الجمهورية العربية السورية
جامعة دمشق
كلية الحقوق

النظام القانوني للمسؤولية الإدارية التعاقدية

"دراسة مقارنة"

The legal system of contractual administrative responsibility

"A comparative study"

بحث علمي مقدم لنيل درجة الدكتوراه في القانون العام

إعداد الطالب

حسن محمد محفوض

بإشراف الدكتور

أحمد اسماعيل

الأستاذ المساعد
في قسم القانون العام جامعة دمشق

٢٠٢١ م ١٤٤٢ هـ

هــذّبِ الــنّفسَ بــالعلومِ لترقــى

وتــرى الكــلَ فهــي للكــلِّ بيــتُ

إنّمــا الــنفسُ كالزجاجــةِ والعلــم

ســــراجٌ وحكمــــةُ الله زيــــتُ

فــإذا أشــرقتَ فإنــكَ حــيّ

وإذا أظلمــــتَ فإنــــكَ ميــــتُ

ابن سينا

شكروعرفان

الحمد لله الذي لا يبلغُ مدحتهُ القائلون، ولا يحصي نعماؤه العادُّون، ولا يؤدي حقه المجتهدون، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم الأنبياء والمرسلين وآله وأصحابه أجمعين.

قال عز وجل:

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

﴿وَمَن شَكَرَ فَإِنَّمَا يَشْكُرُ لِنَفْسِهِۦ ۖ وَمَن كَفَرَ فَإِنَّ رَبِّى غَنِىٌّ كَرِيمٌ ﴾

وعملاً بقول الرسول الكريم ﷺ :

«لا يشكر الله من لا يشكر الناس»

أتقدم بعظيم شكري وجميل امتناني **إلى الأستاذ المشرف الدكتور أحمد اسماعيل** على ما تفضل به من وافر علمه وثمين وقته وما قدمه من توجيهات سديدة فجزاه الله عني وعن طلبة العلم خير الجزاء.

كما أتقدم بجزيل الشكر والامتنان إلى **السادة أعضاء لجنة الحكم والمناقشة** على تفضلهم بقبول مناقشة هذا البحث وتحملهم عناء الدراسة والتدقيق، والذي سيكون لملاحظاتهم الأثر الكبير في رفع مستوى هذه الرسالة وإظهارها حتى ترى النور لتكون على أحسن وأتم صورة بعون الله تعالى.

المقدمة

الإدارة العامة هي المسؤولة عن تنظيم المرافق العامة والإشراف على إدارتها وانتظام سيرها، فحينما تتعاقد الإدارة مع الأفراد أو الشركات بموجب العقد الإداري، لا يعني هذا التعاقد تنازلها عن مسؤوليتها للمتعاقد معها، ولكن يعني تعاون المتعاقد معها في تسيير المرفق العام تحت إشرافها ورقابتها، والعقد الإداري ليس إلا عقداً يبرم بين شخصين من أشخاص القانون العام أو شخص من أشخاص القانون العام وآخر من أشخاص القانون الخاص، بهدف تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارية في الآخذ بأحكام القانون العام من خلال تضمين العقد شروطاً استثنائية أو غير موجودة في نطاق القانون الخاص.

والعقود التي تبرمها الإدارة متعددة حسب طبيعتها القانونية وبعض هذه العقود تعتبر من عقود القانون الخاص، فالإدارة في مثل هذه العقود الخاصة تكون بمرتبة الأفراد العاديين وتخضع إلى أحكام القانون الخاص وتعامل معاملة العقود المدنية، أما العقود الأخرى التي تظهر فيها نية الإدارة الأخذ بأحكام القانون العام، حيث تتجلى فيها امتيازات السلطة العامة التي تمارسها الإدارية في مواجهة الأفراد، فهي عقود إدارية تخضع إلى أحكام القانون العام واختصاص القضاء الإداري.

وبالتالي فإن العقد الإداري ليس إلا إحدى وسائل الإدارة لضمان سير المرافق العامة، ومن ثم يجب ألّا ينظر إليه على أنه من عقود القانون الخاص، بل يجب أن يوضع في الاعتبار إنه يسهم في سير المرافق العامة، فالمتعاقد في حقيقته يعدُّ مساعداً ومعاوناً للإدارة في تسيير المرافق العامة.

بناءً عليه، فإن الإدارة تتمتع بسلطات لا مقابل لها في القانون الخاص، كحقها في الرقابة على تنفيذ العقد، أو حقها في تعديل التزاماتها التعاقدية أو حقها في توقيع جزاءات إذا أخل بالتزاماته، بل لها أيضاً حق إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة، ومن هنا يتبين لنا بشكل واضح أن كفتي المتعاقدين في العقود الإدارية غير متكافئة وغير متساوية، ومن هنا أيضاً ظهرت الحاجة إلى البحث عن حماية المتعاقد وهو الطرف الضعيف في مواجهة الإدارة التي لديها سلطات واسعة في مواجهته، حيث يحتاج إلى الحماية ضد الضرر الناجم عن عدم تنفيذ الإدارة لالتزاماتها أو الاستخدام غير المشروع لسلطاتها، فالإدارة التي لا تنفذ وتخل بالتزاماتها التعاقدية تكون مسؤولة عن عدم التنفيذ مسؤولية توجب تعويض المتعاقد معها عن الأضرار التي أصابته.

فمن المقرر أن العقد الإداري يرتب في مواجهة الإدارة المتعاقدة التزامات عقدية من أهمها أن تمكِّن المتعاقد معها من البدء في تنفيذ العمل، ومن الاستمرار في تنفيذه، حتى يتم انجاز هذا العمل، فإذا لم تقم بهذا الالتزام فإن هذا يمثل خطأ عقدياً من جانبها يخول المتعاقد معها حق المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي ينجم من جراء عدم قيام جهة الإدارة بالتزامها أو جراء تأخرها في القيام به.

وإلى جانب هذه المسؤولية القائمة على أساس الخطأ، يوجد نظام المسؤولية التعاقدية من دون خطأ للإدارة تجاه المتعاقد.

يجمع فقهاء القانون الإداري سواءً في فرنسا، أو مصر، أو سورية، على أنه لكي يكتسب أي عقد الصفة الإدارية ضرورة أن يحتوي على شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، بالإضافة إلى تمتع هذه الإدارة ـ كما قلنا ـ بسلطة الرقابة والتوجيه وتعديل شروط العقد، وحق توقيع جزاءات على المتعاقد، وحق فسخ العقد، وذلك خلافاً لفكرة المساواة بين المتعاقدين في القانون الخاص.

وهذه السلطات الواسعة الممنوحة إلى الإدارة وكذلك الظروف الأخرى التي قد تواجه المتعاقد أثناء تنفيذ العقد، يمكنها أن تقلب التوازن المالي للعقد الإداري، ويصبح المتعاقد مع الإدارة بحاجة إلى تعويض مالي لإعادة هذا التوازن.

بناءً عليه، فإن فقدان التوازن المالي للعقد قد ينجم عن التعديلات التي أُدخلت عليه، وهذه التعديلات قد تكون مرتبطة بإرادة أطرافه وقد تكون مستقلة عن إرادة هذه الأطراف.

لهذا وجب علينا في ظل هذه الحالة أن نبحث عن طريقة أو وسيلة لتحقيق نوع من التوازن بين المصلحة العامة – أي مصلحة المرافق العامة والتي تتمثل في تزويد الإدارة بسلطات وامتيازات في مواجهة المتعاقد – و مصلحة المتعاقد مع الإدارة، والتي تقتضي حفظ التوازن المالي للعقد الإداري كمقابل لسلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد، وتتمثل هذه الوسيلة بتحقيق التوازن في إقرار المسؤولية التعاقدية للإدارة.

والجدير بالذكر أنه توجد أنظمة عديدة للمسؤولية في القانون العام، منها المسؤولية غير التعاقدية أو المسؤولية التقصيرية، وتقوم هذه المسؤولية على الإخلال بالتزام قانوني وهو الالتزام بعدم الإضرار بالغير، وتنقسم هذه المسؤولية إلى المسؤولية على أساس الخطأ من جانب الإدارة يجب فيها على المتضرر إقامة الدليل عليه، والمسؤولية من دون خطأ من جانب الإدارة عن الأضرار التي تصيب المتضررين، والمسؤولية التعاقدية التي تقوم على أساس الخطأ العقدي والتي تتمثل في عدم تنفيذ العقد أو التقصير في أداء التزامات الإدارة التعاقدية، والتي أقرها القضاء الإداري، وهذا النوع من المسؤولية لا نظير له في القانون الخاص أو المدني.

ولا بد أن نشير هنا إلى أن الأطروحة التي نحن بصددها سوف تقتصر على بحث ودراسة المسؤولية التعاقدية للإدارة بخطأ أو من دون خطأ، وبذلك يخرج عن نطاق هذه الدراسة، المسؤولية غير التعاقدية للإدارة.

والمسؤولية التعاقدية للإدارة التي نحن بصدد تناولها لا تنشأ إلا بخصوص التصرفات الصادرة عن الأطراف المتعاقدة في أثناء تنفيذ العقد، ولهذا لا يمكن الحديث هنا عن مسؤولية تعاقدية عما أصاب المتعاقد مع الإدارة من ضرر حدث أو ترتب خلال الفترة التي سبقت العقد، أو عن أعباء غير تعاقدية أثقلت كاهل المتعاقد في أثناء تنفيذ العقد.

والجدير بالذكر أن الإدارة تباشر نشاطها عبر طرق ووسائل تسعى من خلالها إلى تحقيق أهدافها؛ تتجلى في القرارات الإدارية التي تصدرها بإرادتها المنفردة ويليها العقود الإدارية، والتي من خلالها تتحد إرادتها مع إرادة غيرها من المتعاقدين لتحقيق أهدافها.

ومن الثابت لدى فقهاء القانون العام أن العقود الإدارية تعد وسيلة طبيعية ذاتية بيد الإدارة بهدف إشباع الحاجات العامة حيث يمنح المشرع من خلالها امتيازات السلطة العامة لتحقيق هدفها المتمثل في المصلحة العامة، بيد أن القانون ذاته يفرض على الإدارة أن تمارس هذه الامتيازات وفق متطلبات المصلحة العامة، وتخضع إلى رقابة القضاء الإداري للتأكد من عدم انحرافها بالسلطة.

في بالمقابل للمتعاقد مع الإدارة حقوق يجب صونها وفق القانون، ومن هذه الحقوق حقه في إعادة التوازن المالي للعقد، فهناك عقود إدارية كثيرة يبرمها المتعاقد مع الإدارة تظهر بعد إبرامها أنها غير واضحة الحدود جراء ما يطرأ من مستجدات في أثناء التنفيذ وبالتالي كان لا بد من أن يضمن المتعاقد حقه بإعادة التوازن المالي في كل مرة يختل به هذا التوازن، فالمشرع والقضاء الإداري لم يدخرا جهداً في سبيل إيجاد العديد من الآليات التي تضمن إعادة التوازن المالي للمتعاقد، فقد تم ابتداع عدد من النظريات والقواعد التي تحقق قدر الإمكان توازناً بين الأعباء التي يجب على المتعاقد أن يتحملها، وبين المزايا التي يستفيد منها وذلك بحسبان أن العقد الإداري يشكل في مجموعه كلاً لا يتجزأ، بهدف تحقيق التلازم بين مصالح الإدارة والمتعاقد معها.

بناءً عليه سنقوم بتحديد إشكالية هذا البحث وأهدافه وأهميته والمنهجية التي سنتبعها في عرضه والخطة التي سنتناوله بها على النحو الآتي:

أولاً –إشكالية البحث:

تتمحور إشكالية هذا البحث حول تحديد مفهوم مدى استحقاق المتعاقد مع الإدارة للتعويض عن الأضرار التي قد تلحق به في أثناء تنفيذه للعقد أو جراء إنهاء الإدارة لعقده انفرادياً من جانبها لأجل المصلحة العامة سواء أكانت هذه الأضرار ناجمة عن خطأ الإدارة أم عن عدم خطئها، وكذلك تحديد مدى التزام الإدارة بالتعويض المستحق للمتعاقد، وأيضاً تتجلى الإشكالية في أن حقوق المتعاقد مع الإدارة تحكمها فكرة أساسية مفادها أن المتعاقد هو معاون ومساعد للإدارة في تسيير المرافق العامة فإذا كانت الإدارة تتمتع بسلطات واسعة بعد إبرام العقد فهل تكون ممارستها لهذه السلطات على حساب المتعاقد معها ؟

الجواب على هذا التساؤل هو ما سوف نتعرض له من خلال هذه الدراسة عن طريق معالجة مشكلة اختلال التوازن المالي في العقد الإداري خاصة إذا كان هذا الاختلال يرجع إلى فعل الإدارة سواء أكان بخطئها أم عدم خطئها.

وإذا كانت فكرة التوازن المالي للعقود الإدارية مسلماً بها بصفة عامة، فإن الصعوبة تكمن في تحديد مدلولها، وشروط تطبيقها والآثار القانونية المترتبة عليها، ذلك أن مجلس الدولة الفرنسي بما عُرف عنه من روح واقعية عملية، تستهدف الحكم على كل حالة فردية وفقاً لظروفها الخاصة، ومن دون الاهتمام بالمقتضيات النظرية لم يكلف نفسه عناء تحديد مدلول فكرة التوازن المالي للعقود الإدارية ولا توضيحاً لشروط استعمالها وآثارها القانونية. وهذا ما سوف نقوم به في هذه الدراسة، وما ينجم عن ذلك من مشكلات فرعية سنتناولها في كل حالة على حدة، وبالتالي فإن إشكالية هذا البحث

تدور حول تأصيل جديد لمبدأ التوازن المالي للعقد الإداري من الناحية القانونية والقضائية والفقهية للوصول إلى طريقة ناجعة ومفيدة لتعويض المتعاقد مع الإدارة من جراء حدوث اختلال التوازن المالي للعقد بسبب تصرفات الإدارة المشروعة التي لا تّعد خطأً من قبلها.

وأيضاً تتمحور الإشكالية لهذا البحث حول إيجاد الحلول للمشكلات التي نشأت في فترة الحرب والأزمة التي تعاني منها سورية، وكذلك بعد تفشي وباء فايروس (كورونا) والحجر الذي تم في كل دول العالم وما تتعرض له سورية من أزمات اقتصادية خانقة منذ بدء الأزمة وإلى تاريخه بعد أن استفحلت بصدور القانون الجائر والمسمى (قانون قيصر) ما ينعكس على العقود الإدارية المبرمة بين الإدارة والمتعاقدين معها والإشكاليات التي تنشأ عنها وخاصة مشكلة ارتفاع سعر الصرف للعملات الأجنبية مقابل الليرة السورية.

ثانياً – أهداف البحث:

تتجلى أهداف هذا البحث بالأمور الأتية:

١- إيجاد نظام قانوني مستقل لمسؤولية الإدارة التعاقدية من خلال تحديد ماهية هذه المسؤولية ونطاقها وصورها في العقود الإدارية.
٢- بيان موقف المشرع والقضاء والفقه المقارن من حق المتعاقد في التعويض، للاستفادة منها عند صياغة تشريع جديد ينظم موضوع العقود الإدارية.
٣- التفريق بشكل دقيق بين نظريات التوازن المالي والنظريات المشابهة لها في ضوء التطبيقات العملية للعقود الإدارية وذلك وفقاً للاجتهادات القضائية الصادرة عن مجلس الدولة السوري وتحليلها لمعالجة كثير من المشكلات التي تحدث في أثناء التطبيق العملي للوصول إلى نتائج وتقديم اقتراحات بهذا الخصوص.

٤- تسليط الضوء على حقوق المتعاقد مع الإدارة، للحصول على مقابل لالتزاماته وتوفير الطمأنينة له من خلال مد يد العون والمساعدة له من الإدارة المتعاقدة عندما يواجه صعوبات ضارة غير متوقعة.

٥- بيان موقف المشرع السوري من أحكام التعويض في النظرية العامة للعقد الإداري وأيضاً سياسة مجلس الدولة السوري في هذا الخصوص.

٦- دراسة النظريات التي ابتكرها القضاء الإداري الفرنسي بخصوص التوازن المالي والتي تتصف بالمرونة وقابليتها للتطور ومواكبة الظروف التي تطرأ عن طريق توضيح مفهومها وتحديد شروطها وآثارها وبحثها بشكل عميق وعلى نحو تفصيلي حتى يمكن الإلمام بها من جوانبها كافة.

ثالثاً – أهمية البحث:

تتجلى أهمية هذا البحث من خلال النواحي الآتية:

١- إن موضوع البحث من المواضيع المهمة في العقود الإدارية التي لم تبحث بشكل موسع في سورية، ولعل هذا البحث سيسهم في إثراء المادة العلمية في مجال العقود الإدارية.

٢- تتمثل أهمية البحث أيضاً في ناحية عملية تطبيقية تتمثل في تقديم عدد من المقترحات إلى المشرع والقضاء السوري .

٣- التركيز على التشريعات المتعلقة بالعقود الإدارية في سورية وكيفية معالجتها لاختلال التوازن المالي للعقد، وبيان النقص الذي اعتور هذه التشريعات متخذين من أحكام مجلس الدولة السوري القديمة والحديثة أساساً لهذه الدراسة وتسليط الضوء على بعض الأحكام التي خلطت بين نظريات التوازن المالي وأحياناً عدم استقرار أحكام هذا المجلس فيما يخص هذه النظريات ومعتمدين في بعضها على

أحدث الأحكام القضائية غير المنشورة الصادرة عن هذا المجلس مع المقارنة بينها وبين أحكام مجلس الدولة الفرنسي ومجلس الدولة المصري.

رابعاً – منهجية البحث:

اعتمد الباحث في بحثه على المنهج الوصفي المتبع عادة في الدراسات القانونية من خلال عرض الأحكام القانونية المتعلق بموضوع البحث واعتمد أيضاً على المنهج التحليلي وذلك بتحليل النصوص القانونية والأحكام القضائية لمجلس الدولة الفرنسي والمصري والسوري، وعرض اتجاهات الفقهاء في عينة المقارنة المذكورة، واعتمد أيضاً الباحث على المنهج المقارن وذلك بهدف تقييم النظام القانوني السوري من خلال مقارنته بالنظام القانوني الفرنسي والنظام القانوني المصري حتى يكون التحليل للموضوع متكاملاً وفعالاً.

خامساً – خطة البحث:

من أجل الإلمام بموضوع البحث فقد ارتأينا أن نقسم هذا البحث إلى بابين رئيسيين:

الباب الأول: سنستعرض من خلاله مسؤولية الإدارة القائمة على خطأ. وقد تم تقسيم هذا الباب إلى أربعة فصول سنتحدث في الفصل الأول عن الأساس القانوني لمسؤولية الإدارة عن أعمالها التعاقدية، وفي الفصل الثاني سنتكلم عن إخلال الإدارة بالتزاماتها الفنية، أما في الفصل الثالث سنفرد الحديث عن إخلال الإدارة بالتزاماتها المالية، وفي الفصل الأخير من هذا الباب سنتناول موضوع الاستخدام غير المشروع لسلطات الإدارة في أثناء تنفيذ عقودها.

أما الباب الثاني فسيكون للحديث عن مسؤولية الإدارة التعاقدية بدون خطأ من خلال أربعة فصول، نعالج في الفصل الأول نظرية فعل الأمير، ونتطرق في الفصل الثاني إلى نظرية الظروف الطارئة، أما الثالث فسنبحث فيه عن نظرية الصعوبات المادية

غير المتوقعة، وفي الفصل الرابع والأخير من هذا الباب سنتحدث عن نظرية القوة القاهرة.

ثم ننهي هذا البحث بخاتمة نوضح فيها أهم النتائج التي خرج بها هذا البحث، ثم نختمها بمجموعة من التوصيات والمقترحات.

الباب الأول

مسؤولية الإدارة التعاقدية القائمة على أساس الخطأ

إن مسؤولية الإدارة التي تُثار في إطار عقودها الخاضعة للقانون الخاص تخرج من نطاق دراستنا أو بحثنا هذا الذي سنركز فيه على مسؤولية الإدارة الناتجة عن إخلالها بالتزاماتها التعاقدية في أثناء تنفيذ العقد، وذلك في إطار عقودها الأخرى التي تظهر فيها نيتها في الأخذ بأحكام القانون العام حيث تتجلى فيها امتيازات السلطة العامة التي تمارسها الإدارة تجاه الأفراد، فهي عقود إدارية تخضع إلى أحكام القانون العام وإلى اختصاص القضاء الإداري، والعقد الإداري يُعدّ إحدى وسائل الإدارة الأساسية في تسيير المرافق العامة، إذ تهيمن عليه فكرة المرفق العام وضرورة تلبية احتياجاته وتأمين سيره بانتظام واطراد وهي التي تحكم الروابط الناشئة عن العقد الإداري، وبالتالي يجب أن يُنظر إلى المتعاقد مع الإدارة بوصفه مساهماً ومعاوناً للإدارة في تسيير المرفق العام، فالعقود الإدارية تبدو في أغلب الأحيان كنظام لإسهام المتعاقدين في سير المرافق العامة تحقيقاً للصالح العام.

وبسبب هيمنة فكرة المرافق العامة على العقد الإداري، تتمتع الإدارة في إطار هذه العقود بامتيازات وسلطات واسعة لا نظير لها في عقود القانون الخاص، إذ تستطيع الإدارة بإرادتها المنفردة أن تعدل بعض شروط العقد، وكذلك تملك سلطة التوجيه والرقابة على المتعاقد في أثناء تنفيذ العقد، وسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، وغير ذلك من السلطات والامتيازات التي تتمتع بها الإدارة ، ولكن لا يعني ذلك أن العقد الإداري ملزم للمتعاقد وغير ملزم للإدارة، فالعقد الإداري ملزم للطرفين معاً، وفي الحدود التي تتفق مع طبيعة الروابط الإدارية، وإذا كان للإدارة حق التحرر من بعض التزاماتها التعاقدية في بعض الحالات من أجل تحقيق المصلحة العامة، إلا أنه يقع على عاتقها واجب تنفيذ الالتزامات التي يفرضها عليها العقد الإداري وفقاً لما يقتضيه مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، وإن إخلال الإدارة في تنفيذ التزاماتها التعاقدية التي تضمنَها

العقد الإداري المبرم بينها وبين أحد المتعاقدين معها سواءً أكان شخصاً من أشخاص القانون العام أو شخصاً من أشخاص القانون الخاص، كالمقاول، أو المورّد، أو الملتزم، يعطي الحق إلى هذا المتعاقد أن يطالبها بالتعويض نتيجة انعقاد مسؤوليتها التعاقدية عن الأضرار المادية والأدبية التي لحقت به بسبب إخلال الإدارة سواء أكان هذا الإخلال بخطأ أم من دون خطأ، ما يؤدي إلى ترتيب مسؤوليتها التعاقدية، هذه المسؤولية التي تقوم – شأنها في ذلك شأن النظم الأخرى للمسؤولية في القانون العام – على الإخلال بالتزام قانوني يتمثل بعدم الإضرار بالغير، تنقسم إلى المسؤولية التعاقدية على أساس الخطأ العقدي المتمثل بعدم تنفيذ العقد، أو سوء التنفيذ، أو التقصير في الالتزامات التعاقدية، فضلاً عن المسؤولية التعاقدية من دون خطأ التي أقرها القضاء الإداري والتي لا يوجد نظيراً لها في القانون المدني.

وبناءً عليه فإن هذا الباب موضوع المسؤولية الإدارية التعاقدية من دون خطأ سنقسمه إلى الفصول الأربعة الآتية:

الفصل الأول: ماهية المسؤولية التعاقدية للإدارة.

الفصل الثاني: إخلال الإدارة بتنفيذ التزاماتها الفنية.

الفصل الثالث: إخلال الإدارة بتنفيذ التزاماتها المالية.

الفصل الرابع: الاستخدام غير المشروع لسلطات الإدارة في أثناء تنفيذ عقودها.

الفصل الأول

ماهية المسؤولية التعاقدية للإدارة

يجب على أطراف العقد تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه إذا انعقد صحيحاً، والأصل أن يتم تنفيذ هذه الالتزامات اختيارياً، ويسمى هذا بالتنفيذ العيني الاختياري بالوفاء[1]، أما إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، أو تأخر في التنفيذ، فيحق للدائن أن يطالبه بالتعويض عن عدم التنفيذ، أو التأخر فيه، وهذا هو التنفيذ عن طريق التعويض، أو التنفيذ بمقابل، وتلك هي المسؤولية التعاقدية[2].

والقصد من تحقق المسؤولية التعاقدية أن يحرص الملتزم على تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد، ولا تتحقق الفائدة المرجوة إلا بالقيام بالتنفيذ على الوجه المتفق عليه في بنود العقد، فإذا لم يلتزم بالتنفيذ كان عليه أن يتحمل مسؤوليته على الإخلال والتي يكون مصدرها العقد[3].

بناءً عليه سنقوم بدراسة هذا الفصل من خلال مبحثين اثنين على النحو الآتي:

المبحث الأول: مفهوم المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية.

المبحث الثاني: أركان المسؤولية التعاقدية للإدارة.

---

[1] د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، (مصادر الالتزام) دار النهضة العربية، القاهرة ،١٩٧٧، ص٢٨٢.

[2] د. محمد حسين منصور، مصادر الالتزام (العقد والإرادة المنفردة)، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت ،٢٠٠٠، ص ٣٦٤.

[3] د. محمد الشحات الجندي، ضمان العقد أو المسؤولية العقدية في الشريعة الإسلامية مقارناً بالقانون المدني، مطبعة جامعة القاهرة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠، ص ١٠.

المبحث الأول

مفهوم المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية

يرتكز تكريس فكرة وجود الدولة القانونية ومبدأ المشروعية على تطبيق فكرة المسؤولية الإدارية، أو بالأحرى مسؤولية الدولة والإدارة العامة، فالفقه القانوني يعدّ هذه المسؤولية وتطبيقها بشكل سليم وصحيح هو ضمانة ودليل مهم لوجود فكرة الدولة القانونية ومبدأ المشروعية، إذ إن تطبيق مبدأ مسؤولية الدولة والإدارة العامة عن أعمالها الضارة القانونية أو المادية منها، يعدّ من مظاهر وجود قاعدة خضوع الدولة والإدارة العامة إلى رقابة القضاء عن جميع التصرفات التي تضر بالغير وتتطلب المساءلة فيها.

كما أن تطبيق هذا المبدأ – أي المسؤولية الإدارية– ولكونه الجانب الموضوعي في عملية رفع دعوى التعويض، يعدّ ضمانة مهمة فيما يتعلق بجانب تطبيق حماية حقوق الأفراد وحرياتهم في مواجهة الأعمال الضارة الصادرة عن الإدارة، والتي يترتب عليها الإضرار بممتلكات الغير أي الأفراد ومصالحهم.

ومن أجل الإطاحة بهذا المبدأ بشكل سليم ارتأينا التطرق إلى مفهوم المسؤولية الإدارية في هذا المبحث وذلك من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: التعريف بالمسؤولية التعاقدية للإدارة.

المطلب الثاني: التعريف بالعقد الإداري وأركانه وآثاره.

المطلب الأول

التعريف بالمسؤولية التعاقدية للإدارة

وسنقوم بدراسة هذا المطلب من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: تعريف المسؤولية التعاقدية لغةً.

الفرع الثاني: تعريف المسؤولية التعاقدية اصطلاحاً.

الفرع الأول

تعريف المسؤولية التعاقدية لغةً

إن المسؤولية في اللغة العربية لها معاني مختلفة، وهي مشتقة من الفعل"**سأله**"، ويقول: " **سأله عن كذا**" أي **استخبره عنه**، و"**سألته عن الشيء سؤالاً ومسألة** "[1]

وقد جاء ذلك في قوله تعالى" **أَمْ تُرِيدُونَ أَن تَسْأَلُوا رَسُولَكُمْ كَمَا سُئِلَ مُوسَىٰ مِن قَبْلُ وَمَن يَتَبَدَّلِ الْكُفْرَ بِالْإِيمَانِ فَقَدْ ضَلَّ سَوَاءَ السَّبِيلِ**"[2] .

وقد تأتي بمعنى المحاسبة والمؤاخذة على ما كلف به الإنسان، فمن كُلف بشيء، أي: أُلزم بما فيه كلفه، فعليه أن يؤديه وأن يقوم به على الوجه الأكمل [3] ، ومنه قوله تعالى:

"**وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ ۚ إِنَّ السَّمْعَ وَالْبَصَرَ وَالْفُؤَادَ كُلُّ أُولَٰئِكَ كَانَ عَنْهُ مَسْئُولاً**"[4] .

وهذا المعنى الأخير، أي: المحاسبة والمؤاخذة هو المقصود من دراستنا هذه.

أما العقد فهو نقيض الحِل، عقده يعقده عقداً وتعقاداً وعقده، والعقد: العهد.

والجمع: عقود وهي أوكد العهود، ويُقال: عهِدت إلى فلان في كذا وكذا، وتأويله ألزمته ذلك، فإذا قلت: عاقدته أو عقدت عليه فتأويله أن ألزمته باستيثاق.

والمعاقدة: المعاهدة، وعاقدُه: عاهده. وتعاقد القوم، تعاهدوا[5] .

ومن ذلك قوله تعالى: "**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوفُوا بِالْعُقُودِ** "[6] .

---

[1] د. اسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، الطبعة الثانية، مطبعة دار العلم للملايين، بلا عام نشر، ص ١٧٢٣.

[2] سورة البقرة، الآية (١٠٨).

[3] ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، الجزء ١١، ص ٢١١.

[4] سورة الإسراء، الآية (٣٦)

[5] ابن منظور، لسان العرب، الطبعة الرابعة، المجلد العاشر، دار صادر، بيروت، ص٢٢٠

[6] سورة المائدة، الآية (١).

الفرع الثاني

تعريف المسؤولية التعاقدية اصطلاحاً

عرّف فقهاء القانون الخاص المسؤولية التعاقدية بأنها: "مسؤولية المتعاقد عن عقد صحيح نافذ لازم عن عدم تنفيذ التزامات ناشئة عن العقد، أو التأخير في تنفيذها، مما يستوجب تعويض المتعاقد الآخر عما سببه ذلك من ضرر له"[١].

وعرفها جانب آخر من الفقه بأنها: "**الحالة التي يكون فيها المدين بالالتزام العقدي مسؤولاً تجاه الدائن على الآثار الضارة المترتبة على الإخلال بهذا الالتزام إذا كان راجعاً ذلك إلى خطأ يسأل عنه**".[٢]

من خلال هذه التعريفات يتضح لنا أن المسؤولية التعاقدية هي جزاء مترتب على الإخلال بالتزام ناشئ عن العقد، وهذه المسؤولية لا توجد إلا في نطاق العقد، ويتضح لنا أيضاً أن التعويض هو أثر للمسؤولية التعاقدية، وأن المسؤولية التعاقدية في القانون الخاص لا تتحقق إذا أمكن التنفيذ العيني وطلبه الدائن، حيث يجبر المدين عليه، وفي هذه الحالة نكون بصدد التنفيذ العيني للالتزام لا بصدد التعويض عن عدم التنفيذ.

أما إذا لم يكن بالمقدور التنفيذ العيني، أو أمكن، ولكن الدائن طلب التعويض ولم يبدِ المدين استعداده للتنفيذ، ففي هذه الحالة لا يستطيع القاضي إلا أن يحكم بالتعويض إذا توافرت شروط جزاء عدم تنفيذ الالتزام[٣].

---

[١] د. محمد الشحات الجندي، مرجع سابق، ص ٩.

[٢] د. محمد حنون جعفر، مسؤولية المقاول العقدية عن فعل الغير (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١١، ص ٢٤.

[٣] د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الأول، دار النشر للجامعات العربية، القاهرة، ١٩٥٢، ص ٣٣٥.

وهذا يعني أن التعويض الذي يطالب به الدائن وتحكم به المحكمة في حال عدم تنفيذ المدين لالتزامه عيناً، لا يعد التزاماً تخييرياً لأحد طرفي العقد، لأن الدائن لا يملك وحده أو المدين وحده حق اختيار التعويض من دون التنفيذ العيني، فللدائن رفض التعويض إذا تقدم به المدين وله أن يطالب بالتنفيذ العيني، وللمدين رفض طلب الدائن بالتعويض بأن يقوم بالتنفيذ العيني[١].

كما لا يكفي لتحقيق المسؤولية التعاقدية أن يكون هناك إخلال بالعقد لعدم تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه، بل يجب ألا يكون عدم التنفيذ راجعاً إلى سبب أجنبي عن المدين، ذلك إنه إذا ثبت أن عدم تنفيذ المدين لالتزاماته، أو التأخير فيه قد نشأ عن سبب أجنبي، أي بسبب لا يدّ له فيه، فلا نكون بصدد إخلال بالعقد[٢].

أما بالنسبة إلى تعريف المسؤولية التعاقدية لدى فقهاء القانون العام فقد عرفها جانب من الفقه بأنها عبارة عن: " تعويض يحكم به القاضي على الإدارة التي أخلت بالتزام عقدي يجبر الضرر الذي لحق بالمتعاقد [٣] ".

كما يعرفها جانب آخر من الفقه بأنها: "جزاءات يمكن أن تفرض على الإدارة إذا ما أخلت في تنفيذ التزاماتها التعاقدية، وتكون مماثلة للجزاءات في القانون الخاص"[٤].

وهي أيضاً: " الجزاء الذي يستهدف تعويض المتعاقد وجبر الضرر، بحيث يعيد التوازن إلى الالتزامات المتبادلة بين طرفي العقد كما اتفق عليه في العقد" [٥].

بناءً عليه، فإنه في حالة إخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية، فإن ذلك يثير مسؤوليتها التعاقدية والتي يكون أثرها التعويض، والذي بطبيعة الحال يتفق مع الغرض الذي يسعى إليه المتعاقد من إبرام العقد، وفضلاً عن ذلك فإنه توجد مسؤولية للإدارة غير

---

[١] حازم ظاهر عرسان صالح، التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، ٢٠١١، ص ٤٤.

[٢] د. محمد لبيب شنب، مرجع سابق، ص ٢٨٢.

[٣] د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٤٩٤.

[٤] د. محمد سعيد أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٢٣٦.

[٥] د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة ،٢٠٠٤، ص ٢٨٢.

موجود في القانون الخاص، وهي المسؤولية التعاقدية للإدارة من دون خطأ وهي تتحقق من دون وجود إخلال من جانبها، وهي لا تأخذ شكل جزاء وإنما تكون مرتبطة بالتعويض، فهي تدور وجوداً وعدماً مع التعويض وهذا ما سوف نتكلم عنه لاحقاً.

ومن خلال تلك التعريفات وتحليلها يجد الباحث أنه من الأفضل أن يكون تعريف المسؤولية التعاقدية للإدارة على النحو الآتي:

" جزاءً يُفرض على الإدارة يكون على شكل تعويض، يُمنح إلى المتعاقد معها إذا ما أخلت بتنفيذ التزاماتها العقدية المترتبة عليها، سواء بخطأ، أو من دون خطأ منها، وذلك لإعادة التوازن المالي إلى العقد المبرم بينها وبين المتعاقد الآخر".

المطلب الثاني

التعريف بالعقد الإداري وأركانه وآثاره

الملاحظ بادئ ذي بدء أن الإدارة تبرم نوعين من العقود، النوع الأول: وهو العقود التي تبرمها الإدارة ليس بحسبانها صاحبة السلطة العامة، ولكن لكونها شخصاً عادياً ومن أمثلة ذلك عقود البيع والشراء والإيجار، وتنطبق عليها قواعد القانون الخاص كما تطبق عليها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وتخضع المنازعات التي تنشأ عنها إلى القضاء العادي.

أما النوع الثاني: وهو العقود التي تبرمها الإدارة باعتبارها صاحبة السلطة العامة، وتخضع إلى القانون الإداري ويختص بالفصل في منازعاتها القضاء الإداري، مطبقاً في ذلك قواعد القانون العام.

وتجدر الإشارة إلى أن الإدارة تتمتع بسلطة مطلقة في إبرام العقود، ولا يحد من اختصاصاتها التعاقدية إلا النصوص القانونية، الخاضعة لها والمقيدة لسلطاتها.

فالعقود الإدارية هي عقود تبرمها الإدارة مع غيرها من الأفراد، أو الهيئات، أو الإدارات الأخرى تهدف إلى تنظيم وتسيير مرفق عام، على أن تتضمن هذه العقود شروطاً لا مثيل لها في عقود القانون الخاص، تستأثر الإدارة بموجبها بإمتيازات وتخضع إلى قيود لا قِبلَ لأشخاص القانون الخاص بها في علاقات بعضهم مع بعض، وتخضع فيها الإدارة والمتعاقد معها لنظام قانوني متميز هو القانون الإداري.[1]

وقد عرف المشرع الفرنسي العقود الإدارية في القانون الحديث الذي صدر في ٢٠١٩/٤/١ والمُعدّل لقانون المشتريات العامة لعام ٢٠٠٦ في فرنسا والمعدَّل في ٩/ ١٢ /٢٠٢٠ والمسمى (Code de la commande publique) في المادة (١) منه على النحو الآتي:

[1] د. إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، الكويت، مكتبة الفلاح، ١٩٦٤، ص٩.

بأنها: "عقود تبرم من قبل المشتري العام (الإدارة) أو السلطة المانحة مقابل أداء مالي معين، لتلبية احتياجاته من الأعمال أو التوريدات أو الخدمات، لمتعاقد أو عدد من المتعاقدين (المشغلين الاقتصاديين)"[١].

وكما عرفها المشرع المصري في المادة/١/ من الباب الأول من قرار وزير المالية /٦٩٢/ لسنة (٢٠١٩) الصادر بموجبه اللائحة التنفيذية لقانون /١٨٢/ لسنة ٢٠١٨[٢] والمعدَّل بالقانون رقم ١٨٨ لعام (٢٠٢٠)[٣] الخاص بتنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة بأنها:

" محرر يتم إبرامه بين ممثل الجهة الإدارية والمتعاقد، ويتضمن التزامات محددة ومتقابلة بين طرفيه"

كما عرف المشرع المصري أيضاً التعاقد المستدام بأنه: " توفير احتياجات الجهة الإدارية بطريقة تحقق القيمة الأفضل للمال العام على مدار دورة حياة محل العقد مع مراعاة سياسات الدولة الاقتصادية والاجتماعية والبيئية".[٤]

---

[١] حتى وقت قريب، كان التعاقد يخضع إلى القواعد الواردة في قانون المشتريات العامة لعام ٢٠٠٦، ومن ثم صدر القانون رقم (٦٨٣) لعام ٢٠١٦ ثم جرى تعديل عام ٢٠١٨ ومن ثم أصدر المشرع الفرنسي قانون سماه (Code de la commande publique) وأُدخل حيز التنفيذ بدءاً من ٢٠١٩/٤/١وهو (المرسوم ٢٠١٨-١٠٧٥) المؤرخ في ٣ ديسمبر ٢٠١٨، والذي ينقل توجيهات أوروبية جديدة. وهذا الرمز يجمع بين النصوص الثلاثين المستخدمة حتى الآن من قبل الإدارة العامة والمتعاقدين معها.

[٢] منشور في الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية في العدد /٣٩ /مكرر(د) في ٣ اكتوبر لعام ٢٠١٨ ،ص٣ ، وقد عدّ نافذاً بعد ثلاثين يوم من تاريخ نشره أي بتاريخ ٢٠١٨/١١/٢ أي مضى على سريان تنفيذه سنتان ونيف من تاريخ إعداد هذه الأطروحة.

٣ منشور في الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية في العدد /٣٦/ مكرر(ب) في ٥ سبتمبر لعام ٢٠٢٠ ص٧

[٤] نص القرار المذكور في المادة /١/" يُعمل بأحكام اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون رقم /١٨٢/ لسنة ٢٠١٨ المرافقة لهذا القرار، وتسري على ذات الجهات المنصوص عليها بالمادة الأولى من مواد إصداره = =

وفي خطوة جريئة ومفيدة ومتأسياً بقانون النظام العام للعقود الفرنسي كما سماه المشرع الفرنسي فقد نصت المادة الثانية من الفصل الثاني من اللائحة المذكورة الحديثة في مصر على إحداث الهيئة العامة للخدمات الحكومية المختصة بالإشراف الكامل على عقود الإدارة العامة المصرية مع المتعاقدين ونظراً لأهمية هذه الهيئة واختصاصاتها سنوردها بالتفصيل على النحو الآتي:"

١- الإعداد والإشراف على بوابة التعاقدات العامة وتحديثها.

٢- إعداد مقترحات لتطوير السياسات والتشريعات الخاصة بالتعاقدات وعرضها على وزير المالية.

٣- إصدار التوجيهات والإرشادات والتعليمات ذات الصلة بالتعاقدات العامة وفقاً لأحكام القانون وهذه اللائحة وتعميمها على الجهات الإدارية كافة للعمل بمقتضاها.

٤- القيام بمراجعة إجراءات التعاقد بالجهات الإدارية للتأكد من سلامتها وفقاً لأحكام القانون وهذه اللائحة، من خلال زيارات ميدانية وفقاً لخطة عمل سنوية أو كلما استدعى الأمر ذلك، على أن يتم إعداد تقارير بنتائج المراجعة فور إتمامها وإخطار السلطة المختصة بالجهات الإدارية بها لاتخاذ الإجراءات اللازمة بشأنها ومتابعة تنفيذها إذ تطلب الأمر ذلك، على أن ترفع الهيئة تقريراً ربع سنوي بشأن ما تسفر عنه تلك المراجعات لوزير المالية.

= = تلغى اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ الصادرة بقرار وزير المالية رقم (١٣٦٧) لسنة ١٩٩٨، كما يلغى كل حكم يخالف أحكام اللائحة التنفيذية المرافقة.
و ينشر هذا القرار في الوقائع المصرية، ويعمل به بدءاً من اليوم التالي لتاريخ نشره".

٥- جمع البيانات المتعلقة بالتعاقدات التي تقوم بها الجهات العامة بشكل منتظم وتحليلها واستخراج التقارير والمعلومات الخاصة بها ونشر نتائجها على بوابة التعاقدات العامة.

٦- وضع البرامج التدريبية ومناهجها لمقدمي خدمات التدريب والمراكز التدريبية، اللازمة لشغل وظائف التعاقدات بالجهات الإدارية أو الاستمرار فيها، والتنسيق بشكل مستمر معهما قبل بداية كل سنة مالية بشأن الخطة السنوية التدريبية والترتيبات التنظيمية كافة ذات الصلة، على أن يعتمدها وزير المالية وترفع الهيئة تقريراً ربع سنوي بأداء الخطة التدريبية إلى وزير المالية.

٧- نشر كل ما تخطر به مما يدخل ضمن التصنيف الصادر عن الإتحاد المصري لمقاولي التشييد والبناء، والمعتمد من وزير الإسكان والمرافق والمجتمعات العمرانية وذلك على بوابة التعاقدات العامة.

٨- نشر القانون وهذه اللائحة وأي تعديلات تطرأ عليهما، وكذلك المنشورات العامة والكتب الدورية والقرارات، وغيرها المتعلقة بتطبيقهم فور صدورها، وذلك على بوابة التعاقدات العامة.

٩- إعداد نماذج خطة الاحتياجات السنوية للجهات الخاضعة إلى أحكام القانون والتنسيق مع قطاع الموازنة العامة للدولة في وزارة المالية بشأنها.

١٠- إصدار نماذج كراسات الشروط والمواصفات، وأنماط العقود النموذجية والأدلة الإرشادية، وغيرها التي تعدها الوزارات والجهات المعنية وفقاً لاختصاصاتها وطبيعة عملها، على أن تقوم بتحديثها بشكل دوري ونشرها على بوابة التعاقدات العامة.

١١- إعداد نماذج محاضر فتح المظاريف والبت والممارسة والمزايدة وأوامر التوريد وأوامر الإسناد وغير ذلك من النماذج المنصوص عليها في هذه اللائحة أو التي تتخذها الجهات ذات الصلة.

١٢- إعداد نماذج وتحديد معايير تقييم أداء المتعاقدين مع الجهات الإدارية، ونماذج استقصاء المتعاقدين مع الجهات الإدارية بالتنسيق مع الوزارات والجهات المعنية وفقاً لاختصاصاتها وطبيعة عملها وإتاحتهما على بوابة التعاقدات العامة، وكذا تحليل نتائج التقييم والاستقصاء واتخاذ ما يلزم بشأنهما ونشرهما على بوابة التعاقدات العامة.

١٣- إعداد نماذج حصر للعقارات المملوكة للجهات الإدارية وإدخال ما يرد لها من بيانات في قاعدة البيانات المركزية المنشأة لديها وتحديثها بصفة دورية.

١٤- إمساك سجل مركزي للمتعاملين مع الجهات الإدارية أو الممنوعين من التعامل معها وتسجيل بيانات من يتم إخطارها بشطبهم أو إعادة قيدهم وفقاً للإجراءات الواردة بهذه اللائحة ونشر قرار الشطب أو إعادة القيد بإصدار كتاب دوري يعمم بطريق النشرات المصلحية وينشر على بوابة التعاقدات العامة.

١٥- التنسيق مع الجهات التي تسري عليها أحكام القانون وهذه اللائحة بشأن إجراءات التصرف في العقارات لتحقيق مقتضيات المصلحة العامة وبين مهمات اللجنة العليا للتقييم بها.

ويتعين على الهيئة أن تؤدي مهماتها واختصاصاتها باستقلالية وشفافية وحيادية كاملة، ويتعين على العاملين فيها كافة تجنب تضارب المصالح بكافة أشكاله، ويحظر عليهم الدخول في المناقصات والممارسات والمزايدات بأنواعها، سواء بالذات أو بالوساطة مع أي من الجهات الإدارية إلا إذا كانت الأصناف المشتراة لاستعمالهم الخاص، وكانت مطروحة للبيع عن طريق جهات عامة أخرى".

ويرى الباحث أن المشرع المصري أحسن صنعاً في إحداث هذه الهيئة وذلك لأنها تحقق غايات كثيرة في تنظيم عملية التعاقد وتوحيدها على المستوى الوطني وعدم ترك الأمر إلى كل إدارة على حدة ما يعرقل الغاية من العقود الإدارية في تحقيق المصلحة العامة وتسيير المرافق العامة بانتظام واطراد وعلى المشرع السوري أن يحذو حذو المشرع المصري لجهة إحداث هذه الهيئة في نظام العقود الموحد.

هذا وتتفق العقود الإدارية في جوهرها وأركانها ـ وهي في كل الأحوال توافق إرادتين على ترتيب أثر قانوني، وأركانها هي الرضا والمحل والسبب، ويشترط لقيامها صحيحة ومنتجة لأثارها القانونية شروط صحة وسلامة الرضا من عيوب الغلط والتدليس والإكراه والغبن.

وعليه فإن الإدارة تلجأ في أحيان كثيرة وهي تمارس نشاطها إلى إبرام عقود مع الأشخاص لغرض تسيير مرافقها العامة، وإن هذه العقود لا يحكمها نظام قانوني واحد، فمنها ما يخضع إلى أحكام القانون الخاص، ومنها ما يخضع إلى أحكام القانون العام لعدم مواءمة أحكام القانون الخاص غالباً مع طبيعة النشاط الذي تمارسه الإدارة[1].

ويعدّ العقد الإداري في هذا العصر جزءاً أساسياً من أجزاء التنظيم الاقتصادي والاجتماعي للدول، إذ يعدّ وسيلة التعاقد الطبيعية للإدارة في سبيل تحقيق أغراضها والقيام بمشروعاتها، إذ أن الإدارة قد تلجأ في سبيل تسيير المرافق العامة وإدارة مشروعاتها وأموالها إلى إبرام العقود ولما كانت الإدارة تستعمل أساليب القانون العام، أو أساليب القانون الخاص، فهناك عقود إدارية تبرمها الإدارة كونها سلطة عامة وفقاً لأساليب القانون العام، وتخضع إلى اختصاص القضاء الإداري، وهناك عقود مدنية تخضع إلى قواعد القانون الخاص واختصاص القضاء العادي.[2]

---

[1] د. ماجد راغب الحلو . القانون الإداري . دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٣، ص٥١٥.

[2] د. فؤاد العطار، القانون الإداري، أصول النظام الإداري وتنظيم الإدارة العامة، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٧٧، ص ٥٧٢.

وتعدّ نظرية العقد الإداري من النظريات التي أنشأها مجلس الدولة الفرنسي بعد ازدياد نشاط الإدارة واتساع سلطاتها، إذ إن الإدارة تملك حرية التعبير عن إرادتها في أسلوب العقد الإداري وبسلطات أوسع مما يتمتع به المتعاقد معها، وهذا يعني أنها تكون في مركز أعلى من المتعاقد كونها تعمل لخدمة المرفق العام، وهذا ما يميز العقد الإداري عن العقود القانون الخاص، كون الأول يتكون من ثلاثة عناصر تجعله مستهدفاً تحقيق المصلحة العامة قبل كل شيء.

وقد نشأ الكثير من الجدل حول الطبيعة القانونية للعقود التي تبرمها الدولة مع الغير، وقد دار هذا النقاش بين أهمية الالتزامات التعاقدية، وبين امتيازات الدولة التشريعية، والإدارية، التي تمارس من خلال أجهزتها لتحقيق المصلحة العامة.[1]

وبناءً عليه سنقوم بدراسة هذا المطلب من خلال الفروع الثلاثة الآتية:

الفرع الأول: التعريف بالعقد الإداري.

الفرع الثاني: أركان العقد الإداري.

الفرع الثالث: التزامات طرفي العقد الإداري.

[1] J.D.B Mitchell, the Contract of Public Authorities – London– First Published –1954– P1.

الفرع الأول

التعريف بالعقد الإداري

ظهرت فكرة العقود الإدارية بظهور القضاء الإداري كقضاء مختص بالفصل في المنازعات الإدارية. وبدأ ذلك في فرنسا، حين بدأ مجلس الدولة الفرنسي بالتعرض إلى منازعات عقود الإدارة، وبداهةً أن مجلس الدولة لم يكن أمامه قواعد إدارية تكفي أو تغطي مشكلات العقود الإدارية ومنازعاتها ، ذلك أن القانون الإداري كان قانوناً وليداً لم تتسع دائرة أحكامه، ولم تستقر بعد مبادئه وأفكاره، ولهذا لم يكن أمام مجلس الدولة الفرنسي إلا أن يلجأ إلى القانون المدني، فيأخذ من مبادئه ونصوصه ما يساعده على الفصل فيما هو معروض عليه .

وتذهب غالبية الفقهاء في فرنسا إلى أن مفهوم العقد واحد في مختلف فروع القانون، ولكن النظام القانوني يختلف من عقد إلى آخر، حيث عرّف الفقيه الشهير "دي لوبادير" العقد بأنه:

"إرادات تنشأ عنها التزامات". وفي فرنسا كونها أول الدول التي أخذت بنظام القضاء المزدوج، فإن عقود الإدارة فيها لا تخضع إلى نظام قانوني واحد، فمن عقودها ما يحكمها القانون الخاص، ومنها ما يحكمها القانون العام، وهي ما تعرف بالعقود الإدارية[1].

وبحسب ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي، فإن العقد يعدّ إدارياً إذا كان أحد طرفيه من أشخاص القانون العام ،وأن يتصل بمرفق عام ،وأن يوجد شروط استثنائية أو غير مألوفة في القانون الخاص .

أما في مصر فإن أغلب الفقه استقر على أن المفهوم العام للعقد هـو: "توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، سواءً كان هذا الأثر هو إنشاء التزام، أو نقله، أو تعديله، أو إنهاؤه"[2].

---

[1]- De Laubadere: Traité Elementa Rede droit administrative 4 ،éme édition, 1967 ،p291.

[2] د. محمود حلمي، العقد الإداري، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، ١٩٧٧، ص٣.

ويعرف الدكتور "محمود حلمي" العقد الإداري بأنه: "العقد الذي يتم إبرامه بين شخص من أشخاص القانون العام، وآخر من أشخاص القانون الخاص ويكون هدفه تسيير مرفق عام أو تنظيمه"[١]، وإن كل عقد إداري شأنه شأن عقود القانون الخاص، يولد التزامات وحقوق ولكنها تختلف بصورة جوهرية عن الالتزامات التي تنشأ عن العقود المدنية، حيث أن العقود الإدارية تتسم بصفة خاصة، هي احتياج المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره وعلو المصلحة العامة على مصالح الأفراد[٢].

ويعرف الدكتور "سليمان الطماوي" العقد الإداري بأنه: "ذلك الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وآية ذلك أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص، أو أن يخوّل المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام"[3] .

ويعرّف القضاء الإداري السوري العقد الإداري بأنه: " العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، وأن تظهر نيته في هذا العقد بالأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص"[٤].

وبالعودة إلى التعريف الوارد أعلاه يمكننا استخلاص أهم مقومات العقد الإداري التي يمكن إجمالها بالآتي:

١) أن يكون أحد طرفي العقد شخصاً معنوياً عاماً.

٢) أن يتعلق العقد بإدارة مرفق عام أو تسييره.

---

[١] د. محمود حلمي، المرجع نفسه، ص٣.

[٢] د. أحمد عثمان عيّاد ، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية ، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٣، ص٧.

[3] د. سليمان محمد الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة ، الطبعة الثالثة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩١، ص ٥٠.

[٤] حكم محكمة القضاء الإداري السورية رقم /١٥٣/ لعام ١٩٦٣. وانظر أيضاً: حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم /٤٣/ لعام ١٩٦٦، والذي حدد بشكل صريح العناصر الواجب توافرها في العقد ليصبح إدارياً.

٣) أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص[١].

كما أن القضاء الإداري سواء كان الفرنسي، أو المصري، أو السوري، قد أرسى قواعد نظام مستقل يحكم عقود الإدارة ويتفق مع روابط القانون العام واحتياجات المرافق العامة ومقتضيات تسييرها محققاً بين ذلك الهدف والمصالح الفردية للمواطنين.

وإن هذا النظام فيه خروج عن مبادئ القانون الخاص التي تعدّ دائماً هي القواعد الأصلية، ولكن ذلك لم يمنع القضاء الإداري من تطبيق قواعد القانون المدني على عقود الإدارة كأصل عام، بشرط ألا يتنافى مع طبيعة روابط القانون العام، لذلك نجد أن القواعد والأحكام التي يقوم عليها العقد الإداري تبنى في كثير من الأحيان على أفكار هي من القانون الخاص إلى جانب الأحكام المستمدة من القضاء الإداري.[٢]

ومن ثم فإن العقود التي تبرمها الإدارة، منها ما يخضع إلى قواعد القانون المدني، ومنها ما يخضع إلى قواعد القانون الإداري. فالنوع الأول يطلق عليه (عقود الإدارة المدنية)، أما النوع الثاني فيطلق عليه (العقود الإدارية) ويترتب على ذلك أن يختص القضاء المدني بالفصل في منازعات النوع الأول، أما النوع الثاني فإن القضاء الإداري هو الذي يختص في نظرها[٣].

ومجال العقود التي تبرمها الإدارة متعدّد ومتنوّع، فهناك عقود الأشغال العامة، وعقود التوريد، وعقود الخدمات، وعقود العمل إلى غيرها من هذه العقود، غير أنه وكقاعدة عامة فإن الفقه الإداري يقسّم هذه العقود في الوقت الحاضر إلى قسمين:

يتعلّق القسم الأول بعقود الإدارة التي تخضع للقانون الخاص/ contract de doit privé de l'administration / وهي العقود التي تبرمها الإدارة وفقاً لأحكام القانون المدني، شأنها في ذلك شأن سائر الأفراد ويرجع الاختصاص بحلّ المنازعات المتعلقة

---

[١] حكم مجلس الدولة السوري، رقم /٤٢/ لعام ١٩٦٦، مبادئ القضاء الإداري، المحامي مصباح المهايني، مؤسسة النوري، ٢٠٠٥ ص٨، وأيضاً القرار رقم /١١٢/ لعام ١٩٧١، المرجع نفسه، ص ١٠.

[٢] د. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، بلا سنة نشر، ص ٤.

[٣] طاهر طالب التكمجي، حماية مصالح المتعاقد المشروعة في العقد الإداري، رسالة ماجستير، جامعة بغداد،١٩٧٦، ص٥.

إلى القضاء العادي، وفي هذه العقود تتنازل الإدارة عن امتيازاتها كشخص عام وتنزل إلى مستوى الشخص الخاص.

أما القسم الثاني من عقود الإدارة فهي تخضع للقانون العام، ويطلق عليها اصطلاح العقود الإدارية /contratsa dministratifs /، وهنا تتصرف الإدارة كشخص من أشخاص القانون العام تتمتع بامتيازات وسلطات القانون العام، كما يعود الاختصاص في نظر المنازعات المتعلقة بهده العقود إلى القضاء الإداري.

ومعيار التمييز بين العقود الإدارية، و عقود الإدارة الخاضعة إلى القانون الخاص، يرتكز على عنصرين أساسيين، يتمثل العنصر الأول في موضوع العقد الإداري الذي يجب أن يتّصل بمرفق من المرافق العامة، سواء بمفهومه الشكلي المتمثل في الأجهزة و التنظيمات الإدارية القائمة داخل السلطة التنظيمية، أو بمفهومه الموضوعي المتمثل في أداء الخدمات العامة تلبية للحاجات العامة، بينما يتمثل العنصر الثاني في شكل العقد الإداري، والذي يجب أن يتضمّن شرطاً أو مجموعة شروط استثنائية غير مألوفة في قواعد القانون الخاص، كأن يتضمّن العقد بنداً بموجبه تتمتع الإدارة بحقوق وسلطات تجاه المتعاقد معها، أو أن يتضمّن العقد بنداً يخوّل المتعاقد مع الإدارة سلطات تجاه الغير.[1]

وإذا كان الأصل هو حرية الإدارة في إسباغ العقود المبرمة مع من يتعاقد معها بالصفة الإدارية، إمّا بتضمينها شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، و إمّا أن تعهَد إلى المتعاقد معها بإدارة مرفق عام، إلا أن هناك استثناء على هذا الأصل يقرّره القانون، فالمشرع يملك إضفاء الصفة الإدارية على بعض العقود فتصبح إدارية بتحديد القانون، كما يمكنه نزع الصفة الإدارية عن بعض العقود فتصبح خاضعة إلى قواعد القانون الخاص، و هنا لا تملك الإدارة حيال ذلك أي خيار، حيث لا يمكنها مخالفة أوامر المشرع بإسباغ عقد إداري بتحديد القانون بالصفة المدنية، أو العكس بأن تحوّل

[1]André de Laubadere ;Jean-Claude Venezia ;Yves Gaudemet, Droit Administratif , 17éme édition , L.G.D.J. , Paris , 2002 , p.248 et s.

عقود مدنية بتحديد القانون إلى عقود إدارية بتضمينها شروطاً استثنائية، فطبيعة العقد الإداري بصفة عامة تتحدد بطريقتين، فإمّا أن يكون العقد إداري بتحديد من المشرع، وإمّا أن يكون العقد إداري بطبيعته وفقاً للمعايير التي حدّدها القضاء الإداري.

الفرع الثاني

أركان العقد الإداري الأساسية

أركان العقد بشكل عام سواء أكان إدارياً أم عادياً هي الرضا والسبب والمحل ، ولكن ما يهمنا في موضوعنا هذا ركن الرضائية المتمثلة في الإيجاب والقبول، وبناءً عليه يشترط في المسؤولية التعاقدية قيام رابطة تعاقدية بين طرفيه بمعنى وجود عقد نافذ بينهم، نظراً لأن المسؤولية التعاقدية لا تقوم إلا من خلال وجود العقد، فالعقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الأخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه، وعلى ذلك فإن العقد ينعقد بتبادل الطرفين عن إرادتين متطابقتين فالإرادة الأولى تعرف بالإيجاب والإرادة الثانية تعرف بالقبول، ولا يمكن الادعاء بالمسؤولية العقدية إلا بوجود عقد بين الأطراف و يكون هذا العقد صحيحاً، أما إذا كان العقد منعدماً أصلاً بين الطرفين فلا مجال لقيام المسؤولية العقدية، و كذلك إذا كان العقد باطلاً، أو كان قابلاً للإبطال، أو قد تقرر إبطاله[1].

والعقود الإدارية شأنها شأن بقية العقود الأخرى، يجب أن تتوافر فيها أركانها وهي الرضا والمحل والسبب، وقد يضيف القانون أو المتعاقدان إلى الأركان الثلاث ركناً رابعاً هو الشكل، وإن كان للعقد الإداري أحكامه الخاصة، بحيث أن الأهلية في العقد الإداري تختلف عن أهلية الشخص الطبيعي في الحكم، لأن الإدارة تتمتع بشخصية معنوية مستقلة وما يترتب على ذلك من نتائج.

ويشترط فيمن يتقدم للتعاقد مع الإدارة أن يكون متمتعاً بالأهلية القانونية اللازمة للتعاقد، ذلك لأن التراضي مرتبط ارتباطاً وثيقاً بما تستلزمه الأهلية من ملكات توافرها للقول بصحة التعبير عن الإرادة [2]، وليصبح الشخص قادراً على اكتساب حقوق وتحمل الالتزامات في مواجهة الإدارة، وكذلك لا تسمح الإدارة لناقص الأهلية أو فاقدها

---

[1] د. أنور سلطان، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٨، ص٦.

[2] د. جبريل محمد جمال عثمان، الرضا في العقود الإدارية، جامعة المنوفية، بلا عام نشر، ص ١٣.

بالمشاركة في المناقصة، وإذا كان الأمر يمكن أن يأخذ بهذه البساطة بالنسبة إلى المتعاقد مع الإدارة إذا كان شخصاً طبيعياً، فإنه لا يمكن كذلك إذا كان هذا المتعاقد شخصاً معنوياً، وهو الوضع الغالب، حيث تثور في هذه الحالة مشكلة تمثيل هذا الشخص، وفيما إذا كان مؤهلاً قانوناً لهذا التمثيل أم لا، لذلك يجب دائماً على من يتولى مسؤولية تمثيل شخص معنوي أن يبرز الوثائق التي تثبت مشروعية تمثيله.[١]

ولا شك أن العقد الإداري ناتج عن توافق إرادتين على إنشاء الالتزام، شأنه شأن عقود القانون الخاص، وفي هذا المعنى يتضح أن العناصر الأساسية في كلا العقدين واحدة، فيجب أن يتوافر الرضا ويجب أن يكون صحيحاً وصادراً من الجهة الإدارية المختصة، وسليماً من العيوب، ويشترط في المسؤولية التعاقدية قيام رابطة تعاقدية بين طرفيه بمعنى وجود عقد نافذ بينهما، نظراً لأن المسؤولية التعاقدية لا تقوم إلا من خلال وجود العقد، وهو أمر لا يكون دائماً واضحاً، فهناك الكثير من المشكلات التي تثور حول تحديد بداية الالتزام العقدي، فالعقد يتم بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين من دون الإخلال بالنصوص القانونية، فلكي يوجد الرضا لا بد وأن توجد إرادتان قد عبر عنهما، و أن تتطابق إحداهما مع الأخرى متجهة إلى إحداث نفس الأثر القانوني ذاته.

كما يتميز العقد الإداري في أن الإدارة تكون دائماً طرفاً فيه، وأن تكوينه وأن كان يتم بتوافق إرادتين لا يكون بمجرد إفصاح فرد معين من أعضاء السلطة الإدارية عن إرادته و إنما يتكون من عدة أعمال قانونية، يشترك فيها أكثر من عضو من أعضاء السلطة الإدارية، لأن الاختصاصات الإدارية لا ترتكز في يد واحدة.[٢]

---

[1] (B) BOULOC Observation sur le réspect de la lègalitèdevont – Le conseil de laconcurrencegaz–pul–1990 p54.

[٢] د. عبد الرحمن العلام، موقف القضاء المدني إزاء العقود الإدارية، بحث منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني، عدد٣، ١٩٦٢ ص٤.

والقاعدة العامة فيما يتعلق بانعقاد العقد هي الرضا، إلا إذا تطلب القانون شكلية معينة إلى جانب التراضي لتمام العقد، ولا يخضع التعبير عن الإرادة في العقود الرضائية إلى شكل خارجي معين، ولذلك يصح أن يكون صريحاً أو ضمنياً، كتابة أو شفاهة، أو بأي وسيلة أخرى فالتراضي هو تطابق الإيجاب والقبول كتعبيرين عن إرادتي طرفي العقد.

و في أغلب الأحوال تتعاقب هاتان الإرادتان، فتصدر إرادة من أحد الطرفين أولاً يعرض على الطرف الأخر أن يتعاقد معه، و هذا هو الإيجاب، ثم تليها الإرادة الثانية مطابقة لها، و هذا هو القبول، و لكي يكون التراضي صحيحاً يجب أن يصدر من ذي أهلية، وفيما يتعلق بالأهلية، فأحكامها في العقد الإداري ليست كما هي عليه في العقد المدني لاختلاف أهلية الإدارة عن أهلية الشخص الطبيعي في الحكم[1]، فالإرادة تعدّ معدومة إذا صدرت ممن لا يملكها كالمجنون والصبي غير المميز، و تكون معيبة إذا صدرت من كامل الأهلية الذي شاب رضاه غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال[2].

فالإيجاب يعرف بأنه: تعبير لازمٌ صادر عن إرادة شخص، يتجه به إلى شخص آخر، يعرض عليه رغبته في إبرام عقد معين بقصد الحصول على قبول هذا الأخير، فإذا حصل على قبول هذا الأخير انعقد العقد، ويشترط في الإيجاب أن يكون باتاً دالاً على الرضا بالتعاقد بشكل قاطع.

والإيجاب كما عرفته محكمة النقض المصرية: "هو العرض الذي يعبر به الشخص الصادر منه على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين، بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق انعقد العقد".

---

[1] د. ابراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، طبعة ١٩٨١، مرجع سابق، ص ١٤٤.

[2] د. أنور سلطان، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص٤٣.

ويختلف حكم الإيجاب في العقود الإدارية عنه في العقود المدنية، إذ استقر الفقه والقضاء على أن إعلان الإدارة عن المناقصة ليس إلا دعوة إلى التعاقد، وإن التقدم بالعطاء هو الإيجاب الذي ينبغي أن يلتقي عنده قبول الإدارة لينعقد العقد[1].

والعرض في العقود الإدارية هو إيجاب يقوم به صراحةً أو ضمناً(إعلان أو إذاعة) شخص يوجه إلى شخص آخر يقترح فيه إبرام عقد معين، وتعدّ الفترة السابقة على الإيجاب متعلقة بالإعلان عن المناقصة أو المزايدة أو بالدعوة إلى التعاقد، ونكون في إطار تلك المرحلة طالما لم يصدر إيجاباً بعد، ولهذا فإن تحديد تلك الفترة يكون بتحديد الإيجاب، وحيث ينتفي وجود الإيجاب نظل في إطار الدعوة أو الإعلان عن التعاقد، ويتم إبرام العقد في إطار المناقصة العامة بتقديم العرض بحسبانه يمثل إيجاب العارض و هو المعبّر عن إرادته في التعاقد مع الإدارة وفقًا للشروط الموضوعة، ولا يكتمل إبرام العقد إلا بقيام الإدارة بإصدار قرار الإرساء على العرض الأفضل وإصدار قرار توقيع العقد، كونهما الخطوتين اللتين تمثلان قبول الإدارة.

والعرض هو تعبير المتعهد العارض عن إرادته الجازمة بالاشتراك بالمناقصة عن طريق تقديم البيانات اللازمة إلى جهة الإدارة، خصوصاً السعرية منها وفقًا لأشكال حددها القانون، ما يرتب في ذمته التزاماً مناطه التعهد بالبقاء على إيجابه فترة محددة في دفتر الشروط الخاصة والإعلان، ويؤيد هذا الالتزام إمكانية مصادرة التأمين المؤقت من جانب الإدارة من دون الإخلال بحقها في التعويض إن كان له مقتضى.

ويلاحظ أن المشرع يضع دائماً هذا العرض ضمن إطار شكلي يتناول كيفية تحديد مضمونه من جهة والوعاء الذي يسكب فيه هذا المضمون من جهة أخرى[2].

وقضت المحكمة الإدارية العليا في مصر أن إعلان الإدارة عن إجراء مناقصة أو مزايدة لتوريد بعض الأصناف عن طريق التقدم بعطاءات، ليس إلا دعوةً للتعاقد، وأن

---

[1] د. احمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٢٨.

[2] د. مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠٠١، ص ٤٤٥.

التقدم بالعطاء وفقاً للمواصفات والاشتراطات المعلن عنها هو الإيجاب الذي ينبغي أن يلتقي عنده قبول الإدارة لينعقد العقد[1].

والإيجاب في العقد الإداري يكون خاضعاً إلى جملة من الشكليات، لا يستقيم وجوده القانوني بدونها، بل إن التشريعات تحدد محتوى الإيجاب وحدوده والإطار الزمني الذي يجب أن يقدم خلاله، وهذه العوامل أدت إلى إيجاد ذاتية للإيجاب بشكل مستقل عن مفهومه في القانون الخاص.

ويبدو أن القضاء الإداري يميل إلى عدّ المرشح للتعاقد بالعطاء وفقاً للمواصفات والشروط المعلن عنها هو الإيجاب، وأن إعلان الإدارة عن إجراء مناقصة أو مزايدة ليس إلا دعوة إلى التعاقد.

واستقر القضاء والفقه الإداريان على أن إعلان الإدارة عن المناقصة يعد دعوة من قبل الإدارة إلى التعاقد[2].

وقد درجت دفاتر الشروط العامة التي تحيل إليها العقود الإدارية وترفق في الغالب مع العطاءات المقدمة من الراغب بالتعاقد، بالنص على التزام مقدم العطاء بالبقاء على إيجابه حتى نهاية المدة المحددة لسريان العطاءات، وأن مبدأ إلزام الموجب بالبقاء على إيجابه غير مقنن في تقنين قانون عقود الشراء في فرنسا، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي قد أقره منذ زمن بعيد وتشدد في تطبيقه، على أن التزام مقدم العطاء ينتهي بالبت في المناقصة، كما أكد مجلس الدولة الفرنسي على أن العطاء إذا أودع فلا يجوز سحبه، كما لا يجوز تعديله، أو إحلال عطاء آخر محله[3].

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم /٣٣٣/ لسنة (١٠) قضائية، جلسة ١٩٧٦/٢/٢، مشار إليه لدى د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص ١٧٦.

[2] قررت المحكمة الإدارية العليا في مصر في ٢-١٢-١٩٦٧ أن إعلان الإدارة عن إجراء مناقصة أو مزايدة أو ممارسة لتوريد بعض الأصناف عن طريق التقدم بعطاءات ليس إلا دعوة إلى التعاقد وأن التقدم بالعطاء وفقاً للمواصفات والاشتراطات المعلن عنها هو الإيجاب الذي ينبغي أن يتلقى عنده قبول الإدارة لينعقد العقد. مجموعة المبادئ التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا المصرية، لسنة ١٣، رقم /٢٥/، ص١٦٦.

[3] د. عاطف سعدي علي، عقد التوريد بين النظرية والتطبيق دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ٢٨٤.

وذهب مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ١٩١٩/٧/٩ في قضية Crande إلى "وجوب التزام مقدم العطاء بعطائه وعدم سحبه حتى ولو لم يتضمن دفتر الشروط هذا المبدأ، إذ ورد فيه منذ لحظة تقديم العطاء يلزم المتقدمون نهائياً تجاه البلدية، وبناءً على ذلك فادعاء السيد Crande أنه أبدى رغبته بسحب عطائه أمر لا قيمة له".

ويلتزم المتقدم بالبقاء على إيجابه حتى تعلن نتيجة المناقصة إذ يتحرر مقدمو العطاءات جميعاً باستثناء من ترسو عليه المناقصة الذي يظل ملتزماً بعطائه إلى أن يتم اعتماد المناقصة.[١]

وقد استقر الفقه والقضاء الإداريان على أن التزام مقدم العطاء بالبقاء على إيجابه مصدره إرادته المنفردة[٢] ومن هؤلاء الفقيه "دي لو بادير" الذي ذهب إلى أن الالتزام الناتج عن العطاء إنما هو في الحقيقة، التزام انفرادي، ويؤيد رأيه ذلك بقوله: " إن بعض فقهاء القانون الخاص يرون أن المتقدم بالعطاء في القانون المدني يلتزم بالعطاء عندما يحدد مدة لذلك يلتزم خلالها، فإن لم يحدد مدة جاز له سحب عطائه متى شاء عكس ما يحصل في المناقصات العامة، حيث لا يستطيع المتقدم للتعاقد مع الإدارة سحب عطائه "[٣].

أما في مصر فإن اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة السالف ذكرها ألزمت مقدمي العطاءات تقديم عطاءاتهم الموقعة من قبلهم على نموذج العطاء، والمختوم بختم الجهة الإدارية كما ألزمت الموجب بالبقاء على عطائه فقد نصت على أنه:

" تُسلم العطاءات لإدارة التعاقدات قبل التاريخ أو الموعد المحدد لفتح المظاريف الفنية إما باليد أو عن طريق البريد السريع من خلال الهيئة القومية للبريد أو عن طريق

---

[1] – De Laubadere – op – cit . P.286.

[٢] د. أحمد عثمان عياد، مرجع سابق، ص١٣٢.

[3] De laubadere – op – cit P 287.

الوسائل الإلكترونية إذا ما سمحت بذلك شروط العملية، وعلى صاحب العطاء عدم شطب أي بند من بنود العطاء أو من المواصفات الفنية أو إجراء تعديل فيه مهما كان نوعه بعد تسليمه، وإذا رغب في إبداء أية ملاحظات خاصة بالنواحي الفنية فيثبتها في كتاب مستقل ويسلمها لإدارة التعاقدات قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف الفنية، ويبقى العطاء نافذ المفعول وغير جائز الرجوع فيه من وقت تسليمه بغض النظر عن ميعاد استلامه بمعرفة الجهة الإدارية وحتى نهاية المدة المحددة لسريان العطاءات، وفي حالة تقديم العطاء من صاحبه أو من يفوضه شريطة تقديم التفويض الدال على ذلك أو وكيله، فيتعين على إدارة التعاقدات التوقيع على إيصال يفيد الاستلام يحدد به موعد وتاريخ استلام العطاءات، وفي حالة استلام إدارة التعاقدات العطاءات عن طريق البريد السريع من خلال الهيئة القومية للبريد، فيجب على موظف الإدارة التوقيع على إيصال الهيئة بالاستلام والاحتفاظ بصورة منه"[1].

وكانت محكمة القضاء الإداري المصرية قد أخذت بذلك الاتجاه ذاته في حكمها الصادر في ٢٤-٢-١٩٥٧، عندما قررت أن: " المدعي في وقائع هذه الدعوة قصد الإرتباط بعطائه إلى الوقت الذي تفتح فيه المغلفات، ويخطر صاحب العطاء بقبول عطائه من عدمه".[2]

وحسب المبادئ العامة في نظرية العقود، فإن الكتابة ليست ركناً من أركان العقد، ذلك أن الكتابة مجرد وسيلة لإثبات انعقاد العقد وشروطه، كذلك وإعمالاً لهذه المبادئ، فإنه لا يشترط لانعقاد العقد الإداري أن يكون مكتوباً، إلا إذا اشترط القانون ذلك.

وعلى هذا المفهوم استقر رأي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري حسبما جاء في الفتوى الصادرة عنها في ١٩٩٧/١٢/٢٤، بالقول:" إن العقد الإداري يقوم بالإيجاب والقبول، حتى ولو كان غير مكتوب".

---

[1] المادة (٤٥) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة لعام ٢٠١٩ والمعدل بالقرار (٢٨) لعام ٢٠٢٠ والسالف ذكره.

[2] مجموعة المبادئ التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا المصرية، السنة (١١) ، رقم /١٥٩/، ص٢٢٩.

وأكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية هذا الاتجاه بقولها:

"إن عدم تحرير عقد إداري لا يعني عدم وجود علاقة تعاقدية، لأن الوثائق المتبادلة بين الطرفين تدل على قيام هذه الرابطة التعاقدية، حيث أن العقد المقدم من الشركة والشروط الواردة في الاعتماد المستندي المفتوح لصالحها تعد في منزلة عقد إداري ملزم للطرفين"[١].

وهذا ما أخذت به اللجنة المختصة في قسم الفتوى والتشريع لدى مجلس الدولة السوري في رأيّ حديث لها عام ٢٠١٥ حيث قررت:

" من حيث إن الواضح من الوقائع المسرودة بأن تنفيذ المُستفتى بشأنه المتعهد أعمالاً تمثلت بصيانة وترميم بعض المخابز الاحتياطية ...بناءً على تكليف شفوي من الإدارة المستفتى بشأنها اقتضته الضرورة والظروف الطارئة التي أحاطت بالعمل التي لم تتسع لإتباع الأصول والإجراءات المقررة في أنظمة العقود لاستدراك الخلل الحاصل فتكون إزاء الحالة المعروض عقداً فعلياً يرتب كافة الآثار القانونية الناشئة عنه وبحسبان أن المستفتى بشأنه قد أدى الالتزام الذي تكلف به من خلال تنفيذ الأعمال موضوع القضية فيكون قد نشأ له حق قانوني ينبغي ألا يحرم منه وألقى واجباً على الإدارة ينبغي ألا تتنصّل عنه يتمثل في صرف قيمة ما حققته لصالحها من أعمال وأن القول بغير ذلك يجعل الإدارة تُثري على حساب المتعهد وهذا فضلاً على أنه ينافي مقاصد التشريع وقواعد العدل والإنصاف فهو سلوك يتعين على الإدارة أن تنأى بنفسها عنه لما يخلفه من آثار سلبية على سمعة المرفق العام وانتظام عمله.

لهذه الأسباب: .....أقرت اللجنة المختصة الرأي التالي: ليس ثمة مانع قانوني من قيام الإدارة المستفتية بصرف استحقاقات المستفتى بشأنه السيد عن قيمة الأعمال المنفذة، موضوع القضية ويبقى على عاتقها مسؤولية تحديد كمية الأعمال وقيمتها.[٢]

---

[١] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، طعن رقم (٥٩٥٥)، لسنة ٤٣ ق.

[٢] رأي اللجنة المختصة في قسم الفتوى والتشريع في مجلس الدولة رقم /٢٠/ لسنة ٢٠١٥في القضية رقم ٣٢/ ف لسنة ٢٠١٥.

ويرى الباحث أن هذا الرأي كان في محله القانون للأسباب الآتية:

١- اتفاقه ومبادئ العدالة والإنصاف المفترضة بين المتعاقدين.

٢- لا يجوز للإدارة أن تثرى على حساب المتعاقد.

٣- فيه ضمان لحقوق المتعاقد ولاستمرارية تشجيع الأفراد للتعاقد مع الإدارة.

٤- يلبي الحاجات الطارئة الظروف الاستثنائية وخاصة ما يمر به بلدنا من ظروف اقتصادية وحالة أمنية توجب اللجوء أحياناً إلى تكليف بعض المتعاقدين لحالات ضرورية لسير المرافق العامة وخاصة الحيوية كما ورد في الفتوى المذكورة بالنسبة إلى مرفق تأمين مادة الخبز للمواطنين.

وفي سوريا فإن الإيجاب في نطاق طلب العروض يصدر ضمن قالب شكلي هو العرض، وإذا كان هذا المبدأ مشتركاً بين المناقصة وطلب العروض، إلا أن تطبيقه في نطاق طلب العروض مختلف عما هو معروف بالنسبة إلى المناقصة، والعرض يجب أن يكون مكتوباً وموقعاً وإلا كان مقدماً بشكل غير مشروع، ويجب استبعاده، ولا يجوز أن يقدم شفاهاً بأي حال من الأحوال تحت طائلة الرفض والبطلان المطلق[١].

ونصت الفقرة /ب/ من المادة (١٨) من القانون /٥١/ لعام ٢٠٠٤، بوجوب رفض العرض إذا قُدم بعد الوقت المحدد لتقديم العروض، وحظّرت الفقرة /ب/ من المادة رقم/١٩/ من القانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤، استعادة العروض، أو إكمالها، أو تعديلها بعد تسجيلها في ديوان الجهة الإدارية المعنية.

---

[١] د. محمد الحسين، د. مهند نوح، العقود الإدارية، منشورات جامعة دمشق،٢٠٠٦، ص ١٧٧ .علماً أنه يوجد استثناء على هذا المبدأ في النظام القانوني السوري، حيث نصت المادة /٨٠/ من القانون رقم/٥١/ لعام ٢٠٠٤ على إمكانية: " أن تتم المزايدة العامة بالظرف المختوم، وعندئذ لا بد من تقديم العروض كتابة لأن المادة /٨٠/ من القانون رقم /٥١/ ٢٠٠٤ نصت صراحة على أن تتم المزايدة التي تجري بأسلوب الظرف المختوم وفق الأحكام المتعلقة بالمناقصات وكذلك وفقاً للمادة /٨٠/ ذاتها فإنه يمكن أن تتم المزايدة بشكل علني، وفي هذه الحالة تتم المزايدة في جلسة علنية يشترك فيها الراغبون ممن تتوافر فيهم الشروط المطلوبة، ويجوز للإدارة عندئذ أن تضع سعراً مبدئياً لافتتاح عملية المزايدة، وتتم المزايدة من قبل العارضين بصورة شفهية مع عدم قبول الزيادات التي تقل عن نصف بالمائة من قيمة العرض السابق عنه (المادة رقم /٨٣/ من القانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤).

وتطبيقاً لذلك فقد أفتى مجلس الدولة السوري، بعدم جواز قبول طلبات المتعهدين بشأن التخلي عن شيء من العرض، الذي تقدموا به عند اشتراكهم في المناقصات، مع الإبقاء على ارتباطهم بالقسم الآخر من العرض نفسه[1].

وقد استقر رأي الفقه الفرنسي والمصري والسوري على أن المصدر القانوني لالتزام العارض بالبقاء على إيجابه وعدم سحبه، أو تعديله إنما يتمثل في إرادته المنفردة[2].

وبالطبع فإن التزام العارضين بالبقاء على عروضهم المقدمة من دون تعديل أو سحب إنما يحدد بمدة معينة إذا انقضت تَحلل العارضون من إيجاباتهم المقدمة إلى الجهة الإدارية، ولم يحدد المشرع السوري حداً أعلى لارتباط العارضين بعروضهم[3].

أما بالنسبة إلى القبول، فإن الإدارة لا تملك حرية واسعة عند التعاقد، مثلما هو الحال في إبرام الأفراد لعقودهم، إذ فرض المشرع جملة من القيود والإجراءات تلتزم الإدارة بإتباعها حفاظاً على المصلحة العامة والمال العام.

وقد أكدت محكمة القضاء الإداري المصرية هذا الاتجاه عندما قضت أنه: " من حيث إن الأصل في كيفية إبرام العقود الإدارية، و التي يشتد فيها القيد على حرية جهة الإدارة عند تعاقدها ، يرجع إلى أن المشرع هو الذي يستقل ببيان طريقة إبرام العقود العامة، وهو في هذا السبيل يسعى إلى إدراك هدفين كبيرين الأول: تحقيق أكبر وفر مالي للخزينة العامة ، وهذا يستلزم بداهة التزام جهة الإدارة اختيار المتعاقد الذي يقدم أفضل الشروط والضمانات المالية، والثاني: مراعاة المصلحة الإدارية

---

[1] رأي مجلس الدولة السوري رقم (١٨٤) تاريخ ١٩٧٩/١٢/١٧.

[2] (M) Quancard.. op.cit. p 189.

- Laubadère ,Delvolvé et Moderne, op. cit. P 610.
- Bréchon – Moulènes, Droit des marchés, T1, op.cit.III, 330, 2, p 18.

وفي الفقه العربي: د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقد الإداري، مرجع سابق، ص ١٣١.

د. جابر جاد نصار ، المناقصات العامة دراسة مقارنة دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص١٠.

[3] راجع مجموعة مبادئ القضاء الإداري، اجتهادات المحكمة الإدارية العليا، مصباح نور الدين المهايني، من عام ١٩٥٩ حتى عام ٢٠٠٠.

ويتطلب تبعاً لذلك تمكين جهة الإدارة من أن تختار أكفأ المتقدمين لأداء الخدمة التي تحرص هي على تحقيقها "[1] .

ويعرف الباحث القبول أنه:" تعبير من وجه إليه الإيجاب عن رضاه بالتعاقد بما يطابق الإيجاب".

ويشترط في القبول أن يكون باتاً ويقصد به إبرام العقد، ولذلك فلا يعد قبول التعبير المعلق على موافقة شخص آخر، أو التعبير المتضمن اشتراطه مهلة أخرى للتفكير، فضلاً عن أن القبول يجب أن يكون مطابقاً مطابقة تامة للإيجاب، فلا ينعقد العقد إلا بالتطابق التام بين القبول والإيجاب وذلك في كل المسائل التي وردت في الإيجاب.

وعلى ذلك فإن القبول يعد أمراً جوهرياً حتى ينعقد العقد، بعد اقتران هذا القبول بالإيجاب، إلا أنه يكون لمن وجه إليه الايجاب كامل الحرية في قبوله، أو رفضه من من دون أن تقع مسؤولية ما بحسب الأصل.

وبالنسبة إلى قواعد القبول في العقود الإدارية، فإنها تختلف عن القواعد الخاصة بالتكوين والإبرام في العقود المدنية، فالعقود المدنية تتميز بالبساطة في تكوينها وإبرامها، في حين أن العقود الإدارية تتكون من مراحل متعددة وفي فترات متلاحقة ومتعاقبة، وهذا يعني أن العملية التعاقدية في نطاق القانون العام لا تكون بالبساطة الموجودة في عقود القانون الخاص، وذلك لأن الإدارة عندما تبرم العقد الإداري تكون مقيدة بتحقيق المصلحة العامة، وذلك من خلال تقيدها بإتباع طرق تختار بموجبها المتعاقد الأكفأ والأفضل، فالعملية التعاقدية في القانون العام هي عملية مركبة تمر بعدة مراحل تسبق إبرام العقد، مثل قرار الإعلان عن المناقصة وقرار لجنة البت، والقبول في العقد الإداري الذي يقترن بالإيجاب هو اعتماد قرار الإرساء على صاحب العطاء من قبل

[1] حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في ١٤-٤-١٩٥٢ القضية/ ٧٠٢٧/ السنة ٨ قضائية.

السلطة الإدارية المختصة واعتماد الإرساء هو إفصاح عن إرادة الإدارة في إبرام العقد، ومن ثم هو الذي يكون بتبادل الرضا بتلاقيه مع رضا المتقدم الذي أعلنه عند تقديم عطائه، ويقصد بالسلطة المختصة بإبرام العقد، ذلك العضو المختص بمقتضى القوانين واللوائح باعتماد قرار البت لرسو المناقصة على مقدم العطاء الذي عينه.

وإن إرساء المناقصة لا يعني إلزام الإدارة بإبرام العقد مع من رسا عليه العطاء، فلا يعد قرار الإرساء آخر إجراءات التعاقد وإنما هو إجراء تمهيدي ينتهي بصورة قرار باعتماد الإرساء من الجهة المختصة[١] .

ففي فرنسا فإن الرابطة التعاقدية بين الإدارة والمتعاقد معها لا تقوم إلا مع صدور قرار إبرام العقد، ويطلق عليها تسمية (الاعتماد) وإن تبليغ المتعاقد لا علاقة له بتمام الرابطة التعاقدية وإن كان يشكل شكلية جوهرية لا تستطيع الإدارة من دونها أن تحتج بالعقد في مواجهة المتعاقد، كما أن المتعاقد لا يستطيع أن يبدأ في تنفيذ التزاماته التعاقدية قبل تبليغه بذلك من جانب الإدارة فضلاً عن أن التبليغ لا يعد قراراً إدارياً و لا يمكن أن توجه ضده دعوى الإلغاء[٢].

[1]De Laubadere ، Op .Cit ، P.590.

[٢]د. مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، مرجع سابق، ص ٦٨٠.

الفرع الثالث

التزامات طرفي العقد الإداري

يقوم العقد على فكرة تبادل الالتزامات، ويستوي في ذلك عقود القانون الخاص والعقود الإدارية، ولا ينال من قاعدة تبادل الالتزامات، ما هو معروف من أن العقود الإدارية تنعقد بين طرفين ليسا متساويين، لأن أحدهما وهو الإدارة تقوم على الصالح العام وتسعى إلى تحقيقه، بينما يستهدف أفراد القانون الخاص تحقيق مصالحهم الخاصة، الأمر الذي يسوّغ أن تكون إرادة الإدارة أعلى وأقوى من إرادة المتعاقد معها، ومع ذلك فإن العقد الإداري يحمل التزامات متبادلة بين الطرفين، حسب ما تقرره المبادئ العامة التي تحكم العقود بشكل عام [١].

وتُعرّف التزامات الإدارة المتعاقدة المألوفة بأنها: "مجموعة من الالتزامات تلتزم بها الإدارة، وتجد مصدرها في العقد الإداري بصفة أصلية، ويمكن التمثيل لهذه الالتزامات، بالتزام الإدارة بتسليم المتعاقد معها مواقع العمل، وأداء مستحقات المتعاقد المالية في مواعيدها، والقيام بكل ما هو متفق عليه من تسهيلات تساعد المتعاقد معها على تنفيذ التزاماته، وتلتزم الإدارة بأداء ما عليها من التزامات بحسن نية، وعلى أسس من العدالة، والمصلحة المشتركة بينها وبين المتعاقد معها" [٢].

---

[١] نصت المادة /٤/ من الفصل الثالث من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات في مصر لعام ٢٠١٩ على الآتي:
" تخضع إجراءات وطرق وأساليب التعاقد لمبادئ الشفافية، وحرية المنافسة، والمساواة، وتكافؤ الفرص ويلتزم العاملون بالجهات الإدارية بإنفاذ ما ورد بأحكام القانون وهذه اللائحة من معايير ومبادئ الشفافية، ويحظر تعارض المصالح فيما يؤدونه من إجراءات التعاقد، وعليهم مراعاة مدونة السلوك الوظيفي التي تصدر عن وزير المالية.
ويجب على كافة المتعاملين من مجتمع الأعمال مراعاة ممارسات الأعمال الجيدة والمعايير المتعارف عليها في مجالات التعاقدات، وذلك في كافة تعاملاتهم أثناء مراحل إجراءات التعاقد بما في ذلك دراسة وإعداد وتقديم العطاءات وتنفيذ العقود، ويسأل قانونياً كل من يخالف القوانين واللوائح النافذة ذات الصلة".

[٢] د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص ٢١١ وما بعدها.

والعقد الإداري– شأنه شأن العقود الأخرى– ذو قوة ملزمة، يعني أنه إذ نشأ صحيحاً فقد أصبحت له قوته الملزمة، ووجب على المتعاقدين تنفيذ ما التزما به، والملتزم بالعقد مسؤول عن تنفيذ التزاماته العقدية، فالعقد الإداري يقيّد جهة الإدارة كما يقيّد المتعاقد معها، أي أن الطرفين يلتزمان بتنفيذ التزاماتهما، من دون تفريق بين جهة الإدارة وبين و المتعاقد معها في هذا الخصوص، إلا أن الجزاءات التي توقع على المتعاقد مع الإدارة إذا أخلّ أو قصّر في تنفيذ التزاماته تختلف اختلافاً كبيراً عن الجزاءات التي توقع على جهة الإدارة، ولكن اختلاف الجزاءات لا يغير من التزامات الإدارة بتنفيذ التزاماتها[1].

وفي مقابل الامتيازات والسلطات التي تتمتع بها الإدارة لدى التعاقد، فإن القانون يوفر للمتعامل المتعاقد معها حماية قانونية، تتمثل في الاعتراف له بمجموعة من حقوق وتأخذ هذه الحقوق في مجملها طبيعة واحدة وهي الطبيعة المالية وإن كانت تختلف صورها وإجراءاتها وحالاتها بين حق وآخر[2].

فالمتعاقد عندما ينفذ التزاماته المتعلقة بموضوع الصفقة صار من حقه الحصول على المقابل المالي، أما في حال ما إذا واجهته وقائع وعوامل صعبة ومرهقة لا يمكن معها الاستمرار في تنفيذ الصفقة بات من حقه المطالبة بالحق في التوازن المالي، وإذا أصابه ضرر جراء عمل قامت به الإدارة فمن حقه المطالبة بالتعويض[٣].

وفي مقابل هذه الالتزامات الواجبة على الإدارة يوجد مجموعة من الحقوق للمتعاقد معها، والتي تسودها وتهيمن عليها فكرة أساسية هي أن هذا المتعاقد يسعى إلى تحقيق الكسب والعائد المالي، وإلى جانب هذه الفكرة تضاف فكرة أخرى مقتضاها أنه يجب مساعدة المتعاقد مع الإدارة من الناحية المالية إذا ما حدثت صعوبات تجعل تنفيذ العقد

---

[1] د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، دعوى إلغاء القرار الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٨، ص ٢٦٠.

[2] د. جابر جاد نصار، الدعاوى الإدارية، مرجع سابق، ص٢١٣.

[٣] د. محمد انس جعفر، العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ١٣٧.

عسيراً وشاقاً بالنسبة له، وغاية مساعدة المتعاقد هو ضمان استمرار تنفيذ العقد بهدف ضمان مصلحة المرفق العام الذي يرتبط به هذا العقد[١].

بناءً عليه فإن حقوق المتعاقد مع الإدارة تستمد من العقد الإداري في حد ذاته، حيث يرتب التزامات في مواجهة طرفيه، وفي مقابل ذلك يرتب حقوقاً، وقد يشار إلى هذه الحقوق صراحة في العقد، وقد يتمتع بها المتعاقد مع الإدارة بشكل تلقائي، إعمالاً لأحكام العقود الإدارية[2].

ويشير جانب من الفقه الفرنسي إلى أنه يجب عدم النسيان أن العقد ينتج بالتحديد أمراً قانونياً و هذا ينشأ حقوقاً والتزامات تتمثل هذه الحقوق في حق الحصول على المقابل المالي، وحق اقتضاء بعض التعويضات، وحق ضمان التوازن المالي للعقد ووجوب احترام الإدارة لالتزاماتها العقدية[٣].

وأيضاً من الحقوق المترتبة للمتعاقد مع الإدارة حصوله على المقابل المالي، وهو بالتعريف:" المقابل الذي يتسلمه المتعاقد مع الإدارة، لتغطية ما يتحمله من مصاريف ونفقات وتحقيق الربح".

والمستقر فقهاً وقضاءً، إن الإدارة لا يجوز لها أن تمس المقابل المالي للمتعاقد، أو حقوقه المالية عموماً، فهي لا تملك تعديل الشروط المالية للعقد لتعلقها بحقوق المتعاقد الخاصة، وسلطة الإدارة في تعديل العقد تتناول فقط الشروط المتصلة بتسيير المرفق العام[٤].

---

[١] د. محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٢، ص ٥٣٦.

[2] د. محمد انس جعفر، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٤٢.

[3] -(L) Trotabas, Manuel de droit public et administratif, op ،cit,P. 227.

[٤] د. محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع نفسه، ص ٥٣.

والقاعدة فيما يخص المقابل المادي تنص على ألّا يدفع إلا بعد انتهاء تنفيذ العقد، وتسوية الحساب الختامي، إلا في بعض الحالات التي تتعلق بطبيعة العقد الذي يتطلب تنفيذه مدة طويلة[1].

والفقه يميز بين نوعين من المقابل المالي وذلك وفقاً لنوع الخدمة التي يلتزم المتعاقد بتقديمها:

أ- عقود الشراء العام، وهي تلك العقود التي يكون محلها تقديم أداءات معينة إلى الإدارة، مقابل ثمن محدد تدفعه هذه الأخيرة، وتسمى الإدارة بحسابها طرفاً في العقد في هذه العملية مشترياً عاماً، ومن أبرز هده العقود عقود الأشغال والتوريد والخدمات.

ب-عقود تفويض المرفق، والتي يكون محلها إسناد تسيير مرفق عام، واستغلاله من جانب الإدارة، وتسمى (المفوّض) إلى شخص آخر من أشخاص القانون الخاص، أو العام ويسمى (مفوَّضاً إليه)، وذلك مقابل رسم يأخذه هذا الأخير من المنتفعين من خدمات المرفق محل التفويض، ومن أبرز هذه العقود عقود التزام المرفق العام وعقود امتياز المرفق العام.[2]

ولكي يستحق المتعاقد دفع الثمن المتفق عليه، يجب أن يقوم من جانبه بتنفيذ الأعمال أو الخدمات أو المواد المتعاقد عليها، ثم يتعين أن تقوم الإدارة بالتأكد من إنجاز تلك الأعمال أو الخدمات أو المواد، وتحديد كميتها وفقاً لأساليب متعددة في هذا الصدد، وذلك لحساب الثمن المستحق للمتعاقد.

وقد أكد القضاء الإداري الفرنسي والمصري والسوري مبدأ استقرار الثمن وعدم جواز المساس به إلا إذا وقع خطأ مادي فيمكن تصحيحه[3].

---

[1] د. جابر جاد نصار، الدعاوى الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٥١.

[2] د. محمد الحسين ود. مهند نوح، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣٥٢.

[3] د. محمد الحسين ود. مهند نوح، المرجع نفسه، ص ٣٥٣.

والأصل أن يُحدد الثمن باتفاق بين الإدارة والمتعاقد معها، سواءً بشرط يدرج في صلب العقد أو بمقتضى وثائق مستقلة تلحق بالعقد، وأن يحدد الثمن برقم معين متفق عليه، ولكن قد يحدد بطريقة الإحالة إلى عناصر خارجة عن العقد كالاتفاق على اتخاذ الأسعار السائدة في وقت محدد أساساً للمحاسبة[١].

وإذا ما أُدرج الثمن كشرط في العقد، فإنه يمتنع المساس به من قبل أطرافه، خصوصاً الإدارة ، وتلتزم الإدارة بدفعه كما هو محدد في العقد[٢].

ويأخذ الثمن في العقود الإدارية عادةً صوراً متعددة يمكن تصنيفها إلى فئتين:

الفئة الأولى: تعدّ من الشروط التعاقدية التي لا يجوز تعديلها بعد الاتفاق عليها إلا برضاء الطرفين، ومثال ذلك الثمن في عقود الأشغال العامة وعقود التوريد.

الفئة الثانية: لا تعدّ من الشروط التعاقدية وإنما من الشروط اللائحية التي يجوز للإدارة تعديلها بموجب قرارات تنظيمية أو لائحية من دون رضاء الطرف الآخر، ومثال ذلك المرتبات والأجور في عقود التوظيف والرسم في عقود الامتياز[٣].

ويتم تحديد الثمن عادة وفقاً لإجراءات وقيود معينة تنص عليها القوانين ودفاتر الشروط العامة، ولكن دفع ثمن العقد للمتعاقد لا يتم إلا بعد إنجاز موضوع العقد، وقد يتم تسديده أحياناً على شكل دفعات تحت الحساب بناءً على تقدم من مراحل العمل، أو على صورة سلف تحت الحساب إلى حين إجراء الحساب النهائي.[٤]

---

[١] د. سليمان الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٥٦٨.

[2] – Guibal– Lucien– Terneyre et autres ،Droit public des affaires ،Lamy ،Paris،1998 ،p 707. Os.

وراجع في الفقه العربي:

د. محمد الحسين، د. مهند نوح، المرجع السابق، ص ٥٢ وما بعدها، د. مهند نوح، الإيجاب والقبول، المرجع السابق، ص٤٧٩ وما بعدها.

[٣] د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٥٧٢.

[٤] د. جابر جاد نصار، الدعاوى الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٥٤.

وهناك قيود تمليها مقتضيات الصالح العام والعدالة، تحد من نطاق إرادة المتعاقدين (الإدارة والمتعاقد معها) في تحديد الثمن، فالإدارة تخضع إلى قيود صارمة تحد من حريتها في تحديد أثمان العقود التي تبرمها، وذلك لبلوغ هدفين:

الأول: تحقيق أكبر وفر مالي للخزينة العامة، وهذا يستلزم بداهة التزام جهة الإدارة باختيار المتعاقد الذي يقدم أفضل الشروط والضمانات المالية.

والثاني: مراعاة المصلحة الإدارية، وذلك يتطلب تمكين جهة الإدارة من أن تختار أكفأ المتقدمين لأداء الخدمة التي تحرص هي على تحقيقها[1].

ويتم التمييز في فرنسا بين أنواع عدة من الثمن، فهناك الثمن المؤقت الذي يلجأ إليه في حالة السرعة، أي تلتزم الإدارة بدفع مبالغ تحت الحساب، وهناك الثمن الموحد، وهو الذي يطبق على الكميات المسلمة بشكل نهائي وحقيقي، والثمن الجزافي حين تكون الأداءات محل العقد محددة ومن ثم يكون الثمن نهائياً[2].

وتختلف طريقة دفع الثمن في القانون السوري حسب العقد، إذ يدفع الثمن في عقود التوريد على خلاف الطريقة التي يدفع فيها في عقود الأشغال، وتختلف أيضاً طريقة الدفع في عقود التوريد حسبما يكون العقد داخلياً أو خارجياً.

فقد نصت المادة /١٢/ من المرسوم /٤٥٠/ لعام ٢٠٠٤ المتضمن دفتر الشروط العامة على الآتي:

".... ز- في غير حالة الدفع بموجب اعتماد مستندي، لا يجوز صرف قيمة المواد المتعاقد عليها إلا بعد تنظيم محضر الاستلام المؤقت، واقترانه بموافقة آمر الصرف، كما لا يجوز إعادة التأمينات النهائية بمختلف أنواعها، أو الإفراج عن الضمانات المختلفة إلا بعد الاستلام النهائي الذي يجب أن يتم بعد انتهاء فترة الضمان المنصوص عليها في دفتر الشروط العامة، أو في دفاتر الشروط الخاصة وتقديم براءة ذمة من الدوائر المالية المختصة".

---

[1] حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في ١١ أبريل ١٩٨٢ مشار إليه لدى عمر حلمي فهمى، الأحكام العامة للعقود الإدارية ، ص ٢٣٣.

[2] د. جابر جاد نصار، الدعاوى الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٥٥.

ويترتب بناءً عليه ما يلي:

في عقود التوريد الداخلية: تطبق في هذه الحالة قاعدة الدفع اللاحق، حيث لا يجوز دفع قيمة التوريدات محل العقد إلا إذا تم تسليم هذه التوريدات فعلاً، ويثبّت ذلك بمقتضى محضر استلام يبين ذلك ومعتمد من آمر الصرف، ومذكرات إدخال التوريدات محل العقد إلى مستودعات الإدارة.

أما في عقود التوريد الخارجية: فقد راعى المشرع السوري مقتضيات التجارة الدولية حيث أباح الدفع عن طريق فتح اعتمادات مستندية، حيث يتم الدفع للبائع (المتعاقد) عن طريق فتح اعتماد مستندي عن طريق أحد البنوك من قبل المشتري للإدارة.

أما طريقة الدفع في عقود الأشغال: فقد نصت المادة /٣٦/ من المرسوم ٤٥٠لعام ٢٠٠٤ المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود الموحد على أن:

" أ- تنظم الجهة العامة للمتعهد كشوفاً شهرية عن الأعمال والتحضيرات المنجزة من قبله بحيث تشمل هذه الكشوف ما يلي:

١- الأعمال المنجزة بصورة نهائية، وتقدر قيمتها بموجب الأسعار الملحوظة لها في العقد.

٢- الأعمال غير المنجزة نهائياً، وتقدر قيمتها بالإستناد إلى الأسعار الملحوظة لها في العقد مع اعتبار درجة إنجازها.

٣- الإحضارات المجهزة في موقع العمل، وتكون كمياتها بنسبة ٨٠٪ من مجموع ما جُهز منها فعلاً وكان مطابقاً لشروط العقد وتقدر قيمتها على أساس اعتبار الأقل بين السعر الرائج لهذه الإحضارات عند تنظيم الكشف والسعر المقدر لها في جدول تحليل الأسعار.

ويحسم من قيمة الكشوف عند الدفع ٥٪ لقاء التوقيفات، وفق المادة /٣٨/ من هذا الدفتر، وإذا لجأت الجهة العامة إلى صرف أي مبلغ من هذه التوقيفات على حساب المتعهد، فعليها استكمال التوقيفات إلى أن تبلغ ٥٪ من مجموع ما صرف للمتعهد،

وذلك عن طريق الحسم من استحقاقاته إذا كانت له استحقاقات، أو عن طريق مطالبته بالدفع وفق الأحكام القانونية النافذة حسب الحال.

ب-في الحالات التي يتأخر فيها المتعهد عن السير بعمله بالسرعة والنشاط المقدرين في البرنامج المتفق عليه، أو التي تكون فيها الأعمال المنفذة غير متفقة مع ما تقتضيه أحكام العقد من دقة ومطابقة للمخططات والمواصفات للجهة العامة، الحق بحسم مبلغ من كشوفه الشهرية يتناسب مع جزاء التأخير، أو مع درجة العيب الحاصل في الأعمال.

ج- إن تدوين الأعمال والإحضارات في الكشوف الشهرية وتأدية قيمتها، لا يعني بحال من الأحوال موافقة الجهة العامة على قبولها نهائياً، أو تنازلها بشأنها عن أي حق من حقوقها المنصوص عليها في هذا الدفتر أو العقد، ويحق للجهة العامة طيلة مدة نفاذ العقد ومدة الضمان مراجعة حساب هذه الدفعات وتسوية كل خطأ أو سهو قد يظهر فيها.

د- إن توقيع المتعهد على الكشوف الشهرية يعني موافقته على كل ما جاء فيها، وكل اعتراض أو تحفظ بشأنها يجب أن يقدم خلال عشرة أيام من تاريخ توقيعها مع التحفظ .

هـ- يجري صرف الكشوف خلال /١٥/ يوماً من تاريخ تقديمها إلى محاسبة الإدارة، أو الإدارة المالية المختصة حسب الحال مستكملة لوثائقها وشروطها القانونية، وكل تأخير بالصرف بعد انقضاء المدة المذكورة غير ناجم عن المتعهد يضاف حكماً لمدة العقد".

فالمبدأ في هذه الحالة هو الدفع المرحلي، أي أن المتعاقد كلما أنجز مرحلة من المشروع فيجب أن يتقاضى قيمتها.

المبحث الثاني

أركان المسؤولية التعاقدية للإدارة

لا تقوم المسؤولية العقدية إلا إذا وجد عقد صحيح بين المتعاقدين ووقع الخطأ من جانب الإدارة، وأن ينجم عنه ضرر يصيب المتعهد، إذ تضع الإدارة عقودها الإدارية بذاتها مع الأحكام والشروط كافة الواردة فيها، ولا يشاركها في ذلك أحد، و يقتصر دور المتعاقد معها على الإذعان لها فيقوم بالتوقيع عليها دلالة على ذلك[١]، وتتألف العقود الإدارية من دفتر الشروط العامة، ودفتر الأحكام المشتركة، ودفتر الشروط الخاصة، وضبط المناقصة والملاحق، والعروض المقدمة.

وإذا أخل أحد بالتزام يقع عليه، ترتبت على هذا الإخلال المسؤولية المدنية، وهذه المسؤولية نوعان مسؤولية تقصيرية ومسؤولية عقدية.

فالمسؤولية المدنية تكون تقصيرية إذا كان الالتزام الذي تم الإخلال به مصدره العمل غير المشروع، في حين تُثار المسؤولية العقدية متى تم الإخلال بكل التزام مصدره العقد.

والمسؤولية العقدية هي جزاء الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد أو عدم تنفيذها[٢]، فالقوة الملزمة للعقد تقضي أن يقوم كل طرف بتنفيذ التزامه العقدي، فإذا لم يقم المتعاقد بتنفيذ التزامه عيناً و طلبه المتعهد أجبر الإدارة على تنفيذه، فالأصل هو التنفيذ العيني للالتزام[٣]، أما إذا لم يكن التنفيذ العيني للالتزام العقدي ممكناً، فلا يكون أمام القاضي

---

[١] د. حمدي أبو النور السيد عويس، مسؤولية الإدارة عن أعمالها القانونية والمادية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١١، ص ٢٣٤.

[٢] د. خلوفي رشيد، قانون المسؤولية الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، ٢٠٠١ ، ص ١٦٧.

[٣] د. هشام عبد المنعم عكاشة، مسؤولية الإدارة عن أعمال الضرورة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، بدون تاريخ. ص ٣٤٣.

إلا الحكم بالتعويض، إذا توافرت شروطه وهذه هي المسؤولية العقدية[1]، لأن الإدارة مسؤولة عن الأضرار التي يسببها للدائن نتيجة عدم الوفاء بالالتزامات الناتجة عن العقد، وعلى ذلك فقيام المسؤولية العقدية يفترض أن هناك عقداً صحيحاً واجب التنفيذ لم تقم الإدارة بتنفيذه، أي ارتكب خطأً عقدياً و سبب ضرراً للدائن فيلتزم بالتعويض[2]. لكن لمّا كان العقد يرجع في مصدره إلى إرادة طرفيه، فإن هذه الإرادة المشتركة تملك أيضاً سلطة التعديل من أحكام المسؤولية التي تترتب على الإخلال بهذا العقد.

ويتحدد نطاق المسؤولية العقدية بالعلاقات الناشئة عن عقد صحيح بين المسؤول والمتضرر، لذلك يشترط مبدئياً لقيام المسؤولية العقدية وجود عقد صحيح يتضمن التزامات معينة التزم بها كل من طرفي العقد، هذا بالنسبة للعقود المتبادلة، أما العقود الملزمة لجانب واحد أي الصادرة عن إرادة منفردة، فإنه يكفي أن يتضمن العقد التزامات محددة التزم بها كل من صدرت عنه حتى تقوم مسؤوليته العقدية في حال امتنع عن تنفيذها.

ومن هنا يتضح أن المسؤولية العقدية محصورة في نطاق المجال العقدي، أي تنفيذ عقد صحيح قائم وملزم لطرفيه، فإذا تخلف هذا الشرط، فلا مجال لتطبيق أحكام هذه المسؤولية[3].

وإذا انعقد العقد صحيحاً يلتزم كل متعاقد بتنفيذ الالتزامات، التي يرتبها العقد في ذمته، ولكل من طرفيه الحق في استيفاء حقه عينا كما ورد فيه، وهو ما يعبر عنه بالقوة الملزمة للعقد، وهذه هي القاعدة الأساسية التي يقوم عليها النظام القانوني للعقد.

فبالنظر إلى وجود رابطة عقدية، أو عدمها، تنقسم المسؤولية المدنية إلى عقدية و مسؤولية غير عقدية (تقصيرية)، فتترتب الأولى على عدم تنفيذ الالتزام الناشئ عن

---

[1] د. عوابدي عمار، الأساس القانوني لمسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر ، ١٩٨٢ ، ص ٣٧٦.

[2] د. خلوفي رشيد، قانون المسؤولية الإدارية ، مرجع سابق، ص٥٤٣.

[3] د. زهدي يكن، المسؤولية المدنية والأعمال غير المباحة، بيروت، ص ١٠١ وما بعدها.

العقد على الوجه المتفق عليه، أما المسؤولية غير العقدية أو التقصيرية فهي تقوم على التزام قانوني مصدره القانون، ويقع على عاتق المسؤول تعويض المتضرر من دون علاقة عقدية بينهما[١].

ففي المسؤولية العقدية، نظراً لأنها ناشئة عن الإخلال بالتزام عقدي، فإن كل من المسؤول والمتضرر تربطهما معاً علاقة تعاقدية سابقة على واقعة الإخلال بالالتزام التعاقدي، بينما في نطاق المسؤولية التقصيرية نظراً لأنها ناجمة عن الإخلال بالواجب العام (عدم الإضرار بالغير)، فإن كل من المسؤول والمتضرر لا تربطهما علاقة سابقة كقاعدة عامة، وإن وجدت فليس هي مصدر هذه المسؤولية فكليهما أجنبي عن الآخر[٢].

ويقوم العقد الإداري على تراضي المتعاقدين، ويجب أن تتجه الإدارة إلى غاية المشروعية، وهذا هو السبب، وأن يكون التراضي على محل الالتزام محدد في العقد، وهذا هو المحل، وإن كان الدكتور عبد الرزاق السنهوري يرى أن المحل ركن في الالتزام لا في العقد، وإذا كانت أهميته لا تظهر إلا في الالتزام الذي ينشأ من العقد لأن المتعاقدين هما اللذان يقومان بتعين محل الالتزام التعاقدي على عكس الالتزام غير التعاقدي؛ فإن القانون هو الذي يتولى تعيينه، لذا فإن الالتزام التعاقدي ينشأ مقترنا بالعقد.[٣]

فالعقد عبارة عن توافق إرادتين أو أكثر قصد إنشاء رابطة قانونية مع تعين شروطها ونتائجها، وإذا كان العقد بصفة عامة، أهم مصدر منشئ للالتزامات بين الأطراف المتعاقدة، فالعقود الإدارية تحدد التزامات الإدارة كشخص معنوي عام والمتعاقد معها–

---

[١] د. محمد مصطفى حسن، خصائص مسؤولية الإدارة في القضاء الإداري الفرنسي، دراسة مقارنة، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الرابع، السنة السادسة عشرة، أكتوبر، ديسمبر، ص ١٧٩.

[٢] د. محمد سعيد أمين، مرجع سابق، ص ٣٢٢.

[٣] د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ١٧٠.

سواءً كان شخصاً معنوياً عاماً أو من أشخاص القانون الخاص– بحيث يبدأ تنفيذ هذه الالتزامات بمجرد التوقيع على العقود من قبل أطرافها[1].

فالعقد الإداري شأنه شأن سائر العقود الأخرى، يتم إبرامه بإيجاب وقبول متقابلين ومتطابقين إذ يعدّ الإيجاب في العقد الإداري مبادرة من جانب المقاول أو المتعهد بعرض التعاقد، ولقد استقر الفقه والقضاء في فرنسا ومصر وسورية على أن إعلان جهة الإدارة عن المناقصة ليس إلا دعوة إلى التعاقد، وأن التقدم بالعطاء هو الإيجاب الذي ينبغي أن يلتقي عنده قبول الإدارة لينعقد العقد، وإن قبول الإدارة لا يتم بإرساء المناقصة، وإنما بصدور قرار من الجهة المختصة بإبرام العقد باعتماد قرار إرساء المناقصة[2].

يستنتج مما سبق أن (شرط أن يكون العقد صحيحاً) ولو لم يرد بشأنه نص قانوني من طبيعة المسؤولية العقدية على أساس عدم تنفيذ التزام صحيح وقائم ومشروع، فإذا كان الالتزام غير مستند إلى عقد صحيح، أو كان سببه غير مشروع، أي مخالف للنظام العام والآداب العامة، فلا يمكن إلزام الإدارة بتنفيذه، وبالتالي فلا مسؤولية عليه في عدم تنفيذه بل يحق له طلب إبطاله.

بناءً عليه سنقوم بدراسة هذا المبحث المتعلق بأركان المسؤولية التعاقدية للإدارة من خلال المطالب الثلاث الآتية:

المطلب الأول: ركن الخطأ.

المطلب الثاني: ركن الضرر.

المطلب الثالث: العلاقة السببية بين ركن الخطأ وركن الضرر.

---

[1] د. محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري في ظل الاتجاهات الحديثة- دراسة مقارنة ، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٨، ص ١٠٧.

[2] د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣٢٩.

المطلب الأول

ركن الخطأ

يُفترض لقيام المسؤولية العقدية عدم قيام الإدارة بتنفيذ التزامها التعاقدي، أو التأخير في تنفيذه، ويستوي في ذلك أن يكون عدم التنفيذ أو التأخير فيه عن عمدٍ أو إهمال من الإدارة وسنقوم بدراسة ركن الخطأ من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: التعريف بالخطأ.

الفرع الثاني: عبء إثبات الخطأ العقدي.

الفرع الأول

التعريف بالخطأ

إن الإخلال بالتزام عقدي، أو (الخطأ العقدي)، هو الركن الأول من أركان المسؤولية العقدية. وقد اختلف شُرّاح القانون المدني في تعريف الخطأ العقدي، فهناك من يعّرف الخطأ العقدي بأنه:" **انحراف في سلوك الإدارة بالالتزام، لا يأتيه الرجل المعتاد إذا وُجِد في نفس ظروف الإدارة العادية**[١]".

ويتمثل الخطأ الذي يشكل ركناً أساسياً في ثبوت المسؤولية التعاقدية للإدارة، في إخلالها بأي من التزاماتها التعاقدية، والمراد بالخطأ العقدي هو عدم قيام الإدارة بتنفيذ التزاماتها الناشئة عن العقد، أو التأخير في تنفيذها، أياً كان السبب في ذلك، و يستوي في ذلك أن يكون عدم التنفيذ نشأ عن عمد أو إهمالها أو عن فعلها دون عمد أو إهمال.

والخطأ هو واقعة مجردة قائمة بذاتها متى تحققت أوجبت مسؤولية مرتكبها عن تعويض الضرر الناشئ عنه بغض النظر عن الباعث على الوقوع في ذلك الخطأ.[٢]

ويعرفه آخرون بأنه:" **انحراف إيجابي أو سلبي في سلوك الإدارة، يؤدي إلى مؤاخذتها**."

وهذا التعريف يمتاز بأنه وإن كان جامعاً، إلا أنه غير مانع.[٣]

كما يُعرف الخطأ العقدي بأنه:" **عدم تنفيذ الإدارة لالتزامها الناشئ عن العقد**."[٤]

وعرّفت محكمة النقض الفرنسية الخطأ التعاقدي بأنه:" إهمال ينتج عنه عدم قدرة المدين على تأدية مهمته التعاقدية، وهذا الإهمال يسبب أضراراً تُقاس بحسب خطورتها على تنفيذ العقد، فإن الخطأ العقدي هو عدم تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد، ويشمل ذلك

---

[١] د. سعاد الشرقاوي، مرجع سابق، ص ١٢٥.

[٢] د. حمدي أبو النور السيد عويس، مسؤولية الإدارة عن أعمالها القانونية والمادية، مرجع سابق ص ٢٤٤

[٣] د. أنور سلطان: مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٢٦٢.

د. أمين دواس: المصادر الإرادية (العقد والإرادة المنفردة)، رام الله، دار الشروق للنشر والتوزيع، ٢٠٠٤. ص ٢١٠.

[٤] د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص ٦٥٦.

وبالمعنى نفسه : عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، بيروت، دار النهضة العربية، ١٩٧٩، ص٤٢٥.

عدم التنفيذ المطلق، سواءً لكامل الالتزام أو لجزء منه، أو تنفيذه المعيب، أو تنفيذه المتأخر" وهو ما يدعمه موقف القضاء، وفي ذلك قالت محكمة النقض المصرية: " المقرر في قضاء هذه المحكمة أن عدم تنفيذ الإدارة لالتزامها التعاقدي أو التأخير في تنفيذه يعتبر في ذاته خطأ يرتب مسؤوليتها."[1]

ولذلك ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى عدم جواز تذرع الإدارة في سبيل التنصل من مسؤوليتها عن خطئها، بوقوعها في خطأ فهم القانون أو الواقع حيث لا يتبدل تكييف الخطأ بحسب فهم مرتكبه للقاعدة القانونية وإدراك فحواها، ذلك لأن الخطأ في فهم الواقع أو القانون ليس عذراً دافعاً للمسؤولية.

وعلى العكس من ذلك فإن خطأ الإدارة في تفسير القانون، لا يعطي المتعاقد معها حقاً في تعويض الأضرار التي أصابتها من جراء ذلك الخطأ.

حيث ذهبت المحكمة الإدارية العليا المذكورة في هذا الشأن إلى:

".....إن الجهة الإدارية لم ترتكب خطأ يستوجب مسؤوليتها عن التعويض حين اجتهدت في تفسير نصوص القانون، حيث إن الخطأ في تفسير أو تأويل نصوص القانون لا يثير في حد ذاته مسؤولية جهة الإدارة، ولو ترتب عليه ضرر للمتعامل معها، حيث يكفي لجبر ذلك الضرر الحكم بإزالته كما في حالة الحكم برد غرامة التأخير التي خصمتها الإدارة من المتعاقد معها استناداً إلى تفسيرها الخاطئ لنصوص القانون، متى ثبت أن أعمال تصحيح تلك النصوص يتنافى مع استقطاع تلك الغرامة كما في حالة عدم توافر شروط تطبيقها".[2]

---

[1]– الفقرة الثالثة من الطعن رقم /٥٩٢٠/ لسنة ٥٥/ق جلسة ٢٦ /١٩٨٩/١ رقم /٤٠/ منشور في مكتبة التشريعات العربية، وتشتمل على قرارات محكمة النقض المصرية المخزنة على أقراص ممغنطة، والموجود نسخة منها لدى المعهد السويسري للقانون المقارن في لوزان. ونشير إلى أن قرارات النقض المصرية التي سترد في سياق البحث هي من هذا المصدر إذا لم نشر إلى مصدرها.

[2]حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم (٤٢٧٨) لسنة (٤١) / ق جلسة ٢/١/٢٠٠٠.

والخطأ الموجب للمسؤولية التعاقدية للإدارة قد يكون خطأً إدارياً خالصاً، بمعنى أن الإدارة هي مرتكبة ذلك الخطأ من دون إسهام المتعاقد معها فيه، وهنا يقع عبء تعويضه كاملاً عليها.

ويظهر الخطأ العقدي بعد إبرام العقد، وفي أثناء تنفيذه، وما يخرج عن هذا النظام فإنه لا يعد خطأً عقدياً، وإن المسؤولية التعاقدية تنشأ في مرحلة التنفيذ عن كل إخلال بالالتزامات التعاقدية للمتعاقدين، أي كل خطأ عقدي يرتكبونه في هذا المجال، وإن مجرد الخطأ البسيط يكفي لقيام المسؤولية التعاقدية.

الفرع الثاني

مفهوم الالتزام العقدي

سنوضح في هذا الفرع مفهوم الالتزام العقدي في القانون المدني وكذلك في القانون العام وفق الآتي:

أولاً- مفهوم الالتزام العقدي في القانون المدني:

تختلف صورة الخطأ تبعاً إلى اختلاف نوعي الالتزام العقدي، وإن مدلول عدم التنفيذ يختلف بحسب ما إذا كان الالتزام بتحقيق نتيجة أو ببذل عناية[1]، إلا أن نوع الالتزام في القانون الخاص ليس كمثيله في القانون العام، علماً أن ما يميز الالتزامات ويجعلها التزامات بوسيلة أو التزامات بغاية، هي إرادة الأطراف، فإذا تعذر معرفة إرادتهم، وجب الرجوع عندئذٍ إلى طبيعة النتيجة التي يسعى المتعاقدان إلى تحقيقها، وذلك من حيث طابع الاحتمال أو اليقين النسبي في تحققها.

فطبيعة الالتزام العقدي في القانون الخاص يتجسد بأنه يجب على الإدارة تحقيق نتيجة معينة هي محل الالتزام، ويتحقق عدم التنفيذ بمجرد عدم تحقق النتيجة، حتى ولو بَذل المتعاقد كل جهده في العمل على تحقيقها، أي لا يكون تنفيذه إلا بتحقيق الغاية من الالتزام أو الهدف منه، ومثال ذلك الالتزام بإقامة بناء أو تسليم شيء، ولا تستطيع الإدارة التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي، إذ إن مجرد عدم التنفيذ يُعدّ خطأً عقدياً.

ومثال ذلك التزام البائع بنقل الملكية، فالغاية أو الهدف الذي يسعى المشتري إلى تحقيقه هو نقل الملكية، و على ذلك لا يعدّ البائع قد نفذ التزامه إلا بتحقيق ذلك، وهذا هو **النوع الأول.**[2]

---

[1] د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٥٣٨.

[2] د. محمد حنون جعفر، مسؤولية المقاول العقدية عن فعل الغير، مرجع سابق، ص ٥٠.

أما فيما يتعلق **بالنوع الثاني**، وهو الالتزام ببذل عناية، فلا تلتزم الإدارة بتحقيق نتيجة معينة و إنما يقتصر التزامها على بدل جهد معين، فيكون محل الالتزام هو بذل هذه العناية وليس تحقيق نتيجة، أي إن الواجب الملقى على عاتق الإدارة في هذا الالتزام هو بذل العناية في تنفيذ التزامها من دون أن تكون مطالبة بإدراك النتيجة أو تحقيق الهدف النهائي الذي يسعى إليه المتعهد، فإذا قصرت الإدارة ببذل تلك العناية عدت مقصرة ومرتكبة للخطأ العقدي الموجب للمسؤولية، مثال ذلك في القانون الخاص التزام الطبيب بمعالجة المريض و على هذا الأخير أن يقيم الدليل على أن الطبيب التزم بعلاجه، و يثبت كذلك أن الطبيب لم يبذل في علاجه العناية المطلوبة، و ذلك بإقامة الدليل على إهمال الطبيب أو انحرافه عن الأصول المتبعة في العلاج، فإذا ما أثبت المريض ذلك، تحقق الخطأ العقدي من جانب الطبيب، و ما على المريض إلا أن يقيم الدليل على وجود الضرر و علاقة السببية بين الخطأ و الضرر، ما لم يقم الطبيب الدليل بأنه بذل العناية المطلوبة أو أن عدم تنفيذه لالتزامه يرجع إلى سبب أجنبي.[1] إلا أن الإدارة تستطيع التخلص من المسؤولية إذا أثبتت أنها بذلت ما ينبغي من العناية في تنفيذ التزامها، وأنه لا يمكن أن ينسب أي تقصير إليها، أو إذا أثبتت قيام سبب الأجنبي.[2]

وإن عدم تنفيذ الإدارة لالتزامها التعاقدي يعدّ خطأ في ذاته يرتب مسؤوليتها العقدية، التي لا يدرأها عنها إلا إذا أثبتت قيام السبب الأجنبي الذي تنتفي به علاقة السببية، وإذا استحال على الإدارة أن تنفذ الالتزام عيناً، حكم عليها بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذها التزامها، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد لها فيه، و يكون الحكم كذلك إذا تأخرت الإدارة في تنفيذ التزامها[3].

---

[1] د. محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٣٦٥.

[2] د. محمد حنون جعفر، مسؤولية المقاول العقدية عن فعل الغير، مرجع سابق، ص ٥١.

[3] د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص٦٩٩.

والقاعدة العامة في الالتزام ببذل عناية هو أن يكون القدر الواجب من العناية ما يبذله الشخص العادي إذا ما وجد في الظروف التي وجدت فيها الإدارة، وقد يزيد هذا القدر أو ينقص بمقتضى اتفاق في العقد أو نص في القانون.[1]

والأصل للمتعاقدين الحرية في تعديل قواعد المسؤولية التعاقدية، فقد يتفق الطرفان على تشديد المسؤولية بجعل الإدارة مسؤولةً حتى عن الحادث الفجائي والقوة القاهرة، وقد يتفقا على التخفيف منها بجعل الإدارة غير مسؤولةً عن الخطأ العقدي، ولكن يرد على هذا الأصل استثناء، وهو ألا يجوز الاتفاق على إعفاء الإدارة من خطأها الجسيم.[2]

ثانياً- طبيعة الالتزام العقدي في القانون العام:

إن الأمر لا يختلف بالنسبة إلى الإدارة في نطاق القانون العام، فهي ملزمة أيضاً بتنفيذ التزاماتها التعاقدية، وذلك لأن العقد الإداري كأي عقد يرتب التزامات على عاتق الطرفين (الإدارة والمتعاقد معها)، ومن ثم تلتزم الإدارة المتعاقدة بتنفيذ شروط العقد، وأداء الالتزامات المفروضة عليها.

وإن كان المتعاقدان في العقد الإداري ليسا على قدم المساواة، إلا أن العقد الإداري ملزم للإدارة مثلما هو ملزم للمتعاقد معها، وفي الحدود التي تتفق مع طبيعة العقد الإداري، وعلى ذلك فإذا لم تقم الإدارة بتنفيذ التزاماتها التعاقدية، فإن ذلك يُعد خطأً عقدياً يوجب قيام مسؤوليتها التعاقدية.

ويذهب جانب من الفقه إلى أن التزام الإدارة يمكن أن يكون ببذل عناية أو بتحقيق نتيجة، وهذا يعني إذا كانت الإدارة تلتزم ببذل عناية، فإن مسؤوليتها التعاقدية تتحقق بعدم بذل العناية المطلوبة، والعناية المطلوبة هي عناية الشخص المعتاد، أما إذا كان التزام الإدارة بتحقيق نتيجة، فتعد الإدارة عندئذٍ مقصرة إذا لم تحقق تلك النتيجة، ولكن هذا الأمر لا يمكن التسليم به على إطلاقه.

---

[1] د. محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٣٦٧.

[2] د. رمضان ابو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،٢٠٠٧، ص ٢٣٩.

وإن المسؤولية التعاقدية في العقود الإدارية تتحقق عندما يكون هنالك نقص في الالتزامات الواجبة على الإدارة، فلا تستطيع الإدارة أن تشترط في العقد بعدم تحمل المسؤولية في حال الخطأ، والخطأ الإداري التعاقدي الجسيم لا يترتب فقط بحث المسؤولية التعاقدية، بل يضعها مباشرة موضوع التنفيذ، ويتوافر الخطأ وتترتب المسؤولية الإدارية بالتعويض في الحالات الآتية على سبيل المثال لا الحصر:

أولاً: عندما تتأخر الإدارة في إنجاز معاملات الاستملاك، مما يؤدي إلى التأخير في إنجاز الأشغال.

ثانياً: تأخر الإدارة في تسليم القطع والأدوات اللازمة في الوقت المناسب، ما يؤدي إلى عدم تمكين الملتزم من إنجاز الالتزام في الوقت المحدد.

ثالثاً: الأخطاء الفنية في دراسة الخرائط من قبل الإدارة.

رابعاً: عدم تمكين المتعاقد من الاستمرار في العمل لإنجاز التزاماته التعاقدية، بسبب توقف العمل مباشرة من قبل الإدارة المتعاقدة، أو من قبل أي جهة إدارية رسمية أخرى أو من قبل الأهالي.

خامساً: عدم قيام جهة الإدارة بتنفيذ التزامها بتسليم المتعاقد معها موقع العمل.

إن عدم تنفيذ الإدارة لالتزامها التعاقدي يعدّ خطأ في حد ذاته يرتب مسؤوليته العقدية، التي لا يدرأها عنه إلا إذا أثبت قيام السبب الأجنبي الذي تنتفي به علاقة السببية، وإذا استحال على الإدارة أن تنفذ الالتزام عيناً حكم عليها بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامها، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا بد لها فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخرت الإدارة في تنفيذ التزامها[1]، تقرر مبدأ المسؤولية والالتزام بالتعويض جزاء عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد، فالإدارة التي التزمت بالعقد يجب عليها تنفيذ التزامها، فإذا لم تقم الإدارة في العقد بتنفيذ التزامها كان هذا هو الخطأ العقدي،[2]ولا تستطيع هذه الأخيرة نفي افتراض الخطأ عن نفسها، إلا إذا أثبتت أن عدم التنفيذ الكمي أو الجزئي راجع إلى سبب أجنبي.

[1] د. سعاد الشرقاوي، مرجع سابق، ص٢٧٥.

[2] د. محيو احمد، محاضرات في المؤسسات الإدارية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، الطبعة الرابعة،١٩٨٦، ص١٦٥.

الفرع الثاني
عبء إثبات الخطأ العقدي

يقصد بإثبات الخطأ العقدي إثبات وقوع الإخلال بالعقد، سواءً عند عدم القيام بالتنفيذ، أو التأخر فيه، أو تنفيذه بصورة معيبة، أو تنفيذه بصورة جزئية، كما قد تجتمع أكثر من صورة في عقد واحد كالتأخر في التنفيذ مع التنفيذ المعيب.

والقاعدة في هذا المجال أن البيّنة على من ادعى وقوع الخطأ العقدي، و هو المكلف بإثبات حصول الإخلال بالالتزام العقدي، و اليمين على من أنكره[1]، فالمتعهد هو الذي يدّعي بوقوع الإخلال بالالتزام العقدي، فعليه أن يثبت وجود العقد الصحيح، وحصول الضرر، بعدم بذل الإدارة للعناية المطلوبة، أو عدم تحقق النتيجة المرجوة، الأمر الذي سبب له خسارة مادية أو معنوية، وربما يثبت المدعى عليه عدم وجود ضرر، ويثبت انتفاء رابطة السببية بقيام السبب الأجنبي.

ففي الالتزام بتحقيق نتيجة، كالتزام المؤجر تجاه المستأجر، يقوم في هذه الحالة المستأجر بإثبات خطأ المؤجر الممتنع عن تسليم العين المؤجرة لغرض الانتفاع بها، كما قد يثبت المؤجر العكس فيدعي أن المستأجر لم يقم بدفع الأجرة، أو قد يثبت المؤجر أن عدم قيامه بتسليم العين المؤجرة في الموعد المحدد بعقد الإيجار، ليس بخطأ منه وإنما يعود إلى قوة قاهرة، كالمرض أو لخطأ الغير أو خطأ المتضرر.[2]

أما إذا كان الالتزام ببذل عناية وجب عليه إثبات أن الإدارة لم تبذل العناية التي يبذلها الشخص العادي، وإثبات عدم التنفيذ في الحالة الأولى أيسر من الإثبات في الحالة الثانية.

و الخطأ هو واقعة مجردة قائمة بذاتها متى تحققت أوجبت مسؤولية مرتكبها عن تعويض الضرر الناشئ عنه، بغض النظر عن الباعث على الوقوع في ذلك الخطأ، ولذلك ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى عدم جواز تذرع الإدارة في سبيل

---

[1] د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص٥٨٨.

[2] د. حمدي أبو النور السيد عويس، مسؤولية الإدارة عن أعمالها القانونية والمادية ص ١٢٥.

التنصل من مسؤوليتها عن خطئها بوقوعها في خطأ في فهم القانون، أو الواقع حيث لا يتبدل تكييف الخطأ بحسب فهم مرتكبه للقاعدة القانونية وإدراكه فحواها، ذلك لأن الخطأ في فهم الواقع، أو القانون ليس عذراً دافعاً للمسؤولية، و على العكس من ذلك فإن خطأ الإدارة في تفسير القانون لا يعطي المتعاقد معها الحق في تعويض الأضرار التي أصابتها من جراء ذلك الخطأ.

حيث ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية في هذا الشأن، إلى أن الجهة الإدارية لم ترتكب خطأ يوجب مسؤوليتها عن التعويض، حين اجتهدت في تفسير نصوص القانون، حيث أن الخطأ في تفسير نصوص القانون أو تأويلها لا يثير في حد ذاته مسؤولية جهة الإدارة ولو ترتب عليه ضرر للمتعامل معها، حيث يكفي لجبر ذلك الضرر الحكم بإزالته، كما في حالة الحكم برد غرامة التأخير التي خصمتها الإدارة من المتعاقد معها، استناداً إلى تفسيرها الخاطئ لنصوص القانون، متى ثبت أن أعمال تصحيح تلك النصوص يتنافى مع استقطاع تلك الغرامة، كما في حالة عدم توافر شروط تطبيقها.

والخطأ الموجب للمسؤولية التعاقدية للإدارة، قد يكون خطأً إدارياً خالصاً، بمعنى أن الإدارة هي مرتكبة ذلك الخطأ، من دون إسهام المتعاقد معها فيه وهنا يقع عليها عبء تعويضه كاملاً، وذلك على عكس في حالة الخطأ المسبب لوقوع الضرر، إذا كان مشتركاً بين الإدارة والمتعاقد معها ، فيكون للقاضي في هذه الحالة تقدير نصيب كل من طرفي التعاقد في التعويض [1].

ويقع على المتعاقد مع الإدارة عبء إثبات ارتكابها للخطأ التعاقدي الموجب لقيام مسؤوليتها التعاقدية نحوه، حيث لا يخرج عبء الإثبات في هذا الشأن عن الأصل العام الذي قرره قانون الإثبات، وهو وقوع ذلك العبء على المدعي إعمالاً لمبدأ أن البيّنة على من ادعى[2].

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية طعن رقم /١٣٠٣/ لسنة ٨ /ق جلسة ١٩٦٦/١٢/٣١.
[2] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية طعن رقم /٦٥٧/ لسنة ٤٢ /ق جلسة ١٩٩٩/١/٢٦.

المطلب الثاني

ركن الضرر

ينبغي لقيام المسؤولية التعاقدية للإدارة و تعويض المتعاقد مع الإدارة، أن يكون هناك ضرر أصاب المتعاقد نتيجة لإخلالها بالتزاماتها التعاقدية.

والضرر هو الركن الثاني في المسؤولية العقدية، سواءً كانت مسؤولية عن الفعل الشخصي أو عن فعل الغير، أو المسؤولية عن الأشياء.

ومن الجدير بالذكر أن المسؤولية العقدية، وجدت من أجل إصلاح الضرر الذي حصل للدائن وجبره ما يبين أهمية هذا الركن، إذ لا مسؤولية عقدية في حال عدم وجود ضرر، وعلى العموم فانتفاء الضرر يحول دون قبول دعوى المسؤولية، وذلك طبقاً لقاعدة " لا دعوى بدون مصلحة" .

والضرر في حقيقة الأمر هو مقياس مقدار التعويض الذي يستحقه المتعهد نتيجة الخطأ العقدي الذي وقع على عاتق الإدارة من خلال عدم تنفيذها التزامها التعاقدي.

وبناءً على هذا يتعين علينا، التطرق إلى مفهوم الضرر، وأنواعه، بالإضافة إلى وجوب تحقق الضرر، لقيام المسؤولية العقدية، ثم إلى الضرر محل التعويض، أي بالتطرق إلى شروطه و إثباته والتعويض عنه.

الفرع الأول
تعريف الضرر

الضرر في حقيقة الأمر، هو مقياس مقدار التعويض الذي يستحقه المتعهد، نتيجة الخطأ العقدي، الذي وقع على عاتق الإدارة من خلال عدم تنفيذها التزامها التعاقدي.

والضرر يعد شرطاً ضرورياً لقيام المسؤولية العقدية، وقد قيل لا مسؤولية بغير ضرر، ولا يكفي حصول الإخلال بالالتزام العقدي بل لابد أن يكون قد أحدث ضرراً بالدائن.

و لقد عرف الفقه الضرر على أنه: " الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه، أو بمصلحة مشروعة له، سواء تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة بسلامة جسمه، أو عاطفته، أو بماله، أو حريته، أو شرفه، أو غير ذلك".

أو هو" الأذى الذي يصيب الشخص، من جرّاء المساس في حق من حقوقه، أو بمصلحة مشروعة."

كما عرفه البعض الأخر من الفقه على أنه: " الأذى الذي يصيب الشخص، في حق من حقوقه، أو في مصلحة مشروعة له سواءً كان ذلك الحق أو تلك المصلحة ذات قيمة مالية أو لم تكن"[١].

كما يعرف بأنه:" الأثر الناجم عن الاعتداء على حق شخصي، أو مالي، أو الحرمان من هذا الحق"، أو أنه:" كل إخلال بحق، أو مصلحة مشروعة للمضرور، وهذه المصلحة قد تكون مادية، أو مالية، وقد تكون غير مالية" [٢].

[١] د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص٧٦٢.
[٢] د. محمد رفعت عبد الوهاب ، مرجع سابق ، ص ٢٩٨.

و أخيراً يعرف الضرر بأنه:" الأذى الذي يلحق بالشخص في ماله، أو جسده، أو عرضه، أو عاطفته، وهو واجب التعويض مهما كان نوعه مادياً كان أم معنوياً"[1].

وعلى العموم فإن مجمل هذا التعريفات، التي أعطيت للضرر، تنصب وتتحدد أساساً في مفهوم الخسارة، أي الضرر هو الخسارة التي تلحق بالمتعهد، سواءً كانت هذه الأخيرة مادية، أو معنوية، نتيجة عدم تنفيذ الإدارة لالتزامها التعاقدي الناشئ عن العقد.

ونشير أيضاً إلى أن الحق الذي أشارت إليه مختلف التعريفات للضرر هو: استئثار شخص بقيمة معينة طبقاً للقانون، وقد تكون هذه القيمة مالية كحق الملكية، أو تكون قيمة أدبية كالحق في الشرف والحرية، وهذا الاستئثار يتمتع بحماية قانونية، وهو الأمر الذي يكون لازماً لقيام الحق، إذ يتحقق الضرر عند المساس بالحق[2].

كما أن الضرر لا يقتضي حتماً المساس بالحق، بل قد يكون المساس بمصلحة المتضرر شريطة أن تكون المصلحة مشروعة، أي لا تتنافى مع النظام العام، والآداب العامة فالقاعدة العامة تقول: "حيث لا ضرر فلا مسؤولية". ذلك أن الإدارة لا تسأل عن خطئها أو نشاطها إذا لم ينتج عنه ضرر، إذا فركن الضرر، ركن أساسي من أركان المسؤولية، تقوم بوجوده وتنتفي بانتفائه.

[1] د. أحمد عثمان عياد ، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية ، ص ٢٧٥.
[2] د.عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٦٧٢.

الفرع الثاني

أنواع الضرر

يقسم الضرر كأحد عناصر المسؤولية الإدارية إلى ضرر مادي، وضرر معنوي، أو أدبي وفق الآتي:

أولاً- الضرر المادي:

يقصد بالضرر المادي في المسؤولية العقدية: الضرر الذي يصيب المتعهد في ماله، نتيجة خطأ الإدارة، وهو الذي يمكن تقويمه بالنقود[1]، أي أنه الضرر الذي يصيب المتعهد في ذمته المالية، ويقصد به ذلك الأثر الذي أصاب الشخص في حق، أو في مصلحة مالية.

والضرر المادي هو الضرر الذي يمكن تقويمه بالنقود، وهو أكثر شيوعاً في المسؤولية العقدية من الضرر المعنوي، إذ يصيب الشخص في ذمته المالية، أو في جسمه.

وقد وصفه جانب من الفقه على أنه: " ما يصيب الإنسان في جسمه، أو ماله، أو بانتقاص حقوقه المالية، أو تفويت مصلحة مشروعة تسبب خسارة مالية له، أي إخلال بمصلحة للمضرور ذات قيمة مالية."

ووصفه البعض الآخر بأنه: " الذي يصيب الشخص في جسمه، أو ماله، أو انتقاص من حقوقه المالية، أو بتفويت مصلحة مشروعة له ذات قيمة مالية، بمعنى أن نطاق التعويض يقتصر على الضرر، الذي يلحق بالمال أي بالذمة المالية.."

وعلى العموم يمكن القول إن الضرر المادي، هو تلك الخسارة المالية، أي الخسارة الاقتصادية ، التي تلحق بالشخص، نتيجة اعتداء على حق من حقوقه، أو مصلحة مشروعة، إذ تتجسد هذه الخسارة المادية في انتقاص من الذمة المالية للشخص المتضرر. و مثال ذلك الضرر الذي يصيب البضاعة في عقد النقل، و الضرر الذي يصيب المؤجر من جراء التلف الذي أحدثه المستأجر في العين المؤجرة، و الضرر

[1] د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص٤٩٦.

الذي يصيب التاجر في حالة عدم تسليم البضاعة، أو التأخير في تسليمها، إذا ترتب على ذلك فوات صفقة رابحة، و الضرر الذي يصيب المسافر في حادث في أثناء الطريق، ما سبب عجزاً جزئياً أو كلياً في قدرته على العمل أو على الكسب .

وفي حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، جرى أن القضاء بالتعويض ليس من مستلزمات القضاء بالإلغاء، بل لكل من القضائيين أساسه الخاص الذي يقوم عليه، ومن حيث إن مناط مسؤولية جهة الإدارة عن قراراتها الإدارية أن تتوافر ثلاث عناصر تتمثل في الخطأ، والضرر، وعلاقة السببية بينهما، ومن حيث إن الضرر بوصفه ركناً من أركان المسؤولية إما أن يكون مادياً أو أدبياً، والضرر المادي هو الإخلال بمصلحة ذات قيمة مالية للمضرور..." [١]

ثانياً- الضرر الأدبي (المعنوي):

إذا كان الضرر المادي سهل الإثبات، فإن الضرر المعنوي يصعب إثباته، كما يصعب تقييمه في كثير من الحالات، وقد احتدم الخلاف الفقهي بين مؤيد ومعارض للتعويض عنه. أما القضاء الإداري الفرنسي من جهته، وإن كان يقبل تعويض بعض الأضرار المعنوية، كتلك الناتجة عن الإعتداء على حق الملكية الأدبية والفنية[٢]،أو أحياناً بتعويض رمزي على الضرر الناتج عن اعتداء على السّمعة والشرف، أو على حرية العبادة و المعتقدات الدينية[٣]. إلاّ أنه كان يرفض التصريح بالتعويض عن الألم المعنوي، مسوغاً اتجاهه هذا أن الدّمع لا يمكن تقييمه بالمال"، وتمّ التراجع عن هذا الموقف بمناسبة قضية " Letisserand " سنة ١٩٦١ ليقبل بالتعويض عن الآلام العاطفية[٤].

---

[١] د. حمدي أبو النور السيد عويس، مسؤولية الإدارة عن أعمالها القانونية والمادية ص ٣٥٢.

[2] C.E., 29/10/1954, "Bondurand". Voir G.A.J.A, P 504 et 505.

[3] C.E., 24/11/1961, "Min. Travaux Pubs. c/ Consorts Letisserand". G.A.J.A, P 503.

[4] Yves Gaudemet, op.cit, P 832. _ Jacqueline Morand-Deviller, Op.Cit, P 788. _
د. محيو أحمد، المرجع السابق، ص ٢٤٣ و د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص٤٥١ .

والمقصود بالضرر المعنوي ما يصيب المتعهد في شرفه، أو سمعته وكرامته، كالمساس بسمعة المؤلف إذا أحدث الناشر تغييرات في مؤلفه، وهناك الضرر الجسدي، فهو الأذى الذي يصيب الإنسان في جسمه، كما هو الحال في عمليات التجميل التي قد تؤدي إلى تشوهات في وجه الشخص، أو في أحد أعضائه، هو الأذى أو التعدي الذي يصيب الحق، أو المصلحة المشروعة لشخص، فيسبب ألماً للمتضرر.

و يعدّ من قبيل الضرر المعنوي كل ما يمس شرف الشخص أو كرامته أو شعوره أو عاطفته أو مكانته الاجتماعية، و هذا النوع من الضرر يقع كثيراً في المسؤولية التقصيرية، على خلاف وقوعه في المسؤولية العقدية، لأن طبيعة العقد تقتضي أن يكون إبرامه على شيء ذي قيمة مالية، غير أنه قد يكون للدائن مصلحة أدبية في تنفيذ العقد، و يترتب على إخلال الإدارة بالتزامه وقوع ضرر أدبي، و مثال ذلك أن يتعاقد فنان مع شخص على عمل فني، فيفسخ هذا المتعاقد العقد فسخاً تعسفياً، و يترتب عنه ضرر أدبي للفنان، و منه أيضاً الضرر الأدبي الذي يصيب المريض في سمعته، نتيجة إذاعة الطبيب لسر لا يجوز إذاعته.

وعلى العموم فإن مختلف التعريفات الفقهية التي أعطيت إلى الضرر المعنوي هي في مجملها، تتمحور حول فكرة المساس أو الأذى الذي يصيب الشخص في سمعته أو شرفه أو عاطفته أو شعوره، من دون أن يسبب له خسارة مالية أو اقتصادية، فبعكس الضرر المادي، لا يترتب على الضرر المعنوي خسارة مالية، أي انتقاص من الذمة المالية.

وقام جانب من الفقه بتقسيم الضرر الأدبي إلى أربعة أقسام هي[1]:

١-ضرر أدبي يصيب الجسم كالجروح، وما تسببها من آلام، وما تخلفه من تشويه في الأعضاء.

٢-ضرر أدبي يمس المشاعر والوجدان، أو السمعة والشرف، والاعتبار كالسب والشتم وهتك العرض.

[1] د. أنور رسلان، مرجع سابق، ص ٧٧٣ ، د. جابر نصار، مرجع سابق، ص ٢٨٩.

٣-ضرر أدبي يصيب الشعور والحنان، كقتل الزوجة، أو أحد الوالدين .

٤-ضرر أدبي يصيب الشخص من مجرد الاعتداء على حق ثابت له، ولو لم يترتب على هذا الاعتداء ضرر مادي.

وقد نص القانون المدني المصري صراحة، على شمول التعويض للأضرار الأدبية (المعنوية)، إلى جانب الأضرار المادية، فقد نصت المادة ١/٢٢٢ المصري على أن: " يشمل التعويض الضرر الأدبي أيضاً، ولكن لا يجوز في هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق، أو طالب الدائن به أمام القضاء"[١]،وهذا ما نص عليه القانون المدني السوري في المادة ١/٢٢٣ أيضاً.

إلا أن التعويض عن الضرر الأدبي مقتصر على المضرور نفسه، وللأزواج، والأقارب إلى الدرجة الثانية في حال وفاته، وفي ذلك تقول محكمة النقض المصرية:" مفاد نص المادة /٢٢٢/ من القانون المدني: أن الحق في التعويض عن الضرر الأدبي مقصور على المضرور نفسه، فلا ينقل إلى غيره ، إلا أن يكون هناك اتفاق بين المضرور والمسؤول بشأن التعويض من حيث المبدأ هو مقداره، أو أن يكون المضرور قد رفع الدعوى فعلاً أمام القضاء مطالباً بالتعويض.

أما الضرر الأدبي الذي أصاب ذوي المتوفى، فلا يجوز الحكم بالتعويض عنه إلا للأزواج، والأقارب إلى الدرجة الثانية[٢]، إلا أن مطالبة الأزواج والأقارب لا تكون على أساس المسؤولية العقدية، بل يجب إقامتها على أساس المسؤولية التقصيرية[٣] .

---

[١] د. عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص٦٤٥.

[٢] د. سعاد الشرقاوي، مرجع سابق ، ص١٩٨.

[٣] قررت محكمة النقض المصرية أنه:" إذا ما أدت الإصابة إلى وفاة الراكب قبل رفع دعواه فإنه يكون صاحب حق لاكتساب الحقوق و من بينها حقه في التعويض عن الضرر الذي لحقه وحسبما يتطور إليه هذا الضرر و يتفاقم، و متى ثبت له هذا الحق قبل وفاته فإن ورثته يتلقونه عنه في تركته و يحق لهم المطالبة به تأسيساً على تحقيق مسؤولية عقد النقل الذي كان المورث طرفاً فيه، وهذا التعويض يغاير التعويض الذي يسوغ للورثة المطالبة به عن الأضرار المادية و الأدبية التي حاقت بأشخاصهم بسبب موت مورثهم و هو ما يجوز لهم الرجوع به على أمين النقل على أساس من قواعد المسئولية التقصيرية و ليس على سند من المسئولية العقدية لأن التزامات عقد النقل إنما انصرفت إلى عاقديه فالراكب المسافر هو الذي يحق له مطالبة الناقل بالتعويض عن الإخلال بالتزامه بضمان سلامته دون ورثته الذين لم يكونوا طرفاً في هذا العقد.

الفرع الثالث

شروط الضرر الموجب للتعويض

الغرض من هذا العنصر هو بيان مدى وجوب تحقق ركن الضرر لقيام المسؤولية العقدية، بمعنى أن يكون هناك ضرر قد لحق المتعهد حتى تقوم المسؤولية العقدية أو أن عدم تنفيذ الإدارة لالتزامه العقدي يكون كافٍ لترتيب المسؤولية في حقه حتى لو لم يؤدي ذلك إلى إلحاق أي ضرر بالمتعهد[1].

ولكي يكون الضرر الناشئ عن خطأ الإدارة موجباً للتعويض يجب أن تتوافر فيه خصائص عدة، فهذا الضرر يجب أن يكون ضرراً مباشراً ناجماً عن أحد أعمال الإدارة بالإضافة إلى ذلك، يشترط به أن يكون محققاً وخاصاً، و ألا يكون الضرر قد سبق تعويضه، وأخيراً يجب أن يكون قابلاً للتقدير بالنقود.

أولاً- أن يكون الضرر مباشراً

يقصد بذلك أن يكون الضرر قد جاء كنتيجة مباشرة لخطأ الإدارة، وهو ذلك الضرر الذي ينجم مباشرة عن الخطأ، أو الفعل الضار[2]، وبمفهوم آخر يعبر عنه بعلاقة السببية بين الخطأ المنسوب إلى الإدارة، والضرر الناجم عن هذا الخطأ.

والمشرّع وضع معياراً قصد به تحديد الضرر المباشر، فيتمثل في عدم استطاعة المتعهد توقيه ببذل جهد معقول، و هذا الجهد المعقول يقصد به الجهد الذي يبذله الشخص العادي في تنفيذ التزاماته، و لذلك فالضرر المباشر هو النتيجة الطبيعية لعدم تنفيذ الالتزام، أو التأخر فيه أي أنه جاء كنتيجة حتمية لنشاط الإدارة المسبب له[3]،

الفقرة الثانية من الطعن رقم (١١٨٠) لسنة (٤٧) / ق بتاريخ ٢٩سنة ١٩٨١ " . كذلك: الفقرة الثالثة من الطعن رقم (١١٦٢) لسنة (٥٦) بتاريخ١٤/ ١٩٩٠/٠٢والفقرة الخامسة من الطعن رقم (٨٨٨) بتاريخ/١٩٩٤/٦/١٩.

[1] د. عوابدي عمار ، مرجع سابق ، ص ٢٧٨.

[2] د. سعاد الشرقاوي ، مرجع سابق ، ص ٢٧٨.

[3] أشار إلى ذلك د٠أنور رسلان، المرجع السابق، ص ٧٦٧ .

وتثور الإشكالية هنا إذا كان هناك أكثر من سبب أدى إلى حدوث الضرر، أو اشترك فعل الغير مع نشاط الإدارة في حدوث الضرر.

فيشترط لصدور الحكم بالتعويض، أن يثبت للمحكمة أن المدعي كأن يكون في مركز أفضل لو لم يقترف المدعى عليه ما اقترفه من عمل خاطئ، والمسألة واضحة وبسيطة متى كان الضرر الذي لحق بهذا المدعي قد وقع بالفعل[١].

فالضرر الذي يعوضه هو الضرر المحقق فقط، وهو إما أن يكون ضرراً حالّاً، أو مستقبلاً، فالضرر الحال هو ذلك الضرر الذي وقع فعلاً، وتكونت عناصره ومظاهره، التي توفر للقاضي إمكانية تقديره وتحديد مقداره، أما الضرر المستقبلي فهو الضرر الذي حدث سببه، ولكن نتائجه كلها أو بعضها قد تراخت إلى المستقبل، ويجوز التعويض عنه طالما أنه محقق الوقوع في المستقبل.

وبالنسبة إلى الضرر المتوقع، فإنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلزم الإدارة التي لم ترتكب غشاً أو خطأً جسيماً، إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد.

وقد أشارت المحكمة الإدارية العليا المصرية في أحد أحكامها فيما يتعلق بالمسؤولية العقدية إلى الضرر المتوقع ، والذي يقصد به ما كان محتمل الحصول ويمكن توقعه.

وفيما يتعلق بالضرر المتوقع، نجد هناك أراء عدة لتسويغ هذا المنحى، فيرى جانب من الفقه أن الغرض من هذا الحكم هو: " الرغبة في عدم الإثقال على الإدارة حسنة النية، وإلى توزيع الخسائر بين المتعهد و الإدارة "[٢]، ويستند رأي آخر إلى طبيعة المسؤولية العقدية ذاتها[٣]: " التي تقوم على التوقع، فكل من المتعاقدين لا يتعاقد إلا على أساس ما يتوقعه من مزايا من وراء العقد، و على أساس ما يتوقعه من إخفاق

[١] د. سليمان الطماوي، مرجع سابق ، ص ٦٥٢.
[٢] د. علي خطار شطناوي ، مسؤولية الإدارة عن اعمالها الضارة ، دار وائل ، عمان ، ٢٠٠٨، ص ٢٩٩.
[٣] د. إبراهيم طه الفياض، مرجع سابق ص٢٩٩.

في التنفيذ،و ما يتوقعه من نتائج تقع على عاتقه، ولذلك فلا تتحمل هذا الإدارة، بسبب عدم التنفيذ أو بسبب خطئه العقدي، بتعويض أضرار لم يتوقعها وقت التعاقد [1]".

ويرى رأي ثالث أن هذه القاعدة تسوغها الإرادة التعاقدية للطرفين و تستند إلى اتفاق ضمني بين المتعهد و الإدارة، مقتضاه أن التعويض يحكمه شرط ضمني بعدم تجاوز الأضرار المتوقعة عند التعاقد، أو عدم تحمل الإدارة إلا بالتعويض المعتدل.

و يرى رأي رابع أن: " التزام الإدارة بتعويض الضرر المتوقع وحده في حالة الخطأ اليسير، في نطاق المسؤولية العقدية يستند إلى فكرة عدالة التعويض ".

و من هنا فالإدارة في الالتزامات التعاقدية لا يسأل فيها المتعاقد إلا عن الضرر المباشر المتوقع عادة وقت التعاقد، و مع ذلك إذا كان الإخلال بالالتزام يرجع إلى غشه، أو إلى خطئه الجسيم، يكون مسؤولاً عن جميع الضرر المباشر المتوقع منه وغير المتوقع [2].

ثانياً- أن يكون الضرر محققاً:

يكون الضرر محققاً إذا كان حالاًّ، أي وقع فعلاً[3]. بمعنى أنه لا يمكن للمتضرر أن يطالب بالتعويض، إلا إذا كان الضرر الذي يدعيه محققاً.

وهذا الضرر المحقق يكون بطبيعة الحال قد حصل فعلاً وتجسدت أثاره على الواقع، ولكن الضرر المحقق لا يقتصر على ذلك الذي وقع فقط، بل يمتد إلى أن يشمل كذلك الضرر المستقبلي، طالما أن وقوعه مستقبلاً أمراً محققاً وأكيداً، والمقصود بالضرر المستقبلي هو ذلك الضرر الذي قامت أسبابه واتضحت معالمه، غير أن نتائجه لم

---

[1] د. سعاد الشرقاوي ،مرجع سابق ص ٢٤٩.

[2] د. نجم الأحمد ، التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠١، ص١٨٣.

[3] د. سليمان الطماوي ،مرجع سابق ، ص٥٩٩.

تظهر بعد، و امتدت إلى المستقبل، ويكون تقديره أمر يسير على القاضي[1]، فإذا كان من الممكن تقدير التعويض عنه في الحال، جاز للدائن أن يطالب به فوراً، وإذا كان عكس ذلك، أي غير ممكن تقديره في الحال، فالقاضي يحكم بالتعويض عما وقع من ضرر ويحتفظ للمتضرر بالحق في أن يرجع بعد ذلك بالتعويض، عند ظهور نتائجه في المستقبل.

أما بالنسبة إلى الضرر الاحتمالي، فهو ضرر لم يتحقق بعد، فقد يقع في المستقبل، و لكن وقوعه هذا يكون مجرد احتمال فقط، فقد يتحقق وقد لا يتحقق، فما دام وقوعه مستقبلاً أمر ليس بالأكيد، فلذلك لا يمكن المطالبة بالتعويض عنه مباشرةً، أي يجب أن يكون الضرر ثابت الوقوع على وجه اليقين، والاختلاف يدور فقط حول التعويض وتقديره، إذ يجب أن يقع الضرر حتى يمكن تقدير التعويض، ففي حال الضرر المستقبلي يتم تقدير تعويضه حين وقوعه مستقبلاً. [2]

ثالثاً- أن لا يكون الضرر قد تم تعويضه سابقاً:

سبقت الإشارة إلى أن الهدف من المسؤولية العقدية هو الحصول على التعويض عن الضرر الناتج عن عدم تنفيذ الإدارة لالتزامها أو التأخر فيها، وبالتالي بمجرد حصول المتعهد على هذا التعويض، فإن الأمر يكون قد انتهى، لأن الغاية الأساسية قد تم الوصول إليها، وهي الحصول على التعويض بالحكم فيها، وعليه لا يستطيع المتعهد رفع دعوى أخرى للحصول على تعويض آخر، على أساس سبق الفصل في الدعوى، كما أنه لا يجوز له الجمع بين تعويضين عن الضرر ذاته، ومسألة عدم جواز الجمع بين تعويضين لاقت نقاشاً حاداً بين الفقهاء؛ خاصة في حالة وجود عقد تأمين،

---

[1] د. شيهوب مسعود، المسؤولية عن المخاطر وتطبيقها في القانون الإداري (دراسة مقارنة) ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ٢٠٠٠، ص ٤٢١.

[2] د. محمد مصطفى حسن، خصائص مسؤولية الإدارة في القضاء الإداري الفرنسي ، دراسة مقارنة، بحث منشور فيه . مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الرابع، السنة السادسة عشرة، أكتوبر، ديسمبر، ١٩٧٢.

ذلك أن الشخص الذي يدفع التعويض في هذه الحالة ليس مرتكب الخطأ والمتسبب في الضرر، وإنما شركة التأمين، فهل يجوز في هذه الحالة الجمع بين تعويضين؟ ذلك أن مسؤولية الطرفين ثابتة. فشركة التأمين مسؤولة بمقتضى عقد التأمين والإدارة كونها مرتكبة للخطأ[1].

و يشترط أن يقع الضرر على حق مشروع سواء كان حق قانوني أو مصلحة مالية مشروعة، ولا يهم إذا كان الضرر مادياً أو معنوياً، فالمهم أن يُخل بمركز قانوني يحميه القانون[2]، وهذا الشرط أقرهُ أولاً القضاء العادي الفرنسي، ومن ثم القضاء الإداري، والمثال التقليدي الذي يرد هنا هو رفض القضاء الإداري الحكم بالتعويض لعشيقة عن موت عشيقها عند المطالبة بالتعويض في حين أنه يُحكم لأولاده غير الشرعيين بالتعويض، إلا أن تطور القيم أدى إلى العدول عن ذلك، و إقرار حق العشيقة بالتعويض عن مقتل عشيقها ما دام أنها تعيش معه منذ ثماني سنوات[3].

رابعاً- أن يكون الضرر خاصاً:

يقابل هذا الشرط عمومية الضرر، أي أنه يجب أن يقع الضرر على فرد معين أو مجموعة أفراد معينة يسهل تحديدها، أما الضرر العام فهو الذي يصيب عدداً غير محدد من الأفراد ويقع عبء تحمله على الجميع ، أي يقع تحت مسمى الأعباء والتكاليف العامة، كما لا يقصد به الجسامة، إذ إنها ليست شرطاً في الضرر، إلا في حالة المسؤولية من دون خطأ، فإحداث تغيير بطريق عام لا يعدّ ضرراً خاصاً[4]. ويرى جانب من الفقه أن اشتراط خصوصية الضرر في المسؤولية على أساس الخطأ، جاء في غير مكانه، ذلك أن الخطأ هو أساس المسؤولية ولا يهم عدد الأشخاص الذين أصابهم الضرر، أي يجب ألا يكون اتساع أثر الخطأ مسبباً لإعفاء الإدارة من

---

[1] د. النهري، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية ص ١٩٧.
[2] د. محمد محيو، مرجع سابق، ص ١٦٧.
[3] د. عوابدي عمار، الأساس القانوني لمسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها، مرجع سابق، ص ٤٣٣.
[4] د. محيو أحمد، مرجع سابق، ص ٢٥١.

مسؤوليتها التقصيرية، بل أن كثرة عدد المتضررين يعد دليلاً على عدم جسامة الخطأ، واستهتار الإدارة الذي يجب الرد عليه بالتشدد في مسؤولية الإدارة لا الإعفاء منها. [١]

خامساً- أن يكون الضرر ناجماً عن عمل من أعمال الإدارة: [٢]

أي أن يُنسب الضرر إلى الإدارة العامة، أو إلى أحد الأشخاص التابعين لها، أو أن يكون مرتبطاً بالأشياء التي تمتلكها أو تستعملها أو تقع تحت إشرافها أو في حوزتها، ويخرج من ذلك الضرر الذي جاء نتيجة نشاط شخص غير تابع إلى الإدارة أو قام به لحسابه الخاص أو لحساب الغير الخاص.

سادساً- أن يكون الضرر قابلاً للتقدير بالنقود: [٣]

هذا الشرط لا يمثل أي إشكال بالنسبة للضرر المادي، الذي أصاب مصلحة مالية للمضرور، مثل حرمانه من ربح معين، ولكنه يثور بالنسبة إلى الضرر الأدبي، أو المعنوي والتي يصعب تقديره، أو تقويمه بالمال، ولكن ذلك لا يعني استحالة التعويض حتى ولو كان من قبيل رد الإعتبار.

---

[١] د. محيو أحمد، المرجع نفسه، ص ٢٩٦.

[٢] د.عوابدي عمار، المرجع السابق، ص ٢٥٥.

[٣] د. مجدي مدحت النهري ، مسؤولية الدولة عن أعمالها غيرالتعاقدية، قضاء التعويض، ط ٢، ص ٣٥ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٧

و .د. علي شطناوي، المرجع السابق، ص٩٦.

الفرع الرابع
التعويض عن الضرر

إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا تلتزم الإدارة التي لم ترتكب غشاً أو خطأً جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادةً وقت التعاقد. فالقاعدة العامة في التعويض أن الضرر المباشر المتوقع هو الذي يعوض عنه في المسؤولية العقدية، أما الضرر غير المباشر لا يعوض عنه مطلقاً، فالتعويض يكون إذاً عن الضرر المتوقع فقط إلا في حالتي الغش و الخطأ الجسيم[1]، لأن الإدارة في المسؤولية العقدية قد انصرفت إرادتها عند إبرام العقد في ألا تلتزم إلا بما كانت تتوقعه من ضرر عند التعاقد[2].

و قد افترض المشرع أن هذه الإرادة قد اتجهت إلى جعل المسؤولية عن الضرر مقصورة عن المقدار الذي تتوقعه الإدارة، و يكون هذا الافتراض في منزلة شرط اتفاقي يعدل من مقدار المسؤولية، و ذلك بقصرها على مقدار معين هو مقدار الضرر المتوقع، و لكن لما كان هذا الشرط يقع باطلاً في حالتي غش الإدارة و خطئها الجسيم، فإن الإدارة تلتزم في هاتين الحالتين بالتعويض عن كل الضرر المتوقع، لأنه يرجع إلى الأصل بعد إبطال الشرط الاتفاقي الذي يعدل من مقدار المسؤولية، لقيام المسؤولية التعاقدية للإدارة عن تعويض المتعاقد معها، فإنه ينبغي أن يكون هناك ضرر أصابه نتيجة لإخلالها بالتزامها التعاقدي. [3]

و يقع الضرر بصفة عامة نتيجة الإخلال لمصلحة المتضرر، سواءً كانت تلك المصلحة مادية أو أدبية، ولكي يؤدي ثبوت حدوث الضرر إلى نشوء التزام في ذمة الإدارة عن تعويضه فإنه يتعين أن يكون ذلك الضرر مباشراً ومحققاً وأن يصيب حقاً مشروعاً لصاحب الشأن مع خصوصيته وقابلية تقديره بالنقود، وتعويض الضرر كأثر

---

[1] د. سعاد الشرقاوي ، مرجع سابق ، ص ١٨٥.
[2] د. محيو أحمد ، مرجع سابق ، ص ١٩٦.
[3] د.عوابدي عمار ، الأساس القانوني لمسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها ، مرجع سابق، ص ٢٤٥.

لثبوت المسؤولية التعاقدية للإدارة، و يتعين أن يشمل ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاته من كسب، ويتعين على القاضي عند تقديره لتعويض الضرر الذي لحق بالمتعاقد نتيجة لإخلالها بالتزامها التعاقدي، أن يضع في حسبانه مدى إسهام المتعاقد بخطئه في وقوع ذلك الضرر، ويمكن للقاضي ألا يحكم للمتعاقد مع الإدارة بالتعويض عما أصابه من ضرر إذا كان خطئه الذي أسهم في وقوع الضرر من الجسامة بحيث يستغرق خطأ جهة الإدارة.

ويقع على المتعاقد مع الإدارة عبء إثبات الأضرار التي أصابته من جراء تصرف الإدارة غير المشروع مادية كانت أو أدبية[1].

ولا يكفي في هذا الشأن أن يثبت المتعاقد الضرر الذي أصابه بل يتعين عليه أن يوضح عناصر الضرر التي يطالب بالتعويض على أساسها وبغير توضيح لتلك العناصر والتي تمثل الأضرار التي وقعت عليه فإنه لا يمكن الحكم له بالتعويض حتى ولو كان هناك خطأً عقدياً[2].

وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر في هذا الشأن إلى أنه:" إذا كان الثابت أن المدعي قد أخفق في إثبات ما يدعيه من خسارة لحقته من جرّاء غلق الحديقة، إلا أنّه مما لا شك فيه أن غلق الحديقة أثناء التعاقد لمدة أحد عشر شهراً قد ترتب عليه أن فات على المتعاقد الكسب الذي كان سيحصل عليه لولا إجراء الغلق ويكون من حقه التعويض عن الربح الذي كان سيحصل عليه طوال هذه المدة "[3].

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية طعن رقم(١٣٨٣) لسنة (٣٧) / ق جلسة ١٩٩٨/٢/١٥.

[2] نفس الحكم أعلاه.

[3] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية طعن رقم(٦٢٥٣) لسنة (٤٢) / ق جلسة١٩٩٩/٤/٢.

المطلب الثالث

العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر

يتعين لقيام المسؤولية التعاقدية للإدارة وجود علاقة بين الخطأ التعاقدي الثابت في حقها ارتكابه والضرر الذي لحق بالمتعهد معها حيث تعد علاقة السببية ركناً أساسياً لانعقاد مسؤولية الإدارة التعاقدية، و لا يكفي أن يكون هناك خطأ و ضرر لقيام المسؤولية العقدية، بل يجب أيضاً أن يكون الخطأ هو السبب في الضرر، أي أن يكون هناك علاقة سببية بين الخطأ و الضرر ومن ثم فإن المسؤولية التعاقدية للإدارة تنتفي إذا لم يكن مصدر الخطأ الذي أدى إلى أضرار بالمتعاقد معها.

وهذا ما سوف نبحثه في الفروع الآتية:

الفرع الأول: تعريف العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر.

الفرع الثاني: إثبات العلاقة السببية.

الفرع الثالث: عبء نفي العلاقة السببية.

الفرع الأول
تعريف العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر

تعدّ هذه العلاقة الركن الثالث في المسؤولية العقدية، فلا يكفي أن يقع الخطأ من الإدارة، و أن يلحق ضرر بالمتعهد حتى تقوم المسؤولية العقدية، بل لا بد أن يكون الخطأ هو السبب في الضرر، و هذا هو معنى العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر[1]، لأنه من دون توافر هذه العلاقة لا تقوم أي مسؤولية عقدية في جانب الإدارة فقد يكون هناك خطأ من الإدارة ، كما قد يكون هناك ضرر أصاب المتعهد.

[1] د. هشام عبد المنعم عكاشة، مسؤولية الإدارة عن أعمال الضرورة ، دراسة مقارنة، ، القاهرة، بدون عام نشر. ص ٣٥٦.

الفرع الثاني
إثبات العلاقة السببية

يقع على المتعهد عبء إثبات العلاقة السببية بين عدم تنفيذ الالتزام، الخطأ العقدي والضرر الذي لحقه، أما علاقة السببية بين عدم تنفيذ الالتزام وسلوك الإدارة فيه مفترضة في نظر المشرع الذي يفترض أن الخطأ راجع إلى الضرر، و على الإدارة إذا كان يدعي عكس ذلك أن يقوم بنفي السببية بين عدم التنفيذ و سلوكه[1].

و من المستقر عليه أن المتعهد ملزم بإثبات خطأ الإدارة، و الضرر الذي لحق به إلا أنه لا يزال هناك جدل قائم في الفقه، و يتعلق الأمر ببيان ما إذا كان المتعهد ملزماً بإثبات علاقة السببية أيضاً بين خطأ الإدارة و الضرر الذي لحق به، أو أن هذه العلاقة تصبح مفترضة ومن ثم يكون المتعهد في غنى عن إثباتها[2].

وعلى هذا نلاحظ أن الفقه بخصوص هذا الأمر قد تبنى اتجاهين، فقد ذهب أصحاب الاتجاه الأول إلى القول: إن المتعهد يكون ملزماً بإثبات هذه العلاقة، وإن كان يرى أن هذه العلاقة تعدّ سهلة، لأن الظروف والملابسات المحيطة بالنزاع كثيراً ما يستشف منها القاضي قيام قرائن قضائية على توافر علاقة السببية، فلا يتطلب الأمر مزيداً من الإثبات[3].

وأما أصحاب الاتجاه الثاني يقولون خلاف ذلك، إذ يرون أن علاقة السببية بين الخطأ والضرر مفروضة لا يطلب من المتعهد إثباتها، ويترتب على ذلك أن المتعهد ليس عليه إلا أن يثبت أنه قد أصابه ضرر من عدم تنفيذ الإدارة لالتزامه، ولكن للمدين أن ينفي هذه العلاقة بإثبات أن الضرر وقع ليس بسبب خطأ الإدارة وإنما كان نتيجة لسبب أجنبي، فالإدارة هي التي تُكلف بنفي هذه العلاقة إذا ادعى أنها غير موجودة، فعبء الإثبات يقع عليها لا على المتعهد، فالإدارة لا تستطيع نفي علاقة السببية إلا بإثبات السبب الأجنبي، ويكون ذلك بإثبات أن الضرر يرجع إلى قوة قاهرة، أو حادث فجائي، أو يرجع ذلك إلى خطأ المتعهد نفسه، أو يرجع إلى فعل الغير.

---

[1] د.عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٦٨٥ .

[2] د.هشام عبد المنعم عكاشة، مسؤولية الإدارة عن أعمال الضرورة ، ص ٢٥٦.

[3] د.عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص٦٩٩.

الفرع الثالث

عبء نفي العلاقة السببية

لا تستطيع الإدارة أن تدفع المسؤولية عنها، إلا بنفي علاقة السببية بين عدم تنفيذ الالتزام و سلوكها، و ذلك بإثبات السبب الأجنبي و يقصد به كل أمر غير منسوب إلى الإدارة أدى إلى حدوث الضرر الذي لحق المتعهد، و السبب الأجنبي الذي يجعل التنفيذ مستحيلاً قد يكون قوة قاهرة أو حادثاً فجائياً، أو يكون فعل المتعهد، أو فعل الغير، واشترط القضاء الإداري الفرنسي والمصري والسوري – كما هو الوضع بالنسبة إلى قواعد القانون الخاص – وجود علاقة سببية مباشرة تربط بين الضّرر والخطأ المرفقي للإدارة لكنه استبعد مسؤولية الإدارة وأحياناً خفّف منها إذا وجدت حالات تؤثر على هذه العلاقة.

أشار الفقيه الفرنسي الشهير"فيدل" إلى أن القضاء الإداري يقبل بصفة واسعة العلاقة المباشرة للسببية[1]، فهو يشترط أن يكون خطأ الإدارة السّبب المباشر لوقوع الضرر، ولذلك فالسّؤال المطروح في مسألة السّببية هو: هل كان الضرر ناتجاً عن خطأ الإدارة؟.

إن الإجابة عن هذا السؤال تبدو سهلة إذا أمكن تحديد مصدر الضرر في خطأ واحد يرتكبه موظف ما أو كان هذا الخطأ صادراً عن شيء تابع إلى إدارة ما، إلاّ أن الوضع ليس كذلك حين تشترك أخطاء عدة في حدوث الضرر.

وفي الحقيقة إن القضاء الإداري المصري لم يُجهد نفسه في النظريات التي عَرَفها القضاء العادي، فهو لا يلجأ عادة إلى نظرية "تعادل الأسباب"، بل يبحث عن "السبب الملائم" أو المنتج للضرر[2].

---

[1] د. شيهوب مسعود، مرجع سابق، ص ١١١.

[2] د. شيهوب مسعود، المرجع نفسه، ص٣٣٣.

فعلاقة السببية تنتفي إذا ما حدث الضرر نتيجة لسلوك المتعاقد مع الإدارة ، أو نتيجة لخطئه الذي استغرق خطأ الإدارة في إيقاع الضرر، كما تنتفي المسؤولية التعاقدية للإدارة بانتفاء علاقة السببية، إذا ما كان الضرر الذي حاق بالمتعاقد معها مرجعه قوة قاهرة، حالت دون الاستمرار في تنفيذ العقد الإداري على النحو المنصوص عليه به، وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في تحديدها لتوافر العلاقة السببية في المسؤولية التعاقدية إلى توافرها متى وجدت علاقة مباشرة بين الخطأ و الضرر، ويستفاد منها إن وجود الضرر إنما ترتب على وجود الخطأ، وقد انتهت المحكمة إلى أن هذا من مسائل الواقع التي تستقل محكمة الموضوع بتقديرها[1].

والإجراء العام يؤثر في ظروف تنفيذ العقد، ذلك أنه قد تصدر قوانين أو لوائح يكون من شأنها زيادة أعباء المتعاقد نتيجة التأثير على ظروف التنفيذ الخارجية، ففي هذا الفرض يبدو الأمر عسيراً بالنسبة إلى المتعاقد الذي يصاب بضرر من الإجراء العام لأن تحقق المسؤولية العقدية يبدو أضيق نطاقاً عنها في حالة الإجراءات الخاصة، حيث إن الأصل الذي قرره مجلس الدولة الفرنسي أن هذه الإجراءات لا تعطي حق في التعويض الكامل على أساس نظرية عمل الأمير إلا في أضيق الحدود لأن شرط المسؤولية العقدية يكمن في درجة العلاقة بين الإجراء الذي سبب الضرر و العقد الذي تأثر بهذا الإجراء[2].و أيضاً فأن معيار تأثير هذا الإجراء على العقد وخاصة في المتعاقد مع الإدارة وهو الإجراء الذي يؤثر في تنفيذ العقد ولا يعتد بالظروف التي تؤثر في تنفيذ العقد أي الخارجية وبالتالي لا حق للمتعاقد للمطالبة بالتعويض إلا بشرط عند القيام بالعلاقة السببية بين الإجراء والعقد المبرم.

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم (٦٥٩٤) لسنة (٤٧) / ق جلسة ٢٠٠٦/٧/١٨.
[2] د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٥٥٦.

إن تعويض المتعاقد عما لحقه من خسارة نتيجة العقد، هو العنصر الأول من عناصر التعويض ولا محل للمنازعة فيه، ولا ترد عليه أي استثناءات أو قيود، بشرط أن تكون رابطة السببية المباشرة ثابتة بطبيعة الحال بين الضرر الحاصل في العقد والخسارة التي لحقت بالمتعاقد. ومن المعروف أن القاضي يرفض تعويض المتعاقد عن الأضرار غير المنسوبة مباشرة إلى فترة تنفيذ العقد[1].

وهكذا نكون قد انتهينا من دراسة الفصل الأول الذي تحدثنا فيه عن ماهية المسؤولية التعاقدية للإدارة تحدثنا في المبحث الأول عن مفهوم هذه المسؤولية وفي المبحث الثاني تناولنا أركانها.

وحري بنا أن نبحث في أمرٍ مهم وجدي في الفصل الثاني لنوضح فيه تقصير الإدارة بتنفيذ التزاماتها الفنية ونبين خطأ هذه الإدارة بتنفيذ العقد وإخلالها بمدة تنفيذه أيضاً.

[1] د. شيهوب مسعود، مرجع سابق، ص ٣١٤.

الفصل الثاني
تقصير الإدارة في تنفيذ التزاماتها الفنية

ترجع أهمية العقود الإدارية إلى كونها وسيلة الإدارة الفعالة في تسيير النشاط الإداري تحقيقاً للمصلحة العامة بما تكفله من ضمان لسير المرافق العامة بانتظام و اطراد، ولأجل ذلك فإن الإدارة تتمتع في مواجهة المتعاقد معها بسلطات استثنائية تستمدها من كونها سلطة عامة تتبلور في صورة رقابة و إشراف على تنفيذ العقد، إضافة إلى تمتعها بسلطة تعديله بإرادتها المنفردة وتوقيع جزاءات على المتعاقد معها، بل تتعدى هذه السلطات إلى أكثر من ذلك، حيث تقوم بإنهاء العقد الإداري إنهاء مبتسراً قبل انقضاء مدته أو إنهاء الأعمال محل التعاقد في ضوء مقتضيات المصلحة العامة. وإذا كان المتعاقد مع الإدارة لا يسوغ له الاعتراض على ممارسة الإدارة لتلك السلطات كونها من الأسس العامة للعقود الإدارية وقد تعاقد معها وهو عالم بها إلا أنه لا يجوز للإدارة تعمد الإضرار بالمتعاقد معها تحت ستار استعمالها لتلك السلطات، وبالتالي تنعقد مسؤوليتها التعاقدية عن تعويض ما ألحقته من أضرار بالمتعاقد وخصوصاً في الالتزامات الفنية.

وبناءً عليه سنقوم في هذا الفصل بدراسة مسؤولية الإدارة الناتجة عن إخلالها بتنفيذ التزاماتها الفنية في أثناء تنفيذ العقد، وذلك في إطار عقودها الإدارية كعقود الأشغال والتوريد والمقاولة وال BOT التي تظهر فيها نيتها في الأخذ بأحكام القانون العام.

فالتزامات الإدارة التعاقدية متنوعة وتختلف بحسب نوع العقد الإداري، إلا أنه يمكن تقسيمها أو تصنيفها إلى نوعين، الأول ذو طبيعة فنية، والثاني ذو طبيعة مالية، وإن إخلال الإدارة بأي منها يشكل خطأً تعاقدياً يوجب مسؤوليتها ويعطي المتعاقد معها الحق بالتعويض عما أصابه من ضرر، وإلا أن الصعوبة في مجال القانون الإداري تظهر في تحديد الالتزامات ذات الطبيعة الفنية التي تلتزم الإدارة بها وذلك بعكس

الوضع بالنسبة إلى الالتزامات ذات الطبيعة المالية، فالإدارة ملزمة بتنفيذ العقد بمجرد إبرامه وبتنفيذ جميع الالتزامات المنصوص عليها في العقد أي تنفيذ العقد بشكل كامل فهي لا تستطيع أن تنفذ جزءً من التزاماتها بغية عرقلة العقد بشكل كلي[1]، فمن الطبيعي أن يكون العقد المبرم بين الإدارة المتعاقدة هو المرجع في تحديد الالتزامات الفنية التي يتعين على الإدارة أن تفي بها و إلا تعرضت للمسؤولية التعاقدية، وفي هذا الصدد يتصور أن جوهر التزامات الإدارة ذات الطبيعة الفنية يتمثل بوضع التصاميم وعمل مخططات الأعمال التي تحدد فيها المواد اللازمة للتنفيذ وخصائصها و أوصافها و إدارة الأعمال ومراقبة تنفيذها، و إعطاء الأمر إلى المقاول بالبدء في تنفيذ الأعمال، و تقديم المواد اللازمة لتنفيذ العقد، والتأشير على المحاضر التي تحرر بهذا الخصوص، وأن تزوده بجميع البيانات و الإرشادات التي تمكنه من حسن تنفيذ عمله، والقيام بتسليم الأعمال بعد تنفيذها، و عدم قيامها بأي من الالتزامات السابقة يرتب عليها مسؤولية تعاقدية.

بناءً عليه سوف نعالج هذا الفصل من خلال المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: خطأ الإدارة في تنفيذ العقد.

المبحث الثاني: إخلال الإدارة بمدة تنفيذ العقد.

[1] د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص٥١٣.

المبحث الأول

خطأ الإدارة في عرقلة تنفيذ العقد

الإدارة ملزمة باحترام مبدأ حسن النية في تنفيذ تعاقداتها الإدارية، الأمر الذي يفرض عليها ليس فقط تمكين المتعاقد معها من تنفيذ تعاقده، بل يتعين عليها إضافة إلى ذلك تذليل العقبات كافة التي تعوق المتعاقد، وتحول دون إنجازه لتعاقده في الميعاد المتفق عليه متى كان بمقدورها ذلك، ويتفرع عن التزام الإدارة بتمكين المتعاقد معها التزامات عدة أهمها وضع التصاميم والمواصفات وتسليمه لموقع العمل في وقت مناسب وخالي من الموانع مع تقديمها لكافة المواد الضرورية للتنفيذ ، حيث تعدّ عملية وضع تصميمات الأعمال من أولى التزامات الإدارة التي يجب عليها القيام بمراعاتها عند تنفيذ العقد الإداري، كما وتلتزم بمراجعة تصميمات الأعمال ومطابقتها للدراسات السابقة التي قامت الإدارة بإجرائها وطبقاً للأصول الفنية حتى ولو لم تكن هي التي قامت بإعداد هذه التصاميم، و يشكل إخلال الإدارة بأي من الالتزامات السابقة سبباً موجباً لمسؤوليتها التعاقدية تجاه المتعاقد معها.

ففي فرنسا أكد قانون العقود الحديث المسمى "مدونة الصفقات العامة" السالف ذكره على:

"ضرورة قيام المسؤول عن تنفيذ العقد بتجهيز المتعاقد بالمستندات الضرورية كافة للعقد مع وثيقة الالتزام".

وكذلك نص **المشرع المصري** في قانون تنظيم التعاقدات لدى الجهات العامة رقم (١٨٢) لعام/ ٢٠١٨/ والمعدل بالقانون ١٨٨ لعام /٢٠٢٠/ في المادة ١٤ على الآتي:

" يكون الطرح على أساس مواصفات ورسومات فنية دقيقة ومفصلة، أو معايير أداء عامة وكافية توضع بمعرفة لجنة فنية متخصصة، ويوصف موضوع الطرح وصفاً

موضوعياً وعاماً، ويحدد في ذلك الخصائص التقنية والنوعية ذات الصلة والخصائص المتعلقة بالأداء والجودة ومتطلبات الفحص والاختبار، على أن تراعى المواصفات القياسية المصرية أو الدولية مع تجنب الإشارة إلى علامة تجارية معينة أو اسم تجاري أو براءة اختراع أو تصميم أو نوع أو منتج أو بلد معين أو الرقم الوارد في قوائم الموردين أو مواصفات تنطبق على نماذج خاصة أو مميزة أو إدراج إشارة إلى أي منها، ويستثنى من ذلك الأصناف التي يتعذر توصيفها بإضافة عبارة ما يعادلها أو ما يماثلها أو ما يكافئها في الأداء".

وهو ما أخذ به أيضاً **المشرع المصري** في المادة /٢٠/ من اللائحة التنفيذية السالفة الذكر حيث نصت على الآتي:

"..بمراعاة طبيعة الأصناف المطلوبة يجب أن تشتمل المواصفات الفنية على الخصائص الوظيفية أو الفنية أو الكيميائية أو معايير الأداء المطلوبة لها أو غيرها، ونوع ومدة الصيانة طوال فترة استهلاكها وخدمات ما بعد البيع والتدريب وما يلزم توفيره من ضمان وقطع غيار، وما يلزم تقديمه بالعرض الفني من كتالوجات أو عينات وشهادات الجودة مع تحديد الاختبارات المطلوبة للفحص الفني.

وفي الحالات التي يتم فيها الطرح على أساس عينات فيجب النص على وزنها أو مقاسها أو حجمها، وفي الأصناف التي يلزم توريدها داخل عبوات يجب بيان نوع هذه العبوات وسعتها ومواصفاتها.

ويتعين تجنب الإشارة إلى علامة تجارية معينة أو اسم تجاري أو براءة اختراع أو تصميم أو نوع أو منتج أو بلد معين أو الرقم الوارد في قوائم الموردين أو مواصفات تنطبق على نماذج خاصة أو مميزة أو إدراج إشارة إلى أي منها، ويستثنى من ذلك الأصناف التي يتعذر توصيفها بإضافة عبارة ما يعادلها أو ما يماثلها أو ما يكافئها في الأداء.

وفي العمليات التي تتطلب طبيعتها توريداً وتركيباً وتشغيلاً وتدريباً فيجب تحديد وتوصيف كافة المهام ذات الصلة من النواحي الفنية وغيرها لكل جزء، وكذا في العمليات التي تتطلب طبيعتها التعاقد مع طرف آخر للقيام بإجراءات الفحص أو الاستلام بمحل التعاقد فيجب تضمين التفاصيل الفنية ذلك ضمن شروط الطرح".

كما ألزم **المشرع المصري** الإدارة بتحديد المواصفات الفنية بشكل واضح ومحدد لا يحتمل الغموض وذلك من خلال نصه في المادة /٢٣/ من اللائحة السابقة على الآتي:

"يجب توصيف الخدمة أو العمل الفني موضوع التعاقد توصيفا عاما، وأن يشمل المهام والتوقيتات المحددة لها ومعايير الأداء والجودة المطلوبة للتنفيذ، والظروف التي سيتم التنفيذ فيها، والاشتراطات المطلوبة في طاقم التنفيذ أو التدريب أو الإشراف، وتحديد معايير الجودة التي يمكن على أساسها تقييم التنفيذ، وغيرها طبقاً لطبيعة العملية".

وقد أكد **المشرع المصري** على ضرورة أن يقوم المتعاقد مع الإدارة بالتحري عن طبيعة الأعمال والمواصفات والقياسات والمخططات وعمل كل ما يلزم لذلك، وهذا ما نصت عليه المادة /١١٦/ من اللائحة السالفة الذكر التي جاء فيها:

" يلتزم المقاول بأن يتحرى بنفسه طبيعة الأعمال وعمل كل ما يلزم لذلك من اختبارات وغيرها للتأكد من صلاحية المواصفات الفنية والرسومات الهندسية والتصميمات المعتمدة وعليه إخطار إدارة التعاقدات في الوقت المناسب بملاحظاته عليها ويكون مسؤولاً تبعاً لذلك عن صحة وسلامة جميع ما ورد بها كما لو كانت مقدمة منه".

وكذلك في المادة **/١١٧/** من اللائحة التنفيذية المذكورة أعلاه حيث نصت على الآتي:

"المقادير والأوزان الواردة بجداول الفئات هي مقادير وأوزان تقريبية قابلة للزيادة أو النقص تبعاً لطبيعة العملية، والغرض منها هو بيان مقدار العمل بصفة عامة

والمبالغ التي تسدد للمقاول تكون على أساس الكميات التي تنفذ فعلاً سواءً أكانت تلك الكميات أقل أم أكثر من الواردة بالمقايسة، أو الرسومات وسواء نشأت الزيادة، أو العجز عن خطأ في حساب المقايسة الابتدائية، أو عن تغييرات أدخلت في العمل طبقاً لبنود العقد.

ويجب في جميع الحالات ألا يؤثر ذلك على أولوية المقاول في ترتيب عطائه.

ويعتبر المقاول مسؤولاً عن التحري بنفسه عن صحة المقادير والأوزان وتعتبر كل فئة من الفئات المدرجة بجدول الفئات ملزمة للمقاول أثناء العقد وغير قابلة لإعادة النظر لأي سبب ولا يكون للمقاول حق طلب مبالغ زيادة أو تعويضات بشأنها.

ويقوم مهندس الجهة الإدارية بعملية القياس أو الوزن للأعمال أثناء سير العمل بالاشتراك مع المقاول، أو مهندسه، أو من يفوضه، ويتم التوقيع بصحة المقاسات والأوزان من الاثنين، فإذا تخلف المقاول، أو من يفوضه بعد إخطاره يلزم بالمقاسات والأوزان التي يجريها مهندس الجهة الإدارية.

على أنه بالنسبة للجهات التي لا يتوافر فيها العنصر الفني اللازم فينتدب مهندس من مديرية الإسكان المختصة ويكون مهندس الجهة الإدارية، أو مديرية الإسكان مسؤولاً عن صحة وسلامة ما يثبته من بيانات في هذا الشأن".

وهذا ما أكدّه المشرع السوري أيضاً في المادة /٢١/ من دفتر الشروط العامة عندما نصت على الآتي:

" أ-على المتعهد قبل المباشرة في تنفيذ أي جزء من هذا العقد أن يدقق ويتثبت من صحة المخططات ومطابقتها بعضها لبعض، ولكل ما يقتضيه دفتر الشروط الفنية وجدول الأسعار وجدول الكميات وغيرها من الأحكام، وعليه أن يطلب من الإدارة تصحيح أي خطأ أو تباين أو تناقض أو نقص قد يلحظه

في هذه المخططات أو في الشروط الفنية أو الكشوف أو التعليمات المعطاة إليه سواءً كانت مكتوبة أو مرسومة وسواءً أكانت مرفقة بهذا العقد أو أُعطيت إلى المتعهد فيما بعد أثناء التنفيذ، وعلى المتعهد في مثل هذه الحالات العمل بموجب التعليمات النهائية الخطية التي تطلب الإدارة منه إتباعها أثناء التنفيذ في هذا الموضوع.

ب- إذا نتج عن عدم مراجعة المتعهد للإدارة خطياً بشان أي تباين أو تناقض أو نقص أو خطأ في المخططات والشروط الفنية بعد تنفيذ الأعمال كلها أو بعضها، ظهور أي خطأ لا يمكن قبوله أو تلافيه في أي من الأعمال الواردة في هذا العقد إجمالاً أو تفصيلاً ، تقع مسؤولية ما يترتب على تصحيح أو هدم أو إعادة بناء القسم المتأثر بالخطأ الواقع على المتعهد وعليه إزالة نتائج هذا الخطأ على نفقته الخاصة مهما بلغت التكاليف.

ج- إن الإدارة هي المسؤولة عن صحة التصاميم المقدمة من قبلها من الوجهتين الفنية والحسابية "[1] .

بناءً عليه فإن المشرع السوري قد رتب مسؤولية الإدارة عن صحة ودقة التصاميم والمخططات كافة التي تقدمها للمتعهد من الناحيتين الفنية والحسابية.

هذا و تلتزم الإدارة في أثناء إبرام العقد بتقديم التعهدات أو التسهيلات كافة إلى المتعاقد الذي وقع على العقد، حيث تصبح هذه التعهدات أو الوعود بعد التوقيع على العقد التزاماً تعاقدياَ، كأن تتعهد للمقاول بأنها سوف تجري عن طريق مهندسيها دراسة للتربة التي سيقام عليها البناء وذلك لاختبار مدى صلابتها وتحملها لعبء الأعمال المزمع إنشاؤها وذلك قبل البدء في تنفيذ هذه الأعمال، فتأخر الإدارة في تنفيذ هذه التعهدات يعتبر من قبيل الأخطاء التي ترتكبها[2]، كما ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى أن خطأ

[1] المرسوم (٤٥٠) المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود الموحد لعام ٢٠٠٤.

[2] P.Devolve:La deter minationdes responsables dans le contentieux de la constraction entre le maitre de louvrage personne publique et les constructeurs droit et ville 1977.P.127.

الإدارة بوضع التصاميم وما يرافقها من عيوب أو أخطاء من جهة الإدارة يؤدي إلى إثارة مسؤوليتها التعاقدية[١].

وهذا ما أكده المشرع السوري في قانون العقود الموحد رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ السابق الذكر في الفقرة (و) من المادة(١٩) حيث نصت على ما يلي:

" تعطي الجهة العامة إلى المتعهد الوثائق التي تمكنه من شراء واستلام المواد واللوازم المحظور توزيعها بالجهات العامة وذلك ضمن حدود الكميات والمدد المعينة في العقد أو التي تقدرها الجهة العامة فيما بعد ويجري استعمال هذه المواد واللوازم تحت إشراف الجهة العامة ومراقبتها."

وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي على أنه: " إذا كانت جهة الإدارة المتعاقدة ملزمة بتنفيذ جميع التزاماتها التعاقدية فيجب عليها أن تنفذ هذه الالتزامات بطريقة جيدة، فالإدارة هي التي تقوم بإعداد العقد عن طريق وضع التصميمات وعمل المخططات، ويتعين عليها ضرورة الالتزام بالأصول الفنية في تنفيذ هذه الالتزامات كإغفال تحديد المواصفات الفنية في الدراسات التي تقدمها[٢]، أو الخطأ في عمل الرسومات الهندسية للمشروع[٣]، كما يتمثل خطأ الإدارة في تصور حجم المشروع نفسه، فقد عدّ مجلس الدولة الفرنسي أن الإدارة مخطئة لعدم وضع تصور لحجم المشروع يتضمن تقدير الأحجام ومساحات أو مسطحات الأعمال المنفذة[٤]، كما إن بدء تنفيذ العقد في موقع أو مكان مختلف عن المكان المنصوص عليه بداية يسبب ضررا للمتعاقد[٥]، كذلك تلتزم الإدارة في أثناء إبرام العقد بتسليم المتعاقد الأجهزة والمواد اللازمة لتنفيذ

[1]André de labdere, op. cit.P457.
[2]C.E 25 oct 1961 – ASR- de blois . Rec 582
[3]C.E 16 Fev 1972 O.P.H.L.M de la ville de nantes
[4]C.E 11 Fev 1983 . soc Entreprise caroni . Rec. p 782
[5]C.E 13 Juill 1965. Ste nationale de construction. Rec.p.464

العقد والتحقق من مدى جودتها ويجب أن تكون هذه المواد والأجهزة المستخدمة مطابقة للمواصفات والمخططات.[١]

وهذا ما جرى عليه المشرع السوري في المادة المذكورة أعلاه وما نهجه مجلس الدولة السوري أيضاً في العديد من أحكامه ومنها حكم المحكمة الإدارية العليا السورية الذي أكد على الآتي:

"١- إن جهة الإدارة تملك سلطة تقديرية واسعة في إبرام عقودها بعد أن تكون لجنة المناقصة قد قررت إحالتها على صاحب العرض الأفضل وأن الرابطة العقدية لا تتم إلا بعد التصديق من قبل صاحب الصلاحية في عقد النفقة الذي يحق له إلغاء المناقصة إذا قدر أن مصلحة الإدارة تقتضي ذلك.

٢- لا يستحق المتعهد أي تعويض عن إلغاء المناقصة وإنما يجب أن يقتصر الأمر على الأضرار الناشئة عن الخسارة نتيجة لخطأ المهندس المشرف على التنفيذ بتسليم موقع العمل إلى المتعهد قبل إتمام اجراءات تصديق المناقصة"[٢].

وأيضاً حكمها القاضي بالآتي:

"إن التعهد قد أحيل إلى عهدة المدعي بتاريخ ١٩٧٤/٨/١٩ إلا أن تسليم موقع العمل لم يتم إلا بتاريخ ١٩٧٥/١٠/٢٧ وباعتبار أن المتعهد بنى أسعاره على أساس الأسعار السائدة بتاريخ العرض وإن الأسعار ارتفعت خلال الفترة الواقعة بين تاريخ المناقصة وتاريخ تسليم موقع العمل ارتفاعاً فاحشاً وإن الإدارة هي التي أدخلته في منطقة ارتفاع الأسعار ومادامت مدة التأخير قد بررتها الإدارة فإن الزيادات التي تحملها المتعهد خلال /١٢/ شهراً ونصف الأخيرة من فترة تنفيذ التعهد وهي المدة المعادلة لمدة تأخير الإدارة في تسليمه موقع العمل تتحملها الإدارة كاملة".[٣]

---

[1] C.E 1 er avril 1936 Ets Hasser Rec .r.433

[٢] حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٩٧٢/١٥١/٧٣ ، مبادئ القضاء الإداري، مرجع سابق، ص٢٢.

[٣] حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ١٩٨٢/١٢/١٦٦ ، مبادئ القضاء الإداري، مرجع سابق، ص ١٥٩.

وحكمها أيضاً القاضي بالآتي:

" إن تأخر الإدارة بتسليم موقع العمل للمتعهد يوجب جبر الضرر الفعلي عن الأضرار اللاحقة به نتيجة تعطل آلياته".[1]

كما قضت المحكمة ذاتها أن:

١- المتعهد لا يستحق أي تعويض عن مدد التأخير المبررة إلا إذا ثبت أن التأخير كان ناشئاً عن الإدارة المتعاقدة بالذات وألحق بالمتعهد ضرراً أكيداً فعندئذ تلتزم الإدارة بالتعويض عن الضرر نتيجة خطئها.

٢- تأخر الإدارة في تسليم المتعهد موقع العمل بعد تبليغه أمر المباشرة لا يترتب عليه أي تعويض لأنه لم يكن قد بدأ بالعمل بعد ولا تكون الورشات العاملة في المشروع قد بدأت أعمالها فيه.

٣- التأخير في تسليم المواد الأولية إذا كان يسوّغ اعتباره مبرراً للتأخير فلا يسوّغ اعتماده سبباً موجباً للتعويض.

٤- التأخير الناجم عن صرف الكشوف في مواعيد استحقاقها يوجب أن يضاف حكماً ما يساويه لقيمة العقد إلا أنه لا يحق للمتعهد التوقف عن العمل خلال مدة تأخير الصرف لذا فلا يحق له تقاضي أي تعويض".[2]

ويرى الباحث أنه من خلال هذه الأحكام للمحكمة الإدارية العليا السورية أن سياسة مجلس الدولة السورية قد اتجهت واستقرت في ترتيب مسؤولية الإدارة كاملة في حال لم تقم بالتزاماتها الفنية ومنها تسليم المتعاقد لموقع العمل، أو

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ١٩٨٤/٤٦٩/٨٣، مبادئ القضاء الإداري، مرجع سابق، ص٣٥٤.
[2] حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم١٩٧٨/١٠٧/١٧٤ مبادئ القضاء الإداري، مرجع سابق، ص٣٥٤.

تأخرها في ذلك وهذا التوجه لمجلس الدولة السوري كان في محله الصحيح لأن العرقلة تمت من قبل الإدارة وهو التزام يقتضيه حسن سير المرفق العام وانتظامه.

كما قضى مجلس الدولة الفرنسي أن إعطاء الإدارة معلومات غير صحيحة للمتعاقد معها ينشئ خطأ من جانبها يولد مسؤوليتها[١]، وقضى أيضاً أن جهة الإدارة التي اختارت أرض غير صالحة لإقامة البناء عليها وفرضت على المهندس هذا الاختيار تتحمل عن المتعاقدين جزءاً من مسؤوليتهم التي يستحقونها، لأنهم لم يكونوا قد أبدوا تحفظهم على ذلك[٢] ، كما قضى بالحل ذاته في فرض استعمال مواد معينة[٣].

فإذا أخطأت الإدارة في وضع المواصفات والتصاميم، أو أنها لم تقم بمراجعتها ما أدى إلى ظهور عيوب في تنفيذ العقد فإن ذلك يؤدي إلى إثارة مسؤولية الإدارة التعاقدية[٤].

حيث عدّ مجلس الدولة الفرنسي أن الإدارة مخطئة بإعداد العقد، لأن هناك أخطاء فنية في الرسومات المقدمة منها أو في تقدير حجم الأعمال المتعاقد عليها[٥]، وهو ما أخذ به مجلس الدولة المصري والسوري في عدد من أحكامهما القديمة والحديثة.

كما أن موقع تنفيذ العقد المنصوص عليه هو أمر جوهري بالنسبة إلى المتعاقد ما لا يجوز معه للإدارة تسليمه موقع آخر ومطالبته بتنفيذ تعاقده فيه حيث يشكل ذلك إخلالاً منها بالتزام التسليم الأمر الذي يرتب مسؤوليتها التعاقدية ويجيز للمتعاقد معها المطالبة بفسخ العقد لما قد يرتبه ذلك من ارتفاع نفقات التنفيذ أو إطالة أمده عن المدة المتفق عليها، لذلك فقد ذهبت فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة الفرنسي بهذا الشأن إلى أن مكان تنفيذ العقد من العناصر الأساسية التي وضعها

---

[1]C.E 15 dec 1978 anque coop du batiment et des TP,R.DP 1980 P 1481
[2]C.E 7 avr 1967 J.C.P 1967.2.15103 note veaux
[3]C.E 19 mai 1948 Rec.p.29
[4]Andre de labdere ,op. cit .P448.
[5]C.E. ٢٥ / ١٠ / ١٩٦١

المتعاقد في حسبانه عند إقدامه على التعاقد الأمر الذي لا يجوز معه للإدارة أن تعدله بإرادتها المنفردة[1].

ومن التزامات الإدارة تجاه المتعاقد أن تكون كراسات شروط التعاقد واضحة ومفهومة للمتعاقد وهو ما ذكره **المشرع المصري** في المادة /٣٣/ من اللائحة السالفة الذكر والتي نصت على مايلي :

" تلتزم إدارة التعاقدات بكراسات الشروط والمواصفات النموذجية الصادرة عن الهيئة العامة للخدمات الحكومية، وأن تكون كراسات الشروط والمواصفات كاملة وواضحة ومرتبة ومرقمة بالتسلسل وأن تتضمن تحديد ما إذا كانت العملية قابلة للتجزئة من عدمه، وتحديد مراحل وتوقيتات تقديم الشكاوى وآلية تسوية الخلافات والمنازعات، والحظر المنصوص عليه بالمادة /٣٣/ من القانون، وما يفيد أن يكون صاحب العطاء أو المتزايد بحسب الأحوال لديه الإمكانيات والقدرة على تنفيذ كافة التزاماته الواردة بكراسة الشروط والمواصفات بما في ذلك تلبية كافة اشتراطات مزاولة النشاط موضوع التعاقد وعنوانه الدائم، ويعتبر إعلامه صحيحاً متى تم مخاطبته عليه فيما لو رست عليه العملية محل الطرح على أن يتم نشرها على بوابة التعاقدات العامة عدا العمليات التي تتطلب اعتبارات الأمن القومي عدم النشر عنها وفقاً لما تقدره السلطة المختصة، ويرد ثمن كراسة الشروط والمواصفات لمن قام بشرائها متى توافرت أي من حالات إلغاء العملية المنصوص عليها بالمادة /٣٧/ من القانون، فيما عدا الحالات التي يتبين وجود تواطؤ أو ممارسات احتيال أو فساد أو احتكار فيها، وفي العمليات التي تقتضي طبيعتها المعاينة التامة النافية للجهالة يتم تضمين ذلك بكراسة الشروط والمواصفات، ويتعين في هذه الحالة قيام إدارة التعاقدات بالتنسيق مع الإدارات الطالبة أو المستفيدة بالجهة الإدارية لتحديد موعد زيارة لمكان التوريد أو التنفيذ أو موقع المشروع أو مكان تواجد محل البيع أو التأجير أو الترخيص، على أن يكون موعد المعاينة قبل انعقاد

[1] C.E ,28/11/1978

جلسة فتح المظاريف الفنية أو جلسة المزايدة بوقتٍ كافٍ، بما يمكن من قام بشراء كراسة الشروط والمواصفات من إعداد عطائه بشكل جيد.

وتلتزم إدارة التعاقدات بإخطار أو موافاة، بحسب الأحوال، لجنة تفضيل المنتج الصناعي المصري بنسخة من شروط ومواصفات الطرح أو العقود وفقا لما هو منصوص عليه بأحكام القانون رقم /٥/ لسنة ٢٠١٥ في شأن تفضيل المنتجات المصرية في العقود الحكومية.

و كما أوجب المشرع المصري على جهة الإدارة القيام بتشكيل لجنة فنية ذات خبره ودراية بالأوصاف المطلوب توريدها أو بالأعمال اللازمة، حتى ولو تطلب الأمر الاستعانة بأعضاء فنيين من ذوي الخبرة، فإذا كانت جهة الإدارة ملتزمة بمقتضى العقد المبرم بينها وبين المتعاقد أن تقوم بتنفيذ الالتزامات والواجبات المفروضة عليها بمقتضى العقد فإن من بين هذه الالتزامات أن يتم تنفيذ العقد بصورة جيدة وعلى النحو الوارد في التصميمات والدراسات والأبحاث والتقارير أو العينات التي يلزم مطابقتها مع العينة التي قام المورد بتوريدها ووفق الأصول الفنية المتعارف عليها أو التي وردت بين طيات العقد الإداري،حيث نص **المشرع المصري** في المادة /١٩/ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات المصري في الفرع الرابع بخصوص إعداد المواصفات الفنية على الآتي:

" تشكل بقرار من السلطة المختصة لجنة فنية متخصصة من العاملين بالجهة الإدارية من ذوي الخبرة الفنية ذات الصلة بموضوع التعاقد، ويجوز لها حال عدم توافرهم الاستعانة بمن تراه من الجهات الإدارية الأخرى أو من المكاتب الاستشارية، على ألا يقل عدد أعضاء اللجنة عن ثلاثة أعضاء ولا يجاوز سبعة وبما يتناسب مع طبيعة وحجم موضوع التعاقد – ما لم ترَ السلطة المختصة غير ذلك بناءً على أسباب واضحة وموثقة، وتحدد السلطة المختصة موعد انتهاء تلك اللجنة من أعمالها، وتتولى اللجنة وضع المواصفات الفنية وعليها في أداء عملها مراعاة معايير التنمية المستدامة والجودة

والخصائص الفنية والنوعية المطلوبة لموضوع التعاقد، بما في ذلك الاختبارات وأسلوب تقييم العطاءات، وأي بيانات أخرى ترى اللجنة أنها لازمة لمحل التعاقد وبما يلبي احتياجات الجهة الإدارية بفعالية وكفاءة ".

و بالتالي يجوز طلب تقديم عينات نموذجية وفي مقاولات الأعمال يكون التعاقد على أساس رسومات فنية تعد لذلك ، وهذا ما أشار إليه المشرع المصري في المادة /١٢/ من القانون رقم /٢٢٩/ لسنة ١٩٩٦المتعلق بأحكام الطرق العامة حيث نصت على أنه:

" يكون الملتزم في خصوص ما أُنشأ من طرق و سلطات واختصاصات وحقوق الجهة المشرفة على الطريق في المواد (٥-٨-١٠-١١-١٢-١٥) من هذا القانون بما في ذلك الحق في استغلال مساحات واقعة على جانبي الطريق في بدايته ونهايته بإقامة الفنادق والاستراحات والمطاعم ونقاط الإسعاف ومحطات الخدمة وورش الصيانة السريعة التي تُخدّم الطريق والمارة، فإذا وقع خطأ من قبل الإدارة عند قيامها بتنفيذ التزاماتها التعاقدية ذات الطبيعة الفنية كأن تكون أخطأت في وضع التصاميم أو أنها وصفتها بصورة عشوائية دون قيامها بدراستها على أسس علمية وقامت بتنفيذها على أرض الواقع فإن ذلك يؤدي إلى قيام مسؤولية الإدارة التعاقدية على أساس الخطأ"[١].

أما **القضاء الإداري المصري** فإنه لم يتردد بإقرار مسؤولية الإدارة التعاقدية نتيجة إغفالها تحديد المواصفات الفنية في الدراسات التي تقدمها أو الخطأ في عمل الرسومات الهندسية للمشروع أو الخطأ في تصور حجم المشروع الذي يتضمن تقدير الأحجام والمساحات أو المسطحات بالنسبة إلى الأعمال المنفّذة، أو تنفيذ العقد في موقع مختلف عن الموقع المنصوص عليه في العقد ما يتسبب في إلحاق الضرر بالمتعاقد مع الإدارة، حيث إن من الالتزامات التعاقدية أن تمكّن الإدارة المتعاقد معها من البدء في

[١] د. محمد شعبان الدرهوبي، حق المتعاقدين في التعويض في العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، القاهرة،٢٠١٧، ص٢٢.

تنفيذ العمل في موقع العمل نفسه ومن المضي في تنفيذه و ألا تكون قد أخلّت بالتزاماتها التعاقدية، فقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى أنه:

"من المقرر أن العقد الإداري يولّد في مواجهة الإدارة التزامات عقدية أهمها أن يمكّن المتعاقد معها من البدء في تنفيذ العمل ومن المضي في تنفيذه حتى يتم إنجازه، فإذا لم تقم بهذا الالتزام فإن هذا يكون خطأ عقدياً من جانبها يخوّل المتعاقد الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي ينجم من عدم قيام جهة الإدارة بالتزامها.... وحيث إنه من الثابت من الأوراق أن محافظة القاهرة تعاقدت مع الطاعن على تنفيذ عملية إنشاء سور، وبُدء بعملية التنفيذ ... إلا أنها لم تمكّنه من الاستمرار في تنفيذ العملية ....إذ ثبت...اعتراض هيئة الآثار المصرية على تنفيذ السور لمخالفة مواصفاته الطابع الإسلامي وظل العمل متوقفاً حتى أقام المتعاقد دعواه ولم يتم الاتفاق بين محافظة القاهرة وهيئة الآثار على مواصفات السور المذكور، فرأت المحافظة أن المواصفات التي أقرتها هيئة الآثار مخالفة لما تم التعاقد على أساسه مع الطاعن .." وانتهت المحكمة إلى تقرير مسؤولية محافظة القاهرة حيث لم تقم بتنفيذ التزاماتها العقدية... ويرجع ذلك إلى الخطأ في وضع المواصفات والرسومات الخاصة بالسور والذي كان يتعين عليها قبل إبرام العقد وتسليم الموقع للمقاول لتنفيذ العملية أن تتعاون مع هيئة الآثار في إعداد المواصفات أو الرسومات الخاصة بالسور ... وبالتالي فإن خطأ محافظة القاهرة يجعلها مسؤولة عن تعويض الطاعن عن الأضرار التي أصابته من جراء هذا الخطأ "[1].

كما تلتزم الإدارة وفي أثناء إبرام العقد الإداري أن تقدم التعهدات والتسهيلات كافة إلى المتعاقد التي نص عليها العقد، حيث تصبح هذه التعهدات والوعود أو التسهيلات وبمجرد توقيع العقد من قبيل الالتزامات التعاقدية التي تقع على كاهل الإدارة ويجب عليها الوفاء بها وإلا قامت مسؤوليتها التعاقدية، وتلتزم الإدارة أيضاً في بداية تنفيذ العقد الإداري بتسليم المتعاقد معها الأجهزة والمواد كافة اللازمة لتنفيذ العقد والتأكد من

[1] د. محمد شعبان الدرهوبي ، حق المتعاقدين في التعويض في العقد الإداري، مرجع سابق ص٢٣.

مدى جودتها، ويُلزم أن تكون تلك الأجهزة والمواد أو الأدوات المستخدمة مطابقة للمواصفات المحددة للمخططات، و هو ما نص عليه المشرع السوري في دفتر الشروط العامة السالف ذكره.

مما سبق نجد أن الالتزام التعاقدي الذي يقع على كاهل الإدارة بتسليم المتعاقد معها الأجهزة والمواد ينقسم إلى التزامين أولهما الالتزام بالتسليم، وثانيهما الالتزام بالمطابقة. فيجب أن تكون المواد المقدمة من جانب الإدارة مطابقة للمواصفات الفنية وتُسأل الإدارة عن التحقق من جودتها خصوصاً عندما يُطلب من المتعاقد تنفيذ التزاماته على أكملِ وجهٍ[1].

[1]Terneyre. op . cit . p83

المبحث الثاني

إخلال الإدارة بمدة تنفيذ العقد

إن العقد الاداري هو عقد زمني بحسب طبيعته، الأمر الذي يكون معه لزاماً على المتعاقد مع الإدارة إنهاء الأعمال محل التعاقد في الميعاد المحدد في العقد حتى لا توقع الإدارة عليه غرامة التأخير أو تُقدم على فسخ العقد أو إنهاؤه أو تقوم على تنفيذ الأعمال المتعاقد عليها بوساطة الغير، و تحسم من حساب المتعاقد لديها مع تحميله الأعباء المالية الأصلية والإضافية كافة المترتبة على هذا التنفيذ، كما تلتزم الإدارة في المقابل باحترام المدد المحددة للتنفيذ فلا يجوز لها إيقاف الأعمال موضوع العقد لفترة طويلة من دون مسوغ معقول، أو أن تتأخر بشكل كبير وملحوظ بالبدء في تنفيذ العمل، أو أن تلغي المشروع من دون سبب معقول يسوّغ ذلك، فعلى الإدارة أن تلتزم بمراعاة مدة تنفيذ العقد فهذا الالتزام من أهم الالتزامات التي ينبغي على الإدارة مراعاتها، مثلها في ذلك مثل المتعاقد[1]، فلا يحق للإدارة من دون سبب يتعلق بدواعي المصلحة العامة أن توقف المتعاقد عن تنفيذ العقد وإذا اقتضى الأمر ذلك فيلزم توجيه انذار رسمي إلى المتعاقد قبل اتخاذ إجراء الوقف فقد يترتب على وقف تنفيذ العقد الحاق أضرار بالمقاول.

وتطبيقاً لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي بمسؤولية الإدارة عن التلف الذي أصاب الأخشاب المستعملة في البناء لمهاجمة نوع من الحشرات تسببت في توقف المقاول من دون سبب استكمال البناء ومن دون توجيه إنذار رسمي له حتى يتمكن من إيجاد وسيلة لوقاية الأخشاب من التلف الذي أصابها[2] ، كما قضى أن الإدارة ارتكبت خطأ من شأنه أن يرتب مسؤوليتها التعاقدية عندما أعطت للمقاول أمراً بالتوقف عن تنفيذ

[1] د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٤٦٢-٤٦٣.

[2] C.E، 21، Fev، 1979 . Rec .p. 317.

الأعمال في المشروع المتفق على تنفيذه[1]، أو أن ترفض تَسلّم باقي البضائع المتفق على توريدها.

ويرى غالبية الفقه الفرنسي والمصري والسوري أن الإدارة يقع على عاتقها ليس فقط الالتزام الجوهري بتنفيذ العقد ولكن أيضاً تنفيذ جميع الالتزامات التبعية للعقد، كأن تتقاعس الإدارة في استلام المواد محل العقد، وفي هذه الحالة تترتب عليها مسؤولية هذا التقاعس وهو ما أخذ به **المشرع المصري** في المادة (٤٩) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون (١٨٢) لعام ٢٠١٨ حيث نصت على الآتي:

"يجب على الجهة الإدارية استلام محل التعاقد في المواعيد المحددة بالعقد حال مطابقتها للمواصفات والشروط المتفق عليها بالعقد، وللمتعاقد حال تقاعس الجهة المتعاقدة عن الاستلام التقدم بطلب للسلطة المختصة لتشكيل لجنة محايدة لدراسة أسباب التقاعس، وصورة منه لمكتب شكاوى التعاقدات العمومية وذلك للمتابعة، وتلتزم السلطة المختصة خلال سبعة أيام من تاريخ استلامها للطلب بتشكيل لجنة ثلاثية متخصصة من جهات محايدة، وتكون الجهة المتعاقدة طرفاً فيها على أن تبدأ أعمالها فور صدور قرار تشكيلها وسداد المتعاقد أتعاب الجهات الخارجية المشاركة فيها، وتقدم اللجنة تقريرها خلال مدة زمنية أقصاها ثلاثون يوماً ما لم تتطلب طبيعة العملية وحجمها مدة تتجاوز ذلك، ويكون تقريرها ملزماً للطرفين، وحال تبين تقاعس الجهة المتعاقدة عن الاستلام يتم رد أتعاب اللجنة للمتعاقد، وإحالة المتسبب للتحقيق وتحميله بأتعاب اللجنة، وتُصدر السلطة المختصة قراراً بإنهاء إجراءات الاستلام في مدة زمنية لا تجاوز مدة الفحص والاستلام المتفق عليها مسبقاً بشروط الطرح والتعاقد".

[1]C.E 29 Juill، 1953، Entreprise veuve marcel D uval .R.D.P .1954 P.198.

كما نصت المادة (٩٩) من اللائحة السابقة في **مصر** على أنه:

" يجب على الجهة الإدارية استلام محل التعاقد في المواعيد المحددة بالعقد حال مطابقتها للمواصفات والشروط المتفق عليها بالعقد، وللمتعاقد حال تقاعس الجهة المتعاقدة عن الاستلام التقدم بطلب للسلطة المختصة لتشكيل لجنة محايدة لدراسة أسباب التقاعس، وصورة منه لمكتب شكاوى التعاقدات العمومية وذلك للمتابعة.

وتلتزم السلطة المختصة خلال سبعة أيام من تاريخ استلامها للطلب بتشكيل لجنة ثلاثية متخصصة من جهات محايدة منها الوزارات، أو الهيئات، أو النقابات المهنية وغيرها من الجهات، ويكون اختيار أعضاء اللجنة بناء على ترشيح من جهة عملهم ويراعى ألا يكونوا قد سبق أن أبدوا رأياً في العملية ولو في هيئة تقرير استشاري، وأن لا يكون قد اتصل عملهم بالعملية خلال جميع مراحلها، وتكون الجهة المتعاقدة طرفاً في اللجنة، ويجب أن يتضمن قرار السلطة المختصة موعد انتهاء اللجنة من أعمالها.

و تبدأ اللجنة أعمالها فور صدور قرار تشكيلها وسداد المتعاقد الأتعاب التي تحددها الجهات الخارجية المشاركة فيها وتخطره الجهة بها، وتقدم اللجنة تقريرها خلال مدة زمنية أقصاها ثلاثون يوماً من تاريخ تشكيلها ما لم تتطلب طبيعة العملية وحجمها مدة تتجاوز ذلك، ولها في سبيل أداء عملها طلب أي بيانات، أو معلومات، أو الاطلاع على مستندات واستيضاح ما تراه من طرفي التعاقد، كما يجوز لها أن تقوم بمعاينة محل العقد إذا تطلب الأمر ذلك، ويكون تقريرها ملزماً للطرفين.

وتعرض اللجنة تقريرها بنتيجة عملها على السلطة المختصة لاعتماده وإصدار القرار في ضوء ما انتهى إليه، وتتولى إدارة التعاقدات فور صدور القرار إخطار المتعاقد بكتاب يرسل بالبريد السريع عن طريق الهيئة القومية للبريد، ويعزز في الوقت ذاته بالبريد الإلكتروني أو الفاكس، بحسب الأحوال، ومتابعة الإجراءات اللازمة لتنفيذ قرار

السلطة المختصة وإنهاء إجراءات الاستلام في مدة زمنية لا تجاوز مدة الفحص والاستلام المتفق عليها مسبقاً بشروط الطرح والتعاقد، على أن يرد للمتعاقد أتعاب اللجنة حال تبين تقاعس الجهة الإدارية، مع إحالة المتسبب للتحقيق وتحميله بأتعاب اللجنة.

وإذا تبين للجنة عدم التزام المتعاقد، تتخذ الجهة الإدارية حياله الإجراءات ذات الصلة الواردة بالقانون وهذه اللائحة".

بناءً عليه فإن الادارة لا تستطيع أن تقوم بأي عمل يتعارض مع صفتها كمتعاقد أو أن يعرّض المتعاقد معها إلى أعباء ومتاعب في تنفيذ التزاماته العقدية من دون أن تُعرّض نفسها إلى المسؤولية[١]، وفي إطار الالتزام الذي يقع على عاتق الإدارة باحترام جميع التزاماتها العقدية، فهي لا تستطيع من دون أن تُعرّض نفسها للمسؤولية كأن تقوم بأي عمل يتعارض مع صفتها كمتعاقدة أو تُعرّض المتعاقد معها لأعباء في تنفيذه التزاماته العقدية، وفي هذا الصدد قضى مجلس الدولة الفرنسي أن رفض الإدارة المواصفات المطابقة لشروط العقد سينشئ خطأً تعاقدياً يرتب مسؤوليتها[٢]، كما قضى أيضاً بمسؤولية الإدارة التعاقدية التي لجأت إلى نزع ملكية الأراضي ما ترتب عليه المساس بحقوق المتعاقد معها[٣].

ففي عقود الأشغال العامة وعقود الامتياز تلتزم الإدارة بتسليم من يتعاقد معها موقع العمل في الميعاد المتفق عليه في العقد أو خلال مدة زمنية مناسبة إذا لم يتم تحديد مدة التسليم في العقد، حيث إن بداية تنفيذ الأعمال يتم احتسابها من تاريخ تسليم موقع العمل وقد بينت ذلك اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات المصري السالفة الذكر وذلك في المادة (١٠٤) منها حيث نصت على الآتي:

---

[١] د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص٥١٧.

[2] C.E 10 mai 1963 ville de nice c/ste nicoise des Ascenseurs du chateau P. 292

[3] C.E 14 mars 1941 Roda Rec P.44

"في عقود التوريدات تبدأ المدة المحددة للتوريد من اليوم التالي لإخطار المورد سواءً بالداخل أو بالخارج بأمر التوريد إلا إذا اتُفق على خلاف ذلك، على أن يتضمن أمر التوريد الأصناف والكميات والفئات ومكان التسليم ومواعيد بدء التوريد وانتهائه.

وتبدأ المدة المحددة لتنفيذ عقود الأعمال من التاريخ الذي يُسلّم فيه الموقع للمقاول خالياً من الموانع إلا إذا اتُفق على خلاف ذلك، ويكون التسليم بموجب محضر يوقع من الطرفين ومحرر من أصل وأربع نسخ يسلم الأصل للإدارة المالية، ونسخة لإدارة التعاقدات لحفظها بملف العملية، ونسخة للمقاول، ونسخة للإدارة الطالبة أو المستفيدة، ونسخة للإدارة المشرفة على التنفيذ، وإذا لم يحضر المقاول أو من يفوضه لتسلّم الموقع في التاريخ الذي حُدد له في أمر الإسناد فيحرر محضر بذلك ويعتبر هذا التاريخ موعداً لبدء تنفيذ العمل.

أما بالنسبة لباقي العقود فتبدأ المدة المحددة لتنفيذ العقد وفقاً لما تضمنته كراسة الشروط والمواصفات والعقد".

وهذا ما نص عليه المشرع السوري في نظام العقود الموحد رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ من المادة /٢٠/ منه على الآتي:

" أ- في حال وجود أي نص في العقد أو دفاتر الشروط الخاصة يوجب على الجهة العامة تقديم أي من المواد واللوازم المطلوبة لإنجاز أي جزء من أجزاء العقد تتولى الجهة العامة تسليمها للمتعهد بشكل تدريجي وبانتظام وفق متطلبات تقدم الأعمال يجري التسليم في الموقع الذي يعين صراحة في النص المذكور، وإذا لم يحدد في العقد موقع للتسليم فيعني ذلك إن التسليم للمتعهد يتم في مستودع الجهة العامة الكائن في مركز المحافظة التي يجري فيها تنفيذ الأعمال المطلوبة في العقد. على المتعهد أن يعتني بحفظ المواد واللوازم التي يستلمها من الجهة العامة ونقلها وحراستها واستعمالها بدقة وحرص في أشغال العقد، وعليه أن يحفظ لها سجلاً خاصاً يوضح فيه كيفية ومقادير ومكان استعمال كل جزء منها في الأعمال تباعاً وبشكل منظّم وفي حال حصول أي نقص أو تشويه أو عطب في هذه المواد واللوازم فيما بعد من

جراء إهمال المتعهد أو سوء تصرفه من جراء استعماله لها بشكل مخالف للمخططات أو الشروط الفنية أو التعليمات المعطاة له من قبل الجهة العامة يترتب على المتعهد أن يتدارك النقص الحاصل أو يستبدل الكمية المشوهة أو المعطوبة على نفقته الخاصة مهما بلغت قيمة ذلك.

ج- على المتعهد أن يقدم طلبات خطية إلى الجهة العامة يبين فيها بين كل فترة وأخرى ما تتطلبه الأعمال الجارية من كميات المواد واللوازم التي التزمت الجهة العامة بتقديمها ومواعيد هذا التقديم وذلك قبل عشرين يوماً على الأقل من وقوع الحاجة الفعلية إليها منعاً لحصول أي تأخير في وصولها وما قد يؤدي ذلك من تعطيل سير العمل".

ويرى الباحث أن المشرع السوري كان موفقاً في موقفه تجاه إلزام الإدارة باحترام مواعيد تنفيذ العقد، وعدم اخلالها بهذا الفرض والالتزام الواجب عليها.

والجدير بالذكر أنه من العقود الإدارية ما لا يشتمل على مدة معينة لتنفيذ العقد خلالها إلا أن ذلك لا يعني تحلل المتعاقد من التزامه في التنفيذ في أسرع وقت ممكن وغالباً ما يلجأ القاضي الإداري في هذه الحالة إلى القياس على العقود المماثلة أو الاستعانة في الحكم بمحاولة الوصول إلى النية الحقيقية للمتعاقدين، أو إلزام المتعاقد بالتنفيذ وفقاً لمهارته وقدرته الفنيـة والمالية، فينبغي على الإدارة أن تمكّن المقاول من البدء بتنفيذ الأعمال خلال مدة معقولة، وإلا التزمت بتعويض المقاول عما يصيبه من جراء ذلك من دون الإخلال بحقه في طلب فسخ العقد[1]، ومن الصور المتعددة لتأخر الإدارة بتنفيذ التزاماتها ذات الطبيعة الفنية هي تأخر الإدارة في إعطاء الأمر إلى المقاول بالبدء في تنفيذ الأعمال، حيث تُسأل الإدارة عن عدم إصدار الأمر للمقاول للبدء بتنفيذ الأعمال في مدة معقولة ويجب عليها أيضاً أن تعوض المقاول عن الخسائر التي تحملها من جراء ذلك[2].

[1] د. محمد سعيد أمين ، مرجع سابق، ص ١٣٦.

[2] C.E 17 mars 1937 lanney . Rec . p 351

ومثال آخر على ذلك تأخر الإدارة في تسليم المقاول موقع العمل، أو في تسليم الأجهزة أو المواد اللازمة أو تسليم العينات أو النماذج بالنسبة إلى عقد التوريد، فعدم قيام الإدارة وتأخرها في تسليم المتعاقد معها موقع العمل، ما يترتب عليه وقف العملية مدة طويلة تجاوز المعقول، يعدّ إخلالاً جسيماً من جانب الإدارة بواجباتها، وقد اتجه الفقه إلى أن المدة المقررة في العقود الادارية يلتزم بها المتعاقدون مع الإدارة على أساس أن ذلك يدخل ضمن التزامات المتعاقد مع الإدارة، ولكن هذا لا يعني أن مدة التنفيذ غير ملزمة للإدارة[١]، إذ تُعد مدة التنفيذ مبدأ جوهرياً يحكم التزامات طرفي الرابطة العقدية (الإدارة والمتعاقد معها)[٢].

وقضت المحكمة الإدارية العليا المصرية أن عدم قيام جهة الإدارة المتعاقدة بتسليم موقع العمل إلى المتعاقد معها طيلة عام بأكمله وتمكنه من البدء في التنفيذ ما يحق معه القول أنها أخلت إخلالاً جسيماً بواجباتها نحو المتعاقد بعدم تمكينه من العمل و تأخرت في تنفيذ التزامها مدة كبيرة تجاوز القدر المعقول ما يعد سبباً مسوغاً لفسخ العقد المبرم بينهما وتعويضه عما أصابه من ضرر جراء ذلك[٣].

وقضت أيضاً بأن الإخلال الجسيم من جانب الإدارة بالتزاماتها التعاقدية يستوجب فسخ العقد وتعويض المتعاقد معها عن الأضرار التي أصابته من جراء هذا الإخلال، فتأخر الإدارة عن تسليم موقع العمل إلى المقاول مدة تجاوز المعقول يعرضه إلى تقلبات الأسعار في الفترة ما بين إبرام العقد وتسليمه موقع العمل[٤]، كما قضت أيضاً المحكمة الإدارية العليا ذاتها أنه:

---

[١] د. ابراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية وفقا للقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية، ط٢، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣، ص ١٥١.

[٢] د. محمد سعيد أمين ، مرجع سابق، ص٢٣٥.

[٣] مجموعة أحكام القضاء الاداري المصرية لسنة ٩ قضائية رقم ٨٦٢.

[٤] حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ١٥٨٦٩ لسنة ٥٣ قضائية.

" من المقرر أن العقد الإداري يولد التزامات بمواجهة الإدارة المتعاقدة، أخصّها أن يمكن المتعاقد معها من البدء بتنفيذ العمل ومن المضي بتنفيذه حتى يتم إنجازه، فإذا لم تقم بهذا الالتزام فإن هذا يكون خطأً عقدياً من جانبها يخول المتعاقد الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي ينجم من جراء عدم قيام جهة الإدارة بالتزاماتها".

وهنا تجدر الإشارة إلى أن اجتهاد القضاء الإداري السوري قضى أيضاً أنه:

" بالإضافة لوجوب تسليم موقع العقد من جهة الإدارة إلا أن هذا التسليم يجب أن يكون ضمن مدة محددة متفق عليها وإن عدم وجود هذه المدة لا يعني إطلاق سلطة الإدارة في التسليم الى أي وقت تشاء.

و أن تسليم محل التنفيذ في مدة معقولة تتيح للمتعاقد تنفيذ التزامه التعاقدي في موعده ودون مصاريف إضافية وهو أمر يقتضيه إعمال مبدأ حسن النية الذي يجب أن يسود تنفيذ العقود الإدارية" [1].

وكذلك فإن المشرع السوري في دفتر الشروط العامة لنظام العقود الموحد الصادر بالمرسم (٤٥٠) لعام ٢٠٠٤ أكد في المادة (١٧) منه على أنه:

"على المتعهد أن يقدم للجهة العامة خلال عشرة أيام من التاريخ المحدد للمباشرة بالعمل برنامجاً خطياً يوضح فيه الإجراءات والخطوات التي يرغب بإتباعها في تنفيذ المشروع ويعين فيه الآجال التي يتوقع أن ينهي خلالها كلاً من المراحل العامة المشمولة بالعقد، ويحق للجهة العامة أن تطلب إجراء أي تعديل في هذا البرنامج تقتضيه مصلحتها ضمن حدود أحكام العقد وبشكل يتناسب مع المدة المحددة لتنفيذ مجموع الأشغال، ويترتب على المتعهد التقيد بهذا البرنامج المعدل والعمل بموجبه أثناء التنفيذ ولا يجوز له الخروج عن حدوده أو تغيير أي قسم منه إلا بموافقة خطية من الجهة

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، الطعن رقم٢٠٠١ لعام ٢٠١٠.

العامة، أما إذا لم يقدم المتعهد البرنامج المطلوب ضمن المدة المحددة فيحق للجهة العامة أن تلزمه بالبرنامج الذي تضعه هي حسب تقديرها بعد أن تبلغه هذا البرنامج"

والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المجال إذا لم تقم الإدارة بتبليغ المتعهد برنامج العمل الذي قامت هي بوضعه أو تأخرت في تبليغه إياه ونتج عن ذلك تأخير في تنفيذ العقد، هل تترتب مسؤولية الإدارة التعاقدية هنا أم لا ؟ والجواب على ذلك أنه يترتب مسؤولية الإدارة التعاقدية وذلك في حدود الضرر الذي أصاب المتعهد.

فالفقه الفرنسي ذهب إلى عدم جواز التأخر بتنفيذ الالتزامات التعاقدية حيث عدّ أن المتعاقد لا يعدّ متأخراً في تنفيذ الالتزامات التعاقدية الناتجة عن العقد إلا من لحظة إخطاره بتنفيذ الالتزامات، فالقاعدة تقضي أنه في حالة تأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته يجب أن يواجه بحزم، خصوصاً عندما يطول التأخير في التنفيذ، ويسمح للإدارة باتخاذ الإجراء الملائم لمواجهة هذا الخطأ الجسيم لضمان سير المرافق العامة، وبالمقابل لذلك لا يسوغ للإدارة التأخر في إنجاز بعض الأعمال المطلوبة منها والتي ترتبط بها تنفيذ التزامات المتعاقد، فيعدّ تأخر الإدارة في إنجاز هذه المهمات مسوغاً قانونياً لتقرير مسؤوليتها التعاقدية[1].

وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى الاتجاه ذاته، حيث أكد أنه إذا خلا العقد من نص على المدة فلا يعني ذلك أن المتعاقد ليس ملزماً باحترام أي مدة وبالتالي يستطيع تأجيل تنفيذ العقد إلى مالا نهاية إذ في مثل هذه الحالة تقدر المدة العادية لتنفيذ العقد بمراعاة ظروف كل حالة على حدة وقدرات المتعاقد وما يجري عليه العمل في العقود المماثلة والنية الحقيقية للطرفين، كما يستطيع القضاء أن يقدر المدة المعقولة للتنفيذ، وعندئذ يتعين على الإدارة احترامها[2].

---

[1]E.Fatome et moreau:le relations contractuelles entre collectivit،es Publiques: l،analyse juridique dans le context de la decentra lisation A.J.D.A. 1990.P.142

[2]C.E Fev 1951 ville de paris Rec.p.76

هذا وبالإضافة الى تأخر الإدارة في تنفيذ العقد هناك إخلال آخر يتمثل في الامتناع عن التنفيذ، حيث تختلف العقود الإدارية عن العقود المدنية في أن العقد المدني متى قام المتعاقدان بإبرامه والتوقيع عليه صار ملزما للطرفين، ويجب على كل منهما تنفيذ التزاماته، وكذلك التمتع بما يعطيه هذا العقد من حقوق لهما من دون أن يكون إلى أي منهما الحرية في إنهائه أو فسخه أو إلغائه بالإرادة المنفردة، إلا أن العقد الإداري يتيح للإدارة حقوقاً لا يستطيع المتعاقد التمتع بها، فالإدارة تستطيع أن تنهي العقد بإرادتها المنفردة إذا ما توفر لديها المسوّغ المشروع لذلك ألا وهو المصلحة العامة والمتمثلة بضرورة استمرار سير المرفق العام بانتظام واطراد ومن دون هذا السبب لا تملك الادارة إنهاء العقد الذي وقعت عليه أو الامتناع عن تنفيذ التزاماتها وإلا ترتبت مسؤوليتها التعاقدية، ويجب على الإدارة أن تمكن المتعاقد معها من التنفيذ وألا تضع أمامه العراقيل، فإذا كانت الإدارة ملزمة بتنفيذ العقد بمجرد إبرامه فإنها من باب أولى أن تكون ملزمة بتنفيذ الالتزامات التعاقدية كافة التي وقعت بالموافقة عليها ، فهي لا تستطيع أن تفلت أو تتحلل من تنفيذ جزء من التزاماتها بغية عرقلة العقد بشكل كلي، فلا يحق للإدارة الامتناع عن تنفيذ العقد أو أن تقوم بتنفيذه بطريقة لا يمكن معها للمتعاقد من تنفيذ التزاماته التعاقدية كأن تقوم الإدارة بعرقلة تنفيذ العقد، كما أن الادارة لا تستطيع التحلل من التزاماتها العقدية بمجرد رغبتها في ذلك ، وهذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي من أن :

" الإدارة لا تستطيع أن تتحلل من التزاماتها المتولدة عن العقد الذي أبرمته مع أحد المتعاقدين "[1].

فمن المبادئ التي تسود العقود الإدارية مبدأ التزام الإدارة بتنفيذ العقد الذي أبرمته بحسن نية.

[1] C.E.25-6-1939

هذا المبدأ الذي يعد واجباً تعاقدياً عاماً يفرض على طرفي العقد فهو لا يعني التزام الإدارة بمراعاة المقتضيات الفنية والتقنية في تنفيذ العقد فقط وإنما عليها احترام تنفيذه بحسن نية[١].

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا في مصر: " أنه من المبادئ المسلمة إن العقود تخضع إلى أصل عام من أصول القانون يقضي أن يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، وهذا الأصل مطبق في العقود الإدارية شأنها في ذلك شأن العقود المدنية، وبمقتضاه يلتزم كل طرف من طرفي العقد بتنفيذ ما اتفق عليه، فإن حاد أحدهما عن هذا السبيل كان مسؤولاً عن إخلاله بالتزامه العقدي، ووجب حمله على الوفاء بهذا الالتزام.[٢]

فيجب أن تلتزم جهة الإدارة بتنفيذ العقد ذاته استناداً إلى خصوصية الرابطة العقدية وقوتها الملزمة تجاه الطرفين المتعاقدين فلا تستطيع الإدارة من دون سبب مشروع الغاء العقد الذي وقعت عليه أو التخلي عن تنفيذ التزاماتها وإلا ترتب على ذلك تقرير مسؤوليتها التعاقدية، ومع ذلك تستطيع الإدارة الامتناع عن تنفيذ العقد بعد التوقيع عليه لأسباب تتعلق بالصالح العام وفي هذه الحالة يكون الامتناع عن التنفيذ مشروعاً ولا يرتب مسؤوليتها التعاقدية فالمصلحة العامة تخول الادارة حق التحرر من العقد بعد ابرامه[٣]، لكن إذا كان امتناع الإدارة عن تنفيذ العقد مشروع و من دون سبب قانوني تقتضيه المصلحة العامة فإن ذلك لا يمنع من ترتيب مسؤوليتها التعاقدية بتعويض المتعاقد معها عن الضرر الذي أصابه من جراء عدم تنفيذ العقد، وقد حرص مجلس الدولة الفرنسي على التمييز بين التصرف المعيب أو التصرف غير المشروع الذي يكون الدافع وراء عدم تنفيذ العقد بحيث يترتب على مثل هذه التصرفات المعيبة منح التعويض إلى المتعاقد عن الضرر الذي أصابه، أما التصرف المشروع للإدارة في عدم تنفيذ العقد فلا يرتب أي مسؤولية عليها[٤].

---

[1]Aflamme (traité théorieque et pratique des marches publics) Bruxelles١٩٦٩.p.594..

[٢] حكم المحكمة الإدارية العليا. الطعن. رقم (٢٣١٦) لعام ١٩٩٩.

[٣] د. سليمان الطماوي ، الأسس العامة في العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص ٥١٣

[4]C.e 24 mai 1949 sec, d'Etat aux communications Rec.p.328

وتطبيقاً لذلك فقد اتجه مجلس الدولة الفرنسي إلى أن الإدارة تستطيع في حالة تزاحم العطاءات المقدمة وبعد الموافقة على قبول إحدى هذه العطاءات أن تمتنع عن تنفيذ الأعمال محل التعاقد استناداً إلى ضرورة من ضرورات حسن سير المرفق العام قد يقتضيها تحقيق الصالح العام الذي قد يضار من جراء تنفيذ العقد، ولا يكون هناك خطأ في تنفيذ العقد قد وقع منها ومن ثم فلا يكون هناك أساس لأي مسؤولية عليها[١].

وإذا كانت الادارة ملزمة أن تعمل على تنفيذ العقد بمجرد ابرامه فهي ملزمة أيضاً بتنفيذ جميع الالتزامات التعاقدية التي وقعت بالموافقة عليها فهي لا تستطيع أن تتحلل أو تفلت من تنفيذ جزء من التزاماتها أو تمنع المتعاقد معها من دون سبب قانوني من ممارسة الحق المتعلق بالعقد، وتطبيقاً لذلك فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بإعطاء المتعاقد الحق في التعويض لعدم تنفيذ الإدارة لبعض التزاماتها التعاقدية[٢].

ويخلص الباحث مما تقدم كله إلى أن إخلال الإدارة بأي من التزاماتها ذات الطبيعة الفنية يؤدي إلى قيام مسؤوليتها التعاقدية تجاه المتعاقد معها، فهذه الالتزامات عديدة ومتنوعة وتختلف بحسب طبيعة العقد، وإن إخلال الإدارة بهذه الالتزامات قد يتمثل في خطأ الإدارة في وضع المواصفات والتصاميم أو تأخرها أو تراخيها في القيام بالتزاماتها الفنية، أو قد يصل إلى عدم تنفيذها كلياً، كما قد يتمثل هذا الإخلال في تنفيذ الإدارة لهذه الالتزامات ولكن على نحو غير سليم ولا يتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية.

وهكذا نكون قد انتهينا من هذا الفصل المتعلق بتقصير الإدارة بتنفيذ التزاماتها الفنية والذي تحدثنا فيه عن خطأ الإدارة في تنفيذ العقد وعن إخلالها بمدة تنفيذه ولكن هناك اخلال آخر من قبل الإدارة جدير بالدراسة والاهتمام وهو إخلالها بالتزاماتها المالية ، وهذا ما سيكون مدار بحثنا في الفصل الثالث من هذا الباب.

[1]C.E 18 mar 1959 Peter et office national de la navigation Rec.p.189
[2]C.E 30 oct 1951 ste citroen Rec.p.504

الفصل الثالث

إخلال الإدارة بتنفيذ التزاماتها المالية

الحقيقة أن الالتزام المالي يعدّ الالتزام الأساسي الذي يقع على عاتق الإدارة وفي المقابل فإن الحقوق الأكثر أهمية للمتعاقد تعطيه الحق في الحصول على المقابل المالي المنصوص عليه في العقد حيث يعد الحصول عليه في العقود الإدارية من الحقوق الرئيسة للمتعاقد مع الإدارة، فالمتعاقد يسعى الى تحقيق الربح[١]من خلال تعاقده مع الادارة[٢]، وعليه فالمقابل المالي هو المقابل المادي لما نفذه المتعاقد من أعمال أو توريدات أو أداءات لصالح الجهة الإدارية المتعاقدة[٣].

فالالتزامات المالية التي تقع على عاتق الإدارة لها طبيعة وصور مختلفة.

هذا وتختلف صور المقابل المالي باختلاف العقود الإدارية ويمكن التحدث فقط عن الثمن في عقدي (الأشغال العامة[٤]، والتوريد[٥])، وكذلك المقابل المالي في عقد BOT،

---

[١] يستثنى من ذلك بعض العقود الادارية والتي لا يستهدف المتعاقد منها تحقيق الربح مثل: عقد تقديم المعاونة أشار اليه : د. محمود حلمي، مرجع سابق ص١٠٧.

[٢] د. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية دراسة مقارنة ، الطبعة الثانية ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت، ٢٠١٢، ص٤٢٩.

[٣] د. محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ،٢٠٠٦ ،ص٣٩٣.

[٤] يعرف عقد الأشغال العامة بأنه: "رابطة عقدية بين شخصين الأول الإدارة العامة والثاني مقاول سواء كان فرداً أم شركة يقوم بمقتضاه هذا الأخير بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار تابع للشخص الأول ولحسابها تحقيقاً للمنفعة العامة مقابل ثمن معين ووفقا للشروط الواردة في العقد" ، أشار إليه محمد سليم محمد امين عقد الأشغال العامة الداخلي والدولي(دراسة مقارنة)– رسالة ماجستير – جامعة السليمانية – كلية القانون، ٢٠٠٨ ، ص١٠.

[٥] يعرف عقد التوريد الإداري بأنه: "اتفاق يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بتوريد منقولات لجهة الإدارة مقابل ثمن معين وأن تستخدم فيه الإدارة امتيازات القانون العام ".

ولأن المسلم به أن الثمن في عقد الأشغال العامة وعقد التوريد هو من الشروط ذات الطبيعة التعاقدية وهو يخضع إلى تفاوض طرفي العقد وإرادتهما، ومن ثم لا تستطيع الإدارة أن تمسه بالتعديل من دون موافقة المتعاقد معها،[1] كما تلتزم الإدارة بدفع الثمن للمتعاقد معها بمجرد الإنتهاء من الأعمال في عقود الأشغال العامة أو تسليم الأصناف المتفق عليها في عقد التوريد بشرط مطابقة الأعمال والأصناف للشروط المتفق عليها في العقد أو دفاتر الشروط[2] ، فالقاعدة المتبعة لدى الإدارة في هذا الصدد هي أن الدفع لا يكون إلا بعد التنفيذ[3] ، وكذلك الحال فيما يتعلق بالمقابل المالي في عقود BOT والتي تعد صورة حديثة لعقد الامتياز، إذ تعد الشروط المتعلقة بالمقابل المالي ذات طبيعة تعاقدية (اتفاقية) وتحدد بالاتفاق بين طرفيه ولا تستطيع الإدارة أن تنفرد بتعديلها دون موافقة الملتزم، وتلتزم الإدارة بدفعها إلى شركة المشروع[4]، وبالتالي فإن هذه الحقوق المالية محددة بطريقة واضحة في العقود .

وبتحليل أحكام القضاء الإداري الفرنسي والمصري والسوري نستنتج بعض الحالات في تقصير الإدارة بالتزاماتها ذات الطبيعة المالية، مثل التعديل من جانب واحد للثمن

أشار إليه : د. خالد سليمان اسود العنزي ، عقد التوريد الاداري، رسالة ماجستير ، جامعة الشرق الاوسط ، كلية الحقوق ٢٠١٢ ، ص١٧.

[1] د. عبسي عبد القادر الحسن – التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الاشغال العامة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٧، ص٢٠٣ , وفاء محمود احمد البيواتي، المقابل المالي في العقود الإدارية، (دراسة مقارنة) ،رسالة ماجستير، جامعة الموصل، كلية الحقوق، ٢٠١٥، ص٩.

Jean Marie Auby et Piere bon: Droit administrative Domain des travaux publics expropriation , 2ed ,Paris 1993 p.237

[2] د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الادارة عن تصرفاتها القانونية، (القرارات والعقود الادارية)، الطبعة الثامنة المركز القومي للاصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٠٨ ،ص١٠٠.

[3] B.Seiller,Droit administrative , Flammariom,2001,p. 199 .

[4] د. وفاء محمود احمد البيواتي – مرجع سابق ص١٦٢.

المتفق عليه في العقد أو التأخير في دفع الثمن المتفق عليه في العقد أو عدم مراعاة حالات تقلبات الأسعار وأخيراً إخلال الإدارة بالتزامها برد التأمين النهائي.

وسنقوم بتناول هذا الفصل من خلال المباحث الأربعة الآتية:

المبحث الأول: تعديل الإدارة بإرادتها المنفردة للمقابل المادي المتفق عليه في العقد.

المبحث الثاني: تأخر الإدارة في الوفاء بالمبالغ المالية المستحقة.

المبحث الثالث: عدم مراعاة تقلبات الأسعار.

المبحث الرابع: إخلال الإدارة بالتزامها برد التأمين النهائي.

المبحث الأول

تعديل المقابل المادي بالإرادة المنفردة للإدارة

من الثابت أن الإدارة تملك الحق في تعديل نصوص العقد الإداري من دون حاجة إلى النص على ذلك في العقد أو القانون فتستطيع أن تفرض تعديلات في حجم العقد، وأساليب التنفيذ على النحو الذي يتراءى لها أنه يحقق المصلحة العامة.[١]

ولكن حق الإدارة في التعديل يعد سلطة خطيرة بالنسبة إلى الطرف الآخر المتعاقد، فالإدارة تحاول أن تغير في الالتزامات التعاقدية إما بالزيادة أو بالنقصان ويمكن أن يرجع التعديل إلى عنصر من العناصر الآتية:

١ – كمية الأعمال أو الأشياء محل العقد.

٢– شروط التنفيذ المتفق عليها.

٣ – مدة التنفيذ.

وتعديل أي عنصر من هذه العناصر يؤدي إلى تعديل في المقابل المادي(الثمن) المتفق عليه في العقد[٢]، حيث إن تحديد الثمن في العقود الإدارية يكون بإرادة طرفيه[٣] الإدارة والمتعاقد معها،[٤]وبالتالي لا يجوز لأحدهما الانفراد بتعديله أو المساس به من دون قبول الطرف الآخر[٥]، وبناءً على ذلك فإن الشرط الخاص بتحديد الثمن يعد شرطاً

---

[١] أ.د. سعيد نحيلي، العقود الإدارية ، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، دمشق، ٢٠٠٧ ،ص ٢١٧.

[٢] د . سليمان الطماوي ، مرجع سابق، ص٤٥٨.

[٣] في حال عدم الاتفاق على الثمن قبل التعاقد فإن المحكمة تقوم بمعرفتها بتحديد الثمن المناسب ، انظر حكم المحكمة الادارية العليا في مصر بالطعن (٥٦٠) سنة (١٢) قضائية جلسة ١٩٧٢/٦/١٧ , أشار إليه د. محمد ماهر ابو العينين، الكتاب الثالث، القاضي الإداري وتطبيق قانون المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقاً لحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى عام٢٠٠٩، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، ٢٠١٣، ص٣٣ .

[٤] د. محمد سعيد أمين ، مرجع سابق، ص٢٥٧.

[٥] د. عبسي عبد القادر الحسن، مرجع سابق، ص٢١٣.

ذات طبيعة تعاقدية وهذا هو الأصل العام[1]، وإن التعديل في العقد الاداري يقتصر فقط على الشروط المتعلقة بسير المرفق العام[2]، وكان المشرع المصري واضحاً وصريحاً في هذا الخصوص حيث منع الإدارة من أي تعديل في ثمن العقد إذ **نصت المادة (٩٠) من اللائحة السالفة الذكر على الآتي:**

"مع مراعاة أحكام المادة (٩٧) من هذه اللائحة، يعتبر سعر العقد ثابتاً طوال مدة تنفيذه.

ولكن هناك استثناء وحيد على حق الإدارة في تعديل الثمن نصت عليه المادة ٩٧ من اللائحة المذكورة وقد ورد على الشكل التالي:

في عقود مقاولات الأعمال التي تكون مدة تنفيذها ستة أشهر فأكثر، تلتزم إدارة التعاقدات في نهاية كل ثلاثة أشهر تعاقدية بتعديل قيمة العقد وفقاً للزيادة، أو الخفض في تكاليف بنود العقد التي طرأت بعد التاريخ المحدد لفتح المظاريف الفنية، أو بعد تاريخ التعاقد المبني على أمر الإسناد بالاتفاق المباشر، بحسب الأحوال، ويكون هذا التعديل ملزماً للطرفين ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك.

ويكون حساب التغير في الأسعار ومحاسبة المقاول على فروق الأسعار رفعاً أو خفضاً وفقاً للتعريفات والمعادلة والقواعد الآتية:

أولاً – التعريفات:

مدة التنفيذ: المدة المحددة لإنجاز الأعمال محسوبة من تاريخ تسليم الموقع خالياً من الموانع أو استلام المقاول الدفعة المقدمة، أو الرسومات المعتمدة اللازمة لبدء التنفيذ أيهما أبعد.

---

[1] د. نصري منصور نابلسي ، مرجع سابق، ص٤٣٤.

[2] د. ابراهيم محمد علي ، مرجع سابق، ص١٦٩.

البنود المتغيرة: البنود أو مكوناتها الخاضعة للتعديل التي تحددها إدارة التعاقدات بمستندات الطرح (عمالة – مواد خام..... إلخ) من واقع القائمة التي تعدها وزارة الإسكان.

المعامل: النسبة التي يحددها المقاول بعطائه لكل بند أو مكوناته من البنود المتغيرة، بمراعاة ألا تساوي (صفرا) ويقل مجموعها عن (١٠٠٪) أو الواحد الصحيح بالنسبة لكل بند أو مشتملاته.

قيمة التعويض أو الخصم: المبلغ المستحق للمقاول، أو المبلغ الواجب خصمه من مستحقاته نتيجة احتساب التغير في أسعار البنود المتغيرة ارتفاعاً، أو انخفاضاً.

نسبة الزيادة أو الخفض في الأسعار: الرقم القياسي لسعر البند، أو مكوناته عند المحاسبة مطروحاً منه الرقم القياسي للسعر عند تاريخ فتح المظاريف الفنية، أو الإسناد المباشر، بحسب الأحوال، مقسوماً على الرقم القياسي للسعر عند فتح المظاريف الفنية، أو الإسناد المباشر، بحسب الأحوال، وذلك من واقع نشرة الأرقام القياسية للمنتجين الصادرة من الجهاز المركزي للتعبئة العامة والإحصاء.

ثانياً – المعادلة:

قيمة التعويض أو الخصم = قيمة الأعمال الخاضعة للتعديل من واقع عطاء المقاول عند التعاقد × معاملاتها × نسبة الزيادة أو الخفض في الأسعار.

ثالثاً – قواعد المحاسبة على فروق الأسعار:

١- تقوم إدارة التعاقدات بتحديد البنود المتغيرة، أو مكوناتها ضمن شروط الطرح من واقع القائمة التي تصدرها وزارة الإسكان، وفي حالة عدم تحديدها تلغى المناقصة أو الممارسة، أو أمر الإسناد المباشر قبل البت فيها.

٢- يجب أن يتضمن عطاء المقاول في المظروف الفني معاملات تمثل أوزان عناصر التكلفة للبنود المتغيرة أو مكوناتها والتي حددتها إدارة التعاقدات ضمن شروط الطرح ويتم التعاقد على أساسها، وفي حالة عدم تضمين المقاول عطاءه تلك المعاملات يتم استبعاد العطاء.

٣- تصرف قيمة المستخلص المعتمد في المواعيد المحددة وفقاً لأسعار العقد دون انتظار لتطبيق معادلة فروق الأسعار.

٤- يحاسب المقاول على التعديل في الأسعار رفعاً، أو خفضاً بالنسبة للبنود المتغيرة، أو مكوناتها كل ثلاثة أشهر تعاقدية من تاريخ فتح المظاريف الفنية، أو الإسناد المباشر، بحسب الأحوال، مع مراعاة البرنامج الزمني للتنفيذ وتعديلاته الذي يتفق عليه الطرفان.

٥- يحاسب المقاول على فروق الأسعار رفعاً، أو خفضاً خلال ستين يوماً على الأكثر من تاريخ تقديم المطالبة، يتم خلالها مراجعة وصرف تلك الفروق، ويجب احتساب أولوية المتعاقد في ترتيب عطائه وذلك بعد تطبيق المعادلة ذاتها على باقي العطاءات الأخرى.

٦- لا تسري معادلة تغير الأسعار وقواعد تطبيقها في أي من الحالات الآتية:

أ- العقود التي تكون مدة تنفيذها أقل من ستة أشهر ويتأخر تنفيذها لسبب يرجع إلى المقاول.

ب- العقود التي تكون مدة تنفيذها أقل من ستة أشهر، ويتأخر تنفيذها لسبب يرجع إلى الجهة الإدارية، وفي هذه الحالة، تتم محاسبة المقاول على الكميات التي تم تنفيذها بعد الستة أشهر وفقاً لمعدلات التضخم الصادرة من الجهاز المركزي للتعبئة العامة والإحصاء".

وتجدر الإشارة إلى أنه لحق التعديل نطاق معين لا يجوز للإدارة أن تتعداه، وقد قرر القضاء الإداري الفرنسي والمصري والسوري بعض الضوابط والقيود على حق الإدارة في التعديل كما نصت دفاتر الشروط العامة على حدود معينة لا ينبغي تجاوزها وإلا ترتب على ذلك حق المتعاقد في طلب التعويض أو فسخ العقد .

ويترتب على ممارسة حق التعديل ضمن تلك الحدود التزام الإدارة أن تعوض المتعاقد عن الأعباء المالية التي تحملها من جراء التعديل.

وحيث إن الإدارة تستمد حقها في تعديل العقد الإداري إما من نصوص العقد وإما من مقتضيات المصلحة العامة التي تستلزم ذلك التعديل في العقد ليكون أكثر تحقيقاً لهذه المصلحة في ضوء الأمور والمستجدات التي وجدت بعد التعاقد.

وتمارس الإدارة هذه السلطة من دون حاجة إلى النص عليها صراحة في العقد الإداري، لأنها مستمدة من مبادئ القانون العام ذاته ، ومن الطبيعة الذاتية للعقد الإداري، وهي ما يطلق عليها اسم نظرية" عدم ثبات العقد الإداري"[1]وهذا ما سوف نبحثه في موضع آخر (الاستخدام غير المشروع للسلطة الإدارية) لاحقاً.

وسنتكلم عن هذا المبحث من خلال المطالبين الآتيين:

المطلب الأول: مفهوم حق التعديل.

المطلب الثاني: ضوابط حق التعديل.

[1] ينظر في ذلك د. علي الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٦، ص٥٥.

المطلب الأول

مفهوم حق التعديل

تتمتع الإدارة وفي معرض تنفيذها لعقودها الإدارية بحق تعديل الالتزامات العقدية المنصوص عليها بإرادتها المنفردة دون حاجة إلى موافقة الطرف الآخر أو إمكانية الاحتجاج عليها بالقوة الملزمة للعقد، وعليه فإن حق الإدارة في التعديل يجد أساسه القانوني في مقتضيات الصالح العام التي تهدف الإدارة الى تحقيقها من خلال تنفيذ تلك العقود وعلى ضوء ما سبق سنتناول بالدراسة الأساس القانوني لحق التعديل والموضوعات التي يتناولها حق التعديل كما يأتي:

الفرع الأول: الأساس القانوني لحق التعديل.

الفرع الثاني: الموضوعات التي يتناولها حق التعديل.

الفرع الأول

الأساس القانوني لحق التعديل

اختلف الفقه حول الأساس القانوني لحق الإدارة في التعديل، فيذهب جانب من الفقه على أن الشروط المتعلقة بالمقابل المالي الذي يتقاضاه المتعاقد إنما هي شروط ذات طبيعة تعاقدية [١]، وهذا يعدّ أمراً منطقياً لأن المقابل المالي هو الباعث على التعاقد أو الغاية التي يسعى المتعاقد إلى الحصول عليها، ومن ثم فإن المقابل المالي الذي يستحقه المتعاقد يجب أن يكون وليد إرادتين هما إرادة المتعاقد وإرادة الإدارة، فلا تنفرد بتحديده جهة الإدارة وحدها[٢].

بينما يرى جانب آخر ومن بينهم الفقيه "جيز" إلى عدم أحقية الإدارة في التعديل إلا في عقدي الأشغال العامة والامتياز ومرجع ذلك إلى طبيعة عقد الامتياز بالذات لأن شروطه ليست كلها شروط تعاقدية بل منها ما هو لائحي كما هو معروف، وبالتالي يكون للإدارة حق تعديل الشروط اللائحية فقط دون التعاقدية أما في غير تلك الحالة فإنه لا يجوز للإدارة ان تستقل بتعديل شروط العقد الذي وافق عليه كل من الطرفين بحرية.

ولكن الرد على هذا الرأي أنه ينكر طبيعة العقد الإداري وهو يقع في التناقض حين يقرر أن سلطة التعديل يمكن أن تتمتع بها الإدارة إذا نصت عليها في العقد، وعليه فإن المسلم به أن طبيعة العقد تأبى مثل هذا الشرط وإن شرط التعديل لا يكون مشروعاً

---

[١] د. سليمان الطماوي، مرجع سابق ، ص٤٧٢.

[٢] د. سليمان الطماوي، المرجع نفسه، ص٤٧٢.

إلا في العقد الإداري نظراً إلى الطبيعة الخاصة لهذا العقد كما أن غالبية الفقهاء أكدوا أن سلطة التعديل تستند إلى قضاء مجلس الدولة الفرنسي[١].

وعليه فالأصل أنه متى اتفق الطرفان (المتعاقد والإدارة) على سعر معين فإنه لا يمكن لأحدهما أن ينفرد بتعديله أو المساس به من دون موافقة الطرف الآخر استناداً إلى قاعدة القوة الملزمة للعقد، وترتيباً على ذلك لا يمكن للإدارة عند ممارستها لسلطتها في التعديل أن تتناول بالتعديل السعر المتفق عليه في العقد إلا بموافقة الطرف الآخر وهذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في حكم(Ste Heulin) الذي أكد فيه أن: ((الطاعن أسس دعواه على أن الغاء الزيادة في كميات العمل يُنشئ بالنسبة إليه تعديل لا مسوغ له لنصوص العقد المحدد للثمن المتفق عليه وهذا من شأنه أن يشكل خطأً من جانب الإدارة يرتب مسؤوليتها التعاقدية[٢]))، كما قضى أن أي تعديل من جانب واحد على الشروط المنصوص عليها في العقد من شأنه المساس بالثمن المتفق عليه وهذا يُنشئ خطأً يولد مسؤولية الإدارة[٣]، لأن التعديل يتعين ألا يمس المزايا المالية للمتعاقد وأن يقتصر على الشروط المتعلقة بسير المرفق العام أو ما يسمى الشروط اللائحية[٤].

أما الرأي الأخير من الفقه ذهب إلى أن حق التعديل في نطاق العقود الإدارية يجد أساسه القانوني في مقتضيات الصالح العام والمرفق العام [٥] لأن مفهوم الصالح العام

---

[١] د. سليمان الطماوي ، مرجع سابق، ص ٤٥٩.

[2] C.E ،16، mai. 1941, commune de vizille ، Rec.p.93.

[3] C.E 26 Nov. 1975 steentreprisep، R.D.P 1976 ، p. 625.

[4] C.E 26 Nov. 1975 steentreprisep، R.D.P 1976 ، p. 625.

[٥] د. سليمان الطماوي، المرجع نفسه، ص ٤٥٢ وما بعدها.

يستوعب فكرة المرفق العام ويتضمنها، ويترتب على ذلك أنه يحق للإدارة ممارسة التعديل الانفرادي للالتزامات العقدية حتى ولو لم يُنصُّ على ذلك في العقد أو القانون. وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي في حكم له أن حق الإدارة في تعديل التزامات المتعاقد معها في حال سكوت العقد هو من القواعد العامة التي تطبق على العقود الإدارية.[1]

وقد اعترف مجلس الدولة في مصر منذ نشأته بحق الإدارة في تعديل العقد فقضى قائلاً:" .....إن سلطة الإدارة في تعديل العقد أو تعديل طريقة تنفيذه هي الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية، ومقتضى هذه السلطة أن جهة الإدارة تملك و بإرادتها المنفردة حق تعديل العقد أثناء تنفيذه وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحوٍ سليم وبصورة لم تكن معروفة وقت ابرام العقد، ذلك لأن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة استمرار المرافق العامة تفترض مقدماً حصول تغيير في ظروف العقد وملابساته وطرق تنفيذه تبعاً لمقتضيات سير المرفق، وإن التعاقد يتم على أساس أن نية الطرفين انصرفت عند ابرام العقد إلى ضرورة الوفاء بحاجات المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة ، مما يرتب عليه أن جهة الإدارة تملك حق التعديل بما يوائم هذه الضرورة ويحقق تلك المصلحة، ومن ثم كانت سلطة التعديل مستمدة لا من نصوص العقد فحسب بل من طبيعة المرفق واتصال العقد به و وجوب الحرص على انتظام سيره واستدامة تعهد الإدارة له وإشرافها عليه بما يحقق المصلحة العامة، ومن هنا يثبت حق الإدارة في التعديل بغير حاجة إلى النص عليه في العقد أو موافقة الطرف الآخر عليه، فإذا ما أشارت نصوص العقد إلى هذا التعديل فإن ذلك لا يكون إلا مجرد تنظيم لسلطة التعديل وبيان أوضاع وأحوال ممارستها ولذلك فإن من المقرر

[1]– C.E ,fév.1983, Union des transports puplicsurbains et régionaux, R.D.P.1984, p.212.

إن جهة الإدارة لا يجوز لها أن تتنازل عن ممارسة هذه السلطة لأنها تتعلق بالنظام العام "[1].

إلا أن المحكمة الإدارية العليا في مصر لاحقاً أكدت أن مبدأ جواز التعديل في العقد الاداري يقتصر فقط على الشروط المتعلقة بسير المرفق العام بقولها: "إن من المسلم به أن الشروط التي تتعلق بتحديد المقابل النقدي في العقد بصفة عامة هي شروط تعاقدية ومن ثم تُحدد بدقة وقت التعاقد ولا يستطيع أحد طرفي العقد كأصل عام تعديلها إلا بموافقة الطرف الآخر وسلطة الإدارة في التعديل لا تنصبّ إلا على الشروط المتعلقة بسير المرفق العام وليس من بينها تلك التي تحدد المقابل المالي النقدي في العقد الإداري ، ولهذا فإن الشروط المتعلقة بالمقابل النقدي في العقد تتسم بطبيعة الاستقرار ويجد ذلك أصله في أن التزامات كل طرف من طرفي العقد تتحدد وقت التعاقد حيث يُقدر في هذا الوقت المقابل الذي يطلبه ويسعى إليه كناتج لما يقدمه للطرف الآخر ويحقق به التوازن المالي للعقد فإذا ما حُدد المقابل في تاريخ التعاقد بنسبة معينة من قيمة الأعمال فإن هذه النسبة والقيمة المحددة لها تكون من ثوابت العقد باعتبار النص عليها في حقيقة الأمر نصّ على شرط تعاقدي.[2]"

وقد قضت المحكمة ذاتها في قضية تتلخص وقائعها في الآتي[3]: "حيث قامت محافظة القاهرة بالتعاقد مع أحد الأفراد على توريد نخيل ونُص في العقد على أن يدفع للمورد ثمن نصف النخيل عقب زراعته مباشرة وعلى أثر ذلك العقد قام المتعاقد بتوريد النخيل

---

[1]– محكمة القضاء الإداري في مصر ٣٠ يونيو ١٩٥٧ .

[2] – حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر بالطعن /٢٥١٩/ سنة (٣٤) قضائية جلسة ١٩٩٣/٨/٣١ .
مشار إليه لدى د. محمد ماهر أبو العينين، الكتاب الثالث ، مرجع سابق ، ص٨٨–٨٩.

[3]– حكم المحكمة الادارية العليا بتاريخ ١٩٦٨/٤/٢٧ المجموعة س (١٣)، ص ٨٣٢.

طبقاً للمواصفات وبزراعته وبناءً عليه طالب المحافظة بأن تدفع نصف الثمن المتفق عليه ولكن المحافظة رفضت بحجة أن نسبة النجاح في النخيل ضئيلة وأن على المورد أن يقوم بترقيع النخيل الذي لم ينجح وقد قام المتعاقد برفع دعوى أمام القضاء الاداري التي رفضت مسلك المحافظة والتي طعنت في الحكم أمام المحكمة الإدارية العليا والتي أيدت حكم محكمة القضاء الاداري ورفضت مسلك الإدارة على أساس أن نصوص العقد صريحة في وجوب دفع نصف الثمن مقابل التوريد والزراعة، أما عدم نجاح النخيل وضرورة ترقيعه فتواجهه نصوص أخرى ".

ومن الجدير بالذكر أنه لا يوجد ما يمنع قانوناً من الاتفاق على تعديل المقابل المالي، إذا تلاقت إرادة الجهة الإدارية المختصة بإبرام العقد مع إرادة المتعاقد على هذا التعديل، ففي هذه الحالة يكون السعر الجديد ملزماً لطرفيه حيث ذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في في مجلس الدولة المصري إلى أن:

((الثمن المتفق عليه في العقود الإدارية يُقيد طرفيه كأصل عام إلا أن ذلك لا يمنع قانوناً من الاتفاق على تعديله إذا ما تلاقت إرادة السلطة الإدارية المختصة بإبرام العقد الأصلي صريحة وقاطعة مع إرادة المتعاقد معها على تعديل الثمن كان واجب النفاذ وامتنع الخروج عليها إلا في حدود القانون وانتهت الجمعية العمومية إلى أحقية شركة المقاولين العرب في تقاضي الزيادة المتفق عليها مع جامعة المنصورة)). [1]

لكن هذا الأصل يرد عليه استثناءين وهما:

[1] فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ١٩٨٧/١٠/٢٨ ملف رقم ٣٦٨/٢/٢٧ الموسوعة الإدارية ١٩٩٥، جـ ٣٥ ، ص ٣٧٢.

الأول: يتعلق بعقود الامتياز حيث تعدّ الشروط المتعلقة بتحديد الرسوم في عقود الامتياز من قبيل الشروط اللائحية لا التعاقدية، وعليه تستطيع الإدارة تعديلها بإرادتها المنفردة و من دون حاجة إلى رضاء المتعاقد معها[1].

الثاني: يتصل بالعقود التي تؤدي وظيفة الأعمال الشرطية حيث إن هذه العقود لا يتولد عنها مراكز شخصية أو ذاتية فحسب، وإنما تسند إلى المتعاقد مراكز نظامية[2]، مثل عقود التوظيف فهي أداة للالتحاق بالوظيفة[3].

فهذا الاستثناء–لائحي– تحكمه قوانين ولوائح الخدمة المدنية، وبالتالي يمكن أن تُعدّل الإدارة بالزيادة أو النقص فيها.

وفي سورية كان الاتجاه لدى محكمة القضاء الإداري السورية أن العقود الإدارية تختلف عن العقود المدنية في أنها ، أي العقود الإدارية ، تستهدف دائماً مصلحة عامة وهي تسيير المرافق العامة عن طريق الاستعانة بالنشاط الفردي ما ينبغي معه أن يُراعى فيها دائماً وقبل كل شيء تغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة ومن أجل تحقيق هذا الهدف خُولت جهة الإدارة بسلطات استثنائية وتطبيق قواعد غير مألوفة في عقود القانون الخاص ومن ذلك سلطة الإدارة في تعديل العقد وهي الطابع الرئيس لنظام العقود الإدارية بل هي أبرز الخصائص التي تميز نظام العقود الإدارية من العقود المدنية ومقتضى هذه السلطات أن الإدارة تملك من جانبها وحدها وبإرادتها المنفردة حق تعديل العقد في أثناء تنفيذه وتعديل التزامات المتعاقد معها على نحوٍ

---

[1] فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري في القضية رقم(٣٦٨/٢/٤٧) في ١٩٨٧/١٠/٢٨.

[2] د. سليمان الطماوي ، مرجع سابق ، ص٤٧٢.

[3] د. محمد سعيد أمين ، مرجع سابق، ص٤١٠.

وصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد فإنه من باب أولى أنه تملك الإدارة هذه السلطة في التعديل قبل البدء بالتنفيذ أو قبل إعطاء أمر المباشرة[1].

ولكنها عادت ونصت على عدم جواز تعديل السعر إلا باتفاق الطرفين أو وفق النصوص القانونية المعمول بها وإلا ترتبت مسؤولية الإدارة في حال عدم دفع مستحقات المتعاقد معها الزائدة عن هذا التعديل.

حيث جاء في أحدث أحكام محكمة القضاء الإداري السورية عام ٢٠١٩: "

ومن حيث أن العقدين موضوع الدعوى لم يبرما عن طريق التراضي أو باتفاق مباشر وإنما عن طريق المناقصة بعد أن جاء العرض المقدم من الجهة المدعية هو الأنسب من بين العروض المقدمة والتي تمت دراستها من قبل لجنة المناقصة لدى الإدارة والتي وجدت بأن الأسعار المقدمة من الجهة المدعية هي الأنسب من بين الأسعار المعروضة وأن مهمة لجنة المناقصة هي تقدير أصلح العروض عن طريق اختيار العرض الذي تقدم بالسعر الأقل وقد تم التعاقد مع الجهة المدعية لرخص سعره واقترن العقد بالتصديق من المدير العام للشركة العامة للمخابز وأبلغت الجهة المدعية أمر المباشرة وقامت بالتوريد وتقاضت قيمة المواد المتعاقد عليها المحددة في العقدين.

ومن حيث إن القاعدة المقررة في القانون المدني في المادة /١٤٨/ من أن العقد شريعة المتعاقدين تبقى قاعدة تطبق وتحكم العقود الادارية ولا سيما فيما يتعلق بركن الثمن أو المقابل النقدي للعقد لأن هذا الركن الذي هو أساس التعاقد إنما يحدد باتفاق إرادتي الإدارة والمتعاقد معها من خلال إجراءات عملية التعاقد التي تتولاها لجان مختصة تشكلها الإدارة وتتوخى اختيار العرض الأنسب والأرخص.

[1] محكمة القضاء الإداري القرار رقم(٣/٧٦٤) لعام ٢٠١٨م في القضية ذات الرقم ٣/٢٧٦ لعام ٢٠١٨ .

ومن هنا فإن الإدارة لا تستطيع بإرادتها المنفردة تعديل الشروط المتعلقة بالمقابل المالي للعقد وتبقى هذه الشروط متمتعةْ بحصانة تحول بين الإدارة وبين تناولها بالتعديل أو الانتقاص، وفي ذلك اعتبارين أساسيين:

١- اعتبار عملي ومرده إلى نفور الأفراد من التعاقد مع الإدارة فيما لو أجيز لها أن تُعدل حقوق المتعاقد المالية والتي هي الأساس والهدف الذي يدفعه إلى التعاقد معها .

٢- اعتبار قانوني مرده إلى أساس حق الإدارة في التعديل، فسلطة الإدارة بالتعديل في العقود الإدارية إنما تستند إلى حاجة المرافق العامة وبالتالي فإنها لا تنصب إلا على الشروط المتعلقة بتسيير المرفق وليس من بينها تلك التي تحدد المقابل المالي النقدي في العقد.

ومن حيث أن النص الوحيد الذي بحث في الغبن بين المتعاقدين ورد في المادة /١٣٠/ من القانون المدني التي تنص على إنه : (إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبّرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيّناً أو هوىً جامحاً .جاز للقاضي بناءً على طلب المتعاقد المغبون أن يُبطل العقد أو أن يُنقص التزامات هذا المتعاقد، ويجب أن تُرفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة) وإن هذا النص لا يمكن تطبيقه على أي عقد إداري لأن الإدارة تتنزّه عن الطيش البين أو الهوى الجامح الذي قد يُعرف في مجال عقود الأفراد فيما بينهم هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن رجوع الإدارة على المتعهد يجب أن يتم خلال سنة من تاريخ إبرام العقد فهو يستمد قوته من كون العقد شريعة المتعاقدين ويتمتع بالصفة الملزمة لطرفي العقد كسائر الشروط العقدية وإن عملية

التعاقد في العقود الإدارية تتم وفق نظام العقود الذي هو تشريع كامل يحكم إجراءات التعاقد وإن الإدارة بموجب هذا النظام ليست ملزمة بالسعر الذي يعرضه المتعهد وإنما لها القبول به أو إعادة المناقصة كلما وجدت أن الأسعار المقدمة مرتفعة وحتى يأتيها السعر المناسب فإذا ما تم العقد بين الطرفين أصبح الباب مغلقاً أمام الطرفين لتعديل سعر العقد، وإن التقرير التفتيشي إذا ما اعتبَر أن الجهة المدعية قد غشّت الدولة بالسعر الذي تم التعاقد على أساسه فإنه يقتضي إثبات هذا الغش بحكم جزائي قطعي، وإلا فإن تعديل قيمة العقد دون أي مرجعية قانونية إنما يعني أن بإمكان أي إدارة أن تتعاقد مع أي متعهد بأي سعر ثم تسأل السوق الرائجة فإذا قيل لها بوجود زيادة في السعر الذي تعاقدت عليه فإنها تطالب المتعهد برد مقدار الزيادة وفي ذلك ما ينفي مبرر وجود نظام العقود أصلاً، مع أن الغاية من هذا النظام هو اتباع الإجراءات المنصوص عليها في والتي يراها المشرع كفيلة بإيصال الإدارة إلى السعر الأنسب ومن شأن ذلك أيضاً إدخال عملية التعاقد في فوضى لا تتناسب مع أهمية العقود الإدارية ووجوب احترامها وضمان استقرار تعامل الجهات العامة مع الأفراد المتعاقدين معها".[1]

ويؤيد الباحث ما انتهت اليه محكمة القضاء الإداري السورية لجهة عدم أحقية الإدارة في تعديل المقابل المالي للعقد الإداري كما جرى عليه القضاء المصري والفرنسي.

[1] حكم محكمة القضاء الإداري في القضية ذات الرقم (٥/١٤٣٤) لسنة ٢٠١٩م، القرار رقم(٥/٤٠٣) لسنة ٢٠١٩م.

الفرع الثاني

الموضوعات التي يتناولها حق التعديل

يتناول حق التعديل موضوعات مختلفة نظراً لتنوع العقود الإدارية وارتباطها بالمصلحة العامة والمرافق العامة فتستطيع الإدارة تعديل حجم العقد أو أساليب التنفيذ أو مدد التنفيذ وإن التعديل في أحد هذه الأمور يؤدي إلى تعديل البدل المالي المتفق عليه وذلك على النحو الآتي:

أولاً- تعديل حجم العقد:

إن حجم العقد وكميات المواد الأولية في أثناء التنفيذ قد تختلف عما هو مبين في العقد وملحقاته إذ أن كثيراً من الأمور تكون غير واضحة في المقاييس الوصفية والمخططات ومن ثم لا بدَّ من تعديل حجم العقد إذا تبين أن تنفيذ العقد على الوجه الأكمل يتطلب انقاص حجم العقد أو زيادته.

وهذا ما أكده المشرع المصري بخصوص التعديلات التي تطرأ على حجم العقد وذلك في **المادة /٤٦/ من القانون ١٨٢ لعام ٢٠١٨ حيث نصت على الآتي:**

" إذا طرأ من المستجدات بعد إبرام العقد ما يوجب تعديل حجم التعاقد يكون للجهة الإدارية أن تُعدل عقودها بالزيادة أو النقص وبما لا يجاوز (٢٥٪) من كمية كل بند لعقود المقاولات، وبما لا يجاوز (١٥٪) من كمية كل بند لباقي العقود بذات الشروط والمواصفات والأسعار، على أن تتضمن كراسة الشروط والمواصفات مضمون ذلك، ويتعين لتعديل العقد الحصول على موافقة السلطة المختصة أو مجلس الوزراء بحسب الأحوال، ووجود الاعتماد المالي اللازم، وأن يصدر التعديل خلال فترة سريان العقد،

وألا يؤثر ذلك على أولوية المتعاقد في ترتيب عطائه، وأن تُعدل مدة العقد الأصلي إذا تطلب الأمر ذلك بالقدر الذي يتناسب وحجم الزيادة أو النقص".

وكذلك نصت المادة /٩٦/ من الفرع الخامس من اللائحة سالفة الذكر في مصر على الآتي:

" يجب على الجهة الإدارية تحديد احتياجاتها الفعلية والضرورية لسير العمل على أساس دراسة واقعية وموضوعية، ومع ذلك إذا استجد أثناء التنفيذ ما يُوجب تعديل العقد فيتم التعديل بما لا يجاوز (٢٥٪) من كمية كل بند لعقود المقاولات، وبما لا يجاوز (١٥٪) من كمية كل بند لباقي العقود مع تضمين شروط الطرح مضمون ذلك مع تعديل المدة المناسبة أو البرنامج الزمني، بحسب الأحوال، للتوريد، أو التنفيذ وبما يتناسب مع حجم التعديل، على أن تُراعى إدارة التعاقدات الآتي:

١- وجود ضرورة وأسباب داعمة لتلك التعديلات.

٢- الحصول على موافقة السلطة المختصة، أو مجلس الوزراء - بحسب الأحوال - على التعديل.

٣- أن تكون تلك التعديلات على بنود العقد الأصلي ذاته وبالشروط والمواصفات ذاتها والأسعار المتعاقد عليها.

٤- إعداد ملحق للعقد متضمناً تلك التعديلات.

٥- الحصول من الإدارة المالية على سماح البند في حالة التعديل بالزيادة.

٦- أن يكون التعديل خلال مدة تنفيذ العقد، ولا يدخل فيها مدة الضمان.

٧- ألا يؤثر ذلك على أولوية المتعاقد في ترتيب عطائه.

على أن تتولى إدارة التعاقدات توثيق تلك التعديلات والمستندات المؤيدة لها وحفظها بملف العملية، ويتم النشر عن القيمة النهائية للعقد بعد التعديل على بوابة التعاقدات العامة".

أما بخصوص الدفعات التي تستحق للمتعاقد مع الإدارة فإن المشرع المصري قد وضع لها قواعد عامة وذلك بموجب **المادة /٩١/** من اللائحة سالفة الذكر حيث نصت على أنه:

" في حال حدوث تغيير في التعريفة الجمركية، أو الرسوم، أو الضرائب الأخرى التي تحصل على الأصناف الموردة وفقاً للعقد في المدة الواقعة بين تقديم العطاء وآخر موعد للتوريد، وكان التوريد قد تم في غضون المدة المحددة له فيسوى الفرق تبعاً لذلك بشرط أن يُثبت المورّد أنه أدى الرسوم والضرائب على الأصناف الموردة على أساس الفئات المعدلة بالزيادة، أما في حالة ما إذا كان التعديل بالنقص فتُخصم قيمة الفرق من العقد إلا إذا أثبت المورد أنه أدى الرسوم على أساس الفئات الأصلية قبل التعديل، وفي حالة التأخير في التوريد عن المواعيد المحددة في العقد، وكان تعديل فئات الضرائب والرسوم قد تم بعد هذه المواعيد فإن المورّد يتحمل عن الكميات المتأخرة كل زيادة في الرسوم والضرائب المشار إليها إلا إذا أثبت أن التأخير يرجع إلى القوة القاهرة أما النقص فيها فتخصم قيمته من قيمة العقد".

وقد اعترف مجلس الدولة المصري للإدارة بحق تعديل حجم العقد وقضى أن:

" الإدارة تملك من جانبها وحدها وبإرادتها المنفردة حق تعديل العقد أثناء تنفيذه فتزيد من الأعباء المالية الملقاة على الطرف الآخر أو تُنقصها، وتتناول الأعمال أو الكميات

المتفق عليها بالزيادة او بالنقص على خلاف ما ينص عليه العقد".[1] وكذلك فعل مجلس الدولة السوري بهذا الخصوص.

ومن حيث إنه يجدر التوضيح بداية إلى أن مناط حق الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري هو توفر الأسباب المشروعة للتعديل كما أن التعديل في شروط العقد من شأنه جعل التزامات المتعاقد مع الإدارة لا تتناسب مع حقوقه ولِمَا يؤدي ذلك إلى أحقيته في المطالبة بالتعويض في مقابل الضرر الناجم عن التعديل.[2]

كما جاء في حكم حديث لمحكمة القضاء الإداري السورية عام ٢٠١٩: " ومن حيث إن الثابت من الوثائق المبرزة في الملف بأن المدعي كان قد تعاقد مع جهة الإدارة المدعى عليها بموجب العقد محل التعهد من أجل تنفيذ الأعمال المدنية لأشغال الهيكل لبناء المجمع الإسعافي الملحق لمشفى المواساة بدمشق وفق دفاتر الشروط الفنية وجداول الكميات والأسعار والمخططات الملحقة بالعقد، وبعد المباشرة بالتنفيذ تقدم المدعي بتحليل أسعار الأعمال بما يتوافق مع الأسعار العقدية وقد تم اعتماده من قبل الجهة المشرفة (الشركة العامة للدراسات والاستشارات الفنية). ومن الإدارة المدعى عليها، إلا أن هذه الأخيرة و أثناء التنفيذ قامت بإجراء تعديلات على المخططات التنفيذية ترتب عليها زيادات في كميات الحديد الداخل في تنفيذ المشروع، وبناءً على طلب الإدارة قام المدعي بتنفيذ الأعمال العقدية بموجب المخططات المعدلة، وقد أقرت الإدارة بذلك وطلبت من الشركة المشرفة (الدراسات والاستشارات الفنية) حساب كميات

---

[1] محكمة القضاء الإداري المصري، ١٦ ديسمبر ١٩٥٦ ، مجموعة المبادئ القانونية في (١٥) عاماً من ١٩٤٦– ١٩٦١ ص ١٩٤٧.

[2] رأي اللجنة المختصة في قسم الفتوى والتشريع في مجلس الدولة، رقم ١١٠ لسنة ٢٠٠٧ في القضية رقم (٤٧٥/ ف) لسنة ٢٠٠٧.

الحديد الزائدة عن نسبة الحديد الواردة في جداول تحليل الأسعار وفقاً لحساب معدلات نسبة الحديد التي تم حسابها من قبلها، ومع ذلك ورغم قيام هذه الشركة الأخيرة بحساب الكميات المذكورة رفضت الإدارة المدعى عليها صرف قيمة كمية الحديد الإضافية إلى المدعي.

ومن حيث إن الواضح بأن جهة الإدارة المدعى عليها وفي معرض دفوعها لا تجادل في قيامها بتعديل المخططات التنفيذية للأعمال العقدية ولكنها تدفع بأنها لا يمكنها التأكد فيما إذا كانت كميات الحديد قد زادت وفق المخططات المعدلة عن كميات الحديد وفق المخططات قبل التعديل.

ومن حيث إن الثابت من خلال الخبرة الفنية التي استعانت بها المحكمة في الصدد محل النزاع ومن المراسلات الجارية والمتبادلة بين الطرفين المتنازعين من جهة وبين جهة الإدارة المدعى عليها والشركة العامة للدراسات والاستشارات الفنية (الدرِاسة والمشرفة على المشروع) من جهة أخرى قيام الإدارة المدعى عليها بإجراء تعديلات على المخططات التنفيذية بعد تاريخ المباشرة بالمشروع محل التعهد وطلبت من المدعي العمل بموجبها، وقد ترتب على ذلك زيادات في كميات الحديد الداخل في تنفيذ المشروع.

فإنه يغدو من حق المدعي تقاضي قيمة تلك الكميات الإضافية المنفذة من قبله نتيجة تعديل المخططات وإن القول بغير ذلك يشكل إثراء للإدارة على حساب المدعي دون سبب وهو ما لا يجوز قانوناً، ولا يسعف الإدارة في ذلك تمسكها بأنها منحت المدعي فروقات أسعار الحديد وفق تعديل المخططات، ذلك أن مطالبة المدعي في الدعوى تتناول منحه قيمة الكميات الإضافية المنفذة بموجب تعديل المخططات وليس فارق

الأسعار الطارئة على مادة الحديد وهو أمر مختلف تماماً عن مطالبته في الدعوى الماثلة.

ومن حيث إن الفائدة القانونية إنما تستحق على المبالغ المتنازع عليها وفق ما استقر عليه اجتهاد مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري اعتباراً من تاريخ اكتساب الحكم الذي أَقرَّ الحق بها فإنه يغدو من حق المدعي تقاضي فائدة قانونية على المبلغ المذكور بنسبة ٥٪ سنوياً اعتباراً من تاريخ اكتساب هذا الحكم الدرجة القطعية وحتى الوفاء التام "[١].

ويرى الباحث أن هذا الحكم جاء في محله لجهة تقرير مسؤولية الإدارة عن هذا التعديل وأحقية المتعاقد معها في اقتضاء التعويض عنه.

ولكن في بعض الأحيان قد لا يُذكر المقابل المالي في العقد على نحو تام وإنما يُذكر بصورة جزئية، ففي عقود الأشغال العامة مثلاً و في حالة عدم التوصل إلى اتفاق على الأسعار بين المتعاقد والإدارة فإنه يكون للمهندس من جهة الإدارة أن يقوم بتقدير هذه الأسعار على النحو الذي يراه مناسباً مع الإشارة إلى أن هذا التقدير لا يعتبر باتاً، إذ يحق للمتعاقد الاعتراض عليه والمطالبة بزيادة الأسعار وذلك بإشعار كتابي يوجه إلى المهندس على أن تجري تسوية مثل هذه المنازعات عن طريق القضاء المختص بالاستعانة بجداول الكميات والمواصفات[٢].

[١] حكم محكمة القضاء الإداري، القرار رقم (٤/٩٢٥) لسنة ٢٠١٩م في القضية ذات الرقم ٤/٢١٠٩ لسنة ٢٠١٩ .

[٢] د. سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق، ص٥٢٧ .

ثانياً – تعديل أساليب وأوضاع التنفيذ :

تقتضي الضرورات العملية أو متطلبات المصلحة العامة أن تقوم الإدارة بتغيير أساليب أو وسائل التنفيذ المنصوص عليها في العقد كلما تبين لها في أثناء التنفيذ ما يوجب إصلاح الأخطاء التي تضمنتها المشروعات الأصلية أو لمواجهة ومسايرة الاكتشافات الحديثة التي تقتضي استعمال وسائل فنية أكثر اقتصاداً أو تقنيةً من تلك الواردة في العقد [1].

ويتناول التعديل أيضاً مدد التنفيذ بحيث يكون للإدارة إطالة مدد التنفيذ أو وقف التنفيذ مؤقتاً وذلك لما تقتضيه الضرورات العملية والفنية [2].

وهذا ما أخذ به المشرع السوري في نظام العقود الموحد رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ حيث نصت المادة /٣٢/ منه على الآتي :

" أ – للجهة العامة عند الضرورة الحق بطلب إجراء أي تعديل أو تصحيح أو حذف أو إضافة من الأعمال المطلوبة في العقد سواءً أدى ذلك إلى نقص أم إلى زيادة في كميات تلك الأعمال المطلوبة في العقد، ويترتب على المتعهد في جميع الأحوال أن يقوم بتنفيذ طلبات التعديل كافة أو التغيير الذي يطلب منه بموجب أوامر خطية أثناء سير العمل دون تأخير ويحق للجهة العامة في حال تأخر المتعهد عن تنفيذ هذا التعديل خلال المدة المحددة له أن تقوم بهذا التعديل على نفقته وتحسم ما تنفقه في هذا السبيل من استحقاقه مهما بلغت تكاليف ذلك.

ب – يجب أن لا يجري أي تعديل أو تغيير في أي جزء من أعمال العقد المطلوبة في المخططات والمواصفات وقائمة الكميات إلا إذا تم ذلك استناداً إلى طلب خطي

---

[1] د. سعيد نحيلي، مرجع سابق ، ص ٢٢٠.

[2] د. سعيد نحيلي ، المرجع نفسه، ص ٢٢٠.

أو موافقة خطية من قبل الجهة العامة وكل تغيير أو تعديل يجريه المتعهد في أي جزء من أعمال العقد دون الحصول على موافقة الجهة العامة يخولها الحق برفضه أو طلب تصحيحه بالشكل المطلوب على نفقة المتعهد مهما بلغت التكاليف كما يخولها الحق إذا وجدت أن بالإمكان إبقائه دون تصحيح باعتباره تبرعاً وعدم دفع أي شيء عنه للمتعهد عند إجراء الحساب.

ج – إذا اقتضت التعديلات التي تطلبها الجهة العامة أثناء العمل هدم عمل ما أو إزالته أو إجراء تبديل فيه تم إنجازه وفق أحكام العقد فيترتب على الجهة العامة أن تدفع للمتعهد ثمن الجزء المهدوم أو تكاليف التبديل الذي يستلزمه الهدم أو الإزالة أو التبديل المطلوب إجراؤه."

ويرى الباحث أن موقف المشرع السوري لجهة تعديل العقد من جانب المتعاقد من دون موافقة الإدارة وتحميله المسؤولية، قد جانبه الصواب وذلك لأنه في العقود الإدارية وخاصة لجهة تنفيذها يجب أن تكون كل الإجراءات والتعديلات من الطرفين بشكل كتابي وبموافقة طرفي العقد، استناداً إلى أحكام هذا العقد وشروطه .

المطلب الثاني

ضوابط حق التعديل

بالرغم من اتساع نطاق حق التعديل في مجال تنفيذ العقود الادارية إلا أن هذا الحق ليس مطلقاً، وإنما هو مقيد بقيود معينة لا يجوز للإدارة أن تتعداها، وإلا ترتبت عليها المسؤولية الإدارية التعاقدية في مواجهة المتعاقد وينحصر التعديل في شروط العقد المتصلة بالمرفق العام، فحق التعديل ليس امتيازاً للإدارة وإنما هو وسيلة لمقتضيات المصلحة العامة، ومن ثم فلا يجوز للإدارة أن تقوم بتعديل الثمن المستحق للمتعاقد باعتباره من الشروط التعاقدية التي لا تتعلق بالصالح العام [١].

فقد وضع القضاء الإداري حدوداً على حق الإدارة، في التعديل كما أن هناك بعض القيود التي يُنصّ عليها العقد أو دفاتر الشروط الملحقة بالعقد.

وعلى ضوء ذلك سنقوم بدراسة كل من الضبوط القانونية والقضائية والاتفاقية لحق التعديل على النحو الآتي[٢]:

الفرع الأول: الضوابط القانونية لحق التعديل.

الفرع الثاني: الضوابط القضائية لحق التعديل.

الفرع الثالث: الضوابط الاتفاقية لحق التعديل.

---

[١] د. سعيد نحيلي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٢٠.

[٢] د. سعيد نحيلي، المرجع نفسه، ص ٢٢٠.

الفرع الأول

الضوابط القانونية لحق التعديل

نصت معظم تشريعات الدول على احترام مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وضرورة التزام الأطراف بنصوص العقد.

ففي سورية نص المشرع في القانون المدني في المادة (١/١٤٨) على أن: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون ويتعين تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبما يتفق مع ما توجبه حسن النية ".

كما نصت المادة /٦٢/ في القانون /٥١/ لعام ٢٠٠٤ على الآتي :

" أ – يجوز لآمر الصرف زيادة الكميات المتعاقد عليها أو انقاصها خلال مدة تنفيذ العقد بنسبة لا تتجاوز(٣٠٪) لكل بند أو مادة من التعهد على حدة وذلك بنفس الشروط والأسعار الواردة في العقد ودون حاجة إلى عقد جديد، على ألا تتجاوز قيمة مجموع الزيادة أو النقص(٢٥٪) من القيمة الإجمالية للعقد.

ب – يعطى المتعهد في حال الزيادة مدة إضافية تتناسب مع طبيعة ومقدار هذه الزيادة وذلك من أجل هذه الزيادة فقط".

وكذلك فإن المادة/٩/ من نظام العقود الموحد حددت للإدارة كيفية زيادة حجم العقد أو إنقاصها من خلال زيادة الكميات المتعاقد عليها أو إنقاصها حيث نصت على الآتي: " مع مراعاة المادة /٦٢/ من نظام العقود تعتبر الكميات المقدرة في قائمة الكميات أو الكشوف التقديرية لمختلف الأعمال المطلوبة في هذا العقد كأساس تقريبي فقط قابل للزيادة أو النقص حسب مقتضيات العمل في أثناء التنفيذ وتجري محاسبة المتعهد على أساس الكميات الحقيقية المقاسة التي ينجزها فعلاً في موقع العمل لكل

من الأعمال المطلوبة منه بموجب هذا العقد على أن تضاف أو تحسم قيمة الزيادة أو النقص من القيمة الإجمالية للعقد حسب الأسعار المحددة فيه".

وكذلك الأمر في مصر حيث حدد المشرع المصري النسبة التي يمكن للإدارة من خلالها أن تعدل عقودها إذ أشارت اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات السالفة الذكر أنه: " يحق للجهة الإدارية تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو النقص بحدود (٢٥٪) بالنسبة لكل بند بذات الشروط والأسعار من دون أن يكون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق في المطالبة بأي تعويض عن ذلك، ويجوز في حالات الضرورة الطارئة وبموافقة المتعاقد تجاوز النسبة الواردة بالفقرة السابقة ..[١]".

ويتضح من النص السابق أن المشرع أعطى الحق على الإدارة في تعديل كميات عقودها أو حجمها بالزيادة أو النقصان بحدود (٢٥٪) وذلك في الحالات الطبيعية، أما في حالة الضرورة الطارئة فيحق للإدارة تجاوز النسبة المذكورة لكن بشرط موافقة المتعاقد[٢].

[١] المادة /٧٨/ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات، المذكورة سابقاً.

[٢] د. عاطف سعدي محمد علي، عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦ ، ص٤٤٠.

الفرع الثاني

الضوابط القضائية لحق التعديل

أكد القضاء الإداري الفرنسي والمصري والسوري على بعض الأفكار التي تصلح في أن تكون أساساً لوضع حدود على حق الإدارة في تعديل عقودها المبرمة، فيجب ألا يؤدي التعديل إلى قلب اقتصاديات العقد أو تغيير جوهره ولا يجوز للإدارة أن تأمر بأعمال جديدة أو أجنبية عن العقد فإذا تعدت الإدارة هذه الحدود جاز للمتعهد أن يطلب التعويض أو حتى فسخ العقد.

ويجب على الإدارة وهي تمارس حق التعديل أن تأخذ في الحسبان إمكانيات المتعاقد الفنية والمالية التي روعيت عند إبرام العقد، وبالتالي فإن الإدارة مُلزمة ألا تذهب إلى الحد الذي يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد أو تغيير في طبيعة العقد كما رُوعي عند التعاقد لأول مرة.[1]

و بالتالي إذا ترتب على التعديل قلب اقتصاديات العقد أو تغيير جوهره أو تجاوز إمكانيات المتعاقد الفنية أو المالية كان لهذا الأخير أن يطلب فسخ العقد تأسيساً على أن التعويض الذي تلتزم به جهة الإدارة في مقابل حقها في التعديل لا يكفي لإصلاح الضرر الناشئ عن هذا التعديل [2].

كما جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا السورية: " إن العقد موضوع الدعوى حُدد فيه أسعار البيع على النحو التالي تحديد أسعار البيع للفريق الثاني في أرض المعمل بمبلغ (٣٥) ل.س قيمة مياه العبوة الواحدة و إذا طرأ تعديل على هذا السعر من قبل

---

[1] د. سليمان الطماوي، العقود الإدارية ، المرجع السابق، ص ٤٨٩ .

[2] حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في ٣٠ يونيو ١٩٥٧ ، سنة /١١ / ، ص ٦٢٣.

الفريق الأول يُبلّغ الفريق الثاني بالتعديل و يتم تطبيقه في حال موافقة الفريق الثاني وفي حال عدم موافقة الفريق الثاني على تعديل السعر يُفسخ العقد ويُصفى أصولاً. وإن قيام الإدارة بتعديل السعر أدى إلى توقف المتعهد عن متابعة الإستجرار وفقاً لمنطوق العقد و أن هذه التعديلات التي أجرتها الإدارة تتطلب إبرام عقد جديد بشروط جديدة و إنهاء العقد موضوع الدعوى، وأن العقد لم ينص على تعويض أي من طرفي العقد جراء تعديل السعر من قبل الإدارة أو فسخ العقد وأنه وفقاً للعقد فإن قرار سحب الأعمال يعتبر بمثابة فسخاً للعقد ويعتبر العقد منتهياً. ومن حيث أنه و بناءً على ما تقدم و في ضوء ما انتهت إليه الخبرة الفنية الجارية بالدعوى فإن قرار سحب الأعمال يعتبر بمثابة فسخاً للعقد موضوع الدعوى و ذلك انسجاماً مع أحكام هذا العقد موضوع الدعوى و يعتبر العقد في هذه الحالة منتهياً بين الطرفين"[1].

ويرى الباحث أن الإدارة في هذا الحكم قد قلبت اقتصاديات العقد جراء تعديل السعر من قبلها وبالتالي فإن الإدارة تكون قد وضعت نفسها في المسؤولية الإدارية الناشئة عن العقد المبرم بينها وبين المتعهد ما استحق معه التعويض له وحتى تجاوز حد التعويض إلى حد الفسخ وهذا يتوافق مع مقتضيات العدالة ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

كما أن الفقه والقضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر و سورية مستقر على أن الإدارة تملك تعديل أحكام عقودها في أثناء التنفيذ وبإرادتها المنفردة وهو من الشروط

[1] قرار محكمة القضاء الإداري رقم (٣/٤٧٧) لعام ٢٠١٩م غير منشور.

الاستثنائية التي مُنحت إلى الإدارة في تسيير المرفق العام، وتكون هدفها من التعديل مقتضيات المصلحة العامة .

ويرى القسم الإستشاري للفتوى والتشريع في مجلس الدولة السوري في أحد فتاويه الآتي: :".....من حيث إن مثار التساؤل إنما ينحصر في طلب بيان الرأي حول مدى إمكانية تخفيض كمية الأكياس المعلن عن شرائها بعد أن تم قبول العرض المقدم إليها وتصديق محضر فض العروض، من حيث إنه بادئ ذي بدء يجدر بنا أن نذكر بأن العقود الإدارية إنما تختلف عن العقود المدنية في أنها تستهدف مصلحة عامة وهي تسيير المرافق العامة عن طريق الاستعانة بالنشاط الفردي مما ينبغي معه أن يراعى فيها دائماً وقبل كل شيء تغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد وأنه مما لا نزاع فيه أن الإدارة حين تتعاقد تظل محتفظة بحقوق السلطة العامة التي تتمتع بها وأن معاونة الأفراد لها لا يمكن أن تهدر الاختصاصات التي تستمدها من القانون العام والتي تستهدف مطابقة المرافق العامة لما أُنيط بها من أغراض بل إن تلك المعاونة لا يمكن أن تقيّد من اختصاصات الإدارة أو تحدُّ منها ومن ثم فإن حق الإدارة في أن تعدل شروط العقد دون حاجة لرضاء الطرف الآخر هو حق أصيل لها مستمد من صفتها كسلطة عامة بل إنها إزاء ذلك وكنتيجة له لا يمكنها أن تنزل عنه كما أنها ليست بحاجة إلى النص على ذلك صراحة في العقد ويتفرع عن ذلك أن جهة الإدارة حين تتدخل لتعديل العقد لا تخالف نصوصه بل إنها تمارس حقاً يندرج ضمن اختصاصها ذلك لأن طبيعة العقود الإدارية وقيامها على فكرة استمرار المرافق العامة تفترض مقدماً حدوث تغيير في ظروف العقد وطرق تنفيذه تبعاً لمقتضيات سير المرفق العام وأن التعاقد فيها إنما يتم على أساس أن نية الطرفين انصرفت عند التعاقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة ويترتب على ذلك أن الإدارة

تملك حق تعديل العقد بما يوائم هذه الضرورة ويحقق تلك المصلحة على أن سلطة التعديل هذه وإن كانت تتناول جميع العقود الإدارية فهي تكون في أضيق حدودها في عقود التوريد كما أن سلطة التعديل الانفرادي من جانب الإدارة يجب أن لا تؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد أو إلى قلب اقتصادياته وأن ما سلف ذكره إنما يصدق من حيث المبدأ العام، على أنه إزاء الحالة المعروضة فإنه يتعين علينا أن نميز بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا لم يتم تنظيم العقد بين الطرفين وتبليغ المتعهد المرشح أمر المباشرة فإنه و الحال هذه يقتضي الأمر الرجوع إلى أحكام المادة /٩/ الفقرة /هـ/ من نظام العقود الصادر بالقانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ والتي جاء فيها: (لا يجوز التعديل في دفاتر الشروط و المخططات و سائر الوثائق التي تبنى عليها المناقصة بعد الإعلان عن المناقصة ما لم يعلن عنها مجدداً).

ومن حيث إن الواضح من النص السالف ذكره أن رغبة الإدارة المستفتية بإنقاص الكمية المعلن عنها إنما هو في حقيقة الأمر تعديل في الوثائق التي استندت عليها المناقصة وهذا التعديل يقتضي منها الإعلان مجدداً طالما أنه لم يتم المباشرة في العقد. وذلك لأن الكمية المطلوب شراءها في الإعلان قد تكون كبيرة نسبياً لبعض العارضين مما دفعهم إلى الإحجام عن التقدم بعروضهم للاشتراك بالمناقصة وهذا بدوره ينعكس سلباً على جهة الإدارة المتعاقدة لعدم توفر عدد كبير من العروض لتصبح الفرصة أمامها كبيرة لاختيار أنسب العروض بأسعار منخفضة لعدم توفر عنصر المنافسة إذ إنه لم يتقدم سوى عارض وحيد.

الحالة الثانية: إذا تم تنظيم العقد مع المتعهد المرشح وتبليغه أمر المباشرة فإنه و الحال هذه يتعين علينا إعمال نص المادة /٦٢/ فقرة / أ/ من القانون /٥١/

لعام ٢٠٠٤ المتضمن نظام العقود و التي جاء فيها: (يجوز لآمر الصرف زيادة الكميات المتعاقد عليها أو إنقاصها خلال مدة تنفيذ العقد بنسبة لا تتجاوز ٣٠٪ لكل بند أو مادة من التعهد على حدة وذلك بنفس الشروط والأسعار الواردة في العقد ودون حاجة إلى عقد جديد على أن لا تتجاوز قيمة مجموع الزيادة أو النقص ٢٥٪ من القيمة الإجمالية للعقد).

ومن حيث أنه يتضح من النص السالف ذكره أن المشرع عندما منح جهة الإدارة السلطة في تعديل الكميات المتعاقد عليها لم يترك الأمر على إطلاقه بل قيده في حدود نسب معينة على الإدارة المتعاقدة أن لا تتخطاها و إلا أصبح تصرفها هذا مشوباً بعيب مخالفة القوانين يترتب عليه إخلال بالتوازن المالي للعقد وقلب اقتصادياته وهذا بدوره يزعزع ثقة المتعهد بالإدارة.

لهذه الأسباب أقرت اللجنة المختصة بالأكثرية ما يلي :

أولاً _ إن رغبة الإدارة المستفتية بإنقاص كمية الأكياس المحددة بنص الإعلان قبل أن يتم إبرام العقد مع المتعهد المرشح وقبل إعطائه أمر المباشرة يُعد من قبيل التعديل في الوثائق التي استندت إليها المناقصة الأمر الذي يقتضي منها الإعلان عن المناقصة مجدداً.

ثانياً _ إن تعديل الكميات المتعاقد عليها بزيادتها أو إنقاصها بعد إبرام العقد وأثناء المباشرة في التنفيذ يقتضي من جهة الإدارة المستفتية التقيد بالنسب المحددة في نص المادة /٦٢/ الفقرة /أ/ من نظام العقود الصادر بالقانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤".[١]

[١] رأي اللجنة المختصة في قسم الفتوى والتشريع في مجلس الدولة السوري رقم (١٩٤) لسنة ٢٠٠٥ في القضية رقم (٦٤٣) لسنة ٢٠٠٥م غير منشور.

وما انتهى إليه الرأي رقم /١٣/ لعام ٢٠٠٧ الصادر عن اللجنة المختصة في قسم الفتوى والتشريع في مجلس الدولة السوري إلى أن: " قيمة الأعمال الإضافية التي يكلف بها المتعهد من قبل الإدارة والزائدة عن النسب المحددة في أنظمة العقود النافذة وقيمة الأعمال التي يكلف بها وغير الواردة في العقد الأصلي إنما تُحدد بعقد جديد يُنظم بين الإدارة والمتعهد ما لم تكن الأعمال المذكورة قد نُفذت فعندئذ يُعمل ببلاغ رئاسة مجلس الوزراء رقم /٧٩/ لعام ١٩٨١ وبلاغ وزارة المالية رقم (٩/ب/٩/٤) تاريخ ١٩٩٥/٨/١٥ المتعلقان بتطبيق نظرية الإثراء بلا سبب وتنظيم محضر تسوية تتولى تنظيمية لجنة فنية تقوم بتقدير الأعمال التي قام بها المتعهد على أن يجري تحديد قيمة الإعمال المنفذة وفقاً للأسعار الواردة في العقد الأصلي ".[١]

وهكذا يجد الباحث أن القضاء الإداري في كل من مصر وسورية قد نحا بسياسته القضائية إلزام الإدارة بالتقيد بالنسب المنصوص عليها عند تعديل حجم العقد بالزيادة أو النقصان وإلا كانت مسؤولية الإدارة متحققة وحق للمتعاقد أن يطالب بالتعويض لأن ذلك أدى إلى قلب اقتصاديات العقد الأساسي، والتعديل الجوهري فيه.

[١] المحكمة الإدارية العليا القرار رقم ٧١٧/ع/١ لعام ٢٠١٨ م في الطعن ذي الرقم ٥٤٤١/١ لعام ٢٠١٨ م.

الفرع الثالث

الضوابط الاتفاقية لحق التعديل

تنص عادةً العقود الإدارية على تعديل حجم العقد وفقاً لنسب محددة يتعين على الإدارة احترامها وعدم تجاوزها وإلا ترتبت عليها المسؤولية التعاقدية في مواجهة المتعاقد.[١]

وللحدود الاتفاقية أهمية كبيرة من الناحية العملية وفي حال عدم تحديدها فإن التعديل الذي يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد يعطي المتعاقد الحق في طلب فسخ العقد [٢].

وقد قررت النصوص القانونية أنه للإدارة الحق في تعديل حجم العقد بالزيادة أو النقصان وفقاً للنصوص أو النسب المحددة في القانون من دون أن يكون للمقاول حق طلب فسخ العقد أو التعويض. بل يملك فقط الحق في أن تدفع الإدارة له ثمن الأعمال المنجزة زيادة عن الحجم الأصلي للعقد.

وهذا ما أخذ به مجلس الدولة الفرنسي في العديد من أحكامه التي نذكر منها:

"..... أما إذا كان التعديل يشمل نقصان حجم العقد فإن الشرط الذي يسمح للإدارة بتخفيض حجم العقد لا يمكن استخدامه لإجراء تعديلات عميقة في موضوع العقد..."[٣]

وأيضاً ما أكدت عليه اللجنة المختصة للفتوى والتشريع في مجلس الدولة السوري حيث ذكرت أنه ".....وحيث أن الإدارة كانت قد كلفت المتعهد ضمناً بأعمال اضافية لبند كميات الحديد من خلال قبولها تنفيذ كميات حديد التسليح الواجب تنفيذها كما وردت في المخططات بكميات تزيد عن النسب الواردة في جدول تحليل الأسعار الذي تم على أساسه التعاقد، ومن حيث إن العقد ما هو إلا اتفاق إرادتين على إحداث أثر

---

[١] د. سعيد نحيلي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٢٢ .

[٢] د. سعيد نحيلي، المرجع نفسه، ص ٢٢٢.

[3] C.E14 mars 1980 precD.S.1980.jur.p.noteThero

قانوني معين الأمر الذي يجعل من الإدارة هي الأصل في التعاقد وهي الأساس في إحداث الأثر القانوني.

وحيث أن هناك تعديلاً ضمنياً لنصوص العقد تم بإيجاب من الإدارة وقبول من المتعهد الأمر الذي يقتضي معه بمنح المتعهد قيمة فرق كميات حديد التسليح بين جدول تحليل الأسعار وبين المخططات التنفيذية في حال نفذت فعلاً، وعليه فيستحق المتعهد قيمة فرق كميات حديد التسليح بين جدول تحليل الأسعار وبين المخططات التنفيذية في حال نفذت فعلاً...".[1]

وفي رأي آخر لها أكدت ذلك من خلال الفتوى الآتية: ".....من حيث إن مثار التساؤل في هذه القضية يدور حول ما إذا كان اتفاق الجهة المستفتية مع الشركة الإيطالية على تمديد مدة التركيب للمواد المتعاقد عليها لمدة شهرين وفق ما ورد بالعقد المبرم بينهما كافياً أم أن هذا الأمر يحتاج إلى إبرام ملحق عقد جديد يصادق عليه من قبل الجهات التي يصادق على العقد الأصلي وفق ما انتهى إليه الرأي ذي الرقم / ٤٨٦/ تاريخ ١٩٧١/١/٢٩.

ومن حيث إن العقد المبرم بين الجهة المستفتية وشركة بروكوماك الايطالية تنص على ما يلي – العقد – يعني هذا الاتفاق التعاقدي وملاحقه مجموعة الأحكام والوثائق المتفق عليها بين كل من المؤسسة والمتعهد بما في ذلك العقد وملاحقه ودفاتر الشروط العامة والخاصة والفنية والتوضيحات الفنية والمواصفات الفنية وجدول الكميات والأسعار وعرض المتعهد وملاحقه والمراسلات المتبادلة مع المتعهد والوثائق الموقعة من قبله

[1] رأي اللجنة المختصة في قسم الفتوى والتشريع في مجلس الدولة السوري رقم (٢١٥) في القضية رقم(٦١٨/ ف) لسنة ٢٠٠٧ غير منشور.

المتعلقة بهذا العقد وكل وثيقة أخرى يتفق الفريقان على اعتبارها من وثائق العقد ومتممة أو معدلة له.

ومن حيث إن الواضح من النص المتقدم أن لطرفي العقد الاتفاق على تعديله بموجب وثيقة تصدر عنهما تتضمن رغبتهما الذاتية بهذا التعديل.

ومن حيث أنه وبالعودة إلى كتاب الجهة المستفتية يتضح منه رغبة طرفي العقد بتعديل مدة التركيب للآلات المتعاقد عليها لمدة شهرين بدلاً من شهر واحد وفق ما نص عليه العقد المبرم بهذا الشأن .

ومن حيث إنه من القواعد المقررة قانوناً أن العقد الملزم للجانبين إنما يعتبر شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون على ما تنطق به أحكام المادة / ١٤٨ / من القانون المدني.

ومن حيث إنه وما دام الأمر كذلك وما دامت نصوص العقد المبرم بين الطرفين تجيز أحكامه للطرفين المتعاقدين تعديله بما يتفق ورغبتهما بذلك وما دام طرفي العقد قد تقابلا على تمديد مدة التركيب الواردة فيه لمدة شهرين فإنه ليس ثمة ما يمنع قانوناً من تمديد مدة التركيب للفترة المتفق عليها مجدداً بدون حاجة إلى تنظيم ملحق عقد جديد شريطة ألا يترتب على هذا التمديد أية آثار مادية على الإدارة المستفتية.

لذلك فإنه ليس ثمة ما يمنع قانوناً من تمديد فترة التركيب الواردة في العقد المذكور لمدة شهرين دون حاجة إلى تنظيم ملحق عقد جديد نزولاً عند رغبة الطرفين المتعاقدين بهذا الصدد شريطة ألا يترتب على هذا التمديد أية آثار مادية على الإدارة صاحبة التعهد".[١]

[١] رأي اللجنة المختصة في قسم الفتوى والتشريع في مجلس الدولة السوري رقم (٢٠٥) ، في القضية رقم (٦١٣ / ف) لسنة ٢٠٠٦ غير منشور.

ويرى الباحث أن المتعاقد يملك الحق في طلب التعويض عن النقص في الربح من جراء عدم تنفيذ العقد حتى ولو كانت النصوص المتعلقة بتخفيض الحجم لا تسمح له في المطالبة بالتعويض إلا إذا تجاوز التخفيض النسب المعينة.

ويحق للمتعاقد أن يطلب التعويض وفسخ العقد إذا تم انقاص حجم العقد إلى الحد الذي يتعدى النسب المعينة للتخفيض لأن هذا يتفق مع الحكمة من تقرير نسب معينة للتعديل .

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا هل انقاص الكميات المتعاقد عليها يستتبع بالضرورة تخفيض مدة العقد أم أن هذه المدة تبقى ثابته في حالة الإنقاص؟

والجواب على هذا السؤال أنه بادئ ذي بدء لا بد من التذكير بأن الفقرة / ب / من المادة /٦٢/ من نظام العقود نصت على أنه (يُعطى المتعهد في حالة الزيادة مدة إضافية تتناسب مع طبيعة ومقدار هذه الزيادة وذلك من أجل هذه الزيادة فقط) مما يعني أن المشرع في النص السالف ذكره عالج حالة زيادة الكميات المتعاقد عليها بإعطاء المتعهد مدة إضافية تتناسب وطبيعة هذه الزيادة ولكنه سكت عن معالجة الأمر في حال انقاص كميات بعض بنود العقد مما يقتضي إعمال الأصل والذي هو بقاء ما كان على ما كان وأن مقتضى إعطاء المتعهد المدة الإضافية في حالة زيادة كميات بعض بنود العقد ضمن نسبتها القانونية إنما هو إنصاف المتعهد بالتخفيف عنه من الأعباء التي تثقل كاهله جراء هذه الزيادة بغية الحفاظ على توازن العقد والحيلولة دون اختلاله وإن سكوت المشرع عن تعديل مدة العقد أثناء إنقاص الكميات المتعاقد عليها يعني أنه حصر تعديل مدة العقد فقط في حالة زيادة الكميات المتعاقد عليها دون نقصانها لأن المشرع لا يعوزه البيان في مجال التشريع وأنه قادر على التوضيح في هذا المجال وبما أنه لم يفعل فإن مفهوم النص يكون قاصراً على تعديل

مدة العقد في حال الزيادة فقط من دون النقصان كما أنه من المقرر أن مفهوم النص إنما ينصرف إلى المعنى الغالب إذا لم ترد اشارة واضحة إلى المعنى المخصوص .

وتضيف الفتوى السابقة الذكر أنه إذا تم انقاص كميات بعض بنود الكشف التقديري (مثال تخفيض٢٠٪) وفي الوقت نفسه تم تكليف المتعهد بزيادة كميات اخرى بنسبة ٢٥٪ فهل يتم إضافة مدة تتناسب مع طبيعة الزيادة ومقدارها أي ٢٥٪ أم أن المتعهد يعطى مدة إضافية تتناسب فقط مع مقدار الفرق الحاصل بين نسبتي الزيادة والنقصان والذي هو ٥٪.

إن الإجابة على هذه الحالة تستدعي معالجتها شيء من التفصيل وفق المقتضيات الآتية:

١- إذا كانت الكميات التي تم تخفيضها تماثل من حيث طبيعتها الفنية طبيعة البنود التي تم زيادتها فإن منطق العدل والانصاف يقتضي أن يعطي المتعهد مدة إضافية تعادل فقط مقدار الفرق الحاصل بين نسبتي الزيادة والنقصان لأن الغاية من إعطاء المدة الإضافية هي التخفيف عن المتعهد في حال الزيادة و هذه الغاية تتحقق بمجرد حصوله على مدة تعادل مقدار هذا الفرق عملاً بقاعدة (الغرم بالغنم) كما أن إعمال هذا الحل يحقق مصلحة للإدارة المتعاقدة وكي لا تكون هناك محاباة للمتعهد على حساب الإدارة.

٢-أما إذا كانت الأعمال الزائدة تختلف من حيث طبيعتها الفنية عن الأعمال التي تم انقاصها فإن المتعهد هنا يعطي مدة إضافية تعادل مقدار الفرق بين نسبتي الزيادة والنقصان مضافاً إليها مدة تتناسب وطبيعة الأعمال الزائدة.

وتضيف أيضاً هذه الفتوى أنه إذا تم في الوقت نفسه زيادة وإنقاص بعض كميات بنود العقد ما نجم عنه أن أصبحت قيمة العقد بعد الزيادة والنقصان أقل من القيمة المتعاقد عليها فهل يستدعي ذلك منح مدة إضافية نتيجة زيادة كميات بعض البنود أم أنه لا يستدعي ذلك لكون قيمة العقد أصبحت أقل من القيمة المتعاقد عليها ؟

من نافلة القول إن العبرة في إعطاء مدة إضافية إلى المتعهد هي للزيادة الحاصلة في كميات بنود العقد إذا كانت طبيعتها تستدعي ذلك ولا يغير من ذلك شيء إذا أدى هذا التعديل في زيادة كميات البنود وانقاصها إلى تخفيض قيمة العقد طالما أن زيادات كميات بعض البنود قائمة وتستدعي طبيعتها ذلك.

وفي النهاية خلصت الفتوى إلى أن إنقاص كميات بعض بنود الكشف التقديري لا يستتبع بالضرورة انقاص مدة العقد طالما أن المشرع قصر تعديل مدة العقد تبعاً لزيادة كميات بنود الكشف وليس لانقاصها ، و إنقاص وزيادة كميات بعض بنود الكشف التقديري في الوقت نفسه يستدعي إعطاء المتعهد مدة اضافية تعادل مقدار الفرق الحاصل بين نسبتي الزيادة والنقصان في حال تماثل الطبيعة الفنية لبنود الكشف التي تم زيادتها أما حال اختلاف الطبيعة الفنية فإنها تقضي منح المتعهد مدة تعادل مقدار الفرق الحاصل بين نسبتي الزيادة والنقصان مضافاً إليها مدة تتناسب وطبيعة الأعمال الزائدة ، و العبرة في إعطاء المتعهد للمدة الإضافية في حال إجراء تعديل على بنود العقد هي وجود اعمال زائدة تقتضي طبيعتها ذلك ولا تأثير على ذلك إذا ما انخفضت قيمة العقد.[1]

[1] رأي اللجنة المختصة في قسم الفتوى والتشريع في مجلس الدولة السوري، رقم(١٦٩) لسنة ٢٠٠٥م، في القضية رقم ٥٣٦/ ف لسنة ٢٠٠٥م، غير منشور.

ولا بد من الإشارة إلى أن التعديلات التي يقوم بها المتعاقد من تلقاء نفسه من دون موافقة الإدارة وهي غير ضرورية فقد اتجهت سياسة مجلس الدولة السوري في هذا الخصوص نحو عدم تعويض المتعاقد معها وعدّته عملاً تبرعياً حيث أخذت محكمة القضاء الإداري بهذا التوجه في العديد من أحكامها نذكر منها :

".....إلا أنه في بعض العقود قد يلجأ المتعاقد إلى تعديل في جزء من أعمال العقد بدون موافقة الإدارة وعليه فإنه وفقاً لأحكام الفقرة (ب) من المادة /٣٢/ من دفتر الشروط العامة الصادر بالمرسوم التشريعي رقم /٤٥٠/ لعام ٢٠٠٤ (فإنه يجب على المتعهد أن لا يجري أي تعديل أو تغيير في أي جزء من أعمال العقد المطلوبة في المخططات والمواصفات وقائمة الكميات الإ إذا تم ذلك استناداً إلى طلب خطي أو موافقة خطية من قبل الجهة العامة ، وكل تغير أو تعديل يجريه التعهد في أي جزء من إعمال العقد دون الحصول على موافقة الجهة العامة يخولها الحق برفضه أو طلب تصحيحه بالشكل المطلوب على نفقه المتعهد مهما بلغت التكاليف كما يخولها الحق إذا وجدت أن بالإمكان ابقائه دون تصحيح باعتباره تبرعاً وعدم دفع أي شيء عنه للمتعهد عند إجراء الحساب).

هذا واعتبرت الفقرة (أ) من المادة /٣٤/ من دفتر الشروط العامة المذكور أن كل عمل يقوم به المتعهد قبل الحصول على أمر خطي من الجهة العامة تبرعاً منه ولكون جهة الإدارة المدعى عليها لم تكلف المتعهد بالأعمال الإضافية بموجب كتب خطية فإن طلبه هذا في غير محله ولا يحق له المطالبة بتعويض عن تلك الأعمال مما يستوجب رد طلبه.

أما في حال كانت تلك الأعمال التي قام بها المتعهد بدون موافقة الإدارة ضرورية فاتجه القضاء الإداري السوري إلى وجوب تعويضه عنها حتى لا يكون هناك اثراء بلا سبب للإدارة على حساب المتعهد حيث أخذت بهذا التوجه محكمة القضاء الإداري في العديد من أحكامها نذكر منها الحكم الآتي:

".....ومن حيث إنه فيما يخص طلب الجهة المدعية بقيمة الأعمال الإضافية الضرورية المنفذة من قبله للمشروع فإنه ولئن كان الاصل أنه يجب على المتعهد أن لا يقوم بالأعمال إلا بموجب تكليف خطي صادر عن الإدارة المتعاقدة غير أنه من الواضح من مجمل الوثائق أن تلك الأعمال كانت ضرورية و أقتضتها طبيعة التعديلات الجارية من قبل الإدارة على المسار والمخططات مما يجعل من حقه تقاضي قيمة تلك الأعمال حتى لا يكون هناك أثراء بلا سبب من قبل الإدارة على حساب المتعهد ولا سيما وأن طبيعة المشروع هي التي فرضت تلك الأعمال مما يتعين تقرير احقية المدعي بتقاضي قيمة تلك الأعمال "[1]

بناءً على ما تقدم فإن الباحث يجد أن الإدارة لا تملك حق تعديل المقابل المالي المتفق عليه في العقد وإذا قامت بذلك فإن مسؤوليتها الإدارية تتحقق وهذا يوجب تعويض المتعاقد وقد تتأخر الإدارة في تأدية المبالغ المستحقة للمتعاقد معها ما يستدعي أن نفرد مطلباً خاصاً لهذا الموضوع وهو ما سنقوم بدراسته من خلال المطلب الثاني.

[1] حكم محكمة القضاء الإداري السوري، القرار رقم(٣/٣١٤) لعام ٢٠١٩م في القضية رقم (٣/٥٨٥) لعام ٢٠١٩ غير منشور.

المبحث الثاني

تأخر الإدارة في الوفاء بالمبالغ المالية المستحقة

إن القاعدة العامة أنه يتعين على المتعاقد مع الإدارة أن يُنجز جميع الالتزامات الملقاة على عاتقه بموجب نصوص العقد قبل المطالبة بمستحقاته المالية قِبلَها حيث لا يستحق الثمن إلا إذا وفىّ بالتزامه كاملاً وعلى الوجه السليم ووفقاً للقواعد المقررة، ويترتب على ذلك التزام الإدارة بدفع مقابل الأعمال المنفذة من المتعاقد وفقاً للأسعار المتفق عليها وحسب المدد المنصوص عليها في العقد، وتكون الإدارة مسؤولة إذا تخلت أو تأخرت عن دفع المبالغ المستحقة للمتعاقد، ولا يمكن أن تتعلل للإعفاء من المسؤولية بعدم كفاية الاعتماد المالي[1].

وهذا ما أخذ به المشرع المصري في المادة (٤٥) من القانون (١٨٢) لعام ٢٠١٨ حيث نصت على الآتي :

" مع مراعاة شروط التعاقد، يصرف ثمن الأصناف الموردة أو الخدمات المؤداة في أقرب وقت ممكن وبما لا يجاوز ثلاثين يوماً تحسب من تاريخ الفحص والقبول والاعتماد. وفي مقاولات الأعمال تصرف الجهة الإدارية دفعات تحت الحساب تبعاً لتقدم العمل، وذلك خلال ستين يوماً تحسب من تاريخ تقديم المستخلص لها معززاً بالمستندات على النحو الوارد بشروط التعاقد وقبول هذه المستندات من الجهة الإدارية، وتلتزم خلالها بمراجعته والوفاء بقيمة ما يعتمد .

ويجوز للمقاول في حالة رفض الجهة الإدارية استلام المستخلص المستوفي لشروط التعاقد إرساله مرفقاً به كافة المستندات المبينة بشروط التعاقد بكتاب يرسل بخدمة

---

[1]L.Richer: op. cit,p.218

البريد السريع عن طريق الهيئة القومية للبريد، على أن يكون تاريخ استلام الجهة الإدارية للمستخلص بالبريد هو بداية المدة اللازمة للبدء في إجراءات الصرف .

وفي جميع الأحوال، إذا لم يتم الوفاء بالمبالغ المستحقة للمتعاقد في المواعيد المحددة تلتزم الجهة الإدارية بأن تؤدي للمتعاقد ما يعادل تكلفة التمويل لقيمة المطالبة أو المستخلص المعتمد عن فترة التأخير وفقاً لسعر الائتمان والخصم المعلن من البنك المركزي وقت المحاسبة شريطة تقديم مستندات رسمية بالمبلغ المطالب به، ويحال المتسبب للتحقيق مع تحميله بقيمة ذلك".

وكذلك المادة /٩٣/ من اللائحة السالفة الذكر لقانون تنظيم التعاقدات المصري الحديث التي نصت على الآتي :

" تلتزم إدارة التعاقدات بمتابعة تنفيذ العقود للتأكد من توريد أو تنفيذ محل التعاقد والتحقق من إجراءات الفحص والاستلام وتسجيل الفواتير والمستندات ومتابعة إرسالها إلى الإدارة المالية لاتخاذ إجراءات الصرف.

ويصرف ثمن الأصناف الموردة، أو الخدمات المؤداة في أقرب وقت ممكن، وبما لا يجاوز ثلاثين يوماً تحسب من تاريخ الفحص والقبول والاعتماد، وفي الحالات التي يتضمن فيها التعاقد أن يتم سداد الثمن مقابل استلام الأصناف، فيجب على الجهة الإدارية اتخاذ ما يلزم نحو إجراء فحص الأصناف والتحقق من مطابقتها للمواصفات المتعاقد على أساسها وذلك قبل الاستلام وسداد الثمن.

وفي مقاولات الأعمال تصرف للمقاول دفعات تحت الحساب تبعاً لتقدم العمل وذلك خلال ستين يوماً من تاريخ تقديمه المستخلص لها تلتزم خلالها بمراجعة المستندات على النحو الوارد بشرط التعاقد وفي حالة قبولها الوفاء بقيمة ما يتم اعتماده ويكون صرف الدفعات تحت الحساب على النحو الآتي:

١- بواقع نسبة (٩٥٪) من القيمة المقررة للأعمال التي تم تنفيذها فعلاً مطابقة للشروط والمواصفات وذلك من واقع الفئات الواردة بالجدول المقدم من صاحب العطاء،

ويجوز صرف نسبة الـ (٥٪) الباقية والمحتجزة لمواجهة أية عيوب أو ملاحظات في الأعمال يقصر المقاول في إصلاحها، أو تلافيها لحين الاستلام المؤقت وذلك نظير خطاب ضمان معتمد من أحد البنوك المحلية ينتهي سريانه بعد مضي ثلاثين يوماً من تاريخ حصول الاستلام المؤقت.

٢- بواقع نسبة (٧٥٪) من القيمة المقررة للمواد التي وردها المقاول لاستعمالها في العمل الدائم والتي يحتاجها العمل فعلاً وفقاً للبرنامج الزمني المتفق عليه بالعقد بشرط أن تكون مطابقة للشروط وموافقاً عليها، وأن تكون مشونة بموقع العمل في حالة جيدة بعد إجراء الجرد الفعلي اللازم، وذلك من واقع فئات العقد، وتعامل كالمشونات المواد التي تورد لموقع العمل صالحة للتركيب إلى أن يتم تركيبها.

٣- بعد استلام الأعمال مؤقتاً تقوم اللجنة المختصة بالإشراف بتحرير الكشوف الختامية بقيمة جميع الأعمال التي تمت فعلاً ويصرف للمقاول عقب ذلك مباشرة ما تستحقه بعد خصم المبالغ التي سبق صرفها على الحساب أو أي مبالغ أخرى مستحقة عليه.

وعند استلام الأعمال نهائياً بعد مدة الضمان وتقديم المقاول المستندات الدالة على ذلك يسوى الحساب النهائي ويدفع للمقاول باقي حسابه بما في ذلك التأمين النهائي أو ما تبقى منه.

أما بالنسبة لباقي العقود يكون الصرف وفقاً لما اشتملت عليه شروط التعاقد.

وفي جميع الأحوال، إذا لم يتم الوفاء بالمبالغ المستحقة للمتعاقد في المواعيد المحددة بالعقد تلتزم الجهة الإدارية بأن تؤدي للمتعاقد ما يعادل تكلفة التمويل لقيمة المطالبة، أو المستخلص المعتمد عن فترة التأخير وفقاً لسعر الائتمان والخصم المعلن من البنك المركزي وقت المحاسبة شريطة تقديم مستندات رسمية بالمبلغ المطالب به، ويحال المتسبب للتحقيق مع تحميله بقيمة ذلك".

وبالتالي فإن الإدارة المتعاقدة لا يقع عليها فقط الالتزام بأداء المقابل المالي للعقد، بل يجب عليها أيضاً عدم التأخر في الوفاء بهذا الالتزام عن المواعيد المقررة في العقد، فلا شك أن احترام الإدارة لهذه المواعيد يؤدي إلى تشجيع الأفراد على التعاقد معها، والأثر المترتب على تأخر الإدارة في الوفاء بالتزامها بأداء المقابل المالي للمتعاقد معها يُشكل خطأً من جانبها يؤدي إلى قيام مسؤوليتها التعاقدية ويعطي للمتعاقد معها الحق في اقتضاء التعويض القانوني، من دون حاجة منه إلى إثبات أن هناك ضرراً قد أصابه من جراء ذلك التأخير[١].

ويحتكم القاضي الإداري في هذا الشأن إلى المواد (١١٥٣- ١١٥٤) من القانون المدني الفرنسي ومفاد نص المادة (١١٥٣) من القانون المدني الفرنسي في خصوص الفوائد التأخيرية أن المدين المتأخر في دفع الدين يكون ملزماً بدفع فائدة بنسبة قانونية بدءاً من الإنذار المرسل إليه من الدائن بالدفع ومن دون أن يلتزم الدائن بإثبات الخسارة التي لحقت به.

وبالتالي فإن القاضـــي الإداري طبق قواعد القانون المدني الفرنســـي على مســـؤولية الإدارة التعاقدية الناتجة عن التأخر في أدائها للمقابل المالي التي تقضـــي على أنه : " إذا لحق الدائن ضرر من تأخر مدينه بسوء نية وكان هذا الضرر مستقلاً عن هذا التأخير يجوز لـه طلـب التعويض فضـــلاً عن الفوائـد التـأخيريـة عن الـدين "[٢] ، حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي في أحد أحكامه " بالقول إن مجرد التأخر البسيط للإدارة في دفع المبالغ المسـتحقة عليها، يُنشـئ على عاتقها الالتزام بالتعويض تحت بند فوائد التأخير "[٣].

---

[١] د. حمدي حسن الحلفاوي ، ركن الخطأ في مسؤولية الادارة الناشئة عن العقد الإداري ، ط١، ٢٠٠٢ ،ص ٣١٣.

[٢] د. حمدي حسن الحلفاوي ، المرجع نفسه ،ص٣١٦.

[٣] حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٩/نوفمبر/ ١٩٤٩ .

ويرى جانب من الفقه أن نظام المسؤولية المقرر في نص المادة /١١٥٣ / من القانون المدني الفرنسي لا يطبق على عقود الأشغال العامة حيث يطبق عليها نظام خاص ومفاد هذا الرأي أنه لا مانع من استعارة قواعد المسؤولية المطبقة في القانون الخاص لتطبق فيما لم يرد به نص في القانون العام[١]، ويرى الباحث تأيداً لرأي جانب من الفقه أنه لا مانع من الاستعانة بقواعد المسؤولية المدنية التي يطبقها القاضي العادي في هذا المجال فإذا كانت نظرية المسؤولية العقدية قد تكاملت عناصرها في نطاق القانون الخاص لتفصح عن بنيان قانوني متكامل عكسته قواعدها العامة التي تحكم العقد عموماً وقواعده الخاصة التي تحكم كل عقد من العقود فضلاً عن التدخل التشريعي الذي حسم الكثير من جنباتها ودعم طياتها ومن ثم لا مانع ولا ضرار على القضاء الإداري الذي له الفضل السبق في إزاحة الستار عن كثير من المجالات إذا احتكم إلى المبادئ العامة يلتمس منها سداً لأوجه النقص في النصوص المكتوبة أو القواعد المطبقة[٢].

أما في مصر فإن القواعد المطبقة هي قواعد القانون المدني المصري والتي تشترط لاستحقاق الفوائد التأخيرية أن يكون هناك خطأ من جانب المدين يتمثل بتأخره في الوفاء بالمقابل المالي فمجرد التأخر المذكور يُعد خطأً [٣]، هذا فضلاً عن أن المشرع

---

[1]L.Richer ,op,cit, p 218.

[2]M.letourneur: Les prencipesgeneraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat , E.D.C.E، 1951، p 31.

[٣] المادة (٢٢٦) من القانون المدني المصـــري والتي نصـــت على الآتي: " إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود ، وكان معلوم المقدار وقت الطلب ، وتأخر المدين في الوفاء به ، كان ملزماً بأن يدفع للدائن ، على سـبيل التعويض عن التأخر ، فوائد قدرها ٤٪ في المسـائل المدنية و٥٪ في المسـائل التجارية وتسـري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضـائية بها إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها ، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره".

المصري لم يشترط لاستحقاق الفوائد المذكورة أن يثبت الدائن أن ضرراً قد لحقه من ذلك التأخير[1].

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية في العديد من أحكامها على تطبيق أحكام القانون المدني المصري على الروابط الإدارية حيث ذهبت في أحد أحكامها إلى أنه: " وغني عن البيان أن هذه الأحكام (أحكام نص المادتين ٢٢٨، ٢٢٦ من القانون المدني) وإن وردت في القانون المدني إلا أن قضاء هذه المحكمة مستقر على سريانها في نطاق العقود الإدارية باعتبارها من الأصول العامة في الالتزامات وأن الأعمال المتعلقة بتوريد الأشياء أو بالمحلات والمكاتب التجارية أو بالمحلات المعدة للبيع بالمزايدة أو بالملاعب العمومية تعتبر عملاً تجارياً"[2].

وبصدد تحديد الموعد الذي تعدّ الإدارة بعد مروره متأخرة في الوفاء بالتزاماتها المالية تجاه المتعاقد معها فقد نصت اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات المصري الحديث سالفة الذكر على الآتي: " تلتزم الجهة الإدارية المتعاقدة بأن تصرف للمقاول دفعات تحت الحساب تبعاً لتقدم العمل وذلك خلال ستين يوماً من تاريخ تقديم المستخلص لها، تلتزم خلالها بمراجعته والوفاء بقيمة ما تم اعتماده، وإلا التزمت بأن تؤدي للمقاول تعويضاً يعادل تكلفة التمويل لقيمة المستخلص المعتمد، بعد استنزال ما قد يكون مسدداً للمقاول من دفعات مقدمة عن كل مستخلص، وذلك عن فترة التأخير التي تجاوز مدة الستين يوماً المشار إليها.."

---

[1] المادة (٢٢٨) من القانون المدني المصري والتي نصت على أنه: " لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير القانونية أو الاتفاقية أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير".

[2] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، رقم/ ٣٩٦٩/ في ١٩ / ٩/٢٠٠٠.

ويرى الباحث أن التعويض عن التأخير في الوفاء بالمقابل المالي محدد بشكل نهائي في ظل اللائحة المشار إليها أعلاه من حيث موعد استحقاقه و قيمته، وبغض النظر عما يكون قد لحق المتعاقد مع الإدارة من ضرر سببه التأخير في الوفاء بالمقابل المالي، حيث يستوي التزام الإدارة بأداء التعويض ألا يكون المتعاقد قد أصابه ضرر من جراء التأخير أو أنه أصيب بضرر يفوق في جسامته قيمة التعويض.

وفي سورية فقد نص المشرع على ضرورة دفع الثمن بحلول أجله حيث نص القانون المدني في المادة /٤٢٩/ في بيع العروض وغيرها من المنقولات على أنه:" إذا اتُفق على ميعاد لدفع الثمن وتسليم المبيع، يكون البيع مفسوخاً دون حاجة إلى إعذار إن لم يُدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك. وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره".

وقد جاء في حكم حديث لمحكمة القضاء الإداري السورية عام ٢٠٢٠ الآتي:

" ومن حيث إن الثابت من محضر الاجتماع الذي تم عقده بين ممثلي كل من الطرفين المتنازعين من أجل مناقشة المواضيع المعلقة بالعقود المبرمة بين الجهة المدعية – شركة أساس – وبين الجهة المدعى عليها – شركة إيبلا للنفط – ومنها موضوع التأخر الحاصل في دفع الفواتير المستحقة للشركة عن الأعمال المنجزة باتفاقية الأسعار موضوع الدعوى – المعتمدة أصولاً من قبل الجهة المدعى عليها – بأن الجهة المدعية كانت قد قامت بتنفيذ جميع الأعمال المتفق عليها والتي تم طلبها من قبل الجهة المدعى عليها قبل تاريخ انتهاء اتفاقية الأسعار وبأن هذه الأخيرة قد قامت باستلامها أصولاً، وقد بين ممثلي الطرفين في الاجتماع المذكور بأن قيمة تلك الأعمال قد بلغت /٤٩٧.٣٧٩.٥٣٦/ل.س وقد تم تسجيلها لدى الجهة المدعى عليها وقد أكدت الجهة المدعى عليها – شركة إيبلا للنفط – في محضر الاجتماع المذكور على قيام الجهة المدعية بتنفيذ تلك الأعمال وباستلامها لها وباستحقاق الجهة المدعية لقيمة الأعمال

المذكورة وبأنها ستقوم بإيجاد الحل المناسب لصرف المبالغ المستحقة للجهة المدعية بأسرع وقت وقد تم توقيع المحضر المذكور من ممثلي الطرفين بالإضافة إلى رئيس مجلس إدارة الجهة المدعى عليها الذي سبق وأن أبرم اتفاقية الأسعار موضوع الدعوى مع الجهة المدعية الأمر الذي يدحض ما دفعت به جهة الإدارة من أن المحضر المذكور هو محضر تمهيدي، ومن حيث إنه من المعلوم قانوناً واجتهاداً بأن الإقرار بالحق يعتبر سيد الأدلة في الأمور المدنية ولا يجوز المناقشة والمجادلة في صحته لطالما لم يمارس أي ضغط أو إكراه بحق صاحبه – وبما أن الجهة المدعى عليها كانت قد أقرت بقيام الجهة المدعية بتنفيذ كامل التزاماتها حتى تاريخ انتهاء اتفاقية الأسعار موضوع الدعوى وباستلامها للأعمال المنفذة كما أقرت باستحقاقها لقيمة تلك الأعمال من خلال محضر الاجتماع كما سلف بيانه – وبما أن الضغط والإكراه لا يمكن تصور وقوعه أو ممارسته على الجهات العامة في معرض إقرارها بحقوق المتعهدين المتعاقدين معها فلا يجوز لها بعد ذلك نقض ما تم على يديها حيث إن من سعى لنقض ما تم على يديه فسعيه مردوداً عليه.

وحيث إن الخبرة الفنية الأحادية التي استعانت بها المحكمة في الصدد محل النزاع قد أكدت على حق الجهة المدعية بالمبالغ المطالب بها والناجمة عن اتفاقية الأسعار موضوع الدعوى فإن مطالبة الجهة المدعية بتلك المبالغ في ضوء ما تم شرحه تغدو قائمة على مستندها القانوني الصحيح وتكون جديرة بالقبول.

ومن حيث إنه عن مطالبة الجهة المدعية بالتعويض عن الضرر اللاحق بها جراء امتناع الجهة المدعى عليها عن تسديد استحقاقاتها المالية الناجمة عن اتفاقية الأسعار موضوع الدعوى فإنه وفقاً لما هو معلوم قانوناً أن التأخر في تسديد الديون المستحقة أو امتناع المدين عن تسديدها إلى الدائن إنما يترتب الفائدة القانونية على الدين

المستحق ولا يترتب التعويض وبما أنه ثبت كما سلف بيانه استحقاق الجهة المدعية للمبالغ المطالب بها في الدعوى فإن ما تستحقه في هذا الشأن هو الفائدة القانونية بنسبة ٥٪ (خمسة بالمائة) سنوياً على المبلغ المحكوم به اعتباراً من تاريخ اكتساب الحكم الدرجة القطعية وحتى الوفاء التام، نزولاً على المبدأ الذي استقر عليه مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري في العديد من أحكامه".[1]

كما أكدت على ذلك اللجنة المختصة في قسم الفتوى والتشريع في مجلس الدولة السوري على وجوب دفع المستحقات المالية الناجمة عن الأعمال الإضافية التي كلفت المتعاقد بها من خلال الرأي الآتي:

"ومن حيث إنه تبين من الأوراق المبرزة في ملف القضية أن وحدة الإنشاء والتدعيم إنما تطالب باستحقاقاتها المالية الناجمة عن أعمال إضافية (زائدة عن الأعمال المتعاقد عليها) نفذت وانتهت فعلاً.

ومن حيث إن الحالة المعروضة إنما يحكمها بلاغ رئاسة مجلس الوزراء رقم (٧٩/ب/١٥/٢٨٧٨) المؤرخ في ١٩٨١/٧/١٣ الذي أوضح بأن الغاية من إبرام أي عقد هي تنظيم وتوضيح الحقوق والالتزامات المستقبلية خلال فترة التنفيذ المقبلة بين الأطراف المتعاقدة لذلك فإنه من غير الجائز في المفهوم القانوني تنظيم عقد عن علاقة قامت وانتهت، وأنه من المتوجب أصلاً من أجل تسوية الموضوع تأليف لجنة فنية تقوم بتقدير الأعمال التي قام بها المتعهد وذلك على أساس قاعدة الإثراء بلا سبب وفق أحكام المادة /١٨٠/ من القانون المدني التي تشكل واحداً من مصادر الالتزام على أن يجري تحديد قيمة الأعمال المنفذة وفقاً للأسعار الواردة في العقد الأصلي.

[1] حكم محكمة القضاء الإداري في القضية ذات الرقم (٢/١٦٩٣) لعام ٢٠٢٠ م القرار رقم (٢/٢٧٩) لعام ٢٠٢٠م غير منشور.

ومن حيث إنه وفي هدى ما تقدم يتعين على الإدارة المستفتية الاستهداء بالمبدأ الذي قرره البلاغ الملمع إليه وذلك ابتغاء معالجة الحالة مدار البحث بأن تطبق القاعدة نفسها التي أرساها البلاغ المذكور في هذا الصدد والالتزام بالنهج الذي رسمه

لهذه الأسباب قررت المحكمة صرف كلف تنفيذ تلك الأعمال بعد حصرها أصولاً ووفقا للأسعار الواردة في العقدين الأساسيين وذلك استهداء بالمبدأ الذي أقره البلاغ ذو الرقم (٧٩/ب/١٥/٢٨٧٨) الصادر عن رئاسة مجلس الوزراء بتاريخ ١٩٨١/٧/١٣".[١]

ويرى الباحث أن هذا الرأي في مكانه الصحيح من وجوب دفع المستحقات المالية للمتعاقد مع الإدارة مباشرة لأن الأساس الذي تعاقد بموجبه معها هو الحصول على المقابل المادي المتفق عليه وإلا لما أقدم على السير في هذا الاتجاه وأدى ذلك إلى نفور الأشخاص من التعاقد مع الإدارة لا في ذلك إضرار في مصالحهم و أموالهم، وحتى لا يترتب على ذلك أعمال قاعدة إثراء الإدارة بلا سبب على حساب المتعاقدين معها.

كما يرى الباحث أن الرأي المتعلق بوجوب دفع نسبة الفائدة ٥٪ بدلاً من التعويض هو أيضاً في مكانه الصحيح أسوة بالدعاوى المدنية والتي تحكم بفائدة ٤٪ من تاريخ اكتساب الحكم الدرجة القطعية حتى تاريخ الوفاء التام ولا وجه للتعويض في هذه الحالة لأنه لم يحدث أضرار بالمتعاقد مع الإدارة وأن ذلك يعتبر في منزلة احتباس مال المتعاقد ولكن يرى الباحث أن تكون احتساب الفائدة من تاريخ المطالبة وليس من تاريخ اكتساب الحكم الدرجة القطعية وذلك في حالة الحكم لصالحه لأن في الحالة الثانية سيكون إجحاف بحقه بالنسبة إلى مدة الفائدة في حال كان هنالك إطالة في أمد التقاضي .

[١] رأي اللجنة المختصة في قسم الفتوى والتشريع السوري، الرأي رقم (٢٧١) لسنة ٢٠٠٦م في القضية رقم (٦٦٢) لسنة ٢٠٠٦م

وهكذا نكون قد انتهينا من معالجة موضوع تأخر الإدارة في دفع المستحقات المالية للمتعاقد معها وحريّ بنا أن نبين ما هو الحال فيما إذا حدثت تطورات اقتصادية أدت إلى تقلبات الأسعار وهذا ما سوف نعالجه في المبحث الثالث.

المبحث الثالث

عدم مراعاة تقلبات الأسعار

قد تطرأ في أثناء تنفيذ العقد الإداري زيادة في الأسعار المحددة في العقد، ففي هذه الحالة إذا تضمن العقد الإداري المبرم بين الإدارة والمتعاقد شرطاً يقضي بزيادة الأسعار المحددة في العقد في حال زيادة أسعار المواد التي تسهم في تنفيذ هذا العقد فيعدّ هذا الشرط ملزماً للطرفين، فلا تستطيع الإدارة المتعاقدة التحلل من هذا الشرط وذلك لأن امتناعها عن تطبيقه يعدّ إخلالاً من جانبها يؤدي إلى قيام مسؤوليتها التعاقدية.

ففي فرنسا اتجه القضاء الإداري إلى أنه في حالة وجود شرط في العقد أو في الوثائق الملحقة به يمنح للملتزم في أن يُعدل من الرسوم المقررة عند توافر ظروف اقتصادية استثنائية غير متوقعة فإن رفض الجهة الإدارية مانحة الالتزام من دون سند شرعي يُعدّ خطأ تعاقدياً من جانبها يولد مسؤوليتها التعاقدية. ووفقاً لذلك فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي أن: " الشركة الملتزمة لها الحق في إعادة النظر في قائمة الأسعار وأن رفض مجلس مدينة (Toulon) طلب الشركة ليس له ما يسوّغه ومن شأن هذا الرفض تقرير مسؤولية مجلس المدينة التعاقدية"، فالملتزم ما كان يهدف من جراء إبرامه عقد الامتياز سوى تحقيق ربح أو أقصى معدل للربح من خلال ما سوف يحصل عليه من رسوم من المنتفعين بخدمات المرفق العام، ومن ثم إذا ما حدثت ظروف أدت إلى الانتقاص من معدل الربح الذي يحصل عليه أو تحمله خسائر فادحة من وراء إدارته لهذا المرفق وفي الوقت ذاته رفضت الجهة الإدارية من تمكينه من اللجوء إلى استعمال الشرط المقرر في بنود العقد استقلالاً أو في الدفاتر الملحقة أو بتعويضه عما تكبده من نقصان في فروق الأسعار أو الخسائر فإن له في هذه الحالة

اللجوء إلى القضاء لمطالبة الإدارة بتعويضه عن الأضرار التي حاقت به. وفي المقابل إذا خلا العقد الإداري بالتزام المرافق العامة من هذا الشرط فإنه لا يجوز للملتزم أن يطالب الإدارة بالتعويض عن فروق الأسعار بناءً على مسؤوليتها التعاقدية. حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي أن:" البلدية لا يمكن أن تعترض على شكل التعاقد لإدراج شرط إعادة النظر في السعر حيث يعدّ الملتزم بذلك قد قصّر في التزاماته التعاقدية بعدم النص على ذلك الشرط في العقد"، فالإدارة مانحة الالتزام إذا رفضت النص على ذلك الشرط في العقد بينها وبين المتعاقد فلا يمكن للقاضي المختص في نظر المنازعات التعاقدية أن يحل محلها في اشتراط هذا الشرط وبالتالي لا يستطيع أن يحكم بزيادة الرسم المقرر في العقد إلا إذا كان عقد الامتياز نفسه ينص على قواعد تتضمن تغيير السعر تلقائياً وفقاً لتغير الظروف المحددة بمقتضى العقد، وذلك إذا حدث خلاف بين الإدارة والملتزم حول نسبة الزيادة التي يجب تقريرها لمواجهة الظروف المستجدة .

وفي مصر وباستعراض أحكام اللائحة التنفيذية بقانون تنظيم التعاقدات المصري والتي تنص على أنه: " إذا استلزم الأمر عند التعاقد النص على جواز تعديل الأثمان المتعاقد عليها بنسبة ما قد يطرأ أثناء التنفيذ على أسعار بعض المواد أو على أجور العمال من ارتفاع فيجب النص في العقد على حد أقصى لنسبة الزيادة مع حفظ حق الحكومة في الإفادة مما قد تتعرض له الأسعار أو الأجور من خفض"، وبهذا المعنى جاء حكم محكمة القضاء الإداري المصرية عندما قالت: "على مجلس إدارة الكهرباء والغاز لمدينة القاهرة تحديد سعر التيار الكهربائي المورد للحكومة والهيئات مرة واحدة كل خمس سنوات إلا إذا اقتضت الضرورة إعادة النظر خلال هذه المدة مما يفيد أن السعر الوارد بالعقود المبرمة بين الإدارة المذكورة والمستهلكين ليس سعراً ثابتاً بل إنه

قابل للتعديل بالزيادة أو النقص طبقاً لمقتضيات المصلحة العامة ومن ثم فإن هذا المجلس من حقه تعديل السعر للتيار الكهربائي المورد"[1].

حيث يشترط لثبوت حق المتعاقد مع الإدارة في فروق الأسعار أن يتضمن العقد نصاً صريحاً بمحاسبة المتعاقد عن الزيادة في الأسعار، فإذا لم يوجد مثل هذا الشرط ، فلا يكون للمتعاقد مع الإدارة حق المطالبة في فروق أسعار مواد البناء التي تطرأ في أثناء تنفيذ العقد، ولو تعلقت هذه الزيادة بأسعار المواد الخاضعة إلى التسعير الجبري وذلك لأن المتعاقد قَبِلَ التعاقد من دون اشتراط الحصول على هذه الفروق.

وهذا ما انتهت إليه المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها حيث ذهبت إلى أن: "عدم أحقية المتعاقد مع الإدارة في فروق الأسعار، الناجمة عن زيادة أسعار الجمالون لأنه لم يحتفظ في عطائه المقدم لجهة الإدارة باستحقاقه لهذه الزيادة " [2]، كما ذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري إلى أن: " عدم أحقية المقاول في تقاضي فروق أسعار مواد البناء التي طرأت أثناء تنفيذ العقد ولو تعلقت بأسعار المواد الخاضعة للتسعير الجبري في حالة قبوله التعاقد دون اشتراط الحصول على هذه الفروق ..."[3].

أما إذا تضمن العقد نصاً على أحقية المتعاقد مع الإدارة في الحصول على أي زيادة تطرأ في الأسعار فإنه يجب الاعتداد بهذا النص لأنه يعدّ من الشروط التعاقدية التي

---

[1] حكم محكمة القضاء الاداري , ١٩٦١/١/٢٤ , السنة (١٥) قضائية , ص١٢١ .

[2] انظر حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر في الطعنين رقمي(٣٧٣،٤٢٥) بتاريخ ١٩٩٩/٣/٢ مشار إليه لدى: د. حمدي حسن الحلفاوي ، مرجع سابق ، ص٣٢٨ هامش رقم (٢).

[3] انظر فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة (فتوى رقم ١٠٤٥ بتاريخ ١٩٩١/١١/٢٨) مشار إليها لدى: د. محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية و قوانين المزايدات والمناقصات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام ٢٠٠٤ ، الكتاب الثاني ، تنفيذ العقد الإداري ، ص٣٥٧.

يترتب على الإخلال بها من جانب الإدارة قيام مسؤوليتها التعاقدية[1]. كذلك إذا قامت الإدارة بتسليم المتعاقد تصاريح مواد البناء بعد فوات المدة المحددة للتسليم فإنها بذلك تكون أخلت بالتزامها قِبلَ المتعاقد، ومن ثم تنعقد مسؤوليتها التعاقدية بالتعويض، فتلتزم بتعويض المتعاقد عن الضرر الذي يكون أصابه بتحمله زيادة أسعار مواد البناء متى ثبت أن هذه الزيادة قد حدثت بعد فوات المدة المحددة لتسليمه هذه التصاريح ، فتلتزم الجهة الإدارية في هذه الحالة بدفع فروق الأسعار[2].

أما في عقود التزام المرافق العامة فإذا احتوى العقد شرطاً يجيز إعادة النظر في قائمة الأسعار في حالة تحقق بعض الظروف الاقتصادية غير المتوقعة، فإن الإدارة لا تستطيع أن توقف إعمال هذا الشرط لأن ذلك يؤدي إلى تحقق مسؤوليتها التعاقدية[3].

أما في سورية فقد نص نظام العقود الموحد رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤ في المادة (٦٣) منه على الآتي:

" مع مراعاة أحكام المادتين (٤٩ و ٥٣) من هذا النظام إذا طرأ بعد تقديم العرض وطيلة مدة تنفيذ العقد فقط ارتفاع في الأسعار أدى إلى زيادة تكاليف مجموع الأجزاء التي لم تنفذ بنسبة تزيد على (١٥٪) من قيمتها بموجب التعهد يتحمل المتعهد (١٥٪) من هذه الزيادة وتتحمل الجهة العامة باقي الزيادة ".

وقد ذهب الاجتهاد القضائي الإداري السوري إلى وجوب وجود تحفظ من المتعهد على الكشف النهائي إذ ذهب القسم الاستشاري للفتوى والتشريع في مجلس الدولة السوري

---

[1] د. حمدي حسن الحلفاوي ، مرجع سابق ، ص٣٣٠.

[2] د. احمد محمود جمعة : العقود الإدارية طبقاً لإحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد ، بدون سنة طبع ، بدون دار نشر،ص٤٧٥.

[3] د. محمد ماهر أبو العينين ، مرجع سابق ، ص٢١٢.

إلى أن: " تَحفّظ المتعهد على فروقات ارتفاع الأسعار للمواد الداخلة بالتعهد بموجب كتاب يحفظ في ملف التعاقد لا يقوم مقام التحفظ على الكشف النهائي و لا يُغني عنه تأسيساً على أن المشرع في قانون العقود ودفاتر الشروط العامة للمناقصات والتعهدات التي تجريها الجهات العامة لتأمين احتياجاتها رسم طرق معينة للمطالبة بالحقوق قِبلَ الجهات العامة ولا يمكن استبدال هذا الطريق أو ذاك الإجراء بطريق أو إجراء آخر خلافاً لإرادة المشرع وعليه فإن وسيلة المتعهد للمطالبة بأي حق من حقوقه بعد توقيعه على الكشف النهائي أن يكون قد تحفظ بهذا الطلب على الكشف النهائي فإن لم يفعل يعتبر قابلاً بمضمون الكشف وبحقوقه المدونة فيه".[1]

فاجتهاد القضاء الإداري السوري قد جرى على أن التعويض عن ارتفاع الأسعار هو تعويض قانوني مقرر بمقتضى أحكام المادة /٦٣/ من نظام العقود الموحد رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤على أن يكون التنفيذ ضمن المدة القانونية وأن يتقدم المتعاقد بطلب تعويضه عن هذه الزيادة في الأسعار خلال مدة تنفيذ العقد إضافة إلى أن المتعهد يتحمل الزيادة التي تكون ضمن ١٥٪ من الارتفاع الحاصل وما فوق ذلك تقوم الجهة الإدارية المتعاقدة بتعويضه.

حيث جاء الآتي في أحد آراء اللجنة المختصة في قسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة السوري:

" ومن حيث إن المحكمة وبعد التمعن والتبصر بوقائع الدعوى وحيثياتها وبتقارير الخبرة الفنية الجارية أمامها وجدت أن الخبرة الفنية الثلاثية قد قامت على أسس سليمة وصحيحة وجاءت جامعة لموجباتها وموافقة للأصول والقانون واجتهاد القضاء الإداري فقد تضمنت حساباً صحيحاً للزيادات الطارئة على أسعار المواد المستعملة وأجور

[1] رأي القسم الاستشاري للفتوى والتشريع في مجلس الدولة السوري رقم (٦٦) لسنة ٢٠٠٩ في القضية رقم (١٥٥) لسنة ٢٠٠٩.

التركيب في تنفيذ التعهد موضوع الدعوى وقامت بحسم نسبة الـ ١٥٪ من قيمة الأعمال المنفذة التي يتحملها المتعهد وفق حكم المادة /٦٣/ من القانون /٥١/ لعام ٢٠٠٤ والاجتهاد المستقر لدى مجلس الدولة وحيث إن الخبرة الفنية الثلاثية المذكورة التي استعانت بها المحكمة في الصدد محل النزاع قد جددت قيمة التعويض الذي تستحقه الجهة المدعية _ المدعى عليها تقابلاً _ لقاء فروقات الأسعار الطارئة على العقد محل التعهد فإنه يغدو من حق الجهة المدعية اقتضاء المبلغ المذكور من الجهة المدعى عليها . المدعية – تقابلاً – وتغدو دعواها في هذا الشأن مستوجبة القبول، ومن حيث إنه لجهة مطالبة الجهة المدعية –المدعى عليها– بالفائدة القانونية عن المبلغ المستحق لها كتعويض عن فروقات الأسعار فإنه ونزولاً على الاجتهاد المستقر لدى مجلس الدولة فإن الفائدة القانونية إنما تستحق لها نسبة ٥٪ (خمسة بالمائة) سنوياً على المبلغ المحكوم به اعتباراً من تاريخ اكتساب الحكم الدرجة القطعية وحتى الوفاء التام.

ومن حيث إن المادة /٥٠/ من المرسوم التنظيمي رقم /١٩٥/ لعام ١٩٧٤ قد نصت على أنه إذا طرأ بعد تقديم العرض وطيلة المدة المحددة في العقد لتنفيذه ارتفاع بالأسعار جعل تنفيذ الالتزام كلياً أو جزئياً مرهقاً وتقدم المتعهد بطلب إلى الجهة المتعاقدة تُراعي لجنة التحكيم أحكام القوانين والأعراف التجارية وذلك مع مراعاة أحكام المادة /٤٣/ من هذا النظام وعلى أن يتحمل المتعهد الزيادة الناجمة عن ارتفاع الأسعار إذا كانت لا تتجاوز ١٥٪ من قيمة العقد، وقد نصت المادة /٥٦/ب/ من النظام المذكور بأنه لا يجوز تضمين العقود شروط تخالف أحكام هذا النظام ودفتر الشروط العامة ومن خلال ما تقدم يتبين أن البت في موضوع المطالبة بزيادة الأسعار بالنسبة للعقود المبرمة في ظل المرسوم التنظيمي رقم /١٩٥/ لعام ١٩٧٤ يتم بشكل عام عبر لجنة التحكيم

المنصوص عليها بهذا المرسوم بعد تقديم المتعهد طلب بهذا الخصوص إلى الجهة المتعاقدة وأن ورود مادة في نصوص العقد تفيد بعدم أحقية المتعهد بالمطالبة بأي تعويض ينشأ عن ارتفاع الأسعار لا يمكن الأخذ بها والركون إليها من أجل حرمان المتعهد من هذا الحق لأن هذه المادة الواردة بالعقد المُستفتى بشأنه تخالف أحكام المرسوم المذكور والتي تقضي بأحقية المتعهد بطلب التعويض عن ارتفاع الأسعار في حال تجاوز هذا الارتفاع بنسبة ١٥٪ من قيمة التعهد" [١].

كما أخذت بهذا التوجه محكمة القضاء الإداري السورية في حكم حديث لها عام ٢٠١٩ جاء فيه:

" ومن حيث إنه لجهة المطالبة بالتعويض عن فروقات الأسعار للمواد الأولية المستخدمة في تنفيذ العقد و أجور اليد العاملة من الثابت أن المتعهد كان قد وقّع الكشف النهائي دون أن يتحفظ فيه على فروقات الأسعار وأن الاجتهاد قد استقر على أن الكشف النهائي هو خاتمة المطاف وتوقيعه من قبل المتعهد بدون تحفظ يعني إبراء للإدارة من هذا المطلب ولا يغير من الأمر شيئاً ما كان قد دفع به المدعي بأنه كان قد أقام دعوى سابقة قبل تنظيم الكشف النهائي وتنازل عن الدعوى دون الحق لأن العبرة في المطالبة في استدعاء هذه الدعوى الحالية وهو مقدم تنظيم الكشف النهائي وكان عليه أن يتحفظ على الكشف النهائي وما دام أنه لم يفعل فلا مجال للحكم له بهذا الطلب خلافاً لما انتهت إليه الخبرة"[٢].

---

[١] رأي القسم الاستشاري للفتوى والتشريع في مجلس الدولة السوري ، رقم (٢٧٨) لسنة ٢٠٠٨ في القضية رقم (٥٥٤) لسنة ٢٠٠٨غير منشور.

[٢] حكم محكمة القضاء الإداري السوري، القرار رقم (٣/٣١٤) لعام ٢٠١٩م في القضية ذات الرقم (٣/٥٨٥) لعام ٢٠١٩ غير منشور.

كما أكدت اللجنة السابقة على أنه لا فرق بين المواد المحصور بيعها في القطاع العام أم لا، في تعويض المتعاقد عن فروق الأسعار في حال حدوثها برأيها الحديث لعام ٢٠١٩ الذي جاء فيه:

" يجوز للجهة الإدارية أن تطبق المبدأ الذي استقرت عليه أحكام محكمة القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا في اعتبار أن رفع سعر أية مادة من المواد التي ينحصر بيعها أو توزيعها في جهات القطاع العام يؤدي الى تعويض المتعهد عن كامل الفرق على الأسعار في المدى الزمني المحدد لإنجاز الأعمال أو الفترة اللاحقة إذا كان التأخير مبرراً فضلاً عن أن المادة /٣٣/ من المرسوم /٤٥٠/ لعام ٢٠٠٤ حددت كيفية حساب التعويض المنصوص عنه بالمادة /٦٣/ من نظام العقود.

ومن حيث إن أحكام المادة /٣٦/ من المرسوم رقم /٤٥٠/ لعام ٢٠٠٤ المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود الموحد نصت على الآتي: " إن تنظم الجهة العامة للمتعهد كشوفاً شهرية عن الأعمال والتحضيرات المنجزة من قبله بحيث تشمل هذه الكشوف...".

ومن حيث إنه طالما أن تلك المواد التي ينحصر بيعها أو توزيعها في جهات القطاع العام يمكن حصر كمياتها بتاريخ الزيادة من خلال كشوف الأعمال المنفذة فيمكن للجهة الإدارية احتساب هذه الكميات ودفع فروقات الأسعار عنها.

ومن حيث إنه غنياً عن النقاش إن استحقاق المتعهد الفروقات الناجمة عن الارتفاع الطارئ لأسعار المواد المحددة الأسعار رسمياً تكون عن المواد المستهلكة في تنفيذ

التعهد بدءاً من تاريخ الزيادة وحتى انتهاء المدة المحددة لتنفيذ الأعمال أو الفترة اللاحقة إذا كان التأخير مبرراً....[1]

ويرى الباحث أن الأحداث التي مرت بها الجمهورية العربية السورية منذ تاريخ ٢٠١١/٣/١٥ وما خلفته من حصار اقتصادي من بعض الدول التي أسهمت بشكل مباشر أو غير مباشر في العدوان على سورية قد أرخت بظلالها على مناحي الحياة كافة ذلك أن هذه الأزمة قد أثرت على الأوضاع الاقتصادية وانعكست سلباً على قيمة العملة الوطنية في مقابل العملات الأجنبية ما أخل بالتوازن المالي للعقد، وفي هذا الصدد فقد استقر اجتهاد القضاء الإداري على أن إقرار مبدأ التعويض عن زيادات الأسعار الطارئة في تنفيذ الالتزام متى كانت الزيادة من الضخامة بحيث تجاوز النسبة التي يتحملها المتعهد وقد حُددت هذه النسبة بـ /١٥٪/ من قيمة التعهد المنصوص عليها في المادة /٦٣/ من القانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤، فإذا جاوزت الزيادة الطارئة على الأسعار النسبة المتقدمة كانت مرهقة وأصبح من حق المتعهد المطالبة بالتعويض عن هذه الزيادة بما يجاوز الحد الذي يتحمله وذلك إسهاماً من الإدارة في تحمل عبء الزيادة المرهقة التي تؤدي إلى خسارة فادحة فإذا كانت هناك عوامل كثيرة يمكن أن تطرأ خلال فترة تنفيذ العقد تؤدي إلى زيادة تكاليف التعهد فإن أهم هذه العوامل التي ظهرت في الآونة الأخيرة والتي أثرت على التوازن المالي للعقد هو تغير سعر صرف الليرة السورية في مقابل العملات الأجنبية والذي هدد المتعهدين بخسائر فادحة لا طاقة لهم على تحملها في معرض تنفيذهم للعقد، وإن مجلس الدولة قد أقر مبدأً قانونياً عالج من خلاله هذا الموضوع عن طريق وضع أسس لاحتساب التعويض، والذي كرسته وزارة المالية بموجب رأيها

[1] رأي اللجنة المختصة في القسم الاستشاري للفتوى والتشريع في مجلس الدولة السوري رقم (٢٨٦) لسنة ٢٠٠٧ في القضية رقم ٦٥٥/ ف لسنة ٢٠٠٧ غير منشور.

رقم /٥٧/٥/١٢٣ تاريخ ٢٠١٥/٢/١ الذي بينت من خلاله أن زيادة الأسعار نتيجة ارتفاع أسعار صرف العملات الأجنبية في مقابل الليرة السورية ينعكس على قيمة المواد المتعاقد عليها و يُحّمل المتعهد أعباء فروقات الأسعار وبالتالي فإنها تدخل ضمن أحكام المادة /٦٣/ من نظام العقود والمادة /٣٣/ من دفتر الشروط العامة الصادر بالمرسوم رقم /٤٥٠/ لعام ٢٠٠٤ وتجدر الإشارة في هذا الخصوص إلى أن بعض الجهات العامة تتردد في احتساب التعويض للمتعهدين المتعاقدين معها وتطلب منهم مراجعة القضاء للمطالبة به، مخالفةً بذلك ما تقضي به المادة (٣٣) من دفتر الشروط العامة التي أُوكلت إليها احتساب التعويض عن طريق لجنة تشكلها لهذا الأمر.

وهنا لا بد من التوضيح أن مبادئ القانون الإداري تفترض أن المتعهد في منزلة وكيل يقوم بتنفيذ الأعمال المتعاقد عليها نيابة عن الإدارة التي لا تملك الخبرة والإمكانيات اللازمة لتنفيذ تلك الأعمال، مما لا يجوز تحميله خسائر وأضرار نتيجة لتعنت الإدارة في التعامل معه أو لتعاملها معه خلافاً لنصوص القانون والعقد المبرم معه وخلافاً لموجبات حسن النية وقواعد العدالة المفترضة .

ولا بد من الإشارة إلى أن التعويض عن فروق الأسعار يعد من المسائل الفنية التي يصعب على القاضي الإداري الإلمام بعملية احتسابه وتحديد مقداره إلماماً كافياً فإنه يتم الاستعانة بخبراء متخصصين ليتولون تقديم خبرتهم على ضوء الأسس الراسخة المعمول بها والنصوص القانونية التي تحكم موضوع النزاع .

بناءً عليه فإن المجال الأكثر تطبيقاً لهذا الموضوع هو في ظل الأوضاع الراهنة في القطر منذ عام ٢٠١١ حيث هنالك ارتفاعاً مستمراً بالأسعار وبالتالي لابد من تعويض المتعاقد عن فروقات الأسعار بشرط أن يكون الارتفاع حدث أثناء تنفيذ العقد أي أنه يستخدم مواداً في العقد قد ارتفع سعرها ولابد من استخدامها لتتمة الأعمال المتعاقد عليها، لا أن يكون قد انتهى من العقد وتم تسليمه للإدارة ولاحقاً يطالب بفروق الأسعار لأن في ذلك إثراء على حساب الإدارة.

ولكن في حال كان الارتفاع كبير جداً ويرهق المتعاقد، فيرى الباحث أن يتم فسخ العقد وتعويض المتعاقد عن الارتفاع الذي حصل في ظل الأعمال التي أنجزها.

وبذلك نكون قد تكلمنا عن أحد أهم صور إخلال الإدارة بتنفيذ التزاماتها المالية ولا بد لنا من الحديث عن إخلال الإدارة برد التأمين النهائي وهذا ما سيكون عنواناً للمبحث الرابع من هذا الفصل.

المبحث الرابع

إخلال الإدارة بالتزامها برد التأمين النهائي

يُعرف التأمين بأنه: "ضمان لجهة الإدارة، تتجنب به آثار الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد في أثناء تنفيذ العقد الإداري، ويضمن لها ملاءمته لمواجهة المسؤولية الناتجة عن تقصيره[١]". وينقسم التأمين إلى قسمين هما : " تأمين أولي وتأمين نهائي".

فالتأمين الأولي (المؤقت) غالباً ما يكون بنسبة محددة من قيمة العطاء موضوع التعاقد، والغرض من هذا التأمين هو ضمان جدية المتقدم للتعاقد وحمله على تنفيذ العقد، أما التأمين النهائي فهو ضمان للإدارة تجاه المتعاقد من أجل تنفيذ ما التزم به في العقد الإداري، ويكون التأمين مبلغاً من المال أو خطاب ضمان صادر من أحد المصارف بقيمة التأمين ويضمن التأمين ملائمة المتعاقد عند مواجهة مسؤولياته المالية عند التنفيذ[٢]. وتلتزم الإدارة بالإفراج عن التأمين النهائي فور إتمام التنفيذ أو بانتهاء مدة الضمان حسب الاتفاق، ومن دون طلب المتعاقد، فإذا أخلت الإدارة بتنفيذ التزامها سواء في عدم رد التأمين النهائي أو التراخي في رده للمتعاقد معها دون مسوّغ مشروع ولتعارض ذلك مع ما يوجبه تنفيذ العقود الإدارية من توافر لمبدأ حسن النية، فإن ذلك يشكل خطأً من جانبها يثير مسؤوليتها التعاقدية[٣].

ففي فرنسا قضى مجلس الدولة الفرنسي أن " بالتزام الإدارة منذ التسليم النهائي برد مبلغ الكفالة، ومن ثم تكون مسؤولة عن الضرر الناتج عن ذلك"[٤].

---

[١] د. حسان عبد السميع هاشم ، الجزاءات المالية في العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ ، ص١٠١.

[٢] د. عمر حلمي فهمي ، مرجع سابق، ص٢٦٢.

[٣] د. حمدي حسن الحلفاوي ، مرجع سابق ، ص٣٣٦.

[٤] حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٣/ آذار / ١٩٥٨.

وتأسيساً على ما تقدم فإن التزام الإدارة بالرد، مشروط بقيام المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته التعاقدية، أو انتهاء مدة التأمين في حالة الاتفاق على ذلك، فإذا لم يتم التسليم النهائي لوجود عيوب لم يقم المتعاقد بإصلاحها ففي هذه الحالة يحق للإدارة مصادرة التأمين[1].

أما في مصر فقد نص المشرع في المادة (٢٢) من قانون تنظيم التعاقدات السالف ذكره على الآتي:

".....ويجب رد التأمين المؤقت إلى أصحاب العطاءات غير المقبولة فنياً دون توقف على طلب منهم، وذلك فور انتهاء جميع إجراءات مرحلة البت الفني، ويجب رد التأمين المؤقت إلى المتزايدين الذين لم ترس عليهم المزايدة فوراً دون توقف على طلب منهم، وفي جميع حالات التأخير في رد التأمين المؤقت من الجهة الإدارية، تلتزم الجهة الإدارية بأن تؤدي لمقدمه قيمة المظاريف البنكية لتجديد خطاب الضمان، وتكلفة التمويل أو الفائدة المستحقة عن فترة التأخير في الرد وفقاً لسعر الائتمان والخصم المعلن من البنك المركزي، ويحال المتسبب للتحقيق مع تحميله بقيمة ذلك."

وكذلك فإن المادة (٤٠) من نفس القانون تنص على الآتي:

".... ويكون التأمين النهائي ضامناً لتنفيذ العقد، ويجب رده أو ما تبقى منه فور انتهاء مدة الضمان المحددة بالعقد بغير طلب خلال عشرة أيام عمل ما لم تعدل مدة التعاقد، وإلا التزمت الجهة الإدارية بأن تؤدي للمتعاقد قيمة المصاريف البنكية لتجديد خطاب الضمان وتكلفة التمويل أو الفائدة المستحقة عن فترة التأخير في الرد وفقاً لسعر الائتمان والخصم المعلن من البنك المركزي، ويحال المتسبب للتحقيق مع تحميله بقيمة ذلك .

وإذا تجاوزت قيمة التأمين المؤقت التأمين النهائي وجب رد الزيادة فوراً بغير طلب.

وفي جميع حالات عدم السداد يكون التأمين المؤقت من حق الجهة الإدارية."

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا السورية في الطعن المرقم (٥٨٢) في ١٩٩٩/١/٢٦.

وكذلك نصت اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات في المادة (٨١) منها على الآتي:

"في عقود شراء أو استئجار المنقولات، أو العقارات، أو التعاقد على مقاولات الأعمال، أو تلقي الخدمات، أو الأعمال الفنية، أو الدراسات الاستشارية وحال عدم التزام صاحب العطاء الفائز بأداء التأمين النهائي خلال المدة المحددة لسداده على إدارة التعاقدات إعداد مذكرة للعرض على السلطة المختصة باقتراح منح صاحب العطاء الفائز مهلة إضافية بما لا يجاوز عشرة أيام عمل.

وإذا لم يقم صاحب العطاء الفائز بسداد التأمين النهائي يتم اتخاذ أحد الإجرائيين التاليين وبما يحقق مصلحة الجهة الإدارية وهما:

١- إلغاء العقد.

٢- التنفيذ بواسطة أحد العطاءات التالية له في الترتيب بشرط أن يكون في حدود القيمة التقديرية.

وفي جميع حالات عدم سداد التأمين النهائي يكون التأمين المؤقت من حق الجهة الإدارية، كما يكون لها أن تخصم قيمة أية خسائر فعلية تلحق بها تسبب فيها صاحب العطاء الفائز وفي حالة عدم كفايتها لديها؛ يتم خصمها لدى أية جهة إدارية أخرى مع عدم الإخلال بحقها في الرجوع عليه قضائياً بما لم تتمكن من استيفائه من حقوق بالطريق الإداري".

كما نصت اللائحة ذاتها في المادة (٨٢) منها على الآتي:

" يكون التأمين النهائي ضامناً لتنفيذ العقد، ويتم الاحتفاظ به إلى أن يتم تنفيذ العقد بصفة نهائية بما في ذلك مدة الضمان طبقاً للشروط، ويتم سداده بأية وسيلة يصدر

بشأنها قرار من وزير المالية ومنها وسائل الدفع الإلكتروني من خلال منظومة الدفع والتحصيل الإلكتروني أو بأية صورة من الصورتين الآتيتين:

١- بموجب خطاب ضمان صادر من أحد المصارف المحلية المعتمدة وألا يقترن بأي قيد، أو شرط وأن يُقر فيه المصرف بأن يدفع تحت أمر الجهة الإدارية مبلغاً يوازي التأمين المطلوب.

وعندما يَرِد لإحدى الجهات الإدارية خطابات ضمان عن التأمين المستحق من أحد المصارف المرخص لها في إصدار خطابات الضمان أو أحد فروعها عليها أن تتحقق من أن المصرف أو الفرع قد أعطى إقراراً على خطابات الضمان بأنه لم يجاوز الحد الأقصى المحدد لمجموع خطابات الضمان المرخص للمصرف في إصدارها.

فإذا تبين عند مراجعة الإخطارات لدى البنك المركزي أن المصرف قد تعدى الحد الأقصى المحدد له أُخطرت الجهة الإدارية فوراً لمطالبة المصرف بأن يؤدي إليها في ميعاد لا يجاوز ثلاثة أيام عمل قيمة خطاب الضمان.

وتُقبل خطابات الضمان من البنوك الخارجية بشرط التأشير عليها بالقبول من أحد المصارف المحلية المعتمدة على أن يتعهد المصرف المحلي بأن يدفع للجهة الإدارية مبلغاً يوازي التأمين المطلوب وأنه ملتزم بأدائه بأكمله دون الالتفات إلى أي معارضة من صاحب العطاء.

٢- يجوز لصاحب العطاء الفائز طلب أداء التأمين النهائي، أو جزءاً منه خصماً من مستحقاته عن عمليات أخرى في الجهة الإدارية ذاتها أو غيرها من الجهات الإدارية التي تسري عليها أحكام هذا القانون، متى كانت صالحة للصرف في التاريخ المحدد للأداء ، على أن يُرفق صاحب العطاء بالطلب مستنداً معتمداً ومختوماً من الإدارة المختصة بالجهة الإدارية المستحق لديها مبالغ له، يكون موجهاً للجهة الإدارية

المقدم إليها العطاء، بخصوص العملية بذاتها، يتضمن قبول تلك الجهة خصم مبلغ التأمين النهائي أو جزءاً منه من المبالغ المستحقة لديها، وتعهدها بحجزه تحت حساب التأمين النهائي المطلوب إلى حين تقديم صاحب العطاء مستنداً معتمداً ومختوماً من الإدارة المختصة بالجهة الإدارية المقدم إليها العطاء بالموافقة على الصرف، أو طلب هذه الجهة إتاحة ذلك المبلغ لها "[1].

و من ذلك يتضح أن الأصل هو سريان خطاب الضمان النهائي لمدة ثلاثة أشهر بعد انتهاء مدة تنفيذ العقد إلا أنه يمكن للطرفين أن يحددان مدة أخرى لصلاحية هذا الخطاب.

وفي سورية حدد المشرع هذه التأمينات في القانون (٥١) لعام ٢٠٠٤ في المادة (٤٦) منه على النحو الآتي :

" مع مراعاة أحكام القانون رقم (١) لعام ١٩٧٦ والمرسوم التشريعي رقم (٢٠) لعام ١٩٩٤ و الأحكام القانونية الأخرى التي تتضمن الإعفاء من تقديم التأمينات المؤقتة أو النهائية تحدد التأمينات المؤقتة والنهائية لكل مناقصة أو طلب عروض أو عقد بالتراضي في دفتر الشروط الخاصة والإعلان كما يلي:

إن التأمينات المؤقتة تكون بنسبة (٥٪) من القيمة التقديرية للتعهد – الكشف التقديري المعد من قبل الجهة العامة – أو بمبلغ مقطوع عند عدم وجود كشف تقديري و التأمينات النهائية: بنسبة (١٠٪) من قيمة العقد و يجوز لآمر الصرف إنقاص التأمينات المؤقتة والنهائية شريطة أن يُذكر ذلك في دفتر الشـروط الخاصة والإعلان و يجوز لآمر الصرف الإعفاء من التأمينات المؤقتة والنهائية في عقود توريد قطع

[1] طرأ تعديل على هذه الفقرة بموجب قرار وزير المالية المصري رقم (٢٨) لسنة ٢٠٢٠.

التبديل وعقود أعمال الصيانة، كما يجوز بموافقة مسبقة من الوزير الإعفاء من التأمينات المؤقتة و النهائية في الحالات الخاصة التي تقتضي طبيعتها ذلك و يكون أداء التأمينات المؤقتة والنهائية إما نقداً يدفع في أحد صناديق الجهة العامة أو في حسابها المصرفي – إن وجد – أو كفالة أو حوالة مصرفية أو شيك مؤشر عليه بالقبول (شيك مصدق) من المصارف المقيمة المعتمـدة من الجهات العامة المختصـة في الجمهورية العربية السورية".

كما نص القانون المذكور في مواد عدة على التأمينات الأولية أو النهائية، ففي المادة (٢٤) فقرة / ج/ جاء الآتي:

" على المتعهد المرشح توقيع العقد خلال المدة المحددة في دفتر الشروط الخاصة على ألا تجاوز ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغه الإحالة عليه، و في حال عدم حضوره أو امتناعه عن توقيع العقد وفقاً لأحكام دفتر الشروط الخاصة وعرضه المقبول تُصادر التأمينات المقدمة، ويحق للجهة العامة مطالبته بتعويض عن العطل والضرر عند الاقتضاء".

وكذلك فإن المادة (٤٧) نصت على الآتي :

" أ – تعاد التأمينات المؤقتة إلى الذين لم تقبل عروضهم من قبل لجنة المناقصة فوراً أما الذين لم ترسوا عليهم المناقصة أو طلب العروض أو لم يجرِ التعاقد معهم فتعاد إليهم التأمينات المؤقتة بعد مصادقة آمر الصرف على محضر لجنة المناقصة.

ب – تعاد التأمينات النهائية إلى أصحابها بعد الاستلام النهائي بالنسبة للتوريدات والخدمات، أما بالنسبة للأشغال فتعاد التأمينات النهائية كلها بعد الاستلام المؤقت إذا لم تكن قد تحققت على المتعهد التزامات تستوجب حجز هذه التأمينات".

أما المادة (٥٩) فقد نصت على أنه: "يعتبر التعهد مفسوخاً حكماً في حالة وفاة المتعهد إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد وإذا لم تكن محل اعتبار فلا يفسخ التعهد لهذا السبب إلا إذا رأت الجهة العامة أن ورثة المتعهد لا تتوافر فيهم الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل ولا يترتب على الفسخ في هذه الحالة تعويض لأي من المتعاقدين وتُعاد التأمينات إلى الورثة إذا لم تكن قد تحققت على المتعهد التزامات أخرى".

وعليه فإنه الواجب قانوناً هو إعادة التأمينات الأولية إلى المتقدمين إلى العروض في حال عدم رسوها عليهم وفي حال الانتهاء من تنفيذ العقد وتسليمه إلى الإدارة فُتعاد التأمينات النهائية إليهم و مخالفة الإدارة لهذا الالتزام القانوني يرتب مسؤوليتها.

وقد أشار مجلس الدولة السوري إلى أن الغاية من التأمينات المؤقتة وفق أنظمة العقود الإدارية هي ضمان جدّيّة العارض بعرضه والتعويض عن العطل والضرر الذي يصيب الإدارة من جراء نكول العارض عن إبرام العقد أو الإخلال بالالتزامات المفروضة عليه بموجب العقد[١].

ولكن السؤال هنا ما هي الإجراءات الواجب اتخاذها بحق المتعهد المرشح الرافض التوقيع على العقد بعد رسو المزاد عليه بسبب إدراج بعض التعديلات على مشروع العقد من قبل الإدارة ؟ وما هو الحل بالنسبة إلى التأمينات المدفوعة من قبل المتعهد المرشح ؟

أجاب على ذلك مجلس الدولة السوري من خلال رأي اللجنة المختصة في قسم الفتوى والتشريع بالقول:

---

[١] رأي القسم الاستشاري للفتوى والتشريع في مجلس الدولة السوري الرأي رقم (١٧٩) لسنة ٢٠١١ في القضية رقم (٢٠٢/ف) لسنة ٢٠١١غير منشور.

"١ – إن الجزاء الوفاق للمتعهد المرشح الذي يمتنع عن توقيع العقد وفقاً لأحكام دفتر الشروط الخاصة وعرضه المقبول هو مصادرة التأمينات المقدمة من قبله ومطالبته بالتعويض عن العطل والضرر إن كان له مقتضى وذلك دون المساس بحقه بمراجعة القضاء إذا وجد أن غُبناً قد لحق به.

٢– لا تعتبر التعديلات التي تدرجها الإدارة بمشروع العقد مبرراً للمتعهد المرشح لعدم توقيع العقد وبطلب التخلي عن العرض طالما إن ما تُدخله الإدارة وتُريد إدراجه بمشروع العقد كانت قد ذكرته بدفاتر الشروط الخاصة التي يُفترض اطلاع المتعهد المرشح عليها وعلمه بها قبل إقدامه على الاشتراك بالمنافسة".[١]

أما بعد المصادقة على العقد وتبليغ أمر المباشرة إلى المتعاقد وتنفيذه للعقد **فقد قررت محكمة القضاء الإداري السورية في حكم حديث لها عام ٢٠١٩ الآتي:**

" ومن حيث إن الإعفاء من تنفيذ الأعمال العقدية بسبب الاستحالة في تنفيذها يُفضي إلى انتهاء العلاقة العقدية بين الطرفين، فإن من آثار ذلك اعتبار العقد محل الدعوى مُنتهياً عند المرحلة التي وصل إليها، واعتبار الأعمال المنفذة منه مستلمة استلاماً مؤقتاً ونهائياً وتصفية العقد على هذا الأساس، وإعادة التأمينات النهائية المقدمة من المدعي كضمان لتنفيذ أعمال العقد وتوقيفات الضمان المقتطعة من استحقاقاته إليه ما لم تكن موقوفة لأسباب أخرى، وعليه يغدو مطلب المدعي بهذا الخصوص قائماً على موجباته من القانون ويستوجب القبول"[٢].

---

[١] رأي القسم الاستشاري للفتوى والتشريع في مجلس الدولة السوري الرأي رقم (٢٨١) لسنة ٢٠٠٨ ، في القضية رقم (٥٦٨) لسنة ٢٠٠٨ غير منشور.

[٢] حكم محكمة القضاء الإداري في القضية ذات الرقم (٤/١٣٦) لسنة ٢٠١٩ م ، القرار رقم (٤/١٤) لعام ٢٠١٩م غير منشور.

كما أكد القضاء الإداري السوري على اقتصاص حقوق الإدارة من هذه التأمينات لأن أساسها هو ضمان ملاءة المتعاقد مع الإدارة عند مواجهة المسؤوليات التي يكون هو سبباً فيها نتيجة لخطئه حيث قررت محكمة القضاء الإداري السورية في حكم حديث لها عام ٢٠٢٠على الآتي :

" ومن حيث إنه عن المطالبة باستعادة قيمة التأمينات النهائية العائدة للعقد فإنه وفقاً لما هو مقرر قانوناً والمستقر اجتهاداً بأن التأمينات التي يدفعها المتعاقد مع الإدارة – المؤقتة منها والنهائية – يُقصد بها أن تكون ضماناً لجهة الإدارة يؤمنها من الأخطاء التي قد تصدر منه حين يباشر تنفيذ شروط العقد الإداري كما يضمن للإدارة ملاءمة المتعاقد معها عند مواجهة المسؤوليات التي قد يتعرض لها من جراء إخلاله بتنفيذ أحكام العقد ومن هذا الضمان و تحصيل الإدارة غرامات التأخير والتعويضات والمبالغ المستحقة على المتعاقد بنتيجة لتقصيره أو إخلاله بتنفيذ موجبات العقد، وبما أن الثابت من الوثائق كما سلف بيانه في متن هذا الحكم وجود حسميات من مستحقات الجهة المدعية عن الأعمال المنفذة من قبلها بسبب عدم تقديم صور وبسبب غياب المهندس المقيم وحسميات غرامات تأخير كما ثبت وجود مستحقات الكشف النهائي للجهة المدعية وتوقيفات ضمان فإنه يتعين على الإدارة المدعى عليها إجراء التقاص بين مستحقاتها ومستحقات الجهة المدعية وتصفية العقد أصولاً وإعادة التأمينات النهائية المقدمة من الجهة المدعية في حال ثبت بنتيجة التقاص استحقاقها لها"[١] .

[١] حكم محكمة القضاء الإداري السوري في القضية رقم (٢/٧٨٢) لعام ٢٠٢٠ م القرار رقم (٢/٨٨) لعام ٢٠٢٠م غير منشور.

ويرى الباحث أن جوهر التزامات الإدارة التعاقدية يكمن في إعادة التأمينات النهائية للمتعاقد معها حيث إن إخلالها برد التأمين النهائي له بعد الانتهاء من تنفيذ العقد الإداري يعد إخلالاً بإلتزامٍ قانوني أوجبه المشرع وعليها أن تنفذه وهي في هذه الحالة ترتب على نفسها مسؤولية قانونية تسأل عنها.

ويرى الباحث أيضاً إضافة إلى إلزام الإدارة برد التأمين النهائي بعد تصفية العقد وإعطاء المتعاقد مستحقاته المالية أن يستحق المتعاقد مع الإدارة فائدة قانونية ٥٪ من قيمة هذه التأمينات من تاريخ استحقاقها حتى تاريخ سدادها في حال رفضت الإدارة إعادتها إلى المتعاقد.

وبعد أن أنهينا هذا المبحث بخصوص إخلال الإدارة بتنفيذ التزاماتها المالية فإننا نخلص إلى الآتي: أن للإدارة التزامات تعاقدية ذات طبيعة مالية وأن أي إخلال بهذه الالتزامات يكون مصدراً لترتيب مسؤوليتها التعاقدية واستحقاق المتعاقد للتعويض المناسب عن الأضرار التي لحقت بها جراء هذا الإخلال وتتنوع وتتعدد صور هذا الإخلال إلا أن أكثر هذه الصور شيوعاً تتمثل بتعديل الإدارة بإرادتها المنفردة للسعر المتفق عليه في العقد وتأخرها في أداء أو الوفاء بالمبالغ المالية المستحقة وعدم مراعاتها تقلبات الأسعار، وأخيراً إخلالها برد التأمين النهائي للمتعاقد وسنقوم بدراسة الاستخدام غير المشروع لسلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد في فصل مستقل.

ومن حيث إنه لابد من الإشارة إلى أنه من المبادئ الأساسية المستقرة في ميدان العقد الإداري، إن الجهة الإدارية المتعاقدة تملك من جانبها وحدها وبإرادتها المنفردة ، حق تعديل العقد في أثناء تنفيذه وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو لم يكن معروفاً وقت إبرام العقد، فتزيد من الأعباء الملقاة على عاتق الطرف الأخر أو تنقصها

كلما اقتضت حاجة المرفق هذا التعديل من غير أن يحتج عليها بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

إلا أن سلطة التعديل هذه ليست مطلقة بل ترد عليها قيود معينة تقتضيها ضرورة التوفيق بين المصلحة العامة والمصالح الفردية للمتعاقدين معها، ويأتي في مقدمة هذه القيود القيد المتعلق بصاحب السلطة بالتعديل فلا يملك التعديل إلا من أنيط به قانوناً هذا الاختصاص وفي الحدود التي رسمها القانون لهذا التعديل من حيث الكمية وخلال المدة التي يحددها القانون لممارسة هذا الاختصاص بحيث أن أي ممارسة لهذا الاختصاص خلافاً للضوابط المحددة قانوناً ينفي عن سلطة التعديل هذا الاختصاص. تجسيداً لما سبق تنص المادة /٦٢/ من نظام العقود العقود الصادر بالقانون /٥١/ لعام ٢٠٠٤ على أنه:

" يجوز لآمر الصرف زيادة الكميات المتعاقد عليها أو إنقاصها خلال مدة تنفيذ العقد بنسبة لا تتجاوز ٣٠٪ لكل بند أو مادة من التعهد على حدة، وذلك بنفس الشروط والأسعار الواردة في العقد ودون حاجة إلى عقد جديد على ألا تتجاوز قيمة مجموع الزيادة أو النقص ٢٥٪ من القيمة الإجمالية للعقد".

وقد ذهب القسم الاستشاري في مجلس الدولة السوري إلى أنه: " ولما كانت المادة /٦٢/ المذكورة أعلاه قد حصرت حق التعديل بآمر الصرف كونه صاحب الاختصاص وقيدت سلطته في ممارسة هذا الاختصاص بمدة تنفيذ العقد" الأمر الذي يجعل وفي ضوء القضية الحالية من التاريخ الذي صدرت به موافقة محافظ دمشق باعتباره آمر الصرف هو التاريخ الواجب الاعتماد قانوناً وكونه صاحب الاختصاص الأصيل بحق التعديل فالمعوّل عليه قانوناً هو قرار آمر الصرف والتاريخ الذي يصدر فيه. ومن حيث أن محور الاستفتاء في هذه القضية يتمحور حول طلب الإدارة بيان الرأي بإمكانية

إنقاص كمية الباصات التي لم يباشر المتعهد العمل بها وطرحها بالاستثمار كون ذلك من مصلحتها إضافة إلى بيان الرأي في إنهاء العقد موضوع هذه القضية على وضعه الراهن بعد الحصول على تنازل من المتعهد بعدم المطالبة بأي تعويض لقاء ذلك. [1]

ومن حيث إن المادة /١٠/ من العقد موضوع هذه القضية قضت أنه: "يحق للإدارة تعديل هذا العقد بإضافة بعض كميات الأشغال المتعاقد عليها أو إنقاصها بنسبة لا تتجاوز ٢٥٪ من القيمة الإجمالية للعقد وذلك بنفس الشروط والأسعار الواردة في هذا العقد ودون الحاجة إلى تنظيم عقد جديد ولا يحق للمتعهد المطالبة بأي تعويض لقاء ذلك.

ومن حيث إن المادة /٤٧/ من المرسوم رقم/ ١٩٥/ لعام ١٩٧٤ تقضي أنه يحق لعاقد النفقة أن يقرر سحب التعهد من المتعهد وتنفيذه على حسابه في الحالات التالية:

".....٤- إذا أخل المتعهد بإلتزاماته أو أمتنع عن إصلاح خطئه خلال المدة التي تحددها الجهة المتعاقدة .

٥- إذا أخل المتعهد ببرنامج العمل الموضوع بحيث يُخشى ألّا يُنجز في موعده إذا كانت هناك ضرورة فنية أو اقتصادية لإنجازه في هذا الموعد أو كان من المفترض أن تجاوز غرامة التأخير النسبة المحددة في المادة /٤٣/ من هذا النظام أو جاوزتها فعلاً ".

ومن حيث إنه عملاً بأحكام المادة /١٥/ من العقد فإنه يحق للإدارة إنقاص كمية الباصات المتعاقد على تجديد هياكلها بنسبة لا تتجاوز /٢٥٪ / من القيمة الإجمالية للعقد دون أن يحق للمتعهد المطالبة بأي تعويض لقاء ذلك، أما بالنسبة للباصات المراد

[1] رأي القسم الاستشاري للفتوى والتشريع في مجلس الدولة السوري رقم (٢٧٧) لسنة٢٠٠٩ في القضية رقم (٣٨٢) لسنة ٢٠٠٩ غير منشور.

إنقاصها والتي تتجاوز النسبة المذكورة أعلاه فإنه يكون من حق الإدارة عملاً بأحكام المادة /٤٧/ سالفة الذكر سحبها من المتعهد وتنفيذها على حسابه باعتبار أنه قد أخل بالتزاماته عندما لم يقم بتنفيذ أعمال العقد خلال المدة العقدية، وفي ذلك جزاء فرضه المشرع على المتعهد نتيجة لإخلاله بالتزاماته كون الوفر في الأسعار نتيجة تنفيذ التعهد على حساب المتعهد المقصر إنما يكون حقاً للإدارة والزيادة في ذلك يتحملها المتعهد، وبما أن الإدارة أبدت بكتابها موضوع الاستفتاء أن من مصلحتها سحب الباصات التي لم يتم العمل بها وطرحها بالاستثمار بوضعها الراهن، لذلك يكون من حق الإدارة سحب تلك الباصات حتى لو تجاوز ذلك النسبة المحددة في المادة /١٥/ من العقد موضوع هذه القضية إذا كان ذلك من مصلحتها.

ومن حيث إنه بالنسبة إلى إنهاء العقد على وضعه الراهن بعد الحصول على تنازل من المتعهد بعدم المطالبة بأي تعويض لقاء ذلك، فإن القواعد العامة تقضي أن العقد هو اتفاق إرادتين كاملتين على إحداث أثر قانوني، أي إن الإدارة هي الأصل في التعاقد وهي الأساس في إحداث الأثر القانوني، وحيث إن التعبير عن الإرادة قد يكون صريحاً أو قد يكون ضمنياً، إذ يكون التعبير ضمنياً إذا كان المظهر الذي اتخذه هذا التعبير ليس في ذاته موضوعاً للكشف عن الإرادة ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون أن يفترض وجود هذه الإرادة، وباعتبار أن المتعهد عندما تنازل عن المطالبة بأي تعويض لقاء إنهاء العقد على حالته الراهنة فإنه بذلك يكون قد عبر عن إرادته بإنهاء العقد، وبما أن المرسوم / ١٩٥/ لعام١٩٧٤ قد قضى بأنه يحق للإدارة سحب التعهد من المتعهد وتنفيذه على حسابه إذا أخل المتعهد بالتزاماته الأمر يوصلنا إلى نتيجة مفادها أن إنهاء العقد في ضوء حالته الراهنة دون تنفيذ الأعمال على حساب المتعهد

المقصر بعد الحصول على تنازل من المتعهد بعدم المطالبة بأي تعويض لقاء ذلك إنما يعود تقديره للإدارة في ضوء مصلحته.

و بناءً عليه فقد أقرت اللجنة المختصة الرأي التالي يُسّوغ للإدارة إنقاص الباصات التي لم يباشر المتعهد العمل بها وطرحها بالاستثمار بوضعها الراهن إذا كان ذلك من مصلحتها حتى لو تجاوز ذلك النسبة المحددة في المادة / ١٥ / من العقد موضوع هذه القضية عملاً بأحكام المادة /٤٧/ من المرسوم التشريعي رقم /١٩٥/ لعام ١٩٧٤شريطة أن تحصل الإدارة على تصريح من المتعهد بعدم المطالبة بأي تعويض مستقبلاً "[١] .

[١] رأي القسم الاستشاري للفتوى والتشريع في مجلس الدولة السوري رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٥ م في القضية رقم (٥٤٥) لسنة ٢٠٠٥م غير منشور.

الفصل الرابع

الاستخدام غير المشروع لسلطات الإدارة

لعل من أهم ما يميز العقد الإداري عن العقد المدني هو مركز الإدارة فيه، فهي في العقد الإداري تتمتع بسلطات لا نجد لها مثيلاً في عقود القانون الخاص، ويسوّغ ذلك دائماً بمقتضيات الصالح العام، وضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطّراد[١]، حيث تتمتع الإدارة في مواجهة المتعاقد معها بمجموعة من السلطات الاستثنائية التي لا نظير لها في العقود المدنية [٢]، وهذه السلطات متعددة في مجال العقد الإداري وتتمثل في سلطة الرقابة والتوجيه على تنفيذ العقد، وتعديل التزامات المتعاقد معها من دون أن يحتج المتعاقد معها بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين المعروفة في القانون المدني، كما أن لها سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في حالة إخلاله بالتزامه، بل إن بوسع الإدارة إنهاء العقد إنهاءً مبتسراً قبل انتهاء مدته أو إنتهاء الأعمال محل التعاقد إذا كان في استمرار تنفيذ العقد تعارض مع المصلحة العامة أو لم يعد تنفيذ العقد محققاً للغرض الذي أُبرم من أجله[٣]، وتهدف هذه السلطات إلى تمكين الإدارة من تحقيق المصلحة العامة كما تتمتع الإدارة بهذه السلطات من دون حاجة إلى النص عليها في العقد لأن مرجع حق الإدارة في ذلك يكون طبيعة العقد الإداري[٤]، فهي تستمدها من طبيعة المرفق العام، ووجوب الحرص على انتظام سيره والإشراف عليه،

---

[١] د. جابر جاد نصار ،مرجع سابق، ص٢١٨.

[٢] د. ابراهيم محمد علي ، مرجع سابق، ص٦٠.

[٣] د. سعاد الشرقاوي ، مرجع سابق ص٤٤٣ , د. جمال عثمان جبريل و د. ابراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص٣٩-٤٠.

[٤] د. سليمان الطماوي ، مرجع سابق ، ص ١٠ .

وما يحقق المصلحة العامة، ومن ثم فإن الإدارة تمارس هذه السلطات حتى ولو لم ينص العقد عليها ومن دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء، وبالمقابل يقع على عاتق الإدارة التزام عام بالاستخدام المشروع لهذه السلطات التعاقدية بناءً عليه فإن الاستخدام غير المشروع من جانب الإدارة لهذه السلطات يمكن أن يُنشئ خطأً أو تقصيراً من جانبها في تنفيذ هذا الالتزام ومن شأن هذا الخطأ أن يرتب مسؤوليتها التعاقدية، وهذه السلطات مسلّم بها في القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر وسورية.

ففي مصر أقرت محكمة القضاء الإداري في أحد أحكامها أن "القانون الإداري يعطي جهة الإدارة سلطة الرقابة على تنفيذ العقد وتوقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته، ثم وتعديل العقد من جانبها وحدها، بل إن لها الحق في إنهاء العقد إذا رأت – حسب مقتضيات المصلحة العامة– أن تنفيذ العقد أصبح غير ضروري أو غير قابل للتعديل، وهي تتمتع بهذه الحقوق والسلطات حتى ولو لم ينص عليها في العقد لأنها تتعلق بالصالح العام." [1]

وهو ما نص عليه المشرع الفرنسي في نظام العقود العام سالف الذكر حيث جاء في المادة (٢١٩٥/٦ L) الآتي:

"يجوز للمشتري إنهاء العقد عندما لا يمكن الاستمرار في تنفيذ العقد من دون تعديل"

وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية أيضاً في العديد من أحكامها، ومن ذلك حكمها بتاريخ ١٩٦٨/٣/٢ الذي جاء فيه: ".... للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود الإدارية ، ولها دائماً حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما قد يتراءى لها أنه أكثر اتفاقاً مع الصالح العام دون أن يحتج الطرف الآخر بقاعدة أن

[1] حكم محكمة القضاء الإداري في مصر الصادر بتاريخ ٣٠ /١٩٥٧/٦، مشار إليه لدى: د. جابر جاد نصار ، العقود الإدارية ، مرجع سابق، ص ٢١٩.

العقد شريعة المتعاقدين كما يترتب عليها كذلك أن للإدارة سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا هو ما يقتضيه الصالح العام.[١]

وعليه فإن سلطات الإدارة هذه تتميز بالآتي:

١-إنها من النظام العام، فلا يجوز للإدارة أن تتنازل عنها أو تحجم عن استخدامها إن توافرت مسوّغاتها، وكل اتفاق يمنع الإدارة من استخدامها أو يُحجم عن هذا الاستخدام يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً.

٢-يهدف استخدام الإدارة لهذه السلطات إلى تحقيق المصلحة العامة التي تتمثل في ضمان استمرار المرفق في أداء وظائفه بانتظام واطّراد.

٣-تستطيع الإدارة اللجوء إلى هذه السلطات حتى ولو لم ينص عليها في العقد وفي كل الأحوال لا يستطيع المتعاقد معها أن يدفع هذه السلطات بقاعدة القوة الملزمة للعقد أو أن العقد شريعة المتعاقدين فذلك غير صحيح إذا تعلق الأمر بعقد إداري.[٢]

ترتيباً على ما تقدم فإن ممارسة الإدارة لهذه السلطات والامتيازات والتي تعد من السمات المميزة لطبيعة العقد الإداري يجب أن تكون على نحو مشروع ، إذ يتعين أن يكون الواجب الأول الذي يقع على عاتق السلطة العامة القائمة على تنظيم المرفق العام هو تحقيق المصلحة العامة، فالأصل ألاّ تنطوي هذه الممارسة على طابع معيب أو غير مشروع من قبل الإدارة ، بحجة تحقيق المصلحة العامة ، وعليه يتعين على الإدارة ممارسة سلطاتها في إطار من المشروعية ، حيث يشكل خروجها عن ذلك خطأً يترتب عليه قيام مسؤوليتها التعاقدية.[٣]

---

[١] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بتاريخ ٢/٣/ ١٩٦٨، مشار إليه لدى: د. جابر جاد نصار ، مرجع سابق، ص٢٢٠.

[٢] د. جابر جاد نصار ، العقود الإدارية ، مرجع سابق، ص ٢٢٠.

[٣] د. حمدي حسن الحلفاوي ، مرجع سابق، ص٣٤٠.

وللإلمام بهذا الموضوع سوف نتناول مدى انعقاد المسؤولية التعاقدية للإدارة عن استعمالها غير المشروع لسلطاتها الاستثنائية في أربعة مباحث وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: استخدام الإدارة لسلطاتها في الرقابة على نحو غير مشروع.

المبحث الثاني: استخدام الإدارة لسلطاتها في التعديل على نحو غير مشروع.

المبحث الثالث : الاستخدام غير المشروع لسلطات الإدارة في توقيع الجزاءات.

المبحث الرابع : الاستخدام غير المشروع لسلطات الإدارة في إنهاء العقد.

المبحث الأول

استخدام الإدارة لسلطاتها في الرقابة على نحو غير مشروع

يسعى المتعاقد من وراء تنفيذ العقود الإدارية إلى تحقيق مصلحته الخاصة والحصول على أكبر قدر ممكن من الربح، وقد لا يراعى في ذلك المصلحة العامة، فقد يستخدم المتعاقد على سبيل المثال مواداً من نوعية رديئة أو أساليب قديمة في التنفيذ، ما قد يعرض موضوع العقد الإداري إلى الخطر، أو يؤدي على الأقل إلى عدم الاستفادة منها على الوجه الأكمل الذي يحقق المصلحة العامة.

ومن أجل ذلك تقوم الإدارة بالرقابة على العقد في أثناء تنفيذه حرصاً منها على تحقيق الأهداف المرجوة من إبرامه وعدم ترك أي فرصة لتلاعب المتعاقد مع مقدرات الصالح العام [1]، إلا أن استخدام الإدارة لتلك السلطة على نحو غير مشروع يثير مسؤوليتها التعاقدية،[2] ولتوضيح ذلك سنبين المقصود بسلطة الرقابة ثم بعد ذلك سنتكلم عن أوجه عدم مشروعيتها وذلك في المطالب الآتية:

المطلب الأول: مفهوم سلطة الرقابة.

المطلب الثاني: صور سلطة الرقابة على تنفيذ العقد.

المطلب الثالث: آثار سلطة الرقابة.

---

[1] د. سعيد نحيلي ، العقود الإدارية ، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، جامعة حلب، ٢٠٠٧ ص ٢٠٨- ٢٠٩.

[2] ينظر في ذلك د. نصري منصور نابلسي ، العقود الإدارية (دراسة مقارنة) ، مرجع سابق ، ص١١٣ وما بعدها ، وكذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر في الطعن (١٥٦) بتاريخ ٤/٢٨/ ١٩٩٢ أشار إليه د. حمدي حسن الحلفاوي، مرجع سابق ، ص٣٤١.

المطلب الأول

مفهوم سلطة الرقابة

تتمتع الإدارة بممارسة حق الإشراف والرقابة على تنفيذ العقد الإداري وإصدار التعليمات أو التوجيهات للمتعاقد معها بإتباع طريقة معينة في التنفيذ أو الامتناع عن إتباع مثل هذه الطريقة، ويجب أن تضع في حسبانها بهذا الشأن الطبيعة الخاصة للعقد الإداري الذي يعدّ في الغالب إسهاماً من المتعاقد في تسيير المرفق العام[١]، ويمارس هذا الحق عادةً وكلاء الإدارة أو مهندسوها من خلال زياراتهم لموقع العمل، للتحقق من تنفيذ العقد على الوجه الصحيح، و إبداء التعليمات والتوجيهات للمتعاقد عند قيامه بهذا التنفيذ، وبالرغم من تداخل سلطة الرقابة مع الحقوق الأخرى الممنوحة إلى الإدارة فإنه يظل له كيانه المستقل كأحد الحقوق المقررة للإدارة في تنفيذ العقد خارج نطاق النصوص لأنه يجد أساسه القانوني في الصالح العام .[٢]

والواقع أن حق الإدارة في الإشراف والرقابة يجد مصدره في العقد وبخاصة في دفاتر الشروط، ومع ذلك فقد أقر القضاء صراحة في بعض الحالات بإمكانية ممارسة هذه السلطة خارج نصوص العقد خصوصاً في مجال عقود الأشغال العامة[٣]، وسلطة الإدارة في الإشراف والرقابة على تنفيذ الأعمال من جانب المتعاقد معها ترتكز على أساس قانوني مزدوج يتكون من فكرة الصالح العام كهدف ومسوّغ لوجود هذه السلطة ومن فكرة امتيازات السلطة العامة التي تعدّ سلطة الإشراف والرقابة تطبيقاً من تطبيقاتها[٤].

---

[1]F.Llorens: Contract d'enterprise et marche' de traveaux Publics ,Paris.L.G.D.J.1981,p.347.

[٢] د. سعيد نحيلي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص٢٠٩.

[3]C.E.22 Juin 1952. Ste pour L'exploitation des produits Ingrand,Rec,p.130.

[٤] د. أحمد عثمان عياد ، مرجع سابق ، ص٣٠٠.

ويطرح الفقه الفرنسي تساؤلاً في خصوص تحديد نطاق الالتزام بالإشراف والرقابة على تنفيذ الأعمال عما إذا كانت سلطة الإدارة في الرقابة لها أثر في بحث أو عدم بحث تعديل المعطيات الأساسية للعقد، ومن ثم تخرج الإدارة من تلك السلطة التي تعد أخطر من سلطة الرقابة في أقصى صورها من نطاق ممارسة سلطة الرقابة إلى نطاق ممارسة سلطة التعديل من جانب واحد،[1] ولعل مبعث هذا التساؤل هو الرغبة في وضع حد فاصل بين سلطة الإدارة في الإشراف والرقابة، وسلطتها في التعديل خصوصاً وأن معيار التمييز بين السلطتين ليس معياراً شكلياً وإنما معيارٌ موضوعيٌ.

والملاحظ في هذا الشأن أن القضاء الإداري الفرنسي يعدّ أن الإدارة تمارس سلطة الإشراف والرقابة عندما يقتصر عملها على الاكتفاء على مطابقة الالتزامات الأساسية المنصوص عليها في العقد على تنفيذ الأعمال بما لديها من الدراية الفنية التي تسمح لها بمباشرة هذه المهمة، ولكن إذا قامت الإدارة بتعديل المعطيات الجوهرية المنصوص عليها في العقد فعندئذ توجد ممارسة من جانبها ليس لسلطة الإشراف والرقابة ولكن لسلطة التعديل من جانب واحد[2]، وفي هذا الخصوص يتعين على الإدارة المشرفة على التنفيذ أن يكون لديها من الدراية الفنية بهذا الجانب الخاص بالأعمال ما يكفي لجعل هذه الرقابة مجدية من الناحية العملية، وتعدّ مسؤولة أساساً عن مراقبة هذا الجانب من الأعمال أو الإهمال في عملية الإشراف عليها، كما تكون مسؤولة إذا استخدمت الإشراف والرقابة على تنفيذ الأعمال بصورة غير مشروعة فالإشراف والرقابة على المتعاقد تعد بالنسبة إلى الإدارة حق وواجب.

[1] P.TERNEYRE,op,Cit,P.112.F.Llorens,op.cit,P.348.
[2] P.TERNEYRE,op,Cit,P.113.

وهذا ما نص عليه المشرع الفرنسي في النظام العام للعقود لعام ٢٠٢٠ سالف الذكر في المادة(L ٢٢٣٤/١) بالقول:

"**يقوم المتعاقد مع الإدارة بإعداد تقرير سنوي يجعل من الممكن مراقبة تنفيذه. وهذا التقرير يتم إرساله كل عام إلى الإدارة في غضون خمسة وأربعين يومًا من تاريخ التوقيع على العقد**".

وبناءً على ما تقدم لا بد من البحث في الأساس القانوني لسلطة الرقابة والتوجيه وفق الآتي :

الفرع الأول: سلطة الرقابة بين الإشراف والتوجيه.

الفرع الثاني: الأساس القانوني لسلطة الرقابة

الفرع الأول

سلطة الرقابة بين الإشراف والتوجيه

نص المشرع الفرنسي في النظام العام للعقود لعام ٢٠٢٠ في المادة (L. ٢/٢٢٣٤) على الآتي :

"تمارس الإدارة سلطة الرقابة على تنفيذ العقد المبرم ما بينها وبين المتعاقد– أو ما سماه المشرع الفرنسي بالمشغّل الاقتصادي – على تنفيذ العقد خلال وفي نهاية كل مرحلة من مراحل تنفيذ المهات المنصوص عليها في العقد".

كما نص المشرع المصري في اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات في البند (١٦) و (١٧) من المادة (٢) منه على الآتي:

"٤– القيام بمراجعة إجراءات التعاقد بالجهات الإدارية للتأكد من سلامتها وفقاً لأحكام القانون وهذه اللائحة، من خلال زيارات ميدانية وفقاً لخطة عمل سنوية أو كلما استدعى الأمر ذلك، على أن يتم إعداد تقارير بنتائج المراجعة فور إتمامها وإخطار السلطة المختصة بالجهات الإدارية بها لاتخاذ الإجراءات اللازمة بشأنها ومتابعة تنفيذها إذا تطلب الأمر ذلك، على أن ترفع الهيئة تقريراً ربع سنوي بشأن ما تسفر عنه تلك المراجعات لوزير المالية".

وقد نصت المادة (٣) في الفقرة (٢) من قانون تنظيم التعاقدات للجهات العامة رقم/ ١٨٢/ لعام ٢٠١٨ والمعدل عام ٢٠٢٠ على الآتي:

" تُنشأ بالجهة الإدارية إدارة للتعاقدات أياً كان مستواها الوظيفي بالهيكل التنظيمي، تُشكل من عدد كاف من العناصر المؤهلة والمدربة، وتتولى مباشرة الاختصاصات الآتية :

"٢- متابعة تنفيذ العقود التي يتم إبرامها، وتلقي وإرسال الإخطارات اللازمة، واتخاذ الإجراءات الواجبة طبقاً لأحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية وما تتضمنه العقود المبرمة ."

وكذلك النص في المادة /٣ / من اللائحة ذاتها على الآتي:

" وبمراعاة المهام الواردة بالقانون وهذه اللائحة تتولى إدارة التعاقدات القيام بالآتي:

١٦- إعداد العقود، ومتابعة تنفيذها مع الإدارة الطالبة أو المستفيدة.

١٧- تقييم أداء المتعاقدين في تنفيذ تعاقداتهم أولاً بأول".

كما نصت المادة /١٢ / من اللائحة المذكورة أعلاه على أنه:

"يتعين على الجهة الإدارية مراعاة سياسات الدولة الاقتصادية والاجتماعية والبيئية المعلنة من مجلس الوزراء بدءاً من مرحلة تحديد الاحتياجات، مروراً بإعداد المواصفات الفنية ودراسة السوق والقيمة التقديرية، ومستندات الطرح ومعايير التأهيل والتقييم ومتابعة تنفيذ العقود بغرض تحقيق التنمية المستدامة الاقتصادية والاجتماعية والبيئية".

كما نصت المادة /٨٧/ من اللائحة المذكورة على الآتي:

" يجوز أن تصدر السلطة المختصة قراراً بتكليف من تراه مناسباً من ذوي الخبرة بالجهة الإدارية لإدارة العقد في العمليات التي تم التعاقد عليها، و للمتعاقد له الاستعانة بمن يرى من ذوي الخبرات والتخصصات المختلفة لمعاونته في مهامه ويتعين على إدارة التعاقدات إخطار المتعاقد كتابة بهذا القرار المذكور".

وبمراعاة المادة (٤٣) من القانون يتولى مسؤول إدارة العقد المهمات الآتية:

١- مراجعة شروط العقد والبرنامج الزمني للتوريد، أو التنفيذ والتأكد من تنفيذه وفقاً للشروط والمواصفات الفنية والمتطلبات الأخرى وفي المواعيد المحددة به.

٢- التأكد من قيام المتعاقد بالوفاء بالتزاماته التعاقدية وحل أي خلافات تطرأ أولاً بأول.

٣- حل المشاكل الفنية والمالية والقانونية ذات الصلة بالعقد ودون تأخير.

٤- الحفاظ على علاقات عمل جيدة بين طرفي العقد.

٥- التأكد من أن إجراءات استلام المستحقات المالية تتم دون تأخير وفي حالة التأخير يقوم برفع مذكرة للسلطة المختصة مبيناً فيها مبررات التأخير ومقترح إزالة أسبابه.

٦- دراسة كل المراسلات أثناء تنفيذ العقد والرد عليها وفقاً لصلاحيته الممنوحة له من السلطة المختصة وفي كل الأحوال يجب ألا تتعارض الردود مع أحكام القانون وهذه اللائحة.

٧- المحافظة على الوثائق الخاصة بتنفيذ العقد.

٨- توثيق كافة المراسلات بين طرفي العقد.

٩- القيام بكافة الإجراءات وفقا للقانون وهذه اللائحة. وأية مهام أخرى ذات صلة يكلف بها من السلطة المختصة.

كذلك نصت المادة /٩٣/ من اللائحة ذاتها أن :

" تلتزم إدارة التعاقدات بمتابعة تنفيذ العقود للتأكد من توريد أو تنفيذ محل التعاقد والتحقق من إجراءات الفحص والاستلام وتسجيل الفواتير والمستندات ومتابعة إرسالها إلى الإدارة المالية لاتخاذ إجراءات الصرف.

ويصرف ثمن الأصناف الموردة، أو الخدمات المؤداة في أقرب وقت ممكن، وبما لا يجاوز ثلاثين يوماً تحسب من تاريخ الفحص والقبول والاعتماد، وفي الحالات التي يتضمن فيها التعاقد أن يتم سداد الثمن مقابل استلام الأصناف، فيجب على الجهة الإدارية اتخاذ ما يلزم نحو إجراء فحص الأصناف والتحقق من مطابقتها للمواصفات المتعاقد على أساسها وذلك قبل الاستلام وسداد الثمن".

مما سبق نجد أن المشرع المصري في اللائحة المذكورة قد أولى اهتماماً كبيراً في الرقابة على تنفيذ العقد والذي يهمنا في هذا الموضوع أن الإدارة إذا قصرت في حقها بالرقابة وترتب عليه عرقلة تنفيذ العقد فإنها تكون مسؤولة تجاه المتعاقد عن الضرر الذي أصابه من جراء هذا التقصير.

هذا و تذهب غالبية الفقه إلى أن مفهوم الرقابة على تنفيذ العقد يتضمن معنيين أحدهما معنى ضيق وآخر واسع،[1] وذلك على النحو الآتي:

أ – **المفهوم الأول:** ضيق يتناول سلطة (الإشراف) على تنفيذ العقد أي حق الإدارة في مراقبة التنفيذ والتأكد من أنه يتم وفقاً لما تضمنه العقد من شروط، فلها سلطة توجيه المتعاقد من خلال إصدار أوامر ملزمة تشمل طرق وأساليب تنفيذ تلك الالتزامات، وحق الرقابة على المتعاقد هذا هو مجرد التحقق من أن المتعاقد معها ينفذ العقد تنفيذاً صحيحاً متفقاً مع شروط العقد،[2]ولا جدال في هذه السلطة والتي هي مقررة حتى في عقود القانون الخاص، وتمارس الإدارة هذا الحق عادة عن طريق إيفاد بعض مهندسيها لزيارة مواقع العمل والإشراف على تنفيذ العقد للتأكد من حسن سير التنفيذ، ويشمل هذا الإشراف التحقق من صلاحية المواد التي يُنفذ بها المتعاقد التزاماته، أو تناسب معدلات التنفيذ مع المواعيد المحددة، وتكون ممارسة الرقابة بهذا المعنى عن طريق تعيين موظف عنها. ومن الجدير بالذكر أن هذا المعنى الضيق لا يخرج عن القواعد العامة في تنفيذ العقود عموماً.

---

[1] د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٤٥٤ .

د. عمر حلمي فهمي، آثار العقود الإدارية ، مرجع سابق، ص ٦٥ وما بعدها ، وهو ما أشار إليه د. سعيد نحيلي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٠٩.

[2] د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق، ص٧٠.

ب – المفهوم الثاني: واسع يشمل سلطة (التوجيه)، أي حق الإدارة في توجيه أعمال التنفيذ واختيار أنسب الطرق التي تؤدي إليه، وينطوي هذا المعنى على تدخل للإدارة أعمق أثراً من تدخلها كسلطة إشراف، بل تدخلها في توجيه أعمال التنفيذ باختيار أفضل الطرق وأصلح الأوضاع التي تراها مناسبة لحسن سير المرفق العام، وذلك في الحالات غير المنصوص عليها صراحة في العقد[١]، ولها إلى جانب ذلك أن تغير طريقة التنفيذ أو الإسراع في التنفيذ، أو المطالبة بأن يستعين المتعاقد بعمال آخرين.

وعليه فإذا كان المفهوم الضيق للرقابة والمرادف للإشراف موجوداً في عقود القانون الخاص، فيكون من الأولى أن تمارس الإدارة هذه السلطة في العقود الإدارية وإن لم يرد في شأنها نص، لارتباط تلك العقود بالمرفق العام وتحقيق المصلحة العامة، أما فيما يتعلق بالمفهوم الواسع للرقابة والمرادف للتوجيه فإذا كان منصوصاً عليه في العقد ودفاتر الشروط أو القوانين والأنظمة فإنه يجب إعمال النصوص التعاقدية أو التنظيمية، وإن كانت الإدارة تتمتع بهذه السلطة؛ إلا أن مداها يختلف باختلاف العقود الإدارية وارتباطها بالمرفق العام،[٢] فهي تتسع في عقود الالتزام والأشغال العامة وتضيق في عقود التوريد.[٣]

---

[١] د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الادارية، مرجع سابق، ص ٤١١ .

د. أحمد عثمان عياد ، مرجع سابق، ص ٢٨٧–٢٨٨.

د. سعاد الشرقاوي ، مرجع سابق، ص٤٤٤ .

د. حسين عثمان محمد عثمان , أصول القانون الاداري , الطبعة الأولى , منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ٢٠٠٦ ص ٦٣١ .

[٢] د. مطيع جبير ، العقد الإداري بين التشريع والقضاء ، دار النهضة العربية ، القاهرة. ٢٠٠٦ ، ص ٤١١–٤١٢.

[٣] د. سليمان الطماوي ، مرجع سابق ، ص ٤١٤ .

الفرع الثاني

الأساس القانوني لسلطة الرقابة

تنص عادة العقود الإدارية ودفاتر الشروط الملحقة بها على حق الإدارة في التوجيه والرقابة على تنفيذ العقد.

وتذهب غالبية الفقه الإداري مؤيدة بقضاء مجلس الدولة الفرنسي إلى الاعتراف للإدارة بحق الرقابة خارج نطاق نصوص العقد أو القانون، لأن هذا الحق يجد أساسه القانوني في مقتضيات الصالح العام التي تهدف الإدارة إلى بلوغها من خلال تنفيذ العقود الإدارية.[1]

ومن ثم فإن النص في العقد على حق الرقابة لا يُنشؤه ولا يغير من طبيعته لأنه حق أصلي للإدارة قائم بذاته ومستمداً من النظام القانوني للعقود الإدارية، إلا أن النص عليه يمكن أن يحدد نطاقه أساليب مباشرته وتنظيمها.

وحق الإدارة في الرقابة حق أصيل لا يسقط بالتقادم، ولا يمكن للإدارة النزول عنه، وليست له طبيعة تعاقدية، وإنما هو مستمد من الغرض الذي تستهدفه الإدارة وهو الصالح العام ومصلحة المرفق العام،[2]حيث يقر القضاء الإداري للإدارة بحق الإشراف والتوجيه وذلك لارتباط العقد الإداري بمبدأ حسن سير المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة، إذ قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر أنه: " ومن حيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره، وتغليب وجه المصلحة العامة على

---

[1] د. سعيد نحيلي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢١٢.

[2] د. سعيد نحيلي ، المرجع نفسه، ص ٢١٣.

مصلحة الأفراد الخاصة، ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الإشراف و التوجيه على تنفيذ العقود الإدارية. "

وعدّ الصالح العام هو الأساس القانوني لسلطة الرقابة يتفق مع ما استقرت عليه أحكام مجلس الدولة المصري في هذا الصدد، فقد قضت محكمة القضاء الإداري المصرية أن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد الإداري تسييره أو سد حاجته وتغليب وجه المصلحة العامة على المصلحة الفردية الخاصة، لأن جهة الإدارة لا تبغي مصلحة شخصية بل تتعاقد لصالح المجموع، وهدفها المصلحة العامة وهي القوّامة عليها والمختصة وحدها بتوجيهها وتحقيقها وتنظيمها ، فهي تتعاقد لتكفل حسن سير المرفق العام وانتظامه واستمراره وإنجاز الأعمال والخدمات المطلوبة على وجه مقبول، وفي المواعيد المقررة، ولتحقيق ذلك تتمتع جهة الإدارة في العقود الإدارية بحقوق وسلطات واسعة منها سلطة الرقابة على تنفيذ العقد.[1]

وفي سورية فإنه بمقتضى أحكام قانون مجلس الدولة رقم /٥٥/ لعام ١٩٥٩ والمعدل بالقانون رقم (٣٢)لعام ٢٠١٩، فإن الرقابة القانونية للمجلس على العقد الإداري نوعان: **رقابة قانونية وقائية:** تطال إجراءات التعاقد منذ مراحلها الأولى وتنتهي بالصيغة الجامعة لحقوق التزامات الطرفين المتعاقدين والتي تسمى ((العقد)) الذي وِلَدَ من خِضم هذه الإجراءات استناداً للمادة /٧١/ المعدلة بالقانون رقم (٣٢) لعام ٢٠١٩ والتي تنص على أنه: " لا يجوز لأي من الوزارات والجهات العامة أن تبرم أو تقبل أو تجيز

[1] محكمة القضاء الإداري المصرية ٣٠ /٦/ ١٩٥٧ س١١– ص٦١٠ أشار إليه د. سعيد نحيلي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص٢١٣.

أي عقد أو تحكيم أو تنفيذ حكم محكمين تتجاوز قيمته مئه وخمسين مليون ليرة سورية بغير استفتاء الإدارة المختصة لدى مجلس الدولة".

رقابة قضائية: وتتناول القرارات والإجراءات كافة التي تتخذها الجهات العامة في معرض تنفيذ العقد استناداً إلى المادة /١٠/ من قانون مجلس الدولة السوري الحالي رقم ٣٢ لعام ٢٠١٩ التي تنص على أنه: " أ- يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد ، أو بأي عقد إداري آخر، وكذلك العقود التي تبرمها النقابات المهنية والمنظمات الشعبية إذا كانت تلك العقود مبرمة وفقاً لأحكام أنظمة عقود الجهات العامة".

وتسهيلاً لتنظيم مشروعات العقود وفق الأصول القانونية فقد تم إعداد نموذجين لعقدي الأشغال والتوريد تضمّن كل منهما الأحكام القانونية التي تتناسب وطبيعة التعاقد لكل منهما مع ترك هامش أمام المواد العقدية المتغيرة ليتم إملاؤها من قبل الإدارة على نحوٍ ينسجم ونوع المشروع المزمع تنفيذه ومقدار قيمته ومواصفاته الفنية وسائر الشروط القانونية الأخرى. وقد تم تعميم هذين النموذجين بموجب بلاغ رئاسة مجلس الوزراء رقم (٤٨/ب -١٥/٨٧٨) تاريخ ١٩٧٨/٤/١١ على سائر الجهات العامة، وتم الطلب منها اعتمادهما في حال التعاقد من أجل الأشغال والتوريد.

ويرى الباحث أن المشرع في قانون مجلس الدولة الحديث المذكور بموجب المادة /٧١/ السابق ذكرها قد بسط سلطة الرقابة القانونية على الإجراءات التي تمهد لإبرام العقد أو تهيئ لمولده. فهناك إجراءات قد نظمتها القوانين والأنظمة النافذة تسبق إبرام العقد لا بدّ للإدارة أن تراعيها وفي ذلك تحقيق لمبدأ تكافؤ الفرص بين العارضين، وهذه الإجراءات هي الضمانة للإدارة لاختيار العرض الأنسب سواء لجهة المواصفات الفنية أم لجهة السعر، ويأتي دور مجلس الدولة لمراقبة قانونية الإجراءات التي

اتبعتها الإدارة والتي هيأت ولادة العقد حتى إذا ما كانت هذه الإجراءات سليمة من الناحية القانونية فإن العقد الذي يتكلل نتيجة هذه الإجراءات والذي ينظم حقوق الطرفين يكون ضامناً لهذه الحقوق ويحدُّ كثيراً من نشوء نزعات مستقبلية بين الطرفين المتعاقدين.

المطلب الثاني

صور سلطة الرقابة على تنفيذ العقد

تتنوع صور الرقابة على تنفيذ العقود الإدارية وتأخذ أشكالاً ومظاهر متعددة ومتنوعة نظراً لاتساع مفهوم العقد الإداري ذاته وتطوره ومواكبة للتقدم العلمي في شتى مجالات الحياة ، فتقوم الإدارة بالتأكد من التنفيذ الدقيق لنصوص العقد ومن حسن قيام العمال بواجباتهم ومن مطابقة المواد المستعملة في التنفيذ كما نص عليه العقد و لها أن تستوثق من مطابقة التنفيذ لمقتضيات المصلحة العامة التي يستهدفها العقد، ومن ثم يحق لمندوبي الإدارة الدخول إلى مواقع العمل من أجل الاطلاع على البيانات والمعلومات الضرورية لممارسة الرقابة على تنفيذ العقد.[١]

وهو ما أخذت به المحكمة الإدارية العليا السورية في أحد أحكامها الحديثة لعام ٢٠١٨ حيث قضت أن:

".....إن الأشغال الهندسية وأعمال البناء والبيتون ابتداءً تكون تحت رقابة وإشراف الجهة العامة، كما أن الإدارة قررت منفردة بأن الأعمال التي قام بها المدعي غير مطابقة للشروط الفنية والإنشائية كما قررت تصحيح هذه الأخطاء بإرادة منفردة، وقد تجاهلت الإدارة والخبراء من بعدها التقارير الفنية الصادر عن مخبر كلية الهندسة المدنية بجامعة دمشق، والذي يؤكد بشكل جازم صحة الأعمال المنفذة من قبل المدعي ومطابقتها للمواصفات الفنية والهندسية والخرائط"[٢] .

---

[1]Loubadere ,modern et devolve, contr .adm,t.2,op.cit,p448

مشار إليه لدى د سعيد نحيلي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢١٤.

[٢]حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (٣٤٨) الصادر في ٢٠١٨/٦/١١م في القضية رقم ٥٦٨ لعام ٢٠١٨غير منشور.

وكذلك فإن محكمة القضاء الإداري السورية في حكم حديث عام ٢٠٢٠ رفضت التعويض للمتعاقد معها بسبب عدم إلزامه بما قررته لجنة الإشراف على تنفيذ العقد حيث ذكرت:

" ومن حيث إن جهة الإدارة المدعى عليها دفعت الدعوى ملتمسة رفضها تأسيساً على أن الاعتراض على محضر استلام العقد وملحقه غير قانوني، لأن المحاضر المرفقة باستدعاء الدعوى ليست نهائية كونها تحوي أعمال مؤجلة وأعمال يتوجب على المتعهد تنفيذها، إذ إن المحضر البدائي بصيغته النهائية لم يصدر، وأن الكشف النهائي لم ينظم بعد صدور محضر الاستلام الفني البدائي حين تتم المشاهدة الفعلية من قبل لجنة الاستلام الفني على أرض الواقع، وتدقيق القياسات وتصحيح الأخطاء الواردة في دفاتر المساحة المنظمة من قبل جهاز الإشراف، وبالنسبة لفروق الأسعار المطالب بها فإن تاريخ العقد في عام ٢٠١١ قبل تعديل المادة /٤٣- ٤٥/ من القرار الوزاري رقم /٥٦٨/ لعام ٢٠٠٥ المعدلة بالقرار الوزاري رقم /٢٤٩٦٥/ لعام ٢٠١٤ ، **وبالتالي المدعي لا يستحق زيادات فروقات الأسعار عن المواد غير المحصورة في القطاع العام** وبالنسبة للتعديل في الخزن الجدارية فإن التعديل الحاصل لم يتطلب تنفيذ أو تقديم مواد خارج الشروط الفنية أو تحليل السعر المقدم من المدعي وأنه لم يتم الموافقة على تحليل السعر للنموذج الجديد المقدم من المدعي إلى فرع التنفيذ والتفتيش دون الرجوع إلى جهاز الإشراف أو الفرع /٤٦٢/ وبالتالي لا يستحق المدعي تعويض عن التعديل الحاصل كون النموذج الجديد له نفس المواد المنفذة والشروط الفنية وتحليل السعر للنموذج القديم وتم تغيير النموذج حسب ما ورد في إضبارة العقد بناءً على طلب الجهة المستفيدة وتوصيات لجنة المتابعة والتي أشارت في كثير من الأحيان إلى

أن الخزن التي تم تركيبها مخالفة للشروط والمواصفات ولا تحقق الديمومة في الاستخدام لذلك يتحمل المدعي مسؤولية هذا التنفيذ"[1].

هذا و تمارس الإدارة حقها في الرقابة من تاريخ بدء التنفيذ إلى تاريخ انتهائه أي حتى تاريخ انجاز موضوع العقد وتسليمه للإدارة بشكل نهائي.

وتنص بعض التشريعات على صور عديدة لحق الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد، ولكن هذا لا يعني أن حق الإدارة في الرقابة محصور في تلك الصور، وإنما للإدارة أن تتدخل في الرقابة والتوجيه في مختلف الصور والوسائل متى تطلبت مقتضيات الصالح العام ذلك، حتى ولو لم ينص العقد أو القانون على ذلك.

وبالتالي لا يمكن حصر صور الرقابة ومظاهرها في قائمة محددة وإن أمكن تحديد بعضها من حيث الأهمية، كتحديد برنامج تنفيذ العقد وتأجيل ووقف تنفيذ العقد والإطلاع على الوثائق المتعلقة بالتنفيذ وتصديقها والرقابة على وكلاء وعمال المتعاقد، والرقابة على العُدد والمواد المستخدمة في التنفيذ، والأمر بإزالة المواد وإعادة تنفيذها.[2]

وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري السورية في حكم حديث لها عام ٢٠١٧ بقولها:

"ومن حيث إنه عن المطالبة بإلزام الجهة المدعى عليها بتسليم الإدارة المدعية أدوات الطباعة العائدة لفئات الـ (٥٠ – ١٠٠ – ٢٠٠) ل.س والقيام بإتلاف الأوراق الزائدة والمشوهة والتصميم النهائي والجديد لفئة الـ /١٠٠٠/ ل.س والتصميم الجديد الخاص بفئة الـ /٥٠٠/ ل.س فإنه بمقتضى أحكام العقد فإنه يتعين على المتعهد

[1] قرار محكمة القضاء الإداري رقم (٢/١٦١) لعام ٢٠٢٠م في القضية ذات الرقم(٢/٤٣٠) لعام ٢٠٢٠،غير منشور.
[2] المادة (١٧) من دفتر الشروط العامة لنظام العقود الموحد الصادر بالمرسوم (٤٥٠) لعام ٢٠٠٤.

(الجهة المدعى عليها) بعد الانتهاء من عمليات الطباعة بأن يقوم بشحن الكليشات جواً مع الشحنة الأخيرة للأوراق النقدية وعلى نفقته وتسليمها إلى مصرف سورية المركزي بدمشق أصولاً كما يتعين عليه أيضاً القيام بإتلاف الأوراق الزائدة عن الطباعة والأوراق النقدية المطبوعة والمشوهة التي تتخلف عن أعمال الطباعة وكذلك أدوات الطباعة التي استعملت تحت رقابة مشددة من المراقبين المختصين وبما أن الجهة المدعى عليها كانت قد نفذت بعض بنود العقد محل التعهد وامتنعت عن تنفيذ باقي بنوده ومنها البند المتعلق بتسليم الإدارة المدعية أدوات الطباعة وإتلاف الأوراق الزائدة فإن مطالبة الإدارة المدعية بإلزامها بتنفيذ هذا البند العقدي والحالة هذه تغدو قائمة على مستندها الصحيح من القانون ويتعين قبولها على هذا الأساس وذلك باستثناء المتعلق منها بفئة الـ /٥٠٠/ ل.س باعتبارها ليست موضع نزاع في الدعوى الماثلة ".[١]

وبالتالي فإن سلطة الإدارة تكون واسعة في الرقابة لأنها صاحبة المشروع ويقتصر دور المتعاقد معها على تنفيذ العقد لذا فإن سلطة الإدارة لا تقتصر على مجرد الإشراف والتحقق من قيام المتعاقد بالتنفيذ طبقاً لشروط العقد وإنما تتسع لتشمل توجيه المتعاقد في التنفيذ والتدخل في أوضاع التنفيذ.[٢]

وهذا ما سوف ندرسه وفق الآتي :

الفرع الأول: الرقابة على تنفيذ الأعمال.

الفرع الثاني: سلطة الرقابة على موقع العمل.

---

[١] قرار محكمة القضاء الإداري رقم (٤/١٢٣٠) لسنة ٢٠١٧ في القضية رقم (٤/٢٤١٩) لعام ٢٠١٧، غير منشور.

[٢] د. حمدي حسن الحلفاوي ، مرجع سابق، ص٣٤١- ٣٤٢.

الفرع الأول

الرقابة على تنفيذ الأعمال

يرى جانب من الفقه أن حق الإدارة في الرقابة وإن كان ثابتاً لها في كل العقود الإدارية، إلا أنه قد يختلف من عقد إلى آخر فهو في عقد الالتزام أوسع مجالاً وأرحب نطاقاً ومرد ذلك أن الملتزم يقوم بنفسه بإدارة المرفق ومن ثم يحق للإدارة أن تتدخل لتغيير أسلوب الملتزم في الإدارة وطريقة تعامله مع المنتفعين بخدمات المرفق.[١]

وقد نص المشرع المصري في المادة (١٢) من قرار وزير المالية(٦٩٢) لسنة ٢٠١٩ المتضمن اللائحة التنفيذية لقانون /١٨٢/ لسنة ٢٠١٨ بتنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة على الآتي :

"يتعين على الجهة الإدارية مراعاة سياسات الدولة الاقتصادية والاجتماعية والبيئية المعلنة من مجلس الوزراء بدءاً من مرحلة تحديد الاحتياجات، مروراً بإعداد المواصفات الفنية ودراسة السوق والقيمة التقديرية، ومستندات الطرح ومعايير التأهيل والتقييم ومتابعة تنفيذ العقود بغرض تحقيق التنمية المستدامة الاقتصادية والاجتماعية والبيئية".

كذلك نص في المادة (٩٣) من اللائحة ذاتها على أن :

"تلتزم إدارة التعاقدات بمتابعة تنفيذ العقود للتأكد من توريد أو تنفيذ محل التعاقد والتحقق من إجراءات الفحص والاستلام وتسجيل الفواتير والمستندات ومتابعة إرسالها إلى الإدارة المالية لاتخاذ إجراءات الصرف.

ويصرف ثمن الأصناف الموردة، أو الخدمات المؤداة في أقرب وقت ممكن، وبما لا يجاوز ثلاثين يوماً تحسب من تاريخ الفحص والقبول والاعتماد، وفي الحالات التي يتضمن فيها التعاقد أن يتم سداد الثمن مقابل استلام الأصناف، فيجب على الجهة

---

[١] د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية ، مرجع سابق، ص ٢٢١.

الإدارية اتخاذ ما يلزم نحو إجراء فحص الأصناف والتحقق من مطابقتها للمواصفات المتعاقد على أساسها وذلك قبل الاستلام وسداد الثمن".

وعلى الملتزم أن يقدم إلى مندوبي الجهات التي تتولى الرقابة وفقاً للأحكام السابقة كل ما قد يطلبون من معلومات أو بيانات أو إحصاءات كل ذلك دون الإخلال بحق مانح الالتزام في فحص الحسابات أو التفتيش على إدارة المرفق في أي وقت".[١]

إلا أن جانباً من الفقه يرى أن المشرع في مصر أصدر قوانين عدة ، والتي تناولت بالتعديل أحكام القانون رقم/١٢٩/ لسنة ١٩٤٧ المعدل بالقانون رقم (٦١) لسنة ١٩٥٨ والخاص بإجراءات منح التزام المرافق العامة وهذه القوانين تجلت في القانون رقم/١٠٠/ لسنة ١٩٩٦ الخاص بمنح الالتزام في قطاع الكهرباء، والقانون رقم/٢٢٩/ لسنة ١٩٩٦ الخاص بمنح التزامات المرافق العامة لإنشاء الطرق، والقانون رقم/٣/ لسنة ١٩٩٧ الخاص بمنح الالتزام لإنشاء المطارات، والقانون رقم/٢٢/ لسنة ١٩٩٨ المعدل للقانون رقم/١/ لسنة ١٩٩٦ بشأن المدن التخصصية، وهذه التعديلات التشريعية جميعها قد أوردت نصاً تشريعياً واحداً فيما يتعلق بحق الإدارة في الرقابة كما يأتي:

" تحديد وسائل الإشراف والمتابعة الفنية والمالية التي تكفل حسن سير المرفق بانتظام واطراد"، ويتبين من هذا النص أنه قد جاء كمبدأ عام من دون أن يحدد آليات الرقابة والجهات التي تقوم بعملية الرقابة كما كان متبعاً في القانون رقم/١٢٩/ لسنة ١٩٤٧ وإنما ترك تحديد الوسائل إلى الجهة مانحة الالتزام تحددها حسب ظروف كل عقد وكيفية استغلاله أي إن المشرع تبنى الرقابة من خلال الشروط التعاقدية وبالتالي يجب

[١] قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم (١٨٢) لعام ٢٠١٨ المنشور في الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية بالعدد رقم (٣٩) مكرر (د) في ٣ اكتوبر سنة ٢٠١٨ .

على الجهة المانحة تحديد وسائل الرقابة بالتفصيل المناسب عند إبرام عقد الامتياز[١]، وهذا يعني وبموجب الاتجاه الحديث لموقف المشرع المصري فإن سلطة الإدارة في الرقابة يمكن أن تتسع أو تكون ضيقة وذلك حسب الاتفاق المبرم بين الجهة مانحة الالتزام والملتزم.

أما في عقود الأشغال العامة فإن هذا الحق لا يكون بهذه الصرامة كما هو الحال في عقود الالتزام، ولكنه أيضاً مسلم به، وتنص عليه المادة (٧٨) من اللائحة التنفيذية السالفة الذكر بقولها: " يلتزم المقاول بإتباع جميع القوانين واللوائح الحكومية والمحلية ذات الصلة بتنفيذ موضوع التعاقد كما يكون مسؤولاً عن حفظ النظام بموقع العمل وتنفيذ أوامر الجهة الإدارية بإبعاد كل من يهمل أو يرفض تنفيذ التعليمات أو يحاول الغش أو يخالف أحكام هذه الشروط ".[٢]

وبالتالي تستطيع الإدارة في عقود الأشغال العامة أن تأمر المقاول باستعمال أدوات معينة أو بإتباع طريقة معينة من طرق التنفيذ ويلتزم المقاول بالخضوع خضوعاً كاملاً إلى الأوامر والتعليمات التي تصدر من الإدارة فهي رب العمل وهي التي تضع تصميماً للأعمال وتوجه وتصدر التعليمات للمقاول في أثناء عملية التنفيذ ويشكل الإشراف والرقابة على التنفيذ عاملاً وقائياً ضد أخطاء وإهمال المقاولين بعدم مراعاة الأصول الفنية في تنفيذ الأعمال،[٣] وتتضمن مهمة الإشراف على تنفيذ الأعمال وإدارتها ثم الرقابة على حسن تنفيذها، وتعني مهمة الإدارة إن تقدم الإدارة للمقاول جميع البيانات والتوجيهات الضرورية لحسن سير العمل[٤]، وإن توجه إليه من الأوامر المصلحة

---

[١] د. وائل محمد السيد اسماعيل ، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود البوت، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٢٧٨-٢٧٩.

[٢] د.جابر جاد نصار، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص٢٢٣ .

[3]P.TERNEYRE: une nouvelle Techinique de Binancement prive des ouverages collectives: le marche d·enterprise de travaux publics mélanges auby , Dalloz,1992,P.315.

[4]C.E,5 nov 1937,Caire,Rec,P.899

الواضحة والمحددة ما يضمن حسن تنفيذ الأعمال وأن تراقب مدى التزامه بهذه الأوامر[1] ، أما مهمة الرقابة على التنفيذ فإنها أخص من مهمة إدارة العمل إذ تنحصر في الملاحظة أو المتابعة عن قرب التي تباشرها الإدارة على المقاول في كيفية تنفيذه للعمل من الناحية الفنية، ولذلك يتعين عليها أن تبادر إلى إصدار تعليماتها إلى المقاول إذا كان قد حاد في تنفيذه للأعمال عن الالتزام بالتصميمات والمخططات المحددة[2]، غير أنه إذا كان المقاول في عقود الأشغال العامة ملتزم بتنفيذ الأوامر المصلحية الصادرة إليه من جهة الإدارة فإنه لا يمكن أن يضحي بحقوقه فله إذا رأى أن الأوامر المصلحية تتجاوز الالتزامات المنصوص عليها في العقد أن يعترض عليها، ويكون له الحق في المطالبة بالتعويض إذا لم تستجب الإدارة لاعتراضه.

وقد نص المشرع السوري في نظام العقود الموحد السالف الذكر على أحقية الإدارة في مراقبة تنفيذ العقود المبرمة معها وهذا ما تؤكده المادة/ ١٠ / من المرسوم (٤٥٠) المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود الموحد حيث نصت على أنه :

" يحق للجهة العامة تعيين أحد الأشخاص أو الشركات (يسمى المشرف) لينوب عنها في الإشراف على صنع التجهيزات والمواد أثناء الصنع وذلك على نفقتها ، ويحق للمشرف القيام في جميع الأوقات بعمليات التفتيش والمراقبة والاختبار فيما يتعلق بالمصورات والمواد والصنع في المكاتب وأماكن الصنع العائدة للمتعهد والمعامل المعتمدة من قبله، وله أيضاً أن يرفض ما يرى لزوماً لرفضه لمخالفته الشروط الفنية ويجب إبلاغ جميع حالات الرفض خطياً إلى المتعهد أو الشركة الصانعة وأن يُطلع الجهة العامة على ذلك وعلى المتعهد أن يستبدل المواد المرفوضة بمواد تتوفر فيها

[1]C.E,22 fev 1980,Rieux,Rec,P.109
[2]L.Richer, op. cit.P.277 ets

جميع الشروط المطلوبة ، ويحق للمشرف أو أي شخص آخر غيره يمثل الجهة العامة الدخول بكل حرية خلال ساعات العمل إلى جميع الأماكن التي يقوم فيها المتعهد أو أصحاب المعامل المعتمدة من قبله بصنع أو تخزين أي من قطع التوريدات. "

وتنص المادة /٤٥/ من نفس المرسوم على أنه :

" يعتبر المهندسون والمراقبون الذين تعهد إليهم الجهة العامة بمسؤولية المراقبة والإشراف على تنفيذ الأعمال، ممثلين عنها في مراقبة كل ما يتعلق بصحة تطبيق أحكام العقد وتنفيذ المخططات والمواصفات الفنية والتعليمات التي تصدرها للمتعهد أثناء العمل . وعلى المتعهد أن يقدم لهؤلاء المهندسين والمراقبين المعينين من قبل الجهة العامة بغية تحقيق هذا الغرض التسهيلات اللازمة كافة التي تمكنهم من القيام بجميع واجباتهم خير قيام وأن يعمل بموجب التعليمات والملاحظات التي يصدرونها كافة بموجب أحكام العقد وهو مسؤول عن تأمين مكاتب مؤقتة في موقع العمل كافية صالحة لتأمين قيام المهندسين والمراقبين بكل ما يطلب منهم من واجبات رسمية حتى انتهاء الأعمال".

وأيضاً نصت المادة /٢٨/ منه على أنه :

" أ- على المتعهد عند غيابه عن موقع العمل أن ينيب عنه وكيلاً مسؤولاً لتنظيم وتنفيذ العقد والعمل وفق التعليمات التي تعطيها الجهة العامة أو أي من مندوبيها أثناء العمل لتحقيق مقتضياته، ويجب أن يقيم هذا الوكيل في موقع العمل طيلة ساعات استمرار التنفيذ، كما يجب أن يكون مفوضاً من قبل المتعهد تفويضاً تاماً للعمل بالنيابة عنه أثناء غيابه في كل ما يتعلق بتنفيذ شروط العقد.

ب- للجهة العامة في المشاريع ذات الصبغة الفنية الخاصة التي يعود إليها أمر تقديرها أن تفرض على المتعهد أن يكون أحد المراقبين الذين يوكلهم للإشراف على

تنظيم وتنفيذ أحكام العقد المبرم مهندساً ويجب أن ينص على ذلك في دفاتر الشروط الخاصة.

ج – يجب أن يكون الوكيل والمراقبون الذين يعينهم المتعهد للإشراف على تنفيذ الأعمال بالنيابة عنه في جميع الحالات من ذوي السيرة الحسنة والخبرة الكافية والكفاءة الفنية في نوع الأعمال المطلوبة في العقد . وعلى المتعهد قبل تعيين الوكيل أو المراقبين للإشراف على تنفيذ العقد بالنيابة عنه في موقع العمل أن يعلم الجهة العامة خطياً عن أسمائهم والمؤهلات الفنية التي يحملونها للحصول على موافقتها على تعيينهم وللجهة العامة الحق في رفض أو قبول هذا التعيين دون بيان الأسباب ولا يجوز تبديل الوكيل أو المراقبين المعينين إلا بموافقة الجهة العامة خطياً.

د – يجب أن يبقى الوكيل المفوض في موقع العمل طيلة ساعات العمل التي يجري فيها التنفيذ لتلقي تعليمات الجهة العامة أو أي من مندوبيها في حال زيارتهم موقع العمل ويعتبر غياب وكيل المتعهد أثناء ساعات الدوام العادية عن موقع العمل دون موافقة الجهة العامة على ذلك مقدماً مخالفة يجوز للجهة العامة أن تحسم من استحقاقات المتعهد من أجلها مبلغ خمسمائة ليرة سورية كحد أدنى عن كل يوم يلاحظ فيه التغيب ويجوز النص في دفاتر الشروط الخاصة على حسم مبلغ أعلى بحسب طبيعة المشروع.

أما في **عقود التوريد**، فإن حق الإدارة في الرقابة يكون أضعف ، إذ من المسلم أن الأصل هو حرية المتعاقد في اختيار أسلوب التنفيذ في هذه العقود على أن هذا لا ينفي إمكانية استخدام الإدارة لهذا الحق إن كان له مقتضى، فهو حق يشمل العقود الإدارية ولكن تطبيقه يختلف مداه حسب طبيعة كل عقد حيث لا يجوز للإدارة التدخل

في طريقة التنفيذ، وإنما يقتصر الأمر في ذلك على حق الإدارة في التأكد من قيام المورد بتوريد الأصناف محل العقد ،طبقاً للمواصفات والعينات المعتمدة، وسلطة الإدارة في رقابة المتعاقد معها لتنفيذ التزاماته التعاقدية في نطاق عقدي الامتياز والتوريد أو أي عقد إداري أخر وتوجيهه في أثناء هذا التنفيذ تستمد مشروعيتها من المبادئ العامة للعقود الإدارية التي تقضي بضرورة منح الإدارة سلطات وامتيازات لا مثيل لها أو لا وجود لها في نطاق العقود المدنية وذلك من أجل تحقيق الغاية التي تسعى إليها الإدارة جراء إبرامها للعقود الإدارية ألا وهي تحقيق المصلحة العامة المتمثلة بضمان استمرار سير المرفق العام بانتظام واطراد.

الفرع الثاني

سلطة الرقابة على موقع العمل

تنص المادة/٧٣/ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات رقم/١٨٢/ لسنة ٢٠١٨ على أن" تبدأ المدة المحددة لتنفيذ عقود الأعمال من التاريخ الذي يسلم فيه الموقع للمقاول.." كما تنص المادة/٧٩/ من اللائحة ذاتها على أن: " جميع المواد والمشونات المعتمدة والقطع والأدوات والآلات التي تكون قد استحضرت بمعرفة المقاول لمنطقة العمل أو على الأرض المشغولة بمعرفة المقاول بقصد استعماله في تنفيذ العمل وكذلك جميع الأعمال والمنشآت الوقتية الأخرى تظل كما هي ولا يجوز نقلها أو التصرف فيها إلا بإذن جهة الإدارة إلى أن يتم التسليم المؤقت على أن تبقى في عهدة المقاول وتحت حراسته ومسؤوليته وحده ولا تتحمل جهة الإدارة في شأنها أي مسؤوليات بسبب الضياع أو التلف أو السرعة أو غير ذلك.."

وهذا النص ينظم سلطة الرقابة ويترك إلى الإدارة الحق في تحديد بدء تنفيذ الأعمال، حيث يرتبط هذا الميعاد بعملية تسليم موقع العمل إلى المقاول بناءً على طلب منه بتسليمه مواقع العمل، كما ينظم سلطة الإشراف على موقع العمل بعد تسليمه للمقاول فهي تستطيع إعمالاً لسلطتها في الإشراف دخول موقع العمل وممارسة سلطة الفحص بالنسبة إلى الوثائق والمستندات والمواد والآلات التي تكون استحضرت بمعرفة المقاول بقصد استعمالها في تنفيذ الأعمال، ويجدر التساؤل عما إذا كان التزام الإدارة بالرقابة على تنفيذ الأعمال يجعل من واجبها مراقبة موقع العمل أيضاً، بحيث يمكن أن تكون مسؤولة إلى جانب المقاول عن إهمالها في التنبيه إلى خطورة بعض الأوضاع التي لاحظتها بموقع العمل؟ وقد كان الدافع وراء هذا التساؤل **نص المادة (٢/١٨)**

من المرسوم الفرنسي (١٩٤١) حيث جاء فيها أن مهمة المهندس في إدارة الأعمال ومراقبتها تخوله سلطة على موقع العمل .

ويتجه جانب من الفقه الفرنسي إلى القول إن التزام المهندس بالرقابة على الأعمال يتسع ليشمل الرقابة على موقع العمل نفسه،[١]ولعل ذلك ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي عندما عدّ أن المهندس مسؤولاً جزائياً عن الضرر الذي حدث بسبب الحريق الذي شب في موقع العمل، والذي نتج عن امتداد اللهب من آلة كان يستخدمها عامل لحام يتبع لمقاول تركيب المواسير إلى أعمال النجارة التي تم طلائها بسائل سريع الاشتعال [٢]، ويذهب البعض الآخر إلى أنه إذا كانت الرقابة على تنفيذ الأعمال تعطي المهندس سلطة على موقع العمل فإنها لا تخوله حراسة المواد والأجهزة التي بالموقع ولا حراسة البناء، فهذه الصفة تثبت للمقاول الذي يكون مسؤولاً وحده عما يقع من حوادث بموقع العمل ولا تثبت للمهندس[٣]، ولقد أقر مجلس الدولة الفرنسي أنه عندما يُنصُّ في العقد على ضرورة وجود مهندس للعملية فيقتصر التزام المهندس بالإشراف على التنفيذ على مجرد تنسيق أعمال الفنيين ذوي التخصصات المختلفة المشتركين في عملية البناء والاطمئنان على أن إنجاز الأعمال يسير بشكل مرض، وأن التنفيذ يتم طبقاً للتصميمات الموضوعة وذلك كله من خلال زيارات دورية يقوم بها إلى موقع العمل[٤]، كما أقر مجلس الدولة الفرنسي أنه من المحتمل في هذا المجال استخدام مسؤولية الإدارة بسبب ممارستها غير المشروعة سلطة الرقابة على موقع العمل ومن ذلك حالة النص في العقد على ضرورة وجود مهندس للعملية والذي يستطيع أن يغير الموظفين أو العمال التابعين للمقاول أو للملتزم في عقد الالتزام والمتواجدين في موقع العمل وذلك بسبب عصيانهم الأوامر والتعليمات أو تقصيرهم في أداء العمل أو عدم

---

[1]Boubli: La responsabilite des architects ,des entrepreneurs,et des autres locateurs d'ouverage,1971,p.49

[2]C.E 9 mai ,1972,Bul,ClV,1972,p.207

[3]J.Mazeaud.note Civ 22/mai 1973,D.1974.J.P.233.

[4]C.E,16 oct 1968,A.J.D.A, 1969,P.61.

تحليهم بالأمانة للقيام بأعمال الغش أو الرشوة.[1] بناءً على ذلك تقوم الإدارة بممارسة سلطتها بإجراء عملية إحلال أو تبديل للموظفين أو للعمال الموجودين في موقع العمل بالنسبة إلى عقد الأشغال العامة أو العمال الذين يستخدمهم المتعاقد في عقود الالتزام إذا رفضوا أو أهملوا تنفيذ التعليمات التي تصدر من مندوبي الإدارة أو حاولوا غش الإدارة أو مخالفة شروط العقد، ويمارس القاضي الإداري رقابة صارمة على إجراء التبديل أو الإحلال ويملك سلطة إلغاء هذا القرار متى كان غير مشروع أو ليس له ما يسوّغه ويترتب على هذا الإجراء حق المقاول في المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي قد تصيبه نتيجة لهذا الإحلال الخاطئ.

وكذلك نصت المادة /٢٧/ من المرسوم (٤٥٠) لعام ٢٠٠٤ المتضمن دفتر الشروط العامة على الآتي:

" أ- يحق للجهة العامة أو من تنتدبه كما يحق لأي من المسؤولين ذوي العلاقة أن يدخلوا في جميع الأوقات إلى موقع العمل للإشراف على سير التنفيذ في المشاغل والمعامل والمحلات الخارجية التي تقوم بتحضير أو صنع أي عمل أو لوازم أو مواد لها علاقة في أي جزء من أعمال العقد وعلى المتعهد أن يقدم التسهيلات والمساعدات اللازمة كافة لتمكينهم من إجراء ما يرونه ضرورياً من فحص وتدقيق ومعاينة.

ب- على المتعهد أن يقوم في أي وقت تحدده الجهة العامة أو أي من المسؤولين ذوي العلاقة بالكشف على أي جزء من الأعمال التي تمت تغطيتها لتمكنهم من فحصها والتدقيق في صحة تنفيذها وإذا ظهر بنتيجة الفحص أن الأعمال المكشوف عليها كانت صحيحة التنفيذ بموجب أحكام العقد وأن تغطيتها كانت قد تمت بموافقة الجهة العامة، تقوم الجهة العامة بدفع نفقات الكشف كافة وإعادة التغطية أما إذا ظهر بنتيجة الفحص أن العمل كان مخالفاً للمخططات والمواصفات الفنية وتعليمات المهندس أو إذا ثبت إن ذلك الجزء المكشوف عليه رغم صحة تنفيذه قد جرت تغطيته قبل الحصول على إذن خطي من الجهة العامة فتعود النفقات كافة للكشف وإعادة التغطية على

[1] C.E 4 Juill 1980,R.o.P,cit 1981,p.526

المتعهد علاوة على ما يتحمله من مسؤولية بسبب مخالفة العمل للشروط المطلوبة وأما إذا رفض المتعهد وقصر في القيام بالكشف المطلوب خلال المدة التي تحددها الجهة العامة فيحق للجهة العامة في مثل هذه الحالة إجراء الكشف حسب الطلب وحسم نفقاته كافة من حساب المتعهد مهما كانت نتيجة الكشف.

ج – تقوم الجهة العامة أو ممثلوها بزيارة مواقع العمل خلال فترات معقولة للكشف على سير الأعمال حسبما يرونه منسجماً مع مصلحة المشروع وتتحمل الجهة العامة نفقات هذه الزيارات وأما الزيارات والكشوف التي تضطر الجهة العامة إلى إجرائها بناءً على طلب من المتعهد بالكشف على أعمال كان قد سبق الكشف عليها فيحق للجهة العامة تحميل المتعهد نفقاتها وحسمها من حسابه.

ومما سبق يرى الباحث أن هناك صورتان لممارسة هذه السلطة وهما كالآتي:

الصورة الأولى: تبدو فيها الإدارة كأي طرف في علاقة تعاقدية، لها الحق في مراقبة تنفيذ المتعاقد لالتزاماته المنصوص عليها في العقد .

الصورة الثانية: تظهر فيها الإدارة بمظهر السلطة العامة المميزة لعلاقات القانون العام، فتصدر أوامر ملزمة إلى المتعاقد معها لتنفيذ التزاماته على نحو معين.

وعليه فإن للإدارة الحق في الرقابة على تنفيذ العقد وتوجيه المتعاقد ببعض الملاحظات على ألا يتعدى ذلك الى التدخل المباشر وعرقلة تنفيذه وإلا ترتب عليها مسؤولية أن نتج عن ذلك خطأ ما أو تعسف باستخدام تلك السلطة الممنوحة إليها.

المطلب الثالث

آثار سلطة الرقابة

قد يلحق بالمتعاقد بعض الأضرار عندما تباشر الإدارة حقها في الرقابة والتوجيه، إلا أن المتعاقد لا يستحق تعويضاً في جميع صور الرقابة، ويميز الفقه والقضاء الإداري بين حالتين، الحالة الأولى، لا تثير مسؤولية الإدارة نتيجة ممارستها لسلطة الرقابة، والحالة الثانية، هي التي تثبت فيها مسؤولية الإدارة بسبب هذه الرقابة وذلك على النحو الآتي :

الفرع الأول: عدم مسؤولية الإدارة عند ممارستها لسلطة الرقابة.

الفرع الثاني: تقرير مسؤولية الإدارة عند ممارستها لسلطة الرقابة.

الفرع الأول

عدم مسؤولية الإدارة عند ممارستها لسلطة الرقابة

يرى البعض جانب من الفقه عدم مسؤولية الإدارة عن ذلك والحجة في ذلك أن سلطة الرقابة تعطي للإدارة الحق في هدم الأشغال المعيبة التي قام بتنفيذها المقاول أو التي تمت على خلاف الوضع المتفق عليه، أو أن تقوم الإدارة بوقف الأشغال وذلك لعدم انطباقها مع المقايسات والتصميمات[1]، وعليه فلا مسؤولية على الإدارة أن تأخرت في إجراء الرقابة أو مارستها بطريقة معيبة طالما أنها تملك رفض الإشغال التي تمت على خلاف الوضع المتفق عليه، وذلك لأن إجراءات الرقابة والتوجيه التي تباشرها الإدارة في تنفيذ العقود الإدارية هي من الأمور الطبيعية والمعتادة . فإذا مارست الإدارة حقها في الرقابة في حدود النصوص العقدية وترتب عليها بعض النفقات والأضرار فإن المتعاقد لا يستحق أي تعويض وعليه أن يتحمل تلك الأعباء.[2]

[1] د. أحمد عثمان عياد ، مرجع سابق، ص٣٢٤

[2] د. سعيد نحيلي ، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٢١٥.

الفرع الثاني

تقرير مسؤولية الإدارة عند ممارستها لسلطة الرقابة

يرى جانب من الفقه أنه يترتب في بعض الأحيان على ممارسة الرقابة تقرير مسؤولية الإدارة التعاقدية في مواجهة المتعاقد بحيث يستطيع المتعاقد معها أن يطلب التعويض بسبب خطأ الإدارة أو فسخ العقد في حالة الخطأ الجسيم وذلك نتيجة إخلالها في الرقابة على تنفيذ العقد، خصوصاً أن الإدارة يقع على عاتقها التزام حقيقي في الرقابة والإشراف لضمان تنفيذ هذه العقود، فإذا مارست الإدارة سلطة الإشراف أو الرقابة بطريقة غير مشروعة أو معيبة فإن ذلك يؤدي إلى قيام مسؤوليتها التعاقدية[١].

ويبدو أن أحكام القضاء الإداري الفرنسي لا تعطي إجابة واضحة لهذا الجانب والسبب وراء ذلك أن القرارات التي يمكن أن تنسب إلى الإدارة المتعاقدة لعيب مراقبة تنفيذ الأعمال تتعلق بأعمال يصعب اكتشاف خطأ الإدارة فيها من الناحية العملية وبالتالي لا تُكتشف إلا من خلال بحث المسؤولية التعاقدية للمتعاقد نفسه، وعندئذ يستطيع المقاول أن ينفي عن نفسه المسؤولية في مواجهة الإدارة إذا أثبت أن عدم تنفيذ الأعمال أو تأخره في هذا التنفيذ إنما يرجع إلى إهمال الإدارة أو تقصيرها في ممارسة سلطة الرقابة التي قد تسمح بتجنب الفوضى التي قد حدثت في أثناء تنفيذ الأعمال وأسهمت في إعاقة التنفيذ.[٢]

وتطبيقاً لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي أنه: " إذا كان الإشراف على تنفيذ الأعمال يتعين أن تقوم به جهة الإدارة عن طريق مهندسيها فإن إهمال هؤلاء في الإشراف يمكن

---

[١] د. حمدي حسن الحلفاوي ، مرجع سابق ، ص٣٤٣.

[2] C.E, 21, avr ,1971,Besnord-Berndac et Dame Veuve Serpuy c/vile d'Alencon,Rec.P.284.

أن يرتب مسؤوليتها[1]، كذلك قضى بأن التدخلات التي حدثت من جانب الإدارة في وقت غير ملائم يمكن في بعض الظروف أن تسوّغ بعض الأخطاء التي وقعت من جانب المشيدين[2].

وفي مصر قضت المحكمة الإدارية العليا أنه: " يكون لرب العمل من الخبرة في فن البناء ما يفوق خبرة المقاول الذي تعاقد معه ويتدخل رب العمل بفرض تصميم معيب على المقاول فينبه المقاول إلى ما في التصميم من عيوب فيصر رب العمل على المضي في العمل وفقاً لهذا التصميم المعيب فيذعن المقاول لمشيئة رب العمل، ففي هذه الصورة ترفع المسؤولية عن المقاول لأن إذعانه لتعليمات رب العمل الذي له تلك الخبرة لا يعتبر خطأ منه"[3].

والملاحظ في هذا الشأن أن القضاء الفرنسي والمصري والسوري يعدّ الإدارة مسؤولة عن مراقبة تنفيذ أعمال الأشغال العامة.

ويتفق الباحث مع هذا الرأي ويؤيده ، ذلك أنه ليس هناك مانع بناءً على هذا الاستدلال من إقرار المسؤولية التعاقدية للإدارة لعيب الرقابة على تنفيذ العقد خصوصاً أنه يقع على عاتقها التزام حقيقي في الرقابة والإشراف لضمان التنفيذ الجيد للعقد فإذا مارست الإدارة سلطة الإشراف أو التوجيه بطريقة معيبة أو غير مشروعة ما أدى إلى عدم إنجاز الأعمال أو انجازها بشكل سيء أو بشكل سبب إرهاقاً للمقاول فهذا العمل أو التقصير يشكل خطأ يتمثل في عيب مراقبة تنفيذ الأشغال العامة من شأنه أن يحرك مسؤولية الإدارة التعاقدية.

---

[1] C.E,31, oct, 1947,Rec,P.214.

[2] T.A.de caen,25 mars, 1955,Rec,P.630.

[3] حكم المحكمة الادارية العليا المصرية بتاريخ ١٩٦٢/١١/١٤ ، المجموعة سنة (٨) ق، ص٩٥.

وبما أن سلطة الرقابة والإشراف هي إحدى السلطات الممنوحة إلى الإدارة بموجب العقد الإداري تحقيقاً للمصلحة العامة المتمثلة بضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد إلا أن ذلك لا يعني السماح للإدارة بسوء استخدام هذه السلطة والإضرار بالمتعاقد والمرفق العام بحجة أنها أي الإدارة تملك حق إيقاف تنفيذ العقد أو رفض الأشغال المخالفة للموضوع المتفق عليه لأن ذلك سيؤدي إلى تأخير تنفيذ العقد فضلاً عن الأضرار بمصلحة المتعاقد الذي قد تتعسف الإدارة في استخدام هذه السلطة تجاهه لذا لا بد من إخضاع الإدارة إلى جزاء معين إذا ما تعمدت الإساءة في استخدام سلطاتها ولا يتم ذلك إلا من خلال تقرير مسؤوليتها التعاقدية.

ويميز القضاء الفرنسي بين فرضين في هذا الخصوص، فرض ارتكاب الإدارة أخطاء مشوبة بالتعسف في ممارسة حق الرقابة، وفرض ممارسة الرقابة خارج مفهوم الخطأ وفق الآتي:

أولاً – ارتكاب الإدارة أخطاء مشوبة بالتعسف :

تقترف الإدارة خطأ مشوباً بالتعسف عندما تصدر تعليمات تعسفية بمعنى غير مفيدة أو تجاوز الحد المألوف ومثالها:

– التأخير المنسوب إلى الإدارة بصوره وأشكاله كافة.

– أخطاء الإدارة المشوبة بالتعسف في توجيه العقد وإدارته.

– وقف تنفيذ العقد مدة غير معقولة بأمر من الإدارة يسوّغ للمقاول الحق في طلب فسخ العقد والتعويض سواء نص العقد على ذلك أم لم ينص.

وعليه لتأكيد تلك المشروعية يجب على الإدارة ألا تخرج عن حدود الحق المقرر لها في الرقابة والتوجيه، وإلا خرج عمل الإدارة عن نطاق المشروعية مشكلاً خطأً يوجب

مسؤوليتها التعاقدية عما لحق المتعاقد معها من ضرر بسبب عمل الإدارة غير المشروع، وعليه تتمثل صور إخلال الإدارة في الرقابة والتوجيه بالآتي:

أ- ابتعاد الإدارة عن الغاية من الحق في الرقابة والتوجيه:

الغاية من إعطاء الحق للإدارة في الرقابة والتوجيه للمتعاقد معها حال تنفيذه لالتزاماته التعاقدية، هي تحقيق مصلحة المرفق الذي يتم تنفيذ العقد الإداري لحسابه وتأمين السير الطبيعي للأعمال[1]، فإذا قصدت الإدارة باستعمالها لهذا الحق مجرد الإضرار بالمتعاقد معها، ففي هذه الحالة تقوم مسؤوليتها التعاقدية في تعويض المتعاقد معها عما لحق به من أضرار، بسبب تعسفها في استخدام سلطتها، كذلك تترتب مسؤولية الإدارة إذا نتج عما تصدره الإدارة للمتعاقد من قرارات تدخل في إطار التوجيه والرقابة وتؤدي إلى عرقلة التنفيذ أو تأخيره، كأن تأمر بإيقاف العمل مدة تجاوز الحد المعقول من دون أن يكون هناك سبب مسوّغ لذلك التوقف.

ب- تجاوز حدود حق الرقابة والتوجيه:

حق الإدارة في الرقابة والتوجيه يقف عند الحد الذي يضمن لها التأكد من سلامة تنفيذ المتعاقد لالتزاماته العقدية، فلا يجوز للإدارة أن تتخذ من هذه السلطات ستاراً لتعديل العقد، حيث يعدّ عملها في هذه الحالة غير مشروع ويترتب عليه قيام مسؤوليتها التعاقدية عن الأضرار التي لحقت بالمتعاقد معها.

ففي عقد الأشغال العامة يحق للإدارة اتخاذ إجراءات من شأنها التأكد من استعمال المقاول للمواد المتفق عليها في العقد، إلا أنها تتجاوز حقها إذا قامت بإحلال مواد

---

[1] د. رياض عبد عيسى الزهيري ، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، ١٩٧٥ ، ص١٢٢.

أخرى محل المواد المتفق عليها في العقد، لأنها في هذه الحالة تكون عدلت شروط العقد ما يترتب عليه تحقق مسؤوليتها التعاقدية.[1]

ثانياً – تجاوز الإدارة حقها في ممارسة الرقابة من دون خطأ:

ولكي تتحقق مسؤولية الإدارة في هذا الفرض يتعين توافر شرطين أساسيين هما:

أ– أن تصدر الأوامر والتعليمات عن الإدارة، فلا يجوز تقرير مسؤولية الإدارة عند تفاقم الأعباء المالية للعقد بسبب أفعال المتعاقد ولو حازت على موافقة الإدارة.

ب– أن يلحق المتعاقد ضرر من جراء تعليمات وأوامر الإدارة.[2]

ويرى الباحث أن إخلال الإدارة في ممارسة سلطة الرقابة يرتب عليها مسؤولية تعاقدية سواء بخطأ أو من دون خطأ لأنها عندما تمارس هذا الحق وهذه السلطة ، فالأساس أنها تمارسها لأجل المصلحة العامة مع مراعاة حقوق المتعاقد معها وأنها عندما يترتب عن هذا الإخلال أضرار بالمتعاقد فالمفترض أن تقوم بتعويضه عن كل الأضرار التي أصابته من تاريخ حدوث الضرر به حتى لا يحجم الأفراد عن التعاقد وبالتالي تعطيل سير المرافق العامة بالإضافة إلى ضرورة محاسبة أفراد الإدارة الذين كانوا سبب في حدوث هذا الإخلال لكي لا يتم التصرف على حسب أهوائهم وغاياتهم وسبباً في حدوث فساد مالي وإداري وبالتالي يتحمل المتعاقد تبعات ذلك.

وهكذا نكون قد تحدثنا عن مفهوم الرقابة وصورها وآثارها وسننتقل في المبحث الثاني للحديث عن الاستخدام غير المشروع لسلطة الإدارة في تعديل العقد.

---

[1] د. أحمد عثمان عياد ،مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص٣٠٣.

[2] د. سعيد نحيلي ، العقود الإدارية ، المرجع السابق ص ٢١٦.

المبحث الثاني

الاستخدام غير المشروع لسلطات الإدارة في تعديل العقد

سبق لنا الحديث عن هذا الموضوع في معرض دراستنا لإخلال الإدارة لالتزاماتها المالية وعدم أحقيتها في تعديل المقابل المالي للعقد وحري بنا في هذا المبحث أن نتحدث عن الاستخدام غير المشروع لسلطة الإدارة في تعديل العقد فكما ذكرنا سابقاً أن الإدارة تستمد حقها في تعديل العقد الإداري إما من نصوص العقد وإما من مقتضيات المصلحة العامة التي تستلزم ذلك التعديل في العقد ليكون أكثر تحقيقاً لهذه المصلحة في ضوء الأمور والمستجدات التي وجدت بعد التعاقد. وتمارس الإدارة هذه السلطة من دون حاجة إلى النص عليها صراحة في العقد الإداري، لأنها مستمدة من مبادئ القانون العام ذاته، ومن الطبيعة الذاتية للعقد الإداري ، وهي ما يطلق عليها اسم نظرية عدم ثبات العقد الإداري[1].

فسلطة الإدارة تستند في التعديل إلى متطلبات سير المرفق العام وامتيازات القانون العام، إلا أنه يجب ألا تكون شاملة لجميع شروط العقد وإنما تقتصر على بعضها فقط، أي تقتصر على تلك التي تتصل بسير المرفق العام وكذلك الخدمات التي تقدمها إلى الجمهور، ولا تمتد لتمس المزايا المالية المتفق عليها في العقد[2].

وعليه فإن سلطة الإدارة في التعديل هي من الشروط الاستثنائية غير المألوفة في عقود القانون الخاص، كما أن هذه السلطة تشكل استثناءً على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين

---

[1] د. علي الفحام ، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري ، دار الفكر العربي، القاهرة ، ١٩٧٦ ، ص٥٥ . وكذلك د. فاروق أحمد خماس الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، جامعة الموصل، ١٩٩٢ ، ود. محمد عبد الله الدليمي ، الوجيز في النظرية العامة العقود الإدارية ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، ١٩٩٢ ، ص١١٦.

[2] د. محمد عبد العال السناري، النظرية العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، دون تاريخ نشر، ص٢٢١-٢٢٢.

والتي تقضي بعدم جواز إدخال أي تعديل على العقد أو فسخه إلا باتفاق الطرفين أو استناداً إلى نص في القانون[1].

ولا بد من الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي أصدر في ٢٠١٩/٤/١ نظام عقود جديد معدل لنظام المشتريات العامة لعام ٢٠٠٦ في فرنسا والمعدل في ٩/ ٢٠٢٠/١٢ و المسمى(Code de la commande publique) والذي نصت المادة(L.٢١٩٤) على الآتي :

يجوز تعديل العقد من قبل الإدارة في الحالات الآتية:

١- إذا تم النص على التعديلات في الوثائق التعاقدية الأولية.

٢- إذا أصبحت الأعمال الإضافية أو الإمدادات أو الخدمات ضرورية.

٣- إذا كانت التعديلات ضرورية بسبب ظروف غير متوقعة.

٤- إذا حل متعاقد جديد محل صاحب العقد الأصلي.

٥- إذا كانت التعديلات ثانوية.

٦- إذا كانت التعديلات بكميات صغيرة.

و عندما تقوم الإدارة بتعديل العقد الإداري من جانب واحد ،فإنه يجب عليها الحفاظ على التوازن المالي للعقد، وفقاً لأحكام البند ٤من المادة/6 .L /.من القانون المذكور أعلاه والذي ينص على مايلي:

[1] د.احمد طلال عبد الحميد البدري , قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في مجال العقود الادارية (دراسة مقارنة) الطبعة الاولى , دار ومكتبة عدنان , بغداد ٢٠١٣ ص١٣٧.

"يجوز للسلطة المتعاقدة تعديل العقد من جانب واحد بموجب الشروط المنصوص عليها في هذا القانون، دون الإخلال بالتوازن المالي للعقد ويحق للطرف المتعاقد الحصول على تعويض مناسب".

هذا و يذهب جانب من الفقه في فرنسا إلى أن: [1]حق الإدارة في تعديل شروط العقد حق أصيل مستمد من صفتها كسلطة عامة، وليس هناك حاجة للنص عليه صراحة في العقد، ولذلك لا تملك حق التنازل عنه [2]، إلى جانب ذلك أكد القضاء الإداري الفرنسي هذه السلطة للإدارة فيما يتعلق بتعديل العقد الإداري[3].

أما في مصر فيذهب الرأي الراجح في الفقه إلى أن حق الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري هو حق ثابت للإدارة، سواء نص عليه في العقد، أم لم ينص عليه، لأن حقها في التعديل يعدّ كاشفاً لا منشئاً له[4]. يسانده في ذلك القضاء الإداري في مصر حيث أكدت المحكمة الإدارية العليا في حكم لها جاء فيه:" إن الإدارة في ممارستها لسلطة تعديل العقد إنما تستعمل حقاً، وهذه السلطة لا تستمدها الإدارة من نصوص العقد، بل من النظام العام لسير المرافق العامة، والذي يحكم كفالة حسن سيرها

---

[1] في فرنسا هناك جانب من الفقه ينكر على الإدارة حقها في تعديل العقد الإداري، وجانب أخر من الفقه يعترف للإدارة بهذا الحق ، وهناك جانب ثالث من الفقه يعد رأيه وسط بين الرأيين السابقين ، لمزيد من التفصيل عن هذه الآراء ينظر في ذلك د. محمود خلف الجبوري ، ص١٦٤ وما بعدها.

[2]Delaubadere et autres, op. cit, T.2,p682

[3] حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ (٢٨/ ١١/ ١٩٤٧) ، أشار إليه د. حمدي علي عمر، المسؤولية دون خطأ للمرافق الطبية العامة، دراسة مقارنة الزقازيق، ١٩٩٥، ص٢٢٦.

[4] د. سليمان محمد الطماوي : الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق، ص٤٥٣.

وانتظامها في أداء خدماتها بما يحقق المصلحة العامة ، كما لا يجوز للإدارة نفسها أن تتنازل عن ممارسة هذه السلطة، لأنها تتعلق بكيان المرافق العامة"[1] .

كذلك أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر على طبيعة العقد الإداري وحق الإدارة في تعديل عقودها من دون الاحتجاج بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين إذ قضت أن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود الإدارية ولها دائماً حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما قد يتراءى لها أنه أكثر اتفاقاً مع الصالح العام دون أن يحتج الطرف الأخر بقاعدة إن العقد شريعة المتعاقدين..[2]".
وفي سورية فقد كان الرأي متفاوت ومتباين فنجد أحكام مجلس الدولة تارة تأخذ بإرادة الإدارة المنفردة وتارة أخرى بضرورة مراعاة قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.
وإذا كانت سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية من النظام العام إلا إن استخدام الإدارة هذه السلطة على نحو غير مشروع يؤدي إلى ترتيب مسؤوليتها التعاقدية تجاه المتعاقد معها بسبب ما لحق به من أضرار. وهذا يتحقق عندما تخرج الإدارة عن ضوابط التعديل المتمثلة في استهداف المصلحة العامة مع ضرورة أن يكون هناك مسوّغ لهذا التعديل بالإضافة إلى أن يكون التعديل جزئياً ومتصلاً بموضوع العقد وكذلك ألّا يخرج التعديل عن حدود المشروعية، وعليه فإن مخالفة الإدارة لأي من هذه

---

[1] نظر حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم (٣٤٨٦) بتاريخ ١٩٩٨/١١/١٥ ، الموسوعة الإدارية الحديثة ، السنة (٣٥) قضائية ، ص٣٧١.

[2] حكم المحكمة الادارية العليا ,الطعن (٨٨٢) سنة (١٠) قضائية جلسة ١٩٦٨/٣/٢ , أشار اليه د. عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية منشأة المعارف ، الإسكندرية،٢٠٠٣، ص٦٣.

الضوابط وهي بصدد التعديل في العقد الإداري يعد إخلالاً منها يؤدي إلى قيام مسؤوليتها التعاقدية في تعويض المتعاقد معها عما أصابه من ضرر بسبب ذلك الإخلال.

ويتحقق ذلك إما من خلال تعديل الالتزامات المتعاقد عليها مع الإدارة وذلك بزيادتها أو إنقاصها مثل التوسع في المرفق المدار بطريق الالتزام أو زيادة أو نقص حجم الأشغال المتفق عليها في العقد أو كمية الأصناف المتفق على توريدها أو قد ينصب التعديل على طرق ووسائل التنفيذ فكلما تبين للإدارة أثناء تنفيذ العقد ما يستوجب إحلال أسلوب أو طريقة متقدمة للصناعة تكون أكثر اقتصاداً أو تقدماً من تلك المنصوص عليها في العقد، كما تأخذ سلطة التعديل مظهراً أخر يتمثل في تعديل المدة الواردة في العقد سواءً بتقصيرها أو إطالتها وذلك بما تراه محققاً للصالح العام[1].

وسنبين فيما يلي القيود التي ترد على سلطة التعديل وذلك على النحو الآتي :

إن سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة تسري على جميع العقود الإدارية ولكنها ليست مطلقة من كل قيد بل يرد عليها مجموعة من القيود[2]، وإذا خالفت الإدارة هذه القيود وترتب عليها ضرر أصاب المتعاقد فتتحقق المسؤولية التعاقدية للإدارة بخطأ وهذه القيود هي:

---

[1] د. علي الفحام , مرجع سابق , ص ٢١٧-٢٣١ , د. حمدي أبو النور السيد عويس, مسؤولية الإدارة عن أعمالها القانونية والمادية، الطبعة الأولى، دارة الفكر الجامعي ، الإسكندرية، ٢٠١١ , ص ١٤٩-١٥٣

د. حمدي حسن الحلفاوي ، مرجع سابق . ص٣٤٧-٣٤٨ , د. نواف كنعان , القانون الإداري ،الكتاب الثاني، الطبعة الأولى ، دارة الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠١٠ , ص ٣٥٦.

[2] د. ابراهيم محمد علي – مرجع سابق ص٣٣٠.

أولاً- اقتصار التعديل على الشروط المتعلقة بالمرفق العام وتحقيق المصلحة العامة:

تقتصر سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية على الشروط المتعلقة بالمرفق العام، أي على الشروط التي تحدد الالتزامات التي يجب على المتعاقد تنفيذها لصالح المرفق[1]، وهذا القيد ليس إلا نتيجة للمبدأ الأساسي الذي يحكم سلطة التعديل وهي ضرورة تكييف العقد مع حاجات المرفق العام لذلك فإن سلطة التعديل تمس شروط العقد التي تتعلق بتسيير المرفق وحاجاته، أما الشروط الأخرى والتي تتعلق بالمزايا المعطاة إلى المتعاقد كالمقابل المالي فإنه لا يجوز للإدارة أن تعدلها بإرادتها المنفردة[2]، كما أن سلطة الإدارة في تعديل عقودها ليست على درجة واحدة فهي تختلف بحسب التمييز بين العقود التي تتضمن الاشتراك المباشر للمتعاقد في سير المرفق العام لذا فهي تتسع في عقد التزام المرافق العامة وتضيق في العقود التي لا يكون موضوعها تلك المساهمة المباشرة في المرفق بل مجرد توريد أشياء بغرض إشباع حاجات المرفق مثل عقود التوريد، كما تتسع سلطة الإدارة في عقد الأشغال العامة لأن الإدارة هي صاحب العمل وتحتفظ دائما بسلطتها في التنظيم الفردي لمفهوم العمل وتنظيمه وبالتالي فإن سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة تكون واسعة في عقد الأشغال العامة وعقد التزام المرافق العامة[3]، وتضيق في عقد التوريد.

---

[1] د. أحمد عثمان عياد، مرجع سابق ، ص ٣٣٠ , د. رياض عبد عيسى الزهيري ، مظاهر سلطة الادارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة, الطبعة الأولى، مطبعة الغري الحديثة، النجف، ١٩٧٦ ، ص ٢٣٤.

[2] د. محمد عبد العال السناري ، طرق وأساليب التعاقد الاداري وحقوق والتزامات المتعاقدين (دراسة مقارنة) دار النهضة العربية ، القاهرة ، بلا سنة نشر ، ص٢٢١.

[3] أدت أهمية الاستثمار الاجنبي الخاص ودوره في عملية التنمية إلى تضييق سلطة الادارة في التعديل وذلك من خلال ظهور عقود يتمثل أحد طرفيها بالمستثمر الأجنبي , وجرى البعض غلى تسميتها بالعقود الادارية الدولية أو عقود الدولة , وتتميز هذه العقود بانطباق مجموعة من الاحكام عليها مما لا نجد له نظيراً في العقود الادارية وفقاً لنظرتها المعروفة , ومن أهم هذه الأحكام التي تتعلق بثبات العقد بحيث لا تستطيع الدولة أن تعدل في الاوضاع القانونية للعقد لا بإرادتها المنفردة لكونها سلطة تنفيذية , ولا بالطريق التشريعي على أساس كونها سلطة تشريعية , وقد أطلق على الشرط الذي

و هكذا فإن المصلحة العامة والمتمثلة بضرورة استمرار سير المرفق العام بانتظام واطراد تعد المسوّغ على إقدام الإدارة ولجوئها لسلطة التعديل الانفرادي للعقد الإداري، فالإدارة تحرص دائماً على مواكبة العقد للظروف المتغيرة بعد إبرامه تحقيقاً للمصلحة العامة بحيث إذا ما وجدت أن تنفيذ العقد أصبح غير متلائم مع الظروف الجديدة لجأت إلى سلطتها في تعديل العقد كي يصبح أكثر تحقيقاً للمصلحة العامة المذكورة وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى أن: " طبيعة العقود الإدارية وأهدافها يحكمها مبدأ حسن سير واستمرار المرافق العامة ، وهي تفترض مقدما حصول تغير في ظروف العقد وملابساته وظروف تنفيذه مما يترتب عليه أن جهة الإدارة وهي صاحبة الاختصاص في تنظيم المرفق وتحديد قواعد تسييره تملك حق تعديل ذلك العقد، بما يتواءم مع تلك الظروف المتغيرة وتحقيقاً لتلك المصلحة"[1]. وهكذا تستطيع الإدارة أن تمارس حقها في التعديل الانفرادي طالما كان الهدف هو تحقيق المصلحة العامة أما إذا كان هدفها إحداث المشكلات أو إقامة العراقيل أمام المتعاقد أو إجراء تعديلات لا علاقة لها بالشروط المتصلة بالمرفق العام كأن ترد التعديلات على الشروط التي تنظم المزايا أو الضمانات المالية للمتعاقد أو لا تتوافق مع الحالات المنصوص عليها في العقد فإن هذا التصرف يمكن أن يوجد أو يمثل ممارسة غير مشروعة من

تتضمنه الحالة الاولى تسمية عدم المساس بالعقد , وأطلق على الشرط الذي تفرضه الحالة الثانية تسمية شرط الثبات التشريعي, فحين وفدت الشركات الاجنبية الى الدولة كان يهمها الحفاظ على مكتسباتها الاستثمارية والناجمة عن العقود التي تبرمها مع الدول المضيفة وذلك عن طريق تحجيم دور القاضي الوطني للدولة المتعاقدة ومن ثم غل يد الدولة عن المساس بالتوازن العقدي ومنعها من تغيير العقد بإرادتها المنفردة من ناحية وتأكيد عدم سريان أية تعديلات أو تغييرات تجريها الدولة على قانونها الوطني على العقد المبرم بينها وبين المتعاقد الأجنبي من ناحية أخرى , فلا تسري على هذه العقود التشريعات الجديدة أياً كان وضعها ولا تستطيع الدولة أن تتدخل في تعديل العقد انفراديا على الرغم من التغيير غير المتوقع في ظروف المرفق الذي يتصل به العقد , أشار إليه د. مهند نوح مختار , مرجع سابق , ص ١٤٥-١٤٦ .

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا المصري في الطعن رقم ٣٩٨٦ بتاريخ ١٩٩٢/١١/١٥.

جانب الإدارة لسلطتها في التعديل وبالتالي تترتب مسؤوليتها التعاقدية ويحق للمتعاقد اللجوء إلى قاضي العقد لإلغاء هذه القرارات فضلاً عن المطالبة بالتعويض المناسب عما أصابه من ضرر جراء هذه التصرفات أو القرارات الباطلة[1].

ثانياً- وجوب وجود مسوّغ للتعديل:

إن مسوّغ تعديل الإدارة للعقد الإداري، هو تغير الظروف التي أُبرم العقد في ظلها، والتي كان العقد يعدّ كافياً لتحقيق المصلحة العامة في ظلها، أما إذا استجدت ظروف لم تكن تدركها الإدارة حال التعاقد بحيث لا يؤدي تنفيذ العقد في ظلها إلى تحقيق المصلحة العامة التي أُبرم العقد من اجلها ، ففي هذه الحالة يجوز للإدارة تعديل شروط العقد ليصبح أكثر توافقاً مع الظروف الجديدة، بحيث يؤدي تنفيذ العقد إلى تحقيق المصلحة العامة، والعلة من اشتراط تغير الظروف كمسوّغ لتعديل العقد الإداري هو تقليص باب التعديل على الإدارة حتى لا تستطيع أن تتمسك به كلما رغبت في التحلل من التزاماتها التعاقدية وتأكيداً على ذلك ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى أن: " طبيعة العقود الإدارية وأهدافها يحكمها مبدأ حسن سير واستمرار المرافق العامة وهي تفترض مقدماً حصول تغيير في ظروف العقد وملابساته وظروف تنفيذه تبعاً لمقتضيات حسن سير المرفق العام وانتظامه، ويقوم التعاقد فيها على أساس إن نية الطرفين قد انصرفت عند إبرام العقد إلى ضرورة الوفاء بحاجات المرفق وتحقيق المصلحة العامة ، مما يترتب عليه أن جهة الإدارة وهي صاحبة الاختصاص في تنظيم المرفق وتحديد قواعد تسييره تملك حق تعديل هذا العقد، بما يتواءم مع هذه الظروف المتغيرة وتحقق تلك المصلحة "[2]. وعليه إذا قامت الإدارة بتعديل العقد من

---

[1] د. حمدي حسن الحلفاوي ، مرجع سابق ، ص٣٥٣.

[2] د. محمد عبد العال السناري ، مرجع سابق ،ص٢٢١-٢٢٢.

دون مسوّغ لذلك التعديل فإن ذلك يؤدي إلى قيام مسؤوليتها التعاقدية على أساس الخطأ.

ثالثاً – أن ألاّ يؤدي التعديل الى تغيير موضوع العقد:

تتقيد سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بألا يؤدي التعديل إلى تغيير موضوع العقد ذلك لأنه مهما كانت سلطة الإدارة ومقتضياتها فيجب ألا يغرب عن البال أن المتعاقد قبل الالتزام بعقد معين يقوم على محل محدد وبالتالي يجب على الإدارة ألا تفرض عليه تعديلات تجعله أمام عقد جديد ما كان يقبل به لو عرض عليه أول مرة عند التعاقد،[1]إذ لا يجوز ممارسة سلطة التعديل إلا في إطار الموضوع الأصلي للعقد والذي اتجهت إرادة الأطراف المتعاقدة إليه،[2] لذلك فإن المتعاقد لا يلتزم بأي التزام من أي نوع إذا كان خارج العقد،[3]ولا يجوز للإدارة أن تفرض عليه أي أمر خارج موضوع العقد[4]. **وقضت محكمة القضاء الإداري في مصر بأنه:** " إذا كان من شأن التعديل زيادة أعباء المتعاقد مع الإدارة إلا أنه لا يصح أن تتجاوز الأعباء الجديدة الحدود الطبيعية المعقولة في نوعها وأهميتها وبحيث يصبح المتعاقد وكأنه أمام عرض جديد وتغيير في موضوع العقد أو محله.."[5].

---

[1] د. سليمان الطماوي ، مرجع سابق، ص ٤٢٤ , د. دويب حسين صابر، العقود الإدارية التقليدية والحديثة ، دار النهضة العربية ، القاهرة، ٢٠١٠، ص ١٨١ , د. مصطفى سالم النجيفي , العقود الادارية والتحكيم الطبعة الأولى، الافاق المشرقة ناشرون , الإمارات العربية المتحدة , ٢٠١١ ص١٩٤ .

[2] د. نصري منصور نابلسي ، مرجع سابق ، ص٣٤٦.

[3] نود أن نشير إلى أن فكرة الاعمال الجديدة والتي يحظر على الإدارة أن تعهد بها للمتعاقد معها تختلف تماماً عما يسمى بالأعمال الإضافية والأعمال غير المتوقعة ، إذ يسمح للإدارة بتكليف المتعاقد معها بالأعمال الأخيرة , وسنتحدث عن ذلك في المبحث الثاني من الفصل الثالث

[4] د. احمد عثمان عياد – مرجع سابق – ص ٢٣٧.

[5] حكم محكمة القضاء الاداري, الدعوى رقم (٩٨٣) سنة (٩) قضائية جلسة ١٩٥٧/٦/٣٠، اشار اليه د. حمدي ياسين عكاشة، مرجع سابق ، ص٢١٥.

وهنا نكون موضوع إثارة مسؤولية الإدارة التعاقدية والتي توجب أن تعيد التوازن المالي إلى العقد الإداري.

رابعاً: عدم مخالفة التعديل للقواعد العامة في المشروعية:

يجب أن تحترم الإدارة عند تعديل العقد القواعد العامة للمشروعية وأن يصدر القرار من السلطة المختصة بإجرائه وفقاً للإجراءات والأشكال التي تحددها القوانين والأنظمة[١]، وبإرادة صحيحة صادرة ممن يملك التعبير عن تلك الإرادة[٢]،إذ قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بالآتي : "من المقرر أن حقوق المتعاقد مع الإدارة والتزاماته تتحدد طبقاً لنصوص العقد الذي يربط بينه وبين تلك الجهة وما قد يطرأ عليه من تعديلات، وأن العقد الإداري لا ينشأ ولا يتعدل إلا بإرادة صحيحة من جهة الإدارة صادرة ممن يملك التعبير عن هذه الإرادة إذ لا يملك إبرام العقود الإدارية أو تعديلها إلا من يناط بهم قانوناً هذا الاختصاص ومقتضى ذلك أنه حين يجوز لجهة الإدارة أن تعدل عن شروط العقد الإداري فلا سبيل الى قيام هذا التعديل والاعتداد به قانوناً ما لم تلتزم عند إجرائه بقواعد الاختصاص المقررة فلا يأتي التعديل إلا من السلطة المختصة بإجرائه ولا ينتج ما عدا ذلك من التعليمات الصادرة من غير هذه السلطة أثراً ما في تعديل العقد وتحوير أثاره وتغيير مقتضاه..[٣] ".

كما أفتت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مصر بأنه :"...وإن كان يجوز لطرفي العقد تعديله بتلاقي إرادتهما على ذلك كما يجوز لجهة الإدارة تعديل العقد

---

[١] د. سليمان الطماوي ، مرجع سابق ،ص ٤٢٣ , د. محمد عبد العال السناري , طرق واساليب التعاقد الإداري وحقوق والتزامات المتعاقدين، مرجع سابق، ص ٢٢٨.

[٢] د. ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص ١٧٠.

[٣] حكم المحكمة الإدارية العليا, الطعن (٨٤٥) سنة (١٩) قضائية جلسة ١٩٨٠/١١/٢٢ , أشار إليه د. محمد بن سعيد بن حمد المعمري , الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلتي الإنعقاد والتنفيذ , دراسة مقارنة ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١١، ص ٤٢٣.

بإرادتها في مقابل تعويض المتعاقد معها عما يثمره هذا التعديل من التزامات على عاتقه فإنه في كل الأحوال لا يعتد بهذا التعديل إلا إذا صدر من السلطة المختصة بإجرائه وهي السلطة التي أبرمت العقد..[1]"، وتنشأ للمتعاقد حقوقا جراء ممارسة الإدارة لسلطتها في التعديل وتتقرر هذه الحقوق على نحو ما إذا كان قرار التعديل مشروعاً أم غير مشروع فإذا كان قرار التعديل مشروعاً فإنه من الممكن أن يرتب الحق للمتعاقد في التعويض إذا ما أدى بالمساس بحقوق المتعاقد المالية وفقاً لما هو معمول به في نظرية عمل الأمير وفق ما سنراه لاحقاً، أما إذا كان التعديل غير مشروع فإن للمتعاقد الحق في طلب إلغاء قرار التعديل وإذا ما جاوز التعديل الحدود المألوفة كان للمتعاقد أن يطالب بفسخ العقد لكون ذلك التجاوز يعد إخلالاً من جانب الإدارة مع مراعاة حق المتعاقد في التعويض إذا أصابه ضرر من ذلك[2].

خامساً – عدم تجاوز التعديل النسب المقررة قانوناً:

يشترط في التعديل الذي تقوم به الإدارة أن يكون في الحدود المعقولة من حيث نسبتها في نطاق موضوع العقد[3]و ألاّ تؤدي التعديلات المطلوبة إلى تجاوز الإمكانات الفنية والمالية للمتعاقد معها بما يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب[4]، وقد **أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر** المبدأ السابق إذ قضت أنه: "لا يجوز للإدارة إساءة استغلال سلطتها في تعديل العقد بحيث يتجاوز إمكانيات المتعاقد معها وأن يكون من

---

[1] فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لدى مجلس الدولة المصري, رقم (٧٥) تاريخ ١٩٩٩/٢/١ .

[2] جلسة ١٩٩٩/١/١٦ ملف رقم ٢٠٢/١/٤٧ . أشار إليه د. خالد عبد الفتاح محمد , المشكلات العملية في قانون المناقصات و المزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ وتعديلاته وأحكام العقود الادارية , مرجع سابق، ص ٣٢٨ , د. إبراهيم طه الفياض , مرجع سابق–ص ١٩٥ .

[3] د. إبراهيم محمد علي – مرجع سابق ص٤٤.

[4] د. محمد فؤاد الحريري , تعديل عقود الأشغال العامة وفقاً لنظام أوامر التغير , دار النهضة العربية , القاهرة ٢٠١١ ص٢٨٦ .

شأنها أن تقلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب[1]"، وحدد المشرع المصري النسبة التي يمكن للإدارة من خلالها أن تعدل عقودها إذ أشارت اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات المصرية الحديث رقم (١٨٢) لعام ٢٠١٨ إلى أنه : "يحق للجهة الإدارية تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو النقص بحدود (٢٥٪) بالنسبة لكل بند بذات الشروط والأسعار من دون أن يكون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق في المطالبة بأي تعويض عن ذلك، ويجوز في حالات الضرورة الطارئة وبموافقة المتعاقد تجاوز النسبة الواردة بالفقرة السابقة ..[2]"، ويتضح من النص السابق أن المشرع أعطى الحق للإدارة في تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو النقصان بحدود (٢٥٪) وذلك في الحالات الطبيعية، أما في حالة الضرورة الطارئة فيحق للإدارة تجاوز النسبة المذكورة لكن بشرط موافقة المتعاقد[3].

أما عن أساس تحديد قيمة التعديلات سواءً بالزيادة أو النقصان **ففي مصر** فقد قررت المحكمة الإدارية العليا أن: " الوعاء الذي يتم على أساسه حساب تعديل العقد زيادةً أو نقصاً وهو قيمة العقد المبرم مع المتعاقد والذي سيرد التعديل بشأنه نظراً لما يترتب عليه من انصراف آثار هذا التعديل سواء بالزيادة أو النقصان إلى هذا المتعاقد، تلك الآثار التي يفترض أنه قد أخذها في حسبانه وارتضاها عند تقديم العطاء وإبرام العقد.."[4]، أما في حالة زيادة التعديل بما يجاوز (٢٥)% من العقد فقد قررت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مصر أنه:" في حالة زيادة كميات الأعمال عن

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا ,الطعن (٦٤٥٦) سنة (٤٦) قضائية جلسة ٢٠٠٤/٣/٣٠ , أشار إليه د.محمد ماهر أبو العينين , وجيز الأحكام والفتاوى، مرجع سابق ، ص٣١٧ .

[2] المادة /٧٨/ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات و المزايدات رقم (١٣٦٧) لسنة ١٩٩٨ .

[3] د. عاطف سعدي محمد علي ، مرجع سابق، ص٤٤٠.

[4] حكم المحكمة الإدارية العليا ,الطعن (٥٦٦) سنة (٣١) قضائية جلسة ١٩٨٦/٣/١ , أشار إليه د.نصري منصور نابلسي، مرجع سابق ، ص٣٥٠ .

الكمية المتعاقد عليها بما يجاوز (٢٥)% من إجمالي الأعمال بالنسبة لكل بند المقاول له أن يقبل أو يرفض تنفيذ هذه الزيادة ، وإذا قبل فإن له أن يجعل هذا القبول مشروطاً بعدم التنفيذ بذات الأسعار الواردة في العقد إنما يكون له أن يطالب محاسبته على تلك الزيادة وفقاً لأسعار السوق السائدة وجهة الإدارة مقيدة عند معارضة المقاول عن هذه الأعمال أن تكون الأسعار الجديدة لهذه الكميات والأعمال الزائدة على هذه النسبة مناسبة لسعر السوق[١]"،

وفي سورية نص المشرع السوري في نظام العقود الموحد رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤ في المادتين (٦٢(و(٦٣) على الآتي :

" **ففي المادة /٦٢/** أ- يجوز لآمر الصرف زيادة الكميات المتعاقد عليها أو إنقاصها خلال مدة تنفيذ العقد بنسبة لا تتجاوز ٣٠٪ لكل بند أو مادة من التعهد على حدة وذلك بنفس الشروط والأسعار الواردة في العقد ودون حاجة إلى عقد جديد، على ألا تتجاوز قيمة مجموع الزيادة أو النقص ٢٥٪ من القيمة الإجمالية للعقد.

ب – يعطى المتعهد في حال الزيادة مدة إضافية تتناسب مع طبيعة ومقدار هذه الزيادة وذلك من أجل هذه الزيادة فقط".

أما المادة (٦٣): فقد نصت على أنه مع مراعاة أحكام المادتين /٤٩و٥٣/ من هذا النظام ، إذا طرأ بعد تقديم العرض وطيلة مدة تنفيذ العقد فقط ارتفاع في الأسعار أدى إلى زيادة تكاليف مجموع الأجزاء التي لم تنفذ بنسبة تزيد على /١٥٪/ من قيمتها بموجب التعهد يتحمل المتعهد /١٥٪/ من هذه الزيادة وتتحمل الجهة العامة باقي الزيادة .

---

[١] فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع , رقم الملف (٥٩/٩٣) جلسة ٢٠٠٥/٢/٢٣ , ملف اللجنة الثالثة, أشار إليه د.محمد ماهر أبو العينين , وجيز الأحكام والفتاوى, مرجع سابق, ص٣٦٨.

سادساً – عدم قيام الإدارة بالتعديل من دون تغيير الظروف:

يتبلور هنا خطأ الإدارة عندما تمارس سلطتها في التعديل من دون أن يكون هناك تغيير قد طرأ عما كان عليه الوضع وقت إبرام العقد،[١] لأن الإدارة لا يكون بإمكانها أن تباشر سلطتها في التعديل بإرادتها المنفردة إلا إذا حدث تغيير في ظروف لاحقة لوقت إبرام العقد[٢]، ويشترط مجلس الدولة الفرنسي ضرورة تغيير الظروف لكي تتمكن الإدارة من ممارسة سلطتها في التعديل بحيث تصبح شروط العقد غير متلائمة مع مقتضيات سير المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة[٣]، إذ قضى مجلس الدولة في قضية شركة غاز "ديفي ليه روان" Compagnie nourelle du gaz de Devill–Le–Rouen"[٤] بضرورة تغيير الظروف لإمكانية التعديل[٥]، **كما أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر** على شرط تغيير الظروف إذ قضت قائلة:".. ذلك لأن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها يحكمها مبدأ حسن سير واستمرار المرافق العامة وهي تفترض مقدماً حصول تغيير في ظروف العقد وملابساته وطرق تنفيذه تبعاً لمقتضيات حسن سير

---

[١] د. حمدي حسن الحلفاوي ، مرجع سابق ص٣٦٠.

[٢] د. عاطف سعدي محمد علي ، مرجع سابق ص٢٣٨.

[٣] د. أحمد عثمان عياد ، مرجع سابق ، ص ٢٤٠.

[٤] تتلخص وقائع هذه القضية في أن بلدة "ديفي ليه روان" كانت قد تعهدت قبل ملتزم الإنارة بالغاز بألاّ تسمح بإقامة أي مشروع منافس لمشروعه إلا أنها عدلت عن رأيها وارتأت تماشيا مع التقدم العلمي والتطور أن تحل الإنارة بالكهرباء محل الإنارة بالغاز , ولما عرضت على ملتزم الإنارة بالغاز أن يتولى المرفق الجديد ويمد المدينة بإنارة الكهرباء رفض ذلك فتعاقدت البلدية مع ملتزم أخر يقوم بإمدادها بالتيار الكهربائي , وعندما عرض النزاع على مجلس الدولة تمسك الملتزم بطلبه تأسيسا على أن المدينة تعاقدت مع ملتزم الغاز وتعهدت بحمايته من المشروعات المنافسة وكان استعمال الإضاءة بالكهرباء أمراً جارياً ومنتشراً بين المدن ومن ثم فليس لها أن تفرض على الملتزم إمدادها بالغاز , أشار إليه د. إبراهيم طه الفياض , مرجع سابق ص١٧٦.

[5] C.E,10,janv,1902, Compagnie nouvelle du gaz de Devill–Les–Rouen,Rec.5.S.1902.3.17.Romieu,not Hauriou.

أشار إليه "مارسولون" وآخرون ترجمة د. احمد يسري , أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي , الطبعة العاشرة , دار الفكر الجامعي , الإسكندرية ١٩٩٥ ص٨٦ .

المرفق العام وانتظامه، ويقوم المتعاقد فيها على أن أساس نية الطرفين قد انصرفت عند إبرام العقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة..[1]"، وقد ثار خلاف فقهي في مصر بخصوص مدى جواز استعمال الإدارة لسلطتها في تعديل العقد بالإرادة المنفردة من دون حدوث تغيير في الظروف إذ يرى الدكتور " ثروت بدوي" أن الظروف إذا لم تتغير فلا يكون هناك أي مسوغ لقيام الإدارة بتعديل عقودها بل يصبح من واجبها احترام شروط العقد الذي ارتبطت به والقول بغير ذلك ينتهي إلى حرية الإدارة في التحلل من التزاماتها التعاقدية فإن هي أخطأت في تقدير مقتضيات سير المرفق العام فهي التي تتحمل عواقب ذلك الخطأ فهي لا تستطيع أن ترجع عن خطئها وتفرض على المتعاقد تعديلات في شروط العقد وكان الأجدر بها أن تدرس جيداً وبعمق مشروعاتها واحتياجاتها[2]، إلا أن الرأي الغالب يرى وبحق أن مفهوم تغيير الظروف لا يعني أكثر من تغيير ظروف تنظيم المرفق العام ذاته أو تغيير في ظروف الخدمة وهذا المعنى يتفق مع أساس حق التعديل الذي يقوم على مستلزمات المرفق العام ومن ثم تكون الإدارة إذا أخطأت في تقديراتها إمكانية التعديل حتى يمكن أن تقوم بتنفيذ أغراض المرافق العامة سواءً تطورت أو تغيرت، وعدم جواز إجراء التعديل يتجاهل ارتباط التعديل بالقواعد التي تحكم سير المرفق العام ومن أبرزها قابليتها للتغير في كل وقت[3]، والتسليم للإدارة بإجراء التعديل في الحالة المشار إليها

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا ,الطعن(٣٩٨٦) سنة ٣٥ قضائية جلسة ١٩٩٢/١١/١٥ , مجموعة المبادئ القانونية للعقود الإدارية في أربعين عاماً ص٤٠٣ .

[2] د. عاطف سعدي محمد علي ، مرجع سابق ص٤٣٩.

[3] د. سليمان الطماوي ، مرجع سابق، ص ٤٢٢ , د.علي الفحام، مرجع سابق، ص ٢٨١, د.محمود حلمي، مرجع سابق، ص ٧٥, د. محمد سعيد أمين ، مرجع سابق، ص٢٣-٢٤,وفي الفقه العراقي ينظر د. إبراهيم طه الفياض، مرجع سابق ص١٩٢، د. رياض عبد عيسى الزهيري ، مظاهر السلطة العامة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة، مرجع سابق، ص ٢٤٣ .

لا يحول دون مطالبة المتعاقد مع الإدارة بأي تعويض نتيجة الأضرار التي تلحق به من جراء هذا التعديل ومسؤولية الإدارة تكون تعاقدية من دون خطأ[1]، ونستنتج من الخلاف السابق أن الرأي الأول أشار إلى إن الإدارة إذا ما قامت بتعديل عقودها الإدارية من دون حدوث تغيير في الظروف وأصاب المتعاقد ضرر من جراء ذلك التعديل تلتزم الإدارة بتعويض المتعاقد، ويعد الإجراء الصادر من الإدارة خطأ يوجب قيام مسؤوليتها التعاقدية على أساس الخطأ، أما الرأي الغالب فلم يعد تعديل الإدارة لعقودها من دون تغيير الظروف خطأ من جانب الإدارة، وإنما ربط سلطة التعديل بتغيير ظروف المرفق سواء أحسنت الإدارة تقدير ذلك أم لم تحسن ويترتب على ذلك استحقاق المتعاقد للتعويض إذا أصابه ضرر من ذلك ومسؤولية الإدارة في هذه الحالة تكون تعاقدية ولكن من دون خطأ وأساس التعويض هو التوازن المالي للعقد.

وهكذا نكون قد تحدثنا عن أهم القيود التي ترد على سلطة الإدارة في التعديل والتي إذا تجاوزتها الإدارة تحققت مسؤوليتها التعاقدية وبالتالي نكون أمام موضوع إعادة التوازن المالي للعقد وتعويض المتعاقد عما أصابه من ضرر من جراء مخالفتها لهذه القيود ونجد من الأهمية بمكان أن نتكلم عن الاستخدام غير المشروع لسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات وهذا ما سوف نبينه في المبحث الثالث من هذا الفصل.

[1] د. حمدي حسن الحلفاوي ، مرجع سابق، ص٣٦٤.

المبحث الثالث

الاستخدام غير المشروع لسلطات توقيع الجزاءات

يلتزم المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية وأي تقصير من جانبه من تنفيذ هذه الالتزامات لا ينشئ خطأً تعاقدياً فحسب بل ينشئ خطأً ضد المرفق العام،[1] وتستطيع الإدارة إجبار المتعاقد إذا أخل أو أهمل أو قصر في تنفيذ التزاماته بتوقيع جزاءات تعاقدية عليه حتى ولو كانت هذه الجزاءات غير منصوص عليها في العقد[2].

حيث يتميز نظام الجزاءات الإدارية بسمات خاصة تميزه عن الجزاءات المعروفة في القانون الخاص والتي تعتمد بصفة أساسية على الحق في التعويض عن طريق القضاء، فالجزاءات في مجال العقود الإدارية تتمتع بنظام قانوني خاص، حيث تستطيع الإدارة توقيع الجزاء على المتعاقد معها من دون حاجة للحصول على حكم من القضاء[3] ، وإن كان قرارها في نهاية الأمر خاضع إلى ارقابة القضاء للتأكد من قيامه على سبب يسوّغه وخلوه من الانحراف بالسلطة[4]. بالإضافة إلى حق الإدارة في اختيار الوقت الذي توقع فيه الجزاء في ضوء ما تراه محققاً لضمان سير المرفق العام [5]. كما أن الجزاءات الإدارية تتسم بأنها أشد من الجزاءات التي توقع في عقود القانون المدني

---

[1] G. Pequignot: Contribution a la theorie generale du contrat. administrative,These,Montpellier,1945,P.320.

[2] C.E ,31, mai, 1907,Deplanque,S.1907,3,113,not HAURIOU.

[3] في فرنسا لا تستطيع الإدارة إيقاع جزاء إسقاط الامتياز من دون اللجوء إلى القضاء الإداري وهذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في (٢١/ ١١/١٩٨٠) في قضية dorganisation de La Station de peyre) أشار أليه – A. de Laubadere Autres ,op . cit . p.159

[4] د. إبراهيم محمد علي ، مرجع سابق، ص٦٥.

[5] د. جابر جاد نصار ، مرجع سابق، ص٢٨٥.

وذلك بسبب ما يمكن أن يترتب على إخلال المتعاقد بالتزاماته من المساس بالمرفق واضطراب سيره[1].

فسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها توجد بذاتها مستقلة عن النصوص التعاقدية أي إنها توجد حتى ولو لم ينص العقد على أي منها فإذا نص على بعضها وأغفل البعض الأخر فإن الإدارة يكون من حقها توقيع جزاءات عن المخالفات التي لم ينص عليها،[2]وبالتالي فهي تستمد سلطتها في ذلك إما من نصوص العقد أو من طبيعة العقد الإداري وما يمنحه من سلطات للإدارة قائمة على أساس المصلحة العامة المتمثلة بالحفاظ على سير المرفق العام بانتظام واطّراد، والجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد متنوعة ولكن يمكن مع ذلك التمييز بين أنواع عدن منها [3]:

١- الجزاءات المالية : وهي عبارة عن مبالغ من المال توقع على المتعاقد إذا أخل بالتزاماته وتشمل غرامات التأخير ومصادرة التأمين.

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

٣- كما تشمل الجزاءات المؤقتة كوضع المشروع تحت الحراسة في عقد التزام المرافق العامة ، والتنفيذ على حساب المتعاقد في عقد الأشغال العامة ، والشراء على حساب المورد في عقد التوريد.

---

[1] د. إبراهيم محمد علي ، مرجع سابق ص٦٥.

[2] د. احمد عثمان عياد , مرجع سابق , ص٣٣٦.

[3] د. عبد الغني بسيوني عبد الله : القانون الإداري – دراسة تطبيقية لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصر، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص٥٦٠.

٤- الجزاءات الفاسخة: وهي التي تهدف إلى وضع نهاية للعقد كفسخ العقود الإدارية بصورة عامة.

فالواقع أن قيام الإدارة بتوقيع الجزاء على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته لا ينشئ فعلاً مولداً لمسؤوليتها التعاقدية، ولكن الأمر يختلف في حالة قيام الإدارة بتوقيع جزاء غير مشروع على المتعاقد، فقاضي العقد إذا رأى أن الجزاء غير المشروع لا يستطيع أن يفرض عليها إجراء عقوبة إلا بأن ترفع الجزاء غير المشروع الموقع على المتعاقد من جانبها، وفي حالة رفع الجزاء غير المشروع الموقع على المتعاقد يوجب إرجاع أو رد بسيط لمبلغ جزافى له خصوصاً بالنسبة إلى الجزاءات المالية حيث يستطيع القاضي الحكم بالإعفاء من هذه الجزاءات متى تبين له أنها وقعت خطأ وله تخفيضها إذا كانت مبالغاً فيها كما له أن يقضي بإلزام الإدارة أن ترد إلى المتعاقد ما حصلته منه من دون وجه حق،[١] ولكن لا يصل إلى درجة تعويض للضرر الذي أصابه، وبالنسبة إلى الجزاءات الضاغطة أو الفاسخة يستطيع القاضي أن يلزم الإدارة بتعويض المتعاقد الآخر عما أصابه من أضرار من جراء هذه الجزاءات غير الصحيحة.[٢]

حيث إنه من المسلم به أن إلحاق الضرر بالإدارة نتيجة لإخلال المتعاقد معها بالتزامه التعاقدي، لا يعدّ شرطاً لمشروعية الجزاء، حيث يفترض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس أن المرفق الذي ينفذ العقد الإداري لحسابه قد أصابه ضرر إثر إخلال المتعاقد بالتزامه التعاقدي، ولما كانت سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الإدارية على المتعاقد معها ليست مطلقة وإنما مقيدة دائما بالغاية من استخدامها ألا وهي تحقيق المصلحة العامة فضلاً عن خضوعها أو ممارستها تحت رقابة القضاء كان على الإدارة أن

[1] C.E, 20, mar 1957,Ruiz,Rec.P.184
[2] C.E, 14 .juin 1939,Gautheron,Rec,p.395

تتوخى الحذر دائما عندما تمارس السلطة المذكورة وأن تتأكد من خلو قراراتها الإدارية المتعلقة بفرض الجزاءات الإدارية من أوجه عدم المشروعية التي تشكل خطأً تعاقدياً يوجب مسؤوليتها التعاقدية .

ولتوضيح ذلك لا بد من البحث في مفهوم الجزاءات في العقود الإدارية ومن ثم أوجه عدم مشروعية سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات من خلال المطالب الآتية :

المطلب الأول : مفهوم الجزاءات في العقود الإدارية.

المطلب الثاني : أوجه عدم مشروعية سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات.

المطلب الأول

مفهوم الجزاءات في العقود الإدارية

تتمتع الإدارة بسلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته التعاقدية بنفسها وذلك من دون حاجة للجوء إلى القضاء مقدماً، وعلى ذلك فإن إخلال المتعاقد قد يضر بالمرفق العام أضراراً كبيراً وتفادياً لذلك فإن الإدارة توقع الجزاءات على المتعاقد معها بنفسها من دون حاجة للجوء إلى القضاء،[١] وذلك باستعمال سلطتها بالتنفيذ المباشر[٢]، إلا أن الإدارة يمكن لها أن تسلك الطريق الأحوط وأن تتنازل عن هذه السلطة وتلجأ إلى القضاء[٣].

ففي فرنسا فإن المسلم به في قضاء مجلس الدولة أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات هي سلطة مستقلة عن نصوص العقد وتوجد حتى وإن لم ينص عليها في العقد أو نص العقد على بعضها فإن ذلك لا يعني تقييد حرية الإدارة فيما عدا ما نص عليه بل تستطيع الإدارة تحت الرقابة اللاحقة للقضاء أن توقع على المتعاقد جميع أنواع الجزاءات المقررة[٤]، واستثنى مجلس الدولة الفرنسي من هذه القاعدة جزاء إسقاط الالتزام ، إذ جعل مجلس الدولة هذه السلطة بيد القضاء[٥]، إلا أنه أجاز للإدارة الخروج عن هذه القاعدة بمقتضى نص صريح في العقد أو في كراسة الشروط تمنح الإدارة مانحة الالتزام الحق في توقيع جزاء الإسقاط من تلقاء نفسها بمقتضى قرار إداري من جانبها[٦]، كما

---

[١] د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص٢٨٣.

[٢] د. نواف كنعان ، مرجع سابق، ص٣٥٨.

[٣] د. احمد عثمان عياد ، مرجع سابق ص٣٤٣.

[٤] د.بلاوي ياسين بلاوي , الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري , مطابع شتات للنشر والبرمجيات , مصر , دار الكتب القانونية , ٢٠١١ ص٢٦ .

[٥] د. سليمان الطماوي ، مرجع سابق، ص ٧٢٣.

[٦] د. سعاد الشرقاوي ،مرجع سابق، ص ٤٥٢.

أقر مجلس الدولة الفرنسي للإدارة في إحلال جزاءات أخرى محل الجزاءات التعاقدية فأجاز للإدارة توقيع جزاء أخف من الجزاءات المنصوص عليها كفرض الحراسة بدلاً من الإسقاط المنصوص عليه في عقد الالتزام وتوقيع جزاء أشد من الجزاء الذي نص عليه العقد إذا قدر أن جسامة المخالفة لا تتفق مع الجزاء المنصوص عليها في العقد كفسخ العقد بدلاً من سحب العمل المنصوص عليه في عقد الأشغال العامة[١].

أما **في مصر** فإن المشرع[٢]، والقضاء أقرا للإدارة بسلطة توقيع الجزاءات من دون اللجوء إلى القضاء إذ قضت المحكمة الإدارية العليا أنه: "..لجهة الإدارة الحق في فسخ العقد ومصادرة التأمين النهائي إذا أخطأ المتعاقد وذلك بإرادتها المنفردة دون الالتجاء إلى القضاء باعتباره امتيازاً لجهة الإدارة لتعلق العقد الإداري بالمرفق العام مع حقها في الرجوع على المتعاقد بالتعويض وينتج عن هذا الجزاء إنهاء الرابطة التعاقدية[٣]"، أما بخصوص احترام النصوص التعاقدية فقد استقرت أحكام المحكمة الإدارية العليا على وجوب تقيد الإدارة بالجزاء المحدد في العقد إذا ما اتفق عليه المتعاقدان كجزاء يطبق لخطأ معين توقعاه عند إبرام العقد، إذ قضت المحكمة الإدارية العليا أن: "العقد الإداري شأنه شأن العقود يتم بتوافق إرادتين تتجهان إلى إعلان أثر قانوني معين وليس عملاً شرطياً يتضمن إسناد مراكز عامة أو موضوعية إلى أشخاص بذواتهم.. فإذا ما توقع المتعاقدان بالعقد الإداري خطأ معيناً ووضعاً له جزاءً بعينه فإنه يجب تقييد جهة الإدارة والمتعاقد معها بما جاء في العقد ولا يجوز لأيهما مخالفته.."[٤]

---

[١] د. احمد عثمان عياد ، مرجع سابق، ص٣٣٨-٣٣٩.

[٢] انظر المواد (٢٣-٢٥-٢٦) من قانون تنظيم المناقصات و المزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨, والمادتان(٨٤-٩٤) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات و المزايدات رقم (١٣٦٧) لسنة ١٩٩٨.

[٣] حكم المحكمة الإدارية العليا ,الطعن (٦٤٣١) سنة (٢٤) قضائية جلسة ٢٠٠٠/١١/٢١، أشار إليه د. نصري منصور نابلسي ، مرجع سابق، ص١٤٩-١٥٠ .

[٤] حكم المحكمة الإدارية العليا ,الطعن(٣٧٥٤(سنة (٤٣) قضائية جلسة ٢٠٠٠/٤/١٥ , أشار إليه المرجع نفسه –

لذلك يرى جانب من الفقه أن الطرفين إذا توقعاً خطأً معيناً ووضعاً له جزاء بعينه فإنه في هذه الحالة لا ضير من وجوب التقيد به سواء بالنسبة إلى الإدارة أو المتعاقد معها بحسبان أن ذلك الجزاء قد تلاقت عليه إرادة طرفي العقد ، ويتعين إعمال هذه الإرادة طبقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين وبالتالي لا يسوغ للإدارة والحالة هكذا استبدال هذا الجزاء بغيره من الجزاءات بإرادتها المنفردة[1]، في حين يرى الجانب الآخر **ويؤيدهم الباحث أن القاعدة العامة إذا كانت تقضي أن العقد شريعة المتعاقدين في القانون الخاص فإن هذه القاعدة تكون أقل صرامة في العقود الإدارية لاتصالها بمرفق عام ومن ثم يجب ألا يكون احترامها سبباً يؤدي إلىٍ هدم مبدأ دوام سير المرفق العام وانتظامه لأنه من غير العدالة أن تقف الإدارة المسؤولة عن دوام سير المرفق العام مكتوفة الأيدي عن مواجهة خطر ناتج عن عدم التنفيذ الصحيح من جانب المتعاقد لالتزاماته استناداً إلى أن هذا الخطأ له جزاء معين في العقد ويجب الالتزام به فالإخلال في التنفيذ قد يكون على درجة من الجسامة تجعل الجزاء المتفق عليه في العقد غير كافٍ، لذلك فإن للإدارة فرض الجزاء المناسب على المتعاقد من دون أن تكون مقيدة بالجزاء العقدي**[2].

وفي سورية فإنه يشترط لتوقيع جزاء سحب الأعمال أن يكون هناك أضرار بالمرفق العام وأن يخل المتعاقد بالالتزامات العقدية **وهذا ما أكده القضاء الإداري أيضاً وذلك من خلال العديد من الأحكام نذكر منها حكم حديث لمحكمة القضاء الإداري السورية عام ٢٠١٩ حيث قالت:**

ص١٥٤-١٥٥

[1] د. حمدي حسن الحلفاوي ، مرجع سابق، ص٣٦٩.

[2] د. عبد المجيد فياض , نظرية الجزاءات في العقد الإداري ، دراسة مقارنة ، الطبعة الاولى ، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٥، ص ٩٠.

" ومن حيث إن إدارة قضايا الدولة ردت على عريضة الدعوى بمذكرة جوابية مؤرخة في ٢٠١٧/١/٢٩ جاء فيها أنه أثناء تنفيذ العقد أعلمت دائرة التشغيل والصيانة فرع اتصالات ريف دمشق بموجب كتابها رقم /١٢٩٤/ تاريخ ٢٠١٦/٩/١٨ عن إحدى الجهات الأمنية بأنها ضبطت سائق متعهد العقد بسرقة كمية من المازوت المرسلة إلى مراكز (النبك . يبرود . دير عطية) وقدرت الكمية المسروقة بـ /٢٥٠٠/ ليتر وتم توقيف السائق واستناداً إلى ذلك تم إصدار قرار سحب الأعمال وفق نظام العقود والمشتريات الخاص بالشركة السورية للاتصالات والمصدق من قبل رئاسة مجلس الوزراء بالقرار رقم /٢/ لعام ٢٠١٣ ولا سيما المادة /٥٣/ منه التي نصت على الآتي:" يحق لآمر الصرف أن يقرر سحب تنفيذ التعاقد من المتعاقد ومصادرة التأمينات النهائية كاملة ومطالبته بالتعويض عن الضرر الناجم عن الإخلال بالتنفيذ في الحالات الآتية:

١ – .....٢ –.....٣– إذا ثبت للشركة ارتكاب المتعاقد أعمال الغش أو التلاعب أو الرشوة. ٤ – إذا أخل المتعهد بالتزاماته وامتنع عن إصلاح خطئه..... ..... وإنه باعتبار ثبت على المتعاقد جرم السرقة وهو فعل شائن وتم تحريك العامة بحق السائق وصدر بحقهم القرار رقم /٥٧/ لعام ٢٠١٨ عن محكمة بداية الجزاء بريف دمشق وتم حبس السائق ومرافقه لمدة ثلاثة أشهر لارتكابهما جرم إساءة الائتمان على المال العام وللأسباب المخففة تم استبدال عقوبة الحبس بالغرامة وتم مشاهدة القرار من النيابة العامة.

ومن حيث إنه في ضوء ثبوت قيام السائق التابع للمدعي لأعمال التلاعب وسرقة مادة المازوت وأن المتبوع مسؤول عن أعمال تابعه كما أن المادة /١٠/ من العقد رقم /١٢/

نصت على أن يتحمل المتعاقد مسؤولية جميع الأضرار الناجمة عن عدم توصيل مادة المازوت إلى المراكز الهاتفية.

ومن حيث إنه في ضوء مخالفة المتعهد المدعي لأحكام المادة /٥٣/ من نظام العقود والمشتريات الخاص بالشركة السورية للاتصالات من خلال إقدام تابعيه لأعمال سرقة مادة المازوت وإخلاله بالتزاماته العقدية فضلاً عن أن الشركة المدعى عليها قامت بتأمين مادة المازوت بعد قرار سحب الأعمال عن طريق لجنة الشراء وبنفس السعر العقدي فإن دعوى الجهة المدعية لا تجد سندها القانوني وهي جديرة بالرفض موضوعاً".[١]

وهذا مثال على ان القضاء الإداري في سورية فرض الجزاء المنصف على المتعاقد ولم تكن الإدارة مقيدة بالجزاء العقدي من خلال حدوث أضرار في المرفق العام وإخلال المتعاقد بالتزاماته العقدية.

[١] قرار محكمة القضاء الإداري رقم (٣١٧/ ٣) لسنة ٢٠١٩م في القضية رقم(٣/١١١٦) لسنة ٢٠١٩ غير منشور.

المطلب الثاني

أوجه عدم مشروعية سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات

تنصب الدراسة في هذا المطلب على بحث أحكام المسؤولية التعاقدية للإدارة في حالة ممارستها غير المشروعة أو المعيبة لحقها في توقيع الجزاء على المتعاقد وفي هذا المجال يمكن أن تكون ممارسة الإدارة لحقها في توقيع الجزاء غير مشروعه من ناحيتين مختلفتين:

الأولى: عدم المشروعية من الناحية الشكلية حيث يوضع في الحسبان جسامة الجزاءات على المتعاقد وآثارها ولذلك يجب على الإدارة وهي بصدد ممارسة الجزاءات إتباع بعض الإجراءات الشكلية اللازمة لحماية حقوق المتعاقد ومن ثم فإن تقصيرها في مراعاة هذه الإجراءات الشكلية من شأنه إهدار الضمانات المقررة للمتعاقد وبالتالي يمكن استخدام مسؤوليتها التعاقدية.

الثانية: عدم المشروعية من الناحية الموضوعية فيجب أن يستند الجزاء الموقع من الإدارة على وقائع صحيحة حقاً ويجب أن يتناسب مع درجة تقصير المتعاقد ومن ثم فإن الجزاء الذي لا مسوّغ له والتعسفي يمكن أن يحرك المسؤولية التعاقدية للإدارة، وبناءً على ذلك سنقوم بدراسة هذا الموضوع وفق الآتي:

الفرع الأول: عدم مراعاة الإجراءات الشكلية السابقة على توقيع الجزاء.

الفرع الثاني: عدم المشروعية الموضوعية.

الفرع الأول

عدم مراعاة الإجراءات الشكلية السابقة على توقيع الجزاء

إن الإدارة ملزمة بإتباع إجراءات شكلية معينة قبل توقيع الجزاء على المتعاقد معها، كضرورة إعذار المتعاقد المقصر قبل توقيع الجزاء وفي ضرورة مراعاة المهلة اللازمة بين إنذاره وتوقيع الجزاء عليه ومراعاة حقوق ودفاع المتعاقد وأخيراً إعلانه بالجزاء الموقع عليه [١]، والحقيقة إن الإدارة تلتزم بإعذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه و يعد هذا الالتزام إجراءً أساسياً بحيث يترتب على تخلف الإجراء المطلوب عدم مشروعية الجزاء[٢] ، ويعد الإعذار الموجه إلى المتعاقد إجراءً شكلياً تلتزم به الإدارة ليس فقط لغرض التمهيد لغرض الجزاء وإنما بالإضافة لذلك لإعطاء المتعاقد مهلة زمنية معقولة لتنفيذ التزاماته[٣]، لذلك يجب أن يتضمن الإعذار بيان المخالفات التي ارتكبها المتعاقد مع الإدارة وكيفية تفاديها[٤]، وهذا يعني أن الجزاء الذي تصدره الإدارة على المتعاقد معها يكون غير مشروع في نطاق العقود الإدارية إذا أهملت الإدارة إتباع الشكل المطلوب منها إتباعه قبل توقيع الجزاء على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزامه[٥].

ففي فرنسا يسلم الفقه بضرورة قيام الإدارة بإعذار المتعاقد بعدم تنفيذ التزاماته أو بتأخره في هذا التنفيذ وتنبهه بسرعة التنفيذ وبالجزاء الذي توقعه عليه إذا استمر في تقصيره

---

[1] J.A.Lefoulon: Les formalites en matiere de sanctions dans le contrat administratif,A.J.D.A,1974,P.565 .

[٢] د.بلال أمين زين الدين، المسؤولية التعاقدية وغير التعاقدية في مصر وفرنسا ، دراسة مقارنة ،دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، ٢٠١١، ص ٥٣٤.

[٣] د. عبد الله نواف العنزي ، نظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠، ص ١٩٧.

[٤] د. مصطفى سالم النجيفي، مرجع سابق، ص ٢١٠.

[٥] د. فارس علي جانكير دوسكي، سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيد للعقد الإداري، رسالة ماجستير، جامعة بيروت العربي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٣، ص ٦١.

هذا[1]، ويفرض مجلس الدولة على الإدارة كقاعدة عامة ضرورة إعذار المتعاقد المخطئ، وأن تنبهه إلى خطئه قبل توقيع الجزاء[2]، وتطبيقاً لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي بحكمه الصادر في ١٩٦٤/٥/٢٢ في قضية Maillom إلى أنه طبقاً للمبادئ العامة للقانون المطبقة بذاتها حتى في حالة عدم وجود نص فإن الجزاء لا يمكن توقيعه قانوناً من دون أن يحاط صاحب الشأن علماً بالاتهامات الموجهة إليه حتى يعد دفاعه وأنه يجب تبعاً لذلك أن يخطر صاحب الشأن مقدماً بأساس الاتهامات المنسوبة إليه بحيث يتمكن من أن يبدي في هذا الموضوع جميع الملحوظات التي يقدر ضرورتها [3]، وعلى الرغم من التزام الإدارة بضرورة إعذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه فإن هذا الالتزام ليس مطلقاً بل ترد عليه استثناءات تتمثل في أن العقد يمكن أن ينص على إعفاء الإدارة من إجراء الإعذار أو إذا كانت الظروف تضفي على تنفيذ العقد طابع الضرورة الملحة كما هو شأن توريدات المواد العسكرية خلال زمن الحرب أو كانت الظروف تقطع بعدم الفائدة من الإعذار نظراً لأن المتعاقد قد أعلن من تلقاء نفسه رفضه تنفيذ العقد[4]، أو إسقاط الالتزام بسبب الإفلاس أو التصفية القضائية بالنسبة إلى الملتزم وكذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي يسلم أنه إذا اشترط العقد ضرورة إعذار المتعاقد فإن عدم مراعاة الإجراءات الشكلية عند توقيع الجزاء يمكن أن يعطي المتعاقد مع الإدارة الحق في التعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء هذا الجزاء، وعلى هذا النحو قضى مجلس الدولة الفرنسي بحكمه الصادر في ١٩٥٧/١/٩ أن: "عدم إعذار المقاول

---

[1]De laubadere et autres , op. cit, T.2.P.139,P.Terneyre, op. cit, p.101.J.Lefoulon.article precite,p.565

[2]د. سليمان الطماوي ، مرجع سابق، ص ٤٥٨.

[3]د. عبد الله نواف العنزي ، مرجع سابق، ص ١٩٩.

[4]د. عبد المجيد فياض , مرجع سابق، ص ٩٤-٩٥٠.

بوضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة مع اشتراط العقد ضرورة إعذار المقاول يجعل هذا الإجراء الجزائي غير مشروع ، وعلى أثر ذلك استند "دافال" Daval في دعواه ضد بلدية جرانفيل Granville بالحكم عليها أن تدفع له تعويضاً عن الضرر الذي أصابه من جراء هذا الإجراء غير المشروع[١]"، كما قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ١٩٨٢/٥/١٢ بقيام المسؤولية التعاقدية للإدارة لعدم احترامها المدة المقررة للإعذار إذ لا يجوز للإدارة أن تفسخ العقد خلال مدة أقل من المدة المحددة للإعذار وإلا عد الفسخ غير مشروع[٢].

أما في **مصر** فقد نصت اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات و المزايدات المعدل بالقانون رقم (١٨٢) لعام ٢٠١٨على ضرورة إعذار المتعاقد في أحوال معينة مثال ذلك نص المادة (٨٢) من اللائحة التي تقرر فسخ العقد أو سحب العمل من المقاول إذا أخل بأي شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل بأحد التزاماته المقررة ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول بالقيام بإجراء هذا الإصلاح وعلى ضرورة قيام الإدارة بإعذار المتعاقد في حالتي فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد[٣]وتكون في حل من هذا الإجراء عند فرض الغرامة التأخيرية[٤]، وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر في ١٩٧٧/٩/٣٠ على ضرورة إعذار الملتزم قبل إيقاع جزاء الإسقاط قائلة:" يثبت لمانح الالتزام دائماً بجانب الجزاءات الأخرى إسقاط الالتزام غاية الأمر أنه يشترط في هذا

---

[١] د.بلاوي ياسين بلاوي ، مرجع سابق، ص ٢٢٧–٢٢٨.

[٢] د. حمدي حسن الحلفاوي ، مرجع سابق ص٣٧٩.

[٣] تنظر المادتين /٩٤,٨٤/ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات و المزايدات رقم (١٣٦٧) لسنة ١٩٩٨ .

[٤] تنظر المادة /٢٣/ من قانون تنظيم المناقصات و المزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ والمعدل بالقانون رقم (١٨٢) لعام ٢٠١٨.

الصدد توافر شرطين أولهما أن يرتكب الملتزم مخالفة جسيمة أو تكرار إهماله وثانيهما وجوب إنذار الملتزم.."[1]

ويؤكد جانب من الفقه المصري على ضرورة قيام الإدارة بإعذار المتعاقد المقصر قبل توقيع الجزاء لعله يستجيب لتنفيذ التزاماته بدلاً من توقيع الجزاء[2]وقد أقرت محكمة القضاء الإداري مبدأ وجوب إعذار المتعاقد الآخر المتخلف عن تنفيذ التزاماته بالجزاء قبل توقيعه عليه.[3]

ويترتب على ما تقدم أن مراعاة الإدارة لبعض الإجراءات الشكلية خصوصاً وجوب إعذار المتعاقد المتخلف عن تنفيذ التزاماته بالجزاء قبل توقيعه عليه ولا تستطيع الإدارة أن تتحلل من هذا الالتزام إلا بالنص على ذلك صراحة في العقد أو في حالة الاستعجال ولذلك فإن قاضي العقد عندما يراقب سلطة الإدارة في توقيع الجزاء فإنه يتحقق أولاً من قيام الإدارة باتخاذ الإجراءات الشكلية قبل توقيع الجزاء على المتعاقد معها، وعندما يكتشف عدم مراعاتها لهذه الإجراءات فإنه يحكم بعدم مشروعية الجزاء الموقع من قبلها واستحقاق المتعاقد للتعويض إذا تسببت بتصرفها غير المشروع في إلحاق الضرر به،[4]وبذلك تتحقق المسؤولية التعاقدية للإدارة، إلا أن هناك من يرى أن المسؤولية التعاقدية للإدارة في بعض الحالات لا تتحقق على الرغم من عدم مراعاتها الإجراءات الشكلية السابقة على توقيع الجزاء كما في حالة ما إذا كانت الأخطاء المنسوبة إلى

---

[1] د. نصري منصور نابلسي – مرجع سابق ص١٦٠.

[2] د. سليمان الطماوي , مرجع سابق , ص٤٥٨ , د. عبد المجيد فياض, مرجع سابق , ص٢٢٦-٢٥٧ , د. محمد صلاح عبد البديع , سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري , دراسة مقارنة , رسالة دكتوراه , الزقازيق , ١٩٩٣ ص١٠٤-٢١٤

[3] حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ ١٩٥٣/٦/٢١ , المجموعة , س(٧) , ص١٦٤٣.

[4] د. بلاوي ياسين بلاوي ، مرجع سابق، ص ٢٣١.

المتعاقد معها قد وصلت من الجسامة الأمر الذي يسوغ في حد ذاته توقيع الجزاء عليه[1] **وهذا ما يؤيده الباحث في هذا الجانب.**

وأخذ المشرع السوري بالإجراءات الشكلية المذكورة بوجوب إنذار المتعاقد مع الإدارة قبل فرض أي جزاء عليه فقد نصت المادة ٤٠ من نظام العقود الموحد على الآتي:

أ-إذا أوقف المتعهد الأشغال دون سبب معقول تقبله الجهة العامة وإذا رأت الجهة العامة إن المتعهد قد تباطأ أو قصر أو أهمل أو عجز في تنفيذ أي عمل من الأعمال المطلوبة من العقد أو خالف في العمل وفق أي من أحكامه، فإن لها أن تنذره بوجوب بذل الاهتمام والنشاط والتقيد بالأحكام والشروط المطلوبة منه خلال مدة لا تقل عن خمسة أيام إلا في الحالات العاجلة مبينة في هذا الإنذار نوع الإهمال أو التقصير أو المخالفات الواقعة.

ب- يعتبر الإنذار المرسل من قبل الجهة العامة وثيقة تثبت وقوع القصور أو الإهمال أو المخالفة موضوع البحث ما لم يتقدم المتعهد خلال مدة ثلاثة أيام من تاريخ تبلغه الإنذار ببراهين كافية تقتنع بها الجهة العامة من أن القصور أو الإهمال كان بسبب معذرة مقبولة.

ج-إذا انقضت مدة الإنذار دون أن يقوم المتعهد بتنفيذ ما طلبته منه الجهة العامة من زيادة في سرعة العمل وتقيد بشروط العقد فللجهة العامة آنئذ الحق في اتخاذ الإجراءات التالية:

١- أن تقوم بالنيابة عن المتعهد وعلى نفقته بزيادة العمال والمستخدمين مهما اختلفت مهنهم واختصاصاتهم وبشراء المواد واللوازم والمهمات وإجراء كل ما تعتقد بضرورته من التدابير لتأمين سير العمل بالسرعة والدقة والشروط والأوصاف المطلوبة بالعقد،

[1] د. بلال أمين زين الدين، مرجع سابق، ص ٥٣٥.

وعلى المتعهد أن يدفع جميع التكاليف والنفقات التي تتكبدها الجهة العامة في هذا السبيل دون أن يحق له الاعتراض على أي من هذه الإجراءات أو الأسعار والأجور التي يتم بموجبها إنجاز الأعمال وشراء المواد وإذا تأخر المتعهد أو تمنع عن تسديد هذه التكاليف والنفقات فللجهة العامة الحق بدفعها لأصحابها بالنيابة عنه دون تأخير وحسمها من مطالبيه أو تحصيلها من المبالغ المستحقة له وتنزيلها من الكشوف مباشرة والتأمينات والتوقيفات العائدة له وإذا لم تكف فيمكن تحصيلها وفقاً لأحكام القوانين النافذة.

٢- أن تأمر بإيقاف العمل في أي جزء تقع فيه المخالفة الملحوظة وأن لا تسمح للمتعهد بمتابعة العمل فيه إلا بعد إزالة أو تصليح المخالفة الواقعة والعودة للتقيد بمقتضيات جميع الأحكام الواردة بالعقد ولا يجوز للمتعهد في مثل هذه الحالة أن يطالب بأي تعويض مادي أو تمديد لمدة العقد بسبب إيقاف العمل على هذا الشكل.

وهذا ما أكده الاجتهاد القضائي السوري من ضرورة إعذار المتعاقد وضرورة إصدار قرار بسحب الأعمال قبل التنفيذ على حسابه أو التعاقد مع متعاقد أخر وذلك في حكم حديث لمحكمة القضاء الإداري عام ٢٠١٩ قضى بالآتي:

" ومن حيث إن هذه المحكمة حرصاً منها على وضع الأمور في نصابها الصحيح فقد كلفت الخبراء الذين نهضوا بمهمة السادة الخبراء السباعية بيان مطالعتهم فيما تضمنته مذكرة الإدارة المدعية (وهي مدعى عليها أيضاً) من ملاحظات تستهدف تقريرهم وقد استجابت المذكورين للتكليف الملمع إليه فتقدموا بتقرير خبرة تكميلي مؤرخ في ٢٠١٨/١٢/٢٦ تضمن ردهم عليها بشكل تفصيلي وواضح مؤكدين على تقريرهم الأساسي ومبينة أن قيام الإدارة بتوجيه الإنذارات إلى الشركة المتعهدة لا يكفي لوحده لتنفيذ الأعمال على حسابها حيث كان مما لا بد منه إصدار القرار اللازم من الجهة

المختصة يتضمن سحب الأعمال من الشركة المذكورة لتنفيذها على حسابها والأسباب الداعية لذلك وهذا مالم يحصل حيث ذهبت الإدارة إلى التعاقد مباشرة مع جهة أخرى دون إصدار القرار اللازم بسحب الأعمال، كما أفسحت المحكمة المجال أمام الطرفين لبيان وجهة نظرهما في التقرير التكميلي المار ذكره فلم تعقب الجهة المدعى عليها (وهي مدعية أيضاً) بشيء بينما أبرزت الإدارة المدعية (وهي مدعى عليها أيضاً) مذكرة مؤرخة في ٢٠١٩/٢/٢٠ كررت فيها على أقوالها ودفوعها السابقة ومبينة أن الخبرة جاءت مُجافية للحقيقة.

ومن حيث إن هذه المحكمة وبعد التمعن والتبصر بوقائع الدعوى الموحدة وحيثياتها وفي تقارير الخبرة الفنية الجارية بالدعوى وجدت أن الخبرة الفنية السباعية ومن خلالها تقريريها (الأساسي والتكميلي) قد محصت الوقائع ودفعت الوثائق وأحاطت بالملابسات التي اكتنفت بمجريات تنفيذ العقد وقد جاءت جامعة لموجباتها وقامت على أسباب تبرر النتائج التي خلصت إليها بناءً على الدراسة المستوعبة والمناقشة المستفيضة والتمحيص الدقيق فقررت اعتمادها أساساً في حكمها.

ومن حيث أنه يكون ما قامت به جهة الإدارة (المدعية وهي مدعى عليها أيضاً) من تنفيذ الأعمال موضوع العقد على حساب الشركة المتعهدة ودون قيامها بإصدار قرار سحب الأعمال والتنفيذ على حسابها وغير مرتكن على أساس صحيح لعدم توافقه مع أحكام المرسوم التنظيمي رقم /١٩٥/ لعام ١٩٧٤ المادة /٤٧/ منه وبالتالي عدم أحقيتها بالمطالبة بالأضرار اللاحقة والمدعى بها من جراء التنفيذ على حساب الشركة المتعهدة وهذا ما سار عليه اجتهاد القضاء الإداري من أن أي تنفيذ على حساب

المتعهد يجب أن يسبقه قرار سحب المتعهد منه عملاً بأحكام المادة /٤٧/ المشار إليها"[١].

وتجدر الإشارة إلى أن عدم مراعاة الإجراءات الشكلية السابقة على توقيع الجزاء لا يرتب تلقائياً المسؤولية التعاقدية للإدارة فالثابت أنه إذا نص القانون أو العقد على إجراء معين فيجب مراعاته قبل توقيع الجزاء وإلا كان قرار الجزاء غير مشروع ومثال ذلك الجزاء غير المسبوق بإعذار،[٢]وتتمثل عدم مشروعية الجزاء في إهمال الإدارة بإخطار المتعاقد بتقصيره وذلك حتى يتمكن من إصلاح التقصير أو إبداء دفاعه وتسارع الإدارة بإصدار قرار بوضع المرفق تحت الحراسة بقصد أن تستفيد من فترة الإدارة المباشرة لكي ترفع مرتبات العاملين لدى الملتزم،[٣]فهنا يعدّ قرار وضع المرفق تحت الحراسة غير مشروع من ناحية الشكل والموضوع وتتحقق المسؤولية التعاقدية للإدارة عن ذلك الإجراء لكن قد لا تتحقق تلك المسؤولية التعاقدية من الناحية العملية على الرغم من عدم مراعاة الإجراءات الشكلية فقد تبدو في بعض الحالات أخطاء أو مخالفات المتعاقد في تنفيذ التزاماته جسيمة ما يسوّغ توقيع الجزاء عليه من الناحية الموضوعية على الرغم من عدم مشروعية الجزاء من الناحية الشكلية وفي هذه الحالة يثار التساؤل حول ما إذا كان للمتعاقد الحق في المطالبة بالتعويض عن الجزاء غير المشروع من حيث الشكل فقط ولكن له ما يسوّغه موضوعاً ؟ أم ليس له الحق في طلب التعويض ؟

يرى جانب من الفقه أن قرار الجزاء الموقع من الإدارة على المقاول المقصر إذا كان معيباً من حيث الشكل فقط ولكن له ما يسوّغه موضوعاً فإن المقاول ليس من حقه طلب التعويض [٤]ويرى جانب آخر إن الإدارة عندما تصدر قراراً بتوقيع الجزاء على المتعاقد المقصر دون مراعاة الشكليات المقررة في العقد فإنها تكون قد منعت المقاول

---

[١] قرار محكمة القضاء الإداري رقم (٣/٢٠٠) لعام ٢٠١٩م في القضية رقم (٣/١٤٢) لعام٢٠١٩م

[2]C.E, 13, dec 1961,Burand,Rec,p.1095.

[3]C.E, 29 ,oct 1926,ville de saint-Etienne,Rec,p.911.

[4]G.Jeze:theorie generale des contrats de L,administration,R.D.P.1935.P.73

من أن يتوقع النتائج الباهظة التي يرتبها تنفيذ الأعمال بهذه الطريقة ويجب على الإدارة أن تعوضه عن الضرر الذي يصيبه من جراء ذلك وكذلك عدم تحميله هذه النتائج،[١] وقد ذهب القضاء الفرنسي إلى أنه بالنسبة إلى عدم مراعاة الإجراءات الشكلية كغياب الإنذار، فإن إعسار المقاول أو وجوده في مركز مالي سيء يمنعه من أداء التزاماته يقتضي وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة وبالتالي فيكون لهذا القرار ما يسوّغه من الناحية الموضوعية ولا يجوز للشركة الطاعنة أن تطالب بالتعويض لعدم مراعاة الإجراءات الشكلية [٢].

ويبدو من أحكام القضاء الفرنسي في هذه الحالة أنها تقرر للمقاول في حالة الجزاء غير المشروع من الناحية الشكلية فقط ولكن له ما يسوّغه موضوعياً الحق في الإعفاء من النتائج الباهظة لهذا الإجراء ولا تعترف له بالحق في التعويض عن أي أضرار، والواقع أن الالتزام التعاقدي للإدارة بمراعاة الشكليات السابقة على توقيع الجزاء التعاقدي يكون له قوة ملزمة تتناسب تناسباً عكسياً مع جسامة وخطورة أو أخطاء ومخالفات المتعاقد التي تسوّغ الجزاء وبالتالي تؤثر على منح المتعاقد التعويض أو عدم منحه، فهذا الالتزام التعاقدي يتجرد من قوته الملزمة عندما تكون أخطاء أو مخالفات المتعاقد ضئيلة أو بسيطة أو لا وجود لها فيكون للمتعاقد الحق في التعويض في حالة عدم مراعاة الإجراءات الشكلية ولكن يصبح لهذا الالتزام التعاقدي قوته الملزمة عندما تكون أخطاء المتعاقد جسيمة فليس للمتعاقد الحق في التعويض في هذه الحالة لعدم مراعاة الإجراءات الشكلية حيث لا تسمح هذه القوة الملزمة للالتزام التعاقدي للتغلب عن عجز المتعاقد أو تقصيره في تنفيذ التزاماته[٣].

ويؤيد الباحث ما ذهب إليه القضاء الإداري الفرنسي في حكمه الوارد أعلاه.

---

[1]H.Perrieux: Traite Pratiques des droits des travaux publics Paris 1959.P.345.

[2]C.E 5 janv 1973,0.P.H.L.M.de la ville de paris,Rec,1p.942.

[3]C.E 8 nov 1985,Ozilou,A.J.D.A.1986,P.52 obs.Richer.

الفرع الثاني

عدم المشروعية الموضوعية

بدايةً لا بد من القول إنه يجب أن يكون الجزاء الذي فرضته الإدارة قائماً على وقائع صحيحة ومتناسبة مع جسامة مخالفة المتعاقد وإلا التزمت الإدارة بتعويض المتعاقد عن الضرر الذي يصيبه، فالجزاءات المالية التي يمكن للإدارة أن توقعها على المتعاقد معها في العقود الإدارية متنوعة وتتمثل في غرامة التأخير، وسحب الأعمال والمصروفات الإدارية، والفوائد ومصادرة التأمين وكذلك التعويض. والجزاءات المالية في العقود الإدارية تتميز أنها ذات طبيعة مالية، الهدف منها تغطية الضرر الحقيقي الذي يلحق بالإدارة نتيجة خطأ المتعاقد في العقد الإداري[١]. فإذا ما أوقعت الإدارة هذه الجزاءات من دون مسوّغ وعدم توافر الشروط القانونية لتوقيعها، فإنها تكون قد أخطأت في توقيع الجزاء ما يؤدي إلى إثارة مسؤوليتها التعاقدية على أساس الخطأ كأن يكون القرار الذي يقررها صادر من سلطة غير مختصة بإبرام العقد [٢]. أو تكون غرامة التأخير المفروضة من قبل الإدارة غير مشروعه لتجاوزها الحدود القصوى المحددة من قبل المشرع [٣]، أو أن الإدارة تكون قد أوقعتها في حالات يكون فيها المتعاقد معذوراً في تأخره عن تنفيذ التزامه التعاقدي[٤]، كما أن قرار الإدارة بالامتناع عن رد التأمين

---

[١] د. حسان عبد السميع هاشم ، مرجع سابق، ص٥٦.

[٢] تعرف غرامة التأخير بأنها: "جزاء تملك الإدارة حق توقيعه على المتعاقد معها المتأخر في الوفاء بالتزامه في الميعاد المنصوص عليه بالعقد ، وتستحق بمجرد هذا التأخير حتى ولو لم ينجم عنها ضرر أصاب الإدارة المتعاقدة" لمزيد من التفصيل ينظر في ذلك د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص٢٨٩ .

[٣] انظر المواد (٨٣ ، ٩٤) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري.

[٤] تتمثل هذه الحالات بالآتي :

أ-إذا كان التأخير سببه جهة الإدارة المتعاقدة ، كما لو امتنعت عن تسلم البضاعة من المورد لعدم استعداد المخازن لاستيعابها .

النهائي للمتعاقد من دون أن يكون هنالك أي إخلال أو تقصير منه يعد إخلالاً منها بشروط العقد الأمر الذي يجعل قرارها بمصادرة التأمين غير مشروع ما يثير مسؤوليتها التعاقدية[1]. وقد نص المشرع السوري فيما يتعلق بهذا الموضوع في المرسوم (٤٥٠) لعام ٢٠٠٤ في المادة /١٥/ على الآتي:

" أ- تفرض غرامة التأخير المنصوص عليها في دفاتر الشروط الخاصة إذا تأخر المتعهد في تسليم المواد موضوع التعهد عن المواعيد المحددة لذلك أو قدم مواد مغايرة للشروط والمواصفات المتعاقد عليها ولم يستبدل بها غيرها ضمن المواعيد المذكورة.

ب- بعد انقضاء ثلاثين يوماً على المدة المحددة للوفاء بالالتزام دون أن يقوم المتعهد بتسليم المواد المتعاقد عليها أو دون تقديم ما يثبت حيازته لها يحق للجهة العامة دونما حاجة لأي إعذار أو إنذار أن تقوم بشراء المواد المتعاقد عليها على حسابه وذلك عن طريق المناقصة أو بطريق العقود بالتراضي أو عن طريق الأمانة بالإضافة إلى فرض غرامات التأخير وفقاً لأحكام البند (أ) أعلاه، ويجوز للوزير بالذات في الحالات الضرورية التي يقدرها أن ينذر المتعهد المتقاعس بوفاء التزامه خلال مدة يحددها دون

ب-التأخير في صرف جهة الإدارة مستخلصات المتعاقد معها ، إذا حال ذلك دون قيامه بالتنفيذ في الميعاد حيث لا يجوز أن يوقع عليه في هذه الحالة غرامة تأخير .

ج-إذا كانت النية المشتركة للإدارة والمتعاقد معها ، قد انصرفت إلى أن التنفيذ يتم في ضوء توافر الاعتماد المالي ، كما لو ثبت بأن التأخير في التنفيذ سببه عدم وجود اعتماد مالي ، ولم تصدر أوامر تشغيل للشركات المتعاقدة في فترة التأخير ، فهذا يعد إعفاء ضمني من الإدارة للشركات المتعاقدة معها من توقيع غرامة تأخير عليها.

د-إذا وقعت الإدارة غرامة تأخير على المتعاقد معها رغم أن تأخره في الوفاء بالتزامه كان مرجعه قوة قاهرة استحال معها التنفيذ ،ولم يكن يتوقع حدوثها وابلغ الإدارة على الفور بها ، فإن فعلها في فرض غرامة التأخير في هذه الحالة والحالات السابقة يعتبرا إخلالاً من جانب الإدارة يؤدي إلى إثارة مسؤوليتها التعاقدية على أساس الخطأ ويكون بوسعه الطعن على قرارها أمام قاضي العقد للمطالبة باسترداد ما تم خصمه من مستحقاته من قبل الإدارة ، بالإضافة إلى مطالبته بالتعويض عما يكون قد أصابه من تصرف الإدارة الخاطئ من أضرار.

[1] انظر في ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٢٦/٥/ ١٩٨٢ ، أشار أليه د. حمدي حسن الحلفاوي ، مرجع سابق ، ص٣٣٧ ، وكذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٣٤٨٥) والصادر بتاريخ ٥/٦/ ١٩٩٤.

التقيد بمدة الثلاثين يوماً المذكورة على ألا تقل عن يومين وبعد انتهاء مدة الإنذار تباشر الجهة العامة باتخاذ الإجراءات الأنفة الذكر.

ج- تستوفى المبالغ المترتبة على المتعهد والناجمة عن غرامات التأخير أو فروق الأسعار الناجمة عن الشراء على حسابه أو نفقات الشراء المختلفة من التأمينات النهائية للتعهد وفي حال عدم كفايتها يلاحق المتعهد بالفرق وفقاً للأحكام القانونية النافذة حسب الحال.

د- لا يحق للمتعهد مطالبة الجهة العامة بفروق الأسعار فيما إذا نجم نقص في تكاليف الشراء على حسابه بل يعتبر هذا الفرق حقاً مكتسباً للجهة العامة".

وكذلك المادة (٤١) من نفس المرسوم المذكور والتي نصت على الآتي: " إذا تأخر المتعهد عن إنجاز الأعمال المطلوبة منه كافة في هذا العقد وكاملة وبشكل مقبول ولم يقم بتسليمها للجهة العامة تسليماً مؤقتاً خلال المدة المحددة في دفتر الشروط الخاصة أو المحددة بموجب أحكام هذا الدفتر تفرض عليه، بالإضافة إلى الإجراءات الأخرى التي يحق لها اتخاذها بموجب المادة ٤٠ من هذا الدفتر بسبب التأخير غرامة مالية يحدد مقدارها في دفتر الشروط الخاصة على أن لا تقل الغرامة اليومية عن واحد بالألف من القيمة الإجمالية لهذا العقد وعلى ألا تزيد مجموع الغرامات للتعهد الواحد على ٢٠٪ من القيمة الإجمالية للتعهد . كل ذلك دون حاجة لأي إخطار أو إعذار لأن مجرد التأخر يعتبر قائماً مقامه".

أما بالنسبة للجزاءات الضاغطة فإنها تتقرر لضمان تنفيذ العقد بإتباع أساليب لإرغام المتعاقد على الوفاء بالتزاماته التعاقدية إما عن طريق حلول الإدارة محل المتعاقد المقصر أو بإحلال غيرها محله [1]، وتتمثل هذه الجزاءات الضاغطة في وضع المقاولة

[1]A.de Laubadere et autres , op.cit,T.2,n 945.

تحت الإدارة المباشرة بالنسبة إلى عقود الأشغال العامة أو وضع المرفق تحت الحراسة بالنسبة لعقد الامتياز أو الشراء على حساب المورد بالنسبة لعقد التوريد [1]، أو سحب التعهد أو العمل من المتعاقد والتنفيذ على حسابه كما نص عليها المشرع السوري والتي تهدف إلى إجبار المتعاقد على تنفيذ التزاماته في الموعد المحدد في المادة/٤٢/ من دفتر الشروط العامة رقم (٤٥٠) لعام ٢٠٠٤ التي تنص على الآتي:

" أ- عندما تقرر الجهة العامة سحب تنفيذ الأعمال كلها أو بعضها وفق أحكام نظام العقود تدعو المتعهد للحضور في موعد تحدده للاشتراك بقياس الأعمال التي تم إنجازها حتى تاريخ السحب وتنظيم جرد كامل لجميع الآلات والعدد والأدوات واللوازم والمهمات التي استحضرها إلى موقع العمل وسائر المنشآت المؤقتة التي أقامها فيه فإذا رفض المتعهد الحضور أو انتداب وكيل عنه أو تمنع عن توقيع الكشف بعد تنظيمه فإن للجهة العامة أن تقوم بالعمل بمفردها وترسل نسخة عن الجرد المنظم ولائحة القياسات إلى المتعهد بالبريد المسجل للإدلاء باعتراضاته عليه خلال عشرة أيام من تاريخ التبليغ ولا تقبل الجهة العامة بعد مضي هذه المدة أي اعتراض بهذا الشأن.

ب- للجهة العامة عند سحب تنفيذ الأعمال أن توقف صرف أي مبلغ مستحق أو قد يستحق للمتعهد عن الأعمال التي أنجزها أو اللوازم التي أحضرها إلى موقع العمل وأن تمنع رد التأمينات والتوقيفات العائدة للمتعهد وأن تتصرف أو تحجز أو تستعمل بعض أو كل الأدوات والآلات والمعدات واللوازم والمنشآت المؤقتة المستحضرة إلى موقع العمل أو المقامة فيه بالكيفية التي تراها ملائمة لمصلحة المشروع دون أن تكون مسؤولة عن أي خسائر أو أضرار قد تلحق بالمتعهد من جراء هذا الحجز والاستعمال

[1] د. سليمان الطماوي , مرجع سابق , ص٤٧٧ , د. عبد المجيد فياض, مرجع سابق , ص١٩٩.

أو التصرف وللجهة العامة أن تستمر في حجز هذه الأشياء بعد إنجاز الأعمال إذا وجدت في ذلك ضماناً لحقوقها المترتبة على المتعهد على أنه إذا اثبت الغير ملكيته لأي من هذه الأشياء المحجوزة بوثائق ذات تاريخ ثابت وسابق لتاريخ العقد فإن للجهة العامة أن تدفع له أجرتها اعتباراً من تاريخ سحب الأعمال وفقاً للأسعار الرائجة أو للشروط المتفق عليها سابقاً مع المتعهد أيهما أفضل للجهة العامة .

ج- على المتعهد أن يتحمل جميع المصاريف والنفقات التي تتكبدها الجهة العامة لإنجاز الأعمال المسحوبة وكذلك جميع الخسائر والأضرار التي قد تلحق بها من جراء قيامها بتلك الأعمال وتعتبر جميع البيانات التي تقدمها الجهة العامة بشأن ما أنفقته من مصاريف صحيحة ولا يحق للمتعهد الاعتراض على هذه النفقات أو على أي من الأسعار والأجور والتكاليف المتفرقة التي صرفت لإنجاز الأعمال ولشراء المواد واللوازم وتنفيذ الالتزامات الأخرى المفروضة كافة بموجب أحكام العقد مهما بلغت قيمتها، وللجهة العامة أن تغرم المتعهد بالإضافة إلى ما ذكر أنفاً ببعض أو كل تأميناته أو توقيفاته كنوع من الجزاء لقاء العطل والضرر اللذين تعرضت لهما الجهة العامة بسبب سحب تنفيذ الأعمال.

د- للمتعهد أن يتتبع سير الأعمال المنفذة من قبل الجهة العامة على أنه إذا ظهر إن هذا التتبع يؤدي إلى عرقلة سير الأعمال وتشويشها فإن للجهة العامة أن تمنعه من ذلك لمدة متفاوته حسبما تقتضيه مصلحة العمل.

هـ – إذا ظهر بنتيجة الحساب النهائي أن مجموع نفقات الأعمال التي قامت بها الجهة العامة على حساب المتعهد بما فيها المصاريف الإدارية لم تتجاوز ما كان يستحقه المتعهد عنها فيما لو قام بإنجازها بنفسه بالأسعار المبينة بالعقد فإن الوفر الحاصل يعود للجهة العامة وليس للمتعهد أي حق بالمطالبة به، على أنه في هذه الحالة تدفع

الجهة العامة إلى المتعهد أجر المثل عن الأدوات والمعدات والمنشآت المؤقتة العائدة له عن المدة التي استعملت خلالها من قبل الجهة العامة وضمن حدود الوفر الحاصل.

و – يتعين على الجهة العامة قبل اقتطاع أي غرامة تأخير من الكشوف المؤقتة أو تقرير سحب الأعمال من المتعهد بسبب تأخره في التنفيذ أن تبت بطلبات المتعهد المتعلقة بتأخره عن التنفيذ والتي يعود إليها أمر البت بها".

والواقع أن الجزاءات الضاغطة التي توقعها الإدارة تفترض وقوع مخالفات أو أخطاء جسيمة من المتعاقد كتأخيره في تنفيذ الأعمال متى كان لهذا التأخير أهميته أو عدم تنفيذه الأوامر المصلحية، ومع ذلك ففي أغلب الحالات لم تحدد نصوص العقد أو دفاتر الشروط وقت بدء توقيع هذه الجزاءات ولكن يستطيع قاضي العقد تقدير جسامة المخالفات والأخطاء التي استندت إليها الإدارة لتوقيع الجزاء على المتعاقد وكذلك وقت توقيعه فإذا ما كانت هذه المخالفات أو الأخطاء لا ترقى إلى هذه الدرجة من الجسامة و أنها ذات أهمية ثانوية فإنها لا تعدّ مسوّغاً كافياً لهذا الجزاء وفي هذه الحالة يمكن للقاضي أن يحكم بمسؤولية الإدارة التعاقدية عن توقيع الجزاء الذي ليس له ما يسوّغه.

وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري السورية في حكم حديث لها عام ٢٠١٩ حيث ذكرت أنه:

"ومن حيث إن هذه المحكمة وبهدف استجلاء الحقيقة قررت إعادة الخبرة الفنية الجارية بالدعوى بمعرفة ثلاثة خبراء مختصين و قد انتهى الخبراء الذين نهضوا بتلك المهمة إلى خلاصة بموجب تقرير خبرتهم المؤرخ في ٢٠١٨/٨/٢٨ مفادها:

١– أحقية المتعهد برصيد قيمة الأعمال المنفذة بالمشروع والتي لم تصرف و البالغة (١.٤٩١.٤٠٦) ليرة سورية.

٢- أحقية المتعهد بقيمة القساطل الموردة إلى المشروع المدونة كاحضارات في الكشف المؤقت الأخير رقم (١٠) و البالغة (٣٩٠٠٠) ل.س.

٣- أحقية المتعهد باسترداد كفالة التأمينات النهائية ومبلغ التوقيفات المقتطعة من استحقاقاته والبالغة (١.٠١٣.١٦٢) ليرة سورية.

٤- أحقيته بتعويض عن فوات الربح لقاء نقص الأعمال المنفذة عن (٧٥٪) من قيمة العقد والبالغ (١.٣٩٦.٨٨٦) ل.س.

٥- أحقيته بتصفية العقد وفقاً لما تم بيانه.

و من حيث إن هذه المحكمة و بعد التمعن والتبصر في وقائع الدعوى وحيثياتها وجدت أن الخبرة الفنية الثلاثية الجارية بالدعوى و ما انتهت إليه الخبرة الأحادية التكميلية قد محصت الوقائع ودفعت الوثائق و أحاطت بالملابسات التي اكتنفت مجريات تنفيذ العقد موضوع الدعوى، و قد جاءت جامعة بموجباتها و قامت على أسبابها تبرير النتائج التي خلصت إليها بناءً على الدراسة و المناقشة المستفيضة والفحص الدقيق ودون أن تنال منها الملاحظات المثارة حولها من قبل الإدارة والتي جاءت تكراراً لدفوعها السابقة فقد رأت اعتمادها أساساً في الحكم وفقاً لطلبات الطرفين المحددة بلائحة الادعاء الأصلي و المتقابل.

فلهذه الأســـباب حكمت المحكمة .....بقبول الإدعاء بالتقابل موضـــوعاً في شــطر منه واعتبار قرار ســحب العمال والتنفيذ على حســاب المتعهد غير قائم على موجباته..... [١]

والجدير بالذكر أنه في حالة وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة فإن قاضي العقد سلطة تقدير جسامة الأخطاء المنسوبة للمقاول وبالتالي مدى صحة الجزاء

[١] قرار محكمة القضاء الإداري رقم (٣/٧٤) لعام ٢٠١٩م في القضية رقم (٣/١١٦) لعام ٢٠١٩م .

المذكور،[1] وتطبيقاً لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي أنه: " دون أي أخطاء أو تقصير يمكن أن تستند إليه البلدية لوضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة، فإن ما وقع من شركة Gobitto لا يسوّغ وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة"[2] كما قضى أن قرار وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة استند على التأخير من جانب المقاول في تنفيذ الأعمال في حين أن المدة المحددة بالعقد للتنفيذ لم تحل أجلها ومن ثم فإن هذا التأخير لا يعدّ مسوّغاً كافياً لهذا القرار".[3] ولكن مع ذلك يجب عدم الخلط بين قرار وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة و عيب الطريقة التي اختارتها الإدارة لتنفيذ الأعمال التي تضمنها الوضع تحت الإدارة المباشرة.

والواقع أنه إذا كان قرار الإدارة بوضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة غير مشروع فإنه يرتب مسؤوليتها التعاقدية ويستتبع ذلك عدم تحمل المقاول المصروفات الزائدة كافة اللازمة لتنفيذ الأعمال وتعويضه عن الأضرار التي أصابته، وبالعكس ففي حالة القرار المشروع للإدارة بوضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة فتختص الإدارة بمطلق تقديرها باختيار الطريقة التي تنفذ بها تلك الأعمال إذ يمكن أن يكون المدير الذي تُعهد إليه الإدارة بالتنفيذ أحد وكلائها أو مقاولاً آخر وتكون جهة الإدارة أو من حل محل المتعاقد المقصر في تنفيذ العقد في منزلة الوكيل عنه في هذا التنفيذ ومن ثم فيجب عليها أن تبذل في تنفيذه العناية التي تبذلها في أعمالها الخاصة ويتحمل المقاول المصرفات

[1] L.Richer,op cit,P.204.
[2] C.E 4 dec 1970,commune d'Aunay-sur-odent et enterprise Gobitto,R.D.P.1973.P.289
[3] C.E 31 oct 1962,ste les constructions de L'oust,Rec,P.583

كافة الزائدة التي تنتج من وضع المقاولة تحت الإدارة المباشرة إلا إذا أثبت المقاول إن ازدياد العجز ناتج عن الأخطاء المرتكبة من الإدارة في تنفيذ الأعمال[١].

أما في حالة وضع المرفق تحت الحراسة فإنه فيجب التمييز بين الحراسة كإجراء من إجراءات الضغط أي كجزاء مقابل خطأ جسيم من الملتزم وبين الحراسة كوسيلة وقائية لتأمين سير المرفق إذا كان يُخشى من تعرضه إلى الخطر من دون أن يرجع ذلك إلى خطأ الملتزم كإضراب لا يد له فيه مثلاً. [٢]

ويسلم الفقه الفرنسي أن وضع المرفق تحت الحراسة كجزاء يشترط فيه أن يكون الملتزم قد ارتكب أخطاء جسيمة في تنفيذ التزاماته التعاقدية كحالة التوقف الكلي أو الجزئي للمرفق ففي هذه الحالة يجوز وضع المرفق تحت الحراسة نتيجة لعجز الملتزم وعدم كفايته[٣]، ويرى البعض الآخر أن قيام جهة الإدارة بوضع المرفق تحت الحراسة في غياب الخطأ الجسيم للملتزم يجب أن يعدّ كفعل يرتب المسؤولية التعاقدية لها و إن كان الواقع العملي يظهر أنه من النادر أن يعدّ وضع المرفق تحت الحراسة مصدراً للمسؤولية التعاقدية[٤]، والمسلم به أن القاضي الإداري يستطيع إلغاء قرار فرض الحراسة بعقد الالتزام إذا كان القرار غير مشروع أو ليس له ما يسوّغه أو غير ملائم مع جسامة الخطأ وفي هذه الحالة يُلزم الإدارة بتعويض الملتزم إذا تسببت بتصرفها غير المشروع في إلحاق الضرر بالملتزم، ويمكننا أن نستشف ذلك من خلال حكم لمجلس الدولة الفرنسي تتلخص وقائعه في أن مدينة Toulon قد تعاقدت مع إحدى الشركات لبناء واستغلال مصنع لمعالجة القمامة المنزلية وتحويلها إلى أسمدة في المدينة وبناءً على

---

[1]C.E 4 mai 1960,Ministre des Affaires etrangeres ,Rec,P.294.

[٢]د. أحمد عثمان عياد , مرجع سابق , ص٣٥٧ .

[3]A.deLaubadere et autres ,op.cit.T,2.P.156 , د. سليمان الطماوي , مرجع سابق , ص٤٨٠

[4]P.Terneyre: op.cit,P.106.

هذا العقد قامت الشركة بتشييد المصنع وتشغيله في مقابل أجر عبارة عن قسط شهري تحصل عليه ولكن سرعان ما توقفت الشركة عن ممارسة نشاطها بسبب ما قام بينها وبين المدينة من نزاع، وتبعاً لذلك قامت المدينة بوضع المؤسسة تحت الحراسة فلجأت الشركة إلى مجلس الدولة وطالبت بعدم وضع المؤسسة تحت الحراسة مستندة في ذلك إلى أن توقف نشاطها كان بسبب الأخطاء التعاقدية العديدة التي ارتكبتها مدينة Toulon ، وقد عدّ مجلس الدولة أن العقد المبرم بين المدينة والشركة يعطي للشركة الحق بإنشاء واستغلال مصنع لمعالجة القمامة المنزلية مقابل الانتفاع بمبلغ يدفع لها كل شهر من المدينة ووفقاً لذلك فإن تكييف العقد حسب هذا التفسير يخرجه من نطاق عقود التزام المرافق العامة ويدخله في نطاق عقود الأشغال العامة، ومع ذلك فقد أوضح قاضي العقد أنه أياً كانت التفسيرات حول تكييف هذا العقد فإنه ليس المقصود بكون العقد يدخل في نطاق عقود الأشغال العامة أنه كالعقود الأخرى ولكنه عبارة عن عقد طويل المدة يمنح المتعاقد مع الإدارة ضمانات مماثلة للضمانات الممنوحة إلى الملتزم في عقد التزام المرافق العامة أو الأشغال العامة، ومن ثم فإن نموذج هذا العقد يكون مشابه لعقد التزام المرفق العام حيث يكون له جميع خصائص عقد الالتزام ولذلك يتعين البحث عما إذا كان هذا الإجراء قد صدر في ظروف من شأنها أن تنشئ للمتعاقد حقاً في التعويض، ولكن مفوض الحكومة في هذه القضية قد نبه إلى كثرة الأخطاء التعاقدية المرتكبة من مدينة Toulon وأن من شأن هذه الأخطاء أن تؤدي إلى إثارة المسؤولية التعاقدية للمدينة كما أن من شأنها أن تتحمل التبعات الجسيمة لوضع المؤسسة تحت الحراسة إذا كانت الشركة الطاعنة قد أوضحت ذلك في طلباتها، لكن في غياب طلبات الشركة الطاعنة فإن مدينة Toulon تكون قد ارتكبت أخطاء في تنفيذ العقد وانتهى مجلس الدولة إلى الأخذ بوجهة نظر مفوض الحكومة بالاعتراف للشركة بالحق في

التعويض[1]، والواقع أن مجلس الدولة الفرنسي بحكمه على الإدارة بالتعويض للشركة الطاعنة بتلك القضية يكون قد أخذ بوجهة نظر مفوض الحكومة الذي أشار في تقريره إلى أن الفعل المولد للمسؤولية التعاقدية للإدارة يكمن في كثرة الأخطاء التعاقدية التي ارتكبتها المدينة سواءً أكانت أخطاء فنية أم مالية وليس بسبب وضع المؤسسة تحت الحراسة.

وأخيراً في **حالة عقد التوريد** يمكن للإدارة أيضاً إذا تخلف المورد عن تنفيذ التزاماته أن تقوم بالشراء على حساب وتحت مسؤولية المورد وعلى مسؤولية ولكن يستطيع المورد المستبعد أن ينازع في صحة إجراء الشراء على حسابه وتحت مسؤوليته وتقتصر مهمة القاضي الإداري في فرنسا على بحث الحق في التعويض عن الأضرار التي تصيب المورد من دون بحث إلغاء هذا الإجراء مهما شابه من أوجه عدم المشروعية[2]، بينما لا وجود لهذه التفرقة في القضاء الإداري المصري فقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أنه متى ثبت أن قرار حظر التعامل مع المورد لم يقم على سبب صحيح واقعاً أو قانوناً فإنه يعدّ قراراً مخالفاً للقانون، الأمر الذي يتحقق به ركن الخطأ في جانب الجهة الإدارية وهو الخطأ الموجب لمسؤوليتها الإدارية عنه متى تحققت عناصر المسؤولية الأخرى عن ضرر وعلاقة سببية بين الخطأ والضرر، ومن حيث إن الطاعن قد أصابه من قرار حظر التعامل معه ضرر أدبي يتمثل في الإساءة إلى سمعته التجارية لوصمة الغش كما أصابه من القرار المذكور ضرر مادي يتمثل في تفويت فرصته في الدخول بالمناقصات العامة والتعامل مع الجهات الإدارية فيما يتعلق بتوريد الجبن الأبيض، ومن حيث إن علاقة السببية قائمة بين خطأ الجهة الإدارية في حظر

[1]C.E 23 Juin 1944,ville de Toulon ,R.D.P.1945,P. 106
[2]C.E 10 Juill 1972,ste"Boeuf de France" ,Rec,P. 546

التعامل مع الطاعن وبين الضرر الذي أصاب الطاعن من هذا الحظر أدبياً ومادياً فإنه يحق له التعويض المناسب [1]. وبالتالي في عقدي الأشغال العامة والتوريد يتمثل الجزاء في تنفيذ العقد الإداري على حساب المتعاقد المقصر في التنفيذ، وإن قرار الإدارة المتعاقدة في تنفيذ الأعمال محل التعاقد على حساب المتعاقد وتحت مسؤوليته يخضع إلى رقابة القضاء أيضاً، من حيث المشروعية والملاءمة وبالتالي فهو يملك إلغاء القرار المذكور إذا ثبت عدم مشروعيته أو عدم التناسب بين الجزاء والخطأ المنسوب إلى المتعاقد فضلاً عن الحكم بالتعويض المناسب للمتعاقد عن الأضرار التي سببها قرار الإدارة بالتنفيذ على حسابه، ويشترط لصحة قرار سحب العمل في عقد الأشغال العامة والشراء على حساب المتعاقد في عقد التوريد أن يكون القرار صادراً عن سلطة مختصة وأن يسبقه إعذار للمتعاقد مع الإدارة ما لم ينص العقد على خلاف ذلك وأن يكون قائماً على سبب يسوّغه من الواقع والقانون وأن تقوم الإدارة بتنفيذ العقد على حساب المتعاقد وفقاً لمبدأ حسن النية اللازم توفره في تنفيذ العقود الإدارية بصفة عامة وهذا يتطلب منها ألاّ تحيد عن الغاية أو الهدف المنشود من هذا الإجراء المؤقت وإلا عُدت متعسفة في استعمال حقها في فرض هذا الإجراء أو الجزاء المؤقت ذلك أن الإدارة تعد في هذه الحالة وكيلة عن المتعاقد في التنفيذ ويجب عليها أن تبذل في ذلك العناية اللازمة فإذا أخلت بذلك فإنها تلتزم بتعويض المتعاقد معها، كما لا يجوز لها الجمع بين جزاء التنفيذ على حساب المتعاقد معها وفسخ العقد [2] . وذلك لاختلاف طبيعتهما إذ قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر أن: "..عدم جواز توقيع جزاء فسخ العقد مع مصادرة التأمين المستحق وقت الفسخ وسحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه بإحدى

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا , جلسة١٩٨٥/٤/٩, ١٩٢٥/٤/٣٠ العقود الإدارية ١٩٩٥ التي أعدها مجلس الدولة, سابق الإشارة إليه , ص٦٤٣.

[2] د. حمدي حسن الحلفاوي ، مرجع سابق ،ص٣٨٦.

الطرق المقررة في قانون المناقصات ولا يجوز توقيع الجزائيين معاً والعبرة بالإرادة الحقيقة للجهة الإدارية حيث إن التعبير بعبارة فسخ العقد لا تفصح عن إرادة الجهة الإدارية الحقيقية بسحب العمل والتنفيذ على الحساب والجهة الإدارية لم توقع سوى جزاء التنفيذ على الحساب.."[1] ، ويقدر القاضي جسامة الأخطاء التي استندت إليها الإدارة لتوقيع الجزاء على المتعاقد فإذا لم يكن هناك خطأ من جانب المتعاقد أو لم يكن خطأ جسيماً وإنما من الأخطاء البسيطة فإنه يمكن أن يحكم بمسؤولية الإدارة التعاقدية عن توقيع الجزاء الذي ليس له ما يسوغه،[2]وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر المبدأ السابق إذ قضت قائلة: "..إن قرار سحب العملية من الطاعن كان مخالفاً للقانون فمن ثم يكون ركن الخطأ والحالة هذه قد توافر في حق الهيئة المطعون ضدها ومن حيث إنه عن ركن الضرر فقد ترتب على سحب العمل من الطاعن بدون وجه حق حتى إلحاق ضرر به وهذا الضرر يتمثل فيما لحق به من خسارة وما فاته من كسب وأن الطاعن قد لحقه إضافة إلى ضياع فرصة الكسب عن عدم تنفيذ باقي العملية والبالغ قيمتها .....إضافة إلى الأضرار الأدبية التي لحقت بالطاعن من جراء سحب العملية منه بدون وجه حق والمساس بسمعته بين أقرانه وبالتالي فإن الطاعن يستحق تعويضاً عن هذه الأضرار تقرره المحكمة بمبلغ عشرين ألف جنيه.."[3]، أما إذا كان الخطأ المنسوب إلى المتعاقد من الأخطاء المنصوص عليها في القانون والتي تسوّغ توقيع الجزاء فإنه ليس للقاضي في هذه الحالة أن يتدخل للحكم على مدى

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا ,الطعن (٩٧٨٠) سنة (٤٩) قضائية جلسة ٢٠١٠/١١/٣ , أشار إليه د.محمد ماهر أبو العينين , وجيز الأحكام والفتاوى، مرجع سابق ،ص٣٨٠.

[2] د.بلاوي ياسين بلاوي ، مرجع سابق، ص ١٠٣.

[3] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية ,الطعنان (٤٤٢١/٤٠٠٩) سنة (٤٥) قضائية جلسة ٢٠٠٧/٦/١٩ , أشار إليه د. خالد محمد عبد الفتاح , المشكلات العملية في قانون تنظيم المناقصات و المزايدات رقم (٨٩)لسنة ١٩٩٨ وتعديلاته وأحكام العقود الإدارية , مرجع سابق، ص ٦٣٣.

ملاءمة الجزاء للخطأ ما دام ذلك يعد من الأخطاء التي تسوّغ توقيع الجزاء في نظر المشرع[1]، ويتعين على الإدارة عند سحب العمل أن تعمل كوكيلة عن المتعاقد بحسبان أن هذا التنفيذ لا ينهي الرابطة التعاقدية كما بيناه سابقاً ويتحمل المتعاقد تبعاته والفروق الناجمة عنه[2]، وبخلافه لا يتحمل المتعاقد فروقات الأسعار فقد قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر أن: "..التأخير في التنفيذ يجيز لجهة الإدارة مصادرة التأمين وتوقيع غرامة التأخير ولا يجوز لها التنفيذ على حساب المقاول نظراً لأنها تراخت في طرح الأعمال التي لم تتم مدة تزيد عن عام كامل وهي بذلك خالفت دورها كوكيلة عن المقاول الأول في التنفيذ فلا يلتزم المقاول بأي فروق أسعار طرأت على الجزء الذي لم ينفذ من العملية..[3]"

ويرى الباحث أن سلطة القاضي الإداري في إعمال رقابته، على تصرف الإدارة، إزاء ما تنسبه إلى المتعهد من تقصير في تنفيذ العقد، هي سلطة واسعة، وتشمل رقابة مشروعية القرار الصادر بسحب الأعمال، ومدى ملاءمة القرار، مع الخطأ المرتكب من المتعهد، فقرار سحب الأعمال، يعد أحد الجزاءات التي يمكن فرضها بحق المتعهد المتقاعس، بل أشدها لما يترتب عليه من نتائج خطيرة، لا يلجأ إليه إلا في أحوال المخالفات الجسيمة، أو عندما يتكرر الإهمال من جانب المتعهد، أو يعجز عن متابعة التنفيذ، فالمادة /٥٤/ من القانون السوري رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤الفقرة (أ)

---

[1] د. سليمان الطماوي ، مرجع سابق، ص ٤٨٥.

[2] د. حمدي حسن الحلفاوي ، مرجع سابق ص٣٨٤.

[3] حكم المحكمة الإدارية العليا ,الطعن (٣٣٨٩) سنة (٤٦) قضائية جلسة ٢٠٠٨/٤/٢٩ , أشار إليه د.محمد ماهر أبو العينين , وجيز الأحكام والفتاوى– مرجع سابق – ص٣٧٧ .

منها قد حددت الحالات التي يحق فيها للإدارة سحب تنفيذ التعهد من المتعهد وتنفيذه على حسابه وهي :

١- عند عدم مباشرة المتعهد تنفيذ التعهد في الوقت المحدد لذلك وفق أحكام هذا النظام أو دفاتر الشروط.

٢- عندما يجاوز مقدار الكميات المرفوضة نهائياً ثلث الكمية المتعاقد عليها أو ربع أي جزء منها إذا نص العقد على تسليمها مجزأة على دفعات متتالية .

٣- إذا ثبت للجهة العامة ارتكاب المتعهد أعمال الغش أو التلاعب أو الرشوة .

٤- إذا أخل المتعهد بالتزاماته وامتنع على إصلاح خطئه خلال المدة التي تحددها الجهة العامة.

٥- إذا أخل ببرنامج العمل الموضوع بحيث يخشى ألا ينجز في موعده إذا كانت هناك ضرورة فنية أو إدارية استثنائية لإنجازه في هذا الوعد أو كان من المنتظر أن تجاوز غرامة التأخير النسبة المحددة في المادة /٥٠/ من هذا النظام أو جاوزتها فعلاً .

٦- إذا أعلن المتعهد عجزه عن الاستمرار في تنفيذ التعهد .

والجدير بالذكر أن احتياجات سير المرفق العام تلزم المتعهد بالاستمرار في التنفيذ وعدم التوقف، فإذا ما تقاعس عن انجاز تعهده، فإن ذلك يخول الإدارة سلطة سحب التعهد منه، وإذا ما استعملت الإدارة هذا الحق ، فإن التنفيذ على حساب المتعهد هو تطبيق لقاعدة تنفيذ الالتزام عيناً تقوم به الإدارة ضماناً لحسن سير المرفق العام، فتحل محل المتعهد فيما لم ينفذ من العقد على حسابه، وتحت مسؤوليته، وتلزمه بما قد يطرأ على عملية التنفيذ من فروق أسعار، ومصاريف،

تكبدها نتيجة التنفيذ على حسابه، ومؤدى ذلك أن المتعهد المقصر يكون مسؤولاً عن نتائج سحب الأعمال.

وهنا تجب الإشارة إلى بعض الممارسات الخاطئة التي تقع فيها الإدارة والتي نوجزها بالآتي:

١-تقع الإدارة في خطأ عندما تلجأ إلى إصدار قرارها بسحب الأعمال قبل أن تعمد إلى دراسة طلب المتعهد المتعلق بالتأخير الحاصل في التنفيذ وما إذا كان هذا التأخير مسوغاً أم لا، وفق ما توجبه أحكام الفقرة /و/ من المادة /٤٢/ من المرسوم رقم /٤٥٠/ لعام ٢٠٠٤ فإذا ما تبين لاحقاً أن التأخير كان مسوغاً فإن قرار سحب الأعمال يكون قد صدر في غير محله القانوني الصحيح .

٢-تقع الإدارة في خطأ عندما تلجأ إلى إصدار قرارها بسحب الأعمال قبل أن توجه إنذاراً إلى المتعهد بالنسبة للحالات المنصوص عليها في الفقرات (من ١ وحتى ٥) من البند /أ/ من المادة /٥٤/ من القانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ المذكورة أعلاه.

٣-تقع الإدارة في خطأ عندما تتأخر في إصدار قرارها بسحب التعهد من المتعهد المتقاعس المخل بالتزاماته كما وتقع في خطأ عندما تتأخر في التنفيذ على حسابه فالعلاقة بين الإدارة والمتعهد يجب أن تقوم على مبدأ التعاون في خدمة المرفق العام، فإذا ما أخل المتعهد بالتزاماته التعاقدية فإنه ولا شك يتحمل مسؤولية هذا الإخلال، ولكن في المقابل فإن الإدارة ومن باب الحرص على انتظام تسيير المرفق العام والاستمرار في تقديم الخدمة للمواطنين يجب عليها ألا تتهاون في اتخاذ الإجراءات المناسبة في وقتها إزاء تقصير المتعهد في التزاماته تجاهها، وألاّ تتراخى في التنفيذ على حسابه إلى وقت طويل بعدما أصدرت قرارها بسحب

الأعمال منه في وقت تكون الظروف الاقتصادية والأسعار قد تبدلت عما كانت عليه في تاريخ السحب وما قبل ومن ثم تأتي لتطالب المتعهد بكامل فروق التنفيذ متنصلة بذلك من كامل مسؤوليتها عن التأخير في التنفيذ على حسابه، فحسن إدارة المرفق العام وتأمين سيره بشكل منتظم ومطرد يوجب على رجل الإدارة السعي الحثيث بشتى الوسائل القانونية المتاحة إلى تأمين احتياجات المرفق العام من اللوازم والخدمات في أقصى سرعة ممكنة وفي ضوء طبيعة الحاجة المطلوبة .

خلاصة القول: إن الإدارة إن لجأت إلى استعمال سلطتها في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها وكان ذلك الإجراء صحيحاً من الناحيتين الشكلية والموضوعية فإنها لا تكون مسؤولة أدنى مسؤولية تجاه المتعاقد معها بل إن المتعاقد يكون مسؤولاً أمام الإدارة ويتحمل تبعة تلك الجزاءات، أما إذا استخدمت الإدارة سلطتها على نحو غير مشروع فإن ذلك يثير مسؤوليتها التعاقدية وتلتزم بتعويض المتعاقد عن الضرر الذي أصابه من جراء فعلها غير المشروع .

وهكذا نكون قد انتهينا من هذا المبحث الذي تحدثنا فيه عن الاستخدام غير المشروع لسطات الإدارة في توقيع الجزاءات فتحدثنا عن مفهومها وأوجه عدم مشروعية هذه السلطات في توقيع الجزاءات على المتعاقد و لا بد لنا ان قبل أن ننهي هذا الفصل أن نتكلم عن الاستخدام الغير مشروع لسلطة انهاء الإداري من قبل الإدارة وهو ما ستناوله في المبحث الرابع.

المبحث الرابع

الاستخدام غير المشروع لسلطة إنهاء العقد

إذا كان الهدف من إبرام العقد الإداري تحقيق المصلحة العامة التي تتمثل في الحفاظ على استمرار سير المرفق العام بانتظام في أداء خدماته لجمهور المنتفعين بها، فإنه لم يعد محققاً للمصلحة العامة التي أبرم لأجلها كان بوسع الإدارة إنهائها بالرغم من عدم انتهاء مدته حفاظاً على المصلحة العامة فسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة يجب أن تستند إلى دواعي المصلحة العامة[1] وليس إلى سبب أخر، وهذا ما نص عليه المشرع الفرنسي في نظام العقود الجديد السالف ذكره حيث جاء في الفقرة /٥ / من المادة /٦/ منه الآتي:

" **يجوز للسلطة المتعاقدة إنهاء العقد من جانب واحد وفقاً للشروط المنصوص عليها في هذا القانون، و عندما يحدث الإنهاء لسبب المصلحة العامة، يحق للمقاول المشارك الحصول على تعويض**".

وبالتالي فإن قرار الإدارة بالإنهاء غير مشروع يؤدي إلى ترتيب مسؤولية الإدارة التعاقدية في حالتين وهما: عدم مشروعية قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري لتخلف غايته، والحالة الثانية عدم مشروعية قرار الإنهاء لخروجه عن أطر المشروعية ولتوضيح ذلك لا بد لنا أن نفرق بين الحالتين.

الحالة الأولى : عدم مشروعية قرار الإنهاء لتخلف غايته .

الحالة الثانية: عدم مشروعية قرار الانهاء والعقد الإداري لخروجه عن أضر المشروعية.

[1] د. ماهر صالح علاوي ، الوسيط في القانون الإداري ، وزارة التعليم والبحث العلمي، جامعة الموصل ، دار أبن الأثير، ٢٠٠٩ ،ص٤٤٨.

الحالة الأولى : عدم مشروعية قرار الإنهاء لتخلف غايته :

ابتداءً لابد من القول إن من حق الإدارة أن تنهي العقد الإداري بإرادتها المنفردة إذا رأت أن المصلحة العامة تقتضي هذا الإنهاء[١].و حق الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية وإن كان حقاً مسلماً به، سواءً نص عليه العقد أم لم ينص عليه، إلا أنه ليس حقاً مطلقاً للإدارة تمارسه كيفما تشاء وإنما هو حق مقيد بالمصلحة العامة حيث يشترط لإمكان قيام الإدارة بإنهاء عقودها الإدارية، أن يقوم سبب من الأسباب التي تتعلق بالصالح العام،[٢] أو بمصلحة المرفق ذاته، وبخلافه لا يحق للإدارة أن تقوم بإنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة، ويوازن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري حق المتعاقد في الحصول على تعويض وذلك باتفاق الفقه والقضاء[٣].

وفي حكم حديث لمجلس الدولة الفرنسي صدر في ٢٠٢٠/٩/١٣ قرر بموجبه أنه :".....وفقاً القواعد العامة المطبقة على العقود الإدارية، فإنه يجوز دائماً للطرف المتعاقد العام (المشتري العام) لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، إنهاء هذا العقد من جانب واحد مع مراعاة حقوق الطرف المتعاقد معه في التعويض....."[٤].

---

[١] د. طعيمة الجرف ، القانون الإداري ، مكتبة القاهرة الحديثة، القاهرة ، ١٩٧٣،ص٥٣٧. وكذلك د. حسين درويش، النظرية العامة في العقود الإدارية ، ج٢ ، ط١ ، مكتبة الأنجلو المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٨، ص١٠٦. ود. شاب توما منصور ، ج١ ، دار الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ، ١٩٧١ ، ص٤١٥.

[٢] د. أحمد عثمان عياد : الضابط الشكلي في المعيار المميز للعقد الإداري ، مجلة المحاماة ، العددان الثالث والرابع ، ١٩٧٥، ص١١٠.

[٣] د. عبد العزيز خير الدين ، حق الإدارة في تعديل شروط العقود الإدارية ومداه وأساسه القانوني ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، السنة الخامسة ، العدد الرابع ، ١٩٦١ ، ص٩ ، وكذلك د. محمود حلمي ، مرجع سابق ، ص١٤٧، و حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن (١٥٢٠) بتاريخ ٢٠/ ٤ / ١٩٥٧ أشار أليه د. محمد عبد العال السناري، مرجع سابق ، ص٣٦٨-٣٦٩.

[4] C.E 13/9/2020 weka.مأخوذ من مجلة الالكترونية

وتأسيساً على ما تقدم فإن إنهاء الإدارة للعقد الإداري قبل انقضاء مدته يكون غير مسوّغ لإفتقاد غايته ويؤدي إلى قيام المسؤولية التعاقدية للإدارة في حالات عدة نذكرها على النحو الآتي:

١- **إنهاء العقد لأسباب شخصية :** فالإدارة لا يجوز لها أن تمارس سلطتها في الإنهاء الإنفرادي للعقد من أجل أسباب شخصية لا تتصل بالمصلحة العامة مثل العداء الشخصي للمتعاقد[١]، حيث إن هذا الإنهاء لم يكن الدافع إليه تحقيق المصلحة العامة وإنما الرغبة في الانتقام ما يشكل إنحرافاً في استعمال السلطة، وبالتالي يؤدي إلى قيام المسؤولية التعاقدية للإدارة.

٢- **إنهاء العقد لأسباب عقائدية أو سياسية لدى المتعاقد لا تتفق مع اتجاهات الإدارة المتعاقدة :** فلا يجوز للإدارة أن تنهي العقد لأسباب ذات طابع سياسي أو عقائدي، وهذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء قرارات الإدارة الصادرة بفصل العمال المتعاقدين، وذلك لأن هذه القرارات تستند على أسباب ذات طابع سياسي وعلى النشاط النقابي للعمال حيث تعدّ هذه الأسباب أجنبية عن مصلحة المرفق العام[٢]، كذلك لا يجوز للإدارة أن تنهي العقد الإداري لأسباب ذات طابع عقائدي أو ديني فقرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري لأسباب دينية أو عقائدية يعدّ مشوباً بتجاوز السلطة وبالتالي يؤدي إلى قيام المسؤولية التعاقدية للإدارة[٣].

---

[١] انظر حكم مجلس الدولة الفرنسي والصادر بتاريخ ٢٤ /١١/ ١٩٨٢ في قضية (Commune de Bouxwiller)، أشار إليه د. محمد صلاح عبد البديع ، مرجع سابق ، ص٥١٠ هامش ١٤٠٧.

[٢] انظر حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ ٢٦/ ١٠/ ١٩٦٠ في قضية (Sieur Rioux) ، أشار إليه د.محمد عبد العال السناري ، طرق وأساليب التعاقد الإداري وحقوق والتزامات المتعاقد مع الإدارة، مرجع سابق ، ص٣٢٢.

[٣] انظر حكم مجلس الدولة الفرنسي والصادر بتاريخ ٨ /١٢/ ١٩٤٨ في قضية(Pastiau) ، أشار إليه د. محمد

٣- **إنهاء العقد لأسباب مالية :** يذهب غالبية الفقه والقضاء في فرنسا ومصر إلى أنه لا يجوز للإدارة إنهاء العقد الإداري بدون خطأ من جانب المتعاقد لمجرد تحقيق مصلحة مالية للإدارة، فالقضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر وسورية مستقر على عدم مشروعية سلطة الإدارة في الإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري القائم على مقتضيات المصلحة المالية للإدارة[١].

كما ذهب أغلب الفقه في فرنسا وسورية إلى وجود انحراف في استعمال السلطة من جانب الإدارة إذا استخدمت سلطتها في إنهاء العقد من أجل تحقيق مصلحة مالية فقط [٢] .

أما في مصر فإن الرأي الراجح في الفقه هو إلغاء قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري كي تعهد بالتنفيذ إلى شخص أخر يقدم لها شروطاً مالية أكثر ملاءمة من تلك الشروط التي قدمها المتعاقد الأول[٣].

---

[١] انظر حكم مجلس الدولة الفرنسي والصادر بتاريخ ١٣ /٢/ ١٩٧٥ أشار إليه د. محمد صلاح عبد البديع السيد ، مرجع السابق ، ص٥١٢ . وكذلك حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٢/٦/ ١٩٧٠ والذي جاء فيه "... لا يجوز للإدارة إنهاء العقد لمجرد رغبتها في طرح محلة في مزايدة جديدة للحصول على جعل أعلى من الجعل القديم ، لأن هذا فضلاً عما فيه من إهدار للثقة في معاملاتها وزعزعة الإيمان بعدالتها ونزاهتها ، لا يصلح في ذاته سبباً مشروعاً يبرر لها الافتئات على مصالح الأفراد والمساس بحقوقهم المكتسبة "

[٢] وهذا هو رأي " دي لو بادير" و"موردن" و"ديلفولفي" ، أشار إليه د. محمد صلاح عبد البديع ، مرجع سابق ، ص٥١٢-٥١٣.

[٣] د. ثروت بدوي ، مبادئ القانون الإداري، المجلد الأول، أصول القانون الإداري وأسسه وخصائصه، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦ ، ص٦٧ . وكذلك د. محمد صلاح عبد البديع السيد ، مرجع سابق، ص٥١٥.

الحالة الثانية : عدم مشروعية قرار الإنهاء للعقد الإداري لخروجه عن أطر المشروعية : لكي يكون قرار إنهاء العقد الإداري مشروعاً يجب أن يصدر من السلطة المختصة بإصداره، والسلطة المختصة بإنهاء العقد الإداري تكون ذاتها المختصة بإبرامه، إلا إذا وجد نص في العقد يقضي بخلاف ذلك، وألاّ يكون مشوباً بالتعسف أو إساءة استعمال السلطة، وأن يكون الباعث على صدوره سليماً، فإذا جاء قرار الإنهاء مخالفاً للقانون أو الأنظمة، أو إنه لم يصدر عن السلطة المختصة بإصداره، أو أنه مشوب بعيب التعسف في استعمال السلطة، أو أن الباعث عليه غير سليم، عد هذا القرار معيباً ووجب العمل على الغائه من قبل قاضي العقد[1].

هذا وقد نص المشرع السوري في نظام العقود الموحد رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤ على حالات الإنهاء في المادة /٥٩/ منه والتي جاء فيها:

" يعتبر التعهد مفسوخاً حكماً في الحالات الآتية:

أ- وفاة المتعهد إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد وإذا لم تكن محل اعتبار فلا يفسخ التعهد لهذا السبب إلا إذا رأت الجهة العامة أن ورثة المتعهد لا تتوافر فيهم الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل ولا يترتب على الفسخ في هذه الحالة تعويض لأي من المتعاقدين وتعاد التأمينات إلى الورثة إذا لم تكن قد تحققت على المتعهد التزامات أخرى .

ب- إفلاس المتعهد.

جـ- التصفية القضائية، إلا أنه يحق للجهة العامة الموافقة على استمرار المتعهد بتنفيذ التزاماته إذا أجازت المحكمة ذلك.

---

[1] د. أحمد عثمان عياد ، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق ، ص٢٣٠.

د- في حال ثبوت مخالفة أحكام الفقرة / ٦ / من البند / آ / من المادة /١١/ من هذا النظام تصادر تأمينات المتعهد دون الإخلال بحق الجهة العامة في ملاحقته بالتعويضات الناجمة عن الأضرار التي لحقت بها نتيجة هذا الفسخ ".

نخلص مما تقدم أن استخدام الإدارة المتعاقدة لسلطتها وامتيازاتها الممنوحة لها بموجب العقد الإداري خارج إطار المشروعية يُعد خطأً تعاقدياً يرتب مسؤوليتها التعاقدية، ويتيح للمتعاقد اللجوء إلى القضاء المختص لغرض الحصول على التعويض المناسب لجبر الأضرار التي سببها الاستخدام غير المشروع لتلك السلطات.

وبهذا نكون قد انتهينا من دراسة الباب الأول من هذه الرسالة، والذي يبحث في مسؤولية الإدارة التعاقدية القائمة على أساس الخطأ من خلال البحث في ماهية هذه المسؤولية ومفهومها وتعريفها وإخلال الإدارة بالتزاماتها المالية والفنية، و الاستخدام غير المشروع لسلطاتها في تنفيذ العقود الإدارية، و كان لزاماً علينا أن نعالج في الباب الثاني من هذه الأطروحة مسؤولية الإدارة بدون خطأ لكي يكتمل بنيان هذا البحث ويحقق الغاية المنشودة منه نحو نظرية متكاملة في مسؤولية الإدارة التعاقدية القائمة على الخطأ ومسؤوليتها بدون خطأ.

الباب الثاني

مسؤولية الإدارة التعاقدية من دون خطأ

تحدثنا في الباب الأول عن مسؤولية الإدارة التعاقدية القائمة على أساس الخطأ ودرسنا ماهية هذه المسؤولية، ومسؤولية الإدارة عن إخلالها بالتزاماتها الفنية والمالية، والاستخدام غير المشروع لسلطاتها، والتي قد تترتب عليها مسؤوليتها تجاه المتعاقد معها، وتعويضه استناداً إلى أركانها الأساسية المتمثلة في الخطأ والضرر والعلاقة السببية فيما بينهم.

الأصل في المسؤولية الإدارية تكون على أساس الخطأ، ومع ذلك يمكن أن يحكم بمسؤولية الإدارة على أساس وقوع الضرر، وتسمى بالمسؤولية الموضوعية، أو مسؤولية الإدارة من دون خطأ، وتتعدد حالات مسؤولية الإدارة من دون خطأ، وتعدّ المسؤولية التعاقدية للإدارة من دون خطأ إحدى هذه الحالات، وهي تتحقق من دون أن يصدر خطأ من جانب الإدارة ، ويحدث ذلك عندما تكون الإدارة طرفاً في النزاع القائم نتيجة تنفيذ عقد إداري في أثناء مزاولتها لنشاط مرفق عام، فقد أقر القضاء الإداري للمتعاقد الحق في الحصول على تعويض عن الأضرار التي لحقت به، إذ إن المسؤولية التعاقدية للإدارة من دون خطأ مرتبطة بالتعويض، وما تجدر إليه الإشارة أن المسؤولية التعاقدية للإدارة من دون خطأ لا توجد إلا إذا كان العقد محل النزاع من العقود الإدارية، على أساس أن العقد الإداري هو مصدر المسؤولية التعاقدية للإدارة بدون خطأ، لأنه كما هو معلوم أن علاقة المتعاقد مع الإدارة في العقود الإدارية هي علاقة تعاون وتساند من أجل تسيير المرفق العام، الذي من أجله أبرم العقد الإداري، وتظهر هذه العلاقة بوضوح من إخلال التزام الإدارة بتعويض المتعاقد معها عن الأضرار التي تصيبه في أثناء تنفيذ العقود الإدارية، ولذلك فإن مسؤولية الإدارة عن تعويض المتعاقد كما بيناه سابقاً لا تنعقد على أساس الخطأ، وإنما يكون إما على

أساس التوازن المالي للعقد، أو مقابل الأعمال الزائدة التي يقوم بتنفيذها المتعاقد، وإما لإنهاء الإدارة للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة.

ويتمثل التوازن المالي في الحفاظ على الحالة التي كان عليها العقد وقت التعاقد[١]، وبقاء العقد على طبيعته وعلى النحو الذي اتفق عليه طرفاه وقت انعقاده، وضرورة مراعاة التعادل في الأداءات المتقابلة في العقد الإداري[٢]،إذ تهدف فكرة التوازن المالي إلى ضمان تقديم المرفق العام لخدماته من دون انقطاع، وتمكين المتعاقد من مواجهة أي صعوبات تعرقل استمراره في تقديم الخدمة، سواء أكانت هذه الصعوبات إدارية أم اقتصادية أم مادية، فتحقيق النفع العام بوصفه غاية تسعى إليها الإدارة من خلال إبرام عقودها الإدارية، يحتم عليها تقديم معاونتها الدائمة للمتعاقد معها، وذلك من أجل تسيير المرفق العام بانتظام واستمرار.

وقبل الحديث عن النظريات المتعلقة بإعادة التوازن المالي للعقد الإداري لا بد لنا من توضيح مفهوم التوازن المالي للعقد الإداري، فقد أطلق مجلس الدولة الفرنسي على هذا المصطلح تعبير التوازن الشريف بين حقوق المتعاقد مع الإدارة، والتزاماته، وذلك لأن فكرة التوازن هي فكرة ملائمة لحق التعديل التي تتمتع به الإدارة، ولما كان هذا الحق غير موجود في القانون الخاص كون العقد يخضع إلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فإن فكرة التوازن لا وجود لها في ذلك القانون[٣].

وفي الحقيقة فإن فكرة التوازن المالي هي مجرد توجيه عام، أو فكرة عامة، تؤسس عليها النظريات القانونية التي يرجع إليها في تحديد حقوق المتعاقدين والتزاماتهم،

---

[١] إن مجال إعمال فكرة التوازن المالي هي حالات التعويض التي يستحقها المتعاقد من دون صدور خطأ من الإدارة فهي مجرد توجيه عام تستهدف الإبقاء على طبيعة العقد كما روعي عند التعاقد، ينظر د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص٥٥٨.

[٢] د. حازم بيومي المصري، التوازن المالي في العقد الدولي (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠١٠، ص٢٩٧.

[٣] د. علي الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، دار الفكر العربي، ١٩٧٦، ص ٣٠.

أو هي تجسيد لفكرة العدالة التي قامت عليها النظريات الأربع، نظرية فعل الأمير، ونظرية الظروف الطارئة، ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، ونظرية القوة القاهرة، وبموجبها تلتزم الإدارة بضمان التوازن المالي للعقد في كل حالة يختل فيها توازن العقد، سواء أكان بفعل الإدارة أم لأمر خارج عن إرادتها.

وقد عرّف جانب من الفقه التوازن المالي للعقد، أنه المساواة بين النفقات والإيرادات، مع احتساب هامش ربحي ملائم يكون هو السبب من وراء ارتضاء التعاقد[١].

وعرّف البعض الآخر فكرة التوازن بأنها الإبقاء على طبيعة العقد كما روعيت عند التعاقد، والاستمرار في التعامل معه كظاهرة طبيعية، قد تزيد الإدارة من الالتزامات المترتبة عليها، وقد تنقص منها، كما أن هذه الفكرة تعدّ توجيهاً عاماً يهتدي به القاضي في تقدير التعويض المستحق للملتزم جبراً لما لحقه من خسارة وما أصابه من ضرر[٢].

ويرى الباحث أن فكرة التوازن المالي تهدف إلى تحقيق التعاون في تنفيذ الالتزامات المتقابلة بين طرفي العقد استناداً إلى قواعد العدالة، والتي تقضي بعد إثراء أحد طرفي العقد على حساب الطرف الآخر، وتهدف أيضاً إلى ضمان تقديم المرفق العام لخدماته من دون انقطاع، وتمكينه من مواجهة أي صعوبات غير متوقعة قد تعرقل استمراره في تقديم الخدمة، سواء كانت هذه الصعوبات مخاطر إدارية، أو صعوبات مادية طبيعية، أو اقتصادية.

وبالرجوع إلى أحكام القضاء الإداري في كل من فرنسا، ومصر، وسورية في هذا الخصوص، نجد أربع نظريات يمنح فيها القضاء تعويضاً للمتعاقد من دون حاجة إلى

---

[١] د. ابراهيم الدسوقي عبد اللطيف، عقد امتياز المرفق العام، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٣، ص ٣٠١.

[٢] د. علي حسن عبد الأمير، النظام القانوني لغد امتياز المرفق العام وتطبيقاته في العراق، رسالة ماجستير، الجامعة المستنصرية، ٢٠٠٨، ص١٢٤.

إثبات خطأ من جانب الإدارة، وهذه النظريات هي نظرية فعل الأمير، ونظرية الظروف الطارئة، ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة[1]، ونظرية القوة القاهرة.

وهذا ما سوف نتكلم عنه في هذا الباب من خلال الفصول الأربعة الآتية:

الفصل الأول: نظرية فعل الأمير.

الفصل الثاني: نظرية الظروف الطارئة.

الفصل الثالث: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

الفصل الرابع: نظرية القوة القاهرة.

[1] وتجدر الإشارة إلى أننا سنتعرض للنظريات الأربعة والتي وضعها القضاء الإداري في هذا الشأن بالقدر الذي يحقق الغاية من دراستنا هذه.

الفصل الأول

نظرية فعل الأمير

تحتل نظرية فعل الأمير مركزاً مهماً بين نظريات العقد الإداري، التي تتميز عن نظرية العقود المدنية والتي تخضع إلى القواعد الأساسية للقانون الخاص، وتعدّ هذه النظرية من النظريات التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي، وهي أولى النظريات التي أراد بها القضاء الإداري إقامة التوازن المالي في العقد الإداري بين الالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة.

وعمل الأمير هو عمل يصدر من الإدارة من دون خطأ من جانبها، ويكون نتاجه إلحاق ضرر بالمتعاقد مع الإدارة عند تنفيذ العقد، ويلحق ضرر به من جرّاء ذلك، وزيادة في الأعباء المادية له، لذلك وطبقاً لهذه النظرية فإن مجلس الدولة الفرنسي يعوض المتعاقد مع الإدارة من جرّاء الأضرار التي أصابته نتيجة تصرف الجهة الإدارية من دون أن يكون هناك خطأ من جانبها، وكل ذلك من أجل أن تحقق المصلحة العامة ومصلحة المرفق العام، حتى يمّكن المتعاقد من الاستمرار في تنفيذ العقد، دون أن يصاب بحيف نتيجة التصرف الصادر من الإدارة ، لذلك تقرر منحه تعويضاً ويكون كاملاً، وهو ما لحق المتعاقد مع الإدارة من خسائر، وما فاته مع الإدارة من كسب.

وسوف نقوم بدراسة هذا الفصل من خلال المباحث الأربعة الآتية:

المبحث الأول: مفهوم نظرية فعل الأمير.

المبحث الثاني: شروط تطبيق نظرية فعل الأمير.

المبحث الثالث: صور نظرية فعل الأمير.

المبحث الرابع: آثار نظرية فعل الأمير.

المبحث الأول

مفهوم نظرية فعل الأمير

عرّف جانب من الفقه الفرنسي عمل الأمير بأنه: "ما يطلق عادة على كل تصرف من السلطة العامة الإدارية، ويؤدي من دون خطأ منها إلى زيادة أعباء المتعاقد معها ".

ويشير الفقيه "والين" إلى أن فعل الأمير أو ما سماه بعمل الإدارة، هو ما يطلق عادة على كل تصرف من السلطة العامة الإدارية، ويؤدي دون خطأ منها إلى زيادة أعباء المتعاقد معها[١] .

كما عرّفها جانب آخر من الفقه الفرنسي بأنها: "عمل تعسفي صادر عن الإدارة ويجب على الأفراد الخضوع له، ويكون لها أثر زيادة الالتزامات التعاقدية للطرف المتعاقد الآخر، وستزيد هذه التدابير من صعوبة وتكلفة تنفيذ المتعاقد الآخر للالتزامات المترتبة عليه[٢] ."

ويضيف هذا الجانب أن الإدارة هي التي يصدر عنها فعل الأمير، حتى لو كانت الإدارة غريبة عن العقد.

وعلاوة على ذلك، فقد حكم مجلس الدولة في قضايا عدة بالتعويض على الإدارات حتى لو كانت غير متعاقدة، ويبدو أن هذا الرأي قد توسع في فكرة فعل الأمير، وأنه لا يتم الاعتراف بحقيقة الأمير إلا في الحالات التي تتصرف فيها الإدارة على أساس تعاقدي.

ولكن ماذا عن طبيعة التدابير المتخذة؟ الجواب على هذا السؤال يكمن في أن التدابير المذكورة قد تكون على شكل قانون أو مرسوم أو لائحة[٣].

---

[١] د. زين العابدين بركات، مبادئ القانون الإداري، مطبعة رياض، دمشق، ص ٦٧٢.

[٢] مقالة منشورة في الموقع الآتي https://partiels-droit.com/

[٣] مقالة منشورة في الموقع الآتي https://partiels-droit.com/

والقضاء الإداري الفرنسي يرى أن فعل الأمير بصورة عامة كل عمل يصدر عن سلطة عامة ومن خطأ من جانبها ينجم عنه الإخلال بمركز المتعاقد في العقد الإداري بحيث تلتزم الإدارة بتعويضه عن كافة الأضرار كافة التي لحقت به بما يعيد التوازن المالي إلى العقد الإداري[١].

وعرّف القضاء والفقه في مصر عمل الأمير بتعاريف عدة، ومن تعريفات القضاء ما ذهبت إليه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري بأن فعل الأمير: "هو كل إجراء تتخذه السلطات العامة، ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة، أو الالتزامات التي ينص عليها العقد، ويشترط لإعمال هذه النظرية عدة شروط، من بينها أن يكون الفعل الذي أدى إلى زيادة أعباء المتعاقد صادراً من جهة الإدارة المتعاقدة، فإذا ما صدر الفعل من جهة أخرى غير التي أبرمت العقد، تخلف أحد شروط نظرية فعل الأمير وامتنع بذلك تطبيقها[٢]"، أما الفقه فقد عرف جانب منه عمل الأمير بأنه: "عبارة عن كل إجراء مشروع يصدر من السلطة الإدارية المتعاقدة، ويترتب عليه زيادة أعباء المتعاقد المالية بما يخل بالتوازن المالي للعقد، ولا يمثل عمل الأمير أي خطأ من جانب الإدارة يمكن نسبته إليها[٣]".

ويترتب على تطبيق هذه النظرية إعادة التوازن المالي إلى العقد عن طريق تعويض المتعاقد مع الإدارة تعويضاً كاملاً أي تعويض المتعاقد على أساس ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب، أما إذا نص العقد على مقدار التعويض وتحديده وجب تنفيذ هذا النص[٤]، وتجدر الإشارة إلى أن الإدارة قد تعفي نفسها من الالتزام بالتعويض نتيجة تطبيق هذه النظرية بصدد إجراء محدد إذا ما اتفق المتعاقدان على ذلك صراحة في

---

[١] زين العابدين بركات، مرجع سابق، ص٦٧٢.

[٢] فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع المصرية رقم (٧٥٤) في ١٩٧١/٧/١٣، جلسة ١٩٧١/٧/١١ ملف (٤٥٠/١٤٤/٢٥)، اشار إليه د. محمد ماهر ابو العينين، الكتاب الثالث، مصدر سابق، ص ٢٠٠.

[٣] د. ابراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص ٢١٧.

[٤] بلال امين زين الدين، مرجع سابق، ص ٥٨٤.

العقد الإداري، إلا أن الإعفاء على وجه مطلق وبصورة غير محددة أمر غير جائز في مجال المسؤولية التعاقدية للإدارة القائمة من دون خطأ[١].

وقد عرفها جانب من الفقه السوري بأنها: "عمل غير متوقع ناجم عن إجراء مشروع قامت به السلطات العامة، ومهما كان أساس هذا الإجراء، أو مضمونه، ويؤدي من حيث النتيجة إلى جعل تكاليف العقد أشدّ إرهاقاً بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة، مما يسمح له بالمطالبة بالتعويض الكامل عن الأضرار التي لحقت به"[٢].

وقد عرّفت اللجنة المختصة في قسم الفتوى والتشـريع في مجلــس الدولة السوري (نظرية فعل الأمير) بأنها:

" كل تدبير أو تصرف تتخذه الإدارة، من شأنه أن يزيد من الأعباء المادية للمتعاقد معها، أو في الالتزامات التي ينص عنها العقد، وقد تصدر هذه التصرفات من الهيئة الإدارية المتعاقدة، أو من هيئة إدارية أخرى، وقد تتخذ شكل قرار فردي، أو شكل قاعدة قانونية عامة تؤثر على العقد تأثيراً مباشراً أو غير مباشر، (كالقرار المتضمن زيادة أسعار المواد المحصورة بالقطاع العام)،الأمر الذي يسوّغ للمتعاقد الاعتراض عليها، والمطالبة بالتعويض المالي الكامل نتيجة زيادة الأعباء الملقاة على كاهله"[٣] .

وقد عرّفت المحكمة الإدارية العليا السورية فعل الأمير على النحو الآتي:

" كل إجراء تتخذه الجهة الإدارية المتعاقدة، فيكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد معها، وهذا الإجراء الذي يصدر عن تلك الجهة قد يتخذ شكل قرار فردي، أو يكون بصورة تنظيم عام شامل يؤثر في ظروف تنفيذ العقد[٤].

---

[١] د. ابراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص ٢٤٢.

[٢] د. محمد الحسين، القانون الإداري، منشورات جامعة دمشق، دمشق ص٣٦٠.

[٣] رأي اللجنة المختصة في القسم الاستشاري لفتوى والتشريع في مجلس الدولة رقم (٥٦٨) لعام ٢٠١٨ غير منشور.

[٤] حكم المحكمة الإدارية العليا السورية (١٣٣) لعام ١٩٧٤ المجموعة لعام ١٩٧٤ ص ٢٦٩.

ومن حيث إن القضاء الإداري السوري قد تبنى هذه النظرية وطبقها، وخصوصاً في مجال زيادة أسعار المواد المحصورة في القطاع العام – سواء أكانت الجهة المتعهدة من القطاع العام أم من القطاع الخاص – وقد تتالت الاجتهادات القضائية على أن زيادة أسعار المواد المحصورة في القطاع العام، غير خاضعة للنسبة التي يتحملها المتعهد الذي يحق له تقاضي كامل هذه الزيـــــادة [1] .

وقد استقر الاجتهاد القضائي الإداري السوري على أن زيادة أسعار المواد المحصورة في القطاع العام، غير خاضعة للنسبة التي يتحملها المتعهد سواء أكان من القطاع العام أم من القطاع الخاص، والذي يحق له تقاضي كامل هذه الزيادة، انطلاقاً من نظرية فعل الأمير التي تبناها القضاء الإداري السوري[2] .

ويرى الباحث أنه من خلال التعريفات السابقة القانونية والقضائية والفقهية أن فعل الأمير هو:

"عبارة عن إجراء أو تدبير تقوم باتخاذه السلطات العامة، يؤدي لفرض عبء مالي زائد على المتعاقد، بخلاف ما ورد عليه النص في العقد، وبالتالي يرتب تعويض المتعاقد من قبل الجهة الإدارية المتعاقدة عن الضرر الذي أصابه، بما يكفل إعادة التوازن المالي إلى هذا العقد".

وسننتقل إلى دراسة الشروط الواجب توافرها لتطبيق نظرية فعل الأمير في المبحث الثاني، بعد أن انتهينا من تحديد مفهوم ونظرية فعل الأمير وطبيعتها في هذا المبحث التالي.

---

[1] رأي اللجنة المختصة في قسم الفتوى والتشـــريع في مجلـــس الدولة رقم (١٨٣) لسنة ٢٠٠٥ م في القضية رقم (٤٨٣) لسنة ٢٠٠٥م غير منشور.

[2] رأي اللجنة المختصة في قسم الفتـــوى والتشـــريع في مجلس الدولة رقم (٢٧٨) لسنة ٢٠٠٨ في القضية رقم (٥٥٤/ف) لسنة ٢٠٠٨ غير منشور.

المبحث الثاني

شروط تطبيق نظرية عمل الأمير

إن حق المتعاقد مع الإدارة بالتعويض الكامل استناداً إلى نظرية فعل الأمير يفترض اجتماع عدد من الشروط، وبعض هذه الشروط يفسر أن تعويض نتائج عمل الأمير يشكل حالة من مسؤولية الإدارة المتعاقدة، وبمقتضى هذه الفكرة ينتج ضرر، وينسب هذا الضرر إلى سلطة عامة، وبصورة خاصة إلى الإدارة المتعاقدة نفسها التي أبرمت العقد، وهناك شرط يتعلق بخاصية عدم التوقع للإجراء الذي يفتح مجالاً للتعويض.

ويرى جانب من الفقه الفرنسي الحديث أنه يشترط لتطبيق نظرية فعل الأمير الآتي:

- أن تكون الإجراءات متخذة من الإدارة المتعاقدة.
- أن يكون الضرر الذي يحدث غير متوقع في وقت العقد.
- أن تؤثر التدابير المعنية على أحكام العقد في أحد مكوناته الأساسية[1].

وقد استقر القضاء الإداري الفرنسي و المصري والسوري في أن حق المتعاقد بالتعويض الكامل استناداً إلى نظرية عمل الأمير، يفترض توافر مجموعة من الشروط.

وسنقوم بتناول هذه الشروط من خلال الفروع الأربعة الآتية:

المطلب الأول: ضرورة وجود عقد إداري.

المطلب الثاني: أن يكون الفعل الضار متصدر عن الجهة الإدارية المتعاقدة.

المطلب الثالث: يجب أن يترتب على عمل الأمير ضرر بالمتعاقد.

المطلب الرابع: عدم وقوع خطأ من جانب الإدارة المتعاقدة.

المطلب الخامس: أن يكون العمل الضار غير متوقع

[1] مقالة منشورة في الموقع التالي https://partiels-droit.com/ بتاريخ ٢٠٢٠/١١/٢

المطلب الأول

ضرورة وجود عقد إداري

لا تقوم نظرية فعل الأمير إلا بتنفيذ عقد إداري أي كان نوعه، ولا مجال لتطبيق هذه النظرية على عقود القانون الخاص، وقد أشارت محكمة القضاء الإداري المصرية إلى هذا المبدأ في أحد أحكامها بقولها : "ومن حيث إنه لا محل لبحث ما أثاره المدعي بشأن تطبيق أحكام نظريتي الظروف الطارئة وعمل الأمير إذ إن ذلك يفترض استناد التعويض إلى عقد إداري تأسيساً على المخاطر الإدارية، وقد تبين مما تقدم أن سند الدعوى من حيث الوجه الذي يرتب ولاية هذه المحكمة بالفصل فيها، يخرج من مجالات العقد الإداري، ولا يدخل إلا في نطاق تعويض مقدم من أحد الأفراد عن قرارات إدارية نهائية، ومن حيث إنه لما تقدم ينتفي ركن الخطأ الموجب للمسؤولية [١].

كما أن الرابطة التي تربط بين الإدارة والمتعاقد معها رابطة تعاقدية، فقد ذهبت محكمة القضاء الإداري المصرية إلى أنه: "متى كان الأمر بين الشركة والحكومة خارج عن نطاق الرابطة العقدية، فإن طلب التعويض عن الأضرار التي تترتب مع التشريع الجديد استناداً إلى نظرية عمل الأمير يكون على غير أساس سليم من القانون، إذ من المقرر أن المسؤولية التي ترتب التعويض في التشريعات الجديدة تربطه بالدولة رابطة تعاقدية أثّر فيها التشريع الجديد، بأن زاد في الأعباء التي يتحملها في تنفيذ التزاماته بمقتضى العقد، وأن تؤدي هذه الزيادة في الأعباء المالية إلى الإخلال في التوازن المالي للعقد[٢].

كما يشترط أن يكون العقد محل النزاع من العقود الإدارية ، فنظرية عمل الأمير هي من النظريات الإدارية، والتي لا مقابل لها في القانون الخاص، ولهذا فلا محل لتطبيق نظرية عمل الأمير إلا بصدد منازعة تتعلق بعقد إداري[٣]، ويرجع ذلك إلى أن طرفي

---

[١] د. مازن راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، بلا عام نشر

[٢] مشار اليه لدى د. محمود الجبولي، العقود الإدارية، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، ص ١٩٤– ١٩٥.

[٣] د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص٥٦٩.

عقود القانون الخاص متساوون ولا يستطيع أي منهما تعديل العقد بإرادته المنفردة، أو إضافة أعباء جديدة على عاتق المتعاقد الآخر إلا بموافقته، على عكس جهة الإدارة التي تستطيع أن تتخذ إجراءات يكون من شأنها تعديل العقد، أو إضافة أعباء جديدة على عاتق المتعاقد معها في العقد الإداري وبإرادتها المنفردة[1].

[1] د. ابراهيم طه الفياض، مرجع سابق، ص ٢٥٣.

المطلب الثاني

أن يكون الفعل الضار صادراً عن الجهة الإدارية المتعاقدة

كان الاتجاه السابق لمجلس الدولة الفرنسي يقضي بتطبيق نظرية عمل الأمير سواء أكان الإجراء صادراً من الجهة الإدارية المتعاقدة، أم من جهة الإدارة غير المتعاقدة، أي يكفي صدور الإجراء من أحدى الجهات العامة [1]، إلا أن المجلس عدّل عن الاتجاه السابق، وقضى أن تكون الإجراءات التي رتبت ضرراً للمتعاقد التي توجب التعويض صادرة من الجهة المتعاقدة، ومن ثم أصبح القضاء الفرنسي يقتصر في تطبيق النظرية على الأعمال التي تصدر من جهة الإدارة التي أبرمت العقد وحدها، ومنها حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ ١٩٤٩/٣/٤ في قضية مدينة طولون " Ville De Toulon"، وكذلك ما قرره المجلس في حكمه الصادر تاريخ ١٩٢٦/١١/٢٨ (إن هذه النظرية تطبق فور إدخال أعباء جديدة على العقد مهما كانت السلطة التي أحدثتها)، وفي مفهوم الإدارة المبرمة للعقد يكفي إثارة النظرية أن يكون التدخل قد صدر من جانب الشخص المعنوي العام الذي أبرم العقد، ويرجع ذلك إلى فكرة وحدة شخصية الدولة، فلا عبرة لتعدد أجهزة الدولة واستقلال كل جهاز عن الآخر، ما دامت أن هذه الأجهزة هي مجرد أوجه متعددة لشخص قانوني واحد هو الدولة[2]، أي إن ذلك قد يختلف من دولة إلى أخرى وقد يضيق أو يتسع عدد هذه الهيئات كأشخاص معنوية إلى جانب الدولة، وتؤيد المحكمة الإدارية العليا في مصر في أحد أحكامها هذه الفكرة بقولها :" تدخل القضاء الإداري بتحقيق التوازن المالي للعقد الإداري تطبيقاً لنظرية فعل الأمير مناط بتوافر شروط هذه النظرية، ومن بينها شرط أن يكون الفعل الضار صادر من الإدارة المتعاقدة، فإذا ما صدر هذا الفعل من شخص معنوي عام غير الذي أبرم العقد، تخلف أحد شروط هذه النظرية، وامتنع بذلك تطبيقها ولكن ذلك لا يحول دون

---

[1] د. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقود البوت، دارة النهضة العربية، القاهرة، طبعة ٢٠١٠، ص ٢٥١.

[2] د. ابراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص ٢٣٢- ٢٣٤.

تطبيق الحوادث الطارئة إذا ما توافرت شروطها "[1]، وهذا ما أخذت به الجمعية العمومية لقسمي التسريع والفتوى في مجلس الدولة المصري في إحدى فتاويها حيث قالت: ".....ومن حيث إنه بتطبيق المبادئ المتقدمة على الحالات محل البحث فإن الواضح أن زيادة الأعباء المالية للمقاولين، نجمت عن رفع التسعيرة الجبرية للحديد والإسمنت وتسليمهم كميات من الحديد المستورد، الذي لم تستلزم شروط التعاقد استخدامه بدلاً من الحديد المحلي، وقد تم كل ذلك بإجراءات صادرة من غير الجهة المتعاقدة وزارة الري، فمن ثم ينتفي شرط جوهري من شرط تطبيق نظرية فعل الأمير"[2] .

وهكذا يتضح لنا مما سبق أن حقوق المتعاقد في التعويض الكامل على أساس فعل الأمير، لا تنهض إلا إذا كان التدخل قد صدر من الشخص المعنوي العام الذي أبرم العقد، فضلاً عن ذلك فإن حقوق المتعاقد إذا كان الإجراء المتخذ من سلطة أجنبية عن العقد، إما أن تكون في مواجهة الإدارة المتعاقدة ويستطيع المتعاقد أن يثير نظرية الظروف الطارئة إذا كانت شروطها الخاصة متحققة، أو أن تكون في مواجهة السلطة التي تقع على عاتقها مسؤولية الفعل الضار، حيث يستطيع المتعاقد أن يطالب بالتعويض على أساس النظرية العامة المتعلقة بمسؤولية السلطة العامة التي يفترض قيام الخطأ من جانبها .

ويشير جانب من الفقه السوري إلى أن القضاء الإداري السوري كان أكثر توسعاً من هذه الناحية من نظيره الفرنسي، حيث طبق نظرية فعل الأمير سواء أكان التدبير المشروع الذي أدى إلى فعل الأمير قد صدر عن الإدارة المتعاقدة أو عن أي إدارة أخرى في الدولة، بحسبان أن أجهزة الدولة كل منها في حدود المرفق الذي تشرف عليه تشكل وحدة متكاملة مع الأجهزة الأخرى[3] .

---

[1] د. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقود البوت، مرجع سابق، ص ٢٥١.

[2] د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص٣١٥ .

[3] د. محمد الحسين، د. مهند نوح القانون الإداري، منشورات جامعة دمشق ٢٠١٧-٢٠١٨ ص ٣٦١ و٣٦٢.

أما الجانب الآخر من الفقه السوري الآخر فيرى أنه إذا كان التصرف قد صدر عن جهة إدارية أخرى فعندئذ لا تطبق نظرية فعل الأمير وإنما تطبق نظرية الظروف الطارئة[1] .

لكن القضاء الإداري السوري ممثلاً هنا بالمحكمة الإدارية العليا السورية قد اشترط أن يكون الإجراء صادراً عن الجهة الإدارية المتعاقدة، لكن المحكمة غيرت اتجاهها لاحقاً وأصبحت تحكم للمتعاقد بفروق الأسعار عن عقود مبرمة مع إدارة لم يصدر عنها فعل الأمير[2].

ويرى الباحث أن عدول المحكمة الإدارية العليا عن توجهها في تطبيق نظرية فعل الأمير في حال كان التصرف صادراً عن غير الجهة الإدارية المتعاقدة كان في محله للأسباب الآتية:

١- التوافق مع الإنصاف والعدالة.
٢- التوافق مع ما اتجه إليه مجلس الدولة الفرنسي والمصري استناداً إلى أحقية المتعاقد في التعويض.
٣- التوافق مع الهدف الأساسي من إعادة التوازن المالي إلى العقد.

---

[1] د. سعيد نحيلي، مرجع سابق، ص ١٩٨.

[2] د. عبدالله طلبة القانون الإداري، منشورات جامعة دمشق، ١٩٩٠ ، ص٣٤٦ .

المطلب الثالث

يجب أن يترتب على عمل الأمير ضرراً بالمتعاقد

المسؤولية الناتجة عن نظرية عمل الأمير هي مسؤولية تعاقدية، لذا يترتب على تطبيقها أن ينجم عن الإجراء الصادر من جهة الإدارة المتعاقدة ضرر فعلي للمتعاقد معها، ويتمثل ذلك في نقص في أرباحه المتوقعة، أو زيادة خسائره، ولا يشترط أن يكون الضرر جسيماً بل يُكتفى أن يؤدي إلى الإخلال في التوازن المالي للعقد[١]، أي أن يكون الضرر محققاً ومباشراً[٢]، كما يُشترط أن يكون الضرر خاصاً، بمعنى أن يصيب الضرر المتعاقد وحده، أو يصيبه بصورة أشد جسامة مما نال مجموع الأفراد الذين يخاطبهم الإجراء[٣]، إلا أن الضرر لا يشترط فيه أن يكون على جسامة معينة فقد يكون الضرر جسيماً أو يسيراً ، إذ كل ما يتطلب في هذا الصدد هو حدوث اختلال بالتوازن المالي للعقد ، وبهذا الشرط يتميز عمل الأمير عن نظرية الظروف الطارئة[٤]، والتي يتطلب فيها كما سنرى أن يؤدي هذا الإجراء إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب .

وقد اختلف الفقه المصري بخصوص فكرة الضرر الخاص في ثلاث اتجاهات:

الأول: يرى أن نظرية عمل الأمير لا تعطي الحق في التعويض إلا إذا كان الضرر خاصاً، وأن المتعاقد لا يعوض عن الضرر المترتب عن الإجراءات العامة، إلا إذا أثبت المتعاقد أن الضرر الخاص قد لحق به ولا يشاركه فيه سائر من يمسهم الإجراء، وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي، وأيضا ما قضت به المحكمة الإدارية العليا

---

[١] رياض الياس، عيسى الجريسات، نظرية التوازن للعقد الإداري ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، ٢٠٠٧، ص١٤٥.

[٢] د. علي الفحام، مرجع سابق، ص ٣٢٩.

[٣] د. ابراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص ٢٣٩.

[٤] د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص٥٧١.

المصرية، حيث استعرضت شروط نظرية فعل الأمير ومن بينها أن يلحق المتعاقد ضرر خاص لا يشاركه سائر من يمسهم القرار العام[1] .

الثاني: يرى أنصار هذا الاتجاه أن الضرر الذي يصيب المتعاقد بناءً على الإجراء الصادر من الإدارة المتعاقدة، يكون ضرراً خاصاً دائماً نظراً للرابطة التعاقدية التي تربط المتعاقد بالسلطات العامة، والتي تميزه عن سائر المتضررين من تلك الإجراءات.

الثالث: يرى أن شرط خصوصية الضرر لا يضيف شيء إلى الشروط الأخرى للمسؤولية التعاقدية من دون خطأ في نطاق نظرية عمل الأمير.

ويذهب مجلس الدولة المصري إلى الأخذ بفكرة خصوصية الضرر بوصفه شرطاً لقيام الحق في التعويض تأسيساً على نظرية عمل الأمير، فقد اشترطت محكمة القضاء الإداري المصرية لقيام الحق في التعويض تأسيساً على نظرية عمل الأمير أن تصدر الحكومة تشريعاً عاماً يمس المتعاقد معها بضرر خاص.

ولا بد من الإشارة إلى أنه إذا كان الضرر يصيب العموم فلا وجه لتطبيق نظرية فعل الأمير، وهو ما أخذت به المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر عام ١٩٧٩ حيث قالت : " إنه نظراً إلى أن الثابت من الأوراق أن الزيادة التي طرأت على أسعار مواد البناء لم تتولد عن الجهة الإدارية المتعاقدة، وهي مديرية الإسكان بمدينة سوهاج، هذا فضلاً عن أن الضرر الذي تدعيه الشركة بحسبان أن تلك الزيادة قد تم سريانها على جميع التعاقدات سواء في النطاق الإداري أو نطاق تعاملات الأفراد، وبالتالي فلا تكون شروط انطباق نظرية عمل الأمير متحققة بالنسبة إلى النزاع الماثل، الأمر الذي يتعين معه القضاء برفض الطلب"[2].

---

[1] د. مطيع علي جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص٥٦٤.

[2] د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص ٣٢١.

ويرى جانب من الفقه السوري أن شرط حدوث الضرر للمتعاقد من فعل الأمير، هو أن يكون قيامها بفعل مشروع أدى إلى حدوث ضرر بالمتعاقد من جانب الإدارة، فإن ذلك يرتب مسؤوليتها ولكنها مسؤولية عقدية بلا خطأ [1].

ويرى جانب آخر أن من شروط تطبيق نظرية فعل الأمير أن يترتب ضرر للمتعاقد يزيد من أعبائه المالية، ولا يشترط في هذه الحالة أن يكون الضرر على درجة معينة من الجسامة، وإنما يجب أن يؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد[2] .

ويرى الباحث أن كلا الرأيين كانا صائبين، لجهة أن تطبيق نظرية فعل الأمير يستلزم حدوث ضرر للمتعاقد وأن تكون الإدارة قد قامت بعمل مشروع من جانبها ولجهة أن هذا الضرر زاد من أعباء المتعاقد المالية وأنه لا يشترط أن يكون على درجة معينة من الجسامة وإنما بالمحصلة يؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد.

[1] د. زين العابدين بركات، مرجع سابق، ص ٦٥٩ و د. محمد الحسين، د. مهند نوح، مرجع سابق، ص ٣٦١.
[2] د. سعيد نحيلي، مرجع سابق، ص ١٩٩.

المطلب الرابع

عدم وقوع خطأ من جانب الإدارة المتعاقدة

التزام الإدارة بالعقد الإداري لا يمنعها من مباشرة سلطتها الإدارية في تنظيم المرافق العامة وتسييرها، والإجراء الذي تتخذه الإدارة وإن كان يمس حقوقاً تعاقدية هو إجراء صحيح[١]، فالرابطة التعاقدية لا تقيد الإدارة لكونها سلطة عامة تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة وعليها أن تتخذ كل الإجراءات التي تحقق ذلك، حتى لو ترتب على ذلك اختلال في الرابطة التعاقدية التي تربطها بمن يتعاقد معها[٢]، ولذلك فإن مسؤولية الإدارة في نطاق نظرية عمل الأمير وإن كانت مسؤولية تعاقدية إلا أنها مسؤولية تعاقدية من دون خطأ، أما إذا انطوى تصرف الإدارة على خطأ كما بيناه سابقاً فلا مجال لتطبيق نظرية عمل الأمير، وتسأل الإدارة على أساس المسؤولية التعاقدية طبقاً للقواعد العامة على أساس الخطأ[٣].

ويجب أن يتحقق شرط عدم خطئها، حيث يفترض عمل الأمير أن الإدارة المتعاقدة لم تخطئ حين اتخذت عملها الضار، ذلك أن التزام الإدارة بمقتضى العقد لا يمكن أن يقيد تصرفاتها بوصفها سلطة عامة تستهدف تحقيق المصلحة العامة، فإذا تصرفت الإدارة المتعاقدة في حدود سلطاتها وترتب على تصرفها حدوث ضرر للمتعاقد فإن الإدارة تسأل في نطاق عمل الأمير (فعل السلطة العامة)، بصرف النظر عن قيام خطأ من جانبها، ذلك أن المسؤولية بموجب هذه النظرية هي مسؤولية عقدية بلا خطأ، أما إذا انطوى تصرفها على خطأ فإنها تسأل على أساس هذا الخطأ[٤].

---

[١] د. ابراهيم طه الفياض، مرجع سابق، ص ٢٥٩.

[٢] د. جابر جادر نصار، مرجع سابق، ص ٣٢٢.

[٣] د. علي محمد علي المولى، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري ، دراسة مقارنة، دكتوراه في الحقوق، جامعة عين الشمس، ١٩٩١، ص٨.

[٤] د. منير محمود الوتري، العقود الإدارية وأنماطها التطبيقية ضمن إطار التحولات الاشتراكية، مطبعة الجامعة، بغداد، ١٩٧٩، ص٢٠٨.

وهذا ما أكدت عليه المحكمة الإدارية العليا المصرية في أحد أحكامها حيث قالت: "من شروط تطبيق نظرية فعل الأمير افتراض أن الإدارة لم تخطئ حين اتخذت عملها الضار، فمسؤوليتها عقدية بلا خطأ "[1].

[1] د. ابراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص ٢٣٩.

المطلب الخامس

أن يكون العمل الضار الصادر عن الإدارة غير متوقع

يتضمن شرط عدم توقع الفعل المولّد للضرر لكي يترتب عليه التعويض، أن يكون فعل الأمير غير متوقع عند إبرام العقد[١]، وبالتالي إذا توقع المتعاقد مع الإدارة هذا الإجراء الضار، أو كان من المفروض أن يتوقعه، فلا يجوز له المطالبة بالتعويض حتى ولو خلا العقد من كيفية تنظيمه[٢]، وهذا ما قضت به محكمة القضاء الإداري المصرية في أحد أحكامها:" أما أساس تطبيق نظرية أعمال الحاكم فهي أفعال تأتيها السلطة العامة ولم تكن متوقعة وقت التعاقد.[٣]

وكذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر أنه: "متى كانت الجهة المتعاقدة قد قبلت وارتضت أن تتحمل فروق أسعار المواد الأولية، وأجور الأيدي العاملة أو غيرها من التكاليف والزيادات، التي تطرأ بفعل الحكومة بعد تقديم العطاء، وكان من شأنها أن تجعل تنفيذ العقد أكثر كلفةً وإرهاقاً للطرف الآخر، ولكن هذه النتيجة تتفق مع نصوص العقد، أي إن الضرر كان متوقعاً وقت التعاقد، وبالتالي يكون قد تخلف أحد شروط تطبيق نظرية عمل الأمير[٤]، وشرط عدم توقع الإجراءات العامة واضح ولا خلاف عليه، ولكن عمل الأمير يغطي الإجراءات الخاصة التي تصدر من الإدارة وتؤدي لتعديل شروط العقد، وكما هو معلوم فإن للإدارة الحق في تعديل العقد من دون الحاجة لرضا المتعاقدين وإن لم ينص على هذا الحق في العقد، ويثار التساؤل في

---

[١] د. محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها في تنفيذ الإدارية واثارها القانونية ، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان، ١٩٩٨، ص ٨٤.

[٢] د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص ٧١٤.

[٣] مشار اليه لدى د. أحمد عبد الرزاق خليفة السعيدان، أثر تغير الظروف على العقد الإداري وإعادة التوازن المالي للعقد، مكتبة الرشد، الرياض، ٢٠٠٤، ص٣٠.

[٤] حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم (٤١٩) ، لسنة (٢٤) قضائية، جلسة ١٩٨٢/١٢/١٨ ، أشار إليه د. حازم بيومي المصري، مرجع سابق، ص٣٢٥.

هذه الحالة أنه كيف يتصور توافر هذا الشرط، والملتزم يعترف بسلطة الإدارة في إجراء تعديل التزاماته في أي وقت من دون الرجوع إليه ؟؟

والجواب على هذا التساؤل هو: أن الرأي الراجح في هذا الخصوص أن شرط عدم التوقع لا ينصرف إلى أصل الحق في التعديل، لأن هذا الحق متوقع دائماً و يفترض علم المتعاقد به، ولكنه ينصرف إلى حدود التعديل ومداه، فإذا كان عقد الامتياز يتضمن نصوصاً عن كيفية إجراء التعديل وحدوده ومداه، فإن نظرية فعل الأمير لا تنطبق، وبالعكس تنطبق النظرية إذا كان خالياً من النصوص المنظمة لهذا الحق[1]، وإذا كان توقع الإجراء أو عدم توقعه قد يتحقق بالنسبة إلى الإجراءات العامة، فبالنسبة إلى الإجراءات الخاصة فإن الأمر يدق أحياناً، فالإدارة لها سلطة تعديل العقد الإداري ولو لم يثبت ذلك في العقد، ومن المفترض أيضاً علم المتعاقد بذلك وتوقعه، على أن هذا العلم والتوقع لا ينصرف إلى أصل الحق وإنما إلى حدوده ومداه ومدى تأثيره في اقتصاديات العقد[2]، وقد أشارت محكمة القضاء الإداري المصرية في أحد أحكامها إلى أن: "القاعدة بالنسبة إلى التعويض على أساس التوازن المالي للعقد بسبب تعديل طريقة التنفيذ، أنه إذا لم يكن مقداره متفقاً عليه في العقد فإن جهة الإدارة لا تملك أن تستقل بتقديره، بل يقدره قاضي العقد اعتباراً بأنه ينشأ عن تكاليف غير متوقعة، وإن كان كل ما هو غير متوقع يعتبر خارجاً عن نطاق العقد، فلا تطبق عليه شروط فعل الأمير، ولتعبير عدم التوقع في هذا الخصوص معنى خاص بها، هو أن التكاليف الزائدة التي تلقى على عاتق المتعاقد تعتبر غير متوقعة ما دام أنها ليست جزءاً من الاتفاق، بمعنى أنه لا يقابلها في شروط العقد أي تقدير، فإذا توقعته نصوص العقد

[1] د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص٥٧٢.

[2] د. جابر جادر نصار، مرجع سابق، ص ٣١٦.

فإن المتعاقد مع الإدارة يكون قد أبرم العقد وهو مقدر لهذه الظروف، الأمر الذي يترتب عليه تعذر الاستناد إلى هذه النظرية "[1].

ومعيار عدم التوقع هو معيار موضوعي، والعبرة من ذلك أن لا يكون في مقدور الشخص العادي أن يتوقع الظرف الجديد لو وجد في ظروف المتعاقد ذاتها، إلا أن القاضي يجب عليه أن يبحث عما إذا كان المتعاقد وقت إبرام العقد قد بذل الجهد المعقول والضروري ليبين ما هو مقدم عليه، ولذا فإن ظروف الحال لها علاقة وثيقة بتقدير خاصية التوقع أو عدم إمكان التوقع التي واجهها المتعاقد [2].

وهذا ما ذكره جانب من الفقه السوري لجهة أن معيار عدم التوقع يعني عدم إمكانية الشخص العادي أن يتوقع حصول ذلك الإجراء المسبب لفعل الأمير لحظة إبرام العقد، ومن ثم فإن لحظة إبرام العقد هي التاريخ الذي يُعتد به لتقدير عدم التوقع [3].

والجدير بالذكر هنا أن المحكمة الإدارية العليا في مصر حددت بوضوح شروط انطباق نظرية عمل الأمير في أحد أحكامها إذ قضت بالآتي: "ومن حيث إنه بالنسبة للوجه في الطعن والمتعلق بمخالفة الحكم المطعون عليه للقانون لعدم القضاء للشركة الطاعنة بالتعويض استناداً إلى نظرية عمل الأمير، فإن قضاء هذه المحكمة مستقر على أن القضاء بأحقية المتعاقد مع الإدارة بالتعويض بناءً على نظرية عمل الأمير مرهون بتوافر شروط انطباق تلك النظرية وهي:

١- أن يكون ثمة عقد من العقود الإدارية.

٢- أن يكون الفعل الضار صادراً من جهة الإدارة المتعاقدة.

---

[1] د. مطيع علي جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، مرجع سابق، ص ٥٦٢.

[2] د. مطيع علي جبير، المرجع نفسه٥٦٣.

[3] د. محمد الحسين، د. مهند نوح، مرجع سابق، ص ٣٦١.

٣- أن ينشأ عنه ضرر للمتعاقد.

٤- افتراض أن الإدارة المتعاقدة لم تخطئ حين اتخذت عملها الضار فمسؤوليتها عقدية بلا خطأ.

٥- أن يكون الإجراء الصادر من الإدارة غير متوقع.

٦- أن يلحق المتعاقد ضرر خاص لا يشاركه فيه سائر من يمسه الإجراء العام[١].

وبهذا نكون قد انتهينا من دراسة شروط تطبيق نظرية فعل الأمير في القوانين محل المقارنة، ولدى القضاء الإداري الفرنسي والمصري والسوري وأيضاً لدى الفقه في كل من الدول الثلاث.

وجدير بنا أن نتناول بشيء من التفصيل أنواع أو أشكال أو صور فعل الأمير، وهو ما سيكون موضوع بحثنا في المبحث الثالث من هذا الفصل.

[١] حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعنان رقم (١٧٣٩/١٧٤٩)، لسنة (٣٧) قضائية، جلسة ١٩٩٧/١٢/١٦، أشار اليه د. محمد ماهر ابو العينين، الكتاب الثالث، مرجع سابق، ص ٢٠٥-٢٠٦.

المبحث الثالث

صور عمل الأمير

سبق وأن عرّفنا عمل الأمير بأنه عبارة عن كل إجراء مشروع يصدر من السلطة الإدارية المتعاقدة، وتترتب عليه زيادة أعباء المتعاقد المالية، ما يؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد، وفعل الأمير لا يمثل أي خطأ من جانب الإدارة يمكن نسبته إليها.

وتأخذ الإجراءات الصادرة التي تسمى بفعل الأمير صوراً مختلفة، فقد يأخذ عمل الأمير صورة إجراء فردي خاص، وقد يتخذ شكل إجراء عام.[١]

و القضاء الإداري المصري يقول في أحد أحكامه: " وقد يصدر عمل الأمير في صورة إجراء خاص كقرار فردي أو عمل مادي أو في صورة إجراء عام، كقانون أو لائحة وقد يؤدي إلى المساس بشروط العقد أو التأثير في ظروف تنفيذه ...."[٢] .

وبناءً عليه سنقوم بدراسة هذا المبحث من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: عمل الأمير في صورة إجراءات إدارية خاصة.

المطلب الثاني: عمل الأمير في صورة إجراءات إدارية عامة.

---

[١] د. ابراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص٢١٨.

[٢] مشار اليه لدى طاهر طالب التكمجي، حماية مصالح المتعاقد المشروعة في العقد الإداري، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، بدون عام نشر ، ص ٢٩٧.

المطلب الأول

عمل الأمير في صورة إجراءات إدارية خاصة

تختلف حالات تطبيق نظرية فعل الأمير بحسب الصورة التي يتخذها الفعل من الناحية العملية، فقد يتجسد عمل الأمير في صورة إجراء فردي خاص صادر من الجهة الإدارية المتعاقدة، وقد يتخذ صورة إجراء تنظيمي عام صادر من إحدى السلطات العامة في الدولة، وفي كلتا الحالتين قد يؤثر فعل الأمير على شروط العقد الإداري تأثيراً مباشراً أو مؤثراً فقط في شروط تنفيذه بطريقة غير مباشرة، وبناءً عليه سندرس هذه الإجراءات الخاصة على النحو الآتي:

أولاً- الإجراءات الخاصة المباشرة:

هذه الإجراءات الصادرة من قبل الإدارة بشكل مباشر، تكون بموجب قرارات تصدر عنها استناداً إلى سلطتها بتعديل العقد الإداري وبإرادتها المنفردة في إطار خدمة مصلحة المرفق العام، سواء أكان هذا التعديل بالزيادة أم النقص، ولكن في حالة إذا ما أدت هذه الإجراءات إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد، فإن ذلك يقابله حق المتعاقد الذي لحقه ضرر من هذا الإخلال في ضمان التوازن المالي، ويتم ذلك بالتعويض الكامل عن الضرر الذي أصابه نتيجة هذه الإجراءات التي اتخذتها الإدارة وفقا لقواعد القانون الإداري والقضاء الإداري، ويشمل هذا التعويض ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاته من كسب[١]، ويضرب الفقه أمثلة للإجراءات الخاصة المتعلقة بشروط العقد، منها إجراء تعديل الرسوم التي يتم تحصيلها من المنتفعين عند تقديم خدمات المرفق العام، أو زيادة نطاق الأعمال التي عهد بها إلى المتعاقد مع الإدارة أو تحجيم نطاقها

[١] أحمد سعيدان، مرجع سابق، ص ٢٦.

عن الحد المتفق عليه أو إدخال تعديلات على المرفق العام تجعله يختلف تماماً عما كان عليه وقت إبرام العقد.[١]

ثانياً –الإجراءات الخاصة غير المباشرة:

في هذا النوع من الإجراءات لا يصيب الإجراء شروط العقد، وإنما يؤثر على الظروف المحيطة بالتنفيذ، ويؤدي إلى إرهاق المتعاقد بأعباء جيدة غير متوقعة عند التعاقد[٢] .

و إذا أصدرت السلطة العامة هذا الإجراء وجب عليها تعويض المتعاقد تعويضاً كاملاً استناداً إلى التوازن المالي للعقد[٣]، والإدارة في مقابل ذلك تقوم ببعض الإجراءات، وتصدر قرارات استناداً إلى سلطتها في الرقابة والتوجيه، وتحمل المتعاقد معها أعباء جديدة لكنها لا تؤدي إلى تغيير شروط العقد، وقد تُصدر إجراءً تتعلق بمرفق الشرطة كونها سلطة ضبط تؤدي إلى زيادة أعباء المتعاقد، كالقرار الصادر من جهة الإدارة إلى الشركة المتعاقدة بنقل أسلاك الكهرباء إلى مكان آخر للمحافظة على سلامة المواطنين[٤].

وهذا ما قضت به محكمة القضاء الإداري المصرية في أحد أحكامها في هذا الخصوص حيث ذكرت: "يقوم الملتزم بإدارة المرفق على نفقته فله مكاسبه ويتحمل خسائره، إلا أنه لما كان لمانح الالتزام حق الإشراف والرقابة، فلها إصدار لوائح تنفيذية بما يضمن حسن أداء الخدمة، فإذا أمر مانح الالتزام بشيء من ذلك وترتب على الأمر زيادة التكاليف والأعباء زيادة أدت إلى اختلال في التوازن المالي للعقد حسبما كان مقدراً له وقت التعاقد، فإن للملتزم أن يرجع على مانح الالتزام ليعيد للعقد توازنه إما بإعانة مالية

---

[١] د. احمد سلامة بدر، مرجع سابق ص٢٤٥.

[٢] د. جابر جاد نصار، عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام، دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص١١٦.

[٣] د. أحمد سلامة بدر ، مرجع سابق، ص ٢٤٥.

[٤] د. منير الوتري ، مرجع سابق، ص ٢٠٥.

أو بزيادة في التعريفة، أو نقص في الأتاوى، أو أي طريقة أخرى يمكن أن تودي إلى تغطية الخسائر، وحصول الملتزم على الربح المعقول الذي كان يتوقعه عند التعاقد"[١].

ويمكن أن تقوم الإدارة بأشغال عامة تسبب إلى المتعاقد الضرر في تنفيذ العقد فوفق هذه الحالة يستحق المتعاقد هنا تعويض كاملاً استناداً إلى نظرية فعل الأمير.[٢]

وهناك من الحالات التي يمكن عدّها من قبيل الأعمال المادية التي من شأنها أن تزيد من أعباء المتعاقد، إلا إنه وفق هذه الحالة لا يجوز التعويض عنها على أساس نظرية فعل الأمير، وهذا ما أخذ به القضاء الإداري الفرنسي الذي قيّد إعمال نظرية عمل الأمير في هذه المسألة بطبيعة العقد ذاته، بمعنى أن هناك بعض العقود التي يخضع تنفيذها لظروف متغيرة وتؤدي إلى زيادة أو نقص في التزامات المتعاقد مع الإدارة، كما هو الحال في عقود التوريد والأشغال، والعقود التي يكون موضوعها توريد أغذية أو مهمات للجنود، حيث لا تضمن الإدارة للمتعاقد معها أن تظل الكميات محددة وهي أعداد قابلة لزيادة أو النقصان، وقد رفض مجلس الدولة الفرنسي تعويض المتعاقد عن الأضرار التي لحقت به من جرّاء سحب السجناء من قبل الإدارة لسجن يديره ما أدى إلى نقص عددهم[٣].

وقد قام الفقيه الفرنسي "دي لوبادير" بتفسير سياسة مجلس الدولة الفرنسي بطبيعة تلك العقود فالمتعاقد مع الإدارة، يعلم سلفاً بأعداد الجنود أو السجناء بأنها قابلة للزيادة أو النقصان في جميع الحالات وأن الإدارة لا يمكن أن تضمن له عدداً محدداً، و بالتالي فإن العمل يكون متوقعاً فيفقد شرطاً من شروطه تطبيقه، وأيضاً رفض مجلس

---

[١] طاهر طالب التكمجي، مرجع سابق، ص٣٢٤.

[٢] د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص٥٧٥.

[٣] د. جابر جاد نصار، عقود البوت والتطور الحديث لقد الالتزام، مرجع سابق، ص ١٦٧.

الدولة الفرنسي ترحيل بعض السجناء، وهو ما أشار إليه هذا المجلس في أحد أحكامه اللاحقة.[1]

وأيضاً رفض مجلس الدولة الفرنسي تعويض المتعاقد عن الأضرار التي لحقت به من جرّاء ارتفاع الأسعار ،التي حدثت نتيجة تدخل الإدارة بصورة مباشرة، كأن يشتري كميات كبيرة من السلع محل التعاقد ما يسهم في زيادة الأسعار.

أما الفقيه "هوريو" فقد سوّغ رفض التعويض، على أساس أن فكرة عمل الأمير تفترض أن يصدر العمل من الإدارة بوصفها سلطة عامة، و في هذه الصورة تتدخل الإدارة كأي متعاقد عادي أما الفقيه "دي لوبادير" يرى أن تبرير "هوريو" من شأنه أن يؤدي إلى تضييق نطاق عمل الأمير من دون مسوّغ، يجعلها تقتصر على الأضرار المترتبة على أعمال السلطة من دون التصرفات العادية، ومن ثم التمس ذلك كون الأضرار المترتبة عليه والتي تلحق بالمتعاقد غير مباشرة[2].

أما الفقه المصري وعلى رأسهم الأستاذ الدكتور" سليمان الطماوي" يرجح رأي "لوبادير"، على أساس أن التمييز بين أعمال السلطة والتصرفات العادية كان الأساس الذي يقوم عليه القانون الإداري قديماً، ولكن تم إلغاؤه في الوقت الحاضر لفساد المقتضيات التي يقوم عليها، كما أن الإدارة حينما تتعاقد تقوم بتصرف عادي لا بعمل سلطة وفقاً لتلك النظرية، فيكون من التناقض الاستناد إليها في هذا المجال، فضلاً عن فكرة الضرر غير المباشر كانت كافية لتسويغ الحلول التي قال بها مجلس الدولة الفرنسي في هذا الخصوص، وبناءً عليه يمكن القول إن هذا المجلس رفض نظرية عمل الأمير في هذه الحالات، على أساس أنه يمكن تطبيقها على نظرية الظروف الطارئة لأن التعويض يكون جزئياً فيها، في حين عمل الأمير في التعويض يكون كاملاً[3] .

---

[1] د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٥٧٧.
[2] د. علي الفحام، مرجع سابق، ص ٣٥٣.
[3] د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص٦٥٢.

ويرى الباحث أن الرأي الذي تبناه الفقيه "لوبادير" هو الرأي الراجح لسببين أساسيين هما:

١ – انسجامه مع المنطق القانوني السليم وقواعد العدالة.

٢– هذا الرأي قد تم تأييده وتأكيده في الكثير من أحكام مجلس الدولة الفرنسي.

وعليه فإن الإجراءات الخاصة المباشرة تكون في حالتين فقد، تتخذ الإدارة استناداً إلى سلطتها في تعديل العقد بإرادتها المنفردة تعديلات، سواء بالزيادة أو النقص من كمية الأعمال، أو الأشياء محل العقد، أو في شروط تنفيذ، أو مدة التنفيذ، أو إدخال تعديلات على تنظيم المرفق العام محل الالتزام، وقد يصل الأمر إلى إنهاء العقد قبل حلول الأجل المتفق عليه[١]، وكل ذلك بشرط أن تحترم الإدارة القيود التي شرحناها فيما يتعلق بحق التعديل[٢]، ومن ثم يلزم أن يكون الإجراء الذي اتخذته السلطة الإدارية المتعاقدة والذي أدى إلى تعديل التزامات المتعاقد معها صحيحاً وذلك لإعمال هذه النظرية، أما إذا عُدَّ الإجراء خطأً تعاقدياً فلا تنطبق نظرية عمل الأمير[٣].

و حالة أخرى تتجلى في الإجراءات التي تؤثر في ظروف التنفيذ: والمقصود بهذه الإجراءات تلك التي تتخذها الإدارة المتعاقدة ليس بغرض المساس بأحد شروط العقد، ولكن يؤدي تدخل السلطة الإدارية إلى التأثير على ظروف التنفيذ بما من شأنه تحميل المتعاقد بأعباء جديدة لم يتوقعها عند إبرام العقد[٤]، ومن التطبيقات التي يذكرها الفقه لهذه الطائفة من الإجراءات هي[٥]:

---

[١] د. ابراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص ٢١٨.

[٢] د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص٥٧٤.

[٣] د. حازم بيومي المصري، مرجع سابق، ص٣١٧.

[٤] د. علي محمد علي عبد المولى، مرجع سابق، ص٣٣٨.

[٥] د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص٥٧٥ ، د. وهيب عياد سلامة، دروس في العقود الإدارية مع التعمق

أ- القرارات التي تصدرها الجهة الإدارة المتعاقدة، استناداً إلى سلطتها في الرقابة والتوجيه، ويكون من شأنها تحميل المتعاقد أعباء جديدة.

ب- قيام الجهة الإدارية بأشغال عامة، ينجم عنها للمتعاقد أضرار بمناسبة تنفيذ العقد، فحينئذ يحق للمقاول الحصول على تعويض في حالة إغفال العقد لتنظيم هذه المسألة.

ج- بعض تدابير الضبط الإداري الصادرة عن جهة الإدارة، والتي يترتب عليها زيادة أعباء المتعاقد، كالأمر الصادر من جهة الإدارة بوصفها سلطة ضبط، إلى الشركة المتعاقدة بنقل أسلاك الكهرباء إلى موقع آخر حفاظاً على سلامة الجمهور.

(التوازن المالي للعقد وفكرة التعويض غير القائم على الخطأ) ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة اسيوط، مصر ٢٠٠٠، ص٣٤ ، د. ابراهيم طه الفياض، مرجع سابق، ص ٢٥٥.

المطلب الثاني

عمل الأمير في صورة إجراءات إدارية عامة

لا بد لنا قبل الحديث في هذا المطلب أن نبين المقصود بالإجراء العام، فيرى جانب من الفقه أن القيام بالإجراء العام هو كل عمل تنظيمي صادر عن سلطة عامة، سواء أكانت هذه السلطة تشريعية في مجال إصدارها للقوانين أم تنفيذية في مجال إصدارها للوائح[١]، ويتمثل ذلك في صورة إصدار قوانين أو أنظمة من جهة الإدارة المتعاقدة يكون من شأنها زيادة أعباء المتعاقد معها[٢].

والسؤال الذي يطرح نفسه هو: هل يحق للمتعاقد مع الإدارة التعويض من تلك الإجراءات العامة؟

للجواب عن ذلك لا بد لنا من استعراض رأي مجلس الدولة الفرنسي في هذا الخصوص، فقد ذهب أحد مفوضي مجلس الدولة الفرنسي (لاتورنيري) إلى عدم أحقية المتعاقد في التعويض، وعلى أساس ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي على أن الإجراء العام لا يمسه وحده، وإنما ينصب على جميع المواطنين وجاء في تقريره: يتعين لتعويض المتعاقد عن الإجراء العام، وجوب النص عليه في العقد صراحة وأن يكون غير متوقع وفي هذه الحالة يكون التعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة، وليس عمل الأمير ولكن هذا الرأي الأخير في نظر جانب من الفقه غير صحيح وضعيف ولا يؤيده مجلس الدولة الفرنسي[٣] .

وهو ما انتهت إليه الجمعية العمومية للفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري في أحد فتاويها حيث قالت: "عمل الأمير هو إجراء خاص أو عام يصدر من جانب الجهة

---

[١] د. ابراهيم الفياض، القانون الإداري، مكتبة الفلاح، بدون عام نشر، ص ٥٠٦.

[٢] د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص٥٨٠.

[٣] د. أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص ٢٤٧.

الإدارية المتعاقدة وقت التعاقد، ويترتب عليه إلحاق ضرر بالمتعاقد لا يشاركه فيه سائر من يمسهم الإجراء"[١] .

وهناك بعض التطبيقات التي توحي بصدور نظرية عمل الأمير من إجراءات عامة، فلقد أشارت محكمة القضاء الإداري المصرية في أحد أحكامها إلى أنه:

" يشترط لقيام الحق في التعويض تأسيساً على نظرية عمل الأمير، أن تصدر الحكومة تشريعا عاماً جديداً يمس مركز المتعاقد معها بضرر خاص، والضرر الخاص يتحقق إذا أصاب الإجراء العام المتعاقد وحده من دون مجموع الشعب، أو إذا أصابه بضرر من الجسامة بحيث يتجاوز بكثير ما أصاب غيره من مجموع الشعب"[٢].

وكما ذكرنا بالنسبة لعمل الأمير في صورة الإجراء الخاص، فإنه في الإجراء العام أيضاً قد يؤدي إلى تعديل في شروط العقد، كما أنه قد يؤدي إلى تعديل في ظروف التنفيذ، فتجعله أشد وأعسر نفقة، وسوف نبحث في هذين الإجراءين على النحو الآتي:

أولاً- الإجراء العام الذي يؤدي إلى تعديل شروط العقد:

قد يؤدي التشريع أو النظام إلى تعديل مباشر في شروط العقد، بتعطيل بعض شروطه، أو بتعديل فحواه، أو إنهاء العقد قبل المدة المتفق عليها، عندئذ يمكن تطبيق نظرية عمل الأمير إذا توافرت شروطها[٣].

ومن ثم يمكن للمتعاقد مع الإدارة الحصول على تعويض للأضرار التي أصابته، وبشرط أن يكون التعديل أو الإجراء العام، قانوناً أو أمراً منصوصاً عليه، وأن المشرع لم

---

[١] د. مازن راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، مرجع سابق، ص١١٩.

[٢] علي سويلم، فكرة التوازن المالي للعقد الإداري في السعودية، جامعة عين شمس، ٢٠٠٧، ص .٥٦

[٣] د. مطيع علي حمود جبير، مرجع سابق، ص٥٥٦.

يستبعد هنا صراحة التعويض، ولكن في هذه الحالة لا محل لتطبيق نظرية عمل الأمير[١].

وبالتالي إذا حدد المشرع في الإجراءات العامة سواء أكان قانوناً أم نظاماً طريقة تعويض الأضرار التي تنتج عنه وحدوده، فإن القضاء يلتزم بذلك أياً كانت قيمة هذه التعويضات[٢]، أما إذا استبعد القانون أو النظام مبدأ التعويض عن الأضرار التي قد تنجم عن تطبيقه وتأثيرها على المراكز القانونية، فإن نظرية عمل الأمير لا يكون لها محل للتطبيق[٣].

وكان مجلس الدولة الفرنسي يقضي بتطبيق نظرية الظروف الطارئة على الإجراء العام الصادر عن الجهة الإدارية المتعاقدة لا نظرية عمل الأمير، وظهر ذلك من خلال حكمه الصادر بتاريخ ١٩٢٨/٣/٩ في قضية (شركة المطاحن الأفريقية) ، وذهب مفوض الحكومة (لاتورنيري) بمناسبة هذا الحكم إلى إنكار تطبيق نظرية عمل الأمير، ما دام المتعاقد غير مقصود بذاته بهذه الإجراءات التي تشمل الجميع، ويرى هذا المفوض أن الإجراء العام غير الموجه إلى المتعاقد مباشرة لا يعوض عنه إلا في حالتين:

الأولى: أن ينص العقد على ذلك صراحة.

الثانية: أن يكون الإجراء العام غير متوقع[٤] .

---

[١] د. مطيع جبير، مرجع سابق، ص ٥٥٦.

[٢] د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص ٣٢٠.

[٣] د. علي محمد علي عبد المولى، مرجع سابق، ص٣٥٠.

[٤] د. علي الفحام، مرجع سابق، ص٣٥٥.

وبالطبع فإن وجهة النظر هذه كما يرى جانب من الفقه لا يمكن التسليم بها، فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ ١٩٣٩/٤/٢ في قضية (السكك الحديدية) بالتعويض الكامل، تطبيقاً لنظرية عمل الأمير بمناسبة الإجراء العام [١].

وفي مصر أكدت محكمة القضاء الإداري على تطبيق نظرية عمل الأمير في حالة الإجراءات العامة[٢]، فقد قضت أن: " المقصود بعبارة فعل الأمير هو كل إجراء تتخذه السلطات العامة، ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة، وهذه الإجراءات التي تصدر من السلطة العامة قد تكون من الجهة الإدارية التي أبرمت العقد، وقد تتخذ شكل قرار فردي أو تكون بقواعد تنظيمية عامة[٣]، إلا أن تطبيقات نظرية عمل الأمير في صورة الإجراء العام أقل منها في صورة الإجراء الخاص، إذ إن التطبيقات الأصلية لنظرية عمل الأمير تقوم على أساس الإجراءات الخاصة لا العامة" [٤].

وقد أنكر جانب من الفقه في فرنسا مسألة تعويض المتعاقد ومن ثم عدم تطبيق نظرية عمل الأمير عندما يصدر الإجراء العام إلا في حالتين:

أ- إذا نص العقد صراحة على حق المتعاقد بالتعويض.

ب- إذا كان هذا الإجراء غير متوقع واختلت اقتصاديات العقد، ومن ثم تكون قد توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة، على أساس أن نظرية عمل الأمير لا تطبق إلا على الإجراء الخاص، وإن كان هذا الرأي يتعارض مع ما جرى عليه العمل في كل من فرنسا ومصر بقبول التعويض الكامل إذا اتخذ فعل الأمير صورة إجراء تنظيمي عام [٥].

---

[١] د. علي محمد علي عبد المولى، مرجع سابق، ص٣٤٨.

[٢] د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص٥٨١.

[٣] حكم محكمة القضاء الإداري رقم (٩٨٣) السنة (٩) قضائية، جلسة ١٩٥٧/٦/٣٠ ، سبقت الاشارة اليه.

[٤] د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص٥٨١.

[٥] د. مطيع جبير، مرجع سابق، ص ٥٥٧.

ويرى الباحث أن الإجراء العام الصادر من السلطة التشريعية أو التنفيذية والتي تؤثر تأثيراً مباشراً في شروط العقد وتتعلق بتعديل العقد أو تعطيله أو إنهائه قبل تمام تنفيذه، تطبق نظرية عمل الأمير والتعويض يكون كاملاً وفقاً لهذه النظرية عما أصابه من ضرر وما فاته من ربح.

ثانياً- الإجراء العام الذي يؤثر في ظروف التنفيذ:

المقصود بهذا الإجراء هنا ذلك الذي لا يتعلق بشروط العقد كما ذكرناه آنفاً، بل يقتصر أثره على ظروف التنفيذ ما يجعلها أكثر مشقةً على المتعاقد مع الإدارة، والمثال على ذلك قوانين الضرائب والجمارك والقوانين العمالية، وقد أسهم مجلس الدولة الفرنسي إلى عدم تعويض المتعاقد عن الأضرار التي تصيبه في هذه الحالة إلا في أضيق الحدود، فالقاعدة هنا أو الأصل هي رفض التعويض، والاستثناء هو الحكم به على أساس نظرية فعل الأمير، ولكن هذا لا يمنع المتعاقد من أن يطالب بالتعويض على أساس آخر (كنظرية الظروف الطارئة) متى توافرت شروطها[1].

وقد جاءت صياغة مجلس الدولة الفرنسي في بعض قراراته تستبعد تطبيق نظرية عمل الأمير، ما جعل الفقهاء يقفون عندها فضلاً عن التلميح بقلب اقتصاديات العقد أي أن المتعاقد الذي أصابه ضرر له أن يثير نظرية أخرى متى اجتمعت شروطها وبشكل خاص نظرية الظروف الطارئة، عندما يكون هناك حالة تنقلب فيها اقتصاديات العقد رأساً على عقب [2].

وتتمثل هذه الحالة في أن يصدر الإجراء العام مؤثراً في ظروف تنفيذ العقد الخارجية، فيجعل التنفيذ أكثر إرهاقاً ومشقةً على المتعاقد مع الإدارة، ويكون تعويض المتعاقد على أساس نظرية عمل الأمير، هو من قبيل الاستثناء ذلك لأن الأعباء المضافة إلى المتعاقد مع الإدارة يتساوى فيها مع غيره من المخاطبين بهذا الإجراء العام[3]، وبالتالي

---

[1] د. أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص ٢٤٩.

[2] د. علي الفحام، مرجع سابق، ص ٣٦١.

[3] د. حازم بيومي المصري، مرجع سابق، ص٣٢٢.

فإن المتعاقد مع الإدارة لا يتسنى له الحصول على تعويض تطبيقاً لنظرية عمل الأمير إلا إذا أصابه ضرر خاص ، إلا أن هذا لا يعني أنه لا يمكن المطالبة بالتعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة متى تحققت شروطها[1].

وقد ذكر الفقيه الفرنسي "دي لوبادير" أن مجلس الدولة الفرنسي رفض التعويض وفقاً لنظرية عمل الأمير، في مجال الضرائب والرسوم التي تهدف إلى إيجاد موارد ضريبية جديدة للدولة، والتي تصيب المواد الأولية التي يستعملها المتعاقد، والمثال على ذلك ما حكم به مجلس الدولة الفرنسي في الكثير من أحكامه القديمة والحديثة[2].

وفي مجال الإجراءات الاجتماعية والتي تستهدف تحسين ظروف عمل العمال، و تزيد من أعباء المتعاقد مع الإدارة وأيضاً هناك أحكام كثيرة لمجلس الدولة الفرنسي بهذا الخصوص قديمة وحديثة، وقد رفض مجلس الدولة الفرنسي في مجال القوانين الاقتصادية والنقدية، ومثالها تلك القوانين التي تنظم موضوعات الاستيراد والتصدير وتلك المتعلقة بزيادة أجور النقل في السكك الحديدية، والتشريعات المتعلقة بشؤون النقد، ويمكن الإشارة إلى أنه من خلال الصيغ والعبارات التي استخدمها مجلس الدولة الفرنسي تتأكد رغبة المجلس في رفض التعويض في هذه الحالات إلا إذا أثبت المتعاقد أن هناك ضرر قد لحق به[3].

وقد قبل مجلس الدولة الفرنسي في حالات استثنائية التعويض، عندما ينص القانون على التعويض أو تنص بنود العقد على ذلك، وفي حال غياب النص فقد تم الأخذ بفكرة الضرر الخاص في الحالات التي يُثبت فيها المتعاقد أنه فعلاً قد أصابه ضرر خاص من جرّاء التدابير العامة، وأن هذا الضرر الخاص لا يشاركه فيه سائر من يمسهم هذا التدبير العام.

---

[1] د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص ٣٢٠.

[2] د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٥٨٥.

[3] طاهر التمكجي، مرجع سابق، ص ٣٣٨.

والجدير بالذكر أن فكرة الضرر الخاص الذي يصيب المتعاقد من جراء تدبير عام لم يحسمها معيار واحد ضابط، فالاجتهادات القضائية لمجلس الدولة لم تولِ مفهوم الضرر الخاص التحديد الكافي، ولم تتمسك بحرفية الضرر الخالص الذي يجعل المسؤولية تخضع إلى القواعد العامة للمسؤولية عن الأضرار التي تلحق بالأفراد من جرّاء التشريعات، سواء تربطهم بالإدارة رابطة تعاقدية أم لا وأكد على ذلك الكثير من أحكام مجلس الدولة الفرنسي[١] .

الأمر الذي دعا الفقيه الفرنسي الشهير (لوبادير) إلى أن ينحو منحىً مغايراً لبعض تعليقات الفقيه (هوريو) بهذا الخصوص، فقد ذهب إلى أن فكرة الضرر في هذه الحالة يجب أن تؤخذ بمعنى واسع يختلف عن المعنى الذي أخذ به مجلس الدولة الفرنسي، فقد رأينا أنه في مجال الإجراءات المالية رفض مجلس الدولة الفرنسي تطبيق نظرية فعل الأمير بالنسبة إلى الأضرار التي تترتب على إنشاء ضرائب جديدة أو زيادة الضرائب القائمة متى كانت ذات طابع عام، بعكس فيما إذا كانت هذه الضرائب خاصة تودي إلى خرق أحد العناصر المكونة للعقد، كالضرائب المحلية التي تجبيها البلديات، والتي تمس المواد الأساسية لتنفيذ العقد (مادة الفحم بالنسبة للالتزام بتوريد الكهرباء أو الغاز ومواد البناء في عقود الأشغال العامة) وفي جميع هذه الحالات يقبل مجلس الدولة الفرنسي التعويض على أساس عمل الأمير، ولكن ضمن شرط أساسي وهو في حالة الرسوم التي تجبيها البلديات يتوقف على أن تكون البلدية التي تجبي الرسوم هي جهة الإدارة المتعاقدة، وقد حكم مجلس الدولة في هذه الحالات في العديد من القضايا المعروضة أمامه[٢].

ولقد أخذ مجلس الدولة الفرنسي بهذا المبدأ أيضاً فيما يتعلق بالرسوم الجمركية في حالة فرض الرسوم لأول مرة أو زيادتها بعد إبرام العقد فالمتعاقد هنا يستطيع أن يطالب بالتعويض.

---

[١] د. سليمان الطماوي مرجع سابق، ص ٥٩١.

[٢] د. علي الفحام، مرجع سابق، ص ٣٧٧.

ولقد طبق أيضاً مجلس الدولة الفرنسي في بعض الحالات " التي تنص فيها صراحة دفاتر شروط العقد على إعادة دفع الرسوم التي أصابت المتعاقد نتيجة التدابير العامة المتعلقة بالرسوم المالية، أو التدابير التنظيمية في الاقتصاد، التي من شأنها أن تجعل تنفيذ العقد أكثر إرهاقاً للمتعاقد أو أكثر كلفة عليه " نظرية فعل الأمير، بالرغم من أن قرار رفع السعر قد صدر عن غير جهة الإدارة المتعاقدة، في الوقت الذي لم يكن فيه مجلس الدولة الفرنسي قد فرض هذا القيد شرطاً لتطبيق النظرية، وهذا واضح من خلال بعض الأحكام لمجلس الدولة بهذا الصدد [1].

بناءً عليه فإن اتجاه مجلس الدولة الفرنسي يكون قد ميّز بين ما إذا كان الإجراء العام قد صدر من الجهة الإدارية المتعاقدة، وكان من شأنه أن يؤثر على العنصر الرئيس في التعاقد، فهنا تُطبق نظرية فعل الأمير (فرض رسوم محلية على الفحم كزنه مادة أساسية وتمس هذه الرسوم ملتزم توريد الكهرباء بالغاز) وبين الإجراء العام الصادر عن جهة إدارية غير متعاقدة (صدور قوانين اجتماعية – عمالية – ضريبية – اقتصادية) وبالتالي فإن مجلس الدولة الفرنسي كان غير مستقر على معيار محدد، فتارة يقضي أن المتعاقد ليس له حق في التعويض تطبيقاً لمبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمالها التشريعية، وتارة يقضي بتطبيق النظرية، ولكن بشرط أن تكون عناصر العقد التي مسّها الإجراء قد احتلت مكانة رئيسة في ذهن المتعاقد مع الإدارة وقت إبرام العقد، ويكون من شأن التعديل الإخلال بالتوازن المالي للعقد إخلالاً كبيراً وخطيراً[2].

هذا كان بالنسبة إلى موقف مجلس الدولة الفرنسي، أما بالنسبة إلى مجلس الدولة المصري فقد رفض هذا الأخير التعويض في بعض الحالات، كحالة فرض رسوم بلدية على إنتاج الكهرباء، وقد سوّغت محكمة القضاء الإداري المصرية حكمها برفض التعويض بقولها :"من حيث إن فرض الرسم الذي تضمنه القرار المطعون فيه كان متوقعاً بموجب البند /١٧/ من عقد الامتياز فضلاً عن أنه لم يجاوز الحد العادل

---

[1] د. علي الفحام، المرجع نفسه، ص٣٧١.

[2] د. مطيع جبير، مرجع سابق، ص ٥٥٨.

المعقول، ولم يتضمن أي تمييز في التكاليف بين المنطوين تحت أحكامه، وإن هذا الرسم وإن ما تقول به الشركة من زيادة في سعر التكلفة ونقص في الاستهلاك، لم يؤدِ إلى إرهاقها في التزاماتها وإلى الاختلال المالي للعقد، وكل ما يحتمل أن يكون قد ترتب عليه، إن صح دفاع الشركة إن أرباحها المتزايدة قد تناقصت لكن هذا النقص لم يصل إلى المساس بالربح المعقول الذي كان متوقعاً عند التعاقد ".

وأيضاً في حكم آخر لها قالت إن :" صدور قرار تنظيمي من وزير الصحة يحظر على أي شخص كان من صغار المنتجين بيع اللبن أو عرضه أو حيازته بقصد البيع، ما لم يتوافر فيه المواصفات والنسب التي حددها القرار الوزاري "[1].

ويرى الباحث إن صور فعل الأمير السابقة هي عبارة عن تصرفات إيجابية من الإدارة العامة لاتخاذ إجراء معين، والذي نريد توضيحه هنا، إن هذه التصرفات الإيجابية لا تعني أبداً أن تطبيق نظرية فعل الأمير تقتصر عليها، ولكن من استعراض أحكام مجلس الدولة الفرنسي بخصوص تطبيق هذه النظرية، وُجدت حالات اتخذت الإدارة فيها موقفاً سلبياً عن طريق امتناعها عن تطبيق القوانين والأنظمة التي يتوجب تطبيقها، حيث أدى هذا الموقف السلبي إلى فرض أعباء جديدة على المتعاقد مع الإدارة، ويطلق فقهاء القانون العام على هذه التصرفات السلبية الصادرة عن السلطات العامة تسمية جدية هي عمل الأمير السلبي، وهناك بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسي التي حكمت بهذا الخصوص.

وهكذا نكون قد انتهينا من دراسة صور فعل الأمير المتعددة في هذا المبحث ولكن من الضروري أن نبين في المبحث الرابع الآثار القانونية المترتبة على تطبيق نظرية فعل الأمير.

[1] د. ابراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص٢٢٥.

المبحث الرابع

آثار تطبيق نظرية عمل الأمير

إن الأثر الأساسي والقانوني لنظرية عمل الأمير، يتمثل بمنح المتعاقد الذي أصيب بضرر من جرّاء العمل الصادر من الإدارة تعويضاً كاملاً من أجل إصلاح هذا الضرر، ويمكن أن يتولد عن عمل الأمير بجانب أثره الرئيس المتمثل بالتعويض آثار أخرى فرعية [1].

ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن الآثار المترتبة على هذه النظرية هي أنه يقع على الطرف المتعاقد، أي الإدارة، التزام بتعويض الطرف الآخر بالكامل من أجل استعادة التوازن المالي، لذلك سيتم تعويض المقاول المشارك عن النفقات المتكبدة، وكذلك عن النفقات الناجمة عن فعل الأمير، وفق ما نص عليه الحكم الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي في ٢٥ يناير ١٩٦٣، جمعية / Vexin للخمور/.

وما يميز نظرية فعل الأمير عن نظرية الظروف الطارئة هو إنه في الأخيرة لا يحق للطرف الآخر سوى الحصول على تعويض جزئي، وفي حالة الرسوم الإضافية الحصول على تعويض كامل، لهذا السبب يحق للمتعاقد الحصول على تعويض كامل عن الرسوم الإضافية.[2]

وهناك آثار فرعية تترتب على تطبيق نظرية فعل الأمير حيث يحق للمتعاقد أن يتحلل من التزامه بتنفيذ العقد، بعد أن ترتب على الإجراء الصادر من الجهة الإدارية استحالة التنفيذ، كأن تصدر الإدارة قراراً بإلغاء استيراد سلعة معينة يتعهد المتعاقد بتوريدها[3].

---

[1] د. ابراهيم طه الفياض، مرجع سابق، ص ٥٠٨، د. علي الفحام، مرجع سابق، ص ٣٨١.

[2] مقالة منشورة في الموقع التالي https://partiels-droit.com/ بتاريخ ٢٠٢٠/١١/٢.

[3] د. جابر جاد نصار، العقود الادارية، مرجع سابق، ص ٣٢٣.

كذلك إذا ما أدى عمل الأمير إلى زيادة الأعباء المالية لدرجة لا تحتملها إمكانيته المالية[١]، وإذا كان عمل الإدارة لا يجعل تنفيذ العقد مستحيلاً، فإنه يعرقل التنفيذ أو يزيد في أعبائه، ولذلك فهو يشكل عذراً يعفي المتعاقد كلياً أو جزئياً من غرامة التأخير المنصوص عليها في العقد [٢]، وبالتالي لا يكون من حق الإدارة المتعاقدة أن تفرض الغرامات التأخيرية على المتعاقد معها إذا ما أدى عمل الأمير إلى التأخر في التنفيذ، بل إن من حق المتعاقد أن يطالب بمد أجل التنفيذ المحدد في العقد، وذلك يسقط حق الإدارة في توقيع غرامات التأخير ...[٣] .

وهذا ما أخذ به القضاء الإداري السوري في العديد من أحكامه، كما ير الفى جانب من الفقه السوري أنه يحق للمتعاقد أن يطالب بعدم فرض غرامات التأخير الناجمة عن التأخير في التنفيذ بسبب فعل الأمير إذا ثَبت بأن فعل الأمير، ولو لم يؤدِ إلى استحالة التنفيذ إلا أنه جعله عسيراً ما يسوّغ التأخير في التنفيذ وقد تبنى المشرع السوري ذلك حيث أعلن عدم مسؤولية المتعاقد عن التأخير الذي تسببه الإدارة المتعاقدة أو الإدارات العامة الأخرى[٤] .

وقد يرتب فعل الأمير على المتعاقد صعوبات تتجاوز بعض الحدود، لذلك له الحق في طلب فسخ العقد[٥]، ويتقرر الفسخ في هذه الحالة إما بقرار إداري أو بحكم قضائي[٦].

---

[١] د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية ، الطبعة الثانية ، الإصدار الأول ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان، ١٩٩٨، ص ١٩٦.

[٢] د. الياس ناصيف، عقد البوت (B O T)، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، ٢٠٠٦، ص ٣٠٨.

[٣] طاهر طالب التكمجي، مرجع سابق، ص ٣٥١ – ٣٥٢.

[٤] د. محمد الحسين ود. مهند نوح، مرجع سابق، ص٣٦٢.

[٥] د. عبد الله طلبة، مرجع سابق، ص ٣٤٨.

[٦] د. محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري في ظل الإتجاهات الحديثة، دراسة مقارنة منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٨، ص ٧٩٨.

ومن الجدير بالذكر أن المتعاقد يحق له أن يجمع بين النتائج السابقة إذا تعددت الأسباب، كالحصول على التعويض الكامل والفسخ، أو الجمع بين التعويض الكامل وعدم توقيع الغرامات التأخيرية ...[1].

أما الأثر الرئيس الذي يترتب على عمل الأمير فهو التعويض، لذلك سوف نبحثه في مطلبين:

فسنبحث في المطلب الأول أساس التعويض أما المطلب الثاني فسنتناول فيه نظام التعويض .

المطلب الأول: أساس التعويض.

المطلب الثاني: نظام التعويض.

[1] د. أحمد عبد الرزاق خليفة السعيدان، مرجع سابق، ص ٣١.

المطلب الأول

أساس التعويض

ويتضمن هذا المطلب أربعة أفكار رئيسة سندرسها على النحو الآتي:

الفرع الأول: فكرة التوازن المالي للعقد الإداري.

الفرع الثاني: فكرة المسؤولية التعاقدية للإدارة.

الفرع الثالث: مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة.

الفرع الرابع: فكرة الإثراء بلا سبب.

الفرع الأول

فكرة التوازن المالي للعقد الإداري

قال بهذه الفكرة معظم فقهاء القانون الإداري بوصفها أساساً للتعويض وفقاً لنظرية عمل الأمير كما أخذ بها القضاء الإداري الفرنسي وأصبحت من الأركان الأساسية التي تحكم العقد الإداري [١] ،و مجلس الدولة المصري سلّم بها في معظم أحكامه وفتاويه [٢]، وكما أخذ بها القضاء الإداري السوري في العديد من أحكامه وفتاويه .

وقد سبق لنا تحديد مفهوم التوازن المالي للعقد الإداري فبموجب هذه الفكرة يتعين على الإدارة أن تعيد التوازن المالي إلى العقد، كلما اختل هذا التوازن نتيجة لمباشرة الإدارة سلطتها بتعديل العقد وذلك بتعويض المتعاقد المضرور تعويضاً كاملاً.

وإذا كان صحيحاً ما نادى به الفقه المصري من أن النظرية واسعة التطبيق ومازالت مقترحة لتفسير فعل الأمير على أساس المطالبة بالتعويض، فإن الجانب الآخر من الفقهاء يرى أنها فكرة غير صحيحة وخطرة[٣].

وقد انتقد هذا الجانب من الفقه فكرة التوازن المالي للعقد، والسبب في ذلك الانتقاد العام الذي أسبغه بعض فقهاء القانون الإداري، بحيث يُرجع كل تعويض عن عمل الأمير حتى و لو اختل التوازن المالي بغير عمل الإدارة، على الرغم من أن الفكرة لا يمكن أن تسوّغ التعويض في هذه الحالة الخطيرة، ويضيف أن هذه الفكرة غير صحيحة وعدم صحتها، مرده إلى كيفية تطبيقها حيث يرى أن التعويض الذي يُحكم به للمتعاقد نتيجة

---

[١] د. أحمد عبد الرزاق خليفة السعيدان، مصدر سابق، ص ٣٢.

[٢] د. علي الفحام، مرجع سابق، ص ٣٨١.

[٣] د. عصمت عبد المجيد بكر، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته، دراسة مقارنة رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد ، ١٩٧٨، ص ١١.

لإخلال الإدارة باقتصاديات العقد لا يتطابق في جميع الحالات مع فكرة التوازن المالي، وقد بين هذا الجانب من الفقه رأيه في فرضين: [1]

الأول: قد يحدث أن يقبل المتعاقد عند إبرام العقد أسعاراً غير مجزية نتيجة خطأ من جانبه، فإذا تدخلت الإدارة يُحكم بالتعويض الكامل لا على أساس السعر الذي قبِله عند إبرام العقد، ولكن على أساس السعر الحقيقي وقت تدخل الإدارة في التنفيذ، ويصدق على هذا الفرض على ارتفاع الأسعار بعد التعاقد حيث يُحكم بالأسعار الجديدة لا تلك التي أبرم العقد على أساسها.

الثاني: حالة إنهاء العقد من دون خطأ، ففي هذه الحالة فإن فكرة التوازن المالي لا يمكن أن تسوّغ التعويض الذي يحكم به القضاء للإدارة، إذ إنه لا يمكن التحدث عن التوازن المالي لعقد غير موجود.

وذهب جانب آخر من الفقه المصري حاول تأسيس التعويض في حالة عمل الأمير على فكرة التوازن المالي، فلقد وقع هذا الفقه في تناقض واضح، حيث ذهب الدكتور "الطماوي" إلى أن فكرة التوازن المالي مجرد توجيه عام تستهدف الإبقاء على طبيعة العقد، كما روعيت عند التعاقد ومعاملة العقد كظاهرة طبيعية، فالعقد الإداري قد تزيد الإدارة من الالتزامات المترتبة عليه أو تنقص منها، ولكن عليها أن تحتفظ بتوازن العقد الاقتصادي أي الإبقاء على خواصه الأصلية، ومن ثم فإنه من المغالاة القول إن هذه الفكرة خطيرة أو غير صحيحة [2].

وفكرة التوازن المالي للعقد الإداري هي أساس عام، لا تطبق في حالة استحقاق المتعاقد مع الإدارة التعويض في حال وجود خطأ منسوب إلى جهة الإدارة، وإنما مجال أعمالها

---

[1] Badaoui ,S ، Le fait du prince ، Paris ، 1954 ، p 129 .

نقلاً عن د. وهيب عياد سلامة، مرجع سابق، ص ٦ – ٧، د. أحمد عبد الرزاق خليفة السعيدان، مرجع سابق، ص ٣٤ – ٣٥.

[2] د. سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص ٥٥٨، ابراهيم الدسوقي عبد اللطيف، مرجع سابق ص ٣٠١.

هو حالات التعويض التي يستحقها المتعاقد من دون خطأ منسوب إلى جهة الإدارة ولأن أساس المسؤولية هو التوازن المالي للعقد الإداري[1].

كما أن بعض الفقه يرجع فكرة التوازن المالي للعقد إلى النية المشتركة للطرفين المتعاقدين، بما يشير إلى أن إعادة التوازن المالي للعقد هي أثر لتطبيق شرط تعاقدي ضمني للنية المفترضة للمتعاقدين في أثناء التعاقد، ومن ثم إذا تعرض المتعاقد مع الإدارة لمخاطر إدارية تسببت فيها الإدارة للمتعاقد وترتب عليها إصابته بأضرار أخلت بالتوازن المالي، فإنه ينبغي تعويضه لإعادة التوازن المالي إلى حالته السابقة[2].

أما الفقيه (دي لوبادير) فإنه يؤيد الاحتفاظ بفكرة التوازن المالي للعقد، وإن كانت لها مكانتها في نظرية فعل الأمير على ألاّ يُنظر إلى الموضوع على إنه عملية حسابية[3].

---

[1] د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، مصدر سابق، ص ٣١١.

[2] د. أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص ٢٥٦. و من هذا الرأي العميد بونار وجيز وديسوتو.
ينظر د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، هامش ص ٥٥٩.

[3] د. علي الفحام، مرجع سابق، ص ٣٨١.

الفرع الثاني

فكرة المسؤولية التعاقدية للإدارة

هذه الفكرة تُرجع أساس التعويض في عمل الأمير إلى أساس المسؤولية العقدية من دون خطأ الإدارة، ويرتكز هذا التفسير على تمييز نظر المسؤولية العقدية في مجال القانون الإداري التي يمكن إثارتها بناءً على وجود خطأ، أو من دون ذلك، وهو الأمر الذي لا مثيل له في القانون الخاص، وهو يقوم على وجود علاقة بين العقد الإداري ومقتضيات المرفق العام من ناحية، ومظاهر السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد من ناحية أخرى [١].

لذلك فإن المسؤولية العقدية بلا خطأ فكرة غير منسجمة في القانون الخاص، كما أنها لا تستند إلى أساس من الصحة، وذلك لأن المسؤولية العقدية تقوم على ثلاثة أركان، هي الضرر والخطأ والعلاقة السببية بينهما، فإذا ما تحققت أركان المسؤولية كاملة فيترتب على قيامها أثر جوهري هو حق المتعاقد المتضرر في التعويض.[٢]

وفي حال سقوط ركن من أركانها تنهار المسؤولية، ومن الأحكام التي أقرها مجلس الدولة الفرنسي حق المتعاقد مع الإدارة، التعويض عن عمل الأمير استناداً إلى فكرة المسؤولية التعاقدية.

وقد انتقدت فكرت المسؤولية التعاقدية بوصفها أساساً لتطبيق عمل الأمير، استناداً إلى أنها فكرة غير صالحة إلى حد ما عند تأسيس التزام الإدارة المتعاقدة بالتعويض، خاصة في مجال تعديل نص من نصوص العقد بإرادتها المنفردة، ولكن هذه الفكرة غير كافية

---

[١] د. أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص٢٥٤ .

[٢] د. صدام فيصل كوكز المحمدي، إخلال الغير بالعقد والمسؤولية الناشئة عنه، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠٠٤، ص ٤٧. و د. حسين درويش، السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقد الإداري ، الطبعة الأولى، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، ١٩٦١، ص ١١٧ – ١١٨ .

لتبرير التعويض في حال إذا ما كان الإجراء المُعدِّل للمركز المالي للعقد صادرة من جهة غير الجهة الإدارية المتعاقدة، لذلك يتعين أن يوجد إلى جانب المسؤولية فكرة أخرى تساندها وتدعمها وتكون أساساً للتعويض[1].

لذلك يمكن القول إن مسؤولية الإدارة عن أعمالها التعاقدية تقوم على توافر أركان ثلاثة، وهي أن يكون هناك خطأ من جانب الإدارة، وأن يصيب هذا المتعاقد ضرر من جراء هذا الخطأ، وأن تقوم علاقة سببية بين الخطأ والضرر.

ويرى الباحث أن فكرة المسؤولية التعاقدية للإدارة أساسها التعويض عن فعل الأمير من دون خطأ من الإدارة وأن يؤدي ذلك إلى ضرر بالمتعاقد.

[1] د. أ حمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص ٢٥٤.

الفرع الثالث

مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة

يعدّ مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة من المبادئ العامة في القانون التي طبقها القضاء الإداري في الكثير من القضايا، إذ إن جميع الأفراد ملزمون بالإسهام في تحمل التكاليف العامة بقدر يتناسب مع مركزهم وقدرتهم وإمكانياتهم،[1] وبناءً على ذلك يعدّ مخالفا لمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة أن تقوم الإدارة بإرادتها وحدها في زيادة أعباء المتعاقد معها، من دون أن يغطي هذا العبء حقاً مقابلاً للمتعاقد يمكن أن يعيد إليه التوازن، ومن دون هذا التعويض يكون المتعاقد في وضع الشخص الذي فرضت عليه ضريبة شخصية استثنائية [2].

ويرجع تسويغ تعويض المتعاقد مع الإدارة إعمالاً لهذا المبدأ، إلى أن المتعاقد مع الإدارة يسهم في نشاطها إسهاماً خاصاً، ويتحمل عبء يزيد على ما يتحمله غيره من الأفراد، وإن كان صحيحاً أن يحصل على مقابل هذا العبء الخاص، إلا إنه إذا ما قررت الإدارة زيادة هذا العبء من دون أن تعوض المتعاقد معها، فإنها تخل بمبدأ مساواة الأفراد أمام التكاليف العامة، لأن المتعاقد يتحمل أعباء ترهقه وحده من دون أن يتحملها باقي المواطنين، أما إذا لحقها إجراء عام ينطبق بها على جميع المواطنين من دون أن يقصد بها المتعاقد مع الإدارة بالذات، فلا سبيل إلى تعويض المتعاقد في هذه الحالات، ويتعين تعويض المتعاقد إعمالاً لهذا المبدأ أن يكون الضرر الذي لحق به ضرراً خاصاً، و أن يؤدي إلى اختلال توازن العقد،[3] وهذا ما أكده بعض الفقهاء المصريين بقولهم إن تعديل العقد إذا كان بسبب تدبير عام لا يقصد به المتعاقد مع الإدارة معه،

---

[1] د. محمود حلمي، مرجع سابق، ص ١٢٠، د. منير محمود الوتري، مرجع سابق، ص ٢١٢.

[2] د. علي الفحام، مرجع سابق، ص ٣٨٥.

[3] د. أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص ٢٥٥.

بل يمس ما عداه من الأفراد، فيجب تحديده بقيدين الأول أن يكون الضرر الذي يلحق بالمتعاقد مع الإدارة ضرراً خاصاً، والثاني أن يترتب عليه اختلال بالتوازن المالي للعقد الإداري.

أما البعض الآخر من الفقهاء المصريين فقد انتقد هذه الفكرة، وقالوا إنها تبدو واسعة تماماً وبالتالي يصعب أن تنهض أساساً لحق المتعاقد في التعويض [1].

ويرى الباحث أن إعمال هذا المبدأ وتطبيقه كان صائباً، ويتفق مع قواعد العدالة والإنصاف، لأنه لا يعقل أن يفرض على شخص عبء يزيد عما يتحمله غيره من الأفراد.

[1] د. علي الفحام، مرجع سابق، ص ٣٨٥.

الفرع الرابع

فكرة الإثراء بلا سبب

استند بعض الفقهاء في فرنسا ومنهم "هوريو" في تسويغهم نظرية عمل الأمير إلى فكرة الإثراء بلا سبب الموجودة في القانون المدني، ويقصد بها حسبما عرفها القانون المدني المصري والسوري على أنها:

" كل شخص ولو غير مُميّز يُثري دون سبب مشروع على حساب شخص آخر، يلتزم في حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة، ويبقى هذا الالتزام قائما ولو زال الإثراء بعد ذلك "[1].

ويتبين ذلك عندما تقوم الإدارة بإنقاص الامتيازات المالية للمتعاقد معها، أو تسببت في زيادة أعبائه المالية، بموجب سلطتها الإدارية مع تحقيق نفع لها من وراء ذلك، فإنها تكون قد أثرت على حساب المتعاقد معها من دون أن يكون لهذا الإثراء أي سند في العقد القائم بينهما[2] .

ويرى جانب من الفقه أن الإدارة قد أنقصت بقرار صادر منها المزايا المالية التي اتفقت عليها مع المتعاقد معها، وبهذا قد أثرت من دون أن يستند هذا الإثراء إلى سبب في هذا العقد.

وقد أخذت اللجنة المختصة في قسم الفتوى والتشريع في مجلس الدولة السوري في رأي حديث لها عام ٢٠١٥ بهذه النظرية حيث قررت الآتي:

" من حيث إن الواضح من الوقائع المسرودة، بأن تنفيذ المستفتى بشأنه المتعهد زاهر الريس أعمالاً تمثلت بصيانة وترميم بعض المخابز الاحتياطية، بناءً على تكليف شفوي

---

[1] المادة (١٧٩) من القانون المدني المصري. أنظر د. أنس جعفر، مرجع سابق، ص ١٩٥.

[2] د. أحمد عبد الرزاق خليفة السعيدان، مرجع سابق ص ٣١، د. محمود حلمي، مرجع سابق، ص ١١٩.

من الإدارة المستفتى، بشأنها اقتضته الضرورة والظروف الطارئة التي أحاطت بالعمل، التي لم تتسع لإتباع الأصول والإجراءات المقررة في أنظمة العقود لاستدراك الخلل الحاصل فتكون إزاء الحالة المعروضة، عقداً فعلياً يرتب كافة الآثار القانونية الناشئة عنه، وبحسبان أن المستفتى بشأنه قد أدى الالتزام الذي تكلف به من خلال تنفيذ الأعمال موضوع القضية، فيكون قد نشأ له حق قانوني ينبغي ألا يحرم منه وألقى واجباً على الإدارة، ينبغي ألا تتنصّل عنه يتمثل في صرف قيمة ما حققته لصالحها من أعمال، وأن القول بغير ذلك يجعل الإدارة تثري على حساب المتعهد، وهذا فضلاً على إنه ينافي مقاصد التشريع وقواعد العدل والإنصاف، فهو سلوك يتعين على الإدارة أن تنأى بنفسها عنه لما يخلفه من آثار سلبية على سمعة المرفق العام وانتظام عمله.

ومن حيث إنه استهداء بما سلف بيانه فليس ثمة مانع من استيفاء المتعهد قيمة ما نفذه من أعمال ويبقى على مسؤولية الإدارة المستفتية تقدير كمية وقيمة هذه الأعمال، وانتهت اللجنة بما يلي بأنه ليس ثمة مانع قانوني من قيام الإدارة المستفتية بصرف استحقاقات المستفتى بشأنه السيد زاهر الريس، عن قيمة الأعمال المنفذة موضوع القضية ويبقى على عاتقها مسؤولية تحديد كمية الأعمال وقيمتها.[1]

ويرى الباحث أن هذه الفتوى كانت في محلها القانوني وصائبة، لأنها عالجت ظرف طارئ يتعلق بمرفق حيوي هام في البلاد، والإدارة دائما تهدف من عقودها تحقيق المصلحة العامة، على الرغم من أن التعويض الذي سيحصل عليه المتعاقد ليس تعويضاً كاملاً ولكنه يجبر نوعاً ما جزء من الضرر الحاصل عليه.

كذلك فإن التعويض على حالة إثراء الإدارة، يقتصر فقط على حالة حدوث الإثراء للإدارة، أما إذا لم تنص الإدارة على إثراء فلا مجال للتعويض هنا، و هذه الفكرة تحدد

[1] رأي اللجنة المختصة في قسم الفتوى والتشريع في مجلس الدولة رقم (٢٠) لسنة ٢٠١٥ في القضية رقم ٣٢/ ف لسنة ٢٠١٥

قيمة التعويض بقدر الإثراء، بينما في الواقع العملي التطبيقي أن تحديد التعويض، لا يدخل إثراء الإدارة في الحسبان، وإنما يؤخذ في الحسبان ما أصاب المتعاقد من ضرر وما فاته من كسب.

بناءً على ما تقدم فإن الباحث يرى اختلاف الفقهاء حول تحديد الأساس القانوني للتعويض، الذي يمنح للمتعاقد مع الإدارة في نظرية عمل الأمير فالبعض منهم أسنده إلى فكرة التوازن المالي للعقد الإداري، والبعض الآخر أسنده إلى فكرة المسؤولية التعاقدية للإدارة إلى فكرة المساواة أمام الأعباء العامة، وإلى فكرة الإثراء بلا سبب.

ويرجح الباحث أن الأساس القانوني للنظرية يرجع إلى فكرة التوازن المالي للعقد الإداري، وذلك لأنها تحقق التناسب والتلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين (المتعاقد والإدارة)، وتهدف إلى تحقيق التوازن بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد والمزايا التي ينتفع بها، وخاصة إذا كان هذا العمل صادراً من الإدارة ومن دون خطأ من جانبها، ويترتب عليه اختلال المركز المالي للمتعاقد مع الإدارة، ونتيجة لذلك يجب على الإدارة أن تعوضه عن ذلك عن طريق التوازن المالي الذي يحقق بالنهاية المصلحة العامة.

وبذلك نكون قد أنهينا حديثنا عن أساس التعويض، والنظريات التي قيلت في هذا الأساس، وبقي علينا أن نبحث في نظام التعويض، وكيفية تقديره، وهذا ما سنتناوله في المطلب الآتي.

المطلب الثاني

نظام التعويض

سبق وتحدثنا على أن الأثر الرئيس لنظرية عمل الأمير هو التعويض الكامل عن الأضرار التي لحقت به وما فاته من كسب، بما يعيد التوازن المالي للعقد وبناءً عليه سنتحدث عن التعويض الكامل، وتقدير مقدار التعويض على النحو الآتي:

الفرع الأول: التعويض الكامل.

الفرع الثاني: كيفية تقدير التعويض.

الفرع الأول

التعويض الكامل

ينتج عن عمل الأمير إعادة التوازن المالي إلى العقد عن طريق منح المتعاقد مع الإدارة تعويضاً كاملاً عن الأضرار التي لحقت به من جراء هذا العمل، أما إذا كان المتعاقد قد أسهم بخطئه في أحداث الأضرار المترتبة على عمل الأمير فإنه لا يستحق تعويضاً كاملاً ويقصد بالتعويض الكامل (تعويض المتعاقد مع الإدارة عما لحقه من خسارة وما فاته من كسب متوقع بسبب فعل الأمير).[1]

وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصرية في شأن التعويض في أحد أحكامها:" والمحكمة إنما تقدر هذا التعويض طبقاً للقواعد المقررة في القانون الإداري وهو يشمل عنصرين[2] :

الأول: ما لحق المتعاقد مع الإدارة من خسارة، ويتضمن هذا العنصر المصروفات الفعلية التي أنفقها المتعاقد، وهذه المصروفات تختلف باختلاف الأحوال وطبيعة التعديل ونتائجه، ومثل ذلك إذا ما طلبت الإدارة سرعة إنجاز الأعمال، فإن ذلك يؤدي إلى زيادة التكاليف بدفع أثمان مرتفعة أو زيادة أجور الأيدي العاملة، كما إنه من الجائز أن يترتب على تعديل العقد أثناء تنفيذه، خسائر متنوعة وفي هذه الحالة يجب تقدير هذه الخسائر مادامت علاقة السببية قائمة بينهما وبين الإجراء الذي طلبت جهة الإدارة من المتعاقد معها اتخاذه.

والثاني: ما فات المتعاقد من كسب بفرض أن من حقه أن يعوض عن ربحه الحلال والذي يتضمن عمله ورأس ماله ".

---

[1] د. عصمت عبد الله الشيخ، مبادئ ونظريات القانون الإداري، بلا دار ومكان نشر ، ٢٠٠٣، ص ٢٤٥.

[2] د. الياس ناصيف، مرجع سابق، ص ٣٠٩ – ٣٠١٠، د. مطيع علي حمود جبير، مرجع سابق، ص ٥٦٦.

ويلاحظ على ذلك أنه بالرغم من أن مسؤولية الإدارة حال تطبيق نظرية عمل الأمير، تقوم بغير خطأ من جانبها فإن القضاء الإداري في فرنسا ومصر وسورية استقر على أن المتعاقد مع الإدارة يستحق بسبب فعل الإدارة تعويضاً كاملاً، فنطاق التعويض وفقاً لهذه النظرية هو نفسه في حالة مسؤولية الإدارة التعاقدية بناءً على خطأ من جانبها، فالتعويض في الحالتين يشمل كما ذكرنا الخسائر المتحققة، والكسب الذي كان متوقعا،[1]وقد يتم تحديد التعويض الكامل الذي يحصل عليه المتعاقد مع الإدارة، عند تطبيق نظرية عمل الأمير بإحدى الطرق الآتية [2]:

١- باتفاق الإدارة والمتعاقد سلفاً عند تحرير العقد على مبلغ التعويض الذي تدفعه الإدارة عن الأضرار التي قد تلحقه من تصرفاتها، وفي هذه الحالة يَنفُذ العقد حتى شروطه، ويتم دفع التعويض المحدد، ولا يجوز للإدارة أن تُضمّن شرطاً عاماً بإعفائها من جميع الأضرار لأن ذلك يعدّ مخالفاً للنظام العام.

وقد قضت محكمة القضاء الإداري المصرية في أحد أحكامها أنه:

"من المقرر في العقود الإدارية، أن جهة الإدارة لا تمتلك أن تضع فيها نصاً عاماً يعفيها من الالتزام بتعويض الضرر الحادث مع المتعاقد معها، لأن ذلك يتعارض مع المبادئ المقررة في القانون الإداري من ثبوت حق المتعاقد مع الإدارة في التعويض طبقاً للنظريات السائدة في نظام العقود الإدارية ومنها حقه في التوازن المالي".

٢- اللجوء إلى القضاء في حالة عدم اتفاق الإدارة والمتعاقد معها على تحديد مبلغ التعويض، وفي هذه الحالة إما أن يتفقا ودياً على تحديد التعويض أو أن يقوم القاضي بتقديره.

---

[1] د. عصمت عبد الله الشيخ، مرجع سابق، ص ٢٤٥.

[2] د. ابراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص ٢٤٢-٢٤٣ ، د. أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص ٢٥٧-٢٥٨.

وقد يتم الخروج على قاعدة التعويض الكامل في نظرية عمل الأمير، وذلك إذا قامت الإدارة بفسخ العقد بسبب حالة الحرب، فهنا يكون التعويض مقتصراً على حالة الأضرار الفعلية، التي وقعت نتيجة ذلك، وحالة الضرر الغير المنسوب إلى الإدارة بصورة كاملة، إذ يستبعد التعويض الكامل إذا ما كان الملتزم نفسه قد تسبب في إحداث الضرر إلى جانب خطأ الإدارة، فهنا يكون التعويض عن الخطأ الذي ارتكبته الإدارة غير كامل، وإنما يؤخذ في الحسبان الخطأ المرتكب من قبل الملتزم.[1]

[1] علي حسن عبد الأمير، مرجع سابق، ص ١٤١، د. محمد فؤاد مهنا، مرجع سابق، ص ٧٩٨.

الفرع الثاني

كيفية تقدير التعويض

بما أن التعويض هو النتيجة الأساسية لنظرية عمل الأمير، يتم دفع التعويض إما بناءً على نص، أو وفقاً لتقدير القاضي المختص في حالة عدم توافر نص، لذلك سنبحث هاتين الحالتين على النحو الآتي:

أولاً- حالة وجود نص في العقد:

مبدأ التعويض الكلي ليس من النظام العام فكثيراً ما يتفق الطرفان، وحينئذ يجب تطبيق العقد إلا إذا كان ينص على عدم التعويض، ثم زادت الأعباء الجديدة من تقديرات الطرفين وقت التعاقد، فإنه يكون للمتعاقد مع الإدارة حق طلب تعويض عن الأضرار غير المتوقعة. [1]

غير أن التعويض الذي ينص عليه في الإجراء العام الصادر عن الإدارة، قد لا يكون عادلاً أو كاملاً وفي هذه الحالة وبغض النظر عن طبيعة هذا الإجراء سواء أكان قانوناً أم نظاماً أم تعليمات أم قراراً فردياً، فإنه من حق المتعاقد أن يراجع القضاء ليحكم له بالتعويض، ويحكم له بتعويض تكميلي للتعويض المنصوص عليه، ذلك لأن التعويض الذي يستحقه المتعاقد مع الإدارة وفقاً لنظرية عمل الأمير إنما هو حق أصيل سواء ورد بشأنه نصٌ أم لم يرد [2].

ثانياً- حالة عدم توافر نص في العقد:

أما إذا لم يكن قد نُص في العقد صراحة على التعويض، ولم يتفق الطرفان عليه عند حدوث ما يوجبه، يتولى القضاء ذلك ويدخل في تقدير هذا التعويض جملة الخسائر

---

[1] د. ابراهيم عبد العزيز شيحة، أصول القانون الإداري، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨١، ص ٣٠٣.

[2] طاهر طالب التكمجي، مرجع سابق، ص ٣٦٦.

الفعلية التي تكون قد أصابت المتعاقد، وكذلك النفقات التي صرفها دون أن يعوض عنها، كما يراعى ما فاته من كسب متوقع وفقا لنصوص العقد [١].

وهذا ما قررته محكمة القضاء الإداري المصري في أحد أحكامها: " أن القاعدة بالنسبة للتعويض على أساس التوازن المالي للعقد ... إذا لم يكن مقداره متفقاً عليه في العقد، فإن جهة الإدارة لا تملك أن تستقل بتقديره، بل يقدره قاضي العقد اعتباراً بأنه ينشأ عن تكاليف غير متوقعة، وأن كل ما هو غير متوقع يعدّ خارجاً عن نطاق العقد، فلا تطبق شروطه ... " [٢].

وذهب مجلس الدولة الفرنسي في أحد أحكامه إلى أن : " قيام الإدارة بفسخ العقد بسبب يتعلق بالمصلحة العامة، ليس من شأنه أن يحرم المتعاقد معها على استغلال مسرح بلدي، من حقه المطالبة بالتعويض عما فاته بسبب هذا الفسخ، ولا يغير من ذلك ما نص عليه في العقد، للإدارة أن تأمر بغلق المسرح لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة أو بسبب القوة القاهرة من دون أن يكون للمستغل الحق في أي تعويض ومما جاء في حيثيات حكمه هذا ما يأتي : " من حيث إن بلدية (ليموج) قد رفضت ... لمورّث المدعين في استغلال المسرح والسيرك المملوك للبلدية، وقامت بعد ذلك بإصدار أمرها إلى المستغلين بغلق المسرح، وذلك لتقسيم مكانه مجمعاً سكنياً يحتوي على مسرح جديد، ومدرسة للموسيقى، ومركز للفن الدرامي، على أن يقوم بإدارة المسرح الجديد بطريق الاستغلال المباشر" [٣].

ويلاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي لا يقضي بتعويض كامل للمتعاقد مع الإدارة، إذا كان قد أسهم بخطئه في إحداث بعض الأضرار المترتبة عن عمل الأمير، أو زيادة

---

[١] د. طعيمة الجرف، مرجع سابق، ص ٤١٤ – ٤١٥.

[٢] د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣٢٤ – ٣٢٥ .

[٣] د. طاهر طالب التكمجي، مرجع سابق، ص ٣٦٩.

تلك الأضرار، وفي هذه الحالة يُنزل المجلس من التعويض المقدار المناسب لخطأ المتعاقد، وهذا واضح في تطبيق القواعد العامة [١].

ويثار تساؤل في هذا المجال هل يمكن للإدارة أن تضمّن للعقد شرطاً يتضمن عدم مسؤوليتها قِبَلَ المتعاقد؟

يمكن القول إن مثل هذا الشرط لا يتصور من الناحية العملية، أن يقبل متعاقد فيعرّض نفسه لمخاطر لا حد لها، ولكن إذا حدث ذلك فيجب أن نميز بين حالتين:

الأولى: حالة الإعفاء المطلق من المسؤولية، ويُجمع فقهاء القانون الإداري بعدم مشروعية هذا الشرط، كما يرفضه القضاء الإداري لكونه مخالفاً وباطلاً ولا يمكن الاعتداد به [٢].

وهذا ما أعلنته محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في ١٩٥٧/٦/٣٠ " من المقرر في العقود الإدارية أن جهة الإدارة لا تملك أن تضع فيها نصاً عاماً بعدم مسؤوليتها، يعفيها من الالتزام بتعويض الضرر الحادث للمتعاقد معها، لأن ذلك يتعارض مع المبادئ المقررة في القانون الإداري، من ثبوت حق المتعاقد مع الإدارة في التعويض، طبقاً للنظريات السائدة في نظام العقود الإدارية ومنها حقه في التوازن المالي للعقد... " [٣].

---

[١] د. مطيع علي حمود جبير، مرجع سابق، ص ٥٦٧ –٥٦٨.

[٢] د. محمود حلمي، مرجع سابق، ص ١١٨ – ١١٩، د. منير محمود الوتري، مرجع سابق، ص ٢١٠ – ٢١١.

[٣] د. علي السويلم، فكرة التوازن المالي للعقد الإداري في المملكة العربية السعودية، رسالة دكتوراه مقدمة الى جامعة عين شمس ، كلية الحقوق ، ٢٠٠٧، ، ص ٦٤.

الثانية: شرط الإعفاء الذي ينصبّ على إجراء معين، وهذا الشرط مشروع فهو يعني أن الطرفين يتوقعان هذا الإجراء، ما ينفي عن عمل الأمير شرطاً من شروط تطبيقه ألا وهو شرط عدم توقعه [١].

وبموجب هذا الشرط فإن مجلس الدولة الفرنسي يتشدد في تفسيره، وهذا ما قرره المجلس المذكور العديد من أحكامه [٢] .

ويرى جانب من الفقه السوري أن تعويض المتعاقد الكامل عن الأضرار التي تحملها بسبب عمل الأمير، يجري تقديره استناداً إلى سلطة قاضي العقد، حيث لا تملك جهة الإدارة أن تستقل بتقديره على فرض أنه ينشأ عن تكاليف غير متوقعة، وأن كل ما هو غير متوقع يعدّ خارجاً عن نطاق العقد، فلا تطبق عليه شروطه وأن التعويض الكامل يقوم على عنصرين: الأول، ما لحق المتعاقد من خسارة، والثاني ما فاته من كسب، وكذلك يأخذ قاضي العقد في الحسبان تاريخ وقوع الضرر الذي أصاب المتعاقد عند تقدير التعويض، وليس التاريخ الذي يجري فيه تقدير هذا التعويض، ويمكن للقاضي أن يأخذ في الحسبان أساليب تقدير الثمن المنصوص عليها في دفاتر الشروط الملحقة بالعقد، كما يجوز له أن يستعين بأهل الخبرة لتقدير التعويض، وذلك مالم ينص المشرع أو العقد على كيفية أو مقدار التعويض، وأحياناً أخرى يكون حساب التعويض في غاية اليسر، كما في حالة الأعباء التي تترتب على فرض رسوم جديدة، أو زيادة الرسوم القديمة، أو ضرائب،[٣]وهو ما أكدت عليه أيضاً المحكمة الإدارية العليا السورية في العديد من أحكامها.

---

[١] د. منير محمود الوتري، مرجع سابق، ص ٢١١ – د. محمود حلمي، مرجع سابق ص ٢٦٧.

[٢] د. سليمان الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق ص ٦٠٠.

[٣] د. سعيد نحيلي مرجع سابق ص١٩٩– ٢٠١.

وفي رأي حديث للجنة المختصة في قسمي الفتوى والتشريع لدى مجلس الدولة السوري حيث أوصت بما يلي:

" يسوغ للإدارة المستفتية احتساب الزيادات الطارئة على أسعار المواد المطلوبة لتنفيذ العقد المستفتى بشأنه، ومنح هذه الزيادة كاملة للجهة المتعهدة دون حسم أي نسبة في حال كانت هذه المواد من المواد المحصور بيعها أو توزيعها بالقطاع العام، دون حاجة للجوء إلى القضاء أو التحكيم، أما في حال كون هذه المواد غير محصورة بالقطاع العام، أو توزعت هذه المواد بين تلك المحصورة بالقطاع العام وغير المحصورة به، فإن البت في موضوع المطالبة بالزيادات الطارئة على أسعار هذه المواد يكون بطريق التحكيم وفقاً لأحكام المرسوم التنظيمي رقم /١٩٥/ لعام ١٩٧٤، مع مراعاة ما استقر عليه الاجتهاد القضائي الإداري المنوه عنه بمتن هذا الرأي.

و إن ورود مادة في نصوص العقد تفيد بعدم أحقية المتعهد المطالبة بأي تعويض ينشأ عن ارتفاع الأسعار خلال فترة تنفيذ العقد وتمديداته لا يمكن الركون إليها لأن أحكام المرسوم التنظيمي رقم /١٩٥/ لعام ١٩٧٤ أقرت للمتعهد المطالبة بهذا الحق ولا يجوز تضمين العقود شروط تخالف أحكام هذا المرسوم وفقاً لنص المادة (٥٦/ب) منه.

وكذلك فإن ترتيب الفائدة القانونية على السلفة التي تقاضتها الجهة المتعهدة عن المدة التي لبثت فيها لديها، يعتبر مراعاة لأثر السلفة على تعويض ارتفاع الأسعار".[١]

[١] رأي اللجنة المختصة في قسم الفتوى والتشريع في مجلس الدولة السوري رقم (٢٧٨) لسنة ٢٠٠٨ في القضية رقم (٥٥/ ف) لسنة ٢٠٠٨ غير منشور.

وهو ما أكدته محكم القضاء الإداري السورية في حكم حديث لها لهام ٢٠١٩ قائلة: "إن ارتفاع الأسعار من قبيل فعل الأمير وقد أرهق المدعي مما يتوجب إعادة التوازن الاقتصادي للعقد، وبالتالي أحقية الجهة المدعية بأن تتقاضى من جهة الإدارة المدعى عليها مبلغاً وقدره .....، وذلك تعويضاً لها عن الزيادات الطارئة على أسعار المواد الأولية المستعملة في تنفيذ التعهد موضوع الدعوى، المحصور بيعها وتوزيعها بجهات القطاع العام، باعتباره التعويض الأوفى لها مع الفائدة القانونية على المبلغ المذكور بنسبة /٥٪/ (خمسة بالمائة سنوياً) اعتباراً من تاريخ اكتساب الحكم الدرجة القطعية وحتى الوفاء التام، وأحقيتها ايضاً بتصفية العقد محل التعهد، وفق ما انتهى إليه محضر الاستلام النهائي لأعمال العقد المذكور ورفض ما يجاوز ذلك من طلبات".[١]

وكذلك ما قررته المحكمة الإدارية العليا السورية في حكم أيضا حديث لها عام ٢٠١٨ حيث قررت إلزام الإدارة المدعى عليها الطاعنة (مديرية صحة ريف دمشق) بأن تدفع إلى المدعي مبلغاً وقدره ..... تعويضاً له عن فروق ارتفاع أسعار المواد المتعاقد عليها، بموجب العقد رقم /٦/ لعام ٢٠١٥ موضوع الدعوى ورفض ما يجاوز ذلك من طلبات[٢].

وهكذا نكون قد انتهينا من دراسة هذا الفصل المتعلق بنظرية فعل الأمير، وشروط تطبيقها، والآثار المترتبة عنها، والمتمثلة في التعويض، وإعادة التوازن المالي للعقد، ومن الأهمية بمكان أن ندرس النظرية الثانية من النظريات المتعلقة بإعادة التوازن المالي للعقد، وهي نظرية الظروف الطارئة، وهذا سيكون مجال دراستنا في الفصل الثاني.

---

[١] قرار محكمة القضاء الإداري رقم (٤/٤٤٥) لعام ٢٠١٩م في القضية رقم (٤/٩٢٣) لعام ٢٠١٩ م غير منشور.

[٢] قرار المحكمة الإدارية العليا رقم (٢/٤٦٤) لعام ٢٠١٨ في الطعن رقم (٣٨٦١) لسنة ٢٠١٨م غير منشور.

الفصل الثاني

نظرية الظروف الطارئة

تعدّ نظرية الظروف الطارئة استثناءً من القاعدة التقليدية في القانون المدني، التي تعد العقد شريعة المتعاقدين، وأنه لا يعفي المتعاقد من تنفيذ التزاماته، إلا في حالة القوة القاهرة، أو الحادث الفجائي الذي لا يمكن للمتعاقد دفعه، ويؤدي إلى جعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً.

وإذا كانت نظرية عمل الأمير تحقق التوازن المالي في العقد الإداري في مواجهة إجراءات صدرت من الإدارة المتعاقدة، ونتيجة لظروف أثرت في تنفيذ العقد الإداري، بأن أصبح تنفيذ العقد مرهقاً للمتعاقد فإن نظرية الظروف الطارئة أو كما تسمى (نظرية عدم التوقع) تحقق هذا التوازن في مواجهة ظروف ليست من صنع الإدارة، بحيث تواجه ظروفاً وحوادث غير متوقعة عند إبرام العقد، وتؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد، وإلى خسارة غير محتملة، وفي مثل هذه الحالة فإن من حق المتعاقد مع الإدارة أن يطالبها بتعويضه جزئياً عن تلك الخسارة.

ولما كان من المسلم به في مجال القانون الإداري ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطراد، ولأجل ذلك ابتدع مجلس الدولة الفرنسي نظرية الظروف الطارئة، بهدف استمرار سير المرافق العامة وعدم توقفها عن طريق الإدارة، بمساعدة المتعاقد والتعويض عن الأضرار التي أصابته، بما يسمح له بالاستمرار في تنفيذ العقد وعدم توقف المرفق محل العقد.

ويقتضي ضرورة حل أزمة تنفيذ العقد عن طريق تعاون المتعاقدين، إذ قد تحصل في أثناء تنفيذ العقد ظروف استثنائية غير متوقعة تطرأ على المتعاقد، لذلك تجعل الالتزام مرهقاً له، وتؤدي إلى قلب اقتصاديات رأساً على عقب، فيكون في هذه الحالة تعاون المتعاقدين وهو أن يُعوَّض المتعاقد الآخر أي المتعاقد المتضرر جراء الضرر الذي أصابه من ذلك، بما يسمح له بالاستمرار في تنفيذ العقد.

لذلك سوف نبحث في ماهية نظرية الظروف الطارئة، في المبحث الأول، وشروط تطبيق هذه النظرية في المبحث الثاني، والآثار المترتبة عليها في المبحث الثالث وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: ماهية نظرية الظروف الطارئة.

المبحث الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

المبحث الثالث: الآثار المترتبة على تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

المبحث الأول

ماهية نظرية الظروف الطارئة

يتضمن هذا المبحث مطلبين سنقوم بدراستهما وفق الآتي:

المطلب الأول: مفهوم النظرية.

المطلب الثاني: نشأة النظرية.

المطلب الأول

مفهوم نظرية الظروف الطارئة

عرّف الفقهاء الفرنسين ومنهم الفقيه "بيكنو" نظرية الظروف الطارئة بقوله: " إذا طرأت ظروف عامة لم تكن متوقعة عند إبرام العقد، وكان من شأنها قلب اقتصادياته، بطريقة تجعل تنفيذه أمراً مرهقاً وإن لم يكن مستحيلاً ولم يكن في إمكان الطرفين المتعاقدين توقع ذلك الإرهاق، فإن للمتعاقد أن يطلب من الإدارة أن تساعده في تنفيذ العقد، عن طريق مقاسمته أعباء الظرف الطارئ، في صورة تعويض يحسب على أساس العجز الذي يتحمله المتعاقد وبمراعاة ظروف العقد كافة "[١].

وفي مصر عرفها جانب من الفقه بأنها: " الظروف الاستثنائية الخارجة عن إرادة الإدارة والمتعاقد معاً، والتي تقع أثناء قيام المتعاقد بتنفيذ العقد، وتؤدي إلى جعل تنفيذه مرهقاً بالنسبة له من الناحية المالية وعجزه عن تنفيذه، أي بمعنى آخر تؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد بشكل جسيم، مما يحتم على الإدارة تقدير تعويض مالي له يُعيد للعقد توازنه ويُعيد للمتعاقد قدرته على الاستمرار في تنفيذ العقد " [٢].

وهناك جانب آخر من الفقه يرى أن النظرية مفاد: "عندما تختل اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً، نتيجة ظروف استثنائية لم يكن في الوسع توقعها عند إبرام العقد، ويؤدي هذا الاختلال إلى جعل تنفيذ العقد أكثر إرهاقاً للمتعاقد بما يترتب عليه من خسائر تجاوز في حدتها الخسارة العادية المألوفة في التعامل، فإن للمتعاقد الحق في طلب مساعدة جهة الإدارة للتغلب على هذه الظروف، ومشاركته في تحمل جزء من الخسارة التي حاقت به " [٣].

---

[١] طاهر التكمجي، مرجع سابق، هامش ص ٣٨٢.

[٢] د. أحمد حافظ نجم، مرجع سابق، ص ١١٠.

[٣] د. محمد المتاري، الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود، دار النهضة العربية القاهرة،=

ويرى جانب من الفقه السوري أن القضاء الإداري السوري طبق المبادئ والقواعد كافة التي توصل إليها كل من مجلس الدولة في فرنسا ومصر في مضمار نظرية الظروف الطارئة، ولكن مع بعض التعديلات حيث يشترط أن تكون المطالبة بالتعويض عقب وقوع الظرف الطارئ وفي أثناء تنفيذ العقد لا بعده، بينما مجلس الدولة المصري قبل المطالبة بالتعويض الناشئ عن نظرية الظروف الطارئة في أثناء سريان العقد أو بعد انتهاء مدته ما دام المتعاقد مع الإدارة لم يتوقف عن تنفيذ التزامه، وأيضاً طبقت هذه النظرية في مجال القانون الخاص وفقاً لأحكام المادة (١٤٨) من القانون المدني السوري،[١] **ويؤيد الباحث ما ذهب اليه هذا الجانب من الفقه السوري**

وقد عرّفها جانب من الفقه السوري بأنها: "الأحداث غير المتوقعة وغير الناجمة عن فعل المتعاقدين، وغير ممكنة الدفع، والتي تحدث أثناء تنفيذ العقد، ويكون من شأنها أن تقلب اقتصادياته، مما يؤدي إلى إرهاق المتعاقد"[٢].

وقد حدد أيضاً بعض الفقهاء في سورية مضمون هذه النظرية، مستندين في ذلك إلى الفقه والقضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر ، في أنه إذا طرأت في أثناء تنفيذ العقد الإداري ظروف اقتصادية أو طبيعية أو إدارية غير متوقعة عند إبرام العقد، وألحقت بالمتعاقد خسائر فادحة، ترتب عليها قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب، فإن من حق هذا الأخير أن يطلب من الإدارة أن تعوضه جزئياً عن تلك الخسائر، وذلك على سبيل الإسهام والتعاون في تأمين احتياجات المرفق العام[٣] .

= ص١٣: ملخص قانون إداري، ملتقى جامعات البحرين. ورد على شبكة الانترنيت على الموقع التالي www.gccbh.com

[١] د. محمد الحسين ود. مهند نوح، مرجع سابق ص ٣٦٥.

[٢] د. محمد الحسين ود. مهند نوح، المرجع نفسه، ص ٣٦٥.

[٣] د. سعيد نحيلي، مرجع سابق، ص ٢٠١ .

هذا وقد نص المشرع السوري في قانون العقود الموحد رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤ في المادة (٥٣) منه الفقرة(د) على الآتي:

" إذا طرأت ظروف أو حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ التعهد وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً، بحيث يهدد بخسارة فادحة، كان للمتعهد الحق بطلب تعويض عادل".

كما نصت الفقرة (و) من هذه المادة على الآتي :

" على المتعهد أن يقدم جميع طلباته لتمديد مدة التعهد الناجمة عن حوادث مفاجئة أو أحوال طارئة أو قوة قاهرة أثناء تنفيذ التعهد، خلال مدة خمسة عشر يوماً من تاريخ وقوع السبب المؤدي إلى التأخير، شارحاً الأسباب التي تضطره إلى التأخير، ويعتبر عدم تقديم المتعهد لهذا الطلب خلال المدة المذكورة إقراراً منه بعدم وجود أسباب مبررة لأي تأخير، وبالتالي إسقاطاً لحقه في الاعتراض على الغرامات التي تترتب عليه من جراء هذا التأخير" .

و كذلك نصت الفقرة (ب) من المادة (٦٩) من القانون المذكور على الآتي:

" إن جميع طلبات المتعهد الناجمة عن حوادث مفاجئة أو أحوال طارئة أو قوة قاهرة أثناء تنفيذ التعهد عن أعمال تعتبر أنها ليست مشمولة به، يجب أن يتقدم بها إلى الجهة العامة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ نشوء هذه الحالات التي تبرر تلك المطالبات تحت طائلة عدم القبول".

وكذلك نصت التعليمات التنفيذية لنظام العقود الموحد الصادرة عن وزير المالية في القسم الحادي عشر من هذه التعليمات على مايلي:

" تضمنت المادة (٦١) أحكاماً تتعلق بالاستلام المؤقت والنهائي، على أن ينص دفتر الشروط العامة علي كيفية تأليف لجأن الاستلام وممارستها لعملها، والضمانات

اللازمة لمطابقة الاحتياجات المقدمة لشروط التعهد، حيث إن الأصل أن يتم استلام المواد والتجهيزات المقدمة بنفس المواصفات المحددة في دفاتر الشروط الخاصة والعرض الفني، وفي حال تقديم مواد مغايرة لما تم التعاقد عليه، فيجوز قبول المواد البديلة التي لا تقل جودتها عن المواصفات المتعاقد عليها، بسبب من القوة القاهرة أو الظروف الطارئة أو التي تكون أكثر تطوراً، ويعود للإدارة عن طريق لجان فنية متخصصة تقدير ذلك، مع مراعاة الجهة الصانعة وبلد الصنع من حيث معدل الأسعار في ذلك البلد، في ضوء العلامة الفنية الموضوعة للجهة الصانعة، شريطة ألا يترتب أية زيادة في الأسعار أو الأعباء المالية نتيجة التبديل ".

ولم يتضمن المرسوم رقم (٤٥٠) لعام ٢٠٠٤ المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود الموحد، أي إشارة إلى نظرية الظروف الطارئة.

و قد عرّفت محكمة القضاء الإداري المصرية النظرية في أحد أحكامها الحديثة على النحو الآتي: " إذا حدث أثناء تنفيذ العقد الإداري، إن طرأت ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد، فقلبت اقتصادياته، وإذا كان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً، بل أثقل عبئاً، أو أكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول، وإذا كانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة المألوفة العادية التي يحتملها أي متعاقد، إلى خسارة فادحة استثنائية وغير عادية فإن من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسارة التي تحملها بتعويضه عنها تعويضا جزئياً، وبذلك يضيف إلى التزامات المتعاقد معه التزاماً جديداً لم يكن محل اتفاق بينهما عند إبرام العقد...[١].

كما عرّفت المحكمة الإدارية العليا في مصر النظرية في أحد أحكامها بالآتي:

[١] د. جابر جاد نصار العقود الإدارية، مرجع سابق، ص٣٢٨-٣٢٩.

" إذا طرأت ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد وقلبت اقتصادياته، وكان من شأن هذه الظروف أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً، بل أشد وأثقل عبئاً مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول، وكانت الخسارة الناشئة تجاوز الخسارة العادية المألوفة، ففي مثل هذه الحالة من حق المتعاقد المتضرر أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسارة التي تحملها وتعويضه عنها تعويضاً جزئياً "[١].

والجدير بالذكر أن الظرف الطارئ في الاصطلاح القانوني هو: " الحادث العام النادر الوقوع كزلزال أو حرب أو وباء أو ارتفاع باهظ في الأسعار أو نزول فاحش فيها، يطرأ على العقد فيما بين إبرامه وتنفيذه، وألا يكون بالإمكان توقعه أو التحرز منه ". [٢]

هذا وتنهض نظرية الظروف الطارئة إلى جانب النظرية التقليدية للقوة القاهرة، فالظروف الطارئة هي حادث عام غير متوقع الحصول عند إبرام العقد، ولا يتحلل فيها المتعاقد من التزاماته، لأن هذه الظروف تجعل تنفيذ الالتزام بالنسبة للمتعاقد مرهقاً وليس مستحيلاً، لأنه إذا صار مستحيلاً فنكون أما القوة القاهرة[٣].

وإذا كان كل من الظروف الطارئة والقوة القاهرة أمراً غير متوقع الحصول ولا يمكن دفعه، إلا أنهما يختلفان من حيث إن القانون يعدّ الحادث الطارئ عاماً، خلافاً للقوة القاهرة التي يمكن أن تكون حادثاً فردياً، ومن حيث أثر القوة القاهرة تؤدي إلى انقضاء الالتزام، في حين أن الحادث الطارئ هو تعديل العقد برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، فهما إذا يختلفان من حيث الطبيعة والأثر[٤].

وقد ذهبت محكمة القضاء الإداري المصرية في أحد أحكامها والذي يتعلق بالظرف الطارئ والقوة القاهرة إلى القول " وقد أقام القضاء الإداري هذه النظرية إلى جانب

---

[١] د. سليمان الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، ص٦٠٩-٦١٠.

٢ فاضل شاكر أحمد مصطفى، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة و القانون، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة بغداد، معهد الدراسات الإسلامية العليا، بلا عام نشر، ص٧ .

٣ د. ماهر صالح علاوي الجبوري، مرجع سابق، ص٤٥٢.

[٤] د. أحمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، مطبعة مصر، القاهرة ، ١٩٦٣، ص٣١٦.

النظرية التقليدية للقوة القاهرة، دون أن تكون صورة منها، وإذا كان الظرف الطارئ غير المتوقع تنتظمه – كالقوة القاهرة –فكرة المفاجأة والحتم، إلا أنه يختلف عنها في أثره في تنفيذ الالتزام، فهو لا يجعل هذا التنفيذ مستحيلاً، بل يجعله مرهقاً دون أن يبلغ به حد الاستحالة، ويستتبع ذلك قيام فارق آخر يتصل بالجزاء، فالقوة القاهرة تقضي إلى انقضاء الالتزام، وعلى هذا النحو يتحمل الدائن تبعتها كاملةً، أما الظرف الطارئ غير المتوقع فيترتب عليها مشاركة الدائن للمدين في تبعته[1].

[1] د. ابراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص ٢٥٢.

المطلب الثاني

نشأة النظرية

يتصل تاريخ نظرية الظروف الطارئة بتاريخ الالتزام، إذ تطور مفهومها من خلال تأثير مبدأ العدالة فيها على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ولما كان هذا المبدأ من الأسس الرئيسة في الشريعة، فإن ظهوره غير مستغرب في القوانين المشبعة بالشريعة، فقد ظهر في العصور القديمة، ومنها القانون الكنسي، إذ عَرِفَ هذا الأخير بعض التطبيقات الفرعية لهذه النظرية استمدها من المبادئ المسيحية التي تدعو إلى التراحم والتآخي، ليسلم المجتمع من الضغائن والأحقاد وتنشر المحبة والسلام بين الناس، ذلك أن الكنيسة وضعت قواعد لحماية الطرف الضعيف في العقد[1].

أما القانون الروماني فكان يخلو من مبدأ عام يصلح أساساً لنظرية الظروف الطارئة، وذلك لشدة تمسكه بالأمور الشكلية، وعدم جواز تعديل العقد، كما أن هذه النظرية تمثل ثغرة ينفذ منها القاضي إلى العقد فينال من قوته الملزمة، حيث يستطيع تعديل العقد بطلب من أحد المتعاقدين من دون رضاء الآخر، وهذه النظرية وجدت صداها في أقوال بعض الفلاسفة الرومان (عندما يتغير الزمن يتغير الواجب وغيره)[2].

كما ظهرت نظرية الظروف الطارئة في الشريعة الإسلامية، وهناك قواعد فقهية عديدة مستنبطة من الكتاب والسنة تتعلق بالعقود كقاعدة "لا ضرر ولا ضرار"، و "الضرورات تبيح المحظورات"، و "الضرورة تقدر بقدرها".

ومن المعلوم أنه في القواعد المدنية المألوفة في القانون المدني الفرنسي، أن العقد شريعة المتعاقدين، ومع ذلك لا يعفى أحد المتعاقدين من الالتزامات التي التزم بها أمام

---

[1] د. عبد السلام الترمانيني، نظرية الظروف الطارئة، دار الفكر، ١٩٧١، ص ١١١.

٢د. غازي عبد الرحمن ناجي، التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٨٦، ص٢٣.

الطرف الآخر، إلا في حالة وقوع حادث غير متوقع ولا يمكن دفعه، وبالتالي يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً استحالة مطلقة.

غير أن القاضي الإداري الفرنسي وخاصة في مجال العقود الإدارية، وجد نفسه وبالإضافة إلى حالة القوة القاهرة، في حالات ليس فيها استحالة مطلقة في تنفيذ العقد الإداري، ولكن فيها إرهاق مادي شديد، إذا استمر انقلب فيه وضع المتعاقد مع الإدارة إلى حالة فيها شبه استحالة في متابعة تنفيذ الالتزام، وكان عليه أن يجد حلاً وسطاً بين القواعد المدنية المألوفة التي التزم بها، وبين نظرية القوة القاهرة التي يستحيل فيها تنفيذ الالتزامات المتبادلة، خاصة وأنه في مثل هذه الحالات يجب تنفيذ الالتزام من قبل المتعاقد مع الإدارة ضماناً لتأمين المصلحة العامة، وبالتالي يتعين إزالة أسباب الإرهاق المادي، وتمكين الملتزم مع الإدارة من التغلب على الصعوبات المادية المتولدة عن الظروف الطارئة والتغلب عليها.

بناءً عليه فقد نشأت هذه النظرية على أساس أن الظروف الطارئة ليست من صنع الإدارة، إلا أن تطور السياسة الاقتصادية من الاقتصاد الفردي إلى الاقتصاد الموجه الذي طبقته معظم دول العالم، أدخل تعديلات جذرية على النظرية، من حيث أن الظروف الطارئة قد يكون منشؤها السلطة العامة بنتيجة تلك السياسية الاقتصادية، كما يكون منشؤها غريباً عن الإدارة [١].

وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في العديد من أحكامه [٢].

وقد نشأت نظرية الظروف الطارئة في العصور الحديثة، ويرجع الفضل في نشأتها إلى مجلس الدولة الفرنسي من خلال حكمه في (قضية غاز بوردو) في٣٠/ ٣/ ١٩١٦ ويعد هذا الحكم هو الأساس في تحديد معالم النظرية، إذ اشتمل على معظم الأحكام

[١] د. زين العابدين بركات، مرجع سابق، ص ٦٨٥.

[٢] مشار لهذه الاحكام لدى د. زين العابدين بركات، المرجع نفسه، ص ٦٨٥ حكم مجلس الدولة الفرنسي ١٩١٦(غاز بوردو)، وأيضاً حكمه في ١٩٤٧/١٢/١٠، وحكمه في ١٩٤٩/١١/٣٠ وأخيراً حكمه في ١٩٥١/٢/٢.

الرئيسة والتفصيلية لهذه النظرية، من حيث شروط تطبيقها ونتائجها القانونية، بحيث يمكن عدّ هذا الحكم هو دستور نظرية الظروف الطارئة[1].

وكانت الحرب العالمية الأولى هي المناسبة التي أتاحت لمجلس الدولة الفرنسي الأخذ بها في (قضية غاز بوردو)، وتتلخص وقائع القضية أنه: " عام ١٩٠٤حصلت الشركة العامة لإنارة مدينة بوردو على امتياز توريد الغاز والكهرباء إلى مدينة "بوردو" لمدة ثلاثين سنة، وكانت قائمة الشروط تحدد سعر الغاز والكهرباء الواجب على الشركة البيع بها للجمهور، وروعي في تحديد هذا السعر ثمن الفحم في ذلك الوقت، حيث إنه المادة الأساسية لصنع الغاز واستخراجه، وقد حدد سعر توزيع الغاز في عقد الامتياز بمبلغ .... للمتر المكعب، على أساس أن سعر طن الفحم (٢٣) فرنكا وكان هذا هو متوسط سعر الفحم وقت التعاقد وقد توقع الطرفان المتعاقدان (بلدية مدينة بوردو والشركة الملتزمة) تغير سعر الغاز والكهرباء تبعاً لتغير أسعار الفحم، وكان أقصى تقدير توقعه أطراف العقد هو ارتفاع ثمن طن الفحم من (٢٣) فرنكاً إلى (٢٨) فرنكاً، حيث كان أقصى سعر وصله الفحم قبل ذلك هو (٢٨.٤) فرنكاً، وكان ذلك في أثناء الحرب بين فرنسا وبروسيا سنة ١٨٧٤، ولما قامت الحرب العالمية الأولى ١٩١٤ – ١٩١٨ ارتفعت الأسعار ارتفاعاً فاحشاً ووصل سعر الطن من الفحم إلى(١٧١)فرنكاً، وبعدها وجدت الشركة الملتزمة إنه قد أضحى من الصعب عليها إزاء هذه الظروف أن تورد الغاز والكهرباء بالسعر المحدد في وثيقة الالتزام، وأصبحت مهددة بخسارة جسيمة قد تعوقها عن المضي في تقديم خدماتها إلى جمهور المنتفعين، إذ إن الأسعار التي تتقاضاها من الجمهور أقل بكثير من أن تغطي نفقات الإدارة، توجهت الشركة الملتزمة إلى بلدية (بوردو) باعتبارها السلطة مانحة الالتزام لإعادة النظر في وثيقة الالتزام والسماح لها برفع الأسعار بما يتمشى مع الارتفاع غير المتوقع في ثمن الفحم، إلا أن البلدية رفضت وتمسكت بالقوة الملزمة للعقد وتنفيذه طبقاً لقاعدة العقد شريعة

[1] د. مطيع عطي حمود جبير، مرجع سابق، ص ٥٧٠.

المتعاقدين، لأن تنفيذ الشركة لالتزاماتها لم يصبح مستحيلاً، فالفحم وإن كان قد ارتفع سعره إلا أنه موجود ويمكن الحصول عليه، رفع الأمر بعد ذلك إلى مجلس المحافظة فإذا به أيضاً يتمسك بالقوة الملزمة للعقد، وقضى بإلزام الشركة بالاستمرار في تنفيذ شروط العقد كما هو متفق عليها، وعد تعديلها إلى القوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، وعندما عرض الأمر على مجلس الدولة الفرنسي أقر المجلس مبدأً جديداً مقتضاه، إنه إذا طرأت ظروف جديدة لم يكن بالإمكان توقعها وكان من شأنها أن تؤدي إلى اختلال اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً، فإن هناك ما يسوغ أن تسهم جهة الإدارة ولو مؤقتاً في تحمل جزء من الخسارة التي تلحق بالمتعاقد من جراء تلك الظروف، وقد راعى مجلس الدولة الفرنسي وهو يقرر النظرية أنه لو طبقت القواعد على إطلاقها لترتب على ذلك توقف الملتزم في نهاية الأمر بعجزه عن إدارة المرفق العام بسبب زيادة التكاليف عن الدخل زيادة باهظة، ولو تم ذلك لكان المنتفعون هم أول من يضار لتوقف المرفق عن أداء الخدمات التي عولوا عليها في ترتيب أمور حياتهم، ومن ثم فإن نظرية الظروف الطارئة ذات علاقة مباشرة بسير المرافق العامة[1].

ثم أعقبت هذا الحكم من قبل مجلس الدولة الفرنسي أحكام أخرى في القضاء الإداري والتي تدل على هذا المعنى، ومثالها ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ ٥/ ١١/ ١٩٨٣، فما يتعلق بالشركة النفطية التي ظهرت في السبعينات إذ كان لأزمة النفط العواقب ذاتها على بعض عقود التجهيز، وهناك أيضاً أسباب طبيعية كالكوارث وأسباب قانونية نتيجة قرار متخذ من قبل شخص عام آخر غير الموقع على العقد[2].

---

١ د. عبد الله طلبة، مرجع سابق، ص٣٤٩.

[2]Patrick Janin : Cours de Droit administrative، Presses Universitaires de Lyon، Lyon، 1994، p.204.

وعلى الرغم من أن الفقه والقضاء المدني في فرنسا قد آثارا هذه النظرية فإنهما لم يأخذا بها[1]، لذلك فإن نظرية الظروف الطارئة لم تطبق في فرنسا في مجال العقود التي تخضع إلى قانون الخاص، وإنما طبقت في مجال العقود الإدارية بعد عام ٢٠١٦ التي تخضع لأحكام القانون العام لأنها إدارية المنشأ وظهرت في القانون العام[2].

وبعد أن استقرت نظرية الظروف الطارئة في القضاء والفقه الإداري أخذت بها التشريعات المدنية . ومنها تشريعات مدنية عربية، ليس فقط في مجال القانون العام في العقود الإدارية بل أيضاً في مجال القانون المدني في العقود المدنية، فأخذ بها القانون المدني المصري في المادة ١٤٧، والقانون المدني السوري في المادة (١٤٨) منه وقد نص المشرع السوري في القانون المدني السوري في المادة (١٤٨) منه على الآتي:

"١. العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون.

٢. ومع ذلك، إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الواسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي، تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

ويتبين من هذه المادة أنها تسري على العقود الإدارية والمدنية، لأن القضاء المدني هو صاحب الولاية العامة للنظر في كل العقود سواء أكانت إدارية أم مدنية كما بينا ذلك سابقاً.

---

[1] د. غازي عبد الرحمن ناجي، مرجع سابق، ص ٣٠ – ٣٣.

[2] د. محمد السناري، مرجع سابق، ص١٧.

وبذلك يمكن القول إن نظرية الظروف الطارئة قد أُقرّت في مجال العقود الإدارية للأخذ بيد المتعاقد مع الإدارة الذي أصيب بخسارة فادحة بغية ديمومة سير المرافق العامة موضوع العقد بانتظام واطراد، وهذا يعني أن النظرية وجدت لمعالجة وضع غير تعاقدي، فالمسألة تتعلق بوضع استثنائي يتطلب خروج الوضع عن قواعد العقد، وهي فكرة تُدعى باصطلاح انقلاب اقتصاديات العقد، وهذا يجب أن يؤدي عند زوال الوضع خارج العقد والعودة إلى منطقة العقد، لأنه ما دام هذا الوضع غير طبيعي يجب أن يتوارى ويسمح باستئناف تطبيق العقد وإن لم يكن ذلك فإن العقد نفسه هو الذي ينبغي فسخه، وهكذا فإن نظرية الظروف الطارئة تحل أزمة تنفيذ العقد بصيغة تعاون المتعاقدين للتغلب على الصعوبات الطارئة واجتياز هذه الأزمة بالتغلب عليها، وهذا يستند كما سوف نوضحه فيما بعد إلى اتفاق يفرضه القاضي على الطرفين في حالة فشل هذه المحاولة يكون الأمر بتعاون مالي يتم فيه تقاسم الخسارة بين الطرفين المتعاقدين .

بناءً على ما تقدم فقد أخذ القضاء الإداري السوري بهذه النظرية في أحكام عديدة قديمة وحديثة، منها الحكم رقم (٥٥) لعام ١٩٦٣ وقد تضمن ما يشير إلى أن: " النص في دفتر الشروط على تحمل الملتزم وحده تبعة الحادث المفاجئ أو الظرف القاهر، لا يحول دون تطبيق أحكام المادة (١٤٨) من القانون المدني السوري التي تشترط لاستحقاق التعويض أن تكون الخسارة الفادحة من شأنها قلب اقتصاديات العقد"، وهذا ما نجده حالياً في أحكام مجلس الدولة السوري الحديثة، بعد أن تركت الأزمة الحالية أحوالاً كثيرة استثنائية ومفاجئة، تجلت بالحروب وارتفاع الأسعار الفاحش، واضطراب الأوضاع الأمنية.

وهكذا نكون قد انتهينا من المبحث الأول والذي تحدثنا فيه عن ماهية نظرية الظروف الطارئة من خلال عرضنا لمفهومها ونشأتها، ولا بد لنا أن نستعرض الشروط الواجب توافرها لكي يتم تطبيق هذه النظرية وهو ما سيكون موضوع دراستنا في المبحث الآتي.

المبحث الثاني

شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

ذكرنا فيما سبق أن معنى نظرية الظروف الطارئة هي قيام ظروف استثنائية خارجية عامة لم يكن في وسع أي من المتعاقدين توقعها خلال تنفيذ العقد، ويترتب على قيام هذه الظروف أن تنفيذ الالتزامات العقدية وإن لم يصبح مستحيلاً وإنما أصبح أشد إرهاقاً، وأكثر في التكاليف بحيث يهدده بخسارة كبيرة جاز للمتعاقد أن يطالب الإدارة بتعويضه جزئياً عن تلك الخسارة.

كما أن الظرف أو الحادث الطارئ يكون ذا طابع اقتصادي أو قد تترتب عليه آثار اقتصادية وهذا هو الغالب، الأمر الذي دعا جانب من الفقه إلى أن يطلقوا على هذه النظرية تسمية "المخاطر الاقتصادية"، وعلى هذا الأساس فإن تسمية "المخاطر الاقتصادية " قاصرة عن استيعاب جميع الحوادث التي تطبق بشأنها النظرية، وأن تسمية الظروف الطارئة أعم وأشمل من التسمية الأولى[1].

لذلك فإنه من حق المتعاقد مع الإدارة الاستناد إلى نظرية الظروف الطارئة، أي من حقه المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به، بمعنى أن السلطة الإدارية التي أبرمت العقد لا تستفيد من تطبيق هذه النظرية.

وقد حددت المحكمة الإدارية العليا السورية في حكم حديث لها عام ٢٠١٩ بشكل واضح وصريح الشروط اللازمة لتطبيق هذه النظرية حيث قررت:

"... وإنه يجب لاستحقاق المتعهد هذا التعويض عن الأعباء الخارجية عن العقد توافر شروط ثلاثة هي:

أولاً ــ أن يكون الحادث أو الظرف أجنبي عن المتعاقدين، أي مستقلاً عن إرادتهما.

[1] د. طعيمة الجرف، مرجع سابق، ص٤١٥.

ثانياً: أن يكون الظرف أو الحادث مما لا يمكن توقعه عادة، ولم يكن في حسبان المتعاقدين توقعهما عند إبرام العقد.

ثالثاً: أن التعويض لا يستحق إلا إذا انقلبت اقتصاديات العقد، بمعنى أن يترتب على تنفيذ العقد خسارة تجاوز فداحتها الخسارة العادية المألوفة التي يتحملها أي متعاقد أثناء التنفيذ ....."[1].

وبناءً عليه سوف نقوم بتناول هذا المبحث من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: وقوع ظرف طارئ.

المطلب الثاني: عدم توقع الظرف الطارئ.

المطلب الثالث: خروج الظرف الطارئ عن إرادة المتعاقدين.

المطلب الرابع: وقوع الظرف الطارئ أثناء تنفيذ العقد.

المطلب الخامس: قلب اقتصاديات العقد.

[1] قرار المحكمة الإدارية العليا رقم ٣١٦/ع/١ لعام ٢٠١٩ م في الطعن ذي الرقم ١/٢٧٤٧ لعام ٢٠١٩ م غير منشور.

المطلب الأول

وقوع ظرف طارئ

حتى تطبق نظرية الظروف الطارئة ويستحق المتعاقد مع الإدارة تعويضاً جزئياً بناءً عنها لا بد من أن يقع ظرف طارئ[١]، ونعني به الظرف الذي يطرأ خلال تنفيذ العقد فيؤدي إلى اختلال في شروطه التي اتفق عليها المتعاقدان، بما يجعل التزامات أحدهما أكثر مشقة وتنزل به خسائر فادحة لا يستطيع وحده لها دفعاً[٢].

حيث إن الاتجاه التقليدي يذهب إلى أن الأمر يتعلق بالظرف الذي له طبيعة اقتصادية، أما الظروف الطبيعية فإنها تفتح مجالاً لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، أما التدخلات الإدارية فإنها تتعلق بفعل الأمير، فالمخاطر الاقتصادية هي الأساس بالنسبة إلى نظرية الظروف الطارئة كارتفاع الأجور أو الأسعار[٣].

وبعد ظهور نظرية الحرية الاقتصادية أو النظرية الفردية ظهر اتجاه آخر بالنسبة إلى تطبيق نظرية الظروف الطارئة بعد أن ساد المفهوم الحديث وفق نظرية الحرية

---

[١] د. حمدي ابو النور السيد، مرجع سابق، ص ١٩٩.

[٢] د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص ٣٢٨-٣٣١.

[٣] ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى أن ارتفاع الأسعار ليس من قبيل الظروف الطارئة وذلك على أساس إمكان توقعه عند التعاقد، حيث ورد بالحكم : " أنه يجوز للإدارة المتعاقدة إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن بالوسع توقعها وترتب على حدوثها أن صار تنفيذ التزام المتعاقد معها مرهقاً مالياً وإن لم يصبح مستحيلاً بحيث يهدد هذا المتعاقد بخسارة فادحة، ويجوز للإدارة تعويضاً لمتعاقد معها على نحو يقيم التوازن المالي بين طرفي العقد الإداري ، وفي خصوص هذه المنازعة لم يثبت من الأوراق أنه قد طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في وسع المدعي توقعها عن تعاقده مع الإدارة ، ولم يثبت أن تنفيذ المدعي التزاماته العقدية مرهقاً مالياً بما يهدد التوازن المالي في العقد، لم يثبت شيئاً من ذلك ولئن طرأت زيادات في الأسعار خلال التنفيذ عما كانت عليه الأسعار وقت التعاقد فإن المدعي في وسعه أن يتوقعها وبحسب حسابها ويدحضه في اعتباره عند تحديد أسعار العمليات التفصيلية التي تنطوي عليها عقده مع الإدارة، ولم يثبت من الأوراق أن الزيادة في الأسعار كانت تهدد المدعي بخسارة فادحة إن مضي في التنفيذ على مقتضى الأسعار المتفق عليها في العقد . وعى ذلك يكون الحكم طعون في قضائه بأن المدعي كان يتعين عليه أن يتوقع ارتفاعاً لأسعار عند التعاقد ويراعيها عند التقدم بعطائه، كما أن المدعي لم يقدم دليلاً على أن ارتفاع الأسعار لم يكن متوقعاً عند التعاقد. "

الاقتصادية، وكانت الدول تسعى فيه إلى تأمين النظام العام والعدالة والدفاع عن حدود البلاد وجباية الأموال واتفاقها لتسيير تلك المرافق العامة، وكانت تقف عند تلك الحدود لتعدّ أن كل نشاط آخر يدخل ضمن النشاط الاقتصادي الفردي، وبقي الوضع كذلك إلى القرن السابع عشر حيث انطلقت الثورات السياسية والفكرية ولحقت بها الثورة الصناعية، وكان من نتائجها الحاسمة زوال نظرية الحرية الفردية في الحقل الاقتصادي وحلت محلها نظرية الاقتصاد الموجه مع تطوراتها كافة ، وبصورة خاصة سياسة التأميم التي اعتنقها النظام الاشتراكي، وأخذت الدول تتدخل نتيجة ذلك في المجال الاقتصادي وبصورة خاصة في القطاع الخاص بالنشاط الفردي ونتج عن ذلك تغير جذري في طبيعة الظروف الطارئة، ولم تعد أسبابه محصورة فقط بأسباب اقتصادية بل أصبحت ناتجة عن إجراءات عامة، كالقوانين التي تؤدي إلى تغيير النتائج الاقتصادية للعقد والقوانين ذات الصفة الاجتماعية التي يترتب عليها مباشرة ارتفاع أجور العمال وارتفاع الأسعار ارتفاعاً فاحشاً، ولقد تطور أيضاً مفهوم الظرف الطارئ فشمل فرض ضرائب جديدة أو زيادة ضرائب موجودة، وقد صدرت أحكام قضائية عدة عن مجلس الدولة الفرنسي بهذا الخصوص، حيث إن مجلس الدولة الفرنسي اتجه نحو تعريف الظرف الطارئ بأنه : " الحادث الذي يتجاوز كل الحسابات التي يتصورها المتعاقدين حين إبرام العقد، "واستمر اتساع مفهوم الظرف الطارئ مع توسع سياسة الاقتصاد الموجه، من حيث صدور تشريعات تثبيت الأسعار، أو تخفيض قيمة النقد، أو فرض قيود على تداولها، وأيضاً تطور هذا الظرف فشمل الإجراءات الخاصة والأعمال العادية الصادرة عن الإدارة إذا ترتب عليها إخلال خطير باقتصاديات العقد، ولم تنطبق عليها نظرية فعل الأمير وأخيراً امتدت نظرية الظروف الطارئة حتى شملت الظواهر الطبيعية كالزلازل والفيضانات كما شملت الأحداث العامة كالحروب والثورات.[1]

[1] د. زين العابدين بركات، مرجع سابق ص ٦٩٠.

هذا التطور في مفهوم الظرف الطارئ واتساع مفهومه أخذ به مجلس الدولة الفرنسي في الكثير من أحكامه، ونحا منحاه مجلس الدولة في مصر، وأيضاً مجلس الدولة السوري ولكن مع بعض التعديلات، حيث اشترط الأخير أن تكون المطالبة بالتعويض للمتعاقد بعد وقوع الظرف الطارئ وأثناء تنفيذ العقد وليس بعده.[١]

ويرى جانب من الفقه أن كل حادث طارئ يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد واختلالها اختلالاً جسيماً يمكن أن يؤدي إلى تطبيق هذه النظرية، وبالتالي فإن الظرف قد يكون اقتصادياً أو طبيعياً أو من عمل جهة إدارية غير الجهة المتعاقدة.[٢]

وهو ما قضى به مجلس الدولة في كل من فرنسا ومصر وسورية، حيث ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية في أحد أحكامها إلى أن نظرية الظروف الطارئة رهينة في أن تطرأ خلال تنفيذ العقد الإداري حوادث طبيعية كانت، أو اقتصادية، أو من عمل الجهة الإدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة، أو من عمل إنسان آخر، لم تكن في حسبان المتعاقد عند إبرام العقد، ويعتبر من قبيل الظروف الطارئة أيضاً الإجراءات العامة التي تصدر عن سلطات الدولة المختلفة مثل القوانين واللوائح، كالقوانين التي تزيد في الضرائب القائمة، أو تفرض ضرائب جديدة، أو قوانين التعامل بالنقد لتخفيض سعر العملة، أو منع التعامل بعملة معينة [٣]، كما هو الحال في سورية بمنع التعامل ببعض العملات الأجنبية(كالدولار) .

وفي أحد آراء قسم الفتوى والتشريع في مصر عدّ أن " قرار مجلس الوزراء الصادر بتخفيض قيمة الجنيه المصري بالنسبة إلى الدولار، حادثاً استثنائياً عاماً في حكم المادة ٢/١٤٧ من القانون المدني ".[٤]

---

[١] د. زين العابدين بركات، المرجع نفسه ص ٦٩٢.

[٢] د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية ، مرجع سابق، ص٢٨٤.

[٣] د. جابر جاد نصار، المرجع نفسه، ص٢٨٥.

[٤] د. جابر جاد نصار، المرجع نفسه، ص ٢٨٥.

بناءً عليه يتضح سعة مفهوم الظروف الطارئة وتنوعها فمن الصعب تحديدها ضمن قالب محدد، فبعض الفقه المصري أكد أن نطاق الظرف الطارئ متسع جداً، فقد يكون ظرفاً طبيعياً كالزلازل والفيضانات، وقد يكون اقتصادياً كارتفاع الأجور أو الأسعار ارتفاعاً فاحشاً، وقد يكون من عمل جهة إدارية غير جهة الإدارة المتعاقدة وهو التوسع الذي أضافه مجلس الدولة الفرنسي على النظرية [1].

وبالرجوع إلى أحكام مجلس الدولة الفرنسي والمصري والسوري نجد أنه أقر نظرية الظروف الطارئة في حالتين اثنتين هما:

١- حالة الإجراءات العامة كالقوانين واللوائح التي تودي إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب، ومثال ذلك صدور قوانين اجتماعية يترتب عليها ارتفاع الأجور أو الأسعار ارتفاعاً فاحشاً، أو فرض ضرائب جديدة، أو زيادة فئات الضرائب الموجودة بدرجة تخل إخلالاً كبيراً باقتصاديات العقد، ومنها أيضاً أن تصدر تشريعات تتعلق بالنقد كتخفيض العملة، أو فرض قيود على تداولها....، أو تتصل بتنفيذ سياسة الاقتصاد الموجه، كصدور قرارات عامة تقضي بتثبيت الأسعار.

٢- حالة الإجراءات الخاصة والأعمال المادية والظواهر الطبيعية، والأمثلة كثيرة على هذه الحالة لدى مجلس الدولة الفرنسي، كصدور أمر بنقل أعمدة الكهرباء لاعتبارات السلامة العامة، إذا ترتب على ذلك إخلال باقتصاديات العقد ولم تطبق نظرية عمل الأمير.

وهذا التمييز له مضمون نسبي، وليس مطلقاً، ولكن هذه الاضطرابات الاقتصادية يمكن أنتحدث في شكل ظواهر أخرى مختلفة، كالظواهر الطبيعية كالكوارث ونحو ذاك،

[1] د. سليمان الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٦٧٣.

وفي التدخلات الإدارية أيضاً مثل إقدام السلطة على التخفيض القانوني للعملة، فهل تطبق في هذه الحالات نظرية الظروف الطارئة أم غيرها من النظريات[١] ؟

في حالة الظواهر الطبيعية، عندما تحصل ظواهر ذوات صفة مادية كالكوارث الطبيعية، وتكون هي السبب في انقلاب اقتصاديات العقد، فمن شأن ذلك أن يؤدي إلى تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وهذا ما أقره مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ١٩٤٤/٤/٢١ في قضية (الشركة الفرنسية للكابلات التلغرافية)[٢].

كما قضت محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في ٣٠/ ٦/ ١٩٥٧ أن " الظرف في نظرية الظروف الطارئة قد يكون من الظواهر الطبيعية، كقيام الحرب أو الكوارث الطبيعية، فلا شبهة أن قيام الحرب يعتبر من الحوادث الاستثنائية العامة الخارجية التي لم يكن في الوسع توقعها، والتي يترتب عليها أن أصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً وأكبر كلفة، كان للمتعاقد مع الإدارة مطالبتها بالمساهمة في تحمل النتائج المترتبة على ازدياد الأعباء الناشئة عن تلك الظروف"[٣].

ومع ذلك تبدو صعوبة في تحديد الحد الفاصل بين نظرية الظروف الطارئة، ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، فعندما تحدث ظروف ليس لها سوى تأثير غير مباشر في تنفيذ العقد يجعله أكثر كلفة، بسبب التغيرات الاقتصادية التي قد تثار، وتودي إلى قلب اقتصاديات العقد واختلالها اختلالاً جسيماً تبقي المسالة في نطاق نظرية الظروف الطارئة، ولكن عندما يكون الظرف الطبيعى قد جعل تنفيذ العقد باهظاً

---

[١] د. سليمان الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٦١٢.

[٢] تتلخص وقائع هذه الدعوى في أن ملتزماً باستغلال مرفق عام كان يعتمد على الأسلاك معدنية "كابلات" ممدودة تحت الماء في استغلال هذا المرفق، وقد حدث زلزال شديد حطم هذه الأسلاك فتقدم الملتزم طالباً تعويضاً كاملاً لإصلاح هذه الأسلاك، وذلك استناداً إلى نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة . إلا أن مجلس الدولة الفرنسي رفض تعويضه على أساس نظرية الصعوبات غير المتوقعة مع السماح له بالاستناد إلى نظرية الظروف الطارئة لمشاركة الدولة له في نفقات إصلاح هذه الأسلاك، أنظر د. محمد السناري، مرجع سابق، ص٤٨ .

[٣] د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣٣٣.

وأكثر كلفة مباشرة، يكون من مصلحة المتعاقد إثارة الصعوبات المادية غير المتوقعة، لعدم قدرته على إثبات عجزه أو انقلاب اقتصاديات العقد فضلاً عن تعويضه كاملاً.[١]

أما في حالة تدخل السلطات العامة سواء كان التدخل عن طريق الإجراءات العامة التشريعية أو التنظيمية، كحالة ارتفاع الأسعار أو الأجور بسبب الإجراءات المالية أو إجراءات نقدية، أو حالة صدور إجراءات خاصة من الإدارة العامة كتغيير تمديدات كهربائية فرضتها الإدارة على المتعهد، وكل ذلك يمكن أن يحدث انقلاباً في اقتصاديات العقد بسبب تدخل السلطات العامة، وذلك من وجهين: الوجه الأول، يؤدي إلى استبعاد تطبيق نظرية الظروف الطارئة وذلك من خلال النظر في طبيعة الظرف الذي حصل، ويعارض على هذا الأساس مفهوم المخاطر الاقتصادية والمخاطر الإدارية، لذا يعدّ في كل مرة يظهر فيها انقلاب في اقتصاديات العقد أن تدخلاً ما قد حصل من قبل السلطات العامة وأياً كان هذا التدخل، فإنه يفسح المجال للتطبيق نظرية فعل الأمير، وهذا ما قرره مجلس الدولة الفرنسي في قضية "Tanti" في ١٩٢٤/١١/٢٨، وقد استبعد هذا التمييز فيما بعد بسبب تنامي الاقتصاد الموجه وتطوره، إذ يصعب الفصلِ بين المخاطر الإدارية والمخاطر الاقتصادية[٢].

وعلى كل حال فإن مجلس الدولة الفرنسي يقبل اليوم بصورة لا جدال فيها مفهوم الانقلاب الاقتصادي للعقد، نتيجة إجراءات صادرة عن السلطات العامة ويسمح بتطبيق نظرية الظروف الطارئة، وقد تكرس ذلك في قرار مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٤٩/٥/٤ بشأن إجراءات التعتيم التي اتخذتها السلطات العسكرية لمدينة طولون، وكذلك قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٩٤٩/٧/١٥ بشأن خفض مبيعات الإنارة في مدينة "البوف"[٣].

---

[١] د. جابر جاد نصار، عقود البوت 'B.O.T' والتطور الحديث لعقد الالتزام "دراسة نقدية، مصدر سابق، ص ١٧٦- ١٧٧.
[٢] د. مطيع علي حمود جبير، مرجع سابق، هامش ص٥٧٦.
[٣] د. سليمان الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية ، مرجع سابق، ص٦٦٩ .

وكذلك ينبغي ملاحظة أن هنالك فرقاً بين التدابير المتخذة من قبل السلطات العامة التي أبرمت العقد، والتدابير من قبل السلطات العامة الأخرى، فنظرية الظروف الطارئة تطبق في الحالة الثانية، ونظرية فعل الأمير تطبق في الحالة الأولى .

أما الوجه الثاني فيتعلق بأثر الظرف الطارئ الخارجي الذي أحدث اختلالاً في اقتصاديات العقد سواء بالنسبة إلى المتعاقد نفسه أم بالنسبة إلى الإدارة التى أبرمت العقد، ذلك في الحكم المشار إليه في قضية (البوف E'lbeuf) لعام ١٩٤٩، فعندما يكون الفعل مصدره الإدارة المتعاقدة نفسها فمن مصلحة المتعاقد أن يثير نظرية فعل الأمير، أما إذا كان الفعل قد أتى من إدارة أخرى غير التي أبرمت العقد فهنا لا يكون أمام المتعاقد إلا إثارة نظرية الظروف الطارئة عندما تكون الشروط لتعويض عن فعل الأمير غير متوافرة [١].

وهذا ما أخذت به اللجنة المختصة في قسم الفتوى والتشريع لدى مجلس الدولة السوري حيث بينت الآتي:

" من حيث إن جوهر القضية المبسوطة أمامنا والمستفتى بشأنها ينصب على تبرير مدة التأخير في تنفيذ أعمال العقد الثاني، بسبب التداخل مع أعمال عقد آخر مبرم مع ذات الجهة المتعاقدة.

ومن حيث إن العودة لنواظم وأحكام القانون، الأساس في نظام العقود للهيئات العامة ذات الطابع الإداري ذي الرقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤، وتدبر نصوصه بأحكام وتمعن وتمحيص وما أرساه من قواعد قانونية وبنود تشريعية، ينجلي لنا ما وضعه بشأن تبرير مدة التأخير إذ صدعت به المادة /٥٣/ من القانون اذ نصت:

أ- لا يكون المتعهد مسؤولاً عن التأخير الواقع بسبب من الجهة العامة أو الجهات العامة الأخرى.

[١] د. سليمان الطماوي، مرجع سابق ، ص ٦٦٩ .

ب- يعفى المتعهد من غرامات التأخير، إذا كان ضحية خالصة لقوة قاهرة لا يد له فيها، وذلك عن المدة التي تأخر فيها بسبب تلك القوة القاهرة.

ج- يعفى المتعهد من تنفيذ التعهد، إذا اضحى أمام استحالة مطلقة تحول دون قيامه بتنفيذ أحكام التعهد، وكان ذلك غير ناجم عن تقصيره وراجعاً إلى ظروف خارجة تماماً عن إرادته.

د- إذا طرأت ظروف استثنائية أو حوادث استثنائية عامة، لم يكن في الوسع توقعها، ترتب على حدوثها إن تنفيذ التعهد وأن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً، بحيث يهدد بخسارة فادحة كان للمتعهد الحق بطلب تعويض عادل .

هـ- يكون البت في الحالة الواردة في البند /أ/ من هذه المادة من حق الجهة العامة، كما يحق لها البت في الحالات التي تنطبق على البندين /ب-ج/ من هذه المادة بناءً على طلب المتعهد بعد موافقة لجنة تؤلف لهذه الغاية بقرار من الوزير على الشكل التالي:

- مستشار من مجلس الدولة رئيساً
- ممثل عن وزارة المالية عضواً
- ممثل عن الجهة العامة بمرتبة مدير على الاقل عضواً
- المتعهد أو من ينتدبه عضواً
- ممثل عن الجهاز المركزي للرقابة المالية عضواً

وعلى المتعهد أن يقدم جميع طلباته لتحديد مدة التأخير الناجمة عن حوادث مفاجئة أو احوال طارئة، أثناء تنفيذ التعهد خلال /١٥/ يوم من تاريخ وقوع السبب المؤدي إلى التأخير، شارحاً الأسباب التي تضطره إلى التأخير، ويعتبر عدم تقديم المتعهد لهذا الطلب خلال الفترة المذكورة إقراراً منه بعدم وجود أسباب مبررة لأي تأخير، وبالتالي إسقاطاً لحقه في الاعتراض على الغرامات التي ترتب عليه جراء هذا التأخير.

ومن حيث إن ما صدعت به المادة /٥٣/ رسمت منهاجاً قويماً لا يسع أحد الخروج عليه، أو الردة عنه، بحسبانه تكريساً لإرادة تشريعية وغاية قانونية.

ومن حيث إن ما أرسته هذه المادة من صراحة النص، وجلاء الأحكام بصورة لا يكتنفها الغموض، ولا تحتمل التأويل والتفسير، و الأمر الذي يملي الخضوع لأحكامها والانصياع لأوامرها، بأن يصار إلى معالجة تبرير التأخير المستفتى بشأنه في هدى أحكام المادة /٥٣/ من نظام العقود الصادر بالقانون /٥١/ لعام ٢٠٠٤ وهدي نواظمه.

فلهذه الأسباب أقرت اللجنة المختصة الرأي التالي:

١- إن أمر البت في تبرير التأخير المستفتى بشأنه إنما يتم معالجته وفق أحكام المادة /٥٣/ من نظام العقود الصادر بالقانون /٥١/ لعام ٢٠٠٤ .

٢- إبلاغ هذا الرأي إلى الشركة العامة للبناء والتعمير – فرع حمص- حسب الأصول"[١].

وقد خلط مجلس الدولة السوري أحياناً بين نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة، ومثال ذلك رأي اللجنة المختصة بقسم الفتوى والتشريع السوري الذي عدّ أن الاستحالة المطلقة هي ظروف طارئة وليس قوة قاهرة حيث أوصت بما يلي :

" من حيث إن مثار التساؤل في هذه الفتوى، إنما يتمحور حول طلب الجهة المستفتية بيان الرأي القانوني، حول مدى انطباق طلب الجمعية العلمية السورية للمعلوماتية في كتابها الملمع إليه في متن هذه القضية، مع أحكام الفقرتين /ب-ج/ من المادة رقم /٦٠/ من القانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤، أوغيرها وذلك بغية تمكينها من استكمال الإجراءات القانونية اللازمة.

نصت الفقرة /آ/ من المادة /٦٠/ من القانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ على ما يلي:

[١] رأي اللجنة المختصة في قسم الفتوى والتشريع في مجلس الدولة رقم (١٢) لسنة ٢٠١٠ في القضية رقم (١٠٢/ ف) لسنة ٢٠١٠.

"يحقّ لآمر الصرف فسخ العقد عند العدول عن تنفيذه نهائياً، بناءً على مقتضيات المصلحة العامة، كما يحقّ له الأمر بوقف تنفيذ الأعمال مؤقتاً.

ونصت الفقرة /ب/ من المادة المذكورة:

إذا جاوزت فترة وقف التنفيذ سنة كاملة، كان من حقّ المتعهد فسخ التعهد إذا طلب ذلك.

كما نصت الفقرة /ج/ :

"يترتب على الفسخ أو وقف التنفيذ وفقاً لأحكام هذه المادة، حقّ المتعهد في تعويض عادل عن الأضرار التي تلحق به فعلاً، ويقدّر هذا التعويض من قبل القضاء".

والمادة المذكورة في معرض نصها على وقف تنفيذ أعمال العقد وعلى حقّ المتعهد بطلب الفسخ، إنما تناولت حالة أن يكون وقف التنفيذ بأمر من آمر الصرف بحسب الحقّ الممنوح إليه بمقتضى أحكام الفقرة /آ/ من المادة /٦٠/ من القانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ ، وحيث إن حالة الجمعية المستفتى بشأنها لا تنطبق وأحكام المادة المذكورة، بحسبان أن توقفها عن الأعمال في تنفيذ العقد وعدم تمكنها من استثمار المبنى محلّ التعاقد، كان مردّه إلى ظروف طارئة وضعتها في موقع الاستحالة من تنفيذ العقد واستثمار المبنى المتعاقد عليه، مما ينطبق على حالتها أحكام الفقرة /ج/ من المادة /٥٣/ من القانون /٥١/ لعام ٢٠٠٤ والتي جاء نصها:

"يعفى المتعهد من تنفيذ التعهد إذا أضحى أمام استحالة مطلقة تحول دون قيامه بتنفيذ أحكام التعهد، وكان ذلك غير ناجم عن تقصيره وراجعاً إلى ظروف خارجة تماماً عن إرادته".

ويعود أمر تقدير هذه الاستحالة، وتقدير الظروف التي حالت دون تنفيذ التعهد، وبالتالي إعفاء المتعهد من التنفيذ، للجنة وتشكل وفقاً لأحكام الفقرة /هـ/ من المادة /٥٣/، أما

لجهة التعويض الذي تطالب به الجمعية فإن أمر البتّ فيه يعود للقضاء حصراً، الذي يعود له دون غيره تقدير هذا التعويض، أو رفضه وفقاً لمقتضيات وقائع الحال.

لـهـذه الأسـبـاب أقرت اللجنة المختصة الرأي التالي :

أولاً ـ أن أمر إعفاء الجمعية العلمية السورية للمعلوماتية من تنفيذ العقد محلّ الفتوى من عدمه، إنما يعود للجنة تشكل وفق أحكام الفقرة /هـ/ من المادة /٥٣/ من القانون /٥١/ لعام ٢٠٠٤، بحسبان أن الحالة المستفتى بشأنها تنطبق عليها أحكام الفقرة /ج/ من المادة المذكورة ، وأما لجهة التعويض الذي تطالب به الجمعية المذكورة، فإن أمر البتّ في مدى توجّبه من عدمه، إنما يعود للقضاء المختصّ حصراً.

ثانياً ـ إبلاغ هذا الرأي إلى وزارة الاقتصاد والتجارة الخارجية – المؤسسة العامة للمعارض و الأسواق الدولية– أصولاً[1] .

ومن خلال هذين الرأيين للجنة المختصة في قسم الفتوى والتشريع لدى مجلس الدولة السوري نجد أن هذا المجلس قد أخذ بنظرية الظروف الطارئة لتعويض المتعاقد عما احدثته له هذه الظروف الطارئة ولكنه خلط في الرأي الثاني ما بين نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة.

[1] رأي اللجنة المختصة في قسم الفتوى والتشريع في مجلس الدولة رقم (٣٠) لسنة ٢٠١٤ في القضية رقم(٥٣/ ف) لسنة ٢٠١٤ غير منشور.

المطلب الثاني

عدم توقع الظرف الطارئ

يرى جانب من الفقه الفرنسي[1]، أن مفهوم عدم التوقع بالنسبة للفعل أو الظرف أو الحادث الذي اعترض تنفيذ العقد، هو مفهوم نسبي، ويعني ذلك أنه لا توجد حالة عدم توقع مطلق، لذا فإن فكرة عدم التوقع لا تقدر بذاتها، و إنما بعلاقتها بالظروف الأخرى المعاصرة للعقد.

حيث يجب أن يكون الحادث الذي يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد غير متوقع لحظة إبرام العقد، حتى يمكن للمتعاقد الاستناد إلى تلك النظرية.

والحادث غير المتوقع بحسب وصف الفقيه الفرنسي " كورنيل " في تعليقه على حكم مجلس الدولة الفرنسي في دعوى (فورماسول) ، هو ذلك الحدث الذي يتناقض مع الحسابات كلها التي أجراها أطراف العقد في أثناء إبرامه، والذي يتجاوز الحدود القصوى التي كان يتوقعها الأطراف[2].

ويرى جانب من الفقه المصري، أن مجلس الدولة الفرنسي أصبح بعد أن تطور في أحكامه يكتفي بكثير من الحالات بأن تكون آثار الظرف الطارئ هي التي لم يكن في الإمكان توقعها، وبهذا المعنى أخذت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم شهير لها حيث قالت: " إن الارتفاع الباهظ في أسعار الزئبق، إن صح أنه كان متوقعاً بالنسبة إلى العقد الثاني فإن مدى هذا الارتفاع لم يكن في الوسع توقعه بالنسبة لذلك العقد، فقد كان السعر وقت التعاقد بالنسبة إلى العقد الأول (جنيه و٦٠٠ ميلماً) بالنسبة إلى الكيلو، فأصبح وقت التعاقد بالنسبة إلى العقد الثاني(٢جنيه و٨٨٠

---

[1] Hachich (A) ، op . cit، P 217

[2] أشار إليه د. علي محمد علي عبد المولى، مصدر سابق، ص ٢٣٥، و لمزيد عن هذا الشرط ينظر د. محمد عبد العال السناري، مرجع سابق، ص ٣٣٤.

ميلياً) ثم أصبح وقت الشراء (٤ جنيه و ٥٠ ميلياً)، ومن ثم فإنه نظرية الحوادث الطارئة تنطبق على هذه الحالة، إن هذا التفسير الأخير هو الذي يتفق وحكمة النظرية على أساس أنها ترمي إلى مجرد تمكين المتعاقد من الاستمرار في التنفيذ، حتى يزول الظرف الطارئ الذي لا يد له فيه ولا يستطيع دفعه".

ومن تطبيقات مجلس الدولة الفرنسي أن هذا المجلس عوض عن ظرف الحرب إذا أُبرم العقد في وقت كان شبح الحرب فيه غير متوقع، بل إن ظرف الحرب بالذات كان أول ظرف طبقت فيه هذه النظرية، وقد عوض المجلس عن ظرف الحرب رغم توقعها في ذاتها إذا زاد ارتفاع الأسعار عن كل مدى متوقع.

أما محكمة القضاء الإداري المصرية فقد رفضت في أحد أحكامها القديمة التعويض فبعد أن أو ضحت شروط تطبيق النظرية، استطردت تقول: ".....وعلى ذلك فإن الاعتداء الثلاثي على مصر كان أمراً يجب أن يتوقعه المدعي عند إبرام العقد، حيث كان موقف سورية من شقيقتها العربية وقتئذ موقف المؤازرة والتكافل لتوتر الجو الدولي وما يصحبه من ارتفاع الأسعار، فإذا كان المدعي يرد ما أصابه من ضرر إلى هذه الحرب، فإنها كانت متوقعة من كل سوري، ومن ثم تخلف هذا الشرط من شروط الظرف الطارئ "[١].

وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذا الشرط في حالة الإضرابات، وأيضاً في حالة الأزمات الاقتصادية.

وفي عدد غير قليل من فتاوى القسم الاستشاري للفتوى والتشريع المصري ومنها الرأي الذي يقول: "يعتبر قرار مجلس الوزراء الصادر بتخفيض قيمة الجنيه المصري بالنسبة إلى الدولار حادث استثنائي عام في حكم المادة (١٤٧ /٢) من القانون المدني، إذ لم يكن في وسع المتعاقدين توقعه حين إبرام العقد، ومع التسليم الجدلي بأنه كان

[١] مشار اليه لدى د. سليمان الطماوي ، مرجع سابق ، ص ٦٨٠.

مفروضاً على المتعهد أن يتوقع التجاء الحكومة إلى خفض قيمة العملة المصرية، فإن مدى هذا التخفيض لم يكن من المستطاع التكهن به، ومن ثم فإنه يحتمل أن تكون نتائج هذا الإجراء ومدى تأثيره في التوازن المالي للعقد قد جاوزت ما كان مفروضاً أن يتوقعه المتعهد حين العقد، وفي الحالتين إن كانت خسارة المتعهد من هذا الإجراء قد جعلت تنفيذ التزامه أمراً مرهقاً مهدداً له بخسارة فادحة، كان على الطرف الآخر أن يشاركه في تلك الخسائر بالقدر الذي يحد منها ويردها إلى الحد المعقول "[1].

وفي مصر أبرزت المادة السادسة من القانون رقم (٢٩) لسنة ١٩٤٧ في شأن نظام المرافق العامة، المادة ٢/١٤٧ من القانون المدني، شرط عدم التوقع بوصفه أحد شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة المقررة في مصر بنص تشريعي بالنسبة إلى العقود الإدارية والمدنية على السواء.

وعليه فإن اشتراط عدم توقع الظرف الطارئ أمر منطقي، ذلك أن كل علاقة تعاقدية لا تخلو من مخاطر عادية متوقعة قد تؤثر على مركز طرفيها أو تغير من حساباتهم، فهذه المخاطر التي يمكن حدوثها كالزيادة المعقولة في الأسعار، لا يمكن أن تُكّون ظرفاً طارئاً، ما يسوّغ التدخل بتعويض المتعاقد عما أحدثته هذه المخاطر[2]، ومعيار عدم التوقع في هذا الشأن هو معيار موضوعي، وليس معياراً شخصياً بمعنى ألا يكون في مقدور الشخص العادي أن يتوقع حصول الفعل ولو وجد في ظروف المتعاقد وقت التعاقد، وذلك بصرف النظر عما إذا كان المتعاقد قد توقع حدوثه أم لم يتوقع[3]، كما أن نظرية الظروف الطارئة تطبق سواء انصبَّ عدم التوقع على الظرف الطارئ في حد ذاته أو على آثاره[4]، حتى على مدى حدة هذه الآثار غير المتوقعة، وذلك في حالة

---

[1] د. جابر نصار، العقود الإدارية، مرجع سابق ص ٢٩١ .

[2] د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص ٣٣٧.

[3] د. جمال عثمان جبريل، و د. ابراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص ٤٠٨.

[4] بدأ مجلس الدولة الفرنسي بتطبيق ذلك في حكمه الصادر بتاريخ ١٩٣٢/١١/٤ في قضية " steeau et assainissament " كما أخذت المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٦٢/٦/٩ بهذا الاتجاه،

ما إذا كان الظرف الطارئ ذاته متوقعاً[1]، إلا أنه يلزم أن يكون ذلك مؤقتاً ، وقد أوضح مجلس الدولة الفرنسي هذه السمة في حكمه الشهير الصادر بتاريخ١٩٣٢/١٢/٩ في قضية (ترام شيربورج Cherbourg de Tramways) ، لأن الحكمة من منح التعويض في ظل نظرية الظروف الطارئة، كون ذلك الظرف مؤقتاً وحتى يستطيع المتعاقد من مواجهته، أما إذا كان الظرف الطارئ مستمراً ومن الصعب معالجته بالتعويضات المستمرة، لأنها لا تنفع في شيء في معالجة العجز المالي الذي يعاني منه المتعاقد، ومن ثم لا يستطيع من الاستمرار في تنفيذ التزاماته، فيكون أمام القوة القاهرة الإدارية[2]، ومؤدي هذا الشرط ألا يكون في مقدور المتعاقدين عند إبرام العقد التنبؤ بالأحداث التي أدت إلى تغيير الأوضاع، نظراً لطابعها الاستثنائي كالحروب والأزمات الاقتصادية[3] .

فلكي تطبق نظرية الظروف الطارئة يجب أن يكون الظرف الطارئ الذي حدث بعد التوقيع على العقد غير متوقع، وليس بالوسع توقعه فإذا كان متوقعاً فلا تطبق النظرية[4].

ويعرّف مجلس الدولة الفرنسي الظرف الطارئ بأنه: "الحادث أو الظرف غير المتوقع الذي يحبط كل الحسابات التي يمكن للفرقاء أن يجروها حين توقيع العقد[5] .

ويعدّ هذا الشرط هو الشرط الجوهري الذي سميت النظرية باسمه، ذلك أنكل عقد يحمل في طياته بعض المخاطر، وكل متعاقد حذر يقدر هذه المخاطر ويزنها، فإذا

إذ أوضحت أن شرط عدم التوقع ينصب على الظرف الطارئ أو آثاره، أشار اليه د. ابراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص ٢٧٤- ٢٧٥.

[1] د. محمد عبد العال السناري، النظرية العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣٣٨.

[2] د. ابراهيم طه الفياض، مرجع سابق، ص ٢٧١-٢٧٢.

[3] د. خالد عبد العزيز عريم، مرجع سابق، ص ٣٤٢.

[4] د. محمد فؤاد مهنا، مرجع سابق، ص٨٠٢.

[5] د. عبد الله طلبة، مرجع سابق، ص ٣٥٢ .

قصّر فهو يتحمل وزر تقصيره، أما ما يجب أن يؤمن المتعاقد ضده هو الظرف الذي يفوق كل تقدير يمكن أن يتوقعه الطرفان المتعاقدان[١].

ويجب التمييز في هذا الصدد بين المخاطر العادية والمخاطر غير العادية، فبالنسبة إلى المخاطر العادية هي المخاطر التي لا تتجاوز ما كان مفروضاً على المتعاقد أن يتوقعه عند إبرام العقد، وهذه يتحملها المتعاقد لأنه كان ينبغي أن يتحملها، أما المخاطر غير العادية فهي التي تفوق التوقع وتتجاوز الحد المألوف، وهذه التي يؤمّن المتعاقد ضدها[٢] .

وقد ثار تساؤل أنه هل يجب أن ينصب شرط عدم التوقع ذاته على الظرف الطارئ أم على آثاره ؟

ذهب مجلس الدولة الفرنسي وبسبب ظروف الحرب العالمية الأولى إلى أن يكون الاحتجاج بصدد العقود المبرمة قبل بدء الاعتداءات، أي اشتراط عدم التوقع ذاته " لا الحرب " ، وأهمل فكرة عدم توقع آثاره أو مدى هذه الآثار، وقبل استثنائياً حالة كونه ملاحق للعقد، قد أبرمت منذ بدء الحرب إذ أنه في الحكم الصادر ١٩٣٢/١١/٤ في قضية "steau et assainissament " أنه إذا كان احتمال احتلال إقليم قائماً وقت إبرام العقد، فإن ما سببه ارتفاع الأسعار لاسيما في سعر الحديد، قد تجاوز الاحتمالات العادية للطرفين [٣] .

وقراره في ١٩٤٨/٣/١٠ وكان في قضية "Hospice de Vien ne" أوضح من الحكم السابق، لأن العقد أبرم بعد صدور القوانين الجديدة لعام١٩٣٦، ونص في العقد صراحة على تحمل المتعاقد ارتفاع الأسعار المترتبة على تطبيق القوانين الجديدة،

---

[١] د. علي بن عبد الكريم احمد السويلم، مرجع سابق، ص٧٦-٧٧.

[٢] د. طعيمة الجرف، مرجع سابق، ص٤١٧.

[٣] د. ابراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص ٢٧٤.

وبالرغم من كل هذا فقد طبق المجلس، النظرية لأن ارتفاع الأسعار قد فاق الحد المعقول تصوره عند إبرام العقد [١].

ولكن يلاحظ أن المجلس قد تراجع عن اتجاهه هذا وقبل بقرارات كثيرة بالاحتجاج بالظروف الطارئة، بسبب نتائجها وآثارها غير القابلة للتوقع، ففي مجال القوانين الاجتماعية والتدابير النقدية والمالية ونحو ذلك، رفض المجلس التعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة.

إذا كان العقد قد أبرمه المتعاقد بعد صدور هذه القوانين أو التدابير، أي عندما توضع موضع التنفيذ، لكن المجلس في اتجاهه الحديث وافق على منح التعويض عن آثار تلك التدابير، إذا كان الارتفاع المعاصر لتلك التدابير من الشدة، بحيث يجعله غير متوقع وهذا ما قرره مجلس الدولة الفرنسي في ١٠ /٢/ ١٩٤٣، وحتى في مجال زمن الحرب كان المجلس يقبل التعويض عن ظرف الحرب، إذا كان العقد قد أبرم في وقت كانت الحرب غير متوقعة، وبدا هذا الموقف بقرار (غاز بوردو)، وبفعل ارتفاع الأسعار بسبب الحرب، أو بفعل انخفاض الواردات، ويتضح ذلك من قرار مجلس الدولة الفرنسي في ١٢/ ٣/ ١٩٢٠ وقراره في ١٥/ ٦/ ١٩٥١ .

وكذلك الإضراب، فإذا لم يكن الإضراب متوقعاً وقت إبرام العقد، فهو يعدّ جزءاً من الأحداث القابلة لأن تسمح بالاحتجاج بآثارها الاقتصادية بعد التوقع. [٢] أما فيما يتعلق بالأزمات الاقتصادية، فتطبق عليها نظرية الظروف الطارئة، كارتفاع الأسعار ارتفاعاً لا يمكن توقعه من المتعاقدين.[٣]

وفي مصر أخذت المحكمة الإدارية العليا بهذا الاتجاه، وأوضحت أن شرط عدم التوقع ينصب على الظرف الطارئ أو أثاره، وقضت في حكمها الصادر

---

[١] د. زين العابدين بركات، مرجع سابق، ص٦٩٨.
[٢] د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٦١٨.
[٣] د. زين العابدين بركات، مرجع سابق، ص٦٩٩.

بتاريخ١٩٦٢/٦/٩ أن "الظرف الطارئ يعدّ غير متوقع ولو كان يتعلق فقط بنطاق هذا الظرف الطارئ لا بأصله، فإذا كان المتعاقد يتوقع ارتفاع الأسعار، لكنه لم يتوقع ارتفاعها إلى الحد الذي وصلت إليه، فإن الشرط يعدّ متوافراً وتطبق النظرية في هذه الحالة[١] .

وهذا ما أخذ به المشرع السوري في قانون العقود الموحد حيث نصت الفقرة (د) من المادة (٥٣) على الآتي:

" إذا طرأت ظروف أو حوادث استثنائية عامة، لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ التعهد وأن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً، بحيث يهدد بخسارة فادحة، كان للمتعهد الحق بطلب تعويض عادل".

وأيضاً ما أخذ به القضاء الإداري السوري في عدد كبير من اجتهاداته في مجلس الدولة، ومنها الحكم الحديث لعام ٢٠٢٠ لمحكمة القضاء الإداري السورية ونظراً لأهمية هذا الحكم في موضوعنا هذا ولحداثته وتمشيه مع الظروف التي تمر بها بلادنا ارتئينا أن نورده كاملاً حيث قررت ما يلي:

"ومن حيث إن الدعوى قد استوفت إجراءاتها الشكلية فهي جديرة بالقبول شكلاً.
ومن حيث إن وقائع القضية تتحصل حسبما أبداه وكيل الجهة المدعية، أنه تم إبرام العقد رقم /٤٦/ لعام ٢٠١٠ بين الجهة المدعية والجهة المدعى عليها، لتقديم آلية هندسية (حفارة دورانية) مؤلفة من شاحنة شاسيه(٨ × ٤ نوع فورد طراز 3936M E5) بلد المنشأ تركيا . سنة الصنع ٢٠١٠ وما بعد وعتاد ملحق بالحفارة، وبلغت قيمة حفارة الآبار الدورانية ومتمماتها /٤٧،٥٨٠،٠٠٠/ ل.س، وتبلغ قيمة العتاد الملحق بالحفارة /٢٦،١٢٣،٠٠٠/ ل.س، وقيمة العقد الإجمالية /٧٣،٧٠٣،٠٠٠/ ل.س، ومدة التوريد /١٨٠/ يوماً تقويمياً من تاريخ تبليغ الفريق الثاني أمر المباشرة،

[١] محمد فؤاد مهنا، مرجع سابق، هامش ص٨٠٢.

ومدة التوريد للعتاد الملحق بالحفارة /٩٠/ يوماً تقويمياً من تاريخ تبليغ الفريق الثاني أمر المباشرة، وتم استلام الحفارة بموجب محضر استلام مبدئي جزئي رقم /٢٤/ تاريخ ٢٠١١/١٠/٢٣ وجاء فيه "لا مانع من استلام الحفارة من حيث التسمية والعدد وإخراجها من المنطقة الحرة وتسليمها على السرية (٢١٧)، ووضع الحفارة بالخدمة والمباشرة بحفر البئرين التجريبيين وفق ما هو وارد بالعقد، ليتم اختبارها وتنظيم محضر استلام فني أولي مبين به كافة المواصفات الفنية "، وجرى الاستلام بعد حفر البئرين واستلامهما وفق البطاقة الذاتية لكلا البئرين والمعممة أولاهما بالرقم /١٢١٥/ تاريخ ٢٠١٣/١٠/٢٦، والثانية بالرقم /٦٥٠/ تاريخ ٢٠١٤/٦/٨، وتم الاستلام وفق محضر الاستلام رقم /٣٦/ أولي بتاريخ ٢٠١٤/١١/٢٢، وجاء فيه: "لا ترى اللجنة مانعاً من استلام الحفارة استلاماً أولياً، وإدخالها على القيود وتصفية حقوق المتعهد، بعد إجراء الحسميات اللازمة، ما لم يكن هناك مانعاً آخر حسب الأصول" .

وحيث إنه وبعد إعطاء المباشرة في ٢٠١٠/١٢/٢٩ وخلال مدة لتنفيذ، حدثت ظروفاً طارئة لم يكن أحد يتوقعها ولم تكن بالحسبان، حيث تدهورت الظروف الأمنية نتيجة لظهور العصابات المسلحة، ولا سيما أن مواد العقد هي عبارة عن مجموعة هندسية متكاملة مؤلفة من شاحنة نوع فورد . بلد المنشأ تركي . سنة الصنع ٢٠١٠ وما بعد، مركب عليها حفارة آبار دورانية صناعة شركة جاهان أداك التركية سنة الصنع ٢٠١٠ وما بعد، فرود بمحرك كاتربيل ومنشأ أمريكي....إلخ، وهي كلها مواد ذات منشأ تركي وأمريكي، ونتيجة هذه الأسباب والظروف الطارئة والتي واكبت تنفيذ العقد، كان هناك تلكؤ وتباطؤ من بلد المنشأ (تركيا) في تسليم المتعهد (الجهة المدعية) المواد المتعاقد عليها، إضافة إلى الارتفاع الحاد في قيم هذه المواد نتيجة انخفاض القوة الشرائية لليرة السورية، والتي كانت من نتائج الظروف الطارئة التي واكبت الأزمة، وقد سدد المتعهد (الجهة المدعية) نقداً مبلغ /٥٠،٠٠٠/ يورو، على الشركة التركية بتاريخ توقيع العقد في ٢٠١٠/١٢/٢٩ لضمان الالتزام مع الشركة التركية، كما تم تحويل مبلغ /٥٠،٠٠٠٠/ يورو إلى الشركة التركية استكمالاً للالتزام بالتعاقد بتاريخ

٢٠١١/٢/١٧، وتم فتح اعتماد مستندي لصالح الشركة التركية لدى البنك العربي بقيمة /٥٠٠،٠٠٠/ يورو، وذلك بتاريخ ٢٠١١/٤/١٤، والجهة المدعى عليها (الإدارة) سددت للجهة المدعية بتاريخ ٢٠١١/١٢/٢٨ من قيمة الحفارة الدورانية ما يعادل ٧٠٪ من قيمتها أي /٣٣،٣٠٦،٠٠٠/ ل.س وبتاريخ ٢٠١٤/١٢/٣ سددت إلى الجهة المدعية باقي قيمة الحفارة، وما نسبته ٣٠٪ من القيمة أي /١٣،٤٧٣،٠٧٠/ ل.س، وبمقارنة بسيطة بين سعر اليورو مقابل الليرة السورية، ومن واقع نشرة البنك المركزي السوري، فإنه بتاريخ تقديم العرض كان سعر اليورو مقابل الليرة السورية هو /٥٨،٥٠/ ل.س بينما بتاريخ التسديد أول دفعة للمتعهد أي بتاريخ ٢٠١١/١٢/٢٨ أصبح /٨٦،٥٠/ ل.س أي خلال /٩ أشهر / ارتفع إلى ما نسبته ٤٨٪، بينما وصل سعره مقابل الليرة السورية بتاريخ تسديد الدفعة الثانية من قيمة الحفارة . أي بتاريخ ٢٠١٤/١٢/٣ /٢٣٨،٧٥/ ل.س أي بنسبة ارتفاع وزيادة قدرها /٣٠٨٪/، أي أن الخسارة تجاوزت مبلغ /٦٠/ مليون ل.س.

ولقناعة الجهة المدعية بأحقيتها بالتعويض عن الخسارة التي لحقت بها جرّاء ارتفاع سعر صرف الليرة السورية مقابل عملة اليورو، فقد كانت الدعوى الماثلة التي يطلب فيها وكيل الجهة المدعية إعطاء القرار بتشكيل لجنة خبرة حسابية من ثلاثة خبراء تختارهم المحكمة لبيان حجم الخسارة الفادحة التي تعرض لها المتعهد (الجهة المدعية)، نتيجة للظروف الأمنية الطارئة التي رافقت تنفيذ العقد، سيما أن مواد العقد ذات منشأ تركي وفق بنود العقد وسعرها باليورو، ومنعت تلك الظروف والأحداث الأمنية الطارئة والحصار والعقوبات الاقتصادية على بلدنا الحبيب والأثر السلبي لذلك، على القوة الشرائية لليرة السورية، وإعطاء الحكم بإلزام الجهة المدعى عليها (وزارة شؤون رئاسة الجمهورية)، بأن تدفع للمتعهد (الجهة المدعية) تعويضاً عادلاً ووفق ما تقرره الخبرة، بحيث يخفف من الخسارة الفادحة التي تعرض لها المتعهد نتيجة للظروف الأمنية الطارئة وردها إلى الحد المعقول، والحكم للجهة المدعية بفائدة قانونية قدرها ٥٪ على المبالغ المستحقة من تاريخ الادعاء ولغاية تاريخ الوفاء التام.

ومن حيث إن وكيل الجهة المدعية يؤسس دعواه على أن المادة /٥٣/ من نظام العقود الموحد الصادر بالقانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ تنص على الآتي:

أ . لا يكون المتعهد مسؤولاً عن التأخير الواقع بسبب من الجهة العامة أو الجهات العامة الأخرى.

د . إذا طرأت ظروف أو حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ التعهد وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً، بحيث يهدد بخسارة فادحة كان للمتعهد الحق بطلب تعويض عادل.

هـ .أما البت في الحالة الواردة في البند/د/ من هذه المادة فيعود للقضاء الإداري وحده."

وعلى قرار المحكمة الإدارية العليا رقم /١٨٠ . ٢٤٦ . ١٩٧١/ الذي نص على أن: "ارتفاع السعر الرسمي للمارك الأجنبي بالنسبة للنقد السوري نتيجة ارتفاع سعره العالمي، يعتبر حادثاً غير متوقع، وقد ترتب عليه إلحاق خسارة جسيمة بالمتعهد بالنسبة لقيمة المواد المتعاقد عليه، مما ينبغي معه التخفيف منها وردها على الحد المعقول، ويعود تقدير ذلك للمحكمة "، وقرار المحكمة الإدارية العليا رقم /١٢٩ . ٢٧١ . ١٩٧٢/ الذي نص على أن : "متعهد قدم أسعاره بالعملة السورية بالاستناد إلى سعر التحويل للمارك الألماني، له الحق باستيفاء الفرق الناتج عن ارتفاع سعر المارك الألماني كتعويض عما أصابه من ضرر" ، وقرار محكمة القضاء الإداري رقم /١٤٩ . ٢١٦ . ١٩٧٢/ الذي نص على:

يشترط لاستحقاق التعويض نتيجة ظروف طارئة:

١- أن يكون الظرف الطارئ خارجاً عن إرادة المتعاقدين.

٢- أن يكون الظرف الطارئ مما لا يمكن توقعه عادة، ولم يكن في نية المتعاقدين المشتركة حين توقيع العقد.

٣- أن تنقلب اقتصاديات العقد ويترتب على تنفيذه خسارة تجاوز فداحتها حد الخسارة العادية المألوفة، التي يتحملها أي متعاقد في أثناء التنفيذ."[١] .

ويبدو أن هذه المحكمة في حكمها المذكور قد خلطت ما بين نظرية الظروف الطارئة وفعل الأمير، لأن ما ينطبق على الحالة المذكورة هي شروط نظرية الأمير وليست شروط نظرية الظروف الطارئة، لجهة استحالة تنفيذ العقد نتيجة تدهور الظروف الأمنية، لظهور العصابات المسلحة ما جعل المتعاقد أمام استحالة مطلقة لمتابعة تنفيذ عقده.

ويرى الباحث أن مفهوم عدم التوقع، يجب أن ينظر إليه في علاقة الفعل أو الحادث الذي يطرأ في أثناء تنفيذ العقد من ناحية، وظروف الحال من ناحية أخرى، فالمعيار موضوعي، مع الوضع في الحسبان أن تقدير توفر هذا الشرط هو من السلطة التقديرية للقاضي الذي يبحث عما إذا كان في استطاعة الشخص العادي أن يتوقع حصول الفعل أو الحادث لو وجد في ذات الظروف عند التعاقد.

[١] قرار محكمة القضاء الإداري رقم (٣/١٢٦) لعام ٢٠٢٠في القضية ذات الرقم(٣/٤٧٩) لعام ٢٠٢٠م غير منشور.

المطلب الثالث

خروج الظرف الطارئ عن إرادة المتعاقدين

وهذا يعني أن يكون المتعاقدان غير قادرين على دفع الظرف الطارئ أو تلافي وقوعه[١]، فلكي تطبق نظرية الظروف الطارئة يجب أن يكون الظرف الخارجي الطارئ الذي قلب اقتصاديات العقد خارجاً مستقلاً عن إرادة الأطراف المتعاقدة، وهذا ما أيده العديد من الفقهاء الفرنسيين منهم الفقيه / جيز / بقوله: " إن الظروف الطارئة هي تلك التي تكون مستقلة عن إرادة الطرفين المتعاقدين".[٢]

وهناك رأي آخر يمثله الفقيه " لوبادير" في مطوله الذي يرى أنه يكفي لتطبيق هذه النظرية، أن لا يكون لإرادة المتعاقد دخل في حدوث الظرف الطارئ، وإن هذا الشرط لا يسري على السلطة الإدارية التي أبرمت العقد، بمعن بأنه يجوز أن يكون الظرف الطارئ قد وقع بإرادة هذه السلطة، ومع ذلك تطبق نظرية الظروف الطارئة، كما إذا اتخذت الإدارة إجراء جديداً ترتب عليه زيادة الأسعار فإن الإجراء قد يقع في هذه الحالة بإرادة السلطة العامة ولكن المتعاقد يكون له مع ذلك الحق في الاستناد إلى نظرية الظروف الطارئة للمطالبة بالتعويض إذا توافرت شروطها، وهذا يعني أن هذا الشرط يكون من ناحية المتعاقد وحده.[٣]

وهذا اختلاف يحتاج إلى تفصيل فبالنسبة إلى المتعاقد لا يستطيع إثارة نظرية الظروف الطارئة إلا إذا كان الظرف، الذي أحدث اختلالاً جسيماً بالتوازن المالي للعقد، مستقلاً وخارجاً عن إرادة المتعاقد بصورة مطلقة أي أجنبياً عنه، فإذا كان للمتعاقد علاقة باختلال العقد بصورة مباشرة أو غير مباشرة، فإنه لا يمكن إثارة تطبيق النظرية،

---

[١] د. ماهر صالح علاوي الجبوري، مرجع سابق، ص ٤٥٢.

[٢] د. زين العابدين بركات، مرجع سابق، ص ٦٩٢ و د. محمد الحسين، د . مهند نوح، مرجع سابق، ص٣٦٧ و د. سعيد نحيلي، مرجع سابق، ص٢٠٢.

[٣] د. محمد فؤاد مهنا، مرجع سابق، ص ٨٠٣.

والأمثلة على ذلك كثيرة فمثلاً: إذا كان المتعاقد قد ارتكب أخطاء أو إذا كان قد ارتكب خطأ في تقدير توقعاته ونحو ذلك، فإذا كان اختلال التوازن المالي للعقد يرجع في جزء منه إلى فعل المتعاقد، فإن القضاء يقدر بأي الشروط والظروف قد حدث ذلك، يستطيع تقدير التعويض مقابل الجزء من الخسارة الذي يعتبر أنه أجنبي على هذا الفعل[١].

وكذلك بالنسبة إلى الإدارة المتعاقدة فإنه ينبغي ألا تقع الظروف الطارئة نتيجة فعل الإدارة المتعاقدة كالخطأ ونحو ذلك، ومن ثم فإنه إذا كان الظرف الطارئ نتيجة لخطأ الإدارة أو تقصيرها، فهنا تطبق قواعد المسؤولية التعاقدية على الإدارة، أما إذا وقع الظرف الطارئ نتيجة تدخل الإدارة ولكن بإجراء صحيح من جانبها فهنا تطبق نظرية فعل الأمير إذا توافرت شروطها.[٢]

وقد قضت محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في١٩٥٧/٦/٣٠ بقولها: " إنه يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون الحادث أو الظرف خارجاً عن إرادة المتعاقدين ولا دخل لهذه الإرادة في وقوعه.

ومع ذلك توجد حالات عدّة يعود فيها اختلال التوازن المالي للعقد إلى فعل الإدارة المتعاقدة نفسها، ويصعب مع ذلك إثارة نظرية فعل الأمير لعدم توافر شروطها، فإن قضاء مجلس الدولة الفرنسي يعترف للمتعاقد بحقه بإثارة نظرية الظروف الطارئة بالنسبة إلى آثار عمل صادر من الإدارة [٣]، فضلاً عن ذلك عند انقلاب اقتصاديات العقد إلى إدارة غير تلك التي أبرمت العقد، فإن للمتعاقد أن يثير أيضاً نظرية الظروف الطارئة، وذلك عندما لا يمكن إثارة نظرية فعل الأمير، ومن أحكام المحكمة الإدارية العليا في مصر حكمها الصادر بتاريخ ١٩٩٣/٤/٤ و الذي جاء فيه: "ومن حيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة، يستلزم أن تطرأ

[١] د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٦١٩.
[٢] د. أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص ٢٣١.
[٣] د. مطيع علي حمود جبير، مرجع سابق، هامش ص ٥٨١.

خلال مدة تنفيذ العقد حوادث، أو ظروف طبيعية، أو اقتصادية، أو من عمل جهة إدارية غير الجهة المتعاقدة، أو من عمل إنسان آخر، لم تكن في حسبان المتعاقد عند إبرام العقد"[1].

بناءً عليه فإنه يجب لكي يستحق المتعاقد مع الإدارة التعويض، أن تكون العلاقة بينه وبين الظرف الطارئ الذي أصابه بالضرر مقطوعة تماماً.
فإذا كان هناك ارتباط بينه وبين هذا الظرف على أي وجه، فإن هذه النظرية وما ترتبه من آثار لا تنطبق في هذه الحالة[2].
فإذا تسبب المتعاقد في حدوث هذا الظرف الطارئ، أو شارك في أحداثه، كأن تأخر في تنفيذ التزامه أو أهمل في ذلك، فإن حدوث هذا الظرف الطارئ لا يستتبع تعويض المتعاقد بناءً على نظرية الظروف الطارئة [3] .

وهذا ما أخذ به القضاء الإداري السوري في العديد من أحكامه فقد حدد الشروط الواجب توافرها في الظرف الطارئ بشروط خمسة يجب توفرها مجتمعة وهي:

١- أن يكون اقتصادي البنية.
٢- وغير متوقع لا يمكن دفعه.
٣- وأن يكون خارجا عن إرادة المتعاقد.
٤- وأن يقع عقب إبرام العقد الإداري وقبل تمام تنفيذه.
٥- وأن يؤدي إلى إلحاق خسائر بالمتعاقد من شأنها أن تقلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب .

---

[1] د. مطيع علي حمود جبير، مرجع سابق، ص٥٨٠-٥٨١.
[2] د. جابر نصار، مرجع سابق ص ٢٩١.
[3] د. جابر نصار، المرجع نفسه، ص ٢٩٢.

وفي حكم حديث لمحكمة القضاء الإداري السورية عام ٢٠١٧ جاء فيه:

"ومن حيث أن المحكمة وبعد التمعن والتبصر ملياً بوثائق و أوراق الدعوى وجدت أن تقرير الخبرة الفنية الجارية بالدعوى قد نهض على أسس سليمة وصحيحة وجاء متفقاً مع الأصول والقانون ومستخلص استخلاصاً سائغاً من وقائع هذه الدعوى وحيثياتها الأمر الذي يجعله جديراً بالاعتماد وبالتالي الركون إلى النتيجة التي انتهى إليها وذلك على اعتبار إن الإدارة كانت قد تأخرت بالبت بعرض الجهة المدعية المقدم بتاريخ ٢٠١١/٢/٢٦م لغاية التعاقد مع المتعهد وإعطائه أمر المباشرة في ٢٠١١/١٠/٣م كما تأخرت بتسليم موقع العمل لغاية ٢٠١٢/٨/٨ وإن هذا التأخير المبرر زلق مدة التنفيذ إلى ما بعد تفاقم الأزمة في البلاد وما رافقها من انتشار المجموعات الإرهابية بموقع العمل وعدم إمكانية الوصول إليه فضلاً عن الحظر المفروض على القطر والتي تعتبر من الظروف القاهرة الخارجة عن إرادة طرفي العقد وعلى اعتبار أن أياً من الطرفين لم يتسبب بهذه الأحداث ولم يكن باستطاعة الجهة المدعية التغلب عليها أو الحيلولة دون وقوعها وجعلت تنفيذ العقد موضوع الدعوى مستحيلاً مما يجعلها والحالة هذه أمام قوة قاهرة تنطبق عليها أحكام الفقرة /ج/ من المادة /٥٣/ من القانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ والتي تنص على أنه يعفى المتعهد من تنفيذ التعهد إذا أضحى أمام استحالة مطلقة تحول دون قيامه بتنفيذ أحكام التعهد وكان ذلك غير ناجم عن تقصيره وراجعاً إلى ظروف خارجة تماماً عن إرادته ومع ذلك فإنه لا يجوز التغاضي عن أن التأخير من تاريخ تقديم المتعهد لعرضه في ٢٠١١/٢/٢٦م ولغاية تسليم موقع العمل في /٢٠١٢/٨/٨م أي لمدة تزيد عن السنة والنصف تبدلت خلالها معطيات وظروف التعاقد بين الطرفين التي تم التعاقد على أساسها ابتداءً وبذلك فإن الجهة المدعية تكون محقة في طلبها المتعلق بإعفاء المتعهد من تنفيذ العقد موضوع الدعوى وأما طلبها المتعلق بالتعويض فإن المطلب المذكور يكون في غير محله القانوني وجديراً بالرفض باعتبار أن موانع التنفيذ كانت بسبب أجنبي خارج عن إرادة الطرفين وأن أياً منهم لا يتحمل أية مسؤولية عن الأضرار التي لحقت بالطرف الآخر .

ومن حيث إنه تأسيساً على ما تقدم فقد قررت المحكمة إعفاء الجهة المدعية من تنفيذ العقد ذي الرقم /٤٣/ تاريخ ٢٠١١/١٠/٣م المبرم مع شركة سكر الغاب بكل ما يترتب عليه من آثار.[١]

وهكذا نجد أن مجلس الدولة السوري أخذ بهذا الشرط وطبق هذه النظرية استناداً إلى أن الظرف الطارئ كان لأسباب خارجة عن إرادة المتعاقدين.

[١] قرار محكمة القضاء الإداري رقم (٣/٩٨١) لعام ٢٠١٧م في القضية ذات الرقم(٢٠٨٦ / ٣) لعام٢٠١٧ غير منشور.

المطلب الرابع

وقوع الظرف الطارئ في أثناء تنفيذ العقد

يلزم لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يقع الظرف الطارئ خلال تنفيذ العقد الإداري وبعد ابرامه وبالتالي لا يعتد بالحدث الطارئ الذي يقع قبل إبرام العقد أو بعد انقضاء تنفيذه[1]، وهذا يعني إنه يتعين لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يقع الظرف الطارئ بعد التعاقد وقبل تمام العقد وفي أثناء تنفيذه فوقوعه قبل التعاقد يجعل المتعاقد مع الإدارة عالما به ويستطيع أن لا يعقد العقد ، وبالتالي فإذا قبل التعاقد في هذه الحالة فلا يكون أمام ظرف طارئ ولا تنطبق النظرية ، وكذلك يكون الحال إذا ما وقع الظرف الطارئ بعد إتمام العقد لأن العقد بتمام تنفيذه يكون قد انتهى[2]، كما أنه يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة خارج مدة تنفيذ العقد الأصلية ، ويحدث ذلك في حالتين :

١- إذا امتدت فترة تنفيذ العقد لمدة إضافية بناءً على طلب المتعاقد وموافقة الإدارة فإن وقع الظرف الطارئ خلال هذه المدة الإضافية فإن المتعاقد يستحق تعويضاً بناءً على نظرية الظروف الطارئة لأن هذه المدة الإضافية تأخذ حكم مدة التنفيذ الأصلية مادام أن الإدارة وافقت عليها.

٢- إذا كان المتعاقد قد تأخر في تنفيذ العقد عن الموعد المحدد وكانت الإدارة هي المتسببة في هذا التأخير فإنه إذا حدث ظرف طارئ خلال مدة التأخير فإن الإدارة تلتزم بتعويض المتعاقد بسبب هذا الظرف[3] .

---

[1] د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص ٧٥٨.
[2] د. حازم بيومي المصري مرجع سابق، ص ٣٢٨.
[3] د. حمدي ابو النور السيد، مرجع سابق، ص ٢٠٧.

وبالتالي يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يقع الظرف الطارئ خلال تنفيذ العقد وليس قبل انعقاده أو بعد انقضاء تنفيذه، أي بمعنى آخر أن يقع الظرف الطارئ بعد إبرام العقد وقبل الانتهاء من تنفيذه أي في أثناء تنفيذ العقد [١].

وإذا كانت نظرية الظروف الطارئة تطبق على جميع العقود الإدارية فإن تطبيقها يبدو أكثر في العقود الإدارية الكبرى كالتزام المرافق العامة والأشغال العامة والتوريد ، لأن هذه العقود تتطلب في الغالب وقتاً طويلاً لتنفيذها [٢].

ومع ذلك يتضح أن القاعدة في وجوب وقوع الظرف الطارئ تكون أثناء تنفيذ العقد الإداري لكن يثار تساؤل مهم عن الموقف من نظرية الظروف الطارئة التي تطرأ قبل إبرام العقد والأحداث التي طرأت بعد انتهاء مهلة التنفيذ؟

بالنسبة إلى الظروف التي تطرأ قبل إبرام العقد الأصل أن القاضي لا يعوض عن هذه الظروف ولكن لما كان إبرام العقود الإدارية يمر بمراحل ويتقدم المتعاقد مع الإدارة وتمر فترة من الوقت إلى أن تقبل الإدارة العطاء أو ترفضه وهو يلتزم في مواجهة الإدارة بما ورد في عطائه من شروط إلى أن تنتهي المهلة المقررة للإدارة لتبت في العطاء . وإذا حدث الظرف الطارئ خلال هذه المدة التي يلتزم فيها المتعاقد بإيجابه وجب الحكم بتعويضه أما إذا وقع الظرف الطارئ بعد المدة المقررة لقبول الإدارة للعطاء ولم تكن الإدارة قد بتت فيه، فإن من حق مقدم العطاء أن يسحب عطاءه ولا يلتزم به.[٣]

فإذا لم يقم مقدم العطاء بسحبة وتم التعاقد، فإنه يعدّ عالماً بالظرف الطارئ وقت التعاقد فلا يستحق تعويضاً.[٤]

---

[١] د. زين العابدين بركات، مرجع سابق، ص ٦٩٥.

[٢] د. الياس ناصيف، مرجع سابق، ص ٣٢٤.

[٣] د . سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٦٨٢ و د. محمد الحسين، د. مهند نوح، مرجع سابق، ص ٣٦٦.

[٤] د. محمود حلمى، مرجع سابق، ص ١٢٥

أما الأحداث التي طرأت بعد انتهاء مهلة التنفيذ فالأصل ألا يعوض عن هذه الظروف لأن تنفيذ العقد تم قبل حدوث الظرف الطارئ، غير إنه في بعض الحالات يمتد تنفيذ العقد إلى ما بعد المدة المحددة للتنفيذ فإذا كان امتداد التنفيذ وقع بناءً على طلب المتعاقد وموافقة الإدارة وأحدثت انقلاباً في اقتصاديات العقد خلال فترة التمديد فإن الاجتهاد الإداري يسمح بتطبيق النظرية ومنها ما وضحه مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ١٩٤٩/٤/٢٩ في قضية " Debosque" [١].

وقضت المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر في ١٩٦٢/٦/٩ بقولها: " إن مقتضى نظرية الحوادث الطارئة إلزام جهة الإدارة بمشاركة الشركة هذه الخسارة ضمانا لتنفيذ العقد الإداري تنفيذاً سليماً ويستوي أن يحصل التنفيذ من الشركة نفسها أو تقوم به جهة الإدارة نيابة عنها والشراء على حسابها كما أن تطبيق هذه النظرية لا يعفي الشركة من غرامة التأخير والمصاريف ويجب أن يؤخذ في الاعتبار عند توزيع الخسارة بين الشركة والوزارة الظروف التي أبرم فيها العقد من ارتفاع مفاجئ في الأسعار واستمرار هذا الارتفاع طوال مدة التنفيذ وما بذلته الشركة من محاولات للحصول على الزئبق بثمن محتمل وطلباتها المتعددة وقيام الحكومة نيابة عنها بالشراء على حسابها بعد انتظار طويل حتى بلغت الأسعار أقصاها في الارتفاع [٢].

أما إذا كان امتداد التنفيذ وقع من دون موافقة من الإدارة وبنتيجة خطأ من المتعاقد فلا يستفيد من تطبيق النظرية و إذا كان امتداد التنفيذ تم بخطأ من الإدارة فأن للمتعاقد الحق في التعويض عن الظروف الطارئة ويتضح ذلك من خلال حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٩٣٢/١/١٥ في قضية Ste les limousins.[٣]ومن أحكام المحكمة الإدارية العليا في مصر حكمها الصادر في١٩٨٢/١١/٢٠ ومما جاء فيه "الثابت في خصوص العقد محل المنازعة

---

[١] د. زين العابدين بركات، مرجع سابق، ص٦٩٦.
[٢] د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣٣٦.
[٣] د. مطيع علي حمود جبير، مرجع سابق، هامش ص٨٥٢

أن المدعي قد تعاقد في١٩٧٣/٩/١١ على إنشاء مبنى على أن يتم التنفيذ في موعد أقصاه يوم ١٩٧٣/١٢/٣١ إلا أن المدعى عليه تأخر في تنفيذ العملية المقدر لها ثلاثة أشهر ونصف شهر ولم يكن قد أنجز العملية حتى يوم سحب العملية في ٢٢/٩/١٩٧٥ إلا حوالي ٩٠٪ من الأعمال التي تتألف منها المقاولة ولئن كانت تنفيذ الأعمال المتبقية على حساب بمعرفة المقاول قد أسفر عن زيادة في الأسعار بلغت ١٩٥% للأعمال العادية ٢٦٠٪ للأعمال الصحية ٢٨٠٠٪ للأعمال الكهربائية إلا أن هذه الزيادات لا تنسب إلى ظروف حرب أكتوبر في سنة ١٩٧٣ إذ يجب أن تطرأ حوادث استثنائية خلال مدة تنفيذ العقد الإداري وأن تكون خلال المدة وليس بعدها مؤثرة في التزامات المتعاقد مع الإدارة ولم يثبت من الأوراق أن الأسعار ارتفعت فيما بين إبرام العقد مع المدعي عليه ونهاية مدة التنفيذ المتفق فيه يوم١٩٧٣/١٢/٣٠وكان من المعروف أن الأسعار لم ترتفع من جراء حرب أكتوبر سنة ١٩٧٣ إلا بعد مضي أكثر من سنة كاملة على انتهائها – لذلك فإنه يتعين الحكم بأن ظروف حرب أكتوبر سنة ١٩٧٣ لا تشكل بالنسبة للعقد محل المنازعة حوادث استثنائية عامة تهدد المدعي بخسائر فادحة على الحكومة تعويضه عنها".[١]

وهذا ما أخذت به المحكمة الإدارية السورية العليا في حكم حديث لها عام ٢٠١٩ حيث قررت الآتي:

" ومن حيث إن الأصل في القواعد المدنية التقليدية أن العقد شريعة المتعاقدين ولا يعفى أحد المتعاقدين من التزامه قبَلْ الطرف الآخر إلا القوة القاهرة وهي الحادث غير المتوقع الذي لا يمكن دفعه والذي يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً ، وقد وضع مجلس الدولة مبدأ جديداً مستمداً من قاعدة دوام سير المرافق العامة مقتضاه أنه إذا وجدت ظروف لم تكن في الحسبان وكان من شأنها أن تزيد الأعباء الملقاة على عاتق الملتزم إلى حد الإخلال بتوازن العقد إخلالاً جسيماً فللملتزم الحق في أن يطلب من الإدارة

[١] د.علي السويلم، مرجع سابق، ص ٨١-٨٢.

المساهمة إلى حد ما في الخسائر التي تلحق به ، وأن هذا المبدأ تم تكريسه في أحكام القانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ الخاص بنظام العقود للجهات العامة في المادة /٥٣/د/ السابق ذكرها . وأن المفاد من هذا المبدأ إنه إذا حدث أثناء تنفيذ العقد الإداري أن طرأت ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد وإذا كان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً بل أثقل عبئاً وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدات التقدير المعقول وإذا كانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة المألوفة العادية التي يتحملها أي متعاقد إلى خسارة فادحة استثنائية وغير عادية فإن من حق المتعهد أن يطلب من الإدارة مشاركته في هذه الخسارة التي تحملها فتعوضه تعويضاً جزئياً.

وإنه يجب لاستحقاق المتعهد هذا التعويض عن الأعباء الخارجية عن العقد توافر شروط ثلاثة هي:

أولاً – "أن يكون الحادث أو الظرف أجنبي عن المتعاقدين أي مستقلاً عن إرادتهما.

ثانياً – أن يكون الظرف أو الحادث مما لا يمكن توقعه عادة ولم يكن في حسبان المتعاقدين وبنيتها المشتركة عند إبرام العقد.

ثالثاً – أن التعويض لا يستحق إلا إذا انقلبت اقتصاديات العقد، بمعنى أن يترتب على تنفيذ العقد خسارة تجاوز فداحتها الخسارة العادية المألوفة التي يتحملها أي متعاقد أثناء التنفيذ".[1]

وهذا ما أكدته اللجنة المختصة في قسم الفتوى والتشريع في مجلس الدولة السوري حيث أوصت بالآتي:

من حيث أن جوهر القضية المستفتى بشأنها إنما يتعلق ببيان الرأي القانوني بتساؤلين:

[1] قرار المحكمة الإدارية العليا رقم (٣١٦/ع/١) لعام ٢٠١٩ في الطعن رقم (١/٢٧٤٧) لعام ٢٠١٩غير منشور.

أولهما يتصل بالظروف الطارئة أو القوة القاهرة التي تستوجب تبرير مدة للمتعهد عن فترة توقفه في العقود التي تجريها الإدارة معه وخاصة في عقود التوريد حول إضافة هذه المدة إلى العقد سيما إذا ذُكر أن على المتعهد تقديم الدفعة الأولى خلال شهر من تاريخ مباشرته للعمل ومدى اختلاف الأمر إذا ورّد مواده خلال مدة الشهر والحال بالنسبة لأن يورّد المتعهد مواده خلال شهر من تاريخ مباشرته و ورود مواده خلال الشهر دون وجود أي ظروف طارئة أو قوة قاهرة فهل تضاف المدة المتبقية من الدفعة الثانية منه خلال ثلاثة أشهر من توريد الدفعة الأولى وتغريمه عن المدة المتبقية من الشهر حسب رأي البعض قد يدفع المتعهد إلى تأخير دفعته إلى نهاية الشهر.

وثانيهما يتصل بنظام المستودعات فقد يتعرض أمين المستودع لحادث طارئ أو لغياب عن المستودع بسبب قاهر وتلجأ لجان الجرد إلى جرد المستودع حسب الواقع والوضع الراهن كونها ستجد صعوبة بالغة في تسجيل الرصيد الدفتري على جدول الجرد سيما إذا لم يكن قد رحّل مواده المسلمة إلى البطاقات ولن تتمكن اللجنة المذكورة من إحصاء ما قد سلمه في أغلب الأحيان.

ومن حيث إنه وفيما يخصّ الشق الأول من التساؤل الأول وإن كان ما قصدت إليه الجهة المستفتية بإضافة مدة إلى العقد إنما هو تمديد مدة العقد فإن نواظم ذلك أرسته المادة /٥٣/ ف/و من القانون ذي الرقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ والتي قضت بأن:

(على المتعهد أن يقدم جميع طلباته لتمديد مدة التعهد الناجمة عن حوادث مفاجئة أو أحوال طارئة أو قوة قاهرة أثناء تنفيذ التعهد خلال مدة خمسة عشر يوماً من تاريخ وقوع السبب المؤدي للتأخير شارحاً الأسباب التي تضطره للتأخير ويعتبر عدم تقديم المتعهد لهذا الطلب خلال المدة المذكورة إقراراً منه بعدم وجود أسباب مبررة لأي تأخير وبالتالي إسقاطاً لحقه في الاعتراض على الغرامات التي تترتب عليه جراء هذا التأخير).

ومن حيث إنه وفي حال تحقق شروط أعمال النص القانوني السالف فإنه ليس ثمة ما يحول دون تمدد المدة العقدية المحددة إن تجاوزت مدة التوقف أو التأخير مدة الشهر

المحددة لتوريد الدفعة الأولى فإن لم تتجاوزها فإن الإضافة أو التمديد يفقد مسوّغ إجرائه القانوني بحسبان أن التوريد قد تم فعلاً في الإطار الزمني الذي ارتضاه الجانبان المتعاقدان.

ومن حيث إنه وفيما يخص الشق الثاني للتساؤل الأول فإنه غني عن البيان أن العقد شريعة المتعاقدين لا يحلّ نقضه أو تعديله إلا بإرادة أطرافه أو للأسباب التي يوجبها القانون ويجب تنفيذه وفقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حُسن النيّة.

ومن حيث إنه في حالة كون النص العقدي جليّاً لجهة القضاء بسريان ميعاد توريد الدفعة الثانية من المواد العقدية خلال ثلاثة أشهر من تاريخ توريد الدفعة الأولى (والمحدد شهراً لتوريدها) فإن ميعاد سريان مدة توريد الدفعة الثانية يكون خلال ثلاثة أشهر من توريد الدفعة الأولى وإن تم توريد الأخيرة خلال مدة الشهر وذلك إعمالاً لصريح النص إذ لا محلّ للتأويل في ذلك والقول بضم المدة المتبقية من الشهر المحدد لتوريد الدفعة الأولى لمدة توريد الدفعة الثانية بحسبان إنه إن كانت عبارات العقد واضحة فلا يحلّ الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرّف على إرادة المتعاقدين.

ومن حيث إنه وفيما يخص التساؤل الثاني فلا بدّ من الإيضاح بأن اللجنة المختصة في القسم الاستشاري للفتوى والتشريع في مجلس الدولة إنما تتصدى لإبداء الرأي القانوني حول تفسير نص قانوني شابه لبس أو حالة قانونية اعتراها الغموض دون أن يتعدى ذلك للبحث بأمور تستقل الإدارة بموازنتها وتقديرها وفق ما تمليه عليها نظامية وحُسن سير عملها.

ومن حيث إن التساؤل الماثل لا يتعلق بتفسير نص قانوني شابه لبس أو حالة قانونية اعتراها الغموض، الأمر الذي يحجب عن اللجنة المختصة أمر التصدي لبحث التساؤل الثاني وتجد معه اللجنة المختصة عدم ملاءمة إبداء الرأي فيه.

فلهذه الأسباب أقرت اللجنة المختصّة الرأي التالي:

أولاً- في حال تحقق شروط ونواظم أعمال المادة /٥٣/ف/و من القانون /٥١/ لعام ٢٠٠٤ فليس ثمة حائل قانوني دون تمديد المدة العقدية المحددة إن تجاوزت مدة التوقف والتأخير الشهر المحدد كإطار زمني لتوريد الدفعة الأولى فإن لم تتجاوزه فليس ثمة ما يسوّغ التمديد طالما أن التوريد تم ضمن المهلة التي ارتضاها الجانبان المتعاقدان.

ثانياً – يتعين تنفيذ العقد وفقاً لما اشتمل عليه فيبقى سريان ميعاد توريد الدفعة الثانية خلال ثلاثة أشهر من تاريخ توريد الدفعة الأولى وإن تم توريد الأخيرة خلال مدة الشهر، الأمر الذي يتعذر معه إضافة المدة المتبقية من الشهر المذكور آنفاً للمدة العقدية لتوريد الدفعة الثانية لافتقار ذلك لأي مبرر قانوني يسوّغه.[1]

وهذا ما أكدته أيضاً محكمة القضاء الإداري السورية في حكم حديث جداً صدر عام ٢٠٢٠ حيث قررت الآتي:

ومن حيث إن وكيل الجهة المدعية يؤسس دعواه على أن المادة /٥٣/ من نظام العقود الموحد الصادر بالقانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ تنص على ما يلي:

((أ . لا يكون المتعهد مسؤولاً عن التأخير الواقع بسبب من الجهة العامة أو الجهات العامة الأخرى.

د . إذا طرأت ظروف أو حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ التعهد وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً بحيث يهدد بخسارة فادحة كان للمتعهد الحق بطلب تعويض عادل، هـ ..أما البت في الحالة الواردة في البند /د/ من هذه المادة فيعود للقضاء الإداري وحده ..، وعلى قرار المحكمة الإدارية العليا رقم /١٨٠ . ٢٤٦ . ١٩٧١/ الذي نص على : (ارتفاع السعر الرسمي للمارك الأجنبي بالنسبة للنقد السوري نتيجة ارتفاع سعره العالمي يعتبر حادثاً غير متوقع وقد ترتب

[1] رأي اللجنة المختصة بقسم الفتوى والتشريع في مجلس الدولة رقم (٢٤٥)لسنة ٢٠١١في القضية رقم (٢٦٤/ ف) لسنة ٢٠١١ غير منشور.

عليه إلحاق خسارة جسيمة بالمتعهد بالنسبة لقيمة المواد المتعاقد عليه مما ينبغي معه التخفيف منها وردها على الحد المعقول ويعود تقدير ذلك للمحكمة)، وقرار المحكمة الإدارية العليا رقم /١٢٩ – ٢٧١ –١٩٧٢/ الذي نص على أنه: (متعهد قدم أسعاره بالعملة السورية بالاستناد إلى سعر التحويل للمارك الألماني . له الحق باستيفاء الفرق الناتج عن ارتفاع سعر المارك الألماني كتعويض عما أصابه من ضرر)، وقرار محكمة القضاء الإداري رقم /١٤٩– ٢١٦ –١٩٧٢/ الذي نص على : (يشترط لاستحقاق التعويض نتيجة ظروف طارئة أن يكون الظرف الطارئ خارجاً عن إرادة المتعاقدين، ٢ _ أن يكون الظرف الطارئ مما لا يمكن توقعه عادة ولم يكن في نية المتعاقدين المشتركة حين توقيع العقد، ٣ _ أن تنقلب اقتصاديات العقد ويترتب على تنفيذه خسارة تجاوز فداحتها حد الخسارة العادية المألوفة التي يتحملها اي متعاقد أثناء التنفيذ).[١]

ويتفق الباحث مع الجانب الذي يقول إنه يجب أن يقع الظرف الطارئ في الأصل بعد إبرام العقد وفي أثناء مرحلة تنفيذه وقبل إتمام تنفيذه كي تكون هناك فترة من الزمن تجد فيها النظرية ما يؤدي إلى الإخلال باقتصاديات العقد أما إذا وقعت قبل إبرام العقد فلا مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة.

[١] قرار محكمة القضاء الإداري رقم (٣/١٢٦) لعام ٢٠٢٠ في القضية ذات الرقم (٣/٤٧٩) لعام ٢٠٢٠م غير منشور

المطلب الخامس

أن يؤدي الظرف الطارئ إلى قلب اقتصاديات العقد

يقصد بقلب اقتصاديات العقد اختلال التوازن المالي للعقد بأن يلحق بالمتعاقد ضرر على قدر كبير من الجسامة وبمعنى آخر يتعين أن يصيبه الظرف الطارئ بخسائر فادحة إلا أن هذه الخسائر وإن كانت فادحة فيجب ألا تصل إلى حد منع المتعاقد من القيام بالتزامه وهو ما يميز نظرية الظروف الطارئة عن القوة القاهرة ففي النظرية الأولى يكفي أن يصبح الالتزام مرهقا إرهاقا شديداً، أما في الثانية فيكون تنفيذ الالتزام مستحيلا وهو ما يفضي إلى إنهاء العقد[١].

ولكن يلاحظ أن نظرية الظروف الطارئة لا تطبق ، ولا يستحق المتعاقد تعويضاً إذا كانت الخسائر التي أحدثها الظرف الطارئ بسيطة أو عادية لأن مثل هذه الخسائر يتحملها المتعاقد فهي من الأمور المتوقعة في أي عقد وعليه تحملها طالما أنها لا تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد[٢] وقد اختلف الفقه في تحديد معيار مدى تأثير الظرف الطارئ على اقتصاديات العقد ، فقد ذهب اتجاه إلى أن المعيار هنا شخصي على أساس قدرة المتعاقد على تحمل الخسارة أو عدم تحملها ، فهو معيار نسبي ويختلف من متعاقد إلى آخر فهناك ظروف طارئة تؤدي إلى إرهاق المتعاقد إرهاقاً شديداً ويقلب اقتصاديات العقد، وفي حالة أخرى قد تؤدي نفس الظروف نفسها إلى ذات النتيجة بالنسبة إلى متعاقد آخر[٣].

في حين يرى اتجاه آخر – وبحق – أن المعيار موضوعي بحت لا ينظر فيه إلى مدى تحمل المدين شخصيا للخسارة في حالة الظرف الطارئ وإنما على مدى تحمل الشخص العادي لآثار الظرف الطارئ[٤]، ويجري عند تحديد مدى جسامة الضرر الذي

---

[١] د. ابراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص ٢٧٦.
[٢] د. حمدي أبو النور السيد، مرجع سابق، ص ٢٠٨.
[٣] د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص ٣٣٩ ، د. احمد سلامة بدر ، مرجع سابق ، ص ٢٣٤ .
[٤] د. محمد ماهر ابو العينين، الكتاب الثالث، مرجع سابق ، ص ١٥٣.

يصيب المتعاقد بسبب الظرف الطارئ أن يدخل في جميع عناصر العقد التي تؤثر في اقتصادياته ولا يقتصر على عنصر من دون الآخر فلا يكون بعض العناصر مجزياً ومعوضاً عن العناصر الأخرى، ويصل في النهاية كما إذا كان مجموع تلك العناصر قد وصل إلى حد قلب اقتصاديات العقد من عدمه[١] .

يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون من شأن هذه الحوادث أن تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد، فلا يكفي أن يترتب عليها خسارة الاستثمار أو حالة تجاوز السعر المحدد بل يجب أن يؤدي إلى قلب في اقتصاديات العقد، بمعنى أن يحدث هذا الانقلاب تأثيراً جسيماً وغير طبيعي في العقد.[٢]

ويقصد بقلب اقتصاديات العقد "قلب التوازن المالي للعقد بأن يلحق بالمتعاقد ضرراً كبيراً على قدر من الجسامة وبمعنى آخر أن تصيبه خسارة جسيمة إلا أن هذه الخسارة مهما بلغت من الجسامة يجب ألا تصل إلى منع المتعاقد من القيام بالتزامه وهو ما يميز نظرية الظروف الطارئة عن القوة القاهرة ففي النظرية الأولى يكفي أن يصبح الالتزام مرهقا أما في الثانية فتجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً و هو ما يفضي إلى إنهاء العقد ويخرج من نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة مجرد نقص في إيرادات المتعاقد أو تقليل الربح المحتملة أو حتى فقدان أرباح المشروع بالكامل"[٣]

كما أن قلب اقتصاديات العقد هي فكرة نسبية تقدر في كل حالة وفقا لظروف كل عقد على حدة ويضع مجلس الدولة الفرنسي نصب عينيه عوامل عدة مثل رقم الأعمال الخاص بالشركة المتعاقدة ومقدار احتياطاتها، ومدى سهولة حصولها على الأموال اللازمة لممارسة نشاطها وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ١٩٤٤/١١/٨ في قضية "Cie des eh . de fer d'Enghiem",[4]

---

[١] د. مطيع علي حمود جبير ، مرجع سابق ، ص٥٨٥.
[٢] د.علي السويلم، مرجع سابق، ص٨٣-٨٤.
[٣] د. ابراهيم محمد على، مرجع سابق، ص٢٧٦.
[4] د. سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص٦٢٣.

كما أن تقلب اقتصاديات العقد في حالة توزيع الأرباح على المساهمين لا يمنع من انتفاعه من نظرية الظروف الطارئة. وبناءً على ذلك فإن الظرف الطارئ يؤدي إلى أن يصبح الالتزام مرهقا للمتعاقد مع الإدارة إرهاقاً شديداً. وقياس مدى تأثير الظرف في اقتصاديات العقد إنما تقاس بقدرة المتعاقد على تحمل هذه الخسائر أو عدم تحملها فهو ليس معياراً جامداً بل يختلف تطبيقه من متعاقد إلي آخر فهناك ظرف طارئ يؤدي إلى الأضرار بالمتعاقد ويرهقه إرهاقاً شديداً وفي حالة أخرى لا يؤدي الظرف نفس إلى النتيجة ذاتها.[1]

وهذا ما أشارت إليه محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في١٩٦٠/٦/١٩بقولها "إن مقتضى نظرية الظروف الطارئة أن يكون الظرف الطارئ أثقل وأشق كلفة مما قدره المتعاقدان تقديراً معقولاً، بأن الخسارة الناشئة عنه، والتي تلحق المتعاقد، فادحة واستثنائية تجاوز الخسارة العادية، بمعنى أنه إذا لم يترتب على الظرف الطارئ خسارة ما أو كانت الخسارة طفيفة بالنسبة إلى عناصر الضرر في مجموعه، أو أنحصر كل أثر الظرف الطارئ في تفويت فرصة الربح على المتعاقد فإنه لا يكون ثمة مجال لإعمال الأحكام النظرية" [2]

وعند تحديد جسامة الضرر الذي يصيب المتعاقد بسبب الظرف الطارئ بالنظر إلى العقد في مجموعه لا إلى عنصر من عناصره وهذا ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر في ١٩٧٢/٦/١٧ بقولها: " يجب لتقدير انقلاب اقتصاديات العقد واعتبارها قائمة أن يدخل في الحساب جميع عناصر العقد التي تؤثر في اقتصادياته واعتبار العقد في ذلك وحده ويفحص في مجموعه لا أن بنظر إلى أحد عناصره فقط، بل يكون ذلك بمراعاة العناصر التي يتألف منها إذ قد يكون بعض هذه العناصر مجزياً ومعوضاً عن العناصر الأخرى التي أدت إلى الخسارة ومن ثم فإن

[1] د. الياس ناصيف، مرجع سابق، ص٣٢٩.
[2] د. مطيع علي حمود جبير، مرجع سابق، ص ٥٨٥.

انقلاب اقتصاديات العقد مسألة لا تظهر ولا يمكن التحقق من وجودها إلا بعد انجاز جميع الأعمال المتعلقة بالعقد [١].

ولكن قد يحدث أن يمارس المتعاقد مع الإدارة أنواعاً من النشاط ويختلف تقدير الإرهاق بحسب الأحوال ويجب على المتعاقد أن يأخذ في الحسبان جميع أوجه النشاط التي يمارسها كعقد الامتياز يجب أن يحسب في تقدير الإرهاق ما تحصل عليه الشركة من أرباح الشركات الأخرى وقد يمارس المتعاقد أنشطة أخرى أيضا بمقتضي عقد واحد كتنفيذ أشغال عامة في هذه الحالة يجب أن يأخذ جميع الأعمال المنصوص عليها في العقد لكن لا يدخل في تقدير الإرهاق أنشطة للمتعاقد تعدّ أجنبية عن العقد كبيع مواد لا علاقة لها بموضوع العقد ونحو ذلك أما إذا مارس نشاطاً وحداً بمقتضى عقدين فهنا يتم تقديره بالنسبة إلى كل عقد على حدة.[٢]

ولكي يعوض القضاء الإداري عن الظرف الطارئ يتعين أن يكون من شأن هذا الظرف أن يؤدي إلى إلحاق خسائر بالمتعاقد من شأنها أن تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب وهذا ما اخذ به القضاء الإداري المصري في العديد من أحكامه حيث قالت محكمة القضاء الإداري المصرية في أحد أحكامها: " إن مقتضى نظرية الظروف الطارئة أن يكون الظرف الطارئ أثقل واشد كلفة مما قدره المتعاقدان تقديراً معقولاً بأن تكون الخسارة الناشئة عنه والتي تلحق المتعاقد فادحة واستثنائية تجاوز الخسارة العادية، بمعني أنه إذا لم يترتب على الظرف الطارئ خسارة ما أو كانت الخسارة طفيفة بالنسبة إلى عناصر الضرر في مجموعه أو انحصر كل أثر الظرف الطارئ في تفويت فرصة الربح على المتعاقد، فإنه لا يكون ثمة مجال لإعمال أحكام هذه النظرية .."، وهذا ما رددته المحكمة الإدارية العليا المصرية في العديد من أحكامها[٣]

---

[١] د. احمد عبد الرزاق خليفة السعيدان، مرجع سابق، ص٥٤.
[٢] د. سليمان الطماوى، مرجع سابق، ص ٦٨٤.
[٣] د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص٦٨٥ و د. جابر نصار، مرجع سابق، ص ٢٩٢.

هذا ويشير جانب من الفقه السوري إلى أنه لا يشترط في الضرر الفعلي الذي يصيب المتعاقد درجة معينة من الجسامة فقد يكون هذا الضرر برأي هذا الجانب جسيماً أو يسيراً وقد يتمثل في خسارة فعليه تصيب المتعاقد أو قد يكون مجرد إنقاص للربح الذي يعود عليه [1]

ولا يؤيد الباحث هذا الرأي لأن الضرر في الظرف الطارئ يجب أن يكون جسيماً والخسارة فادحة وهذا ما اخذ به مجلس الدولة الفرنسي والمصري والسوري وما قال به معظم فقهاء القانون العام في كل من فرنسا ومصر وسورية

وقد أخذت محكمة القضاء الإداري السورية بهذا الشرط في العديد من أحكامها حيث قررت في حكم حديث لها عام ٢٠٢٠ الآتي:

" ومن حيث إن وكيل الجهة المدعية يؤسس دعواه على أن المادة /٥٣/ من نظام العقود الموحد الصادر بالقانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ تنص على ما يلي: أ . لا يكون المتعهد مسؤولاً عن التأخير الواقع بسبب من الجهة العامة أو الجهات العامة الأخرى.

د . إذا طرأت ظروف أو حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ التعهد وأن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً بحيث يهدد بخسارة فادحة كان للمتعهد الحق بطلب تعويض عادل، هـ ..أما البت في الحالة الواردة في البند /د/ من هذه المادة فيعود للقضاء الإداري وحده ..)، وعلى قرار المحكمة الإدارية العليا رقم /١٨٠ . ٢٤٦ . ١٩٧١/ الذي نص على أن : (ارتفاع السعر الرسمي للمارك الأجنبي بالنسبة للنقد السوري نتيجة ارتفاع سعره العالمي يعتبر حادثاً غير متوقع وقد ترتب عليه إلحاق خسارة جسيمة بالمتعهد بالنسبة لقيمة المواد المتعاقد عليه مما ينبغي معه التخفيف منها وردها إلى الحد المعقول ويعود تقدير ذلك للمحكمة)، وقرار

[1] د. محمد الحسين، د. مهند نوح، مرجع سابق ص ٣٦٦.

المحكمة الإدارية العليا رقم /١٢٩ – ٢٧١ – ١٩٧٢/ الذي نص على أن : (متعهد قدم أسعاره بالعملة السورية بالاستناد إلى سعر التحويل للمارك الألماني . له الحق باستياء الفرق الناتج عن ارتفاع سعر المارك الألماني كتعويض عما أصابه من ضرر)، وقرار محكمة القضاء الإداري رقم /١٤٩ –٢١٦ –١٩٧٢/ الذي نص على أن: (يشترط الاستحقاق التعويض نتيجة ظروف طارئة أن يكون الظرف الطارئ خارجاً عن إرادة المتعاقدين، ٢ _ أن يكون الظرف الطارئ مما لا يمكن توقعه عادة ولم يكن في نية المتعاقدين المشتركة حين توقيع العقد، ٣ _ أن تنقلب اقتصاديات العقد ويترتب على تنفيذه خسارة تجاوز فداحتها حد الخسارة العادية المألوفة التي يتحملها اي متعاقد أثناء التنفيذ).[١]

وفي حكم آخر لها قررت:

١– يتوقف تطبيق نظرية الظروف الطارئة على توافر ثلاثة شروط هي ألا يكون العقد قد نفذ حين حدوث الظرف الطارئ وأن يقع الأمر الطارئ دون أن يكون متوقعا من أحد المتعاقدين وأن يخل الظرف الطارئ باقتصاديات العقد بحيث يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين.

٢– في العقود المستمرة التي يوكل أمر تنفيذها إلى المستقبل إذا حدث أمر مفاجئ من شأنه أن يخل بالتوازن الاقتصادي لسنة واحدة من سني الاستثمار فإنه يتعين قصر البحث في تخفيف آثار ذلك الحادث على تلك السنة فقط دون أن يتعدى الأمر مجموع مدة الاستثمار سواء أكانت حصيلة السنوات الأخرى ربحاً أم خسارة.[٢]

[١] قرار محكمة القضاء الإداري رقم(٣/١٢٦) لعام ٢٠٢٠في القضية رقم(٣/٤٧٩) لعام ٢٠٢٠م غير منشور.
[٢] قرار المحكمة الإدارية العليا رقم(١٩٦٨/٧٧/٦٨) مجموعة مبادئ القضاء الإداري، مرجع سابق، ص ٣٩١.

ويرى الباحث مما سبق أن للظرف الطارئ شروطا خمسة يجب توفرها مجتمعة وهي:

١- أن يكون اقتصادي البنية

٢- وغير متوقع لا يمكن دفعه

٣- وأن يكون خارجا عن إرادة المتعاقد

٤- وأن يقع عقب إبرام العقد الإداري وقبل تمام تنفيذه

٥- وأن يؤدي إلى إلحاق خسائر بالمتعاقد من شأنها أن تقلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب.

المبحث الثالث

آثار نظرية الظروف الطارئة

تقع فكرة نظرية الظروف الطارئة في مركز وسط بين الحالة العادية التي يستطيع فيها المتعاقد أن يوفي بالتزاماته التعاقدية، وبين حالة القوة القاهرة التي تؤدي إلى انقضاء العقد وتحرير المتعاقد من التزاماته، وهذه الفكرة التي تحكم الآثار المترتبة على نظرية الظروف الطارئة، هذا وتنهض نظرية الظروف الطارئة على فكرة جوهرية وهي اعتراض تنفيذ العقد ظرفاً طارئاً بالشروط التي تكلمنا عنها يؤدي إلى أن تصبح التزامات المتعاقد مع الإدارة مرهقة له وتؤدي إلى خسارته خسارة فادحة.

في هذه الحالة يجب على الإدارة أن تشارك المتعاقد معها في خسارته فتتحمل جانباً منها وعلى ذلك فهي لا تقدم تعويضاً كاملاً عن خسارته بمقتضى الظرف الطارئ وإنما هي تقدم عوناً مؤقتاً يقيل عثرته ويعينه على أداء التزاماته العقدية.

فضلاً عن أن أعمال هذه النظرية لا يؤدي إلى انتهاء التزامات المتعاقد فعلى الرغم من الصعوبة التي تنتج عن وجود الظرف الطارئ إلا أن التزامات المتعاقد مع الإدارة تظل مستمرة بدون انقطاع [1] وبناءً عليه سنقوم بدراسة الآثار المترتبة على هذه النظرية على النحو الآتي:

المطلب الأول: استمرارية التزامات المتعاقد في تنفيذ العقد.

المطلب الثاني: حق المتعاقد في الحصول على معاونة الإدارة .

المطلب الثالث: المعاونة الإدارية المؤقتة (نهاية الظروف الطارئة) .

[1] د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص٢٩٣.

المطلب الأول

استمرارية التزامات المتعاقد في تنفيذ العقد

يمتاز الظرف الطارئ بصفة أساسية أنه لا يحرر المتعاقد من التزامه، لأن هذا الالتزام ـ إذا كان مرهقا ـ فإنه ممكناً، وغاية النظرية كما أوضح مجلس الدولة الفرنسي في (قضية غاز بوردو) تمكين المتعاقد من الوفاء بالتزاماته كاملة، لأن كل إخلال بهذه الالتزامات لن يضار من ورائه إلا المستفيدون ، وإذا كانت النظرية قد تقررت لأول مرة بمناسبة عقد الامتياز فإن مداها يشمل جميع العقود الإدارية ولهذا فإن الالتزام السابق ينصب على عاتق جميع المتعاقدين الذين يحاولون الاستفادة من النظرية، كملتزم الأشغال العامة أو التوريد.[1]

وقد أكدت على ذلك المحكمة الإدارية المصرية العليا في حكمها الذي سبقت الإشارة إليه. ذلك أن الشركة المتعاقدة قد توقفت عن توريد الزئبق لارتفاع أسعار .. ولكن الإدارة تولت الشراء على حسابها بالأسعار المرتفعة، فقضت المحكمة أن هذا الشراء على حساب الشركة يفترض استمرار العقد منتجاً لآثاره فيقع على عاتقها (الشركة) غرامة التأخير والمصاريف الإدارية التي تكبدتها الوزارة في عملية الشراء، وذلك مع تطبيق نظرية الظروف الطارئة، بل وقررت المحكمة في حكمها أيضاً أنه يجب أن يؤخذ في الحسبان عند توزيع الخسارة بين الشركة والوزارة الظروف التي أبرم فيها العقد من ارتفاع مفاجئ في أسعار الزئبق بسبب تهافت الدول الكبرى على شرائه، واستمرار هذا الارتفاع طوال مدة التنفيذ، وما بذلته الشركة من محاولات للحصول على الزئبق بثمن محتمل وطلباتها المتعددة لإعفائها من التوريد وقيام الحكومة نيابة عنها بالشراء على حسابها بعد انتظار طويل حتى بلغت الأسعار أقصاها في الارتفاع[2].

---

[1] د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٦٩٠.

٢ د. سليمان الطماوي مرجع سابق، ص ٦٩١.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر في١٩٦٩/٧/٥ بالآتي :" يأتي من المبادئ المقررة أن العقود الإدارية تتميز بطابع خاص، مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة ولما كان العقد الإداري يتعلق بمرفق عام فلا يسوغ للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق بحجة أن ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلى الإخلال بالوفاء بأحد التزاماتها، بل يتعين عليه إزاء هذه الاعتبارات أن يستمر في التنفيذ مادام ذلك في استطاعته، ثم يطالب جهة الإدارة بالتعويض عن إخلالها بالتزاماتها وإن كان لذلك مقتضى، وكان له فيه وجه حق فلا يسوغ له الامتناع عن تنفيذ العقد بإرادته المنفردة وإلا حقت مساءلته عن تبعة فعله السلبي"[١] .

ومنها ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر في ١٩٨٥/١١/٣٠ من أنه :" ليس مؤدى تطبيق نظرية الظروف الطارئة – بعد توافر شروطها – أن يمتنع المتعاقد فوراً عن تنفيذ التزاماته الواردة بالعقد، وللمتعاقد أن يدعو الإدارة المتعاقد معها لمشاركته في تحمل نصيب من الخسارة التي حاقت به نتيجة تنفيذ العقد في ظل الظروف الطارئة، فإذا رفضت جهة الإدارة يلجأ المتعاقد إلى القضاء".[٢]

وبالتالي يتعين على طرفي العقد بالرغم من الظروف الطارئة الاستمرار في تنفيذ التزاماتهما وهذا الاستمرار أساسه ضرورة سير المرفق العام بانتظام واطراد ومن ثم لا يعفي المتعاقد مع الإدارة من الوفاء بالتزاماته التعاقدية لوقوع ظرف طارئ على الرغم من أن هذا الالتزام أصبح مرهقا له إلا أنه ما زال ممكناً فلا يعفي المتعاقد من التزاماته إلا عند حدوث القوة القاهرة التي تجعله مستحيلاً ومن ثم يترتب على أن المتعاقد مع الإدارة إذا توقف عن ذلك سوف يتعرض للجزاءات التي تملكها الإدارة كما أن هذا

---

١ د. أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص٢٣٧.

٢ د. مطيع علي حمود جبير، مرجع سابق، ص٥٨٨.

التوقف سوف يحرمه من حقه في المطالبة بتطبيق النظرية إذا توافرت شروطها وفي مد يد العون والمساعدة له كما أنه سوف لتوقع غرامات التأخير ولا يجديه نفعاً الاحتجاج بهذا الظرف الطارئ "[1].

وهو ما أخذت به فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لدى مجلس الدولة المصري بقولها:

" فإذا توقف المتعاقد عن تنفيذ العقد المبرم بينه وبين جهة الإدارة بعد أن نفذ جزءاً منه فإن دواعي تطبيق الظروف تتخلف بالنسبة له اذ كان يتعين عليه أن يستمر في التنفيذ حتى يحتفظ بحقه في المطالبة بتطبيق تلك النظرية إن توافرت شروط أعمالها."[2]

ويرى الباحث أن هذه الفتوى كانت صائبة لجهة أن العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد هدفه تحقيق مصلحة عامة وضرورة استمرار سير المرفق العام وأن يشارك أيضاً المتعاقد في الخسارة التي حدثت إضافة إلى الإدارة المتعاقدة.

وقد يحدث في العمل أن يتحول الظرف الطارئ إلى قوة قاهرة خلال فترة قصيرة من الزمن وحينئذ يكون من حق المتعاقد أن يتوقف عن تنفيذ العقد خلال تلك الفترة ويتعين أن يعاود التنفيذ متى زالت القوة القاهرة وإلا أمتنع عليه الاستناد إلى نظرية الظروف الطارئة، وهذا ما أخذ به مجلس الدولة الفرنسي في العديد من أحكامه القديمة والحديثة [3].

وكل ما سبق يؤيده معظم الفقه السوري والقضاء الإداري السوري في الكثير من أحكامه ولكن جانب من الفقه السوري يرى إنه إذا توقف المتعاقد عن تنفيذ التزاماته بسبب القوة

---

[1] فاضل شاكر أحمد مصطفي، مرجع سابق، ص٢٩. ، د. زين العابدين بركات، مرجع سابق، ص٧٠١.

[2] د. جابر نصار، مرجع سابق، ص ٢٩٥.

[3] د. ابراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص ٢٨٥.

القاهرة فإن ذلك سوف يؤدي إلى إيقاع أشد الجزاءات بحقه مستندا هذا الرأي إلى الفقيه الفرنسي " جيز ".

و برأينا فإن هذا الجانب من الفقه لم يُحالف الصواب وفيه مغالاة ومحاباة للإدارة ذلك لأن القوة القاهرة عي عبارة عن حالة يستحيل فيها تنفيذ العقد فكيف نوقع عليه أشد الجزاءات وبالتالي نرى أن المتعاقد إذا استمر في تنفيذ عقده مع الإدارة بالرغم من الظرف الطارئ فإنه يستحق التعويض أما إذا توقف عن تنفيذ التزامه بسبب القوة القاهرة فإنه هذا يعفيه من تنفيذ التزامه وعدم إيقاع جزاءات عليه وهو ما أجمع عليه الفقهاء في فرنسا ومصر وسورية وأخذ به القضاء الإداري في هذه الدول وأيضاً قوانين العقود المعنية بهذا الموضوع .

وبالتالي يتبين لنا أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة لا تؤدي إلى توقف المتعاقد مع الإدارة في أداء ما يترتب عليه من التزامات لذلك فإن استمراره في تنفيذ العقد أمر لازم على الرغم من حدوث الظروف غير المتوقعة والتي لم يكن له فيها دخل وكل ما يستطيع أن يطالب به أن تساعده جهة الإدارة في تحمل بعض جوانب الخسارة التي لحقت به وبالمقابل إذا توقف المتعاقد عن تنفيذ العقد فإن ذلك يمثل خطأً عقدياً تستطيع بمقتضاه الإدارة أن تفرض عليه الجزاء المناسب.

المطلب الثاني

حق المتعاقد في الحصول على معاونة الإدارة

في حالة تحقق شروط نظرية الظروف الطارئة تلتزم الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد بتحمل جزء من الخسارة التي لحقت به إلا أن التعويض في هذه الحالة ليس كاملاً يشمل كل ما أصاب المتعاقد من خسارة وما فاته من كسب كما هو الحال في نظرية فعل الأمير وإنما هو تعويض جزئي تتحمل الإدارة جانباً من هذه الخسارة التي أصابته بسبب الظروف الطارئة إذ إن المتعاقد بوصفه صاحب مشروع يجب أن يتحمل جانباً من الخسارة الناشئة عن الظروف غير المتوقعة وهذا يعني أن الخسارة توزع بين طرفي العقد كما أن هذا التعويض لا تحكمه قاعدة ثابتة وإنما يراعي فيه القاضي مقتضى الحال وظروف العقد وحالة المتعاقد، والقدر اللازم من التعويض حتى لا يتوقف تنفيذ العقد من الاعتبارات التي يعود تقديرها إلى القضاء.[1]

لذلك سوف نقسم هذا المطلب على فرعين نتناول في الفرع الأول المبادئ العامة التي تحكمها النظرية والفرع الثاني الأحكام القانونية للتعويض.

[1] د. ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص ٦٠٢.

الفرع الأول

المبادئ العامة التي تحكمها نظرية الظروف الطارئة

وستقوم بدراسة هذا الفرع من خلال الفكرتين الآتين: الفكرة الأولى دورة قاضي العقد بسلطاته لإعادة التوازن المالي، الفكرة الثانية أساس التعويض.

الفكرة الأولى: دور قاضي العقد وسلطاته في إعادة التوازن المالي:

القاعدة أن القاضي عموماً لا يستطيع أن يعدل نصوص العقد فدور القاضي سواء في إطار القانون الخاص أم العام يقتصر على استخلاص إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية وتطبيقها على النزاع الدائر بينهما لأنها قانون المتعاقدين ومن ثم فإن القاضي الإداري لا يستطيع أن يقوم بتعديل شروط العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد ليتلاءم مع الوضع الجديد لأنه لا يتمكن من إصدار أمر إلى أطراف النزاع لتغيير إرادتهما إذ أن مهمته هي التفسير والتطبيق وليست مهمته تعديل الشروط المتفق عليها بين طرفي العقد وإلا معنى ذلك أنه أحل نفسه محل طرفي العقد[١].

كما أن القاعدة في القانون الإداري أن القاضي لا يستطيع أن يأمر الإدارة للقيام بعمل معين ولو أتيح له تعديل الالتزامات التعاقدية لكان ذلك في منزلة إصدار أوامر إلى الإدارة.[٢]

وأياً كانت تأثيرات الظروف الطارئة التي يحتويها العقد الإداري فإن سلطة القاضي الإداري تنحسر عنها ولا يستطيع أن يعدل عليها بالزيادة أو النقصان وكما له هو أن يحكم للمتعاقد مع الإدارة بالتعويض من دون أن يكون له حق تعديل الالتزامات العقدية [٣].

---

[١] د. أحمد عبد الرزاق خليفة السعيدان، مرجع سابق، ص٥٧-٥٨.

[٢] د. مطيع علي حمود جبير، مرجع سابق، ص ٥٩١.

[٣] د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣٤٣.

ويقدر القاضي التعويض على هذا الأساس مستعيناً بأهل الخبرة.

ومن المسلم به في القضاء الإداري الفرنسي أن سلطة القاضي طبقاً لنظرية الظروف الطارئة تقتصر على الحكم بالتعويض الجزئي بمعنى أن القاضي لا يملك تعديل العقد نفسه إلا إنه يلاحظ مع ذلك أنه نظراً لأن الهدف الأساسي من إنشاء نظرية الظروف الطارئة هو ضمان استمرار مسير المرافق العامة موضوع العقد، فقد جرى مجلس الدولة الفرنسي إلى اتباع سياسة قضائية أصيلة في المساعي الحميدة وذلك بأن يقرر أولاً دعوة الطرفين إلى التفاوض الودي بغية تعديل شروط العقد، ويغلب أن تستجيب السلطة الإدارية إلى هذه الدعوة فتقبل رفع الأسعار المتفق عليها في العقد أو تعديل شروطه الأخرى بما يرفع الإرهاق الناتج عن الظروف الطارئة عن عاتق المتعاقد وبذلك تزول أعباء الظروف الطارئة [١] .

وإذا فشل طرفا العقد في الاتفاق على توزيع الأعباء التي ترتبت على الظرف الطارئ حكم قاضي العقد بالتعويض المالي الذي بموجبه يتم توزيع الأعباء بين الإدارة والمتعاقد وفقاً لتقدير الخبراء كما ذكرنا آنفاً الذي يعينهم لهذا الغرض ودونما تعديل للالتزامات العقدية التي يرتبها العقد [٢].

ويمكن تسويغ مسلك مجلس الدولة الفرنسي على الأسس الآتية:

أ- أن مهمة القاضي كقاعدة عامة في تفسير العقود، وتطبيق أحكامها، لا تعديل شروطها، وهذه قاعدة أساسية لا تختلف فيها العقود الإدارية عن العقود المدنية كما ذكرنا.

[١] د. محمد فؤاد مهنا، مرجع سابق، ص ٨٠٦.

[٢] د. أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص ٢٤٠.

ب- إن القاعدة في القانون الإداري، أن القاضي لا يستطيع أن يأمر الإدارة بالقيام بعمل معين، ولو أتيح له تعديل الالتزامات التعاقدية، لكان ذلك في منزلة إصدار أوامر إلى الإدارة.

ج- إن الإدارة حين تُضمّن العقد شروطاً معينة، وتحمل المتعاقد بمقتضاها التزامات محددة، فإنها تستهدف تحقيق مصلحة عامة. ولو أتيح للقاضي أن يعدل شروط العقد رغماً عن الإدارة، فقد تتعرض المصلحة العامة إلى الخطر. ومن ثم فإن دواعي المصلحة العامة تقتضي أن تظل شروط العقد نافذة، حتى تقبل الإدارة مختارة تعديلها، لأنها لن تفعل ذلك، إلا بعد أن تتأكد مقدماً من أن المصلحة العامة لن تُضار من جراء التعديل، وهذا الفرض الأخير، لا محل له في القانون الخاص، حيث يعمل كل متعاقد على تحقيق مصلحته الخاصة [1].

وقد نحا مجلس الدولة المصري والسوري منحى مجلس الدولة الفرنسي بهذا الخصوص

ففي مصر التبس الأمر في البداية لدى القضاء مقرراً أن دور القاضي الإداري أوسع من ذلك، إذ إنه على الرغم من ليس هناك نص قانوني صريح يعطيه حق تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة وقد أوضحت الفقرة (٢) من المادة (١٤٧) من القانون المدني المصري يقابلها المادة(١٤٨) من القانون المدني السوري سلطات القاضي المدني في مواجهة الظروف الطارئة: " إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك". ويُستخلص من ذلك أن القاضي المدني يستطيع أن يحكم بوقف تنفيذ العقد مؤقتاً إلى حين زوال الظرف الطارئ، أو زيادة المقابل للالتزام المرهق، وقد يرى

[1] د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٦٩٤.

إنقاص الالتزام المرهق ولكنه لا يستطيع أن يحكم بفسخ العقد لأن النص لا يخوله بذلك [١].

والجدير بالذكر أنه في حالة الظروف الطارئة يلاحظ أن التعويض لا يغطي الخسائر كافة التي تكبدها المتعاقد بمعنى إن الإدارة لا تتحمل التعويض على الخسائر الحاصلة والأرباح التي فاتت على المتعاقد كما لو أن العقد قد استمر في سيره الطبيعي بل تتحمل جزءاً، ويتحمل المتعاقد الجزء الباقي، والسبب الذي أدى إلى جعل التعويض جزئياً لا كلياً، هو أن الظرف الطارئ ليس من فعل الإدارة، والتعويض الذي تدفعه الإدارة إنما يصب في خانة معاونة المتعاقد، ومشاركته بتجاوز الظروف المرهقة عقدياً.[٢]

كما أن أحكام محكمة القضاء الإداري المصرية قد قضت في العديد منها بحق القاضي الإداري في تعديل العقد بإنقاص الالتزام المرهق للمتعاقد إلى الحد المعقول بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، إلا أن الفقه والقضاء قد استقرا فيما بعد على أن صلاحية القاضي الإداري في مصر تنحصر في تعويض المتعاقد ولا تصل إلى درجة تعديل العقد، وأن العبارات التي وردت في بعض الأحكام الإدارية، لا تعدو أن تكون هفوة في صياغة الحكم، بعد أن حسمت المحكمة الإدارية المصرية العليا هذا الأمر في حكمها الصادر في ١٩٦٨/٥/١١ وقضت بإلغاء حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٦٠/٧/١٤ الذي تضمن تعديل شروط العقد وحكمت بالتعويض الجزئي إعمالاً لأحكام نظرية الظروف الطارئة " [٣].

وقد أصدرت المحكمة الإدارية العليا في مصر حكمها الصادر في ١١/ ٥/ ١٩٨٦ الذي تضمن عدم سلطة القاضي الإداري في تعديل العقد بمناسبة تطبيق نظرية

---

[١] د. مطيع علي حمود جبير، مرجع سابق، ص ٥٩٠.

[٢] د. محمد سعيد أمين، مرجع سابق، ص٤٢٠.

[٣] د.علي السويلم، مرجع سابق، ص ٩٩-١٠٠.

الظروف الطارئة واقتصار دوره على الحكم في التعويض المناسب من ذلك حكمها في تعديل الأتاوى المتفق عليها ينطوي على تعديل لشروط العقد بسبب حادث طارئ أثناء تنفيذه وهو أمر لا يملكه القاضي الإداري.[1]

كما أشارت إليه المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر في ١٩٣٥/١١/٣٠ بقولها:

"يؤدي تطبيق هذه النظرية (الظروف الطارئة) بعد توافر شروطها أن يمتنع المتعاقد فوراً عن تنفيذ التزاماته الواردة بالعقد، بل للمتعاقد أن يدعو الإدارة المتعاقدة معه لمشاركته في تحمل نصيب من الخسائر التي حاقت به فإذا رفضت جهة الإدارة يلجأ المتعاقد إلى القضاء ويقتصر دور القاضي في هذه الحالة على إلزام الإدارة بالتعويض"[2].

الفكرة الثانية: أساس التعويض

اختلف الفقهاء في تحديد أساس موحد يُرجع إليه في تبرير منح المتعاقد تعويضه جزئياً استناداً إلى نظرية الظروف الطارئة فقد تفرعت هذه الأسس إلى عدة أفكار قال بها الفقهاء وهي على الشكل الآتي:

الأساس الأول- فكرة العدالة :

ذهب جانب من الفقه إلى أن أساس التعويض الذي يحصل عليه المتعاقد المتضرر يرجع إلى فكرة العدالة التي نادي بها فقهاء القانون المدني الذين يطالبون بتطبيق النظرية في دائرة العقود المدنية ويقولون: " إنه ليس من العدالة في شيء أن يُلزم أحد طرفي العقد بتنفيذ التزام أصبح بالنسبة إليه أكثر إرهاقاً وأشدُ أعباء على وجه تجاوز الحدود البعيدة التي قدرها المتعاقدان حين إبرام العقد و إنه ليس من العدالة أن يحصل

[1] د. مطيع علي حمود الجبير، مرجع السابق، ص ٥٩١.
[2] د. ابراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص ٣٠٠.

أحد طرفي العقد على مزايا تفوق إلى حد كبير التعهدات التي التزم بها بسبب ظروف أجنبية طرأت على العقد "[١].

ويرى الفقيه " دي لوبادير" أن أساس حق المتعاقد في التعويض هو العدالة والمصلحة العامة التي توجب تدخل السلطة الإدارية لضمان سير العمل في المرافق العامة [٢].

أما محكمة القضاء الإداري المصرية فقد ذهبت في حكمها الصادر في٣٠ /١٩٥٧/٦ إلى القول إن النظرية: " .... إذ تستند إلى قواعد العدالة فإن أساسها هو تضحية من الطرفين المتعاقدين، وليس إخلال أيهما من التزامه، بل يتحمل كل منهما شيئاً من الخسارة لا أن يتحملها أحدهما " [٣].

الأساس الثاني – تغير الظروف:

جانب آخر من الفقه ومنهم الدكتور" عبد الرزاق السنهوري" يرى أن أساس حق التعويض يرجع إلى شرط تغير الظروف وهذا الشرط هو شرط ضمني يوجد في العقود كافة ومعناه أنه ما دامت الظروف التي أبرم بها العقد وبين طرفيه قائمة لم تتغير فإن تنفيذ العقد يكون ملزماً لطرفيه أما إذا تغيرت الظروف عما كانت عليه حين إبرام العقد بحيث أصبح هناك خلل في تنفيذه من شأنه أن يلحق ضرراً إذا ما نفذ فإنه يتعين إعادة النظر فيه وتعديله من أجل أن يواكب الظروف المتغيرة وإزالة الضرر الذي حدث نتيجة تغير الظروف حيث إذ إن المتعاقدين قد تم تعاقدهم على ظروف معينة معروفة لديهم حسب التوقيع على العقد بيد أنهما لو كانا يعلمان أن الظروف سوف تتغير وتتبدل إلى ظروف أخرى غير ما اتفقا عليه من شأنها جلب ضرر لأحدهما لما وافقاً على التعاقد ولما ألزما أنفسهما بشروط العقد[٤].

---

[١] د . عبد الله طلبة، مرجع سابق، ص ٣٥٠.

[٢] د . محمد يعقوب السعيدي، مبادئ القانون الإداري، مطبعة الزهراء، بغداد، بلا عام نشر ، ص ٢٨٥.

[٣] طاهر طالب التكمجي، مرجع سابق، ص ٤٩٠.

[٤] د. أحمد عبد الرزاق خليفة السعيدان، مرجع سابق، ص ٤٤.

ومن تطبيقات مجلس الدولة الفرنسي لفكرة الإرادة الضمنية حكمه الصادر في ١٧/ ٦/ ١٩٣٨، (الخاص بعقد امتياز السكك الحديدية) والذي كان يتضمن نصاً يضع على عاتق الملتزم جميع نفقات تحويل خطوط السكة الحديدية إذا كان التحويل بسبب إجراء أشغال عامة فقد حدث بعد إبرام العقد أن قامت الحكومة بكهربة خطوط السكك الحديدية الأمر الذي اقتضى ضرورة نقل أشرطة السكك الحديدية من مكانها وقد أرادت الحكومة أن يقوم الملتزم بتحمل نفقات هذا النقل استناداً إلى النص الوارد في العقد، لكن مجلس الدولة الفرنسي فسر العقد على أساس أن النص المذكور مرهون ببقاء الظروف دون تغيير أما إذا تغيرت الظروف وقامت الحكومة بنقل أسلاك الكهرباء فإنه يُلزم أن يُبحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين وقت إبرام العقد وعلى هذا الأساس حكم مجلس الدولة الفرنسي أن المتعاقدين لم يتوقعا وقت التعاقد كهربة خطوط السكك الحديدية المترتب على كهربة تلك الخطوط فالإرادة الضمنية للطرفين المتعاقدين وقت التعاقد لم تشمل هذه الحالة.[١]

الأساس الثالث – حسن النية :

ذهب آخرون إلى أن هذا المبدأ يستند إلى تنفيذ العقود بحسن نية وقد قال بهذا المبدأ جانب من الفقه ومنهم الدكتور "عبد الرزاق السنهوري" حيث حاولوا إيجاد سند في المبادئ العامة للقانون المدني إذ أن المبدأ بُني على أساس تنفيذ العقود بحسن نية وطبقاً لهذا المبدأ فإنه لا يكون من حسن النية تمسك أحد المتعاقدين وتعسفه بضرورة تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه إذا أصبح هذا الالتزام مرهقاً لظروف طارئة لم تكن في الحسبان نتيجة لتغير الظروف وهذا ما نص عليه القانون المدني الفرنسي في المادة (١١٣٤) هـ فقرة ٣ والمادة (١١٣٥) كما سارت على ذلك بعض القوانين المدنية للدول العربية لكن هناك بعض الفقهاء يرون خلاف ذلك ويقولون إن حسن النية يوجب

[١] د. ثروت بدوي، مرجع سابق، ص ١٢٧–١٢٨.

أن يقوم طرفا العقد بتنفيذ بنوده طبقاً لاتفاقهما بدلاً من قيام القاضي بتبديل بنوده إذ لا يمكن الفصل بين مبدأ تنفيذ العقود بحسن نية عن مبدأ الالتزام بمضمون العقد [١].

ويمكن القول إن أول قرار قضائي أقام نظرية الظروف الطارئة على أساس تنفيذ العقود بحسن نية هو قرار صدر في ١٩٢٠/٧/٨ وهو القرار الذي ذهب إلى أن الالتزام بالتنفيذ لا يدوم مفعوله ما دامت قد جدَّت ظروف تختلف عن تلك التي توقعها المتعاقدان توقعاً معقولاً، وإن التنفيذ الجبري في هذه الحالة لا يتفق مع مراعاة حسن النية والأعراف، وقد تردد بعد ذلك عدد كبير من القرارات ولم يكن يقصد بحسن النية في بادئ الأمر إلا الوسيلة إلى العدالة العقدية بغض النظر عن توقع المتعاقد أو عدم توقعه للظرف الطارئ ولكن عام ١٩٢٥ شهد تفسير حسن النية على فرض ما توقعه المتعاقدان وبصياغة نظرية غياب الأساس العقدي disparition du fondement " contractual " ومضمون هذه النظرية أن المتعاقدين افترضا مقدماً استمرار بعض الظروف وأنهما لم يكونا يبرمان العقد فيما لو توقعا تغيّرها أو زوالها[٢].

الأساس الرابع- طبيعة العقد الإداري وضرورة تأمين المرافق العامة:

بينما يرى آخرون ومنهم الفقيهين الفرنسيين (جيز و بيكنو) أن أساس التعويض يرجع إلى طبيعة العقد الإداري وضرورة تأمين المرافق العامة، ومفاد ذلك أن العقود الإدارية تبرم عادة لفترة طويلة من الزمن تتغير خلالها الظروف وهذا ما يوجب الأخذ به في هذه النظرية لأن أساس تنفيذ العقد قد طرأ عليه ما يوجب مراعاته لا إهماله ومن ثم فإن المتعاقد مع الإدارة يأخذ على عاتقه القيام بأعمال كثيرة، ومن المنطقي أن تسهم الإدارة معه إذا اختل ميزان التعاقد بسبب ظرف طارئ لا دخل لإرادته فيه[٣].

---

[١] د. أحمد عبد الرزاق خليفة السعيدان، مرجع سابق، ص ٤٥.

[٢] عبد الجبار ناجي الملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، الطبعة الأولى، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة بغداد، مطبعة اليرموك، بغداد، ١٩٧٤، ص ١٧٠.

[٣] د. عبد الله طلبة، مرجع سابق، ص ٣٥٠-٣٥١.

ويجب أن تستند نظرية الظروف الطارئة إلى ضرورة تأمين المرافق العامة بانتظام واطراد والاستمرار في ذلك إذا حدث أن وقعت ظروف طارئة وأدت إلى إرهاق المتعاقد بحيث أصبح يُخشى توقفه عن الاستمرار في تنفيذ التزاماته ومن ثم يوجب على الإدارة أن تعمل على مساعدته بحيث يتمكن من التغلب على تلك المصاعب ومن ثم يستمر المرفق العام على أتم خدماته من دون توقف وعلى أحسن وجه[١].

وهذا ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر في ١٧ /١٩٧٢/٦ بقولها: "... إن نظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجردة التي هي قوام القانون الإداري، كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة، فرائد جهة الإدارة هو كفالة سير المرافق العامة بانتظام واطراد وحسن أداء الأعمال والخدمات المطلوبة وسرعة إنجازها كما أن هدف المتعاقد مع الإدارة هو المعاونة في سبيل المصلحة العامة وذلك بأن يؤدي التزامه وبكفاءة لقاء ربح وأجر عادل ....."[٢] .

الأساس الخامس– نظرية التعسف في استعمال الحق:

بينما يرى آخرون ومنهم الدكتور " عبد الرزاق السنهوري " أن أساس التعويض هو نظرية التعسف في استعمال الحق، فالدائن يتعسف في استعمال حقه إذا طالب المدين بتنفيذ الالتزام الذي أصبح مرهقاً، لذلك فالصحيح هو أن على الدائن أن يراعي ظروف المدين عند وقوع هذا الحادث أو الظرف الاستثنائي ويندفع بدافع العدالة وحسن المعاملة إلى التساهل في إنقاص تكاليف الالتزام المترتبة على عاتق هذا المدين الذي أصابته خسارة فادحة نتيجة هذا الحادث الاستثنائي غير المتوقع.[٣]

الأساس السادس– النية المشتركة للطرفين المتعاقدين:

ويرى جانب من الفقه الفرنسي ومنهم العميد بونار أنه يمكن إسناد هذا الاساس إلى النية المشتركة للطرفين المتعاقدين ومؤدى هذه الفكرة أن القاضي عندما يحكم

---

[١] د. زين العابدين بركات، مرجع سابق، ص ٧٠٣.

[٢] د. علي السويلم، مرجع سابق، ص٩٠.

[٣] حسن محمد جاسم، نظرية الظروف الطارئة، مجلة العدالة، العدد ١، لسنة ١٩٧٩، ص٨٨.

بالتعويض عن الأضرار التي تترتب على الظروف الطارئة فهذا يعني أن نية الطرفين انصرفت إلى أن يتحملا ضمناً آثاره الضارة[١] .

لكن الدكتور سليمان الطماوي انتقد هذه الفكرة وقال أنها مبنية على أساس تعسفي في معظم الحالات ولا تصلح لتسويغ القواعد التي ينشئها القضاء الإداري ولو استتر خلف حيلة التفسير.[٢]

الأساس السابع- فكرة التوازن المالي للعقد:

يذهب جانب آخر من الفقه الفرنسي ومنهم الفقيهين (دي سوتو و فالين) إلى أن أساس التعويض يرجع إلى فكرة التوازن المالي للعقد والتي تفترض ضرورة تحقيق التناسق بين الالتزامات التي يفرضها العقد الإداري على المتعاقد مع الإدارة وما يتوقعه من ربح، بفرض أن العقد الإداري يقتضي التلازم بين مصالح طرفيه المتعاقدين.

إلا أن هذا الرأي انتقد من قبل الفقيه (بيكنو) الذي يذهب إلى أن فكرة التوازن هذه تؤدي إلى أن التعويض الذي يحصل عليه المتعاقد وفقاً لنظرية الظروف الطارئة هو تعويض جزئي ومؤقت تتحمل الإدارة بموجبه الجزء الأكبر من الخسارة التي لحقت بالمتعاقد معها وبما يحقق الالتزام المرهق إلى الحد المعقول وليس إعادة التناسب الذي كان موجوداً وقت التعاقد بين طرفي العقد [٣].

ومن ناحية أخرى فإن فكرة التوازن المالي لا تصلح لتسويغ حق المتعاقد طلب التعويض وفقاً لنظرية الظروف الطارئة عندما يستخدم حقه في طلب فسخ العقد قضائياً في حالة قلب اقتصاديات العقد نهائية، ومن ثم لا يجوز إعادة التوازن المالي إلى عقد لم يعد له

---

[١] د. انس جعفر، مرجع سابق، ص ١٩١.

[٢] د. سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص ٦٣٤.

[٣] د. أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص ٢٩٦.

وجود، ولهذا السبب فإن الفكرة لا تصلح لتسويغ طلب التعويض الذي يتقدم به المتعاقد بعد انقضاء العقد[1].

ويرى الباحث أن أساس التعويض كان محض خلاف بين الفقهاء وأثيرت آراء كثيرة لتحديد هذا الأساس ولكل فقيه رأيه ونحن نرجح أن أساس التعويض بموجب نظرية الظروف الطارئة يرجع إلى الطبيعة الذاتية للعقد الإداري وصلته بالمرافق العامة وضرورة استمرار خدماته، لأن هدف الإدارة هو استمرار سير المرافق العامة بانتظام واطراد خدمة للجمهور والمصلحة العامة لأنه إذا طرأت ظروف استثنائية وغير متوقعة عند التعاقد وأحدثت ضرراً جسيماً للمتعاقد فإن من حق الإدارة مساعدته للتغلب على هذه الظروف والأحداث الطارئة، ومن حقه التعويض عن الأضرار التي حاقت بالمتعاقد ولو جزئياً وبذلك تضمن الإدارة دوام سير المرافق العامة دون توقف ويتحقق الهدف من قيام هذه الفكرة.

وفي هذا المقام لا بد لنا من الإشارة إلى موقف المشرع السوري من أساس التعويض في نظرية الظروف الطارئة حيث أخذ بفكرة العدالة والمصلحة العامة التي توجب تدخل السلطة الإدارية لضمان سير العمل في المرافق العامة حيث نصت الفقرة (د) من المادة /٥٣/ من القانون ٥١ الخاص بنظام عقود الجهات العامة لعام ٢٠٠٤ على الآتي:

"إذا طرأت ظروف أو حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ التعهد وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً بحيث يهدد بخسارة فادحة كان للمتعهد الحق بطلب تعويض عادل".

وأحال البت في موضوع التعويض إلى القضاء الإداري أي إن القاضي الإداري هو من يقرر تعويض المتعاقد مع الإدارة التعويض العادل وبالتالي فإن المشرع السوري

[1] د. ابراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص ٢٩٥.

في المادة المذكورة قد رتب حق المتعاقد بالتعويض العادل في كل حالات وصور الظروف الطارئة وصورها وفقاً لما يقرره القاضي الإداري ولكنه وضع حكماً خاصاً لنظرية الظروف الطارئة ويتمثل في الحالة الغالبة لهذه النظرية والمتعلقة بحالة ارتفاع الأسعار التي تؤدي إلى إرهاق المتعاقد مع الإدارة المهدد بخسارة فادحة .

الفرع الثاني

الأحكام القانونية للتعويض

التعويض الذي يُقضى به بعد الموازنة بين مصلحة طرفي العقد هو التعويض الجزئي، وهذا معناه أن التعويض هنا يجب ألا يتضمن أي أرباح، فلا يشمل إلا الخسارة التي لحقت المتعاقد مع الإدارة من جراء الظرف الطارئ، ولا يغطي الخسائر كافة وإنما توزع الخسارة بين المتعاقد والإدارة، لذلك سوف نبحث في الأحكام القانونية للتعويض وكيفية احتسابه وفق الآتي:

أولاً- طلب التعويض:

يتضمن طلب التعويض تحديد الفترة التي يطلب فيها التعويض وتحديد صاحب الحق في تقديم طلب التعويض.

أ- تحديد الفترة التي يطلب فيها التعويض:

يثبت حق المتعاقد في طلب التعويض عن الظروف الطارئة من أول لحظة يتحقق فيها هذا الظرف، وهذا ما قضت به محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في ١٩٦٠/٤/١٤ بقولها ".. يستوي أن يطالب المضرور بالتعويض خلال تنفيذ العقد أو بعد وفائه بالتزامه التعاقدي".[١]

وقد يحدث أحياناً أن يتعذر على المتعاقد حصر الخسائر التي لحقته من جراء الظرف الطارئ في أثناء مدة تنفيذ العقد للمطالبة بالتعويض وفي هذه الحالة يتعين على المتعاقد طبقاً لقضاء مجلس الدولة الفرنسي الانتظار حتى تمام التنفيذ.

ويرى جانب من الفقه أنه لا مانع من المطالبة بتعويض مؤقت عن الحادث الطارئ لمعاونة المتعاقد على الاستمرار في تنفيذ عقده إذا كان من شأن هذا الظرف الاستمرار

[١] د. علي السويلم، مرجع سابق، ص ١٠١.

مدة طويلة وليس في وسع المتعاقد أن ينتظر حتى زواله، فمثل هذا الحل لا يتنافى مع القواعد العامة في تقدير التعويض فضلاً عن أنه يتفق والحكمة التي تقوم عليها النظرية، وهي معاونة المتعاقد في التغلب على المصاعب في نظرية الظروف الطارئة، ومواصلة التنفيذ وفقاً للمصلحة العامة، ومقتضيات سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وفي هذا المقام يمكن القول إن المعاونة المؤقتة لا تكفي للتغلب على الظروف الطارئة لمواصلة التنفيذ، ويجب أن يكون هناك تعويض مؤقت وفق تقدير الخبراء لحجم الخسائر المتوقع حصرها، ويخصم هذا القدر من قيمة التعويض النهائي المحدد للمتعاقد.[1]

وقد نص المشرع السوري في الفقرة (و) من المادة /٥٣/ من نظام العقود الموحد الصادر بالمرسوم ٥١ لعام ٢٠٠٤ على تحديد الفترة التي يطلب فيها المتعاقد مع الإدارة التعويض إذ جاء فيها الآتي:

" على المتعهد أن يقدم جميع طلباته لتمديد مدة التعهد الناجمة عن حوادث مفاجئة أو أحوال طارئة أو قوة قاهرة أثناء تنفيذ التعهد، خلال مدة خمسة عشر يوماً من تاريخ وقوع السبب المؤدي إلى التأخير، شارحاً الأسباب التي تضطره إلى التأخير، ويعتبر عدم تقديم المتعهد لهذا الطلب خلال المدة المذكورة إقراراً منه بعدم وجود أسباب مبررة لأي تأخير، وبالتالي إسقاطاً لحقه في الاعتراض على الغرامات التي تترتب عليه من جراء هذا التأخير".

وبالتالي نجد أن المشرع السوري حصر المدة التي يستطيع من خلالها المتعاقد أن يتقدم بطلب التعويض عن الأحوال الطارئة بخمسة عشر يوماً بدءاً من اليوم الذي وقع فيه السبب الذي أدى إلى تأخيره في التنفيذ، بشرط أن يوضح ويشرح الأسباب والمسوغات التي ألجأته للتأخير، وفي حال عدم تقديم هذه المسوغات وتقديمه للطلب

[1] د. ابراهيم الدسوقي عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٣٣١.

خلال المدة المذكورة يسقط حقه في الاعتراض على الغرامات التي يمكن أن تترتب من جراء تأخيره هذا.

وكذلك فإن الإطار الزمني لمطالبة المتعاقد بالتعويض عن ارتفاع الأسعار استناداً إلى المادة /٦٣/ من القانون (٥١) لعام ٢٠٠٤ يتجلى في الفترة الممتدة بين تسجيل عرض المتعاقد في ديوان الإدارة المتعاقدة وحتى تاريخ انتهاء تنفيذ العقد، والسبب في تحديد هذا الإطار الزمني هو أن المتعاقد كان قد ثبّت أسعاره في العرض الذي قدمه، وهو التزام قانوني يترتب عليه أنه لا يستطيع أن يسحب هذا العرض أو يكمله أو يعدله بعدما تم تسجيله في ديوان الإدارة المتعاقدة وفقا لنص الفقرة (ب) من المادة /١٩/ من قانون العقود المذكور.[١]"

وأيضا نصت الفقرة (ب) من المادة /٦٩/ من القانون ذاته على الآتي:

" إن جميع طلبات المتعهد الناجمة عن حوادث مفاجئة أو أحوال طارئة أو قوة قاهرة أثناء تنفيذ التعهد عن أعمال تعتبر أنها ليست مشمولة به يجب أن يتقدم بها إلى الجهة العامة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ نشوء هذه الحالات التي تبرر تلك المطالبات تحت طائلة عدم القبول ".

ب-صاحب الحق بتقديم طلب التعويض:

يُقدم طلب التعويض من المتعاقد الأصلي أو ممن يحل محله، كوكيله القانوني وإذا كان طلب التعويض عن الظروف الطارئة يُطلب من جهة الإدارة المتعاقدة، فإن هناك تساؤلاً ينبغي الإشارة إليه في هذا المجال يتعلق بمدى حق جهة الإدارة المتعاقدة في الرجوع بالتعويض على الجهات الإدارية الأخرى التي كانت سبباً في الحادث الطارئ الذي نجم عنه الضرر، وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في

[١] لا يُقبل من العارض الواحد إلا عرض واحد، ويعتبر العرض الأسبق في التسجيل في ديوان الجهة المحددة في الإعلان هو المعتمد، ولا يجوز استعادة العروض أو إكمالها أو تعديلها بعد تسجيلها في الديوان المذكور .

١٩٤٩/٧/١٥ في قضية " Ville d'Elbeur " وقد كان مرجع الظرف الطارئ صدور تشريعات تتعلق بتنظيم الأسعار مما ترتب عليه إرهاق المتعاقد مع بلدية –Elbeur – فلما حُكم على البلدية بالتعويض طالبت البلدية الدولة بهذا التعويض، فرفض المجلس الدعوى لأن مسؤولية الدولة عن التشريع لها ضوابط معينة ولا يمكن أن تتحقق إلا بتوافر شروط من الصعب تحققها.

وهذا ما نص عليه قانون العقود السوري في المادة /٥٣/ السالفة الذكر بأن يكون تقديم طلب التعويض من المتعهد الأساسي أو من يمثله قانوناً.

ثانياً– كيفية احتساب التعويض:

التعويض الذي يترتب على الظرف الطارئ هو تعويض جزئي، وعملية تقدير التعويض واحتسابه عملية صعبة، لذلك يلجأ القاضي بصددها إلى الاستعانة بخبراء مختصين، لذا ينبغي الرجوع إلى القواعد العامة عند الحكم بالتعويض، ويمكن حصر هذه القواعد في العوامل الآتية:

أ– تحديد بداية الظروف الطارئة:

يعد تاريخ تحديد بداية الظروف الطارئة من الأمور البالغة الأهمية، حيث يبدأ منه حساب الخسائر التي يجوز المطالبة بالتعويض عنها على أساس نظرية الظروف الطارئة، ويبدأ هذا التاريخ منذ اللحظة التي يتجاوز فيها ارتفاع الأسعار الحد الأقصى الذي كان يمكن توقعه عند إبرام العقد، وما دامت الأسعار في نطاق هذا الحد الأقصى فلا يحكم بالتعويض.[١]

[١] د. ابراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص ٢٨٩.

ويعدّ القضاء الفرنسي حساب التعويض من تاريخ وقوع الحادث، ولا يأخذ في الحسبان تاريخ المطالبة القضائية، كما يعفى المتعاقد من ضرورة إعذار جهة الإدارة كشرط من شروط التعويض.[1]

وهذا ما نص عليه المشرع السوري في المادة /٦٣/ السالفة الذكر من القانون (٥١) لعام ٢٠٠٤ التي جاء فيها :

" إذا طرأ بعد تقديم العرض وطيلة مدة تنفيذ العقد فقط ارتفاع في الأسعار أدى إلى زيادة تكاليف مجموع الأجزاء التي لم تنفذ بنسبة تزيد على ١٥٪ من قيمتها بموجب التعهد يتحمل المتعهد ١٥٪ من هذه الزيادة وتتحمل الجهة العامة باقي الزيادة".

وينطبق هذا الأمر في الحالة المعاكسة في حالة هبوط الأسعار، وهذا ما نصت عليه المادة /٦٤/ من القانون ذاته حيث ذكرت أنه:

" إذا طرأ بعد تقديم العرض هبوط في الأسعار فإن الجهة العامة تتمتع بنفس الحقوق التي يتمتع بها المتعهد وفقاً لأحكام المادة السابقة" .

ب- تحديد الخسارة التي لحقت بالمتعاقد من جراء الظروف الطارئة:

إن تقدير التعويض للمتعاقد مع الإدارة لا يكون شاملاً كل الخسائر التي لحقت به نتيجة هذا الظرف الطارئ، بل إن التعويض يكون جزئياً، إذ إن المتعاقد يتحمل جزء من تلك الخسارة وتتحمل الإدارة الجزء الأكبر منها، ذلك لأن الظرف الطارئ لم يكن بسبب يعود إلى فعل الإدارة أو المتعاقد معها، وعليه فإن التعويض المدفوع للمتعاقد يجب أن يكون كافياً ضماناً لسير المرفق العام ويغطي الخسائر التي نجمت عن الظرف الطارئ من دون تحقيق أي ربح إلى المتعاقد.[2]

---

[1] د. ابراهيم الدسوقي ، مرجع سابق، ص ٣٢٤.

[2] د. أحمد عبد الرزاق خليفة السعيدان، مرجع سابق، ص ٥٨.

وهذا ما أخذت به محكمة القضاء الإداري السورية في حكم حديث لها عام ٢٠١٩ حيث قررت الآتي :

"ومن حيث أنه لا بد من التنويه ابتداءً إلى أن اجتهاد القضاء الإداري قد ذهب في أحكام عديدة إلى أن مطالبة المتعهد بفروق الأسعار لقاء ارتفاع سعر صرف القطع الأجنبي الذي تم بموجبه شراء البضاعة محل التعهد إنما يستند إلى نظرية الظروف الطارئة التي تبناها المشرع صراحة في المادة /٦٣/ من القانون رقم /٥١/ لسنة ٢٠٠٤م، وبالتالي يستند إلى حق المتعهد بإعادة التوازن المالي للعقد وهذه المعادلة مضمونها حدوث ظروف طارئة تؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد بين تاريخ تقديم العارض لعرضه المالي وبين تاريخ تقديم المواد أو تاريخ تنفيذ أعمال العقد و يؤثر على ذلك كون التعاقد قد تم بالليرة السورية والمواد محل التعهد ذات المصدر الخارجي قد تم تسديد قيمتها بالقطع الأجنبي وعليه يغدو ما دفعت به جهة الإدارة المدعى عليها في هذا الصدد في غير محله القانوني، ومن حيث إن الخبرة الفنية الثلاثية التي استعانت بها المحكمة في هذا الصدد محل النزاع كانت قد حددت ما تستحقه الجهة المدعية من فروقات الأسعار التي طرأت على المواد محل التعهد، وقد وجدت المحكمة بعد تبصرها ملياً في تقرير الخبرة المذكور والملاحظات التي اتخذها الطرفان رجوعاً لهذا التقرير بأن التقرير قد قام على أساس صحيح من الواقع وسند قويم من التطبيق القانوني الذي يستمد أصوله من الاجتهاد القضائي المستقر، وقد تناول هذا التقرير جميع المسائل التي عالجها بدقة وتفصيل واستخلاص سائغ من العقد وشروطه والوثائق والمستندات الماثلة في ملف القضية على نحوٍ بدأ فيه حقيقياً بالاعتماد عليه والارتكان إليه للحكم في هذه القضية .

وبما أن اجتهاد القضاء الإداري لدى مجلس الدولة قد استقر على تقرير أحقية المتعهد بالتعويض الأوفى عند المقارنة بين حصيلة الزيادات الطارئة على أسعار المواد المحسوبة وفق حكم المادة /٦٣/ من القانون رقم/٥١/ لسنة ٢٠٠٤ وبين

حصيلة المواد المحصورة بجهات القطاع العام، فإنه واستهداءً بالاجتهاد المذكور يكون من حق الجهة المدعية تقاضي مبلغ وقدره /٤.٥٢٢.٣٢٠/ ل.س فقط لا غير من جهة الإدارة المدعى عليها تعويضاً لها عن الزيادات الطارئة على أسعار المواد محل التعهد بما فيها المواد المحصورة بجهات القطاع العام باعتباره التعويض الأوفى لها.....فلهذه الأسباب حكمت المحكمة بما يلي:

....ثانياً- قبولها موضوعاً في شطر منها وأحقية الجهة المدعية بأن تتقاضى من جهة الإدارة المدعى عليها مبلغاً وقدره /٤.٥٢٢.٣٢٠/ل.س فقط لا غير تعويضاً لها عن الزيادات الطارئة على أسعار المواد محل التعهد موضوع الدعوى بما فيها المواد المحصورة بجهات القطاع العام ورفض ما يجاوز ذلك من طلبات".[1]

وفيما يتعلق بتحديد الخسائر عن الظرف الطارئ، فإنه يتم عن طريق إجراء موازنة بين أرباح المتعاقد وخسائره طوال قيام الظرف الطارئ، وقد استقرت أحكام مجلس الدولة الفرنسي على تقدير الخسائر حيث يتقصى عن النتائج الفعلية التي أصابت المتعاقد، وبالطبع تستبعد من حساب تلك الخسائر الأرباح التي حققها المتعاقد قبل حلول الظروف الطارئة، كما يستبعد ما كان محتملاً أن يحققه من الأرباح في المستقبل،[2] وكذلك الخسائر التي يكون تحملها قبل تحقق الظروف الطارئة، وذلك ضمن المبدأ التالي وهو: ألا تتحمل الإدارة إلا الفرق بين الخسائر العادية المحتملة والخسائر التي تتجاوز الحد المعقول للأسعار، ويحسم من الخسائر الفعلية تلك التي تكون ناتجة عن أخطائه في تنفيذ العقد وإهماله أو عدم التقيد بالوسائل الفنية، وبشكل تفصيلي يدخل في الجانب الإيجابي لحساب المتعاقد كل ما يحصل عليه المتعاقد بنتيجة تنفيذه للالتزامات الأصلية والتبعية، وفي الجانب السلبي كل ما تحمله المتعاقد من نفقات

---

[1] قرار محكمة القضاء الإداري السورية رقم(٤/٢٧٧) لعام ٢٠١٩ في القضية رقم (٤/٩٣٣) لعام ٢٠١٩ غير منشور.

[2] د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٦٣٦.

عامة وما يمكن أن يتحمله من نفقات استهلاك الآلات والمباني ورأس المال ونفقات التأمين والضرائب، وبالطبع أجور اليد العاملة من موظفين ومستخدمين وعمال[١] .

وينبغي أن تكون الخسارة الناشئة عن الظروف الطارئة واضحة ومتميزة، كما يجب لتقدير انقلاب اقتصاديات العقد النظر إلى عناصره بوصفها وحدة متكاملة، أي يجب أن تختل اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً، ويجب النظر إلى مجموع عناصر العقد وكامل مدته.[٢]

كما قضت محكمة القضاء الإداري المصرية في تحديد الخسائر في حكمها الصادر في ١٩٦٠/١٢/٢٥ بقولها:

" وطبقاً لهذه النظرية – الظروف الطارئة – يحق للملتزم أن يطلب من الإدارة المتعاقدة المساهمة إلى حد ما في الخسائر التي تلحق به".[٣]

ويرى الباحث أن التعويض استناداً إلى هذه النظرية لا يغطي الخسائر كافة التي تكبدها المتعاقد، أي إن الإدارة لا تتحمل التعويض عن الخسائر الحاصلة والأرباح التي فاتته كما لو أن العقد قد استمر بوضعه الطبيعي، لأن الإدارة تتحمل جزءاً من هذه الخسارة، والجزء الآخر يبقى على عاتق المتعاقد، بمعنى آخر إن المتعاقد يتحمل الخسارة التي كانت متوقعة لحظة إبرام العقد إضافة إلى جزء يسير لم يكن متوقعاً.[٤]

---

[١] د. سليمان الطماوي، المرجع نفسه، ص ٦٣٦.

[٢] د. زين العابدين بركات، مرجع سابق، ص ٧٠٤-٧٠٥.

[٣] د. طاهر طالب التكمجي، مرجع سابق، ص ٤٨٣.

[٤] د. محمد الحسين ود. مهند نوح، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص٣٠٤.

ج- توزيع عبء الخسارة بين المتعاقد والإدارة:

من أبرز آثار نظرية الظروف الطارئة في مجال إعادة التوازن المالي للعقد، توزيع أعباء الخسارة الفادحة الناجمة عن الحادث الطارئ بين الإدارة والمتعاقد.[١]

ومن ثم يتجه قضاء مجلس الدولة الفرنسي إلى ضرورة تحمل المتعاقد جانباً من الخسائر، على الرغم من دعوة بعض مفوضي الدولة إلى هجر هذا المبدأ، ولكن بالرغم من استمرار المجلس على تلك القاعدة، إلا أن قضاؤه لا يجري على قاعدة موحدة من حيث نسبة المشاركة بين الإدارة والمتعاقد، ومن الناحية العملية يجري مجلس الدولة الفرنسي على جعل مشاركة المتعاقد رمزية، وتتحمل الإدارة النصيب الأكبر من الخسائر بنسب تصل إلى ٩٠ % من الخسائر، ويراعي المجلس عند توزيع عبء الخسائر بين الطرفين عوامل كثيرة منها موقف المتعاقد في مواجهة الظرف الطارئ، ومحاولة التغلب عليه، والحالة الاقتصادية العامة للمشروع ومدى الاستقرار الاقتصادي في الدولة وتعنت الإدارة في معاملة المتعاقد إذا وُجد؛ كرفضها زيادة الأسعار المتفق عليها في العقد فعلاً.[٢]

وجرى قضاء المحكمة الإدارية العليا في مصر أيضاً في حكمها الصادر في ١٧/ ٦/ ١٩٦٧ على أنه: " إذا طرأت ظروف غير متوقعة وطارئة، فإن من حق المتعاقد المتضرر أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسارة ويكون التعويض جزئياً.."[٣]

---

[١] د. إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٣٢٦.

[٢] د. محمود حلمي، مرجع سابق، هامش ص ١٣١.

[٣] د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣٢٩.

وقد نص المشرع السوري في قانون العقود في المادة /٦٣/ المشار إليها سابقاً على الآتي:

" إذا طرأ بعد تقديم العرض وطيلة مدة تنفيذ العقد فقط ارتفاع في الأسعار أدى إلى زيادة تكاليف مجموع الأجزاء التي لم تنفذ بنسبة تزيد على ١٥٪ من قيمتها بموجب التعهد يتحمل المتعهد ١٥٪ من هذه الزيادة وتتحمل الجهة العامة باقي الزيادة.

وأيضاً نصت المادة /٣٣/ من المرسوم رقم (٤٥٠) المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود الموحد على الآتي:

" يجري حساب التعويض المنصوص عليه في المادة /٦٣/من نظام العقود من قبل لجنة خاصة يؤلفها آمر الصرف وعلى المتعهد والجهة العامة أن يقدما إليها جميع المعلومات اللازمة لدراسة الظروف والملابسات كافة التي أحاطت بالعمل أثناء تنفيذه وكذلك يترتب على كل من الفريقين أن يقدم بياناً عن الخسائر والأضرار التي يدعي أنه تعرض لها مع إيضاح الأسباب التي أدت إلى مثل هذه الخسائر. وإذا ظهر لهذه اللجنة أن الأضرار والخسائر التي يطالب بها المتعهد قد نتجت عن تقصيره أو مخالفته في تنفيذ أي من التزاماته المترتبة عليه أو إهماله أو عدم توفر الوسائل اللازمة لديه أو عن سوء إدارته أو تأخره عن إنجاز الأعمال في المدة المحددة في العقد لأسباب غير مشروعة فلا يستحق في سائر هذه الأحوال أي تعويض. لا يحق للمتعهد أن يوقف تنفيذ الأعمال في جميع الأحوال الواردة في المادة /٦٣/ من نظام العقود وإلا فيعتبر مسؤولاً عن كل ما يلحق بالإدارة من أضرار وخسائر بسبب هذا الإيقاف ويفقد الحق بالمطالبة بأي تعويض".

من خلال نص المادة /٦٣/ نجد أن المشرع السوري في قانون العقود وضع شرطاً من الناحية الكمية لكي يستطيع المتعاقد أن يطلب التعويض و هو أن تزيد تكاليف الأجزاء التي لم تنفذ على ١٥٪ من قيمتها، وقد وزع المشرع عبء التكاليف الجديدة للعقد على عاتق الطرفين، فقد حمّل الإدارة ٨٥٪ من هذه التكاليف، وبالتالي فإن المشرع السوري في المادة /٦٣/ افترض حساب الزيادة في الأسعار أولاً ثم توزيع أعبائها وفقاً للنسبة المذكورة ثانياً.

وقد نص المشرع السوري في المادة /٣٣/ المذكورة سابقاً على كيفية حساب التعويض المتعلق بارتفاع الأسعار من قبل لجنة خاصة يشكلها آمر الصرف لهذه الغاية، وهي وفق ما نصت عليه الفقرة (هـ) من المادة /٥٣/ المذكورة :

" يكون البت في الحالة الواردة في البند /أ/ من هذه المادة من حق الجهة العامة كما يحق لها البت في الحالات التي تنطبق على البندين / ب و ج/ من هذه المادة بناءً على طلب المتعهد بعد موافقة لجنة تؤلف لهذه الغاية بقرار من الوزير على الشكل الآتي :

مستشار من مجلس الدولة يسميه رئيس مجلس الدولة	رئيساً
ممثل عن وزارة المالية	عضواً
ممثل عن الجهة العامة بمرتبة مدير على الأقل	عضواً
المتعهد أو من ينتدبه	عضواً
ممثل عن الجهاز المركزي للرقابة المالية	عضواً

تتخذ قرارات اللجنة بأكثرية عدد أصوات أعضائها الحاضرين، وفي حال تساوي الأصوات يُرجح جانب الرئيس ويكون قرار اللجنة في هذه الحالة قطعياً غير قابل لأي طريق من طرق المراجعة .

وتتطلب هذه اللجنة أن يقدم إليها كل من المتعاقد والإدارة المتعاقدة كافة المعلومات اللازمة لدراسة الظروف والملابسات كافة التي أحاطت بالعمل أثناء تنفيذه وبيان عن

الخسائر والأضرار التي يدعي كل منهما أنه تعرض لها مع إيراد الأسباب التي أدت لهذه الخسائر".

وهذا الأمر ينطبق أيضاً في حال انخفضت الأسعار عما كانت عليه في أثناء تقديم العرض، ويجري تخفيض الأسعار بشكل معاكس أي بنسبة ٨٥٪ لمصلحة الإدارة وبشرط أن يتجاوز الانخفاض ما نسبته ١٥ % من قيمة الأجزاء التي لم تنفذ من العقد استناداً إلى نص المادة /٦٤/ من قانون العقود المذكور التي تقول:

" إذا طرأ بعد تقديم العرض هبوط في الأسعار فإن الجهة العامة تتمتع بنفس الحقوق التي يتمتع بها المتعهد وفقاً لأحكام المادة السابقة".

ويجدر بنا أن نشير في هذا الصدد إلى البند الرابع من المادة /٤٩/ من نظام العقود التي نصت على سقوط حق المتعهد بالادعاء بارتفاع الأسعار الحاصل بعد قبض السلفة بنص صريح في دفتر الشروط الخاصة والعقد الجاري معه.

ولكن القضاء الإداري السوري لم يرتب هذا الأثر على قبض السلفة، حيث قصر أثر هذه السلفة على أن يتحمل المتعاقد الفائدة القانونية عنها بمقدار ٥٪ من تاريخ تقاضيها وحتى تاريخ تسديدها، وعد كل اتفاق على خلاف ذلك باطلاً.[١]

ويرى الباحث: أنه في كيفية احتساب التعويض ينبغي تحديد بداية الظروف الطارئة، وهي من اللحظة التي تتجاوز فيها ارتفاع الأسعار الحد الأقصى الذي كان يمكن توقعه عند إبرام العقد وتحديد الخسارة التي لحقت بالمتعاقد من جراء الظرف الطارئ وتوزيع عبء الخسارة بين طرفي العقد، وهي إذا أصاب المتعاقد ضرر فيجب تعويضه جزئيا عن تلك الخسارة والإدارة تتحمل الجزء الأكبر من هذه الخسارة نتيجة الضرر الذي لحق به من جرّاء الظرف الطارئ وذلك ضماناً لسير المرفق العام بانتظام واطراد.

[١] د. محمد الحسين، د. مهند نوح، مرجع سابق، ص٣٧٢.

المطلب الثالث

الأثر المترتب على انتهاء الظروف الطارئة

تهدف نظرية الظروف الطارئة إلى مواجهة عقبات مؤقتة مصيرها إلى الزوال، بتمكين المتعاقد من التغلب على تلك الظروف حتى تعود إلى الحالة الطبيعية التي أُبرم العقد في ظلها في ضوء حالتين:

الحالة الأولى- إعادة التوازن إلى اقتصاديات العقد:

وف عذه الحالة يستعيد العقد توازنه المالي بتحقق أمرين:

أولاً: بناءً على زوال الظروف الطبيعية أو الاقتصادية التي كانت سبباً في إرهاق المتعاقد، كانخفاض الأسعار إلى مستواها الطبيعي أو إلغاء القيود الاقتصادية التي تفوق تنفيذ العقد، إذ ينتهي الظرف الطارئ نهاية مستقلة عن إرادة المتعاقدين.[١]

ثانياً: و إما أن تتوقى الإدارة دفع التعويض وتقبل مختارة أن تعيد النظر في شروط العقد بما يعيد إليه توازنه، وكثيراً ما تلجأ الإدارة إلى هذا الحل في عقود التزام المرافق العامة، فتقبل زيادة الرسوم التي يتقاضاها المتعاقد من المنتفعين بما يحقق توازن العقد، وهكذا تفلت من دفع مبلغ التعويض من الأموال العامة.

وفي الحالتين ينتهي الظرف الطارئ وتتحلل الإدارة من التزامها بتعويض المتعاقد.[٢]

وبعبارة أخرى إذا ما تحسنت الظروف الاقتصادية التي أوجدت الظرف الطارئ فإنه يكون باستطاعة الأطراف المتعاقدة إبرام عقد جديد وعلى أسس جديدة ووفق شروط فرضتها الظروف في مثل هذه الحالة فإن العجز يأخذ صبغته النهائية.[٣]

---

[١] د. ابراهيم الدسوقي عبد اللطيف، مرجع سابق، ص٣٢٦.

٢ د. ابراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص٢٨٧-٨ ٢٨.

[3] -Jean Rivero et Jean Waline: Droit administrative، Dalloz، Paris، 1996.

الحالة الثانية- نهاية الظروف الطارئة واستدامة اختلال توازن العقد:

وقد يحدث استحالة مطلقة لتحقق التوازن المالي للعقد وذلك باستحالة زوال الظرف الطارئ وعدم تمكن المتعاقد من الاستمرار في تنفيذ العقد إلا بمعاونة دائمة من جهة الإدارة، وقد توصل مجلس الدولة الفرنسي إلى حل هذه المشكلة في حكمه الصادر في١٩٣٢/١٢/٩ في قضية " ترام شربورج" التي تتلخص وقائعها في أن سكان مدينة "شربورج" انصرفوا عن استعمال الترام بسبب انتشار وسائل النقل الحديثة وبرغم موافقة الإدارة على رفع تعريفة الركوب إلا أنَ دخل المشروع لم يغطِ تكاليفه من دون إعانة دائمة من الإدارة.

وقد وضح مجلس الدولة الفرنسي في هذه القضية نوعين من الإجراءات اللازمة لمعالجة هذه الحالة الأولى تتعلق بإجراءات قضائية والثانية إجراءات إدارية، فالإجراءات القضائية وردت في قضية" ترام شربورج " عندما لم تستطع الشركة الاستمرار في تأدية خدمة النقل الداخلي بسبب انصراف الأفراد إلى استعمال وسائل النقل الحديثة ، فعاونت الإدارة الشركة برفع سعر الركوب في وسائلها لتغطية خسائرها التي أدت إلى اختلال توازنها المالي ولم يبق أمل في تصحيح أوضاع الشركة المالية[١]، الأمر الذي دفع مجلس الدولة الفرنسي إلى معالجة ذلك بإتباع العديد من المبادئ وهي :

أولاً- إذا ظهر أن انقلاب توازن العقد أصبح صعب المعالجة ، فلكل من المتعاقد والإدارة أن يطلب من قاضي العقد أن يتحقق من الحالة الطارئة ومن شأن ذلك أن يضع حداً لالتزامات الإدارة بدفع تعويض عدم التحقق .

ثانياً- أو في إجراء قضائي آخر يعهد قاضي العقد إلى دعوة الأطراف إلى البحث عن اتفاق جديد بينهم لمعالجة هذا الوضع، وخاصة عندما تكون المسألة تتعلق بمراجعة تنظيم المرفق العام بصورة تمكنه من التكيف مع المتطلبات الجديدة لأفراد المجتمع ،

---

١ د. علي السويلم، مرجع سابق، ص ٩٧-٩٨ .

فدور القاضي لا يقتصر على دعوة الأطراف للاتفاق فحسب، بل يكمن دوره بالضغط إلى إعادة النظر في العقد في الوسائل التي يستعملها والتهديد بتعويض الضرر، وإلا سيعمد قاضي العقد عند عدم الاتفاق إلى الحكم بفسخ العقد مع التعويض إذا كان له مجال.[1]

ثالثاً- في حالة عدم الوصول إلى الاتفاق الودي بينهم لتوجيه جديد للاستثمار، يحكم القاضي بفسخ العقد بناءً على طلب الإدارة أو المتعاقد ويمكن الفسخ مع الحكم بالتعويض لمصلحة هذا أو ذاك بحسب الموقف الذي يتخذه أحد الطرفين من الطرف الآخر .

إن أساس هذا الحل من وجهة نظر مجلس الدولة الفرنسي يرتكز على فكرة جديدة، وهي اختلال التوازن النهائي للعقد الذي يشكل بدوره حالة "القوة القاهرة الإدارية " أما في نطاق القوة القاهرة بمفهومها التقليدي فيفسخ العقد نتيجة لتعرض المتعاقد لصعوبات يستحيل معها تنفيذه[2].

أما الإجراءات الإدارية في حالة اختلال توازن اقتصاديات العقد نهائياً فتشكل أحد الأوجه النادرة لنظرية الظروف الطارئة وهذه الإجراءات مستوحاة من قرارات الاجتهاد القضائي المنوه بها آنفاً، إذ قام المشرع بتكريس المبادئ في إجراءات لاحقة بمرسوم تشريعي ينظم أصول وإجراءات إدارية لكيفية إعادة النظر أو فسخ العقد المبرم لالتزام مرفق عام النقل المشترك، وآخر يفرض الالتزام بموازنة الواردات والنفقات للمرافق العامة ذوات الصفة التجارية والصناعية وصولاً إلى المرافق العامة المحلية.[3]

---

[1] د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص٦٤٠.

[2] د. ابراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص٨ ٢٨-٢٨٩.

[3] د. أحمد عبد الرزاق خليفة السعيدان، مرجع سابق، ص ٦٠.

وسواءً تعلق الأمر بإجراءات إدارية أو قضائية لا بد أن يتقدم أحد الطرفين بطلب إلى القضاء أو الإدارة بحسب الأحوال لوضع حد نهائي لحالة الاختلال النهائي للتوازن المالي في العقد الإداري.

وبناءً عليه فإن نظرية الظروف الطارئة تفترض أن تكون الظروف هي مؤقتة ومصيرها إلى الزوال، كعودة الأسعار إلى حالتها الطبيعية أو إلغاء القيود الاقتصادية أو انتهاء تفشي وباء فايروس معين مثل (الكورونا) كما هو حادث الآن في العالم، ولكن قد يحدث في بعض الحالات استحالة عودة الظروف الطارئة إلى حالتها الطبيعية وفي مثل تلك الحالة يتعذر على المتعاقد الاستمرار في تنفيذ التزاماته إلا بمساعدة الإدارة الدائمة.

ولما كانت نظرية الظروف الطارئة إنما تقوم على أن تلك الظروف مؤقتة، فلذلك يدعو القضاء الإداري في مثل هذه الحالات كل من المتعاقد والإدارة إلى إعادة النظر في شروط العقد بما يكفل له الاستمرار، فإذا لم يتوصل الطرفان إلى حل فلا مناص من الحكم بفسخ العقد بناءً على طلب من أحد الطرفين المتعاقدين، وقد يحكم على أحدهما بتعويض للآخر إذ تكشف له عن موقف متعنت منه كان هو السبب في عدم الوصول إلى تسوية تعيد إلى العقد توازنه السابق.[1]

وهكذا نكون قد انتهينا من دراسة الفصل الثالث والمتعلق بنظرية الظروف الطارئة، والتي تعد في منزلة ظروف استثنائية عامة خارجة عن إرادة الإدارة والمتعاقد معاً، لم يكن في الوسع توقعها عند التعاقد، وكان من شأن هذه الظروف قلب اقتصاديات العقد وإن لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً وإنما مرهقاً وأثقل عبئاً وأكثر كلفةً ما توقعه الطرفان المتعاقدان ما يعطي الحق إلى المتعاقد أن يطلب من الإدارة تعويضه جزئياً بما يعيد للعقد توازنه ويعيد للمتعاقد قدرته على الاستمرار في تنفيذ العقد .

[1] د. زين العابدين بركات، مرجع سابق ص٧٠٥.

و إن الظروف الطارئة ما وجدت إلا للأخذ بيد الطرف الضعيف في العقد، وقد أُقرت في القضاء الإداري من أجل تمكين المتعاقد من الاستمرار في تنفيذ العقد، وقد تتفق الإدارة مع المتعاقد في سبيل تعويضه المتعاقد على تعديل العقد وتنفيذه بطريقة تخفف من إرهاقه وتتحمل عبء هذا الإرهاق، وإذا لم يتم هذا الاتفاق فإن للقضاء أن يحكم بتعويض المتعاقد بما يغطي الخسائر التي نجمت عن الظرف الطارئ والتي تجاوزت الحدود المعقولة ، وبذلك تختلف نظرية فعل الأمير عن نظرية الظروف الطارئة في أنه يترتب على تحقق عمل الأمير تعويض المتعاقد تعويضاً كاملاً يشمل ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاته من كسب أما في نظرية الظروف الطارئة فيكون تعويضا جزئيا يغطي الخسارة التي أصابت مركزه .

إن تطبيق نظرية الظروف الطارئة لا تعفي المتعاقد من تنفيذ التزاماته، فالمتعاقد يبقى ملزماً بالاستمرار في تنفيذ العقد، وهذا ما يميز هذه النظرية عن نظرية القوة القاهرة، والتي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، في حين أن نظرية الظروف الطارئة تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين، كما أن هذه النظرية لا تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً، وإنما يبقي ممكناً، كما أنها تمنح الحق في الطلب من الإدارة أن تسهم في التعويض، فيتحمل بعض الخسائر التي تلحق به من أجل ضمان المرفق العام واستمراره في أداء خدماته ودون توقف.

وقد بحثنا في شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وهي أن تكون حالة استثنائية عامة قد تكون اقتصادية أو طبيعية أو من فعل الإدارة، ويجب أيضاً أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع وليس في الإمكان توقعه، ويكون خارجاً عن إرادة طرفي العقد ومستقلا عن إرادتهم، ويجب أن يكون بعد إبرام العقد وقبل الانتهاء من تنفيذه، وأن يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب، أي يجب أن تجاوز الخسارة العادية المألوفة، ولاحظنا أن الأساس الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة كان محض اختلاف من قبل الفقهاء، فالبعض أسنده إلى فكرة العدالة، وآخرون إلى فكرة

تغيير الظروف، وتنفيذ العقود بحسن نية ونظرية التعسف في استعمال الحق، وإلى طبيعة العقد الإداري وسير المرافق العامة بانتظام واطراد والنية المشتركة والتوازن المالي .

وأخيراً يمكن القول إنه لا يجوز الاتفاق على إعفاء الإدارة من التعويض استناداً إلى نظرية الظروف الطارئة، ويعد باطلاً اشتراط الإدارة ذلك لمخالفته للنظام العام.

ومن الأهمية بمكان أن نقوم باستعراض ودراسة نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة والتي ستكون مدار بحثنا في الفصل الثالث من هذا الباب.

الفصل الثالث

نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

هي ثالث النظريات التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي لتأمين المتعاقد مع الإدارة ضد المخاطر التي يتعرض لها في تنفيذ التزاماتها التعاقدية.[1]

حيث تنهض مشكلات وصعوبات مادية استثنائية لم يكن للمتعاقد أن يتوقعها عند إبرام العقد، ولا يشترط أن تؤدي هذه الصعوبات إلى جعل التنفيذ مستحيلاً وإنما يكفي أن تؤدي إلى جعله مرهقاً للمتعاقد ومكلفاً له بصورة لم يكن ليتوقعها عند التعاقد، وتقتضي العدالة تعويضه عن ذلك، ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يعود للمجلس الفضل في وضعها، ومن ثم فقد طبقها القضاء الإداري المصري والسوري بعد ذلك في الكثير من أحكامه، وذلك بهدف الحرص على مصلحة المتعاقد مع الإدارة، وتحقيقاً لمبادئ العدالة، وضرورة دوام استمرار سير المراق العامة بانتظام واطراد.

ويترتب على تطبيق هذه النظرية حصول المتعاقد على تعويض كامل عن جميع الأضرار التي لحقت به.

بناءً على ما تقدم سوف نقوم بدراسة هذا الفصل من خلال المباحث الآتية:

المبحث الأول: ماهية نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

المبحث الثاني: شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

المبحث الثالث: آثار تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

---

[1] د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٦٤٩.

المبحث الأول

ماهية نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

سنقوم بدراسة هذا المبحث من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: نشأة نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

المطلب الثاني: مفهوم نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ومجال تطبيقها.

المطلب الأول

نشأة نظرية الصعوبات المادية

نشأت هذه النظرية على يد مجلس الدولة الفرنسي وكان أول حكم قضائي من هذا المجلس يبرز هذه النظرية هو (حكم دوشي) والصادر في١٨٦٤/٦/٢٤، حيث انتهى المجلس في هذا الحكم إلى تعويض المتعاقد مع الإدارة عن أي صعوبات مادية غير متوقعة في أثناء تنفيذ العقد حتى يستطيع الاستمرار في التنفيذ. [١]

وقد استند مجلس الدولة في منح التعويض في حالة الصعوبات المادية غير المتوقعة إلى نص المادة /٢٨/ من دفتر الشروط والمواصفات العامة لعقود الطرق والجسور في فرنسا، والتي كانت تقرر التعويض على الهلاك والتلف أو الخسارة، فضلاً عن الأضرار الناتجة عن القوة القاهرة، وبعد ذلك توسع مجلس الدولة الفرنسي في تفسير نص المادة المذكورة تفسيراً واسعاً، وقضى بالتعويض في حالة القوة القاهرة التي تظهر فيها الهلاك أو التلف الذي يمكن تقويمه بالمال، وكانت دفاتر الشروط تمنع مراجعة الثمن المتفق عليه في العقد إلا إذا تعلق الأمر بالتعويض عن الهلاك أو التلف الذي تسببه القوة القاهرة، وبناءً على ذلك اعتمد مجلس الدولة الفرنسي في بداية الأمر على نظرية القوة القاهرة وعدّها أساساً ومصدراً لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.[٢]

ولكن مجلس الدولة سرعان ما لبث أن حدد معالم النظرية، بحيث غدت نظرية مستقلة لها أحكامها المتميزة، وكان ذلك بصدد حكم شهير هو(حكم فيري) الصادر في ١٨٦٩/٣/١٨ ،حيث أوضح المجلس في هذا الحكم أحقية المتعاقد في الحصول على تعويض عن الأضرار التي أصابته نتيجة الصعوبات المادية غير المتوقعة شرط ألا يوجد خطأ من جانب أحد الطرفين، وبعد ذلك تواترت الأحكام التي طبقت هذه النظرية

---

[1] C.E ، 24 6 1864 duche 1951

د. أنس جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣ ص٢٠٥

[٢] د. مطيع جبير. مرجع سابق، ص ٥٩٣.

وأصبحت من النظريات المستقرة في أحكام مجلس الدولة الفرنسي التي أقرها الفقه الفرنسي واعترف بها مؤيداً مجلس الدولة في هذه الحالة، وأصبحت نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أحد مبادئ النظام القانوني للعقود الإدارية.[1]

ومن مجلس الدولة الفرنسي انتقلت النظرية إلى مجلس الدولة المصري والسوري، وكان أول حكم صادر في هذا الشأن في مصر متحدثاً عن هذه النظرية بتاريخ ١٩٥٣/٥/٥ من محكمة القضاء الإداري المصرية وقد جاء في هذا الحكم أنه:" بالنسبة للصعوبة التي تبدت للمدعي عند البدء في تنفيذ العملية بسبب الأتربة المتكتلة، فإنه من الثابت بعد الاطلاع على الملف الإداري للمقاولة، أن المدعي قد شكا من هذا الأمر تكراراً، وقد عُني وكيل الوزارة بشكواه ففحصها، وبعد أن انتقل كبير مهندسي المديرية فعاين، وحاصر فرق التكاليف، ورفع تقريراً للوزير أوضح فيه أن الصعوبة التي صادفت المقاول في العمل أثناء حفره للأجزاء المتكتلة لم تكن متوقعة، ولم يكن في وسع المدعي ولا الحكومة توقعها، ومن ثم لا يجوز تحميل المدعي بجميع النفقات التي تكبدها بسبب ذلك، بل إن العدالة تقتضي بمشاطرة الحكومة في تحمل نصف قيمة زيادة التكاليف الناشئة عن تكتل الأتربة ....."."[2]

ويلاحظ من هذا الحكم أنه قد تم الخلط ما بين نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ونظرية الظروف الطارئة، لأن الصعوبات المادية يترتب عليها تعويضاً كاملاً أما نظرية الظروف الطارئة فالتعويض يكون فيها جزئي.

ومن الأمثلة على تطبيق هذه النظرية في مصر ما قضت به المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر في ١٩٦٩/٦/١٤ بقولها:

---

[1] د. أنس جعفر، مرجع سابق، ص ٢٠٦.

[2] د. علي سويلم، مرجع سابق، ص١١٣.

" تعاقد أحد المقاولين مع الإدارة لحفر خنادق وبناء حُجرات التفتيش الخاصة بمشروع منطقة العباسية، وعند التنفيذ تبين أن الأرض محل الحفر كانت من ضمن توسيع الشارع وإن تحت الأرض أساسات خرسانية وخزانات مجاري ومياه لم يسبق لها مثيل أدت إلى تأخير التنفيذ، فلما فرضت عليه الإدارة غرامات التأخير طالب بإسقاط هذه الغرامات وبتعويضه عن الصعوبات المادية غير المتوقعة، فأجابته محكمة القضاء الإداري إلى طلبه استناداً إلى نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، ولكن المحكمة الادارية العليا ألغت حكم محكمة القضاء الإداري، استناداً إلى البند ١٣ من دفتر الشروط العامة، الذي يُلزم المقاولين بأن يتحروا بأنفسهم عن طبيعة التزاماتهم، وأنهم مسؤولون عن كل الصعوبات التي تصادفهم، منظورة كانت أم غير منظورة .....".

ولكن أقرت بعد ذلك محكمة القضاء الإداري المصرية تطبيق هذه النظرية، كما أن مجلس الدولة المصري أخذ بهذه النظرية لاحقاً.[١]

وسنقوم بالمطلب الثاني بتحديد مفهوم نظرية الصعوبات المادية غير متوقعة.

[١] د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص٦٥٥.

المطلب الثاني

مفهوم نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

عرّف الفقهاء الفرنسيين هذه النظرية بأنها: " نظرية خاصة في مقاولات الأشغال تفترض صعوبات مادية لا يستطيع الفريقان توقعها ترمي بثقل أعباء خطيرة وغير طبيعية على عاتق المقاول مثل مواجهة طبقات مائية غير متوقعة في حفر نفق وحق التعويض معترف به للمقاول عن كامل الضرر".[١]

أما الفقه المصري فقد عرفها بأنها:" للمتعاقد مع الإدارة الحق في تعويض كامل من خلال زيادة أو رفع المقابل النقدي المحدد في العقد إذا ما صادف في أثناء تنفيذ العقد (صعوبات مادية ذات طبيعة غير عادية) ولا يمكن توقعها بحال من الأحوال عند إبرام العقد وتؤدي إلى جعل التنفيذ أكثر إرهاقاً للمتعاقد وأشد وطأةً وأكثر كلفة عليه".[٢]

كما عرفها البعض الآخر بأنها:" تلك الصعوبات التي تظهر أثناء تنفيذ العقد تكون ذات طابع استثنائي بحيث لم يتوقعه الطرفان أثناء إبرام العقد ويكون من نتيجتها جعل التنفيذ أكثر كلفة ومن ثم فإنها تفتح أمام المتعاقد الحق في أن يحصل على تعويض كامل في شكل زيادة حقوقه المالية مقابل التزاماته العقدية."[٣]

وقد عرفتها محكمة القضاء الإداري المصرية بأنها: " الصعوبات غير المتوقعة من النظريات التي ابتكرها القضاء الإداري ومن مقتضياتها أنه عند تنفيذ العقود الإدارية وبخاصة عقود الأشغال العامة قد تطرأ صعوبات عند التعاقد وتجعل التنفيذ أشد وطأةً على المتعاقد مع الإدارة وأكثر كلفة فيجب – من باب العدالة – تعويضه عن ذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد زيادة تغطي جميع الأعباء والتكاليف التي تحملها

---

[١] د. علي سويلم، مرجع سابق، ص ١١٠.

[٢] د. نواف كنعان، مرجع سابق، ص ٣٧٥.

[٣] د. أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص ٢٥٨.

اعتباراً بأن الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسري إلا على الأعمال العادية المتوقعة فقط."[١]

أما الفقه السوري فقد عرفها جانب منه بأنها: " استحقاق المتعاقد مع الإدارة للتعويض الكامل إذا ما صادف المتعاقد في تنفيذ التزاماته صعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية خالصة ولا يمكن توقعها بأي من الأحوال عند إبرام العقد وتؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مرهقاً."[٢]

أما الجانب الآخر ن الفقه السوري فقد عدّ أن هذه النظرية من النظريات القضائية التي أقامها مجلس الدولة الفرنسي من أجل تأمين المتعاقد ضد المخاطر المادية أو الطبيعية التي تصادفه في أثناء تنفيذ العقد.[٣]

هذا وتختلف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة عن نظرية الظروف الطارئة في أن المتعاقد يستحق في الأولى تعويضاً كاملاً بينما في الثانية يستحق تعويض جزئي ويتمثل بمساعدة تمنحها الإدارة إلى المتعاقد لتخفيض خسارته وتختلف عن نظرية فعل الأمير في أن الصعوبات المادية أمر خارج عن إرادة المتعاقدين بينما فعل الأمير يصدر من السلطة الإدارية.[٤]

كما و تختلف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة عن نظرية القوة القاهرة في أنه يكفي في الحالة الأولى أن يصبح التنفيذ أشد عسراً وأكثر كلفة في حين أن النظرية الثانية يصبح التنفيذ مستحيلاً وكذلك يختلف الأمر بالنسبة إلى النتائج المترتبة على النظريتين وفي حالة القوة القاهرة يكون إما وقف التنفيذ أو فسخ العقد أما في حال الصعوبات المادية غير المتوقعة فإنه يفترض الاستمرار في التنفيذ. [٥]

---

[١] د. جابر جاد نصار، مرجع سابق ص ٣٤٦

[٢] د. محمد الحسين – د. مهند نوح، مرجع سابق، ص ٣٧٢.

[٣] د. سعيد نحيلي، مرجع سابق، ص ١٩٠.

[٤] د. محمد يعقوب السعيدي، مرجع سابق، ص ٢٨٧.

[٥] عبد العزيز الخولي، مذكرات في العقد الإداري، بحث منشور في مجلة هيئة قضايا الدولة المصرية، العدد الأول

ولقد ذهبت محكمة القضاء الإداري المصرية فيما يتعلق بالفرق بين نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة والظروف الطارئة والقوة القاهرة إلى القول :" وبذلك تختلف هذه النظرية من حيث سببها ونتائج المترتبة عليها عن نظرية الظروف الطارئة التي تطبق بسبب ظروف سياسية أو اقتصادية او اجتماعية ينشأ عنها قلب اقتصاديات العقد أو اختلال توازنه المالي ويقتصر التعويض فيها على قدر محدود تساهم فيه جهة الإدارة كما تختلف عن حالة القوة القاهرة في أنه يكفي في حالة الصعوبات غير المتوقعة أن يصبح التنفيذ أشد عسراً أو أكثر كلفة في حين أنه في حالة القوة القاهرة يصبح التنفيذ مستحيلاً كما أنه يترتب على القوة القاهرة إما وقف التنفيذ أو فسخ العقد أما في الصعوبات المادية غير المتوقعة فإنه يفترض على العكس الاستمرار في التنفيذ.[1]

وفي مجال تطبيق هذه النظرية نجد أن هناك خلاف بين الفقهاء يتجلى في اتجاهين رئيسين:

الأول: يرى أن مجال تطبيق هذه النظرية يوجد في عقود الأشغال العامة.[2]

ويرى العميد" فيدل" أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة تعدّ نظرية خاصة على الأقل من الناحية العملية بعقود الأشغال العامة أما الفقه " فلام " يرى أن هذه النظرية التي نشأت في مجال عقود الأشغال العامة يجب أن تظل محصورة في هذا المجال من دون سواه أي ان كلا الفقيهين يحصر نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بعقود الأشغال العامة. [3]

الثاني: يرى الفقيه" **لوبادير** " أنه لا توجد تطبيقات قضائية لهذه النظرية خارج عقود الأشغال العامة لكن لا يوجد مانعاً – متى توافرت شروطها – من تطبيقها في مجال العقود الإدارية الأخرى، وهذا الرأي يتفق معه الفقيه "**جيز**" والفقيه" **بيكنو**" أي أن الفقهاء

السنة (٣٣) ،١٩٨٩، ص٦٢ .

[1] د. أنس جعفر، مرجع سابق، ص ٢٠٩.

[2] د. سليمان الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٦٥٠.

[3] د. ابراهيم علي، مرجع سابق، ص ٣٠٨.

يرون أن هذه النظرية هي نظرية عامة تطبق على جميع العقود الإدارية ولا يوجد ما يمنع من تطبيق هذه النظرية إذا ما توافرت شروطها بالنسبة إلى أي عقد إداري أخر.[١]

لكن مجلس الدولة الفرنسي لم يطبقها خارج نطاق عقود الأشغال العامة والدليل على ذلك أنه رفض تطبيقها بمناسبة عقد التزام مرفق عام.[٢]

ويرى الباحث أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة تفترض أن هناك ظروف خارجية واستثنائية وغير عادية لا يمكن توقعها تظهر في أثناء تنفيذ العقد وخاصة عقد الأشغال العامة وتتجاوز هذه الصعوبات المخاطر الطبيعية فتجعله أشد كلفة ومشقة من دون أن يصل إلى حد الاستحالة من حق المتعاقد في هذه الحالة أن يطالب بالتعويض ويكون التعويض كاملاً عن الأضرار التي لحقت به والتي تحملها نتيجة لهذه الصعوبات، ويرى الباحث أنه : يمكن تطبيق هذه النظرية ليس فقط على عقود الأشغال العامة بل على العقود الإدارية كافة وذلك لأن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة هي نظرية عامة تطبق على جميع العقود الإدارية ومنها عقود التوريد وعقود الأشغال العامة ولا يوجد ما يمنع من الأخذ بهذه النظرية إذا ما توافرت شروطها لأن الهدف منها هو مصلحة المتعاقد مع الإدارة وأيضاً ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

---

[١] د. محمود حلمي، القضاء الإداري، ١٩٧٧، ص٢٩٨

[٢] د سليمان الطماوي، مرجع سابق، هامش ص ٦٥٠.

المبحث الثاني

شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

إذا صادفت المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته صعوبات مادية استثنائية لا يمكن توقعها عند إبرام العقد وتؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مرهقاً، فإن من حقه أن يطالب بالتعويض الكامل عما تسببه هذه الصعوبات من أضرار. ولكي يستطيع المتعاقد مع الإدارة أن يستفيد من تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، يلزم أن تتوافر في الصعوبات التي يصادفها أثناء تنفيذه العقد، عدة شروط سوف نبينها في هذا المبحث وفق المطالب الآتية:

المطلب الأول: أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية.

المطلب الثاني: أن تكون الصعوبات غير متوقعة عند إبرام العقد.

المطلب الثالث: أن تكون الصعوبات ذات طابع استثنائي.

المطلب الرابع: العقود الجزافية لا تعوض الصعوبات إلا في حالة انقلاب العقد.

المطلب الأول

أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية

يشترط لتطبيق هذه النظرية أن يواجه المتعاقد عند تنفيذه للعقد صعوبات مادية أي لها طابع مادي بحت، أما إذا كانت هذه الصعوبات متعلقة بظروف أخرى إدارية أو اقتصادية فلا مجال هنا لتطبيق هذه النظرية بل يمكن أن تطبق نظرية عمل الأمير أو نظرية الظروف الطارئة في حال توافر شروط إحداها.[١]

وهذه النظرية ترتبط في معظم الأحيان بالظواهر الطبيعية كأن يواجه المتعاقد طبقات مائية كثيفة لم تكن متوقعة عند التعاقد وتضيف نفقات مالية لم يكن المتعاقد قد وضعها في حسابه لأنه في هذه الحالة سيضطر إلى سحب هذه المياه وتجفيف الأرض[٢] .

ومن هذه الظواهر أيضاً التي تعود إلى طبيعة الأرض التي تنفذ فيها الأشغال العامة كأن تظهر طبقة صخرية في حين أن التنفيذ الطبيعي يفترض طبيعة سهلة وغير صخرية.

وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في حالات عدة مماثلة وهي الطبيعة الصخرية للأراضي والتي تعترض المتعاقد مع الإدارة في أثناء تنفيذه لالتزاماته العقدية وذلك في العديد من أحكامه [٣].

ومنها أن يُفاجأ المقاول بوجود طبقات غزيرة من المياه تحتاج لنفقات غير عادية في سحبها وتجفيف الأرض أو يفاجأ بوجود أتربة متكتلة بدلاً من الطمي عند حفره إحدى الترع أو المصارف، [٤]بيد أن الصعوبات المادية غير المتوقعة لا ترجع في جميع الأحوال إلى الظواهر الطبيعية فقد يكون مصدرها فعل الغير كترميم المتعاقد لطريق

---

[١] د. إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص ٣١٠.

[٢] د. فاروق أحمد خماس، مرجع سابق، ص ١٨٠.

[٣] د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، هامش صفحة ٦٥٧.

[٤] د. حميد يونس، عقود المقاولات التي تكون الدولة طرفا فيها، بغداد، بلا دار نشر، ١٩٧٠.

مجاور لموقع تنفيذ العقد لحاجته الماسة إليه في الوصول إلى مكان محل العقد، واضطرار المتعاقد إلى شراء وردم قناة خاصة مملوكة لأحد الأفراد مجاورة لموقع العمل ولم تشر إليها المواصفات التي على أساسها تم إبرام العقد الإداري وذلك لتأثيرها الضار في الأبنية التي يتولى إقامتها . وهذا ما أشار إليه مجلس الدولة الفرنسي في العديد من أحكامه[١]. كما أشار إلى ذلك جانب من الفقه السوري.[٢]

أما القضاء المصري فقد أخذ بهذا الشرط في أحكامه، ومنها ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري المصرية في أحد أحكامها بقولها: " إن المتعاقد على حفر إحدى الآبار الارتوازية قد صادف طبقات صخرية لا يجدي في ثقبها ما بين يدي المقاول من أدوات وتحتاج إلى آلات حديثة لا يمكنه الحصول عليها ."[٣]

وقضت محكمة القضاء الإداري المصرية فيما يتعلق بشروط نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في أحد أحكامها بقولها ". . . أما في حالة الصعوبات المادية غير المتوقعة . . . فإنه يشترط لاستحقاق التعويض المترتب عليها توافر شروط خاصة ومن ضمنها أن تكون الصعوبات مادية.."[٤]

وقد أيدت الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري المصرية في أحد أحكامها بأن:" تكون الصعوبات المادية غير المتوقعة ذات طبيعة مادية".[٥]

وكذلك فعلت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة السوري في اشتراطها أن تكون الصعوبات المادية غير المتوقعة ذات طبيعة مادية.

---

[١] د. عبد العليم عبد المجيد مشرف، الوجيز في القانون الإداري دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٢، ص٣٣٨.
د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ٦٥٧.

[٢] د. زين العابدين بركات، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق ص ٦٦٨.

[٣] د. فاضل شاكر احمد مصطفى، مرجع سابق، ص ٨٥.

[٤] د. مطيع علي حمود جبير، مرجع سابق، ص ٥٩٥.

[٥] د. احمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص٢٥٩.

ولكي تسوغ هذه الصعوبات المادية حصول المتعاقد على التعويض، يجب ألا تحدث بفعل أحد المتعاقدين، فإذا كانت هذه الصعوبات راجعة إلى عمل الإدارة فإن الأمر لا يتعلق بتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وإنما يتعلق بنظرية عمل الأمير[1]. ويجب أيضاً ألا يكون للمتعاقد مع الإدارة يد في إحداث تلك الصعوبات أو زيادة أثارها خطورة وأن يثبت أنه لم يكن في وسعه توقى آثار تلك الصعوبات بما بين يديه من وسائل. ويجب أخيراً أن يثبت أن المتعاقد لم يخرج على شروط العقد في أثناء قيامه بتنفيذ التزاماته.

ويتضح ذلك من خلال مجلس الدولة الفرنسي في العديد من أحكامه.[2]

وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر في هذا الصدد إلى القول:

".. وإن كان المدعي قد اخطأ حينما تقدم بعطائه قبل دراسة تصميمات المشروع واستطلاع آراء الخبراء الفنيين ودون إبداء تحفظاته الفنية إلى جهة الإدارة في الوقت المناسب ، إلا أنه من الناحية الأخرى فإن جهة الإدارة قد أسهمت هي الأخرى في خلق الصعوبات التي اعترضت تنفيذ المشروع بقدر من الخطأ يتمثل في وضع تصميمات المشروع على أساس لا يتفق من الناحية الفنية مع أوضاع حوض التخزين ويناسب المياه فيه وقد كان مفروضاً عليها قبل وضع الرسومات والتصميمات أن تقوم بالأبحاث والتجارب اللازمة للتعرف على الضغوط التي يمكن أن تنشأ في حوض التخزين حتى تجيء تلك التصميمات قابلة للتنفيذ العملي . وعلى ضوء ما تقدم فإنه يتعين على كل من الطرفين أن يتحمل تبعة ما وقع فيه من خطأ ومن ناحية أخرى لا

---

[1] د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص٣٤٨-٣٤٩.

[2] د. ابراهيم محمد على، مرجع سابق، ص٣١٢.

د. سليمان الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٦٥٨.

يحق للمدعى أن يطالب جهة الإدارة بأية مبالغ إضافية تكبدها أو خسائر لحقت به نتيجة الصعوبات التي واجهها في تنفيذ العملية...."[١]

و الجدير بالذكر أن الصعوبات المادية غير المتوقعة حالة واقعية يعود إلى قاضي العقد تقديرها وتقرير ما يمكن عدَّه من قبيل المخاطر العادية وفقاً لظروف كل حالة على حدة وهذا ما أشار إليه جانب من الفقه السوري الحديث.[٢]

وقد أخذ المشرع السوري بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة حيث نصت المادة (٦٩) فقرة ب نظام العقود الموحد الصادر بالمرسوم (٥١) عام ٢٠٠٤ على الآتي:

" إن جميع طلبات المتعهد الناجمة عن حوادث مفاجئة أو أحوال طارئة أو قوة قاهرة أثناء تنفيذ التعهد عن أعمال تعتبر أنها ليست مشمولة به يجب أن يتقدم بها إلى الجهة العامة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ نشوء هذه الحالات التي تبرر تلك المطالبات تحت طائلة عدم القبول".

لكن بعض الفقه السوري أشار إلى أن المشرع السوري لم يأخذ بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بقانون العقود (٥١) لعام ٢٠٠٤.[٣]

ولكن الباحث لا يرى أن هذا الرأي لا يؤيد هذا الاتجاه اعتماداً على القراءة المتأنية للمادة ٦٩ من قانون العقود السوري والتي جاء فيها:

" أ – على المتعهد أن ينفذ فوراً جميع الأوامر والتعليمات الخطية التي تبلغ إليه من قبل الجهة العامة أو من يمثلها وإذا رأى أن هذه الأوامر تشكل تجاوزاً على حدود واجباته المفروضة عليه في التعهد فعليه أن يقدم اعتراضاته وتحفظاته

---

[١] د. مطيع حمود جبير، مرجع سابق، ص ٦٠٠ –٦٠١.

[٢] د. سعيد نحيلي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٩١.

[٣] د. محمد الحسين و د. مهند نوح، مرجع سابق، ص ٣٧٤.

وطلباته الناشئة بسبب هذه الأوامر أو التعليمات أو الأعمال غير المشمولة بالتعهد خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغها إليه تحت طائلة عدم القبول.

ب – إن جميع طلبات المتعهد الناجمة عن حوادث مفاجئة أو أحوال طارئة أو قوة قاهرة أثناء تنفيذ التعهد عن أعمال تعتبر أنها ليست مشمولة به يجب أن يتقدم بها إلى الجهة العامة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ نشوء هذه الحالات التي تبرر تلك المطالبات تحت طائلة عدم القبول".

يتضح من هذا النص أن الفقرة الأولى تشير إلى تطبيق نظرية فعل الأمير والفقرة الثانية أشارت بشكل صريح إلى أن المشرع السوري أخذ بنظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة بشكل واضح وصريح، ولم يبقَ سوى الإشارة إلى أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة والتي لم يشر اليها بشكل حرفي فقد ذكر بالحرف الواحد :

" إن جميع طلبات المتعهد الناجمة عن حوادث مفاجئة "

ويرى الباحث المشرع السوري في قانون العقود الموحد رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤ قد أخذ وبشكل ضمني بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وما نتمناه على المشرع مستقبلاً أن يعيد صياغة هذه الفقرة ويضمّنها صراحة نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بدلاً من عبارة (حوادث مفاجئة).

وما يؤيد رأي الباحث في هذا الخصوص ما قررته محكمة القضاء الإداري المصرية في أحد أحكامها الصادر في ١٩٥٧/١/٢٠ بقولها: " إن الشرط الخاص بوجوب أن تكون الصعوبات طارئة أي غير متوقعة أو مما لا يمكن توقعه أو ليس في الوسع توقعها، هذا الشرط ينطوي إلى حد كبير على معنى المفاجأة في صورة معينة كأن يجد المتعاقد مع الإدارة نفسه إزاء حالة لم يكن يتوقع حدوثها إلا بناءً على دفتر

الشروط أو بالرغم مما نبه إليه أو ما اتخذه من حيطة لا تفوت على الشخص البصير بالأمور قبل الإقدام على المساهمة في تسيير المرفق العام المتعاقد بشأنه."[1]

وقد تكررت أحكام هذه المحكمة في العديد من القضايا المعروضة عليها.[2]

ويرى الباحث أن الحالة الأخيرة في توجه المحكمة الإدارية العليا في مصر كان في محله لأن الإدارة أسهمت بالضرر الذي أصاب المتعاقد معها نتيجة خطأها في وضع تصميمات المشروع وبالتالي فإن التعويض الذي سيحصل عليه المتعاقد في هذه الحالة هو على أساس نظرية فعل الأمير وليس على أساس الصعوبات المادية غير المتوقعة.

[1] د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣٤٩ د. الياس ناصيف، مرجع سابق، ص٣٣٨.
د. إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص٣١٤ علي بن عبد الكريم أحمد السويلم، مرجع سابق، ص ١١٧.
[2] د. جابر جاد نصار العقود الإدارية ، مرجع سابق، ص ٣٤٩.

المطلب الثاني

أن تكون الصعوبات غير متوقعة عند إبرام العقد

يجب لإمكانية تعويض المتعاقد عن الصعوبات المادية غير المتوقعة ألا تكون قابلة للتوقع، وعلى المتعاقد أن يبذل من تاريخ لحظة إبرام العقد الجهد المعقول للإحاطة بجميع الصعوبات المادية التي من المحتمل أن تصادفه عند التنفيذ وأن تكون قد فاقت كل توقعاته بعد بذل هذا الجهد.

والقاعدة أنه يجب على المتعاقد قبل أن يقبل العقد أن يدرس طبيعة الأرض وأن يبذل جهده والمطلوب من كل متعاقد حريص أن يبذله للإحاطة بكل الصعوبات المادية غير المتوقعة والتي تواجهه عند التنفيذ.[١]

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية على ذلك في أحد أحكامها بقولها :" كان على المقاول أن يتحرى بنفسه تلك الصعوبات وكان في وسعه أن يتوصل إليها.[٢]

ويقع عبء إثبات وجود الصعوبات المادية غير المتوقعة وعدم إمكانية توقعها على عاتق المتعاقد طالب التعويض، وتحديد عما إذا كانت الصعوبات يمكن توقعها من عدمه تخضع إلى تقدير قاضي العقد وفقاً لظروف كل قضية على حدة ، بمعنى أن شرط التوقع أو عدمه يقدر وفقاً لمعيار موضوعي لا شخصي وفي ضوء ما يبذل المتعاقد الحريص من جهد ومدى معاونة الإدارة في تزويده بكل المعلومات التي لديها عن موقع العمل.[٣] ويضع قاضي العقد في حسبانه مدى معاونة الإدارة للمتعاقد في هذا الخصوص، ذلك أن مبدأ حسن النية في التعاقد يقتضي أن تضع الإدارة ما لديها

---

[١] د. أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص٢٦٢.

C. E. 26-3-1985، Ste Francaise de T. P. Fougerlle، R. D. P. 1985، p.1705.

[٢] د. سليمان الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية ، مرجع سابق، ص ٦٦٠.

[٣] د. ابراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص٣١٥-٣١٦. و د. عبد العليم عبد المجيد مشرف، مرجع سابق، ص ٣٤٠.

من معلومات تحت تصرف الطرف الآخر ومعاونته في الوصول إلى تلك الغاية أو الهدف، فإذا ثبت تقصير الإدارة في ذلك حكم القاضي بتعويض المتعاقد، أما إذا قصر المتعاقد مع الإدارة وكان في مقدوره تبيّن الصعوبات المادية غير المتوقعة وقت التعاقد يحكم القضاء برفض التعويض.[1] وهذا ما أقره مجلس الدولة الفرنسي في العديد من أحكامه.

أما المحكمة الإدارية العليا في مصر فقد أشارت في أحد أحكامها تاريخ١٩٩٧/١٢/٣٠ إلى أنه: " من حيث إنه لما سبق وكانت الإدارة حسبما سلف، لم تنف وجود اختلاف في طبيعة الأرض والتربة – بالنسبة إلى الأعمال الإضافية – عن طبيعة الأرض والتربة بالنسبة إلى الأعمال الأصلية، التي كانت محل العقد الأصلي. كما وأن الثابت من تقرير الخبير الذي ندبته محكمة القضاء الإداري المصرية، إن الأتربة المتولدة عن الحفر، بالنسبة إلى الأعمال الإضافية، تختلف اختلافاً جوهرياً عن الأعمال الأصلية، وأن حجم الأتربة التي قام المطعون ضده بنقلها بمناسبة تنفيذ الأعمال الإضافية، يجاوز نسبة ٢٥٪ من قيمة الأعمال الأصلية، ونظراً لأن الإدارة لم تقدم ما يفيد أن المطعون ضده قام بمعاينة الأرض موضوع الأعمال الإضافية أو إن الإدارة نفسها كانت تعلم باختلاف طبيعة الأرض، بالنسبة إلى الأعمال الإضافية عن الأعمال الأصلية، كما أنه وحسبما سلف، لا يمكن القول بامتداد الإقرار الصادر عن المطعون ضده بمعاينة الأرض والتربة بالنسبة إلى الأعمال الأصلية، إلى الأعمال الإضافية ، وبالتالي يكون من الثابت من الأوراق أن هناك صعوبات مادية غير متوقعة كانت لدى طرفي العقد".[2]

---

[1] د. فاروق احمد خماس ود. محمد عبد الله الدليمي، مرجع سابق، ص ١٨١.

د. ابراهيم الدسوقي عبد اللطيف، مرجع سابق، ص٣١٩.

[2] د. الياس ناصيف، مرجع سابق، ص ٣٣٨.

د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية مرجع سابق، ص ٣٥٠.

وهذا ما نصت عليه المادة (١٠٩) من لائحة العقود الإدارية في القانون المصري الحديث السالف ذكره:

"يكون من التزامات المقاول التحري بنفسه عن طبيعة الأعمال والقياسات والمقادير والكميات وأن يجري كل ما يلزم لذلك من تحريات واختبارات وغيرها للتأكد من سلامة الرسوم والتصاميم والمقادير والمواصفات والبيانات التي اعتمدت وطرح أساسها المشروع فإذا ظهرت له ملاحظات من شأنها أن تعرقل سير التنفيذ أو تكون غير متفقة مع الأصول الفنية أو الاقتصادية أو تحد من الفائدة المرجوة من المشروع وجب عليه أن يخطر بها الجهة المتعاقدة بشأن تلك الملاحظات ويتم أخذ تلك الآثار الناتجة عن هذا التوقف في الاعتبار كتعديل مدة أو قيمة العقد في حالة ثبوت صحة رأي المقاول "

وأيضاً هذا ما تضمنته المادة (٢١) من المرسوم(٤٥٠) لعام ٢٠٠٤ المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود الموحد:

" أ–على المتعهد قبل المباشرة في تنفيذ أي جزء من هذا العقد أن يدقق ويتثبت من صحة المخططات ومطابقتها بعضها لبعض ولكل ما يقتضيه دفتر الشروط الفنية وجدول الأسعار وجدول الكميات وغيرها من الأحكام وعليه أن يطلب من الإدارة تصحيح أي خطأ أو تباين أو تناقض أو نقص قد يلاحظه في هذه المخططات أو في الشروط الفنية أو الكشوف أو التعليمات المعطاة إليه سواء كانت مكتوبة أو مرسومة وسواء أكانت مرفقة بهذا العقد أو أُعطيت إلى المتعهد فيما بعد أثناء التنفيذ، وعلى المتعهد في مثل هذه الحالات العمل بموجب التعليمات النهائية الخطية التي تطلب الإدارة منه إتباعها أثناء التنفيذ في هذا الموضوع.

ب–إذا نتج عن عدم مراجعة المتعهد للإدارة خطياً بشأن أي تباين أو تناقض أو نقص أو خطأ في المخططات والشروط الفنية بعد تنفيذ الأعمال كلها أو بعضها ظهور أي خطأ لا يمكن قبوله أو تلافيه في أي من الأعمال الواردة في هذا العقد إجمالاً أو تفصيلاً، تقع مسؤولية مع ما يترتب على تصحيح أو هدم أو إعادة بناء

القسم المتأثر بالخطأ الواقع على المتعهد وعليه إزالة نتائج هذا الخطأ على نفقته الخاصة مهما بلغت التكاليف.

ج–إن الإدارة هي المسؤولة عن صحة التصاميم المقدمة من قبلها من الوجهتين الفنية والحسابية" .

ويرى جانب من الفقه السوري أن على القضاء الإداري أن يقدر توافر هذا الشرط من عدمه وذلك على ضوء ما يبذله المتعاقد من جهد وحيطة الشخص البصير ومدى معاونة الإدارة له في ذلك فإذا قصر المتعاقد في اتخاذ الإجراءات اللازمة للتحري والبحث عن طبيعة الصعوبات التي يمكن أن تصادفه في أثناء التنفيذ فإن القضاء الإداري يرفض التعويض وبالتالي لا تعدّ صعوبات مادية غير متوقعة الصعوبات التي تواجه المتعاقد في تنفيذ أشغال الحفر لأنه لم يقم بالدراسات الجيولوجية التي توقعت هذه الصعوبات.[1]

[1] د. سعيد نحيلي، مرجع سابق، ص ١٩٢.

د. زين العابدين بركات، مرجع سابق، ص ٦٦٩.

المطلب الثالث

أن تكون الصعوبات ذات طابع استثنائي

مؤدى هذا الشرط أن تكون الصعوبات ذات طابع استثنائي غير عادي[١]، أي إنها صعوبات غير مألوفة، أما إذا كانت الصعوبات مألوفة، أي صعوبات يتحملها أي متعاقد في أثناء تنفيذ العقد فلا مجال لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، ومسألة تحديد ما إذا كانت الصعوبات ذات طابع استثنائي أم لا تخضع إلى تقدير قاضي الموضوع الذي يقدرها كل حالة على حدة بالاستناد إلى ما يقدمه المتعاقد من دلائل ومستندات توضح أن هناك عقبات تندرج في نطاق الصعوبات ذات الطابع الاستثنائي أي إن عبء الإثبات يقع على عاتق الشخص المتعاقد الذي يطالب بالتعويض[٢].

ويذهب جانب من الفقه السوري إلى أن الصعوبات يجب أن تكون ذات صفة استثنائية غير مألوفة ويترك تقدير تلك الصفة إلى القاضي الإداري الذي يتشدد في تحديد الصفة وبصورة خاصة عندما يحتوي العقد الإداري النافذ بين الطرفين المتعاقدين على نصوص تحمل المتعاقد مع الإدارة على تحمل المخاطر والصعوبات كافة عند التنفيذ.[٣]

وقد ذهبت محكمة القضاء الإداري المصرية في أحد أحكامها إلى القول: " ومن حيث إن شرط الصعوبة غير العادية أو الاستثنائية يختلف تحققه باختلاف الحالات التي تعرض في مجال التطبيق، وهو في مجال خصوصية المنازعة الحالية لا يتوافر لمجرد أن الطبقة التي صادفها المدعي كانت ذات صلابة غير عادية، بل يجب أن تكون الطبقة امتداداً غير عادي أيضاً ، بأن تكون لمساحات واسعة أو بنسبة

---

[١] د. عبد الفتاح حسن ، مذكرات في مبادئ القانون الإداري، دار قاسم للطباعة ، المنصورة ، ١٩٧٩، ص ٢٧.

[٢] د. عبد العليم مشرف، مرجع سابق، ص ٣٤٠.

[٣] د. زين العابدين بركات ، مرجع سابق، ٦٦٩.

كبيرة من مجموع المنطقة محل العقد. وبهذا وحده يتحقق المراد من اعتبار الصعوبة غير عادية أو استثنائية، لأنه يدل على طبيعة أصلية في التربة ذاتها، ومن حيث إن مكعبات العقد المبرم مع المدعي جملتها (١٨٧٥٧٤) متراً مكعباً، بينما بلغت الطبقة الصخرية (١٢٧٢) متراً مكعباً قام المدعى بتشغيل(١٢١٠) متراً مكعباً منها وهي كمية قليلة، ونسبتها ضئيلة بالنسبة إلى مكعبات العقد ومجموع كلياته، إذ أنها عبارة عن متر مكعب واحد في كل (١٥٥) متراً مكعباً بالتقريب وبهذه النسبة لا يمكن اعتبارها صعوبة غير عادية في التنفيذ بالمعنى المقصود من ذلك نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة[١]. وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر في١٩٩٧/١٢/١٦ قائلةً: "أن يلتزم القضاء بأحقية المقاول للتعويض طبقاً لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة توافر الشروط ومن ضمنها أن تكون الصعوبات مادية وغير عادية أو استثنائية".[٢] ويثار تساؤل عن إمكان تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في حالة وجود عقد يتضمن شرطاً صريحاً يقضي بتحميل المتعاقد مع الإدارة المخاطر كافة أو تحديد الثمن مهما كانت الصعوبات عند التنفيذ؟ فهل تطبق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بالرغم من وجود هذا الشرط؟

يذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أن الإعفاء من التعويض لا يخص إلا الصعوبات العادية، أما الصعوبات غير العادية الاستثنائية فإن للمتعاقد الحق في المطالبة بالتعويض إذا توافرت شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة كما أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك.

---

[١] د. منير محمود الوتري، مرجع سابق، هامش ص ٢٠٢.

د. محمود حلمى، العقد الإداري، مرجع سابق ص ١٣٤

[٢] د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣٤٧.

يذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى عدّ الشروط التي ترد في بعض العقود الإدارية التي تحمل المتعاقد مخاطر التنفيذ أياً كانت طبيعة الأرض أو الصعوبات التي يصادفها عند التنفيذ إنما تعني الصعوبات العادية أما الصعوبات الاستثنائية وغير العادية فإن للمتعاقد المطالبة بالتعويض بالرغم من تلك الشروط.[١]

ويلاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي يفسر هذا الشرط على أنه لا يتعلق بالصعوبات غير العادية أو الاستثنائية، ويقتصر دور هذا الشرط على تشدد القضاء في تقدير درجة الصعوبة غير العادية التي يصادفها المتعاقد عند تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.[٢] أما المحكمة الإدارية العليا في مصر فقد ذهبت في أحد أحكامها إلى القول : " إذا كان مفاد النصوص الواردة في دفتر الشروط العامة فإن المقاول مسؤول مسؤولية كاملة عن جميع الصعوبات المادية التي تصادفه سواءً كانت متوقعة أو غير متوقعة وليس في شأن الصعوبات المادية غير المتوقعة إرهاق للمقاول أن تخوله حق مطالبة الجهة الإدارية المتعاقدة معه بزيادة الأسعار مشاركة منها في الخسارة التي تكون قد لحقته، إذ إن الصعوبات أياً كان شأنها لا ترقي إلى مستوى الحوادث الطارئة الموجبة لإلزام الإدارة بتحمل نصيب من الخسارة الفادحة التي تختل

---

[١] د. محمد ماهر أبو العينين، مرجع سابق ، ص٤٤٩ .

د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص ٦٥١.

[٢] د. مطيع علي حمود جبير ، مرجع سابق ، ص ٦٠٣ويتضح ذلك من خلال حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية "Dedeyn ١٩١٧/١/١٤" وحكمه في قضية "Sainrapt" في١٩٤٣/٥/١١ وفي قضية "Dumez في١٩٤٣/٥/١٩ وفي قضية Commune de Meissac' ai في١٩٥٣/٤/٢ أنظر د. فاروق احمد خماس د. محمد عبد الله الدليمي ، مرجع سابق ، ص ١٨١، ود. سليمان الطماوي ، الأسس العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق ، ص ٦٦٠.

بها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً وذلك لتنفيذ العقد الإداري واستدامة سير المرفق العام الذي يخدمه."

وقد تعرض هذا الحكم إلى النقد من عدة نواح عدة أهمها:[1]

١- خلط المحكمة الإدارية العليا بين نظرية الظروف الطارئة ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ما جعلها تتحدث عن مشاركة الإدارة في الخسارة بدلاً من تعويض المقاول الذي تقضي به نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

٢- استندت إلى البند (١٣) من دفتر الشروط العامة للمقاولين الذي يلزمهم أن يتحروا بأنفسهم عن طبيعة التزاماتهم وأنهم مسؤولون عن كل الصعوبات منظورة أو غير منظورة . وهذا الشرط يقتصر أثره على التشدد في تقدير درجة الصعوبات غير العادية ولا يمنع في حالة وجود عقبات لجوء المتعاقد إلى القضاء للمطالبة بالتعويض.

٣- تطبيق نظرية الظروف الطارئة على موضوع الدعوى في حين كان يجب تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة لأن القاضي يعبر عن موقف موضوعي بفحص كل حالة على حدة بالإستناد إلى وجود النظرية .

أما الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع في مصر فقد أيدت في أحد فتاويها الإتجاه الذي يسير عليه مجلس الدولة الفرنسي[2]، وأقرت مبدأ التعويض وفقاً

---

[1] د. إبراهيم محمد على، مرجع سابق، ص٣١٨-٣١٩.

[2] لا يصح القول إنه كان هناك اتفاق على عدم مسؤولية هيئة قناة السويس عن تعويض الشركة عما تصادفه من صعوبات غير متوقعة كتلك التي صادفتها متمثلة في زيادة حجم التربة الصلبة أضعافاً مضاعفة تجاوز كل ما كان مقدرا، على أساس الاختبارات التي جرت بمعرفة المقاولين قبل التعاقد وبمعرفة الهيئة. وذلك أن القول مردود إلى ما جاء في العقد وفي الشروط في شأن التنبيه إلى طبيعة التربة ، وإلى ما تحتويه من صخور صلبة ، ونحو ذلك ، يحمل على أنه قصد به عدم مساءلة الهيئه عما يصادف من يعهد إليه بتنفيذ المشروع من عقبات بسبب ذلك، في الحدود المعقولة التي يصل إليها التقدير العادي للأمور مبيناً على أساس الاختبارات والبحوث الممكن إجراؤها عند وضع مثل هذا التقدير ، أما ما جاوز هذه الحدود ، فما يكون هناك تسليم بأنه لم يكن يخطر ببال أي من المتعاقدين أو مما لم يكن في مقدور أحد أن يتكهن به عند التعاقد فإن تفسير العقد على أساس النية المشتركة للمتعاقدين ، مع

إلى نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة والتي تؤدي إلى الإخلال باقتصاديات العقد، بالرغم من القول بوجود اتفاق بعدم مسؤولية الإدارة عن الصعوبات المادية غير المتوقعة.

ويرى الباحث تأييداً لبعض الفقهاء المصريين أن القاضي سوف يقوم بفحص كل حالة على توجد فيها الصعوبات المادية غير المتوقعة على حدة وهو يعبر عن ذلك بموقف موضوعي ويقوم بفحص الصعوبات الاستثنائية غير المألوفة لأن الصعوبات ليست عقبات يصادفها المتعاقد في أثناء التنفيذ من نوع مألوف لكنها عقبات من نوع غير مألوف وإذا ما وجد ذلك سيطبق النظرية ومن ثم يقضي للمتعاقد بالتعويض[1]

الاستهداء بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات – يقتضي القول أنه ما لم يتجه إليه قصد المتعاقدين، الأمر بديهي ، هو أنهما لم يكونا يتوقعانه"

أنظر د. انس جعفر ، مرجع سابق ، ص٢١٤.

[1] عبد العليم عبد المجيد مشرف، مرجع سابق، ص ٣٤٠-٣٤١.

المطلب الرابع

العقود الجزافية لا تعوض في الصعوبات إلا في حالة انقلاب العقد

يضيف مجلس الدولة الفرنسي شرطاً آخر بالنسبة إلى العقود الجزافية وهي التي تتضمن تحديداً لكميات الأعمال المطلوبة، وتحديداً إجمالياً لما تلتزم بدفعه من ثمن يقابلها فهو يتضمن الثمن الإجمالي الذي تدفعه الإدارة مقابل كمية الأعمال الإجمالية التي يلتزم بها المتعاقد[١].إن هذا الطابع الجزافي في تحديد ثمن الأعمال المطلوبة لا يحول وفقاً لأحكام مجلس الدولة الفرنسي دون تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة علي هذه العقود وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في أحد أحكامه.[٢]

وفي ذلك تقول الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للتشريع والفتوى في مصر في أحد فتاويها :" مما يجب التنبيه إليه بالنسبة إلى العقود الجزافية وهي التي تتضمن تحديد أجر لكمية الأعمال المطلوبة، وتحديداً إجمالياً لما تلتزم به الجهة الإدارية من ثمن يقابلها، فإن هذا الطابع الجزافي في تحديد الثمن لا يحول دون تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، على أنه يجب عندئذ أن يكون من شأن الصعوبات المادية – في هذه الأحوال – أن تخل باقتصاديات العقد تبعاً لانهيار الأساس التي قام عليها تقدير الثمن المتفق عليه.[٣] ففي مثل هذه العقود يجب أن يترتب على الصعوبات المادية

---

[١] د. ابراهيم الدسوقي عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٣٢٠.

[٢] د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٦٠ ٦-٦٦١.

[٣] د. علي بن عبد الكريم احمد السويلم، مرجع سابق، ص ١٢١.

د. عصمت عبد الله الشيخ، مرجع سابق، هامش ص٢٥٠ .

غير المتوقعة قلب اقتصاديات العقد،[1] ويقدر هذا الإخلال باقتصاديات العقد بالنظر لأهمية النفقات الإضافية التي أثارتها الصعوبات مع أهمية العقد في هذا المجال بالذات. وهذا ما وضحه مجلس الدولة الفرنسي في العديد من أحكامه.[2]

ونشير إلى أن المتعاقد حتى يكون باستطاعته طلب التعويض بسبب الصعوبات غير المتوقعة ينبغي إلى جانب كل هذا أن يكون العقد قد حقق في ظروف غير طبيعية وغير مألوفة الأشغال العامة المتفق عليها ابتداء، ولكن قد يحصل أن تجبر الصعوبات غير المتوقعة المتعهد على تنفيذ أعمال إضافية، ففي مثل هذه الحالة لا يستطيع المتعاقد أن يأخذ هو المبادرة للقيام بمثل هكذا عمل إلا إذا كان ذلك ضرورياً لتنفيذ العقد بصورة مطلقة.[3] وفي حالة اتضاح أن العمل نتيجة صعوبات غير متوقعة ولا تبدو ضرورية بشكل مطلق ولا يدخل في التوقعات ابتداءً منذ بدء التعاقد فإن المتعاقد في هذه الحالة لا يستطيع أن يحتج به قبل أن يكون قد طلب من الإدارة أمر خدمة لتنفيذ العقد[4].

وقد أخذت المحكمة الإدارية العليا في مصر بهذا الشرط في أحد أحكامها بقولها: " . . . يلتزم القضاء بأحقية المقاول للتعويض لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة توافر شروط، وهي أن يترتب على التنفيذ نفقات تجاوز الأسعار المتفق عليها في العقد وتزيد في أعباء المتعاقد مع الإدارة" [5].

ويرى الباحث أن هذا الشرط الأخير بالنسبة إلى العقود الجزافية والذي يتضمن تحديداً إجمالياً بما تلتزم الإدارة بدفعه من ثمن يقابلها هو شرط وضعه مجلس الدولة

---

[1] وهذا ما أشار إليه مجلس الدولة الفرنسي في قضيةRegnien" .C re Gur Min في ١٩٣٦/٥/٦وحكمه في قضية Marine ".Min في ١٩٣٦/٣/١٣ وفي١٩٣٩/٥/٢٣ في قضية Commune'deThiverny" وفي قضية .Min Guerre C. Socie'te' ROrفي ١٩٤٨/٧/٣٠ ينظر طاهر طالب التكمجي ، مرجع سابق ، ص٥٢٩

[2] د. إبراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص ٢٣٢.

[3] د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٦٦٥.

[4] المرجع نفسه، ص ٦٦٢.

[5] د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص٣٤٧.

الفرنسي وحكم به في العديد من القضايا المعروضة أمامه ولا نجد له تطبيقاً في القضاء الإداري المصري والسوري ولكن تعرض له بعض الفقه المصري وأيضاً لا يوجد نص في قانون العقود السوري والمصري عليه.

المبحث الثالث

نتائج نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

إذا توافرت شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، فإنه يترتب عليها آثار قانونية، وهي الحق في التعويض واستمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية، إلا أنه قبل البدء بالحديث عن النتائج الأساسية لهذه النظرية لا بد لنا من الإشارة إلى الأسس التي وضعت من قبل فقهاء القانون العام وأكدها القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر وسورية حول أساس التعويض فيها وفق الآتي:

المطلب الأول: أساس التعويض في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

المطلب الثاني: حق المتعاقد في الحصول على التعويض.

المطلب الثالث: استمرار المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته.

المطلب الأول

أساس التعويض في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

اختلف الفقهاء حول تحديد الأساس القانوني الذي تقوم عليه نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من حيث منح المتعاقد تعويضاً على الرغم من عدم توافر خطأ من جانب الإدارة إلى أراء متعددة، فذهب رأي إلى أن أساس النظرية هي النية المشتركة للطرفين المتعاقدين، وقد ذهب الفقيه الفرنسي "جيز" إلى أن الأساس القانوني لحق المتعاقد في الحصول على التعويض عندما تظهر الصعوبات المادية غير المتوقعة يرجع إلى النية المشتركة للطرفين المتعاقدين ومبدأ حسن النية في تنفيذ العقود،[1]ذلك أن الطرفين المتعاقدين عند إبرامهما العقد قد انصرفت نيتهما إلى أن السعر المتفق عليه في العقد يقصد به مواجهة التنفيذ في ظروف عادية، أما الصعوبات غير المتوقعة والتي لم تخطر ببال الطرفين فيفترض أنهما قصداً ضمناً أن يقدر ما يقابلها بطريقة خاصة خارج السعر العقدي.[2]

وقد تبنى مجلس الدولة الفرنسي فكرة النية المشتركة للطرفين المتعاقدين في بعض أحكامه.[3]

وقد قضت محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في١٩٥٧/١/٢٠ بقولها أنه:" قد تطرأ صعوبات مادية غير متوقعة عند التعاقد، وتجعل التنفيذ أشد وطأةً

---

[1] د. أنس جعفر، مرجع سابق، ص ٢٥ ٢.

[2] د. محمود حلمي، العقد الإداري، مرجع سابق، ص ١٣٥ ؛ د منير محمود الوتري، مرجع سابق ،ص ٢٠٣.

[3] وهذا ما وضحه مجلس الدولة الفرنسي في ٧/٥/ ١٩٢٩ في قضية . yaher ينظر د سليمان الطماوي.

وكلفةً، فيجب تعويضه عن ذلك بزيادة الأسعار اعتباراً من أن الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسري إلا على الأعمال العادية المتوقعة فقط، وهذه نية الطرفين المشتركة"[1]، وقد انتقد الفقه الفرنسي هذا التسويغ لأنه يقوم على أساس تعسفي في الكثير من الحالات، خصوصا إذا لاحظنا أن مجلس الدولة الفرنسي يطبق هذه النظرية على الرغم من احتواء العقد على شرط صريح باستبعادها[2].

كما أن فكرة النية المشتركة للطرفين المتعاقدين لا تكفي لتسويغ التعويض في الوقت الحاضر، لأن التعويض قد أصبح جزءاً من النظام القانوني للعقود، يطبق في حالة عدم توافر نص في العقد، وفي حالة اشتراط التنفيذ مهما كانت الصعوبات.[3]

ونتيجة لذلك فإن النية المشتركة للطرفين المتعاقدين لا تصلح أساساً لحق المتعاقد في الحصول على التعويض لأن مبدأ تنفيذ العقود بحسن نية يسري على جميع العقود ومن ثم لا يصلح أساساً للتعويض في النظرية.

وذهب رأي آخر إلى أن أساس التعويض الذي تقوم عليه نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يكمن في فكرة المسؤولية التقصيرية، وقد رد الفقيه "بيكنو" أن أساس التعويض في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يرجع إلى نظرية عمل الأمير أو مبدأ المسؤولية التقصيرية للإدارة.[4]

وهذا الرأي تعرض للانتقاد أيضاً، تأسيساً على عدم اتساقه وشروط تطبيق النظرية، إذ يشترط لتطبيقها أن تكون الصعوبات المادية بعيدة عن الطرفين المتعاقدين، ولا دخل لهما فيها، فالصعوبات يجب أن تكون أجنبية عن إرادة طرفي العقد، وإذا كان مرجع

---

[1] د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣٤٦.

[2] د. علي السويلم، مرجع سابق، ص ١٢٤ – ١٢٥.

[3] د. ابراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص٣٠ ٣.

[4] د. أحمد عبد الرزاق خليفة السعيدان ، مرجع سابق، ص ٦٨.

هذه الصعوبات خطأ من جانب الإدارة ففي هذه الحالة تسأل الإدارة على أساس قواعد المسؤولية العادية وليس على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ١.

وذهب رأي ثالث إلى أن أساس التعويض في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، هو مقتضيات العدالة والتعاون في العقد الإداري ذلك أن التعويض في نطاق هذه النظرية وثيق الصلة بالطبيعة الذاتية للعقود الإدارية، اذ يعدّ المتعاقد مع الإدارة مساعداً ومعاوناً لها في تسيير المرافق العامة.

ومن مؤيدي هذا الرأي الفقيهان "لوبادير" و "فالين" نتيجة ارتباط العقد الإداري بالمرفق العام.[٢]

وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصرية في أحد أحكامها بقولها إن:

" الحق الخاص في شأن العلاقة الوثيقة بين جهة الإدارة والمتعاقد معها، أن تنظر إليها جهة الإدارة من زاوية تراعي فيها كثيراً من الاعتبارات الخاصة التي تسمو على مجرد الحرص على تحقيق الوفر المالي للدولة ..... وأن ينظر إليها المتعاقد مع الإدارة على أنها مساهمة اختيارية منه ومعاونة في سبيل المصلحة العامة .... وهذا وذاك يقتضي من الطرفين قيام نوع من الثقة المتبادلة بينهما وحسن النية والتعاضد والتساند والمشاركة في وجهات النظر المختلفة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات وما يصادفه من عقبات".[٣]

وقد أخذت الجمعية العمومية للفتوى والتشريع في مصر بالأساس ذاته في أحد فتاويها التي تضمنت:

" إن قوام الصعوبات المادية غير المتوقعة هو اعتبارات العدالة، وهذا بذاته مما يستوجب تفسير ما قد يؤخذ على أنه اتفاق على عدم تطبيق النظرية تفسيراً غير موسع فيه وذلك

---

[١] د. عبد العليم مشرف، مرجع سابق، ص ٣٤٨.

[٢] د. نواف كنعان، مرجع سابق، ص ٣٧٧.

[٣] د. انس جعفر، مرجع سابق، ص ٢٢٩.

في الحدود التي تسمح بها قواعد التفسير إذا الاتفاق صحيح أصلاً في القانون، ولكن المقصود بعدم التوسع في تفسير العبارات التي يمكن عملها على أنها مؤدية إليه، هو ألا تحمل على أنها تتناول كل الأحوال التي يقع فيها التنفيذ، سواء منها ما خطر بذهن المتعاقدين أو ما لم يخطر بذهنهما، بل تحمل على أن المراد بها الأحوال التي يجري فيها التنفيذ في ظروف مما يمكن أن يرد تصورها ببال المتعاقدين، وفقاً لما أجرياه في تقدير للأمور في الحدود التي يمكن لمثلهما ذلك، وهذا ما لا يعدو أن يكون تطبيقاً لما هو مسلم به من وجوب تفسير العقد وفقاً للنية المشتركة للطرفين".[1]

ويرجح الباحث ما قال به الفقيهان "دي لوبادير" و "فالين" لأنه يؤسس نظرية الصعوبات غير المتوقعة على مبدأ واضح وصريح هو اعتبارات العدالة لأنه ليس من العدالة أن يترك المتعاقد في حال مصادفته ظروفاً مادية غير متوقعة لم يكن في وسعه توقعها وقت إبرام العقد فتجعله أشد إرهاقاً وكلفةً.

كما لا يجوز أن يلتزم بالأسعار المتفق عليها في العقد على الرغم من النفقات التي يتحملها المتعاقد وفقاً لهذه النظرية، ومن هنا فإن المتعاقد يستحق التعويض الكامل في هذه الحالة نتيجة لهذه الصعوبات المادية التي تتقرر لمواجهة النتائج غير العادلة، كما أن العلاقة الوثيقة بين العقد الإداري والمرفق العام أضفت عليها ذاتية خاصة بحيث أصبح المتعاقد مع الإدارة مساعداً ومعاوناً لها، لأن طبيعة العقد الإداري تستلزم هذا التعاون والتساند من أجل تيسير المرفق العام بانتظام واطراد مهما كانت الظروف والصعوبات ما دامت لا تجعله مستحيلاً، ومن ثم يجب في المقابل وفقاً لقواعد العدالة ألا يترك المتعاقد وشأنه في مواجهة هذه الظروف ويكون من شأن تلك الصعوبات الإخلال بالتوازن المالي للعقد الإداري.

[1] د. ابراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص ٣٣٢.

المطلب الثاني

حق المتعاقد في الحصول على التعويض

يحتم تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة تعويض المتعاقد مع الإدارة عما أحدثته الصعوبات من زيادة في التكاليف أو الأسعار، ويجب أن يكون التعويض كاملاً ومعادلاً لقيمة الضرر.[١]

ويجب أن ترد له النفقات الإضافية التي تحملها لمواجهة جميع الصعوبات التي اعترضت التنفيذ العادي للعقد[٢]. وذلك بدفع مبلغ إضافي له على الأسعار المتفق عليها،[٣] وهذا المبلغ الإضافي الذي يؤدى إلى المتعاقد مع الإدارة يتضمن في حقيقته المصروفات الفعلية التي أنفقها المتعاقد وهذه المصروفات تختلف باختلاف الأحوال وطبيعة التعديل ونتائجه مضافاً إليها نسبة معينة من الأرباح المعقولة.

وفي هذا الصدد تشترك نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة مع نظرية فعل الأمير وتفترق عن نظرية الظروف الطارئة، إذ إن التعويض بموجب هذه النظرية الأخيرة يكون تعويضاً جزئياً لا كلياً كما ذكرنا آنفاً[٤]، وقد كان قضاء مجلس الدولة الفرنسي واضحاً وصريحاً في الأخذ بقاعدة التعويض الكامل عند توافر شروط تطبيق نظرية

---

[١] د. الياس ناصيف، مرجع سابق، ص ٣٤٢.

[٢] د. عبد العزيز السيد الخوري، مذكرات في العقد الإداري ، مجلة هيئة الدولة المصرية، العدد الأول ، ١٩٨٩ ،السنة (٣٣)، ص ٦٣.

[٣] د. حسين عثمان، مرجع سابق، ص١٧٥.

[٤] د. طاهر طالب التكمجي، مرجع سابق، ص٥٣٦.

الصعوبات المادية غير المتوقعة وهذا ما أشار إليه مجلس الدولة الفرنسي في الحكم الصادر في العديد من أحكامه [١].

كما أن مبدأ التعويض الكامل للمتعاقد كنتيجة لتوافر شروط تطبيق النظرية، لا يحول دون تحمل المتعاقد قيمة ما تسبب فيه بخطئه من زيادة في الآثار الضارة للصعوبات المادية غير المتوقعة.[٢]

وطبقاً لأحكام مجلس الدولة الفرنسي فإن حساب التعويض الكامل يقدر على أساس السعر المتفق عليه في العقد، إذ إن الأسلوب المتبع في حساب التعويض الكامل يقدر على أساس السعر المتفق عليه في العقد، إذ إن الأسلوب المتبع في حساب التعويض هو المتعلق بالجزء الزائد عن السعر[٣]، ولكن إذا ثبت أنه عند مواجهة الصعوبات المادية أثناء التنفيذ كانت الظروف التي أبرم العقد قد تغيرت فإن التعويض في مثل هذه الحالة يقدر على أساس الأسعار الجديدة[٤].

أما القضاء الإداري المصري حين تعرض إلى مبدأ التعويض خلط بين نظريتي الصعوبات المادية غير المتوقعة والظروف الطارئة (أي عدم التوقع) وكان ذلك في الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري المصرية في أحد أحكامها إذ قضت المحكمة بتعويض المتعاقد تعويضاً جزئياً، بيد أن محكمة القضاء الإداري سرعان ما عدلت عن ذلك، وعادت إلى المبدأ السليم الذي يقرر تعويض المتعاقد تعويضاً كاملاً عن الأضرار التي لحقته بسبب الصعوبات المادية غير المتوقعة، وكان ذلك في حكمها الصادر في ٢٠/ ١/ ١٩٥٧.[٥]

---

[١] د. ابراهيم محمد علي، مرجع سابق، ص ٣٢٦.

[٢] د. عبد العليم عبد المجيد مشرف، مرجع سابق، ص ٣٤٥.

[٣] ومنها حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٠/ ١٢/ ١٩٣٨ في قضية/Gouvengen 'indochine /
أنظر د. احمد عبد الرزاق خليفة السعيدان، مرجع سابق، هامش ص٧٥.

[٤] د. ابراهيم الدسوقي عبد اللطيف، مرجع سابق، ص٣٦ ٣.

[٥] د. عبد العليم عبد المجيد مشرف، مرجع سابق، ص ٤ ٣٤-٣٤٥.

وقد عاد التردد في اجتهاد القضاء الإداري المصري عندما شككت المحكمة الإدارية العليا في مبدأ التعويض الكامل في حكمها الصادر في ١٤/ ٦/ ١٩٦٤ إذ ألغت هذه المحكمة حكم محكمة القضاء الإداري، فذكرت أن الصعوبات التي استندت إليها محكمة القضاء الإداري للحكم بالتعويض الكامل لا ترقى إلى مستوى الحوادث الطارئة الموجبة لإلزام الإدارة بتحمل نصيب من الخسارة الفادحة التي تختل معها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً وذلك ضماناً لتنفيذ العقد الإداري واستدامة سير المرفق العام الذي يخدمه.[١]

فهذا الوصف يصدق تماماً على الظروف الطارئة ولكنه بعيد عن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة التي لا يشترط فيها خسارة من نوع ما أشارت إليه المحكمة الإدارية العليا، ويترتب عليها التعويض الكامل وقد تعرضت الجمعية العمومية ، للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري إلى مبدأ التعويض الكامل في فتواها رقم (٩٥) بتاريخ٢/٤/ ١٩٦٤ بقولها:" والتعويض هنا لا يتمثل في معاونة جزئية تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد معها بل يكون تعويضاً كاملاً عن جميع الأضرار التي يتحملها وذلك بدفع مبلغ إضافي له على الأسعار المتفق عليها."[٢]

ويرى جانب من الفقه السوري أنه من النتائج المترتبة على نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة للعقود الإدارية حق المتعاقد بتعويض كامل يعادل ما تحمله بمواجهة الصعوبات المادية غير المتوقعة فمتى توافرت شروط هذه النظرية يجب على الإدارة أن تتحمل النفقات الإضافية كافة التي تحملها المتعاقد لمواجهة هذه الصعوبات، ويستعين القضاء الإداري لتحديد هذه النفقات الإضافية بالسعر المتفق عليه في العقد المبرم بين المتعاقد والإدارة.[٣]

---

[١] د. علي بن عبد الكريم أحمد السويلم، مرجع سابق، ص١٢٧.

[٢] د. انس جعفر، مرجع سابق، ص ٢١٢-٢١٣.

[٣] د. زين العابدين بركات، مرجع سابق، ص ٦٧١.

وبالنسبة إلى حق المتعاقد في التعويض الكامل يميز الفقه السوري بين حالتين فيما يخص حق المتعاقد في التعويض الكامل كأثر من آثار تطبيق النظرية:

الأولى: النص في العقد على شروط تطبيق النظرية وأسس التعويض عنها.

الثانية: عدم نص العقد على الصعوبات المادية غير المتوقعة.

فالنسبة إلى الحالة الأولى فقد ينظم العقد شروط تطبيق هذه النظرية ويحدد طريقة التعويض عنها في هذه الحالة يجب تطبيق هذه النصوص في حالة حدوث صعوبات معقولة أما إذا واجه المتعاقد صعوبات غير معقولة فيجب تعويض المتعاقد عنها إذا توافرت باقي شروط نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بمعنى أن المتعاقد يستحق تعويضاً كاملاً عن الأضرار التي لحقته جراء تلك الصعوبات وقد ينص العقد صراحة على عدم تعويض المتعاقد مهما كانت الصعوبات التي ستواجهه في أثناء التنفيذ ولكن مجلس الدولة الفرنسي يفسر هذا النص إلى أن المقصود هنا بالصعوبات هي الصعوبات العادية وليست الاستثنائية والتي يستحق المتعاقد تعويضاً عنها حتى ولو تضمن العقد شرطاً يعفي الإدارة من المسؤولية في حال وجود صعوبات مادية غير متوقعة لكن المحكمة الإدارية العليا المصرية حكمت بعدم تعويض المتعاقد عن هذه الصعوبات في حال نص العقد على عدم التعويض مهما ترتب عليها من أضرار للمتعاقد حيث قالت:".....إذا كان مفاد النصوص الواردة في الشروط العامة أن المتعاقد مسؤول مسؤولية كاملة عن جميع الصعوبات المادية التي تصادفه سواءً أكانت متوقعة أم غير متوقعة، وليس من شأن الصعوبات المادية غير المتوقعة مهما ترتب عليها من إرهاق للمقاول أن تخوله حق مطالبة الجهة الإدارية المتعاقدة معه بزيادة فئات الأسعار مشاركة منها في الخسارة التي تكون قد لحقته...."

ويرى هذا الفقه تعليقاً على هذا الحكم إن القضاء الإداري المصري قد خلط بين نظريتي الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة ويجب عدم حرمان المتعاقد من التعويض في حال تكبده نفقات باهظة بمواجهة هذه الصعوبات المادية غير المتوقعة.[1]

والباحث يؤيد ما ذهب إليه هذا الرأي لجهة عدم تأييد ما ذهب إليه القضاء الإداري المصري من حرمان المتعاقد من التعويض لما يحمله هذا التوجه لمجافاة مبادئ العدالة والإنصاف.

أما الحالة الثانية: وهي سكوت العقد عن تضمين نص بشأن الصعوبات المادية غير المتوقعة، ففي هذه الحالة يستحق المتعاقد تعويضاً كاملاً يغطي جميع النفقات التي تكبدها من جراء تلك الصعوبات وذلك وفقاً لأساسين رئيسيين :

الأول: مبدأ التعويض الكامل للأضرار، حيث إنه في هذه الحالة يجب على الإدارة أن ترد له التكاليف التي تكبدها بمواجهة هذه الصعوبات، وهذا ما أخذ به مجلس الدولة الفرنسي بشكل واضح وصريح، فقد قضى أن التعويض المقرر بإصلاح النتائج المترتبة على الصعوبات المادية غير المتوقعة يجب أن يغطي جميع الأضرار التي لحقته من جراء تلك الصعوبات، لكن القضاء الإداري المصري كان متردداً في منح المتعاقد التعويض الكامل، فالجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع المصرية أقرت حق المتعاقد في التعويض الكامل عن الاضرار التي يتحملها بسبب الصعوبات المادية غير المتوقعة.

لكن محكمة القضاء الإداري المصرية اتجهت اتجاهاً آخر حيث طبقت على هذه الحالة نظرية الظروف الطارئة، والتي تم بموجبها تعويض المتعاقد جزئياً عن التكاليف الناشئة عن تلك الصعوبات ولكن سرعان ما عادت وأقرت مبدأ التعويض الكامل.

---

[1] د. سعيد نحيلي، مرجع سابق، ص ١٩٤.

الثاني: حساب التعويض وفقاً للثمن الأصلي أو بثمن جديد، وبموجب هذا الأساس يتم حساب مقدار التعويض وفق الثمن المتفق عليه في العقد أو على أساس أسعار جديدة إذا تغيرت الظروف التي أبرم فيها العقد أو أدت الصعوبات المادية إلى تغيير كامل في الأسس التي روعيت عند تحديد الأسعار في العقد.[1]

وقد أخذ القضاء الإداري السوري بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في الكثير من أحكامه القديمة والحديثة، ومنها حكم محكمة القضاء الإداري السورية لعام ٢٠١٦ حيث قررت هذه المحكمة الآتي:

" إن الإدارة المدعى عليها لم تتجاوب مع الجهة المدعية لجهة إعطائها فرق السعر المطالب به، مما كانت معه الدعوى الماثلة الهادفة إلى الحكم بأحقية الجهة المدعية بتقاضي فروق أسعار الحفريات الصخرية وبأحقيتها بتقاضي فائدة قانونية عن هذا المبلغ بمعدل /٥٪/ من تاريخ الإدعاء وحتى تاريخ الوفاء التام.

وقد أسست الجهة المدعية دعواها على أنها قد واجهت صعوبات مادية تمثلت بنوعية الحفريات، حيث كانت هذه الحفريات صخرية بالكامل، الأمر الذي أدى إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد وتكبيد الجهة المدعية خسائر فادحة، وقد تبنى القضاء الإداري نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وأعطى المتعهد الحق بالتعويض إذا ما صادفته صخور قاسية من النوع الذي ظهر في الحفريات التي قام بها المتعهد، ومن حيث إن السيد الخبير الذي نهض بمهمة الخبرة الفنية الأحادية بناءً على تكليف المحكمة قد تقدم بتقرير خبرته المؤرخ في ٢٠١٥/١٠/٢٥ وخلص فيه إلى النتيجة التالية:

ترجح الخبرة أن الحفريات المنفذة من قبل المتعهد بموقع المشروع (موضوع الدعوى) هي حفريات مختلطة (ترابية + صخرية) وليس كما جاء في الكشف التقديري للمشروع على أنها (حفريات مهما كان نوعها)، وأن دراسة طلبات الجهة المدعية يتطلب إبراز

[1] د. سعيد نحيلي، مرجع سابق، ص ١٩٦.

المتعهد الوثائق التي تفيد بأن نسبة الحفريات الصخرية قد ارتفعت عما هو متوقع في دراسة السعر الموضوع من قبل الإدارة .

إن حساب التعويض للمتعهد لقاء ظهور حفريات صخرية غير متوقعة (في حال وجوده) يبقى أمراً متعذراً على الخبرة تحديده ما لم يبرز المتعهد صورة عن الكشف الحسي المستعجل الذي يتضمن وصف الحالة الراهنة لأعمال الحفريات المنفذة بالموقع أثناء سير العمل بالمشروع والذي يحدد نسبة الحفريات الصخرية بالموقع، هذا مع التنويه بأن المشروع يقع بمحافظة درعا فمن غير الممكن حالياً الكشف على الموقع وإجراء سبور (سونداجات) لتحديد نسبة الحفريات الصخرية بالموقع."[1]

وفي حكم آخر لها قررت الآتي :

" إن المتعهد يستحق التعويض عن النفقات الإضافية التي يتكبدها في حالة مواجهة صعوبات مادية غير المتوقعة في تنفيذ التعهد".[2]

وأيضاً قررت المحكمة ذاتها الآتي:

١- إن الخسارة الحاصلة في استثمار مشروع مملحة الجبول كانت مزيجاً من ظروف طارئة وهي هطول الأمطار بغزارة في ذلك الموسم وطغيان السيول على منطقة الملاحة من جهة وزيادة تكاليف ونفقات الاستثمار بسبب الصعوبات التي اعترضت التنفيذ وهي تنطوي تحت مفهوم الصعوبات المادية غير المتوقعة من جهة ثانية.

٢-إذا كان من نتائج تطبيق نظرية الظروف الطارئة توزيع الخسائر بين الطرفين مما يعيد الالتزامات المرهقة إلى الحد المعقول فإن ما يترتب على تطبيق نظرية الصعوبات

---

[1] قرار محكمة القضاء الإداري، رقم (٦/١٠٧٥) لعام ٢٠١٦م في القضية رقم (٦/١٨٦٤) لعام ٢٠١٦م.غير منشور.

[2] قرار المحكمة الإدارية العليا رقم(١٩٨٧/٢٤/١٨) – مجموعة مبادئ القانون الإداري ص٣٨٤.

المادية غير المتوقعة حصول المتعاقد على تعويض كامل بحيث تلتزم الإدارة أن ترد إليه كافة النفقات الإضافية التي تحملها لمواجهة تلك الصعوبات [1].

بناءً عليه فإن أحكام مجلس الدولة السوري قد استقرت على الأخذ بهذه النظرية في حالة ظهور طبقات صخرية قاسية في أثناء التنفيذ أو حدوث أمطار غزيرة وثلوج

---

[1] قرار المحكمة الإدارية العليا رقم(١٩٧٧/١٩٨/١٧٢) – مجموعة مبادئ القانون الإداري ص٣٨٤

١- ان المتعهد يستحق تبرير بعض المدة التي تأخر فيها وفروق اسعار الحفريات الصخرية تطبيقا لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

٢- بالرغم من ان المناقصة قد رست على المتعهد على اساس (سعر الحفريات من أي نوع كانت) فإن ظهور طبقة صخرية قاسية أثناء الحفريات كما ثبت ذلك باعتراف الإدارة وتقرير الخبرة الجارية امام محكمة الدرجة الاولى يعطي المتعهد الحق باقتضاء تعويض عادل تطبيقاً لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة .

قرار المحكمة الإدارية العليا رقم (١٩٦٩/٤٦/٣٠) – مجموعة مبادئ القانون الإداري ص٣٨٢

ظهور طبقات صخرية قاسية أثناء الحفريات و إلزام الإدارة للمتعهد ازالة هذه الطبقات باستعمال آلات ضاغطة عوضا عن المتفجرات التي كان يمكن استعمالها بكلفة اقل وبوقت اقصر يعتبر من قبيل الصعوبات المادية غير المتوقعة التي توجب التعويض على المتعهد .

قرار المحكمة الإدارية العليا رقم (١٩٧٦/٣٩/١٤٢)– مجموعة مبادئ القانون الإداري ص٣٦٠

إن الصعوبات التي صادفها المتعهد في العمل أثناء حفره لموقع الملجأ لم تكن متوقعة ولم يكن في وسع الإدارة ولا المتعهد توقعها وعلى الاخص بالصورة التي رافقت قسوة الطبقة الصخرية وهي ظهور المياه أثناء الحفريات .. وحيث انه على ما تقدم يكون قد توافر في شأن الواقعة محل النزاع الشروط الواجب اجتماعها لاستحقاق التعويض على اساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

قرار المحكمة الإدارية العليا رقم (١٩٧٩/١٢١/١٥٢) مجموعة مبادئ القانون الإداري ص١٦٨

أصبحت نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة نظرية مقبولة في الفقه والقضاء الاداريين في أحقية المتعهد بالتعويض عن الحفريات إذا ما صادفته صخور قاسية من النوع الذي ظهر في الحفرية التي قام بها المتعهد واستعمل في حفرها وتفجيرها الآلات الضاغطة والمتفجرات على النحو المبين في الخبرة .

أدت إلى إعاقة تنفيذ العقد، وترتب عليها أعباء كبيرة على المتعاقد وأخلت بالتوازن المالي للعقد، حيث كان اتجاه مجلس الدولة السوري موفقاً لجهة الاخذ بهذه النظرية، وتعويض المتعاقد عما أصابه من ضرر من جراء هذه الصعوبات غير المتوقعة .

المطلب الثالث

استمرار المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته

يجب على المتعاقد أن يستمر في تنفيذ التزاماته لأن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة لا تؤثر في التزام المتعاقد مع الإدارة، فهي لا تؤدي إلى استحالة تنفيذ هذا الالتزام، ولكنها تؤدي إلى أن يصبح هذا التنفيذ أكثر إرهاقاً وكلفةً، لا أن يتوقف المتعاقد عن تنفيذ التزاماته [1].

و يعدّ العقد الإداري وثيق الصلة بالمرفق العام، وهذا الأخير يتعين أن يسير بصفة منتظمة ودائمة لتعلقه بمصالح الجمهور الأساسية، والمتعاقد في العقد الإداري يعدّ معاوناً للإدارة في سبيل تحقيق أهدافها. لذلك يجب على المتعاقد مع الإدارة أن يستمر في تنفيذ العقد الإداري على الرغم مما يواجهه من صعوبات مادية غير متوقعة متى كان ذلك في استطاعته وما دامت الصعوبات التي واجهها لم ترتب عليها استحالة التنفيذ بصفة مطلقة، لأن استحالة التنفيذ لا يمكن تصورها إلا في حالة القوة القاهرة التي يترتب على توافر شروطها إعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته التعاقدية[2].

---

[1] د. الياس ناصيف، مرجع سابق، ص٣٤٢.

[2] د. عبد العليم عبد المجيد مشرف، مرجع سابق، ص ٣٤٣.

وفي حالة توقف المتعاقد عن تنفيذ التزاماته فإنه يُحرم من التعويض المستحق على أساس تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، كما يجوز للإدارة توقيع الجزاءات التعاقدية عليه [1]. وقد يؤدي وجود الصعوبات المادية إلى إعفاء المتعاقد من غرامات التأخير إذا تعدى الحدود الزمنية المقررة للانتهاء من تنفيذ التزاماته [2].

ويرى جانب من الفقه السوري أن الصعوبات غير المتوقعة تضع المتعاقد في وضع محرج للغاية من الناحية الاقتصادية، إلا أنها لا تعفيه من الاستمرار في تنفيذ التزاماته كشرط أساسي للتعويض عن الأضرار، وهذا الالتزام يكون ناتج من خلال توجيه الأوامر الإدارية من قبل الإدارة ترغمه وتأمره بالاستمرار في التنفيذ رغم كل الصعوبات، ويحب على المتعاقد أن يستخدم جميع الوسائل الممكن والضرورية لتجاوز هذه الصعوبات من دون حاجة إلى انتظار التوجيه من قبل الإدارة، إضافة إلى ما سبق إن وجود صعوبات مادية غير متوقعة يمكن أن تؤدي إلى تسويغ تأخير التنفيذ من قبل المتعاقد وتحرره من الالتزام بدفع مبالغ نقدية كغرامة التأخير.

بناءً عليه تختلف هذه النظرية عن نظرية الظروف الطارئة بأسبابها ونتائجها، لأن نظرية الظروف الطارئة تطبق بسبب ظرف سياسي أو اقتصادي أو اجتماعي، يؤدي بالنتيجة إلى قلب التوازن المالي للعقد، وفي هذه الحالة تقوم الإدارة بالتعويض الجزئي عن المتعاقد.

كما تختلف أيضاً عن نظرية القوة القاهرة، لأنه في حالة الصعوبات المادية غير المتوقعة يتطلب الأمر أن يصبح التنفيذ أشد إرهاقاً على عاتق المتعاقد، بينما في حالة القوة القاهرة يصبح التنفيذ مستحيلاً، إضافة إلى أنه يترتب في حالة القوة القاهرة وقف

---

[1] د. مطيع علي حمود جبير، مرجع سابق، ص ٦٠٦.

د. محمد ماهر أبو العينين، مرجع سابق، ص ٥٠٤.

[2] د. متير محمود الوتري، مرجع سابق، ص٢٠٤

د. محمود حلمي، العقد الإداري، مرجع سابق ص١٣٥.

التنفيذ أو فسخ العقد، بينما في حالة الصعوبات المادية غير المتوقعة يتطلب الأمر الاستمرار في التنفيذ كشرط في التعويض.[١]

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر في أحد أحكامها أن:

" الصعوبات المادية غير المتوقعة لا تبرر لأن المتعاقد ملزم بالاستمرار في التنفيذ على الرغم من وجود هذه الصعوبات، وعلى ذلك إذا أوقف المتعاقد تنفيذ العقد تأسيساً على وجود هذه الصعوبات، فإنه يكون مخطئاً ويتحمل المسؤولية كاملة، ويجوز للإدارة أن توقع عليه بعض الجزاءات التي أشرنا إليها مع احتمال عقده لحق المطالبة بالتعويض على أساس نظرية الصعوبات العادية غير المتوقعة" [٢].

وهكذا نجد أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة هي أن تطرأ عند تنفيذ العقود الإدارية وبخاصة عقد الأشغال العامة – صعوبات مادية واستثنائية غير عادية لم تدخل في حساب طرفي العقد – المتعاقد والإدارة– وتقديرهما عن التعاقد، ما يجعل التنفيذ أشد وطأة على المتعاقد وأكثر كلفةً وعسراً، وتؤدي إلى زيادة أعباء وتكاليف المتعاقد مع الإدارة، فإذا ما تحققت هذه الصعوبات المادية غير المتوقعة ؛ وجب تعويض المتعاقد مع الإدارة تعويضاً كاملاً عن الأضرار والخسائر التي أصابته من جراء هذه الصعوبات، وتختلف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة عن نظرية الظروف الطارئة في أن المتعاقد في حالة الصعوبات المادية يستحق التعويض بالكامل أما في حالة الظرف الطارئ فإنه لا يستحق سوى تعويض جزئي.

كما تختلف هذه النظرية عن القوة القاهرة التي سنتكلم عنها لاحقاً، إذ إنه في حالة الصعوبات المادية تجعل التنفيذ أشد عسراً وكلفةً أما القوة القاهرة فتجعله مستحيلاً فإما أن يؤدي إلى وقف التنفيذ أو إلى فسخ العقد، بينما في حالة الصعوبات المادية غير المتوقعة يستمر المتعاقد في التنفيذ.

---

[١] د. مهند نوح و د. محمد الحسين، العقود الإدارية منشورات جامعة دمشق ٢٠٠٦ ص٣٤٣ و ٣٤٤.

[٢] د. عبد العليم عبد المجيد مشرف، مرجع سابق، ص ٣٤٣.

وشروط تطبيق النظرية هي أن تكون الصعوبات ذوات طبيعة مادية وخارجة عن الأطراف المتعاقدة، وغير متوقعة ولم يكن في الوسع توقعها، واستثنائية، وأن يكون من شأنها الإخلال باقتصاديات العقد.

وفي حالة توافر تلك الشروط يترتب عليها استمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته وحقه في الحصول على التعويض الكامل وعن الأساس القانوني للنظرية كان محض اختلاف بين الفقهاء، فمنهم من أسند إلى النية المشتركة للطرفين المتعاقدين وإلى المسؤولية التقصيرية، وإلى العدالة والتعاون في العقد الإداري.

والفرض الذي رجحه الباحث هو مقتضيات العدالة والطبيعة الذاتية للعقود الإدارية وارتباط العقود بالمرافق العامة بما فيها من اتصال وثيق وكون المتعاقد مع الإدارة أصبح مساعداً لها في تسيير المرافق العامة بانتظام واطراد.

وهكذا نكون قد انتهينا من بحث نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة وتحدثنا عن نشأتها ومفهومها وشروط تطبيقها وآثارها وسننتقل للفصل الرابع للبحث في نظرية القوة القاهرة.

الفصل الرابع

نظرية القوة القاهرة

العقود الإدارية كغيرها من العقود في نطاق القانون الخاص قد تنتهي نهاية طبيعية لنفس الأسباب التي تنتهي بها عقود القانون الخاص، ولكن العقود الإدارية قد تنتهي قبل أجلها الطبيعي وتسمى هذه النهاية النهاية المبتسرة وهنا تتميز هذه العقود عن غيرها من عقود القانون الخاص ، وبصدد موضوعنا فيما يتعلق بالباب الثاني من هذه الأطروحة والمعنون بمسؤولية الإدارة التعاقدية من دون خطأ، كنا قد تحدثنا عن فكرة التوازن المالي من خلال النظريات الثلاث المعروفة وهي نظرية فعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وبالعودة إلى هذا الفصل المتعلق بنظرية القوة القاهرة وحيث هناك حالات تنتهي بها العقود الإدارية نهاية طبيعية وحالات أخرى تنتهي بها نهاية مبتسرة وطالما تحدثنا عن مسؤولية الإدارة التعاقدية من دون خطأ وعن تطبيقات هذه المسؤولية من خلال النظريات الثلاث التي درسناها بالفصول الثلاثة السابقة فإنه لا بد لنا من الحديث عن حالة القوة القاهرة وهي حالة من حالات النهاية المبتسرة للعقود الإدارية فلا بد لنا من البحث في نشأه هذه النظرية ومفهومها وأنواعها وآثارها.

فالقوة القاهرة هي حالة من حالات الفسخ القضائي الذي يشمل أيضاً بالإضافة إلى القوة القاهرة الفسخ القضائي كجزاء للإخلال بالالتزامات العقدية وأيضاً حالة الفسخ لإعادة التوازن المالي للعقد.

سنقوم بمعالجة هذا الفصل من خلال المباحث الثلاث الآتية:

المبحث الأول: مفهوم نظرية القوة القاهرة.

المبحث الثاني: شروط تطبيق نظرية القوة القاهرة.

المبحث الثالث: الآثار المترتبة على تطبيق نظرية القوة القاهرة.

المبحث الأول

مفهوم نظرية القوة القاهرة

لنظرية القوة القاهرة خصوصية تختلف عن النظريات الثلاث التي درسناها آنفاً فلهذه النظرية مفهوم لا بد من التعرض له في القانون الخاص وبعدها ننتقل إلى دراسة هذه النظرية في القانون الإداري وذلك من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: مفهوم نظرية القوة القاهرة في القانون الخاص.

المطلب الثاني: مفهوم نظرية القوة القاهرة في القانون الإداري.

المطلب الأول

مفهوم نظرية القوة القاهرة في القانون الخاص

القوة القاهرة في القانون الخاص وحسب القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري والقانون المدني السوري تتجلى في الفكرة التالية أنه وحسب المادة /١٦٠/ من القانون المدني السوري الموافقة للمادة ٣٧٣ من القانون المدني المصري.

" في العقود الملزمة للجانبين، إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه، انقضت معه الالتزامات المقابلة له، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه".

ووفقاً لنص المادة /١٢١٨/ من القانون المدني الفرنسي التي أدخل إليها تعديل في عام ٢٠١٦ عرفت القوة القاهرة بأنها:

"حيث يحول حدث خارج عن سيطرة المدين لم يكن من المعقول توقعه وقت إبرام العقد ولا يمكن تجنب آثاره بتدابير مناسبة، من دون أداء المدين لالتزامه "

هذا النص، المنطبق على العقود المبرمة بعد الأول من تشرين الأول ٢٠١٦، تؤيده السوابق القضائية السابقة. وفي حكم صادر عن محكمة النقض الفرنسية في ٢٥ تشرين الثاني لعام ٢٠٢٠، أجابت محكمة النقض على السؤال عما إذا كان بإمكان المدين التهرب من دفع مبلغ من المال باللجوء إلى هذه القوة القاهرة. ويجيب بالنفي بتأكيد عدم صلاحية هذا النص للمدين في هذه الحالة. وقد أعطى مثالاً على الوقائع والإجراءات في هذه الحالة: حيث وقّع السيد والسيدة (س) عقد إقامة لمدة

ثلاثة أسابيع مع منتجع صحي. وقد نقل السيد (س) إلى المستشفى في الأسبوع الأول واضطر إلى إنهاء إقامتها وغادرت السيدة (س) مكان إقامتها بعد بضعة أيام. وبعد أن تعذر على الزوجين الاستفادة من الأسبوعين الأخيرين من إقامتهما، فقد كلفا الشركة بتسوية العقد والتعويض بسبب ظروف القوة القاهرة. وقرر القضاء إنهاء العقد بدءاً من اليوم التالي لرحيل الزوجين (س). و أمر بدفع مبلغ معين لهم.

وطعنت الشركة في هذا القرار وسوغت رأيها أنه إذا كانت القوة القاهرة تسمح للمدين بالتزام تعاقدي بالإفلات من المسؤولية من العقد، فإن ذلك يكون على شرط أن يمنعه ذلك من أداء التزامه. ولم تمنعه الصعوبات الصحية التي واجهها السيد (س) من الوفاء بالتزامه، بل إنها لا تمنعه من الاستفادة من المنفعة التي كان دائناً من أجلها. وتعدّ الشركة أن المحكمة المحلية انتهكت المادة /١٢١٨/ من القانون المدني. وأكدت على تعويضه على أساس القوة القاهرة، وبعد أن ذكرت أن الأمر متروك للمدعين لإثبات القوة القاهرة، فإن الحكم ينص على أن السيد (س) كان ضحية مشكلة صحية لا يمكن التنبؤ بها ولا تقاوم، وأن السيدة (س) اضطرت إلى مرافقته بسبب نقله على مسافة تزيد على مائة وثلاثين كيلومتراً من مكان المجمع الصحي، ما يجعل من المستحيل مواصلة تنفيذ عقد الإقامة.

وبالتالي فإن "السيد والسيدة (س) قد أوفيا بالتزامهما بدفع الثمن، ولكنهما منعا من الاستفادة من المنفعة التي كانا دائنين من أجلها بسبب القوة القاهرة، وبالتالي فهما يستحقان تعويض عن ذلك.[١]

ويرتب الفقه الفرنسي والمصري والسوري استناداً إلى المادة السابقة نتيجة هامة مفادها.

[١] مجلة (ولترز كلوير) wolterskluwer الفرنسية، تاريخ النشر ٢٦ تشرين الثاني عام ٢٠٢٠ ، موجود على الرابط التالي https://www.actualitesdudroit.fr

إذا استحال التنفيذ بسبب القوة القاهرة فإن الحكم في هذه الحالة يعلن الفسخ ولا ينشئه في حال لجوء المتعاقد للقضاء للحصول على حكم باستحالة التنفيذ وفي الحقيقة إن نظرية القوة القاهرة تختلف عن نظرية التوازن المالي في الطبيعة والآثار القانونية المتمثلة في أنها تتلاءم مع الوضع الوحيد الذي يصبح فيه المتعاقد مع الإدارة من المستحيل أن ينفذ التزاماته، وبالتالي يُعفى من التنفيذ، في حين أن نظريات التوازن المالي إنما تُنشئ لدى تطبيقها آثار قانونية مشتركة وهي إفساح المجال أمام المتعاقد للمطالبة بالتعويض لإعادة التوازن المالي للعقد بشرط استمراره في التنفيذ .

والقضاء الإداري العادي في الدول الثلاث جعل القوة القاهرة سبباً لفسخ العقد قضائياً.

المطلب الثاني

مفهوم القوة القاهرة في القانون الإداري

مفهوم القوة القاهرة في القانون الإداري لا يختلف عنه في القانون الخاص من حيث إنها حادث خارجي عن إرادة الطرفين يستحيل دفعه ويؤدي بالتالي إلى استحالة التنفيذ استحالة مطلقة ولكن يختلف عنه في تطبيق هذه النظرية في نطاق العقود الإدارية.

وقد مر تطبيق هذه النظرية لدى مجلس الدولة الفرنسي بمراحل عدّة وهي:

المرحلة الأولى: بقي القضاء الإداري الفرنسي حتى عام ١٨٥٨يرفض تطبيق نظرية القوة القاهرة في حال غياب نص صريح في شروط العقد[١]، لكن وبدءاً من ذلك العام أكد مجلس الدولة الفرنسي على تطبيق هذه النظرية دون حاجة إلى شرط تعاقدي صريح وذلك من أجل تحقيق ضرورات وحاجات المرفق العام إلا أن مجلس الدولة لم يخلق لها كياناً مستقلاً حتى عام ١٩٠٩،[٢] حيث تبنى نظرية القوة القاهرة بشكل متميز في مجال العقود الإدارية، فوضع في حسبانه الظروف الخاصة بالعقود الإدارية التي يكون إبرامها من أجل تأمين استمرارية المرفق العام وإشباع الحاجات العامة بشكل مستمر ومن دون توقف، وأي توقف عن تحقيق هذه المهمة لا يسوغ إلا ضمن حالة

[١] قرار مجلس الدولة الفرنسي ١٨٥٨/٣/٨ – مجلة قرارات مجلس الدولة ص ٢٢٤.
[٢] قرار مجلس الدولة الفرنسي ١٩٠٩/١/٢٩ – مجلة قرارات مجلس الدولة ص ١٢٠.

القوة القاهرة إضافة إلى أن هذا القرار حدد مفهومها وشروطها ونطاق تطبيقها والآثار المترتبة عليها[١].

المرحلة الثانية : كان مجلس الدولة الفرنسي حتى عام ١٩٣٢ يمنح كل من الإدارة والمتعاقد حق فسخ العقد الذي تعترضه القوة القاهرة عن طريق القضاء.

ومثال على ذلك: قرار مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في ١٩٣١/١٢/٩ "Compagnie de Tramway de Cherbourg".

المرحلة الثالثة: منذ عام ١٩٣٢ بدأ مجلس الدولة الفرنسي في تغيير اتجاهه تحت تأثير الفقهاء وبصورة خاصة (لوبادير "Andre de Laubadere)[٢] الذي يرى أنه يتعين على المتعاقد الذي اعترضته القوة القاهرة أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم بانفساخ عقده مع الإدارة للقوة القاهرة، أما فيما يتعلق بالإدارة فهو يرى أنها تستطيع إنهاء العقد مباشرة بقرار منها استناداً إلى القوة القاهرة من دون اللجوء إلى القضاء بحيث يصبح هذا الفسخ فسخاً إدارياً على أساس أن للإدارة حق تقدير الظروف الخاصة للعقود الادارية ، وقد اعتنق مجلس الدولة الفرنسي هذا الاتجاه المزدوج واستقر عليه ونذكر على سبيل المثال :

١-حكمه الصادر في ١٦ حزيران ١٩٥٢ في قضية"Electricite de France" .
٢-حكمه الصادر في ٧ مايس ١٩٥٢ في قضية "Eloi".

واعتنق كل من القضائيين الاداريين المصري والسوري هذا الاتجاه [٣].

بناءً عليه فإن مجلس الدولة الفرنسي لم يتوقف عند هذا الحد بل ابتدع في عام ١٩٣٢[٤] معنى آخر للقوة القاهرة يختلف عما كان عليه الحال في الماضي، حيث إنه توسع في

---

[١]د. محمد الحسين و د. مهند نوح، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣٣٢

[٢]يرجى الرجوع إلى موسوعته في العقود الادارية الجزء الثالث طبعة عام ١٩٧١.
" Andre de Laubadere, Les" contratsa dministratifs, tome III, edition 1971

[٣]د. زين العابدين بركات، مرجع سابق ص، ٦٣٦.

[٤]قرار مجلس الدولة الفرنسي ١٩٣٢/١٢/٩ – شركة تراموای مدينة شير بورغ سيري ١٩٣٣ – الجزء الثالث ص ٩ تقرير جوس .

مفهوم القوة القاهرة في مجال العقود الإدارية وقام باستبعاد شرط ضرورة عدم إمكانية رد الحدث (الاستحالة) كشرط لتطبيق نظرية القوة القاهرة، وعدّ أن حالة انقلاب التوازن العقدي بصفة نهائية دون أن يجعل تنفيذ العقد مستحيلاً سبباً كافياً لتطبيق نظرية القوة القاهرة، وهذا يعني أن مجلس الدولة الفرنسي أخذ في الحسبان مصلحة الإدارة وعدم الزامها البقاء مرتبطة بعقود لا حياة فيها وخاسرة ولا تلبي المصلحة العامة إلى ما لا نهاية ، وكذلك ابتدع مجلس الدولة الفرنسي نظرية حديثة تم تسميتها بالقوة القاهرة الإدارية والتي لها آثارها المتميزة.

وقد أخذ المشرع المصري حديثاً بنظرية القوة القاهرة حيث نصت المادة /٩١/ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري الحديث على الآتي:

" في حال حدوث تغيير في التعريفة الجمركية، أو الرسوم، أو الضرائب الأخرى التي تحصل عن الأصناف الموردة وفقاً للعقد في المدة الواقعة بين تقديم العطاء وآخر موعد للتوريد، وكان التوريد قد تم في غضون المدة المحددة له فيسوى الفرق تبعاً لذلك بشرط أن يُثبت المورد أنه أدى الرسوم والضرائب على الأصناف الموردة على أساس الفئات المعدلة بالزيادة، أما في حالة ما إذا كان التعديل بالنقص فتخصم قيمة الفرق من العقد إلا إذا أثبت المورد أنه أدى الرسوم على أساس الفئات الأصلية قبل التعديل.
وفي حالة التأخير في التوريد عن المواعيد المحددة في العقد، وكان تعديل فئات الضرائب والرسوم قد تم بعد هذه المواعيد فإن المورد يتحمل عن الكميات المتأخرة كل زيادة في الرسوم والضرائب المشار إليها إلا إذا أثبت أن التأخير يرجع إلى القوة القاهرة أما النقص فيها فتخصم قيمته من قيمة العقد".

وقد كان موقف المشرع السوري من نظرية القوة القاهرة موقفاً واضحاً وصريحاً، حيث أعفى المتعاقد مع الإدارة من تنفيذ العقد من غرامات التأخير إذا وقع ضحية

استحالة مطلقة حالت من دون تنفيذ العقد نتيجة القوة القاهرة وذلك في المادة /٥٣/ من قانون العقود الموحد التي نصت على الآتي:

" ١- يعفى المتعهد من غرامات التأخير إذا كان ضحية خالصة لقوة قاهرة لا يد له فيها وذلك عن المدة التي تأخر فيها بسبب تلك القوة القاهرة.

٢- يعفى المتعهد من تنفيذ أحكام التعهد إذا أضحى أمام استحالة مطلقة تحول دون قيامه بتنفيذ أحكام التعهد وكان ذلك غير ناجم عن تقصيره وراجعاً إلى ظروف خارجة تماماً عن إرادته.

وقد استقر القضاء الإداري السوري على الأخذ بهذه النظرية حيث قررت المحكمة الإدارية العليا السورية في العديد من أحكامها على ما يلي:

" إن التأخير الحاصل بسبب اضراب عمال الشحن وحرب حزيران ١٩٦٧ ومصادرة وسائل النقل فإن هذه الامور تعتبر من قبيل الحوادث المفاجئة والقوة القاهرة "[١].

كذلك قررت المحكمة ذاتها:

"١- إن القوة القاهرة التي من شأنها أن تعفي المتعاقد من التزاماته هي التي يترتب عليها استحالة التنفيذ استحالة مطلقة وعلى هذا الأساس فقد اعتبرت المادة /١٥/ من العقد من حالات القوة القاهرة المبررة لتمديد مدة الشحن منع التصدير والحصار والثورة والحرب والاضراب واغلاق الموانئ وكل حالة يستحيل معها تحميل البضاعة.

٢- لم تحل الأمطار الهاطلة دون القيام بعمليات الشحن، لذلك فلا تعتبر الأمطار الهاطلة آنذاك من الأسباب القاهرة لتمديد مدة الشحن" [٢].

كذلك حكمها القاضي أن:

---

[١] قرار المحكمة الإدارية العليا رقم ١٩٧١/١٥/١١٨ مبادئ القضاء الإداري، مرجع سابق ، ص٣٩٣.

[٢] قرار المحكمة الإدارية العليا رقم ١٩٨٨/٢٣٤/٢١ مبادئ القضاء الإداري، مرجع سابق، ص٣٩٩.

" استحالة التنفيذ هي الجوهر والأساس الذي ترتكن إليه القوة القاهرة فقهاً وقانوناً وفرض رسم في بلد التصدير المحدد عقداً على الاسمنت المستورد لا يمكن أن يرقى إلى درجة المنع الكلي للاستيراد وليس من شأنه أن يفضي إلى اعتبار العقد منتهياً بين الطرفين"[1].

وهذا ما أخذت به المحكمة الإدارية العليا السورية في أحد قراراتها الحديثة عام ٢٠١٩ بقولها:

".....ومن حيث إنه من المعلوم أن القوة القاهرة تحصل لأسباب خارجة عن إرادة طرفي العقد وليس بسببهما ولا قدرة لهما لدفعها وهي بالتالي تقع على طرفي العقد وتكون موجباً للإعفاء من الالتزام العقدي، إلا أنه إذا ثبت أن أحد طرفي العقد قد تمكن من التنفيذ خلال الفترة التي يدعي بها الطرف الآخر من العقد وجود القوة القاهرة التي يستند عليها لإعفاءه من التزامه....."[2].

وهو ما أخذت به أيضاً اللجنة المختصة في قسم الفتوى والتشريع لمجلس الدولة السوري في رأي حديث لها عام ٢٠١٤ حيث قالت:

" ومن حيث إن القوة القاهرة هي كل حادث خارجي عن الشيء لا يمكن للمدين توقعه ولا يمكن له دفعه، وهي صورة من صور السبب الأجنبي الذي ينفي علاقة السببيّة بين فعل المدين وبين الضرر الذي لحق بالمضرور.

ومن حيث إن الخطف في حال ثبوته يعتبر أمراً خارجاً عن الإرادة ولا يمكن توقع حصول هذا الفعل وبخاصة في البلدان الآمنة التي لم ينتشر فيها مثل هذه الأعمال الإجرامية الخطيرة على الفرد والمجتمع، وبالتالي فهو ينطوي تحت باب القوة القاهرة التي تعفي من الالتزامات المترتبة على المخطوف طوال فترة خطفه.

ومن حيث إن الفقرة /ب/ من المادة /٥٣/ من نظام العقود النافذ تنص على ما يلي:

---

[1] قرار المحكمة الإدارية العليا رقم ١٩٩١/٢٠٨٣/١٢٤٧ مبادئ القضاء الإداري، مرجع سابق، ص٣٩٩.

[2] قرار المحكمة الإدارية العليا رقم (٨٢٢/ع/)١ لسنة ٢٠١٩ في الطعن رقم /١/٦١١٦ لسنة ٢٠١٩م غير منشور.

يعفى المتعهد من غرامات التأخير إذا كان ضحية خالصة لقوة قاهرة لا يد له فيها وذلك عن المدة التي تأخر فيها بسبب تلك القوة القاهرة".[1]

ومن خلال ما تقدم يمكن أن نعريف القوة القاهرة على النحو الآتي:

" حادث خارج عن العقد وأجنبي عن إرادة المتعاقدين من غير الممكن توقعه أو دفعه بحيث يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً يؤدي إلى إعفاء المتعاقد مع الإدارة من تنفيذ العقد بشكل كلي أو جزئي أو التأخير في تنفيذه".

والأمثلة على ذلك متعددة وكثيرة كحالة الإضراب والحروب والعصيان والزلازل والبراكين والأعاصير الشديدة ....الخ

ولا بد من الإشارة هنا إلى توضيح أمر مهم في موضوع القوة القاهرة فقد فرق الفقه بين نوعين أساسين للقوة القاهرة لجهة استحالة التنفيذ فقد تكون هذه الاستحالة كلية أو جزئية.

ففي حالة استحالة تنفيذ العقد بشكل كلي ونهائي فإن الالتزام ينقضي كأثر منشئ وينفسخ العقد من تلقاء نفسه، وهذا ما نص عليه نظام العقود الموحد في المادة /٥٣/ من القانون رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤ المشار اليها سابقاً ، **أما اذا كانت الاستحالة جزئية** فإن الالتزام ينقضي بالنسبة إلى الجزء الذي يستحيل تنفيذه إذا كان هذا الالزام قابلاً للتجزئة، أما في حالة استحالة التنفيذ فلا يفسخ العقد بل يوقف إذا لم يكن ميعاد التنفيذ جوهرياً.[2]

وقد أخذت محكمة القضاء الإداري في سورية في حكم حديث لها عام ٢٠١٧ بذلك حيث قررت: "إن المتعهد محق في طلبه الإعفاء من تنفيذ العقد موضوع الدعوى لوقوع الاستحالة المطلقة بتنفيذه نظراً للظروف التي تعرض لها موقع المشروع والتي مازالت

---

[1] رأي اللجنة المختصة في قسم الفتوى والتشريع في مجلس الدولة رقم (١٩٥) لسنة ٢٠١٤ في القضية رقم (٢٢٩/ ف) لسنة ٢٠١٤ غير منشور.

[2] د. سمير اليوسف ، نظرية الظرو ف الطارئة واثرها في التوازن المالي في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٩ ، ص ٩٢.

مستمرة حتى تاريخه وذلك تأسيساً على أن المتعهد قدم عرضه المسجل لدى الإدارة برقم/١٠٣٢/ بتاريخ ٢٠١١/٢/٢٦م وإن الإدارة وجهت له أمر المباشرة بتاريخ ٢٠١١/١٠/٣م وتأخرت في تسليم موقع العمل إلى المتعهد حتى تاريخ ٢٠١٢/٨/٨م أي بعد مدة مقدارها /٣١٠/ أيام من تاريخ أمر المباشرة وهي مدة تزيد عن ضعف مدة التنفيذ المحددة ب/١٥٠/ يوم وأن هذا التأخير في تسليم موقع العمل كان السبب المباشر لوقوع المتعهد في دائرة فروق الأسعار، وأن هذا التأخير في البت بعرض المتعهد ابتداءً لمدة سبعة أشهر ونصف والتأخر بتسليم موقع العمل لمدة تزيد عن عشرة أشهر أدى لزلق مدة تنفيذ التعهد إلى ما بعد تفاقم الأزمة في البلاد والتي تعتبر ظرفاً قاهراً لا يد لكل من طرفي العقد، الأمر الذي ترى معه الخبرة أن كامل التأخير في تنفيذ العقد يعتبر مبرراً وإن تنفيذ العقد حالياً أمراً مستحيلاً بسبب الظروف الأمنية المحيطة بموقع العمل وعدم إمكانية الوصول إليه لوجود العصابات المسلحة فيه وبالتالي من الممكن إعفاء المتعهد من تنفيذ التزاماته العقدية بموجب حكم الفقرة /ج/من المادة /٥٣/ من نظام العقود الصادر بالقانون رقم /٥١/لعام ٢٠٠٤.

و عدم أحقية المتعهد بالتعويض عن فوات المنفعة لأن الإدارة المتعاقدة ليست المسبب لعدم تمكن المتعهد من تنفيذ أعمال التعهد والتي حصلت نتيجة ظروف عامة طارئة حصلت بعد تقديم عرض المتعهد .

ومن حيث إن المحكمة وبعد التمعن والتبصر ملياً بوثائق وأوراق الدعوى وجدت أن تقرير الخبرة الفنية الجارية بالدعوى قد نهض على أسس سليمة وصحيحة وجاء متفقاً مع الأصول والقانون ومستخلص استخلاصاً سائغاً من وقائع هذه الدعوى وحيثياتها الأمر الذي يجعله جديراً بالاعتماد وبالتالي الركون إلى النتيجة التي انتهى إليها وذلك على اعتبار أن الإدارة كانت قد تأخرت بالبت بعرض الجهة المدعية المقدم بتاريخ ٢٠١١/٢/٢٦م لغاية التعاقد مع المتعهد وإعطائه أمر المباشرة في ٢٠١١/١٠/٣م كما تأخرت بتسليم موقع العمل لغاية ٢٠١٢/٨/٨ وأن هذا التأخير

المبرر زلق مدة التنفيذ إلى ما بعد تفاقم الأزمة في البلاد وما رافقها من انتشار المجموعات الإرهابية بموقع العمل وعدم إمكانية الوصول إليه فضلاً عن الحظر المفروض على القطر والتي تعتبر من الظروف القاهرة الخارجة عن إرادة طرفي العقد وعلى اعتبار أن أياً من الطرفين لم يتسبب بهذه الأحداث ولم يكن باستطاعة الجهة المدعية التغلب عليها أو الحيلولة دون وقوعها وجعلت تنفيذ العقد موضوع الدعوى مستحيلاً مما يجعلها والحالة هذه أمام قوة قاهرة تنطبق عليها أحكام الفقرة /ج/ من المادة /٥٣/ من القانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ والتي تنص على أنه يعفى المتعهد من تنفيذ التعهد إذا أضحى أمام استحالة مطلقة تحول دون قيامه بتنفيذ أحكام التعهد وكان ذلك غير ناجم عن تقصيره وراجعاً إلى ظروف خارجة تماماً عن إرادته ومع ذلك فإنه لا يجوز التغاضي عن أن التأخير من تاريخ تقديم المتعهد لعرضه في٢٠١١/٢/٢٦م ولغاية تسليم موقع العمل في /٢٠١٢/٨/٨م أي لمدة تزيد عن السنة والنصف تبدلت خلالها معطيات وظروف التعاقد بين الطرفين التي تم التعاقد على أساسها ابتداءً وبذلك فإن الجهة المدعية تكون محقة في طلبها المتعلق بإعفاء المتعهد من تنفيذ العقد موضوع الدعوى وأما طلبها المتعلق بالتعويض فإن المطلب المذكور يكون في غير محله القانوني وجديراً بالرفض باعتبار أن موانع التنفيذ كانت بسبب أجنبي خارج عن إرادة الطرفين وأن أياً منهم لا يتحمل أية مسؤولية عن الأضرار التي لحقت بالطرف الآخر".[١]

كذلك قررت في حكم حديث لها عام ٢٠١٨ على أن:" تلك الظروف القاهرة والاستثنائية وما تبعها من عقوبات اقتصادية هي بمثابة قوة قاهرة، وقد أثرت على تنفيذ الأعمال بشكل كبير، وخاصة أن موضوع العقد كان عبارة عن أعمال صيانة تتطلب ذهاب المهندسين المختصين لدى الشركة إلى كافة محافظات القطر وكذلك تأمين

[١] قرار محكمة القضاء الإداري رقم ٣/٩٨١ لعام ٢٠١٧م في القضية ذات الرقم ٢٠٨٦ / ٣ لعام٢٠١٧ غير منشور

القطع التبديلية اللازمة، وهي ظروف خارجة عن إرادة المتعهد وأنه على ضوء ذلك صدر عن رئاسة مجلس الوزراء عدة تعليمات وقرارات لتبرير مدد التأخير وإعفاء المتعهدين ومنها التعميم /١/١٥٩٤/لعام ٢٠١٢ كما أن المادة /٥٣/ من القانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ كانت قد نصت بفقراتها /ب و ج/ على إعفاء المتعهد من غرامات التأخير ومن تنفيذ التعهد إذا أضحى أمام استحالة مطلقة تحول دون قيامه بتنفيذ أحكام التعهد وكان ذلك غير ناجم عن تقصيره وراجعاً إلى ظروف خارجة تماماً عن إرادته.

ومن حيث إنه بالنسبة لطلبات جهة الإدارة المدعية فإن المحكمة وبعد التمعن والتبصر ملياً بوثائق وأوراق الدعوى ودراسة تقرير الخبرة الفنية الجارية فيها وجدت أن تقرير الخبرة لجهة فقراته /١و٢/ قد نهض على أسس سليمة وصحيحة وجاء متفقاً مع الأصول والقانون ومستخلص استخلاصاً سائغاً من وقائع الدعوى وحيثياتها ولا تنال منه ملاحظات جهة الإدارة المثارة حوله وهو الأمر الذي يغني عن إعادتها بخبرة جديدة ويجعلها جديرة بالاعتماد كأساس للبت بهذه القضية، وذلك بحسبان أن موانع تنفيذ العقد موضوع الدعوى ذي الرقم /١/ لعام ٢٠١١ والذي تم تجديده لمدة سنة واحدة اعتباراً من تاريخ ١٣/١/ ٢٠١٣ إنما كانت ناتجة عن الأحداث والظروف الأمنية الراهنة التي تمر بها البلاد، وامتناع الشركة الموردة للقطع التبديلية عن توريد القطع وتقديم الدعم الفني نتيجة العقوبات المفروضة على القطر والحظر الاقتصادي، وأن تلك الظروف الخارجة عن إرادة الطرفين جعلت المتعهد أمام استحالة مطلقة سببها القوة القاهرة التي تنطبق عليها أحكام الفقرة /ج/ من المادة /٥٣/ من القانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤وبذلك فإن كافة طلبات الجهة المدعية (المدعى عليها تقابلاً) تكون مفتقرة إلى المستند القانوني السليم وجديرة بالرفض موضوعاً [١].

و إن القوة القاهرة في هذه الحالة لا تنتج آثارها إلا ضمن فترة وجودها أو فيما يتعلق بالجزء المتوقف مؤقتاً، وفي حال زوالها يجب على المتعاقد الاستمرار من جديد في تنفيذ العقد، ويقصد بالاستحالة المؤقتة هنا تلك التي تعيق تنفيذ العقد مدة وجوده ،

[١] قرار محكمة القضاء الإداري رقم (٤/٥٠٢) لعام ٢٠١٨م في القضية رقم(١٤١٨ / ٤) لعام٢٠١٨ غير منشور.

فإن زالت، وجب على المتعاقد الاستمرار في تنفيذ العقد، ومثال ذلك الظروف الطبيعية الصعبة كالثلوج الغزيرة جداً ، التي لا تمنع من القيام ببعض الاشغال، ويمكن عندئذ تسويغ التقصير الحاصل من قبل لجان التبرير كما نصت عليه الفقرة ٥٣ السالفة الذكر.

وتطبيقاً لذلك فقد قضت المحكمة الإدارية العليا السورية أن واقعة هطول الأمطار الغزيرة بصورة استثنائية وغير متوقعة، التي شكلت سيول وردمت الحفريات وأزالت الإنشاءات وأتلفت العدة والتحضيرات والمحركات ومجموعات ضخ المياه محل المشروع، هو من قبل القوة القاهرة المؤقتة وليس من قبيل القوة القاهرة التي من شأنها أن تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً بشكل نهائي .[١]

وقد استقر اجتهاد القضاء الإداري السوري على الآتي:

"... نظراً لما استجد من ظروف راهنة– ظروف الحرب التي تمر بها البلاد – وبالنظر إلى السلطة التقديرية الممنوحة لها بموجب القانون فإنها ترى أحقية المتعاقد (المستمر) بالإعفاء من بدل الاستثمار عن المدة التي توقف خلالها عند الاستثمار بسبب الظروف المذكورة "[٢]

كما قد يتم الإعفاء جزئياً من بعض الالتزامات بسبب القوة القاهرة وهو ما ذهب إليه مجلس الدولة السوري عندما قضى أن:

" وقوع الطرفين في دائرة القوة القاهرة يمنع أي منهما التمسك بمواجهة الآخر بما ينافي مقتضيات العدالة وكل ما من شأنه أن يعرقل تنفيذ الالتزامات المترتبة عليه، وانطلاقاً من مبدأ حسن النية في التعامل، فإن صورة مذكرة الإدخال الضوئية تعتبر في مثل هذه الحالة الاستثنائية بمثابة ضبط استلام مؤقت وما يترتب على ذلك من آثار قانونية، وتعتبر الشركة (المتعاقدة مع الإدارة) قد نفذت ما يمليه عليها العقد من التزامات."[٣]

---

[١] حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم(٧) في الطعن رقم(١٧) لسنة ١٩٦٨ ،الصادر بتاريخ ١٩٦٨/٢/١٩

[٢] قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (٢٢٠/ع/١) لعام ٢٠١٤ في الطعن رقم (١١٠٤) لعام ٢٠١٤

[٣] رأي اللجنة المختصة بقسم الفتوى والتشريع في مجلس الدولة السوري ، رقم (١٢٠) لسنة٢٠١٤ ، في القضية رقم(١٤٩/ف) لسنة ٢٠١٤ ، الصادر بتاريخ ٢٠١٤/٨/٢١ غير منشور

ومن خلال الأحكام السابقة للمحكمة الإدارية العليا السورية ومحكمة القضاء الإداري السورية نجد أن القضاء الإداري السوري قد أخذ وبشكل صريح بنظرية القوة القاهرة عندما تكون هنالك استحالة كلية أو جزئية في تنفيذ العقد، و خصوصاً في الأحوال الحالية التي تمر بها بلدنا من حرب واضطرابات وظروف أمنية ووضع اقتصادي وحصار اقتصادي أيضاً ووضع صحي بسبب انتشار فيروس(كورونا).

وهكذا نكون قد انتهينا من تحديد مفهوم القوة القاهرة وبيّنا نشأتها وأنواعها ولا بد لنا من التطرق إلى شروط تطبيق هذه النظرية وهو ما سنبحثه في المبحث الثاني من هذا الفصل.

المبحث الثاني

شروط تطبيق نظرية القوة القاهرة

لا يمكن تطبيق نظرية القوة القاهرة إلا بعد تحقق ثلاثة شروط أساسية ذكرها القضاء الإداري الفرنسي والمصري والسوري واستنتجت من مفهوم القوة القاهرة في القانون المدني، وبناءً عليه سنتناول هذه الشروط الثلاثة من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: أن يكون الحدث مستقلاً عن أطراف العقد (أجنبياً).

المطلب الثاني: أن يكون الحدث غير متوقع من قبل المتعاقد وقت إبرام العقد.

المطلب الثالث: عدم إمكانية دفع الحدث أو تجنبه.

المطلب الأول

يجب أن يكون الحدث مستقلاً عن أطراف العقد (أجنبياً)

تعد القوة القاهرة حدثاً خارجياً لا علاقة للأطراف به إطلاقاً، وهذا يعني إنه لا يجوز أن يكون هذا الحدث ناتجاً عن فعل مباشر أو غير مباشر من المتعاقد وألا يكون محرضاً للحدث أو مهملاً ومقصراً في دفعه لأنه يجب أن يكون المتعاقد قد قام بجميع الوسائل للتغلب على الحدث من دون فائدة.[1]

وهذا ما أخذ به القضاء الإداري السوري في العديد من أحكامه الحديثة عام ٢٠١٩:

".....ومن حيث إنه من المعلوم أن القوة القاهرة تحصل لأسباب خارجة عن إرادة طرفي العقد وليس بسببهما ولا قدرة لهما لدفعها وهي بالتالي تقع على طرفي العقد وتكون موجباً للإعفاء من الالتزام العقدي إلا أنه إذا ثبت أن أحد طرفي العقد قد تمكن من التنفيذ خلال الفترة التي يدعي بها الطرف الآخر من العقد وجود القوة القاهرة التي يستند عليها لإعفاءه من التزامه....."[2].

---

[1] قرار محكمة القضاء الإداري في سوريا رقم /٤٢/ في القضية رقم /٣٥/ لعام ١٩٦٥ – مجموعة المبادئ المقررة لعام ١٩٦٥ – ص ٢٩٥ .

[2] قرار المحكمة الإدارية العليا رقم (٨٢٢/ع/ ١) لسنة ٢٠١٩في الطعن رقم /١/٦١١٦ لسنة ٢٠١٩م غير منشور.

وهذا ما أخذت به أيضاً اللجنة المختصة في قسم الفتوى والتشريع لدى مجلس الدولة السوري في أحد فتاويها الحديثة لعام ٢٠١٣ عندما ذكر الرأي شروط تحقق نظرية القوة القاهرة فذكر من ضمن الشروط التي تجعل نظرية القوة القاهرة مطبقة، ألا يكون أي من الطرفين قد تسبب في حدوثه.[١]

بناءً عليه فإنه يجب لتحقق هذا الشرط ألا يكون لأطراف العقد أي علاقة بالحدث القاهر ولا يجوز أيضاً أن يكون ناجماً عن فعل مباشر أو غير مباشر من أحد المتعاقدين.

ويشكل الإضراب مثالاً عملياً لهذ حيث إنه لكي يشكل الإضراب قوة قاهرة يجب على المتعاقد ألا يكون قد حرض عليه أو شجعه أو سهله، بل يجب عليه أيضاً أن يكون قد فعل كل ما بوسعه من أجل إيقافه ، وكذلك أن لا يكون المتعاقد قد سبب حدوث الظرف القاهر بسبب إهماله او تقصيره في دفعه ، لأنه من الواجب على المتعاقد أن يقوم بجميع الوسائل والطرق اللازمة للتغلب على هذا الظرف.

وهو ما أخذ به كل من القضاء الفرنسي والمصري وأيده في ذلك الفقه الفرنسي عندما عرف هذا الفقه القوة القاهرة واشترط على تطبيق نظرية القوة القاهرة استقلال الظرف القاهر عن فعل أطراف العقد والقضاء الإداري السوري[٢] يراقب وبدقة متناهية فيما إذا كان المتعاقد قد استخدم جميع الوسائل الممكنة لدفع هذا الحدث أم لا [٣].

حيث جاء في حكم حديث لمحكمة القضاء الإداري السوري عام ٢٠١٩ الآتي:

---

[١] رأي اللجنة المختصة بقسم الفتوى والتشريع في مجلس الدولة السوري رقم / ٤١ / لعام ٢٠١٣. غير منشور.

[٢]قرار محكمة القضاء الإداري في سورية رقم /١٦/ في الطعن رقم /٢٤/ لعام ١٩٦٧ في المجموعة التي قررتها محكمة القضاء الإداري في سوريا لعام ١٩٦٧ حيث جاء في هذا القرار أن المدعي لم يستخدم جميع الوسائل الممكنة لمواجهة ظهور الجزيرة (حويجة) في النهر والتي عرقلت تنفيذ العقد فطلب المتعاقد من الإدارة تخفيض بدل الالتزام فرفضت الاقتراح وسحبت الالتزام منه

[٣]قرار المحكمة الادارية العليا في مصر في الطعن رقم /٦٨٩/ جلسة ١٩٥٩/٢/١٢ .

".....ومن حيث إنه من الثابت من أوراق الملف والخبرة الجارية بالموضوع، بأن الجهة المدعية باشرت وشرعت بأعمال العقد موضوع الدعوى دونما أي تأخير غير مبرر على أن توقفت عن العمل بعام ٢٠١٢ بسبب الظروف الأمنية السيئة في منطقة المشروع موضوع الدعوى وسيطرة العصابات الإرهابية المسلحة على المنطقة، مما يشكل قوة قاهرة واستحالة مطلقة في متابعة تنفيذ الأعمال وهو ما ينطبق عليه أحكام المادة /٥٣/ من القانون رقم /٥١/ لسنة ٢٠٠٤ ويقضي إلى إعفاء الجهة المدعية من متابعة تنفيذ التعهد سنداً لأحكام المادة المذكورة بذلك يغدو مطلب الجهة المدعية بالإعفاء من متابعة تنفيذ التعهد في محله القانوني السليم وجديراً بالقبول....."[١]

كما جاء في حكم حديث لمحكمة القضاء الإداري عام ٢٠١٩ الآتي:

".....ومن حيث أنه لجهة مطالبة الجهة المدعية (المدعى عليها تقابلاً) ببدلات الإيجار عن كامل المدة العقدية وإعادة التأمينات النهائية، فإن هلاك السيارة محل العقد نتيجة للحادث الإرهابي يكون سبباً أساسياً في انتهاء العقد بتاريخ الهلاك الناجم عن التفجير الإرهابي في ٢٠١٣/٤/٢٨م وذلك لأن الهلاك لم يُمّكن الإدارة المتعاقدة من الانتفاع بالسيارة مما يجعل العقد منتهياً بتاريخ التفجير الإرهابي في ٢٠١٣/٤/٢٨م لكون الحادث وقع بسبب قوة قاهرة خارجة عن إرادة الطرفين وتكون مطالبتها ببدلات الإيجار عن الفترة اللاحقة لذلك التاريخ الواقع في ٢٠١٣/٤/٢٨م في غير محلها . ويكون من حق الجهة المدعية استعادة التأمينات النهائية ....."."[٢]

وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا السورية في حكم حديث لها عام ٢٠١٩ على الآتي:

[١] قرار محكمة القضاء الإداري رقم (٤/٨٣٥) لسنة ٢٠١٩مفي القضية رقم (٤/٣٩٤) لسنة ٢٠١٩ غير منشور.

[٢] قرار محكمة القضاء الإداري رقم (٣/٦٣٥) لعام ٢٠١٩مفي القضية رقم (٣/٥٧٨) لعام ٢٠١٩م غير منشور.

ومن حيث إن الفقرة /ج/ من المادة /٥٣/ من القانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ نصت على أن يعفى المتعهد من تنفيذ التعهد إذا أضحى أمام استحالة مطلقة تحول دون قيامه بتنفيذ أحكام التعهد وكان ذلك غير ناجم عن تقصيره وراجعاً إلى ظروف خارجة تماماً عن إرادته.

ومن حيث إن الثابت من الأوراق أن العقد موضوع الدعوى مبرم بين الطرفين في العام ٢٠١٦ أي في ظل الظروف الراهنة التي تمر بها البلاد وما رافقها من عقوبات وحصار اقتصادي، وأن المواد المتعاقد عليها من منشأ خارجي.

ومن حيث إنه وإن كانت تلك الظروف والعقوبات الاقتصادية ماثلة أمام المتعهد بتاريخ التعاقد إلا أنه مهما كان هذا المتعهد على درجة عالية من الحيطة والحذر ليس بإمكانه أن يعلم أو يتوقع مدى اتساع آثار هذه الظروف وشدتها على عملية تنفيذ العقد، وكان المتعهد قد أعلم المؤسسة المتعاقدة بوقوعه تحت تأثير هذه الظروف التي حالت بينه وبين تنفيذ العقد من خلال امتناع الشركات الموردة والشركات الناقلة عن التوريد والنقل إلى سورية، وذلك بموجب كتابه رقم /٣٦١٦/م.و/ تاريخ ٢٠١٦/٩/١٨، وأن الجهات الوصائية كانت قد طلبت إلى المؤسسة المتعاقدة تطبيق أحكام المادة /٥١/ من القانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ لجهة تشكيل اللجنة المنصوص عنها في هذه المادة لدراسة مدى تأثير الظروف الراهنة والعقوبات الاقتصادية على عملية تنفيذ العقد، وما إذا كان المتعهد واقعاً تحت تأثير القوة القاهرة وفقاً لما هو ثابت من كتاب وزارة الصناعة رقم /٣٣٤٨/ص٢/ ١١/٤/ تاريخ ٢٠١٦/١٢/١٥ المبرز بالملف، إلا أن المؤسسة المتعاقدة لم تأخذ بهذا الطلب وبادرت إلى التنفيذ على حسابه.

ومن حيث إن الظروف الراهنة ومنعكساتها التي طرأت وحالت دون تنفيذ التعهد تشكل قوة قاهرة خارجة عن إرادة المتعهد ولا يد له فيها، وبالتالي يكون المتعهد قد أضحى أمام استحالة مطلقة تحول دون قيامه بتنفيذ أحكام التعهد وتنطبق عليه أحكام الفقرة

/ج/ من المادة /٥٣/ من القانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ وعلى هذا سار اجتهاد القضاء الإداري في العقود التي تتضمن توريدات خارجية.[١]

وهكذا نجد أن القضاء الإداري السوري قد أخذ بنظرية القوة القاهرة من خلال الأحكام الحديثة السالفة الذكر وأيضاً من أحكامه القديمة في هذا الخصوص ونص على شرط أن يكون الحدث القاهر مستقلاً عن أطراف العقد أي أجنبياً لا يد للإدارة المتعاقدة والمتعاقد في حدوثه والذي يكون موجباً للإعفاء من الالتزام العقدي.

[١] قرار المحكمة الإدارية العليا رقم (٢٢٩/ع /٢) لعام ٢٠١٩ م في الطعن رقم (٢/١٥١٦) لسنة ٢٠١٩م غير منشور.

المطلب الثاني

أن يكون الحدث غير متوقع من المتعاقد وقت إبرام العقد

بالإضافة إلى شرط استقلال الحدث القاهر عن الأطراف هناك شرطاً مهماً لتطبيق هذه النظرية وهو أن يكون هذا الحدث غير متوقع وغير قابل للتوقع حسب الظرف المحيطة بالعقد، وهذا يعني أن معيار عدم التوقع هو معيار موضوعي وليس معيار شخصياً لأنه يأخذ في الحسبان الظروف المحيطة لحظة إبرام العقد ، وهو ما أخذ به القضاء الإداري الفرنسي وأيضاً الفقه الفرنسي، فالموضوع هنا لا يعني عدم التوقع المطلق للحدث فليس هناك حادث يمكن أن نطلق عليه مثل هذه التسمية لذلك يمكن أن نقول على حدث أنه غير متوقع اذا لم يستطع المتعاقد مواجهته بشكل معقول في الفترة التي تعاقد بها ، فلا يمكننا على سبيل المثال عدّ وقوع اضراب أو حرب أحداثاً غير قابلة للتوقع إذا كانت الظروف لحظة إبرام العقد تشير بإمكانية وقوع مثل هذه الأحداث[1].

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا السورية في أحد أحكامها عام ٢٠٢٠ الآتي :

"ومن حيث إن اجتهاد القضاء الإداري قد جرى على أن الظروف الراهنة التي تمر بها البلاد ومنعكساتها على عملية تنفيذ العقد الإداري تشكل قوة قاهرة خارجة عن إرادة

[1] قرار مجلس الدولة الفرنسي ١٩٨١/١/٢٣ – مدينة فيرزون – قرارات مجلس الدولة ص ٢٨.

المتعهد ولا يد له فيها وتصلح لأن تكون سبباً قانونياً طبقاً لأحكام المادة (٥٣) من قانون العقود النافذ لتبرير مدة التأخير الحاصل في تنفيذ العقد .

ولا يغير من تلك النتيجة إبرام المتعهد العقد في ظل الظروف الراهنة التي تمر بها البلاد وعلمه بها لأن اتساع نطاق تلك الظروف وشدتها وآثرها على عملية التنفيذ تشكل بحد ذاتها عنصر مفاجئة للمتعهد مهما كان يتمتع بدرجة عالية من الحيطة والحذر.

والقول بغير ذلك والتسليم مقدماً بوجود القوة القاهرة يلحق بالمتعهد الملتزم مع الإدارة أشد الضرر سيما وأنه متعاون مع الإدارة على خدمة المرفق العام ويجعله أمام مغامرة هو بغنى عنها ويؤدي من حيث النتيجة إلى الصعوبة بمكان لإيجاد متعهدين يقبلوا الالتزام مع الإدارة "[١].

وهذا أيضاً ما قضت به محكمة القضاء الإداري السورية في أحد أحكامها الحديثة عام ٢٠١٩حيث جاء في الحكم :"".....ومن حيث إنه في ضوء ما تقدم فإنه ما دام أن الثابت وفق ما سلف بأن أعمال العقد قد توقفت بسبب الأحداث الأمنية التي يمر فيها القطر العربي السوري وذلك اعتباراً من الشهر /٦/ لعام ٢٠١١ والتي استمرت عدداً من السنوات في منطقة المشروع وقد حالت تلك الأحداث دون تمكن الجهة المدعية من متابعة تنفيذ أعمال العقد والتي لم تكن معلومة لدى أياً من الطرفين بتاريخ إبرام العقد في عام ٢٠١٠ وبأن أياً منها لم يكن بإمكانه التغلب عليها أو الحيلولة دون وقوعه، فإن ما ينطبق على حالة الجهة المدعية هو مفهوم القوة القاهرة التي تعطي لها الحق في طلب الإعفاء من التنفيذ وليس مفهوم التوقف بسبب من الإدارة التي تعطيها الحق في طلب فسخ العقد....."[٢] .

[١]قرار المحكمة الإدارية العليا رقم (١٠٥/ ع /٣) لسنة٢٠٢٠م في الطعن ذي الرقم (٣/٣٩٩) لسنة ٢٠٢٠ م غير منشور.

[٢]قرار محكمة القضاء الإداري رقم (٤/٥٥٢) لعام ٢٠١٩م في القضية ذات الرقم (٤/١٢٠٥) لعام ٢٠١٩ م غير منشور.

بناء عليه نجد أن القضاء الإداري السوري قد أخذ بهذا الشرط وطبقه في العديد من أحكامه خصوصاً الحديثة منها وذلك بسبب الأوضاع التي يمر بها بلدنا منذ عام ٢٠١١ وحتى تاريخه.

المطلب الثالث

عدم إمكانية دفع الحدث أو تجنبه

من أجل تطبيق القوة القاهرة يجب أن يشكل الحدث حالة لا يمكن تجنّبها من قبل المتعاقد ويجعل تنفيذ العقد ليس فقط أكثر صعوبة وإنما مستحيلاً، وهذا يعني أنه وإن كانت الصعوبات المتعلقة بالتنفيذ جدية وخطيرة فإنها لا تشكل حالة القوة القاهرة إلا إذا جعلت من تنفيذ الالتزامات العقدية استحالة جذرية وهكذا نجد أن القاضي الإداري يكون متأنياً جداً في تقدير مثل هذا الشرط ويقوم بالتأكد من خطورة الحدث والوسائل المستخدمة من قبل المتعاقد لتلافيه ثم يقرر بالنتيجة وجود قوة قاهرة، وبالتالي إعفاء المتعاقد من الالتزام بالتنفيذ أو استبعاد تطبيق القوة القاهرة لعدم توفر شروطها[١]، ولا بد من الإشارة إلى أن استحالة التنفيذ هي الركن الأساسي التي تشاد عليه نظرية القوة القاهرة وتميزها عن غيرها من النظريات كنظرية الظروف الطارئة التي لا تجعل التنفيذ مستحيلاً بل أكثر كلفة على المتعاقد وينتهي بها الأمر إلى فتح المجال أمام المتعاقد للمطالبة بالتعويض شريطة أن يستمر في تنفيذ التزاماته رغم كل الصعوبات التي واجهته ، لكن ومنذ عام ١٩٣٢ أكد القضاء الإداري الفرنسي على نقطة تحول حيث أنه طبق نظرية القوة القاهرة رغم أن شرط الاستحالة الذي يسمح بفسخ العقد غير موجود لأن الظروف الاقتصادية الجديدة أحالت إطلاقاً دون عودة العقد إلى توازنه

[١] قرار مجلس الدولة الفرنسي ١٩٨١/١/٢٣ – مدينة فيرزون - قرارات مجلس الدولة ص ٢٨ .

الاصلي[1]، إضافة إلى أن العقد أصبح بحكم العدم كونه لم يعد يتواءم مع الظروف الاقتصادية والتقدم الفني [2].

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا السورية في أحد أحكامها الحديثة عام ٢٠١٩ على الآتي:

" ومن حيث أنه من المعلوم أن القوة القاهرة تحصل لأسباب خارجة عن إرادة طرفي العقد وليس بسببهما ولا قدرة لهما لدفعها، وهي بالتالي تقع على طرفي العقد وتكون موجباً للإعفاء من الالتزام العقدي، إلا أنه إذا ثبت أن أحد طرفي العقد قد تمكّن من التنفيذ خلال الفترة التي يدعي بها الطرف الآخر من العقد وجود القوة القاهرة التي يستند عليها لإعفائه من التزامه فلا ثمة مجال للقول بوجود هذه القوة القاهرة أو الادعاء بها ويكون الادعاء في هذه الحالة ما هو إلا وسيلة للتهرب من التزامه العقدي.

ومن حيث إن الثابت من أوراق الملف أن الإدارة قد قامت بتأمين الكمية المعلن عنها وضمن الفترة الزمنية التي تم فيها الإعلان عن العطاء موضوع هذه القضية، مما يدحض وجود الاستحالة المدعى بها من قبل المتعهد المرشح وكان بإمكانه مراجعة الإدارة والتفاوض معها على تخفيض الكمية المطلوبة وعلى هذا فإن ادعائه بوجود القوة القاهرة ما هو إلا وسيلة منه للتهرب من التزامه العقدي وعلى هذا فإن المحكمة لم تقتنع بالأسباب والتي ادعى بها المطعون ضده لتبرير إعفائه من تنفيذ العقد".[3]

---

[1] قرار مجلس الدولة الفرنسي ١٩٣٢/١٢/٩ – شركة تراك شيربورغ– مجلة قرارات مجلس الدولة ص ١٠٥٠ - تقرير جوس .

[2] د. محمد الحسين و د. مهند نوح ، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص٣٣٥.

[3] قرار المحكمة الإدارية العليا رقم ٨٢٢/ع/ ١ لسنة ٢٠١٩ م في الطعن رقم /١/٦١١٦ لسنة ٢٠١٩م غير منشور.

وهو ما جرى عليه مجلس الدولة السوري في العديد من أحكامه منها حكم المحكمة الإدارية العليا السورية عام ٢٠١٥ حيث تضمن الآتي:

".... إن السبب الحقيقي لوقف أعمال التعهد العقد – محل الدعوى – كان بسبب الأحداث الراهنة التي تمر بها البلاد ولاسيما في محافظة حمص وريفها حيث موقع المشروع ، وإن هذه الأحداث قد حالت دون تمكن المتعهد من متابعة تنفيذ أعمال التعهد والتي لم تكن معلومة لدى أي من الطرفين بتاريخ إبرام العقد، كما أن أياً منهما ليس باستطاعته التغلب عليها أو الحيلولة دون وقوعها ، وبالتالي ينطبق عليها مفهوم القوة القاهرة ... ولا يغير من هذا الوصف إقدام الإدارة على توقيف الأعمال بالاستناد إلى المادة / ٩٠ / من القانون رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤ ، المادة التي أعطت الحق للإدارة بتوقيف الأعمال لفترة مؤقتة فيما إذا كان سبب التوقف ناجماً عنها ؛ وعليه فإنه بعد أن ثبت لهذه المحكمة بأن سبب التوقف عن متابعة تنفيذ الأعمال هو ناجم عن قوة قاهرة خارجة عن إرادة الطرفين المتعاقدين وليس بسبب من الإدارة فإن مضي مدة السنة عن التوقف لا يعطي الحق بالضرورة إلى المتعهد للمطالبة بفسخ التعهد لعدم صحة المستند القانوني الذي يتمسك به بهذا الخصوص ، ألا وهو الفقرة / ب / من المادة / ٦٠ / آنفة الذكر ، بعدما ثبت بأن هذه المادة بكليتها لا تنطبق على الواقع الحقيقي للتوقف. ومن حيث إن المحكمة بعد أن وجدت بأن مدة التوقف عن الأعمال قاربت السنتين والنصف تبدلت خلالها معطيات وظروف التعاقد بين الطرفين التي تم التعاقد على أساسها ابتداء إنما تعطي الحق للمتعهد بالإعفاء من متابعة تنفيذ الأعمال المتبقية من العقد استناداً لأحكام الفقرة (ج) من المادة / ٥٣ / من القانون رقم / ٥١/ لعام ٢٠٠٤ ، ولا يغير من هذه النتيجة قيام الإدارة بالطلب من المتعهد بتاريخ ٢٠١٤/٤/٢٩ بمتابعة تنفيذ الأعمال في المشروع بعد أن أصبحت منطقة المشروع آمنة ، إذ إنه من غير المنصف أن تعود الإدارة وتلزم المتعهد بمتابعة التنفيذ بعد أن مضت مدة طويلة نسبياً على التوقف الناجم عن القوة القاهرة تبدلت خلالها الظروف والأسعار وصعوبة تأمين المواد والتجهيزات إن لم يكن مستحيلاً، خاصةً منها

ذات المنشأ الأوربي في ظل الحصار الاقتصادي المفروض على القطر ... وإن اجتهاد القضاء الإداري قد استقر على أحقية المتعهد بتقاضي تعويض يعادل قيمة رسم الطابع المدفوع إلى الدوائر المالية محسوبة على أساس النسبة المعادلة لقيمة العقد بعد تنزيل قيمة الأعمال المنفذة وقيمة الربع النظامي التي يحق للإدارة إنقاصها من قيمة العقد.[1]

وبناءً عليه يرى الباحث أنه يمكن أن نستنتج أن هذ الحكم بالإضافة أنه أشار إلى الشرط الثالث من شروط تطبيق نظرية القوة القاهرة وهو عدم إمكانية دفع أو تجنب الاحدث من قبل المتعاقد ، فإننا نجد أن هذ الحكم حذا حذو مجلس الدولة الفرنسي في خصوص الأخذ بالقوة القاهرة الإدارية التي تقوم على أساس عقد إداري لم يصبح تنفيذه مستحيلاً، على عكس القوة القاهرة العادية أو التقليدية بل أصبح هذا العقد شبه ميتٍ بسبب انقلاب التوازن العقدي بشكل كبير، وبالتالي حكمت المحكمة للمتعاقد مع الإدارة بالتعويض العادل والمنصف بين الطرفين ، وبالتالي فإن هذه القوة القاهرة الإدارية نهجت منهجاً وسطاً بين استحالة التنفيذ نهائياً بسبب القوة القاهرة استناداً لمفهومها التقليدي الذي يؤدي إلى فسخ العقد وبين زيادة الأعباء المالية على المتعاقد بسبب اختلال التوازن المالي للعقد والتي تؤدي إلى تعويض المتعاقد المتضرر بما يعيد هذا التوازن إلى وضعه الطبيعي.

ومن التطبيقات القضائية المميزة للقوة القاهرة التي أدت إلى استحالة التنفيذ بسبب من الإدارة هو أنه إذا قامت الإدارة المتعاقدة بفسخ العقد لاستحالة تنفيذه بسبب عدّ موقع المشروع من المواقع الأثرية ما حدا بالمتعاقد إلى إقامة دعواه أمام محكمة القضاء الإداري السورية للمطالبة بمستحقاته المالية والتعويض ، فصدر عن المحكمة المذكورة حكمها رقم (٢/٢٢٣) بتاريخ ٢٠١٤/٣/١٦ والذي قضت بموجبه بإلزام الإدارة أن تدفع إلى المتعاقد تعويضاً لقاء ما فاته من ربح جراء فسخ العقد موضوع الدعوى إضافة إلى

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا السورية قرار رقم (٥٧٥/ع/١) في الطعن (٥٤٢٧) لعام ٢٠١٥ الصادر بتاريخ ٢٠١٥/١٠/١٩ غير منشور.

قيمة تكاليف الكفالة النهائية ، فضلاً عن التعويض الذي يعادل قيمة رسم طابع العقد المسدد من قبله للدوائر المالية ، على فرض أن رسم طابع العقد إنما يستحق بمجرد توقيع العقد من قبل الطرفين إلى الخزينة العامة ومن غير الجائز استرداده لذلك فإنه عملاً بالاجتهاد المستقر لدى هذه المحكمة وطالما أن فسخ العقد قد تم لأسباب تعود إلى الإدارة فإن المتعهد يستحق تعويض يعادل قيمة هذا الرسم ،ومن تصفية العقد على هذا الأساس.

إلا أن المحكمة الإدارية العليا السورية و حكمها الصادر بتاريخ ٢٠١٦/٨/٢٢ بعدم أحقية المتعهد باسترداد قيمة رسم طابع العقد موضوع الدعوى المدفوع من قبله كرسم طابع العقد ورسوم الإدارة المحلية ، كونها قد سبق وسددت إلى الخزينة العامة نتيجة إبرام العقد وتمهيداً لتنفيذه استناداً إلى نصوص قانونية خاصة وبما يتفق مع تلك النصوص ، وبالتالي فإنه لا يحق للمتعهد المطالبة باستعادتها أو تقاضي أي تعويض عنها ، كون العقد قد استحال تنفيذه بسبب القوة القاهرة والظروف الراهنة (أعمال تخريب وسرقة مترتبة عن سوء الأوضاع الأمنية) وليس بسبب من الإدارة، لذلك فلا يمكن تحميل الإدارة المتعاقدة التعويض عن تسديد الرسوم المذكورة وذلك خلافاً لما استقر عليه اجتهاد القضاء الإداري فيما لو كانت استحالة التنفيذ بسبب من الإدارة.[1]

كذلك حكم محكمة القضاء الإداري عام ٢٠١٩ الذي نص على أنه :

"ومن حيث إنه بالنسبة إلى مطلب الجهة المدعية بالتعويض عما فاتها من كسب وربح فإنه من الثابت من وثائق الدعوى أن تعذر تنفيذ العقد كان لأسباب خارجة عن إرادة جهة الإدارة المدعى عليها، وعائدة بسبب الانفجار الحاصل في الوحدة العسكرية وكان

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (١/٥٣٨) لعام ٢٠١٦ في القضية رقم(٢/٢٦٩٧) لعام ٢٠١٦ تاريخ ٢٠١٦/٨/٢٢ غير منشور.

نتيجة قوة قاهرة خارجة عن إرادة الإدارة، وبالتالي لا تستحق الجهة المدعية أي تعويض".[1]

وأيضاً ما قضت به محكمة القضاء الإداري في حكم حديث لها عام ٢٠١٩ من أنه:

"....و فيما يخص مطلب الجهة المدعية بالتعويض عن فوات المنفعة وعن الخسارة المتمثلة بقيمة الإحضارات والمعدات المستولى عليها، فإنه من الثابت وكما سلف البيان بأن توقف الجهة المدعية عن الأعمال كان بسبب الظروف الأمنية السيئة وسيطرة العصابات الإرهابية على منطقة عمل المشروع والتي هي أحد أشكال القوة القاهرة التي تعفي أي من طرفي العقد من التبعات التي قد تصيب الطرف الآخر بسببها على اعتبار أنها خارجة تماماً عن إرادة المتعهد والإدارة معاً وبذلك فإن مطلب الجهة المدعية لهذه الناحية يغدو في غير محله وجديراً بالرفض.

ومن حيث إنه فيما يخص مطلب الجهة المدعية بتعويضها بما يعادل فرق رسم طابع العقد وبنسبة الأعمال التي لم تنفذ، فإن قانون رسم الطابع قضى بإعادة رسم الطابع في حالة فسخ العقد والتي لم تتحقق شروطها في الدعوى الماثلة ولم يتضمن نصاً يوجب ذلك في حالة الإعفاء من متابعة التنفيذ وفق أحكام المادة /٥٣/ من نظام العقود وبذلك فإن مطلب الجهة المدعية لهذه الناحية يكون في غير محله وجديراً بالرفض"[2].

وفي المقابل نجد أن المحكمة الإدارية السورية العليا في العديد من أحكامها قد ذهبت إلى الحكم بأحقية المتعهد في استعادة نسبة مئوية معينة من قيمة رسم طابع العقد تتناسب وحجم الأعمال التي تم تنفيذها فقط عند فسخ العقد بسبب القوة القاهرة.[3]

---

[1] قرار محكمة القضاء الإداري رقم (٣/٩٠٦) لعام ٢٠١٩م في القضية رقم (٣/٢٩٢٥) لعام ٢٠١٩ غير منشور.
[2] قرار محكمة القضاء الإداري رقم (٤/٨٣٥) لسنة ٢٠١٩م في القضية رقم (٤/٣٩٤) لسنة ٢٠١٩ غير منشور.
[3] حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، القرار رقم (٢/٥٦٢) لعام ٢٠١٦ في القضية رقم (٢/١٦٥٠) لعام ٢٠١٦ تاريخ ٢٠١٦/٨/٣١غير منشور.

ويرى الباحث أن تعويض المتعاقد لنسبة مئوية من رسم طابع العقد المسدد للخزينة العامة تتناسب وحجم الأعمال التي تم تنفيذها فقط هو عين الصواب ويحقق التوازن المالي والحقوقي بين الطرفين، فإذا لم يتمكن المتعاقد من التنفيذ نهائياً بسبب عدم تمكنه من استلام موقع العمل موضوع العقد بسبب من الإدارة يستحق عندها تعويضاً يعادل كامل قيمة رسم طابع العقد المسدد من قبله إلى الخزينة العامة، أما إذا نفذ جزء من العقد فإنه يستحق تعويضاً يتناسب وحجم الأعمال المنفذة فقط أيا كان نوع أو مرد استحالة التنفيذ بسبب القوة القاهرة.

وهكذا نكون قد انتهينا من بحث الشروط الواجب توافرها لتطبيق نظرية القوة القاهرة ولكن الأهم من هذا أن نبحث في الآثار القانونية المترتبة على هذه النظرية وهو ما سيكون مدار حديثنا في المبحث الثالث.

حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، القرار رقم (١/٥٨٢) لعام ٢٠١٦ في القضية رقم (٢/١١٤٦) لعام ٢٠١٦ تاريخ ٢٠١٦/٩/١٩غير منشور.

المبحث الثالث

الآثار القانونية المترتبة على تطبيق نظرية القوة القاهرة

يترتّب على تطبيق نظرية القوة القهرة عدد من الآثار القانونية المهمة والتي تتجلى بإعفاء المتعاقد مع الإدارة من تنفيذ التزامه وتعويضه عن الأضرار التي أصابته جراء استحالة تنفيذ العقد، وأيضاً تترتب نتيجة مهمة تتمثل في إعطاء الحق للمتعاقد بطلب فسخ العقد من قبل القضاء الإداري وبناءً عليه سنقوم بدراسة هذه الآثار من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: اعفاء المتعاقد من تنفيذ العقد.

المطلب الثاني: تعويض المتعاقد.

المطلب الثالث: فسخ العقد.

المطلب الأول

الإعفاء من تنفيذ العقد

القوة القاهرة عبارة عن حادث أجنبي غير متوقع لا يمكن تلافيه أو دفعه أي إن هذا الحدث يمنع بشكل مطلق تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد ويجعل الالتزام منقضياً للاستحالة الفعلية في التنفيذ لذا ومن هذا المنطلق لا بد من بيان أهم الآثار الناتجة عن وجود قوة قاهرة والتي تتمثل بداية بإعفاء المتعاقد من التنفيذ وذلك على عكس ما هو الحال في نظريتي الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة، وهذا يعني أن وجود القوة القاهرة من شأنه أن يشكل مسوغاً لعدم التنفيذ، وبالتالي اعفاء المتعاقد من فرض أي جزاءات.

إن إعفاء المتعاقد من تنفيذ عقده مع الإدارة نتيجة تعرضه لاستحالة التنفيذ بسبب القوة القاهرة هو نتيجة منطقية للقوة القاهرة، كون المتعاقد أصبح عاجزاً عن التنفيذ أمام الاستحالة المطلقة التي وضع فيها ، ينتج عن هذا عدم مساءلة المتعاقد عند عدم تنفيذه لالتزاماته وذلك لأن القوة القاهرة هي حدث خارجي مستقل عن إرادة الأطراف المتعاقدة ، لكن وفي المقابل إذا ارتكب المتعاقد العاجز عن التنفيذ خطأ ما يحكم القاضي عندئذ بتخفيض جزئي للجزاءات المذكورة كما هو الحال في الاضراب والذي يشكل قوة قاهرة ، إلا أن المتعاقد تحمل مسؤولية جزائية لأنه رفض مساعي المصالحة المبذولة لإنهاء الخلاف، في هذه الحالة رافق الحدث خطأ من جانب المتعاقد أدى بالنتيجة إلى انخفاض تعويضات المتعاقد بقدر ما يلحق رفضه هذا من تبعات، وبما أن القوة القاهرة تمتاز بالصفة المؤقتة فهي لا تنتج آثارها إلا ضمن فترة وجودها وفي حال اختفائها أو زوالها يجب على المتعاقد البدء من جديد في تنفيذ العقد.[1]

---

[1] قرار مجلس الدولة الفرنسي ١٩٥٨/١/٢٩ – بونابو - مجلة قرارات مجلس الدولة ص ٥٠ .
قرار مجلس الدولة الفرنسي ١٩٥٩/١٢/١٨ – مدينة نانت - قرارات مجلس الدولة ص ٦٩٦.

ولا بد من الإشارة إلى أن الإعفاء الكامل للمتعاقد نتيجة للقوة القاهرة من تنفيذ التزاماته لا يكون إلا في حالة الاستحالة المطلقة لتنفيذ أحكام العقد ولكن في المقابل قد لا تكون القوة القاهرة مسوغاً لعدم تنفيذ العقد برمته بل لعدد من بنوده، ففي هذه الحالة يعفى المتعاقد من تنفيذ هذه الالتزامات فقط، حيث كما ذكرنا سابقاً ووفقاً للفقرة (ج) من المادة (٥٣) من قانون العقود الموحد رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤ نصت على:

جـــ – يعفى المتعهد من تنفيذ التعهد إذا أضحى أمام استحالة مطلقة تحول دون قيامه بتنفيذ أحكام التعهد وكان ذلك غير ناجم عن تقصيره وراجعاً إلى ظروف خارجة تماماً عن إرادته.

وبناءً عليه فإن العنصر الأساسي الذي تبنى عليه نظرية القوة القاهرة هو أنها تؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد الإداري (كأن يتعرض عقد توريد قطع تبديل آليات ذات منشأ أوروبي لاستحالة استمرار تنفيذه بسبب الحصار الاقتصادي على سورية الذي طرأ أثناء التنفيذ واستمر طيلة فترة التنفيذ) وهذا ما يميزها عن غيرها من نظريات التوازن المالي التي تجعل التنفيذ أكثر كلفة وإرهاقاً على المتعاقد من دون أن يكون مستحيلاً (كارتفاع أسعار المواد العقدية التي يلتزم المتعهد بتوريدها للإدارة). وإن فعل القوة القاهرة يجب أن يكون في وقت واحد غير ممكن دفعه أو تلافيه من قبل المتعاقد ومائعة جذرية من تنفيذ الالتزامات التعاقدية، أي أن تكون هناك استحالة مطلقة تحول دون تنفيذ العقد.

وتكريساً لذلك نجد أن القضاء الإداري السوري كان صارماً في تقدير مثل هذا الشرط ويقوم بالتأكد من خطورة الحدث والوسائل المستخدمة من قبل المتعاقد لتلافي مثل هذا الحدث المثال على ذلك ما قضى به القضاء الإداري السوري بأن القوة القاهرة هي التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، ولا يخفى أن حظر شحن الزيت الخام من الكويت إلى هولندا لا يحول دون تأمين مثل هذا الزيت من مصادر أخرى ومن بلد مجاور غير هولندا، الأمر الذي لا يسمح للشركة بالتحلل من التزامها، وهو ما أكده

أيضاً الرأي الاستشاري الصادر عن اللجنة المختصة في قسم الفتوى والتشريع عندما ذكر من بين شروط تحقق نظرية القوة القاهرة أن يكون الحادث من شأنه جعل الالتزام مستحيلاً استحالة حقيقية [1].

وقد جاء في حكم حديث لمحكمة القضاء الإداري صدر عام ٢٠٢٠ :

ومن حيث إنه ما دام قد ثبت من خلال الخبرة الفنية الجارية في الصدد محل النزاع ومن الوثائق المبرزة في الملف بأن السبب الحقيقي والرئيسي في تأخر الجهة المدعية بداية في تنفيذ أعمال العقد محل التعهد وملحقه يعود للإدارة المدعى عليها وذلك لتأخرها في تسليم موقع العمل إلى الجهة المدعية ومن ثم تسليمها المخططات المعدلة ومن ثم فيما بعد حالت الأحداث الراهنة التي سادت القطر العربي السوري ولاسيما في محافظة درعا دون إمكانية متابعة التنفيذ في المشروع محل التعهد والتي جعلت الجهة المدعية تقع أسيرة لقوة قاهرة لا يد لها فيها وجعلت متابعة التنفيذ في المشروع محل التعهد أمراً مستحيلاً، فإن ما ينطبق على حالة الجهة المدعية هي أحكام الإعفاء من تنفيذ التعهد المنصوص عليها في الفقرة /ج/ من المادة /٥٣/ من القانون رقم /٥١/ لسنة ٢٠٠٤م الناظم للعلاقة العقدية بينها وبين الإدارة المدعى عليها ولا تنطبق عليها أحكام المادة /٦٠/ من القانون المذكور المتعلقة بفسخ العقد وذلك لعدم توفر شروط وأحكام هذه المادة الأخيرة على حالتها باعتبار أن توقفها عن تنفيذ العقد وملحقه لم يكن بطلب من الإدارة أو بإرادتها وإنما لظروف قاهرة لا يد لها فيها، وعليه فإنه والحال ما ذكر يكون من حق الجهة المدعية الاعفاء من تنفيذ الأعمال المتبقية من العقد محل التعهد وملحقه وبما أن الإعفاء من تنفيذ الأعمال العقدية ومرور عدة سنوات على توقف الأعمال في المشروع للأسباب المذكورة يوجب تصفية العقد وملحقه عند

[1] رأي اللجنة المختصة في قسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة السوري، رقم (١٢٠) لعام ٢٠١٥، في القضية رقم (٤٩) لسنة٢٠١٥ ، الصادر بتاريخ ٢٠١٥/٨/٢١ ، غير منشور.

المرحلة التي وصل إليها فإنه يغدو من حق الجهة المدعية المطالبة بتصفية العقد المذكور واعتبار الأعمال المنفذة من قبلها مستلمة استلاماً أولياً ونهائياً....."."[1]

وقد تقصدنا ذكر هذا الحكم الحديث بسبب أهميته في ظل الأوضاع السياسية والاقتصادية التي تمر بها سورية وظروف الحرب وقد ذكر بشكل واضح النتيجة الأساسية المترتبة على تطبيق نظرية القوة القاهرة وهي إعفاء المتعاقد من تنفيذ عقده نظراً للظروف الأمنية التي تمر بها محافظة درعا.

وأيضاً تكرر قضاء مجلس الدولة وسياسته تجاه تطبيق نظرية القوة القاهرة لجهة اعفاء المتعاقد من تنفيذ عقده وذلك في حكم حديث عام ٢٠١٩ صادر عن محكمة القضاء الإداري والذي تقول فيه:

".....ومن حيث إنه عن مطالبة الجهة المدعية المدعى عليها تقابلاً بما يعادل قيمة طابع العقد فإن الطابع المذكور . هو عبارة عن رسم يسدد إلى الدوائر المالية بعد التعاقد ولا يدخل في ذمة الإدارة المتعاقدة مع المتعهد وليس ثمة نص قانوني يجيز للمتعهد استرداد هذا الرسم أو قيمته بعد تسديده إلى الدوائر المالية في حال الإعفاء من تنفيذ التعهد، وهو ما استقر عليه اجتهاد مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري في قضايا مماثلة مما يجعل مطالبة الجهة المدعية باسترداد قيمة رسم طابع العقد محل التعهد من الإدارة المدعى عليها غير قائم على مستند صحيح من القانون ومستوجب الرفض.

ومن حيث إنه لجهة المطالب الواردة في الادعاء المتقابل فإنه في ضوء ثبوت عدم صحة وقانونية قرار سحب الأعمال الصادر بحق الجهة المدعية المدعى عليها تقابلاً وتقرير أحقيتها بالإعفاء من تنفيذ أعمال العقد محل التعهد يغدو الادعاء المتقابل بما تضمنه من مطالب مفتقر إلى أسانيده القانونية التي تؤيده مما يتعين معه رفضه.

[1] قرار محكمة القضاء الإداري رقم (٢/٢١٢) لعام ٢٠٢٠م في القضية رقم (٢/٧٤٩) لسنة ٢٠٢٠ غير منشور.

وقررت اعتبار قرار سحب الأعمال الصادر بحق الجهة المدعية والتنفيذ على حسابها في غير محله القانوني وبكل ما ترتب عليه من آثار ونتائج وأحقية الجهة المدعية (المدعى عليها تقابلاً) بالإعفاء من تنفيذ العقد محل التعهد . موضوع الدعوى . وباسترداد قيمة التأمينات النهائية العائدة للعقد المذكور ورفض ما يجاوز ذلك من طلبات..."[1].

كذلك حكم محكمة القضاء الإداري الحديث لعام ٢٠١٨ الذي جاء فيه:

".....ومن حيث إنه يتضح من خلال الكتب والمراسلات الجارية بين الإدارة المدعى عليها والمدعي والمبرزة في ملف الدعوى بأن الأسباب الحقيقية وراء توقف المدعية عن تنفيذ الأعمال العقدية محل التعهد موضوع الدعوى إنما تعود إلى الظروف الراهنة التي تسود القطر العربي السوري ، وهي أسباب ناجمة عن قوة قاهرة خارجة عن إرادة الطرفين (المتعهد والإدارة) ولا يد للإدارة المدعى عليها فيها..... وبما أن توقف المدعي عن الأعمال العقدية محل التعهد وفق ما سلف البيان كان لأسباب قاهرة ناجمة عن ظروف خارجة عن إرادة الطرفين المتعاقدين فإن ما ينطبق عليه هو أحكام المادة /٥٣/ الفقرة (ج) من نظام عقود الجهات العامة الصادر بالقانون رقم /٥١/ لسنة ٢٠٠٤م التي تعطي المتعهد حق الإعفاء من تنفيذ التعهد باعتباره أضحى أمام استحالة مطلقة في تنفيذ أعمال العقد موضوع الدعوى فقط .

ومن حيث إن المشرع في المادة المذكورة – كما الاجتهاد في القضاء الإداري– قد رتب على الاستحالة المطلقة في تنفيذ التعهد حق المتعهد في الإعفاء من تنفيذ تعهده من دون التعويض الذي رتبه على حقه في فسخ العقد بسبب توقيفه بطلب من الإدارة..... ومن حيث إن الإعفاء من تنفيذ العقد من شأنه إنهاء العلاقة العقدية القائمة بين الطرفين المتعاقدين فإنه يتعين على الإدارة تصفية العقد عند المرحلة التي وصل إليها ومنح

[1] قرار محكمة القضاء الإداري رقم (٤/٨٧٢) لسنة ٢٠١٩ في القضية رقم (٤/١٩٩٠) لسنة ٢٠١٩ غير منشور.

المدعي كافة مستحقاته العقدية الناجمة عن ذلك بما فيها إعادة التأمينات النهائية وتوقيفات الضمان في حال وجودها إضافة إلى الفائدة القانونية عن تلك المستحقات بنسبة ٥٪ سنوياً اعتباراً من تاريخ اكتساب الحكم الدرجة القطعية وحتى تمام الوفاء وخلصت المحكمة إلى أحقية المدعي في أن يعفى من تنفيذ الأعمال العقدية المتبقية من العقد محل التعهد موضوع الدعوى .....[١] .

و هذا ما أكدته ايضاً المحكمة ذاتها في حكم لها عام ٢٠١٧حيث أعفت المتعاقد من الاستمرار في تنفيذ العقد ولم تحكم له بالتعويض حيث خلصت الى أن المتعهد محق في طلبه الإعفاء من تنفيذ العقد موضوع الدعوى لوقوع الاستحالة المطلقة بتنفيذه نظراً للظروف الطارئة التي تعرض لها موقع المشروع.

و عدم أحقية المتعهد بالتعويض عن فوات المنفعة لأن الإدارة المتعاقدة ليست المسبب لعدم تمكن المتعهد من تنفيذ أعمال التعهد والتي حصلت نتيجة ظروف عامة طارئة حصلت بعد تقديم عرض المتعهد.[٢]

ويرى الباحث أن حكم محكمة القضاء الإداري السالف الذكر جاء في محله لجهة إعفاء المتعاقد من متابعة تنفيذ العقد بسبب الوقوع امام أستحالة مطلقة وعدم إمكانية متابعة تنفيذه وكذلك عدم توقع الإدارة لهذه الظروف ،وبالتالي وقوع الطرفين في حالة استحالة تنفيذ العقد بسبب الظروف الامينة والحالة الاقتصادية من حصار اقتصادي وارتفاع كبير في الأسعار حال دون تنفيذ العقد.

وهناك الكثير من الاحكام الحديثة – في ظل الظروف الراهنة – الصادرة عن القضاء الإداري السوري والتي أعفت المتعاقد من تنفيذ عقده مع الإدارة بسبب الاستحالة لوجود القوة القاهرة[٣].

---

[١]قرار محكمة القضاء الإداري السوري رقم(٤/٥٨) لعام ٢٠١٨في القضية رقم (٤/١٨٩١) لعام ٢٠١٨م غير منشور

[٢]قرار محكمة القضاء الإداري رقم (٣/٩٨١) لعام ٢٠١٧م في القضية رقم (٢٠٨٦ / ٣) لعام٢٠١٧ غير منشور.

[٣]قرار المحكمة الإدارية العليا السورية (٥٧٥) لعام ٢٠١٥ في القضية رقم (٢/١٠٩٨) لعام ٢٠١٥غير منشور .

المطلب الثاني

تعويض المتعاقد

من الآثار المترتبة على تطبيق نظرية القوة القاهرة أنه يحق للمتعاقد أن يطلب من القضاء التعويض، والحصول على التعويض لا يكون إلا من قبل قاضي العقد في جميع الأحوال.

بناءً عليه لا بد لنا من المقارنة بين كل من النهج الفرنسي والمصري والسوري وفق الآتي:

في فرنسا: نجد أن اجتهاد القضاء الإداري الفرنسي قد توسع في مفهوم القوة القاهرة وأثرها على العقود الإدارية في العديد من قراراته وأعطى هذا المفهوم أكثر من معنى؛ ومن هذه المعاني التي اعتمدها هو المعنى التقليدي للقوة القاهرة الذي كان سائداً تطبيقه في نطاق القانون الخاص، وقد قضى الاجتهاد الفرنسي في هذه الحالة بانقضاء العقد بقوة القانون، ففي حالة القوة القاهرة التقليدية التي تؤدي إلى استحالة التنفيذ بشكل مطلق ، كما في حالة هلاك محل العقد ، فإن الفسخ هذا يتم بقوة القانون.

أما إذا لم تكن القوة القاهرة التقليدية بمثل هذا الوضوح، يذهب رأي من الفقه إلى القول أنه يتعين التفرقة بين الفسخ الذي يطلبه المتعاقد وذاك الذي تطلبه الإدارة فبالنسبة للمتعاقد يجب أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم ذي أثر كاشف يفسخ العقد بسبب القوة القاهرة، أما في ما يتعلق بالإدارة فبإمكانها إنهاء العقد بقرار منها استناداً إلى القوة القاهرة، ويصبح الفسخ هنا فسخاً إدارياً بأثر منشئ لا كاشف[1]، إضافة لإمكانية اتفاق الطرفين على فسخ العقد.

أما المعنى الثاني للقوة القاهرة الذي تجاوز المفهوم التقليدي المذكور، فهو حالة القوة القاهرة الإدارية ، فإالفسخ هنا يكون دائماً قضائياً، حيث خول مجلس الدولة الفرنسي

[1] حكم صادر عن مجلس الدولة الفرنسي في ٣٠ يونية سنة ١٩٣٧ في قضيةcommune d Avrieux " وحكم أخر في ٢٧اكتوبر سنة ١٠٣٧ في قضيةTorquetوحكم أخر صادر في ٧ مايو سنة ١٩٥٢ في قضية Eloy نقلا عن د . محمد سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص ٧٧٠ – ١٧١.

كلاً من الإدارة والمتعاقد معها الحق في طلب الفسخ من قبل قاضي العقد ، كان من شأن الحادث الذي يطرأ على تنفيذ العقد التسبب بإرهاق المتعاقد إرهاقاً جسيماً، دون أن يؤدي إلى استحالة التنفيذ – كما هو الحال في القوة القاهرة التقليدية وبالتالي فالمتعاقد لا يمكنه هنا الاستناد إلى الظرف المرهق ليطالب بفسخ العقد وانقضائه ، بل له حق المطالبة بالتعويض على أساس التوازن المالي الذي قصده المتعاقدين عند إبرام العقد، ومن ثم تتم تصفية العقد على هذا الأساس.[١]

فحالة انقلاب التوازن العقدي بصفة نهائية من دون أن يجعل تنفيذ العقد مستحيلاً ، يشكل هذا الوضع قوة قاهرة تسمح للإدارة والملتزم عند عدم وصولهم إلى حل ودي وتسوية الاتفاقية اللجوء إلى القضاء بغية فسخ الالتزام مع التعويض إذا كان له من موجب، إلا أن القاضي الإداري الفرنسي على ضوء هذا الاتجاه شديد التضييق في تقدير وجود القوة القاهرة التي قد يتمسك بها المتعاقد مع الإدارة ليتخلص من التزاماته من خلال التطبيق الصارم لشروط هذه النظرية ، ويبدو في المقابل أنه أقل تشدداً في تقدير تحلل الإدارة من التزاماتها سواء بزوال سبب العقد أو بزوال محل العقد بسبب القوة القاهرة.[٢]

وعلى ضوء ما تقدم يصبح من الطبيعي الإشارة إلى أنه منذ صدور قرار مجلس الدولة الفرنسي عام ١٩٣٢ في قضية " تراموي مدينة شربورغ " ، يتعين التمييز في العقود الإدارية بين نهجين للقوة القاهرة:

---

[١] أكد القضاء الإداري الفرنسي على نقطة التحول هذه منذ عام ١٩٣٢ في قضية " تراموي شربورغ ، حيث إنه طبق نظرية القوة القاهرة فيها رغم أن شرط الإستحالة غير موجود بسبب الظروف الاقتصادية الجديدة التي حالت إطلاقة دون عودة العقد إلى توازنه الأصلي فيصبح العقد بحكم الميت كونه لم يعد يتواءم مع الظروف الاقتصادية والتقدم الفني الجدي،. فاصبح حكم الظروف الطارئة في هذا الخصوص هو حكم القاهرة.

مأخوذ عن د. محمد يوسف الحسين، د. مهند نوح – مرجع سابق، ص ٣٣٠ .

أيضا د . علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، مرجع سابق، ص ٤٦٥.

راجع أيضا د. سعيد النحيلي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٥٩.

[٢]. د. محمود عبد المجيد مغربي، مرجع سابق ، ص ٢٩.

الأول: القوة القاهرة التي ليس بالإمكان التغلب عليها، وهي بالواقع تشكل فعلاً مسوغاً للمتعاقد لعدم قيامه بالتنفيذ؛ أي إعفائه من التنفيذ.

الثاني: القوة القاهرة التي يمكن تجاوزها ولكن من شأنها أن تقلب التوازن الاقتصادي للعقد نهائياً، وهذا ما يؤدي إلى فسخ العقد قضائياً مع التعويض إن كان له مقتضى.

في مصر: يرى غالبية الفقهاء في معرض تطبيق نظرية القوة القاهرة ضرورة التمييز بين الإدارة والمتعاقد معها؛ فالإدارة لها أن تنهي العقد بقرار منها استناداً إلى القوة القاهرة، ويسمى هذا بالفسخ الإداري، أما المتعاقد مع الإدارة ، فإن الفقه يرى ضرورة لجوئه إلى القضاء للحصول على حكم بالفسخ للقوة القاهرة ؛ وسبب هذه التفرقة يكمن في طبيعة العقود الإدارية وكونها تسهم في تسيير المرافق العامة ومن ثم يتعين ألا يترك تحديد استحالة التنفيذ للقوة القاهرة إلى تقدير المتعاقد مع الإدارة .

٣- **في سورية:** إن نظرية القوة القاهرة لها كيان مستقل بذاته في التشريع السوري، الذي أوضح شروط القوة القاهرة والنتائج المترتبة على تحققها بالنسبة إلى أطراف العقد الإداري، حيث نصت المادة (٥٣) من قانون رقم (٥١) لعام٢٠٠٤ الخاص بنظام العقود للجهات العامة في سورية على الآتي:

"ب- يعفى المتعهد من غرامات التأخير إذا كان ضحية خالصة لقوة قاهرة لابد له فيها وذلك عن المدة التي تأخر فيها بسبب تلك القوة القاهرة .

ج- يعفى المتعهد من تنفيذ أحكام التعهد إذا أضحى أمام استحالة مطلقة تحول دون قيامه بتنفيذ أحكام التعهد وكان ذلك غير ناجم عن تقصيره وراجع إلى ظروف خارجة تماما عن إرادته. ويكون البت في الحالات المذكورة في الفقرات السابقة للجهة العامة المتعاقدة بناءً على طلب المتعهد بعد موافقة لجنة تؤلف لهذه الغاية بقرار من الوزير المختص سنداً للفقرة (هـ) من المادة(٥٣) سالفة الذكر[١]، والتي تتخذ قراراتها بأكثرية

[١]. تؤلف الجنة على الشكل الآتي ١- مستشار من مجلس الدولة (رئيساً) يسميه رئيس المجلس ٢- ممثل عن وزارة المالية (عضواً) ٣- ممثل الجهة العامة بمرتبة مدير على الأقل (عضواً) ٤- المتعهد أو من ينتدبه (عضواً د-

ممثل عن الجهاز المركزي للرقابة المالية (عضواً) ، ومثال ذلك : القرار الصادر عن وزير الداخلية رقم(١٠٧٥) المؤرخ في ٢٠١٤/٤/١٤ المتضمن تشكيل لجنة (ألفت من الأعضاء على نحو ما أسلفتا مهمتها البت بموضوع العقد ٢ لعام ٢٠٠٩ / لتنفيذ مشروع بناء مخفر وسكن شرطة / بسيب القوة القاهرة .وقد خلصت اللجنة بموجب تقريرها الصادر بتاريخ٢٠١٤/٨/٢٣ م ، إلى الآتي : أحقية المتعهد بإعفائهما من تنفيذ بافي أعمال العقد المذكور أعلاه بعد أن أضحي أمام استحالة خارجية تمنعه من تنفيذ باقي أعمال العقد بسبب الأحداث الأمنية الراهنة التي يمر بها قطرنا الحبيب وتواجد العصابات الإرهابية المسلحة في منطقة تنفيذ العقد المذكور ، سندا الحكم المادة (٥٣) الفقرة (ب) من القانون ٥١ لعام ٢٠٠٤ المتضمن نظام عقود الجهات العامة وبما يترتب ذلك من آثار و نتائج

ومثال اخر على هذه اللجنة ما ورد في **محضر دراسة طلب المتعهد (كرم طازباز) وأسباب التأخير في تنفيذ العقد المبرم بينه وبين المؤسسة العامة للمباقر بحماه** – استناداً إلى قرار وزير الزراعة والإصلاح الزراعي رقم /١٨١٧/ بتاريخ ٢٠٢٠/٥/١١ م والمتضمن تشكيل لجنة من السادة:

القاضي حسام شويكي	مستشار لدى مجلس الدولة	رئيسا
السيد وليد الحمدان	ممثل وزارة المالية	عضوا
المفتش أول موسى خلوف	ممثل الجهاز المركزي للرقابة المالية	عضوا
السيد عبد الرزاق عبود	ممثل المؤسسة العامة للمباقر بحماه	عضواً
المتعهد السيد كرم طازباز		عضواً

مهمة اللجنة :

دراسة طلب المتعهد....وأسباب التأخير في تنفيذ العقد المبرم بينه وبين المؤسسة العامة للمباقر بحماه رقم /١١/ لعام ٢٠١٨ لتوريد باكر جنزير ذراع طويل لصالح مشروع الغاب بسبب وقوعه ضحية قوة قاهرة سنداً لأحكام المادة /٥٣/ البند (ب – جـ) من نظام العقود الموحد الصادر بالقانون رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤ .

وبناء على الدعوة الموجهة من رئيس اللجنة إلى أعضاء اللجنة للاجتماع في مقر مجلس الدولة فقد اجتمعت اللجنة يوم الأحد الواقع في ٢٠٢٠/٦/٢١ وقد حضر السيد عمار مللي مفوضاً عن المتعهد كرم طازباز بموجب التفويض الصادر المؤرخ في ٢٠٢٠/٥/٢١ .

قدم ممثل المتعهد مذكرة تتضمن شرحاً حول تنفيذ العقد ووقوعه ضحية قوة قاهرة أدت إلى تأخيره في تنفيذ العقد تتمثل في العقوبات الاقتصادية المفروضة على الجمهورية العربية السورية وكانت السبب في تأخير الشحن والتسليم عن طريق مرفأ بيروت الدولي ومن ثم إلى سورية وأنه كان قد أعلم الإدارة بموجب كتابه المؤرخ في ٢٠١٨/١٠/٩ بالمعوقات التي واجهته وأن الباكر مصنع وجاهز للشحن لدى الشركة الصانعة حيث حصل تأخير بالشحن إلى مرفآ اللاذقية بسبب العقوبات الاقتصادية ولاحقاً أرسل للإدارة الكتاب المؤرخ في ٢٠١٩/١/١٥ مرفقاً به كتاب الشركة الصانعة مصدقاً من غرفة تجارة الصين واتحاد غرف التجارة العربية ووزارة الخارجية السورية موضحاً فيه ان الباكر جاهز للشحن من تاريخ ٢٠١٨/٩/٥ ولكن لم تجد الشركة الصانعة طريقة لشحنه إلى ميناء اللاذقية بسبب العقوبات على سورية وبعد محاولات عدة تم الشحن إلى ميناء بيروت بتاريخ ٢٠١٨/١٠/٢٤ ما أخره (وفق ماهو ثابت بيولصة الشحن) ثم تم تسليم الباكر بموجب محضر الاستلام المؤرخ في/ ٢٠١٨/١٢/٦حيث بلغت مدة التأخير /٤٣/ يوماً والتمس الإعفاء من كامل غرامة التأخير وصرف مستحقاته .

ومن حيث إن ممثل الإدارة تقدم بمذكرة جاء فيها انه تبين أن المتعهد تقـدم بتاريخ ٢٠١٩/١/١٥ (بعد تنظيم محضر الاستلام الأولي) بطلب تبرير مدة التأخير مرفقاً به كتاب الشركة الصينية المصنعة بتاريخ ٢٠١٨/٩/١٣ حيث تم الإيضاح فيه أن الآلية المطلوبة جاهزة للشحن بتاريخ ٢٠١٨/٩/٥ وانه اعتمد على إعلام المؤسسة شفهياً بأنه سيقدم كتاب لتبرير مدة التأخير من الشركة الصانعة ولاحقاً تقدم بالكتاب المذكور

***** في الوقائع******

من حيث إن وقائع القضية تتحصل حسبما استبان من الوثائق المبرزة أن المتعهد كرم طازباز قد تعاقد مع المؤسسة العامة للمباقر بحماه بموجب العقد رقم /١١/ تاريخ ٢٠١٨/٧/٢ لتوريد باكر جنزير بوم طويل عدد /١/ بمدة توريد /٩٠/ يوماً وقد صدر أمر المباشرة بتاريخ ٢٠١٨/٧/٢٥ وتم التسليم بموجب محضر الاستلام الأول المؤرخ في ٢٠١٨/١٢/٦ حيث بلغت مدة التأخير /٤٣/ يوم حيث ان مدة الانتهاء النظري في ٢٠١٨/١٠/٢٦ وقد عزا المتعهد أسباب التأخير إلى العقوبات الاقتصادية المفروضة على سورية حيث أن الباكر كان جاهزاً للشحن منذ تاريخ ٢٠١٨/٩/٥ وفق ما هو موضح بكتاب الشركة الصينية الصانعة والمصدق عليه من قبل المجلس الصيني لتعزيز التجارة العالمية (غرفة الصين للتجارة) ومصدق عليه من قبل وزارة الخارجية السورية وكذلك اضطراره إلى شحنه إلى لبنان ومن ثم إلى سورية وانه سابقاً كان قد اعلم الإدارة بهذه الصعوبات بموجب كتابه المؤرخ في ٢٠١٨/١٠/٩

*** في المناقشة والتطبيق القانوني :***

من حيث إن الفقرة /ب/ من المادة /٥٣/ من نظام العقود الصادر بالقانون ذي الرقم /٥١/ لعام ٢٠١٤ تنص على ما يأتي (يعفى المتعهد من غرامات التأخير أذا كان ضحية لقوة قاهرة لا يد له فيها وذلك عن المدة التي تأخر بها بسبب تلك القوة القاهرة).

ومن حيث انه لم يعد خافياً على أحد بأن العقوبات الاقتصادية المفروضة على سورية والمتمثلة بالحظر الاقتصادي الأمريكي أضحت معلومة للجميع وبذلك غدا مسألة عامة وليس واقعة خاصة تتعلق بالمدعي فضلاً أنه ثبت من خلال الوثائق أن الإدارة كانت على علم بالصعوبات والمعوقات التي كانت تواجه المتعهد .

ومن حيث إنه بناءً على ما تقدم وعلى ضوء الأوراق والوثائق المرفقة في الملف فإن المعوقات التي رافقت توريد مدار العقد قد آدت في مجملها إلى تأخره في التوريد وأن تلك الصعوبات والمعوقات في حقيقتها هي من مفرزات ومنعكسات الظروف الراهنة التي تمر بها البلاد وتعد ظروفاً خارجة عن ارادة المتعهد ولا يد له فيها ولا يمكن دفعها لذلك فهي تشكل قوة قاهرة وقع المتعهد ضحية خالصة لها وبالتالي تتطبق على حالة أحكام الفقرة /ب/ من المادة /٥٣/من قانون عقود الجهات العامة رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ ولا يغير من هذا النتيجة (أن تلك الظروف كانت معروفة أو متوقعة أثناء التعاقد)، (أو أن المتعهد لم يعلم الإدارة بها بشكل صحيح تأسيساً على أن اشتداد تلك الصعوبات والمعوقات وما تؤثر به على عملية التنفيذ تعد بحد ذاتها مفأجاةلايمكن لأي متعهد أن يتوقعها أو يتكهن بها مهما كان على درجة عالية من الحيطة والحذر وأن التسليم بوجودها يحول دون ايجاد المتعهدين القادرين على الوفاء بالتزاماتهم ويجعلهم أمام مغامرة هم بغنى عنها سيما وان المتعهد والإدارة متعاونان على خدمة المرفق العام لاستمرار تأمين خدمته بانتظام واستمرار .

ومن حيث أنه في ضوء ماسبق يكون المتعهد قد أضحى أمام قوة قاهرة لايد لها فيها ولا يستطيع دفعها وبالتالي يكون محقاً في طلب تبرير مدة التأخير الحاصل في توريد مواد العقد ١١لعام ٢٠١٨ – **فلهذه الأسباب قررت اللجنة الآتي:**

أعضائها الحاضرين، وعند تساوي الأصوات يرجح جانب الرئيس ويكون قرار اللجنة المذكورة في هذه الحالة قطعية غير قابل إلى أي طريق من طرق المراجعة ، وبالرغم من أنها تضمن حقوق الطرفين إلا أنه وبكل الأحوال يبقى القضاء الإداري هو صاحب الاختصاص الأصيل بالبت في جميع النزاعات التي تنشب في معرض تنفيذ العقود الإدارية ، وهو والضامن الرئيس لحقوق طرفي العقد الإداري.[1]

ولا بد من التنويه هنا إلى أن اعتبار قرار اللجنة المشار اليها قطعياً غير قابل إلى أي طريق من طرق المراجعة، فيه مخالفة للدستور السوري الحالي الصادر عام ٢٠١٢ وبشكل خاص للفقرة الرابعة من المادة /٥١/ من الدستور المذكور والتي تقول:

"يحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل او قرار إداري من رقابة القضاء". وعلى المشرع السوري ان يقوم بحذف هذه الفقر من المادة /٥٣/ من نظام العقود الموحد لتتلاءم مع الدستور السوري.

وتجدر الإشارة إلى أن آثار تطبيق نظرية القوة القاهرة المتمثلة بفسخ العقد والتعويض إن كان له مقتضى مشروط أحيانا بإتمام بعض الشكليات المنصوص عنها قانونا وهي إعلام الإدارة بسبب التأخير بكتاب خطي خلال/ ١٥ / يوماً من تاريخ وقوع السبب

أولاً – إعفاء المتعهد كرم طازباز من غرامات التأخير المفروضة عليه نتيجة التأخير في تنفيذ العقد رقم (١١) لعام ٢٠١٨ المبرم مع المؤسسة العامة للمباقر بحماه واعتبار كامل مدة التأخير مبررة وذلك لوقوعه ضحية قوة قاهرة خارجة عن إرادته وفقاً لاحكام /٥٣/ الفقرة /ب/ من القانون ٥١ لعام ٢٠٠٤ بما يترتب على ذلك من آثار ونتائج .

ثانياً – يتحمل المتعهد أتعاب و نفقات رئيس وأعضاء اللجنة أصولاً

ثالثاً – ابلاغ المؤسسة العامة للمباقر بحماه و المتعهد نسخة عن هذا المحضر دمشق في٢١ / ٢٠٢٠/٦

[1] رأي اللجنة المختصة في قسم الفتوى والتشريع لدى مجلس الدولة السوري ، رقم(١٩٣) لسنة ٢٠١٥ ، في القضية(٢٣٤) لسنة٢٠١٥ ، الصادر بتاريخ ٢٠١٥/١٠/١٢ ، غير منشور.

(كالقوة القاهرة التي طرأت في أثناء التنفيذ) يبين المتعهد بموجبه أو يوضح فيه الأسباب القاهرة التي منعته من التنفيذ تحت طائلة عدّ السبب غير قائم.[1]

وإن المعنى العام للتعويض الذي يتمثل عادة في مبلغ نقدي للمتعاقد يمكن أن يأخذ صوراً متعددة مثل: الاعفاء من بدل الاستثمار الواجب على المتعاقد أو اعفائه من غرامات التأخير فيما اذا كان هذا التأخير قد حصل نتيجة قوة قاهرة.

وهذا ما نص عليه المشرع السوري في الفقرة (و) من المادة /٥٣/ من نظام العقود الموحد رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤ حيث تقول هذه الفقرة :

" و- على المتعهد أن يقدم جميع طلباته لتمديد مدة التعهد الناجمة عن حوادث مفاجئة أو أحوال طارئة أو قوة قاهرة أثناء تنفيذ التعهد خلال مدة خمسة عشر يوماً من تاريخ وقوع السبب المؤدي إلى التأخير، شارحاً الأسباب التي تضطره إلى التأخير، ويعتبر عدم تقديم المتعهد لهذا الطلب خلال المدة المذكورة إقراراً منه بعدم وجود أسباب مبررة لأي تأخير، وبالتالي إسقاطاً لحقه في الاعتراض على الغرامات التي تترتب عليه من جراء هذا التأخير".

وهو أيضاً أخذ به محكمة القضاء الإداري السورية في الكثير من أحكامها منها حكمها عام ٢٠١٨ حيث تقول:

" .....ومن حيث أنه يتضح من خلال الكتب والمراسلات الجارية بين الإدارة المدعى عليها والمدعي والمبرزة في ملف الدعوى بأن الأسباب الحقيقية وراء توقف المدعية عن تنفيذ الأعمال العقدية محل التعهد موضوع الدعوى إنما تعود إلى الظروف الراهنة التي تسود القطر العربي السوري، وهي أسباب ناجمة عن قوة قاهرة خارجة عن إرادة الطرفين (المتعهد والإدارة) ولا يد للإدارة المدعى عليها فيها، .....وبما أن توقف المدعي عن الأعمال العقدية محل التعهد وفق ما سلف البيان كان لأسباب

[1] الفقرة و من المادة / ٥٣ / والفقرة ب من المادة/٤٩/ من القانون رقم ٥١ لعام٢٠٠٤ المتضمن نظام العقود الإدارية للجهات العامة في سورية.

قاهرة ناجمة عن ظروف خارجة عن إرادة الطرفين المتعاقدين، فإن ما ينطبق عليه هو أحكام المادة /٥٣/ الفقرة (ج) من نظام عقود الجهات العامة الصادر بالقانون رقم /٥١/ لسنة ٢٠٠٤م التي تعطي المتعهد حق الإعفاء من تنفيذ التعهد باعتباره أضحى أمام استحالة مطلقة في تنفيذ أعمال العقد موضوع الدعوى فقط.

ومن حيث أن المشرع في المادة المذكورة – كما الاجتهاد في القضاء الإداري– قد رتب على الاستحالة المطلقة في تنفيذ التعهد حق المتعهد في الإعفاء من تنفيذ تعهده من دون التعويض الذي رتبه على حقه في فسخ العقد بسبب توقيفه بطلب من الإدارة.....ومن حيث أن الإعفاء من تنفيذ العقد من شأنه إنهاء العلاقة العقدية القائمة بين الطرفين المتعاقدين فإنه يتعين على الإدارة تصفية العقد عند المرحلة التي وصل إليها ومنح المدعي مستحقاته العقدية كافة الناجمة عن ذلك بما فيها إعادة التأمينات النهائية وتوقيفات الضمان في حال وجودها إضافة إلى الفائدة القانونية عن تلك المستحقات بنسبة ٥٪ سنوياً اعتباراً من تاريخ اكتساب الحكم الدرجة القطعية وحتى تمام الوفاء ..لهذه الأسباب حكمت المحكمة بما يلي : ..... قبولها موضوعاً في شطر منها وأحقية المدعي في أن يعفى من تنفيذ الأعمال العقدية المتبقية من العقد محل التعهد موضوع الدعوى وبتقاضي كافة مستحقاته المالية عن الأعمال المنفذة من العقد المذكور في حال عدم تقاضيها فعلاً من الإدارة المدعى عليها وأحقيته أيضاً باستعادة قيمة التأمينات النهائية المقدمة عن العقد محل التعهد وتوقيفات الضمان في حال وجودها مع الفائدة القانونية عن المبالغ المستحقة له بنسبة ٥٪ (خمسة بالمئة فقط) سنوياً اعتباراً من تاريخ اكتساب الحكم الدرجة القطعية وحتى الوفاء التام ورفض الدعوى فيما يجاوز ذلك من طلبات[1] .

[1] قرار محكمة القضاء الإداري السورية رقم ٤/٥٨ لعام ٢٠١٨في القضية ذات الرقم ٤/١٨٩١ لعام ٢٠١٨م غير منشور.

كذلك حكم المحكمة الإدارية العليا السورية والذي قضت بموجبه بإلزام الإدارة أن تدفع للمتعاقد تعويضاً لقاء ما فاته من ربح جراء فسخ العقد موضوع الدعوى إضافة القيمة تكاليف الكفالة النهائية، فضلاً عن التعويض الذي يعادل قيمة رسم طابع العقد المسدد من قبله للدوائر المالية، على فرض أن رسم طابع العقد إنما يستحق بمجرد توقيع العقد من قبل الطرفين للخزينة العامة ومن غير الجائز استرداده لذلك فإنه عملا بالاجتهاد المستقر لدى هذه المحكمة وطالما أن فسخ العقد قد تم الأسباب تعود للإدارة فإن المتعهد يستحق تعويض يعادل قيمة هذا الرسم، ومن تصفية العقد على هذا الأساس[1].

وهذا ما أكده حكم حديث عام ٢٠٢٠ للمحكمة الإدارية العليا السورية جاء فيه :

".....ومن حيث إنه عن المطالبة بالتعويض عن فسخ العقد محل التعهد فإنه ولطالما أن شروط الاعفاء من تنفيذ العقد قد تحققت في حالة الجهة المدعية دون شروط الفسخ فإن مطالبتها بالتعويض تغدو مستوجبة الرفض في ظل غياب النص على ذلك.

ومن حيث إنه لجهة المطالبة بالفائدة القانونية عن المبالغ المستحقة للجهة المدعية فإن الفائدة إنما تستحق بنسبة ٥٪ (خمسة بالمائة) سنوياً عن مبلغ التوقيفات فقط اعتباراً من تاريخ اكتساب الحكم الدرجة القطيعة وحتى الوفاء التام نزولاً على ما استقر عليه اجتهاد القضاء الإداري على اعتبار أن المطالبة بها كانت مثار نزاع أمام هذه المحكمة وذلك دون استحقاقها لأية فوائد على مبلغ التأمينات النهائية للعقد باعتبارها مقدمة بكفالة مصرفية وليس بمبلغ نقدي أو شيك مصرفي وهو ما درج عليه الاجتهاد القضائي.

ومن حيث إنه عن مطالبة الإدارة المدعى عليها . المدعية تقابلاً . بإلزام الجهة المدعية (المدعى عليها تقابلاً) بغرامات التأخير نتيجة اخلالها بتنفيذ العقد فإنه في ضوء ما سبق وأن تم بحثه في متن هذا الحكم من أسباب أدت إلى تأخر الجهة المدعية في

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا السورية ، القرار رقم (١/٥٣٨) لعام ٢٠١٦ في القضية رقم (٢/٢٦٩٧) لعام ٢٠١٦ تاريخ ٢٠١٦/٨/٢٢ غير منشور.

تنفيذ الأعمال العقدية محل التعهد وملحقه ومن ثم توقفها عن متابعة التنفيذ أو ثبوت عدم مسؤوليتها عن ذلك تغدو مطالبتها في غير محلها القانوني ومستوجبة الرفض....."[1].

بناءً عليه يرى الباحث أن تطبيق نظرية القوة القاهرة يرتب تعويضاً للمتعاقد، وقد استقر قضاء مجلس الدولة السوري المعاصر على أن يتحمل كل من طرفي العقد موضوع النزاع تبعة وآثار القوة القاهرة حفاظاً على مبدأ التوازن الاقتصادي للعقد، بحيث تقتصر أحقية المتعهد المتعاقد بتقاضيه تعويض عما لحق به من خسائر فعلية تعادل قيمة الرسوم والمبالغ المدفوعة من قبله إضافة لتحرير كفالة التأمينات النهائية من دون ان يتقاضى أي تعويض عما فاته من ربح إلا اذا كانت استحالة التنفيذ ترجع لسبب من الإدارة، وإشكال هذا التعويض و يمكن أن تتمثل في مجموع قيمة المبالغ والرسوم المدفوعة لمؤسسة التأمينات الاجتماعية ورسم طابع العقد ورسوم الإدارة المحلية وأجور المهندسين المقيمين مع الفائدة القانونية وغير ذلك من المبالغ المدفوعة من قبل المتعاقد مع الإدارة .

[1] قرار محكمة القضاء الإداري السورية رقم(٢/٢١٢) لعام ٢٠٢٠مفي القضية رقم (٢/٧٤٩) لسنة ٢٠٢٠ غير منشور.

المطلب الثالث

فسخ العقد

من أهم آثار تطبيق نظرية القوة القاهرة فسخ العقد ما بين المتعاقد والإدارة، ولقد أعطى القضاء الإداري الفرنسي والمصري وأيضاً السوري لكل من الإدارة والمتعاقد في حال وجود قوة قاهرة الحق في ولوج باب المطالبة القضائية لفسخ العقد، وطلب التعويض، فضلاً عن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة بناءً على مقتضيات المصلحة العامة.[1]

إلا أن الحصول على التعويض لا يكون إلا من قبل قاضي العقد في جميع الأحوال.

وإن القضاء الإداري السوري قد أقر للمتعاقد بحقه بفسخ العقد الإداري بسبب استحالة التنفيذ الناجمة عن الإدارة المتعاقدة، **وهذا ما نجده في أحد الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا السورية بتاريخ ٢٠٠٥ بقوله :**

"..... إن ثبوت استحالة تنفيذ الأعمال العقدية بنفس الشروط المطلوبة المتعاقد عليها، وعدم تسليم الإدارة موقع العقد لأسباب خارجة عن إرادة المتعهد وظهور صعوبات أثناء التنفيذ؛ ينهض سبباً لطلب فسخ العقد قضائياً.[2]

وقد أكد القضاء الإداري الفرنسي على أن القوة القاهرة لا تؤدي إلى فسخ العقد بشكل أوتوماتيكي تلقائي و إنما تعطي الحق للمتعاقد بطلب فسخ العقد من قبل القاضي الإداري وبالتالي فإن القضاء الإداري الفرنسي قد حقق أمرين مهمين للغاية وهما الحفاظ على سير المرفق العام كونه لم يسمح للمتعاقد أن يوقف بمبادرته الخاصة بفسخ العقد وبالتالي التوقف عن تسيير المرفق العام، وأعطى الحق لكل من الإدارة والمتعاقد في حال وجود قوة قاهرة التوجه إلى القضاء للمطالبة بفسخ العقد، وتجدر الإشارة كما ذكرنا سابقاً إلى أن مجلس الدولة الفرنسي ومنذ عام ١٩٣٢قد أوجد مفهوما جديداً للقوة القاهرة

---

[1] كما نصت المادة (٦٠) من القانون رقم /١/ لعام ٢٠٠٤ المتضمن نظام العقود الإدارية للجهات العامة في سورية مايلي : أ- بحق الامر الصرف فسخ التعهد عند العدول عن تنفيذه نهائيا على مقتضيات المصلحة العامة ، ج- يترتب على الفسخ أو وقف التنفيذ وفقا لأحكام هذه المادة حق المتعهد في تعويض عادل عن الأضرار التي تلحق به فعلا ، ويقدر هذا التعريض من القضاء.

[2] حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (١١٨٩)، في الطعن رقم (٥١١) لعام٢٠٠٤ ، الصادر بتاريخ ٢٠٠٤/٤/٧ م ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا من عام٢٠٠٥ حتى ٢٠٠٩ ، ص٣٠٥

أطلق عليه (القوة القاهرة الإدارية) [1]، ويقصد به حالة انقلاب التوازن العقدي بصفة نهائية دون أن يجعل تنفيذ العقد مستحيلاً لكن لا ترغب الإدارة في الاستمرار بعقد أصبح ميتاً لا يتواءم مع المصلحة العامة، ففي هذه الحالة يشكل هذا الوضع قوة قاهرة تسمح للإدارة والملتزم عند عدم وصولهم إلى حل ودي اللجوء إلى القضاء بغية طلب فسخ الالتزام مع التعويض اذا كان له موجب.

والجدير بالذكر أن الفقيه الفرنسي دي لوبادير يؤكد على ضرورة لجوء المتعاقد في حالة القوة القاهرة إلى القضاء للحصول على حكم قضائي بفسخ العقد، بينما يرى إمكانية الإدارة إنهاء العقد بقرار إداري من جانبها في حالة القوة القاهرة ويسمى هذا بالفسخ الإداري، وقد استند الفقيه الفرنسي "دي لوبادير"على قرارات مجلس الدولة الفرنسي. [2]

ويرى الباحث أن هذا الرأي نابع من ضرورة عدم توقف المرفق العام عن أداء خدماته للجمهور.

ولا بد من الإشارة إلى أن المشرع السوري في نظام العقود الموحد ٥١ لعام ٢٠٠٤ قد أخذ- بالفقرة (ج) من المادة (٥٣) من قانون العقود الموحد – بفسخ العقد مع الإدارة في حال أضحى المتعاقد أمام استحالة مطلقة تحول دون قيامه بتنفيذ أحكام التعهد، وكان ذلك غير ناجم عن تقصيره وراجعاً إلى ظروف خارجة تماماً عن إرادته.

هذا ويرى فقهاء القانون الإداري أن المتعاقد مع الإدارة إذا لجأ إلى القضاء للحصول على حكم لاستحالة التنفيذ، فإن هذا الحكم يعلن الفسخ ولا ينشئه.

أما فيما يتعلق بالإدارة فإمكانها إنهاء العقد بقرار منها استناداً إلى القوة القاهرة، ويصبح الفسخ هنا فسخاً إدارياً بأثر منشئ لا كاشف إضافة إلى إمكانية اتفاق الطرفين على فسخ العقد.

والجدير بالذكر أن فسخ العقد لا يتم بشكل تلقائي، بل يجب أن يُطلب الفسخ من القاضي الإداري، والسبب في ذلك الحفاظ على سير المرفق العام بانتظام واطراد، فقد يضطرب سير المرفق العام الذي يتصل به العقد إذا ما سمح للمتعاقد بالتوقف

---

[1] قرار مجلس الدولة الفرنسي ١٩٣٢/١٢/٩ ، شركة ترام شيربورغ ، مجلة قرارات مجلس الدولة ص ١٠٥٠ - تقرير جوس .

[2] قرار مجلس الدولة الفرنسي ١٩٥٢/٧/٧ – قضية أولوي – مجلة قرارات مجلس الدولة ص ٢٢٥ .

التلقائي ودون اللجوء إلى القضاء عن تنفيذ العقد بسبب القوة القاهرة، علماً أن الإدارة تستطيع أن تنهي العقد بإرادتها المنفردة وبقرار صادر عنها استناداً إلى القوة القاهرة وهذا ما يسمى الفسخ الإداري للعقد المعني بهذا الخصوص.

وكما ذكرنا أن المشرع السوري تبنى بشكل صريح نظرية القوة القاهرة، كذلك تبناها القضاء الإداري السوري ورتب أثارها كاملة.

وهو ما أخذت به محكمة القضاء الإداري السورية في حكم حديث لها لعام ٢٠١٩ ملخصه كان على النحو الآتي:

"ومن حيث إنه فيما يخص مطلب الجهة المدعية بالتعويض عن فوات المنفعة وعن الخسارة المتمثلة بقيمة الإحضارات والمعدات المستولى عليها، فإنه من الثابت وكما سلف البيان بأن توقف الجهة المدعية عن الأعمال كان بسبب الظروف الأمنية السيئة وسيطرة العصابات الإرهابية على منطقة عمل المشروع والتي هي أحد أشكال القوة القاهرة التي تعفي أي من طرفي العقد من التبعات التي قد تصيب الطرف الآخر بسببها على اعتبار أنها خارجة تماماً عن إرادة المتعهد والإدارة معاً، وبذلك فإن مطلب الجهة المدعية لهذه الناحية يغدو في غير محله وجديراً بالرفض.

ومن حيث أنه فيما يخص مطلب الجهة المدعية بتعويضها بما يعادل فارق رسم طابع العقد، وبنسبة الأعمال التي لم تنفذ، فإن قانون رسم الطابع قضى بإعادة رسم الطابع في حالة فسخ العقد والتي لم تتحقق شروطها في الدعوى الماثلة، ولم يتضمن نصاً يوجب ذلك في حالة الإعفاء من متابعة التنفيذ وفق أحكام المادة /٥٣/ من نظام العقود، وبذلك فإن مطلب الجهة المدعية لهذه الناحية يكون في غير محله وجديراً بالرفض[١].

وقد اشترط المشرع السوري في قانون العقود الموحد رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤ في الفقرة (ب) من المادة /٦٩/ التي تقول :

" إن جميع طلبات المتعهد الناجمة عن حوادث مفاجئة أو أحوال طارئة أو قوة قاهرة أثناء تنفيذ التعهد عن أعمال تعتبر أنها ليست مشمولة به يجب أن يتقدم بها إلى

[١] قرار محكمة القضاء الإداري رقم (٤/٨٣٥) لسنة ٢٠١٩م في القضية رقم (٤/٣٩٤) لسنة ٢٠١٩ غير منشور.

الجهة العامة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ نشوء هذه الحالات التي تبرر تلك المطالبات تحت طائلة عدم القبول ".

ومن هذه المادة نستنتج أنه إذا لم يقم المتعاقد مع الإدارة بتقديم طلب خلال خمسة عشر يوماً من حدوث القوة القاهرة فإنه لا يستفيد من التعويض الذي يمكن ان يحصل عليه من الإدارة، وهذ الشرط هو الذي يوكد مطالبته القضائية امام القضاء الإداري مستقبلاً.

وهو ما لم يشر اليه الفقه السوري في معرض حديثه عن موضوع نظرية القوة القاهرة، مع العلم أن القضاء الإداري السوري قد أشار إليه في الكثير من أحكامه ومنها:

ومن حيث إنه وفيما يخصّ هذا التساؤل فإن نواظم ذلك أرسته المادة /٦٩/ من القانون ذي الرقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ والتي قضت بأن:

إن جميع طلبات المتعهد الناجمة عن حوادث مفاجئة أو أحوال طارئة أو قوة قاهرة أثناء تنفيذ التعهد عن أعمال تعتبر أنها ليست مشمولة به يجب أن يتقدم بها إلى الجهة العامة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ نشوء هذه الحالات التي تبرر تلك المطالبات تحت طائلة عدم القبول .

ومن حيث أنه وفي حال تحقق شروط إعمال نظرية القوة القاهرة فإنه يجب على المتعاقد المذكور ان يقدم طلباته خلال المدة سالفة الذكر في المادة أعلاه ..... فإن تجاوزها يفقد مسوّغ إعطائه التعويض المطالب به، وكون المتعاقد قد قدم طلباته خلال المدة المذكورة آنفا مما يستدعي والحالة معه الى تعويضه ....ويجعل قرار الإدارة في هذا الشأن في غير محله القانوني لافتقار ذلك لأي مبرر قانوني يسوّغه"[1].

وهناك الكثير من الاحكام الأخرى التي اخذت بها محكمة القضاء الإداري السورية بهذا الخصوص لجهة اشتراط تعويض المتعاقد مع الإدارة في حالة القوة القاهرة أن يتقدم بطلب التعويض خلال مدة ١٥ يوماً المذكورة أعلاه.

[1] رأي اللجنة المختصة في قسم الفتوى والتشريع في مجلس الدولة رقم (٢٧٥) لسنة ٢٠١١ في القضية رقم (٢٩١) لسنة ٢٠١١ غير منشور.

ولا بد أن نشير أن هناك حالة تستخدم الإدارة فيها سلكتها في انهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة ومن دون خطأ المتعاقد والتي يترتب عليها نتيجة مهمة والتي هي حق المتعاقد في التعويض.
فالمتعاقد في هذه الحالة لا يتحمل النتائج المترتبة على قيام الإدارة بهذا الانهاء لذلك فإن القضاء الإداري في فرنسا ومصر وسورية قد رتب المسؤولية التعاقدية من دون خطا على عاتق الإدارة التي تسمح للمتعاقد بالتعويض المناسب نتيجة لاستخدامها هذا الامتياز سواء نص عليه العقد او لم ينص بشرط ان يثبت المتعاقد انه أصابه صرر من هذا الانهاء وتعويض المتعاقد يكون عما لحقه من خسارة وما فاته من ربح.

وهذا ما اخذت به المحكمة الإدارية العليا السورية في أن الإدارة تملك في كل وقت سلطة إنهاء العقد الإداري طبقاً لما تقتضيه المصلحة العامة على أن يكون للمتعاقد الحق بالمطالبة بالتعويض إن كان لذلك وجه قانوني[1].

وهكذا نكون قد انتهينا من هذا الفصل المتعلق بالقوة القاهرة والذي أشرنا فيه إلى مفهوم هذه القوة وشروطها واثارها.

وهذا ما أوصت به اللجنة المختصة في قسم الفتوى والتشريع في مجلس الدولة السورية في العديد من فتاويها ومنها فتوى حديثة لها لعام ٢٠٠٩ حيث اوصت الآتي:

إن الإدارة لا تتعاقد من أجل مصلحة خاصة أو فردية، بل تتعاقد من أجل مصلحة الجمهور ومن أجل إشباع حاجاته ومن أجل توفير احتياجات ومتطلبات المرفق العام محل العقد ، ولذلك فإن الإدارة تملك سلطة إنهاء العقد الإداري بقرار إنفرادي من جانبها في أي وقت تشاء قبل انتهاء المدة الأصلية للعقد متى اقتضت المصلحة العامة

١ قرار المحكمة الإدارية العليا(١٩٧٤/٢٢١/٢٣) ، مبادئ القضاء الإداري، مرجع سابق ص ٢٠٥.

مثل هذا الإنهاء، ودون أن يحق للمتعاقد معها أن يعترض على مثل هذا الإنهاء طالما أنه سوف يستحق عن إنهاء العقد قبل موعده تعويضاً كاملاً عما لحقه من خسارة وعما فاته من كسب نتيجة هذا الإنهاء السابق للأوان للعقد . فمن غير المعقول ومما يتنافى مع المنطق والصالح العام أن تستمر الإدارة في الإبقاء على عقد أصبح غير متلائم مع احتياجات المرفق العام لأن ذلك يمثل خسارة اقتصادية لا مبرر لها ، وأعباء ثقيلة لا يحتملها المرفق العام وإسرافاً وتبديداً للأموال العامة .

وعليه فإن المصلحة العامة للمرفق العام تتغلب على المصلحة الخاصة للمتعاقد، وللإدارة أن تنهي العقد قبل نهاية مدته العادية متى ارتأت أن هذا العقد أصبح غير مفيد للمصلحة العامة أو غير متوافق مع احتياجات المرفق العام. وذلك مع تقرير حق المتعاقد في الحصول على تعويض مالي من الإدارة عن الأضرار التي أصابته نتيجة إنهاء العقد قبل الأوان.

ومن حيث أن اجتهاد القضاء الإداري قد استقر على أن رسم الطابع الذي يستوفى عن العقد إنما يعتبر من النفقات الهالكة التي يسقط حق الملتزم في استردادها مهما كانت النتيجة التي يؤول إليها التعاقد مع الدولة لذلك فإنه ليس له أن يطلب استرداد قيمة رسم الطابع من الدوائر المالية إذا ما فسخت الإدارة المتعاقدة العقد معه، وإنما يترتب على الإدارة المتعاقدة أن تدفع له تعويضاً يعادل قيمة رسم الطابع.

وتقرير حق المتعاقد في الحصول على تعويض مالي من الإدارة عن الأضرار التي أصابته نتيجة إنهاء العقد قبل الأوان.[1]

وبهذا نكون قد انتهينا من دراسة الفصل الرابع من الباب الثاني والذي تكلمنا فيه عن نظرية القوة القاهرة ، فقد ميزنا بينها وبين القوة القاهرة الإدارية ، ومن خلال دراستنا

[1] رأي اللجنة المختصة في قسم الفتوى والتشريع في مجلس الدولة رقم (١٢٣) لسنة ٢٠٠٩ في القضية رقم (١٥١) لسنة ٢٠٠٩ غير منشور.

نجد أن هناك تداخل بين نظرية القوة القاهرة بنوعيها مع حالة انهاء العقد لدواعي المصلحة العامة من قبل الإدارة المتعاقدة، وقد تكلمنا عن شروط و آثار هذه النظرية.

بناءً على كل ما تقدم نكون قد انتهينا من الباب الثاني من هذه الأطروحة والذي من خلاله تكلمنا عن مسؤولية الإدارة التعاقدية من دون خطأ وقد بينا مفهوم التوازن المالي من خلال نظريات التوازن المالي وتحدثنا عن نظرية فعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وأخيرا وليس آخراً نظرية القوة القاهرة.

الخاتمة

بعد أن انتهينا من إعداد هذه الرسالة توصلنا إلى عدد من النتائج والتوصيات المهمة، سنقوم بعرضها على النحو الآتي:

أولاً – النتائج:

١- العقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام، بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، ومناط ذلك أن يتضمن العقد شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص، أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة في الاشتراك في تسيير المرفق العام للمحافظة على المصلحة العامة وضمان سيره بانتظام واطراد.

٢- تتميز المسؤولية التعاقدية للإدارة في القانون العام بوجود نظامين لهذه المسؤولية، والأصل هو أن يكون الخطأ أساس مسؤوليتها التعاقدية، ويحدث ذلك إما من خلال اخلال الإدارة بالتزاماتها الفنية والمالية، أو عند استخدامها لسلطاتها على نحو غير مشروع، وتلتزم في مقابل ذلك بتعويض المتعاقد عن الضرر الذي يصيبها، كما يمكن أن تتحقق المسؤولية التعاقدية للإدارة من دون خطأ، وهي تظهر عندما تلتزم الإدارة بتعويض المتعاقد معها عن الضرر الذي يلحق به في نطاق العقد الإداري، على الرغم من عدم صدور خطأ من جانبها.

٣- الخطأ العقدي هو الخطأ الذي يظهر بعد ابرام العقد وفي أثناء تنفيذه وما يخرج عن هذا النطاق فإنه لا يعد خطأ عقدياً وهذا يعني أن المسؤولية التعاقدية تنشأ في مرحلة التنفيذ عن كل إخلال بالالتزامات التعاقدية للمتعاقدين، أي كل خطأ يرتكبونه في هذا المجال، وإن مجرد الخطأ البسيط يكفي لقيام المسؤولية التعاقدية.

٤- تتمتع الإدارة في نطاق العقود الإدارية بسلطات لا مثيل لها في عقود القانون الخاص، وهذه السلطات هي الرقابة والتعديل وفرض الجزاءات الإدارية، ويحق للإدارة استخدام هذه السلطات سواء نص عليها في العقد أو القوانين أو الأنظمة أو لم ينص عليها.

٥- إلا إن استخدام هذه السلطات ليس مطلقاً، بل هو مقيد بعدة قيود، وبالتالي إذا اساءت الإدارة استخدام تلك السلطات فإن ذلك يرتب مسؤوليتها التعاقدية.

٦- إذا لجأت الإدارة إلى استعمال سلطتها في فرض الجزاءات على المتعاقد معها وكان ذلك الإجراء صحيحاً من الناحيتين الشكلية والموضوعية، فإنها لا تكون مسؤولة تجاه المتعاقد معها، بل إن المتعاقد يكون مسؤولاً أمام الإدارة، أما إذا استخدمت الإدارة تلك السلطة على نحو غير مشروع، فإن ذلك يعد خطأ عقدياً يرتب مسؤوليتها التعاقدية.

٧- إن المتعاقد مع الإدارة له الحق في التوازن المالي للعقد وهذا يعني إن العنصر التعاقدي يتحول إلى معادلة مالية، أي توازن عام بين حقوق الطرفين والتزاماتهما لأن فكرة توازن العقد ما هي إلا توجيه عام يمتد ليشمل كل اختلال في هذا التوازن سواء كان بسبب فعل الأمير، أو نتيجة ظروف طارئة، أو بسبب صعوبات مادية غير متوقعة أو قوة قاهرة إدارية.

٨- تعدّ النظريات الثلاثة من صنع القضاء الإداري الفرنسي وللوهلة الأولى يبدو أن كل نظرية مستقلة عن الأخرى، ولكن الواقع يبرز الخلاف فيما بينها حيث يوجد شبه كبير لتداخل الأفكار مع بعضها البعض، ويوجد أيضاً أوجه خلاف في ذلك.

٩- هذه النظريات المذكورة هي نظريات قانونية وشرعية بشكل عام من خلال استعراض أحكام مجلس الدولة السوري وخاصة عندما تطرق لتلك النظريات واخذه بيد المتعاقد مع الإدارة وانصافه بمنحه التعويض عن الأضرار والخسائر التي

لحقت به مما يحقق مقتضيات عملية وواقعية ويجعل من هذه النظريات ضرورة لازمة للنهوض بالمستوى الاقتصادي للدولة.

١٠- نظرية عمل الأمير هي كل عمل مشروع يصدر عن احدى السلطات العامة ويترتب عليها صعوبة في تنفيذ التزامات المتعاقد ويؤدي إلى التزام جهة الإدارة بتعويض المتعاقد معها المتضرر عن الاضرار التي لحقت به بما يعيد التوازن المالي للعقد.

١١- يشترط لتطبيق نظرية فعل الأمير أن يكون العقد إدارياً وغير متوقع عند التوقيع على العقد من قبل المتعاقد، وفيه ضرر يلحق بالمتعاقد، وصادراً من جهة الإدارة المتعاقدة، في حال توفر هذه الشروط يكون من حق المتعاقد مع الإدارة المطالبة بالتعويض، وإعادة التوازن المالي للعقد الاداري والتعويض في هذه الحالة يكون تعويضاً كاملاً عن جميع الأضرار التي لحقت به ويشمل ما لحق بالمتعاقد من خسارة وما فاته من كسب.

١٢- تعرف نظرية الظروف الطارئة بأنها: إذا طرأت حوادث استثنائية خارجية عامة خلال تنفيذ العقد ولم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها إن اختل التوازن المالي للعقد اختلالاً خطيراً وأصبح الالتزام أشد إرهاقاً ولم يبلغ حد الاستحالة، جاز للمتعاقد مع الإدارة أن يطلب منها الإسهام في تحمل مسؤوليتها، وذلك بتعويضه جزئياً عن الأضرار التي لحقت به.

١٣- تختلف نظرية الظروف الطارئة عن نظرية القوة القاهرة من حيث إن الأولى لا تعفي المتعاقد من تنفيذ التزاماته وإنما يبقى في تنفيذ العقد، في حين أن الثانية تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً.

١٤- يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون الحادث استثنائياً وغير عادي وغير متوقع وأجنبياً عن المتعاقدين وأن يكون من شأن هذه الظروف الإخلال بالتوازن المالي للعقد.

١٥- القاضي الإداري لا يستطيع أن يعدل شروط العقد، وإنما يملك فقط في مواجهة الظروف الطارئة أن يحكم بالتعويض، ولا يستطيع أيضاً أن يأمر الإدارة بالقيام بعمل معين، ومهمته أن يقرر دعوة الطرفين إلى التفاوض لتعديل العقد لرفع الإرهاق عن عاتق المتعاقد، فإذا لم يتفقا حكم بالتعويض المالي.

١٦- إن أوجه الشبه بين النظريات الثلاث هي أن هذه النظريات جميعها قضائية المنشأ من صنع القضاء الإداري الفرنسي وتقوم على تحميل الإدارة نفقات إضافية لضمان استمرار المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته، ودون خطأ من جانبها، وتقوم على فكرة سير المرفق العام بانتظام واطراد لأن المتعاقد مع الإدارة معاون للإدارة في تسيير المرفق العام.

١٧- إن أوجه الاختلاف بين النظريات الثلاث من حيث مسوغات قيام المسؤوليات ومن حيث شروط التطبيق ومن حيث الأثار المترتبة على تطبيقها، فبالنسبة إلى المسوغات فإن قيام المسؤولية في نظرية فعل الأمير تقوم على افتراض صدور اجراء عام أو خاص من قبل الإدارة المتعاقدة ، أما نظرية الظروف الطارئة يكون الفعل فيها بسبب خارجي له تأثير اقتصادي في العقد ، كالحروب ، والكوارث، والفيضانات التي من شأنها قلب اقتصاديات العقد، وحدوث ارهاق للمتعاقد، أما فيما يتعلق بشروط تطبيق كل من نظرية عمل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة لا يوجد معيار محدد للضرر الذي يلحق بالمتعاقد حتى يكون هناك مبرر للتطبيق ولا يشترط أن يكون على قدر معن من الجسامة، أما بالنسبة للظروف الطارئة فيجب أن يكون على قدر من الجسامة ويؤدي إلى إرهاق المتعاقد.

١٨- أما الأثار المترتبة على تطبيق هذه النظريات ففي نظريتي عمل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة يكون التعويض كاملاً، أما في نظرية الظروف الطارئة فإن التعويض يكون جزئياً فتتحمل الإدارة الجزء الأكبر من حجم الضرر الذي سببه الظرف الطارئ ويتحمل المتعاقد هو الأخر جزء من هذه الأضرار.

١٩- إن فلسفة التعويض في نظام المسؤولية التعاقدية للإدارة بدون خطأ يقوم على ليس فقط جبر الضرر بل المحافظة على سير المرفق العام وتحقيق العدالة وعلى هذا الأساس تم تكييف علاقة الإدارة بالمتعاقد معها على إنها علاقة تعاون وتساند من أجل تسيير المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة.

ثانياً- المقترحات:

١- نقترح على المشرع السوري أن يولي الاهتمام الكبير لنظريات التوازن المالي عن طريق ذكرها بمسمياتها المعروفة في القضاء والفقه الإداري ، فيضع في مواد مستقلة كل نظرية على حدة، مضمنا ذلك تعريفها وشروطها وأثارها، خاصة وأن مجلس الدولة السوري أخذ بهذه النظريات قديماً وحديثاً، و يوجد عشرات الأحكام التي استقر قضاء مجلس الدولة فيها على الأخذ بهذه النظريات حتى لا تختلط وتتداخل مفاهيم هذه النظريات مع بعضها البعض.

٢- نقترح أن يقوم المشرع السوري بتبني نظرية فعل الأمير السلبية، والتي تتم عن طريق امتناع الإدارة عن القيام بأفعال معينة ضرورية ومهمة بالنسبة لتنفيذ العقد أسوة بما هو مأخوذ لدى مجلس الدولة الفرنسي والمصري.

٣- نهيب بالمشرع السوري أيضاً أن يضيف مادة جديدة إلى قانون العقود رقم (٥١) يعترف فيها بشكل صريح، كما فعل نظيره الفرنسي بتنظيم سلطة الإدارة في انهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة.

٤- من الضروري وضع نظام قانوني خاص لعقود الالتزام يوضح فيه مراحل تنفيذ هذا العقد، والمشكلات التي تنتج عن هذا التنفيذ، ومنها استرداد الالتزام واسقاطه، والجهات المخولة بذلك، ومصير الأموال والأدوات المستعملة في التنفيذ، ومسألة التعويض عند استرداد الالتزام.

٥- نهيب بالمشرع السوري أن ينص في قانون العقود أو في التعليمات التنفيذية له أو في دفاتر الشروط العامة أو في العقود المبرمة ما بين الإدارة والمتعاقدين معها على أن يقوم المتعاقد بمجرد الانتهاء من تنفيذ عقده أن يخلي الموقع من جميع المواد والأتربة والبقايا وأن يمهده وإلا كان للجهة الإدارية الحق بعد اخطاره في تنفيذ ذلك على حسابه الخاص لأن الواقع العملي والتطبيقي يرينا حالات كثيرة نفذ فيها المتعاقدين عقود أشغال وبقيت البقايا والاتربة والردميات من دون إزالة وهذا المقترح يأتي تأسياً بما نص عليه المشرع لمصري في اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات الحديث رقم ١٨٢ لعام ٢٠١٨.

٦- نقترح على المشرع السوري أن يقوم بتعديل الفقرة (هـ) من المادة ٥٣ عن طريق حذف جملة (يكون قرار اللجنة في هذه الحالة قطعيا غير قابل لأي طرق من طرق المراجعة)،حيث إن هذه الجملة أصبحت لاغية حكماً ومخالفة لنص الفقرة الرابعة من المادة ٥١ من الدستور السوري الحالي الصادر عام ٢٠١٢ والتي حظرت النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء، ومن المعروف إن قانون العقود الموحد رقم ٥١ صدر عام ٢٠٠٤ في حين إن الدستور السوري الحديث صدر عام ٢٠١٢ ، وبالتالي وجب تصحيح التناقض الحاصل ما بين نظام العقود الموحد والدستور السوري .

٧- ضرورة تمثيل لجان فض العروض الفنية والمالية للمناقصات بقاضٍ من مجلس الدولة كما كان معمول به في نظام عقود هيئات القطاع العام الإداري لعام ١٩٦٩، وهذا يحتاج الى وضع نص جديد في القانون رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤.

٨- نقترح على مجلس الدولة السوري أن ينهج نهجاً مرناً وعملياً بخصوص الإشكاليات الناشئة عن التوازن المالي للعقود الإدارية، ولا سيما أن سورية مقدمة مستقبلاً على إعادة الإعمار عاجلاً أم آجلاً، وذلك لضمان تحقيق المصلحة العامة وتسيير المرافق العامة من جهة، ومن جهة أخرى حفظ إلى حقوق المستثمرين والمتعاقدين مع الإدارة.

٩- على الجهات العامة في سورية كافة أن تسعى قدر الإمكان إلى تسويات اتفاقية مع المتعاقدين، وخاصة في هذه الظروف المتعلقة بالحرب، ووباء كورونا، وقانون قيصر، التي أدت الى ارتفاع كبير في الأسعار، وذلك بهدف إعادة التوازن المالي، وهذا ما أخذ به مجلس الدولة السوري وكذلك القانون ٥١ لعام ٢٠٠٤ في المادة (٦٣) منه، وهذا يحقق غايات متعددة، وتوفير الوقت والجهد والمال، والإستغناء عن اللجوء للقضاء الذي يستلزم فترات طويلة للبت في هذه المواضيع.

١٠- نهيب بالمشرع أن يقوم بتعديل المادة ٥٣ من القانون ٥١ لجهة ذكر نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بشكل مستقل لأنه أوردها بشكل غير واضح وخلط بينها وبين الظروف الطارئة، مما أحدث تشويشاً وغموضاً للقضاء الإداري السوري، و خصوصاً أن قضاء مجلس الدولة السوري أخذ بها، ولكنه أيضاً في بعض الأحكام خلط بينها وبين النظريات الأخرى.

١١- نقترح أن يتم وضع نص قانوني جديد في قانون العقود رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤ يتضمن وجوب أن يكون هناك اتفاق ما بين الإدارة المتعاقدة والمتعاقد على تحديد القيمة الاجمالية للعقد بالليرة السورية في مقابل سعر الصرف الثابت بالعملة

الأجنبية المعتمد بموجب النشرة الرسمية الصادرة عن مصرف سورية المركزي بتاريخ تسديد الدفعات للمتعاقد، وذلك لمعالجة مشكلة انعكاس التغيرات في سعر صرف العملات الأجنبية على أسعار المواد التي يتضمنها العقد، وبشكل خاص تلك المواد التي تكون ذات منشأ خارجي.

١٢- نقترح على الجهات العامة كافة في سورية، عند ابرامها للعقود الإدارية، تضمينها لشروط وأحكام قانونية تنظم مراجعة الأسعار العقدية بعد مدد زمنية محددة، تتناسب مع نوع تنفيذ كل عقد على حدة ومدته، وذلك بهدف الحفاظ على حقوق المتعاقد مع الإدارة وتشجيعه على متابعة تنفيذ عقده وتشجيع غيره على ابرام العقد مع الإدارات العامة المذكورة.

١٣- ضرورة النص في قانون العقود على تشكيل هيئة مركزية مختصة بالعقود الإدارية، ويتم تأليف هذه الهيئة من فنيين واداريين وقضاة، يتمتع أعضاؤها بالخبرة والكفاءة النظرية والعملية، وذلك بهدف تقديم الآراء والمشورات والمقترحات للجهات العامة في مراحل ابرام العقود الإدارية كافة.

١٤- أن ينص قانون العقود في المستقبل على عدم حصر الاجراء المسبب لضرر عن ذلك الصادر عن الجهة الإدارية المتعاقدة فقط، بل يجب أن يشمل كذلك الجهات الإدارية غير المتعاقدة وذلك لأن، أجهزة الدولة كافة كيان واحد مستقل مهما تعددت مسمياتها ولأن مسوغ التعويض للمتعاقد هو الضرر الخاص الذي أصابه، وهذا يتطابق وينسجم مع مبادئ العدالة والانصاف.

١٥- نقترح ضرورة أن يعيد قضاء مجلس الدولة موقفه تجاه الشرط المتعلق بالخسارة الجسيمة التي من شأنها قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب الذي يتعلق بنظرية الظروف الطارئة، بحيث يجعله مجرد خسارة استثنائية غير عادية ، وبقدر ملموس، وذلك لأنه من الصعب الاتفاق على تحديد معيار واضح للخسارة

الجسيمة، كما أن مشاركة الإدارة في التعويض عن الخسارة في هذا الشرط هي جزئية لا تشمل كل الأضرار فلذلك فإن التمسك بهذا الشرط من شأنه تحميل المتعاقد كلفة الأضرار الناشئة عن الظرف الطارئ عند عدم اثبات الخسارة الجسيمة أمام القضاء، كما أن القول بارتباط التعويض بالخسارة الجسيمة سوف يفوت الغرض الذي تستهدفه الإدارة وهو مد يد العون إلى المتعاقد المتضرر لتجاوز العقبات التي خلفها الظرف الطارئ، وأثر ذلك على استمرار وديمومة المرفق العام بحجه واهية وهي كون الخسارة غير جسيمة، وهو أمر لا يتفق مع مبدأ التوازن المالي كما لا يتفق مع القواعد القانونية في إزالة الضرر ومبادئ العدل، وما تقره نظريات التوازن الأخرى بهذا الشأن.

١٦- على مجلس الدولة السوري أن يحذو حذو مجلس الدولة الفرنسي الذي يخصص يوم من الأسبوع لاجتماع هيئة من المجلس مع عدد من الخبراء للتشاور والتداول حول الأزمات والمعضلات التي تواكب تقدم الاقتصاد والعقود وانعكاساتها على القطاع العام وذلك لتقديم حلول لكل الأزمات التي تطرأ ليبني المجلس سياسته القضائية على أساسها .

١٧- على مجلس الدولة السوري أن يعيد النظر في سياسته القضائية بخصوص كل من نظرية فعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ونظرية القوة القاهرة لأنه من خلال استقراء الكثير من أحكام هذا المجلس قدميها وحديثها وجدنا أن هناك خلطاً كبيراً ما بين النظريات الأربع فأحياناً يعتبر نظرية القوة القاهرة هي ظروف طارئة ونظرية الظروف الطارئة قوة قاهرة ويخلط بين فعل الأمير والظروف الطارئة والقوة القاهرة ، وأن تكون سياسته القضائية الجديدة مبنية على تحقق المقترح الأول الذي سلف ذكره باعتماد النص على هذه

النظريات بشكل مفصل وواضح في قانون العقود السوري الذي سيتم تعديله مستقبلاً.

١٨- نقترح على المشرع السوري أن يتبنى في نظام العقود انشاء لجنة للمؤشرات والتغيرات الاقتصادية تضم الوزراء المعنيين بالشؤون الاقتصادية، وتختص بدراسة المشروعات والصفقات والتنبؤ ورصد وتحليل ودراسة المؤشرات والتغيرات الاقتصادية التي تؤثر في توفير متطلبات الجهات الإدارية بما يدعم جهودها في تقديم الخدمات المنوطة بها وفقاً لاختصاصاتها بالجودة المطلوبة، وتحسينها ورفع كفاءتها بشكل مستمر وبما يسهم في جهود الدولة في مجالات التنمية الاقتصادية .

وتعد اللجنة تقريراً بنتائج أعمالها وتوصياتها تعرضه على مجلس الوزراء لاعتماده، واتخاذ ما يلزم من إجراءات لتنفيذ ما ورد به .

ويصدر بتشكيل اللجنة وقواعد وإجراءات عملها قرار من رئيس مجلس الوزراء.

١٩- نرى ضرورة النص في قانون العقود على انشاء موقع الكتروني للنشر عن البيانات والمعلومات المتعلقة بالعقود الإدارية التي تجريها الجهات الإدارية الخاضعة لأحكام هذا القانون، والإجراءات المتعلقة بها في الحدود المنصوص عليها به واللائحة التنفيذية له .

٢٠- نهيب بضرورة النص في قانون العقود على انشاء مكتب متخصص يتولى تلقي الشكاوى المتعلقة بأي مخالفة لأحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية وفحصها واتخاذ قرار في شأنها، وتكون قراراته ملزمة لطرفي الشكوى، ويجب على الجهة الإدارية تنفيذ القرار خلال مدة لا تجاوز سبعة أيام من تاريخ تسلمه ودون أن يخل ذلك بحق مقدم الشكوى في اللجوء إلى القضاء .

ويصدر بتنظيم العمل بالمكتب، واختصاصاته الأخرى، والمدد الزمنية لتلقي الشكاوى والبت فيها، وآليات الاستعانة بالخبرات الفنية قرار من رئيس مجلس الوزراء .

ويكون لكل ذي شأن التقدم إلى الجهة الإدارية بشكواه كتابة بخصوص أي إجراء من إجراءات التعاقد وفي ذات التوقيت إخطار مكتب شكاوى العقود الإدارية بصورة منها، وإذا لم يفصل فيها بمعرفة الجهة الإدارية يكون له الحق في التقدم بشكواه إلى المكتب وذلك قبل اللجوء إلى جهات القضاء .

ويجوز للمكتب وقف إجراءات العملية محل الشكوى لمدة يحددها قرار رئيس مجلس الوزراء للفصل فيها إذا كانت هناك ضرورة لذلك عدا الحالات الطارئة أو العاجلة التي يقدرها وفقاً للمقتضيات التي تقدمها الجهة الإدارية، ويلتزم المكتب بنشر نتيجة ما ينتهي إليه فحصه للشكاوى المقدمة له على الموقع الالكتروني المتخصص الذي ورد ذكره في المقترح ١٩ سالف الذكر.

٢١- نقترح تضمين مادة في قانون العقود مفادها أنه على الجهات العامة كافة أن تراعي في عقودها الإدارية مع المتعاقدين سياسات الدولة الاقتصادية والاجتماعية والبيئية ومراعاة مقتضيات الجودة والتكلفة وتحقيق أفضل قيمة للمال العام .

٢٢- نقترح أن يقوم المشرع السوري بتعديل نظام العقود الموحد رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤ وفق القانون الفرنسي الجديد لعام ٢٠٢٠ المتعلق بالعقود الإدارية ووفقاً لقانون تنظيم التعاقدات المصري الحديث لأنه من خلال استعراضنا لهذين القانونين وجدنا أنهما مواكبان للظروف الحالية والتطورات الحديثة ويتناسبان مع الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية السائدة في العصر الحديث.

والله وليُّ التوفيق

قائمة المراجع

أولاً- المؤلفات باللغة العربية:

١. الكتب والمؤلفات العامة:

١- د. ابراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، مكتبة الفلاح، الكويت ١٩٨١.

- القانون الإداري نشاط وأعمال السلطة الإدارية بين القانون الكويتي والقانون المقارن، مكتبة الفلاح، دون تاريخ طبع.

٢- د. ابراهيم عبد العزيز شيحا، أصول القانون الإداري، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨١.

٣- د. ابراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية وفقا للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠٣.

٤- د. أحمد حافظ نجم، القانون الإداري (دراسة قانونية لتنظيم ونشاط الادارة العامة)، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، ١٩٨١.

٥- د. أحمد حشمت أبو ستيت، مصادر الالتزام، بلا دار نشر، ١٩٦٣.

٦- د. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، ٢٠١٠.

٧- أحمد طلال عبد الحميد البدري، قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في مجال العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار ومكتبة عدنان، بغداد ٢٠١٣.

٨- د. احمد عبد الرزاق خليفة السعيدان، أثر تغير الظروف على العقد الإداري وإعادة التوازن المالي للعقد، الطبعة الاولى، مكتبة الرشد، الرياض، ٢٠٠٤.

٩- د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٣.

١٠- د. أحمد محمود جمعة، تطبيق أحكام القانون الخاص على منازعات القانون العام وأثره على ذاتية القانون الإداري واستقلاله، الجزء الأول، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٥.

١١- د. أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية طبقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد، بدون سنة طبع، بدون دار نشر.

١٢- د. الشهابي ابراهيم الشرقاوي، مصادر الالتزام الإدارية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، الطبعة الأولى، مكتبة الجامعة، إثراء للنشر والتوزيع، عمان, ٢٠٠٨.

١٣- د. الياس ناصيف، عقد البوت (B.O.T)، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠٠٦.

١٤- د. أمين دواس، المصادر الإرادية (العقد والإرادة المنفردة)، رام الله، دار الشروق للنشر والتوزيع، ٢٠٠٤.

١٥- د. أنس جعفر، العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.

- العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الخامسة، ٢٠٠٩.
- تنفيذ الأحكام الإدارية وإشكالاته الوقتية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
- الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، الاسكندرية ،٢٠٠٤.

– تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيماً، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٩.

– مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية "العقود والقرارات الإدارية"، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٦ .

– العقود الإدارية (دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات وتطبيقه للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات في مصر و لائحته التنفيذية مع دراسة لعقود الـ (B.O.T)، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.

١٦- د. أنور سلطان، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٨.

١٧- د. أنور احمد رسلان، القانون الإداري السعودي، تنظيم الإدارة العامة ونشاطها، دراسة مقارنة، معهد الإدارة العامة، السعودية، ١٤٠٨ هـ.

١٨- أنور طلبه، المسؤولية المدنية (المسؤولية العقدية)، الطبعة الأولى ، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠٥ .

١٩- بلال أمين زين الدين، المسؤولية التعاقدية والغير تعاقدية في مصر وفرنسا (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١١.

٢٠- بلاّوي ياسين بلاّوي، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، مطابع شتات للنشر والبرمجيات، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠١١ .

٢١- د. ثروت بدوي، مبادىء القانون الإداري، المجلد الأول، أصول القانون الإداري وأسسه وخصائصه، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦.

٢٢- د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.

– عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام ، دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢ .

٢٣-د. جبريل محمد جمال عثمان، الرضا في العقود الإدارية، جامعة المنوفية. بلا عام نشر.

- العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١-٢٠٠٢ .
٢٤-د. جورج فوديل وبيار دلفولفيه، ترجمة منصور القاضي، القانون الإداري، الجزء الأول، الطبعة الأولى ، المؤسسة الجامعية، لبنان ٢٠٠١ .
- القانون الإداري، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية، لبنان ٢٠٠١.
٢٥- د. جيهان حسن سيد أحمد، عقود البوت وكيفية فض المنازعات الناشئة عنها، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
٢٦- د. حازم بيومي المصري، التوازن المالي في العقد الدولي، (الفيديك – اليونسترال) ،دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠.
٢٧-د. حسان عبد السميع هاشم، الجزاءات المالية في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢.
٢٨-د. حسين درويش، السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقد الإداري، الطبعة الأولى، مكتبة الأنجلو المصرية، ١٩٦١ .
٢٩-د. حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦
٣٠- د. حماده عبد الرزاق حماده، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠.
٣١-د. حمدي أبو النور السيد عويس، الوجيز في العقود الإدارية، (دراسة مقارنة بين التشريع المصري والعماني)، كلية الحقوق، جامعة السطان قابوس، بدون سنة نشر.
٣٢-د. حمدي أبو النور سيد عويس، مسؤولية الإدارة عن أعمالها القانونية والمادية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١١.
٣٣- د. حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، الطبعة الأولى، بدون مكان نشر، ٢٠٠٢.

٣٤-د. حمدي علي عمر، المسؤولية دون خطأ للمرافق الطبية العامة، دراسة مقارنة، الزقازيق، ١٩٩٥.
٣٥- حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي، (المبادئ والأسس العامة)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٨.
٣٦- د. خالد عبد الفتاح، المسؤولية المدنية في ضوء أحكام محكمة النقض، دار الكتب القانونية، مطابع دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، ٢٠٠٩.
- المشكلات العملية في قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ وتعديلاته وأحكام العقود الإدارية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠٠٩-٢٠١٠.
٣٧-د. خالد عبد العزيز عريم، القانون الإداري الليبي، الجزء الثاني، دار صادر، بيروت ١٩٧١.
٣٨-د. خلوفي رشيد، قانون المسؤولية الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، ٢٠٠١.
٣٩- د. خميس السيد اسماعيل، الأصول العامة والتطبيقات العملية للعقود والتعويضات، الطبعة الأولى، بلا دار نشر، ١٩٩٤.
٤٠- د. دويب حسين صابر، العقود الإدارية التقليدية والحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠١٠.
٤١-د. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية ٢٠٠٧.
٤٢-د. رياض عبد عيسى الزهيري، مظاهر السلطة العامة في تنفيذ مقاولات الاشغال العامة، الطبعة الأولى، مطبعة الغري الحديثة، النجف، ١٩٧٦.
٤٣- د. زكريا المصري، العقود الإدارية ما بين الالزام القانوني والواقع العملي (دراسة مقارنة محلية ودولية)، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون، المنصورة ٢٠١٤.

٤٤-د. زهدي يكن، المسؤولية المدنية والأعمال غير المباحة، بيروت، صيدا، بدون عام نشر.
٤٥-د. زين العابدين بركات، مبادئ القانون الإداري، مطبعة رياض، دمشق ١٩٧٨-١٩٧٩.
٤٦- د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩.
٤٧-د. سعيد السيد علي، مبدأ الدفع بعدم التنفيذ في العقد، دار أبو المجد للطباعة، مصر، ٢٠٠٦.
٤٨-د. سعيد نحيلي، العقود الإدارية، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، جامعة حلب، ٢٠٠٧
٤٩-د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩١.
٥٠-د. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٦٧.
٥١- د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري المصري والعربي (دراسة مقارنة)، الطبعة الرابعة، دار الفكر العربي، القاهرة،١٩٦١.
٥٢-د. سمير اليوسف، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن المالي في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩.
٥٣-د. شاب توما منصور، القانون الإداري، دراسة مقارنة، الجزء الأول، دار الطبع والنشر الأهلية، بغداد ،١٩٧٠-١٩٧١.
٥٤-د. شريف الطباخ، التعويض عن الإخلال بالعقد (التطبيق العملي للمسؤولية المدنية)، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، ٢٠١٠.
٥٥-د. شيهوب مسعود، المسؤولية عن المخاطر وتطبيقها في القانون الإداري، دارسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠٠.

٥٦-د. طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠ .

٥٧-د. طعيمة الجرف، القانون الإداري (دراسة مقارنة في تنظيم ونشاط الادارة العامة)، مكتبة القاهرة الحديثة، ١٩٦٣-١٩٦٤.

٥٨- د. عادل جبري محمد حبيب، التنفيذ العيني للالتزامات العقدية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، بلا سنة نشر.

٥٩-د. عاطف سعدي محمد علي، عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.

٦٠-د. عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣ .

٦١-د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام بوجه عام)، الجزء الأول، دار النشر للجامعات العربية، القاهرة ١٩٥٢.

- الوسيط في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام بوجه عام)، الجزء الثاني، دار النشر للجامعات العربية، القاهرة ١٩٥٢ .

- نظرية العقد، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٨٨.

- شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد)، دار الفكر للطباعة والنشر.

٦٢- د. عبد السلام الترمانيني ، نظرية الظروف الطارئة، دار الفكر، القاهرة، ١٩٧١.

٦٣- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية (القرارات والعقود الإدارية)، الطبعة الثامنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة ٢٠٠٨.

- دعوى التعويض الإداري في الفقه وقضـــاء مجلس الدولة، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة ٢٠١٠.
- دعوى الغاء القرار الإداري – الأســباب والشــروط – منشــأة المعارف، الاسكندرية ٢٠٠٨، الطبعة الثالثة.

٦٤- د. عبد العليم عبد المجيد مشرف، فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.

- الوجيز في القانون الإداري (دراســة مقارنة) الجزء الثاني، دار النهضــة العربية، القاهرة، ٢٠٠١-٢٠٠٢.

٦٥- د. عبد الفتاح حسن، مذكرات في مبادئ القانون الإداري، دار قاسم للطباعة، المنصورة، ١٩٧٨-١٩٧٩.

٦٦- د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري ، دراســة مقارنة ، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٥.

٦٧- د. عبد الوهاب علي بن ســعيد الرومي، الاســتحالة وأثرها على الالتزام العقـدي، دراســة مقـارنـة في الفقـه الإســلامي والقـانون الوضــعي، الطبعة الأولى، بلا دار نشر، ١٩٩٤ .

٦٨- د. عبد الله طلبة القانون الإداري، منشورات جامعة دمشق، دمشق، ١٩٩٠.

٦٩- د. عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠.

٧٠- د. عبد الغني بســيوني عبد الله ، القانون الإداري، دراســة تطبيقية لأســس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في مصــر، منشــأة المعارف، الإســكندرية، ٢٠٠٥.

٧١- د. عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري (نشــاط الادارة ووســائلها)، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤.

٧٢- د. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، بلا سنة نشر.
٧٣- د. عصمت عبد الله الشيخ، مبادئ ونظريات القانون الإداري،٢٠٠٣.
٧٤- د. عصمت عبد المجيد، مصادر الالتزام في القانون المدني، الطبعة الأولى، المكتبة القانونية، ٢٠٠٧.
٧٥- د. علي خطار شطناوي، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، ٢٠٠٣.
- مسؤولية الإدارة عن أعمالها الضارة، دار وائل، عمان، ٢٠٠٨.
٧٦- د. علي الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٦.
٧٧- د. علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، ٢٠١١
- أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، ٢٠١١.
٧٨- د. عمر حلمي فهمي، آثار العقود الإدارية، بلا دار نشر ،١٩٩٢.
٧٩- د. عوابدي عمار، الأساس القانوني لمسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، ١٩٨٢.
٨٠- د. غازي عبد الرحمن ناجي، التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٨٦.
٨١- د. فاروق أحمد خماس و د. محمد عبد الله الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ١٩٩٢.
٨٢- د. فؤاد العطار، القانون الإداري (أصول النظام الإداري وتنظيم الادارة العامة)، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، ١٩٧٧.

٨٣- د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ٢٠٠٧.
– القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٤.
٨٤- مارسولون ، ترجمة د. أحمد يسري، أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، الطبعة العاشرة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ١٩٩٥.
٨٥- د. مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١١.
– العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، بلا عام نشر.
٨٦- د. ماهر صالح علاوي الجبوري، الوسيط في القانون الإداري، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة الموصل، دار إبن الأثير، ٢٠٠٩.
٨٧- د. محمد أحمد عابدين، زوال العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١٣.
٨٨- د. محمد الحسين، د. مهند نوح، القانون الإداري، منشورات جامعة دمشق، ٢٠١٨.
٨٩- د. محمد الحسين، د. مهند نوح، العقود الإدارية، منشورات جامعة دمشق، ٢٠٠٦.
٩٠- د. محمد الشحات الجندي، ضمان العقد أو المسؤولية العقدية في الشريعة الاسلامية (مقارناً بالقانون المدني)، مطبعة جامعة القاهرة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠.
٩١- د. محمد المتاري، الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود، دار النهضة العربية، القاهرة.
٩٢- د. محمد حسن مرعي الجبوري، سلطة الادارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٤.

٩٣- د. محمد حسين منصور، مصادر الالتزام (العقد والإرادة المنفردة)، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ٢٠٠٠.
٩٤- د. محمد حنون جعفر، مسؤولية المقاول العقدية عن فعل الغير، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ٢٠١١.
٩٥- د. محمد سعيد حسين أمين، الأسس العامة في العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٩٥.
- المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ٢٠٠٦.
٩٦- د. محمد شعبان الدرهوبي، حق المتعاقدين في التعويض في العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، القاهرة،٢٠١٧.
٩٧- د. محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٢.
٩٨- د. محمد عبد العال السناري، طرق وأساليب التعاقد الإداري وحقوق والتزامات المتعاقدين (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا سنة نشر.
- النظرية العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا عام نشر.
- الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، بلا عام نشر.
٩٩- د. محمد فؤاد الحريري، تعديل عقود الاشغال العامة وفقا لنظام أوامر التغير، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١.
١٠٠-د. محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري (المقومات – الإجراءات- الآثار)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ٢٠٠٦.
١٠١-د. محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري في ظل الاتجاهات الحديثة، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٨.

١٠٢- د. محمد لبيب شـــنب، دروس في نظرية الالتزام (مصـــادر الالتزام)، دار النهضة العربية، القاهرة ١٩٧٦- ١٩٧٧.
١٠٣- د. محمد ماهر أبو العينين، القاضـــي الإداري وتطبيق قانون المزايدات والمناقصـــات على العقود الإدارية وفقا لأحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى عام ٢٠٠٩، الكتاب الأول، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، بلا سنة نشر.
- القاضي الإداري وتطبيق قانون المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقا لأحكام وفتاوى مجلس الدولة، وجيز الأحكام والفتاوى، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، ٢٠١٣.
- العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات في قضاء وافتاء مجلس الدولة حتى عام ٢٠٠٤ (دراسة تحليلية لآراء الفقهاء وأحكام وفتاوى مجلس الدولة)، الكتاب الثاني، بلا عام ودار نشر.
١٠٤- د. محمد مصطفى حسن، خصائص مسؤولية الإدارة في القضاء الإداري الفرنســـي، دراســـة مقارنة، مجلة إدارة قضـــايا الحكومة، العدد الرابع، الســـنة السادسة عشرة، أكتوبر، ديسمبر، بدون عام نشر.
١٠٥- د. محمد يعقوب الســـعيدي، مبادئ القانون الإداري، الجزء الأول، مطبعة الزهراء، بغداد، بلا عام نشر.
١٠٦- د. محمود حلمي، العقود الإدارية، الطبعة الأولى والثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٤-١٩٧٧.
- القضاء الإداري، (قضاء الالغاء - القضاء الكامل - اجراءات التقاضي)، الطبعة الثانية، بلا دار نشر، ١٩٧٧.
١٠٧- د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة الثانية، الاصدار الأول، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨.
١٠٨- د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، بغداد، ١٩٨٩.

١٠٩- د. محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وآثارها القانونية (دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق)، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ١٩٩٨.

١١٠-د. محيو أحمد، محاضـــرات في المؤســـســـات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الرابعة، ١٩٨٦.

١١١-د. منير محمود الوتري، العقود الإدارية وانماطها التطبيقية ضمن إطار التحولات الاشتراكية، مطبعة الجامعة، بغداد، ١٩٧٩.

١١٢- د. مصطفى سالم النجيفي، العقود الإدارية والتحكيم، الطبعة الأولى، الآفاق المشرقة ناشرون، الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١١.

١١٣- د. مطيع جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، دراسة مقارنة بين النظام الفرنسي والمصري واليمني، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.

١١٤- د. مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥.

١١٥- د. نجيب خلف أحمد . د. محمد علي جواد كاظم، القضاء الإداري، مكتبة الغفران، بغداد، ٢٠١٠.

١١٦- د. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٢.

١١٧- د. نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠١٠.

١١٨-د. هشام عبد المنعم عكاشة، مسؤولية الإدارة عن أعمال الضرورة، دراسة مقارنة، القاهرة، بلا عام ودار نشر.

١١٩-د. وائل محمد السيد اسماعيل، المشكلات القانونية التي تثيرها عقود البوت وما يماثلها (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩.

٢. المعاجم:

١- د. أسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح، تحقيق احمد عبد الغفور عطار، الطبعة الثانية، مطبعة دار العلم للملايين، بلا عام نشر.
٢- ابن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، الجزء ١١.
٣- ابن منظور، لسان العرب، الطبعة الرابعة، المجلد العاشر، دار صادر بيروت، بلا عام نشر.

٣. الرسائل المتخصصة:

أ- رسائل الدكتوراه:

١- د. ابراهيم الدسوقي عبد اللطيف، عقد امتياز المرفق العام ، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٣.
٢- د. أحمد محرم محمد ابراهيم، الآثار القانونية للرقابة الإدارية لمشروعات المرافق العامة القائمة بنظام الـ (B.O.T) ، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، ٢٠٠٨.
٣- د. أحمد محمود أحمد الربيعي، مسؤولية الإدارة دون خطأ، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة الموصل، ٢٠١٢.
٤- د. حسن عبد الله حسن، النظام القانوني للطرق العامة، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ٢٠٠٦.
٥- د. حسن محمد عبد المنعم الخيمي، آثار عقد الالتزام المرافق العامة، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠١

٦- د. رياض الياس عيسى الجريسات، نظرية التوازن المالي للعقد الإداري دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس،٢٠٠٧.

٧- عبد الله بن حمد السعدان، آثار العقد الإداري في الفقه والنظام وتطبيقاته القضائية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في السياسة الشرعية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الموقع : www.imamu.edu.sa

٨- د. عبسي عبد القادر الحسن، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٧.

٩- د. عصمت عبد المجيد بكر، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد ودور القاضي في معالجته (دراسة مقارنة)، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، ١٩٧٨.

١٠- د. علي بن عبد الكريم أحمد السويلم، فكرة التوازن المالي للعقد الإداري في المملكة العربية السعودية، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، ٢٠٠٧.

١١- د. علي محمد علي المولى، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، كلية القانون، جامعة عين شمس، ١٩٩١.

١٢- مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، دراسة مقارنة)، جامعة بغداد، ١٩٩٩.

١٣- د. محمد صلاح عبد البديع، سلطة الادارة في انهاء العقد الإداري، دراسة مقارنة، جامعة الزقازيق، كلية الحقوق، ١٩٩٣.

١٤- د. محمد فكري عطاالله، الرقابة على تنفيذ عقد الأشغال العامة ، دراسة مقارنة، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ٢٠١٠.

١٥- د. مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، دراسة مقارنة، جامعة عين شمس، القاهرة، ٢٠٠١.

١٦- د. نجم الأحمد، التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠١.

١٧- د. وهيب عياد سلامة، دروس في العقود الإدارية مع التعمق (التوازن المالي للعقد وفكرة التعويض غير القائم على الخطأ)، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، ٢٠٠٠ .

ب- رسائل الماجستير:

١- حازم ظاهر عرسان صالح، التعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه (دراسة مقارنة)، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، ٢٠١١ .

٢- حسن محمد محفوض، غرامة التأخير في إطار تنفيذ العقود الإدارية ، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠١٧.

٣- خالد سليمان اسود العنزي، عقد التوريد الإداري (دراسة مقارنة بين القانونين الاردني والكويتي)، جامعة الشرق الاوسط ،كلية الحقوق ٢٠١٢.

٤- رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الادارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، دراسة مقارنة، كلية القانون، جامعة بغداد ٢٠٠٥ .

٥- رياض الزهيري (مظاهر السلطة العامة في تنفيذ مقاولات الاشغال العامة)، بغداد ١٩٧٥.

٦- سحر جبار يعقوب، فسخ العقد الإداري قضائياً لخطأ الادارة، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٠٣ .

٧- شيت مصطفى خضر، عقد التزام المرافق العامة وتنفيذه، دراسة مقارنة، جامعة صلاح الدين، كلية الحقوق، ٢٠٠٩.

٨- فارس علي جانكير دوسكي،سلطة الادارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، جامعة بيروت العربية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، ٢٠١٣ .

٩- محمد سليم محمد أمين، عقد الاشغال العامة الداخلي والدولي، دراسة مقارنة، جامعة السليمانية، كلية القانون، ٢٠٠٨.

١٠- وفاء محمود أحمد الببواني، المقابل المالي في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، جامعة الموصل، كلية الحقوق، ٢٠١٥.

١١- صدام فيصل كوكز المحمدي، اخلال الغير بالعقد والمسؤولية الناشئة عنه، جامعة النهرين، ٢٠٠٤.

١٢- طاهر طالب التكمجي، حماية مصالح المتعاقد المشروعة في العقد الإداري، دراسة مقارنة، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧٦.

١٣- عبد الجبار ناجي الملا صالح، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، الطبعة الاولى، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٧٤.

١٤- علي حسن عبد الأمير، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام وتطبيقاته في العراق ، دراسة مقارنة ، كلية القانون ،الجامعة المستنصرية، ٢٠٠٨.

١٥- فاضل شاكر أحمد مصطفى، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، جامعة بغداد، معهد الدراسات الاسلامية العليا، ١٩٦٧.

٤. القوانين ومجموعات الأحكام:

أ- القوانين:

١- دستور الجمهورية العربية السورية لعام ٢٠١٢.

٢- دستور جمهورية مصر العربية.

٣- قانون المناقصات العامة الفرنسي الجديد (Code de la commande publique) رقم (١٠٧٥ لعام ٢٠١٨) والمعدل لعام ٢٠٢٠.

٤- قانون المشتريات العامة رقم ٩٧٥ لعام ٢٠٠٦ في فرنسا.

٥- دفتر الشروط العامة لعقود الاشغال العامة الفرنسي لعام ١٩٧٢.

٦- دفتر الشروط العامة لعقود التوريد الفرنسي لعام ١٩٧٢.

٧- القانون ١٨٢ لعام ٢٠١٨ المصري بشأن تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة والمعدل بالقانون ١٨٨ لعام ٢٠٢٠.

٨- قرار وزير المالية رقم ٦٩٢ لعام ٢٠١٩ المتعلق بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة والمعدل لعام ٢٠٢٠.

٩- القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ المصري الخاص بالتزام المرافق العامة.

١٠- قانون المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية والتشريعات المكملة له طبقا لأحدث التعديلات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ .

١١- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل.

١٢- القانون رقم (٥١) الخاص بنظام العقود الموحد للجهات العامة الصادر بتاريخ ١٢/٩/ ٢٠٠٤ في سورية.

١٣- التعليمات التنفيذية لنظام العقود الموحد رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤ في سورية.

١٤- المرسوم رقم (٤٥٠) المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود الموحد الصادر لعام ٢٠٠٤ في سورية.

١٥- القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (٨٤) بتاريخ ١٨/٥/ ١٩٤٩ وتعديلاته.
١٦- قانون مجلس الدولة السوري رقم ٣٢ لعام ٢٠١٩.

ب- مجموعات الأحكام :

١- مجموعة القضاء الإداري المصري في خمس سنوات ١٩٦١-١٩٦٦.
٢- مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الإداري المصري في خمسة عشر عاماً ١٩٤٦ حتى ١٩٦١.
٣- مجموعة أحكام العقود في مصر في ١٥ عاماً.
٤- مجموعة القضاء الإداري المصري من عام ١٩٦١ حتى ١٩٩١
٥- الموسوعة الإدارية الحديثة، مبادئ المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية لمجلس الدولة، الجزء ٤٩، إعداد حسن فاكهاني و نعيم عطية ١٩٩٩- ٢٠٠٠.
٦- مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية من عام ١٩٥٥ حتى ٢٠٢٠.
٧- مصباح نوري المهايني، مبادئ القضاء الإداري، اجتهادات المحكمة الإدارية العليا في أربعين عاما (١٩٥٩م – ٢٠٠٠م) الجزء الثالث، الطبعة الأولى، مؤسسة النوري، دمشق، لعام ٢٠٠٥م.
٨- مجلس الدولة السوري، المكتب الفني، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا لأعوام ١٩٥٩حتى عام ٢٠٠٩م
٩- مجلس الدولة السوري، المكتب الفني، المجموعة الشاملة الحديثة للأحكام القضائية الصادرة عن محاكم مجلس الدولة (محاكم القضاء الإداري – المحاكم الإدارية – المحاكم المسلكية) ،٢٠١٧.

١٠- مجلس الدولة السوري، المكتب الفني، المجوعة الذهبية الحديثة للمبادئ التي أقرها القسم الاستشاري للفتوى والتشريع في مجلس الدولة، الجزء الثاني، ٢٠٢٠.

٤- الأبحاث والمقالات :

١- د. بيرك فارس حسين ومنار عبد المحسن عبد الغني، التعويض والغرامة وطبيعتهما القانونية (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، العراق، المجلد ٢، العدد ٦ ،٢٠١٠.

٢- د. حسن محمد علي حسن البنان، الجزاءات المالية في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، العراق، المجلد ١٢، العدد ٥٤، السنة ١٥، أيلول ٢٠١٢.

٣- حسين محمد جاسم، نظرية الظروف الطارئة، مجلة العدالة، بغداد، عدد/١/ ١٩٧٩.

٤- حميد يونس، عقود المقاولات التي تكون الدولة طرفا فيها، دراسة قانونية بإشراف مجلس التخطيط للتربية والتنمية الاجتماعية، بغداد ١٩٧٠.

٥- د. رشا عبد الرزاق جاسم، الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المنفصلة عن العقد الإداري، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة النهرين، العراق، المجلد ٤، العدد ١٣- ١٤، السنة٢٠١١.

٦- د. رياض عبد عيسى الزهيري،أحكام الاعمال الاضافية في عقود الاشغال العامة،،بحث منشور في مجلة الحقوق ، جامعة النهرين ،العراق ،العدد٤، السنة ١١ ، ديسمبر ١٩٨٧ .

٧- د. سليمان البراك ، وظيفة التعويض في المسؤولية العقدية، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق ،جامعة النهرين ،العراق ،المجلد ١، العدد ١ ، السنة ٢٠٠٩.

٨- د. صبري حمد خاطر ، فكرة المعيار في تأسيس نظام المسؤولية العقدية (دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني البحريني) ، مجلة الحقوق ،جامعة البحرين ،المجلد ٥ ،العدد ١ ،٢٠٠٨ .

٩- عبد العزيز الخوري، مذكرات في العقد الإداري، بحث منشور في مجلة هيئة قضايا الدولة المصرية، العدد الأول السنة ٣٣ ،١٩٨٩.

١٠- د. علي احمد حسن اللهيبي، نكول من احيلت عليه المناقصة عن اتمام اجراءات التعاقد ،بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة النهرين، العراق، المجلد ٤، العدد ٢٣- ٢٤،السنة ٢٠١٤.

١١- د. مجدي عز الدين يوسف ، مبدأ أولوية المسؤولية العقدية في مجال أشخاص القانون العام ،مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة ٢٠، العدد ٤، ديسمبر ١٩٩٦ .

١٢- د. محمد عبد الله حمود، النظام القانوني لإبرام العقد الإداري عن طريق تقنية المناقصات (دراسة مقارنة بين التشريع الاماراتي و البحريني) مجلة الحقوق، جامعة البحرين، المجلد ٢، العدد ١، كانون الثاني ٢٠٠٥ .

١٣- د. موسى مصطفى شحاده، إبرام عقد الأشغال العامة (دراسة مقارنة)، مجلة ابحاث اليرموك، الأردن، المجلد ١٥، العدد ٣ ،١٩٩٩.

١٤- نبيل عبد الرحمن حسن، دور القاضي في تحقيق التوازن بين الحقوق والالتزامات في العقود، مجلة العدالة، العدد ٢، السنة ٥.

١٥- ندى حمزة صاحب الربيعي، المسؤولية المدنية المترتبة على استخدام الهاتف النقال، بحث منشور في مجلة واسط للعلوم الانسانية، العراق، المجلد ٨، العدد ٢١، ٢٠١٣.

١٦- حلمي مجيد محمد الحمدي، كيفية تمييز العقد الإداري عن غيره من عقود الادارة، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد الخامس، العدد الاول والثاني،١٩٨٦.
١٧- د. عبد الرحمن العلام، موقف القضاء المدني إزاء العقود الإدارية، بحث منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني، عدد ٣، ١٩٦٢.
١٨- عبد العزيز السيد الخوري، مذكرات في العقد الإداري، مجلة هيئة قضايا الدولة المصرية، العدد الأول، السنة الثالثة والثلاثون، ١٩٨٩.
١٩- د. عبد العزيز خير الدين، مقالة (حق الإدارة في تعديل شروط العقود الإدارية ومداه وأساسه القانوني)، مجلة إدارة قضايا الحكومة، القاهرة، السنة الخامسة، العدد الرابع، ١٩٦١.
٢٠- د. عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي، القدرة القانونية للإدارة في تعديل العقد الإداري، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، المجلد ٩، العدد١٧، ٢٠٠٦.

٥- المصادر على الانترنت :

١- إحسان ستار خضير، نظرية الظروف الطارئة وأثر اختلال التوازن الاقتصادي في تنفيذ العقود، بحث مقدم كجزء من متطلبات الترقية الى الصف الاول من صنوف القضاة، الموقع : www.dahsha.com
٢- النظريات والانظمة التي يتم تطبيقها في ديوان المظالم ، ملتقى المهندسين العرب، الموقع: www.arabeng.org
٣- أ. حمزة بن خدة، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة الاسلامية والقانون الجزائري، مجلة علوم انسانية، الموقع: www.ulum.n.mht
٤- المستشار سالم المطوع، نظرية عمل الأمير، واحة التواصل، الموقع: www.estestharaat.com

٥- رسم أشغال الطريق العام، قضاء إداري، منتدى الموقع السوري للاستشارات والدراسات القانونية، منتدى الابحاث القانونية، أبحاث القانون الإداري، الموقع : www.barasy.com

٦- د. صوفي أبو طالب، الوسطية أساس التشريع الإسلامي، المؤتمر الثالث عشر، مصر ٢٠٠١، الموقع : www.islamic-concil.com

٧- د. مازن ليلو راضي، الوجيز في القانون الإداري، الجامعة العربية المفتوحة في الدانمارك، الموقع: www.amok-academy.org

٨- محاضرات في القانون الإداري، الجزء العاشر، منتديات الحقوق والعلوم القانونية، الموقع :www.droit-dz.com

٩- محاضرات القانون الإداري، سنة ثانية حقوق، منتدى الحقوق والعلوم الإدارية، الموقع :www.etudiantdz.com

١٠- ملخص القانون الإداري، الموقع : www.bahrainlaw.net

١١- ملخص قانون اداري، جامعات البحرين، الموقع: www.gccbh.com

١٢- نظرية الظروف الطارئة وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية وأحكام القضاء العربي، الموقع: www.mohamoon. com

ثانياً- المصادر باللغة الفرنسية:

1. Auby, J-M. *Le régime juridique de l'avis dans la procédure administrative*, A.J.D.A. 1956.
2. Bayle, G. *L'enrichissement sans cause en droit administrative*, thèse, L.G.D.J. Paris, 1973.
3. Benoit, Droit de l'administratif français, Dalloz ; Paris, 1968.

4. Bounard, Précis de droit administratif, 3ed, L.G.D.J. Paris, 1943.
5. Bréchon – Moulénes, C. Droit des marchés, T1, Moniteur. Paris, 1999.
6. Bruére, J. *Le consensualisme dans les contrats administratifs*, RDP 1996
7. Bernard, C. & Hubert, C. *Actes rattachables" et "actes détachables" en droit administratif français*, L.G.D.J. Paris, 1968.
8. Code des marches publics, Dalloz, 2010.
9. Debbasch, C. *Institutions et droit administratifs,* P.U.F. Paris, 3ed, 1993.
10. Debeyre, G. *Le recours pour excès de pouvoir et les contrats*, R.D.P. 1938.
11. Deuz, P. Debeyre, G. *Traite de droit administratif*, Paris, 1952.
12. Dugrip, O, *Le domaine du contrat privé, Marché public de droit privé*, J.C.P.Ant – Aff, N4, 1999.
13. Flamme, M. *Traité de droit administratif*, T2, Bruxelles, Dalloz, Paris ed5, 1990.
14. Flamme, M. *Traité des marchés*, E.E.B. Bruxelles, 1995.
15. Flécheux, G. *Le contrat de sous-traitance dans les marchés des travaux public*, J.C.P. 1974.
16. Foillardm, P. Droit administratif, Paradigme, 14e édition, 2009.
17. Fortat, N. *Autorité et responsabilité administrative*, Thèse, Université François – Rabelais – Tours, 2011.
18. Gastines I, *Les présomptions d'authenticité des sincérité des actes administratifs*, R.D.P. 1968.

19. Golliard, A. *La notion d ' acte détachable et son rôle dans la jurisprudence du Conseil d ' Etat*, Sirey , 1956.
20. Gucleilmi, G.J. et Koubi, G. *Droit du service public*, Montchresction, Paris, 2000.
21. Guellier, Ph. & Lehoux, F. *Responsabilité contractuelle dans le cadre des conventions d'occupation du domaine public,* Contrat Public – n°161, jan. 2016.
22. Guettier, C, *La responsabilité administrative*, L.G.D.J, Paris 1996.
23. Guettie, C. *Droit administratif*, Monchrestien, 3e édition, 2009,
24. Krassilichik, M. *La notion d'acte détachable en droit administratif français*, thèse, 1964.
25. Laubadrère, A. *Traité des contrats administratifs*, L.G.D.J. Paris, 1956, T1.
26. Linditch, F. Le nouveau code français des marchés publics, utile contribution à la définition du périmètre administratif. Revue internationale de droit économique, 2001, t. xv, 3(3), 325-338. https://doi.org/10.3917/ride.153.0325
27. Lombard, M. & Dumont, G. *Droit administratif*, Dalloz, 8e édition, 2009.
28. Mathias, G, *À propos de la sous-traitance dans les marchés de travaux publics*, 1982.
29. Maurice, H. *Précis de droit Administratif*, 1929.
30. Péquignot, G. *Théorie générale du contrat administratif*, Paris, 1945.
31. Renaudie, H. *Panorama des marches publics*, 2010.
32. Richer, *Les contrats administratifs* , Dalloz, Paris, 1991.

33. Rivero, J. & Waline, J. Droit administratif, Dalloz, Paris, 1991.
34. Rouquette, R. *Les prescriptions en droit administratif* , chr. n°15, 2002.
35. Thomas, D, *Les relations entre le droit des marché publics et le droit budgétaire et comptable,* R.D.R. 1997.
36. Delvolvé, V. *Droit administratif,* P.U.F. Paris, 1993.
37. Waline, M. *Traité de droit administratif,* Sirey, Paris 1988.

ثالثاً– مصادر الانترنت الفرنسية:

1. Bamdé & J. Bourdoiseau, *La théorie de l'imprévision: régime juridique et réforme des obligations*, (2020), Le Droit dans tous ses états. *https://aurelienbamde.com/*

2. F. Makowski, *Instruction pour l'application du code des marchés publics (abrogée),* (s.d.), Marché Public.fr. *http://www.marche-public.fr/CMP-2001/IACMP_Titre5_Art119a_ChapUnique.htm*

3. F. Makowski, Théorie de l'imprévision, (s.d.), Marché Public.fr. *http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Definitions/Entrees/Theorie-imprevision.htm*

4. *Code de la commande publique, (14 déc. 2020),* Légifrance, Le service de la diffusion du droit. *https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000037701019/2020-12-14/*

5. *Comment contrôler un marché public,* (21 juillet 2019), Contrôle la corruption pour l'éthique en politique. *https://www.anticor.org/outils-citoyens/comment-controler-un-marche-public/*

6. Comprendre les évolutions du code de la commande publique permettant d'intégrer le développement durable, (s.d.) https://www.weka.fr/marches-publics/dossier-pratique/

7. *Droit des marchés publics : les principales nouveautés, (11 décembre 2020),* economie.gouv.fr. https://www.economie.gouv.fr/cedef/droit-des-marches-publics

8. Faits nouveaux et contrat administratif, (02 sep. 2007), JurisPedia, le droit partagé, *http://fr.jurispedia.org/index.php/Novation_en_droit_administratif_(fr)*

9. Modalités de contrôle du respect des règles liées aux marchés publics, Version n°2, (01 aout, 2017), *https://www.alpes-maritimes.gouv.fr/*

10. *Nouveaux seuils applicables aux marchés publics en 2020,* (16 décembre 2019), Bulletin officiel des annonces des marchés publics. *https://www.boamp.fr/Espace-acheteurs/Actualites/Nouveaux-seuils-applicables-aux-marches-publics-en-2020*

11. *Pouvoir de direction et de contrôle*, (s. d.), Code Commande Publique : *https://www.code-commande-publique.com/pouvoir-de-direction-et-de-controle/*

12. Quelles sont les nouvelles modalités de passation des marchés publics ? (23 juillet 2020), Vie publique. Au cœur u débat public, *https://www.vie-publique.fr/fiches/20268-nouvelles-modalites-de-passation-des-marches-publics*

13. *https://partiels-droit.com /*

الفهرس

الموضوع	صفحة
المقدمة	١
الباب الأول **مسؤولية الإدارة التعاقدية القائمة على أساس الخطأ**	١١
الفصل الأول: ماهية المسؤولية التعاقدية للإدارة	١٣
المبحث الأول: مفهوم المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية	١٥
المطلب الأول: التعريف بالمسؤولية التعاقدية للإدارة	١٦
الفرع الأول: تعريف المسؤولية التعاقدية لغةً	١٧
الفرع الثاني: تعريف المسؤولية التعاقدية اصطلاحاً	١٨
المطلب الثاني: التعريف بالعقد الإداري وأركانه وآثاره	٢١
الفرع الأول: التعريف بالعقد الإداري	٢٨
الفرع الثاني: أركان العقد الإداري الأساسي	٣٣
الفرع الثالث: التزامات طرفي العقد الإداري	٤٥
المبحث الثاني: أركان المسؤولية التعاقدية للإدارة	٥٣
المطلب الأول: ركن الخطأ.	٥٧
الفرع الأول: التعريف بالخطأ	٥٨
الفرع الثاني: مفهوم الالتزام العقدي	٦١
الفرع الثالث: عبء إثبات الخطأ العقدي	٦٥
المطلب الثاني: ركن الضرر	٦٧
الفرع الأول: تعريف الضرر	٦٨
الفرع الثاني: أنواع الضرر	٧٠

الفرع الثالث: شروط الضرر الموجب للتعويض	٧٤
الفرع الرابع: التعويض عن الضرر	٨٠
المطلب الثالث: العلاقة السببية بين ركن الخطأ وركن الضرر	٨٢
الفرع الأول: تعريف العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر	٨٣
الفرع الثاني: إثبات العلاقة السببية	٨٤
الفرع الثالث: عبء نفي العلاقة السببية	٨٥
الفصل الثاني: تقصير الإدارة في تنفيذ التزاماتها الفنية	٨٩
المبحث الأول: خطأ الإدارة في تنفيذ العقد	٩١
المبحث الثاني: إخلال الإدارة بمدة تنفيذ العقد	١٠٥
الفصل الثالث: إخلال الإدارة بتنفيذ التزاماتها المالية	١١٧
المبحث الأول: تعديل المقابل المادي بالإرادة المنفردة للإدارة	١٢١
المطلب الأول: مفهوم حق التعديل	١٢٦
الفرع الأول: الأساس القانوني لحق التعديل	١٢٧
الفرع الثاني: الموضوعات التي يتناولها حق التعديل	١٣٦
المطلب الثاني: ضوابط حق التعديل	١٤٤
الفرع الأول: الضوابط القانونية لحق التعديل	١٤٥
الفرع الثاني: البنود القضائية لحق التعديل	١٤٧
الفرع الثالث: الضوابط الاتفاقية لحق التعديل	١٥٣
المبحث الثاني: تأخر الإدارة في الوفاء بالمبالغ المالية المستحقة	١٦٠
المبحث الثالث: عدم مراعاة تقلبات الأسعار	١٧٣
المبحث الرابع: إخلال الإدارة بالتزامها برد التأمين النهائي	١٨٥
الفصل الرابع: الاستخدام غير المشروع لسلطات الإدارة في أثناء تنفيذ عقودها	١٩٩
المبحث الأول: استخدام الإدارة لسلطاتها في الرقابة على نحو غير مشروع	٢٠٣

المطلب الأول: مفهوم سلطة الرقابة	٢٠٤
الفرع الأول: سلطة الرقابة بين الإشراف والتوجيه	٢٠٧
الفرع الثاني: الأساس القانوني لسلطة الرقابة	٢١٢
المطلب الثاني: صور سلطة الرقابة على تنفيذ العقد	٢١٦
الفرع الأول: الرقابة على تنفيذ الأعمال	٢٢٠
الفرع الثاني: سلطة الرقابة على موقع العمل	٢٢٧
المطلب الثالث: آثار سلطة الرقابة	٢٣١
الفرع الأول: عدم مسؤولية الإدارة عند ممارستها لسلطة الرقابة.	٢٣٢
الفرع الثاني: تقرير مسؤولية الإدارة عند ممارستها لسلطة الرقابة.	٢٣٣
المبحث الثاني: الاستخدام غير المشروع لسلطة الإدارة في تعديل العقد	٢٣٩
المبحث الثالث: الاستخدام غير المشروع لسلطة توقيع الجزاءات	٢٥٥
المطلب الأول: مفهوم الجزاءات في العقود الإدارية	٢٥٩
المطلب الثاني: أوجه عدم مشروعية سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات	٢٦٤
الفرع الأول: عدم مراعاة الإجراءات الشكلية السابقة على توقيع الجزاء	٢٦٥
الفرع الثاني: عدم المشروعية الموضوعية	٢٧٤
المبحث الرابع: الاستخدام غير المشروع لسلطة إنهاء العقد	٢٩١
الباب الثاني **مسؤولية الإدارة التعاقدية من دون خطأ**	٢٩٧
الفصل الأول: نظرية فعل الأمير	٣٠١
المبحث الأول: مفهوم نظرية فعل الأمير	٣٠٣
المبحث الثاني: شروط تطبيق نظرية فعل الأمير	٣٠٧
المطلب الأول: ضرورة وجود عقد إداري	٣٠٨

المطلب الثاني: أن يكون الفعل الضار صادرا عن الجهة الإدارية المتعاقدة	٣١٠
المطلب الثالث: يجب أن يترتب على عمل الأمير ضرر بالمتعاقد	٣١٣
المطلب الرابع: عدم وقوع خطأ من جانب الإدارة المتعاقدة.	٣١٦
المطلب الخامس: أن يكون العمل الضار الصادر عن الإدارة غير متوقع	٣١٨
المبحث الثالث: صور عمل الأمير	٣٢٣
المطلب الأول: عمل الأمير في صورة إجراءات إدارية خاصة	٣٢٤
المطلب الثاني: عمل الأمير في صورة إجراءات إدارية عامة	٣٣٠
المبحث الرابع: آثار تطبيق نظرية عمل الأمير	٣٣٩
المطلب الأول: أساس التعويض	٣٤٢
الفرع الأول: فكرة التوازن المالي للعقد الإداري	٣٤٣
الفرع الثاني: فكرة المسؤولية التعاقدية للإدارة	٣٤٦
الفرع الثالث: مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة	٣٤٨
الفرع الرابع: فكرة الإثراء بلا سبب	٣٥٠
المطلب الثاني: نظام التعويض	٣٥٣
الفرع الأول: التعويض الكامل	٣٥٤
الفرع الثاني: كيفية تقدير التعويض	٣٥٧
الفصل الثاني: نظرية الظروف الطارئة	٣٦٣
المبحث الأول: ماهية نظرية الظروف الطارئة	٣٦٥
المطلب الأول: مفهوم النظرية	٣٦٦
المطلب الثاني: نشأة النظرية	٣٧٢
المبحث الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة	٣٧٩

المطلب الأول: وقوع ظرف طارئ	٣٨١
المطلب الثاني: أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع	٣٩٢
المطلب الثالث: أن يكون خارجاً عن إرادة المتعاقدين	٤٠٣
المطلب الرابع: أن يقع الظرف الطارئ أثناء تنفيذ العقد	٤٠٨
المطلب الخامس: أن يؤدي الظرف الطارئ إلى قلب اقتصاديات العقد	٤١٧
المبحث الثالث: آثار نظرية الظروف الطارئة	٤٢٥
المطلب الأول: استمرارية التزامات المتعاقد في تنفيذ العقد	٤٢٦
المطلب الثاني: حق المتعاقد في الحصول على معاونة الإدارة	٤٣٠
الفرع الأول: المبادئ العامة التي تحكمها نظرية الظروف الطارئة	٤٣١
الفرع الثاني: الأحكام القانونية للتعويض	٤٤٣
المطلب الثالث: الأثر المترتب على انتهاء الظروف الطارئة	٤٥٥
الفصل الثالث: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة	٤٦١
المبحث الأول: ماهية نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة	٤٦٣
المطلب الأول: نشأة نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة	٤٦٤
المطلب الثاني: مفهوم نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة	٤٦٧
المبحث الثاني: شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة	٤٧١
المطلب الأول: أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية	٤٧٢
المطلب الثاني: أن تكون الصعوبات غير متوقعة عند إبرام العقد	٤٧٨
المطلب الثالث: أن تكون الصعوبات ذات طابع استثنائي	٤٨٢
المطلب الرابع: العقود الجزافية لا تعوض الصعوبات إلا في حالة انقلاب العقد	٤٨٧
المبحث الثالث: نتائج نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة	٤٨٩

المطلب الأول: أساس التعويض في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة	٤٩٠
المطلب الثاني: حق المتعاقد في الحصول على التعويض	٤٩٤
المطلب الثالث: استمرار المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته	٥٠٢
الفصل الرابع: نظرية القوة القاهرة	٥٠٧
المبحث الأول: مفهوم نظرية القوة القاهرة	٥٠٩
المطلب الأول: مفهوم نظرية القوة القاهرة في القانون الخاص.	٥١٠
المطلب الثاني: مفهوم نظرية القوة القاهرة في القانون الإداري.	٥١٣
المبحث الثاني: شروط تطبيق نظرية القوة القاهرة	٥٢٥
المطلب الأول: أن يكون الحدث مستقلا عن أطراف العقد (أجنبياً)	٥٢٦
المطلب الثاني: أن يكون الحدث غير متوقع من قبل المتعاقد وقت إبرام العقد	٥٣١
المطلب الثالث: عدم امكانية دفع الحدث او تجنبه	٥٣٣
المبحث الثالث: الآثار المترتبة على تطبيق نظرية القوة القاهرة	٥٤١
المطلب الأول: اعفاء المتعاقد من تنفيذ العقد	٥٤٢
المطلب الثاني: تعويض المتعاقد	٥٤٨
المطلب الثالث: فسخ العقد	٥٥٨
الخاتمة	٥٦٥
قائمة المراجع	٥٧٧
الفهرس	٦٠٧