



جامعة دمشق
كلية الحقوق

الرقابة القضائية على إجراءات الإدارة في نطاق تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

أطروحة أعدت لنيل درجة الدكتوراه في العلوم الإدارية والمالية

إعداد الطالب

زياد أحمد العرسان

إشراف الدكتور

عمار التركاوي

الأستاذ المساعد في قسم القانون العام

العام الدراسي

١٤٤٠ هـ - ٢٠١٨ م

استناداً إلى قرار مجلس البحث العلمي والدراسات العليا رقم
٧٠٠/م.ب. د تاريخ ٢٢/١٠/٢٠١٨م القاضي بتشكيل لجنة الحكم
لمناقشة رسالة الدكتوراه - قسم القانون العام بعنوان:

"الرقابة القضائية على إجراءات الإدارة في نطاق تنفيذ العقود الإدارية"
/دراسة مقارنة/

والمؤلفة من السادة الأساتذة:

- الدكتور "محمد الحلاق" (عضواً)
الأستاذ في قسم القانون العام كلية الحقوق / جامعة دمشق

- الدكتور "سعيد نحيلي" (عضواً)
الأستاذ في قسم القانون العام كلية الحقوق / جامعة دمشق

- الدكتور "أحمد اسماعيل" (عضواً)
الأستاذ المساعد في قسم القانون العام كلية الحقوق / جامعة دمشق

- الدكتور "عمار التركاوي" (عضواً مشرفاً)
الأستاذ المساعد في قسم القانون العام كلية الحقوق / جامعة دمشق

- الدكتور "طارق النحاس" (عضواً)
المدرس في قسم القانون العام كلية الحقوق / جامعة البعث

تمت المناقشة يوم الخميس الواقع في ٢٠/١٢/٢٠١٨م في تمام
الساعة الثانية عشر ظهراً.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿يَرْفَعُ اللَّهُ الَّذِينَ ءَامَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ
دَرَجَاتٍ ۖ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ﴾

صدق الله العظيم

سورة المجادلة، الآية: ١١

الإهداء

من القلب إلى روح والديّ الطاهرة رحمهما الله وأسكنهما
فسيح جناته....

وإلى إخوتي وأخواتي تقديرًا لعونهم...

وإلى زوجتي رفيقة دربي ...

وإلى أولادي حبًّا وأبوة...

وإلى روح أخي الشهيد اللواء «فيصل أحمد ظاهر

العrsan»...

إلى أصدقائي صِلَةً ومودّة...

وإلى كل من علمني حرفاً.

أهدي هذا العمل مقروناً بنية صادقة ومن الله الثواب...

الباحث

شكر وتقدير

أَحْمَدُ الله أن أتمّ لي عملي هذا.....

لا يسعني بعد إتمام هذا البحث إلا أن أتقدم بأسمى آيات الشكر والامتنان إلى **الدكتور عمار التركاوي** الأستاذ المساعد في قسم القانون العام لتفضله بالإشراف على هذه الرسالة، ولما بذله من جهد في التوجيه والمتابعة والتشجيع في جميع مراحل إعداد هذا البحث، فجزاه الله عني كل خير، وله مني كل التقدير والاحترام.....

وأ تقدّم بجزيل الشكر والامتنان لكل من الأساتذة:

- **الدكتور محمد الحلاق** الأستاذ في قسم القانون العام في كلية الحقوق - جامعة دمشق.

- **الدكتور سعيد نحيلي** الأستاذ في قسم القانون العام في كلية الحقوق - جامعة دمشق.

- **الدكتور أحمد إسماعيل** الأستاذ المساعد في قسم القانون العام في كلية الحقوق - جامعة دمشق.

- **الدكتور طارق النحاس** المدرس ورئيس قسم القانون العام في كلية الحقوق - جامعة البعث.

وذلك لتفضلهم بالاشتراك في لجنة الحكم لتحكيم هذه الرسالة..

فلهم مني كل الاحترام والتقدير...

والشكر موصول إلى جميع السادة أعضاء الهيئة التدريسية في قسم القانون العام وكلية الحقوق في جامعة دمشق، لما بذلوه من جهود كبيرة في سبيل تزويد الطلبة بالعلم والمعرفة والارتقاء بمستواهم الفكري والمعرفي في سبيل إرساء مبدأ سيادة القانون في بلدنا الحبيب سورية...

الباحث

المقدمة

تقوم الإدارة بإبرام الكثير من العقود الإدارية مع المتعاقد معها في سبيل سد الحاجات العامة، وتسيير متطلبات سير المرافق العامة، والواقع أن العقد الإداري ليس هدفاً في ذاته، ذلك أن العقد الإداري يستهدف دوماً تحقيق المصلحة العامة وهي تسيير المرفق عن طريق الاستعانة بالنشاط الفردي، ويتوقف تحقيق هذه المصلحة على حسن تنفيذ العقد الإداري.

ولم يعرف المشرع الفرنسي العقد الإداري وإنما عرّف الصفقات العمومية في المادة الأولى من قانون الصفقات العمومية على النحو الآتي: "الصفقات العمومية هي عقود مبرمة على سبيل مكلف بين السلطات المانحة (المحددة في المادة ٢) والشركات الاقتصادية العامة أو الخاصة لتلبية متطلباتها للأعمال واللوازم أو الخدمات"^(١).

كما لم يورد المشرع المصري أي تعريف للعقد الإداري في القانون رقم (٨٩) لعام ١٩٩٨م بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات، وأيضاً لم يعرفه المشرع السوري، لكن القضاء الإداري في سورية عرّف العقود الإدارية بأنها: "تلك العقود التي يبرمها شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام، وتظهر فيها نيته في الأخذ بأحكام القانون العام، ويتجلى ذلك، إما بتضمين تلك العقود شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص، أو السماح للمتعاقد مع الإدارة بالاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام، وعلى ذلك فقد استقر القضاء الإداري السوري -مشايحاً بذلك ما استقر عليه اجتهاد القضاء الإداري في مصر- على أنه لا بد من توافر عناصر ثلاثة ليكون العقد إدارياً، حيث يجب أن تكون الإدارة طرفاً فيه أولاً، وأن يتضمن شروطاً غير مألوفة في نطاق العقود العادية ثانياً، وأن يتصل العقد بتسيير مرفق عام ثالثاً"^(٢).

(١) زينب سالم، الرقابة القضائية على العقد الإداري في مرحلة التنفيذ، رسالة ماجستير، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٦، ص ٢٢.

(٢) د. محمد الحسين، د. مهدي نوح، العقود الإدارية، منشورات جامعة دمشق، مركز التعليم المفتوح، دمشق، سورية، ٢٠٠٧ - ٢٠٠٨م، ص ١٥.

أما فقهاً فقد أورد الفقهاء تعاريف عدة للعقد الإداري، إذ عرّفه كل من الأساتذة "مودن" و "دولفولف" و "André de laubadère" بأنه: "توافق إرادتين على إنشاء التزام ويتم هذا التوافق من خلال الأشكال والإجراءات المقررة في القانون الإداري"^(١).

أما الدكتور سليمان الطماوي فقد عرّفه بأنه: "ذلك العقد 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 غير مألوفة في القانون الخاص، أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام"^(٢).

وعرّفه الدكتور "ماجد راغب الحلو" بقوله أنه: "لكي يكون العقد إدارياً يجب أن يكون أحد طرفيه من أشخاص القانون العام، سواءً تعلق الأمر بالدولة، أم بأحد الأشخاص المعنوية الإقليمية أم المرفقية، ويجب أن تكون الإدارة قد اختارت في تعاقدتها اللجوء إلى وسائل القانون العام والأخذ بأساليبه"^(٣).

كما عرّفه الدكتور محمد فؤاد مهنا أنه: "العقد الذي يبرمه شخص إداري يُعد عقداً إدارياً بتوافر شرطين هما: أن يكون العقد متصلاً بمرفق عام من حيث تنظيمه أو تسييره، وأن تأخذ فيه الإدارة بأساليب القانون العام بتضمينه شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص"^(٤).

ومن خلال هذه التعاريف نرى أن: **العقد الإداري يقوم على ثلاثة عناصر هي: أن يكون أحد طرفي العقد شخصاً معنوياً عاماً^(٥)، وأن يتصل العقد بالمرفق العام، وأن تختار الإدارة وسائل القانون العام بما يضمن حسن سير المرفق العام**

(1) Laubadere. A - Modeene. F - Delvolve. P, Traite des contrats administratifs, L. G. D. J, Paris, 1984, p 17 et s.

(٢) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقد الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ١٩٨٤، ص ٥٠.

(٣) د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ١٩٨٧، ص ٥١٨.

(٤) د. محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري، دار المعارف، القاهرة، ١٩٧٨، ص ٧١١.

(٥) إن ضرورة كون الإدارة طرفاً في العقد أمر تبرره قواعد القانون الإداري إنما وجدت لتحكم نشاط الإدارة، ومن ثم فإن العقد الذي يبرمه الأفراد، أو الهيئات الخاصة لا يعد عقداً إدارياً. د. محمد عبدالله شريف النعيمي، الالتزامات والحقوق التي يربتها العقد الإداري تجاه الغير، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ٢٠١٤م، ص ٢٢.

وتحقيق المصلحة العامة متضمناً العقد بذلك شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص^(١).

لابد من الإشارة إلى أن الوضع في فرنسا قد أصبح منذ حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية الزوجين بيرتان أصبح للشروط غير المؤلفة طبيعة احتياطية^(٢).

ويترتب على تغليب الصالح العام على المصلحة الفردية في العقد الإداري عدم تساوي مركز المتعاقدين، فالأسس والمبادئ التي تحكم تنفيذ العقود الإدارية تختلف اختلافاً جوهرياً عن تلك التي تحكم العقود المدنية، التي يجب أن تنفذ وفقاً للشروط التي ارتضاها أطراف العقد، ويمتنع على أحد المتعاقدين أن يتحلل من التزاماته بموجب العقد، فالإدارة صاحبة السلطة العامة، تتمتع بحقوق وامتيازات في العقد الإداري لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها نزولاً على مقتضيات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره.

ولا يخفى على أحد، أن الإدارة تمارس هذه الامتيازات والسلطات بإرادتها المنفردة دون أي اتفاق مع المتعاقد خلافاً لما يجري في عقود القانون الخاص، وأن هذه السلطات التي منحها المشرع والعقد والعرف الإداري للإدارة ليست الغاية منها التعالي على المتعاقدين والإستبداد بهم بقدر ما تسعى من خلالها الإدارة إلى تحقيق المصلحة العامة وتأمين سير المرفق العام بانتظام واطراد.

غير أن السلطات والامتيازات التي تتمتع بها الإدارة لا تعني بطبيعة الحال إهدار حقوق المتعاقد معها، فالمتعاقد يتمتع تجاه الإدارة بحقوق عدة، من أهمها ضمان مستحققاته المالية، وتحقيق التوازن المالي للعقد، وحقه في التعويض عن إخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية. ويتمتع المتعاقد بهذه الضمانات حتى وإن لم يتضمنها العقد المبرم مع الإدارة.

(١) ولا يشترط أن يتضمن العقد عدة بنود غير مألوفة لوصف العقد بكونه إدارياً، بل يكفي أن يتضمن بنوداً واحداً فقط، وتقدير ما إذا كان البند مألوفاً، أو غير مألوف يعود لتقدير القضاء. د. الياس ناصيف، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة ٦ عقد BOT، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ٢٠٠٦م، ص ٣١.

C.E, Bertan, 1956, Rec, p.23.

(٢)

إلا أن التطبيق العملي كشف عن الكثير من تجاوزات الإدارة لسلطاتها، وإساءة استعمالها لهذه السلطات، الأمر الذي تسبب في خلق منازعات إدارية بين الإدارة والمتعاقدين معها.

ومن خلال تعقبنا للاجتهادات القضائية، التي طوّرها مجلس الدولة في كل من فرنسا، ومصر، وسورية، المتعلقة بالمنازعات الخاصة بتجاوز الإدارة لسلطاتها في مجال تنفيذ العقود الإدارية استطعنا أن نستنتج أن الكثير من تلك المنازعات التي عُرضت على القضاء الإداري قد فُصلت لصالح المتعاقد، وهذا إن دل على شيء إنما يدل على جرأة الإدارة في التعدي على حقوق المتعاقد، ومراكزه القانونية الخاصة المستمدة من القانون أو العقد أو الأعراف الإدارية، الأمر الذي دفعنا إلى العزم والتصميم للتصدي لهذا الموضوع والدخول في تفاصيله وجزيئاته، انطلاقاً من أن الادّعاء على الإدارة، وإن كان حق من حقوق المدعي يمارسه متى كان له مصلحة في ذلك إلا أن هذا يُعرّض الإدارة للنيل من هيبتها من جهة، كما أنه سيؤدي بشكل مباشر أو غير مباشر إلى تبديد الأموال العامة ونفور المتعاقدين مع الإدارة من الإشتراك في المناقصات التي تجريها، مما يلحق ضرراً أكيداً بسير المرافق العامة من جهة أخرى.

ويجب على الإدارة طبقاً لمبدأ المشروعية أن تعمل في دائرة القانون، وألا تخالف القانون بتصرفاتها التي تظهر في صورة أعمال قانونية أو أفعال مادية، وإلا عدّ تصرفها غير مشروع، لأن الأصل في الدولة القانونية تقيّد الإدارة بالقانون^(١)، ولكي يطبّق هذا المبدأ بشكل صارم يجب أن يمارس القضاء سلطته الرقابية على أعمال الإدارة، مبتغياً تصحيح الانحراف الذي قد يحصل أو تعويض المتضرر من جراء ممارسة الإدارة لأعمالها القانونية والمادية^(٢).

(١) رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٠، ص ١٢٣.

(٢) د. عثمان ياسين علي، تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٥م، ص ٩.

أولاً: أهمية البحث:

بالنظر إلى الأهمية العلمية والعملية لجزئية الرقابة القضائية على إجراءات الإدارة في نطاق تنفيذ العقود الإدارية، والتي تعطي القضايا التي تنيرها هذه الرقابة الكثير من التساؤلات، والإشكالات أثناء التطبيق العملي، وما أفرزه التطبيق العملي من إساءة الإدارة في استخدام سلطاتها، وإجحافها في مواجهة المتعاقد في بعض الأحيان، فإنَّ الباحث سوف يأخذ بعين الاعتبار جميع هذه التساؤلات ويضعها نصب عينيه لينطلق لمباشرة بحثه.

ثانياً: إشكالية البحث:

هنالك إجماع على تمتُّع الإدارة بسلطات ومزايا كثيرة في العقود الإدارية، لاسيما في إطار تنفيذها، وهذه السلطات تتسم بطابع السلطة العامة، وتخرج عن المألوف في تعاقدات الأفراد، حيث تجعل الإدارة في موقف غير متكافئ بالنسبة للمتعاقد معها.

ويظهر أثر تلك السلطات بشكل أكثر وضوحاً أثناء تنفيذ العقد، ومن الأمثلة على ذلك نذكر سلطة الإدارة في تعديل التزامات المتعاقد بإرادتها المنفردة، وسلطانها في توقيع الجزاءات الإدارية، والمالية، والضاغطة على المتعاقد، والتأخر في صرف مستحقات المتعاقد مع الإدارة.

وقد كشف التطبيق العملي لممارسة الإدارة لسلطاتها العقدية عن بعض الثغرات فيما يختص بحماية المتعاقد معها إدارياً، وقضائياً، الأمر الذي نجم عنه في بعض الأحيان عزوف المتعهدين عن التعاقد مع الإدارة؛ خشية من ضياع حقوقهم، وخوفاً من تعسف الإدارة في استعمالها لسلطاتها تلك.

وإذا كان ما أوردناه أعلاه حول الموضوع أنه يتم في الظروف العادية، فمن باب أولى أن يظهر أكثر فأكثر في الظروف الاستثنائية التي تمر بها سورية والتي فتحت الباب واسعاً أمام الإدارة لإخفاء ممارساتها في التعدي على حقوق المتعهدين، بل وهدر هذه الحقوق في بعض الحالات.

ذلك أن الكثير من العقود التي تم إبرامها قبل بدء الحرب الشرسة على سورية أو كان قد تم البدء بتنفيذها تعرضت أثناء الحرب لمعوقات وصعوبات في مرحلة التنفيذ،

الأمر الذي نجم عنه بالضرورة الكثير من المنازعات الإدارية المتعلقة بتنفيذ هذه العقود، حيث نجد أمام القضاء الكثير من الدعاوى، سواء المتعلقة بالمطالبة بالمقابل المالي للعقد، أو الدعاوى المتعلقة بإلغاء القرارات المتصلة بالعقد: وأهمها دعاوى إلغاء قرار الإدارة بوقف الأعمال، والتعويض عن الضرر الناجم عنه، أو دعوى استرداد التأمينات النهائية، أو المبالغ التي تقتطعها الإدارة من جانب واحد كغرامات التأخير، أو الطلبات التي تتعلق بسحب الأعمال والتنفيذ على حساب المتعهد، وكذلك طلبات فسخ العقد بإرادة الإدارة المنفردة.

ومن الملاحظ أن كثرة المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقود الإدارية، إنما هو مؤشر خطير على ارتكاب الإدارة لأخطاء عقدية متكررة، مما يؤدي بالضرورة إلى إحجام المتعاقدين عن الإشتراك في مناقضاتها، ومسابقاتها، وطلب عروضها، وعزوفهم مستقبلاً عن التعاقد مع الإدارة الأمر الذي سيؤثر على الأفراد المنتفعين بخدماتها، وبالتالي يؤدي إلى إرباكات في سير العمل الإداري في الدولة ومرافقها العامة.

وتظهر الإشكالية الرئيسة لهذا البحث في: مدى فاعلية الرقابة القضائية على إجراءات الإدارة واستخدامها الأمثل لسلطاتها في نطاق تنفيذ العقود الإدارية، ومدى نجاحها في حماية المتعاقد مع الإدارة عند إخلالها بالتزاماتها التعاقدية أو تجاوزها لسلطاتها الممنوحة لها في نطاق تنفيذ العقود الإدارية.

ويتفرع عن الإشكالية الرئيسة لهذا البحث عدد من التساؤلات التالية:

١ - ما مدى فاعلية الرقابة القضائية على إجراءات الإدارة المخلة بالتزاماتها التعاقدية سواء في حالة التأخر أو الامتناع عن أداء المقابل المالي أم في حالة إعادة التوازن المالي للعقد؟

٢ - ما مدى فاعلية الرقابة القضائية على انحراف الإدارة بسلطاتها في نطاق تنفيذ العقود الإدارية في حالة تجاوز الإدارة لسلطاتها في الرقابة والإشراف والتوجيه أم تجاوز سلطاتها الممنوحة لها قانوناً في تعديل العقد؟

٣ - ما مدى فاعلية الرقابة القضائية في حال تجاوز الإدارة لسلطاتها في فرض الجزاءات (المالية - الضاغطة) وكذلك في إنهاء العقد؟

٤ - هل نجح المشرّع السوري في معالجته للرقابة القضائية على إجراءات الإدارة وكذلك سلطاتها في تنفيذ العقود الإدارية بالمقارنة مع نظيره المصري والفرنسي؟

ثالثاً: أسباب اختيار البحث:

إن الإشكالية السابقة كافية بحد ذاتها لاختيار هذا الموضوع. ويزداد إصرارنا على التصدي لهذا الموضوع إذا علمنا أنه ليس هنالك ثمة استقرار في الاجتهاد القضائي حول موضوع الرقابة القضائية على إجراءات الإدارة في تنفيذ العقد الإداري، ولا حتى ضمن إطار تشريعي كافٍ يضمن حقوق المتعهدين بشكل كامل.

رابعاً: أهداف البحث:

تتجلى أهداف البحث بمايلي:

١ - إعادة النظر في هيكلية السلطات، والامتيازات الممنوحة للإدارة لجهة تأصيلها وبيان الغاية منها.

٢ - تأطير الرقابة القضائية، وبلورة إطارها القانوني، وتحديد مداها، والقيود التي تحدّها منها.

٣ - وضع إطار علمي وعملي لحق المتعاقد في التعامل مع هذه السلطات، وبيان مركزه القانوني تجاهها، ومحاولة وضع نظام حماية تشريعية وقضائية لمصلحته في مواجهة انحراف الإدارة في استخدام تلك السلطات.

خامساً: فرضيات البحث:

إن فرضية البحث في هذه الدراسة تتبلور في النظرة إلى المتعاقد على أنه شريك في إدارة المرفق العام، وليس خصماً للإدارة فهو شريكٌ مباشرٌ في الحفاظ على سير هذه المرافق بانتظام واطراد، وأيضاً لابدّ من مراعاة أوضاع المتعاقد، وحماية حقوقه، والمحافظة عليها بشتى السبل، والوسائل القانونية المستمدة من القانون أو العقد.

سادساً: صعوبات البحث:

كانت مرحلة تنفيذ العقد الإداري محل دراسات فقهية قليلة، وذلك بسبب الصعوبات التي اكتتفتها في الفترة السابقة. فلم نجد أبحاث مغنية لدراسة موضوع الرقابة القضائية على مرحلة تنفيذ العقد الإداري، ومما صعب موضوع الدراسة أيضاً عدم كفاية الأحكام القضائية الإدارية في هذا المجال، وهو ذات الأمر بخصوص المراجع القانونية الخاصة بموضوع الرقابة القضائية على تنفيذ هذا العقد، وكذلك الأحكام القضائية التي يمكن الاستئناس بها لحلّ المشكلات القانونية التي تطرحها الدراسة. ولقد حاولنا جاهدين الاستعانة بأحدث الأحكام القضائية التي تعالج موضوع الدراسة، سواءً في فرنسا، أو في مصر، أو سورية، وذلك من أجل بيان ما عليه العمل الآن والتطورات التي لحقت بموضوع الرقابة القضائية على تنفيذ العقود الإدارية.

سابعاً: منهج البحث:

لإنجاز هذه الدراسة والإحاطة بها إحاطة علمية كافية، يتطلب بالضرورة اعتماد المنهج التأصيلي والتحليلي في الدراسة، ذلك أن الإشكالية التي رافقت ولا تزال ترافق موضوع الدراسة تقتضي بالضرورة تعريف القارئ بنظرية الشروط الإستثنائية في العقود الإدارية أولاً، ومن ثم تعريفه بالتطبيقات القضائية للجزاءات المالية والضاغطة في مواجهة المتعاقد، ولا ننسى أيضاً التعرف على التعليقات والشروحات الفقهية التي تم تطويرها في هذا الصدد لنتمكن بدورنا من توضيح وجهة نظرنا، ومحاولة إعادة تقسيم فكرة الجزاءات العقدية بشكل عام، كل ذلك في ضوء الاتجاهات الحديثة للفقه والقضاء.

كما سيكون للمنهج المقارن الدور البارز في معالجة موضوع البحث؛ بهدف إغناء موضوع الدراسة، والتعرف على التطورات التشريعية والفقهية والقضائية ليصار إلى تقييمها ومحاولة تقديم المقترحات للمشرع السوري، وللقضاء السوري، والأخذ ببعضها عند ثبوت شرعيتها وعدالتها.

وستكون عينة المقارنة محصورة بين ثلاثة قوانين: الفرنسي والمصري والسوري؛ كون التشريع الفرنسي والمصري لهما الأثر الأكبر على القانون السوري، بالنظر إلى كونهما المصدر التاريخي للقانون الإداري السوري.

ثامناً: خطة البحث:

إن التصدي لموضوع الرقابة القضائية على إجراءات الإدارة في نطاق تنفيذ العقود الإدارية وعرضه بشكل ناجح يفرض علينا الإحاطة بالموضوع إحاطة علمية كافية، وذلك بتقسيم خطة البحث على الشكل التالي:

الباب الأول: الرقابة القضائية على إجراءات الإدارة المخلة بالتزاماتها العقدية.

الفصل الأول: الرقابة القضائية على مدى التزام الإدارة بأداء المقابل المالي

الفصل الثاني: الرقابة القضائية على مدى التزام الإدارة بإعادة التوازن المالي للعقد

الباب الثاني: الرقابة القضائية على انحراف الإدارة بسلطاتها في نطاق تنفيذ العقود الإدارية

الفصل الأول: الرقابة القضائية على سلطات الإدارة المتعاقدة.

الفصل الثاني: الرقابة القضائية على تجاوز الإدارة لسلطاتها في فرض الجزاءات وإنهاء العقد.

الباب الأول

الرقابة القضائية على إجراءات الإدارة
المخلة بالنزاهة العامة

الباب الأول

الرقابة القضائية على إجراءات الإدارة المخلة بالتزاماتها العقدية

من المستقر عليه بين فقهاء القانون العام هو أن الضمان الحقيقي لمبدأ المشروعية^(١) يكمن في خضوع تصرفات، وأعمال السلطات العامة -المتتملة بالإدارة - لرقابة القضاء، ويهدف القضاء كما هو معلوم إلى فصل الخصومات والمنازعات بين الأفراد، ويتسم القضاء والاستقلال والنزاهة والحياد عن أطراف النزاع، والإلزام بالشؤون القانونية والمسائل المتعلقة بالمنازعات بين الأفراد^(٢). فالقضاء يعتبر الملاذ والملجأ لجميع السلطات العامة والأفراد، لتحقيق الالتزام بمبدأ المشروعية عن طريق فرض احترام القانون على الإدارة، وممارسة الرقابة عليها من قبل رجال السلطة القضائية.

ويقصد بالرقابة القضائية: "إسناد الرقابة على مشروعية أعمال الإدارة إلى السلطة القضائية باعتبارها سلطة مستقلة دستورياً عن السلطة التنفيذية وفروعها. وتصرفات الإدارة تعتبر من أكثر أنواع الرقابة ضماناً لحقوق الأفراد، وحياتهم والأمر كذلك يتعلق بخضوع الجزاء الصادر من السلطة الإدارية بحق المتعاقد المقصر بتنفيذ التزاماته التعاقدية مع الإدارة لرقابة القضاء، وضماناً لعدم تعسف الأخيرة في الجزاءات المفروضة على المتعاقد حماية لحقوقه، بحيث لا تنحرف تلك الجزاءات عن تحقيق الغاية من فرضها وتؤدي إلى عكس النتائج المبتغاة منها"^(٣).

كما تُعرّف الرقابة القضائية اصطلاحاً بأنها: "تلك السلطات والصلاحيات الممنوحة للمحاكم العادية أو الإدارية، استناداً إلى نصوص القانون والتي يكون

(١) مبدأ المشروعية يعني به خضوع الحاكم والمحكوم لحكم القانون.

(٢) د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٤، ص ٦٠.

(٣) فارس علي جانكير، سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٤، ص ٩٤.

بموجبها لهذه المحاكم سلطة الفصل فيها وإصدار أحكام في المسائل التي تكون الإدارة طرفاً فيها بما يكفل حقوق وحريات الخصوم"^(١).

وعلى الرغم من وجود أنواع أخرى من الرقابة على أعمال الإدارة، إلا أن الرقابة القضائية تمثل أفضل ضمانات؛ لتطبيق حكم القانون والوسيلة الأكثر فعالية إذا تمت ممارستها باستقلال تام ومن دون تدخل^(٢). ومن هنا تبدو أهمية الرقابة القضائية في أنها تعد ضمانات من ضمانات المتعاقد مع الإدارة - في نطاق العقود الإدارية - وذلك للحد من تعسف الإدارة في حالة فرض الجزاء عليه أو الإدارة في حال مخالفتها للقانون، كما تعتبر الضمانة الحقيقية للأفراد مقابل تجاوز السلطة الإدارية لحدودها الوظيفية^(٣). وعليه يجوز للمتعاقد التظلم أمام القضاء من قسوة الجزاء المفروض عليه من قبل الإدارة إذا ما أخطأت أو لجأت إلى المغالاة في استعمال سلطتها بفرض الجزاء^(٤)، فيفصل القاضي بمشروعية قرار الإدارة من عدمه، وأبانتقاء السبب الذي يبرر قرارها، وبالتالي الحكم للمتعاقد بالتعويض العادل. الأمر لا يختلف بالنسبة لإجراء توجيه أعذار للمتعاقد من قبل الإدارة قبل فرض الجزاء عليه ففي حالة عدم قيام الأخيرة بهذا الإجراء؛ فإنَّ الجزاء المفروض من قبلها يعتبر غير مشروع وبالتالي لا بد من الخضوع في ذلك لرقابة القضاء^(٥).

وإنَّ حقَّ الإدارة في فرض الجزاء على المتعاقد المقصر (الضمان سير المرفق العام بانتظام واستمرار)، يقابله ضرورة توفير ضمانات للأخير تحميه من تعسف الإدارة مما قد يترتب على فرض هذه الجزاءات من أضرار قد تلحق تهديداً بمركز المتعاقد المالي، وبالتالي قد يكون له أثر على سمته في المجالات

(١) رشا محمد جعفر الهاشمي، المرجع السابق، ص ١٢٤ - ١٢٥.

(٢) د. عثمان ياسين علي، المرجع السابق، ص ٩.

(٣) د. سامي جمال الدين، القضاء الإداري، الرقابة على أعمال الإدارة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٣٠٣.

(٤) أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ١٨٠.

(٥) د. حسان عبد السميع هاشم، الجزاءات المالية في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٣٧.

الاقتصادية^(١). وذلك لن يكون إلا من خلال خضوع أعمال الإدارة لرقابة القضاء، التي تعيد شيئاً من التوازن بين أطراف العقد الإداري، كما أنه من جهة أخرى فإن الرقابة التي تقوم بممارستها المحاكم تهدف من ورائها إلى حماية مصالح المواطنين (بشكل عام) من خلال تأمين احترام الإدارة لمبدأ المشروعية، وعدم تعسفها في ممارسة سلطاتها وذلك؛ إما بإلغاء العمل المخالف للقانون أو الحكم بالتعويض عنه أو الإثنين معاً.

و لكي يقوم القضاء بممارسة رقابته على القرار الصادر من الإدارة، والمتعلق بفرض الجزاء على المتعاقد المقصر؛ فإنه لا بدّ من تحريك دعوى ورفعها أمام القضاء من قبل أصحاب الشأن، فالقضاء لا يتحرّك من تلقاء نفسه. ومن الجدير ذكره أن المحاكم العادية هي التي تمارس الرقابة على تصرفات وأعمال الإدارة في الدول ذات النظام القضائي الموحد، كإنكلترا حيث تقوم بالفصل في جميع أنواع المنازعات الإدارية، وغير الإدارية، بينما يختلف الوضع في الدول ذات القضاء المزدوج كفرنسا، ومصر، وسورية فإنه يوجد إلى جانب المحاكم العادية محاكم إدارية تتولى الفصل في المنازعات التي تثور بين الإدارة والأفراد، والتي تكون الإدارة طرفاً فيها وتتصرف باعتبارها سلطة عامة^(٢).

والرقابة القضائية على أعمال الإدارة هي رقابة واسعة، بحيث تشمل مدى مشروعية القرارات الصادرة من سلطة الإدارة - بفرض الجزاء على المتعاقد المقصر - وذلك من ناحية الشكل والاختصاص، ومخالفة أحكام القانون وتعسف الإدارة وانحرافها، إضافة إلى النظر في ملائمة القرار الإداري من خلال النظر في تناسب الجزاء المفروض على المتعاقد مع الخطأ الذي ارتكبه^(٣).

فمن المسلّم به أن القضاء الإداري هو وحده (القضاء المختص بالمنازعات الإدارية التي تقوم بين طرفي العقد ماعدا المسائل الأولية، كتلك المتعلقة بأهلية

(١) د. عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٠، ص ٢٣٨.

(٢) د. حسين عثمان محمد، قانون القضاء الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص ٨٢.

(٣) د. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢، ص ١٥٨.

المتعاقد التي تدخل في اختصاص القضاء العادي). فالمنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية في الدول ذات النظام القضائي المزدوج كفرنسا ومصر وسورية فإن القضاء الإداري هو المختص وله الولاية العامة في النظر في هذه المنازعات، وهو اختصاص من النظام العام فلا يجوز لأطراف العقد مخالفته^(١).

ومنازعات العقود الإدارية تدخل بحسب الأصل في اختصاص القضاء الإداري الكامل، ولا يدخل في اختصاص قضاء الإلغاء سوى القرارات الإدارية المنفصلة عن العملية التعاقدية^(٢)، وبالتالي يلجأ المتعاقد إلى القضاء الكامل للطعن في قرار السلطة الإدارية المتمثل بالجزاء المفروض عليه، فسلطة القاضي في منازعات القضاء الكامل تفسح له المجال باتخاذ كل القرارات الضرورية التي من شأنها أن ترضي طرفي النزاع وتقدير كل ما هو ضروري للوصول إلى حل للنزاع بينهما، في حين أن قضاء الإلغاء (الذي يطلق عليه في فرنسا الطعن لتجاوز حد السلطة) يمنح صاحب الشأن الحق فقط في طلب إلغاء القرار الإداري؛ لعدم مشروعيته، ويكون للقاضي في هذه الحالة أن يتمعن في مشروعية القرار الإداري، ومدى مطابقته للقانون من عدمه، وبالتالي له أن يقضي بإلغاء القرار دون أن يمتد إلى أكثر من ذلك سواء بتعديله، أو تقويمه، أو استبداله بغيره^(٣). ففي ولاية القضاء الكامل لا تنحصر مهمة القاضي في إلغاء قرار السلطة الإدارية المطعون فيه كالقضاء الذي يقف دور القاضي به عند حد إلغاء القرار الإداري غير المشروع أو المخالف لأحكام القانون، بل يمتد ليشمل تعديله أو استبداله بالإضافة إلى الحكم بالتعويضات^(٤).

وبهذا تُعد الرقابة القضائية هي الضمان الفعلي للأفراد في مواجهة تجاوز الإدارة لحدود وظيفتها، وتعسفها في استخدام سلطتها وخروجها عن حدود مبدأ

(١) د. إبراهيم عبد العزيز شيجا، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٢٨٢.
(٢) د. محمد السناري، التطورات الحديثة للطعن بالإلغاء في العقود الإدارية، دراسة تحليلية نقدية لأحكام القضاء الإداري في فرنسا ومصر، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، بلا عام نشر، ص ٣٨.

(٣) د. إبراهيم عبد العزيز شيجا، المرجع السابق، ص ٢٨٢.

(٤) فارس علي جانكير، المرجع السابق، من ص ٩٤ إلى ص ٩٨.

المشروعية^(١). فقد تخل الإدارة بالتزاماتها التعاقدية خلال مرحلة تنفيذ العقد الإداري، فكان لا بد من ضرورة إقرار الرقابة القضائية عليها.

وسنقسم هذا الباب إلى الفصلين التاليين:

الفصل الأول: الرقابة القضائية على مدى التزام الإدارة بأداء المقابل المالي.

الفصل الثاني: الرقابة القضائية على مدى التزام الإدارة بإعادة التوازن المالي للعقد.

(١) توميد أحمد محمد، التنظيم القانوني للجزاءات المالية في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٧م، ص ١٤٥.

الفصل الأول

الرقابة القضائية

على مدى التزام الإدارة بأداء المُقابل المالي

المبحث الأول: عدم التزام الإدارة بأداء المقابل المالي.

- المطلب الأول: تحديد المقابل المالي.
- الفرع الأول: تعريف المقابل المالي.
- الفرع الثاني: أساليب تحديد المقابل المالي.
- الفرع الثالث: مواعيد تحديد المقابل المالي.
- الفرع الرابع: الوفاء بالمقابل المالي.

المطلب الثاني: صور عدم التزام الإدارة بأداء المقابل المالي.

- الفرع الأول: تعديل الإدارة للسعر المتفق عليه.
- الفرع الثاني: تأخر الإدارة في الوفاء بالتزاماتها المالية.
- الفرع الثالث: مخالفة الإدارة لشرط زيادة الأسعار.
- الفرع الرابع: تأخر الإدارة في الإفراج عن الكفالات.

المبحث الثاني: حق المتعاقد في المطالبة بالتعويض عن الخطأ العقدي.

المطلب الأول: مفهوم الخطأ العقدي.

- الفرع الأول: تعريف خطأ الإدارة العقدي.
- الفرع الثاني: حالات إعفاء الإدارة من التعويض في الخطأ العقدي.

المطلب الثاني: القضاء المختص بالتعويض عن الخطأ العقدي.

- الفرع الأول: معيار العقد الإداري الخاضع لاختصاص القضاء.
- الفرع الثاني: نطاق اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية.
- الفرع الثالث: نظام التعويض عن الخطأ العقدي.

الفصل الأول الرقابة القضائية

على مدى التزام الإدارة بأداء المُقابل المالي

من الثابت أن للمتعاقد حق أصيل في أن تحترم جهة الإدارة التزاماتها التعاقدية معه، ذلك أن العقد الإداري يُؤلّد في مواجهة الإدارة التزامات عقدية يترتب على مخالفتها لها جزاء يكون من حق المتعاقد المطالبة بتوقيعه. ولاشك أن المتعاقد مع الإدارة يسعى من وراء تعاقدّه إلى تحقيق الربح لاسيما إذا كان شخصاً من أشخاص القانون الخاص، وهو الغالب.

والعقد الإداري يقيم نوعاً من التوازن المالي بين مصالح طرفيه، ومن حق المتعاقد مع الإدارة إذا اختلّ هذا التوازن أن يُطالب بالتعويض لإعادته إلى ما كان عليه حتى يستطيع مواصلة تنفيذ العقد بصورة لائقة، وهذا الحق مُعترف به دون حاجة إلى النص عليه صراحةً في العقد.

ويتمتع المتعاقد مع الإدارة بعدد من الحقوق الناشئة عن العقد الإداري الذي يلتزم بتنفيذه، تتركز أساساً في حقين هما: حق اقتضاء المقابل المالي، وحق إعادة التوازن المالي للعقد.

وسنتناول دراسة هذا الفصل وفق المبحثين التاليين:

المبحث الأول: عدم التزام الإدارة بأداء المقابل المالي.

المبحث الثاني: حق المتعاقد في المطالبة بالتعويض عن الخطأ العقدي.

المبحث الأول

عدم التزام الإدارة بأداء المقابل المالي

يسعى المتعاقد مع الإدارة لتحقيق مصالح مادية من وراء تعاقدته تتمثل في المقابل المالي النقدي للسلع أو الخدمات التي يُقدّمها للإدارة وفقاً لالتزاماته التعاقدية، ويمثل التزام الإدارة بأداء المقابل المالي أهم حق من حقوق المتعاقد معه باعتباره يُمثل الدافع على تعاقدته مع الإدارة، ونشوء هذا الالتزام على عاتق الإدارة يفترض قيام المتعاقد بتنفيذ التزاماته.

ويشمل الالتزام المالي الذي يقع على عاتق الإدارة مجموع الحقوق التي يتمتع بها المتعاقد، وهي الحق في اقتضاء السعر المحدد في العقد أو الحق في تطبيق الشروط العقدية ذات الطبيعة المالية^(١).

وواقع الأمر أن الالتزامات المالية تُحدّد بطريقة دقيقة ومفصلة في العقد، وتختلف طبيعة المقابل المالي باختلاف العقود الإدارية، ففي عقد الإمتياز يتمثل بما يحصل عليه المتعاقد من رسوم تُفرض على المنتفعين من خدمات المرفق؛ أما في عقود التوريد والأشغال العامة، قد يكون الثمن الذي تدفعه الإدارة نظير السلع التي تم توريدها أو الأشغال التي تم تنفيذها، والقاعدة فيما يخص المقابل المالي نصّت على ألا يدفع المقابل المالي إلا بعد انتهاء تنفيذ العقد، وتسوية الحساب الختامي إلا في بعض الحالات التي تتعلق بطبيعة العقد الذي يتطلب تنفيذه مدة طويلة، فإن الإدارة قد تدفع جانباً من هذا المقابل مقدماً، أو أثناء التنفيذ، خاصة إذا كان هذا التنفيذ يتطلب كثيراً من النفقات ومنتعساً من الوقت.

ولدراسة المقابل المالي لابدّ لنا من البحث في تحديد المقابل المالي، وصور عدم التزام الإدارة بأدائه وفق المطلبين التاليين:

المطلب الأول: تحديد المقابل المالي.

المطلب الثاني: صور عدم التزام الإدارة بأداء المقابل المالي.

(١) د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٥٢٧.

المطلب الأول

تحديد المقابل المالي

يمثل الثمن المقابل المالي الذي يحصل عليه المتعاقد جزاء تنفيذ التزاماته التعاقدية^(١)، فعندما يقوم المتعاقد بتنفيذ جميع التزاماته حسب الشروط والمواصفات المطلوبة دون إهمال أو تأخير، فإنّه من حقه أن يتلقى من الإدارة المبالغ المالية التي يستحقها لقاء تلك الأعمال، فالمقابل المالي يشكل الدافع الأساسي للتعاقد مع الجهات العامة، ويحظى هذا المقابل بأهمية كبرى في نطاق عقود الشراء العام، حيث تعد مسألة تحديده ضرورة حتمية لإتمام قيام العقد على أن يتم دفعه من قبل الإدارة العامة للمتعاقد على صورة ثمن. وسندرس هذا المطلب من خلال تقسيمه إلى الفروع التالية:

- الفرع الأول: تعريف المقابل المالي

- الفرع الثاني: أساليب تحديد المقابل المالي.

- الفرع الثالث: مواعيد تحديد المقابل المالي.

- الفرع الرابع: الوفاء بالمقابل المالي.

الفرع الأول

تعريف المقابل المالي

يُعد الثمن (Le Prix) مصطلحاً مرادفاً لمصطلح (قيمة العقد)، والذي يشمل المبالغ الواردة في العقد وأي إضافات أو تنزيلات يمكن أن تطرأ على هذه المبالغ، وعليه فإن الثمن بهذا المعنى يختلف عن السعر التقديري للعقد، الموضوع من قبل الجهة العامة عند الإعلان عن رغبتها في التعاقد بأسلوب المناقصة، وهذه الأسعار وإن كانت لا تمثل المقابل المالي؛ إلا أنّها تعد أساساً يعتمد عليه العارض عند

(١) عزة محمد سلمان، المقابل المالي في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، دمشق، سورية، ٢٠١٣م، ص ١١.

تحديد القيمة التي يرتضيها في عرضه، وبالتالي فإن الدور الجوهرى لهذه الأسعار التقديرية يظهر حين تطلب الجهة العامة تقديم العروض على شكل نسب تزيد أو تنقص عن هذه الأسعار. إذا فالمبلغ الذي تلتزم الإدارة بدفعه هو الثمن المحدد في العقد، والذي تحدد حقوق المتعاقد المالية تبعاً لنصوصه.

ويُحدّد الثمن وفقاً لعملة الدولة طالبة التعاقد متى كانت العقود داخلية، إلا أن الأمر يختلف في العقود الخارجية، فقد يلزم القانون بتحديد الثمن بالعملة الأجنبية ومعادلها في العملة الوطنية كما هو الحال في مصر.

أما في سورية فقد جرى العرف على وضع قيمة العقد بالعملة الوطنية، أو الأجنبية، مع إمكانية وضع السعر المقابل للسعر الرسمي للعملة الأجنبية، ويعد هذا السعر ثابتاً، وتجري تسويته في حالتي الزيادة أو النقصان في أسعار العملات عند الوفاء التام من خلال دعوى فروق الأسعار.

ويختلف الثمن في إطار عقود الشراء العام باختلاف نوع العقد، فهو مقابل تنفيذ الأشغال في نطاق تنفيذ الأشغال العامة، وقيمة التوريد في عقد التوريد، وقيمة الخدمات المقدمة في عقد الخدمات والفائدة في عقد القرض العام^(١).

الفرع الثاني

أساليب تحديد المقابل المالي

من المسلّم به أن للثمن طابع عقدي، يتم تحديده بالاتفاق بين الإدارة والمتعاقد معها وفقاً لأساليب متعددة ومتنوعة تملّحها أحياناً طبيعة ونوع العقد.

وتشكل مسألة تحديد الثمن أساساً مهماً في قيام العلاقة التعاقدية بين الإدارة والمتعاقد معها، وتحديد الثمن ينطوي على مفهومين اثنين يجب مراعاتهما، أولهما: الطريقة التي تتم بموجبها عملية التحديد هذه، وثانيهما: يتمثل بالوقت الذي يجب أن يكرس فيها الاتفاق حول تحديد هذا الثمن.

(١) عزة محمد سلمان، المرجع السابق، ص ١١ - ١٢.

وتعتبر عملية تحديد الثمن أمراً جوهرياً مهماً في العملية التعاقدية ينبغي على كل من جهة الإدارة والمتعاقد معها مراعاتها بكل دقة، وذلك تلافياً لما قد يحدث مستقبلاً من منازعات^(١)، إلا أنه قد يحدث أحياناً ألا يتضمن العقد كيفية تحديد الثمن، وهو أمر تتكفل به عادة النصوص التشريعية وأحكام القضاء.

ويتم تحديد الثمن حسب الطريقة المتبعة إما باتفاق الطرفين، أو بالاتفاق المباشر دون تحديد الثمن. وقد يختلف تحديد الثمن باختلاف طريقة التعاقد، فالثمن إما أن يُطرح من قبل المتعاقد وتقبله الإدارة كما هو، أو يكون ناتجاً عن التفاوض المباشر بين العارض والإدارة، أو يحدد من قبل القضاء بشكل لاحق لتنفيذ الالتزام، كما في حالة العقود الإدارية الفعلية^(٢).

أولاً: تحديد الثمن باتفاق الطرفين:

الأصل أن يتم تحديد الثمن باتفاق الطرفين بمقتضى شرط يدرج في صلب العقد أو بمقتضى وثائق مستقلة تلحق بالعقد؛ ولكنها تأخذ حكم العقد، بحيث تعتبر جزءاً لا يتجزأ منه، ومكملة لبنوده^(٣).

وتتعدد الوسائل التي يلجأ إليها المتعاقدان لتحديد الثمن، وإن كان الأصل المتبع في ذلك هو تحديد الثمن بموجب رقم محدد، وإنما قد يتفق المتعاقدان على عناصر خارجة عن العقد كأن يتفقا على اتخاذ الأسعار السائدة في وقت محدد أساساً؛ لتحديد الثمن^(٤).

(١) د. مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، حقوق وضمانات المتعاقد مع الإدارة والتحكيم في العقد الإداري، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٤، ص ٥٠٤.

(٢) تعرّف العقود الإدارية الفعلية بأنها: "العقود التي لم ترأَ فيها إجراءات الانعقاد، وبالتالي لم تتشكل فيها رابطة قانونية بين الإدارة والمتعاقد معها". للتوسع أكثر انظر: د. مهند نوح، اتجاهات جديدة لدى مجلس الدولة السوري في نطاق العقود الإدارية، مجلة المحامون، العدد ٥-٦، دمشق، سورية، ٢٠٠٧م، ص ٦٣٦.

(٣) د. محمد عبد العال السناري، وسائل التعاقد الإداري وحقوق والتزامات الإدارة والمتعاقد معها (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص ٤٢٣.

(٤) د. محمد سعيد أمين، الأسس العامة للالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٨٣، ص ٤٣٤.

ومتى اتفق الطرفان على سعر معين؛ فإنه لا يُسوغ لأحدهما أن ينفرد بتعديله أو المساس به دون موافقة الطرف الآخر، ويعبر عن ذلك بمبدأ عدم المساس بالسعر، والذي يعتبر أحد تطبيقات القوة الملزمة للعقد. ومن هنا فإن الشرط المتعلق بالسعر يعد من الشروط التعاقدية، وترتيباً على ما تقدم لا يجوز للإدارة أن تعدل في سعر العطاء أو المساس به، حيث يقتصر التعديل فقط على تلك الشروط المتعلقة بسير المرفق العام وانتظامه، والتي ليس من بينها بطبيعة الحال الشروط المالية المستحقة للمتعاقد.

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية على هذا المبدأ حيث قضت بأنه:

«من المسلّم به أن الشروط التي تتعلق بتحديد المقابل النقدي في العقد بصفة عامة هي شروط تعاقدية، ومن ثم تحدد بدقة وقت التعاقد، ولا يستطيع أحد طرفي العقد كأصل عام تعديلها؛ إلا بموافقة الطرف الآخر، وسلطة الإدارة في التعديل لا تنصب إلا على الشروط المتعلقة بتسيير المرفق العام، وليس من بينها تلك التي تحدد المقابل المالي في العقد الإداري، ولهذا فإن الشروط المتعلقة بالمقابل النقدي في العقد تنسم بصفة الاستقرار، ويجد ذلك أصله في أن التزامات كل من أطراف العقد تتحدد وقت التعاقد، حيث يقدّر كل طرف في هذا الوقت المقابل الذي يطلبه، ويسعى إليه كناتج لما يقدمه الطرف الآخر، ويحقق به التوازن المالي للعقد، فإذا ما حدّد المقابل في تاريخ التعاقد بنسبة معينة من قيمة الأعمال، فإن هذه النسبة والقيمة المحددة لها تكون من بنداً ثابتاً في العقد لا يجوز المساس به، باعتبار النص عليها في حقيقة الأمر هو نص على شرط تعاقدية، وذلك دون النظر إلى تقلبات السوق أو العملة أو التعريفات الجمركية، وغيرها من المسائل المتوقعة حدوثها لدى المتعاقد مع الإدارة»^(١).

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٢٥١٩، لسنة ٣٤، جلسة ١٩٩٣/٨/٣١. مجموعة مبادئ المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع منذ نشأتها منذ عام ١٩٤٦ حتى ٢٠٠٥ في العقود الإدارية الجزء الأول والثاني، المكتب الفني لمجلس الدولة المصري. ص ٣٩٥.

إنَّ اختلاف موضوع العقد الإداري ينعكس اختلافاً على مستوى آلية تحديد الثمن، من هنا نجد أنه من الضروري تسليط الضوء على طبيعة تحديد الثمن في عقود الأشغال، وعقود التوريد كلٍّ على حده.

١ - تحديد الثمن في عقود الأشغال العامة:

على الرغم من تعدد طرق تحديد الثمن في عقود الأشغال العادية إلا أن أهمها:

أ - تحديد الثمن بصورة إجمالية للعملية موضوع التعاقد برمتها: وبموجب هذه الطريقة يتم تحديد كافة الأعمال، كما يتم تحديد إجمالي الثمن المقابل لتلك الأعمال، وذلك ضمن شروط العقد.

ب - تحديد الثمن بحسب وحدة معينة من وحدات القياس: بموجب هذه الطريقة لا يتم تحديد كمية وحجم الأعمال المطلوب تنفيذها كما في الطريقة السابقة، إنما يتحدد الثمن بحسب وحدة معينة من وحدات القياس من خلال تحديد ثمن كل نوع من أنواع الأشغال الواجبة التنفيذ، وذلك على عكس ما ورد في الطريقة الأولى من تحديد لإجمالي الأعمال موضوع التعاقد، وبغض النظر عن نوعها.

وهي ذات الطريقة التي يسميها فقه آخر إعادة القياس حيث يتم فيها الاتفاق على ثمن معين لكل بند من بنود الأشغال المطلوب تنفيذها مع تحديد كميتها وحجمها، وتتخذ قيمة البند أساساً في التعاقد، بحيث يعاد قياس الكميات المنفذة فعلاً، وتقرب في سعر البند، ويدفع للمقاول حسب ما نفذه في الواقع، ويكون سعر العقد الإجمالي متغيراً وفقاً لما يتم تنفيذه فعلاً.

ج - تحديد ثمن لكل نوع من أنواع الأعمال التي يقوم عليها المشروع محل عقد الأشغال، وتعتبر هذه الطريقة عملية جداً، بحيث يتم تحديد الأثمان المختلفة في العقد لكل نوع من أنواع الأشغال الواجب تنفيذها دون تحديد مسبق لكمية الأعمال الإجمالية.

٢ - تحديد الثمن في عقود التوريد:

يختلف الثمن في عقود التوريد العادية عنه في عقود التوريد الصناعية، وكذلك في عقود التوريد التي تنصب على المنفعة:

أ - طرق تحديد الثمن في عقود التوريد العادية:

يعرّف عقد التوريد بأنه: "عقد إداري حكماً يتضمن الاتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام، وشخص طبيعي (فرد أو شركة) أو مع شخص معنوي آخر من الأشخاص العامة، يقوم بموجبه بتوريد منقولات متفق عليها من حيث الكم والنوع والمواصفات أو العينات المطلوبة"^(١).

ويمكن التمييز بين ثلاث طرق رئيسة لتحديد الثمن في هذا النوع من العقود:

- الطريقة الأولى: تحديد الثمن بصفة إجمالية في العقد حيث يحدد المتعاقدان بموجب هذه الطريقة الكمية المطلوب توريدها وثنمها الإجمالي، سواء أتم هذا التوريد دفعة واحدة، أم كان على دفعات^(٢).

- الطريقة الثانية: طريقة تحديد الثمن لكل نوع من الأصناف الموردة، بحيث يتم تحديد ثمن مستقل لكل صنف من السلع المطلوب توريدها، وتحديد ثمن الوحدة من الصنف الواحد، ويتمثل ثمن الصنف في إجمالي عدد الوحدات الموردة من هذا الصنف مضروباً في ثمن الوحدة منه.

- الطريقة الثالثة: هي طريقة تحديد الثمن بالإحالة إلى عنصر خارجي عن العقد، حيث يتم الاتفاق على تحديد الثمن على أساس أسعار السوق السائدة في تاريخ محدد، ومثال ذلك عقود توريد الفاكهة والخضراوات إلى المستشفيات، ومعسكرات القوات المسلحة، حيث يتم الاتفاق على توريدها في مواسم إنتاجها السنوية ولم يكن سعرها قد تحدد عند إبرام العقد، ومن العناصر الخارجية التي يستعين بها طرفي العقد عند تحديد الثمن متوسط الأسعار السابق التعامل بها في عقود سابقة^(٣).

(١) زياد العرسان، عقد التوريد ودوره في تسيير المرافق العامة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، دمشق، سورية، ٢٠١٦، ص ١٤.

(٢) د. عاطف سعدي محمد علي، عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٥ مصر، ص ٤٩٤.

(٣) د. ابراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية وفقاً للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٣، ص ١٨١.

ب - تحديد الثمن في عقود التوريد الصناعية:

يختلف تحديد الثمن في هذا النوع من العقود بحسب ما إذا كانت عملية التصنيع تتم بخامات ومواد أولية مملوكة للمورد فهنا يتم تحديد السعر على ضوء قيمة وطبيعة المنتج النهائي، سواء كان في شكل وحدة أو وزن أو قياس، أما إذا كانت عملية التوريد تتم عن طريق تسليم مواد قديمة للمورد لتحويلها إلى مواد أخرى جديدة وتحويلها إلى منتج جديد يُعاد توريده لجهة الإدارة (عقود التحويل) فقد وضع الفقيه (جيز) جملة أفكار مهمة يمكن الإستعانة بها في حل مشكلات تحديد الثمن في عقود الإستبدال وعقود التحويل، والفارق الجوهرى بينهما، فالثمن في عقود الإستبدال يتم تحديده باتباع الخطوات التالية^(١):

- تحديد ثمن المواد الجديدة بمعزل عن أي تنازل عن مواد قديمة، ومعنى ذلك تحديد ثمن المواد القديمة كما لو كانت جديدة أصلاً.

- تحديد ثمن المواد القديمة المطلوب تغييرها.

- المعدل المطلوب دفعه هو الفارق بين المقدار الإجمالي للمواد ومقدار المواد القديمة، على ألا يتجاوز المعدل المطلوب دفعه من الدولة الحد المقبول، ويكون المعدل مقبولاً بمقارنته بالمعدل الخاص بآخر عملية توريد مماثلة.

- أما تحديد الثمن في عقود التحويل، مثل تسليم المورد دقيقاً؛ لتحويله إلى خبز وتحويل جلد خام إلى مُصنَّع، فيتم بخصم الفرق بين ثمن المنتج المطلوب توريده، وثن المواد الخام الجديدة المسلمة للمورد، كما يمكن أن يحدد عقد التحويل سعراً موحداً للتصنيع، وهو ما أطلق عليه (جيز) سعر التصنيع^(٢).

ج - تحديد الثمن في عقود التوريد التي تنصب على المنفعة:

استخدم المشرع الفرنسي صوراً جديدة لعقد التوريد في قانون المشتريات الفرنسي رقم ٩٧٥/ لعام ٢٠٠٦، وهي تلك التي تنصب على المنفعة من

(١) د. مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص ٥١٤.

(٢) د. هاني عبد الرحمن إسماعيل، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ٢٠١٢، ص ١٠٤٤.

الأداءات محل العقد والتي تتمثل في عقود الايجار التمويلي، والايجار البيعي للمنتجات والمعدات.

وفي جميع هذه الحالات يتم دفع مقابل الانتفاع بموضوع العقد على شكل أجرة معلومة تدفع على أقساط؛ إلا أنه في عقود الايجار البيعي تعتبر جميع الأقساط هي الثمن الذي يدفع للمورد، حيث تؤول ملكيتها إلى الإدارة عند الوفاء بالقسط الأخير، أما في عقود الايجار التمويلي، فإن الإدارة لها الخيار في تملك الأجهزة والمعدات المستأجرة أو بعضها مقابل الوفاء بالثمن المتفق عليه مسبقاً، والذي يراعى عند تحديد ما تم الوفاء به على سبيل الأجرة، ولو بصفة جزئية.

ثانياً: حالة الاتفاق المباشر دون تحديد الثمن:

إذا كان تحديد الثمن أمراً جوهرياً؛ إلا أنه قد يحدث في بعض الحالات ألا يتضمن العقد كيفية تحديد الثمن، وعدم الإحالة على عنصر خارجي يمكن الإستعانة به؛ لتحديد قيمة الثمن سواء كان عدم التحديد راجعاً لإغفال المتعاقدين أم لم تكن ظروف التعاقد تسمح للطرفين التحديد المسبق للثمن، وفي هذه الحالات تتكفل عادةً النصوص التشريعية أو الأحكام القضائية ببيان كيفية تحديد الثمن، ونوضح فيما يلي حالات عدم الاتفاق على الثمن، مع بيان الحكم الواجب لكل حالة من هذه الحالات:

- حالة التعاقد بالأجر المباشر دون تحديد الثمن: عندما تطلب الإدارة من المورد توريد أصناف معينة على أن يقدم فاتورة الحساب فيما بعد، وفي هذه الحالة يلجأ إلى الطريقة المقررة تشريعياً؛ لتحديد الثمن وإلا حدد بناء على سعر السوق وقت الشراء^(١).

- الأمر الصادر من جهة الإدارة بتوريد كميات أكثر من المتفق عليه: عندما تطلب الإدارة توريد كميات تزيد عن تلك المتفق على توريدها أصلاً في العقد، فإذا كانت التوريدات من نفس جنس موضوع العقد الأصلي؛ يسري السعر الأصلي، أما إذا

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٣٥٤ لسنة ١٠٠ق، جلسة ١٩٦٩/٢/١، الموسوعة الإدارية الحديثة، أ. عبد المنعم بيومي ود. نعيم عطية، الدار العربية للموسوعات، مصر ١٩٩٩، ص ١١٧٧.

كانت التوريدات الزائدة تختلف عن جنس موضوع العقد الأصلي فيقدر السعر بطريقة جديدة وبحسب نوع وطبيعة الأصناف الموردة بالزيادة^(١).

ثالثاً: التحديد في حالة العقود الإدارية الفعلية:

يُطلق مصطلح العقود الإدارية الفعلية على العقود التي لم ترعَ فيها إجراءات الانعقاد، وبالتالي لم تتشكل فيها رابطة قانونية بين الإدارة والمتعاقد معها وبناء على ذلك يعد هذا العقد باطلاً، على الرغم من قيام المتعاقد بتنفيذ أعماله أو جزء منها^(٢)، وبناء على ذلك يمكن القول بأن بعض الإجراءات اللازمة تكون موجودة مثل إجراء مناقصة، أو التفاوض، وبالتالي تحدد شروط تتعلق بالمقابل المالي من حيث مقداره أو طريقة دفعه، إلا أن هذه الشروط لا يمكن تطبيقها لانعدام الرابطة التعاقدية، وعليه فإنه لا بدّ من البحث عن وسيلة أخرى؛ لتعويض المتعاقد الفعلي عن الأعمال التي نفذها^(٣).

وتُعزى ضرورة التعويض هنا بحسب مجلس الدولة السوري، إلى الواقع الفعلي للعقد على الرغم من زواله كمستند قانوني، وهذا التعويض يكون على أساس المسؤولية التقصيرية للإدارة، متى دفعت الإدارة المتعاقد إلى مباشرة التنفيذ بشكل جدي وكاف، على الرغم من وجود نقص في الرابطة التعاقدية، فإذا لم تتوفر هذه الشروط جرى التعويض على أساس نظرية الإثراء بلا سبب^(٤)، بشرط وجود منفعة جدية تعود على الإدارة، وبالتالي يستحق المتعاقد كلفة التنفيذ مجردة من كل ربح أو تعويض تطبيقاً لقاعدة لكل عمل أجر^(٥).

(١) د. عادل عبد الرحمن خليل، المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص ١١٦.

(٢) د. مهند نوح، اتجاهات جديدة لدى مجلس الدولة السوري في نطاق العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٦٣٦.

(٣) عزة محمد سلمان، المرجع السابق، ص ٣٦.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، رقم ١٤٧/٣٨ لعام ١٩٨٥، المحامي مصباح المهاني، اجتهادات المحاكم الإدارية العليا في أربعين عاماً، الجزء الثالث، مؤسسة النوري، ٢٠٠٥، ص ٣٧.

(٥) حكم محكمة القضاء الإداري السورية، رقم ٢٨/٤٤١ لعام ١٩٨٠، المحامي مصباح المهاني، مرجع سابق، ص ٣٥.

إذ إن الاجتهاد القضائي لدى مجلس الدولة السوري قد عدّ أن قيام الإدارة بتكليف المتعهد بتنفيذ الأعمال العقدية ولو بصورة شفوية، ومن ثم قبوله بتلك الأعمال، إنما يضيف على الاتفاق الذي تم بينها وبين المتعهد المذكور صفة العقد الفعلي، والذي ينتج كافة الآثار القانونية الناشئة عنه، ومن هنا قررت اللجنة المختصة لدى القسم الاستشاري للفتوى والتشريع لدى مجلس الدولة السوري بأنه: (ليس ثمة ما يمنع الإدارة المستفتية من قيامها بصرف استحقاقات شركة تجارة الأفلام عن قيمة الأعمال المنفذة موضوع القضية المستفتى بشأنها، على أن يبقى على عاتقها مسؤولية تحديد كمية الأعمال وتقدير قيمتها)^(١).

ومن النتائج التي تترتب على العقد الفعلي أن المتعاقد الذي يتمسك بعدم تصديق العقد؛ لتلافي النتائج المترتبة على تأخير تنفيذه لا يستطيع أن يُطالب بأكثر من قيمة الأعمال أو التجهيزات التي استفادت منها الإدارة فعلاً؛ أي أن تعويضه يستند إلى قاعدة الإثراء بلا سبب، وبالتالي لا يستطيع المطالبة بالأرباح المستحقة له، والتي يُعوّض عنها في حال كانت الرابطة التعاقدية كاملة، كما أن الجهة العامة في هذه الحالة لا تستطيع أن تستوفي أية غرامات تأخير من المتعاقد الفعلي؛ لانعدام الرابطة التعاقدية^(٢).

الفرع الثالث

مواعيد تحديد المقابل المالي

يحدد الثمن بشكل ثابت ونهائي وقت إبرام العقد - من حيث المبدأ -، إلا أنه ثمة استثناءات يمكن أن تطرأ على هذه القاعدة بما من شأنه أن يؤدي إلى تغيير الثمن المبدئي، سواء بفعل المتعاقدين، أو استناداً إلى ظروف خارجة عن إرادتهما^(٣).

(١) رأي اللجنة المختصة بقسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة السوري، رقم ١٦١/ لسنة ٢٠١٣ في

القضية رقم ١٨٤/ف/ لسنة ٢٠١٣م، الصادر بتاريخ ٢٦/٩/٢٠١٣. غير منشور.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري السورية، رقم ٧٩/٣٨ لعام ١٩٧٢، المحامي مصباح المهاني، صبغ

الدعوى الإدارية، الطبعة الأولى، مؤسسة النوري، دمشق، ٢٠٠١، ص ٢٠٥.

(٣) عزة محمد سلمان، المرجع السابق، ص ٣٧.

أولاً: تحديد المقابل المالي وقت التعاقد:

المبدأ أنه يتم تحديد المقابل المالي وقت التعاقد، حيث يعد العقد المصدر الأساسي؛ لتحديد التزامات الطرفين المتعاقدين، وبالتالي ينطبق وقت تحديد الثمن كشرط تعاقدى على وقت إبرام العقد، أي أن المتعاقد يعلم في هذا الوقت الالتزام المترتبة عليه، والمقابل المالي المستحق جراء تنفيذها^(١).

وبعد الثمن شرطاً جوهرياً في العقد يؤدي عدم وجوده إلى بطلان العقد^(٢)، فإذا عجز الطرفان عن الاتفاق على مقداره كان العقد باطلاً، أما إذا لم يتفقا على تحديده، على الرغم من اتفاقهما على موضوع العقد؛ فيمكن أن يحدد على أساس قيمة العمل، ونفقات المفاوضة، وذلك وفقاً لما ذهب إليه القضاء المصري استناداً إلى نص المادة ٦٥٩/ من القانون المدني المصري^(٣).

ويتفرّع عن مبدأ تحديد الثمن وقت التعاقد استناداً إلى الطبيعة التعاقدية للثمن، مبدأ ثبات المقابل المالي، أو عدم رجعيته^(٤)، والمقصود بعدم الرجعية هنا: أن الثمن متى وُجد وحُدّد، يُمنع المساس به من قبل الإدارة والمتعاقد بحيث لا يجوز لأي منهما تعديله بشكل انفرادي^(٥)، وهذا ما أكّدته فتوى الجمعية العمومية لمجلس الدولة في سورية رقم (٢٣٨/٤١٧) بعد موافقة الإدارة على عرض المتعهد، وإبرام العقد على أساس السعر الوارد فيه، ولا يحق لها بعد تنفيذ الأعمال العودة لتدقيق زيادة الأسعار أو العودة لتقدير لجنة تحديد الأسعار وغيرها؛ لأنّ السعر ركن أساسي من أركان العقد لا يصح للإدارة تعديله^(٦).

والثمن المُحدّد وقت التعاقد لا يُقصد به الثمن كمقدار رقمي، حيث يمكن أن يتم الاتفاق على شروط؛ لتعيينه يتم تطبيقها في وقت لاحق، كالاتفاق على توريد

(١) عزة محمد سلمان، المرجع السابق، ص ٣٧.

(2) Braconnier. S, precls du droit des marches publics, jmprimerie Natoinal, paris, 2007. p396.

(٣) المحامي محمود زكي شمس، الأسس العامة للعقود الإدارية، المجلد الثاني، مطبعة الداوودي، دمشق، ٢٠٠٠، ص ١٨٣٧.

(٤) د. محمد سعيد أمين، المرجع السابق، ص ٢٦٣.

(٥) د. محمد الحسين، د. مهدي نوح، المرجع السابق، ص ٣٥٣.

(٦) مصباح نوري المهاني، اجتهادات المحاكم الإدارية العليا في أربعين عاماً، المرجع السابق، ص ٢١.

سلع بناءً على فاتورة صادرة عن الجهة التي تمَّ الشراء منها، أو يُحدَّد إلى جانب الثمن الرقمي شروط تكيّفه وفقاً لتطور الحالة الاقتصادية (شروط إعادة النظر)^(١)، وشرط إعادة النظر مطبق في فرنسا، كما في مصر، حيث نصَّ القانون الفرنسي على ضرورة إعادة النظر بالثمن وفقاً لشروط العقد^(٢)، وكذلك فعَلَ نظيره المصري^(٣)، إلا أنه يؤخذ على هذا الأخير أن صياغة المادة؛ جاءت لتعطي الإدارة المركزية إمكانية إعادة النظر في الأسعار، وبالتالي يعطيها حق التعديل الإفرادي للأسعار، وهذا مخالف لمبدأ عدم جواز المساس بالمقابل المالي من قبل أحد المتعاقدين منفرداً، والصحيح أن إعادة النظر تتم بشكل اتفاقي بين المتعاقدين^(٤).

والثمن النهائي المستحق للمتعاقد، ليس الثمن الأولي إنما الناتج عن إعادة النظر فيه، ويطبق على المقابل الجديد مبدأ عدم الرجعية أيضاً مع الانتباه إلى أن التعديلات لا تشمل الثمن الكلي، بل تقتصر على مقابل الأعمال التي لم تنفذ بعد، أما ما نفذ منها فيسري عليه الثمن القديم^(٥).

من جانبه نأى المشرّع السوري بنفسه عن إعادة النظر بالأسعار؛ ليكون ذلك بمنزلة قصور تشريعي، فعدم وجود نص مشابه في التشريع السوري من شأنه أن يجعل العارضين مضطرين لرفع أسعار عطاءاتهم؛ تفادياً لأي زيادة محتملة في الأسعار، باعتبار أن اللجوء إلى القضاء من أجل المطالبة بتعويضهم يحتاج إلى وقت طويل، ناهيك عن قصور قضائنا الإداري السوري في الوصول إلى معايير، يُعطى بموجبها المتظلم تعويضاً عادلاً من جهة ثانية. إن مبدأ عدم الرجعية ليس من شأنه منع التعديلات الضرورية المحتمل حدوثها على الثمن الأولي متى كانت هذه التعديلات ناتجة عن الإخلال بالتوازن المالي للعقد، نظراً لكون الحقوق المالية للمتعاقد تتركز على التوازن المالي، إلى جانب الثمن.

وبالرجوع إلى أحد الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا السورية نجد أنه إذا حدث أمر مفاجئ من شأنه أن يخلّ بالتوازن الاقتصادي (التوازن

(1) RICHER. L, Droit des Contract administratifs, L. G. O. J, 2004, P. 462.

(2) LAUBADERE. A - MODEENE. F - DELVOLVE. P, op, cit, p. 255.

(٣) المادة/١ من القانون رقم ١٩١ لعام ٢٠٠٨ في مصر.

(٤) عزة محمد سلمان، المرجع السابق، ص ٣٩.

(٥) عزة محمد سلمان، المرجع السابق، ص ٣٩.

المالي) لعقد الاستثمار موضوع القضية سنة واحدة من سني الاستثمار، فإنه يتعين قصر البحث في تخفيف آثار ذلك الحادث على تلك السنة فقط، دون أن يتعدى الأمر مجموع السنوات الأخرى ربحاً في النتيجة أم خسارة^(١).

ومن هنا يمكن لنا أن نستنتج: أن الاجتهاد القضائي لدى مجلس الدولة السوري قد حمى التوازن المالي للعقود الإدارية من خلال رقابته على أعمال الإدارة، إلى جانب المقابل المالي المتمثل بالثمن الذي يسعى المتعاقد؛ للحصول عليه مقابل الأعمال المنفذة.

ويوضح الدكتور "سليمان الطماوي" هذه الفكرة بقوله: "إن العقد الإداري ينظر إليه كوحدة من حيث تحديد الحقوق المالية للمتعاقد، فإذا ما أدى تدخل الإدارة إلى الإخلال بهذه الحقوق، فيجب إعادة التوازن المالي للعقد إلى ماكان عليه"^(٢).

ثانياً: القيود على تحديد وقت المقابل المالي:

مما لا شك فيه أن الإدارة تخضع لقيود صارمة تحد من حريتها في تحديد أثمان العقود التي تبرمها وذلك لبلوغ هدفين:

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

الهدف الثاني: مراعاة المصلحة العامة الإدارية، وذلك يتطلب تمكين جهة الإدارة من اختيار الأعضاء المتقدمين؛ لأداء الخدمة التي تحرص هي على تحقيقها^(٣).

ويلتزم المتعاقد مع الإدارة أيضاً باحترام بعض الشروط عند تحديد ثمن عطائه من أجل تحقيق العدالة بين المتقدمين للتعاقد مع الإدارة^(١)، وقد تضمنت

(١) قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ٣٥٢/ في الطعن /٤٣٧/ لسنة ١٩٧٨م، وقرارها رقم ١٤٣/ في الطعن /١٧٧/ لسنة ١٩٧٨م، مشار إليهم عند عبد الهادي عباس، العقود الإدارية، الجزء الثاني، دار المستقبل، دار الأنصار، الطبعة الأولى، لعام ١٩٩٣م، ص ٢٣.

(٢) د. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ١٩٦٧، ص ٢٢٥.

(٣) د. عمر حلمي فهمي، الأحكام العامة للعقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٩١، ص ٢٣٣.

بعض القوانين جملة من القيود التي يجب احترامها من كلا المتعاقدين عند تحديد ثمن العقد، وذلك كالآتي:

- يجب أن يحتوي المغلف الثاني على العرض المالي والتجاري مع جدول الأسعار الإفرادية والإجمالية حسب الحال.

- تصنف العروض المقبولة بترتيب أسعارها اعتباراً من السعر الأدنى.

- يجوز لأمر الصرف أن يحدد مسبقاً السعر الأعلى، الذي يمكن قبوله بنتيجة المناقصة فإذا كانت الأسعار غير مساوية للسعر المحدد أو تزيد عنه بما يجاوز الـ (٥%) تعلن اللجنة فشل المناقصة^(٢).

لكن هناك جملة من القيود الواردة على حرية الإدارة في تحديد المقابل المالي^(٣)، ومن أهم هذه القيود مايلي:

(١) يجب على الإدارة عند البت في العروض، أن تسترشد بالأثمان الأخيرة التي سبق التعامل بها محلياً أو خارجياً من ناحية، وبأسعار السوق من ناحية أخرى.

(٢) في حالة وجود اختلاف بين سعر الوحدة، وإجمالي سعر الوحدات يعول على سعر الوحدة، ويؤخذ بالسعر المبين بالتفقيط في حالة وجود اختلافات بينه وبين السعر المبين بالأرقام.

(٣) يكون لجهة الإدارة الحق في مراجعة الأسعار المقدمة سواء من حيث مفرداتها أو مجموعها، وإجراء التصحيحات المادية إذا اقتضى الأمر ذلك، ويعول على السعر المبين بالحروف، ولا يُعتدّ بالعطاء المبني على خفض نسبة مئوية عن أقل عطاء يقدم في المناقصة.

(٤) تكون العطاءات المقترنة بتسهيلات ائتمانية من مقدمي العطاءات محل اعتبار عند البت في أولوية العطاءات.

(١) د. سعيد نحيلي ود. عيسى الحسن، العقود الإدارية، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، حلب، سورية، ٢٠٠٧، ص ١٨٨.

(٢) المادة (٢٠٤ و ٢٢) من نظام العقود الصادر بالقانون ٥١/ لعام ٢٠٠٤ في سورية.

(٣) المادة ٦٣ وما بعدها من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩/ لعام ١٩٨٣ في مصر.

٥) إذا سكت مقدّم العطاء في مقاولات الأعمال عن تحديد سعر بند من البنود لجهة الإدارة مع الاحتفاظ بالحق في استبعاد العطاء، أن تضع للبند الذي سكت مقدم العطاء عن تحديد فئته أعلى فئة لهذا البند في العطاءات المقدمة وذلك؛ للمقارنة بينه وبين سائر العطاءات، فإذا رست عليه المناقصة يُعتبر أنه ارتضى المحاسبة على أساس أقل فئة لهذا البند في العطاءات المقدمة دون أن يكون له الحق في المنازعة في ذلك.

الفرع الرابع

الوفاء بالمقابل المالي

القاعدة العامة في استحقاق المتعاقد للثمن هي أن الدفع لا يكون إلا بعد أداء الخدمة، ويترتب على ذلك أن الإدارة لا تدفع الثمن مقدماً، بل يتعين على المتعاقد مع الإدارة أن ينجز جميع التزاماته قبل المطالبة بجميع مستحقاته، ففي عقد التوريد لا يدفع الثمن للمورد إلا بعد قيامه بتوريد جميع الكميات المتفق عليها، وفي عقد الأشغال العامة لا يستحق المقاول الثمن إلا بعد تنفيذ المشروع، وبعد فوات مدة الضمان العشري، والاستلام النهائي^(١).

أولاً: شروط وإجراءات الوفاء بالمقابل المالي:

لا يستحق المتعاقد الثمن؛ إلا إذا وفى بالتزاماته كاملة لجهة الإدارة وعلى الوجه السليم وفقاً للشروط والمواصفات المتفق عليها:

١ - شروط وإجراءات الوفاء بالثمن في عقود الأشغال العامة:

يشكل الثمن في عقد الأشغال العامة التزاماً على عاتق الإدارة، لا تبرأ ذمتها منه إلا بدفعه وتسديده للمقاول، ويتم عادة تسديد الثمن دفعة واحدة بعد إنجاز موضوع العقد، نزولاً عند القاعدة المتبعة في حسابات الدولة، والتي تقضي بإتمام الدفع بعد أداء الخدمة.

(١) د. إبراهيم محمد علي، المرجع السابق، ص ١٨١.

وهذا التفسير الحرفي لتلك القاعدة يُعرّض الإدارة لمخاطر مؤكدة، مؤاهاً ألا تجد من يقبل التعاقد معها للقيام بأشغال عامة يستغرق تنفيذها عدة سنوات؛ لأنه من العسير أن يوجد المقاول الذي يكون في مركز يسمح له بإتفاق أموال طائلة على المواد، والآلات، وأجور العمال، التي يقتضيها تنفيذ تلك الأعمال، ثم يكون في وسعه أن ينتظر إتمامها؛ لكي يسترد ما أنفقه، ولاشك أن الإدارة سوف تتحمل مغبة الصعوبات والعراقيل المالية التي يواجهها المقاول والتي من شأنها أن تؤدّي إلى زيادة الأثمان.

لذلك قررت النصوص تسديد الثمن على دفعات، يعادل كل منها ما تم إنجازه من أشغال على أساس تقسيم موضوع العقد إلى عدة مراحل، يتم دفع تكاليف كل مرحلة على حدة دون حاجة للانتظار إلى حين إنجاز موضوع العقد بشكل كامل، وتقديم الإدارة دفعة من الثمن بشكل مسبق للمقاول يتيح له استخدام هذا المال فوراً؛ لشراء المكونات أو المواد اللازمة لتنفيذ عقد الأشغال بسعر التكلفة الجارية^(١) دون حاجة للجوء إلى التمويل المصرفي، أو الانتظار لحين توافر ثمنها، وما يترتب عليه من ارتفاع الثمن أو زيادة الأسعار.

وهكذا يتم دفع نسبة معينة من ثمن العقد أثناء التنفيذ، إما على شكل دفعات تحت الحساب، أو على صور سلف تحت الحساب لحين إجراء التسوية النهائية للثمن، وتعني الدفعات تحت الحساب: المبالغ التي تدفع للمقاول مقابل ما تم تنفيذه من أشغال وخدمات؛ وأما السلف تحت الحساب فهي المبالغ التي تدفع للمقاول بنسب معينة من قيمة العقد بشكل سابق على التنفيذ، دون أن يقابلها أشغال أو خدمات تم تنفيذها بالفعل^(٢).

(أ) الدفعات تحت الحساب:

قررت النصوص في فرنسا ومصر وسورية تخويل الإدارة الحق في دفع جزء من الثمن، يعادل قيمة الأشغال التي تم تنفيذها.

(١) د. نعيم عطية، تغيرات سعر الصرف وأثرها على العقد الإداري، مجلة العلوم الإدارية، العدد الأول، ١٩٩٢، ص ١٦.

(2) Chabanol (Daniel) et jouguelet jean - pierre), Marches public detravaux, Lemoniteur, 1994, p. 206.

في فرنسا: نصّ قانون المشتريات العامة الفرنسي رقم/ ٩٧٥ / لعام /٢٠٠٦/ على وجوب أن تدفع الإدارة للمقاول جزء من الثمن يقابل ما تم تنفيذه من أشغال وخدمات وفقاً للإجراءات التي يحددها العقد، إذا كانت مدة تنفيذ العقد تتجاوز ثلاثة أشهر، وتعتبر الدفعات تحت الحساب حقاً للمقاول، ويشكل التزاماً على عاتق الإدارة يجب الوفاء به عندما يطلب ذلك تحت تحفظ أن تتجاوز مدة تنفيذ العقد ثلاثة أشهر، وأن يتم تنفيذ خدمات أو أشغال معينة، وقد أكدت كراسة الشروط العامة (C. C. A. G) الطابع الإلزامي للدفعات تحت الحساب عندما قررت أنه في حال عدم تحرير إذن بالصرف لثلاثة دفعات شهرية تحت الحساب بشكل متتابع، يستطيع المقاول أن يوقف تنفيذ الأشغال وفقاً لإجراءات معينة في هذا الصدد، وفي حالة متابعة التنفيذ دون تسديد تلك الدفعات يتم زيادة فوائد التأخير بنسبة ٥ % من تاريخ إخطار الإدارة عن نية المقاول بوقف الأشغال، مع عدم الإخلال بحقه في التعويض^(١).

وحددت مجموعة العقود العامة ثلاثة حالات يجوز فيها للمقاول الحصول على دفعات تحت الحساب مقابل ما قام به من أشغال وخدمات، وهذه الحالات هي:

- دفعات تحت الحساب مقابل المواد والمهمات الموجودة في موقع العمل، ويجب أن تكون هذه المواد لازمة؛ لتنفيذ موضوع العقد، وأن يكون المقاول قد سدد ثمنها وتملكها بشكل فعلي.
- دفعات تحت الحساب مقابل الأشغال التي تم تنفيذها وجرى قيدها في محاضر الإثبات أو المنجزات.
- دفعات تحت الحساب على أساس الأجور والأعباء العامة التي يتحملها المقاول^(٢).

في مصر: قرر المشرّع المصري صرف دفعات تحت الحساب للمقاول بنسب معينة من قيمة الأعمال والخدمات التي تم إنجازها، فنصّت اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم/ ٨٩ / لعام /١٩٩٨/ على أنه يجوز بموافقة

(١) د. عيسى عبد القادر الحسن، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٩٧، ص ٢٣٧.

(2) C. E, 16 Janv. 1987, s. A. Desse. R. D. P, 1987, P. 1102.

الجهة الإدارية وعلى مسؤوليتها، أن يُصرف للمقاول دفعات تحت الحساب تبعاً لتقدم العمل على النحو التالي:

- بعد أقصى ٩٥% من القيمة المقررة للأعمال التي تمت فعلاً مطابقة للشروط والمواصفات، وذلك من واقع الفئات الواردة في الجداول.

- بعد أقصى ٧٥% من القيمة المقررة للمواد التي ورّدها المقاول للاستعمال في العمل الدائم، والتي يحتاجها العمل فعلاً بشرط أن تكون مطابقة للشروط وموافقاً عليها، وأن تكون بموقع العمل في حالة جيدة بعد إجراء الجرد الفعلي اللازم، وذلك من واقع فئات العقد.

في سورية: تكون الكشوف شهرية، حيث تتم معاينة الأعمال والإحضارات وبموجبها يتم الدفع وفق ما يلي:

أ - يُدفع كامل الثمن عن الأعمال المنفذة بصورة نهائية بناء على الأسعار الملحوظة في العقد.

ب - يُدفع كامل الثمن عن الأعمال غير المنجزة بصورة كلية مع الأخذ بالحسبان درجة إنجازها، إضافةً إلى ثمن الإحضارات المجهزة في موقع العمل، وتكون كمياتها بنسبة ٨٠%(١).

وعلى أي حال لا يجوز للجهة العامة صرف أول كشف قبل مرور شهر من بدء التنفيذ، تطبيقاً لما نصّت عليه بلاغات وزارة المالية، ومن ذلك كتابها الموجه إلى وزارة الأشغال العامة والذي جاء فيه: (أن الكشوف تنظم شهرياً أي أنها تنظم بالأعمال المنجزة كل شهر الأمر الذي يعني عدم جواز تنظيم الكشف الأول لأي تعهد قبل مضي مدة شهر من بدء المباشرة الفعلية في العمل، كما أن الكشف الثاني يجب ألا يُنظم إلا بعد مضي شهر على تنظيم الكشف الأول وهكذا...) (٢).

(١) المادة ٣٦/ من المرسوم ٤٥٠، لعام ٢٠٠٤ المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود.
(٢) بلاغ وزارة المالية رقم ٢٩٥٣٧ - ١/١٦ تاريخ ١١/٢٦/١٩٧٥ صبحي السلوم، موسوعة العقود، الجزء الأول، دون دار نشر، دمشق، ٢٠٠٥ ص ٧٣٨.

وعلى الرغم من أن الكشف تُدفع بشكل شهري دون شرط؛ نجد بعض الجهات العامة تربط صرف الدفعات الشهرية بإنجازات معينة، كإنجاز نسبة معينة من المرحلة حسب الجدول الزمني.

ويتم الدفع للمتعاقد خلال مدة زمنية حددها المشرع السوري ب /١٥/ يوماً من تاريخ تقديمها إلى محاسب الإدارة، أو الإدارة المالية المختصة، وعلى الرغم من أن التأخر في الدفع يُعطي المتعاقد الحق بطلب تعويض على شكل فوائد يجري الاتفاق عليها تعاقدياً؛ فإن المشرع السوري لم يسمح سوى بإضافة مدة التأخير عن الدفع إلى المدة اللازمة لإنجاز العقد^(١).

في حين ذهب المشرع الفرنسي إلى أبعد من ذلك، حين سمح للمتعاقد متى تأخرت الإدارة عن الدفع ثلاثة أشهر متتالية، وبعد شهر من استحقاق آخر، كشف بإبلاغ الإدارة بكتاب مضمون عن رغبته في التوقف عن العمل، ويكون ذلك في حال عدم اتخاذها أي إجراء^(٢)، أما المشرع المصري فيعطي الإدارة الحق بعدم صرف الدفعات، إذا رأت عدم وجود تقدم في العمل^(٣).

ب) السلف:

هي مبالغ مالية يتم صرفها للمقاول بشكل سابق لتنفيذ العقد وبصفة مؤقتة بهدف توفير السيولة اللازمة لشراء المواد والتجهيزات، وتقديم الإحضارات اللازمة لتنفيذ العقد^(٤)، وتختلف السلف عن الدفعات المرحلية في الصفة النهائية للدفعات المرحلية والطابع المؤقت للسلف وهذا يعني أن مبلغ السلفة يجب أن يُرد للإدارة سواء عن طريق الخصم من الدفعات المرحلية أو عند التصفية النهائية بحسب ما ينص عليه العقد^(٥).

(١) المادة /٣٦/ من المرسوم ٤٥٠، لعام ٢٠٠٤ المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود.

(2) Braconnier. S. op. cit, p. 421.

(٣) المادة /٨٥/ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨.

(٤) د. محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٦، ص ٥٣٧.

(٥) المادة /٨٨/ من قانون عقود الشراء العام الفرنسي رقم /٩٧٥/ لعام ٢٠٠٦.

ويطبق الدفع عن طريق السلف في جميع الدول محل الدراسة المقارنة (فرنسا - مصر - سورية)، إلا أن شروط منحها تختلف بين دولة وأخرى وفق مايلي:

في فرنسا: لم يترك المشرّع الفرنسي للإدارة سلطة تقديرية في منح السلف من عدمها بشكل مطلق، حيث فرّق بين نوعين من السلف تحت الحساب:

النوع الأول: إجباري يستحقه المتعاقد، وذلك متى زاد مبلغ العقد عن /٥٠٠٠٠٠ يورو وزادت مدة التنفيذ عن شهرين.

النوع الثاني: اختياري يمنح بموافقة الجهة العامة، بغض النظر عن مبلغ العقد، أو مدة التنفيذ.

وبذلك نجد: أن المشرّع الفرنسي لم يترك السلطة دوماً للجهة العامة في منح السلف من عدمه؛ تلافياً لعدم الموافقة على منحها في عقود تبلغ ضخامتها حداً لا يمكن للمتعاقد أن يتحمل وزره، أو أن ينتظر تقدير الإدارة مع احتمال عدم صوابيته في بعض الأحوال، وذلك على عكس المشرّع السوري، ونظيره المصري.

ومن جهتنا نويد ما نصّ عليه القانون الفرنسي من تفصيل فيما يخص السلف، ومن ضرورة عدم تركها بيد الجهة العامة بشكل مطلق نظراً؛ لأهمية السلف في إنجاز العقد.

وبالعودة إلى التشريع الفرنسي، فقد طلب هذا الأخير إضافةً إلى الشروط المذكورة سابقاً تقديم كفالة شخصية، أو كفيل مُتضامن متى تجاوز مبلغ السلفة /٣٠٪ من قيمة العقد هذا ويمكن أن تصل مبالغ السلف الممنوحة إلى /٦٠٪ من قيمة العقد، على أن المتعاقد إذا كان جهة عامة فهذه الجهة تكون معفية من تقديم الكفيل، وهنا يُطرح السؤال التالي:

إذا كانت الكفالة في الدول محل الدراسة المقارنة، تُقدم لضمان الوفاء بالسلف فما هي إمكانية استخدام الجهة العامة لهذه الكفالة بما يضمن حسن تنفيذ الالتزامات التعاقدية؟.

ومن وجهة نظرنا إن الكفيل إذا وافق على تقديم كفالة أسست لضمان شيء محدد بذاته وهو الوفاء بالسلفة، وبالتالي لا يكون له أي علاقة بأي التزامات أخرى

بين المتعاقد والجهة العامة، ما لم يوافق على ذلك مقدم السلفة وعندها تُعد كفالة جديدة؛ لضمان التزامات حسن التنفيذ.

وفي مصر: سمح المشرّع المصري بصرف السلف بعد موافقة السلطة المختصة، مقابل تقديم خطاب معتمد بذات العملة وغير مقيد بشرط، وساري حتى تاريخ استحقاق المبلغ؛ دون أن يحدد هذا المشرّع مقداراً معيناً لهذه السلفة.

في سورية: أجاز المشرّع السوري للإدارة منح سلف ضمن الشروط التالية^(١):

- أن يتضمن دفتر الشروط الخاصة والإعلان نصاً خاصاً بذلك.
 - ألا يتجاوز مقدار السلفة ١٥% من قيمة العقد.
 - ألا تدفع السلفة إلا بعد إعطاء أمر المباشرة وتقديم كفالة مصرفية لا تقل عن قيمة السلفة.
 - سقوط حق المتعاقد بالادّعاء؛ بارتفاع الأسعار الحاصل بعد قبض السلفة.
- أما القضاء الإداري في سورية** فقد أعطى الحق للمتعاقد المُتَحَصِّل على سلفة بالمطالبة بالتعويض جزاء ارتفاع الأسعار، مستنداً بذلك إلى مبدأ التوازن المالي للعقد وعدم جواز الإخلال به^(٢).
- ومن الجدير ذكره أن القانون رقم/٢/ الخاص بالمؤسسات والشركات والمنشآت العامة في سورية أعطى المتعاقد متى كان جهة عامة حق المطالبة بسلفة تصل إلى ٢٠% من قيمة العقد تماشياً مع المبدأ الذي سار عليه المشرّع السوري في تمييز الجهات العامة عن بقية المتعاقدين لأنها تعمل بضمانة الدولة.

(ج) التسوية النهائية:

يقصد بالتسوية النهائية استحقاق المتعاقد لما تبقى من الثمن كمقابل؛ لتنفيذ ما تبقى من التزاماته التعاقدية، فعندما ينتهي المتعاقد من تنفيذ التزاماته؛ يتوجب

(١) المادة /٤٩/ من قانون نظام عقود الجهات العامة في سورية رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، رقم ٣٩/٣٤ لعام ١٩٨٤، المحامي مصباح المهاني - مبادئ القضاء الإداري، المرجع السابق ص ١٦٦.

عليه القيام بإبلاغ الإدارة، لتقوم بإجراء الكشف النهائي تمهيداً لتصفية مستحقاته، ولا يمكنها إجراء هذا الكشف إلا بعد تحديد وقت القيام به، وتبليغ المتعاقد لحضوره بنفسه، أو إرسال من ينوب عنه على الرغم من أن غيابه لا يؤدي إلى بطلان الكشف^(١).

وفي الموعد المحدد تقوم الإدارة بفحص الأعمال المنفذة، ومقارنتها مع ما هو مطلوب بموجب العقد، ومع ما طُلب من قبلها من أعمال إضافية خلال مدة التنفيذ، ثم تقوم بإعادة جمع ما يقابل هذه الأعمال من مبالغ متعينة بجداول التقابل، وخصم ما سبق دفعه على شكل دفعات مرحلية أو سلف^(٢).

أما في حال وجود خلل في التنفيذ، لا يرقى إلى درجة عدم القدرة على الاستخدام الجيد للأشغال، وكانت الإدارة مضطرة إلى قبوله، فإنه يحق لهذه الأخيرة أن تحسم ما ستتكبده من نفقات الإصلاح، أو ما سيلحق بها من خسارة لقاء عدم الاستخدام الأمثل للأشغال من المقابل المستحق للمتعاقدين، إضافة إلى الحسومات المذكورة سابقاً^(٣)، ويجري حساب المبالغ الواجبة الحسم بناءً على أسعار العقد، وهذا الكشف متى ما وَقَعَ من قبل المتعاقد دون تحفظ؛ فإنه يصبح كشفاً نهائياً في مواجهته، ومبرئاً لزمة الإدارة، وبالتالي لا يحق المطالبة بغير ما هو موجود فيه بعد ذلك.

أما في حال تحفظ المتعاقد على ما جاء في هذا الكشف، سواء عن طريق التوقيع مع التحفظ أو الامتناع عن التوقيع، مع الأخذ بالحسبان أن عدم حضوره يماثل امتناعه عن التوقيع من حيث المعاملة^(٤).

إلا أن هذا التحفظ والامتناع عن التوقيع، ليس من شأنه وقف آثار الكشف النهائي، ما لم تُقدم مذكرة تفصيلية توضح أسباب التحفظ خلال مدة حددها المشرع السوري (بعشرين يوماً) من تاريخ إجراء الكشف المذكور.

(1) Bra connier, S, OP. CIT, P: 421.

(2) LAUBADERE. A - MODEENE. F - DELVOLVE. P,op. cit, p: 275 - 309.

(٣) المادة ٣٩/ من المرسوم ٤٥٠ لعام ٢٠٠٤ المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود في سورية.

(٤) المادة ٣٧/ من المرسوم ٤٥٠ لعام ٢٠٠٤ المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود في سورية.

أما المشرّع المصري، فلم يعين مدة لتقديم هذا التحفظ، إلا أن الاجتهاد لا يلزم المتعهد ببيان الأسباب إذا كانت صيغة التحفظ توضح بشكل لا لبس فيه النقاط المراد التحفظ بشأنها، وعقب تحرير الكشف النهائي، والاتفاق عليه بين المتعاقدين، تقوم الجهة العامة بصرف استحقاقات متعاقداتها الملحوظة في الكشف النهائي، إلا أن الجهة العامة تحتفظ بجزء من المبالغ المستحقة للمتعاقد حتى انتهاء مدة الضمان، وتتمثل هذه المبالغ بالتأمينات النهائية^(١)، والتوقيفات المقطوعة سابقاً في كل من سورية وفرنسا^(٢)؛ أي أن التأمينات النهائية في كلا البلدين (سورية وفرنسا) ترد عقب إجراء الكشف النهائي، وعلى الرغم من ذلك فقد سمح المشرّع السوري بإعادة نصف التوقيفات، عند إجراء الكشف النهائي متى نفذ المتعاقد أعماله بشكل مرضي^(٣).

وتجدر الإشارة هنا إلى أن التأخير في إجراء الكشف النهائي، يُعطي المتعاقد الحق بطلب التعويض دون أن يؤدي إلى بطلان العقد^(٤)، على الرغم من أن التأخر في الدفع يُبعد صغار المقاولين عن الدخول في تعهدات مع الجهات العامة؛ لكون مكانتهم المالية قد لا تسمح لهم بتحمل التأجيل في الدفع لمدة طويلة^(٥)، ومع ذلك غالباً ما تتأخر الجهات العامة في سورية عن دفع مستحقات متعاقديها، مما يدفع صغار المقاولين إلى النأي بأنفسهم عن الدخول في تعاقدات معها، ولا يبقى سوى من فهم منطقها في التعامل، وأتقن أساليب التعامل سواء برفع قيمة عرضه أو بالتواطؤ مع من يعمل في هذه الجهات.

وعلى الرغم من أن الكشف النهائي هو الطريقة الأساسية؛ لتصفية العقد بشكل نهائي؛ إلا أن لهذا الأساس استثناءً يتمثل في حالة سحب الأعمال والتنفيذ على حساب المتعاقد، حيث يُوقع صرف كافة المبالغ المستحقة له اعتباراً من تاريخ السحب، وعليه الإنتظار حتى يتم تنفيذ المشروع من قبل متعاقد آخر تختاره الإدارة، وتنصفي خصومه (أي المتعاقد الجديد)، وبعد أن تفرغ الإدارة من ذلك تقوم عندئذ

(١) المادة ٨٥/ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨.

(٢) المادة ٤٧/ من قانون عقود الجهات العامة السوري رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤.

(٣) المادة ٣١/ من قانون عقود الجهات العامة السوري رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤.

(٤) عبد الهادي عباس، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٣٠٩.

(٥) د. عبدالله طلبة، مبادئ القانون الإداري، الجزء الثاني، دار الكتاب، دمشق، سورية، ٢٠٠٦، ص ٣٣٩.

بتصفية حقوق المتعاقد الذي سُحبت منه الأعمال، بعد خصم ما تكبدته من مصاريف لتنفيذ العقد الجديد^(١).

٢ - شروط وإجراءات الوفاء بالثمن في عقد التوريد:

يعد عنصر الثمن من أهم حقوق المورد على الإطلاق، ويمثل في ذات الوقت التزاماً على الإدارة يتعين تنفيذه فور توافر استحقاقه^(٢)، وإن احترام الإدارة للمواعيد المقررة للوفاء بالثمن المستحق للمورد يعود بالفائدة على الإدارة، والمورد، وعلى الغير، فهو يشجع الأفراد على التعاقد، وبذلك تضمن الإدارة السير المنتظم للمرفق العام، ويحقق ذلك الفائدة للمستفيدين من خدمات المرفق العام، ولذلك حرصت النصوص التشريعية على إلزام الإدارة بالوفاء بالثمن المستحق للمورد فور تنفيذ مضمون العقد من خلال مواعيد يترتب على مخالفتها من جانب الإدارة إثارة مسؤوليتها التعاقدية.

وقد حرص المشرع الفرنسي والمصري والسوري على تنظيم إجراءات ومواعيد الوفاء بالثمن على نحو صارم حيث يترتب على مخالفة الإدارة لتلك الإجراءات تقرير مسؤوليتها التعاقدية.

وبالنسبة لمواعيد وإجراءات الوفاء في فرنسا: نظمت المادة ٩٨/ من قانون المشتريات العامة الفرنسي رقم ٩٧٥/ لعام ٢٠٠٦/ إجراءات ومواعيد الوفاء بالثمن حيث أوجبت بأن تكون المهلة الزمنية الشاملة لدفع الثمن في العقد العام في غضون مدة محددة لا تتجاوز ما يلي:

- ثلاثون يوماً بالنسبة للعقود التي تبرمها الدولة ومؤسساتها العامة الأخرى بما في ذلك المؤسسات الصناعية والتجارية.

- ثلاثون يوماً بالنسبة للسلطات المحلية والمؤسسات المحلية.

- خمسون يوماً بالنسبة لمؤسسات الصحة العامة والخدمات الصحية والعقود الخاصة بالجيش.

(١) بلاغ وزارة المالية في سورية، رقم ٧٣١٣/١٦/٥ لعام ١٩٧٤.

(٢) د. عاطف سعدي محمد علي، المرجع السابق، ص ٥١٤.

- وفي حال تجاوز المهلة المحددة للسداد فإن المتعاقد يستحق الفوائد القانونية عن المبالغ المستحقة له من اليوم التالي لانتهاء المهلة وهذه الفوائد افتراضية.

وبرأينا، لقد أحسن المشرع الفرنسي عندما نصّ على أن هذه الفوائد تكون مفترضة، ومن ثم يستحقها المورد أو المتعاقد من الباطن بشرط السداد له مجرد استحقاق المبلغ دون أي مطالبة إدارية أو قضائية، وهذا بخلاف ما هو مستقر في النظم القانونية في مصر، حيث تستحق هذه الفوائد من يوم المطالبة القضائية بها وفي سورية من تاريخ اكتساب الحكم الدرجة القطعية، الأمر الذي يُعزز الثقة ما بين الموردين، والإدارة في فرنسا، وتشجعهم على الإقدام على التعاقد مع الإدارة، فحقوقهم المالية محفوظة بشكل كبير.

أما في مصر: حددت المادة ٩٣/ من اللائحة التنفيذية لتنظيم قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩/ لعام ١٩٩٨ / مواعيد وإجراءات صرف كامل الثمن المستحق للمورد، حيث تنص على أنه: «يُصرف ثمن الأصناف الموردة في أقرب وقت ممكن وبما لا يتجاوز خمسة عشر يوم عمل تُحسب من تاريخ اليوم التالي لاعتماد قرار لجنة الفحص أو لورود نتيجة الفحص الفني حسب الأحوال».

ويُلاحظ بشأن هذا النص:

- إنَّ المشرع المصري أوجب على جهة الإدارة سرعة صرف الثمن المستحق للمورد في أقرب وقت ممكن، تالياً لاعتماد قرار لجنة الفحص، أو لورود نتيجة الفحص الفني.

- لم يترك كلمة في أقرب وقت ممكن؛ لتقدير الإدارة، بل ألزمها بألا يتجاوز هذا الموعد خمس عشرة يوماً تالية، لانتهاء الإجراءات المشار إليها.

إنَّ التراخي في تصدير قرار لجنة الفحص إلى السلطة المختصة، أو تراخي السلطة المختصة في اعتماد قرار لجنة الفحص، يُشكّل خطأ من جانب الإدارة، يستوجب مسؤوليتها التعاقدية، وإن مدة الخمسة عشر يوماً ليست من النظام العام، ويجوز للطرفين الاتفاق على ما يخالفها وفي هذه الحالة يُقيد باتفاقهما الوارد بالعقد.

وفي سورية: لم يرد في القانون ٥١/ لعام ٢٠٠٤/ الناظم لعقود الجهات العامة، ولا في المرسوم رقم ٤٥٠/ لعام ٢٠٠٤/ المتضمن دفتر الشروط العامة

لنظام العقود الموحد أي نص يتعلق بالطريقة، أو المدة التي يتوجب على الإدارة فيها دفع ثمن التوريدات للمورد، وترك الموضوع للعقد ذاته للنص على مدة التسديد، أما طريقة الدفع تختلف بالنسبة لعقد التوريد، حيث يتم صرف قيمة التوريدات بموجب فواتير، إذا كانت طريقة التسليم بالنسبة للمواد المتعاقد عليها في تلك العقود تتم على دفعات، ويتم صرف قيمة كل دفعة على حدة، كما يمكن دفع قيمة التوريدات دفعة واحدة إذا كان تسليم الكمية المتفق عليها كاملة، وتختلف طريقة الدفع حسبما يكون العقد داخلياً أو خارجياً.

- طريقة الدفع في عقود التوريد الداخلية: حيث تطبق قاعدة الدفع اللاحق، فلا يجوز دفع قيمة التوريدات محل العقد إلا إذا تم تسليم التوريدات فعلاً، ويثبت ذلك بموجب محضر استلام يُبين ذلك مُعتمد من أمر الصرف^(١)، ومذكرات إدخال التوريدات محل العقد في مستودعات الإدارة.

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

أما فيما يتعلق بالمدة التي يتوجب على الإدارة تسديد الثمن للمورد عند قيامه بالتزاماته فلم ينص قانون العقود السوري على مدة وإنما عطفها على المادة ٣٦/ الفقرة هـ/ من دفتر الشروط العامة المتعلقة بتنفيذ عقود الأشغال، أي أنه يتوجب على جهة الإدارة تسديد قيمة التوريدات خلال خمسة عشر يوماً من إصدار الفاتورة إذا كان التوريد على دفعات، أو من تاريخ الإستلام إذا كانت دفعة واحدة.

هذا وقد أصدرت اللجنة المختصة بقسم الفتوى والتشريع في مجلس الدولة السوري الرأي رقم ١٥٩/ لعام ٢٠٠١ المتضمن: (يجوز للجهة المستفدية أن تُطبق أحكام الفقرة هـ/ من المادة ٣٦/ من دفتر الشروط العامة الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٤٥٠/ لعام ٢٠٠٤ على عقود التوريد، في حال تأخرها عن صرف قيمة المواد الموردة عن المدة المحددة بالفقرة المذكورة، وإضافة مدة التأخير على

(١) الفقرة ز/ من المادة ١٢/ من المرسوم رقم ٤٥٠/ لعام ٢٠٠٤ المتضمن دفتر الشروط العامة في سورية.

مدة العقد الأصلية)^(١)، علماً بأنَّ اللجنة المختصة قد أصدرت أيضاً آراءً مُخالفة لهذا الرأي.

وحبذا لو أنَّ المشرَّع السوري تصدى لمسألة التَّأخير في صرف الفواتير كما فعل بالنسبة لصرف الكشوف في عقود الأشغال، وأنه من باب العدالة فإنه يتعين عليه الوقوف على مسافة واحدة، ومعاملة التَّأخر بصرف الفواتير معاملة التَّأخر في صرف الكشوف.

(١) رأي اللجنة المختصة في مجلس الدولة السوري رقم ١٥٩/ لعام ٢٠٠١.

المطلب الثاني

صور عدم التزام الإدارة بأداء المقابل المالي

يُمثل التزام الإدارة بأداء المقابل المالي^(١)، أهم حق من حقوق المتعاقد معها، باعتباره يُمثل الدافع الرئيسي على تعاقدته مع الإدارة، ونشوء هذا الالتزام على عاتق الإدارة يفترض قيام المتعاقد بتنفيذ التزاماته^(٢).

ويشمل الالتزام المالي الذي يقع على عاتق الإدارة، مجموع الحقوق التي يتمتع بها المتعاقد، وهي الحقوق في اقتضاء السعر المحدد في العقد، أو الحق في تطبيق الشروط العقدية ذات الطبيعة المالية^(٣).

وواقع الأمر، أن الالتزامات المالية، تتحدد بطريقة دقيقة، ومفصلة في العقد، وكذلك كل ما يتعلق بها من أعباء الضريبة، وطريقة سدادها، ومواعيد الوفاء بها، ومن خلال أحكام القضاء، يمكن استقراء عدد من الفروض الدائمة لمخالفات الإدارة لالتزاماتها المالية، فقد تتمثل هذه الفروض في تعديل الإدارة بإرادتها المنفردة للسعر المتفق عليه في العقد، وتأخرها في الوفاء بالتزاماتها المالية، وعدم احترامها شرط زيادة الأسعار، وأخيراً، قد يتمثل خطأ الإدارة في تأخرها عن الإفراج عن الكفالات، وسوف نقسم هذا المطلب إلى الفروع التالية:

الفرع الأول: تعديل الإدارة للسعر المتفق عليه

الفرع الثاني: تأخر الإدارة في الوفاء بالتزاماتها المالية

الفرع الثالث: مخالفة الإدارة لشرط زيادة الأسعار

الفرع الرابع: تأخر الإدارة في الإفراج عن الكفالات

(١) ويلاحظ أن المقابل المالي قد يأخذ صوراً مختلفة حسب طبيعة العقد، ففي عقد الأشغال العامة يسمى سعراً، وفي عقد التوريد يسمى ثمناً، وفي عقد الامتياز يسمى رسماً، ونحن نستعمل تعبير السعر، بحسبان أن عقد الأشغال هو الأكثر شيوعاً في العمل، وإن الأحكام التي تسري على السعر تسري على الثمن في عقد التوريد.

(٢) د. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٥٧٢.

(٣) Mohamed Abdel Wahed "Le droit Au prix le Marche public de travaux, Etude Comparée, droit Français, thèse, Rennes. I, France, 1991, p. 144.

الفرع الأول

تعديل الإدارة للسعر المتفق عليه

الأصل، أنه متى اتفق طرفا العقد، على سعر مُعَيَّن^(١)، فإنه لا يسوغ لأحدهما أن ينفرد بتعديله، أو المساس به دون موافقة الطرف الآخر، ويعبر عن ذلك بمبدأ "عدم المساس بالسعر"، والذي يعتبر أحد تطبيقات القوة الملزمة للعقد^(٢)، ومن هنا فإن الشرط المتعلق بالسعر، يعد من الشروط العقدية.

وترتيباً على ذلك، لا يسوغ للإدارة عند ممارستها لسلطتها في التعديل أن تتناول بالتعديل السعر المتفق عليه، بحسبان أن التعديل يتعين ألا يمس المزايا المالية للمتعاقد، وأن يقتصر على الشروط المتعلقة بسير المرفق العام، وليس منها الشروط المتعلقة بالمزايا المالية للمتعاقد^(٣).

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية هذا المبدأ، بقولها: «إنَّ 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 تنصب إلا على الشروط المتعلقة بتسيير المرفق العام، 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 أطراف العقد تتحدد وقت التعاقد، حيث يقدَّر كل طرف في هذا الوقت المقابل الذي يطلبه، ويسعى إليه كنتاج لما يقدمه للطرف الآخر، ويحقق به التوازن المالي للعقد. فإذا ما حدد 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 نص على شرط تعاقدية، وذلك دون

(١) ففي حالة عدم اتفاق المتعاقدين على السعر قبل التعاقد، فإنه يتم تحديده بمعزفة المحكمة (عليها جلسة

١٧/٦/١٩٧٢، الموسوعة الإدارية الحديثة، ج ١٨، ص ٨٤٨).

(٢) راجع: د. عيسى عبد القادر الحسن، المرجع السابق، ص ٢١٣.

(٣) وهو ما سنتناوله تفصيلاً عند دراسة ممارسة الإدارة لسلطتها في التعديل.

نظر إلى تقلبات السوق، أو التعريفية الجمركية، وغيرها من المسائل المتوقع حدوثها لدى المتعاقد مع الإدارة^(١).

وفي فرنسا قُضي بأنه: «عند عدم وجود نص قانوني، أو لائحي، يجيز تعديل الثمن المتفق عليه؛ فإنَّ الثمن الوارد في العقد هو الذي يجب تطبيقه^(٢)، كما أجمع الفقه على هذا المبدأ^(٣)».

كما قرر القضاء الإداري السوري مبدأ استقرار الثمن، وعدم جواز المساس به؛ إلا إذا وقع خطأ مادي فيمكن تصحيحه^(٤). حيث أكد مجلس الدولة السوري على ضرورة معالجة الخطأ المادي، بحسبان أن الخطأ لا يرتب حقاً، ولا يُقبل أن يُثري أحد أطراف العقد الإداري على حساب الطرف الآخر؛ لوقوع خطأ مادي بحت، وبالتالي يجب إجراء التصحيح^(٥).

يبدو أنه، ولئن كان الأصل أن السعر المتفق عليه يقيد طرفيه، إلا أنه ليس ثمة ما يحول قانوناً من الاتفاق على تعديله، إذا تلاقت إرادة الجهة الإدارية المختصة بإبرام العقد بشكل صريح وقاطع مع إرادة المتعاقد معها على هذا التعديل، وفي هذه الحالة، يكون السعر الجديد ملزماً لطرفيه وواجب الوفاء به^(٦).

ويُلاحظ هنا، أن ذلك لا يُعد خروجاً على الأصل المقرر من عدم جواز المساس بالسعر، لأن التعديل سيكون بإرادة طرفي العقد، وهو بهذه المثابة يعد إعمالاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في جلسة ٨/٣١/١٩٩٣، الطعن رقم ٢٥١٩، لسنة ٣٤ ق. ع، مجموعة مبادئ العقود، ص ٢٩٥.

(2) C. E. Mars 1946 Rec P. 89.

كما استقرت أحكام مجلس الدولة الفرنسي على تنكير الإدارة باحتزام الشروط المتعلقة بهذا الشأن ومنها: C. E. Feier 1959 Rec P. 1036.

(3) Aubyet Bon, Droit administratif des biens, Paris, France, 1993, P. 231.

(٤) د. محمد يوسف الحسين، د. مهني نوح، القانون الإداري، عمال الإدارة العامة وتصرفاتها القانونية، الطبعة الأولى، منشورات جامعة دمشق، دمشق، سورية، ٢٠١١ - ٢٠١٢ م، ص ٣٥٣.

(٥) حكم محكمة القضاء الإداري السورية رقم ١٠٧٩/٢ لسنة ٢٠١٣ م، في القضية ذات الرقم ١٤٨٩/٢ لعام ٢٠١٣ م، الصادر بتاريخ ١٢/١٢/٢٠١٣ م. غير منشور.

(٦) راجع فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري جلسة ١٠/٢٨/١٩٨٧، ملف رقم ٣٦٨/٢/٤٧ مجموعة مبادئ السنتان الحادية والأربعون والثانية والأربعون ١٢ ص ٥١٨ رقم ١٨٣.

وترتيباً على ما تقدم، فإنَّ أي تجاوز للإدارة يمس السعر المنقق عليه، فإنه يُشكل خطأ عقدياً من جانبها يُثير مسؤوليتها العقدية.

الفرع الثاني

تأخر الإدارة في الوفاء بالتزاماتها المالية

يتجلى خطأ الإدارة هنا، في تأخرها أو احتجازها غير المشروع للمستحقات المالية للمتعاقد معها، وتكمن أصالة هذه الصورة من الخطأ العقدي، في وجود قواعد خاصة في القانون الخاص، تُنظّم التأخير في الوفاء بين الأطراف المتعاقدة، ومن ثم فإنه يتعين الوقوف على تلك القواعد المقررة في القانون الخاص، ثم بيان مدى الأخذ بها في مجال القانون العام، وذلك في ضوء أحكام القضاء الإداري.

أولاً: قواعد القانون الخاص:

في مصر: إن المادة /٢٢٦/ من القانون المدني المصري رقم /١٣١/ لعام ١٩٤٨/ ^(١) الخاصة بتنظيم التعويض القانوني في حالة تأخير المدين في الوفاء بالتزاماته إذا كان محله مبلغاً من النقود، تنص على أنه: « إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود، وكان معلوم المقدار وقت الطلب، وتأخر المدين بالوفاء به، كان ملزماً بأن يدفع للدائن، على سبيل التعويض عن التأخر، فوائد قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية، وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة بها، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها، وهذا كله لم ينص القانون على غيره».

وحيث إنَّ مناط أعمال النص المتقدم أن يتعلق الأمر بالالتزام بدفع مبلغ من النقود، ولا عبرة بمصدر الالتزام، فقد يكون هذا المصدر عقداً، وهو الغالب مثل التزام المشتري بدفع الثمن أو المقترض برد النقود التي اقترضها، وقد يكون مصدر الالتزام غير العقد، كالالتزام برد غير المستحق، إذا كان ما دفع دون حق نقوداً ^(٢).

(١) القانون المدني المصري رقم ١٣١ لعام ١٩٤٨.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، المجلد الثاني، آثار الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٨٢ القاهرة، مصر، ص ١١٥٧.

وفي هذا الصدد قد يتم التمييز بين الفوائد التأخيرية والفوائد التعويضية، فالأولى تُستحق عن التأخير في الوفاء بدين هو مبالغ من النقود، أما الفوائد التعويضية فإنها تستحق مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود يكون في ذمة المدين للدائن، ومثالها عقد القرض، فالمقترض ينتفع بمبلغ القرض عادة في مقابل فائدة يدفعها للمقرض، أما إذا حل أجل استحقاق الدين ولم يوفّه المدين، فإن الفوائد التي تظل تسري بعد حلول الأجل إلى أن يتم الوفاء تتقلب إلى فوائد تأخيرية، بحسبان أنها تعتبر عندئذٍ تعويض عن تأخير المدين في الوفاء بالتزامه^(١).

وحيث أن المستفيد من النص السالف ذكره، أنه لا يشترط لاستحقاق الفوائد التأخيرية أن يكون هناك خطأ من جانب المدين ويتمثل في التأخر عن الوفاء بالمبلغ، أي أنه عبارة عن التأخير في ذاته، باعتبار أن التزام الوفاء بمبلغ من النقود في ميعاد معين هو التزام بتحقيق غاية، فمجرد التأخر في الوفاء بالمبلغ المعين هو الخطأ^(٢).

كما أن المشرّع المصري لم يشترط لاستحقاق الفوائد التأخيرية، أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من جراء التأخير^(٣)؛ أي أن المشرع افترض أن مجرد التأخير عن الوفاء من شأنه إحداث ضرر للدائن، ومن ثم فلا حاجة لإثبات هذا الضرر، كما لا يستطيع المدين أن ينفي وقوع هذا الضرر، فهو مفترض فرضاً لا يقبل إثبات العكس.

وأخيراً، تطلب القانون لاستحقاق الفوائد المذكورة، مطالبة الدائن المدين بها مطالبة قضائية، ومن ثم لا يكفي مجرد الإعذار، وأن تقتصر هذه المطالبة بالدين ذاته^(٤).

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص ١١٥٧ - ١١٧٦ وما بعدها.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص ١١٥٦.

(٣) المادة (٢٢٨) من القانون المدني المصري فقد جرى نصها على أنه: "لا يشترط لاستحقاق الفوائد التأخيرية قانونية كانت أو اتفاقية أن يثبت الدائن ضرراً لحقه من هذا التأخير".

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص ١١٧٢.

وترتيباً على ما تقدم، فإذا توافرت الشروط السالف إيرادها، فإن الدائن يستحق تعويضاً حدده القانون يتمثل في أربعة في المائة في المسائل المدنية، وخمسة في المائة في المسائل التجارية.

ولكن ماذا يكون الحل، لو أن الضرر الذي لحق بالدائن قد تجاوز مقدار الفوائد التأخيرية المحددة بالمادة /٢٢٦/ سאלفة البيان؟ وقد أجابت على هذا التساؤل المادة /٢٣١/ من القانون المدني المصري رقم /١٣١/ لعام /١٩٤٨/، فأجازت للدائن المطالبة بتعويض تكميلي يضاف إلى الفوائد المشار إليها، وذلك إذا توافر شرطان:

أولهما: أن يكون الضرر الذي لحق بالدائن غير مألوف، مثل أن يكون المدين عالماً بأن الدائن أبرم صفقة رابحة اعتمد في إبرامها على استيفاء حقه من الصفقة؛ بسبب تأخر المدين في الوفاء بالتزامه.

والشرط الثاني: أن يكون المدين سيئ النية، ولا يكفي مجرد علمه بالضرر الاستثنائي، بل يتعين أن يكون قد تعمّد عدم الوفاء بالتزامه، وهو عالم بما يحدث ذلك لدائنه من ضرر، وعلى الدائن يقع إثبات الشرطين المذكورين.

ويجري في شأن التعويض التكميلي، قواعد التقدير القضائي للتعويض، ويُقدّر بمقدار ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب^(١).

وفي فرنسا: تضمنت المادة /١٥٣/ من القانون المدني الفرنسي ذات القواعد، فنصت في فقرتها الأولى على أنه: «في الالتزامات التي تقتصر على الوفاء ببعض المبالغ، فإن التعويض الناتج عن عدم التنفيذ يكون بالفوائد القانونية، عدا القواعد الخاصة بالتجارة والكفالة»، كما نصت في فقرتها الرابعة على أنه: «إذالحق الدائن ضرر من تأخر مدينة بسوء نية وكان هذا الضرر مستقل عن هذا التأخير يجوز له طلب التعويض فضلاً عن الفوائد التأخيرية عن الدين».

في سورية تنص المادة /٢٢٧/ من القانون المدني السوري على أنه: «إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء به، كان ملزماً بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد

(١) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص ١٢١٤ وما بعدها.

وقدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية، وخمسة في المائة في المسائل التجارية. وتسري هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره». ومن خلال هذا النص نجد أن المشرع السوري اشترط للحصول على التعويض عدة شروط، هي:

الشرط الأول: أن يكون محل الالتزام مبلغاً من النقود.

الشرط الثاني: أن يكون هذا المبلغ معلوم المقدار وقت المطالبة به.

الشرط الثالث: تأخر المدين في تنفيذ التزامه.

الشرط الرابع: أن يطالب الدائن قضاءً بالفوائد.

إلا أن هذه القاعدة ليست من النظام العام، ويجوز مخالفتها وهو ما نصت عليه المادة /٢٢٧/ في الشطر الأخير من أنه تسري الفوائد من تاريخ المطالبة بها، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها.

وقد وضع المشرع السوري قيوداً على استحقاق الفوائد فضلاً عن أنه أعطى القاضي سلطة مراجعة مقدار التعويض القانوني، حيث يملك القاضي إنقاذه في حالات، ويملك زيادته في حالات^(١).

فمن حيث سعر الفائدة: حددت المادة /٢٢٨/ مدني سوري سعر الفائدة ٤% في المسائل المدنية، و ٥% في المسائل التجارية، وقضت أنه يجوز للمتعاقد أن يتفقا على معدل آخر للفائدة؛ على ألا يزيد هذا المعدل عن تسعة في المائة، كما أن المادة /٢٣٣/ تنص على ألا يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال، وذلك دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية.

كما يجوز للدائن المطالبة بتعويض تكميلي، والحكم للدائن بتعويض تكميلي يترتب عليه زيادة في قيمة الفوائد عن النسبة المحددة قانوناً شريطة إصابة الدائن بضرر يفوق قيمة الفائدة المحددة، وأن يكون المدين قد تسبب بسوء نية في إحداث

(١) د. محمد حاتم البيات، ود. أيمن أبو العيال، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، منشورات جامعة دمشق، كلية الحقوق، دمشق، سورية، ٢٠١١ - ٢٠١٢م، ص ١٢٣.

الضرر الزائد بالدائن، بمعنى أن يكون قد قصد الإضرار بالدائن^(١). كما أجاز القانون المدني السوري للقاضي أن يخفض قيمة الفوائد المستحقة للدائن أو عدم الحكم بها مطلقاً، إذا كان الدائن سيئ النية، وقد عمد إلى إطالة أمد النزاع^(٢).

فالخلاصة: أن تأخر المدين في الوفاء بالتزامه المالي يكون ركن الخطأ، ويلزم بتعويض الدائن بالفوائد التأخيرية المحددة قانوناً، ولا يشترط في هذه الحالة أن يثبت الدائن أن ضرراً لحقه، ولكن إذا كان قد لحق بالدائن ضرر يتجاوز المدة المحددة، فإنه يستحق تعويضاً تكميلياً، بشرط أن يكون هذا الضرر استثنائي أو مُستقل، وأن يثبت سوء نية مدينه، هذا ما تقضي به القواعد العامة في القانون الخاص سواء في مصر أو فرنسا أو سورية ولكن هل يأخذ القضاء الإداري بهذه القواعد في مجال روابط القانون العام؟

ثانياً: موقف القضاء الإداري:

في مصر يجدر بنا أن نوضح بدايةً، أن القضاء الإداري المصري مستقر على تطبيق أحكام نص المادتين / ٢٢٦ و ٢٢٨ / من القانون المدني المصري رقم ١٣١ / لعام ١٩٤٨ / على الروابط الإدارية.

وقد أرسى هذا المبدأ (المحكمة الإدارية العليا المصرية) - دائرة توحيد المبادئ^(٣) - في حكمها الصادر في جلسة ١/٦/ ١٩٩٤ في الطعن رقم / ١٢٦٤ / لسنة ٣٥ ق. ع، مقرر تطبيق القواعد التي تضمنها نص المادتين / ٢٢٦ و ٢٢٨ / على المنازعات الإدارية، طالما أن المبلغ المحكوم به محدد على أسس ثابتة في العقد، وليس للقضاء سلطة تقدير بشأنها وإنه حال الأداء لأن الالتزام به يستند إلى الإخلال بالالتزام أصلي في العقد، في حين أن استحقاق الفوائد التأخيرية المنصوص عليها في المادة / ٢٢٦ / من القانون المدني المصري يستند إلى المطالبة بالتعويض عن عدم الوفاء بالمبلغ موضوع الالتزام الأصلي، وإلى أنه أصبح محققاً، ومستحق الأداء بمجرد تحقق واقعة المتعاقد بالالتزام الأصلي، وبالتالي فإن المطالبة بتلك

(١) المادة / ٢٣٢ / من القانون المدني السوري، الصادر بالمرسوم / ٨٤ / لعام ١٩٤٩ م.

(٢) المادة / ٢٣٠ / من القانون المدني السوري، الصادر بالمرسوم / ٨٤ / لعام ١٩٤٩ م.

(٣) الدائرة المشكلة وفقاً لحكم المادة ٥٤ مكرراً من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ معدلاً بالقانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨٤.

الفوائد بحسبانها تعويضاً؛ إنما يستند إلى واقعة التأخير في سداد تلك المبالغ، وهي واقعة تختلف عن الواقعة المنشئة لحق في مبلغ الالتزام الأصلي، ومن ثم فلا وجه للقول بأن استرداد قيمة مبالغ التنفيذ على الحساب والفوائد القانونية عنها هما تعويضان عن واقعة واحدة^(١).

وتأكيداً لذلك ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى أنه: «وإنه لغني عن البيان أن هذه الأحكام (أحكام نص المادتين ٢٢٦ و ٢٢٨ 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 المعدة للبيع بالمزايدة أو بالملاعب العمومية تعتبر عملاً تجارياً»^(٢).

وحيث أن مؤدّى المبدأ المتقدم، أنه إذا توافرت شروط حكم نص المادة/ ٢٢٦/ من القانون المدني، فإن المتعاقد مع الإدارة يستحق تعويضاً يتمثل في الفوائد المحددة بهذا النص (أربعة في المائة في المسائل المدنية، وخمسة في المائة في المسائل التجارية)^(٣)؛ أي أنه يستحق التعويض القانوني، وتختلف سلطة القاضي في تقديره.

ويثار التساؤل حول مدى قيام القضاء بتطبيق هذا المبدأ، ففي هذا الشأن لم نقف على اتجاه قضائي موحد. فذهبت بعض الأحكام إلى إعمال قواعد المسؤولية العقدية، المقررة أنه: «من المسلم به أن العقد الإداري شأنه شأن كافة العقود يولد

(١) وهو ما تواترت عليه أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية وعلى سبيل المثال: جلسة ١٩٩٩/١/٢٦ الطعن رقم ١٠٥٧ لسنة ٤٣ ق. ع. ، ١٩٩٨/١١/٢٤ الطعن رقم ١٨٦٦ لسنة ٤١ ق. ع. ، ١٩٩٧/٨/٢٦ الطعن رقم ١٣٠٤ لسنة ٣٩ ق. ع. ، ١٩٩٧/٧/٢٩ الطعن رقم ٢٠٣٥ لسنة ٤١ ق. ع. ، ١٩٩٦/٨/٦ الطعن رقم ١٤٨٨ لسنة ٤٠ ق. ع. ، ١٩٩٦/٧/١٦ الطعن رقم ٣٩٠٤ لسنة ٣٩ ق. ع. ، ١٩٩٥/١١/١٤ الطعن رقم ٥٤٥١ رقم لسنة ٤٢ ق. ع. ، جلسة ١٩٩٤/١١/١٥ الطعن رقم ٢٣٩٠ لسنة ٣٧ ق. ع. ، أحكام غير منشورة.

(٢) المحكمة الإدارية العليا المصرية جلسة ٢٠٠٠/٩/١٩، الطعن رقم ٣٩٦٩ لسنة ٤٤ ق. ع. ، غير منشور.

(٣) ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى أن كل من عقد المقاوله، وعقد التوريد عقدين تجاريين، وبالتالي تكون الفائدة المستحقة بشأنهما بواقع ٥% - يراجع حكمها الصادر في جلسة ١٩٩٧/١١/٤ الطعن رقم ١٨٦٦ لسنة ٤١ ق. ع. ، (بالنسبة لعقد المقاوله)، جلسة ١٩٩٨/١١/٢٤ الطعن رقم ٢٠٦٥ لسنة ٤٣ ق. ع. غير منشورين سبق الإشارة إليهما.

التزامات تعاقدية يجب على الإدارة احترامها، ويتعين لقيام مسؤولية الإدارة توافر أركانها، وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، وقد توافر ركن الخطأ بامتناع الإدارة عن صرف المستحقات دون سبب أو مبرر قانوني، وقد ترتب على هذا الخطأ حرمان المطعون ضده من الاستفادة بهذه المستحقات، ومن ثم فإن المطعون فيه يكون قد جاء سليماً فيما انتهى إليه من الأحقية في التعويض وفي تقديره»^(١).

بينما ذهبت بعض الأحكام، إلى أنه إذا توافرت شروط المادة /٢٢٦/ من القانون المدني المصري، فإنه لا يكون هناك ثمة اختصاص تقديري للقاضي في تحديد التعويض المستحق، ويتعين تطبيق الفوائد التأخيرية.

فذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى أنه: "لما كان الثابت من الأوراق أن الطاعن المذكور يستند في طلب التعويض عن واقعة حرمانه من المبلغ الذي تقرر خصمه على النحو المتقدم، فإن هذه المطالبة تكون على غير سند من القانون، متعينة الرفض، وإذ انتهى الحكم المطعون فيه إلى ذلك، فإنه يكون متفقاً مع القانون، ولا يغير من ذلك، ما تدرع به الطاعن في أن استحقاقه للتعويض يستند إلى ما أثبتته الحكم المطعون فيه، في وجود خطأ في جانب الجهة المطعون ضدها تمثل في خصم مبلغ من مستحقاته بالمخالفة لأحكام القانون، ذلك أنه؛ وإن كان ثبت مما تقدم عدم شرعية إجراء الخصم المشار إليه، فإن المطالبة بالتعويض في الدعوى الصادر فيها الحكم المطعون فيه تستند إلى واقعة حرمان الطاعن من المبلغ المستحق له، والامتناع عن الوفاء به، وقد جعل المشرع المصري الفوائد التأخيرية المقررة بنص المادة (٢٢٦) من

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في جلسة ١٩٩٨/١٢/٢٩ الطعن رقم ٦١١٨ لسنة ٤٢ ق. ع. (وكانت محكمة القضاء الإداري قدرت التعويض بمبلغ ٦٠٠٠ جنيه ولم تعمل تطبيق الفوائد المنصوص عليها في المادة ٢٢٦ رغم توافر شروطها)، وهو متأكد في أحدث أحكامها الصادر في جلسة ١٩٩٩/٣/٢٣ في الطعن رقم ٣٧٩١ لسنة ٤١ ق. ع. غير منشور. كما ذهبت محكمة القضاء الإداري، هذا المذهب، وكانت تقضي بالتعويض على أساس خطأ الإدارة في عدم صرف مستحقات المتعاقد معها ومن ثم تقدر التعويض جزافاً، وفي ذات الوقت كانت تقضي برفض طلب الحكم بالفوائد القانونية المنصوص عليها في المادة ٢٢٦ مدني، على أساس أن الفوائد القانونية هي في حد ذاتها = تعويض عن تأخر المدعى عليه في الوفاء ولما كانت المحكمة قضت للمدعى بالتعويض على الأساس السالف بيانه فإنه لا يجوز القضاء له بالفوائد القانونية لما في هذا القضاء من جمع بين تعويضين عن مصدر واحد من مصادر الالتزام وهو الإخلال بالالتزام الأصلي.

القانون المدني المصري بمثابة تعويض للدائن عن تأخير المدين في الوفاء بالمبالغ النقدية المعلومة المقدار وقت المطالبة القضائية، وإذا كان الثابت أن الطاعن لم يطالب بهذه الفوائد في الدعوى محل الطعن، فمن ثم يكون طلب التعويض المشار إليه فاقداً لسنده القانوني الصحيح^(١).

ونعتقد أنه، لما كان التعويض القانوني المتمثل في الفوائد التأخيرية، يقوم على أساس واقعة الخطأ المتمثل في التأخير في الوفاء بالالتزام الذي محله مبلغ من النقود معلوم المقدار، ومستحق الأداء، ودون اشتراط إثبات أن ضرراً لحق بالدائن، فإن هذا التعويض بهذه المثابة لا يتعارض مع روابط القانون العام، وهو ما ذهبت إليه وبحق المحكمة الإدارية العليا المصرية، ومن ثم فلا ما يمنع من وجوب سريان أحكام هذا التعويض القانوني، على منازعات العقود الإدارية، ففي إعماله ميسرة على التعاقد مع الإدارة، فيكفي مجرد حدوث التأخير من جانبها لإستحقاق هذا التعويض دون أن يلزم بإثبات أن ضرراً لحق به من جراء ذلك التأخير.

وإذا أصابه ضرر خاص يتجاوز قيمة التعويض القانوني، وكان ذلك راجعاً لسوء نية الإدارة^(٢)، فإنه يستطيع أن يطالب بتعويض تكميلي عن الضرر الخاص، فضلاً عن التعويض القانوني المستحق إليه.

وترتيباً على ما تقدم، فإنه ولئن كان تأخر الإدارة في الوفاء بالتزاماتها المالية يشكل خطأ في جانبها، وهو ما أكدته واستقرت عليه الأحكام القضائية، ولا خلاف في ذلك، وإزاء وجود التعويض القانوني والذي يسري على العقد الإداري، فإنه لا مناص من مواجهة هذا الخطأ بهذا التنظيم القانوني للتعويض في الحالة المماثلة،

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية جلسة ١٩٩٦/١٢/٣١ الطعن رقم ١٩٠٩ لسنة ٤١ ق. ع. والطعن رقم ١٦٢٩ لسنة ٣٦ ق. ع. في ذات الجلسة، جلسة ١٩٩٦/٥/٢١ الطعن رقم ٤٢١٢ لسنة ٣٥ ق. ع. جلسة ١٩٩٥/١/١٧ الطعن رقم ٧٧٨ لسنة ٣٥ ق. ع. وفي حكم حديث أوضحت المحكمة صراحة "أن التأخير في أداء مستحقات الشركة لا يجوز التعويض عن الأضرار الناجمة بسببه، ولا يكون السبيل إلى ذلك إلا بالمطالبة بالفوائد القانونية عن التأخير في أداء المبلغ المذكور وفقاً لحكم المادة (٢٢٦) من القانون المدني المصري في حكمها الصادر في جلسة ١٩٩٧/٢/١٨ الطعن رقم ٢٨٦٧ لسنة ٣٨ ق. ع.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في جلسة ١٩٩٦/١٢/٣١ الطعن رقم ١٦٢٩ لسنة ٣٦ ق. ع. لسنة ٣٥ ق. ع.

آخذاً في الحسبان، أن هذا التنظيم يتضمن ضرورة قيام الخطأ والتمثل بمجرد التأخر في الوفاء. وإذا صدرت أحكام مغايرة ومتباينة في هذا الشأن من المحكمة الإدارية العليا، الأمر الذي يتوافر معه موجبات عرض الأمر على دائرة توحيد المبادئ بالمحكمة الإدارية العليا لحسم هذه المسألة^(١).

أما في فرنسا، فإن مجلس الدولة الفرنسي طبق نص المادة/ ١١٥٣/ من القانون المدني الفرنسي في مناسبات عديدة^(٢)، وفي هذا الصدد يجب التمييز بين التأخير في الوفاء المنشئ للالتزام بالتعويض، والتأخير غير المنشئ.

أما في سورية فقد عدّ مجلس الدولة السوري أن تأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية ما من شأنه تعطيل المرفق العام، يرتب على المتعاقد غرامات تأخيرية تأخذ شكل إلزامه بالتعويض، انطلاقاً من اختصاص مجلس الدولة القانوني الذي حوّله إياه المشرّع، وكرّسه الفقه والاجتهاد الذي تقوم عليه مهمة القضاء الإداري، وهي الرقابة القضائية على أعمال الإدارة^(٣).

١ - التأخر في الوفاء غير المنشئ للالتزام بالتعويض:

منذ بضع سنوات كان التأخر في الوفاء ينشئ على عاتق الإدارة المتعاقدة الالتزام بالتعويض في شكل الفوائد القانونية، مع مراعاة حكم المادة/ ١١٥٣/، إلا أن تطور القانون المكتوب للعقود الإدارية، أدى إلى أن أغلب التأخير البسيط في الوفاء لا يعد واقعة تشكل ركن الخطأ، ولكن أصبح هذا التأخير يوجب بطرقه مباشرة وتلقائياً تطبيق الشرط في العقد، ذلك أن أغلب العقود الإدارية تنص على منح الفوائد التأخيرية، وفقاً لنص المادتين ١٧٨/٤ و ٣٥٣ من قانون العقود العامة، الصادر عام ١٩٧٧ في مصر فإن المتعاقد مع الإدارة يستحق الفوائد بقوة القانون

(١) تنص المادة ٥٤ مكرراً من قانون مجلس الدولة المصري الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ المضافة بالقانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨٤ على أنه: "حيث قضى بأن للمدعى الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به استناداً لحكم المادة ٤/١١٥٣ مني، والتي تتعلق بالتعويض التكميلي".

(2) C. E. November 1949 Rec, P. 467.

Art (1153) du code civil français "Le représentant légal, judiciaire ou conventionnel n'est fondé à agir que dans la limite des pouvoirs qui lui ont été conférés."

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، قرار رقم ١/٥٣٥/ع/ لعام ٢٠١٣م، في الطعن ذي الرقم ١/٣٠٠٩/ لعام ٢٠١٣م، الصادر بتاريخ ٣٠/٩/٢٠١٣م.

بدون أي إجراء، وذلك في حالة عدم مراعاة الإدارة للمواعيد المقررة للوفاء، ومن ناحية أخرى في حالة عدم مراعاة الإدارة للمواعيد العامة تنص على أنه: «إذ لم يكن هناك مبرر للتأخير في مواعيد الوفاء، فإن الفوائد التأخيرية تسري بقوة القانون، وبدون أي إجراء وتحسب من اليوم التالي لانتهاء المدة»^(١).

ويستفاد من ذلك أنه في حالة التأخير البسيط؛ أي غير الخاطئ من جانب الإدارة، فإن ذلك ينشأ الحق للمتعاقد معها في الفوائد التأخيرية فحسب، دون الالتزام بالتعويض على أساس القواعد العامة، وهنا لا يتعلق الأمر بمسؤولية عقدية حقيقية للإدارة.

وعلى ذلك، فقد قُضي بأن كل تأخر من الإدارة يعطي الحق للمتعاقد معها في الفوائد التأخيرية^(٢).

٢ - التأخر في الوفاء المنشئ للالتزام بالتعويض:

وهنا، لكي يستحق المتعاقد مع الإدارة تعويضاً فضلاً عن الفوائد التأخيرية، فإنه يلزم تأخر الإدارة غير العادي^(٣)؛ بمعنى أنه يجب أن يتجاوز حد معين، وذلك حتى يمكن أن يثير المسؤولية العقدية^(٤)، ومن ناحية أخرى يتوافر للمتعاقد هذا الحق، إذا كان تأخر الإدارة في الوفاء ناجماً عن سوء النية، وهنا يتعين على المتعاقد أن يثبت أن هذا التأخير راجعاً إلى الإرادة السيئة للإدارة، وأن الضرر الذي لحق به حقيقي وخاص.

الأمر الذي يستفاد منه، أن مجرد التأخير من جانب الإدارة لا يكفي لإثارة مسؤوليتها العقدية، بل يجب أن يكون هناك خطأ جسيم عمدي؛ أي أن يكشف عن رغبة سيئة لدى الإدارة^(٥).

(1) Ph. Teneyre, La Responsabilité Contractuelle. Des personnes publiques en Droit Administratif. Economie, thèse, Paris 1989 P. 90.

(2) C. E. 23 Juillet 1974 AJDA, P. 64.

(3) C. E. December 1962 Rec, P. 1023.

(4) Ph. Teneyre; Op. Cit, P. 92.

(5) C. E. 9 November 1949 Rec, P. 470. C. E. 11 Janvier 1952 Rec, P. 30. C. E. 5 Juin 1957 Rec, P. 3. C. E. 22 Mai 1968 Rec. P. 326.

ونخلص مما تقدم، أن تأخر الإدارة في الوفاء بالتزاماتها المالية يشكل خطأ في جانبها، يثير مسؤوليتها العقدية، ويعطي للمتعاقد معها الحق في اقتضاء التعويض القانوني، (الفوائد التأخيرية) فضلاً عن التعويض التكميلي إذا توافرت موجباته.

وفي هذا المقام يتعين التنويه، إلى أنه في كثير من الأحيان تقدر الجهة الإدارية المتعاقدة أن عدم تنفيذها لالتزاماتها المالية يعجز المتعاقد معها عن تنفيذ التزاماته في الميعاد المحدد، فهنا تضمن الإدارة العقد شرطاً مقتضاه زيادة مدة تنفيذ العقد، بقدر ما تتأخر الإدارة في تنفيذ التزاماتها بأداء مقابل الأعمال، وقد ذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مصر، إلا أنه ليس في هذا الاتفاق ما يخالف النظام العام، إذ إن قواعد العدالة ومقتضيات حسن النية، وتمسك الجهة الإدارية بعدم منح المتعاقد معها مهلة للتنفيذ إذا تراخت في أداء التزاماتها المالية^(١).

ونعتقد، أن إجازة هذا الاتفاق من جانب الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع تمثل تطوراً محموداً وتخفيفاً ضرورياً للأصل المقرر في العقد الإداري في عدم جواز تراخي المتعاقد في تنفيذ التزاماته، إذا تأخرت هذه الإدارة في تنفيذ التزاماتها المتقابلة؛ أي الحد من مبدأ عدم جواز الدفع من جانب المتعاقد بعدم التنفيذ في العقد الإداري^(٢).

الفرع الثالث

مخالفة الإدارة لشرط زيادة الأسعار

عادة يتضمن العقد الإداري شرطاً، بزيادة الأسعار المحددة في العقد^(٣)، وذلك في حالة زيادة أسعار المواد التي تساهم في تنفيذه، ويعتبر هذا الشرط ملزماً

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري، جلسة ١٦/٥/١٩٩٣

فتوى رقم ٥٣٢ ملف رقم ٢٩٥/١/٥٤، مجموعة مبادئ العقود في أربعين سنة، ص ٧١٠.

(٢) كما أن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري تأييداً لهذا الإتجاه الحديث انتهت إلى عدم جواز تمسك الجهة الإدارية بتنفيذ الأعمال موضوع العقد بذات الأسعار = = المتعاقد عليها في أداء التزاماتها المتقابلة. فتوى رقم ٥٤١ في ٨/٧/١٩٩٣ ملف رقم ٢٦/٢/٧٨ مجموعة مبادئ العقود في أربعين عاماً، ص ٧١٣.

(٣) وقد يطلق على هذا الشرط شرط تنوع السعر أو مراجعة الأسعار.

لطرفي العقد، ومن ثم فلا يُسَوَّغ للإدارة المتعاقدة التحلل من هذا الشرط، وإلا أدى امتناعها عن تطبيقه خطأ في جانبها يثير مسؤوليتها العقدية.

وأبرز مثال للشرط السالف الذكر، في عقود المقاولات، حالة زيادة أسعار الحديد والاسمنت والتي كانت مُسَعَّرَة تسعيراً جبرياً، فقد درج الشرط على أن أيّ زيادة في أسعار المواد المسعرة بالتسعير الجبري، فإنّ المقاول يستحق عنها فروق أسعار، وكان يدرج شرط آخر يؤدي نفس المعنى، ينص على أنه: «وفي حالة زيادة أسعار تلك المواد بقرارات سيادية، فإنه يحق للمتعاقّد مع الإدارة استرداد فروق الأسعار الناجمة عن تلك الزيادة». فقد نصّت كراسة الشروط والمواصفات المعدة لوزارة الأشغال العامة والموارد المائية بمصر في المادة/ ٣٨/ المتعلقة بعدم دفع زيادة دون نص صريح على أنه: «بالنسبة لأسعار المواد المسعرة جبرياً ستقوم الإدارة بحاسبة المقاول على فرق السعر سواء بالزيادة أو النقص في حالة قيام الحكومة بزيادة السعر أو تخفيضه وذلك بالنسبة للكمية التي يتسلمها بعد تعديل الأسعار وتكون لازمة للعمل».

ويُشترط لنشوء حق المتعاقّد مع الإدارة في فروق الأسعار أن يتضمن العقد نصاً صريحاً بحاسبة المتعاقّد عن زيادة الأسعار^(١)، فإذا لم يوجد مثل هذا الشرط، فلا يبقى للمتعاقد مع الإدارة حق في فروق أسعار مواد البناء التي طرأت أثناء تنفيذ العقد، ولو تعلقت بأسعار المواد الخاضعة للتسعير الجبري، طالما قبل التعاقد بدون اشتراط الحصول على هذه الفروق^(٢).

ومن الجدير ، أنه في ظل سياسة الاقتصاد الحر، والخصخصة، ومن ثم فقد أثير الخلاف حول طبيعة القرارات التي تصدرها الشركات القابضة المعنية بتلك المواد، مثل الشركة القابضة للإسمنت وهل تعد قراراتها بزيادة أسعار الاسمنت، قرارات سيادية أم لا.

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري جلسة ١٩٨٢/٦/١٦.
(٢) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة جلسة ١٩٩١/١١/٣ مجموعة مبادئ العقود في أربعين عاماً، ص ٦٨٦، جلسة ١٩٩٢/١/٥ بذات المجموعة، ص ٦٨٨، حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية جلسة ١٩٩٩/٣/٢ الطعن رقم ٣٧٣، ٤٢٥ لسنة ٣٧ ق. ع. = حيث ذهبت إلى عدم أحقية المتعاقّد مع الإدارة في فروق الأسعار، الناجمة عن زيادة أسعار الجمالون لأنه لم يتحفظ في عطائه المقدم لجهة الإدارة باستحقاقه لهذه الزيادة.

وإذ عرض الموضوع على الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري انتهت إلى: «أن المشرّع حرصاً منه على تجنب رفع أسعار المنتجات الصناعية والمحلية رفعاً باهظاً لا يتناسب مع تكاليف الإنتاج وسند لوزير الصناعة بماله من سلطة بمقتضى القانون رقم /١٦٠/ لسنة /١٩٥٠/ الخاص بالتسعير الجبري، بقصد إحداث أثر قانوني معين ابتغاء تحقيق مصلحة عامة، أضفى عليه صفة الالتزام على نحو يجب معه أن يسود على الكافة بما لا سبيل إلى الفكاك مما قرره، وإلا تعرض المخالف للعقاب الجنائي، ومن ثم نعت قرار التحديد أو التسعير "بالسيادية". والحال أن قرارات الشركات القابضة بزيادة أسعار الاسمنت، لا تتوافر لها ذات عناصر قرار التحديد أو التسعير الجبري المشار إليه، سواء من حيث السلطة المختصة بإصداره، أو سند هذا الإصدار وأسبابه وغاياته أو خاصية الإلزام، وهو لا يعدو أن يكون تحديداً لسعر البيع تجريه الجهة البائعة في إطار معطيات السوق وآلياته.

وقد خلصت الجمعية العمومية إلى أن القرارات لا تتدرج في عداد ما يعرف بالقرارات "السيادية" التي يحق للمقاولين الاستناد إليها؛ لاستداد فروق الأسعار الناجمة عن تطبيقها، ومن ثم لا ينهض للمقاولين المعروضة حالتيهما الحق في الزيادة الحادثة في أسعار الإسمنت.

وأكدت الجمعية العمومية، بأنه لا ينال مما تقدم، ما ورد بكتاب وزير الدولة للتنمية الإدارية وشؤون البيئة بتاريخ ١٩٩٥/٢/٢١ في شأن تعويض شركات المقاولات عن التغيير الذي طرأ على أسعار الاسمنت بالزيادة عما كان عليه العمل وقت التعاقد، لا ينال من ذلك، إذ أن هذا القرار قد صدر لاحقاً على انتهاء العمليتين المسندتين إلى المقاولين المعروضة حالتيهما، وعلى صرف الفروق إليهما عن أن هذا القرار لا يعدو أن يكون من قبيل التوجيهات الإدارية التي ليس من شأنها المساس بأحكام القانون^(١).

وغني عن البيان، أنه إذا تضمن العقد نصاً على أحقية المتعاقد مع الإدارة في استداد أية زيادة طرأ في الأسعار بصفة عامة، فإنه في هذه الحالة ينشئ له الحق في

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري جلسة ١٩٩٦/٦/١٩، ملف رقم ٣٧/٣/٧٨، جلسة ١٩٩٤/١١/٩، ملف رقم ١٨٨/١/٤٧.

الحصول على تلك الزيادة، حتى لو تقررّت بقرارات من شركات قطاع الأعمال العام القابضة نفاذاً للإرادة المشتركة للمتعاقدين، إذ لم يقرن المتعاقد مع الإدارة تحفظه بأن تكون الزيادة مرجعها صدور قرارات سيادية، وإنما قصد مطلق الزيادة^(١).

وترتيباً على ذلك، وإزاء تواتر إفتاء الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، على عدم اعتبار القرارات الصادرة من شركات قطاع الأعمال العام القابضة قرارات "سيادية"، فقد حرص المتعاملون مع الإدارة على تضمين عطاءاتهم، وعقودهم مع الإدارة شرطاً يقضي بأنه: "في حالة صدور قرارات رسمية من مجالس إدارات الشركات القابضة بزيادة أسعار حديد التسليح أو الاسمنت بعد تاريخ صدور خطاب قبول العقد تتم المحاسبة على قيمة الزيادة".

وفي فرنسا، لا تستطيع الإدارة أن توقف أو تعدل شرط تنوع السعر من جانب واحد. وفي حالة مخالفتها لهذا الشرط تلتزم بتعويض المتعاقد عن الضرر الذي لحقه^(٢).

إلا أن تقدير مجلس الدولة الفرنسي، لرفض الإدارة إعمال شرط تنوع السعر يختلف حسب طبيعة العقد، ففي عقد الامتياز العام، فإن رفض الإدارة المانحة في إعمال هذا الشرط يثير مسؤوليتها العقدية "بسبب خطأها العقدي أو رفضها غير المبرر"^(٣)، أما في عقد الأشغال العامة، فإن مجلس الدولة الفرنسي يرجع إلى النية المشتركة للمتعاقدين للوقوف على مدى توافر شرط تنوع السعر، ولم يكيف رفض الإدارة على أنه خاطئ أو غير خاطئ، وإنما اعترف أن للمتعاقد الحق في تطبيق شرط مراجعة الثمن، أو ليس له الحق.

ويتساءل البعض لماذا يتم تقدير رفض الإدارة تطبيق هذا الشرط بطريقة مختلفة وفقاً لطبيعة العقد، ويرى أنه في كل الفروض أن هذا الرفض يعد مخالفة من الإدارة لالتزاماتها العقدية المالية، والتي من شأنها إثارة مسؤوليتها العقدية^(٤).

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري جلسة ١٩٩٥/٤/١٩ ملف رقم ١٩١/١/٤٧.

(2) Ph. Temeyre Op. Cit P. 95.

(3) C. E. 10 avril 1935 R. D. P. 1935: C. E. 6 December 1935. S. 1936.

(4) Ph. Temeyre Op. Cit., P. 96.

ونعتقد أنه لا يوجد ثمة مُسَوِّغ قانوني، يُبرر اختلاف تقدير رفض الإدارة أعمال زيادة الأسعار حسب طبيعة العقد، إذ لا يوجد أي أثر لهذه الطبيعة، على تقدير هذا الرفض، ففي جميع الأحوال يعتبر ذلك، إخلال منها بالتزاماتها العقدية، وهو ما يشكل في جانبها ركن الخطأ العقدي.

الفرع الرابع

تأخُّر الإدارة في الإفراج عن الكفالات

من المقرر أن المتعاقد مع الإدارة يلتزم بأن يقدم لها تأمينا نهائياً، يكون ضماناً لها يؤمنها الأخطار التي قد تصدر منه حين يباشر تنفيذ شروط العقد الإداري، كما يتضمن ملاءة المتعاقد معها عند مواجهة المسؤوليات التي قد يتعرض لها من جراء إخلاله بتنفيذ أحكام العقد، ويحق للإدارة مصادرة التأمين النهائي، حتى تمام التنفيذ، أو الضمان، حسب الأحوال. وتنص المادة /٧٠/ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات الحالي في مصر رقم /٨٩/ لعام /١٩٩٨/ على أنه: "..... وبالنسبة للتأمين النهائي يكون سريان خطاب الضمان لمدة تبدأ من وقت إصداره إلى ما بعد انتهاء مدة تنفيذ العقد بثلاثة أشهر، إلا إذا اتفق على غير ذلك...".

وتنص المادة /٧٢/ من ذات اللائحة على أنه: «ويجب الاحتفاظ بالتأمين النهائي بأكمله، إلى أن يتم تنفيذ العقد بصفة نهائية بما في ذلك مدة الضمان طبقاً للشروط، وحينئذ يرد التأمين أو ما تبقى منه لصاحبه بغير توقف على طلب منه، وذلك خلال مدة لا تتجاوز سبعة أيام عمل بعد إتمام تنفيذ العقد بصفة نهائية».

ومؤدى ذلك، أن الأصل هو سريان خطاب الضمان النهائي إلى ما بعد انتهاء مدة تنفيذ العقد بثلاثة أشهر، والاستثناء أن يحدد الطرفان مدة أخرى لصلاحية هذا الخطاب، مثال ذلك الاتفاق على سريان هذا الخطاب حتى انتهاء مدة الضمان.

كما أن المشرع قرَّر أصلاً آخرًا مقتضاه احتفاظ الإدارة بالتأمين النهائي حتى تمام تنفيذ العقد، وأجاز لطرفي العقد الخروج على هذا الأصل وذلك في حالة الاتفاق على سريان خطاب الضمان حتى انتهاء مدة الضمان، طبقاً لنص المادة /٧٠/ سالف الذكر، ففي هذه الحالة فقط يتم الإحتفاظ بالتأمين النهائي، حتى

انتهاء مدة الضمان، ومن ثم فإن المناط في هذا الشأن يدور حول وجود الاتفاق بين طرفي العقد من عدمه.

ولمزيد من الايضاح، فإنه من المقرر في قواعد التفسير أن النصوص تفسر بعضها بعضاً، وأنها تتظافر، ولا تتنافر، كما أنه من المسلم به كذلك، أنه هناك ما يسمى بالقواعد المفسرة أو المكملة، وهي التي أجاز المشرع للأطراف الاتفاق على ما يخالفها.

وفي الحالة الراهنة أجاز المشرع بنص صريح لا غموض فيه ولا إبهام لطرفي العقد، أن يتفقا على مدة لسريان خطاب الضمان الخاص بالتأمين النهائي، فقد يكتفيان بسريانه حتى تمام التنفيذ فقط، وهو الفرض الأكثر شيوعاً في العمل، إذ يكتفى بتقديم شهادة ضمان، وقد يتفقا على سريانه حتى انتهاء مدة الضمان، ففي هذه الحالة يأخذ التأمين النهائي صوراً شتى، فقد يكون نقداً بإيداعه خزينة جهة الإدارة بموجب إيصال رسمي، ولا تحسب فائدة عليه، وقد يكون في شكل شيك مقبول الدفع من المصارف المحلية، كما يمكن أن يكون شيك مسحوب على مصارف بالخارج، بشرط التأشير عليه بالقبول من أحد المصارف المعتمدة بالداخل، كما قد يكون التأمين في صورة خطاب ضمان، وهو الأكثر شيوعاً في الحياة العملية، ويتعين لقبوله، أن يصدر من أحد المصارف المحلية المعتمدة، وألا يقرن بأي قيد أو شرط، وأن يقر فيه المصرف بأن يدفع أمر الجهة الإدارية مبلغاً يوازي التأمين المطلوب، وأنه مستعد لأدائه بأكمله عند أول طلب منها دون الالتفات إلى أية معارضة من مقدم العطاء، ويتعين أن يكون خطاب الضمان سارياً إلى ما بعد مدة انتهاء التنفيذ إلا إذا اتفق على غير ذلك، وأخيراً، قد يتمثل التأمين النهائي في مبالغ مستحقة للمتعاقد لدى الجهة الإدارية، وأن يطلب خصم قيمة التأمين منها بشرط أن تكون المبالغ صالحة للصرف وقت تقديم الطلب^(١).

ويستفاد مما تقدم، أن هناك التزام على الإدارة، بالإفراج عن هذا التأمين النهائي فور إتمام التنفيذ أو انتهاء مدة الضمان، حسبما يتفق عليه وبدون طلب من

(١) المادة ٧٠/ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري الحالي رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨.

المتعاقد، فإن إخلالها بتنفيذها الالتزام، سواء في عدم الرد أو التراخي فيه، يشكل خطأ من جانبها يثير مسؤوليتها العقدية^(١).

وجدير بالذكر، أن التزامها بالرد، مشروط بقيام المتعاقد بتنفيذ العقد، أو انتهاء مدة الضمان في حالة الاتفاق على ذلك، وأن تتأكد أن المتعاقد معها أوفى بالتزاماته على الوجه المرضي، فإذا ثبت أن التسليم النهائي لم يتم لوجود عيوب لم يقم المتعاقد مع الإدارة بإصلاحها، فإنه يكون من حقها مصادرة خطاب الضمان^(٢)، أما إذا كانت العملية محل العقد قد نفذت واستمرت حتى انتهاء مدة الضمان بحالة جيدة ومطابقة للمواصفات، فإنه ليس هناك مبرر لجهة الإدارة أن تمتنع عن عمل محضر الإستلام النهائي ورد التأمين للمقاول، أو ما تبقى منه، وإلا كان ذلك إخلالاً بشروط العقد ومخالفة للقانون واللائحة.

وفي فرنسا قضى بالتزام الإدارة منذ التسليم النهائي برد مبلغ الكفالة، ومن ثم تكون مسؤولة عن الضرر الناتج عن ذلك (مصاريف الكفالة حتى تاريخ الإسترداد)^(٣).

أما في سورية فنجد أن الاجتهاد القضائي لدى مجلس الدولة السوري، قد أعلن في العديد من أحكامه القضائية، لاسيما في بعض فتاويه الاستشارية أحقية المتعهد بتقاضي التعويض العادل، وأحقّيته بتحرير كفالة التأمينات النهائية للعقد محل النزاع، مع الفائدة القانونية المستحقة من تاريخ اكتساب الحكم الدرجة القطعية^(٤).

وبناءً عليه، فإننا نستنتج أن الفائدة القانونية التي أقرها اجتهاد القضاء الإداري السوري، تقع على عاتق الإدارة؛ بسبب تأخرها في صرف مستحقات المتعهد التي من بينها كفالة التأمينات النهائية بمثابة عقوبة مالية تقتضيها مبررات الرقابة القضائية الفعالة التي يمارسها مجلس الدولة السوري، على الجهات العامة في معرض تنفيذها للعقود الإدارية.

(1) Ph. Temeyre Op. Cit. P. 98.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية جلسة ١٩٩٩/١/٢٦ طعن رقم ٥٨٢ لسنة ٤٠ ق. ع.

(3) C. E. Mars 1958 Rec P. 145, C. E. 5 Mai 1961 Rec. P. 303. C. E. 26 Mai 1982 Rec. P. 672.

(٤) قرار محكمة القضاء الإدارية السورية، رقم ١/٢٢٢١/٢ لعام ٢٠١٤م، في القضية رقم ٢/٣٥١٦/٢ لعام ٢٠١٤م، الصادر بتاريخ ١٤/١١/٢٠١٤م. غير منشور.

ولا يفوتنا الذكر، أن اجتهاد القضاء الإداري لدى مجلس الدولة السوري، قد استقر على عدم اختصاصه كفالات التأمينات النهائية، إذ عد الاجتهاد أن هذا النوع من النزاعات ذي طبيعة تجارية، ويخضع للأعراف النازمة للمعاملات المصرفية، وينتقل عن كونه نزاع يتعلق بالعقد الإداري، الذي قدمت الكفالة بشأنه لذا لمجلس الدولة بحسابه يدخل ضمن التعاملات المصرفية، التي يدخل أمر النظر بها في اختصاص القضاء العادي^(١).

وأخيراً، فإن إخلال الإدارة بالتزاماتها المالية والفنية، ولئن كانا يُعتبران من صورة الخطأ في مرحلة التنفيذ، بيد أن الإحاطة بمخالفة الإدارة لالتزاماتها العقدية لا تكون - بلا ريب - كاملة، إلا إذا أحطنا بالممارسة غير المشروعة للإدارة لسلطاتها في العقد الإداري، والتي تثير مسؤوليتها العقدية، فإذا كانت الإدارة تتمتع بسلطات متميزة في العقد الإداري لا نظير لها في العقد المدني، إلا أنه يتعين عليها أن تمارسها على نحو مشروع، وتكون ممارستها غير المشروعة الصورة الأخيرة من صور الخطأ الموجب لمسؤوليتها العقدية.

(١) قرار محكمة القضاء الإداري السورية، رقم /٤/ لعام ٢٠١٨م، في القضية رقم /١٦١٥/ تاريخ ٢٤/٧/٢٠١٨م. غير منشور.

المبحث الثاني

حق المتعاقد في المطالبة بالتعويض عن الخطأ العقدي

يستتبع مخالفة الإدارة لالتزاماتها المقررة في العقد الإداري، حق المتعاقد في سلوك الطريق القضائي؛ لكي يحكم له بإلغاء القرارات غير المشروعة الصادرة من الإدارة بمناسبة تنفيذ العقد، أو يحكم له بفسخ العقد بناءً على طلبه، أو يحكم له بالتعويض المناسب.

فمن حقوق المتعاقد مع الإدارة الحصول على تعويض، وذلك إذا ما لحقه ضرر نتيجة خطأ الإدارة العقدي، أو في حالة إخلال الإدارة بأحد التزاماتها الواردة بالعقد^(١). فالمسؤولية العقدية هي -من حيث المبدأ- مسؤولية عن عدم التنفيذ، أو التنفيذ السيئ للعقد^(٢).

وتأسيساً على أن التعويض هو النتيجة الرئيسية، فلذلك سنبحث في الخطأ العقدي، وأسباب إعفاء الإدارة من التعويض، يليه نبحث في نظام التعويض عن خطأ الإدارة، وذلك بتحديد طبيعة التعويض المستحق للمتعاقد، وكيفية تقديره، والقضاء المختص به.

ولمقتضى ما تقدم سنقسم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين:

المطلب الأول: مفهوم الخطأ العقدي

المطلب الثاني: القضاء المختص بالتعويض عن الخطأ العقدي.

(١) د. رمضان محمد بطيخ، الجديد في إبرام العقد الإداري فقهاً وإفتاءً وقضاءً، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٨م، ص ٤١.

(2) Richer L, droit des contrats administratifs, 9eéd, LGDJ, Paris, France, 2014, P 252.

المطلب الأول

مفهوم الخطأ العقدي

قبل البحث في نظام التعويض، ونطاق اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية، سنتناول بداية مفهوم خطأ الإدارة العقدي، وأسباب إعفاء الإدارة من التعويض. وذلك في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: تعريف خطأ الإدارة العقدي.

الفرع الثاني: حالات إعفاء الإدارة من التعويض في الخطأ العقدي.

الفرع الأول

تعريف خطأ الإدارة العقدي

الخطأ بشكل عام، هو مخالفة لأحكام القانون، يتمثل في عمل مادي، أو في تصرف قانوني، يأخذ صورة عمل إيجابي، أو سلبي، ينشأ عن عدم القيام بما يوجبه القانون^(١).

أما الخطأ العقدي، فهو إخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية^(٢)، وهو يتوافر بمجرد عدم تنفيذ الإدارة لالتزاماتها الناشئة عن العقد^(٣)، عمداً أو بإهمال أو بفعلها دون عمد أو إهمال^(٤).

وفي هذا المجال تنص المادة ٢٣/ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ / لعام ١٩٩٨/ على أنه: « وفي حالة الادّعاء بإخلال الجهة الإدارية بالتزاماتها الواردة بالعقد بخطأ منها، يكون للمتعاقد الحق في اللجوء للقضاء للمطالبة بتعويضه، عمّا يكون قد لحقه من ضرر نتيجة ذلك».

(١) د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٤٦٣.

(٢) د. إبراهيم المنجي، العقود الإدارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩، ص ٢٣٧.

(٣) د. حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، جامعة القاهرة، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢، ص ٣٣.

(٤) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٢١٥.

ومما سبق يتبين: أن المشرع المصري قد كفل حق المتعاقد في التعويض عن خطأ الإدارة، بسبب الإخلال بالتزاماتها التعاقدية من خلال نص قانوني صريح وواضح.

وتطبيقاً لذلك، قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها أنه: «من الأمور المسلمة في العقود كافة سواء كانت عقوداً إدارية أو مدنية، أن الخطأ العقدي: هو عدم قيام المدين بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد، أيًا كان السبب في ذلك، يستوي في ذلك أن يكون عدم التنفيذ ناشئاً عن عمد، أو إهماله، أو فعله، دون عمد أو إهمال»^(١).

وعلى الرغم من حصر المحكمة ظاهرياً الخطأ العقدي في الإخلال بالتزامات التعاقدية، ومنها الالتزامات الفنية والمالية، بما فيها الالتزامات الأصلية أو الفرعية، فإن الخطأ قد يتخذ أيضاً صورة التعسف في استعمال الامتيازات التعاقدية الإنفرادية من جانب الإدارة، ومن ذلك سلطة التعديل الإنفرادي للعقد، أو تسليط العقوبات انفرادياً على المتعاقد معها، فهذه السلطات وغيرها، ولئن تمارسها الإدارة بقرارات انفرادية، فهي متصلة بالعقد وسوء استخدامها هو إخلال بمحتوى العقد^(٢).

والخطأ العقدي من جانب الإدارة، يخول المتعاقد معها طلب التعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء عدم قيام جهة الإدارة بالتزاماتها، أو من جراء تأخرها في القيام بها^(٣).

والخطأ الموجب للمسؤولية التعاقدية، قد يكون خطأ إدارياً، بمعنى أن الإدارة هي مرتكبة ذلك الخطأ دون مساهمة المتعاقد معها فيه، وهنا يقع عليها عبء تعويضه كاملاً^(٤)، ومثال ذلك: عدم تمكين المتعاقد من شغل عقارات مملوكة

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، الطعن رقم ١١٣٢٠/و/١٣٤٠ لسنة ١٢ق، جلسة ١٩٦٩/٢/١٥، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاماً (١٩٦٥ - ١٩٨٠) المكتب الفني بمجلس الدولة المصري، الجزء الثاني، ص ١٨٦٢.

(٢) د. توفيق الغناي، بحث قدم بمناسبة الملتقى الذي نظمته كلية الحقوق بصفافس حول المسؤولية الإدارية، ٢٠٠٦م، ص ٢٣٤.

(٣) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٢١٥.

(٤) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١١، ص ١٤٩ - ١٥٠.

للإدارة والمواد، والمعدات اللازمة لتنفيذ عقد الأشغال العامة، أو عدم تسليمه مواقع الاستغلال، لبدء نشاطه أو عمله فيها، وأيضاً، التسبب بصورة أو بأخرى، وبدون مقتضى في إطالة أجل تنفيذ العملية التعاقدية، مما يترتب عليه تحمل المتعاقد بأعباء مالية إضافية لم يكن ليتحملها؛ لولا هذا التقصير من جانب الإدارة.

وذلك على عكس ما إذا كان الخطأ المسبب لوقوع الضرر مشتركاً ما بين الإدارة والمتعاقد^(١) معها، فيكون حينها للقاضي تقدير نصيب كل من طرفي التعاقد في التعويض^(٢).

وتجدر الإشارة هنا، إلى أنه في حال مخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية، فإن المتعاقد معها لا يجوز له أن يجاريها في ذلك، ويمتنع هو عن تنفيذ التزاماته أيضاً، بل عليه أن يتابع تنفيذ التزاماته التعاقدية، ويطلب بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به جراء مخالفة الإدارة لالتزاماتها، وله أن يطلب فسخ العقد أيضاً من القضاء المختص إذا برّر له خطورة مخالفة الإدارة^(٣).

(١) وكمثال على ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر: أنه متى تقرر بطلان العقد بطلاناً مطلقاً. . . فإن المؤسسة المتعاقدة مع الإدارة بصيبيها كأثر حتمي لتقرير البطلان ضرر يتمثل في قيمة الأدوات التي قامت بتصنيعها والتي تبين أنها غير قابلة للتعامل وليس من سبيل استردادها لمخالفاتها مرسوم الأوعية، ومتى كان الضرر الذي أصاب المؤسسة جاء نتيجة خطأ كل من الإدارة والمؤسسة معاً فالفرض أن المؤسسة عليمه بأحكام مرسوم الأوعية علمها بالقانون الذي لا يعذر أحد بالجهل به وكان من المتعين عليها والحالة هذه أن تثبت من مطابقة ما تصنعه لأحكامه، ويتمثل خطأ الإدارة في كونها طرحت = المناقصة على أساس عينة نموذجية مخالفة لأحكام مرسوم الأوعية مع ما يتوافر لديها من الإمكانيات الفنية التي تكفل لها الوقوف على حقيقة المواد الداخلة في تركيبها، وإذا كان الخطأ مشتركاً كان للقاضي أن يقرر نصيب كل من المسؤولين عن الخطأ في التعويض وفقاً لأحكام المادتين ٢١٦/١٦٩ من القانون المدني فإن المحكمة تقدر التعويض المستحق للمؤسسة في ذمة الإدارة بمراعاة مدى جسامه الخطأ الذي ارتكبه كل منهما" ينظر في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، الطعن رقم ١٣٠٣/ لسنة ٨ق، ١٩٦٦/١٢/٣١م، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاماً، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص ١٩١٩ و ١٩٢٠.

(٢) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ١٤٩ - ١٥٠.

(٣) د. نصري منصور النابلسي، العقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، الشياح، لبنان، ٢٠١٠، ص ٥١٥ - ٥١٦.

وعن عبء إثبات الدليل على خطأ الإدارة، فإنه يقع على عاتق المدعي "المتعاقد" كقاعدة عامة، ولكن نظراً لخصوصية الدعوى الإدارية؛ فإنه تثور مشكلة تطبيق هذه القاعدة في ظل معظم الأنظمة القانونية، من حيث أن الفرد "المتعاقد" في الدعوى الإدارية يقف دائماً - كأصل - موقف المدعي، وهذا المركز يعتبر المركز الأصعب، بالإضافة إلى أن الفرد "المتعاقد" في الغالب، لا يوجد أي أدلة وليس له أي امتيازات، والإدارة وهي المتمتعة بالامتيازات، والحائزة على أدلة الإثبات تقف في أغلب الأحيان في مركز المدعى عليه، وهو المركز الأسهل في الدعوى، وبالتالي تنشأ ظاهرة عدم التوازن بين الطرفين، الأمر الذي يتطلب معالجة ذلك الوضع في مجال الإثبات؛ لتحقيق التوازن العادل، من خلال قيام المشرع بتنظيم ذلك في بعض الأحيان، أو من خلال الدور الإيجابي للقاضي الإداري، والذي يتمثل بقيام القاضي بمتابعة إجراءات الإثبات. فعندما تخطر الإدارة بالدعوى يمكنها أن تقدم من تلقاء نفسها جميع الإيضاحات، والمستندات التي تؤيد موقفها، وهذا هو الوضع الطبيعي، ولكن إذا سكنت الإدارة، وتعننت ورفضت تقديم المستندات، والإيضاحات التي يرى لزومها فإذا امتنعت أو تراخت، يمكن أن يعتبر هذا الموقف من جانبها قرينة تنقل عبء الإثبات إليها؛ أي أن هذا الموقف السلبي يفسر ضدها^(١).

وبناءً عليه، فإن المتعاقد مع الإدارة يستحق التعويض عن إخلال الإدارة بالتزاماتها الناشئة عن العقد الإداري، سواء كان ذلك بعمد، أو بإهمال، أو بفعلها دون عمد، أو إهمال، وكذلك يستحق المتعاقد التعويض في حالة تعسف الإدارة في استعمال الامتيازات التعاقدية الانفرادية التي تتمتع بها في العقود الإدارية.

وتطبيقاً لذلك، فقد صدر عن مجلس الدولة السوري الرأي التالي: «... إن تَخَلَّف الإدارة المتعاقدة عن إتمام التزامها العقدي بسبب الظروف التي بيّنتها الإدارة المستفتية (سيطرة العصابات الإرهابية المسلحة على موقع التعهّد) ليس من شأنه

(١) أ. عبادة الشامي، خصوصية الإثبات في الخصومة الإدارية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠٨م، ص ١٢٥ وما بعدها.

أن يحلها من التزامها، أو يضار به الطرف الآخر من العملية التعاقدية، وبالتالي لابد من تعويض المتعاقد في مثل هذه الحالة^(١).

ولا يفوتنا أيضاً، أن كل خطأ، أو تقصير، أو إهمال، يُرتكب من جانب المتعاقد، يستوجب الحكم عليه بالتعويض، كما فعلت المحكمة الإدارية العليا السورية، عندما اعتبرت أن المخالفة المرتكبة من قبل المتعهد خلال تنفيذ العقد، والمتمثلة في غياب المهندس المقيم؛ لمتابعة سير العمل في المشروع محل العقد، وعدم تأمينه المواد اللازمة للعمل، ضمن المواصفات والشروط المطلوبة، إنما يشكل إخلالاً بالشروط التعاقدية، الأمر الذي يقتضي إلزامه بالتعويض^(٢).

الفرع الثاني

حالات إعفاء الإدارة من التعويض في الخطأ العقدي

إذا كان المتعاقد مع الإدارة يستحق التعويض عن الضرر الذي لحق به نتيجة لخطأ الإدارة، فإن الإدارة تُعفى من التعويض، سواء كان هذا الإعفاء جزئياً أو كلياً، وذلك في حالة القوة القاهرة أولاً، أو فعل المتضرر، أو الخطأ المشترك ما بين الإدارة والمتعاقد معها ثانياً، أو إذا كان هناك شرط إعفائي، أو في حالة عدم خطأ الإدارة ثالثاً.

أولاً: القوة القاهرة:

عرف مجلس الدولة الفرنسي القوة القاهرة في اجتهاد له: "هي عبارة عن حدث خارجي غير متوقع ولا يمكن دفعه، وهو غالباً حدث طبيعي"^(٣).

وإن القوة القاهرة إذا ما أحدثت ضرراً، فلا تقوم مسؤولية الإدارة لتعويض المضرور، وذلك لانقضاء علاقة السببية بين النشاط الإداري، وحدث هذا الضرر،

(١) راجع في ذلك: رأي اللجنة المختصة بقسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة السوري رقم ٥٠/ لسنة ٢٠١٣م، في القضية رقم ٥٨/ف/ لسنة ٢٠١٣م، الصادر بتاريخ ١٧/٣/٢٠١٣م. غير منشور.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، قرارها رقم ١/٥١٤/ في الطعن ذي الرقم ٣٢٥١/ لسنة ٢٠١٦م الصادر بتاريخ ٢٥/٧/٢٠١٦م. غير منشور.

(٣) 's'entend d'un événement extérieur, imprévisible et irrésistible, qui est souvent un événement naturel". C.E 11 Décembre 1991, SONEXA, Rec. 430.

وليس هناك ما يمنع من تطبيق حالة الإعفاء من المسؤولية للقوة القاهرة في المجال الإداري^(١).

فالقوة القاهرة كسبب للإعفاء من المسؤولية العقدية، إضافة إلى أنها سبب؛ لانقضاء الرابطة التعاقدية^(٢)، تتوافر إذا وقع حادث فجائي خارج عن إرادة أطراف العقد، ويتميز هذا الحادث، بأنه لا يمكن توقعه أو دفعه، ويؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزامات العقدية^(٣) تمييزاً لها عن نظرية الظروف الطارئة التي تجعل التنفيذ مرهقاً.

وباعتبار أن القوة القاهرة، تؤدي إلى إعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته التعاقدية، فإنها تختلف عن باقي النظريات التي يسعى من خلالها المتعاقد إلى إعادة التوازن المالي، وهي نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، ونظرية فعل الأمير، ونظرية الظروف الطارئة، حيث لا تؤدي هذه النظريات إلى إمكانية التوقف عن تنفيذ العقد، ولا يمكن للمتعاقد التذرع بها؛ للتوقف عن تنفيذ التزاماته التعاقدية، لأن تنفيذ هذه الالتزامات يبقى ممكناً، بينما تؤدي نظرية القوة القاهرة إلى إعفاء المتعاقد من التنفيذ، حال توفر شروط القوة القاهرة^(٤).

ويُشترط في القوة القاهرة، أن تكون أمراً غير ممكن التوقع ومستحيل الدفع^(٥)، ويقصد بأن تكون القوة القاهرة أمراً غير ممكن التوقع؛ أي أن يتوافر فيه شرط السبب الأجنبي، من حيث عدم إمكانية توقعه لا من جانب المدين فقط، بل من جانب أكثر الناس تبصراً بالأمور، فالمعيار موضوعي لا ذاتي، فلا يكفي فيه بالشخص العادي^(٦).

(١) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية، المركز القومي للإصدارات القانونية، عابدين، مصر ٢٠٠٨، ص ٢٨٨.

(٢) في حالة حدوث قوة القاهرة يعفى المتعاقد من تنفيذ التزاماته وفي هذا المعنى تنص المادة ١٠٦/١ من لائحة العقود الإدارية أنه: "يعفى المتعاقد من تنفيذ التزاماته إذا طرأت قوة القاهرة تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً"

(٣) هاني عبد الرحمن اسماعيل، المرجع السابق، ص ١٢٣١.

(٤) د. نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص ٦٥٤ و ٦٥٥.

(٥) د. أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية، طبقاً لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الجديد (الصادر بالقانون رقم ٨٩/ لسنة ١٩٩٨) منشأة المعارف بالاسكندرية، الطبعة الثانية، ٢٠١٣، ص ٦٠٩.

(٦) د. عاطف سعدي علي، المرجع السابق، ص ٥٨١.

فإذا كانت الإدارة متوقعة للحدث المتمسك به فإنها مبدئياً وليس بالضرورة ستتوقع آثاره وتبعاته ومخاطره ولا مجال لإعفائها من المسؤولية، وفي كل الحالات يبقى للقاضي الاجتهاد في كل قضية على حدة، وهذا ما يفهم من قضاء مجلس الدولة الفرنسي الذي يتشدد حيال هذا الأمر، حيث يؤوله تأويلاً ضيقاً، فالحروب مثلاً ليست أحداثاً غير متوقعة في كل الأحوال^(١).

ومهما يكن، فإنه لا مجال لتمسك الإدارة بشرط استحالة الدفع؛ إلا إذا أثبتت أنها بذلت ما في وسعها محاولة تجاوز الحدث المعني؛ لأن هذا الجهد المبذول بدون نتيجة يمثل قرينة على توفر شروط استحالة الدفع الذي يقدره القاضي زمن تنفيذ العقد، لا زمن إبرامه.

وإضافةً إلى ما تقدم يجب أن تؤدّي القوة القاهرة إلى استحالة تنفيذ العقد، وليس إلى مجرد إثارة عقبات يمكن التغلب عليها، ولو بصعوبة^(٢).

وتطبيقاً لذلك، وبالرجوع لأحد أحكام محكمة القضاء الإداري السورية، نجد أن: عدم تمكّن المتعهد من استلام موقع العمل بعد تبليغه أمر المباشرة، وذلك بسبب الظروف الراهنة التي تمر بها البلاد، وليس بسبب من الجهة العامة (المتعاقدة) بحيث أصبح المتعهد، بسبب ذلك ضحية لقوة قاهرة لا يد له فيها تحول دون إتمامه وتنفيذه للأعمال المتعاقد عليها. وبناءً عليه، تقرر إعلان أحقيته بتقاضي تعويض يعادل قيمة الرسوم، والمبالغ المدفوعة من قبله، كي لا يثري دون سبب، وأحقيته بتحرير قيمة كفالة التأمينات النهائية للعقد موضوع القضية مع الفائدة القانونية، واعتبار العقد موضوع القضية مفسوخاً بين الطرفين، وتصفيته على هذا الأساس^(٣).

ثانياً: فعل المتضرر والخطأ المشترك ما بين الإدارة والمتعاقد معها:

وإذا كان الإعفاء كلياً في حالة فعل المتضرر، فإنه قد يكون جزئياً، وذلك إذا ما كان الخطأ مشتركاً ما بين المتعاقد والإدارة، فإذا كان الضرر الذي لحق

(١) د. توفيق الغناي، المرجع السابق، ص ٢٧٠.

(٢) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٢٢٨.

(٣) قرار محكمة القضاء الإداري السورية، رقم ٢/١٢٢١/٢ لعام ٢٠١٤م في القضية رقم ٣/٣٥١٦ لعام ٢٠١٤م، الصادر بتاريخ ١٤/١٢/٢٠١٤م. غير منشور.

بالمتعاقدين مع الإدارة مردده إلى وجود خطأ مشترك بين الإدارة والمتعاقد، فيكون على القاضي تحديد نسبة خطأ كل منهما وتأثيره في إحداث الضرر بالمتعاقدين، ثم يحكم بتعويض المتعاقدين وفقاً لنسبة خطأ الإدارة^(١).

وقضت المحكمة الإدارية العليا المصرية أيضاً: «أنه متى تقرر بطلان العقد بطلاناً مطلقاً...، فإن المؤسسة المتعاقدة مع الإدارة يصيبها كأثر حتمي لتقرير البطلان ضرراً يتمثل في قيمة الأدوات التي قامت بتصنيعها، والتي تبين أنها غير قابلة للتعامل، وليس من سبيل إلى استردادها؛ لمخالفتها مرسوم الأوعية، ومتى كان الضرر الذي أصاب المؤسسة جاء نتيجة خطأ كُـل من الإدارة والمؤسسة معاً، فالفرض أن المؤسسة عليمه بأحكام مرسوم الأوعية علمها بالقانون، الذي لا يعذر أحد بالجهل به، وكان من المتعين عليها والحالة هذه أن تثبت من مطابقة ما تصنعه لأحكامه، ويتمثل خطأ الإدارة في كونها طرحت المناقصة على أساس عينة نموذجية مخالفة لأحكام مرسوم الأوعية، مع ما يتوافر لديها من الإمكانيات الفنية، التي تكفل لها الوقوف على حقيقة المواد الداخلة في تركيبها، وإذا كان الخطأ مشتركاً كان للقاضي أن يقدر نصيب كل من المسؤولين عن الخطأ في التعويض وفقاً لأحكام المادتين ١٦٩/و ٢١٦/ من القانون المدني المصري، فإن المحكمة تقدر التعويض المستحق للمؤسسة في ذمة الإدارة بمراعاة مدى جسامة الخطأ الذي ارتكبه كل منهما^(٢).

وهذا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي لدى مجلس الدولة السوري، الذي عدَّ أن القوة القاهرة التي تصيب كلا طرفي العقد عندما لا يعزى إليهما أي خطأ أو تقصير، فإن مبدأ الحفاظ على التوازن الاقتصادي للعقد؛ إنما يقضي في هذه الحالة أن يتحمل كل من طرفي بالعقد تبعه آثار هذه القوة القاهرة^(٣).

(١) د. دويب حسين صابر، الوجيز في العقود الإدارية التقليدية والحديثة، دار النهضة العربية القاهرة، ٢٠١٠، ص ٢٠٤.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، الطعن رقم ١٣٠٣/ لسنة ٨ق، جلسة ١٢/٣١/١٩٦٦م، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاماً، الجزء الثاني، ص ١٩١٩ - ١٩٢٠.

(٣) قرار محكمة القضاء الإداري السورية رقم ٢/١٢٢١/ لعام ٢٠١٤م، الصادر بتاريخ ١٤/١٢/٢٠١٤م. السابق ذكره.

وإذا كانت الحالة الغالبة هي أن يقوم القاضي بتقسيم المسؤولية بين المتعاقدين بحسب ظروف كل قضية، وهو ما يعني أن فعل المتضرر يقضي فقط إلى إعفاء جزئي من المسؤولية التعاقدية، وهذه هي الحالة الغالبة في القضاء الإداري في فرنسا على أن هذا التوزيع يثير مشكلة معايير تقدير القاضي لنسبة الإعفاء الجزئي، حيث يصبح الوضع مُنوطاً باجتهاد القاضي المختص في كل قضية على حدة^(١).

ثالثاً: الشرط الإعفائي وحالة عدم خطأ الإدارة:

بالنسبة للشرط الإعفائي، فقد اسقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على الأخذ بالشرط الإعفائي، بغض النظر عن طبيعة الإعفاء جزئياً كان أم كلياً، ولكن فقط في خصوص المسؤولية التعاقدية المبنية على الأخطاء البسيطة تطبيقاً لأحكام تم نشرها في المجلة المدنية الفرنسية؛ أما في حالة الخطأ الجسيم فلا مجال للإعفاء والشرط الإعفائي باطل، ثم إن الشرط الإعفائي هو بند تعاقدي، وانطلاقاً من الأثر النسبي للعقد، فإن آثاره لا تسري إلا في خصوص أطراف العقد المعنيين به، والذين اتفقوا على الإعفاء من المسؤولية، ولهذا فإنه لا بُدَّ أن يدرج الشرط الإعفائي في صلب العقد المعني^(٢).

كما أنه لا تعويض للمتعاقد إذا لم يوجد خطأ من جانب الإدارة، ومن ذلك مثلاً: تأخير تمكين المتعاقد من البدء في تنفيذ العقد، بسبب اتخاذ الإدارة لإجراءات معينة مُقررة قانوناً، ولا يتسبى بدون إتمامها البدء في عملية التنفيذ فلن يعد ذلك خطأ من جانبها يُمكن أن تشغل به مسؤوليتها اتجاه المتعاقد معها، إذ لا خطأ بطبيعة الحال في اتباع موجبات القانون، وإنما الخطأ هو إغفالها. وقررت المحكمة الإدارية العليا في مصر في هذا الخصوص بقولها:

«حيث أنه عند مطالبة الشركة بتعويضها بمبلغ... مع الفوائد القانونية عن هذا المبلغ من تاريخ رفع الدعوى، وذلك عن الخسائر الضخمة التي لحقت بها بسبب تراخي هيئة ميناء القاهرة الجوي في إنشاء الأسواق الحرة، وإنَّ هذا التراخي قد سبب أضراراً للشركة...، ومن ثم فلا خطأ يمكن نسبته للهيئة في هذا الخصوص الأمر الذي تنتفي معه عناصر المسؤولية الموجبة للتعويض المطالب

(١) د. توفيق الغناي، المرجع السابق، ص ٢٧٤.

(٢) د. توفيق الغناي، المرجع السابق، ص ٢٧٦ و ٢٧٧.

به...، وإذا رفض الحكم المطعون فيه القضاء للشركة بالتعويض المطالب به، فإنه يكون قد أصاب الحق وصحيح حكم القانون، ويكون طعن الشركة في هذا الخصوص على سند سليم من القانون متعيناً رفضه^(١)».

بيد أن الإدارة قد يتم إعفائها من دفع هذا التعويض عن الضرر الذي لحق بالمتعاقد معها، وهذا الإعفاء وكما لاحظنا قد يكون كلياً، وقد يكون جزئياً، حسب كل حالة من الحالات التي ينجم عنها إعفاء الإدارة من المسؤولية التعاقدية على حدة، ففي حالة القوة القاهرة يكون إعفاء الإدارة من تعويض المتعاقد إعفاء كلياً؛ وأما في حالة ما إذا كان الخطأ الذي تسبب في الضرر ناجماً عن فعل المتضرر بشكل منفرد، فإن إعفاء الإدارة من المسؤولية يكون كلياً، ويكون الإعفاء كلياً أيضاً في حالة ما إذا كان لا يوجد خطأ من جانب الإدارة.

ويكون إعفاء الإدارة من تعويض المتعاقد جزئي في حالة ما إذا كان الخطأ مشتركاً بين الإدارة والمتعاقد معها، بحيث يكون على القاضي في هذه الحالة تحديد نسبة خطأ كل منهما، وتأثيره في إحداث الضرر بالمتعاقد، ثم يحكم بتعويض المتعاقد وفقاً لنسبة خطأ الإدارة؛ أما في حالة الشرط الإعفائي فقد يكون إعفاء الإدارة جزئياً، وقد يكون كلياً حسب الاتفاق ما بين الإدارة والمتعاقد معها، إذ قد يتم الإعفاء جزئياً من بعض الالتزامات؛ بسبب القوة القاهرة وهو ما ذهب إليه **مجلس الدولة السوري** عندما قضى بأن: «وقوع الطرفين في دائرة القوة القاهرة يمنع أيّاً منهما التمسك بمواجهة الآخر بما ينافي مقتضيات العدالة، وكل ما من شأنه أن يعرقل تنفيذ الالتزام المترتبة عليه»^(٢)، إلا أن هناك شرط في هذه الحالة وهو أن يكون الشرط الإعفائي فقط في خصوص المسؤولية التعاقدية المبنية على الأخطاء البسيطة، أما في حالة الخطأ الجسيم، فلا مجال للإعفاء، والشرط الإعفائي باطل.

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، الطعنين رقم ٤٦٦٩/٤، ٥٠٨٧/ لسنة ٤١ق، جلسة ٢٥/١١/١٩٩٧م، ص ٦٤٣، ومابعدھا.

(٢) رأي اللجنة المختصة بقسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة السوري رقم ١٢٠/ لسنة ٢٠١٤م، في القضية رقم ١٤٩/ف/ لسنة ٢٠١٤م، الصادر بتاريخ ٢١/٨/٢٠١٤م.

المطلب الثاني

القضاء المختص بالتعويض عن الخطأ العقدي

وللبحث في هذا الموضوع سيتم بداية تناول معيار العقد الإداري الخاضع لاختصاص القضاء ، ومن ثم نبحث في نطاق اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية، وأخيراً نظام التعويض عن الخطأ العقدي، وذلك في الفروع التالية:

الفرع الأول: معيار العقد الإداري الخاضع لاختصاص القضاء

الفرع الثاني: نطاق اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية

الفرع الثالث: نظام التعويض عن الخطأ العقدي

الفرع الأول

معيار العقد الإداري الخاضع لاختصاص القضاء

ذهب القضاء الإداري إلى القول بضرورة توافر ثلاثة شروط لكي يكون العقد عقداً إدارياً وهذه الشروط هي أن تكون الإدارة طرفاً فيه، وأن يتصل العقد بمرفق عام، وأن يحتوي العقد شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

وهذه الشروط هي ما سنتأوله بالبحث تباعاً فيما يلي:

أولاً: أن يكون أحد أطراف العقد شخصاً معنوياً عاماً^(١):

لكي يعد العقد ادارياً يجب أن يكون أحد طرفيه شخص معنوي عام من أشخاص القانون العام كالدولة أو الوزارات متجسدة بالسلطة المركزية، أو أحد الأشخاص المعنوية الإقليمية أو المرفقية^(٢).

ثانياً: أن يتصل العقد بمرفق عام:

أي أن العقد الذي يبرمه شخص إداري عام يكون عقداً إدارياً إذا تضمن مساهمة المتعاقد مع الإدارة في تنظيم أو تسيير مرفق عام^(٣).

وبما أن للمرفق العام معنيان مختلفان الأول المعنى العضوي أي المنظمة أو الهيئة التي تقوم بأداء الخدمات أو إشباع الحاجات العامة، والثاني المعنى الموضوعي أو المادي وهو النشاط الذي تقدمه الإدارة لإشباع حاجات عامة للأفراد، فإن ذلك المعنى ينعكس على طبيعة استعماله في العقود الإدارية بحسب الأحوال، فقد يقال أن العقد أبرم بين شخص ومرفق عام للدلالة على المعنى العضوي، كما يقال أن العقد يخضع لقواعد المرفق العام لاعتبار أن تلك القواعد تختلف عن القواعد التي تنظم عقود القانون الخاص للدلالة على المعنى الموضوعي^(٤).

ومن هذا النص يتضح أن اتصال العقد الإداري بالمرفق العام يأخذ عدة صور حسب موضوع العقد، فقد يكون ذلك الاتصال بالمرفق العام من حيث تنفيذه أو الإشراف على تنفيذه أو تقديم المشورة الفنية أو تطويره أو تسييره.

(١) د. عبد السلام علي المزوعي، النظرية العامة لعلم القانون، المصادر الإرادية للالتزام، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الجماهيرية للنشر والتوزيع والاعلان، ليبيا، ١٩٩٣م، ص ١٣١.

(٢) د. إعاد علي القيسي، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، ١٩٩٨م، ص ٣٢٢.

(٣) د. ماهر صالح الجبوري، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الكندي للنشر والتوزيع، اربد، الأردن بدون تاريخ نشر، ص ٣٥٠.

(٤) د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠١٠، ص ٤١.

ثالثاً: احتواء العقد شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص:

إن إتصال العقد بنشاط مرفق عام ليس معياراً كافياً لإثبات الصفة الإدارية بل يلزم فوق ذلك أن يكون الطرفان المتعاقدان قد اتبعا نفس أسلوب القانون العام دون أسلوب القانون الخاص، وللاستدلال على إتباع المتعاقدين لأسلوب القانون العام يتعين فحص العقد في نصوصه ومضمونه واستظهار ما قد يحتويه من نصوص أو شروط استثنائية وغير مألوفة في مجال القانون الخاص^(١).

ولا يشترط في إعتبار العقد عقداً إدارياً أن يتضمن عدة شروط استثنائية وإنما يكفي احتواء العقد على شرط استثنائي واحد لإظهار نية الإدارة في الأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه^(٢).

وقد حاول مجلس الدولة الفرنسي وضع تعريف لما يعد شرطاً استثنائياً رغم أنه درج على ترك هذا الأمر للفقهاء فقد ذهب في حكمه في قضية "Stien" في ١٩٥٠/١٠/٢٠ إلى تعريف الشروط الاستثنائية على أنها "تلك التي تمنح أحد الطرفين المتعاقدين حقوقاً أو تحمله التزامات غريبة في طبيعتها عن تلك التي يمكن أن يوافق عليها"^(٣).

وفي مصر ذهبته المحكمة الإدارية العليا في تعريفها للشروط الاستثنائية بقولها: «تلك الشروط التي تميز جهة الإدارة المتعاقدة بسلطات وامتيازات غير متعارف عليها عند التعاقد بين الأفراد»^(٤).

في حين اعتبرت المحكمة الإدارية العليا السورية الشروط الاستثنائية غير المألوفة بأنها تلك الامتيازات والسلطات غير المألوفة في روابط القانون

(١) د. ثروت بدوي، القانون الإداري، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠١٠. ص ٥١٦.

(٢) د. إعاد علي القيسي، المرجع السابق، ص ٣٢٣.

(٣) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٨٨.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، الطعن رقم ٢١٢٤/ لسنة ٣٤ ق، جلسة ١٩٩٠/١١/٢٤، أشار إليه د. مال الله جعفر الحمادي، المرجع السابق، ص ١٠٧.

الخاص ولا نظير لها في علاقات الأفراد فيما بينهم وذلك في سبيل تسيير المرافق العامة وتحقيق الصالح العام^(١).

كما وقد حدد الحكم الصادر عن محكمة القضاء الإداري السوري بأن مجرد القيام بأعمال هي من أعمال الأفراد العاديين دون أن يتصل ذلك بسير المرفق العام ودون أن يكون لذلك صفة النفع العام فلا نكون أمام شروط استثنائية غير مألوفة ولا يسبغ ذلك صفة العقد الإداري على العلاقة التعاقدية^(٢).

وبرأينا أن الإدارة وإن كانت تتمتع بسلطات وامتيازات غير متعارف عليها في عقود القانون الخاص وذلك بموجب الشروط الإستثنائية التي تميز العقود الإدارية فإنه يتوجب على الإدارة ألا تتعسف في استخدام هذه الحقوق والامتيازات بشكل يضر بالمتعاقد مما يترتب عليه حق المتعاقد في المطالبة بالتعويض عما لحقه من أضرار.

الفرع الثاني

نطاق اختصاص القضاء الإداري بالتعويض عن الخطأ العقدي

من النتائج التي تترتب على الاعتراف للعقد بالطبيعة الإدارية اختصاص القضاء الإداري وحده ودون غيره بالمنازعات التي تنشأ عن هذا العقد من تفسير وبطلان وتنفيذ وجميع الإشكاليات المتعلقة به، وبالتالي فإن هذا العقد لم يعد يخضع لنفس القواعد التي تطبقها المحاكم المدنية حيث أن الارتباط بين فكرة العقد الإداري وبين قواعد الاختصاص بالفصل في المنازعات المتعلقة بعقود الإدارة ارتباط دقيق فعلى أساس تحديد طبيعة العقد تحدد جهة الاختصاص القضائي، فإذا

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، رقم /١٢٤/ع/١/ في الطعن ذي الرقم /٣١٧/ لسنة ٢٠١٤م، الصادر بتاريخ ٢٤/٢/٢٠١٤م. غير منشور.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري السورية، في الدعوى أساس /٢٥٧٧/ لعام ٢٠١٧م. غير منشور.

كان العقد إدارياً اختص به القضاء الإداري وإذا كان مدنياً اختص به القضاء العادي على سبيل المثال^(١).

وفي مصر يعد مجلس الدولة المصري هو الجهة الوحيدة المختصة بالفصل في المنازعات التي تنشأ عن العقد الإداري حيث ورد اختصاص القضاء الإداري في هذا الصدد مطلقاً ونصت على ذلك المادة العاشرة من القانون رقم ٤٧/ لسنة ١٩٧٢م حيث تقول: "تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل التالية: /حادي عشر/ «المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريدات أو بأي عقد إداري آخر»^(٢).

* **السبب الأول:** يكمن في أن هذه العقود تمثل في الواقع العقود الرئيسية التي يتم بواسطتها تنفيذ مشاريع خطة التحول.

* **السبب الثاني:** أنه من خلال القانون رقم ٨٨/ لسنة ١٩٧١م الذي أجاز إنشاء دوائر للقضاء الإداري بمحاكم الاستئناف المدنية أصبح هناك دوائر متعددة للقضاء الإداري قريبة نسبياً للمتقاضين، وعلى هذا الأساس أراد المشرع في القانون المذكور أن يخص دوائر القضاء الإداري وحدها بالفصل في جميع المنازعات الناشئة عن عقود الالتزام، والأشغال العامة، والتوريد.

وهو ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها: "إن دعوى الإلغاء وسيلة لمواجهة مخالفة مبدأ المشروعية، بينما الالتزامات المترتبة على العقد الإداري هي التزامات شخصية ينعقد الاختصاص للقضاء الكامل بالنظر بما يثيره تنفيذها من منازعات"^(٣).

وكذلك في سورية حيث يعتبر القضاء الإداري هو المرجع المختص للبت في كل نزاع ينشأ عن العقد، وعلى ذلك نصت المادة ٦٦/ الفقرة (أ) من القانون رقم (٥١) الخاص بنظام العقود للجهات العامة الصادر في ٩/١٢/٢٠٠٤م، والتي

(١) د. حمد محمد الشلماني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٣٤٦

(٢) إبراهيم المنجي، المرجع السابق، ص ٢٦١.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، الطعن رقم ٦٤٥ لسنة ٣٩ق، جلسة ٢٢/٣/١٩٩٤م.

نصت على: "القضاء الإداري في الجمهورية العربية السورية هو المرجع المختص للبت في كل نزاع ينشأ عن العقد". كما أن المادة /١٠/ من قانون مجلس الدولة السوري رقم /٥٥/ لعام ١٩٥٩م وتعديلاته قد نصت على أن يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأي عقد إداري آخر.

نخلص مما تقدم إلى أن القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر وسورية يتمتع باختصاص عام وشامل لكافة العقود الإدارية.

الفرع الثالث

نظام التعويض عن الخطأ العقدي

يملك القاضي الإداري دائماً الحكم بالتعويض كجزء لمخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية، وهذا هو المسلك الأصيل للقضاء الإداري في هذا المجال. وسنبحث في أنواع التعويض أولاً، ومن ثم طبيعة التعويض ثانياً، وأخيراً تقدير التعويض ثالثاً، وذلك فيمايلي:

أولاً: أنواع التعويض:

للتعويض نوعان اتفاقي، وقضائي، وسندرسهما كمايلي:

١ - التعويض الاتفاقي:

قد يُنظم العقد مقدار التعويض المستحق للمتعاقد وفي هذه الحالة يجب إعمال شروط العقد أو مضمون القوانين واللوائح بصدد إقرار مبدأ التعويض وأسس حسابه ومقداره وسائر ما يتعلق به من أحكام ذلك أن حرية الأطراف المتعاقدين في هذا المقام كاملة في مجال تحديد التعويض المستحق للمتعاقد^(١).

وفي هذه الحالة أيضاً يجب إعمال شروط العقد أو نصوص القوانين واللوائح حتى ولو تضمنت حرمان المتعاقد من أي تعويض، ذلك لأن حرية أطراف العقد

(١) د. حمد محمد الشلماني، المرجع السابق، ص ٢٦٩ - ٢٧٠.

كاملة في مجال تحديد التعويض المستحق للمتعاقد، حيث يستطيع طرفا العقد "الإدارة والمتعاقد معها" أن يحددا بالضبط عناصر حساب التعويض الممنوح للمتعاقد في هذه الحالة أياً كانت طبيعة اتفاقهما في هذا الشأن، حيث يمكنهما الاتفاق بمقتضى شرط صريح في العقد على استبعاد منح أي تعويض للمتعاقد، أو تحديد مبلغ جزافي كتعويض، أو قصر التعويض على الأضرار التي لحقت بالمتعاقد بالفعل مع استبعاد التعويض عن الأرباح التي فاتت عليه أو اشتمال التعويض على عنصري التعويض من خلال تعويض المتعاقد عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب^(١).

٢ - التعويض القضائي:

إذا لم يُنظم العقد أو القوانين واللوائح مبدأ استحقاق التعويض ومقداره وعناصره فإن القاضي في هذه الحالة هو الذي يُحدد مقدار التعويض المستحق للمتعاقد^(٢).

ثانياً: طبيعة التعويض:

تنص المواد ١٧١/و/ ١٧٤/ من القانون المدني المصري على صور التعويض إذ جاء فيها: «يُقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للقاضي تبعاً للظروف وبناءً على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحال إلى ما كانت عليها أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض».

إذا كان ما سلف ذكره هو الأصل في القانون المدني إلا أن الأمر مختلف في المسؤولية الإدارية والتي يكون التعويض فيها نقدياً دائماً، بحيث لا يقتصر على التعويض العيني وعلة ذلك أن إجبار القاضي للإدارة على التنفيذ العيني يتعارض مع مبدأ الفصل بين القضاء والإدارة والذي لا يُجيز للقاضي إعطاء أوامر للإدارة، هذا بالإضافة إلى أن السّماح بالتعويض العيني سيؤدي إلى التضحية بأعمال من

(١) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، ١٩٩٣م، ص ٥٣٧ و ٥٣٨.

(٢) أحمد محسن جميل، مظاهر السلطة العامة في تعديل وإنهاء العقود الإدارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، ٢٠١٤، ص ٥٦.

شأنها تحقيق الصالح العام من أجل تحقيق نفع فردي خاص بالمضرور من النشاط الإداري^(١).

ويترتب على مبدأ استقلال الإدارة عن القضاء عدة نتائج وهي:

١. لا يستطيع القاضي أن يصدر أوامر معينة للإدارة ولهذا فإن القضاء يحكم بعدم الاختصاص كلما كان المطلوب الحكم على الإدارة بعمل معين^(٢).

٢. كما أن القاضي لا يملك تهديد الإدارة بالجزاءات المالية^(٣)، إلا أنه وبالرجوع إلى الفقه الفرنسي يتبين أن القاضي يُقر الخيار للإدارة بين الوفاء بالتزاماتها التعاقدية عيناً أو التعويض المالي والخيار يعني تمتع الإدارة بسلطة تقديرية لا تبدو مطلقة إذ عادة ما يُقيدها القاضي بأجل يحتم خلاله الإختيار بين الحلين، ورغم أن القاضي الإداري الفرنسي يؤكد دائماً أن منح هذا الخيار والمقيد بأجل لا يعني توجيه أوامر للإدارة المتعاقدة، إلا أن هذا التأكيد لا يقنع عديد الفقهاء، فتقيد سلطة الإدارة بأجل الخيار بين سبيلي التعويض يُعبر ضمناً عن توجيه أمر لها بل أن مجرد دعوة الإدارة لتسديد تعويض مالي للمتعاقد معها يتبطن أمراً أيضاً^(٤).

وإذا كان كأصل عام أن الإدارة غير مُلزمة بتنفيذ الحكم الصادر ضدها بإعادة الحال إلى ما كان عليه أي التعويض العيني إلا أنها استثناءً من هذا الأصل وكما يرى البعض^(٥) تكون مُلزمة بتنفيذ هذا الحكم في حالتين:

الأولى - إذا ما خیرها القاضي بين أداء التعويض النقدي أو التعويض العيني فاختارت الأخير فإنها تكون مُلزمة بتنفيذ الحكم الصادر به ضدها حيث لا

(١) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٢٣٥.

(٢) د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثاني، قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠١٣، ص ٦٨٢ و ٦٨٣.

(٣) د. عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري، نشاط الإدارة ووسائلها، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٢٠٤.

(٤) د. توفيق الغناي، المرجع السابق، ص ٢٨٨ و ٢٨٩.

(٥) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، دعوى التعويض الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٣٨.

يُعد ذلك من قبيل إصدار أوامر للإدارة بل تحقيق لرغبتها التي رأتها محققة لمصلحتها، وكذلك أبدتها قبل إصدار الحكم في مرحلة تداول الدعوى أمام القضاء.

الثانية - إذا شكل عمل الإدارة المسبب للضرر إعتداءً مالياً لإنطوائه على خطأ جسيم يفقده صفته الإدارية فهنا يجوز للقاضي إلزام الإدارة بالتعويض العيني.

وإذا كان المستقر عليه الحال طبقاً لأحكام مجلس الدولة الفرنسي والمصري هو أن القاضي لا يملك أن يصدر أمر للإدارة بصورة غير مباشرة عن طريق التهديدات المالية إلا أنه يجب أن يكون مفهوماً أن الغرامة التهديدية التي يمتنع على المحاكم أن تحكم بها على الإدارة هي الغرامة التهديدية بمعناها الفني أي أن يكون المبلغ المحكوم به لا يتناسب مع الضرر الناتج ويكون المقصود به إلزام الإدارة بالقيام بعمل معين^(١).

٣. لما كانت قاعدة منع القضاء من إصدار أوامر للإدارة مقصوداً به تحقيق مصلحة الإدارة ذاتها فإن للإدارة نفسها أن تلجأ إلى التعويض العيني كلما كان ذلك ممكناً وتلجأ الإدارة مختارة إلى التنفيذ العيني كلما رأت أنه يحقق المصلحة العامة بطريقة أفضل من التعويض بمقابل، ويكون هذا الوضع متحققاً كلما كان مرجع الضرر إلى حالة معينة غير قانونية يستمر الضرر باستمرارها مما يعرض الإدارة إلى سلسلة من الأحكام بالتعويض إذا لم تسارع إلى تصحيح الوضع من تلقاء نفسها وقد درج مجلس الدولة الفرنسي في مثل هذه الحالة إلى تنبيه الإدارة وتخييرها إما بدفع التعويض نقداً أو التعويض عيناً وذلك بالقيام بأمر معين.

ويذهب الباحث في هذا المجال إلى أن القول باستقلال القاضي الإداري في مواجهة جهة الإدارة وذلك تطبيقاً لمبدأ الفصل بين السلطات هو قول يجانب الصواب لأنه لا فرق بين الحكم على الإدارة بدفع التعويض النقدي أو التعويض العيني فكلاهما يحتم على الإدارة القيام بعمل ولهذا الأنسب أن يُترك الأمر للقاضي الإداري يحدد التعويض وفق ظروف كل حالة بما يكفل استمرار سير

(١) د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٦٨٤ - ٦٨٥.

المرافق العامة في تأدية مهامها بشكل مطرد مع تحقيق المصلحة العامة، فمتى كان التعويض العيني يؤدي إلى المساس بسير هذه المرافق فعلى القاضي الانصراف عنه إذ الأمر يُترك للقاضي وبما يضمن سير المرافق بانتظام واطراد.

ثالثاً: تقدير التعويض:

إنّ تقدير التعويض يجب أن يُراعى فيه أنواع الأضرار وجسامتها وليس أنواع الأخطاء المرتكبة أو جسامتها، فالخطأ أو جسامته يؤخذ في عين الاعتبار عند تقرير قيام المسؤولية وليس عند تقدير مقدار التعويض المستحق^(١).

وهو أيضاً ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها: "إنّ تقدير التعويض يشمل عنصرين جوهريين هما الخسارة التي لحقت بالمضرور والكسب الذي فاته حيث يقومها القاضي بالمال"^(٢).

على أنه إذا كانت قيمة التعويض الناجم عن المسؤولية الإدارية يكون دائماً نقدياً، إلا أن القضاء الإداري الفرنسي يقر الخيار للإدارة بين الوفاء بالتزاماتها التعاقدية عيناً أو التعويض المالي مع تقييد الإدارة بأجل يتحتم خلاله الاختيار بين الحلين، والذي لا يعني توجيه الأوامر للإدارة مراعاة لمبدأ استقلال الإدارة عن القضاء، وإذا كان الأصل وكما رأينا أن الإدارة غير مُلزَمة بالتعويض العيني إلا أنها استثناءً من هذا الأصل تكون مُلزَمة في حالتين: الأولى إذا ما خيرها القاضي بين أداء التعويض النقدي أو التعويض العيني فاختارت الأخير فإنها تكون مُلزَمة بتنفيذ الحكم الصادر به ضدها، والثانية إذا شكّل عمل الإدارة المسبب للضرر اعتداءً مادياً لإنطوائه على خطأ جسيم يُفقدُه صفته الإدارية فهذا يجوز إلزام الإدارة بالتعويض العيني.

كما أن الإدارة تلجأ من تلقاء نفسها للتعويض العيني كلما رأت أنه يحقق المصلحة العامة أفضل من التعويض بمقابل.

(١) د. جورج شفيق ساري، مسؤولية الدولة عن أعمال سلطاتها، قضاء التعويض، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٢م، ص ٣٧٣ - ٣٧٤.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، الطعن رقم ٢١٩١/ لسنة ٣٠ق، جلسة ١٩٨٨/١/٨.

وعن أنواع التعويض فإنه قد يكون تعويضاً اتفاقياً، وقد يكون تعويضاً قانونياً أي بموجب نص في القانون، وأخيراً قد يكون التعويض قضائياً، أما عن تقدير التعويض فإنه يشمل ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاتته من كسب.

أما المشرّع السوري فقد اكتفى بالإشارة إلى أنه يحق للمتعهد المتضرر من جراء الظروف الطارئة أن يطالب بتعويض عادل، وقد ترك المشرع للقضاء الإداري وحده سلطة تقدير هذا التعويض^(١).

(١) الفقرة هـ/ من المادة ٥٣/ من القانون رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤م، الخاص بنظام العقود الإدارية الموحد في سورية.

ونحن نرى أن اجتهاد مجلس الدولة السوري قد استقر قضاؤه في العديد من أحكامه وآرائه الاستشارية على استخدام القاضي الإداري لسلطة القاضي المدني بالتدخل في العقد من خلال رده الخلل بالتوازن الاقتصادي للعقد إلى الحد المعقول كتعويض يتناسب مع الضرر الحاصل^(١).

(١) راجع في ذلك: حكم محكمة القضاء الإداري السورية، رقم القرار /٣/٤٦٨/ لعا ٢٠١٤م. في القضية رقم /٢٦٩٨/ لعام ٢٠١٤م، الصادر بتاريخ ٥/٧/٢٠١٤م. غير منشور.
وحكم ذات المحكمة رقم /١١٥٩/ في القضية رقم /٢٠١٧٦م الصادر بتاريخ ٧/١٢/٢٠١٤م. غير منشور.

الفصل الثاني

الرقابة القضائية على مدى التزام الإدارة بإعادة التوازن المالي للعقد

المبحث الأول: الرقابة القضائية على مدى التزام الإدارة بإعادة التوازن المالي في نظرية الظروف الطارئة.

المطلب الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة.

الفرع الأول: التعريف بنظرية الظروف الطارئة.

الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

المطلب الثاني: آثار نظرية الظروف الطارئة ورقابة القضاء على تطبيقها.

الفرع الأول: التزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد.

الفرع الثاني: حق المتعاقد في الحصول على تعويض من الإدارة.

الفرع الثالث: سلطات القاضي في مواجهة الظروف الطارئة.

المبحث الثاني: الرقابة القضائية على مدى التزام الإدارة بإعادة التوازن المالي للعقد في نظرية فعل الأمير.

المطلب الأول: مفهوم نظرية فعل الأمير.

الفرع الأول: التعريف بنظرية فعل الأمير.

الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية فعل الأمير.

الفرع الثالث: نطاق تطبيق نظرية فعل الأمير.

المطلب الثاني: آثار الرقابة القضائية المترتبة على نظرية فعل الأمير.

الفرع الأول: أساس التعويض.

الفرع الثاني: نظام التعويض.

الفرع الثالث: الاتجاهات القضائية في التعويض عن آثار نظرية عمل الأمير.

المبحث الثالث: الرقابة القضائية على مدى التزام الإدارة بإعادة التوازن المالي في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

المطلب الأول: مفهوم نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

الفرع الأول: التعريف بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

المطلب الثاني: آثار الرقابة القضائية المترتبة على تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

الفرع الأول: أساس التعويض.

الفرع الثاني: نظام التعويض.

الفصل الثاني

الرقابة القضائية على مدى التزام الإدارة بإعادة التوازن المالي للعقد

تتميز نظرية العقد عموماً بأنها تُعبر عن حقوق والتزامات مُتبادلة بين طرفيه حيث يُحاول كل طرف أن يحصل في مرحلة إبرام العقد على أكبر قدر مُمكن من الحقوق وتحمل أقل قدر من الالتزامات إلى أن يتوصلا إلى صيغة توافقية ومن ثم يتم إبرام العقد في ظل هذا التوازن الذي يُعبر عن الشريعة التي ارتضاها أطراف العقد.

وعلى الرغم من أن العقد الإداري يُعبر عن المصالح المتعارضة والحقوق والالتزامات المتبادلة بين طرفيه إلا أن العقد الإداري يتميز عن العقد المدني بصيغة أساسية وهي قابلية العقد للتعديل بل وحتى الانتهاء والإنهاء بالإرادة المنفردة^(١). وقد يتعرض المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقد إلى بعض الصعوبات التي تعوق أو تحول دون تنفيذ التزاماته، وتؤدي هذه الظروف الخارجة عن نطاق التوقع إلى قلب اقتصاديات العقد الإداري رأساً على عقب ضد مصلحة المتعاقد بصورة تجعل من تنفيذه للعقد في ظل تلك الظروف مرغماً له حيث يواجه بعكس مقصده الذي سعى إليه من إبرام العقد وهو الحصول على الربح^(٢).

ولأن من شأن ذلك دفع المتعاقد إلى عدم الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية تحت وطأة الأضرار التي مُني بها مما ينعكس سلباً على المصلحة العامة المقصود تحقيقها من التعاقد، فإنه يقع على الإدارة بوصفها الحريصة على تحقيق المصلحة العامة في كافة تصرفاتها ومنها العقود الإدارية التزام بمساعدة المتعاقد معها في تجاوز تلك الظروف بتعويضه جزئياً أو كلياً عن آثارها الضارة بحسب الأحوال وهذا الالتزام تفرضه اعتبارات العدالة.

(١) د. محمد صلاح عبد البديع، دور القاضي الإداري في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٨٧.

(٢) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠١٤، ص ٧٢.

ويستهدف التوازن المالي للعقد الإداري الحفاظ على التناسب بين التزامات المتعاقد وحقوقه حتى يمكنه الوفاء بالتزاماته التعاقدية على النحو المقرر، فقد تزيد الإدارة من الالتزامات المترتبة على العقد الإداري أو تنقص منها، ولكن عليها أن تحتفظ بتوازن العقد من الناحية الاقتصادية والإبقاء على خواصه الأصلية. ففكرة التوازن المالي للعقد الإداري هي في حقيقتها وجوهرها توجيه عام يستهدف الحفاظ على طبيعة العقد بالحالة التي تم التعاقد عليها، وتحتل هذه الفكرة مكانة بالغة الأهمية للقاضي الإداري، إذ أنه سيجد نفسه مسوقاً إلى الاستهداء بها في تقدير التعويض المستحق للمتعاقد متى تحققت موجباته. ويقوم التوازن المالي للعقود الإدارية بالأساس على اعتبارات العدالة في المقام الأول، بالنظر إلى ماهو مفترض في تنفيذ العقود الإدارية - وسائر العقود - من اعتبارات حسن النية، وكفالة انتظام سير المرفق العام في تقديم الخدمات للمتفاعلين على الوجه المناسب بما يحقق الصالح العام^(١).

ويسترعي الانتباه أن فكرة التوازن المالي للعقد الإداري هي فكرة مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بحق الإدارة في تعديل حقوقها وملازمة لها، وإذا كنا لا نصادف التعديل آنف الذكر في مجال عقود القانون الخاص، فكان من الطبيعي عدم إخضاع العقود الأخيرة (عقود القانون الخاص) لفكرة التوازن المالي للعقد، ومن هنا يتضح أن فكرة التوازن المالي للعقد الإداري هي فكرة مقصورة على العقود الإدارية، ولا نصادف نظيراً لها في القانون الخاص، ومن هنا يسوغ القول بأن هذه الفكرة تعد وبحق من الملامح التي تجسد أصالة القانون الإداري واستقلاله في مواجهة قواعد القانون الخاص^(٢).

ويعترف القانون الإداري للمتعاقد مع الإدارة بحقوق تكفل حماية مصالحه المالية، وهو ما أدى إلى ابتداع القضاء الإداري لنظريات تكفل التوازن المالي للعقد، مثل نظرية فعل الأمير، ونظرية الظروف الطارئة، ونظرية الصعوبات

(١) د. هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، ٢٠١٥، ص ٥١.

(٢) سيد أحمد محمد جاد الله، سلطة القاضي إزاء العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، القاهرة، مصر، ٢٠٠٧م، ص ٣٧٢.

المادية غير المتوقعة، وكل ذلك على خلاف قاعدة القوة الملزمة للعقد أو ما يعرّف بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين السائدة في القانون المدني^(١).

وسوف نقوم بدراسة هذا الفصل وفق ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: الرقابة القضائية على مدى التزام الإدارة بإعادة التوازن المالي في نظرية الظروف الطارئة.

المبحث الثاني: الرقابة القضائية على مدى التزام الإدارة بإعادة التوازن المالي في نظرية فعل الأمير.

المبحث الثالث: الرقابة القضائية على مدى التزام الإدارة بإعادة التوازن المالي في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

(١) د. سعيد نحيلي، د. عمار التركاوي، القانون، الإداري المبادئ العامة، الطبعة الأولى، منشورات جامعة دمشق، دمشق، سورية، ٢٠١٨ - ٢٠١٩م، ص ٨٥.

المبحث الأول

الرقابة القضائية على مدى التزام الإدارة بإعادة التوازن المالي في نظرية الظروف الطارئة

قد تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري ظروف مفاجئة ليس للمتعاقد أو الإدارة يد في صنعها ويكون من شأن تلك الظروف جعل الاستمرار في تنفيذ العقد مستحيلاً، ويُحرر المتعاقد من التزامه بالتنفيذ، وفي نفس الوقت لا تستطيع الإدارة أن توقع عليه أي جزاء بسبب عدم تنفيذه لالتزاماته التعاقدية، ففي هذه الحالة ينقضي الالتزام أصلاً سواء من حيث التنفيذ العيني أو التنفيذ بالتعويض.

كما قد تحدث أثناء تنفيذ العقد ظروف خارجة عن إرادة المتعاقدين ويكون من شأنها جعل تنفيذ الالتزام مُرهقاً للمتعاقد حيث يناله ضرراً مالياً جسيماً وإن كان لا يصل إلى درجة استحالة التنفيذ، إلا أن إجبار المتعاقد على الوفاء بالتزاماته على الرغم من الأضرار الجسيمة التي تلحقه سيترتب عليه - عاجلاً أو آجلاً - عجزه عن الوفاء بها وهو الأمر الذي يُلقي بظلاله على سير العمل في المرفق العام وانتظامه في تقديم الخدمات للمنتفعين به^(١).

لذلك ابتدع مجلس الدولة الفرنسي نظرية الظروف الطارئة بهدف كفالة انتظام سير العمل بالمرفق العام وعدم توقفه من خلال قيام الإدارة بمساعدة المتعاقد وتعويضه عن الأضرار التي أصابته بما يسمح له بالاستمرار في تنفيذ العقد وعدم توقف المرفق العام عن العمل.

وتحتل نظرية الظروف الطارئة مكانة بارزة في الدراسات القانونية والتطبيقات القضائية على حد سواء وهي من النظريات التي تقوم على مبادئ العدالة، وتهض لحماية الطرف الضعيف في العقد والذي وضعت ظروف طارئة لا دخل لإرادته فيها في مأزقٍ حرج أدت إلى اضطراب التوازن المالي للعقد إلى حد

(١) د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص ٩٧.

يتجاوز الضرر الطبيعي وتُعد هذه النظرية استثناءً من القواعد العامة التي تجعل العقد شريعة المتعاقدين^(١).

وسوف نقوم بدراسة هذا المبحث وفق المطلبين التاليين:

المطلب الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة.

المطلب الثاني: آثار نظرية الظروف الطارئة ورقابة القضاء على تطبيقها.

المطلب الأول

مفهوم نظرية الظروف الطارئة

إن دراسة مفهوم نظرية الظروف الطارئة، يقتضي بيان التعريف بنظرية الظروف الطارئة، ومن ثم بيان شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وسندرس ذلك في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: التعريف بنظرية الظروف الطارئة.

الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

الفرع الأول

التعريف بنظرية الظروف الطارئة

إن التعريف بنظرية الظروف الطارئة، يقتضي بيان تعريفها فقهيّاً أولاً، ومن ثم بيان تعريفها قضائياً، كمايلي:

(١) د. محمد عبد الكريم عنبر، الوسيط في نظرية الظروف الطارئة، مطبعة زهران، عمان، الأردن، - ١٩٨٧، ص ٤.

أولاً: التعريف الفقهي لنظرية الظروف الطارئة:

اختلف فقهاء القانون الوضعي حول نظرية الظروف الطارئة، والأساس الذي يمكن أن ترتكز عليه، قبل أن يستقر عليها قضاء مجلس الدولة الفرنسي^(١).

فقد عرّف بعض الفقه نظرية الظروف الطارئة بأنها الظروف الإستثنائية الخارجة عن إرادة المتعاقد مع الإدارة والتي تقع أثناء تنفيذ العقد ولم يكن من الممكن توقعها عند التعاقد ويترتب عليها أن تجعل تنفيذ العقد مُتَعَذِراً أو مُرْهِقاً بدرجة كبيرة، مما يحتم على الإدارة تعويضها بما يسمح للمتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد وعزفها البعض الآخر بأنها عبارة عن حوادث وظروف غير متوقعة لم تكن متوقعة عند إبرام العقد تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد، وتؤدي إلى خسارة غير مُحتملة، ففي مثل هذه الحالة من حق المتعاقد مع الإدارة أن يُطالبها بتعويضه جزئياً عن هذه الخسارة^(٢).

ثانياً: التعريف القضائي لنظرية الظروف الطارئة:

بالنسبة للتعريف القضائي لنظرية الظروف الطارئة فقد استقرت أحكام القضاء الإداري على تطبيق نظرية الظروف الطارئة وذلك لإعادة التوازن المالي للعقد فعزفتها المحكمة الإدارية العليا المصرية بقولها إن تطبيق نظرية الظروف الطارئة^(٣) يستلزم أن تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية أو من عمل جهة إدارية غير الجهة المتعاقدة مع الإدارة أو من عمل الغير لم تكن في حساب المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك لها دعواً ومن شأنها أن تُنزل به خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد إخلالاً جسيماً فإذا ما توافرت هذه الشروط مجتمعة التزمت جهة الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في تحمّل نصيب من الخسائر ضماناً لتنفيذ العقد على الوجه الذي يكفل حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، ففي نظرية الظروف الطارئة يقتصر دور القاضي

(١) المستشار سمير عثمان اليوسف، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن المالي للعقد الإداري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩، ص ٤٣.

(٢) د. إبراهيم محمد علي، المرجع السابق، ص ٢١٧.

(٣) د. جابر جاد نصار، عقود B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، بدون عام نشر، ص ١٧٤.

الإداري على الحكم بالتعويض المناسب دون أن يكون له تعديل الالتزامات العقدية كما تضمن الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في ١١/٥/١٩٦٨ تعريفاً ركّز على نظرية الظروف الطارئة بأنها عبارة عن ظروف استثنائية اقتصادية كانت أوطبيعية أو إدارية وقعت أثناء تنفيذ العقد ولادخل لإرادة المتعاقد في حدوثها ولم يكن في الوسع توقعها عند إبرام العقد، ولا يملك دفعها عند وقوعها ويكون من شأن هذه الظروف أن تصيب المتعاقد بخسارة فادحة تجاوز الخسارة العادية المألوفة على نحو تختل معه اقتصاديات العقد إخلالاً جسيماً^(١).

ثالثاً: التعريف التشريعي لنظرية الظروف الطارئة:

إن مجلس الدولة السوري لم يخرج عن تعريف المشرّع للنظرية وفقاً للفقرة د/ من المادة ٥٣/ من نظام العقود الموحد في سورية رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ والتي قضت بأنه إذا طرأت ظروف أو حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع ثوقها وترتب على حدوثها أن تنفيذ التعهد وإن لم يصبح مستحيلاً أصبح مُرهقاً بحيث يُهدد بخسارة فادحة كان للمتعهد الحق بطلب تعويض عادل^(٢).

وعلى ضوء التعاريف الفقهية والقضائية والتشريعية فإنني أرى أن نظرية الظروف الطارئة أنه إذا حدث أثناء تنفيذ العقد الإداري أن طرأت ظروف وأحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد فقلبت اقتصادياته وكان من شأن هذه الظروف والأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً بل أثقل عبئاً وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول فنشأت عنها خسارة جسيمة تتجاوز في فداحتها الخسارة المألوفة العادية التي يتحملها أي متعاقد فإن من حق المتعاقد المتضرر أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسارة التي تحملها فيعوضه عنها تعويضاً جزئياً وبذلك يضيف إلى التزامات المتعاقد معها التزاماً جديداً لم يكن محل اتفاق، وفي رأينا أن ما تبتيه نظرية الظروف الطارئة هو تحقيق العدالة والتي يجب أن تكون عدالة مُطلقة وذلك بمنح القاضي حق التعويض لمن يستحقه وأن

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية تاريخ ١١/٥/١٩٦٨/ الطعن رقم ١٥٦٢ لسنة ١٠ اق ٦٨ لسنة

١١ اق - المستشار حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية، بدون دار نشر، دون سنة نشر،

ص ٣٣١.

(٢) الفقرة د/ من المادة ٥٣/ من نظام عقود الجهات العامة رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤.

يكون هذا التعويض مناسباً بما يُرجع حالة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد وليس بمنح تعويض يُقلل من خسارة التعاقد الذي وقع عليه الضرر.

الفرع الثاني

شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

يتعين لتطبيق نظرية الظروف الطارئة توافر مجموعة من الشروط وقد أجمل القضاء الإداري شروط تطبيق تلك النظرية ومن ذلك قضاء المحكمة الإدارية العليا المصرية^(١) «يستلزم لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية أو من خلال عمل جهة إدارية غير الجهة المتعاقدة أو من عمل إنسان آخر لم تكن في حسابان التعاقد عند إبرام العقد ولا يملك لها دعواً ومن شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد إختلالاً جسيماً ومتى توافرت هذه الشروط مجتمعة التزمت جهة الإدارة المتعاقدة معه في تحمّل نصيب من خسائره ضماناً لتنفيذ العقد على الوجه الذي يكفل حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد».

ويكون من حق الطرف المتضرر أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في الخسارة التي يتحملها فيعوضه عنها تعويضاً جزئياً ولايشمل هذا التعويض الخسارة كلها ولا يقضي إلا أجزاء من الأضرار التي تُصيب التعاقد، وليس للمتعاقد أن يُطالب بالتعويض بدعوى أن أرباحه قد نقصت أو لفوات كسب ضاع عليه كما أنه يجب أن تكون الخسارة واضحة ومتميزة.

ونتيجة لذلك يجب لتقدير انقلاب اقتصاديات العقد واعتبارها قائمة أن يدخل في الحساب جميع العناصر التي يتألف منها وقد يكون أساس ذلك بعض العناصر الأخرى التي أدت إلى الخسارة كما أن هذه النظرية لا تنطبق إذا كان خطأ التعاقد قد دَفَع في أمور متوقعة قبل تنفيذ العقد وفقاً للسير الطبيعي للأمر والنظام المعتاد للعمل في الإدارة العاملة.

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن ٥٤٩ لسن ٣٥ ق. ع جلسة ١٩٩٣/٤/٤، مجموعة المبادئ لسنة ٣٨، ص ٨٨٨.

ونستخلص من ذلك أنه لكي يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة فإن هناك عدة شروط يستلزم القضاء توافرها مجتمعة، منها ما يتعلق بالظرف الطارئ بأن يكون هذا الظرف عاماً واستثنائياً وأن يقع خلال مدة تنفيذ العقد الإداري، ومنها أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع الحدوث ولا يمكن دفعه وأن يؤدي إلى انقلاب اقتصاديات العقد^(١).

أولاً: حدوث ظرف عام واستثنائي:

مَنَاط تطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يطرأ بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه حادث استثنائي عام والحادث الإستثنائي هو الذي يشذ عن المجرى العادي للأمور فيخرج عن الأصل الذي ألفه الناس مما يجعله نادر الوقوع وأن لم يكن غير مسبوق، ذلك إن سبق وقوعه في أحوال متباعدة أُنَادِرَة غير رتيبة لاينفي عنه وصف الإستثنائية، فالحروب تتكرر على مرّ العصور ولكنها لا تنسم بالرتابة والدورية والتلاحق وحتى تصبح أمراً مُعتاداً لدى الناس يرتبون عليه معاملاتهم^(٢).

في سورية فقد لاحظ القضاء الإداري بأنه ليس من اليسير وضع معيار أو تعريف دقيق للظرف الاستثنائي؛ لأن الواقعة لا تعد ظرفاً استثنائياً إلا في ضوء ما يحيط بها من ظروف زمانية ومكانية فما قد يُعدُّ ظرفاً استثنائياً في أحوال وظروف معينة قد لا يعد كذلك في حالات وظروف أخرى، فالمسألة أولاً وأخيراً مسألة واقع^(٣).

وقد كانت أحكام مجلس الدولة الفرنسي في بادئ الأمر تقضي نطاق تطبيق النظرية على الحالات التي يكون فيها هذا الظرف ذا طابع اقتصادي مستقل عن إرادة أطراف العقد^(٤)، وذلك انطلاقاً من أن نظرية الظروف الطارئة تهدف إلى حماية المتعاقد مع الإدارة من المخاطر الاقتصادية، ومن ثم يمكن التمييز بين هذه النظرية وبين نظرية فعل الأمير التي تحمي المتعاقد في مواجهة المخاطر الإدارية

(١) د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص ١١٢.

(٢) د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص ١١٣.

(٣) حكم المحكمة الإدارية السورية رقم ٦٨/ في الطعن رقم ٧٧/ لسنة ٩٦٨م، الصادر بتاريخ

١٦/١٢/١٩٦٨م. سجلات مكتبة مجلس الدولة. غير منشور.

(4) C. E. 28/11/1924. tanit, R. D. P.1925. 76, Note: Jeze.

ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة التي تغطي المخاطر الطبيعية التي يتعرض لها المتعاقد مع الإدارة. إلا أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي أخذ في التطور، وشايعه في ذلك نظيره المصري والسوري فاتسع نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة ليشمل إلى جانب المخاطر الاقتصادية أنواع أخرى من المخاطر الطبيعية أو من فعل الإدارة ولابد من توضيح تلك المخاطر:

١ - المخاطر الاقتصادية والطبيعية:

ذهب الفقه التقليدي في البداية إلى القول بأن الظرف الطارئ في نظرية الظروف الطارئة يجب أن يكون اقتصادياً وذلك على أساس أن نظرية الظروف الطارئة إنما قُصد بها حماية المتعاقد من المخاطر الاقتصادية كارتفاع الأجور أو الأسعار بسبب أزمة سياسية أو اقتصادية أو الهبوط الحاد في الإيرادات بسبب الكساد أو الأزمات أو التنافس الحاد بين المشروعات^(١).

وقد تم التوسع في نطاق تطبيق النظرية ليشمل الظروف الطارئة الناتجة عن اضطراب اقتصادي بسبب الظواهر الطبيعية كالفيضانات والزلازل والبراكين والأوبئة.

٢ - المخاطر الإدارية:

مما لا شك فيه أن قصر مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة في نطاق المخاطر الاقتصادية والطبيعية لا يتناسب مع التطورات العالمية، واتساع نطاق دور السلطات العامة في رسم وتوجيه السياسة الاقتصادية للدولة، الأمر الذي نجم عنه صعوبة الفصل بين المخاطر الاقتصادية في الدولة والمخاطر الإدارية التي ترجع إلى تدخل تلك السلطة، فضلاً عن قصور النظرية عن تغطية العديد من الحالات التي قد يتعرض لها المتعاقد.

والمخاطر الإدارية يمكن أن تأخذ الأشكال التالية:

أ - مخاطر إدارية ناجمة عن إجراءات عامة: قد يؤدي صدور بعض القوانين واللوائح إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب ومن أمثلة ذلك صدور قوانين فيما يترتب

(١) د. محمد عبد العال السناري، المرجع السابق، ص ٤٩١ - ٤٩٢.

عليها ارتفاع الأجور أو الأسعار ارتفاعاً بالغاً وفرض ضرائب جديدة أو زيادة فئات الضرائب القائمة، وصدر تشريعات تتعلق بالنقل أو بتخفيض العملة أو فرض قيود على تداولها أو تتصل بتنفيذ سياسية الاقتصاد الموجه^(١).

ومن أمثلة ذلك فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى التشريع والتي انتهت إلى اعتبار اللوائح من المخاطر الإدارية العامة ويعتبر قرار مجلس الوزراء الصادر بتخفيض الجنيه المصري بالنسبة إلى الدولار حادثاً استثنائياً عاماً إذا لم يكن في وسع المتعاقدين توقعه حين إبرام العقد ومن التسليم الجدلي لأنه كان مفروضاً على المتعهد أن يتوقع التجاء الحكومة إلى خفض قيمة العملة المصرية فإن مدى هذا التخفيض لم يكن من المستطاع التكهّن به ومن ثم فإنه يحتمل أن تكون نتائج هذا الإجراء ومدى تأثيره في التوازن المالي للعقد قد جاوز ما كان مفروضاً أن يتوقعه المتعهد حين إبرام العقد.

وفي الحاليتين إذا 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 بمعنى أن الخسارة المتوقعة يتحملها المتعاقد.

أما الخسارة الغير متوقعة فيشاركه فيها الطرف الآخر بالقدر الذي يخفف من فداحتها.

أما تقدير كون خسائره فاقت ما كان مفروضاً أن يتوقعه أم لا فالأمر متروك بحته على ضوء ما يتبين من عناصر التقدير^(٢).

كما قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه:

أحكام الشروط العامة للمناقصة كنص على أن تقدم العطاءات عن توريد أصناف على أساس التعريفات الجمركية ورسوم الإنتاج وغيرها من أنواع الرسوم والضرائب المعمول بها وقت تقديم العطاء فإذا حصل تغيير في التعريفات الجمركية والرسوم الأخرى أو الضرائب في المدة الواقعة بين تقديم العطاء والموعّد الآخر للتوريد، وكان التوريد قد تم في غضون المدة المحددة فيسوى الفرق تبعاً لذلك بشرط أن يُثبت

(١) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٥٠.

(٢) فتوى قسم الرأي رقم ٣٦٠ في ١٧/٧/١٩٥٤ الموسوعة الإدارية الحديثة - الجزء الثامن عشر ص ٨٩٦.

أنه قد سدد الرسوم والضرائب عن الأصناف الموردة على أساس الفئات المعدلة للزيادة، أما في حالة ما إذا كان التعديل في النقص فتخصم قيمة الفرق من العقد إلا إذا أثبت المقاول أنه سدد الرسوم على أساس الفئات الأصلية قبل التعديل وعليه فإذا كان السبب راجعاً إلى تقلب السوق وسعر العملة إلترم المقاول بما يترتب على ذلك من آثار سواء بالزيادة أو بالنقصان.

أما إذا كان السبب راجعاً إلى تعديل الضرائب أو الرسوم الجمركية التزمت الوزارة بما يترتب عليه من آثار ويستوي في ذلك أن يكون السبب المؤثر على قيمة العطاء بعد تقديمه قبل أو بعد إتمام إجراءات التعاقد.

ب - مخاطر إدارية ناجمة عن إجراءات خاصة: ويقصد بها الإجراءات التي تؤثر على عقد إداري فتؤدي إلى قلب اقتصادياته، ومن أمثلتها أوامر بنقل أعمدة الكهرباء لاعتبارات السلامة العامة^(١).

وقضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأن: «الارتفاع الباهظ في أسعار الزئبق إن صح أنه كان متوقعاً بالنسبة للعقد الثاني فإن هذا الارتفاع لم يكن في الوسع توقعه بالنسبة لذلك العقد، فقد كان السعر وقت التعاقد بالنسبة للعقد الثاني ٢ جنيه، و ٨٨٠ مليماً تم وقت الشراء على حساب الشركة المدعية ٤ جنيهاً و ٥٠ مليماً ومن ثم بأن نظرية الحوادث الطارئة تنطبق في هذه الحالة^(٢). وتثير المخاطر الناتجة عن الإجراءات الصادرة من السلطات العامة تساؤلاً هاماً عما إذا كان يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن تكون المخاطر الإدارية ناجمة عن جهة إدارية غير جهة الإدارة المتعاقدة أم أنها تشمل أيضاً الإجراءات الصادرة عن الجهة الإدارية المتعاقدة نفسها».

وفي البداية اتجه قضاء مجلس الدولة في فرنسا إلى أنه يشترط في ظرف الطارئ الذي يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد ويؤدي إلى تطبيق نظرية الظروف الطارئة، أن تكون من عمل جهة إدارية غير جهة الإدارة المتعاقدة وبمعنى آخر أن يكون الظرف الطارئ مُستقلاً عن إرادة أطراف العقد^(٣)، وقد أخذت بهذا الاتجاه

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٨ ديسمبر ١٩٤٤، مجلة القانون العام لسنة ١٩٤٦ ص ٣١٥.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر بالطعن رقم ٢١٥ لسنة ٦٠ ق. ع جلسة ١٩٦٢/٦/٩، مجموعة المبادئ السنة السابعة ٣٨، ص ١٠٢٤.

(3) C. E. 15 JUIII et 1949 villed, Elbeuf, Res A. 358.

المحكمة الإدارية العليا في مصر في أحد أحكامها الذي تضمن (تطبيق نظرية الحوادث الطارئة في الفقه والقضاء الإداري وهي بأن تطرأ خلال تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية كانت أواققتصادية أو أمن عمل جهة إدارية غير الجهة المتعاقدة أو أمن عمل إنسان آخر^(١)).

فقد تطور قضاء مجلس الدولة الفرنسي وذهب إلى إمكان تطبيق نظرية الظروف الطارئة سواء كان الفعل الذي سبب الضرر راجعاً لجهة الإدارة المتعاقدة أو غيرها^(٢) ومن ثم يمكن للمتعاقد مع الإدارة أن يستفيد من نظرية الظروف الطارئة في الحالات الآتية:

- إذا صدر الإجراء من سلطة إدارية غير متعاقدة.
- أو صدر من سلطة إدارية متعاقدة ولكن تعذر عليه إثبات خصوصية الضرر ويمكن القول بأن النظرية تلعب في هذا المجال دوراً أصيلاً لا تتنازعها فيه نظرية عمل الأمير^(٣).

أما إذا صدر الإجراء الضار من سلطة إدارية متعاقدة نتيجة إجراء خاص آخر بالمتعاقدين وحده أو إجراء عام وأمكن إثبات خصوصية الضرر في هذه الحالة يختلط مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة مع نظرية عمل الأمير، ويمكن للمتعاقد مع الإدارة أن يلجأ إلى أكثرها نفعاً له، والواقع أنه في حالة توافر شروط تطبيق النظريتين وإن المتعاقد يفضل التعويض وفقاً لنظرية فعل الأمير خاصة وإن هذه النظرية يمكن الإستناد إليها أياً كانت درجة الضرر الذي أصابه، كما أن التعويض يكون شاملاً لكافة الأضرار خلافاً لنظرية الظروف الطارئة^(٤).

وقد ساءرت المحكمة الإدارية العليا في مصر في أحد أحكامها موقف مجلس الدولة الفرنسي وقضت بأن: "مجال إعمال نظرية الظروف الطارئة أن تطرأ خلال

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر في ١١ مايو ١٩٦٨، مجموعة مبادئ السنة ١٣ ص ٨٧٤.

(٢) C. E 2 Mars 1949, Menistre des travaux publics. D. 1953 - P309.

(٣) د. إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية وفقاً للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية، المرجع السابق، ص ٢٦٥.

(٤) د. عمر حلمي فهمي، آثار العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٩١ - ص ٢٥٨.

تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية سواء من عمل الجهة الإدارية المتعاقدة أو من غيرها^(١).

ويتضح من العبارات التي استخدمتها المحكمة أنها حاسمة وواضحة في أن قلب اقتصاديات العقد من جرّاء تدخلات الجهة الإدارية المتعاقدة أو غيرها يمكن أن يؤدي إلى تطبيق نظرية الظروف الطارئة، ولكن المحكمة الإدارية العليا عدلت عن هذا الاتجاه وعادت مرة أخرى في أحكامها إلى اشتراط أن يكون الحادث من عمل جهة إدارية غير الجهة المتعاقدة، حيث قضت من حيث أن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة يستلزم أن تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد حوادث وظروف طبيعية أو اقتصادية من عمل جهة إدارية غير الجهة المتعاقدة أو من عمل إنسان آخر لم تكن في حساب المتعاقد عند إبرام العقد^(٢).

ونخلص مما تقدم أن قضاء مجلس الدولة المصري مستقر على ضرورة أن يكون الظرف الطارئ من عمل جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة إلا أن جانباً من الفقه المصري ذهب إلى تأييد الاتجاه الحديث لمجلس الدولة، من ذلك الجانب الدكتور "فؤاد مهنا" الذي أيّد رأي الأستاذ دي لوبادير بقوله:

"ونحن نميل إلى ترجيح رأي الأستاذ دي لوبادير في هذا الصدد لأنه يتفق مع منطق النظرية وأهدافها فإن الحكمة من إنشاء النظرية هو تمكين المتعاقد من السير في استغلال المرفق العام وتحقيق العدالة بالنسبة لشخص تعاون بحسن نية مع الإدارة في تسيير مرفق عام"^(٣).

ونحن ننفق بالرأي مع هذا الجانب من الفقه لتحقيق العدالة وتعويض المتعاقد المتضرر من إجراء ينسب للجهة الإدارية المتعاقدة لأنه في بعض الأحيان قد لا يتمكن المتعاقد من الحصول على التعويض على أساس نظرية فعل الأمير بسبب عدم توفر شروطها، بهذه الحالة يمكن للمتعاقد المطالبة بالتعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة، ومن البديهي بأن المتعاقد سيحاول بكل وسيلة تطبيق نظرية فعل الأمير لأنها الأكثر نفعاً ولا جدوى له من نظرية الظروف الطارئة بسبب

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر الصادر في ١٨ ديسمبر ١٩٨٤، الطعن ١٢٢٣ لسنة ٢٧ ق.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ ١٦ مايو سنة ١ الطعن رقم ٣٥٦٢ لسنة ٢٩ ق.

(٣) د. محمد فؤاد مهنا، مبادئ واحكام القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٧٣٦.

قاعدة التعويض الكامل المترتب على النظرية الأولى على خلاف التعويض المستند إلى النظرية الثانية والتي يكون فيها التعويض جزئياً.

ويجب لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون الحادث الاستثنائي عاماً أي يجب أن يكون شاملاً كفيضان عال يتسبب في غرق مساحة واسعة من الأراضي، أو غارة غير منتظرة من الجواء، أو انتشار وباء أما إذا كان الحادث خاصاً بالمتعاقد مع الإدارة وحده أو خاصاً به وبقلة من الناس فإنه لا يكون سبباً في تطبيق نظرية الظروف الطارئة، لذلك لا يجوز للمتعاقد أن يتذرّع بحريق محصوله أو مرض أصابه لكي يتصل من تنفيذ التزاماته لأن هذه الحوادث خاصة بالشخص المتعاقد وليست شاملة لعدد كبير من الأفراد.

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا المجال أنه ليس بالضرورة أن يكون الحادث شاملاً للناس جميعاً، فكل ما يُشترط في هذه الحالة أن يكون المتعاقد قد شارك غيره من جمهور الناس في كونه ضحية الحادث الذي وقع، فالحريق الذي يلتهم المدينة أو أحيائها يمكن أن يُعد ظرفاً طارئاً وكذلك الحال بالنسبة للحادث الذي يلحق أضراراً بطائفة معينة من التجار أو منتجي إحدى السلع^(١).

وإننا نرى هنا أن المختص بتحديد الظرف كونه طارئاً أو غير طارئ هو قاضي العقد الذي ترفع أمامه دعوى التعويض، كذلك نحن مع توسيع مفهوم الظرف الطارئ لأن هذه التوسعة تتفق مع مبدأ العدالة ومبدأ سير المرفق العام بانتظام وإطراد الذي تستند إليه هذه النظرية في المطالبة بالتعويض.

ثانياً: وقوع الظرف الطارئ خلال تنفيذ العقد الإداري:

يُشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يقع الظرف الطارئ خلال تنفيذ العقد وليس قبل انعقاده أو بعد إنقضائه أو تنفيذه، وبمعنى آخر يجب أن يقع الظرف الطارئ بعد إبرام العقد وقبل الانتهاء من تنفيذه وهذا يتطلب أن يكون العقد من العقود التي يمتد تنفيذها فترة زمنية معينة نظراً خلالها ظروف طارئة مما يؤدي إلى الإخلال باقتصاديات العقد، ولذا فإن التطبيقات القابلة للنظرية تكون في عقود

(١) د. صفاء فتوح جمعة، المبادئ العامة في العقود الإدارية التقليدية والمتطورة واشكاليات تسويه منازعاتها، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، ٢٠١٧، ص ٤١٥

الالتزام والتوريد والأشغال العامة والتي تأخذ فترات تنفيذها وقتاً طويلاً وهو ما عبرت عنه المحكمة الإدارية العليا في مصر بقضائها بأن مقتضى نظرية الظروف الطارئة أن يطرأ خلال مدة تنفيذ العقد الإداري حوادث وأظروف طبيعية^(١) كانت أو اقتصادية سواء من عمل الجهة الإدارية أو غيرها لم تكن في حساب المتعاقد عند إبرام العقد، ولا يملك دفعاً ومن شأنها أن تُنزل به خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد إخلالاً جسيماً^(٢).

ومن ذلك يتضح أنه ولئن كانت القاعدة هي وجوب حدوث الظرف الطارئ أثناء تنفيذ العقد الإداري حتى يُمكن تطبيق النظرية، إلا أنه قد يكون من المناسب إلقاء الضوء على حالة الظروف الطارئة التي تحدث قبل إبرام العقد أو عقب المدة المحددة للتنفيذ.

١ - الظروف التي تطرأ قبل إبرام العقد:

الأصل أن القاضي لا يحكم بالتعويض عن الأضرار التي تنتج عن ظروف طرأت قبل إبرام عقد التوريد ولكن لما كان إبرام العقود يمر غالباً بمراحل متعددة تستغرق مدة من الزمن ومن ثم إذا وقع الظرف الطارئ قبل تقديم العطاء فيفترض على المتعاقد بالظرف الطارئ قبوله به ولا يجوز له بعد ذلك الاحتجاج بذلك الظرف وطلب تطبيق النظرية والتعويض^(٣).

أما إذا وقع الظرف الطارئ ولم تكن الإدارة قد بتت في العطاء خلال المدة المحددة، فإن من حق كل عارض أن يسحب عطاؤه فإن لم يفعل ذلك فإنه يُعتبر عالماً بالظرف الطارئ وقت تعاقدته ومن ثم فلا حق له بالتعويض.

وفي حال طرأت ظروف في الفترة بين تقديم العطاء وقبل توقيع العقد فعلياً ففي هذه الحالة نرى إمكانية تطبيق النظرية والتعويض عن الأضرار الناجمة عن تلك الظروف باعتبارها لم تكن تحت بصر المتعاقد لدى تقدمه بالعطاء.

(١) د. هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ١٢٢.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر بالطعن رقم ٣٨٧٩ لسنة ٤٦ ق، جلسة ٢٠٠٦/٥/٩.

(٣) المستشار حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية بدون دار نشر وبدون سنة نشر، ص ٣٣٧.

٢ - الظروف التي تطرأ عقب المدة المحددة للتنفيذ:

القاعدة المقررة بهذه الحالة هي عدم التعويض عن هذه الظروف لانعدام أثرها على التنفيذ الذي تم بالكامل قبل حدوثها، ولكن قد يحدث أن يمتد العقد فعلاً إلى مدة تزيد عن الأجل المحدد للتنفيذ لأسباب ترجع إلى المتعاقد أو إلى الجهة الإدارية فهل يُمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة بهذه الحالة يجب أن نميز بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا كان امتداد العقد سببه تأخر المتعاقد في التنفيذ فإذا حدث الظرف الطارئ فإنه على المتعاقد أن يتحمل تقصيره وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية بقضائها بأن من الثابت في خصوص العقد محلاً لمنازعة أن المدعى عليه تعاقد في ١٩٧٣/٩/١١ على إنشاء مبنى نقطة شرطة... بدائرة... بمركز... محافظة المنيا في ميعاد أقصاه ١٩٧٣/١٢/٣١ إلا أن المدعى عليه تأخر في تنفيذ العملية المقدر لها ثلاثة أشهر ونصف حوالي ستة أو تسعة أشهر ولم يكن قد أنجز من العملية حتى يوم سحب العملية منه إلا أن حوالي ٩٠% من مجموع الأعمال تم تنفيذه بمعرفة المقاول، قد أسفر عن زيادة في الأسعار^(١) بلغت ١٩٥% من الأعمال العادية فوق قائمة الأسعار ٢٦٠% علاوة للأعمال الصحية فرق قائمة الأسعار ٢٨٠ علاوة للأعمال الكهربائية فرق قائمة الأسعار لذلك يتعين الحكم بأن ظروف حرب أكتوبر ١٩٧٣ لا تشكل بالنسبة للعقد محلاً للمنازعة حوادث استثنائية عامة تهدد المدعى عليه بخسائر فادحة على الحكومة تعويضه عنها.

الحالة الثانية: إذا كان سبب التأخير يرجع إلى الإدارة فإنها تكون ملزمة بالتعويضات المستحقة وفي بعض الأحيان يطلب المتعاقد أجلاً إضافياً لتنفيذ التزامه فإذا وافقت الإدارة على طلبه ووقع الظرف الطارئ في أثناء ذلك الأجل طُبقت النظرية بحسبان فالأجل في هذه الحالة يأخذ حكم المدة المحددة ابتداء في العقد. وهوما أخذت به المحكمة الإدارية بقضائها بأنه إذا كانت الوزارة قد وافقت على امتداد المدة المحددة في العقد في التنفيذ ووقع الحادث الطارئ

(١) د. إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٢٧١.

خلال الإمتداد الذي سبق وأن وافقت عليه الوزارة تحكمه حكم المدة المحددة في العقد^(١).

وأقرّ مجلس الدولة الفرنسي إمكانية تطبيق نظرية الظروف الطارئة حتى بعد انتهاء مدة العقد بشكل طبيعي أي على فترة لاحقة لانقضاء الالتزام، أي أنه يسمح للشركة المتعاقدة المدعية المطالبة بالتعويض رغم انتهاء العمل بالعقد وذلك استناداً لمبدأ العدالة، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي رفض تطبيق هذه النظرية في حال إذا كان العقد قد فسخ قبل نهايته الطبيعية^(٢).

وعلى ذلك فإن مجلس الدولة السوري قد طبّق نظرية الظروف الطارئة رغم انتهاء العلاقة العقدية ومن ما استقر عليه الاجتهاد الإداري الفرنسي والمصري في أحكام عديدة ومستمرة^(٣). حيث نجد أن مجلس الدولة السوري قد طبق نظرية الظروف الطارئة رغم انتهاء العلاقة التعاقدية. من خلال العديد من الأحكام الصادرة عنه، فإذا طرأ ارتفاع كبير على أسعار المواد العقدية، ما من شأنه الإخلال بالتوازن المالي للعقد فقد استقر اجتهاد القضاء الإداري السوري في هذه الحالة على منح التعويض القانوني بمقتضى أحكام المادة ٦٣/ من القانون رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤م^(٤).

وبرأينا لما كان غالب الفقه والاجتهاد في سورية يرى أنه طالما أن المتعاقد قد قام بتنفيذ العقد على أكمل وجه واستمر بالتنفيذ رغم كل الصعوبات حتى انتهاء العقد بشكل طبيعي، فيبدو من المنطقي أنه يُمكن تعويض المتعاقد عن الأضرار التي لحقت به.

وتأكيداً لذلك فقد رفضت المحكمة الإدارية العليا المصرية تطبيق نظرية الظروف الطارئة على متعاقد استغرق تنفيذه للمشروع المتعاقد عليه سنة وستة

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ ١٩٦٢/٦/٩ الطعن رقم ٢١٥٠ لسنة ٥٦ق، الموسوعة الإدارية الحديثة ج ٨ - قاعدة ٥٧١، ص ٨٩٩.

(٢) د. محمد يوسف الحسين، د. مهدي نوح، المرجع السابق، ص ٢٧٧.

(٣) د. يوسف شباط، د. عبد الرحيم الصفدي، المرافق العامة، منشورات جامعة دمشق، كلية الحقوق، ٢٠١٠، ص ٥١.

(٤) حكم محكمة القضاء الإداري السورية، رقم ٢٥/٤٢٥/ لسنة ٢٠١٤م، في القضية ذات الرقم ١٢٢٤/٢ لسنة ٢٠١٤م، والصادر بتاريخ ١١/٥/٢٠١٤م. غير منشور.

أشهر بدلاً من ثلاثة أشهر ونصف المحددة بالعقد لتنفيذه، حيث لم تعوضه عن الارتفاع الكبير في الأسعار خلال المدة التي تجاوز فيها مدة تنفيذ العقد^(١).

ولقد كان رأي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لمجلس الدولة المصري فبهذا الشأن حسماً، حيث ذهبت إلى أنه إذا توقف المتعاقد عن تنفيذ العقد المبرم بينه وبين جهة الإدارة بعد أن نفذ جزءاً منه فإن دواعي تطبيق الظروف الطارئة تختلف بالنسبة له، إذ كان يتعين عليه أن يستمر في التنفيذ حتى يحتفظ بحقه في المطالبة بتطبيق تلك النظرية إذا توافرت شروط أعمالها^(٢).

ويتحمل المتعاقد مع الإدارة في هذا الفرض عبئ ضرر الظرف الطارئ بالإضافة إلى تقرير مسؤوليته العقدية عن التأخير في تنفيذ التزامه التعاقدية^(٣).

ثالثاً: أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع ولا يمكن دفعه:

يُشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ألا يكون الظرف الطارئ متوقعاً وداخلاً في حسابان المتعاقدين وفقاً لنيتهما المشتركة عند التعاقد ولا يكون بالإمكان تداركه أو دفعه بعد حصوله.

فالمفروض أن كل عقد يحمل في طياته بعض المخاطر التي يجب على كل متعاقد أن يضعها في حسابه وتدخل في توقعات أطراف العقد فإذا قصر فعليه أن يتحمل وزر تقصيره^(٤).

ومن قبيل ما يُعدُّ ظرفاً متوقعاً نجد أن محكمة القضاء الإداري السورية في أحد أحكامها قد رفضت طلب المتعاقد (المدعي) بتتزيل بدلات الاستثمار الملتمزم بسدادها للإدارة؛ كونه أقدم على إبرام عقد منذ فترة قصيرة في ظل الظروف الراهنة المتوقعة بالنسبة له والتي لا تخفى على أحد، لاسيما وإن وقوع المقهى - محل العقد - في مدينة دمشق التي لم تتأثر بالأحداث الجارية في القطر، فلا مجال

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، في الطعن رقم ٩٢٢/٨٤٢ لسنة ٢٦١ ق جلسة ١٩٨٢/١١/٢.

(٢) فتوى رقم ٣١١ في ١٩٨٠/٢/٢٨ جلسة ١٩٨٠/٢/٦ ملف ١٦٠/٧٥/٢٤.

(٣) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمًا، المرجع السابق، ص ١٩٣.

(٤) د. هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، المرجع السابق، ١٢٦.

للاستفادة هنا من نظرية الظروف الطارئة كونه لا وجود لظرف طارئ غير توقع في مثل هذه الحالة^(١).

أما المخاطر التي تصيب العقد بالاضطراب والاختلال ويجوز معها تطبيق النظرية فإنها يجب أن تكشف عن مخاطر غير عادية لم يكن في استطاعة المتعاقد أن يتوقعها أو تقدير نتائجها كما يجب أن يكون الحادث غير ممكن الدفع، فالحادث الذي يُستطاع دفعه يستوي في شأنه أن يكون متوقعا أو غير متوقع ولا يستقيم سندا لتطبيق نظرية الظروف الطارئة^(٢).

والتوقع أمر نسبي فالحادث الطارئ الذي يُمكن توقعه هو ذلك الحادث الذي يكثر وقوعه أما الحوادث النادرة فلا تُعد متوقعة بحسب المجرى العادي للأمور كما تتزايد فرص وقوع الظرف الطارئ في حالات العقود طويلة الأجل عنها في العقود قصيرة الأجل^(٣).

وقد حددت محكمة القضاء الإداري المصرية مضمون شرط عدم التوقع بقضائها بأن: ... الشرط الخاص بوجوب أن تكون الصعوبة الطارئة أي غير متوقعة أومما لا يمكن توقعه، وليس في الوسع توقعها هذا الشرط ينطوي على حد كبير على معنى المفاجأة في صورة معينة كأن يجد المتعاقد مع الإدارة نفسه إزاء حالة لم يكن يتوقع حدوثها لا بناءً على دفتر الشروط ولا من خلال دراسته الأولية للمشروع، أو بالرغم مما نُبه إليه أوما اتخذ من حيلة لا تفوت على الشخص البصير بالأمور مثل قبل الإقدام على المساهمة في تسيير المرفق العام والتعاقد بشأنه^(٤).

ويستقل قاضي العقد بتقدير مدى توافر شرط عدم التوقع ومن ثمّ فإنه يقوم ببحث ما إذا كان في مقدور الشخص العادي "في نفس الظروف" أن يتوقع حصول

(١) حكم محكمة القضاء الإداري السورية، رقم ١٠٨٢/ لسنة ٢٠١٤م في القضية ذات الرقم ٢/٢٩٦٩ لسنة ٢٠١٤م الصادر بتاريخ ١٣/١١/٢٠١٤م. غير منشور.

(٢) د. ابراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٢٧٣.

(٣) د. ابراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة في التصرف القانوني، الطبعة الأولى، جامعة الكويت، الكويت، ١٩٩٥، ص ٢٨١.

(٤) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في الدعوى رقم ٩٢٧٨ لسنة ٨م ق جلسة ١٩٥٧/١/٢ مجموعة المبادئ، السنة ١١ ص ١٥٢.

الحادث كما أنه هو الذي يُحدد مدى إدراج الحادث في عداد المخاطر غير العادية التي تستوجب تطبيق نظرية الظروف الطارئة أو إدراجه في عداد المخاطر العادية التي يُمكن توقعها عند التعاقد والتي يتحمّل أثرها المتعاقد مع الإدارة.

ومن المستقر عليه قضاءً إنّ تاريخ إبرام العقد هو المعوّل عليه في تقدير شرط عدم التوقع وهو مأخوذ به القضاء الإداري سواءً في فرنسا أو مصر أو سورية حيث قضت محكمة القضاء الإداري بأنه... تتكوّن العقود التي تُبرمها الإدارة في العادة من عملية أكثر تعقيداً منها في العقود المبرمة بين الأفراد وأشدّ أنواع هذا التعقيد هو بوجه خاص في الشق المتعلق بالتعبير عن إرادة جهة الإدارة التي تكون طرفاً في العقد الإداري، كما يتكوّن العقد المدني من تلاقي رضاء كُل من الطرفين المتعاقدين رضاء الآخر، وإذا كان التعبير الصّادر منه في نطاق القانون الخاص إلا أنّ التعبير عن إرادة جهة الإدارة غالباً ما يتم في شكل عملية مُركبة مُعقدة مُتشابكة وقد تكون على مراحل مُتعددة وفي فترات مُتلاحقة على حسب الأحوال.

وعادة ما يسبق ذات النّصرف الذي يتم بمقتضاه العقد الإداري طائفة من الإجراءات والتدابير التي تُمهّد وتُهيئ لمولد ذلك النّصرف الذي تعقبه طائفة أخرى من تدابير وإجراءات التصديق والاعتماد اللازم لإبرام العقد.

ويؤكد الفقه التقليدي، أنّ الظرف الطارئ لا يُمكن أن يكتسب هذه الصفة إلا إذا كان مستقلاً عن إرادة كل من الطرفين^(١) فيُشترط لكي تُطبق نظرية الظروف الطارئة أن تكون العلاقة بين المتعاقد وبين الظرف الطارئ الذي أصابه منفصلة تماماً، بحيث لا يكون أي علاقة للمتعاقد في حدوث الظرف الطارئ سواء عمداً أو نتيجة إهمال منه أو أن يكون المتعاقد قد قصّر في دفع الخطر لبذل الجهود اللازمة "جهد المعقول" لتوخي الظرف الطارئ أو النتائج المترتبة عليه^(٢)، فلا يستطيع المتعاقد مع الإدارة طلب التعويض بالاستناد إلى نظرية الظروف الطارئة إلا إذا كان العنصر الذي أدى إلى انقلاب في اقتصاديات العقد أجنبياً عنه وخارجاً

(١) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق ص ٦٨.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن رقم ٢٢٣ لسنة ٢٧. ق، مجموعة المبادئ القانونية التي اقرتها المحكمة الإدارية العليا في أربعين عاماً، السنة ٣٠، العدد الأول، ص ٢٥٠.

عن إرادته^(١) ولا يقتصر هذا الشرط على المتعاقد فقط، فإذا ما تسببت الإدارة بخطئها أو بفعلها في أحداث يكون من شأنها إلحاق الضرر بالمتعاقد، فإنها تكون ملزمة بتعويض هذا الضرر استناداً إلى خطأ عقدي، وليس وفقاً لنظرية الظروف الطارئة^(٢).

وهنا تجدر الإشارة بأن نظرية فعل الأمير لا تُطبق إذا ما كان الظرف الطارئ عن غير الإدارة المتعاقدة فإن نظرية الظروف الطارئة تكون واجبة التطبيق متى توافرت بقية شروطها^(٣).

يُضاف إلى أن عدم توقع المتعاقد للظرف الطارئ غير كافٍ لإعمال نظرية الظروف الطارئة، حيثُ يتعين أن يثبت إلى جواره عدم استطاعة المتعاقد دفع هذا الظرف أو مواجهته بالطرق العادية المألوفة توكيلاً لآثاره الضارة أو منعاً لتفاقمها، فإذا كان بإمكانه ذلك إلا أنه لم يفعل فلا يستحق تعويضاً عما يخلفه الظرف الطارئ من آثار ضارة.

فالظرف الطارئ الذي أدى إلى قلب اقتصاديات العقد، لم يكن باستطاعة المتعاقد توقع حدوثه وقت إبرام العقد، وهذا يتطلب أن تكون المخاطر التي وقعت غير عادية تفوق التوقع وتتجاوز الحد المعقول فعلى سبيل المثال (انخفاض قيمة العملة، إصدار قانون لفرض ضرائب جديدة...) فمثل هذه الظروف لم تكن في حساب المتعاقد وقت إبرام العقد أما إذا كانت المخاطر عادية لا تتجاوز ما كان مفروضاً على المتعاقد أن يتوقعه عند إبرام العقد فلا تُعد ظرفاً طارئاً، وذلك كالزيادة المعقولة في الأسعار وهذا ما استقرَّ عليه الاجتهاد القضائي في سورية حيث قضت محكمة النقض السورية بأن الحوادث الطارئة هي الحوادث الإستثنائية العامة التي لم يكن في الوسع توقعها والتي تجعل من الالتزام مستحيلاً أو مرهقاً يُهدد بخسارة فادحة، أما الارتفاع الملحوظ لأسعار بعض البضائع عالمياً وكمياً الذي أضحى أمراً مألوفاً ومتوقعاً في عالم التجارة فلا يؤلف حوادث طارئة استثنائية

(١) د. سعاد الشرقاوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣، ص ٤.

(٢) د. دويب حسين صابر، المرجع السابق، ٢٠١٠، ص ٢١٧.

(٣) د. حمد محمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٢٧١.

عامة، ولا أثر لذلك على قيام العقد بين الطرفين ولا تؤدّي إلى تعديل شروطه بحسبان أن ارتفاع الأسعار وانخفاض قيمة النقد لا تُشكل حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وبالتالي فإنها لا تؤثر على المركز الحقوقي للمتعاقدين وهذا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي^(١).

كما تأكد ذلك في اجتهاد آخر للمحكمة الإدارية العليا السورية، حيث جاء فيه: "إن ارتفاع الاسعار لا يعتبر سبباً لتطبيق نظرية الظروف الطارئة لأنه ليس من الامور غير المتوقعة في عالم التجارة يضاف الى ذلك انه يشترط لتطبيق هذه النظرية ان تجعل هذه الحوادث غير المتوقعة من تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين"^(٢).

وتطبيقاً لذلك أيضاً ما قضت به محكمة القضاء الإداري السورية برفضها دعوى المدعي موضوعاً كون المتعاقد مع الإدارة يتمسك بالظروف الراهنة التي ثمر بها البلاد من حالة الحرب بمطالبته بتنزيل بدلات الاستثمار الملتزم بسدادها للإدارة المتعاقدة بعد أن أصبحت مُرهقة له، كونه أقدم على إبرام العقد منذ فترة قصيرة في ظل الظروف الراهنة التي لا تخفى على أحد سيما أن وقوع المقهى محل العقد في مدينة دمشق التي لم تتأثر بالأحداث الجارية في القطر^(٣).

أي أنه لا مجال للاستفادة من نظرية الظروف الطارئة في هذه الحالة كون المتعاقد يعلم بحالة الحرب مسبقاً عندما أقدم على إبرام العقد.

وبرأينا فإن هذا الاجتهاد لمحكمة القضاء الإداري السورية جانب الصواب بحجة أن الحرب ظرف متوقع بالنسبة لجميع العقود التي تُبرم بعد نشوبها، فالحرب في سورية وإن كانت طويلة الأمد إلا أنها تأخذ واقع الكر والفر واهتياجها تارةً في منطقة وفتورها في منطقة أخرى، وذلك من شأنه أن يوهم المتعهدين بأنّ

(١) د. محمد أديب الحسيني، موسوعة القضاء المدني الجديد في اجتهاد محكمة النقض السورية، الجزء الأول، مكتبة دار البيضة العربية، لعام ٢٠٠٤، ص ٧٢٥ (حكم محكمة النقض السورية الغرفة الثالثة - أساس ١٤٨٠/١٠/١٨ قرار ٢٥٨٨ تاريخ ١٩٩٣/١٠/١٨ القاعدة ٢٠٤٠).

(٢) قرار ١٣٣ / ١٩٧٤ - أساس ١٩٥ - المحكمة الادارية العليا بمجلس الدولة - سورية، قاعدة ٧٤٦ - مجموعة مبادئ المحكمة الادارية العليا ١٩٦٥ - ١٩٩٠ - رقم مرجعية حمورابي: ٢٥٤٢٧.

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري السورية رقم ٢/١٠٨٣ لسنة ٢٠١٤ في القضية رقم (٢/٢٩٦٩) الصادر بتاريخ ٢٣/١١/٢٠١٤ غير منشور.

الفرصة سانحة لإبرام عقودهم مع الإدارة ظناً منهم أن الأوضاع هدأت فإذا الحرب تعاود كرتها مما يتسبب في إخلال التوازن المالي للعقد الإداري الذي أبرم في ظلها، أي أن حالة الحرب في مثل هذه الحالة لا يمكن التنبؤ أو التكهن بانتهائها وبالتالي فإن الحرب (كظرف طارئ) لا يمكن اعتبارها أمراً متوقع على الدوام بالنسبة لجميع العقود المبرمة في ظلها، كما أن مسلك القضاء المتشدد في هذه الحالة سيؤدي حتماً إلى إحجام المتعاقدين عن التعاقد مع الدولة ونفور المستثمرين ورؤوس أموالهم إلى الخارج مما يؤدي إلى زيادة الإرهاق الاقتصادي للدولة فوق أرهاقها من حالة الحرب ذاتها، إضافة إلى ذاتية العقود الإدارية التي تقتضي أن يكون المتعاقد معاوناً للإدارة وشريكاً في تسيير المرفق العام وتأمين استمراريته وانتظامه.

رابعاً: أن يؤدي الظرف الطارئ إلى قلب اقتصاديات العقد:

مؤدي هذا الشرط أن يترتب على تنفيذ العقد خسارة تجاوز في فداحتها الخسارة العادية المألوفة التي يمكن أن يتحملها أي متعاقد أثناء تنفيذ العقد^(١)، أي أن يؤدي الظرف الطارئ إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب فالظروف الطارئة تفترض أولاً خسارة لحقت بالمتعاقد مع الإدارة، ولا يكفي فقط أن يفوته كسب أو أن يكون الكسب الذي كان يتوقعه أكثر مما حققه بسبب الظرف الطارئ، وبناءً على ذلك فإن الظرف الطارئ يؤدي إلى أن يصبح الالتزام مُرهقاً للمتعاقد أرهاقاً شديداً، فلا يكفي أن يفقد المتعاقد أرباحه كلها أو بعضها كون جميع العقود لاسيما التعهدات قد تؤدي بطبيعة الحال للربح أو للخسارة، بل ولا يُعتبر الشرط متحققاً إذا حاق بالمتعاقد ضرر فعلي إذا كان هذا الضرر معقولاً أو مالا يمكن دفعه ببذل الجهد المعقول.

وإذا كانت الخسارة الناشئة عن تجاوز الخسارة المألوفة التي يتحملها أي متعاقد إلى خسارة فادحة استثنائية وغير عادية فإن من حق المتعاقد المتضرر أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسارة التي تحمّلها فيعوضه تعويضاً

(١) د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٢٢٧.

جزئياً وبذلك يضيف إلى التزامات المتعاقد معه التزاماً جديداً لم يكن محل اتفاق بينهما^(١).

وهو ما اعتنقته المحكمة الإدارية العليا السورية حيث قضت بأن... مفاد نظرية الظروف الطارئة أنه إذا طرأت أثناء تنفيذ العقد الإداري 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 وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول أو كانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة المألوفة العادية التي يتحملها أي متعاقد إلى خسارة فادحة استثنائية وغير عادية^(٢).

ومعيار قلب اقتصاديات العقد هو مسألة نسبية تقدر في كل حالة على حده وفقاً لظروف كل عقد ويضع مجلس الدولة الفرنسي نصب عينيه اعتبارات متعددة مثل رقم الأعمال الخاص بالشركة المتعاقدة ومقدار احتياجاتها ومدى سهولة حصولها على الأموال اللازمة لممارسة نشاطها والمبالغ الممنوحة للمتعاقد بناءً على شروط العقد عند مواجهته لظرف غير متوقع عند إبرام العقد^(٣) وقضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه: ... يجب لتقدير انقلاب اقتصاديات العقد واعتبارها قائمة أن يُرسل في الحساب جميع عناصر العقد التي تؤثر في اقتصادياته، واعتبار العقد في ذلك وحدة ويفحص في مجموعه لا أن ينظر إلى أحد العناصر فقط بل يكون بمراعاة جميع العناصر التي يتألف منها إذ قد يكون بعض هذه العناصر الأخرى التي أدت إلى الخسارة ومن ثم فإن انقلاب اقتصاديات العقد مسألة لا تظهر ولا يمكن التحقق من وجودها إلا بعد إنجاز جميع الأعمال المتعلقة بالعقد.

وخلصاً ما تقدم نجد أن نظرية الظروف الطارئة هي إحدى نظريات القانون الإداري والتي يلجأ إليها متى توافرت شروط تطبيقها وقد تضمن الرأي الصادر عن اللجنة المختصة بقسم الفتوى والتشريع في مجلس الدولة السوري^(٤)، ما يلخص

(١) حكم محكمة القضاء الإداري السورية بالدعوى رقم ١٠٢٤٢ لسنة ٥٢٠٨/٣/١٦.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية بتاريخ ١٧/٦/١٩٧٢، مجموعة مبادئ السنة ١٧ نص ٥٧٦.

(٣) د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٦٨٥.

(٤) رأي اللجنة المختصة بقسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة السوري رقم ١٣٧/لسنة ٢٠١٣ في القضية رقم ١٥٠/ف لسنة ٢٠١٣ غير منشور.

هذه الشروط وفق مايلي... أن شروط استحقاق التعويض نتيجة الظرف الطارئ هي:

- ١ - أن يكون الظرف الطارئ خارج عن إرادة المتعاقدين.
- ٢ - أن يكون الظرف ممّا لا يمكن توقعه ولم يكن في نية المتعاقدين حين توقيع العقد.
- ٣ - أن تغلب اقتصاديات العقد يترتب على تنفيذه خسارة تجاوز في فداحتها حد الخسارة العادية المألوفة التي لا يتحملها أي متعاقد أثناء التنفيذ.

المطلب الثاني

آثار نظرية الظروف الطارئة ورقابة القضاء على تطبيقها

لما كان الهدف من نظرية الظروف الطارئة هو تمكين المتعاقد من الإستمرار في تنفيذ العقد على الرغم من حدوث الظروف الطارئة عن طريق المعاونة التي تقدمها له الإدارة للتخفيف من الصعوبات التي يواجهها بسبب هذه الظروف، فإنه من الطبيعي أن تترتب آثار قضائية على تطبيق هذه النظرية من زاوية التزامات الإدارة بتعويض المتعاقد معها.

وبناء عليه سنقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع كالتالي:

الفرع الأول: التزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد.

الفرع الثاني: حق المتعاقد في الحصول على تعويض من الإدارة.

الفرع الثالث: سلطات القاضي في مواجهة الظروف الطارئة.

الفرع الأول

التزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد

لا يعفي الظرف الطارئ المتعاقد من التزاماته التي تنشأ عن العقد، فالتزام المتعاقد بالاستمرار في التنفيذ على الرغم من وقوع الظرف الطارئ وإن كان مرهقاً

إلا أنه ممكن، لذا يمكن القول أن فكرة الظروف الطارئة تقع في مركز وسط بين الحالة العادية التي يستطيع فيها المتعاقد القيام بتنفيذ التزاماته وبين حالة القوة القاهرة التي تؤدي إلى تحرير المتعاقد من التزاماته^(١). وفي حالة توقف المتعاقد عن الوفاء بالتزاماته في الظرف الطارئ فإنه يسقط حقه في المطالبة إذا توافرت شروط تطبيقها، فضلاً عن أن الإدارة يمكنها فرض الجزاءات بأنواعها كافة هذا من ناحية^(٢)، ومن ناحية أخرى فإن تقدير توفر شروط تطبيق النظرية أمر يستقل به القاضي، ولا يحق للمتعاقد الذي واجهته صعوبات في التنفيذ أن يتوقف عن الاستمرار في ذلك التنفيذ بحجة تحقق شروط النظرية^(٣).

ويرى بعض الفقهاء الفرنسيين أنه في مجال تنفيذ العقد، قد يطرأ ظرف يقلب اقتصاديات العقد من دون أن يجعل تنفيذه مستحيلًا، ثم يتحول الظرف الطارئ في مرحلة لاحقة إلى حالة قوة القاهرة يستحيل معها مواصلة تنفيذ العقد بمعنى أن يتتابع أولاً الظرف الطارئ ثم القوة القاهرة في العقد عبر المرحلة التي يكون فيها الحدث ظرف طارئ إذ يمكن مواصلة تنفيذ العقد فإنه يمكن الاستفادة من تطبيق نظرية الظروف الطارئة حتى لو كان مضطراً لإيقاف التنفيذ من خلال مرحلة لاحقة^(٤)، إلا إذا تبين أن العقد الإداري لن يعود إلى توازنه على الرغم من معاونة الإدارة للمتعاقد وإن قلب اقتصاديات العقد أصبح نهائياً، فإن لطرفي العقد أن يطلبوا من القاضي فسخ العقد إذا أخفق الطرفان في الوصول إلى اتفاق جديد يعيد الحياة للعقد.

وقد أخذ مجلس الدولة الفرنسي بهذا الحل لأول مرة في حكمه بتاريخ ١٩١٩/١٢/٩ في ترام مدينة شربورج وتتلخص وقائع هذه الدعوى أن ملتزم نقل الركاب في المدينة المذكورة واجه إخلالاً جسيماً في المشروع ابتداءً من عام ١٩١٦ لانتشار وسائل النقل السريعة الأكثر تقدماً والمنافسة الشديدة التي واجهت المشروع محل الالتزام، إذ انصرف المنتفعون عن استعمال الترام مفضلين استخدام الوسائل

(١) د. محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص ٢٨٣ وما بعدها.

(٢) د. سعاد الشرقاوي، المرجع السابق، ص ٥٢٦.

(٣) د. علي محمد علي عبد المولى، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة)،

أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٩١، ص ٤١٧.

(4) LAUBADERE. A - MODEENE. F - DELVOLVE. P; op, cit, P. 605.

الأخرى الحديثة، وقد تبين أنه لا أمل في أن يعود للمشروع توازنه الاقتصادي الذي اختلَّ على الرغم من رفع أسعار الركوب بين عامي ١٩١٦ - ١٩٢٢ ولما عرض الأمر على مجلس الدولة الفرنسي أكمل نظرية الظروف الطارئة بوضع الأحكام الكفيلة بمعالجة هذه الحالة وفق ما يلي:

- إذا ثبت استحالة زوال الظرف الطارئ فإن لطرفي العقد كليهما الحق في طلب تسجيل تلك الحالة وإذا تم ذلك تحررت الإدارة من التزامها بالتعويض.

- على طرفي العقد محاولة التفاهم وإعادة النظر في شروط العقد إذ يجعله قابلاً للحياة كمحاولة استبدال وسائل النقل القديمة بأخرى حديثة تعيد التوازن المالي للعقد.

- في حالة فشل الوصول لاتفاق بطلب من أي طرفي العقد، يحكم القاضي بفسخ العقد والحكم بالفسخ ليس لسبب القوة القاهرة التي نتج عنها استحالة التنفيذ بل لسبب استحالة عودة التوازن المالي للعقد من معاونة الإدارة بشكل مستمر^(١).

ولا يسقط التزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية بمجرد طلب فسخ العقد، وإنما يجب عليه الاستمرار في التنفيذ إلى حين صدور حكم القضاء الإداري بالفسخ، فإذا لم يحكم القاضي بالفسخ يتعرض المتعاقد للجزاءات التعاقدية إذا توقف عن تنفيذ التزاماته، وإذا حكم القاضي للمتعاقد بفسخ العقد فإن آثار الفسخ ترتد إلى تاريخ رفع الدعوى^(٢).

ويعد التزام المتعاقد بالوفاء بالتزاماته التعاقدية كما هي على الرغم من وجود الظرف الطارئ من النتائج المترتبة على وجوب انتظام العمل بالمرفق العام وتقديم الخدمات للمنتفعين به، فالمتعاقد مع الإدارة يستهدف معاونتها في سبيل تحقيق المصلحة العامة فالعقود الإدارية تتميز بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يهدف العقد إلى تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة وبالتالي لا يسوغ للمتعاقد أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق العام بحجة أن ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلى الإخلال بأحد التزاماتها العقدية قبله، بل يتعين

(١) د. وهيب عياد سلامة، دروس في العقود الإدارية مع التعمق (التوازن المالي للعقد وفكرة التعويض غير القائم على الخطأ)، من دون دار نشر، ٢٠٠٠، ص ١٢٢.

(٢) د. علي محمد علي عبد المولى، المرجع السابق، ص ٤٢٤.

عليه إزاء هذه الاعتبارات أن يستمر في التنفيذ طالما ذلك في استطاعته ثم يطالب جهة الإدارة بالتعويض عن إخلالها بالتزاماتها إن كان لذلك مقتضى وكان له وجه حق فيه فلا يجوز له الامتناع عن تنفيذ التزاماته بإرادته المنفردة وإلا حقت مساءلته عن تبعة فعله السلبي، وهو ما يستوجب التزامه والاستمرار في تنفيذ التزاماته العقدية متى كان ذلك في استطاعته ولم يتحول الظرف إلى قوة قاهرة يستحيل معها التنفيذ^(١) وفي حال توقف المتعهد عن التنفيذ:

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم /٤٩١٢/ لسنة ٤٥ ق، جلسة ٢٠٠٦/٥/١٦.

أولاً: موقف مجلس الدولة الفرنسي:

يتَّبع مجلس الدولة الفرنسي فيما يتعلق بتطبيق نظرية الظروف الطارئة رغم توقف المتعهد سياسة مرنة وفق مسلكين:

- فقد يحكم بالتعويض استناداً إلى نظرية الظروف الطارئة التي تعرّض لها المتعاقد مع خصم غرامات التأخير في حال توجبها من مبلغ التعويض المستحق له أي إجراء التقاص بين ما له وما عليه^(١).

- وفي حالات أخرى رفض المجلس التعويض باعتبار أن المتعهد قد توقف عن التنفيذ ولا مبرر له في ذلك.

ثانياً: موقف مجلس الدولة المصري:

أخذت المحكمة الإدارية العليا المصرية بالمسلك الأول لمجلس الدولة الفرنسي في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٩٢/٦/٩ حيث قضت... ذلك أن الشركة المتعاقدة قد توقفت عن توريد الزئبق للإدارة لارتفاع أسعاره ولكن الإدارة تولت الشراء على حسابها بالأسعار المرتفعة، فقضت المحكمة بأن هذا الشراء على حساب الشركة يفترض استمرار العقد ويبقى منتجاً لآثاره، فيقع على عاتقها (الشركة) غرامة تأخير والمصاريف الإدارية التي تكبدتها الوزارة في عملية الشراء وذلك مع تطبيق نظرية الظروف الطارئة حيث قررت أنه يجب أن يأخذ في عين الاعتبار عند توزيع الخسارة بين الشركة والوزارة الظروف التي أبرم فيها العقد من ارتفاع مفاجئ في أسعار الزئبق بسبب تهاافت الدول الكبرى على شرائه للحصول على الزئبق بثمن محتمل وطلباتها المتعددة للوزارة لإعفائها من التنفيذ وقيام الحكومة نيابة عنها (الشركة) بالشراء على حسابها بعد انتظار طويل حتى بلغت الأسعار أقصاها في الارتفاع^(٢).

(١) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٦٩٠.

(٢) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٦٦٣.

ثالثاً: موقف مجلس الدولة السوري:

تطبيقاً لتوقف المتعاقد قضت المحكمة الإدارية العليا السورية في قضية تتلخص تعهد المتعاقد باسترجار عوادم الجوبيات بالكمية المتفق عليها مع الإدارة عام ٢٠٠٨ إلا أنه قام باسترجار قسم وتوقف عن الباقي الأمر الذي حدا بالإدارة المتعاقدة إلى التعاقد مع متعهد جديد على حساب المتعهد الفاعل، وقد أسست المحكمة مُصدرة الحكم قرارها وفق ما يلي: من حيث أنه من المبادئ المقررة في تنفيذ العقود الإدارية أن المتعهد لا يجوز له التوقف أو الامتناع عن تنفيذ أحكام العقد، وأن يرفع الخلاف الناشب مع الإدارة في حال عدم التوصل إلى حل بينهما إلى القضاء، وعليه فإن امتناع المدعى عليه (المطعون ضده) عن استكمال استرجار باقي الكمية المتعاقد عليها موضوع الدعوى بسبب امتناع الإدارة عن تخفيض الأسعار هو، أمر لا مستند له مما يجعل امتناعه في غير محله القانوني... تأسيساً على أنه لا يحق للمتعهد أن يوقف تنفيذ الأعمال في جميع الأحوال الواردة في المادة ٦٣/ من نظام العقود، وإلا يُعتبر مسؤولاً عن كل ما يلحق الإدارة من أضرار وخسائر بسبب هذا الايقاف ويفقد الحق بالمطالبة بأي تعويض^(١).

وبرأينا أن ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا في حكمها هذا تم عن عدم مرونة في تطبيق نظرية الظروف الطارئة وكان من الحري بالمحكمة توزيع الخسارة الحاصلة من جرائها على كل من الإدارة والمتعهد الفاعل، فتعوض جزئياً على المتعاقد الفاعل جراء ما تعرض له من ظرف طارئ لا يد له فيه مع الأخذ بعين الاعتبار ما بذله من مواجهة هذا الظرف وفق ما يستحق، فضلاً عن إلزامه بفروقات التنفيذ على حسابه ومن ثم إجراء التقاص بينهما بخضم ما يستحقه المتعاقد من تعويض جزئي بسبب الظرف الطارئ وما يترتب عليه من فروقات التنفيذ المترتبة في العقد الجديد.

وبكل الأحوال فقد استقر مجلس الدولة السوري بقسميه القضائي والاستشاري بأن المتعهد ملزم بالاستمرار بتنفيذ العقد وعدم التوقف حتى ولو لم يحصل على الزيادة المطالب بها نتيجة الأسعار الطارئة على تنفيذ العقد وإلا فيُعتبر مسؤولاً عن كل ما يلحق

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية في الطعن رقم ٢٠٣٧/ قرار (٤/١/٤٦) تاريخ ٢٠١٤/٢/٣، غير منشور.

بالإدارة من أضرار وخسائر بسبب هذا التوقف^(١). أي طالما أنه لم يتحول التزام المتعاقد إلى قوة قاهرة يستحيل معها التنفيذ، وطالما أنه لا يمكن للمتعاقد التحلل من التزامه العقدي تحت أي مسمى كان (الظروف الحالية أو الزيادات بالأسعار) فإن قانون العقود الإدارية النافذ قد أعطى للمتعاقد الحق بالمطالبة بالتعويض^(٢).

الفرع الثاني

حق المتعاقد في الحصول على تعويض من الإدارة

يترتب على توافر شروط نظرية الظروف الطارئة نشوء حق المتعاقد معها في التعويض عما أصابه من خسائر من جراء اختلال التوازن المالي للعقد نتيجة لتلك الظروف، الأمر الذي يتعين معه الوقوف على مدى التعويض الذي يستحقه المتعاقد، وكيفية تقديره وأساسه القانوني وسلطات القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد.

أولاً: أساس التعويض:

إذا كانت مسؤولية الإدارة تتقرر بلا خطأ من جانبها عند تطبيق نظرية الظروف الطارئة عند توفر شروطها، وإذا كانت الإدارة ملزمة بتعويض المتعاقد المتضرر تعويضاً جزئياً فما هو الأساس القانوني لهذا التعويض، واختلفت آراء الفقهاء في الأفكار المتعددة التي ساقوها لتسويغ هذا التعويض الذي يحكم به القاضي في حالة الظروف الطارئة، وتطور هذه الآراء حول أسس ملائمة نوضحها باختصار في النقاط التالية:

١ - فكرة النية المشتركة لأطراف العقد:

يرى بعض الفقهاء الفرنسيين ومنهم العميد "بونار" ومفوض الدولة "كاردينه" أن نظرية الظروف الطارئة تستند إلى الإرادة المشتركة لطرفي العقد إذ يؤكد الأول أن

(١) رأي اللجنة المختصة بقسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة السوري رقم ١٩٧/ لسنة ٢٠١٣، في القضية رقم (١٥٠/ق) لسنة ٢٠١٣ الصادر بتاريخ ٢٤/٧/٢٠١٣، غير منشور.

(٢) مجلس الدولة السوري، المكتب الفني، المجموعة الذهبية الحديثة للآراء الصادرة عن القسم الاستشاري في مجلس الدولة السوري لعام ٢٠١٦م، رأي اللجنة المختصة ذي الرقم ٢٥/ في القضية ذات الرقم ٤٠/ف/ لعام ٢٠١٤م، الصادر بتاريخ ٢٥/٢/٢٠١٤م، ص ٤٢٤.

التعويض عن الظروف الطارئة إنما يتوافق مع ما انصرفت إليه نية الطرفين ضمناً أثناء إبرام العقد، ويقول الثاني موجهاً حديثه إلى مجلس الدولة الفرنسي في دعوى غاز بورديو (لقد طبقتم مبدأ أن العقود يجب أن تنفذ بحسن نية على وفق النية التي قصدتها الأطراف لحظة إبرام العقد)^(١) وقد تعرض هذا التوجه لانتقاد بعض الفقهاء المصريين^(٢)، إذ يرى أن هذا الأساس تعسفي في معظم الحالات ولا يصلح لتسوية القواعد البريتورية التي يخلقها القاضي الإداري، ولو تسترت خلف قواعد التفسير، في حين ينتقد آخرون هذا الأساس كون مسألة البحث في الإرادة المشتركة للمتعاقدین مسألة دقيقة جداً، إذ يجب على القاضي أن يعود إلى لحظة إبرام العقد، وربما يكون من الصعوبة بمكان، لأنه أبرم منذ وقت طويل من ناحية، ومن ناحية أخرى أنه إذا كانت الظروف الطارئة مؤسسة على فكرة النية المشتركة لطرفي العقد فإن هذه النية يمكن أن تنصرف إلى استبعاد تطبيق النظرية صراحةً أو ضمناً.

كما أن النظرية تطبق على الرغم من وجود شرط بالتنازل عن تطبيقها، إذ أن الأحكام المتعلقة بها من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفها وبالتالي لا يمكن أن يؤسس التعويض في نظرية الظروف الطارئة استناداً إلى تفسير النية المشتركة لطرفي العقد^(٣).

٢ - فكرة التوازن المالي للعقد:

صاغ هذه الفكرة مفوض الحكومة الفرنسية بلوم في تقريره المقدم في دعوى (ciefrançais des tram ways) الذي صدر فيها حكم المجلس في ١١/٣/١٩١٠ إذ قضت "من الأمور الجوهرية في عقود الالتزام ضرورة أن يتحقق بقدر الإمكان التوازن بين المزايا التي تقررت للملتزم وبين الأعباء التي تفرض عليه".....
فالمزايا والأعباء يجب أن تتوازى بما يحقق التوافق بين الفوائد المحتملة والالتزامات المفروضة ففي كل عقد التزام يتضمن التوازن الشريف بين ما يمنح للملتزم وبين ما يتطلب منه.

(١) د. علي محمد علي عبد المولى، المرجع السابق، ص ٥٥٥.

(٢) د. وهيب عباد سلامة، المرجع السابق، ص ١١٣.

(3) A. Hachich, la theorie de l'imprevison dan les contrats administrative-etude compare du" droit francais et le droit de Le E. A. U theshcean, 1962. p. 342.

وهكذا هو ما يطلق عليه التوازن المالي والتجاري، لعقد الالتزام^(١).

ويرى بعض الفقهاء (مثل "قالين" و "دي سوتو") من أن أساس التعويض الذي يحصل المتعاقد عليه عند توافر شروط نظرية الظروف الطارئة هو فكرة التوازن المالي للعقد^(٢) وتعرض هذا الأساس إلى النقد من نواحي عديدة هي:

أ - أن هذه النظرية تصلح أساساً لنظرية فعل الأمير والتي هي مسؤولية عقدية من دون خطأ وأن نظرية الظروف الطارئة وإن كانت تُبنى على مسؤولية الإدارة دون خطأ ولكنها ليست مسؤولية عقدية من دون خطأ والفارق كبير بينهما^(٣).

ب - أن التعويض على أساس نظرية التوازن المالي للعقد يكون تعويضاً كاملاً عن جميع الأضرار التي تصيب المتعاقد، في حين أن حالة الظروف الطارئة يكون التعويض فيها مُتصوراً على تقديم المعاونة والمساهمة من قبل الإدارة للمتعاقد معها وهو تعويض جزئي ومؤقت^(٤).

ج - يكتفى بتطبيق فكرة التوازن المالي مجرد حدوث خلل في هذا التوازن بينما في نظرية الظروف الطارئة يجب حدوث انقلاب في اقتصاديات العقد وليس مجرد حدوث خلل في هذا التوازن^(٥).

د - لا يمكن أن تُسوغ فكرة التوازن المالي للعقد حق المتعاقد في طلب التعويض للظروف الطارئة عندما يستخدم حقه في فسخ العقد قضائياً في حال قلب اقتصاديات العقد نهائياً، فالفرض أنه لا يمكن الحديث عن إعادة التوازن المالي للعقد الذي لم يعد له وجود، لذا لا تصلح نظرية فكرة التوازن المالي للعقد أساساً لطلب التعويض الذي يتقدم المتعاقد بعد انتهاء العقد.

هـ - تقوم فكرة التوازن المالي للعقد على مقابلة الحق المعترف به لجهة الإدارة في تعديل العقد لدواعي المصلحة العامة، في حين يتم التعويض استناداً لنظرية

(1) Conclusion. Sous C. E 11 mars 1910, Cie General Francaise des trammaysprecitees.

(2) Waline, traite' e'lementaire de droit administrative, 4 édition. p34.

(3) LAUBADERE. A - MODEENE. F - DELVOLVE. P, op. cit, 719.

(٤) د. محمد عبد العال السناري. المرجع السابق، ٣٠٧.

(5) HACHICH (A), op, cit, P395.

الظروف الطارئة على الرغم من أن الضرر الذي يلحق بالمتعاقد قد يرجع إلى سبب أجنبي عن جهة الإدارة وغالباً ما يكون حادثاً أو ظرفاً اقتصادياً^(١).
لذلك فإن مبدأ التوازن المالي للعقد لا يصلح أساساً لحق التعويض في نظرية الظروف الطارئة.

(١) د. محمد عبد العال السناري، المرجع السابق، ص ٣٠٨.

٣ - فكرة سير المرفق العام بانتظام وإطراد:

يذهب عدد من الفقهاء^(١) إلى أن الأصل هو أن المرافق العامة يجب أن تؤدي خدماتها باستمرار فإذا طرأت ظروف غير متوقعة ترتب عليها قلب اقتصاديات العقد مما يؤثر على استدامة سير المرافق العامة الذي يخدمها، فعلى الإدارة أن تسارع إلى معاونة المتعاقد على تلك الظروف لكي تضمن استمرار المرفق العام في أداء خدماته المعتادة دون توقف.

على الرغم من أن هذا التفسير يستأثر بأهمية خاصة فهو يتفق مع الرأي السائد حول أهمية دور المرفق العام في تنفيذ العقد الإداري، فضلاً عن أنه من أول القواعد الأساسية التي تحكم سير المرفق العام وهي الأكثر شيوعاً في أحكام مجلس الدولة الفرنسي والمصري والسوري التي تتعلق بنظرية الظروف الطارئة^(٢).

إلا أننا نذهب مع الرأي القائل بعدم كفاية هذه الفكرة وعدم صلاحيتها وحدها لتأسيس حق التعويض في نطاق الظروف الطارئة لاسيما بعد التطورات التي لحقت بهذه النظرية وحجتهم في ذلك أن كلا مجلسي الدولة الفرنسي والمصري قد أجازا للمتعاقد في بعض أحكامهما الحصول على تعويض من الإدارة وفق نظرية الظروف الطارئة سواء أثناء تنفيذ العقد أو بعد انتهاء مدته، وإن كان التعويض صرف للمتعاقد.

وإذا كان الحصول على التعويض يسري للمتعاقد أثناء سريان العقد يمكن تأسيسه على مبدأ سير المرافق العامة بانتظام وإطراد فإن الحصول على التعويض بناءً على انتهاء العقد لا يمكن أن يؤسس على ذات المبدأ إذ يكون العقد في الحالة الأخيرة قد انتهى^(٣).

لذلك لا تصلح فكرة سير المرفق العام بانتظام وإطراد بمفردها أساساً لتطبيق نظرية الظروف الطارئة.

٤ - أساس فكرة استمرارية سير المرفق العام وقواعد العدالة (الأساس المزدوج):

(١) د. محمود محمد حافظ، القضاء الإداري، دراسة مقارنة دون دار نشر، ١٩٦٦، ص ١٣٦.

(2) LIORENS (F), Contrat d'entreprise et marche de travaux publics, thèse, L. G. L, 1981, P. 564 et s.

(٣) د. محمود الجبوري، المرجع السابق، ص ٢٣٠.

يذهب الرأي الراجح في الفقه^(١) إلى أنَّ أساس تطبيق نظرية الظروف الطارئة هو أساس مزدوج يتمثل في ضرورات استمرارية سير المرفق العام وإلى قواعد العدالة، فقواعد العدالة شأنها شأن فكرة استمرارية المرفق العام وتشغل مكاناً مهماً في نظرية العقد الإداري وهي التي تفسر التزام الإدارة بالمشاركة في النتائج التي تترتب على حالة الظرف الطارئ، على الرغم من عدم مسؤوليتها عن إحداثه في أغلب الحالات، حتى لو كان مرجع الظرف الطارئ إلى الإدارة فإن مسؤوليتها تكون حينئذ من دون خطأ من جانبها وأكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية هذا الأساس المزدوج في أحد أحكامها 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 باستمرار وانتظام^(٢).

وإننا نتفق مع الرأي الراجح الذي يذهب إلى اعتبار فكرة استمرارية سير المرافق العامة وقواعد العدالة أساساً لتطبيق نظرية الظروف الطارئة إذ قد تواجه فكرة قواعد العدالة الحالات التي قد يثار فيها الشك حول الدور الذي تلعبه فكرة استمرارية سير المرافق العامة ولاسيما في حالة التسليم للمتعاقد بأن يقدم طلباً للتعويض بعد انقضاء العقد هذا من ناحية ومن ناحية أخرى بأن الاعتماد على قواعد العدالة يبدو أكثر تسويغاً في القانون الإداري منه في القانون المدني في نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة على القانون العام والخاص كليهما، لأنها تبدو سلاحاً ضد مجموعة الشروط الإستثنائية التي تفرضها الإدارة على المتعاقد.

ثانياً: طرق تحديد التعويض:

إذا ما توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة فإن للمتعاقد المضار الحق في الحصول على تعويض جزئي، فما هي القواعد التي استوجبها القضاء الإداري للحكم بالتعويض الجزئي وقد يحدث أن تضمن الإدارة عقودها مع الأفراد شروطاً متنوعة بخصوص مواجهة عوائق تنفيذ العقد التي تطرأ في أثناء التنفيذ، فما

(١) د. علي محمد علي عبد المولى، المرجع السابق ص ٥٢٠، ود. محمود خلف الجبوري، المرجع

السابق، ص ٢٢٤، ود. عمر حلمي فهمي، المرجع السابق، ص ١٣٠ - ١٣١.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في ١٩٧٣/٦/١٧، مذكور لدى: د. محمد علي عبد المولى، المرجع السابق، ص ٥١٧.

هو مدى مشروعية بعض هذه الشروط وما تأثير تلك الشروط والاتفاقات على حق المتعاقد في طلب التعويض وكيف يتم تقدير التعويض في ظل هكذا شروط واستكمالاً لهذا الموضوع يجب تحديد دور القاضي وسلطاته في مواجهة الظرف الطارئ، حيث تهدف نظرية الظروف الطارئة إلى مشاركة الإدارة للمتعاقد في تحمل الخسارة التي تنتج عن هذه الظروف بتوزيعها بينهما لتمكين المتعاقد من الوفاء بالتزاماته العقدية كاملة حتى لا يُضار المستفيدين، لذا فإن التعويض الذي تُسهم به الإدارة في تجاوز الظروف الطارئة التي ترهق كاهل المتعاقد يتسم بالطابع المؤقت الذي يرتبط وجوده بوجود الظرف الطارئ ولحين إعادة التوازن المالي للعقد، فالتعويض الجزئي الذي يحصل عليه المتعاقد هو بمثابة مساعدة إدارية من الإدارة للمتعاقد حتى يتجاوز الظرف الطارئ الذي يتعرض له لحين عودة التوازن المالي للعقد وانتهاء الظرف الاستثنائي الذي تسبب في اختلاله^(١).

وتتم إعادة التوازن المالي للعقد إما من خلال زوال الظروف الطبيعية أو الاقتصادية التي كانت سبباً في إرهاب المتعاقد، أو أن تقبل الإدارة إعادة النظر في شروط العقد بما يعيد إليه توازنه وتتوقى دفع التعويضات للمتعاقد^(٢) وغالباً ما يتم اللجوء إلى هذا الأسلوب في عقود التزام المرافق العامة، فتقبل زيادة الرسوم التي يتقاضاها الملتمزم من المنفعين بما يحقق توازن العقد^(٣).

ولكي يمكن للقاضي الحكم بالتعويض فإنه يجب إجراء ثلاث عمليات متتابعة وفق ما يلي:

١ - تحديد نقطة البدء للظرف الطارئ أو تحديد بداية الفترة الخارجة عن نطاق الالتزامات العقدية:

إن التزام الإدارة بمساعدة المتعاقد معها يبدأ من الفترة التي اختل فيها العقد في الظرف الطارئ وتحديد هذا التاريخ يكتسب أهمية كبيرة لأن حساب الخسائر التي يجوز المطالبة بالتعويض عنها يبدأ فيه.

(١) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٥٧٦.

(٢) د. محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود وتطبيقاتها، دراسة مقارنة، بدون دار نشر، من دون تاريخ نشر ص ٢٩٤.

(٣) د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص ١٤٠.

إلا أن هذه الفترة غير التعاقدية هي بطبيعتها فترة مؤقتة يجب ألا تستمر أمداً طويلاً وإن حدث ذلك فلا مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة وإنما نظرية أخرى هي القوة القاهرة^(١).

وليس تاريخ طلب التعويض موضع اعتبار عند تحديد بداية الفترة غير التعاقدية^(٢) ويمكن للمتعاقد أن يقدم طلب التعويض ابتداءً من اللحظة التي يتحقق فيها الظرف الطارئ حتى تقديم الحساب الختامي إلا أن بداية الفترة غير التعاقدية لا تتعلق على إخطار من المتعاقد.

وتعد النتائج التي تؤخذ في الاعتبار هي النتائج الفعلية وهي المتحققة منذ بداية الظرف الطارئ حتى نهايته أي أنها محددة بالفترة غير التعاقدية في مجموعها ومن الخطأ أن يدخل في حساب النفقات والإيرادات ما يمكن أن يقيد إيرادات احتمالية إذا تم تنفيذ بعض الأشغال^(٣) ولا يؤخذ في الاعتبار عند تقدير هذه الأرباح التي يكون المتعاقد قد حققها من مشروع آخر خلاف المشروع موضوع التعاقد.

كما لا توجد صعوبة في الأمر عندما يتم منح التعويض بعد انتهاء الظرف الطارئ إذ يمكن في هذه الحالة تقدير النتائج في مجموعها، وإذا كان لا مانع من المطالبة بتعويض مؤقت عن الظرف الطارئ ولا سيما إذا استطلت فترة هذا الظرف لمدة طويلة نسبياً، فإن النتائج الفعلية المتحققة عن هذه الفترة هي التي تؤخذ بالاعتبار بطبيعة الحال، إلا أنه يجب أن يُوضع في الاعتبار الدفعات المتلاحقة من التعويضات المؤقتة وما هي إلا أقساط في إطار التعويض النهائي عن حال الظرف الطارئ^(٤).

٢ - تحديد الخسائر التي تدخل في الحساب:

من المقرر أنَّ التعويض الذي يستحقه المتعاقد وفقاً لنظرية الظروف الطارئة هو تعويض جزئي يغطي جزء من الخسارة التي لحقت به وليس تعويضاً كاملاً،

(١) د. محمد عبد العال السناري، المرجع السابق، ص ٣٩٢.

(2) LAUBADERE. A - MODEENE. F - DELVOLVE. P; op. cit. 615.

(٣) د. علي محمد علي عبد المولى، المرجع السابق، ص ٥٧٣.

(٤) د. محمود سعد الدين الشريف، نظرية الظروف غير المتوقعة، مجلة القضاء، العدد الثاني، السنة

الرابعة عشر، مطبعة العاني، بغداد، العراق، ١٩٥٦، ص ١٦٨

فالإدارة لا تتحمل الخسارة كلها بل تشارك في تحمل جزء منها بالقدر الذي يمكن المتعاقد من الوفاء بالتزاماته لضمان استمرار المرفق العام في تقديم خدماته للمنتفعين^(١).

في فرنسا: يذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى تقدير خسائر المتعاقد بسبب الظروف الطارئة في ضوء الاعتبارات التالية:

- يُعتمد في حساب الأرباح والخسائر بالنتائج الفعلية لاستغلال المشروع محل التعاقد فلا يجوز أن يدخل في حساب الأرباح والخسائر ما كان يمكن أن يعود على المتعاقد لو أنه قام بعمل معين^(٢).

- لا يدخل في حساب الخسائر الأرباح التي حققها المتعاقد قبل حلول الظروف الطارئة، كما أنه عند حساب هذه الخسائر يجب أن يستبعد من التقدير الأرباح المحتملة في المستقبل والتي قد يجنيها المتعاقد عقب زوال ظرف الطارئ.

- عند حساب الخسائر لا يدخل في التعويض المطالب به الخسائر التي يكون المتعاقد قد تحملها قبل بداية ظرف الطارئ بل يتحملها كنوع من المخاطر، حيث تستتزل هذه الخسائر والخسائر النهائية التي تترتب على ظرف الطارئ، وهكذا لا تشارك الإدارة إلا في الفرق بين الخسائر العادية المحتملة والخسائر التي تتجاوز الحد المعقول للأسعار.

- عند الخسائر يوضع في الاعتبار الفرق بين الأسعار الجديدة التي نتجت عن ظرف الطارئ والأسعار الفعلية التي تم الاتفاق عليها عند التعاقد دون أن يلتفت إلى الحد الأقصى المتوقع لارتفاع الأسعار.

- يوضع في الاعتبار جميع أنواع النشاطات المتصلة بموضوع العقد الأصلي أو التي ينص عليها العقد.

- يخصم من قيمة الخسائر الفعلية التي تحملها المتعاقد نتيجة للظروف الطارئة، ما يرجع إلى أخطائه في تنفيذ العقد، كإهماله أو عدم اتباعه الوسائل الفنية المسلم بها في التنفيذ.

(١) د. إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٢٨٩.

(2) C. E. 27 juin 1919, Gaz de nice, S. 1920, 3, 25 Concul. Ribolet, Note, Hauriou.

- يجب أن يدخل في الجانب الإيجابي لحساب الخسائر جميع ما يحصل عليه المتعاقد نتيجة للعقد سواء فيما يتعلق بتنفيذ الالتزامات الأصلية والتبعية، كالنفقات العامة لإدارة المشروع ويدخل فيها أجور العمال والموظفين ونفقات استهلاك الآلات ورأس المال ونفقات التأمين العادية والضرائب والرسوم المفروضة على المتعاقد.

وبذلك نجد أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي لا يجري على قاعدة موحدة من حيث نسبة المشاركة بين الطرفين المتعاقدين، إلا أنه ومن الناحية العملية، يجري مجلس الدولة الفرنسي على جعل مشاركة المتعاقد رمزية والنسبة المئوية الغالبة التي يلتزمها المجلس في معظم أحكامه تُحمّل الدولة النصيب الأكبر^(١).

كما ننوه في هذا الخصوص إلى أنه إذا حدث وكان مرجع الاختلال بالتوازن المالي للعقد بسبب إجراء صادر عن سلطة عامة غير متعاقدة يُطبق مجلس الدولة الفرنسي نظرية الظروف الطارئة (مثال صدور مرسوم تنظيمي يتعلق بناحية اجتماعية أو مالية من قبل الدولة) ويستحق المتعاقد التعويض الجزئي كمساعدة لتمكينه من الاستمرار بتنفيذ التزاماته التعاقدية، أما إذا اختل التوازن المالي للعقد من جراء الضرر الناتج عن فعل الإدارة نفسها فتطبق نظرية فعل الأمير وتكون الفائدة للمتعاقد أكبر لأنه يتلقى التعويض الكامل من قبل الإدارة المتعاقدة^(٢).

في مصر: نستطيع أن نتعرّف على طرق تقدير أوحساب التعويض من قبل مجلس الدولة المصري من خلال حكم محكمة القضاء الإداري المصرية المطول الصادر بتاريخ ١٩٥٧/٦/٣٠ التي تولت فيه تفصيل أحكام نظرية الظروف الطارئة لاسيما تقدير التعويض بقولها «...ولما كان التعويض الذي يدفع لا يشمل الخسارة كلها ولا يغطي إلا جزءاً من الأضرار التي تصيب المتعاقد، فليس لهذا أن يطالب بالتعويض بدعوى أن أرباحه نقصت أو لفوات كسب، كما أنه يجب أن تكون الخسارة واضحة ومتميزة بمعنى أنه يدخل في حساب جميع عناصر العقد التي تؤثر في اقتصادياته، فيعتبر العقد في ذلك وحدة ويفحص في مجموعه، ذلك بمراعاة جميع العناصر التي يتألف منها، إذ قد يكون بعض هذه العناصر مجزياً

(١) د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٦٧٤.

(٢) د. محمد يوسف الحسين، د. مهند نوح، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٢٩٧.

ويعوض عن العناصر الأخرى التي تستتبع الخسارة، ومن ثم فإن انقلاب اقتصاديات العقد مسألة لا تظهر إلا من المستخلصات النهائية وعند عمل الحساب النهائي وهو لا يكون إلا بعد إنجاز الأعمال، وبذلك يمكن تحديد التعويض وطلبه على أساس نظرية الظروف الطارئة^(١).

وتطبق المحكمة الإدارية العليا في مصر ذات المبدأ فقد قضت «...عند ارتفاع سعر أحد المواد الموردة من قبل المتعهد، ما اعتبرته مبرراً لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في حين أنها لم تعتبر أن هذه الزيادة لمادة أخرى من نفس العقد مبررة نظراً لطبيعة كل من المادتين وقضت المحكمة بتوزيع الزيادة بين المورد والإدارة بحيث يتحمل المورد جزءاً وتتحمل جهة الإدارة الجزء الآخر بنسب متقاربة^(٢) وفي هذا الحكم مسلك يسير على عكس ما جرى عليه مجلس الدولة الفرنسي الذي يُحمّل جهة الإدارة الجانب الأكبر من الخسارة.

وفي سورية: ذهب مجلس الدولة السوري في أحكامه إلى التساهل في تطبيق نظرية الظروف الطارئة^(٣) وخاصةً في حالة الزيادات الطارئة على أسعار المواد العقدية مُستنداً إلى أسباب بسيطة تُجيز هذا التطبيق خاصةً فيما يتعلق بعقد الأشغال العامة عند مطالبة المتعهد بالزيادة الطارئة على أسعار المواد الداخلة في تنفيذ الأشغال التي اضطلع بها المتعهد أثناء التنفيذ (كالمواد المحصور والغير محصور بيعها وتوزيعها بالجهات العامة وأجور اليد العاملة، والمحروقات وغيرها)^(٤)، حيث أن التعويض الذي يقرره القضاء الإداري السوري عند تجاوز نسبة الزيادة الحاصلة في الأسعار ١٥% من قيمة المواد الداخلة في تنفيذ التعهد يكون من خلال التعويض القانوني الذي نصّت عليه المادة ٦٣/ من نظام عقود الجهات ذات الطابع الإداري لعام ٢٠٠٤ وبالاستناد لتقارير خبرات فنية تقوم بالعملية الحسابية

(١) د. سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص ٦٤٣.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، بتاريخ ١/٣١/١٩٨٤، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية، السنة ٢٩، ص ٥٠٥.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، قرار رقم (١/٤/٢٦٩) لسنة ٢٠١٤ بالطعن رقم ٢٨٥٩/، تاريخ ٣/٣١/٢٠١٤، غير منشور.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية بالعطن ١٨٨٦/ لعام ٢٠١٤ قرار رقم (١/٤/١٤٤) تاريخ ٣/٣/٢٠١٤، غير منشور.

المطلوبة بحيث يتحمل المتعهد ما نسبته ١٥% من الزيادة الحاصلة من مجموع الأجزاء التي نفذت وتحمل الإدارة العامة باقي الزيادة وعلى ذلك استقر اجتهاد محكمة القضاء الإداري واجتهاد المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة السوري في العديد من الأحكام منذ أكثر من عشرين سنة^(١).

والجدير ذكره أنه إذا كانت الزيادات الطارئة في أسعار المواد الداخلة في تنفيذ المشروع عبارة عن مواد محصور بيعها وتوزيعها بجهات القطاع العام ومواد أخرى ليست كذلك فنجد أن القضاء الإداري السوري قد استقر في اجتهاده على أن يستحق المتعهد التعويض الأوفى الذي تضعه الخبرة الفنية على أساس مقارنة التعويض المستحق للمتعهد لقاء الزيادات الطارئة عن المجموعة الأولى (وهي المواد المحصور بيعها وتوزيعها بجهات القطاع العام) والتي يستحق المتعهد عنها فروقات الزيادة الطارئة عن الأسعار كاملة، والتعويض المستحق له عن المجموعة الثانية (الزيادات الطارئة على المواد الأخرى أيًا كانت) والتي يتم احتسابها وفق المادة ٦٣/ من القانون رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ بتحميل المتعهد ١٥% وباقي الزيادة تتحملها الإدارة.

فيمنح المتعهد بالمحصلة الزيادة الأكبر بين المجموعتين وهي ما أطلق عليه مجلس الدولة السوري التعويض الأوفى^(٢).

حتى أن القسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة السوري قد أكد على هذا النهج المتبع لدى القضاء الإداري عند مواجهة الظروف الطارئة وفقاً للفتوى الصادرة عن اللجنة المختصة بصدد عقود التوريد والذي يتضمن... من غير المنطق القانوني أو العدالة في شيء أن تُثري الإدارة في عقود التوريد على حساب المتعهد بسبب ارتفاع الأسعار دون أن يكون للمتعهد الحق في المطالبة بهذه الزيادة وإن هذا التعاون يُوجب على الإدارة أن تتحمل ما يصيب المتعهد من خسارة نتيجة الارتفاع الحاصل في المواد المتعاقد عليها من أجل إعادة التوازن المالي للعقد، وإن هذا النهج

(١) مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية عام ١٩٩٣، مجلس الدولة السوري، المكتب الفني، حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٦٩/ سنة ١٩٩٣ بالطعن رقم ٢٠٨/.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية القرار رقم (١/٤/٢٣٢) لسنة ٢٠١٣ بالطعن رقم ٥٣٨/ لسنة ٢٠١٣ تاريخ ١٣/٥/٢٠١٣ وحكمها رقم (١/٤/٢٣٣) لسنة ٢٠١٤ في الطعن ذي الرقم ٦٦٢/ لسنة ٢٠١٤ تاريخ ١٣/٥/٢٠١٤ غير منشورين.

هو المتبع لدى القضاء الإداري في سورية بعد أن أضحي مبدأ مستقراً في العديد من القضايا، وبعد أن تكرر بالعديد من الاجتهادات الصادرة وبهذا الخصوص... بهدف تأمين السيولة اللازمة للمتعهد أمام التقلبات الحادة في الأسعار للاستمرار في تنفيذ عقده وتوريد كامل الكمية المتعاقد عليها حرصاً على استمرار سير المرفق العام وتوخياً من إلحاق الضرر بالمتعهد مع الإشارة إلى أن التعويض عن ارتفاع الأسعار لا يعتبر تعديلاً في الأسعار للأفرادية للعقد، وإن المتعهد ملزم بالاستمرار في تنفيذ العقد وعدم التوقف عن التوريد حتى ولو لم يحصل على الزيادة المطالب بها وإلا فيعتبر مسؤولاً عن كل ما يلحق بالإدارة من أضرار وخسائر بسبب هذا التوقف^(١).

ومن الملاحظ بعد المقارنة بين الطرق المتبعة في كل من مجلس الدولة الفرنسي ومجلس الدولة المصري ومجلس الدولة السوري لطرق تقدير وحساب التعويض المستحق في معرض تطبيق نظرية الظروف الطارئة نجد أنه ثمة اختلاف في طرق حساب التعويض تلك.

وإننا نؤيد ما هو متبع لدى قضاء مجلس الدولة الفرنسي ومجلس الدولة المصري الذي يقوم على أساس تقدير العبء الخارج عن التعاقد عند حدوث الظرف الطارئ الذي أخل بالتوازن المالي إخلالاً جسيماً بأقصى ما يمكن من الدقة بعد الأخذ بعين الاعتبار:

- مدى جدية طرفي العقد والتزامهم بمبدأ حسن النية في تنفيذ التزاماتهم.
- مدى التّعنت الذي أبداه طرفي العقد على حساب الآخر، وذلك بتوزيع قيمة التعويض بشكل عادل ومُنصف بين الطرفين ووفق كل حالة على حده وذلك بدلاً من التساهل المتبع من قبل مجلس الدولة السوري عند حساب التعويض المستحق للمتعاقد المتعهد بتنفيذ أحد الأشغال العامة نتيجة الزيادة الطارئة صعوداً على المواد الداخلة في تنفيذ التعهد بالاستناد إلى الخبرة الفنية التي لا تجد أمامها سوى تطبيق أحكام المادة ٦٣/ من نظام العقود الموحد رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ على الرغم من أن هذا التعويض القانوني نتيجة زيادة الأسعار لا يعدو عن كونه شكل من أشكال نظرية الظروف الطارئة وفرع من فروع تطبيقها وليس النظرية كلها.

(١) رأي اللجنة المختصة بقسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة السوري رقم ١٣٧/ لسنة ٢٠١٣ في القضية رقم (١٥٠/ق) لسنة ٢٠١٣ تاريخ ٢٤/٧/٢٠١٣ غير منشور.

كما أن مجلس الدولة السوري يطبق نظرية فعل الأمير إذا حدث وكان مرجع الاختلال بالتوازن المالي للعقد بسبب إجراء صادر عن سلطة عامة غير المتعاقدة كأن تقوم هذه الأخيرة برفع أسعار المواد المحصور بيعها وتوزيعها (كمادة الاسمنت والمازوت على سبيل المثال) فقد استقر اجتهاد القضاء الإداري السوري على خلاف القضاء الإداري الفرنسي على استحقاق المتعاقد لكامل الزيادات الطارئة على أسعار المواد الأولية المحصورة بجهات القطاع العام ويجب على الإدارة أن تتحمل كل ما يصيب المتعهد من خسارة نتيجة قيام إحدى الجهات في القطاع العام بتعديل أسعار المواد التي تنتجها وفقاً للخبرة الفنية التي تجريها بهذا الخصوص.

وهنا نجد أن القضاء الإداري السوري طبق نظرية فعل الأمير (التي يتلقى المتعهد بفضلها التعويض الكامل من قبل الإدارة المتعاقدة) بدلاً من الظروف الطارئة (التي تعوض جزئياً).

إلا أن الاجتهاد القضائي الإداري السوري لا يطبق نظرية فعل الأمير بالنسبة للأعمال التشريعية إلا إذا أصاب المتعاقد ضرر خاص ومباشر^(١).

وبرأينا فإن مجلس الدولة السوري يخلط بين نظرية فعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة على الرغم من الاختلاف الجوهرى بينهما وبالأثر المترتب عنهما والمتمثل بالتعويض الكامل في الأولى والتعويض الجزئي في الثانية، في حين أن أصول نظرية فعل الأمير على نحو ما طبقه الفرنسيين وحصرها مجال تطبيقها عندما تكون زيادة الأعباء المالية من صنع الإدارة المتعاقدة معها فقط.

الفرع الثالث

سلطات القاضي في مواجهة الظروف الطارئة

يختلف دور القاضي المدني عن القاضي الإداري في مواجهة الظروف الطارئة^(١) حيث يجوز للقاضي الإداري أن يُعدل في نصوص العقد، فله أن ينقص من التزام الطرف الذي أصابه الضرر أو يزيد من التزامات الطرف الثاني.

(١) د. محمد يوسف الحسين، د. مهند نوح، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٢٩٨.

أولاً: في فرنسا:

لا يزال القانون الإداري الفرنسي خالياً من أي نص يتضمن أخذه بنظرية الظروف الطارئة وإن كان اجتهد القضاء المدني في فرنسا يؤكد على قدسية القوة الملزمة للعقود المدنية، إلا أن الأمر يختلف بالنسبة لاجتهاد القضاء الإداري الفرنسي المتمثل بمجلس الدولة الذي يوصف بأنه قضاء إنشائي، وإن هذا الطابع القضائي يلزم قاعدة القانون الإداري منذ ولادتها وحتى نهايتها بل أن القضاء هو الذي يخلق القاعدة القانونية وهو الذي يفسرها وهو الذي يستبدلها بغيرها.

مجلس الدولة الفرنسي هو من طبق نظرية الظروف الطارئة لأول مرة في قضية غاز بورديو الشهيرة على الرغم من عدم وجود نص قانوني لتلك النظرية في التشريع الفرنسي ومازال مجلس الدولة الفرنسي يجيز تطبيقها على كافة العقود الإدارية حال توفر شروطها حتى في حال غياب النص التعاقدية، وحتى على نقيض هذه النصوص لأنه عدّها من النظام العام^(٢)، وفي المقابل راعى مجلس الدولة الفرنسي والذي كان دقيقاً وهو يقرر تلك النظرية في ميدان العقود الإدارية، أنه لو طبق القواعد المدنية على إطلاقها لترتّب على ذلك حتماً توقف الملتزم في نهاية الأمر لعجزه عن إدارة المرفق العام بسبب زيادة التكاليف عن الدخل زيادة باهظة، ولو تمّ ذلك لكان المنفعون هم أول من يتضرر لتوقف المرفق العام عن أداء الخدمات التي عُولوا عليها في ترتيب أمور حياتهم.

ومن ثم فإن نظرية الظروف الطارئة عند الفرنسيين ذات علاقة مباشرة بالقواعد الضابطة لسير المرافق العامة^(٣).

ثانياً: في مصر:

أخذت نظرية الظروف الطارئة في المجال الإداري في مصر بموجب المادة السادسة من القانون رقم ١٢٩/ الصادر عام ١٩٤٧ التي نصت على أنه «إذا

(١) د. عبد الله طلبه، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، الطبعة الثانية، منشورات جامعة دمشق، ٢٠١٣-٢٠١٤م، ص ٣١٤-٣١٥.

(٢) د. محمد يوسف الحسين، د. مهند نوح، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٢٩١.

(3) LAUBADERE. A - MODEENE. F - DELVOLVE. P; op. cit. p 179.

طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها ولا يد لمانح الالتزام فيها، وأفضت إلى الإخلال بالتوازن المالي للالتزام، أو إلى تعديل كيانه كما كان مقدراً وقت منح الالتزام جاز لمانح الالتزام أن يعدل قوائم الأسعار، وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر في استغلاله أو لخفض الأرباح الباهظة إلى القدر المقبول»^(١).

ثالثاً: في سورية:

أخذ المشرع السوري بنظرية الظروف الطارئة في نطاق العقود الإدارية أسوة بالقانون المدني حيث نصت الفقرة الثانية من المادة /١٤٨/ من القانون المدني السوري، ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلاً أصبح 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.

وفي نطاق العقود الإدارية نصت الفقرة /د/ من المادة /٥٣/ من القانون /٥١/ لعام ٢٠٠٤ الخاص بنظام العقود للجهات العامة، الفقرة /د/ «إذا طرأت ظروف أو حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ التعهد وإن لم يصبح مستحيلاً أصبح مرهقاً بحيث يهدد بخسارة فادحة كان للمتعهد الحق بطلب تعويض عادل» ومن استقراء نص المادة ١٤٨/٢ من القانون المدني والفقرة /د/ من المادة /٥٣/ من نظام عقود الجهات العامة نجد أن النصين يتطابقان في تحديد الشروط اللازمة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، إلا أن الاختلاف يتجلى بكون النص المدني أكثر دقة من النص الإداري حينما رسم الطريق بشكل محدد أمام القاضي المدني عند تصديه للظروف الطارئة على العقد، فقد أجاز له تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وإن لم يكن بالإمكان ذلك، حكم بتعويض متمثل بمبلغ مالي، بينما وبالعودة للنص الإداري نجد أن المشرع اكتفى بالإشارة إلى أنه يحق

(١) د. يوسف شباط، د. عبد الرحيم الصفدي، المرجع السابق، ص ٥٠.

للمتعهد المتضرر من جراء الظروف الطارئة أن يطالب بتعويض عادل وقد ترك المشرع للقضاء الإداري وحده سلطة تقدير هذا التعويض^(١).

وتأكيداً على ذلك استقر اجتهاد مجلس الدولة السوري وقضاؤه في العديد من أحكامه وآرائه الاستشارية على استخدام القاضي الإداري لسلطة القاضي المدني برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول كتعويض يتناسب مع النزاع المعروض^(٢).

والجدير ذكره فضلاً عن تبني المشرع السوري لنظرية الظروف الطارئة في نطاق العقد الإداري فقد أوجب على المتعاقد بأن يتقدم خلال ١٥/ يوماً بطلب تمديد مدة التعهد إذا ما تعرض لظروف استثنائية أرهقته، ما من شأنه أن يؤدي إلى تأخيره عن تنفيذ التزاماته التعاقدية وفق ما نصت عليه الفقرة ٥/ من المادة ٥١/ من نظام عقود الجهات العامة السوري أنه على: المتعهد أن يقدم جميع طلباته لتمديد مدة التعهد الناجمة عن حوادث مفاجئة أو أحوال طارئة أثناء التنفيذ خلال ١٥/ 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.

وقد تأكد ذلك في اجتهاد المحكمة الادارية العليا بمجلس الدولة السوري الذي نص على: "يتوجب لاستحقاق المتعاقد مع جهة الادارة التعويض عن الابعاء و الخسائر الناجمة عن تنفيذ العقد الاداري تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة، ان يقدم طلب التعويض من المتعهد بتعديل الالتزام الى الحد المعقول اثناء تنفيذ العقد لا بعد اتمام هذا التنفيذ"^(٣).

(١) الفقرة ٢/ من المادة ٥٣/ من نظام عقود الجهات العامة في سورية رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري السورية رقم (٢/١١٥٩) لعام ٢٠١٤ في الدعوى رقم (٢/٢١٧٦) الصادر بتاريخ ١٢/٧/٢٠١٤.

(٣) قرار ١٦٥ / ١٩٨٦ - أساس ٢٠٢ - المحكمة الادارية العليا بمجلس الدولة - سورية، قاعدة ٢٦٨٦ - مجموعة مبادئ المحكمة الادارية العليا ١٩٦٥ - ١٩٩٠ - رقم مرجعية حمورابي: ٢٧٣٧١.

ومن تحليل نص المادة /٥١/ وربطها بتطبيق المادة /٥٣/ من القانون رقم /٥١/ لعام /٢٠٠٤/ في سورية فإننا نبدي عدة ملاحظات على ما ورد فيها:

١. إن المشرّع السوري قد خلط بين التأخير غير المبرر من قبل المتعهد الموجب إلزامه دفع غرامات تأخير تُقرض عليه بنسب محددة من قبل الإدارة ولم يلحق بها أي ضرر^(١) مع نظرية الظروف الطارئة التي تطرأ على تنفيذ العقد الإداري وتحدث خلل بالتوازن المالي للعقد ما من شأنه الإرهاق والإضرار بالمتعاقد وقد جاء هذا الخلط على الرغم من الاختلاف الواضح بين الموضوعين، وجوهر الاختلاف يتمثل في أن الإدارة هي من تقرض غرامات التأخير التي تقتطعها عادة من التأمينات المقدمة من قبل المتعاقد عند التأخير في تنفيذ التزاماته التعاقدية وهي ميزة خاصة بالإدارة فقط، بينما في الظروف الطارئة فإن المتعاقد هو من يُطالب بمواجهة الإدارة برد الإرهاق إلى الحد المعقول أو بجبر الضرر من خلال التعويض الذي يعود تقديره للقضاء الإداري.

٢. أضاف المشرّع السوري من خلال إلزام المتعهد تقديم الطلب الخطي خلال /١٥/ يوماً شرطاً شكلياً إضافة للشروط المحددة أصلاً لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، مما يشكل إضعافاً لهذه النظرية ولنطاق تطبيقها وبالتالي يضعف المركز الحقوقي للمتعاقد المتضرر من جرّاء الظروف الطارئة التي لا دخل له فيها، ممّا يشكل خروجاً عن الغاية التي توخاها المشرّع عند تبنيه لنظرية الظروف الطارئة.

وفي الواقع العملي وما جرى عليه التعامل من قبل القضاء الإداري السوري هو عدم تطبيق نص المادة /٥١/ ولم يعتد بأي طلب يقدم من قبل المتعهد خلال /١٥/ يوم ليتمكن من الاستفادة من التعويض القانوني المنصوص عليه في المادة /٦٣/ من نظام عقود الجهات العامة رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ واستقر اجتهاد القضاء الإداري في سورية بأن قيام المتعهد بالتحفظ على الكشف النهائي الذي هو خاتمة المطاف في تحديد الحقوق بالنسبة إلى كل من طرفي العقد كافٍ بحد ذاته للمطالبة بفروقات الأسعار الطارئة ارتفاعاً على المواد الداخلة في تنفيذ التعهد وفقاً لدلالة

(١) المادة /٥٠/ من نظام عقود الجهات العامة في سورية رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤.

التحفظ التي تُعفي المتعهد من تقديمه لمذكرة تفصيلية إذا كان هذا التحفظ واضحاً في استهدافه لفروقات الأسعار^(١).

وبرأينا وبناءً عليه نتمنى على المشرّع السوري أن يتلافى عدم ذكر الظروف الطارئة في الفقرة /د/ من المادة /٥٣/ من نظام عقود الجهات العامة رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ النافذ حالياً وتعديله مستقبلاً، كون نظرية الظروف الطارئة من أهم النظريات التي تتضمن إعادة التوازن المالي للعقود الإدارية من أجل تحقيق الهدف الأسمى الذي يتجلى في مبدأ دوام سير المرفق العام.

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (١/٤/٨٢٣) لسنة ٢٠١٣ في الطعن رقم (٦٦٠) الصادر بتاريخ ٢٠١٣/١٢/٢٣ وحكمها رقم (١/٤/٢٣٣) لسنة ٢٠١٣ في الطعن رقم (٦٦٢) الصادر بتاريخ ٢٠١٣/٥/١٣ غير منشورين.

المبحث الثاني

الرقابة القضائية على مدى التزام الإدارة بإعادة التوازن المالي للعقد في نظرية فعل الأمير

تُعد نظرية فعل الأمير التي يطلق عليها حالياً المخاطر الإدارية^(١) من النظريات القضائية المنشأ التي كان لمجلس الدولة الفرنسي فضل ابتكارها، ومنه انتقلت إلى نظيره المصري، ثم أقرها المشرع المصري صراحة فيما يتعلق بعقد امتياز المرفق العام^(٢).

وهي أول النظريات التي أراد بها القضاء الإداري إقامة التوازن المالي للعقد الإداري بين التزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة، حيث أن تحقق هذه النظرية لا يجعل تنفيذ العقد مستحيلاً وإنما مرهقاً وحينها يستحق المتعاقد مع الإدارة تعويضاً كاملاً عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب.

ولدراسة كيفية ممارسة الرقابة القضائية على الإدارة في نظرية فعل الأمير سنبحث ذلك ضمن المطلبين التاليين:

المطلب الأول: مفهوم نظرية فعل الأمير.

المطلب الثاني: آثار الرقابة القضائية المترتبة على تطبيق نظرية فعل الأمير.

المطلب الأول

مفهوم نظرية فعل الأمير

هو عبارة عن إجراء قانوني صادر عن السلطات العامة يؤدي بالنتيجة إلى جعل تنفيذ العقد الإداري أكثر كلفة وأشد إرهاقاً بالنسبة للمتعاقد الذي يحق له بهذه

(١) تنفيذ العقد الإداري، بحث منشور على الموقع التالي:

<http://www.startimes.com/?t=16329898>.

(٢) د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٥٩٧.

الحالة المطالبة بالتعويض الكامل عن الأضرار التي لحقت به، هذا بعكس نظرية الظروف الطارئة التي تطبق عندما يكون الظرف خارجاً عن إرادة الأطراف ويؤدي إلى قلب التوازن المالي للعقد، فنظرية فعل الأمير تطبق عندما يتم تعديل العقد جزئاً عمل الإدارة العامة، وسواء أكانت هي ذاتها الإدارة المتعاقدة أم لا، وهو ما يسير عليه الاجتهاد القضائي السوري، وتجد أصلها كنظرية كاملة بمثابة قرار مجلس الدولة الفرنسي حيث أنه اعترف بشكل صريح بحق الإدارة بتعديل العقد الإداري بشكل منفرد عندما نجد بأن ضرورات المرفق العام تقتضي ذلك، لكن بالمقابل وافق على حق المتعاقد بالتعويض الكامل عن كافة الأضرار التي لحقت به والريح الذي فاتته، وجاء في مُطالبة مُفوض الحكومة ليون بلوم بمطالعة أمام مجلس الدولة الفرنسي حيث قال، "إذا قلب التوازن المالي للعقد نتيجة تدخل السلطات العامة وذلك عن طريق استخدام حقها بالتعديل فللمتعاقدين المتضررين الحق بطلب التعويض من قاضي العقد لكن يتوجب عليه أن يثبت وقوع الضرر بالرغم من شرعية القرار المتخذ ومتابعة تنفيذ العقد رغم كل الصعوبات"^(١).

وبناء على ما تقدم سنقسم هذا المطلب إلى الفروع التالية:

الفرع الأول: التعريف بنظرية فعل الأمير

الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية فعل الأمير

الفرع الثالث: نطاق تطبيق نظرية فعل الأمير

الفرع الأول

التعريف بنظرية فعل الأمير

إن دراسة تعريف نظرية فعل الأمير، يتطلب بيان التعريف الفقهي لنظرية فعل الأمير أولاً، ومن ثم بيان التعريف القضائي لنظرية فعل الأمير ثانياً، كمايلي:

أولاً: التعريف الفقهي لنظرية فعل الأمير:

(١) د. محمد الحسين، د. مهدي نوح، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٣١١.

يعرّف العقد الفرنسي "دولوبادير" عمل الأمير بأنه كل إجراء مشروع تصدره السلطة العامة ويترتب عليه أن يكون من الصعب بل من المكلف أن يقوم المتعاقد بتنفيذ العقد، ومن هذه الإجراءات التدخل في التنفيذ والذي يسمى بالمخاطر الإدارية والتي تقابل المخاطر الاقتصادية التي تعالجها نظرية الظروف الطارئة^(١).

* ويعرّفها الدكتور "سليمان الطماوي" بأنها عمل يصدر من سلطة عامة دون خطأ من جانبها ينجم عنه المساس بمركز المتعاقد في العقد الإداري، ويؤدي الى التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المضرور عن كافة الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك بما يعيد التوازن المالي للعقد^(٢).

* وتُعرّف أيضاً: يُقصد بعمل الأميرالإجراءات والأعمال الصادرة من الجهة الإدارية المتعاقدة والتي تؤدي إلى زيادة أعباء المتعاقد عما هو محدد في العقد وعندئذٍ تلتزم هذه الجهة بتعويض المتعاقد معها عن الأضرار التي تلحق به من جراء ذلك^(٣).

* ويعرّفها آخر بأنها: «إنَّ مُقتضى نظرية عمل الأمير أنه قد تتدخل السلطات العامة المتعاقدة بإجراءات معينة يترتب عليها زيادة الأعباء المالية للمتعاقد من جهة الإدارة عن الحد الذي تمّ التعاقد عليه وصولاً إلى الحد الذي يخل بالتوازن المالي المطلوب.

وهنا يكون من حق المتعاقد أن يلجأ إلى القضاء طالبا التعويض عن تلك الأضرار المادية، ويجب في التعويض المقرر أن يجبر كامل الضرر أي أن لا يكون جزئياً»^(٤).

كما هو أيضاً صدور إجراء خاص أو عام من جانب جهة الإدارة لم يكن متوقفاً وقت التعاقد، ويترتب عليه إلحاق ضرر خاص بالمتعاقد^(١).

(١) علي بن عبد الكريم السويلم، فكرة التوازن المالي للعقد الإداري في المملكة العربية السعودية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠٠٧، ص ٤٧.

(٢) د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٥٩٨.

(٣) د. محمد فؤاد عبد الباسط، الأعمال الإدارية القانونية، الكتاب الثاني، العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠١٢ ص ٦٥٠.

(٤) د. صلاح الدين فوزي، المبادئ العامة غير المكتوبة في القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٩٨، ص ٢٣٩.

ومن جانبنا نرى أن نظرية فعل الأمير هي كل إجراء مشروع تتخذه جهة الإدارة المتعاقدة، سواء أكان متوقفاً أم لا، يكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد معها مما يؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد وقلب اقتصادياته ما يستوجب معه تعويض المتعاقد مع الإدارة تعويضاً كاملاً عما لحق به من خسارة وما فاتته من كسب.

ثانياً: التعريف القضائي لنظرية فعل الأمير:

عرّف مجلس الدولة الفرنسي نظرية فعل الأمير بأنها: "عمل يصدر عن سلطة عامة ودون خطأ من جانبها ينجم عنه الإخلال بمركز المتعاقد في العقد الإداري، بحيث تلتزم الإدارة بتعويضه عن كافة الأضرار التي لحقت به بما يعيد التوازن المالي للعقد الإداري"^(١).

ولم يعرّف القضاء المصري نظرية فعل الأمير إلا بعد إنشاء مجلس الدولة المصري عام ١٩٤٦، حيث عرّفت محكمة القضاء الإداري المصري فعل الأمير بقولها: "إن المقصود بعبارة فعل الأمير هو إجراء تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة أو في الالتزامات التي ينص عليها العقد مما يطلق عليه بصيغة عامة (المخاطر الإدارية) وهذه الإجراءات تصدر من السلطات العامة قد تكون من الجهة الإدارية التي أبرمت العقد وقد تتخذ شكل قرار فردي خاص أو قواعد تنظيمية عامة"^(٢).

كما عرّفتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لمجلس الدولة المصري بأنها: "إجراء خاص أو عام يصدر من جانب الجهة الإدارية المتعاقدة لم يكن

(١) محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، لبنان، ١٩٩٨م، ص ٨١.

(٢) أ. لمياء هاشم قبح، اختلال التوازن المالي في العقد الإداري، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، ٢٠١٣، ص ٤٨.

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري المصري تاريخ ١٩٥٧/٦/٣٠ رقم ٩٨٣/ لسنة ٩ ق ١٠ مجموعة ١١ ص ٦٠٧.

متوقعاً وقت التعاقد قد يترتب عليه الحاق ضرر خاص بالمتعاقد لا يشاركه فيه سائر من يمسمهم الإجراء"^(١).

وفي سورية، عرفت محكمة النقض السورية فعل الأمير بأنه: " ان المقصود بعبارة (فعل الامير) هو كل اجراء تتخذه الجهة الادارية المتعاقدة يكون من شأنه زيادة الاعباء المالية للمتعاقد معها، وهذا الاجراء الذي يصدر عن تلك الجهة، قد يتخذ شكل قرار فردي او يكون بصورة تنظيم عام شامل، يؤثر في ظروف تنفيذ العقد"^(٢).

واستقر النهج القضائي الحديث لدى مجلس الدولة السوري على تعريف نظرية فعل الأمير بأنها: "كل تدبير أو تصرف تتخذه (جهة الإدارة المتعاقدة أو أي إدارة عامة أخرى) من شأنه أن يزيد من الأعباء المادية للمتعاقد أو في الالتزامات التي ينص عليها العقد، والتي 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 يبرر للمتعاقد الاعتراض عليها والمطالبة بالتعويض المالي الكامل ونتيجة زيادة الأعباء الملقاة على كاهله. إذ أن القضاء الإداري السوري قد تبنى هذه النظرية وطبقها لاسيما في نطاق زيادة أسعار المواد المحصورة بالقطاع العام سواء أكانت الجهة المعنية من القطاع العام أم من القطاع الخاص، وقد تتالت الاجتهادات القضائية على أن زيادة أسعار المواد المحصورة بالقطاع العام غير خاضعة للنسبة التي يتحملها المتعهد الذي يحق له تقاضي كامل هذه الزيادة"^(٣).

(١) فتوى رقم ٢٩٧ في ١١/٣/١٩٦٥، مجلس الدولة المصري جلسة ٢٤/٢/١٩٦٥، مجموعة مبادئ السنة ١٩، ص ٣٩.

(٢) قرار ١٣١٧ / ١٩٩٦ - أساس ١٥٠٦ - محكمة النقض - الدوائر المدنية - سورية، قاعدة ٢٠٢ - القانون ١٩٩٦ - القسم الثاني - رقم مرجعية حمورابي: ١٢٥٠٦.

(٣) مجلس الدولة، المكتب الفني، المجموعة الذهبية الحديثة للآراء الصادرة عن القسم الاستشاري في مجلس الدولة السوري لعام ٢٠١٦، رأي اللجنة المختصة بقسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة السوري، رقم ٨٩/ لسنة ٢٠١٥، في القضية رقم (٩٢) لسنة ٢٠١٥، الصادر بتاريخ ٩/٦/٢٠١٥.

الفرع الثاني

شروط تطبيق نظرية فعل الأمير

استقر الفقه والقضاء الفرنسي والمصري والسوري على ضرورة توافر عدة شروط معينة لإمكان حصول المتعاقد مع الإدارة على تعويض التوازن المالي للعقد الإداري وفقاً لنظرية فعل الأمير وهذه الشروط^(١)، هي وجود عقد إداري وأن يكون الإجراء الضار صادراً عن الإدارة المتعاقدة وأن يكون الإجراء الضار غير متوقع، وعدم وقوع خطأ من الإدارة وحدد: حكم المحكمة الإدارية العليا السورية شروط تطبيق نظرية فعل الأمير في اجتهداها: إذا كانت العلاقات بين الطاعن والإدارة هي عقداً إدارياً فإن شروط فعل الأمير التي استند إليها الطاعن في تقرير أحقيته بالتعويض غير متوافرة في حالته ذلك وشروطها:

- ١ - أن يكون ثمة عقد من العقود الإدارية.
 - ٢ - أن يكون الفعل الضار صادراً عن الإدارة المتعاقدة.
 - ٣ - أن يكون العمل الصادر عن الإدارة غير متوقع وقت إبرام العقد.
 - ٤ - افتراض أن الإدارة لم تخطئ حين اتخذت عملها الضار فمسؤوليتها عقدية بلا خطأ.
 - ٥ - أن يلحق المتعاقد ضرر خاص لا يشاركه فيه سائر من يمسه القرار العام^(٢).
- ومن خلال اجتهد المحكمة الإدارية العليا السورية يُشترط لتطبيق النظرية عدة شروط هي:

أولاً: وجود عقد إداري:

إذ أن نظرية فعل الأمير لا تُطبق على عقود القانون الخاص ولو كانت الإدارة طرفاً فيها وهذا الأمر طبيعي طالما نحن في مجال نظريات تتعلق بعقود

(١) محمد شعبان الدهوي، حق المتعاقد في التعويض في العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٧، ص ١١٢.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، رقم /٦٥/ لسنة ١٢ ق، جلسة ١٩٦١/٥/٢٠ ملف ١١٣٣/١٤١/٦، دمشق مجموعة العقود الإدارية في أربعين عاماً، دمشق، سورية، ص ٤٢٣.

القانون العام والتي تتميز بطابع خاص يفرقها عن عقود القانون الخاص، وهذا ما أشارت إليه محكمة القضاء الإداري بقولها متى كان الأمر بين الشركة وبين الحكومة خارجاً عن نطاق الرابطة العقدية فإن طلب التعويض عن الأضرار التي ترتبت على التشريع الجديد، استناداً إلى نظرية عمل الأمير يكون على غير أساس من القانون^(١).

وكذلك لا تطبق نظرية فعل الأمير على الإجراءات الإدارية التي تصدرها بعض السلطات الإدارية والتي قد تؤثر على الأفراد أو بعض منهم دون وجود رابطة عقدية بينهم وبين الجهة الإدارية التي أصدرت تلك الإجراءات.

وهو ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصرية بقضائها بأن متى كان الأمر بين الشركة وبين الحكومة خارجاً عن نطاق الرقابة العقدية، فإن طلب التعويض عن الأضرار التي ترتبت على التشريع الجديد استناداً إلى نظرية (عمل الأمير) يكون على غير أساس سليم من القانون، إذ أن من المقرر أن المسؤولية التي ترتب التعويض في نطاق نظرية عمل الأمير لا تقوم إلا في حالة ما إذا كان المضرور بسبب التشريعات الجديدة تربطه بالدولة علاقة عقدية أثر فيها التشريع الجديد فإن زاد في الأعباء التي يتحملها في تنفيذ التزاماته بمقتضى العقد، وأن تؤدي هذه الزيادة في الأعباء المالية إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد^(٢).

ثانياً: أن يكون الإجراء الضار صادراً عن جهة الإدارة المتعاقدة:

يجب أن يكون العمل الضار صادراً عن جهة الإدارة المتعاقدة كجزء من ممارستها لاختصاصاتها القانونية أما إذا كان هذا العمل صادراً عن جهة إدارية أخرى، غير الجهة التي أبرمت العقد الإداري فإن المتعاقد لا يستفيد من نظرية عمل الأمير دائماً وبإمكانه الاستناد على تطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا توافرت شروطها بالنسبة للإدارة التي تعاقدت معه، أما بالنسبة للسلطة التي أصدرت الإجراء فيمكنه مقاضاتها وفقاً لقواعد المسؤولية الإدارية^(٣).

(١) حكم محكمة القضاء الإداري في مصر، القضية رقم /١٥٢٤/ لسنة ق ٦، جلسة ١٩٥٧/٣/٣ مجموعة أحكام السنة السادسة ص ٢٤٣.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في ١٩٥٧/٣/٣ المجموعة السنة الحادية عشر ص ٢٤٣.

(٣) د. محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص ٢١٧.

وقد اتجه مجلس الدولة الفرنسي قديماً إلى جواز تعويض المتعاقد مع الإدارة على أساس نظرية فعل الأمير، دون التفرقة بين العمل أو التصرف الصادر من جهة الإدارة المتعاقدة ذاتها أو العمل أو التصرف الصادر من جهة الإدارة غير المتعاقدة.

إلا أن أحكام مجلس الدولة الفرنسي استقرت منذ حكمها الصادر في ١٩٤٩/٣/٤ على قصر نظرية فعل الأمير على الأعمال الصادرة من جهة الإدارة المتعاقدة وحدها^(١).

وتتجه أحكام مجلس الدولة المصري إلى اشتراط صدور الإجراء من الإدارة المتعاقدة نفسها لتطبيق نظرية فعل الأمير، من ذلك حكم محكمة القضاء الإداري الذي قضى بأنه: "... يُشترط لتعويض المدعين إعمالاً لنظرية عمل الأمير أن يترتب الضرر الذي يكون قد أصابهما، إذا كان ثمة ضرر قد لحقهما نتيجة تنفيذ عقد التوريد محل المنازعة على إجراء تكون جهة الإدارة قد اتخذته من جانبها سواء كان ذلك في نطاق العقد وعلى سبيل استعمالها لحقها في التعديل بهدف حسن سير المرفق العام وتنظيمه أو كان خارج نطاق العقد إلا أن ذلك لا ينطبق على حالة المدعين، إذ أن رفع سعر الأرز الذي يدخل ضمن المواد الموردة لم يكن بقرار صدر من جهة الإدارة، ومن ثم لا تُطبق نظرية فعل الأمير على المنازعة المعروضة، وبذلك لا يحق للمدعين المطالبة بتعويضها عن هذا الارتفاع على أساس تلك النظرية^(٢).

وقد أيدت المحكمة الإدارية العليا المصرية ذات الاتجاه فقد تواترت أحكامها على أن "... تدخل القضاء الإداري لتحقيق التوازن المالي للعقد الإداري تطبيقاً لنظرية فعل الأمير مناطه توافر شروط هذه النظرية ومن بينها شرط أن يكون الفعل الضار صادراً عن الإدارة المتعاقدة، فإذا ما صدر هذا الفعل عن شخص معنوي عام غير الذي أبرم العقد تخلف أحد شروط نظرية فعل الأمير وامتنع بذلك

(1) C. E. 4131. 1949. Vill de oulon. Rec, P. 197.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في ١٩٦٩/٥/٥ مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة من أول أكتوبر ١٩٦٦ حتى آخر سبتمبر ١٩٦٩ ص ٤٧٧.

تطبيقها، لكن ذلك الامتناع لا يحول دون تطبيق نظرية الحوادث الطارئة إذا ما توافرت شروطها.

وتُعد الإجراءات التشريعية الصادرة عن السلطة التشريعية والتي تؤثر على العقود المبرمة بمعرفة الدولة من الإجراءات التي تدخل في نطاق نظرية عمل الأمير، ويجوز التعويض عن الأضرار التي تترتب عليها استناداً إلى تلك النظرية حيث أن البرلمان أحد الأجهزة المركزية للدولة شأنه في ذلك شأن السلطة التنفيذية، ومن ثم تعتبر الإجراءات الصادرة من البرلمان وكأنها صادرة عن الدولة نفسها^(١).

وهو ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصرية بقضائها بأن «... يشترط لقيام الحق في التعويض تأسيساً على نظرية عمل الأمير أن تصدر الحكومة تشريعاً عاماً جديداً يمس مركز المتعاقد معها بضرر خاص، والضرر الخاص يتحقق إذا أصاب التشريع الجديد - على الرغم من عمومية نصوصه - المتعاقد وحده دون مجموع الشعب، أو إذا ما أصابه بضرر من الجسامة بحيث يتجاوز بكثير ما أصاب مجموعة الشعب»^(٢).

كما قضت كذلك بأن نظرية عمل الأمير تستلزم صدور إجراءات عامة من جانب السلطة العامة^(٣)، إلا أن مجلس الدولة المصري عدل عن اتجاهه السابق وقصّر تطبيق نظرية فعل الأمير في الحالات التي يكون فيها الإجراء صادراً من الجهة المتعاقدة دون غيرها، فقد انتهت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع إلى أن "يشترط لإعمال هذه النظرية عدة شروط من بينها أن يكون الفعل الذي أدى إلى زيادة أعباء المتعاقد والتزاماته صادراً عن جهة الإدارة المتعاقدة فإذا ما صدر هذا الفعل عن جهة أخرى غير التي أبرمت العقد تخلف أحد شروط نظرية فعل الأمير وامتنع بذلك تطبيقها... "ومن حيث أنه من المبادئ المتقدمة على الحالات محل البحث فإن الواضح أن زيادة الأعباء المالية للمقاولين نجمت عن رفع التسعيرة الجبرية للإسمنت والحديد وتسليمهم كميات من الحديد المستورد الذي لم

(١) د. علي عبد المولى، المرجع السابق، ص ٣٦٩.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في الدعوى رقم ١٩٥/ لسنة ٧ق، جلسة ١٩٥٥/١/٣٠، ص ٤٣٠.

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في جلسته ١٩٥٣/٦/٢ مجموعة المبادئ السنة السابعة، ص ١٣٩٧.

تستلزم شروط التعاقد استخدامه بدلاً من الحديد المحلي، وقد تم كُـل ذلك بإجراءات صادرة من غير الجهة المتعاقدة - وزارة الري - فمن ثم ينتفي شرط جوهرى من شروط تطبيق نظرية فعل الأمير^(١).

كما قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأن تدخل الإدارة لتحقيق التوازن المالى للعقد الإدارى بنظرية فعل الأمير مناطه توافر شروط هذه النظرية ومن بينها أن يكون الفعل صادراً من جهة الإدارة المتعاقدة^(٢)، كما قضت بأن إذا كان الثابت أن الزيادة التى طرأت فى أسعار مواد البناء لم تتولد عن الجهة الإدارية المتعاقدة ومن ثم فلا تكون شروط انطباق نظرية عمل الأمير متحققة بالنسبة إلى هذا النزاع^(٣).

ويثور التساؤل حول إمكانية تطبيق نظرية عمل الأمير فى الحالة التى يكون فيها طرفى العقد من الأشخاص الاعتبارية العامة، حيث يتمتع كلاهما بسلطات وامتيازات السلطة العامة، ويمكن أن يستعملها ويتخذ إجراء يسبب ضرراً للطرف الآخر ويجعل تنفيذ العقد أكثر إرهاقاً.

والوضع الغالب فى العقد الإدارى بين الأشخاص العامة أن يكون أحدهما أكثر سيطرة وهيمنة فى علاقته بالطرف الآخر، كما هو الحال بالنسبة للعقود التى تبرم بين الدولة والوحدات المحلية الأخرى، فى هذه الحالة يمكن تطبيق نظرية عمل الأمير إذا صدر التصرف الضار من السلطة المهيمنة على المرفق أو العقد^(٤).

أما بالنسبة للقضاء الإدارى السورى فقد اشترطت المحكمة الإدارية العليا أن يكون الإجراء صادراً عن الجهة الإدارية المتعاقدة، لكن هذا الاتجاه تغير وأصبحت

(١) فتوى رقم ٧٥٤/ تاريخ ١٣/٧/١٩٧١ جلسة ١١/٧/١٩٧١ ملف رقم ٤٦/١/٧٨ مجلس الدولة المصرى مجموعة فتاوى الجمعية العمومية فى شأن العقود، المرجع السابق، ص ٦٣٥.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية فى الطعن رقم ١٠ لسنة ١١ق، جلسة ١١/٥/١٩٦٨ مجموعة السنة ١٣، ص ٤٨٧.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية فى الطعن رقم ١٧٤٩/ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٦/١٢/١٩٩٧ ص ٥٣٧.

(٤) د. عمر حلمى فهمي، آثار العقود الإدارية، المرجع السابق ١٩٩٣، ص ٢٣١.

تحكم للمتعاقدين بفروق الأسعار عن عقود مبرمة مع إدارة لم يصدر عنها فعل الأمير^(١).

أما في سورية فإننا نجد أن مجلس الدولة السوري بقسميه القضائي والاستشاري قد استقر اجتهاده على أن التدبير المشروع الذي يشكل فعل الأمير هو التدبير أو الإجراء سواء أكان صادراً عن الإدارة المتعاقدة أو عن أي من أجهزة الدولة الأخرى؛ باعتبار أن أجهزة الدولة كل منها في حدود المرفق الذي تشرف عليه تشكل وحدة متكاملة مع الأجهزة الأخرى^(٢).

ومما تقدم يتبين أنه يوجد معنيان لعبارة عمل الأمير:

المعنى الأول: هو المعنى الواسع ويقصد به إجراء تصدره السلطة العامة يؤثر على التزامات المتعاقدين.

المعنى الثاني: هو المعنى الضيق ويقصد به أي إجراء تتخذه السلطة المتعاقدة يؤثر على شروط العقد بزيادة التزامات المتعاقدين معها^(٣).

ومن خلال استعراض الأحكام القضائية السابقة يتبين أن القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر أخذ بالمعنى الضيق لفعل الأمير، وهذا يترتب عليه تضيق في تطبيق نظرية عمل الأمير بحيث لا تطبق هذه النظرية إلا إذا كان الإجراء صادراً عن الإدارة المتعاقدة.

أما بالنسبة للقضاء الإداري في سورية نجد أنه أخذ بالمعنى الواسع فيرجح وحدة الإدارات العامة أي أنه أكثر منطقية وعدلاً من موقف القضاء الإداري الفرنسي والمصري لأنه يطبق نظرية فعل الأمير بمفهومها الواسع وذلك باعتبار أن كل القرارات التي تصدر عن أي جهة إدارية إذا أدت إلى قلب التوازن المالي للعقد تؤدي إلى تطبيق مبدأ التعويض الكامل على أساس نظرية فعل الأمير.

(١) د. سعيد نحيلي، د. عيسى الحسن، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ١٩٨.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ٨٣/ في الطعن رقم ٤٦٩/ لعام ١٩٨٤م. مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٨٤م، ص ٢٩١. وحكمها رقم ٨٨/ في الطعن ٣٠٤/ لسنة ١٩٨٤م. (مجموعة المبادئ القانونية لعام ١٩٨٤م)، ص ٢٩٤.

(٣) د. علي بن عبد الكريم سويلم، المرجع السابق، ص ٤٨.

ونحن نؤيد ما ذهب إليه القضاء الإداري السوري بالأخذ بالمفهوم الواسع ذلك أن المقصود بعبارة فعل الأمير بمعناها الحقيقي هو كل إجراء أو عمل أو تصرف تتخذه السلطات العامة، ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة، وإن هذه الإجراءات تصدر من السلطة العامة سواء صدر الإجراء أو العمل أو التصرف الضار من الجهة الإدارية المتعاقدة أو من غيرها من الجهات أو السلطات العامة في الدولة.

ثالثاً: أن يكون العمل الصادر عن الإدارة غير متوقع وقت إبرام العقد:

يشترط لتطبيق نظرية فعل الأمير أن تكون الإجراءات الصادرة عن الجهة الإدارية غير متوقعة، أما إذا توقع المتعاقد مع الإدارة صدور مثل هذا الإجراء من جانب الجهة الإدارية، أو كان من المفروض منطقياً أن يتوقع صدوره فلا يجوز له المطالبة بالتعويض استناداً إلى هذه النظرية، باعتباره كان موضع تقدير من المتعاقد وقت إبرام العقد^(١)، وهذا الشرط يعد شرطاً ضرورياً للحصول على التعويض في حال اختلال التوازن المالي للعقد الإداري وذلك ليس فقط بسبب عمل الأمير وإنما أيضاً بسبب الظروف الطارئة والصعوبات المادية التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري^(٢).

ومعيار عدم التوقع هو معيار موضوعي وفقاً لتقدير الرجل المعتاد في ذات الظروف فلا يكون في مقدور الشخص العادي أن يتوقع الظرف الجديد لو وجد في ذات ظروف المتعاقد وبصرف النظر عن توقع المتعاقد ذاته وما وقع في ذهنه من توقع بمعياره الشخصي ويقع على قاضي الموضوع أن يتبين مدى قيام المتعاقد ببذل الجهد الذي يبذله الرجل العادي الحريص في ذات المجال في توقع مثل هذه الظروف، فإذا كان بإمكانه توقع صدور الإجراء إلا أنه لم يبذل الجهد الكافي اللازم لذلك فلا يلومن إلا نفسه وينتفي مناط تطبيق النظرية.

ومن ثم فإن شرط عدم التوقع كشرط مطلق في معنى المفاجآت يقتضي استبعاد كل احتمال لتحقيق الواقعة، ولكنه إذ يقوم على التقدير فهو مسألة نفسية

(١) د. سعاد الشرقاوي، المرجع السابق، ص ٤٣٣.

(٢) د. مفتاح مختار عبد العزيز، حقوق المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري، جامعة الفاتح، طرابلس، ٢٠١٥، ص ٢٢.

يختلف تقديرها من شخص لآخر، والمعيار في تقديره هو عناية الرجل المعتاد في ظل الظروف القائمة وعلى ضوءها^(١).

وبهذه المثابة فإن مناط شرط عدم إمكان التوقع أن تكون الصعوبة طارئة وغير متوقعة، أو مما لا يمكن توقعها من الرجل الحريص في ذات المجال بناءً على دفتر الشروط والظروف المعتادة والمخاطر المحتملة في الحالات والعقود المماثلة.

رابعاً: ألا يشكل عمل الإدارة خطأ من جانبها:

يشترط لتطبيق نظرية عمل الأمير مشروعية الإجراء الذي اتخذته الإدارة والذي يستند إليه المتعاقد في طلب تطبيقها، إذ أن مسؤولية الإدارة في مجال نظرية فعل الأمير هي مسؤولية عقدية بلا خطأ، أما إذا انطوى تصرف الإدارة على خطأ فإنها تسأل على أساس هذا الخطأ وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا السورية بقضائها بأن "... من شروط نظرية فعل الأمير ... افتراض أن الإدارة المتعاقدة لم تخطئ حين اتخذت عملها الضار فمسؤوليتها بلا خطأ^(٢).

وبذلك تشترك نظرية فعل الأمير مع كل من نظرية الظروف الطارئة ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في الفعل أو الحادث الذي سبب ضرر للمتعاقد أنه لا يكون ناتج عن أي خطأ من جانب الإدارة وذلك لأن أساس المسؤولية في نطاق هذه النظريات لا يركز على فكرة الخطأ^(٣).

كما أنه ولتطبيق نظرية فعل الأمير يشترط أن الإجراء الذي اتخذته الإدارة والذي أضر بالمتعاقد معها هو إجراء مشروع اتخذته في إطار اختصاصها والذي تهدف من ورائه إلى تحقيق الصالح العام فإذا ثبت أن هذا الإجراء كان نتيجة لخطأ

(١) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في الدعوى رقم ١٢٧٣ لسنة ٩٩ ق، جلسة ١٦/٦/١٩٦٣.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية في الطعن ٦٥ لسنة ١٢ ق، جلسة ٢٠/٥/١٩٦١ المجموعة المرجع السابق، ص ٤٢٣.

(٣) إبراهيم الشارف نفوقه، الصعوبات التي تواجه تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١١، ص ٢٠٢.

من جانب الإدارة فلا تطبق نظرية فعل الأمير وإنما تُسأل الإدارة على أساس المسؤولية التعاقدية^(١).

خامساً: أن يترتب على فعل الإدارة ضرر خاص للمتعاقد معها ويؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد:

فإذا لم ينشأ عن إجراء الإدارة ضرر للمتعاقد أو كان هذا الإجراء أو الفعل أفاد المتعاقد فلا يكون هناك مجال للتعويض حيث أن وجود ضرر أيّاً كانت درجته شرط ضروري لاستحقاق التعويض^(٢)، والمتعاقد مع الإدارة لا يحق له الامتناع عن الوفاء بالتزاماته بحجة اتخاذ الإدارة لإجراءات إدارية ترتب عليها ضرر بالنسبة له وإنما يستمر في التنفيذ رغم الضرر الحاصل ثم يُطالب الإدارة بالتعويض متى كان لذلك مقتضى^(٣).

١. كما أنه لا يشترط في الضرر الذي يصيب المتعاقد من جراء الإجراء الذي اتخذته الجهة الإدارية درجة معينة من الجسامة:

أ - إذ يمكن أن يكون جسيماً أو يسيراً.

ب - أو مجرد نقص في الأرباح التي قام على أساسها العقد.

٢. وكذلك لا يشترط في الضرر أن يصل إلى درجة من الخطورة تهدد المتعاقد مع الإدارة بالإنهيار أو بالتوقف عن تنفيذ العقد كما هو الحال في نظرية الظروف الطارئة لأن كان يكفي لتطبيق النظرية تحقق الضرر للمتعاقد من جراء التصرف، إلا أنه يشترط أن يترتب على هذا الضرر حدوث اختلال في التوازن المالي للعقد^(٤).

٣. كما يشترط في هذا الضرر أن يكون خاصاً بمعنى أن يصيب الضرر المتعاقد وحده أو يصيبه بصورة أشد جسامة مما نال مجموع الأفراد الذين يخاطبهم

(١) د. نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ٢٠١٠، ص ٧١٨.

(٢) د. جهاد زهير الحرازين، عقود الامتياز، دراسة تطبيقية على مرفقي الاتصال والكهرباء، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، ٢٠١٣، ص ٢٢٤.

(٣) محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص ٦٥٩.

(٤) د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص ٨٤.

الإجراء مثار طلب التعويض، وهو ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصرية بقضائها بأن يشترط لقيام الحق في التعويض تأسيساً على نظرية عمل الأمير أن تصدر الحكومة تشريعاً عاماً جديداً يمس مركز المتعاقد معها بضرر خاص، والضرر الخاص يتحقق إذا أصاب التشريع الجديد، على الرغم من عمومية نصوصه، المتعاقد وحده دون مجموع الشعب، أو إذا ما أصابه بضرر من الجسامة بحيث يتجاوز بكثير ما أصاب مجموع الشعب^(١).

وقد اختلف الفقه بخصوص فكرة الضرر الخاص، ويمكن رد الآراء الفقهية إلى اتجاهات ثلاثة:

الاتجاه الأول: يرى أن نظرية فعل الأمير لا تعطي الحق في التعويض إلا إذا كان الضرر الذي لحق بالمتعاقد ضرراً خاصاً، حيث يرى أن مجلس الدولة الفرنسي لا يعرض عن الضرر المترتب على الإجراءات العامة إلا إذا أثبت المتعاقد أن ضرراً خاصاً قد لحقه، وإن هذا الضرر لا يشاركه فيه سائر من يمسهم الإجراء العام^(٢)، وهو ذات الاتجاه الذي اعتنقه مجلس الدولة المصري حيث أخذ بفكرة خصوصية الضرر كشرط لقيام الحق في التعويض تأسيساً على نظرية عمل الأمير، حيث اشترطت المحكمة الإدارية العليا لتطبيق نظرية عمل الأمير أن يلحق بالمتعاقد ضرر خاص لا يشاركه من يمسهم القرار العام^(٣).

الاتجاه الثاني: يرى أن الضرر الذي يصيب المتعاقد بناءً على الإجراء الصادر من الإدارة المتعاقدة هو دائماً ضرر خاص نظراً للرابطة التعاقدية التي تربط المتعاقد بالسلطات العامة والتي تميزه عن سائر المتضررين من تلك الإجراءات^(٤).

الاتجاه الثالث: يرى أن شرط خصوصية الضرر لا يضيف شيئاً للشروط الأخرى، لأن نظرية عمل الأمير تقوم على المسؤولية العقدية دون خطأ^(٥).

(١) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في الدعوى رقم ١٩٥/ لسنة ٧ ق، بجلسة ٣٠/١/١٩٥٥.

(٢) د. ثروت بدوي. المرجع السابق، ص ٣٦٧.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادرة في ٢٠ مايو ١٩٦١.

(٤) د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص ٨٦.

(٥) إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٢٤٠.

الفرع الثالث

نطاق تطبيق نظرية فعل الأمير

تأخذ الإجراءات المشروعة الصادرة عن جهة الإدارة المسماة عمل الأمير صوراً مختلفة سواء كانت في صورة إجراء خاص أو في صورة إجراء عام.

أولاً: عمل الأمير في صورة إجراء فردي خاص:

قد يؤدي الإجراء الخاص الصادر عن جهة الإدارة المتعاقدة إلى تعديل شروط العقد نفسه، وإما يؤدي هذا الإجراء إلى تقييد في ظروف تنفيذ العقد بما من شأنه أن يُحمّل المتعاقد أعباء جديدة لم تكن في الحسبان عند التعاقد.

١ - الإجراءات الخاصة التي تؤدي إلى تعديل شروط العقد نفسه:

قد تتخذ الإدارة استناداً إلى سلطتها في تعديل العقد بإرادتها المنفردة تعديلات سواء بالنقص أو الزيادة في كمية الأعمال أو الأشياء محل العقد أو في شروط التنفيذ أو مدة التنفيذ، أو إدخال تعديلات على تنظيم المرفق العام محل الالتزام تجعله مختلفاً عما كان عليه وقت إبرام العقد وقد يصل الأمر إلى إنهاء العقد قبل حلول الأجل المتفق عليه^(١)، وهذا الحق يقابل حق المتعاقد في ضمان التوازن المالي للعقد، وفي هذه الحالة لا خلاف بين الفقهاء ولا في أحكام القضاء على ضرورة تعويض المتعاقد تعويضاً كاملاً، عما يلحقه من جراء تعديل شروط العقد، وكل ذلك بشرط أن تحترم الإدارة القيود المتعلقة بحق التعديل أما إذا خرجت الإدارة عن تلك القيود فإن تصرفها ينطوي على خطأ وهذا ليس بحال مسؤولية الإدارة بناء على هذه النظرية^(٢).

٢ - الإجراء الذي يؤثر في ظروف تنفيذ العقد:

(١) د. إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٢١٨.
(٢) د. زكريا المصري، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٤، ص ١١٠.

قد يكون الإجراء الفردي الذي تقوم به الإدارة غير مؤثر بطريقة مباشرة على شروط العقد، ولكنه يؤدي الى تغيير في ظروف تنفيذ العقد بما من شأنه تحميل المتعاقد أعباء إضافية لم تكن متوقعة عند إبرام العقد ويدخل في هذه الطائفة الإجراءات الآتية^(١):

أ - القرارات التي تصدر من الإدارة إلى المتعاقد بمقتضى سلطتها في الرقابة والتوجيه ولكنها تحمل المتعاقد أعباء جديدة كأن تطلب الإدارة من المتعاقد الالتزام بالعمل أربع وعشرين ساعة.

ب - إجراءات الإدارة المتعاقدة بوصفها سلطة ضبط إداري كالأمر الصادر إلى الشركة المتعاقدة بنقل أسلاك الكهرباء إلى مكان آخر لدواعي الحفاظ على سلامة المواطنين.

ج - قيام جهة الإدارة المتعاقدة بأعمال مادية يكون أثرها زيادة أعباء المتعاقد على النحو القائم وقت التعاقد.

د - قيام الجهة الإدارية المتعاقدة بأشغال عامة من أثرها الحيلولة بين المتعاقد وتنفيذ التزاماته التعاقدية.

ثانياً: عمل الأمير في صورة إجراء عام:

قد يتخذ عمل الأمير صورة إجراء عام أي إجراء يسري على فئة كبيرة من الأشخاص ومن بينهم المتعاقد مع جهة الإدارة الذي يتعرض لضرر نتيجة هذا الإجراء العام، وذلك من خلال صدور قوانين ولوائح من ذات الجهة الإدارية المتعاقدة يكون من شأنها زيادة أعباء المتعاقد مع الإدارة^(٢). وهذه الإجراءات العامة قد تؤدي إلى تعديل شروط العقد أو أن تؤثر في ظروف تنفيذ العقد.

١ - الإجراء العام الذي يؤدي إلى تعديل مباشر في شروط العقد:

في هذه الحالة يؤدي الإجراء العام إلى تعديل شروط العقد إما بزيادة التزامات المتعاقد مع الإدارة فيؤدي إلى خسارته أو إنقاصها فيؤدي إلى الانقاص

(١) د. سليمان الطماوي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٦٣٥.

(٢) د. مال الله جعفر حمادي، المرجع السابق، ص ٦٦٨.

من الأرباح أو بإنهاء العقد قبل المدة المتفق عليها، وعندئذ يمكن تطبيق نظرية فعل الأمير إذا توافرت شروطها، ومن ثم يمكن للمتعاقد مع الإدارة الحصول على تعويض عن الأضرار التي أصابته بسبب العمل التشريعي، ولا صعوبة إذا نص القانون ذاته على تعويض المتعاقد المضار، أما إذا استبعد القانون مبدأ التعويض عن الأضرار التي قد تنجم عن تطبيقه وتأثيرها على المراكز التعاقدية فإن نظرية عمل الأمير لا يكون لها محل من التطبيق^(١). ومن أمثلة ذلك صدور قانون يقلل من نفقات الدولة مما يؤثر على التزاماتها التعاقدية كما في حكم مجلس الدولة الفرنسي والذي صدر في ٢٨/٤/١٩٢٨م، حيث صدر مرسوم... يقضي بخفض نفقات الدولة بنسبة ١٠% مما أدى إلى أن تخفض الدولة نسبة الأقساط التي تلتزم بدفعها إلى المتعاقد معها في عقد التزام سكك الحديد بذات النسبة. وتظلم المتعاقد مع الإدارة من هذا الخفض فحكم له مجلس الدولة بالتعويض استناداً إلى توافر شروط فعل الأمير^(٢).

وقد اتجه جانب من الفقه الفرنسي إلى إنكار تطبيق نظرية عمل الأمير عندما يصدر في صورة إجراء عام، وقد أدلى به الفقيه الفرنسي "لاتورنيري"، فيرى أنه عندما يصيب الإجراء المتعاقد مع الدولة وعندما يكون الإجراء خاصاً به فإن ذلك يدعو على تطبيق نظرية فعل الأمير وعلى العكس عندما يكون الفعل في صورة إجراء عام، عندما يتجاوز بوضوح الموقف الخاص بالمتعاقد، وعندما يشمل الإجراء كل الإقليم أو على الأقل طائفة من المجتمع، كمبدأ لتطبيق النظرية إلا في حالتين:

الأولى: عندما يتوقع المتعاقدان (المتعهد-الإدارة) هذا الإجراء، ويتم الاتفاق على حق المتعهد في الحصول على التعويض الكامل.

الثانية: إذا كان الطرف غير متوقع واختلت اقتصاديات العقد ومن هنا نعود إلى نظرية الظروف الطارئة، حيث أن نظرية عمل الأمير لا تطبق إلا على غير الإجراء الخاص^(٣).

(١) د. علي محمد عبد المولى، المرجع السابق، ص ٣٥٠.

(٢) محمد شعبان الدهويي، المرجع السابق، ص ١٢٠ - ١٢١.

(3) Latournerie, concl. Sous C. E 9 Mars 1928, Cie des sciérees R. D. P. 1926. 326.

كما أن مجلس الدولة المصري لا يأخذ بهذا الاتجاه ويذهب في أحكامه إلى تطبيق نظرية عمل الأمير عند اتخاذه صورة إجراء تنظيمي عام حيث أجازت تطبيق النظرية والحالة هذه في حال أصابت المتعاقد وحده دون مجموع الشعب، أو إذا ما أصابه ضرر من الجسامة بحيث يتجاوز بكثير ما أصاب مجموع الشعب^(١).

أما في سورية: فمجلس الدولة السوري منذ عام ١٩٧٥ قد طور هذه النظرية، ووسع نطاق تطبيقها، بأن عد أن فعل الأمير قد يصدر عن الجهة العامة المتعاقدة أم عن أي جهة عامة أخرى^(٢).

ومن جملة القرارات الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا السورية نجد القرار رقم (١٣٣) لعام ١٩٧٤م المتضمن: « أن المقصود بعبارة "فعل الأمير" هو كل إجراء تتخذه الجهة الإدارية المتعاقدة يكون 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^(٣) »

٢ - الإجراء العام الذي يؤثر في ظروف تنفيذ العقد:

في هذه الحالة لا يمس الإجراء التنظيمي العام شروط العقد بشكل مباشر وإنما يقتصر أثره على ظروف التنفيذ الخارجية بما يجعلها أكثر مشقة على المتعاقد مع الإدارة لدى تنفيذه التزاماته، ومن أمثلة ذلك التشريعات الضريبية أو الجمركية، والتشريعات الاجتماعية أو العمالية التي تفرض التزامات جديدة ولوائح الضبط الإداري، والرسوم التي تفرضها الهيئات المحلية وغيره ومجلس الدولة الفرنسي لا يعوز عن الأضرار التي يتحملها المتعاقد في هذه الصورة إلا في أضيق الحدود وفي حالات استثنائية^(٤).

(١) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بالدعوى رقم ١٩٥/ لسنة ٧٠/١٩٥٥ سيق الإشارة إليه.

(٢) حسام خدام الجامع، سياسة مجلس الدولة السوري في تحقيق التوازن المالي للعقد الإداري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، دمشق، سورية، ٢٠١٧م، ص ٢٤٨.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (١٣٣) في الطعن رقم (١٩٥) لعام ١٩٧٤م، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا لعام ١٩٧٤م، ص ٢٦٩.

(٤) د. سليمان الطماوي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٦٤١.

وبلاحظ أن الصيغة التقليدية التي يجري بها قضاء مجلس الدولة الفرنسي في الحالات التي يرفض معها تعويض المتعاقد، تؤكد على أن النفقات الإضافية التي تكبدها المتعاقد، وإنما أصابته في ذات الظروف الخاصة بسائر المواطنين، ومن ثم لا يستحق عنها تعويضاً، إلا إذا أدت إلى قلب اقتصاديات العقد^(١).

ويجب التمييز في موقف مجلس الدولة الفرنسي بين ما إذا كان الإجراء العام صادراً من الجهة الإدارية المتعاقدة أم من جهة إدارية أخرى، فإذا كان الإجراء العام صادراً من الجهة الإدارية المتعاقدة طبقت نظرية عمل الأمير إذا كان من شأن هذا الإجراء أن يؤثر على العنصر الرئيسي في العقد مثال ذلك فرض رسوم محلية على الفحم باعتباره مادة أولية أساسية في تنفيذ المتعاقد لالتزامه، ففي هذه الحالة يعوز ملتزم توريد الإضاءة بالغاز لأنه يعتمد بصفة أساسية على الفحم كمادة أولية.

أما إذا كان الإجراء صادراً عن جهة إدارية غير الجهة المتعاقدة مثل صدور تشريعات اجتماعية أو عمالية أو ضريبية فقد تطورت أحكام مجلس الدولة الفرنسي بشأن تطبيق نظرية فعل الأمير^(٢).

فقد اتجه مجلس الدولة الفرنسي في البداية إلى أن تأثير الإجراءات التشريعية أو اللائحية على العقد لا ينشئ للمتعاقد الحق في التعويض إعمالاً لمبدأ عدم مسؤولية الدولة عن أعمالها التشريعية.

ثم تطور قضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن، وأجاز تطبيق النظرية بشرط أن تكون عناصر العقد التي مسها الإجراء (ائتمان، ضرائب، أجور) قد اختلفت في ذهن المتعاقد مع الإدارة وقت إبرام العقد، وأن يكون من شأن التعديل الناتج عن تلك الإجراءات الإخلال بالتوازن المالي للعقد إخلالاً خطيراً^(٣).

(١) د. علي عبد المولى، المرجع السابق، ص ٣٥٣.

(٢) د. إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٢٢٣.

(٣) أ. خميس السيد اسماعيل، الأصول العامة والتطبيقات العملية للعقود الإدارية والتعويضات مع القواعد القانونية وأحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطبعة الأولى، دار النشر الحديثة، القاهرة، مصر، ص ٢١٧.

المطلب الثاني

آثار الرقابة القضائية المترتبة على نظرية فعل الأمير

متى توافرت شروط تطبيق نظرية عمل الأمير فإن المتعاقد يستحق تعويضاً كاملاً يعيد للعقد توازنه المالي إلى ما كان عليه قبل صدور قرار الإدارة المتعاقدة الذي أضر به بغض النظر عن درجة هذا الضرر^(١).

وهذه هي النتيجة الرئيسية لنظرية عمل الأمير في حين أن هناك عدة نتائج وآثار فرعية يشير إليها الفقه^(٢)، وتتمثل في الآتي:

للمتعاقدين مع الإدارة أن يتحلل من التزامه بتنفيذ العقد، إذا ترتب على عمل الأمير استحالة تنفيذ العقد كأن تصدر الإدارة قراراً بإلغاء استيراد سلعة معينة يتعهد المتعاقد توريدها.

وحق المتعاقد في المطالبة بعدم توقيع غرامات التأخير، إذا ثبت أن السبب في التأخير يرجع إلى عمل الأمير.

وللمتعاقدين حق طلب فسخ العقد، إذا ترتب على عمل الأمير زيادة في أعبائه لا تتحملها إمكاناته الاقتصادية، أو الفنية^(٣).

وتأسيساً على أن التعويض هو النتيجة الرئيسية التي يقوم عليها موضوع نظرية عمل الأمير فمن هنا سنبحث في هذا المطلب في الفروع التالية:

الفرع الأول: أساس التعويض.

الفرع الثاني: نظام التعويض.

الفرع الثالث: الاتجاهات القضائية في التعويض عن آثار نظرية فعل الأمير.

(١) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص ٢٦٨.

(٢) د. رياض الياس الحريسات، نظرية التوازن المالي في العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٧، ص ١٥١.

(٣) د. محمد بكر حسين، الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٦، ص ٣٦٥.

الفرع الأول

أساس التعويض

تعددت الاتجاهات الفقهية في بيان الأساس القانوني لمسؤولية الإدارة عن تعويض المتعاقد المتضرر نتيجة عمل الأمير، والتي انحصرت في فكرة الإثراء بلا سبب والمسؤولية التعاقدية للإدارة بلا خطأ، ومبدأ مساواة الأفراد أمام الأعباء العامة، وفكرة التوازن المالي للعقد وسنتعرض لكل أساس بالتفصيل فيما يلي:

أولاً: الإثراء بلا سبب:

استند بعض الفقهاء في فرنسا ومنهم هوريو في تبرير حصول المتعاقد على تعويض استناداً إلى نظرية عمل الأمير إلى فكرة الإثراء بلا سبب الموجودة في القانون المدني، ويكون ذلك عندما تقوم الإدارة بإنقاص الامتيازات المالية للمتعاقد أو زيادتها، وذلك بموجب إجراء صادر عنها بإرادتها المنفردة فتكون قد أثرت على حساب المتعاقد دون أن يستند هذا الإثراء إلى سبب في العقد^(١).

يعاب على هذا الرأي أنه يقصر التعويض على حالة إثراء الإدارة أما إذا لم يلحق الإدارة أي إثراء فلا تعويض، كما يعاب عليه أيضاً أنه يحدد قيمة التعويض بقدر الإثراء بينما الواقع أنه عند تحديد التعويض لا يدخل إثراء الإدارة في الاعتبار وإنما يؤخذ في الاعتبار ما لحق المتعاقد من ضرر وما فاتته من كسب^(٢).

ثانياً: مبدأ مساواة الأفراد أمام الأعباء العامة:

يرجع بعض الفقهاء ومنهم الفقيه الفرنسي بيكو أساس التعويض عن عمل الأمير إلى مبدأ مساواة الأفراد أمام الأعباء العامة وهو من المبادئ القانونية العامة التي أرساها مجلس الدولة الفرنسي والذي يقضي بمساهمة الأفراد في تحمل التكاليف العامة كلٍ بقدر متناسب مع مركزه وقدراته المالية وإمكانياته الخاصة^(٣).

(١) د. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٢٥٣.

(٢) علي عبد الكريم السويلم، المرجع السابق، ص ٥٩.

(٣) د. إبراهيم الشارف توفيق، المرجع السابق، ص ٢١٦.

ويرجع تبرير تعويض المتعاقد مع الإدارة إعمالاً لهذا المبدأ إلى أن المتعاقد مع الإدارة يساهم في نشاطها مساهمة خاصة ويتحمل من جراء ذلك عبء يزيد عما يتحمله غيره من الأفراد إذا كان صحيح أن يحصل على مقابل هذا العبء الخاص إلا أنه إذا ما قررت الإدارة زيادة هذا العبء دون أن تعوض المتعاقد معها فإنها تخل بمبدأ مساواة الأفراد أمام التكاليف العامة حيث يتحمل المتعاقد بذلك أعباء ترهقه وحده دون أن يتحمل بها غيره^(١).

يؤخذ على اعتبار مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة كأساس للتعويض اتساع هذا المبدأ وعدم تحديد معالمه وعدم صلاحيته لتبرير مسؤولية الإدارة دون خطأ إلا خارج الإطار التعاقدي حيث تقوم المسؤولية على أساس المخاطر وبالتالي لا يجد له مكاناً في المجال التعاقدي وتحل محله وتؤدي دوره في تبرير التعويض عن عمل الأميروفكرة التوازن المالي للعقد، فضلاً عن رفض القضاء الإداري المقارن تطبيق نظرية عمل الأمير إذا كان الإجراء الضار صادراً عن الإدارة غير المتعاقدة.

ثالثاً: فكرة التوازن المالي للعقد:

يأخذ بهذا الأساس الفقه والقضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر بالإضافة إلى القضاء السوري عند التعويض عن عمل الأمير، ويرى أصحاب هذا الاتجاه من الفقه أنه يتعين على الإدارة أن تعيد التوازن المالي للعقد كلما اختل التوازن المالي نتيجة الإجراء الصادر منها^(٢).

كما أنهم يرجعون فكرة التوازن المالي للعقد إلى النية المشتركة للطرفين المتعاقدين بما يشير إلى التوازن المالي للعقد وهي أثر لتطبيق شرط تعاقد ضمني للنية المفترضة للمتعاقدين أثناء التعاقد ومن ثم فإن تعرض المتعاقد مع الإدارة لمخاطر إدارية تسببت فيها الإدارة المتعاقدة وترتبت عليها أن لحق بالمتعاقدين معها أضرار أخلت بالتوازن المالي للعقد فإنه ينبغي تعويضه لإعادة هذا التوازن لحالته السابقة^(٣).

(١) محمد شعبان الدرهوي، المرجع السابق، ص ١٢٤.

(٢) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٦٢٦.

(٣) د. أحمد سلامة بدر، المرجع السابق، ص ٢٥٦.

وفكرة التوازن المالي للعقد الإداري تعد أساس عام لا تطبق في حالة استحقاق المتعاقد مع الإدارة التعويض في حالة وجود خطأ منسوب إلى جهة الإدارة، وإنما يعمل بها في حالات التعويض التي يستحقها دون خطأ منسوب إلى جهة الإدارة وإن أساس المسؤولية هو التوازن المالي للعقد^(١).

رابعاً: المسؤولية التعاقدية للإدارة بلا خطأ:

لقد نادى بهذا الأساس من لم يسلم بفكرة التوازن المالي للعقد وذلك بإرجاع التزام الإدارة بالتعويض على أساس أنه التزام نابع من العقد وإن مسؤوليتها هي مسؤولية تعاقدية وإن كانت مسؤولية بلا خطأ^(٢).

وينتقد البعض فكرة المسؤولية التعاقدية كأساس لتطبيق نظرية عمل الأمير وذلك استناداً إلى أن هذه الفكرة وإن كانت صالحة إلى حد ما عند تأسيس التزام الإدارة المتعاقدة بالتعويض خاصة في حالة تعديل نص من نصوص العقد بإرادتها المنفردة إلا أن هذه الفكرة غير كافية لتبرير التعويض في حالة إذا ما كان الإجراء المعدل للمركز المالي للعقد صدر من جهة غير الجهة الإدارية المتعاقدة، ولذلك يتوجب أن يوجد إلى جانب فكرة المسؤولية التعاقدية فكرة أخرى تدعمها وتمكن من اعتبارها أساساً للتعويض^(٣)، وفي هذا المجال فإننا نذهب إلى ترجيح فكرة التوازن المالي للعقد كأساس عن عمل الأمير، كونها تحقق التوازن المالي بين التزامات المتعاقد في العقد الإداري وما يتوقعه من ربح.

(١) أ. لمياء هاشم قبيع، المرجع السابق، ص ٨٥.

(٢) د. عمر محمد السيوي، نظرية عمل الأمير والعقد الإداري، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، منشورات جامعة بني غازي، العدد ١٦، المجلد ١٥، ١٩٩٨، ص ١٢٩.

(٣) د. أحمد سلامة بدر، المرجع السابق، ص ٢٥٤.

الفرع الثاني

نظام التعويض

للبحث في نظام التعويض سنتناول مقدار التعويض وطرق تحديده إضافة إلى الاتجاهات القضائية في التعويض عن آثار نظرية عمل الأمير.

أولاً: مقدار التعويض:

عندما تتوافر شروط تطبيق نظرية عمل الأمير فإنه يحق للمتعاقد المتضرر أن يطالب بالتعويض الكامل وهو ما يعتبر النتيجة الرئيسة لنظرية عمل الأمير، ويكون التعويض كاملاً وهو ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاته من كسب.

ويقصد بما لحق المتعاقد من خسارة المصروفات الفعلية التي أنفقها المتعاقد، وهذه المصروفات قد تختلف باختلاف الأحوال وطبيعة التعديل ونتائجه، ومثال ذلك إذا طلبت الإدارة سرعة إنجاز الأعمال فإن ذلك قد يؤدي إلى زيادة التكاليف على المتعاقد معها وذلك بدفع أثمان مرتفعة أو زيادة أجور العمال بالإضافة إلى ما يترتب من خسارة متنوعة، فيجب التعويض عنها مادامت علاقة السببية قائمة بينها وبين الإجراء الذي اتخذته الإدارة^(١).

أما ما فات المتعاقد من كسب فيقصد به المبالغ المعقولة التي كان من حق المتعاقد أن يعول عليها لو لم يختل توازن عقده نتيجة لعمل الأمير، وذلك باعتبار أن من حقه أن يعرض عن ربحه من عمله ورأس ماله على أن يغطي التعويض الكسب الذي كان يتوقعه المتعاقد من التنفيذ الكامل للعقد إلا أنه يجب عند حساب الكسب الفائت عدم مخالفة قاعدة أن التعويض لا يمكن أن يتجاوز حجم الضرر الحقيقي^(٢).

بيد أن مجلس الدولة الفرنسي يخرج عن مبدأ التعويض الشامل في بعض الأسباب ومنها^(٣):

(١) د. محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، القاهرة، مصر، ٢٠٠٧، ص ٧٧.

(٢) د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٢٥٣.

(٣) د. محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص ٢١٩.

- أنه أهمل عنصر الكسب أو الربح الذي لم يحصل عليه المتعاقد في حالة إنهاء الإدارة لبعض العقود نتيجة لظروف الحرب أو بسبب القتال^(١)، إذ اكتفى المجلس في هذه الحالة بالتعويض عن الأضرار الفعلية الناجمة عن فسخ العقد دون الالتفات إلى الأرباح التي كان من الممكن أن يحققها المتعاقد فيما لو لم يفسخ العقد^(٢).

- إذا كان المتعاقد قد ساهم بخطئه في إحداث بعض الأضرار المترتبة على عمل الأمير أو ساعد في تفاقم هذه الأضرار فيخضم من التعويض المقدار المناسب لخطأ المتعاقد ولكن هل يمكن أن يتضمن العقد شرطاً مفاده عدم مسؤولية الإدارة تجاه المتعاقد عن الأضرار المترتبة على الإجراء الصادر عنها إن النص في العقد على شرط الإعفاء من المسؤولية مطلقاً هو بإجماع الفقه والقضاء شرط يتنافى مع المبادئ العامة المقررة في القانون الإداري من ثبوت حق المتعاقد مع الإدارة في التعويض طبقاً للنظريات السائدة في نظام العقود الإدارية والتي منها حقه في التوازن المالي للعقد، لذلك يعد مثل هذا الشرط غير مشروع إذا ما تضمنه العقد الإداري.

وبرأينا نجد أن وضع شرط مسبق بإعفاء الإدارة من أي تعويض يمنح للمتعاقد معها يتنافى مع التوازن المالي للعقد ويؤدي بالنتيجة إلى ابتعاد الأشخاص عن التعاقد معها.

- وقد تبنت محكمة القضاء الإداري في مصر هذا المبدأ في حكمها الصادر بقولها أنه: "من المقرر في العقود الإدارية أن جهة الإدارة لا تملك أن تضع فيها نصاً عاماً يقدم بعدم مسؤوليتها ويعفيها من الالتزام بتعويض الضرر الحادث للمتعاقد معها لأن ذلك يتعارض مع المبادئ المقررة في القانون الإداري من ثبوت

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في عام ١٩٥٢ الذي يتعلق بعقد كان قد أبرم بسبب ظروف الحرب وتم فسخه بسبب اجتياح القوات الألمانية لجنوب فرنسا وتسريح قوات الهدنة الفرنسية حيث نص مجلس الدولة فإنه في مثل هذه الظروف الخاصة فإنه إذا فسخ العقد أبعد ما يكون تعسفاً، وإنما مرده لسبب يتعلق بالمصلحة العامة، ومن ثم فإن هناك عقبة أمام المفاوض في المطالبة بالتعويض أياً كان الكسب الذي كان يأمل في تحقيقه.

(٢) د. نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص ٧٢٣.

حق المتعاقد في التعويض طبقاً للنظريات السائدة في نظام العقود الإدارية ومنها حقه في التوازن المالي للعقد^(١).

أما إذا كانت الإدارة قد ضمنت العقد شرطاً بعدم مسؤوليتها اتجاه المتعاقد عن إجراء معين فإن هذا الشرط مشروع، فقد يتوقع المتعاقد أن إجراء بعينه كفرض ضريبة معينة أو زيادة قيمتها ونصاً على تحمل المتعاقد لما يترتب عليها من آثار فإن مثل هذا الشرط مشروع، ويجري مجلس الدولة الفرنسي على التشدد في تفسير مثل هذه الشروط المشروعة^(٢).

ثانياً: طرق تحديد التعويض:

يتم تحديد التعويض الكامل الذي يحصل عليه المتعاقد مع الإدارة على إثر تطبيق نظرية عمل الأمير بإحدى الطرق التالية:

الطريقة الأولى: تعويض اتفاقي عندما يتم الاتفاق بين الإدارة المتعاقدة والمتعاقد سلفاً عند تحرير العقد على مقدار التعويض الذي يمكن دفعه له عن الأضرار التي تلحق به من جراء تصرفاتها وبما يحقق مصالحهما معاً.

الطريقة الثانية: تعويض قانوني بواسطة المشرع فالمشرع قد يحدد التعويض الملائم لجبر الضرر نتيجة إجراء الإدارة المكون لفعل الأمير، ومثال ذلك ما نص عليه القانون رقم ٥٠/ لعام ١٩٤٠ الفرنسي والخاص بفسخ العقود المبرمة لتوفير حاجات مرفق الدفاع المدني والذي حدد كيفية تعويض المتعاقدين الذين تضرروا من جراء فسخ عقودهم بقوة القانون وهو ما طبقه مجلس الدولة الفرنسي في قضية "PILLARD".

الطريقة الثالثة: تعويض قضائي عن طريق اللجوء إلى القضاء إذا لم يوجد نص سابق يحدد التعويض سلفاً، وإذا لم يحدده المشرع، فالمتعاقد يلجأ إلى القضاء الإداري طالباً الحكم له بالتعويض الكامل عن الأضرار التي لحقت به والريح الذي فاتته من جراء عمل الأمير.

(١) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بالدعوى رقم ١٩٨/ لسنة ٧ ق ٢٥/١/١٩٥٧م، مشار إليه لدى د. أحمد سلامة بدر، المرجع السابق، ص ٢٥٧.

(٢) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٦٣٢.

وفي كل الأحوال، فمن البديهي أنه إذا ساهم المتعاقد بخطأه في إحداث الأضرار المترتبة على عمل الأمير فإنه لا يستحق تعويضاً كاملاً، وأن هذا الخطأ يؤخذ بعين الاعتبار حين تقدير التعويض عن الأضرار التي تنتاسب مع مقدار خطأه، وقاضي الموضوع هو المختص بتحديد قيمة التعويض في مثل هذه الحالة^(١).

ونحن نجد أنه نظراً للظروف الحالية التي تمر بها سورية من مقاطعة وعقوبات اقتصادية وحظر، أن يصار إلى إصدار قانون يقرر تصنيف العقود استناداً إلى الأولوية والأهمية، وفسخ بعض العقود التي هناك صعوبة في تنفيذها مقابل تعويض عادل يقوم على أساس يراعي مصلحة المورد من جهة ومصلحة الإدارة من جهة أخرى بدلاً من إرهاق الخزينة العامة في مثل هذه الظروف، بدفع مبالغ أو تعويضات كبيرة، إضافة إلى إشغال القضاء الإداري بكم هائل من دعاوى العقود ويكون المبدأ المعمول عليه هو تحمل المورد جزء من الأعباء العامة.

الفرع الثالث

الاتجاهات القضائية في التعويض عن آثار نظرية عمل الأمير

سنعرض الاتجاهات القضائية في التعويض عن آثار نظرية عمل الأمير، وذلك باستعراض اتجاه مجلس الدولة الفرنسي أولاً، ومن ثم اتجاه مجلس الدولة المصري ثانياً، وأخيراً اتجاه مجلس الدولة السوري ثالثاً، كمايلي:

أولاً: اتجاه مجلس الدولة الفرنسي:

اتجه مجلس الدولة الفرنسي إلى رفض تعويض المتعاقد مع الجهة الإدارية استناداً إلى نظرية عمل الأمير في بعض الحالات، في حين أقرّ بإمكانية التعويض في حالات أخرى:

١. حالات رفض التعويض على أساس نظرية عمل الأمير:

رفض مجلس الدولة الفرنسي تعويض المتعاقد مع الجهة الإدارية على أساس نظرية عمل الأمير في الحالات التالية:

(١) حسام خدام الجامع، المرجع السابق، ص ٢٥٧.

أ - في مجال الإجراءات الضريبية: لا يمكن للمتعاقد أن يطلب تعويضاً عن النفقات الزائدة التي تكبدها من جراء فرض ضرائب جديدة أو زيادة فئاتها، ذلك لأنها عبارة عن تكاليف عامة على الجميع ولا تقتصر على المتعاقد مع الإدارة دون غيره إلا إذا أدت إلى قلب اقتصاديات العقد، فإنها يمكن أن تستقيم سنداً لطلب التعويض وذلك استناداً لنظرية الظروف الطارئة وليس إلى نظرية عمل الأمير.

ب - في مجال الإجراءات الاجتماعية: كالتشريعات الخاصة بزيادة رواتب العاملين أو تحسين أحوالهم المعيشية وظروف العمل أو التأمين ضمن مخاطر إصابات العمل وإن صدور مثل تلك التشريعات وإن كان يتسم بالعمومية إلا أنه قد يؤدي إلى زيادة أعباء تنفيذ بعض العقود بسبب زيادة النفقات المترتبة عليها والتي لم تكن موضع اعتبار عند إبرام العقد، وتلك التشريعات لا تتيح للمتعاقد المتضرر من تأثيرها على ظروف تنفيذ العقد طلب التعويض استناداً لنظرية عمل الأمير.

ج - في مجالات الإجراءات الاقتصادية والنقدية: ومن أمثلتها التشريعات الخاصة بتنظيم الاستيراد والتصدير والتصدير والتصدير التي تصدر بفرض تثبيت الأسعار أو الإجراءات المتعلقة بالنظم النقدية وأسعار العملات ومن الناحية العملية يستحيل وجود تطبيق نظرية عمل الأمير بخصوصها^(١).

٢. حالات قبول التعويض على أساس نظرية عمل الأمير:

اتجه مجلس الدولة الفرنسي إلى قبول تعويض المتعاقد مع الإدارة استناداً إلى نظرية عمل الأمير في حالة النص على التعويض في التشريع أو الإجراء العام المتخذ أو إذا تضمنت نصوص العقد نصاً بذلك ففي هذه الحالة يطبق مجلس الدولة الفرنسي هذه النصوص باعتبارها تعبيراً عن إرادة المشرع أو المتعاقدين.

ويوافق مجلس الدولة على منح تعويض عن الإجراءات العامة التي لا تمس شروط العقد مباشرة تطبيقاً لنظرية عمل الأمير متى كانت تمس موضوعاً جوهرياً كان له دوره الحاسم في قيام المتعاقد مع الإدارة بإبرام العقد، وكذلك حالة إن لحق بالمتعاقد ضرر خاص نتيجة لذلك الإجراء، وأن هذا الضرر الخاص لا يشاركه فيه

(١) د. إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٢٢٥.

سائر من يمسه القرار العام^(١)، كما اتجه مجلس الدولة الفرنسي إلى تطبيق نظرية عمل الأمير في حالة اتخاذ الجهة الإدارية موقفاً سلبياً من تطبيق القوانين واللوائح التي يتعين تطبيقها، متى ترتب على هذا الامتناع فرض أعباء جديدة على المتعاقد مع الإدارة، ويطلق الفقه على هذا الموقف السلبي من جانب الإدارة اصطلاح عمل الأمير السلبي^(٢).

ثانياً: اتجاه مجلس الدولة المصري:

انتهج مجلس الدولة المصري ذات النهج الذي اعتنقه نظيره الفرنسي فرفض التعويض عن الإجراء التنظيمي العام استناداً إلى نظرية عمل الأمير وفي العديد من الحالات التي اتسم فيها بصفة العمومية.

١ - حالات رفض التعويض على أساس نظرية عمل الأمير:

أ - فرض رسوم بلدية على إنتاج الكهرباء وقد بررت محكمة القضاء الإداري الرفض بقولها من حيث أن فرض الرسم الذي تضمنه القرار المطعون فيه كان متوقفاً قبل التعاقد بمقتضى البند ١٧ من عقد الامتياز، فضلاً عن أنه لم يجاوز الحد العادل المعقول ولم يتضمن أي تمييز في التكاليف، وإن هذا الرسم وما تقول به الشركة من زيادة في سعر التكلفة ونقص في الاستهلاك لم تؤدي إلى إرهابها في التزاماتها وإلى الاختلال المالي للعقد، وكل ما يحتمل أن يكون قد ترتب عليه إن صح دفاع الشركة في هذا الصدد، أن أرباحها المتزايدة قد نقصت لكن هذا النقص لم يصل إلى المساس بالربح المعقول الذي كان متوقفاً عند التعاقد^(٣).

ب - صدور قرار تنظيمي من وزير الصحة يحظر على أي كان من صغار المنتجين بيع اللبن أو عرضه أو إجازته بقصد البيع ما لم يتوافر فيه المواصفات والنسب التي حددها القرار الوزاري، وسريان تلك المواصفات على المتعاقد حتى ولو كان القرار قد صدر بعد تعاقد، ولا يبيح له الحق بالتعويض استناداً لنظرية

(1) C. E. 28 Novembre 1924, Tanti, Rec. P. 940, R. D. P 925, P76 Concle, Moazerat.

(٢) د. سليمان الطماوي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٦٥٣.

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، في ١٦/٦/١٩٥٣، مجموعة السنة السابقة، ص ١٥٧٨.

عمل الأمير، لأن الأعباء التي فرضها القرار الوزاري قد مست جميع المشتغلين بتجارة اللبن مما ينفي خصوصية الضرر، فضلاً عن أنه لدى تعاقدته كان يعلم أن تلك النسب عرضة للتغير والتعديل بمقتضى السلطات المخولة قانوناً لوزير الصحة^(١).

ج - فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري الصادر في ٢٨ أكتوبر عام ١٩٦٤ والتي انتهت إلى رفض تعويض الشركة الفنية للأعمال عن فروق الأسعار الخاصة بمهمات مطلوب استيرادها بسبب حرب سنة ١٩٥٦، وعمولة شركة مصر للتجارة الخارجية وعلاوة حساب التصدير، ورسم إحصائي جمركي ورسم بحري لأن جميع هذه المبالغ لا ترجع إلى تدخل مباشر من جهة الإدارة المتعاقدة، وأنه يشترط لإعمال نظرية عمل الأمير صدور إجراء خاص أو عام من جانب الإدارة المتعاقدة، لم يكن متوقعاً وقت التعاقد، ويترتب عليه إلحاق ضرر بالمتعاقدين لا يشاركه فيه سائر من مسهم هذا الإجراء^(٢).

وقد أبدت المحكمة الإدارية العليا المصرية الاتجاه الذي اعتنق من قبل محكمة القضاء الإداري والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بقضائها بأنه في مجال أعمال نظرية فعل الأمير فإن الضرر الناتج عن زيادة الأسعار ليس ضرراً خاصاً، بحسبان أن تلك الزيادة قد تم سريانها على جميع التعاقدات سواء في النطاق الإداري أو نطاق معاملات الأفراد^(٣).

٢ - حالات قبول التعويض على أساس نظرية عمل الأمير:

أيد مجلس الدولة المصري المعيار الذي أرساه مجلس الدولة الفرنسي في التعويض عن الإجراء العام الذي لا يؤثر في شروط العقد مباشرة وذلك عندما يمس الإجراء موضوعاً جوهرياً يعد عاملاً حاسماً في التعاقد، أو إذا ثبت أن المتعاقد قد

(١) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، في ٨ مارس ١٩٥٤، مجموعة السنة الثالثة، ص ٨٨٠.
(٢) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري رقم ٩٤١/٩ بتاريخ ١٩٦٤/١١/٣ ملف رقم ٢٩/١/٧٨، المبادئ القانونية التي أقرتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع منذ نشأتها وحتى عام ٢٠٠٥، في شأن العقود، إصدارات المكتب الفني للجمعية، الجزء الأول، ص ٦٢١.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ١٧٤٩ لسنة ٧، ٣، جلسة ١٩٩٧/١٢/١٦.

لحقه ضرر خاص نتيجة الإجراء العام، وإن هذا الضرر قد لحقه وحده دون غير من سائر المخاطبين بالإجراء العام.

وهو ما عبرت عنه محكمة القضاء الإداري المصرية بقولها بأن "ولئن كانت الزيادة الطارئة على أسعار السولار لا تمس شرط عقد الشركة المدعية، وإنما يؤثر في ظروف تنفيذه بأن يجعلها أشد صعوبة وأكثر تكلفة، فإن القاعدة أنه رغم عمومية الإجراء الذي من شأنه جعل تنفيذ الالتزام أشد صعوبة وأكثر تكلفة فإن المتعاقد مع الإدارة لا يستحق تعويضاً كاملاً إلا إذا كان هذا الإجراء يمس شرطاً جوهرياً كان الدافع لإبرام العقد"^(١).

كما انتهت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري إلى حيث أنه بتطبيق هذه النظرية على الحالة المعروضة ينصح أن الإجراء الذي اتخذ متصل بعقد إداري وصادر من السلطة الإدارية، وغير متوقع، فيبقى التحقيق من توافر الشرط الأخير وهو أن يكون هذا الإجراء سبب ضرراً فعلياً للمقاولين، فإذا كان الأمر كذلك وكان من شأن هذا الإجراء الإخلال بالتوازن المالي للعقد إخلالاً خطيراً فإن من حق المقاولين الذين اختيروا أن يعرضوا عن الأضرار التي لحقتهم نتيجة عمل الأمير.

ثالثاً: اتجاه مجلس الدولة السوري:

لا يوجد لنظرية فعل الأمير مقابلاً في القانون المدني السوري أو تطبيقاً قضائياً من قبل القضاء العادي، كما لا يوجد في التشريع الإداري السوري نص قانوني ينظم أحكام تطبيق هذه النظرية، لاسيما القانون رقم (٥١) الخاص بنظام العقود للجهات العامة الصادر بتاريخ ١٢/٩/٢٠٠٤م، حيث ترك أمر تطبيقها للفقهاء واجتهاد القضاء الإداري، ونشير هنا إلى ضرورة عدم الخلط بين أحكام هذه النظرية وحكم الإعفاء من غرامات التأخير الذي قرره المشرع السوري في حال كان تأخير المتعاقد في التنفيذ يرجع للجهة العامة المتعاقدة أو لإحدى الجهات العامة الأخرى^(٢).

(١) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في ١٦ يونية سنة ١٩٦٣، مجموعة السنة التاسعة، قاعدة رقم ١٠٥/.

(٢) حسام خدام الجامع، المرجع السابق، ص ٢٥٦ - ٢٥٧.

والجدير ذكره أن اجتهاد القضاء الإداري السوري قد استقر على تعويض المتعهد بالاستناد لنظرية فعل الأمير بسبب الأعمال التشريعية التي أصابه من جراءها ضرر خاص ومباشر، وتطبيقاً لذلك فقد صدر عن محكمة القضاء الإداري السورية قرار قد اقترن بتصديق المحكمة الإدارية العليا السورية، عد أن زيادة أجور العمال بقرار من وزير الشؤون الاجتماعية والعمل رقم ٩١٨ لسنة ١٩٧٤م يوجب تحميل الإدارة كامل الزيادة التي تحملها المتعهد بسبب ذلك استناداً لنظرية فعل الأمير^(١). إذ أن زيادة الأجور المقررة بموجب قرار صادر عن مرجع إداري مختص بتحديد الحد الأدنى للرواتب والأجور يخضع لنظرية فعل الأمير، ويتم تعويض المتعهد على أساسها تعويضاً كاملاً^(٢).

(١) د. محمد يوسف الحسين، د. مهدي نوح، المرجع السابق، ص ٢٩٨.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ١١٢/ في الطعن رقم ٤٩/ لعام ١٩٧٨م، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية، لعام ١٩٧٨م، ص ١٧٣.

المبحث الثالث

الرقابة القضائية على مدى التزام الإدارة بإعادة التوازن المالي في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

قد يواجه المتقاعد مع الجهة الإدارية صعوبات مادية لدى تنفيذ العقد، تلك الصعوبات لم يتوقعها ولم يكن بوسعها توقعها عند إبرام العقد، ويكون من شأن تلك الصعوبات زيادة التكاليف عن الحد المقرر، وجعل تنفيذه للعقد مرهقاً، ونفاذاً لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يتعين على المتقاعد الاستمرار بتنفيذ التزاماته التعاقدية، مع حقه في الحصول على تعويض عادل يقابل كافة ما تحمله من نفقات لمواجهة تلك الصعوبات.

وهذه النظرية هي إحدى النظريات التي أراد بها القضاء الإداري إعادة التوازن المالي للعقد الإداري ويجد تطبيق هذه النظرية مجاله الخصب في عقود الأشغال العامة نظراً لكثرة ما يواجهه تنفيذ هذه العقود من صعوبات ذات طبيعة مادية، ومع ذلك يرى الفقه أنه ليس هناك ما يمنع من تطبيق هذه النظرية على كافة العقود الإدارية متى توافرت شروط تطبيقها.

وللبحث في حق المتقاعد في التعويض على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة سنتناول دراسة تلك النظرية على النحو التالي:

المطلب الأول: مفهوم نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

المطلب الثاني: آثار الرقابة القضائية المترتبة على تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

المطلب الأول

مفهوم نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

وسنبحث في التعريف بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، ثم نبحت في شروط نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وذلك في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: التعريف بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

الفرع الأول

التعريف بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

ابتدع القضاء الإداري الفرنسي نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة لتطبق على العقود الإدارية متى توافرت شروط تطبيقها، ومن ثم فإنها تُعد نظرية قضائية النشأة شأنها في ذلك شأن نظريتي عمل الأمير والظروف الطارئة^(١).

وابتدع مجلس الدولة الفرنسي تلك النظرية في منتصف القرن التاسع عشر، ومفادها أحقية المتعاقد مع الإدارة في تعويض كامل عن الصعوبات المادية غير العادية ذات الطبيعة الإستثنائية الخالصة التي تواجهه لدى تنفيذه لالتزاماته التعاقدية وتجعل تنفيذهما مرهقاً متى كانت تلك الصعوبات لا يمكن توقعها بحال من الأحوال عند إبرام العقد^(٢).

وقد كان ميلاد هذه النظرية بحكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Veyert) بتاريخ ١٨٦٩/٣/١٨ حيث قضى بحق المتعاقد في الحصول على تعويض عادل عن الأضرار التي صادفته عند تنفيذ العقد وذلك بسبب صعوبات مادية غير متوقعة لا ترجع إلى فعله أو خطأ الإدارة.

وقد استند مجلس الدولة الفرنسي في منح التعويض وفقاً لتلك النظرية إلى نص المادة ٢٨ من كراسة الشروط والمواصفات العامة، والتي كانت تقرر التعويض عن الهلاك والتلف أو الخسارة والأضرار الناتجة عن القوة القاهرة، ثم توسع المجلس في تفسير نص المادة ٢٨ وقضى بالتعويض في حالة القوة القاهرة التي يتحقق فيها تلف أو هلاك يمكن تقويمه بالمال، ثم توالى أحكام مجلس الدولة الفرنسي في تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة حتى أصبحت أحد المبادئ المستقرة في النظام القانوني للعقود الإدارية.

وتعدُّ هذه النظرية من النظريات التي ابتكرها الفقه والقضاء الإداري ومقتضاها أنه عند تنفيذ العقود الإدارية وبخاصة عقود الأشغال العامة، قد تطرأ

(1) G. Vedel, P. Devolve, Droit, Administratif, edition, Paris, 1990, Aves collaboration de pirre Delvolve. p. 362.

(2) M. A. Flamme, traite the oriqueetpratiqwe des marches publics. Bruxelles, 1969, T. 2. p 610.

صعوبات مادية استثنائية لم تدخل في حساب طرفي العقد وتقديرهما، وتجعل التنفيذ أشد وطأة على المتعاقد مع الإدارة وأكثر كلفة فيجب "من باب العدالة" أن نعوضه عن ذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد زيادة تغطي جميع الأعباء والتكاليف التي تحمّلها، اعتباراً بأن الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسري إلا على الأعمال العادية المتوقعة فقط وأن هذه هي نية الطرفين المشتركة^(١).

وبذلك تختلف هذه النظرية من حيث سببها والنتائج المترتبة عليها عن نظرية الظروف الطارئة التي تطبق بسبب ظروف سياسية أو اجتماعية ينشأ عنها قلب اقتصاديات العقد أو اختلال في توازنه المالي، ويقتصر التعويض فيها على قدر محدود تساهم فيه جهة الإدارة.

كما تختلف أيضاً عن حالة القوة القاهرة التي يلزم لتطبيقها أن يصبح التنفيذ مستحيلاً ويترتب عليه أنه يكفي في حالة الصعوبات المادية غير المتوقعة أن يصبح التنفيذ أشدّ عُسراً وأكثر كُلفة، كما أنه يترتب على القوة القاهرة إمّا وقف التنفيذ أو فسخ العقد أمّا في حالة الصعوبات المادية غير المتوقعة فإنه يفترض على العكس الاستمرار في التنفيذ بسبب هذا الوضع الخاص للنظرية ويُشترط لاستحقاق التعويض المترتب عليها توافر شروط خاصة.

وتختلف أيضاً عن حالة فعل الأمير من حيث أن نظرية الظروف المادية تتعلق بعوامل وصعوبات مادية بينما يتعلق عمل الأمير بقرار صادر عن جهة إدارية إلا أنهما يتفقان في كون التعويض كاملاً في كلا النظريتين.

والجدير ذكره أن المشرّع الفرنسي والمصري والسوري لم يقنن هذه النظرية وترك تحديد مضمون هذه النظرية وشروطها إلى الفقه والقضاء.

أولاً: تعريف الفقه لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

تعددت التعاريف الفقهية لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة فقد عرّفها جانب من الفقه الفرنسي كالأستاذ "دو لوبادير" و "مودن" و "دولفولف" بأنها نظرية خاصة في مقاولات الأشغال العامة تفترض صعوبات مادية لا يستطيع الفريقان توقعها ترمي بثقل أعباء خطيرة وغير طبيعية على عاتق المقاول، مثل مواجهة

(١) د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص ١٥٨.

طبقات مائية غير متوقعة في حفر نفق وحق التعويض معترف به للمقاول عن كامل الضرر^(١).

وقد عرّفها الدكتور سليمان الطماوي بقوله أنه: «إذا ما صادف المتعاقد في تنفيذ التزاماته صعوبات ذات طبيعة استثنائية خالصة ولا يمكن توقعها بحال من الأحوال عند إبرام العقد وتؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مرهقاً فإن من حقه أن يطالب بتعويض كامل عما تسببه هذه الصعوبات من أضرار»^(٢).

وعرّفها آخر أنه يقصد بالصعوبات المادية غير المتوقعة هو أن يصادف المتعاقد مع الإدارة (تحديداً وأساساً في مجال عقود الأشغال العامة) أثناء تنفيذ العقد صعوبات مادية غير عادية لم يكن من الممكن توقعها عند إبرام العقد وتؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مرهقاً وأكثر تكلفة في هذه الحالة يكون للمتعاقد الحق في المطالبة بتعويض كامل عما تسببه هذه الصعوبات المادية من أضرار^(٣).

وتعرّف أيضاً بأنه إذا صادف المتعاقد أثناء تنفيذ التزاماته صعوبات مادية غير عادية لم يكن بالإمكان توقعها من قبل المتعاقد فجعلت تنفيذ العقد مرهقاً كان من حقه المطالبة بتعويض كامل عن الأضرار المترتبة على هذه الصعوبات^(٤).

وتأسيساً على ما تقدم يخلص الباحث إلى تعريف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بأنها تلك النظرية التي تتحقق عندما تكون هناك صعوبات مادية غير عادية لا يمكن توقعها بحال من الأحوال عند إبرام العقد وخاصة عقود الأشغال العامة ومن شأن هذه الصعوبات زيادة التكاليف عن الحد المقرر وتجعل تنفيذ العقد مرهقاً وعند تحقيق هذه الشروط فإن من حق المتعاقد الحصول على تعويض عما لحقه من أضرار نتيجة هذه الصعوبات.

(١) د. علي عبد الكريم السويلم، المرجع السابق، ص ١١٠.

(٢) د. سليمان الطماوي، العقود الإدارية، المرجع السابق ص ٦٨٦.

(٣) د. ثروت بدوي، المرجع السابق، ص ٥٩٦.

(٤) د. ماجد راغب الحلو، المرجع السابق ص ٢١٧.

ثانياً: تعريف القضاء لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

في مصر: تعرّضت محكمة القضاء الإداري لمفهوم نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في حكمها الصادر في ١٩٥٧/١/٢٠ بقولها: إن مقتضى النظرية المعروفة بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وهي من النظريات التي ابتكرها القضاء الإداري، ومن مقتضياتها أنه عند تنفيذ العقود الإدارية وبخاصة عقود الأشغال قد تطرأ صعوبات مادية استثنائية لم تدخل في حساب طرفي العقد وتقديرهما عند التعاقد، وتجعل التنفيذ أشدّ وطأة 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 اعتباراً بأن الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسري على الأعمال العادية المتوقعة فقط وأن هذه نية الطرفين المشتركة^(١).

ومن حيث أن شرط غير العادية أو الإستثنائية 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 هذه الطبقة غير عادية أيضاً، بأن تكون لمساحات واسعة وبنسبة كبيرة من مجموع المنطقة محل العقد، وبهذا وحده يتحقق المراد في اعتبار الصعوبة غير عادية أو استثنائية لأنه يدل على طبيعة أصلية في التربة ذاتها.

وبعد أن أوضحت المحكمة مفهوم النظرية فقد انتقلت إلى تطبيقها على الحالة المطروحة أمامها من حيث أن مكعبات العقد المبرم مع المدعي حجمها ١٨٧٥٧٤ م^٣ بينما بلغت الطبقة الصخرية ١٢٧٢ م^٣ قام المدعي بتشغيل ١٢١٠ م^٣ منها وهي كمية قليلة ونسبتها ضئيلة بالنسبة إلى مكعبات العقد ومجموعة كمياته إذ أنها عبارة عن متر مكعب واحد في كل ١٥٥ م بالتقريب وبهذه النسبة لا يمكن اعتبارها صعوبة مادية غير عادية في التنفيذ بالمعنى المقصود من ذلك في نظرية الصعوبات غير المتوقعة.

(١) د. سعاد الشرقاوي، المرجع السابق، ص ٤٣٨.

ومن حيث أنه فضلاً عما تقدم فإن الشرط الخاص بوجوب أن تكون الصعوبة طارئة أي متوقعة أو مما لا يمكن توقعه أو ليس في الوسع توقعها، هذا الشرط ينطوي إلى حد كبير على معنى المفاجأة في صورة معينة كان يجد المتعاقد مع الإدارة نفسه إلى حد كبير على معنى المفاجأة في صورة معينة، كان يجد المتعاقد مع الإدارة نفسه إزاء حالة لم يكن يتوقع حدوثها للإبقاء على دفتر الشروط ولا من دراسته الأولية للمشروع أو بالرغم مما نبه إليه أو ما اتخذ من حيلة لا تقوت على الشخص البصير بالأمور قبل الإقدام على المساهمة في تسيير المرفق العام والتعاقد بنفسه، وكما هي الأوراق ليس غريباً عن هذه العملية، بل هو عليم به بالمنطقة محل التعاقد بالذات، كما أن في شروط العقد ما يكفي لتنبهه إلى أخذ الحيلة اللازمة لمواجهة الحالة التي يتضرر فيها، بل أن فيها ما يشير صراحة إلى أنه قد يواجه طبقة صخرية^(١).

ويلحظ من اجتهاد المحكمة أنها قد أرست أركان نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وحددت شروطها وأسبابها بشكل واضح لا لبس فيه وإلى جانب محكمة القضاء الإداري المصرية نجد أن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع قد عرّفت نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وذلك من خلال فتاوها في عام ١٩٦٤ والتي نصت فيها على أنه: إذا ما صادف المتعاقد في تنفيذ التزاماته صعوبات مادية ذات صبغة استثنائية خالصة ولا يمكن توقعها بحال من الأحوال عند إبرام العقد وتؤدي إلى جعل التنفيذ مرهقاً بأن من حقه أن يطالب بتعويض كامل عما تسببه هذه الصعوبات من أضرار^(٢).

وعلى ذات النهج فقد انتهت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى أن قبول الشركة المتعاقدة مع جهة الإدارة لجميع الاشتراطات الواردة بدفتر المواصفات والشروط العامة الصادرة من الهيئة والتعديلات المكملة له والخاصة بهذه العملية، وبهذه المثابة فإن حقوق المتعاقد مع جهة الإدارة والتزاماته تحدد طبقاً لنصوص

(١) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في الدعوى رقم ٧٨٩٢ لسنة ٨ق، جلسة ١٩٥٧/١/٢٠ مجموعة المبادئ الستة ١١ ص ١٥٢.

(٢) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري، برقم ٩٥ بتاريخ ١٩٦٤/٢/٢٩ جلسة ١٩٦٤/١/٢٩ ملف رقم ٣٠/١/٧، مجموعة مبادئ الجمعية العمومية لقسمي العقود والتشريع منذ نشأتها في شأن العقود ص ٦٦٨ وما بعدها.

العقد، ولا أثر في ذلك للمكاتبات والمراسلات التي تصدر عن جهة الإدارة، كما أن مناط إعمال نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة والتي تعطي المتعاقد مع جهة الإدارة حقاً من حيث التعويض، هو أن يصادف المتعاقد صعوبات مادية وغير عادية واستثنائية لم يكن من الممكن توقعها بحال من الأحوال عند إبرام العقد، ومن ثم فلا محل لتطبيق النظرية عندما تكون كل ملابسات المشروع تحت نظر الشركة وعلى علم بها أولاً بأول وبمراحل تنفيذ العقد^(١).

في سورية: نجد أن مجلس الدولة السوري قد سار على هدى اجتهاد القضاء الإداري المصري والفرنسي بخصوص هذه النظرية، ومنذ بواكير أحكامه اعتبر أن المتعاقد الذي يواجه على أرض المشروع صعوبات مادية، من حقه المطالبة بالتعويض استناداً لهذه النظرية^(٢)، كما بينت العديد من الأحكام مجلس الدولة السوري أن عناصر نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، هي أن تكون الصعوبات من غير عمل أحد الطرفين المتعاقدين، وأن تكون غير متوقعة عند إبرام العقد، وأن تكون ذات طابع استثنائي بحت^(٣)، وعند توفر هذه الحالات يكون للمتعهّد الحق بتعويض يوازي النفقات التي تكبدها، ولكن في الحدود المعقولة التي تسمح بها طبيعة الالتزام المبرم بين الطرفين بصفته التزاماً يؤمن سير المرفق العام، والذي يتوجب معه على الفريقين التعاون في سبيل تسييره، وبهذه المثابة يغدو لزاماً على المتعاقد الاقتصاد في طلب التعويض على ما تجشمه فعلاً من النفقات دون أن يتجاوز ذلك إلى ما فاتته من ربح^(٤).

وقد عزّف القضاء الإداري السوري في إحدى قرارات المحكمة الإدارية العليا السورية على الشكل التالي "... إن تعريف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة كما عزّفها الفقه والقضاء الإداري منذ زمن بعيد ومقتضاها أنه: عند تنفيذ العقود

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٨٠٠ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٩٢/٥/١٩ مجموعة مبادئ السنة ٣٧، ص ١٤٩.

(٢) قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (١٧٢) في الطعن رقم (١٩٨) لسنة ١٩٧٧، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٠٧٧، ص ٢٧٣.

(٣) المحامي عبد الهادي عباس، المرجع السابق، ص ٣٦٩.

(٤) قرار محكمة القضاء الإداري السورية رقم ٢١٣، في القضية رقم ٥٢٩ لسنة ١٩٦٩، مجموعة عام ١٩٦٩، ص ٢٣٨. والمصدق بقرار المحكمة الإدارية العليا رقم ٩٩ في الطعن ١٢٣ لسنة ١٩٧٠.

الإدارية وبخاصة عقود الأشغال العامة قد تطرأ صعوبات مادية استثنائية لم تدخل في حساب طرفي العقد وتقديرهما عند التعاقد فتجعل التنفيذ أشد وطأة وأكثر كلفة على المتعاقد مع الإدارة، فيجب من باب العدالة، تعويضه عن ذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد زيادة تغطي الأعباء والتكاليف التي تحملها بسبب تلك الصعوبات، كما يتعين إعفاء المتعاقد من غرامات التأخير إذا تعدى الحدود الزمنية المقررة للإنتهاء من تنفيذ الأشغال موضوع العقد..^(١).

ومن وجهة نظرنا من الممكن تطبيق هذه النظرية على عقود التزام المرافق العامة، ولكن بشكل ضيق جداً إذا رأى قاضي العقد أحقية المتعهد في الحصول على التعويض الكامل بسبب ما تعرض له من ضرر جسيم جراء الأمطار الغزيرة جداً أدت إلى حصول فيضان المياه في موقع المرفق العام الملتمزم بتسييره محل العقد وبالتالي إتلاف معداته وأدواته وأجهزته التي أحصرها لتنفيذ التزاماته، فمقتضيات العدالة هنا تقتضي تعويض الملتمزم تعويضاً كاملاً على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وليس منحه التعويض الجزئي كما هو الحال فيما لو أسس قاضي العقد حكمه بالتعويض بناء على نظرية الظروف الطارئة.

الفرع الثاني

شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة لابداً من توافر مجموعة من الشروط يمكن إجمالها على النحو الآتي:

أولاً: يجب أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية استثنائية:

يتعين لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أن يواجه المتعاقد عند تنفيذه للعقد صعوبات ذات طابع مادي، أما إذا كانت الصعوبات التي واجهها المتعاقد مع الإدارة تتعلق بظروف أخرى إدارية أو اقتصادية، فلا مجال لتطبيق

(١) قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (١٧٢) في الطعن رقم (١٩٨) لسنة ١٩٧٧، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٧، ص ٢٧٣.

النظرية في هذه الحالة، بل تطبق نظرية عمل الأمير أو نظرية الظروف الطارئة بحسب الأحوال متى توافرت شروط تطبيق أي منهما.

والوضع الغالب أن يكون مصدر هذه الصعوبات المادية ظواهر طبيعية لم تكن في حسابات المتعاقد وقت إبرام العقد كما لو قابل متعهد الأشغال العامة أرضاً صخرية أو غير صالحة للبناء عليها، أو وجود أترية متكتلة تعترض المتعاقد أثناء التنفيذ أو وجود طبقات صخرية تستدعي من المتعاقد زيادة في التكاليف لإزالة الصخور أو تكون هذه الصعوبات المادية بفعل الغير مثال ذلك وجود قناة خاصة مجاورة لموقع العمل لم يُنوه عنها في المواصفات التي يجري على أساسها إعداد العقد أو اضطرار المتعاقد إلى إصلاح طريق لمقتضى ضرورة تنفيذ أشغال عامة مسندة إليه^(١). كأن تتكشف الأرض عند التنفيذ عن طبيعة صخرية، في حين كان الاعتقاد وقت التعاقد أن هذه الأرض ذات طبيعة سهلة، فكانت مثل كل هذه الصعوبات المذكورة نسبياً في استحقاق المتعاقد للتعويض العادل^(٢).

لاسيما وأن العديد من الأحكام القضائية الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا السورية قد أطلقت على هذه النظرية تسمية "المتعهد المقاول" وذلك عندما يواجه المتعهد (المقاول) طبقات صخرية قاسية أثناء تنفيذه العقد على نحو غير متوقع^(٣).

فلا يكفي لتطبيق النظرية أن يصادف المتعاقد صعوبات عادية أو بسيطة بل يشترط لتطبيق النظرية أن تكون الصعوبات غير عادية أو استثنائية يجاوز ما كان متوقفاً، أما الصعوبات العادية أو المتوقعة فلا يمكن التعويض عنها استناداً إلى هذه النظرية.

وهو ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصرية بقضائها بأن... "شرط الصعوبات المادية الإستثنائية لا يتوافر لمجرد أن الطبقة التي صادفها المدعي وهو

(١) د. منى محمد نجم، الجراءات في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى قسم

القانون العام، أكاديمية الدراسات العليا، بنغازي، ليبيا، ٢٠٠٧، ص ١٧٢.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (٢/٤/١٤٣٦) لسنة ٢٠١٠م، في الطعن ذي الرقم

(٢٢٤٦) لعام ٢٠١٠م الصادر بتاريخ ١٢/١/٢٠١٠م، غير منشور.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، القرار رقم (١/٤/٢٧٦) لسنة ٢٠١٣م في الطعن ذي الرقم

(٣٧٥٢) لسنة ٢٠١٣م الصادر بتاريخ ٢٧/٥/٢٠١٣م، غير منشور.

يتولى تحرير بقعة كانت ذات صلابة غير عادية، بل يجب أن يكون لهذه الطبقة امتداد غير عادي أيضاً، بأن تكون لمساحات واسعة أو بنسبة كبيرة من مجموع المنطقة محل العقد، وبهذا وحده يتحقق المراد من اعتياد الصعوبات غير عادية واستثنائية^(١).

وهو ذات ما تواتر عليه قضاء المحكمة الإدارية العليا المصرية من أن مناط أعمال نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة والتي تُعطي المتعاقد مع جهة الإدارة حقاً في طلب التعويض، هو أن يصادف المتعاقد صعوبات مادية وغير عادية واستثنائية لم يكن من الممكن توقعها بحال من الأحوال عند إبرام العقد، ولا محل لتطبيق النظرية عندما تكون كل ملابسات المشروع تحت نظر الشركة، وعلى علم بها أولاً بأول وبمراحل تنفيذ العقد^(٢).

وبمراعاة أن تنبيه الإدارة للمتعاقد معها إلى صعوبات معينة في تنفيذ العقد مؤداه عدم مسؤوليتها عما يصادف المتعاقد معها من هذه الصعوبات في الحدود المعقولة التي يصل إليها التقدير المادي للأمر دون ما يجاوز هذه الحدود، إذ أنه على أساس النية المشتركة للمتعاقلين يقتضي القول بأن الإعفاء من المسؤولية عما جاوز الحدود المعقولة لم يكن مقصوداً من أيهما لأنه لم يكن يخطر ببالهما تطبيق نظرية الظروف غير المتوقعة على الزيادة التي يكون من شأنها الإخلال باقتصاديات العقد دون الزيادات التي لا يكون لها هذا الأثر.

وقد انتهت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري ولا يصح القول بأنه تم الاتفاق على عدم مسؤولية هيئة قناة السويس عن تعويض الشركة عما تُصادفه من صعوبة غير متوقعة، كذلك التي صادفتها متمثلة في زيادة حجم التربة الصلبة أضعافاً مضاعفة تجاوز كل ما كان مقدراً على أساس الاختبارات التي جرت بمعرفة المقاولين قبل التعاقد وبمعرفة الهيئة، ذلك أن هذا القول مردود بأن ما جاء في العقد وفي الشروط في خصوص التنبيه إلى طبيعة التربة، وإلى ما تحويه من صخور صلبة ونحو ذلك، يحمل على أنه قصد به عدم

(١) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية رقم ٧٢٩٢/ جلسة ١٩٥٧/١/٢٠ مجموعة المبادئ المرجع السابق ص ١٥٢.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بجلسته ١٩٦٩/٦/١٤ المرجع السابق ص ٧٧٨.

مسائلة الهيئة عمّا يصادفه من يُعهد إليه بتنفيذ المشروع من عقبات بسبب ذلك في الحدود المعقولة التي يصل إليها التقدير العادي للأمر المبنية على الاختبارات والبحوث الممكن إجراءها عند وضع هذا التقدير، أما ما جاوز هذه الحدود يكون ثمة تسليم بأنه لم يكن ليخطر ببال أيّ من المتعاقدين، أو مما لم يكن بمقدور أحد أن يتكهن به عند التعاقد، فإن تفسير العقد على أساس النية المشتركة مع الاستهتار بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، ووفقاً للعرف الجاري في المعاملات يقتضي القول بأنه مما لم يتجه إليه قصد المتعاقدين، فإذا ما بدا أثناء التنفيذ أن حجم التربة الصلبة قد زاد زيادة كبيرة عن القدر المتوقع، فإن ذلك يقتضي أن يتفق الطرفان على تقدير ما يترتب على هذه الزيادة من نتائج من شأنها أن تجعل تنفيذ العقد أشد وطأة وأكثر كلفة وبخاصة إذا ما بلغ مدى ذلك حد الإخلال باقتصادات العقد وقلبها رأساً على عقب بسبب انهيار الأسس التي أقيمت عليها، ويكون تقدير الأثر المترتب على النتائج المشار إليها، بالاتفاق على أداء مبالغ إضافية إلى الشركة زيادة عما كان متفقاً عليه من قبل، وذلك تعويضاً لها عما تحمّلت بسبب الصعوبات المادية غير المتوقعة التي صادفتها، وذلك تطبيقاً لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة^(١).

وفي سورية حكمت المحكمة الإدارية العليا السورية في قرارها: ".... أو كأن تتكشف الأرض عند التنفيذ عن طبيعة صخرية في حين كان الاعتقاد عند التعاقد أن الأرض ذات طبيعة سهلة، فكانت مثل كل هذه الصعوبات المذكورة سبباً في استحقاق المعتاقد للتعويض..."^(٢).

(١) فتوى رقم ٩٥ جلسة ٢٩/١/١٩٦٤ ملف رقم ٣٠/١٠/٧. مشار إليه لدى د. محمد ماهر أبو العينين، الوسيط في اختصاصات مجلس الدولة، مكتبة نادي مجلس الدولة المصري، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٥١٠.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ١٤٣٦/ع/٢ لسنة ٢٠١٠ في الطعن ذي الرقم ٢٢٤٦/ لعام ٢٠١٠ الصادر بتاريخ ١/١٢/٢٠١٠.

إضافة إلى أن العديد من الأحكام القضائية الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا السورية قد أطلقت على هذه النظرية تسمية النظرية الصخرية، وذلك عندما يواجه المتعهد (المقاول) طبقات صخرية قاسية أثناء تنفيذ العقد على نحو غير متوقع^(١).

ويجب التنويه إلى أنه قد توجد صعوبات مادية لا ترجع إلى الظواهر الطبيعية، بل قد يكون مصدرها فعل بعض الناس من الغير، كوجود قناة خاصة بجوار موقع العمل، لم تظهر في المواصفات التي على أساسها أعد العقد، أو أن يضطر المقاول إلى اصلاح طريق مجاور لموقع العمل ضرورة لتنفيذ الأشغال العامة، وإذ به يواجه طبقة صخرية قاسية.

ومن جانب آخر يجب ألا تكون الصعوبات التي تبرر تطبيق النظرية من عمل الإدارة، فإن كانت من عمل الإدارة أو بسبب تدخلها فلا مجال لتطبيق نظرية الصعوبات، ولا يحول ذلك دون إمكانية قيام مسؤولية الإدارة، إما على أساس الخطأ أو على أساس نظرية عمل الأمير بحسب الأحوال وفقاً لكل حالة على حدة.

وبالمقابل ألا يكون المتعاقد مع الإدارة هو المتسبب في إحداث تلك الصعوبات أو زيادة آثارها ومداها، وأن يثبت أنه لم يكن في وسعه توقي آثار تلك الصعوبات مما بين يديه من وسائل، وألا يكون قد خرج على شروط العقد أثناء قيامه بتنفيذ التزاماته.

وهو ما أوضحتها المحكمة الإدارية العليا السورية بقضائها فإنه وإن كان المدعي قد أخطأ حيثما تقدم بعبائه 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 في 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 وتناسب المياه فيه، وقد كان مفروضاً عليها قبل وضع الرسومات والتصميمات أن تقوم بالأبحاث والتجارب

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، القرار رقم (٢٧٦/ع/١) لسنة ٢٠١٣، في الطعن رقم (٣٧٥٢) لسنة ٢٠١٣ الصادر بتاريخ ٢٧/٥/٢٠١٣ غير منشور.

اللازمة للتعرف على المناسيب والضغوط التي يمكن أن تنشأ في حوض التخزين حتى تجيء تلك التصميمات قابلة للتنفيذ العملي^(١).

وفي نفس السياق أكد دفتر الشروط العامة لنظام العقود في سورية على المتعهد قبل المباشرة في تنفيذ أي جزء من العقد أن يُدقق ويتأكد من صحة المخططات ومطابقتها بعضها لبعض ولكل ما يقتضيه دفتر الشروط الفنية وجدول الأسعار وقائمة الكميات وغيرها من الأحكام.

وعلى المتعهد أن يطلب من الجهة العامة تصحيح أي تباين أو تناقض أو نقص أو خطأ قد يلحظه في هذه المخططات أو الشروط الفنية أو الكشف أو التعليمات المعطاة إليه (سواء أكانت مكتوبة أم مرسومة وسواء أكانت مرافقة للعقد أم أعطيت إلى المتعهد فيما بعد أثناء التنفيذ).

وعلى المتعهد في محل هذه الحالات العمل بموجب التعليمات النهائية الخطية التي تطلب الجهة العامة إتباعها أثناء التنفيذ في هذا الموضوع^(٢)، وفي حال لم يراجع المتعهد الجهة العامة خطياً بشأن أي تباين أو تناقض أو نقص في المخططات والشروط الفنية، وظهر بعد تنفيذ الأشغال كلها أو بعضها أي خطأ لا يمكن قبوله أو تلافيه في أي من الأعمال الواردة في العقد إجمالاً أو تفصيلاً تقع على المتعهد مسؤولية ما يترتب على تصحيح أو هدم أو إعادة بناء القسم المتأثر بالخطأ الواقع وعليه إزالة نتائج هذا الخطأ على نفقته الخاصة مهما بلغت التكاليف، وبالمقابل حمل دفتر الشروط العامة المسؤولية عن صحة التصاميم المقدمة من قبلها من الوجهتين العينية والحسابية^(٣).

وعلى ضوء ما تقدم فإنه ينطبق على كل من الطرفين أن يتحمل تبعه ما وقع فيه من خطأ، ومن ناحية أخرى لا يحق للمتعهد أن يطالب جهة الإدارة بأية مبالغ إضافية يتكبدها أو خسائر لحقت به نتيجة الصعوبات التي واجهها في تنفيذ

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، رقم، ٣٩/١٤٢ لعام ١٩٧٦، مأخوذ عن مصباح نوري المهايبي، المرجع السابق، القاعدة ٧٥٢٩، ص ٣٦٠.

(٢) الفقرة /أ/ من المادة ٢١/ من الرسوم ٤٥٠ المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود الصادر بتاريخ ٢٠٠٤/١٢/٩.

(٣) الفقرة /ج/ من المادة ٢١/ من المرسوم ٤٥٠.

الأعمال موضوع العقد الإداري في حال تقصيره أو خطأه في الاطلاع على المخططات أو الشروط الفنية.

ثانياً: يجب أن تكون الصعوبات المادية غير متوقعة عند إبرام العقد:

يُشترط لإمكان الحصول على التعويض عن الصعوبات المادية أن تكون الصعوبات التي تواجه المتعاقد مع الإدارة غير متوقعة لحظة إبرام العقد من قبل طرفي العقد ويجب على المتعاقد أن يقوم بكافة الإجراءات الاحتياطية التي تضمن دراسة ظروف العقد من جميع الجوانب بحيث تكون الصعوبات المادية فاقت كل توقعاته بعد بذل هذا الجهد^(١)، تأسيساً على أنه متى كان المتعاقد منذ أن أبرم العقد بالرغم من توقعه تلك الصعوبات دون أن يُبدي تحفظاته الفنية في العرض المقدم من قبله تحمل مغبةً تصرفه وتقصيره في عمله، أما إن كانت تلك الصعوبات متوقعة إلا أن المتعاقد تراخى عن بذل الجهد العالي لتوقعها والإستعداد لها فلا يلومن إلا نفسه على إهماله وتقصيره.

ونصت المادة /٢٨/ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم /٨٩/ لعام /١٩٩٨/.

على أن يلزم المقاول بأن يتحرى بنفسه طبيعة الأعمال وعمل كل ما يلزم من اختبارات وغيرها للتأكد من صلاحية المواصفات والتصميمات المعتمدة وعليه إخبار جهة الإدارة في الوقت المناسب بملاحظاته عليها ويكون مسؤولاً عن جميع الرسوم والتصميمات كما لو كانت مقدمة منه^(٢).

ويمثل ذلك نص المادة /٢١/ من المرسوم رقم /٤٥٠/ المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود في سورية الصادر بتاريخ ٢٠٠٤/١٢/٩م التي أوجبت على المتعهد قبل المباشرة بالتنفيذ أن يُدقق ويتأكد من صحة المخططات ومطابقتها بعضها لبعض وكل ما يقتضيه دفتر الشروط الفنية وجدول الأسعار وقائمة الكميات وغيرها من الأحكام، وعليه أن يطلب من الجهة العامة تصحيح أي

(١) رياض الياس الجريسات، المرجع السابق، ٦٦.

(٢) د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص ١٦٩.

تباين أو تناقض أو نقص أو خطأ في المخططات أو الشروط الفنية أو الكشف أو التعليمات المعطاة إليه.

وكل ذلك تحت طائلة مسؤولية المتعهد وما يترتب عليه من تصحيح أو هدم أو إعادة بناء القسم المتأثر بالخطأ وعلى نفقته الخاصة مهما بلغت التكاليف.

وبهذه المثابة فإنه يجب على المتعاقد قبل قبول العقد أن يبذل الجهد الذي يبذله المتعاقد الحريص للإحاطة بكافة الصعوبات المادية التي من شأنها أن تصادفه عند التنفيذ وأن يضعها في اعتباره عند تقديم العرض^(١)، وفي حالة إقرار المتعاقد بأنه قرر وتحت مسؤوليته الكاملة طبيعة وصعوبات الأعمال التي سيقوم بها فإنه لا يحق له المطالبة بالتعويض عن الصعوبات التي واجهته عند التنفيذ^(٢). إلا أن مجلس الدولة الفرنسي قد وضع في الاعتبار معارضة الإدارة للمتعاقد في هذا الخصوص، ذلك أن مبدأ أعمال حسن النية في التعاقد، يقتضي في أن تضع الإدارة تحت تصرف المتعاقد كل ما لديها من المعلومات المتوفرة بشأن الصعوبات المحتملة التي قد تواجههم لدى تنفيذ العقد، وإلا كانت الإدارة مسؤولة بالتعويض نتيجة ذلك، فإذا ثبت تقصير الإدارة في هذا الخصوص فإن مجلس الدولة في كل من فرنسا ومصر وسورية يلزم الإدارة بالتعويض^(٣).

وهنا يبرز دور القاضي الإداري بشكل كبير ومهم، إذ يتعين عليه أن يبحث ما إذا كان المتعاقد قد بذل في تاريخ إبرام العقد الجهد الضروري وأن يكون قد تحرى بنفسه طبيعة الأعمال، وعمل كل ما يلزم لذلك من اختبارات وغيرها للتأكد من صلاحية المواصفات والتصميمات المعتمدة، كما أن على المتعاقد أيضاً إعلام الإدارة في الوقت المناسب بملاحظاته، وفي الوقت ذاته يأخذ قاضي العقد بعين الاعتبار موقف الإدارة، ومدى انطباقه مع القانون أم لا، بحيث تكون قد وضعت تحت تصرف المتعاقد كافة ما لديها من المستندات والدراسات اللازمة قبل إبرام العقد، ليتمكن من أن يقف على انعكاس الظروف الجديدة والمصاعب التي قد يصادفها أثناء التنفيذ.

(١) د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص ١٦٩.

(٢) C. E 14/11/1973, SocieteHersent, R. S. P. 1974, P. 1175.

(٣) د. محمد بن سعيد بن حمد المعمري، الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلتي الانعقاد والتنفيذ (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ٢٠١١، ص ٣٩٥.

وقد قررت المحكمة الإدارية العليا في مصر أن المقال يُعتبر مسؤولاً عن التحقق من طبيعة الطبقات في موقع الأعمال بإجراء التحريات بنفسه عنها، ومن ثم يكون مسؤولاً إذا ما تقاعس عن القيام بذلك عن كافة الصعوبات التي واجهته بسبب طبيعة الأرض^(١).

كما أوضحت المحكمة الإدارية العليا المصرية مناه تطبيق النظرية بأن... يصادف المتعاقد صعوبات مادية وغير مادية عادية واستثنائية لم يكن من الممكن توقعها بحال من الأحوال عند إبرام العقد لا محل لتطبيق النظرية عندما تكون محل ملابسات المشروع تحت نظر الشركة وعلى علم بها أولاً بأول وبمراحل تنفيذ العقد^(٢).

وبينت المحكمة الإدارية العليا السورية في أحد أحكامها "... إلى أن الحفريات الصخرية التي تم تنفيذها في موقع المشروع موضوع الدعوى لم تكن متوقعة من كلا طرفي العقد لخلوه من أي دراسة جيوتكنيكية لطبقات التربة في موقع المشروع..."^(٣).

كما حددت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري مضمون شرط عدم التوقع فقالت: «لم يخطر ببال أي من المتعاقدين أو مما لم يكن في مقدور أحد أن يتكهن به عند التعاقد»^(٤).

والقضاء الإداري السوري طبق شرط عدم التوقع بدقة في إحدى القضايا التي عدّ فيها أن الصعوبات التي صادفها المتعهد في العمل أثناء حفره لموقع الملجأ لم تكن متوقعة ولم يكن في وسع الإدارة ولا المتعهد توقعها وعلى الأخص بالصورة التي رافقت قسوة الطبقة الصخرية وظهور المياه أثناء الحفريات... وبناء على ما

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر في الطعنين ٩١٦ - ٩١٤ لسنة ٣٣ من جلسة ٢٠٠١/١/٣١ المرجع السابق ص ٦٣٠.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر الصفحة ٨٠٠ لسنة ٣٤ ق. جلسة ١٩٩٢/٥/١٦.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (١/٤٤٤/ع) لسنة ٢٠١٤، في الطعن رقم (٢٦٢٥) الصادر بتاريخ ٢٠١٤/٧/٢١، غير منشور.

(٤) فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري فتوى ٩٥ جلسة ١٩٦٤/١/٢٩ مجموعة الأربعين عاماً ص ٤٦٧.

تقدم يكون قد توافر في شأن الواقعة محل النزاع الشروط الواجب اجتماعها لاستحقاق التعويض على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة..^(١).

وعليه نخلص إلى أن المخاطر الطبيعية وفق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة تكون موجودة أصلاً قبل بدء المتعهد بالتنفيذ، ومن ثم تتكشف أثناء التنفيذ في حين أن المخاطر أو الحوادث أو التصرفات وفق نظريتي الظروف الطارئة وفعل الأمير تطرأ أثناء التنفيذ حصراً ولا يكون لها وجود قبل إبرام العقد.

ويقع عبء إثبات وجود الصعوبات المادية وعدم إمكانية توقعها على عاتق المتعاقد مع طلب التعويض وتحديد مدى إمكانية توقع تلك الصعوبات من عدمه من الأمور التي تخضع لتقدير قاضي العقد وفقاً للمعيار الموضوعي في كل حالة على حدة آخذاً بعين الاعتبار ما بذله المتعاقد من جهد للوقوف على تلك الصعوبات وتوقعها وفقاً لمعيار الرجل الحريص، ومدى تعاون الجهة الإدارية معه في تزويده بكل المعلومات التي قد تُعينه على توقع الصعوبات التي قد تصادفه فإن هي قصرت في ذلك فإن القاضي يحكم بتعويض للمتعاقد ويرى بعض الفقهاء أن شرط عدم التوقع إنما يُقدر بذات الأوضاع التي يقدر بها في نظرية الظروف الطارئة بحيث تطبق النظرية سواء عند عدم توقع صعوبات بذاتها أو عند عدم توقع آثارها^(٢).

ثالثاً: أن تكون الصعوبات المادية خارجة عن إرادة المتعاقدين:

يتعين ألا يكون لأحد طرفي العقد سواء الإدارة أو المتعاقد معها دخل في وجود هذه الصعوبات أمّا إذا كانت ترجع إلى تدخل الإدارة طبقت نظرية عمل الأمير، كما يجب أن تخرج هذه الصعوبات عن إرادة المتعاقد فيجب ألا تكون له يد في إحداثها أو حتى في زيادة آثارها الخطرة وأن يثبت أنه لم يكن في وسعه

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (٣٩/١٤٢) لعام ١٩٧٦، مصباح المهاني، المرجع السابق، ص ٣٦٠.

(٢) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري فتوى ٩٥ جلسة ١٩٦٤/١/٢٩ مجموعة الأربعين عاماً ص ٤٦٧.

٣. عاطف سعدي علي، عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، دراسة مقارنة، القاهرة، مصر، ٢٠٠٥، ص ٥٣٦.

توقي آثارها، كما يجب كذلك أن يثبت أن المتعاقد لم يخرج عن شروط العقد أثناء قيامه بتنفيذ التزاماته^(١).

وإذا كانت هذه الصعوبات وليدة خطأ أو إهمال المتعاقد مع الإدارة فيُسأل عنها وفقاً لمقدار ونوع هذا الخطأ وهو ما قضت به المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر في ١٥/١٢/١٩٦٤ والذي قالت فيه أنه... وإن كان المدعي قد أخطأ حينما تقدّم بعطائه قبل دراسة تصميمات المشروع على أساس لا يتفق من الناحية الفنية^(٢).

ويُضاف أيضاً أنه إذا نتجت الصعوبات المادية عن عمل الغير فإن هذا لا يقف مانعاً أمام تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة^(٣).

رابعاً: أن تؤدي هذه الصعوبات إلى جعل تنفيذ العقد مرهقاً:

لكي يستحق المتعاقد التعويض لابدأ وأن يترتب على نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة التي واجهته أثناء تنفيذ العقد ضرر يلحق به ويؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد أي زيادة الأعباء المالية للمتعاقد^(٤).

وبهذه المثابة فإن تلك النظرية لا تطبق تلقائياً لمجرد أن تنفيذ العقد الإداري اعترضته صعوبات مادية استثنائية غير متوقعة، بل يتعين لتطبيقها زيادة الأعباء الملقة على عاتق المتعاقد، أمّا إذا تمكن المتعاقد من مواجهة تلك الصعوبات دون تحمل ثمة تكلفة إضافية فقد انتفى مناط تطبيق هذه النظرية.

وكون الصعوبة المادية تتوافر على الصفة الاستثنائية يختلف تقديرها باختلاف التي تُعرض في التطبيق ولكن مع توافرها لا يصل حداً من الجسامة يستحيل معه تنفيذ العقد، فلا مجال لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بل تطبيق نظرية القوة القاهرة.

(١) د. زكريا المصري، المرجع السابق، ص ١٠٠.

(٢) د. إبراهيم الشاروق نفوقه، المرجع السابق، ص ١٧٩.

(٣) د. دويب حسن صابر، المرجع السابق، ص ٢٤٤.

(٤) د. جهاد زهير الحرازين، المرجع السابق، ص ٢٣٠.

ولا يشترط لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أن يكون من شأن الصعوبات قلب اقتصاديات العقد، وذلك خلافاً لما هو مقرر بشأن شروط تطبيق الظروف الطارئة التي يتعين لتطبيقها أن يصل الضرر إلى حد قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب لاستحقاق التعويض، إذ يكفي لتطبيق نظرية الصعوبات أن تكون الصعوبات التي يواجهها المتعاقد تجعل من تنفيذ العقد مرهقاً بما يؤثر على التوازن المالي للعقد.

وقد ثار التساؤل حول مدى إمكانية تطبيق نظرية الصعوبات المادية في حالة العقود الجزافية؟

والعقود الجزافية هي العقود التي تتضمن تحديداً لكمية الأعمال المطلوبة تحديداً إجمالياً لما تلتزم بدفعه من ثمن يقابلها، أي أن العقود الجزافية تتضمن أمرين في وقت واحد، فيحدد الثمن الإجمالي الذي تدفعه الإدارة مقابل كمية الأعمال الإجمالية التي يلتزم بها المتعاقد^(١).

ففي تلك العقود فإن مناط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أن يصل الضرر إلى حد قلب اقتصاديات العقد "خلافاً لما هو مقرر بشأن سائر العقود الأخرى" ويقدر هذا الإخلال بالنظر إلى المبالغ الإضافية التي أنفقت لمواجهة الصعوبات المادية وبين القيمة الإجمالية للعقد^(٢).

ويجري قضاء مجلس الدولة الفرنسي على تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة على العقود الجزافية، إلا أنه يتشدد فيما يتعلق بأثر هذه الصعوبات، حيث لا يكفي بمجرد أن يكون من شأن تلك الصعوبات أن يصبح تنفيذ العقد مرهقاً، بل يجب أن تؤدي هذه الصعوبات إلى الإخلال باقتصاديات العقد، فمجرد الإرهاق في تنفيذ العقد الجزافي لا يكفي لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بل لابد أن يصل الإرهاق إلى درجة من الجسامة تؤدي إلى الإخلال باقتصاديات العقد^(٣).

(١) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية ٦٢٩.

(2) C. E. 30/6/1948, Mindelaguerre, Rec. P359.

(٣) د. محمد علي إبراهيم، المرجع السابق، ص ٤٢.

وهو ما اعتنقته الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري حيث انتهت إلى أن "مما يجب التنبيه إليه بالنسبة إلى العقود الجزافية وهي التي تتضمن تحديد أجر لكمية الأعمال المطلوبة وتحديدًا إجماليًا لما تلتزم الجهة الإدارية بدفعه من ثمن يقابلها، فإن هذا الطابع الجزافي في تحديد الثمن لا يحول دون تطبيق نظرية الصعوبات غير المتوقعة على أنه يجب عندئذ أن يكون من شأن الصعوبات المادية أن تخل باقتصاديات العقد تبعاً لإنهيار الأسس التي قام عليها تقدير الثمن المتفق عليه^(١).

(١) الفتوى رقم ٩٥ مجلس الدولة المصري بتاريخ ١٩٦٤/٢/٤.

المطلب الثاني

آثار الرقابة القضائية المترتبة على تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

من أهم آثار الرقابة القضائية المترتبة على تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أنه يجب من باب العدالة تعويض المتعاقد عن ذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد زيادة تغطي جميع الأعباء والتكاليف التي تحملها، اعتباراً بأن الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسري إلا على الأعمال العادية المتوقعة فقط، وأن هذه نية الطرفين المشتركة، والتعويض هنا لا يتمثل في معونة مالية جزئية تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد معها، بل يكون تعويضاً عن جميع الأضرار التي يتحملها المفاوض بدفع مبلغ إضافي له على الأسعار المتفق عليها^(١).

والى جانب هذا الأثر يوجد هناك أثر آخر وذلك عندما تتوفر شروط نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وهو استمرار المتعاقد في تنفيذ العقد، حيث أن وجود الصعوبات المادية لا يحرر المتعاقد من التزاماته إذ يضل العقد قائماً وواجب التنفيذ ولا يعفى المتعاقد من التزامه إلا إذا أصبح التنفيذ مستحيلاً وهنا نكون أمام نظرية القوة القاهرة^(٢).

فالمتعاقدين مع الإدارة يستهدف معاونتها في سبيل تحقيق المصلحة العامة فالعقود الإدارية تتميز بطابع خاص منطية احتياجات المرفق العام الذي يهدف العقد إلى تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، وبالتالي لا يسوغ للمتعاقد أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق، بل يتعين عليه إزاء هذه الاعتبارات أن يستمر في التنفيذ ما دام ذلك في استطاعته ثم يطالب جهة الإدارة بالتعويض عن الأضرار التي أصابته إن كان لذلك مقتضى وكان له وجه حق فيه فلا يجوز الامتناع عن تنفيذ التزاماته بإرادته المنفردة وإلا تخلف منطية تطبيق النظرية أو استحقاقه للتعويض، وحقت مسائلته عن الأضرار التي تصيب المرفق من جراء فعله من خلال التنفيذ على الحساب وتوقيع الجزاءات المتحررة

(١) د. محمد بن سعيد بن حمد المعمري، المرجع السابق، ص ٤١١.

(٢) د. سعاد الشرقاوي، المرجع السابق ص ٤٤٢.

عليه وهو ما يستوجب التزامه بالاستمرار في تنفيذ التزاماته العقدية متى كان ذلك في استطاعته ولم يتحول الطرف الطارئ إلى قوة قاهرة يستحيل معها التنفيذ، تلك القوة التي يترتب على توافر شروطها إعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته التعاقدية.

إلا أنه قد يترتب على وجود الصعوبات المادية إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير إذا تعدى الحدود الزمنية المقررة للإنتهاء من الأشغال موضوع العقد، وذلك بقدر الفترة الزمنية التي واجه فيها تلك الصعوبات^(١).

وباعتبار أن التعويض هو النتيجة الرئيسية التي يقوم عليها موضوع البحث فعليه سنبحث في أساس التعويض، ونظام التعويض، وذلك في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: أساس التعويض.

الفرع الثاني: نظام التعويض.

الفرع الأول

أساس التعويض

اختلف الفقه الإداري حول تحديد الأساس القانوني الذي تقوم عليه نظرية الصعوبات غير المتوقعة من حيث منح المتعاقد التعويض عن هذه الصعوبات، فمنهم من يرجعها إلى النية المشتركة للطرفين، بينما يرجعها البعض إلى فكرة المسؤولية التقصيرية، ومنهم من يؤسسها على فكرة التعاون بين الإدارة والمتعاقد معها، بينما ذهب رأي رابع إلى فكرة العدالة والطبيعة الذاتية للعقود الإدارية.

وفيما يلي سنتعرض لكل أساس بالتفصيل:

أولاً: النية المشتركة للطرفين:

يرى بعض الفقهاء أن أساس التعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة هو النية المشتركة لأطراف العقد حيث تقوم هذه الفكرة على أن الطرفين المتعاقدين قد أبرما العقد على أساس أن السعر المتفق عليه في العقد تم تحديده مقابل التنفيذ

(1) C. E, 9/7/1965 CommunedDving Rec, P. 545.

في ظروف عادية أما الصعوبات المادية غير المتوقعة التي تصادف المتعاقد أثناء تنفيذه للعقد فهي لم تكن متوقعة من قبل ويفترض أيهما قصداً أن يقدر مقابلها بطريقة خاصة^(١).

إذ أن هذه النية المشتركة تنشأ عن الالتزام الذي يفرضه العقد على المتعاقد مع الإدارة الذي يتمثل في تنفيذ شروط العقد وأوامر الإدارة المتعاقدة والتي تصدرها إليه دون أن يكون له الحرية في مناقشتها كما أن النية المشتركة للمتعاقلين تنشأ من القاعدة العامة في التعاقد والتي تقضي بتنفيذ العقد بحسن نية^(٢).

وهذا ما تبناه مجلس الدولة الفرنسي في بعض أحكامه، وهو أيضاً ما تبنته محكمة القضاء الإداري في مصر بقولها: «بأنه قد تطرأ صعوبات مادية غير متوقعة عند التعاقد ونجعل التنفيذ أشد وطأة وكلفة فيجب تعويضه عن ذلك بزيادة الأسعار اعتياداً من أن السعر المتفق عليه في العقد لا تسري إلا على الأعمال العادية، المتوقعة فقط وهذه نية الطرفين المشتركة»^(٣).

وينتقد هذا الرأي وذلك على أساس أن فكرة النية المشتركة للمتعاقلين لا تكفي لتبرير التعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة لأن التعويض في هذه النظرية جزءاً من النظام القانوني للعقود يطبق في حالة عدم وجود نص في العقد، وأيضاً في حالة اشتراط التنفيذ مهما كانت الصعوبات.

ويرى الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي أنه بالرغم من تبني مجلس الدولة الفرنسي لهذا الأساس في بعض أحكامه إلا أن هذا الأساس منتقد في كثير من الحالات لاسيما وأن مجلس الدولة الفرنسي يطبق النظرية على الرغم من احتواء العقد على شرط صريح باستبعادها.

ثانياً: فكرة المسؤولية التقصيرية:

ذهب الفقيه الفرنسي بينكو إلى تأسيس هذه النظرية على عمل الأمير أو فكرة المسؤولية التقصيرية للإدارة، وذلك لوجود علاقة بين الصعوبات وخطأ الإدارة

(١) إبراهيم المنجي، المرجع السابق، ص ١٦٤.

(٢) إبراهيم نفوقه، المرجع السابق، ص ١٨٢.

(٣) د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٦٨٨.

لكونها هي من أعدت العقد ودرست خطة التنفيذ وقد دقق المتعاقد بدقة هذه المعلومات أما وقد ظهر عدم صحتها فعلى الإدارة تحمل هذه الأضرار^(١).

إلا أن هذه الفكرة منتقدة من جانب الفقه كون نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يفترض أنها وليدة ظروف خارجة عن إرادة المتعاقدين وهذا لا يعني بطبيعة الحال الصعوبات الناتجة عن تدخلات الجهة الإدارية، فهذه لا تكون في مجال تطبيق نظرية الصعوبات ولكن في نطاق نظرية عمل الأمير إذا توافرت شروط تطبيقها أو قواعد المسؤولية التقصيرية^(٢).

ثالثاً: فكرة التعاون بين الإدارة والمتعاقد معها:

يذهب الفقيه الفرنسي بنوا إلى أن أساس التعويض عن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة هي الفكرة الأساسية للعقود الإدارية والتي تتمثل في التفاوت بين الإدارة والمتعاقد معها.

ففي حالة مواجهة المتعاقد لصعوبات استثنائية غير متوقعة أثناء التنفيذ فإن هذا التعاون يجب أن يستمر ولا ينقطع ويجب على المتعاقد أن يبذل جهده كما يجب على الإدارة أن تعاون به بدفع قيمة كل الأعمال التي قام بها^(٣).

تعرض هذا الأساس للنقد وذلك باعتبار أن فكرة التعاون بين الإدارة والمتعاقد معها فكرة واسعة وغير محددة يمكن أن تفسر تقرير حق المتعاقد في الحصول على تعويض عند مواجهته لصعوبات غير متوقعة ولكن لا يمكن أن تبرره ففكرة التعاون، وإن كانت عنصراً أساسياً في النظام القانوني للعقود الإدارية إلا أنها أساس عام لا يكفي لتبرير حق المتعاقد في الحصول على تعويض عن مواجهته لصعوبات غير متوقعة أثناء التنفيذ.

رابعاً: اعتبارات العدالة والطبيعة الذاتية للعقود الإدارية:

يذهب الرأي الراجح في الفقه إلى أن هذه النظرية هي وليدة اعتبارات العدالة والطبيعة الذاتية للعقود الإدارية فليس من العدالة في شيء أن يترك المتعاقد وشأنه

(١) د. نصري منصور النابلسي، المرجع السابق ص ٦١٩.

(٢) د. سليمان الطماوي، المرجع السابق ص ٦٨٩.

(٣) د. مفتاح خليفة عبد الحميد، د. حمد محمد الشلحاني، المرجع السابق، ص ٣٤٤.

عند مواجهته لصعوبات غير عادية استثنائية لم يكن في الوسع توقعها عند التعاقد فيتكبد وحده نفقات تتجاوز كل ما كان متفقاً عليه كما أن المتعاقد يتعاون مع الإدارة لتسيير المرفق العام المتعلق به العقد الإداري، لذلك فإن العدالة تقتضي تعويض المتعاقد عند توافر شروط النظرية^(١).

ويميل الباحث في هذا المجال إلى ترجيح الرأي الذي يقول بإرجاع الأساس القانوني للتعويض عن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة إلى فكرة اعتبارات العدالة والطبيعة الذاتية للعقود الإدارية، فإعتبارات العدالة تتطلب مساعدة المتعاقد مع الإدارة في حالة تعرضه عند تنفيذ العقد لصعوبات غير عادية فيتكبد نتيجة لذلك نفقات لم يكن في الوسع أن يتوقعها عند إبرام العقد والتي تجعل تنفيذ العقد مرهقاً له، وكذلك الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية وعلاقتها بالمرفق العام وذلك من خلال النظر إلى المتعاقد مع الإدارة على أنه معاون للإدارة في أداء وظيفتها ومحافظةً على المصلحة العامة، ولكي يستمر المرفق العام في أداء خدماته بانتظام وإطراد وجب على جهة الإدارة معاونة المتعاقد معها في حال تعرضه إلى صعوبات تفترض تنفيذ العقد والتي من شأنها أن تقلب اقتصاديات العقد.

الفرع الثاني

نظام التعويض

إذا قام مقتضى تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة فيجب من باب العدالة تعويض المتعاقد عن ذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد زيادة تقتضي جميع الأعباء والتكاليف التي تحملها، اعتباراً لكون الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسري إلا على الأعمال العادية، والتعويض هنا لا يتمثل في معاونة مالية جزئية تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد معها، بل يكون تعويضاً عن جميع الأضرار التي يتحملها المتعاقد بدفع مبلغ إضافي له على الأسعار المتفق عليها^(٢).

(١) د. سليمان الطماوي، المرجع السابق ص ٦٨٩، وكذلك د. نصري منصور النابلسي، المرجع السابق،

ص ٦٢١، وكذلك د. مفتاح خليفة عبد الحميد المرجع السابق، ص ٢٩٠.

(٢) د. محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص ٦٩٦.

أولاً: مقدار التعويض:

يترتب على توافر شروط نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ضرورة تعويض المتعاقد مع الإدارة عن كافة الأضرار التي حاققت به على أن يقدر فيها السعر الذي اتفق عليه المتعاقدان في العقد^(١)، 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^(٢).

ويختلف التعويض وفق نظرية الصعوبات المادية عنه في حالة نظرية الظروف الطارئة في أن التعويض الذي يترتب وفقاً لنظرية الصعوبات المادية هو تعويض كامل عن الأعمال الإضافية والأضرار التي لحقت بالمتعاقد مع الإدارة وهو ما يختلف عن التعويض الذي يدفع طبقاً لنظرية الظروف الطارئة والتي تؤدي إلى توزيع الخسارة بين الإدارة والمتعاقد الذي لا يملك الحق إلا بتعويض جزئي.

وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي على مبدأ التعويض الكامل عن الصعوبات المادية غير المتوقعة بشكل واضح وصريح فقضى بأن التعويض المقرر للمتعاقد لإصلاح النتائج المترتبة على الصعوبات المادية غير المتوقعة يجب أن يغطي جميع الأضرار التي لحقته بسبب تلك الصعوبات.

وقد أكدت الجمعية العمومية للفتوى والتشريع في مصر أيضاً حيث قضت أيضاً بمبدأ التعويض الكامل عن كافة الأضرار عند تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة حيث قضت بأن: والتعويض هنا لا يتمثل في معادلة مالية جزئية تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد معها بل يكون تعويضاً كاملاً عن جميع الأضرار التي يتحملها وذلك بدفع مبلغ احتمالي له على الأسعار المتفق عليها^(٣).

وهو ما ذهب إليه المحكمة الإدارية العليا في مصر في أحد أحكامها الذي قضت فيه بقولها أن تلك الصعوبات غير عادية وترجع إلى طبيعة الأرض والأثرية

(١) د. دويب حسين صابر، المرجع السابق ص ٢٢٧.

(٢) د. سعيد نحيلي، د. عيسى الحسن، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ١٩٦.

(٣) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري رقم ٩٥ في ١٩٦٤/٢/٤ جلسة ١٩٦٤/١/٢٩ المجموعة السنة ١٨ ص ١٨٦.

وأنه ما كان بإمكان طرفي العقد توقعها وهو ما يفيد توافر شروط انطباق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بما يتعين معه تعويض الماقل بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد زيادة تقضي جميع الأعباء والتكاليف التي يتحملها باعتبار الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسري إلا على الأعمال العادية المتوقعة، وإذا ذهب الحكم المطعون عليه هذا المذهب حيث قضى بإلزام الإدارة بجميع الأعباء والتكاليف التي تحملها المطعون ضده عن تنفيذ الأعمال الاحتمالية بما يجاوز نسبة ٢٥% من الأعمال الإضافية فإنه يكون قد أصبح من صحيح القانون^(١).

مع مراعاة أن يخصم من هذا التعويض الكامل عن كافة الأضرار قيمة الخسائر التي تسببها المتعاقد بأخطائه ومثال ذلك إهمال في دراسة التربة والمكان الذي سينفذ عليه العقد على الرغم من إمداد الإدارة له بالمعلومات أو عدم إتباعه الوسائل الفنية الحديثة المسلم بها في تنفيذ العقد للتغلب على أي صعوبات مادية تواجهه أثناء التنفيذ، ويأخذ القاضي في اعتباره عند تقدير التعويض عن هذه الصعوبات كافة ظروف الواقع والأسباب^(٢).

ثانياً: كيفية حساب التعويض:

لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية عن الأضرار التي قد تلحق بالمتعاقد بسبب الصعوبات المادية التي تواجهه أثناء تنفيذ العقد حيث أنه من المقرر في العقود الإدارية أن الإدارة لا تملك تضمينها نصوصاً بعدم مسؤوليتها وتعفيها من الالتزام بالتعويض عن الأضرار المترتبة على الصعوبات المادية غير المتوقعة لتعارض ذلك مع المبادئ المقررة في القانون الإداري والتي تقضي بثبوت حق المتعاقد مع الإدارة في التعويض طبقاً للنظريات السائدة في نظام العقود الإدارية ومنها حقه في تحقيق التوازن المالي للعقد^(٣).

إضافة إلى تضمين العقد شرطاً يتعلق بإحتمال وقوع أضرار معينة وتحديد مقدار التعويض المتعلق بها حال حصولها فعندئذ يكون هذا الشرط صحيحاً

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، الطعن رقم ٥٦٧ لسنة ٥٣٩، جلسة ١٩٧٧/١٢/٣٠

الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء ٤٩، قاعدة رقم ٤١ ص ١٧٠.

(٢) د. أحمد سلامة بدر، المرجع السابق، ص ٢٩٦.

(٣) إبراهيم نفوقة، المرجع السابق، ص ١٨٩.

ويقتضي إعماله عند احتساب التعويض بإعتباره متوقع عند إبرام العقد، ولا يحكم بالتعويض في هذه الحالة استناداً لنظريات التوازن المالي التي تشترط بشكل خاص وقوع أعمال طارئة لم تكن بالحسبان عند إبرام العقد.

وفي حساب التعويض الكامل المستحق عن تحقق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يلجأ مجلس الدولة الفرنسي عادة إلى السعر المتفق عليه في العقد فيقدر التعويض على هواه، على أن المجلس يقدر التعويض تقديرًا مستقلاً.

وعلى أساس الأسعار الجديدة إذا ثبت أنه عند مصادفة الصعوبات المادية كانت الظروف التي أبرم العقد في ظلها قد تغيرت أو إذا أدت الصعوبات المادية الطارئة إلى تغيير كامل في الأسس التي روعيت عند تحديد الأسعار في العقد^(١).

ويرأينا فإنه مجلس الدولة السوري طبق النظرية دون أن يشير إليها صراحة في أحكامه، وبأن التعويض الذي تبناه القضاء الإداري السوري هنا كآثر لتطبيق نظريات الصعوبات المادية غير المتوقعة هو عبارة عن تعويض المتعهد تعويضاً كاملاً لقاء ما تكبده من نفقات إضافية لتنفيذ أعمال المشروع، إلا مأخذنا على الحكم السالف ذكره هو أنه قد أغفل ذكر مدى تحقق شروط نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة على الواقعة موضوع هذه القضية، ومن ثم تقرير التعويض الكامل كنتيجة لهذا التطبيق، وذلك بعد الاستناد على الوثائق والوثبوتيات المبرزة في الدعوى وبشكل خاص على تقرير الخبرة الفنية الجارية فيها، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فليس من الصواب استناد الحكم المذكور بشكل كلي على تقرير الخبرة الفنية الجارية في القضية، التي قامت بدورها على أساس المادة /٥٣/ من قانون العقود رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤م المتعلقة بإعادة التوازن المالي على أساس نظرية الظروف المادية، بيد أن نظرية الصعوبات غير المتوقعة لم تقن في التشريع السوري بشكل صريح حتى الآن.

وهنا من يرى أن النظريات الثلاثة المذكورة تولد كلها لدى التطبيق أثراً مشتركاً واحداً هو إفساح المجال أمام المتعاقد مع الإدارة الحق في التعويض^(٢).

(١) د. سعاد الشرقاوي، المرجع السابق، ص ٤٣٣.

(٢) د. عبد الإله الخاني، القانون الإداري، علماً وعملاً ومقارناً، المجلد ٤، العقود والإدارة، ط ٢، دمشق، سورية، ١٩٨٥م، ص ٤٥٢.

الباب الثاني

الرقابة القضائية على إخراج الإدارة

بسلطانها في نطاق تنفيذ العقود الإدارية

الباب الثاني

الرقابة القضائية على إنحراف الإدارة بسلطاتها في نطاق تنفيذ العقود الإدارية

من المؤكد، أن سلطة توقيع الجزاء على المتعاقد الذي يخل بالتزاماته ليست هي السلطة الوحيدة المخولة للإدارة في أثناء تنفيذ العقد الإداري إذ أن ثمة سلطات أو امتيازات أخرى تستخدمها الإدارة في نطاق تنفيذ العقود الإدارية.

وأهم تلك السلطات التي تقررت لصالح الإدارة في مرحلة التنفيذ التي تقف جنباً إلى جنب مع سلطة الجزاءات (سلطة الإدارة في فرض الجزاءات) هي سلطة الرقابة والإشراف والتوجيه على تنفيذ العقد الإداري وسلطة تعديل عقودها بالإرادة المنفردة وكذلك سلطة إنهاء وفسخ العقد الإداري.

ولا مناص من أن الرقابة القضائية اللاحقة على قرار الإدارة بتوقيع الجزاء على المتعاقد الذي يُقصر في تنفيذ التزاماته واحدة من أهم الخصائص التي يتميز بها النظام القانوني المنظم لهذه السلطة.

ذلك أنه من المسلم به في النظرية العامة للجزاءات في العقد الإداري أن الإدارة وإن كانت تتمتع بسلطات استثنائية وبحق الرقابة والإشراف والتعديل للعقد من جهة وبحق توقيع الجزاءات بإرادتها المنفردة دونما حاجة للإلتجاء إلى القضاء فإن قراراتها بهذا الشأن تخضع "من دون أدنى شك" لرقابة القضاء المختص بالنظر في المنازعات التي تنشأ عنها.

وفي النظرية العامة للعقد الإداري تزداد أهمية حق التقاضي ورقابة القضاء على سلطات الإدارة بإعتباره أحد العقود التي تحد من هذه السلطة في مقابل ما تتمتع به جهة الإدارة في الأساس علاوة على ما يشكله من ضمانات حقوقية للطرف الآخر في العلاقة العقدية.

وبذلك فإن جميع منازعات تنفيذ العقود الإدارية تخضع لرقابة القضاء الإداري وضمن اختصاصه ولا يقتصر ذلك على القواعد المتعلقة بالاختصاص القضائي على المنازعات الناشئة عن ممارسة الإدارة لسلطاتها في توقيع الجزاءات

وإنما تشمل فيما تشمل سلطاتها في الرقابة والإشراف والتوجيه وفي تعديل عقودها بالإدارة المنفردة.

وسندرس هذا الباب من خلال الفصلين التاليين:

الفصل الأول: الرقابة القضائية على سلطات الإدارة المتعاقدة.

الفصل الثاني: الرقابة القضائية على تجاوز الإدارة لسلطاتها في فرض الجزاءات وإنهاء العقد.

الفصل الأول

الرقابة القضائية على سلطات الإدارة المتعاقدة

المبحث الأول: سلطة الإدارة في الرقابة والإشراف والتوجيه.

المطلب الأول: ماهية سلطة الإدارة في الرقابة والإشراف والتوجيه.

الفرع الأول: مفهوم حق الرقابة والإشراف والتوجيه

الفرع الثاني: تطبيقات سلطة الرقابة على تنفيذ العقود الإدارية.

الفرع الثالث: نطاق سلطة الإدارة في الرقابة والإشراف والتوجيه.

المطلب الثاني: الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في الرقابة

والإشراف والتوجيه.

الفرع الأول: ضوابط الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في الرقابة

والإشراف والتوجيه.

الفرع الثاني: الآثار القانونية للرقابة القضائية على ممارسة الإدارة

لحق الرقابة والإشراف والتوجيه.

المبحث الثاني: سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري.

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لسلطة الإدارة في تعديل العقد

الإداري.

الفرع الأول: موقف التشريع والفقهاء والقضاء من سلطة الإدارة في

تعديل العقد الإداري.

الفرع الثاني: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري.

الفرع الثالث: الأحكام الناظمة لسلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري.

المطلب الثاني: الرقابة القضائية على تجاوز الإدارة لسلطتها في

تعديل العقد.

الفرع الأول: الرقابة القضائية على التزام الإدارة بقيود تعديل العقد

الإداري.

الفرع الثاني: تطبيقات الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في تعديل

العقد.

الفصل الأول

الرقابة القضائية على تجاوز الإدارة لسلطاتها في الرقابة والإشراف والتوجيه وسلطاتها في تعديل العقد

يُعد العقد الإداري وسيلة الإدارة الفعّالة في أداء نشاطها وذلك بما تملكه في تنفيذه من سلطات استثنائية وتبدو أهمية العقد الإداري في ارتباطه الوثيق بالمرافق العامة التي يُشكل وجودها والحرص على استمرار أدائها لخدماتها أهمية بالغة بالنسبة للأفراد.

وترجع أصالة حق الإدارة في استعمال سلطاتها الإستثنائية في مجال العقود الإدارية إلى أن في ذلك ممارسة من الإدارة لمظاهر السلطة العامة في هذا المجال وذلك أن هدف الإدارة هو تحقيق المصلحة العامة الذي هو مبرر منح الإدارة سلطات استثنائية في مجال تنفيذ العقود الإدارية فإن تحقيق تلك المصلحة يشكل في ذات الوقت قيداً على استعمال الإدارة لتلك السلطات بحيث تخرج تلك الممارسة عن إطار المشروعية متى كانت لتحقيق غرض المصلحة العامة والتي تعد محوراً تدور حوله تلك المشروعية.

فإذا أخذت الإدارة على عاتقها المصلحة العامة في استعمالها لإحدى سلطاتها الإستثنائية أصبح من حق المتعاقد معها اللجوء لقاضي العقد طاعناً في مشروعية ذلك التصرف ومطالباً بالتعويض عن آثاره الضارة إذا لم يكن بإمكانه الاستمرار في تنفيذه في ظل الاستعمال غير المشروع لسلطات الإدارة في تنفيذه.

فالإدارة تفرض وصايتها على المتعاقد معها فيما يتعلق بتنفيذه لالتزامه التعاقدي من خلال رقابتها وتوجيهها لهذا التنفيذ منذ بدئه إضافة إلى ذلك يكون للإدارة سلطة تعديل العقد وفق ما تراه محقاً لصالح المرفق العام وعلى المتعاقد احترام تصرف الإدارة في الحالتين مادام داخلاً في إطار المشروعية وسنتناول ذلك من خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأول: سلطة الإدارة في الرقابة والإشراف والتوجيه.

المبحث الثاني: سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري.

المبحث الأول

سلطة الإدارة في الرقابة والإشراف والتوجيه

من المقرر فقهاً وقضاً أن الإدارة تتمتع بحق الرقابة والتوجيه أثناء تنفيذ العقد فتراقب تنفيذ المتعاقد معها لالتزاماته وتصدر له توجيهاتها بأن يتم تنفيذ الأعمال المنوطة به بطريقة معينة تحقيقاً للصالح العام ولها في سبيل ذلك أن تختار طريقة التنفيذ وأن تعدلها بما يجعلها أكثر ضماناً لسير المرفق العام دون الاختصار في ذلك على الطرق المنصوص عليها في العقد^(١)، ويجد هذا الحق مصدره في العقد وغالباً مايوجد في دفا تر الشروط ومع ذلك أجاز القضاء ممارسة هذه السلطة دون نص.

بيد أنه إذا كانت الإدارة تتمتع بحق الرقابة والتوجيه بالنسبة لجميع العقود الإدارية إلا أن نطاق هذا الحق ومداه يختلف باختلاف هذه العقود إلا أنه ولئن كانت الإدارة تتمتع بسلطات واسعة في الرقابة إلا أن هذه الرقابة ليست مطلقة وإنما يتعين على الإدارة ممارستها طبقاً للضوابط والقيود التي يقتضيها توفير ضمانات للمتعاقد ومن ثم تقوم مسؤولية الإدارة إذا مارست هذه السلطة بعيداً عن المصلحة العامة أو في غرض لا يقتضيه سير المرفق العام موضوع العقد أو إذا أدى هذا الاستعمال إلى تعديل موضوع العقد كما يتحقق الخطأ أيضاً إذا كان الإشراف صادراً من سلطة غير مختصة وبالمخالفة للأوضاع والشروط التي رسمتها القوانين واللوائح كما يتحقق الخطأ كذلك في طلب الإدارة من المقاول في عقد الأشغال العامة إحضار مواد تفوق حاجة العمل أو الإستعانة بعدد من العمال مغالى فيه أو أن تأمر بإيقاف العمل لمدة يتجاوز الحد المعقول^(٢)، كما يظهر الخطأ حال ممارسة الإدارة للرقابة بصورة تؤدي إلى إعاقة العمل وتعطله وغالباً ما تتضمن نصوص العقد هذه المسألة والجدير ذكره أن مجرد التجاوز المنسوب للإدارة في ممارستها لسلطة الرقابة والإشراف والتوجيه طالما كان بعيداً عن دائرة التعسف أو

(١) د. حسين درويش، النظرية العامة في العقود الإدارية، مكتبة الأنجلو المصرية، ١٩٥٨، ص ٩.

(٢) د. حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، الطبعة الأولى، مكتبة القاهرة، القاهرة، مصر، ٢٠٠٢، ص ٤٣٢.

الخطأ فإن ذلك التجاوز لا يشكل خطأ من جانب الإدارة وإن كان يترتب عليه التزام الإدارة بتعويض المفاول عن النفقات التي يتكبدها نتيجةً لذلك التجاوز إعمالاً لمبدأ التوازن المالي للعقد وهو ما يمثل إحدى حالات مسؤولية الإدارة العقدية بلا خطأ.

إلا أن تمتع الإدارة بحقوق واسعة في مجال الرقابة والإشراف والتوجيه على تنفيذ العقد لا يعني إنتفاء مسؤوليتها عن ممارسة هذا الحق، فكثيراً ما يقرر القضاء الإداري مسؤوليتها التعاقدية في مواجهة المتعاقد معها.

وبناءً على ذلك، سنقسم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين:

المطلب الأول: ماهية سلطة الإدارة في الرقابة والإشراف والتوجيه.

المطلب الثاني: الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في الرقابة والإشراف والتوجيه.

المطلب الأول

ماهية سلطة الإدارة في الرقابة والإشراف والتوجيه

إن دراسة ماهية سلطة الإدارة في الرقابة والإشراف والتوجيه، تقتضي بيان مفهوم حق الرقابة والإشراف والتوجيه، وتطبيقات سلطة الرقابة على تنفيذ العقود الإدارية، وأخيراً ينبغي التطرق لنطاق سلطة الإدارة في الرقابة والإشراف والتوجيه.

وبناءً على ذلك سنقسم هذا المطلب إلى الفروع التالية:

الفرع الأول: مفهوم حق الرقابة والإشراف والتوجيه.

الفرع الثاني: تطبيقات سلطة الرقابة على تنفيذ العقود الإدارية.

الفرع الثالث: نطاق سلطة الإدارة في الرقابة والإشراف والتوجيه.

الفرع الأول

مفهوم حق الرقابة والإشراف والتوجيه

للإدارة حق الرقابة والتوجيه على تنفيذ المتعاقد للالتزامات المحددة بالعقد، ولها سلطة توجيه المتعاقد من خلال اصدار أوامر ملزمة تشمل طرق وأساليب تنفيذ تلك الالتزامات^(١).

فبإمكانها أن تفرض على المتعاقد معها بعض الطرق الخاصة بتنفيذ العقد التي لم يتم بعد تحديدها في العقد وعلى سبيل المثال تستطيع الإدارة أن تفرض على المتعاقد معها استخدام طرق معينة لتنفيذ الالتزامات أو من خلال تحديد النظام الخاص بالعمليات، كذلك فإن الإدارة تملك إصدار الأمر بإصلاح الأشغال المعيبة وتنفيذ الأعمال التي لم يتم تنفيذها^(٢).

ولا بد من الإشارة إلى أن سلطة الإدارة في الرقابة والإشراف والتوجيه لا تستند إلى بنود العقد الإداري ولكنها تستند إلى السلطة العامة للإدارة باعتبارها المسؤولة عن سير المرافق العامة بانتظام واطراد وتحقيق الصالح العام^(٣).

وقد اعترف الفقه الفرنسي بسلطة الرقابة بأنها من بين الحقوق والسلطات المعترف بها للإدارة، حتى في حالة سكوت العقد، وذلك إلى جانب سلطة التعديل الانفرادي للعقد، وسلطة فرض الجزاءات، وسلطة الإلغاء الانفرادي للعقد^(٤).

وقد أعطى القضاء الإداري سواء في فرنسا أو في مصر أو في سورية للإدارة الحق في الرقابة والإشراف والتوجيه على تنفيذ العقد الإداري حتى إذا لم ينص على ذلك في بنود العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد معها^(٥).

(١) د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٦١.

(2) Chapus®"R": Droit administrative générale. Tome2, 15e ed, Montchrestien, 2001. P. 467.

(٣) د. محمد بن سعيد بن حمد المعمرى، المرجع السابق، ص ٤١٦.

(4) Richer L, droit des contrats administratifs, 9eéd, LGDJ, Paris, France, 2014, P 238.

(٥) د. محمد بن سعيد بن حمد المعمرى، المرجع السابق، ص ٤١٤.

وبذلك تعتبر سلطة الإشراف والرقابة من النظام العام لا يمكن الاتفاق على مخالفتها لأنها قُدرت للمصلحة العامة، كما لا يمكن لجهة الإدارة التنازل عنها، فهي ليست بالامتياز الممنوح للإدارة في حد ذاتها بوصفها سلطة عامة، بل قُدرت سلطة الإشراف والرقابة لحماية المال العام وضمان حسن سير المرافق العامة^(١).

حيث تملك الإدارة حقاً أصيلاً مُستمداً من المبادئ العامة للعقد الإداري في رقابة المتعاقدين وتوجيهه أثناء تنفيذه لالتزاماته التعاقدية دون حاجة لورود نص بالعقد يمنحها تلك السلطة ودون الإعراف بأي نص يحظر عليها استعماله وهذا متعلق بالنظام العام الأمر الذي لا يجيز للإدارة التنازل عن استعمالها أو الاتفاق على إعفاء المتعاقدين من تلك الرقابة^(٢).

ومن حيث أن العقد الإداري يتصل دوماً بنشاط المرفق العام بذلك تطلّب الأمر وفقاً للمبادئ الأساسية في مجال العقود الإدارية أن يبذل المتعاقد أقصى درجة من العناية والحرص في تنفيذ التزاماته ويفترض عليه أن يقوم بتنفيذ العقد بنفسه ويمنع من إحلال أي شخص محله في تنفيذ العقد كله أو بعضه إلا بأخذ الموافقة الصريحة من الإدارة مقدماً، وهو ما يعني أن التزامات المتعاقدين مع الإدارة هي التزامات شخصية وعلة ذلك أن أي إهمال أو تأخير أو تقصير في تنفيذ العقد قد يخل بحسن سير المرفق العام الذي يتصل به هذا العقد إذ يحول دون دوام سيره بانتظام واطرداد^(٣)، فإن سلطة الرقابة والإشراف والتوجيه التي تمتلكها الإدارة وتعطيها الحق في التحقق من مدى التزام المتعاقدين بتنفيذ شروط العقد ومن ثم فهي تُصدر له التوجيهات والأوامر والتعليمات ما هو ضروري لحسن التنفيذ والالتزام بمواعيد إنهاء الأعمال وتسليمها ابتداءً ونهايةً وفقاً للأصول المرعية وبالمطابقة للمواصفات المقررة ومن ثم فإن الإدارة تهيمن على أمور تنفيذ العقد الإداري بالإشراف الكامل على تنفيذه في مراحله كافة ويأتي الإشراف على التنفيذ سواء من

(١) عاصم بن سعود السياط، سلطات الإدارة في تنفيذ العقود الإدارية، بحث منشور على الموقع التالي:
<http://www.al-jazirah.com/2014/20140721/rj7.htm>.

تاريخ الدخول ٢٠١٨/٦/١٢ م.

(٢) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص ٣٦.

(٣) سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري الجزء الثاني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ١٩٩٦، ص ٧٥١ - ٧٥٢.

الإدارة ذاتها أو من خلال عمالها ومهندسيها أو بإسناد عملية الإشراف إلى جهات متخصصة كالمكاتب الاستشارية التي تقوم بمهمة الإشراف على تنفيذ العقد تحت سيطرة وهيمنة وإشراف الجهة الإدارية ذاتها^(١).

ويلاحظ أن ممارسة الرقابة وإن كانت لا تمثل خروجاً عن القواعد المعمول بها أو المعترف بها في العقود المدنية إذ يمكن أن يعترف للدائن بالحق في الإشراف على تنفيذ المدين لالتزاماته ولكن بما يميز سلطة الإدارة هو تضمينها في كثير من الأحيان سلطات أوسع وأبعد مدى من تلك المألوفة في العقد بأن يعترف لها بحق التوجيه عن طريق اختيار وتحديد وسائل وطرق التنفيذ وذلك بما تصدره من تعليمات أو أوامر أو نواهٍ تنفيذية تصدرها بإرادتها المنفردة وتكون ملزمة للمتعاقد وواجبه التنفيذ من دون توقف على رضائه^(٢).

ومن نافلة القول إنه إذا كان من المتصور فهم أن رقابة الإدارة على المتعاقد في تنفيذ العقد الإداري هي من الحقوق والسلطات التي تملكها في مواجهة المتعاقد فإن الرقابة تُعد أيضاً التزاماً ليس بالنسبة للمتعاقد فقط وإنما بالنسبة إلى الإدارة فالرقابة على المتعاقد تُعد بالنسبة للإدارة حقاً وواجباً في الوقت عينه على أساس أن ما تملكه الإدارة من حقوق وسلطات خولها القانون إياها في مجال تنفيذ العقد الإداري ما هي إلا وسيلة تستخدمها بهدف تحقيق النفع العام^(٣) ذلك أن المسؤولية التي تقع على عاتق الإدارة في الوقت الحاضر بإعتبارها قوامة على رعاية الصالح العام والمسؤولية الأولى أمام الجمهور عن تنفيذ المشاريع وأداء الخدمات بصورة منتظمة تقتضي وجود رقابة شديدة على النشاط الفردي لاسيما إذا كانت لا تستطيع عملاً أن تتولى بنفسها توفير الحاجات وتقديم الخدمات التي يتطلبها الجمهور من خلال المرفق العام.

وعندما تعهد بهذه المهمة إلى الأفراد والشركات فإنها تكون المسؤولية عن إدارة المرفق العام الملزمة بحسن تسييره، ووظيفتها تقتضي تأمين ذلك من خلال الإشراف على هذا النشاط الفردي المساهم في تنفيذ المشاريع، والمتعهد لأداء تلك

(١) د. حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص ٢٠٥.

(٢) د. عزيزة الشريف، المرجع السابق، ص ١٣٩.

(٣) د. محمد سعيد أمين، المرجع السابق، ص ٣١٠.

الخدمات وعليه تكون الرقابة على تنفيذ العقود الإدارية أمراً ضرورياً جداً وبخاصة في الدول التي تتبع منهج التخطيط الجزئي أو الشامل لأعمالها إذ أن تنفيذ الخطط الاقتصادية باختلافها في الوقت المحدد ووفقاً لمستلزمات المصلحة العامة يتطلب إشراف ومتابعة الإدارة وتنفيذ ما تبرمه من عقود والتي تدخل في منهاج الخطط وعليه فإن الرقابة تكون واجباً على الإدارة وليست رخصة ممنوحة لها تستطيع استعمالها متى تشاء وتتنازل عنها متى تشاء لأنها مسألة تتعلق بالصالح العام^(١)، وفي ضوء ما تقدم يمكن القول إن الهدف من تخويل هذه السلطة هو التحقق من أن العقد يمكن تنفيذه وفقاً للشروط والقواعد المنظمة له التي تضمن تصحيح مسار التنفيذ عن طريق معالجة القصور، والانحرافات وتبصير القائمين على التنفيذ بمواطن الخلل ونواحي القصور أو الإهمال حتى يمكن علاجها وتجنب أسباب وقوعها مستقبلاً.

والجدير بالإشارة أن هذه السلطة قد تكون الرقابة فيها عبارة عن رقابة فنية بغرض التيقن من قيام المتعاقد بتنفيذ العقد وفقاً للشروط الفنية والإدارية الواردة به وقد تتخذ صورة الرقابة المالية قبل الإدارة وضبط ما يقوم بينه وبينها من روابط مالية^(٢)، وهذا لما كانت الرقابة على المتعاقد إحدى صور تدخل الإدارة في تنفيذ العقد الإداري وامتيازاتها فإنه من الضروري في هذا المقام تحديد معنى تلك الرقابة حتى لا تختلط بغيرها من الصور الأخرى لتدخل الإدارة في تنفيذ العقد الإداري.

وعلى ذلك يُلاحظ أن المعنى الاصطلاحي الفقهي للرقابة في مجال تنفيذ العقد الإداري يعامل في الواقع للدلالة على معنيين متميزين:

المعنى الأول: معنى ضيق يتناول فكرة الإشراف.

إن من المسلم به إن للإدارة سلطة الرقابة والإشراف على تنفيذ العقد وهذا حق ثابت لها في جميع أنواع العقود الإدارية بإعتبارها طرفاً في العقد^(٣)، وينحصر

(١) د. عبد العليم عبد المجيد مشرف، الوجيز في القانون الإداري ج ٢، النشاط الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠١ - ٢٠٠٢، ص ٣٠٥.

(٢) د. عبد المجيد عبد الحفيظ، تعاقدات الإدارة محاضرات مطبوعة أُلقيت على طلاب الدورة التدريبية التي نظمتها جمعية إدارة الأعمال العربية، مركز التدريب، القاهرة، مصر، ١٩٩٧، ص ٣٣.

(٣) د. محمد الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٩٢، ص ١١٣.

حق الإدارة في الرقابة على المتعاقد في أثناء تنفيذ العقد بهذا المعنى في التحقق من أن المتعاقد يباشر تنفيذ العقد طبقاً لشروطه أي أنه وفقاً للمعنى الضيق تكون سلطة الرقابة من جانب الإدارة مرادفة لمعنى الإشراف ولا جدال في هذا الحق^(١).

وتبعاً لذلك تمارس الإدارة حق الرقابة بهذا المعنى عادةً في صورة أعمال مادية كدخول أماكن استغلال المرفق والمخازن والورش أو تلقي شكاوى والبت فيها^(٢).

كما تمارس الإدارة هذه الرقابة، عن طريق إيفاد بعض مهندسيها إلى مواقع العمل، للتأكد من سيره وفقاً للمواعيد المحددة، ولفحص المواد المستعملة، للاطمئنان إلى جودة نوعها، وإلى أن كل شيء يسير وفقاً لمقتضيات الصالح العام، ويكون تدخل الإدارة هنا، ممهداً لتسلم العمل عند إتمامه، فهو مكمل لرقابة الفحص اللاحقة على التسلم^(٣).

وبهذا المعنى تقول المحكمة الإدارية العليا في مصر، في حكمها الصادر سنة ١٩٩٢: "للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود الإدارية، ولها دائماً حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما يتراءى لها أنه أكثر اتفاقاً مع الصالح العام"^(٤).

كما أنها قد تتم "أي الرقابة" من خلال الأعمال القانونية كتعليمات أو أوامر تنفيذية أو إنذارات توجهها الإدارة للمتعاقد باعتبار أنها حق مقرر للإدارة ولو لم ينص عليه العقد.

وسلطة الإدارة معترف بها حتى ولو لم ينص عليها في العقد إلا أن البعض في فرنسا أنكر هذه السلطة في حالة سكوت العقد ودفاتر الشروط وعدم النص عليها في القوانين واللوائح^(٥).

(١) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٤٥٤.

(٢) د. خالد خليل الطاهر، القانون الإداري، الكتاب الثاني - الطبعة الأولى، دار الميسرة لنشر والتوزيع والطباعة، عمان، الأردن، ١٩٩٧، ص ٢٨٥.

(٣) نجم حمد الأحمد، التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، عين شمس، مصر، ٢٠٠١م، ص ١٩٦.

(٤) الطعن رقم ١٢٦ لسنة ٣٥ - جلسة ١٩٩٢/٤/٢٨م.

(5) Jean Rivero, Droit administrative, quatrième édition, paris, p. 212.

وهناك من يقر بهذه السلطة فيقول الأستاذ (دي لوبادير) أن الرأي متفق على أن سلطات الرقابة توجد خارج نصوص العقد ودفاتر الشروط فإذا قررتها الشروط فهي تقصر على تنظيمها وتحديدها ومن ثم فسلطة الرقابة في عقد الالتزام ليست قاصرة على ما تقرر هذه النصوص فالإدارة تستطيع أن تخرج على التحديد الوارد بها وتمارس سلطات رقابية غير منصوص عليها ذلك بإعتبار أن تنظيم الرقابة يعتبر جزء من الشروط اللائحية في دفتر الشروط ويضيف (دي لوبادير) ولكننا هنا لا نكون إلا بصدد رقابة بالمعنى الضيق أي رقابة إشراف على تنفيذ نصوص دفتر الشروط.

والإدارة ليس لها في الواقع سلطة التوجيه في تنفيذ العقد إذ أن الملتزم هو سيد الاستغلال أي سيد التزامه لتسيير المرفق العام^(١)، وقد أخذ مجلس الدولة الفرنسي بذلك فيما نص في حكم صادر بتاريخ ١٩٠٣/١/٢٣ خاص بإمتياز استغلال بعض خطوط السكك الحديدية الاقتصادية حيث اتخذ أحد المديرين قراراً يرغب فيه الشركة الحاصلة على الإمتياز المذكور بأن تُسيّر يومياً قطاراً إضافياً علاوة على العدد المتفق عليه في عقد الإمتياز واستند في ذلك إلى اللائحة الإدارية الصادرة تنفيذاً للقانون ١٨٨١/٢١/ الخاص ببوليس الترام والسكك الحديدية المحلية والتي تنص فيها على أن للمديرين الحق في تحديد سرعة القطارات وعددها واحتجت شركة الإمتياز واستندت من جهتها إلى المادة ١٤/ من قائمة الشروط المرفقة بعقد التزامها والتي لم تتعهد فيها الشركة إلا بتسيير قطارين فقط في فصل الشتاء وأربعة في فصل الصيف وقالت أن الإدارة باتفاقها مع الشركة على النص المذكور تنازلت عن حقها في زيادة عدد القطارات وقد أقرها مجلس الدولة على رأيها في حكم ٢٣ يناير ١٩٠٣ قاضياً أنه لا يمكن زيادة عدد القطارات عن العدد المتفق عليه في العقد إلا برضاء الطرفين وصدر هذا الحكم بناء على دفاع مفوض الحكومة الذي أخذ في دفاعه بالتمييز بين بوليس النظام الذي لا يمكن التنازل عنه وبوليس الاستغلال في عقد الإمتياز^(٢).

(١) د. أحمد عثمان عباد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، ١٩٧٣، ص ٣١١.

(٢) د. وحيد فكري رأفت، القانون الإداري، الجزء الأول، ص ٤٠٨.

أ. د حسن محمد عبد المنعم حسن الخيمي، آثار عقد التزام المرافق العامة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠١، ص ١٤.

ويتضح أن الحكم السابق اعترف في الاحتفاظ بالنظرية التعاقدية وغيض البصر عما تتطلبه المرافق العامة من أن تكون لجهة الإدارة الكلمة العليا في شؤونها وأعلى من نصوص عقد الالتزام المرتبطة بتسيير المرفق على لوائح الضبط المنظمة لمرفق الترام والسكك الحديدية المحلية وجعل كلمة العقد هي الكلمة العليا مؤثراً مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ومتناسباً أن المرفق موضوع العقد هو مرفق عام يجب أن تكون كلمة الإدارة فيه هي الكلمة العليا والأخيرة في شأنه وأن يكون لها الحق في كل وقت في تعديل نظامها بدون أن ينتج عليها نصوص العقد وشروطه.

أما في مصر فلا يوجد خلاف على أن سلطة الإشراف سلطة مقررّة للإدارة قبل الملتزم سواء نص عليها في وثيقة الالتزام أولم ينص عليها بل ولو نص على شروط تعاقدية تخالفها.

وفي سورية أن الرقابة والإشراف يستمدا أساسهما من فكرة المرفق العام لا من النصوص التنظيمية العامة، ولا من النصوص التعاقدية الخاصة بعقد معين وقد أقرت المحكمة الإدارية العليا السورية هذا في حكمها الصادر بجلسة ١٩٥٧/٤/٢٠ حيث قضت بأن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على وجه مصلحة الأفراد الخاصة فيما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متساوية إذ أنها في العقود الإدارية غير متكافئة إذ يجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة هذه الفكرة هي التي تحكم الروابط الناشئة عن العقد الإداري^(١)، ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود^(٢).

وما يعد من قبيل سلطة الإدارة في الرقابة والإشراف والتوجيه في تنفيذ العقد الإداري ما نجده في رأي الجمعية العمومية بحسبانه يمثل رقابة مجلس الدولة على تلك السلطة، فقد خلص الرأي إلى أنه يعود للإدارة المتعاقدة أمر وضع الضوابط

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية بالطعن ١٥٢٠ لسنة ٢٠٢٢ - جلسة ١٩٥٧/٤/٢٠ الموسوعة الإدارية الحديثة مبادئ المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية للفتوى والتشريع منذ عام ١٩٤٦ حتى ١٩٨٥.

(٢) د. ثروت بدوي، المعيار المميز للعقد الإداري، كتيب منشور بمجلة القانون والإقتصاد السنة السابعة والعشرون، ديسمبر ١٩٥٧، ص ١٥١ وما بعدها.

والأسس التي تحدد من خلالها المشاريع ذات الصبغة الفنية المنصوص عنها في القانون، على أساس أن مجلس الدولة بقسميه القضائي والاستشاري قد اعتبر أن مبدأ التزام المساواة بين المتعهدين في جميع الجهات العامة من ناحية، ومبدأ التزام المرفق العام نفسه مع المتعاملين معه من ناحية أخرى، مما يوجب تنظيم السلطة التقديرية التي منحها القانون للإدارة المتعاقدة، ويكون ذلك بتولي هذه الإدارة وضع الضوابط والأسس التي يمكن تحديدها من خلال المشاريع ذات الصبغة الفنية التي تتطلب توافر مهندس مقيم في هذه المشاريع^(١).

والشروط التي تحتفظ للإدارة بسلطة الرقابة والإشراف والتوجيه في تنفيذ العقد ضماناً لحسن أداء المتعاقد لالتزاماته لا تعتبر شروط استثنائية في كل الأحوال لأنه لا يمكن النص عليها في عقود الأفراد أي أن هذه الشروط تعتبر استثنائية في بعض الأحوال وفي أحوال أخرى لا تكفي لإضفاء الصفة الإدارية على العقد الذي يتضمنها.

ونحن نتفق مع ذلك ونرى ضرورة التفرقة بين صور الرقابة التي تمارسها الإدارة على المرفق موضوع الالتزام والمتمثلة في سلطة الإشراف وسلطة التوجيه بحيث تكون للإدارة سلطة الإشراف التي يمكن النص عليها في عقود الأفراد وتكون هذه الشروط غير استثنائية ولكن في حالة سلطة التوجيه والتي تتضمن سلطات أوسع ودرجة أعلى من تلك التي تتضمنها عقود الأفراد هنا تعتبر هذه الشروط استثنائية.

وبرأينا فإن سلطة الإشراف غير كافية وإنها في الغالب تأتي متأخرة حيث يتم ممارستها على نتائج المرفق ويستحسن أن تفعل بالإضافة إليها "سلطة التوجيه" القائمة في جوهرها على الطلب من الإدارة القيام بعمل ما أو الامتناع عن القيام بعمل. المعنى الثاني: معنى واسع يتناول سلطة التوجيه.

يتجاوز حق الرقابة على المتعاقد في تنفيذ العقد الإداري بهذا المعنى عن سابقه وفقاً لتصور الفقه والقضاء الإداريين إذ يتضمن حق الرقابة هنا سلطة

(١) مجلس الدولة السوري، المكتب الفني، مجموعة المبادئ القانونية التي تضمنتها فتاوى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع، رأي الجمعية العمومية رقم (١١٨) لعام ٢٠٠٠م الصادر بتاريخ ٨/٨/٢٠٠٠م، ص ٥٦٣.

التوجيه أي حق الإدارة في توجيه أعمال التنفيذ واختيار أنسب الطرق التي تؤدي إليه وينطوي هذا المعنى على تدخل الإدارة بأعمق أثر من تدخلها كسلطة إشراف فالإدارة لا تقتصر على التأكد من تنفيذ العقد بما يتفق والشروط الواردة به "كما هو في سلطة الإشراف" بل تتدخل في توجيه أعمال التنفيذ باختيار أنسب الطرق وأصلح الأوضاع التي تراها مناسبة لحسن سير المرفق العام ويكون ذلك في الحالات غير المنصوص عليها صراحة في العقد وإلا تعدى الأمر إلى تعديل شروط العقد وأصبحنا أمام سلطة أخرى هي سلطة تعديل العقد الإداري (الإنفرادي) (بالإرادة المنفردة) من جانب الإدارة لشروط العقد^(١).

والرقابة بهذا المعنى تتم بأعمال قانونية فقط كإصدار التعليمات بإتباع طرق معينة في التنفيذ أو إصدار أوامر تنفيذية لتوجيه وتوقيت أعمال التنفيذ^(٢)، ومن ذلك مثلاً تدخل الإدارة وطلب استعمال طريقة في التنفيذ غير تلك التي يلجأ إليها المتعهد "الاسيما في الحالات غير المنصوص عليها في العقد"، وذلك على نحو تصبح معه الرقابة بمثابة توجيه للمتعاقد ونستنتج مما سبق أن للإدارة الحقيقي مراقبة في تنفيذ التزاماته ولها في هذا السبيل الحق في أن تصدر إليه أوامر ملزمة في أن ينفذ تلك الالتزامات على نحو معين وهذا الحق قائم بالنسبة إلى جميع أنواع العقود الإدارية مع الأخذ بعين الاعتبار اختلاف نطاق الرقابة من عقد إلى آخر لاسيما الرقابة بمعناها الواسع إذ أن الرقابة بالمعنى الضيق حق مكفول في جميع أنواع العقود الإدارية وبدرجة لا تتفاوت إلا في حدود ضيقة للغاية.

وتلزم الإشارة إلى أن الرقابة بهذا المعنى "الواسع" إنما تباشر الإدارة سلطتها على هذا الوجه إعمالاً لامتيازاتها الأصلية في التنفيذ المباشر وفي إصدار القرارات بإرادتها المنفردة من دون حاجة إلى الالتجاء مقدماً للقضاء^(٣).

والرقابة ليست هدفاً في حد ذاتها بقدر ما هي وسيلة لتحقيق غاية بهدف التأكد من أن مستوى الأداء والطرق المتبعة في التنفيذ سوف تؤدي إلى تحقيق الأهداف المرجوة، لذا فإنها لا تقتصر على اكتشاف الانحرافات والاختلافات بين

(١) د. عمر أحمد حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام الـ B.O.T، دار النهضة العربية، جامعة القاهرة ٢٠٠٢، ص ١٦٠.

(2) Patrick Schultez, *Eléments du droit des marches public*, Prais, 1960, p135.

(٣) د. محمد عبد العال السناري، المرجع السابق، ص ١٦٦.

الأداء والمعايير الموضوعية وإنما تبين أيضاً وسائل وسبل إعادة الأمور إلى وضعها الطبيعي^(١).

وعلى أية حال فإن سلطة الرقابة على تنفيذ العقود الإدارية تنظمها القوانين والأنظمة ذات العلاقة فضلاً عن النص عليها في العقود أو دفاتر الشروط^(٢).

وفي هذا الشأن يلاحظ د. سليمان الطماوي "إن العقود الإدارية في فرنسا تتناول بالشرح مدى سلطات الإدارة في التدخل في أوضاع تنفيذ العقد وكذلك ينص على مدى سلطة الإدارة في بعض القوانين واللوائح التي تنظم الموضوع وحينئذ لا صعوبة في الأمر إذ تنفذ الشروط الواردة في العقود أو النصوص التشريعية"^(٣).

وهكذا فإن المشرع الفرنسي قد نظم سلطة الرقابة في العديد من التشريعات ومنها على سبيل المثال لا الحصر ما جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون الصادر في ١٩٠٨/١٢/١٣ الخاص بالتزامات السكك الحديدية ومجاري المياه فإن الحكومة هي شخص معنوي عام تمتلك في مدة الالتزام كل سلطات التدخل والرقابة والتوجيه التي لم يقررها قانون أو لائحة مستقلة لها قوة القانون ويرى الفقهاء الفرنسيون أن هذه القاعدة التي تقوم بالتأكيد بالنسبة إلى عقد التزام المرفق العام عند "وحدة الأسباب" إلى كل العقود الإدارية.

ومن ناحية أخرى فإن دفاتر الشروط العامة في فرنسا تتضمن غالباً نصوصاً تتعلق بهذا الحق وتنظمه وبيان مده^(٤)، ومن الملائم في هذا السياق الإشارة إلى أن مجلس الدولة الفرنسي في أحد أحكامه الصادر في سنة ١٩٨٢ في أحد الشكاوى يتجاوز السلطة والموجهة ضد دفاتر الشروط الإدارية المطبقة على صفقات الخدمات الفكرية فقد قضى بأن هذه الوثائق تعتبر أعمالاً قابلة للطعن فيها وبذلك

(١) د. حمادة عبد الرازق حمادة، النظام القانوني لعقد إمتياز المرفق العام، دراسة في ظل القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة ولائحته التنفيذية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ٢٠١٢م، ص ٥٤٠ - ٥٤١.

(٢) د. حسين درويش عبد العال، المرجع السابق، ص ٩ وما بعدها.

(٣) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٤٥٤.

(٤) د. فاروق أحمد خماس، د. محمد عبد الله الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، دار الكتب للطباعة الجامعية، جامعة الموصل، ١٩٩٢، ص ١١٣ و ١١٤.

فإن دفا تر الشروط الإدارية العامة لا تعتبر مجرد تدابير داخلية ليس لها أي قوة قانونية اتجاه الغير بل هذه النماذج تعتبر في حد ذاتها قرارات يمكن التحقيق فيها عن طريق مجلس الدولة^(١).

ومن جهته فإن المشرع المصري قد نظم هذه السلطة جنباً إلى جنب سلطتي الجزاءات والتعديل في العديد من النصوص القانونية الواردة في تشريعات المناقصات والمزايدات الذي نص "يلتزم المقاول جميع القوانين واللوائح الحكومية والمحلية ذات الصلة بتنفيذ موضوع التعاقد كما يكون مسؤولاً عن حفظ النظام بموقع العمل وتنفيذ أوامر الجهة الإدارية بإبعاد من لا يعمل أو يرفض تنفيذ التعليمات أو يحاول الغش أو يخالف أحكام هذه الشروط"^(٢).

وفي سورية: نصت المادة /١٠/ من المرسوم /٤٥٠/ لعام ٢٠٠٤ المتضمن دفتر شروط نظام عقود الجهات العامة على أنه "يحق للإدارة 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 بالمصنوعات 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 يطلع الجهة العامة على ذلك وعلى المتعهد أن يستبدل المواد المرفوضة بمواد تتوافر فيها جميع الشروط المطلوبة. كما ويحق للمشرف أو أي شخص آخر يمثل الجهة العامة الدخول بكل حرية خلال ساعات العمل إلى جميع الأماكن التي يقوم فيها المتعهد وأصحاب المعامل المعتمدة من قبله بصنع وتخزين أي من قطع التوريدات. كما يحق للإدارة تكليف شركات مراقبة ذات سمعة حسنة لفحص البضاعة في ميناء المصدر، واستبعاد الشركات التي لا تتمتع بسمعة حسنة قبل فض عروضها، وإذا كانت أجور المراقبة على عاتق البائع تحدد شركة مراقبة ذات سمعة جيدة مهما بلغت أسعارها،

(١) د. فروح حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠٤، ص ١٢٣.

(٢) المادة ٧٩ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨.

مع ضرورة فحص البضائع المستوردة في مرفأ الوصول مع مطابقتها لشروط العقد وعدم فسادها أصلاً^(١).

الفرع الثاني

تطبيقات سلطة الرقابة على تنفيذ العقود الإدارية

إن حق الإدارة في الرقابة والإشراف والتوجيه مقرر لها بالنسبة لمختلف العقود الإدارية، ولو لم يرد ذكره في شروط العقد صراحة^(٢)، لكن إذا كانت الإدارة تتمتع بحق الرقابة والإشراف والتوجيه بالنسبة لجميع العقود إلا أن نطاق هذا الحق ومداه يختلف باختلاف هذه العقود حيث يكون واسعاً عندما يتصل موضوع العقد اتصالاً وثيقاً ومباشراً بالمرفق العام بحيث يكون تعاون الفرد في نشاط الإدارة واضحاً^(٣).

أولاً: تطبيقات سلطة الرقابة على عقود الأشغال العامة:

لم يعرف المشرع السوري عقد الأشغال العامة لا في قانون العقود رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤ ولا في دفتر الشروط العامة الصادر بالمرسوم (٤٥٠) لعام ٢٠٠٤، وكذلك لم يعرفه المشرع في فرنسا ومصر، أما الفقه فقد عرّف عقد الأشغال العامة بأنه: "عقد يبرم بين الإدارة من جهة وبين أحد أشخاص القانون الخاص من جهة أخرى لتنفيذ أشغال على عقارات لحساب شخص معنوي عام بقصد تحقيق المنفعة العامة لقاء ثمن متفق عليه"^(٤).

(١) بلاغ رئاسة مجلس الوزراء السوري، رقم ١٧٣/ب - ١٥/٣٠٥٧ تاريخ ١٢/٩/١٩٧١، رئاسة مجلس الوزراء.

(٢) د. حماده عبد الرازق حماده، المرجع السابق، ٥٤٥.

(٣) د. أحمد حسن الحلفاوي، المرجع السابق، ص ٣٤١.

(٤) أسامة مازن العوا، النظام القانوني لعقد الأشغال العامة في التشريع السوري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، دمشق، سورية، ٢٠١٨، ص ١٩.

كما يعرف بأنه: "اتفاق بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يكلف بموجبه الأخير القيام بتنفيذ أحد الأشغال العامة لحساب الشخص المعنوي العام في نظير المقابل المتفق عليه ووفقاً للشروط الواردة في العقد"^(١).

وقد عرّفته محكمة القضاء الإداري المصرية في حكم لها بتاريخ ١٩٥٦/١٢/٢٣م جاء فيه: "إن عقد الأشغال العامة هو عقد مقاوله بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام وتحقيقاً لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد"^(٢).

وتتنوع صور رقابة الإدارة على تنفيذ عقود الأشغال العامة وتأخذ أشكالاً ومظاهر متعددة نظراً لاتساع مفهوم الأشغال العامة ذاته وتطوره ومواكبته للتقدم العلمي في شتى مجالات الحياة بالإضافة إلى ارتباطه بفكرة المصلحة العامة ذات المدى الواسع والمتطور أيضاً فتقوم الإدارة بالتأكد من التنفيذ الدقيق لنصوص العقد وفقاً لمقاييساته ومن حسن قيام العمال بواجباتهم ومن مطابقة المواد المستعملة في تنفيذ المشروع بما نصّ عليه العقد ولها أن تستوثق من مطابقة التنفيذ لمقتضيات المصلحة العامة، وتمارس الإدارة حقها في الرقابة منذ بدء التنفيذ وحتى انتهائه أي حتى تاريخ إنجاز الأشغال موضوع العقد وتسليمها للإدارة بشكل نهائي.

وتنص بعض التشريعات على صور عديدة لحق الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد ولكن هذا لا يعني أن حق الإدارة محصور بذلك الصورة وإنما للإدارة أن تتدخل في الرقابة والتوجيه بمختلف الصور والوسائل متى تطلبت مقتضيات الصالح العام ذلك حتى ولم يأت العقد أو القانون على ذكر تلك الصور في نصوصه وبالتالي لا يمكن حصر صور ومظاهر الرقابة في قائمة محددة وإن أمكن تحديد بعضها من حيث الأهمية:

١ - تحديد برنامج تنفيذ الأشغال:

(١) سوسن البيطار، آثار العقد الإداري بالنسبة إلى الغير، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، دمشق، سورية، ٢٠١٠م، ص ٣٢٩.

(٢) عامر نعمه هاشم، الأصول القانونية لإبرام العقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٦م، ص ٣٢.

يتم تحديد خطوات وسير تنفيذ الأشغال العامة عن طريق الأوامر الصادرة عن وكلاء الإدارة المتعاقدة فيحدد هؤلاء الوكلاء تاريخ بدء تنفيذ الأشغال ومعدل تقدم سير العمل كما يبينوا مدة إنجاز الأشغال في حالة عدم النص عليها في العقد^(١)، وتقوم الإدارة بتعيين تاريخ بدء التنفيذ بموجب أمر مصلحي يتم إخطاره للمقاول أو من خلال تسليم موقع العمل له، وتملك الإدارة أيضاً تحديد معدل إيقاع تنفيذ الأشغال وتعيين فترات التنفيذ حسب الأحوال الموسمية ومع ذلك يجب أن تحترم الإدارة النظام المنصوص عليه في الوثائق العقدية. وأوجبت المادة ١٧/ من دفتر الشروط العامة لنظام عقود الجهات العامة الصادر بالمرسوم /٤٥٠/ لعام /٢٠٠٤/ في سورية على المتعهد أن يقدم للجهة العامة خلال عشرة أيام من التاريخ المحدد للمباشرة بالعمل برنامجاً خطياً يوضح فيه الإجراءات والخطوات التي يرغب باتباعها في تنفيذ المشروع ويعين الآجال التي يتوقع أن ينهي من خلالها كلاً من المراحل العامة المشمولة في العقد^(٢). كما يحق لجهة الإدارة 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 العامة.

٢ - تأجيل تنفيذ الأشغال:

قد تقتضي الضرورات الفنية أو العملية تأجيل تنفيذ الأشغال لفترة محددة من الزمن كما في حالة سوء الأحوال الجوية (على سبيل المثال) وذلك من أجل إنجاز الأشغال على الوجه السليم والصحيح وتأجيل الأشغال هو إجراء مؤقت يتوقف بموجبه التنفيذ لمدة معينة من الوقت^(٣)، حيث تستطيع الإدارة تأجيل تنفيذ الأشغال لمدة لا تتجاوز عادةً سنة واحدة فإذا تجاوز التأجيل هذه المدة جاز للمقاول أن يطلب فسخ العقد وجاء في رأي لمجلس الدولة السوري «... تملك الإدارة في مجالات

(1) laubadère, ModerneetDelvolvé, op,cit, p449.

(٢) المادة ١٧/ من المرسوم رقم /٤٥٠/ المتضمن دفتر الشروط العامة الصادر بتاريخ ٢٠٠٤/١٢/٩ الناظم للقانون /٥١/ لعام ٢٠٠٤ المتضمن نظام العقود في سورية.

(3) Montmerl(jacquues) - Passation et execution des marché de travaux publics, Paris, 1966, P. 70.

العقد الإداري سلطة التعديل كأصل مسلم به ويتفرع عن سلطتها هذه حقها بتأجيل العمل في الجزء الذي ترى تعديله أو تصحيحه من المشروع على ألا يؤدي بالضرورة إلى تعذر مواصلة العمل في المشروع لأكثر من سنة على أنه إذا تجاوز التأجيل الجزئي مدة العقد كان لا بد من اتفاق خاص بين الإدارة والمتعهد بشأن تنفيذ الأعمال المؤجلة... وفي كل الأحوال يملك المتعهد مراجعة القضاء إذا وجد أن غبناً أو ضرراً قد أصابه من جراء التعديل^(١).

٣ - الإطلاع والتصديق على الوثائق المتعلقة بالتنفيذ:

يتطلب عقد الأشغال العامة على الوجه الصحيح أن تخضع جميع البرامج والمخططات والرسومات وكافة البيانات المرتبطة بتنفيذ العقد لتصديق الإدارة قبل وضعها موضع التنفيذ من جانب المقاول وذلك من أجل الإطلاع على كيفية تنفيذ الأشغال وأساليب إنجازها والتحقق من مدى صحتها وسلامتها في التنفيذ ويعتبر إطلاع الإدارة على وثائق التنفيذ وتصديقها بمثابة رقابة سابقة على تنفيذ الأشغال ويشكل التزاماً على عاتقها يقتضي منها القيام به في المواعيد المحددة لتجنب نفسها المسؤولية ومع ذلك تقرر النصوص أحياناً التزام المقاول بفحص الرسوم والمخططات والتأكد من صلاحيتها وفقاً لقواعد الفن المرعية وإخطار الإدارة بملاحظاته عليها^(٢).

وطبقاً لنص اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم / ٨٩ / لعام ١٩٩٨ / في مصر يلزم المقاول بأن يتحرى بنفسه طبيعة الأعمال وعمل كل ما يلزم لذلك من اختبارات وغيرها للتأكد من صلاحية المواصفات والتصميمات المعتمدة وعليه إخطار جهة الإدارة في الوقت المناسب بملاحظاته عليها ويكون مسؤولاً عن جميع هذه الرسومات والتصميمات كما لو كانت مقدمه منه^(٣)، كما أوجبَ نظام عقود الجهات العامة في سورية رقم / ٥١ / لعام / ٢٠٠٤ / أنه على المتعهد قبل المباشرة في تنفيذ أي جزء من العقد أن يدقق ويتأكد من صحة

(١) رأي مجلس الدولة السوري رقم / ٣٧٨ / لعام ١٩٦٨، مشار إليه لدى صبحي السلوم، المرجع السابق، ص ٣٨٨.

(٢) د. محمد ماجد عبود، دور القواعد الحديثة في المناقصات والمزايدات في الدول النامية، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ٢٤٥.

(٣) المادة ١٧ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩ لعام في مصر ١٩٨٣.

المخططات ومطابقتها بعضها لبعض وبكل ما يقتضيه دفتر الشروط الفنية وجدول الأسعار وقائمة الكميات وغيرها من الأحكام.

كما أوجب على المتعهد أن يطلب من الجهة العامة تصحيح أي تباين أو تناقض أو نقص أو خطأ قد يلحظه في هذه المخططات أو الشروط الفنية أو الكشف أو التعليمات المعطاة إليه (سواء أكانت التعليمات مكتوبة أم مرسومة وسواء أكانت مرافقة للعقد أم أعطيت إلى المتعهد فيما بعد أثناء التنفيذ).

وعلى المتعهد في مثل هذه الحالات العمل بموجب التعليمات النهائية التي تطلب الجهة العامة منه اتباعها أثناء التنفيذ في هذا الموضوع^(١)، وبناءً عليه يتحمل المتعهد مسؤولية ما يترتب على تصحيح أو هدم أو إعادة بناء القسم المتأثر وعليه إزالة نتائج هذا الخطأ على نفقته الخاصة مهما بلغت التكاليف وذلك في حال لم يراجع المتعهد الجهة العامة بشأن أي تباين أو تناقض أو نقص في المخططات والشروط الفنية وظهر بعد تنفيذ الأشغال كلها أو بعضها أي خطأ لا يمكن قبوله أو تلافيه في أي من الأعمال الواردة في العقد إجمالاً أو تفصيلاً^(٢)، وفي كل الحالات تبقى الجهة العامة هي المسؤولة عن صحة التصاميم المقدمة من قبلها من الوجهتين الفنية والحسابية.

٤ - الرقابة على وكلاء وعمال المقاول:

يتمتع المقاول بحرية اختيار عماله لتنفيذ الأشغال موضوع العقد ولكن للإدارة أن تمارس رقابتها على اختيار العمال ونشاطهم فلها حق الاطلاع على قائمة العمال للتأكد من كفاية عددهم للتنفيذ وكفاءتهم من الناحية الفنية ولها أن تستوثق من احترام قواعد اليد العاملة والقواعد المتعلقة بالأمور والتشريعات الاجتماعية ومن ثم تملك الإدارة الحق في أن تطلب من المقاول فصل أو رفض الأشخاص الذين لا يتمتعون بالأهلية أو حسن السلوك^(٣)، ومن جانبها قررت اللائحة التنفيذية للقانون

(١) الفقرة (أ) من المادة ٢١ من المرسوم رقم ٤٥٠ في سورية لعام ٢٠٠٤ المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود الموحد.

(٢) الفقرة (ب) من المادة ٢١ من المرسوم ٤٥٠ لعام ٢٠٠٤ في سورية.

(٣) د. عيسى عبد القادر الحسن، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة، المرجع السابق، ص ٢٩٢.

رقم /٨٩/ لعام /١٩٩٨/ في مصر مسؤولية المقاول عن تنفيذ أوامر الإدارة بإبعاد كل من يهمل أو يرفض تنفيذ التعليمات أو يحاول الغش أو يخالف أحكام هذه الشروط وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي حق الإدارة بالرقابة على عمال ووكلاء المقاول فبعد أن بينت محكمة القضاء الإداري حق الإدارة في أن تضع الشروط التي تراها ملائمة لظروف العمل محل التعاقد في حدود القانون والمصلحة العامة كأن تشترط على المقاول أن يكون المهندس المعين من قبله حاصلاً على مؤهل معين قضت بأنه "إذا لم يقيم المقاول بتعيين مهندس تتوافر فيه هذه الشروط كان للمصلحة ألا توافق على تعيينه وكان على المقاول أن يستبدل به غيره ممن تتوافر فيه الشروط وليس للمهندس المستبدل حق الاعتراض طالما أن المصلحة قد استهدفت من ذلك صالح العمل"^(١).

وكذلك أوجب نظام عقود الجهات العامة في سورية على المتعهد أن لا يستخدم في تنفيذ أعمال العقد من العمال والصناع والمستخدمين وأرباب المهن والاختصاص إلا من تتوافر فيهم الكفاءة والسلوك الحسن.

وبالمقابل يحق للجهة العامة أن تطلب من المتعهد إخراج أي من المستخدمين بما فيهم المراقب والوكيل من موقع العمل إذا لم تجددهم لاثقين للعمل حسب تقديرها وفي هذه الحالة لا يجوز للمتعهد إعادة أولئك المرفوضين من العمل إلا بالموافقة الخطية من الجهة العامة وإن استعمال الجهة العامة لهذا الحق لا يُخول المتعهد الاتصال من مسؤولياته العامة أو المطالبة بأي تعويض أو عطل أو ضرر قد يحصل له من جراء ذلك^(٢)، كما يجب أن تكون شروط استخدام العمال أو المستخدمين في أعمال العقد متفقة مع أحكام قانون العمل واتفاقية العمل الدولية رقم /٩٤/ المرعية الإجراء في الجمهورية العربية السورية وعلى المتعهد العمل بكل ما يتطلبه هذا القانون وتلك الاتفاقية من أحكام وعليه أن يطبق قانون التأمينات الاجتماعية^(٣).

(١) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية ٨ نوفمبر ١٩٥٥ - س ١٠ ص ٢١ وحكم المحكمة الإدارية العليا ٨ نوفمبر ١٩٦٩ س ١٥ ص ٣.

(٢) الفقرة (أ) من المادة ٢٩ من دفتر الشروط العامة الصادر بالمرسوم ٤٥٠ لعام ٢٠٠٤ في سورية المرجع السابق.

(٣) الفقرة (ب) من المادة ٢٩ من المرسوم ٤٥٠ لعام ٢٠٠٤ المتضمن دفتر الشروط لنظام العقود الموحد في سورية.

إلا أنه وإن كانت الإدارة تتمتع بحق رفض وإبعاد وكلاء وعمال المقاول على النحو السابق فإن سلطتها في هذا الشأن ليست مطلقة وإنما هي سلطة تقديرية منوطة بحسب استعمالها وبإستهداف الصالح العام ومن ثم يحق للمقاول أن يطلب التعويض عن حالات الرفض أو الفصل التعسفي أو المؤسس على أسباب غير صحيحة.

٥ - الرقابة على الأدوات والمواد المستخدمة في التنفيذ:

يقتضي تنفيذ الأشغال العامة استعمال أدوات ومواد من النوعية الجيدة وهذا يتطلب من الإدارة القيام بفحص واختبار المواد والأدوات المستخدمة في إنجاز العمل للتأكد من صلاحيتها وسلامتها من الناحية الفنية لأن استخدام مواد وأدوات غير صالحة لتنفيذ الأشغال ومن نوعية سيئة تؤدي إلى إنشاء أعمال معيبة لا تحقق الغرض المتبقى منها^(١)، ويملك المقاول في الأصل حرية اختيار المواد المستخدمة في التنفيذ ما لم يحدد العقد استعمال مواد معينة من أماكن معينة ومع ذلك تملك الإدارة حقوق واسعة في هذا المجال منها أن تطلب تغيير مصدر ونوعية المواد ولها أن تتحقق من مطابقة المواد للمواصفات المنصوص عليها وللإدارة أن ترفض المواد إذا كانت من نوعية رديئة وأن تسحب قبولها لتلك المواد إذا اكتشفت أنها معيبة.

واعترفت المادة /١٩/ من نظام عقود الجهات العامة رقم /٥١/ لعام /٢٠٠٤/ في سورية المتعهد مسؤولاً عن تأمين المواد واللوازم والمعدات والأدوات كافة ومختلف التجهيزات الفنية اللازمة لإنجاز جميع الأعمال المطلوبة حسبما هو وارد في العقد وعلى نفقته الخاصة وأن تكون جميع هذه المواد واللوازم والتجهيزات المحضرة لموقع العمل من أحسن الأنواع ومستوفية للشروط والمواصفات الفنية المطلوبة منه في العقد عامة.

وإذا ما وجدت الجهة العامة أن المواد واللوازم والمعدات والأدوات المحضرة من قبل المتعهد لاستعمالها في المشروع غير صالحة للعمل أو غير مطابقة لشروط العقد فإن لها الحق أن ترفض قبولها وتطلب إخراجها واستبدالها بغيرها

(١) د. خليل صالح السامرائي، عقد الأشغال العامة (إبرام - تنفيذ - انتهاء)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، ٢٠١٧، ص ١٤٦.

وعلى المتعهد أن يزيلها فوراً من موقع العمل وأن يستبدلها على نفقته الخاصة بأنواع أخرى صالحة تقبل بها الجهة العامة وفي حال تمنع أو رفض المتعهد تقوم الإدارة بذلك على نفقته مهما بلغت من تكاليف ولا يحق للمتعهد المطالبة بأي ضرر أو خسارة أو تعويض أو تمديد لمدة العقد بسبب الإجراءات التي تتخذها الجهة العامة في هذا الصدد.

وفي حال كانت المواد واللوازم محصور ببيعها وتوزيعها بالجهات العامة تعطي الجهة العامة إلى المتعهد الوثائق التي تُمكنه شرائها ضمن حدود الكميات والمدد المعينة في العقد وعلى أن يتم استعمال هذه المواد واللوازم تحت إشراف الجهة العامة ومراقبتها^(١).

وبناء على ما تقدم نجد أن نطاق سلطة الإدارة في عقد الأشغال العامة إلى أبعد مدى فمهندس الإدارة هو الموجه والمدير الحقيقي للعمل وما المقاول إلا منفذ لتعليمات الإدارة بهذا الشأن ومن ثم تثبت للإدارة سلطة الرقابة الكاملة في مواجهة مقاول الأشغال العامة سواء أكانت سلطة إشراف أو سلطة توجيه^(٢).

ثانياً: مظاهر سلطة الرقابة على عقود التوريد:

تتقسم عقود التوريد إلى مايلي:

عقود التوريد العادية: وهي التي يكون العنصر الأساسي فيها هو تسليم منقولات يتفق على مواصفاتها مقدماً ويكون التعاقد حر في المصدر الذي يحصل منه^(٣).

وعقود التوريد الصناعية: وهي لا تخضع لتعريف محدد متفق عليه إذ أن معيار هذه العقود مرن جداً، ويترك للإدارة حرية واسعة في التصرف^(٤).

وعقود التوريد المختلطة: وينطوي هذا النوع من العقود على مزيج من التوريد والتركيب، حيث يقوم المورد بتوريد الأشياء المتعاقد عليها بالإضافة إلى تركيبها في الأماكن المخصصة لذلك^(١).

(١) الفقرة (ج) من المادة ١٩ من نظام عقود الجهات العامة في سورية رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤.

(٢) د. هارون الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٧٩ ص ١٩٠.

(٣) المستشار أمير فرج يوسف، العقود الإدارية، الجزء الثاني، القاهرة، مصر، ٢٠١٦م، ص ١٣٩.

(٤) المستشار أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص ١٣٩.

وتختلف مظاهر سلطة الإدارة في الرقابة بالنسبة لكل منهما على النحو التالي: تمارس الإدارة سلطتها في الرقابة والتوجيه في هذا النوع من العقود على نحو دقيق وصارم، حيث تعتبر سلطة الرقابة والتوجيه هي جوهر هذا العقد، إضافة إلى أن عقود التوريد الصناعية تستوجب الرقابة الدائمة من الإدارة على التصنيع ذاته بسبب تقنياتها الخاصة، خاصة إذا ما كان العقد مرتبطاً بالجهود الحربية، وتتسع سلطات الرقابة على المتعاقد في عقود التوريد الصناعية فتشمل الرقابة الفنية والرقابة المالية والرقابة الإدارية.

وفي فرنسا: حرصت كراسة الشروط العامة المتعلقة بالتوريدات الحربية على تنظيم سلطة الإدارة المتعاقدة في مثل هذه العقود بالنص في المادة ١٦/ على حق الإدارة في مراقبة كافة تفاصيل تصنيع المواد أو الأشياء أو تصنيع المعدات الحربية من خلال من ينتدبهم الوزير لهذا الغرض ويكون لهم حق دخول المصانع صباحاً أو ليلاً للقيام بكافة المراجعات والاختبارات التي يرونها لازمة كما يحق لهم أخذ عينات أو أشياء مصنوعة في أي وقت كان وفي الوضع الذي تكون عليه هذه الأشياء ما لم يتعلق الأمر بمنتجات مسجلة باسم المورد ويلتزم المورد في كافة الأحوال بتقديم المعلومات التي يطلبها رجال الإدارة بخصوص تنفيذ العقد^(٢). وكذلك الحال بالنسبة للتوريدات البحرية حيث تنص المادة ٤٧/ من كراسة الشروط العامة السارية على عقود التوريد للقوات البحرية على أن تمارس الإدارة هذه الرقابة بالدخول إلى ورش ومواقع المورد بمعرفة ضباط وموظفين مهمتهم التأكد من النوعية الجيدة للمواد المستخدمة والعناية بالتصنيع ولا يستطيع المورد أن يحتج بسبق ممارسة القوات البحرية للرقابة حال تصنيع الأصناف المرفوضة.

وفي سورية: نصت المادة ١٠/ من المرسوم ٤٥٠/ لعام ٢٠٠٤ المتضمن دفتر شروط نظام عقود الجهات العامة على أنه "يحق للإدارة 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

(١) المستشار أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص ١٣٩.

(2) Ph. Terneyre, op. cit, p. 112.

يرفض ما يرى لزوماً لرفضه لمخالفته الشروط الفنية ويجب إبلاغ جميع حالات الرفض خطياً إلى المتعهد أو الشركة الصانعة وأن يطلع الجهة العامة على ذلك وعلى المتعهد أن يستبدل المواد المرفوضة بمواد تتوافر فيها جميع الشروط المطلوبة. كما ويحق للمشرف أو أي شخص آخر يمثل الجهة العامة الدخول بكل حرية خلال ساعات العمل إلى جميع الأماكن التي يقوم فيها المتعهد وأصحاب المعامل المعتمدة من قبله بصنع وتخزين أي من قطع التوريدات. كما يحق للإدارة تكليف شركات مراقبة ذات سمعة حسنة لفحص البضاعة في ميناء المصدر، واستبعاد الشركات التي لا تتمتع بسمعة حسنة قبل فض عروضها، وإذا كانت أجور المراقبة على عاتق البائع تحدد شركة مراقبة ذات سمعة جيدة مهما بلغت أسعارها، مع ضرورة فحص البضائع المستوردة في مرفأ الوصول مع مطابقتها لشروط العقد وعدم فسادها أصلاً^(١).

ثالثاً: مظاهر سلطة الإدارة في الرقابة على عقود التزام المرافق العامة:

بموجب عقد امتياز أو التزام المرافق العامة تعهد الإدارة إلى فرد أو شركة بإدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله لمدة محدودة وذلك عن طريق عمال وأموال يقدمها الملتزم وعلى مسؤوليته في مقابل تقاضي رسوم من المنتفعين بهذا المرفق واختيار الدولة لإدارة أحد المرافق العامة عن طريق عقد امتياز أو التزام المرافق العامة لا يعتبر تنازلاً أو تخلياً من الدولة عن المرفق العام بل تظل ضامنة ومسؤولة قبل أفراد الشعب عن إدارته واستغلاله^(٢).

والنصوص التي تنظم حق الرقابة على إعداد المرافق العامة وإدارتها تعتبر نصوص لائحية وليست تعاقدية لأن حق الإدارة ثابت في الرقابة حتى لو لم ينص عليه في العقد لأنه مستمد من طبيعة المرافق العامة ولا يمكن للإدارة أن تنتازل عنه كله أو بعضه.

والرقابة التي تمارسها الإدارة على الملتزم في نطاق عقود الالتزام تأخذ معنى الإشراف للتأكد من سير عمليات الاستغلال بانتظام وإطراد وتقف عند حد الإشراف

(١) بلاغ رئاسة مجلس الوزراء السورية، رقم ١٧٣/ب - ١٥/٣٠٥٧ تاريخ ١٢/٩/١٩٧١، رئاسة مجلس الوزراء.

(٢) د. إبراهيم محمد علي، المرجع السابق، ص ١٧.

على عمليات الاستغلال دون أن تتضمن توجيهاً أو تدخلاً في إدارة المرفق العام على نحو يفوق الملتزم من مباشرة نشاطه^(١).

وتأخذ الرقابة التي تمارسها الإدارة إزاء الملتزم ثلاثة صور من الرقابة: رقابة فنية وإدارية ومالية.

١ - الرقابة الفنية:

ويقصد بها قيام الإدارة بالرقابة والتأكد من أن الاستغلال والتسيير يتم وفقاً للشروط الفنية المتفق عليها في العقد أو في دفتر الشروط الملحق به ويكون لموظفي الإدارة الحق في الدخول إلى جميع الإدارات في منطقة الاستغلال والاطلاع على الوثائق الفنية والخرائط والرسوم ومتابعة عملية التنفيذ في جوانبها الفنية وإجراء الفحوص للتأكد من معدلات الإنتاج وكفاءة الاستغلال ومطابقته للشروط المتفق عليها في العقد.

وفي فرنسا تُنظم دفاتر الشروط العامة الملحقة بعقود الامتياز سلطات الإدارة في شأن الرقابة الفنية وتبين حدودها وأهدافها، ففي عقود القوى الهيدروليكية يكون لموظفي الإدارة الحق في الدخول إلى مناطق الاستغلال للإطلاع على الوثائق الفنية وإجراء الاختبارات اللازمة على منسوب القوى وكان قضاء مجلس الدولة الفرنسي منذ البداية يؤيد حق الإدارة في الرقابة الفنية للملتزم والتي تتعدى سلطة الإشراف وتصل إلى سلطة التوجيه للملتزم في اختيار طرق التنفيذ الفنية الأكثر ملاءمة من ذلك حكمه الصادر في ١٠ يناير ١٩٠٢ والمعروف بحكم غاز ديفي ليه روان وتخلص وقائعه أن بلدة ديفي ليه روان منحت شركة الغاز امتياز الإضاءة بالغاز في سنة ١٨٧٤ وتم تجديد عقد الامتياز لمدة أخرى في سنة ١٨٨٧ في وقت كانت فيه الإضاءة بالكهرباء استعملت في البلديات المجاورة وطالبت البلدة الملتزم بأن يكفل الإضاءة العامة والخاصة بالكهرباء ولكن رفض ملتزم الغاز هذا الطلب فاتجهت البلدة لشركة الكهرباء تعرض عليها التزام الإضاءة بالكهرباء وعندئذ قامت شركة الغاز دعوى تعويض عن الضرر الناشئ لها من الترخيص الممنوح لشركة الكهرباء ومخالفة الاحتكار المنصوص عليها في عقدها وعرض النزاع على مجلس الدولة الفرنسي وقضى بأن اتفاق سنة ١٨٧٤ تم تجديده عام ١٨٨٧ في وقت كانت فيها الإضاءة

(١) د. محمد سعيد أمين، تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ١٧٥.

بالكهرباء غير موجودة فعلاً وأن إبرام الاتفاق دون النص صراحةً على منح التزام الإضاءة بالكهرباء إلى شركة الغاز يعني أن لشركة الغاز امتياز تحقيق الإضاءة بأي وسيلة كانت ولكن للبلدة الحق في تحقيق ذلك بالكهرباء بمنح التزاماتها إلى الغير في حالة رفض شركة الغاز القيام بذلك بعد إذارها وهذا القضاء يؤدي إلى التزام الملتزم بموائمة المرفق العام سواء للثورة الفنية أو للتزايد في حاجات السكان^(١).

٢ - الرقابة الإدارية:

يقصد بها قيام الجهة الإدارية بالإشراف عن طريق مندوبيها على تسيير المرفق والمشاركة في إصدار القرارات الداخلية كما عرّفها البعض بأنها جهد مُنظم تقوم به الجهة الإدارية المتعاقدة لوضع معايير أداء تتسجم مع الأهداف المبتغاة من إقامة المشروعات ومقارنة الأداء الفني مع معايير الأداء الموضوعية للتأكد من مدى انسجام ما يحدث في الواقع العملي مع ما هو وارد بالاتفاقيات الموقعة والقوانين واللوائح السارية ثم التعرف على نقاط الضعف والأخطاء وتصحيحها ومنع تكرار حدوثها وتمارس الرقابة الإدارية بوسيلتين: فهي إما بتعيين مندوب يحضر اجتماعات مجالس الإدارة ويكون له حق التصويت أو الاعتراض وإما أن تقوم بتعيين مدير المنشأة أو بعض أعضاء مجلس الإدارة^(٢).

٣ - الرقابة المالية:

يقصد بالرقابة المالية حق الجهة مانحة الامتياز في التفتيش على حسابات المتعاقدين الخاصة باستغلال المرفق العام فالتعاقد في نطاق عقود الإمتياز على اختلاف أنواعها يُلزم بإمسك دفاتر الحسابات المنتظمة وفقاً للقواعد المحاسبية المتعارف عليها والمعمول بها^(٣).

والرقابة المالية قد تكون رقابة سابقة تقوم بها الإدارة بمراجعة الميزانية التي يقدمها الملتزم والعقود التي يبرمها مع الغير وقد تكون لاحقة تعطي الإدارة حق

(١) د. أحمد يسري، أحكام المبادئ في القضاء الفرنسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، بدون تاريخ نشر، ص ٥٧.

(٢) د. أحمد محمد محرم، الآثار القانونية للرقابة الإدارية لمشروعات المرافق العامة المقامة بنظام B.O.T، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط، ٢٠٠٨، ص ١٢٧.

(٣) د. محمد سعيد أمين، تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ١٧٢.

الاطلاع على الحسابات والمستندات وهي تهدف إلى تنبيه الملتزم إلى الأعمال التي قد تضر بالمصلحة المالية للدولة وفي فرنسا فإن الرقابة المالية يعهد بها إلى القضاء المالي ويتمثل في محكمة المحاسبات والدوائر الإقليمية للمحاسبات ويتولى القضاء المالي في فرنسا فحص التقارير التي يقدمها المفوض إليه إلى سلطة التفويض وله الحق في الاطلاع على الفواتير والسجلات التي تتعلق بعقد التفويض وله أن يبدي ملاحظاته لصاحب الشأن وما اتخذ بشأنه من إجراءات^(١).

أما في مصر فيتولى الجهاز المركزي للمحاسبات مراقبة عقود الالتزام طبقاً لنص المادة ٧/ من القانون رقم ١٢٩ سنة ١٩٤٧ والتي تقضي بأنه يجوز بقرار من رئيس الجمهورية بناءً على اقتراح الوزير المانح الالتزام والمشرف على الجهة مانحة الالتزام أن يعهد إلى ديوان المحاسبات بمراقبة إنشاء سير المرفق من النواحي المالية.

وفي سورية يتولى الجهاز المركزي للرقابة المالية مراقبة تنفيذ عقود الالتزام ولاسيما من النواحي المالية.

الفرع الثالث

نطاق سلطة الإدارة في الرقابة والإشراف والتوجيه

إن حق الإدارة في الرقابة ثابت لها في كل العقود الإدارية، إلا أن مدى استعماله قد يختلف من عقد إلى آخر، حيث تكون أوسع نطاقاً في عقود الأشغال العامة، وذلك لارتباطها بالمرفق العام الذي يجعل من الإدارة صاحبة حقيقة للمشروع، حيث يقتصر دور المتعاقد معها على التنفيذ متلقياً في ذلك تعليماتها ومستجيباً لتدخلها المستمر في أوضاع التنفيذ، ويكون نطاق رقابة الإدارة وتوجيهها للمتعاقد معها أضيق نطاقاً في عقود التزام المرفق العام، حيث يتمتع صاحبه بحرية في إدارة المرفق وبقتصر دور الإدارة على الإشراف عليه للتأكد من أداء الخدمة محل عقد الالتزام للمنتفعين بها على النحو المنصوص عليه في العقد^(٢).

(1) C. E a vis 20 mai 1998, compagine générale des caux, rec, p. 123, jcp.

(٢) د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٦٣.

وكذلك في عقود التوريد فإن حق الإدارة في الرقابة يكون أضعف، حيث لا يجوز للإدارة التدخل في طريقة تنفيذها وإنما يقتصر الأمر في هذا الشأن على حق الإدارة في التأكد من قيام المتعهد بتوريد الأصناف محل العقد مطابقة للمواصفات والعينات المعتمدة^(١).

(١) د. أحسان سليمان خريط، صعوبات تنفيذ العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٧، ص ٦٦.

المطلب الثاني

الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في الرقابة والإشراف والتوجيه

إن دراسة الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في الرقابة والإشراف والتوجيه، يقتضي بحث ضوابط الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في الرقابة والإشراف والتوجيه، ومن ثم الآثار القانونية لممارسة سلطة الإدارة في الرقابة والإشراف والتوجيه.

وسنقسم هذا المطلب إلى الفرعين التاليين:

الفرع الأول: ضوابط الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في الرقابة والإشراف والتوجيه.

الفرع الثاني: الآثار القانونية للرقابة القضائية على ممارسة الإدارة لحق الرقابة والإشراف والتوجيه.

الفرع الأول

ضوابط الرقابة القضائية على سلطة الإدارة

في الرقابة والإشراف والتوجيه

إن سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقود الإدارية ليست سلطة مُطلقة^(١)، ويجب ألا يشوب استعمال الإدارة لها تعسف وأن تتم ممارستها طبقاً للضوابط والقيود التي يقتضيها توفير ضمانات للمتعاقد^(٢).

فاستعمال الإدارة لسلطتها في الرقابة والإشراف والتوجيه يجب أن يكون بباعث من المصلحة العامة وفي غرض يقتضيه حسن سير المرفق العام موضوع

(١) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص ٢٤١.

(٢) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص ٢٤١.

التعاقد إلا إذا كان تصرف الإدارة مشوباً بسوء استعمال السلطة وينبغي ألا يؤدي استعمال الإدارة لتلك السلطة إلى تعديل شروط العقد بل يجب أن تظل ممارسة هذه السلطة في الحدود التي تقتضيها طبيعة العقد، كما أن للمتعاقد مع الإدارة أن يطالب بأن تقوم بالإشراف السلطات الإدارية المختصة وطبقاً للأوضاع والشروط التي ترسمها القوانين واللوائح^(١).

وإن مجرد التجاوز المنسوب للإدارة في ممارستها لسلطة الرقابة والتوجيه طالما كان بعيداً عن دائرة التعسف أو الخطأ السابق فإن ذلك التجاوز لا يشكل خطأ في جانب الإدارة وإن كان يترتب عليه التزام الإدارة بتعويض المضرور عن النفقات التي تكبدها نتيجة ذلك التجاوز إعمالاً لمبدأ التوازن المالي للعقد وهو ما يُمثل أحد حالات مسؤولية الإدارة العقدية للخطأ^(٢). هنا يتضح أن استعمال الإدارة لسلطتها في الرقابة تخضع لضابطين: أولهما ضابط عام يتمثل في ضرورة أن تتخذ قرارات الرقابة في إطار مبدأ المشروعية بمعنى أن يكون دافع الإدارة في اتخاذها تحقيق المصلحة العامة وثانيهما ضابط خاص بالعقد الإداري موضوع الرقابة حيث يتعين ألا يترتب على استعمال الإدارة لهذا الحق تعديلاً في شروطه^(٣).

وللقاضي الإداري في النهاية أن يراقب استعمال الإدارة لحق الرقابة هذا بما يجعله متفقاً مع الصالح العام وفي حدود مقتضيات المرفق العام وضمانة سيره بانتظام وإطراد دون أن تُسيء الإدارة استعمال سلطتها^(٤).

ومما تقدم فإن بوسع الإدارة ممارسة حقها في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري في إطار تحقيق المصلحة العامة ملتزمة في ذلك بالحدود القانونية لتلك الممارسة كالتالي:

(١) د. طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، ٢٠١٠، ص ٨٢.

(٢) د. حمدي حسين الخلفاوي، المرجع السابق، ص ٢٤٢.

(٣) د. محمد حسن الحلفاوي، المرجع السابق، ص ٣٤٣.

(٤) د. طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص ٨٢.

أولاً: ضرورة أن يكون الهدف من الرقابة تحقيق المصلحة العامة:

لكون تحقيق المصلحة العامة هو هدف النشاط الإداري بصفة عامة فإن مباشرة الإدارة يجب أن تكون بدافع مصلحة المرفق الذي لأجله أبرم العقد من خلال تحسين أداء خدماته للمنتفعين بها في عقد الالتزام أو أداء العمل المنوط بالمقاول أدائه في عقد الأشغال العامة على نحو ما ينبغي أو مطابقة الأصناف الموردة للعينات المعتمدة في عقد التوريد.

فإذا ما اتسمت رقابة الإدارة على تنفيذ العقد الإداري بالعنت والتعسف والرغبة في عرقلة تنفيذ العقد الإداري رغبة منها في توقيع غرامة التأخير على المتعاقد معها للكيد أو كسبب آخر فإن تصرفات الإدارة تكون مبنية الصلة بالمصلحة العامة وإن اتخذت منها ستاراً لها الأمر الذي يُعطي للمتعاقد مع الإدارة الحق في اللجوء لقاضي العقد طاعناً على تصرفاتها في استعمال السلطة وقد يخضع المتعاقد مع الإدارة لرقابتها صاغراً رغم اعتقاده الذي يصل إلى حد اليقين بعدم مشروعية وسائل مباشرتها ويُعدها عن غاية تحقيق المصلحة العامة توكياً لَعَنَتِها ورغبة في انتهاء عقده نهاية طبيعية يحصل بموجبها على كافة مستحقاته المالية عازفاً عن التعاقد المستقبلي مع الإدارة الأمر الذي يؤدي إلى اضطراب سير المرافق العامة حيث لا يكون بوسع الإدارة الاطلاع بدور حسن وانتظام سير عقودها^(١).

وبرأينا ويمكننا القول في هذا الشأن أن تراخي الإدارة في ممارسة الرقابة على تنفيذ العقد الإداري شأنها في ذلك كشأن التَّشَدُّد فيها لا يحقق الغاية المبتغاة من منح الإدارة تلك السلطة وهي بلوغ المصلحة العامة حيث يؤدي تفريط الإدارة في الرقابة على تنفيذ المتعاقد معها لالتزاماته التعاقدية إلى جنوحه بهذا التنفيذ لما يخالف شروط التعاقد بما لا يحقق المصلحة المبتغاة من إبرام العقد الإداري كما أن إفراط الإدارة بلا موجب في استعمال تلك الرقابة من شأنه عرقلة التنفيذ ودفع المتعاقد لولوج سبيل التقاضي مما يؤثر على علاقته بالإدارة الأمر الذي ينعكس سلباً على حسن أدائه لالتزامه التعاقدية بعد تحوله من

(١) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد لإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً، المرجع السابق، ص ٣٩.

مساعدة للإدارة ومشاركاً لها في تحقيق المصلحة العامة إلى خصم تجمعها بها ساحات القضاء.

ثانياً: التزام الإدارة حدود سلطة الرقابة:

إذا كانت سلطة الرقابة مُنحت للإدارة لتحقيق المصلحة العامة فإن استعمالها لتلك السلطة يجب أن يكون في أطر المشروعية بأن تحترم الإدارة حدودها حال ممارستها لتلك السلطة حيث لا يجوز لها تحت ستار الرقابة على تنفيذ العقد مستغلة التزام المتعاقد باحترام أوامرها من القيود عليها هذا التعديل تنكراً منها لمبدأ حسن النية الواجب تنفيذ العقود الإدارية في إطاره ذلك لأن سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقود الإدارية وإذا كان على المتعاقد تحمل عبء ضررها بإعتبارها من أسس قيام تلك العقود إلا أنه يتعين أن يكون استعمالها في حدود توقعات العقد وبما لا يتضمن تغييراً في مضمونه أو قلباً لاقتصادياته^(١).

ونرى أن للمتعاقد الحق في اللجوء إلى قاضي العقد طاعناً في تصرفات الإدارة غير المشروعة التي مارسها خلال رقابتها على تنفيذ العقد الإداري مطالباً بفسخه إذا بلغت آثار تلك التصرفات درجة من الجسامة يستحيل عليه معها استمراره في الوفاء بالتزاماته التعاقدية.

وذكرنا أن الإدارة تتمتع بسلطة واسعة في الرقابة - على النحو السالف بيانه - إلا أن هذه الرقابة ليست مطلقة وإنما يتعين على الإدارة إذا مارست هذه السلطة بعيداً عن المصلحة العامة أو في غرض لا يقتضيه سير المرفق العام موضوع العقد أو إذا أدى هذا الاستعمال إلى تعديل موضوع العقد وهنا تنشأ مسؤولية الإدارة وتسأل عن خطئها كما يتحقق الخطأ أيضاً إذا كان الإشراف صادراً عن سلطة غير مختصة أو بالمخالفة للأوضاع والشروط التي رسمتها القوانين واللوائح كما يتحقق الخطأ كذلك في طلب الإدارة من المقاول في عقد الأشغال إحضار مؤن تفوق حاجة العمل أو الإستعانة بعدد من العمال مغالى فيه أو تأمر بإيقاف العمل لمدة تتجاوز الحد المعقول.

(١) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٤٧٨.

فإذا قصدت الإدارة من استعمالها لسلطة الرقابة والإشراف والتوجيه تحقيق غرض آخر لا يتصل بذلك الهدف اعتبر ذلك إساءة باستعمال السلطة ومن ثم تُسأل الإدارة على أساس مخالفتها للمصلحة العامة أو لإنتفاء الغرض الذي يقتضيه سير المرفق العام^(١).

مثال ذلك إصدار مهندس الإدارة المكلف بالرقابة على تنفيذ أشغال عامة أمراً للمقاوم بفصل بعض العمال فإنّ هذا القرار يخضع لرقابة القضاء لتحديد مدى اتصاله بسير المرفق وما إذا كان يتضمن إساءة استعمال سلطة الرقابة من عدمه^(٢).

إلا أن الأمر مختلف بالنسبة للإجراءات التي يجب أن تتبعها الإدارة المتعاقدة والمقيدة بها كضرورة التحفظ من قبل المتعهد على الكشف النهائية لتقاضي قيمة الأعمال العقدية الإضافية، إذ نجد سلطة القضاء الإداري قد تجلت في هذا الخصوص حينما قررت أن عدم تحفظ المتعهد على الكشف لا يفقده حقه بتقاضي قيمة الأعمال المنفذة، زيادة عن الأعمال العقدية بحسبان أن هذه الأعمال تنفذ بموجب ملحق عقد أو محضر تسوية، ولا يتضمنها الكشف النهائي لأعمال العقد^(٣).

(١) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية بالقرارات والعقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، ص ٢٤١.

(2) Chapus®"R": Droit administrative générale. Tomel, op. cit. p. 477.

(٣) مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا السورية من عام (٢٠٠٩-٢٠٠٥)، الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (٢/٢٢٨)، طعن (٢٠٨) لعام ٢٠٠٩م الصادر بتاريخ ٢٠٠٩/٣/٤م، ص ٦١٢.

الفرع الثاني

الآثار القانونية للرقابة القضائية على ممارسة الإدارة لحق الرقابة والإشراف والتوجيه

في حالة تجاوز الإدارة لتلك الحدود فيكون من حق المتعاقد معها المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تترتب على ذلك^(١).

فتمتع الإدارة بحقوق واسعة في مجال الرقابة على تنفيذ العقد لا يعني انتهاء مسؤوليتها عن ممارسة هذا الحق فكثيراً ما يقرر القضاء الإداري مسؤوليتها التعاقدية في مواجهة المتعاقد واعتبار الإدارة بمثابة الموجه الحقيقي أحياناً للتنفيذ ولا يعني إعفاء المتعاقد مع الإدارة من المسؤولية عن التنفيذ بشكل صحيح طبقاً لمقتضيات الصالح العام، وسنبحث آثار الرقابة القضائية بالنسبة لكل من الإدارة والمتعاقد معها.

أولاً: آثار الرقابة بالنسبة للمتعاقد:

١ - المبدأ:

استمرار مسؤولية المقاول عن تنفيذ الأشغال على الوجه الصحيح:

إن مباشرة حق الرقابة من جانب الإدارة لا يحرر المتعاقد معها من المسؤولية وعدم تعرض الأعمال أو الأشغال موضوع العقد لأية ملاحظات من الإدارة لا يعفيه أيضاً من المسؤولية عن سوء التنفيذ^(٢)، كما أن عدم قيام الإدارة بالرقابة والإشراف على تنفيذ العقد لا يترتب انتفاء مسؤولية المتعاقد معها عن التنفيذ الصحيح للعقد ومن ثم يبقى المتعاقد مسؤولاً عن تنفيذ العقد مع الإدارة على الوجه السليم سواء مارست أو تقاعست الإدارة في رقابتها على التنفيذ.

(١) د. شريف يوسف خاطر، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩، ص ٦٤٩.

(2) Jéze, (Gaston); les principes généraux du droit administratif tome I, paris 1934 Tome II et Tome III Prais, 1936, p. 229.

ولكن على القاضي أي يُراعي سلوك الإدارة لكي يخفف من مسؤولية المتعاقد مع الإدارة وذلك عندما لا تُبدي الإدارة أي تحفظات على الإسلوب الذي نفذت به الأشغال أو عندما تهمل ممارسة حقوقها في الإشراف والتوجيه^(١).

٢ - الإستثناء: انتفاء مسؤولية المتعاقد مع الإدارة:

واستثناءً من الأصل السابق تقوم مسؤولية المتعاقد مع الإدارة إذا قام بتنفيذ أوامر وتعليمات الإدارة وأبدى عليها تحفظاته في الوقت المناسب كما في حالة الأضرار المنسوبة لمواد أولية من نوعية رديئة قدمتها الإدارة^(٢). وفي المقابل تتقرر مسؤولية المتعاقد عندما يُهمل تقديم التحفظات والملاحظات على أوامر الإدارة وخاصة بمناسبة الأضرار المنسوبة لنوعية المواد أو لإسلوب التنفيذ.

وقد قررت النصوص في فرنسا ومصر وسورية استمرار مسؤولية المتعاقد مع الإدارة في حالة ممارسة الإدارة لحقها في الرقابة على تنفيذ العقد. كما يكون للمتعاقد الحق في اللجوء لقاضي العقد طاعناً على تصرفات الإدارة غير المشروعة التي مارستها حال رقابتها على تنفيذ العقد الإداري مطالباً بفسخه إذا بلغت آثار تلك التصرفات درجة من الجسامة يستحيل عليه معها استمراره في الوفاء بالتزاماته التعاقدية^(٣).

ثانياً: آثار الرقابة بالنسبة للإدارة:

قد يلحق المتعاقد مع الإدارة بعض الأضرار عندما تباشر الإدارة حقها في الرقابة والتوجيه إلا أن المتعاقد لا يستحق تعويضاً في جميع حالات وصور الرقابة التي سبق وعرضناها بالمطلب السابق لكل من العقود الإدارية.

ويميز الفقه والقضاء بين حالتين:

- الحالة الأولى التي لا تثير مسؤولية الإدارة نتيجة مباشرة حق الرقابة.

- الحالة الثانية التي تنتبث فيها مسؤولية الإدارة بسبب الرقابة، وذلك على

النحو التالي:

(1) C. E 20 janv, 1982 Jugla, Rec, p. 676.

(2) C. E 9 mai 1970, Guilhermier, Rec p. 373.

(٣) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص ٤٠.

١ - إنتفاء مسؤولية الإدارة بممارسة حقها في الرقابة والتوجيه:

إن إجراءات الرقابة والتوجيه التي تباشرها الإدارة في تنفيذ العقد الإداري هي من الأمور الطبيعية والمعتادة فإذا مارست الإدارة حقها في الرقابة في حدود النصوص العقدية وترتبت عليها بعض النفقات والأضرار فإن المتعاقد لا يستحق أي تعويض وعليه أن يتحمل تلك الأعباء^(١)، وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي هذا المعنى عندما رفض تعويض المقاول عن النفقات التي تكبدتها بسبب الأوامر المصلحية النظامية الصادرة في نطاق نصوص العقد^(٢)، كما قضى في حكم آخر بأن إيقاف تنفيذ الأعمال يعتبر إجراء طبيعياً ومعتاداً في تنفيذ مثل هذا النوع من الأشغال^(٣).

٢ - تقرير مسؤولية الإدارة بمناسبة ممارسة حقها في الرقابة والتوجيه:

يترتب في بعض الأحيان على ممارسة الرقابة تقرير مسؤولية الإدارة التعاقدية في مواجهة المتعاقد بحيث يستطيع هذا الأخير أن يطلب التعويض لخطأ الإدارة أو فسخ العقد في حالة الخطأ الجسيم ويميز القضاء الفرنسي بين فرضين:

-فرض ارتكاب الإدارة أخطاء مشوبة بالتعسف في ممارسة الرقابة.

-فرض ممارسة الرقابة خارج مفهوم الخطأ.

أ - الفرض الأول: ارتكاب الإدارة أخطاء مشوبة بالتعسف عند مباشرة حق الرقابة:

تقترب الإدارة خطأً مشوباً بالتعسف عندما تصدر عنها تعليمات تعسفية بمعنى غير مفيدة أو تجاوز الحد المألوف ويمكن تصنيفها على الشكل التالي:

- التأخير المنسوب للإدارة بكافة صوره وأشكاله كتأخير الإدارة لتسليم أو بدء الأشغال أو الخطط والرسومات المتعلقة بتنفيذ الأشغال وكذلك تأخرها في تسليم المواد الضرورية^(٤).

(١) محمد سعيد أمين، تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ١٢٨.

(2) C. E, 20 januin 1922, Jouret, Rec. P. 531.

(3) C. E, 7 mai 1948, Royet, Rec p. 199.

(4) C. E, 13 nov 1964. S. A. Lantua et Olivier, Rec P. 459.

- أخطاء الإدارة المشوبة بالتعسف في توجيه وإدارة الأشغال كأن تطلب مواد أولية غير لازمة لتنفيذ العمل أو ترفض المواد بدون مبرر أو تطلب من المقاول إحضار عدد من العمال يزيد عن الحد المألوف^(١).

- وقف تنفيذ الأشغال لمدة غير معقولة بأمر من الإدارة يبرر للمقاول الحق في طلب فسخ العقد والتعويض سواء نص العقد على ذلك أم لم ينص^(٢)، وفي سورية أجازت الفقرة /أ/ من المادة /٦٠/ من نظام عقود الجهات العامة لآمر الصرف الأمر بوقف تنفيذ الأعمال مؤقتاً. وفي نفس الوقت أعطت الفقرة الثانية من ذات المادة للمتعهد حق طلب فسخ العقد إذا تجاوزت مدة وقف التنفيذ سنة كاملة إذا طلب المتعهد ذلك، وفي كل الأحوال يترتب على وقف التنفيذ حق المتعهد في تعويض عادل عن الأضرار التي تلحق به فعلاً، ويقدر هذا التعويض من قبل القضاء.

ب - الفرض الثاني: تجاوز الإدارة لحقها في ممارسة الرقابة دون خطأ:

- يقابل حق الإدارة في التوجيه والرقابة على تنفيذ العقد التزامها بتعويض المقاول حتى ولو لم يرتكب أي خطأ متى تجاوزت الرقابة توقعات أطراف العقد أو أدت إلى تفاقم الأعباء المالية للمتعاقد وذلك على أساس نظرية التوازن المالي للعقد الإداري^(٣)، وبالتطبيق لما سبق قضى مجلس الدولة الفرنسي بتعويض المقاول عن النفقات التي تكبدها بسبب الأمر المصلحي الذي جعل شروط العمل أكثر تكلفة^(٤).

ولكن لكي تتحقق مسؤولية الإدارة في هذا الفرض يتعين توافر ضوابط عدة^(٥):

- أن تصدر الأوامر والتعليمات عن الإدارة فلا يجوز تقرير مسؤولية الإدارة عند تفاقم الأعباء المالية بالعقد بسبب أفعال المتعاقد معها أو بناء على مبادرته ولو حازت على موافقة الإدارة.

(1) C. E, 20 avril 1984. Roujote, Rec, P. 268.

(2) C. E, 3 juin 1971, Sté. Saummoral, Rec, p. 12.

(٣) د. محمد سعيد أمين، تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ١٨٤.

(4) C. E, 7 Fév 1951, ville de paris, Rec, p. 76.

(5) De Laubadé, Moderneet Delvolvéconter, T. 2 op, cit, p. 459

- أن يلحق المقاتل من جراء تعليمات وأوامر الإدارة ضرراً بمصلحته الخاصة، ومن ثم لا يستطيع المقاتل طلب التعويض عن الأوامر الإدارية الصادرة لمصلحته الخاصة.

المبحث الثاني

سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري

بات حق التعديل ثابتاً فقهاً وقضاءً، ويشكل قاعدة من القواعد الأساسية المطبقة في العقود الإدارية سواء نص العقد على ذلك أم لم ينص، والمستند القانوني لذلك هو مقتضيات المصلحة العامة^(١)، ويعدّ النص على ذلك في الشروط التعاقدية كاشفاً للحق، وليس منشئاً له وعلى سبيل التبصر للمتعاقد ليس إلا، بحيث تستطيع الإدارة ممارسة حق التعديل حتى في حال خلو العقد من هذا الشرط كلما اقتضت المصلحة العامة منها ذلك وتُعد سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة من أهم وأخطر السلطات التي تملكها جهة الإدارة تجاه المتعاقد ذلك أنها تُضفي على العقد الإداري مرونة تضيق وتتسع حسب مدى هذه السلطة^(٢).

فإذا كان من المسلّم به في مجال عقود القانون الخاص أن العقد شريعة المتعاقدين وهو ما يعني القوة الملزمة بين أطرافه فلا يجوز لأيّ من المتعاقدين أن يتحلّل من التزاماته بإرادته المنفردة ولا يجوز نقض العقد أو تعديله إلا برضا الطرف الآخر إلا أن الأمر على خلاف ذلك في العقود الإدارية ولكنّ طبيعة العقود الإدارية هي التي تحد من مدى القوة الملزمة للعقد الإداري^(٣).

فالإدارة هي صاحبة الاختصاص بتنظيم المرفق وانتظام سيره فلذلك تملك حق تعديل العقد الإداري بما يوائم ضرورات واحتياجات المرفق العام ومن دون الحاجة إلى النص على ذلك لضمان سير المرفق العام.

(١) د. محمد الحسين، تنفيذ العقود الإدارية، بحث منشور في الموسوعة العربية على الموقع التالي: <http://arab-ency.com/law/detail/164865>.

تاريخ الدخول ٢٠١٨/٩/١٥ م.

(٢) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة بإنهاء العقد الإداري، المرجع السابق، ص ٥٤.

(٣) د. عمر الخولي، الوجيز في العقود الإدارية، دراسة قانونية تحليلية تطبيقية، الطبعة الثانية، دون دار نشر، ٢٠١٢، ص ١٣٧.

فإذا اقتضت ظروف المرفق العام القيام بتعديل العقد المبرم لصالحه وجب على الإدارة تعديل العقد بما يتفق مع مصلحة المرفق العام ولا تكون الإدارة خرجت على مضمون العقد بل يكون ذلك متفقاً مع طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة استمرار المرفق العام وضرورة الوفاء بإحتياجاته وتحقيق المصلحة العامة وهذه السلطة لا مثيل لها في العلاقات التعاقدية التي تنشأ بين الأطراف في عقود القانون الخاص^(١).

مما يعني أن للإدارة حقاً في تعديل التزامات المتعاقد معها سواء بزيادة التزاماته أم إنقاصها لدواعي المصلحة العامة بل لها أن تنتهي العقد إذا ما دعت إلى ذلك مقتضيات المرفق العام وأصبح من غير الضروري الاستمرار في تنفيذ العقد أقلها أن يفسخ العقد ولو لم يكن هناك نص في العقد ينظم ذلك وللمتعاقد في هذه الحالة المطالبة بالتعويض عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب.

وبناءً على ذلك سوف ندرس هذا المبحث في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لسلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري.

المطلب الثاني: الرقابة القضائية على تجاوز الإدارة لسلطتها في تعديل العقد.

المطلب الأول

الطبيعة القانونية لسلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري

إن العقد الإداري شأنه شأن أي عقد يُنشئ حقوقاً والتزامات متبادلة بين طرفيه غالباً ما يكون منصوباً عليها في العقد غير أن علاقة الإدارة بالمتعاقد معها في العقد الإداري تختلف اختلافاً كبيراً عن العلاقة التي تربط المتعاقدين في العقود المدنية.

ذلك أن علاقة الإدارة بالأفراد في العقود الإدارية تتميز بطابع خاص عن علاقة الأفراد بعضهم ببعض مما أدى إلى وجود قواعد تناسب طبيعة نشاط الإدارة

(١) د. حازم بيومي مصري، التوازن المالي في العقد الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ٢٠١٠، ص ٧١.

وهدفها^(١)، ومرجع ذلك أن الإدارة باستخدامها وسيلة العقد الإداري إنما تهدف إلى تسيير المرفق العام الذي تقوم على رعايته لذلك يبدو طبيعياً عدم تساوي المركز القانوني للمتعاقدين فالإدارة تشغل مركزاً متميزاً عن الأفراد وذلك بحكم سهرها على تحقيق الصالح العام ومن ثم فهي تتمتع بسلطات استثنائية وهنا تظهر قاعدة عدم المساواة المميزة للقانون الإداري بصفة عامة بحسب قول عامة الفقه^(٢)، حيث توجد عدم مساواة قانونية بين طرفي العقد بين الفرد الذي يهدف إلى تحقيق مصلحته الخاصة والحصول على الأرباح وبين الإدارة التي تسعى دائماً إلى تحقيق هدف المرفق العام فتتمتع من أجل ذلك بامتيازات استثنائية.

ولئن كان مبدأ ثبات العقد كما هو في عقود القانون الخاص لا يتماشى أحياناً وأوضاع الإدارة في تحقيقها للمصلحة العامة نظراً للمستجدات التي قد تطرأ، كان لابداً للإدارة من أن تخرج عن مبدأ ثبات العقد هذا كي تستطيع الوصول إلى تحقيق أهدافها المرجوة من التعاقد وذلك بإخضاع عقودها الإدارية إلى مبادئ أخرى تحقق هذا الغرض.

ويمكن القول إن جملة هذه المبادئ الجديدة تدخل في إطارها ما يُصطلح عليه بنظرية عدم ثبات العقد الإداري أو نظرية مرونة العقد الإداري ويتضح أثر هذه النظرية بشكلٍ خاص على مدى الالتزامات المتبادلة في العقد الإداري حيث لا يمكن إلزام الإدارة بذات الطريقة التي يُلزم بها الأفراد في عقودهم الخاصة^(٣).

ومن ثم من غير المستساغ إلزام الإدارة بتطبيق مبادئ وأحكام وقواعد القانون الخاص التي تقوم في معرض إبرام التصرفات الإرادية (العقود) على قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين". إذ لا يجوز لأحد طرفيه أن يقوم بتغيير جوهر العقد والتزاماته المنصوص عليها بحجة ظهور ما يستلزم ذلك.

(١) د. رمزي طه الشاعر، قضاء التعويض مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، بدون دار نشر، ١٩٩٢، ص ١٠٢.

(٢) د. أنور أحمد رسلان، نظريات الصعوبات المادية غير المتوقعة، مقالة منشورة في مجلة القانون والاقتصاد السنة ٤٨ العددان ٣ - ٤، ١٩٧٨، ص ٨٢٣.

(٣) د. فاروق أحمد خماس، د. محمد عبد الله الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ١١٦.

وفي الواقع فإنه من تبعات تطبيق هذه القاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" التي تعتبر موجهة إلى المتعاقدين وإلى القاضي في مجال عقود القانون الخاص إذ لا يجوز للقاضي أن يفسخ عقداً صحيحاً أو يعدله كما لا يجوز لأي من المتعاقدين بإرادته المنفردة أن ينقض العقد الذي أبرم بتوافق إرادتين أو يعدله إذ أن ما تعقده إرادتين لا تحله إرادة واحدة ومن ثم فإن السائد في القانون الخاص أنه لا يجوز أي تعديل على العقد أو فسخه إلا باتفاق الطرفين أو استناداً إلى نص القانون ذلك أن العقد يُنشئ مركزين متقابلين ومتساويين في الوقت عينه أحدهما سلبي والآخر إيجابي أو كلاهما سلبي وإيجابي في آن واحد وبهذا يتميز العقد عن الأعمال القانونية، ولما كان من المقرر أن المركز الشخصي لا يجوز المساس به فهو إذا وُجد لا يصح تعديله ولا يجوز نقضه.

وطالما أن المراكز الذاتية أو الشخصية تتميز بمثل هذا الثبات والاستقرار لذلك فإن العقد يعتبر عملاً قانونياً مستقراً لا يجوز تعديله أو فسخه إلا باتفاق بين المتعاقدين عينهم^(١).

إلا أنه في مجال العقود الإدارية فإن الالتزام بمبدأ ثبات العقد على النحو الذي يعمل به في عقود القانون الخاص لا يتفق مع المستجدات التي تتغير بتغير الزمن لذلك من الواجب على الإدارة في هذه الحالات أن تتدخل لتعديل نصوص العقد بما يضمن حسن سير وانتظام المرفق العام موضوع العقد وبمعنى آخر فإن فكرة المرفق العام ومسؤولية الإدارة عن تنظيمه وتسييره التي استلزمت منح الحق للإدارة في توقيع الجزاء وكذلك في رقابة وتوجيه المتعاقد معها بهدف تحقيق الصالح العام ومقتضيات المرفق العام فإن هذه الفكرة عينها اقتضت منح الإدارة سلطة تعديل شروط التعاقد بالزيادة أو النقصان أو بالتغيير أو بالتبديل لاسيما أن من القواعد الضابطة بسير المرافق العامة قابلية المرفق العام للتعديل والتغيير ولا يقبل أن تقف مكفوفة اليد وتعجز عن تنفيذ واجباتها نحو تعديل نظام سير المرفق العام لمجرد أن المتعاقد معها فرض عليها بمقتضى العقد الوقوف جامدة أمام الحاجة إلى التغيير^(٢).

(١) د. يحيى الجمل، حصاد القرن العشرين في علم القانون، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، مصر، ٢٠٠٦، ص ٣٣.

(٢) د. محمود حلمي، العقد الإداري، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، ١٩٧٤، ص ٧٠ - ٧١.

واللافت للنظر أن العديد من فقهاء القانون الخاص أنفسهم يؤكدون حق الإدارة في استعمال هذا الامتياز فمثلاً لا حصر يقول (الدكتور عبد الرزاق السهنوري) تُعتبر سلطة الإدارة في تعديل بعض نصوص العقد بإرادتها المنفردة من أهم خصائص العقد الإداري التي تميزه عن العقد المدني التي تحكمه قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ومن ثم لا يجوز تعديله بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين^(١).

ونخلص مما سبق أن الإدارة تستطيع دائماً أن تُعيد النظر في موقفها بالنسبة إلى أوضاع تنفيذ المرفق المسؤولة عنه حتى أنه في أثناء تنفيذ العقد إذ اتضح أن الأوضاع المحددة في العقد لم تعد تتوافق مع الصالح العام كما تستطيع أن تعدل قواعد سير المرفق العام الذي يركز عليه العقد إذ لا يمكن إجبار الإدارة على استلام شيء لم تعد ترغب فيه أو على الاستمرار في تشييد بناء غير مفيد لها وممارسة الإدارة لسلطة التعديل بإرادتها المنفردة التي تمثل خروجاً عن المبدأ الأساسي في مبادئ القانون الخاص ألا وهو عدم المساس بالقوة الملزمة بالعقد فإنها لا تتطوي على طابع معيب أو غير مشروع من جانبها بل العكس من ذلك تماماً كون استخدام الإدارة لها يمثل واجباً على عاتق السلطة العامة المسؤولة عن تنظيم المرفق العام وفقاً لأفضل الأوضاع كما هو الحال بالنسبة إلى سلطاتها في اتخاذ الجزاءات الإدارية في حالة تقصير المتعاقد معها عن تنفيذ التزاماته أو لسلطاتها في الرقابة والتوجيه على تنفيذ العقد وهذه السلطات تعتبر بحق من السمات المميزة لطبيعة العقد الإداري كما أن الأشخاص الذين يتعاقدون مع الإدارة لا يجهلونهم ولا يمكنهم أن يتجاهلونهم^(٢).

وسندرس هذا المطلب في الفروع الآتية:

الفرع الأول: موقف التشريع والفقه والقضاء من سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري.

الفرع الثاني: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري.

الفرع الثالث: الأحكام النازمة لسلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري.

(١) د. عبد الرزاق السهنوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص ٥٤٠.

(٢) د. علي القحام، المرجع السابق، ص ٥٦ وما بعدها.

الفرع الأول

موقف التشريع والفقه والقضاء من سلطة الإدارة

في تعديل العقد الإداري

سنبين الموقف من سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، في التشريع أولاً، ومن ثم في القضاء، وأخيراً في الفقه كما يلي:

أولاً: التشريع:

١. في فرنسا: أكدَّ المشرِّع الفرنسي على حق الإدارة في التعديل الفردي حيث أعطى الحق إلى المتعاقد في رفض تنفيذ التعديلات التي تفرضها الإدارة إذا كانت في مجملها تتجاوز نسبة ١٠% من نسبة الأعمال المنصوص عليها خلال المناقصات وقت إبرام العقد^(١).

٢. في مصر: اعترف المشرِّع بحق الإدارة في تعديل العقود الإدارية بإرادتها المنفردة مؤيداً ذلك بأحكام مجلس الدولة وغالبية الفقه، وتنص المادة ٧٨ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ الحالي على أن « يحق للجهة الإدارية تعديل كميات وحجم عقودها بالزيادة أو النقص في حدود ٢٥% بالنسبة إلى كل بند بذات الشروط والأسعار من دون أن يكون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق في المطالبة بأيّ تعويض عن ذلك فيجوز في حالات الضرورة الطارئة وبموافقة المتعاقد تجاوز النسبة الواردة في الفقرة السابقة».

ويجب في جميع حالات تعديل العقد الحصول على موافقة السلطة المختصة ووجود الإعتماد المالي اللازم وأن يصدر التعديل خلال فترة سريان العقد وألا يؤثر ذلك على أولوية المتعاقد في ترتيب عطائه.

وفي مقاولات الأعمال التي تقتضي فيها الضرورة الفنية تنفيذ بنود مستجدة بمعرفة المقاول القائم بالعمل دون غيره والاتفاق على تنفيذها بموافقة السلطة

(1) Delaubadère, A et Jean - Claude Venezia et Yves Gaudemet, Droit administrative, 14 éd, G. D. j, 1996, P. 486.

المختصة وذلك بطريقة الاتفاق المباشر وبشروط مناسبة لأسعار هذه البنود وسعر السوق^(١).

ولا شك من أن المادة /٧٨/ تحمل تجاوزاً على حق المتعاقد مع الإدارة في التوازن المالي للعقد لأنها أعطت الإدارة رخصة تمكنها من زيادة كميات عقودها وفقاً لنسب محددة وبذات الأسعار ولم تأخذ في اعتبارها إمكانية حدوث تغيرات في المعطيات السوقية للأداءات التي تكون محلاً للعقد فقد ترتفع الأسعار بين لحظة وأخرى فتصبح عند التنفيذ غير ما كانت عليه وقت الإبرام فتزيد أعباء المتعاقد بما يتجاوز حساباته المتعلقة بالفرق الذي قد ينجم عن عقده مما يشكل تجاوزاً حقيقياً على رضائه كما أنه حينما تنخفض الأسعار في السوق فإن ذلك يأتي في غير صالح الإدارة ويجعل التعديل وبالأعلى عليها بعد ما كان ميزة وسلطاناً وتبرز خطورة هاتين الفرضيتين بشكل جلي في العقود طويلة المدة ولكن مما يخفف من غلاء هذه المادة أن المتعاقد يستطيع أن يطالب بالتعويض مركّزاً على أساليب قانونية أخرى مثل نظرية عمل الأمير^(٢).

٣. في سورية: أقرّ المشرّع السوري في قانون عقود الجهات العامة رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤ للإدارة بحق تعديل العقد حيث تنص المادة ٦٢ منه:

أ. يجوز لأمر الصرف زيادة الكميات المتعاقد عليها أو إنقاصها بنسبة لا تتجاوز ٣٠% لكل بند أو مادة من التعهد على حدوذلك بنفس الشروط والأسعار الواردة في العقد دون حاجة إلى عقد جديد على أن لا تتجاوز قيمة الزيادة أو النقص ٢٥% من القيمة الإجمالية للعقد.

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

(١) صدر قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الجديد بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بتاريخ ١٩٩٨/٥/٨ ونشر في الجريدة الرسمية بالعدد رقم ١٩ بذات التاريخ وبدأ العمل بمقتضاه اعتباراً من ١٩٩٨/٦/٨ وصدرت اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الجديد بقرار من وزير المالية رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨ بتاريخ ١٩٩٨/٩/٦.

(٢) د. مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٣، ص ١٢٦.

ومن خلال استقراء نص المادة /٦٢/ نجد أن المشرع السوري كان مُوقفاً أكثر من المشرع المصري حيث أعطى الإدارة حق التعديل الإنفرادي في زيادة وإنقاص الكميات محل العقد إلا أنه حدد النسب المئوية لهذا التعديل فحدد الزيادة لكل بند من البنود على ألا تتجاوز نسبة معينة من القيمة الإجمالية للعقد. بعكس المشرع المصري الذي أعطى الإدارة سلطة التعديل لكل بند من بنود العملية على حده وليس من إجمالي قيمة العقد.

والجدير ذكره أنه: «ليس من شك في أن طبيعة المشروع أو سير المرفق العام قد تفرض أحياناً على الإدارة المتعاقدة أن تلجأ إلى تكليف المتعهد بأعمال تزيد عن كميات الأعمال العقدية، وقد تزيد أيضاً عن النسب التي يسمح للإدارة أن تكلف بها المتعهدون دون حاجة إلى تنظيم عقد جديد، وقد يتعذر على الإدارة أن تنظم عقداً مع المتعهد لتنفيذ الأعمال المشار إليها لأسباب تتعلق أحياناً بعدم معرفة كميات الأعمال الزائدة والمدد اللازمة لتنفيذها وغير ذلك من الأسباب إلا أنه عند الانتهاء من تنفيذه هذه الأعمال فإن الكميات المنفذة والمدد التي تستغرق لتنفيذها تتحدد بصورة واضحة ودقيقة من واقع دفتر الورشة ويكون في وسع الإدارة عندئذ أن تلجأ إلى تنظيم محضر تسوية بهذه الأعمال تتخذ أساساً لتصفية استحقاقات المتعهد عن الأعمال الزائدة بذات الأسعار المقررة في العقد الأصلي»^(١).

ثانياً: القضاء:

إن القضاء هو الآخر يعترف للإدارة بحق التعديل وهناك أحكام كثيرة صدرت عن القضاء الفرنسي تؤيد ذلك حيث استقر القضاء ومجلس الدولة الفرنسي على أحقية الإدارة في تعديل عقودها بإرادتها المنفردة في حكمين قديمين وهما:

- حكم الشركة الحديثة للغاز بصدد نزاع بين شركة الغاز وشركة الكهرباء.
- حكم ترام مرسيليا حيث أقرت المحكمة بمشروعية تعديل ساعات العمل بمرفق النقل دون موافقة المتعاقد.

(١) رأي اللجنة المختصة في مجلس الدولة السوري رقم /١٣/ لسنة ٢٠٠٧م، في القضية رقم /٤٠٩/ف/ لسنة ٢٠٠٧م الصادر بتاريخ ٢٢/١/٢٠٠٧م. غير منشور.

وبهذا الحكم أنهى مجلس الدولة الخلاف الفقهي حول حق الإدارة في سلطة التعديل الإنفرادي في حال عدم النص عليها في العقد حيث أوضحت في ذلك الحكم أن سلطة التعديل الإنفرادي تعد تطبيقاً للقواعد المطبقة على العقود الإدارية آخذاً بالرأي الغالب في الفقه بشرط ألا يصل التعديل إلى جوهر العقد واختلال توازنه وفي حكم في قضية *Miisttre des P. T. T. c. Ricard* وبهذا أكد هذه السلطة للإدارة ومن ثم إنهاء الخلاف الفقهي^(١).

ويلاحظ الأستاذ ريفيريو أن سلطة التعديل قد تأكدت بقوة عن طريق القضاء استناداً إلى مبدأ تغليب الصالح العام الذي يستوجب إزالة العقبات التي تسببها القواعد القانونية الجامدة وقد تأكد هذا المبدأ بموجب الحكم المعروف جداً عام ١٩٨٣ أنه يجوز للإدارة في العقود الإدارية تعديل نص العقد وهذه السلطة محدودة فلا يجوز أن تمتد إلى الشروط المالية للعقد^(٢)، وإن أصبحت أحكام مجلس الدولة الفرنسي قليلة في الوقت الحاضر نظراً إلى كون العقود أصبحت تنص على هذه السلطة وترسم حدودها في دفا تر الشروط في نصوص العقد فلم تعد تنثر المشاكل التي من شأنها رفع النزاع إلى القضاء^(٣).

وقد رسَّخ القضاء الإداري المصري سلطة التعديل الإنفرادي بشكل قاطع حيث قررت محكمة القضاء الإداري (...) أن سلطة الإدارة في تعديل العقد هي الطابع الرئيس لنظام العقود الإدارية وبمقتضى هذه السلطة تملك الإدارة وحدها بإرادتها المنفردة حق تعديل العقد أثناء تنفيذه وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو ما يحقق الصالح العام وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد فتزيد من الأعباء الملقاة على عاتق الطرف الآخر أو تنقصها وتتناول الأعمال والكميات المتعاقد عليها بالزيادة أو النقصان على خلاف ما ينص عليه العقد وذلك كلما

(١) د. على محمد مظفر، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية في العقود الإدارية في اليمن، دراسة مقارنة، دون دار للنشر، ٢٠١٢، ص ٢٠.

(٢) رأي مجلس الدولة السوري رقم ٢٣ لسنة ١٩٦٨ مذكور عند صبحي السلوم - موسوعة العقود الجزء الأول الطبعة الأولى ٢٠٠٥ ص ١٧٩ وهذا المبدأ راسخ في الإجتهد القضائي في سورية حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٢٣ في الصفحة ١٤٨/١٩٨٤ مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا.

(٣) د. ثورية لعيوني، معيار العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٨٧، ص ٣٧٧.

اقتضت حاجة المرفق هذا التعديل من غير أن يحتج عليها المتعاقد بقاعدة الحق المكتسب أو العقد شرعية المتعاقدين^(١).

كما قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بما يلي (... إن سلطة جهة الإدارة في تعديل العقد أو في تعديل طريقة تنفيذه هي الطابع الرئيس لنظام العقود الإدارية، بل هي أبرز الخصائص التي تميز نظام العقود الإدارية عن نظام العقود المدنية)^(٢).

وقد أقرّ مجلس الدولة السوري بحق التعديل الإنفرادي للإدارة حيث جاء في فتوى شهيرة له (يثبت حق الإدارة في التعديل بإعتبار أن هذا الحق يتركز على سلطة الإدارة الضابطة لנاحية العقد المتعلقة بالصالح العام فإذا أشارت نصوص العقد إلى هذا التعديل فإن ذلك لا يكون إلا مجرد تنظيم لسلطة التعديل وبيان أوضاع وأحوال ممارستها وما يترتب على ذلك يُضاف إلى أن الإدارة نفسها لا يجوز لها أن تنتازل عن ممارسة هذه السلطة لأنها تتعلق بالنظام العام)^(٣).

والجدير ذكره أن أحكام مجلس الدولة في كل من مصر وفرنسا وسورية في الوقت الحاضر أصبحت قليلة نظراً إلى كون العقود الإدارية أصبحت تنص على هذه السلطة وترسم حدودها في دفاثر الشروط أو في نصوص العقد فلم تعد تثور المشاكل التي من شأنها رفع النزاع إلى القضاء.

وفي اعتقادنا أن سلطة القضاء الإداري السوري في تعديل العقد الإداري تتجلى في توسيع صلاحيات القاضي الإداري برد الالتزام المرهق للحد المعقول، وتطبيقاً لذلك فقد استقر اجتهاد محكمة القضاء الإداري السورية على أنه «... لا بدّ من التذكير بأن فكرة العقود الإدارية إنما تقوم على مبدأين هما "حسن النية في تنفيذ العقد الإداري" و "التوازن المالي للعقد الإداري"، فإذا ما اختل هذا التوازن لأي سبب من الأسباب، فبإمكان المتضرر ولوج باب القضاء المختص لإعادة هذا

(١) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في الدعوى ٩٨٣ لسنة ٩ في جلسة ١٩٥٧/٦/٣٠.

(٢) حكم المحكمة الإدارية المصرية، الطعن رقم ٣٩٨٦ لسنة ٣٥ في جلسة ١٩٩٢/١/١٥.

(٣) رأي مجلس الدولة السوري رقم ٢٣ لسنة ١٩٦٨ مذكور لدى: صبحي الأسلم، موسوعة العقود، الجزء الأول، الطبعة الأولى، ٢٠٠٥ ص ١٧٩. وهذا المبدأ راسخ في الاجتهاد القضائي في سورية.

وحكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٢٣ في الصفحة ١٤٨ لعام ١٩٨٤ مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا لسنة ١٩٨٤ ص ٣١٠.

التوازن، وتقويم الاعوجاج الحاصل من خلال رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول^(١)»

كما أن سلطة التعديل المعترف بها للإدارة سواء من جانب القضاء أم من جانب الفقه تمتد لتشمل جميع العقود سواء كانت عقود أشغال عامة أم توريدات أم عقود شغل الوظيفة العامة وعقد تقديم المعاونة أما عقود شغل الدومين العام أم أي عقد آخر مثل العقد الذي بمقتضاه تكلف الإدارة صاحب مطبعة بنشر الإعلانات^(٢).

ثالثاً: الفقه:

١ - في فرنسا: إذا كان الفقه الفرنسي لم يشكك بوجود سلطة الإنهاء أو الإلغاء الانفرادي للعقد، لكن سلطة التعديل الانفرادي بقيت محل نقاش^(٣).

فقد أقرّ الفقه لسلطة الإدارة في تعديل العقد إذ تضمن شروطاً تخولها سلطة التعديل أو نصّ عليها في القانون واللوائح كما أنه لا يجوز للإدارة إدراج نص في العقد يمنع الإدارة من ممارسة واستعمال تلك السلطة^(٤).

وقد ثار خلاف فقهي حول وجود سلطة التعديل في حالة تم النص عليها في العقد وغياب نص قانوني يُقرر هذا الحق للإدارة فقد أنكر جانب من الفقه هذا الحق بينما ذهب الرأي الغالب من الفقه إلى إقرار ذلك الحق في حين ذهب فريق ثالث على اعتناق رأي وسط بين الرأيين السابقين مؤداه قصر حق التعديل على عقدي الأشغال العامة والامتياز دون غيرهما من العقود. حيث برأي السيد (F-P. Bénéoit) أن سلطة التعديل الانفرادي لا توجد إلا بالنسبة لعقد الأشغال العامة، وهو يعد كتعديل في العرض حيث أن الأشغال لا يمكن تحديد كل تفاصيلها

(١) حكم محكمة القضاء الإداري السورية رقم (٢/١٠٢٦) لعام ٢٠١٤م، في القضية رقم (٢/١٨١٦) لعام ٢٠١٤م الصادر بتاريخ ٢٠١٤/١١/٩م، غير منشور.

(٢) د. محمد بكر حسين، الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ٢٠٠١، ص ٣١٤.

(3) Richer L, droit des contrats administratifs, 9eéd, LGDJ, Paris, France, 2014, P232.

(٤) د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، الوجيز في عقود البوب B. O. T، دار شتات للنشر والبرمجيات، ٢٠٠٨، ص ١٥٣.

مقدماً^(١).

أ - الآراء المعارضة لسلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري:

لم يعترف أصحاب هذه النظرية للإدارة بسلطتها في تعديل العقد بإرادتها المنفردة فالعقد عندهم يُلزم الإدارة كما يُلزم الأفراد به وفق الشروط التي تضمنها العقد المبرم بينهما منهم يخضعون إلى ذات القانون دون تمييز بينهما فلا يحق للإدارة تعديل العقد مهما كانت الأسباب إلا بعد موافقة الطرف الآخر^(٢).

وأكثر من نادى بإذكاء هذه السلطة في الفقه فالأستاذ جان لوبيه يرى أن سلطة الإدارة في التعديل تستند على فكرة زائفة ابتدعها الفقه إلا أنها لم تجد لها صدى في أحكام مجلس الدولة الفرنسي.

وأن في أحكام مجلس الدولة الفرنسي أحكام نادرة تؤيد هذه السلطة تستند على نصوص في العقد أو اللوائح كما أن أغلب أحكام مجلس الدولة تتكرر هذه السلطة^(٣)، وقد استند لوبيه على ثلاثة أحكام تتكرر على الإدارة سلطتها في التعديل وهذه الأحكام بلا شك ذات طابع مشترك ولا يعرفها إلا قليل من الشراح وربما كان طابعها مخالف في نظرية عدم الثبات وهو الذي حمل غالبية الفقهاء على الإحجام عن ذكرها ذلك أنها ضد آرائهم ومن هذه الأحكام هو حكم مدينة ليموج limogé الصادر في ١٩ يناير ١٩٤٦ ويتعلق هذا الحكم في أن مرسوماً لقانون صدر في ١٩ مايو لسنة ١٩٣٥ وفرض تخفيضاً على أسعار الشريحة الأولى من التيار الكهربائي المورد إلى المنتفعين بنسبة ١٠% فبطقت مدينة ليموج نفس التخفيض على أسعار التيار الكهربائي الخاص للإضاءة العامة وقد رفض مجلس الدولة الفرنسي ذلك الإجراء استناداً إلى أنه إذا كانت التعريفية يجب ان تخضع إلى

(1) Richer L, op, cit, P 233

(٢) د. إبراهيم محمد علي، المرجع السابق، ص ٣٢ - ٣٣.

(٣) من هذه الأحكام حكم مستشفى وملجأ تتلخص وقائع الحكم في عقد عهدت فيه الإدارة إلى أحد المهندسين بوضع الرسومات والتصميمات الخاصة بإعادة بناء مشفى شوني ويتوجبه أعمال البناء والظروف اضطرت المهندس الأصلي إلى إخبار مهندس آخر يساعد ه بمشاركته في أداء الأعمال المكلف بها ووافق إلا أنها اشترطت توزيع الأجر المتفق عليه بينهما الأمر الذي رفضه المهندس المتعاقد وعرض النزاع على مجلس الدولة الفرنسي الذي يتضمن أن السلطة الإدارية لا يجوز لها = أن تعدل انفرادياً شروط الوكالة المسموح بها للتعاقد C. E. II juillet 1941 hospital - Hospice .chunys 1942. 3. 15

التغيرات والمراجعات المنصوص عليها في العقد بصدد تعريف الإضاعة الخاصة فإن ذلك لا يترتب عليه خضوعها إلى التخفيضات غير المنصوص عليها في العقد كذلك التي يفرضها المشرع على الملتزم بالنسبة إلى الإضاعة الخاصة وقد انتهى في رأيه إذا أن الإدارة لا تملك إلا السلطات المخولة لها بموجب النصوص الصريحة أو الضمنية وأن النصوص الصريحة في هذا الشأن تنظمها دفاتر الشروط غالباً ومن كثرة تكرارها افترض القضاء وجودها وهذه الحلول القانونية ليست إلا تطبيق للمادة / ١١٥٣ / من القانون المدني الفرنسي التي تطبق على العقد وما هو من مستلزماته وفقاً للعرف والعدالة والقانون العام فإذا اقتضى العرف المتبع بواسطة الإدارة أن تدرج عادةً في طائفة معينة من العقود والنصوص تحفظ للإدارة المتعاقدة سلطة تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة فيجب أن تُعد هذه النصوص موجودة في العقد دائماً ولو أغفلت الإدارة النص عليها^(١).

ب - الآراء المؤيدة لحق الإدارة في تعديل العقد الإداري:

بما لا شك في أن الإدارة تملك حق تعديل عقودها استناداً إلى نص العقد الذي يخولها ذلك أو نص في القانون يجيز لها تعديل شروط العقد بما يتلاءم مع حسن سير المرفق العام ولكن الجدل يدور حول تمتع الإدارة بهذا الحق في غياب نص قانوني أو عقدي، فيذهب غالبية الفقه إلى القول بوجود سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة من دون حاجة إلى النص عليها في القانون أو شرط في العقد حيث أن هذا الحق أصيل للإدارة، ومستمد من صفتها كسلطة عامة ولا يمكنها التنازل عنه وليس بحاجة إلى النص عليه صراحة في العقد^(٢).

حيث يرى أصحاب هذا الرأي أن حق الإدارة في تعديل عقودها بإرادتها المنفردة يشمل العقود الإدارية كافة أي بوصفها غير قاصرة على عقود وشروط معينة فالإدارة عندما تبرم عقودها تهدف من وراء ذلك تحقيق المصلحة العامة وأصحاب هذه الفكرة يؤسسون ذلك على الهدف الذي تريد الإدارة تحقيقه من وراء تعديلها لهذه العقود وهي المصلحة الجماعية (العامة) وهذه المصلحة تتغير بتغير الوقت والظروف الاجتماعية

(١) د. عزيزة شريف، المرجع السابق، ص ١٤١.

(٢) د. عبد السلام علي المزوغي، النظرية العامة في العقود الإدارية، الجزء الثاني، دون دار نشر،

١٩٩٣، ص ٢٤٨.

والاقتصادية ومع التقدم العلمي والتكنولوجي ولهذا تكون ضرورة تعديل العقد شيئاً
ضمنياً لا مناص فيه لتحقيق المصلحة العامة.

ولكن في مقابل تحقيق المصلحة العامة فإن المصلحة الفردية قد تتضرر
ويكون الضرر مادياً في الغالب يمكن تعويضه أما المصلحة العامة إذا أصابها
الضرر لا يمكن تعويضه مادياً^(١).

وهذا الاتجاه يجد أصوله في الملاحظات الشهيرة التي قدمها الأستاذ هوريو
على حكم الشركة العامة للترامواي سنة ١٩١١ والخاص بمدينة تولوز "إن كل
عملية إدارية احتمالية بمعنى أنه من الممكن أثناء التنفيذ إيقافها أو تأجيلها أو
تعديلها لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة والنتيجة أن كل اتفاقية خاصة بعملية
إدارية هي حق احتمالي أي خاضعة وقابلة للتعديل"^(٢).

ويرى الأستاذ Vedel. M أن العقد الإداري ليس شريعة المتعاقدين بشكل مطلق
لأن العنصر التعاقدي سيكون محكوماً بمبدأ التوازن المادي الذي يقتضي نوعاً من
التغيير به مع استمرار التوازن في حقوق والتزامات الأطراف وهذا ما يجعله مختلفاً عن
العقد المدني الذي تحدد فيه حقوق والتزامات الأطراف بصورة نهائية^(٣).

وكذلك الحال مع الأستاذ بونار الذي صوّر المشكلة بشكل أكثر وضوحاً "في
نطاق جميع العقود الإدارية لا تطبق قاعدة الاستقرار العقدي بدقة كما هو الحال
في نطاق العقود المدنية التي لا يمكن أن تعدل إلا بالاتفاق بين أطرافها بل أن
الإدارة تستطيع في كل لحظة الخروج عن الأصل التعاقدي لتفرض انفرادياً تعديلات
على شروط العقد.

ويجزم الأستاذ لوبادير مع (ديلفولفيه ومودرن) في مطولهم بأن الإدارة يمكن
أن تفرض انفرادياً تغييرات معينة على شروط العقد وأنه عندما ينص العقد ذاته
على هذه السلطة فإنه لا ينشئها وإنما يكشف عنها وينظم شروط ممارستها (ولاسيما
من حيث حدودها ونتائجها المالية).

كما أن وجود هذه السلطة لا يعني أن العقد لا يقيد الإدارة أو أنه لا يملك قوة
الزامية إلا في مواجهة المتعاقد معها لكن بمعنى أن المبدأ السائد في عقود القانون

(١) د. خالد مرموس خلف الحمداني، سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة، رسالة
الماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد، العراق، ١٩٧٨، ص ٦٥.

(٢) د. مهدي نوح، المرجع السابق، ص ١٢٣.

(3) VEDEL M, cours de droit administrative, Paris, France, 1956, P. 1130.

الخاص والمتعلق بالاستقرار التعاقدى لا يطبق على العقود الإدارية بنفس النتائج العامة والمطلقة إذ أنه يوجد نوع من التغير في العقود الإدارية^(١).

ويقول الأستاذ مورييس أندريه فلام بما أن الإدارة اليوم تعد مسؤولة عن حسن سير المرافق العامة فهي تستطيع عندما تستدعي المصلحة العامة أن تفرض تحت رقابة القضاء التعديلات التي تراها محقة لهذه المصلحة دائماً فيما يتعلق بسير المرافق.

أما فيما يتعلق بشرط العقد وهو حق أصيل مستمد من صفتها كسلطة عامة لا يمكنها أن تتنازل عنه وليس بحاجة إلى النص عليه صراحة في العقد^(٢).

وبالمقابل وفي ذات الاتجاه استقرّ الفقه الإداري العربي على وجود سلطة الإدارة في تعديل عقودها بإرادتها المنفردة وأنه مهما كان الخلاف حول سلطة التعديل في فرنسا فإن هذا الحق فوق كل شك وهناك نوع من الإجماع حول تمتع الإدارة بهذا الحق حتى في حالة عدم النص على هذه النقطة لشروط العقد.

حيث يرى الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي أن سلطة الإدارة في التعديل إنما مناطها احتياجات المرفق العام فهي ليست مجرد مظهر للسلطة الإدارية التي تتمتع بها الإدارة ولكنها نتيجة ملازمة لفكرة المرفق العام والتي ترجع إليها معظم قواعد القانون الإداري، وبسببها يسمح في تحديد ظروف استعمال تلك السلطة وتعيين الشروط التي يجب توافرها لشرعية ذلك الاستعمال^(٣)، ونصوص العقد ودفاتر الشروط التي تفصل في سلطة التعديل هي شروط ونصوص كاشفة ومنظمة لا منشئة.

ويؤكد الدكتور محمود حلمي حق الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة لأن ذلك يتماشى مع مقتضيات سير المرافق العامة وأن ثقة الطرفين انصرفت عند التعاقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيقاً للمصلحة العامة^(٤).

وأوضح جانب من الفقه إلى أن الإدارة تجري تعديلات على عقود الأشغال العامة التي ترتبط بها كل ما دعت الضرورة إلى ذلك لاختلاف العمل أثناء التنفيذ

(1) Bonnard, Précis de droit administrative, 4 édition, L. G. D Paris, France, 1943, P. 620.

(٢) د. نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص ٣٢٥.

(٣) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٣٧٨.

(٤) د. محمود حلمي، المرجع السابق، ص ٧٥.

عما هو مقرر في الخرائط والتصميمات الهندسية وعدم وضوح الكثير من التفاصيل بها^(١).

ويرى الدكتور عبد العزيز عبد المنعم خليفة أن حق الإدارة في القيام بتعديل عقودها بإرادتها المنفردة أصبح مسلماً به وهو اشتراط نصي يجيز لها ذلك بل ذهب إلى أن الحق يتعلق بالنظام العام حيث لو ورد في العقد نص يحظره عدّ نصاً باطلاً لمخالفته للمبادئ العامة للقانون الإداري التي تخضع لها العقود الإدارية وهذا يتفق مع طبيعة العقود الإدارية التي يكون الهدف منها تحقيق مصلحة المرفق العام الذي أبرم من أجله العقد، الأمر الذي يجعل من حق الإدارة في تعديل شروط العقد حقاً أصيلاً لها وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة حيث لا يجوز أن تقف نصوص العقد حائلاً دون تحقيق أقصى استفادة منه ولا ضرر في ذلك حيث يحصل المتعاقد مع الإدارة على تعويض لجبر الأضرار التي تنجم عن استعمال الحق^(٢).

ج - الرأي المقيد لسلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري:

يرى الأستاذ جيز أن الإدارة ليس لها الحق في تعديل شروط العقد الذي تم قبوله بحرية من جانب طرفيه وذلك لأن العقد شريعة المتعاقدين أي أنه يقر لسلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة ولكن تلك السلطة تقتصر على عقد الالتزام والأشغال العامة من دون سائر العقود التي تبرمها الإدارة وذلك للطبيعة الخاصة لكل منهما وما يتضمنانه من نصوص لائحية يمكن تعديلها في كل وقت استناداً إلى سلطة الإدارة اللائحية في تنظيم المرافق العامة ويسمى هذا الرأي بنظرية جيز التحديدية.

وقد أكد جيز أنه لم يستند في تدعيم رأيه على أسانيد قانونية كما أن أحكام مجلس الدولة الفرنسي لم تدعم رأيه لذلك فعل في شأنها أنها ليست صحيحة على السواء ولم يتم تأييد هذه النظرية لأنها أسرفت في الخيال وهذا أبسط ما يمكن أن يُقال عنها بصفة عامة^(٣).

(١) د. رياض عيسى، الأعمال الإضافية في عقود الأشغال، مجلة الحقوق تصدر عن كلية الحقوق بجامعة الكويت، العدد الرابع، السنة الحادية عشرة، ديسمبر ١٩٨٧، ص ١١٧.

(٢) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً، المرجع السابق، ص ٤٣.

(٣) د. مهدي نوح، المرجع السابق، ص ١٢٢.

وبرأينا هذه النظرية ليس لها مستند قانوني ولا يمكن تأييدها ويرى الفقيه ديجي أن سلطة الإدارة في هذا المجال سلطة لائحية لا تمس العقد ذاته ولكنها تنصب على المركز التنظيمي للملتزم^(١).

الفرع الثاني

الأساس القانوني لسلطة الإدارة

في تعديل العقد الإداري

إن الأساس الذي تقوم عليه سلطة التعديل يُعد شرطاً جوهرياً لممارسة هذه السلطة، فلا يمكن للإدارة أن تُدخل أي تغيير على التزامات المتعاقد إلا إذا تغيرت الظروف التي أبرم العقد في ظلها وإذا اقتضت المصلحة العامة ذلك ولكن يمكن أن نميز بين اتجاهين:

- الأول: يرى أصحابه أن هذه السلطة تستمد وجودها من خارج الرابطة التعاقدية وتقوم على فكرة السلطة العامة.

- والاتجاه الآخر: يرى أنها وليدة الروابط التعاقدية ذاتها القائمة بين الإدارة والمتعاقد معها وتكمن في فكرة تحقيق مقتضيات المرفق العام موضوع العقد.

أولاً: السلطة العامة كأساس قانوني لحق الإدارة في تعديل العقد الإداري:

يرى أصحاب هذا الرأي أن أساس حق التعديل يوجد خارج الرابطة التعاقدية ويتعلق بسلطة الإدارة الضابطة وإن كان يستهدف الصالح العام وحسن سير المرافق العامة وإشباع حاجات الجمهور بغية تحقيق المصلحة العامة إذ تُعد القرارات التي تصدرها الإدارة بتعديل عقودها الإدارية من أعمال السلطة العامة.

(١) د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، ١٩٧٨، ص ٢١٠.

وقد أكد الأستاذ بينكو بأن الإدارة تستمد سلطتها في التعديل من سلطتها العامة، فهو ليس امتيازاً من امتيازات الإدارة التعاقدية بل هو حق وواجب للإدارة وهذا الحق من النظام العام فلا يجوز لها التنازل عنه وأي اتفاق يرد عليه يُعد باطلاً^(١).

والأستاذ برنيه يعد سلطة الإدارة من أعمال السلطة العامة لتحقيق المصلحة العامة، وأحياناً تتصرف بوصفها شخصاً معنوياً يسعى إلى تحقيق مصالحها الخاصة^(٢).

وهناك من يرى أن حق الإدارة مكرس في امتياز من امتيازات السلطة العامة وحق التنفيذ المباشر الذي هو الدعامة الأساسية في السلطة العامة فيما يخص أي عقد تبرمه الدولة في مجال المرافق العامة^(٣)، ويرى جانب من الفقه المصري أن حق الإدارة في تعديل العقد الإداري يجد أساسه في فكرة السلطة العامة وأن تعديل الإدارة لشروط العقد الإداري لا يكون لها بصفتها المتعاقدة بل بوصفها سلطة عامة فالإدارة هي في موقف السلطة العامة تجاه المتعاقد معها لا تستطيع أن تفعل ما تفعله لو كانت في موقف كطرف متعاقد فقط^(٤).

أما الدكتور أحمد عثمان عياد فيرى أن حق الإدارة في تعديل عقودها بإرادتها المنفردة هو مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية تباشره الإدارة باستعمال امتياز التنفيذ المباشر وأنه يعتمد على سلطة الإدارة الضابطة لنصوص العقد المتصلة بالصالح العام.

ويرى الدكتور ثروت بدوي أنه يقع على عاتق الإدارة إشباع حاجات عامة ومصالح عامة عن طريق إنشاء المرفق العام وأن المصلحة العامة هي الهدف من إنشاء المرفق العام وقد تكون لهذا المرفق شخصية قانونية، على أن شخصية المرفق لا تمنع بقاءه مرتبطاً بأحد الأشخاص الإدارية ويكون مسؤولاً عن المرفق أمام الرأي العام ويُمارس عليه السلطة الوصائية، وأن إنشاء المرفق العام يستوجب

(١) د. محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص ١٦٨.

(٢) د. علي الفحام، المرجع السابق، ص ١٤٨ وما بعدها.

(٣) د. خالد مرموس خلف الحمداني، المرجع السابق، ص ١١٠٧ - ١٠٨.

(٤) د. محمد كمال مصطفى، سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة، مجلة العلوم الإدارية، القاهرة، مصر، السنة ١٣ العدد الأول، ١٩٧٩، ص ٣٥٨.

تدخل السلطة العامة سواء أكانت في حال إنشاء المرفق أم في حالة تحويل نشاط خاص إلى مرفق عام، ويرون أيضاً أن إدارة المرفق أو تعديل أساليب ووسائل تقديم الخدمات العامة وكذلك في تعديل المرفق العام ما يجعله منسجماً باستمرار مع مقتضيات المصلحة العامة المتغيرة^(١).

أما البعض الآخر فيرى أن الأساس الذي يقوم عليه حق الإدارة في التعديل يقوم على الوجهين التاليين:

الوجه الأول: سلبى وهو تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة عند تعارضهما.

الوجه الثاني: إيجابى فالإدارة وما تمتاز به من سلطة عامة تباشر هذه السلطة في مجال عقودها الإدارية لدوام وانتظام سير المرافق العامة لإشباع الحاجات العامة.

ويرون أن فكرة السلطة العامة التي تمتاز بها الإدارة تتجلى في نظرية فعل الأمير التي سلم بها القضاء في كثير من أحكامه وهذا الحق الذي تمتلكه الإدارة ينبعث من فكرة السلطة العامة فهو ليس امتيازاً تتمتع به الإدارة بموجب عقودها الإدارية بل بوصفها سلطة إدارية، وتترتب على هذا نتيجتان وهما:

(١) أن هذا الحق يشمل جميع العقود الإدارية.

(٢) تصرف الإدارة بتعديل عقودها الإدارية يُعد من أعمال السلطة العامة، فالإدارة لا تستخدم امتيازاً تعاقدياً اتجاه المتعاقد معها بل تستخدم حقاً من حقوقها بوصفها سلطة عامة^(٢)، فالإدارة مسؤولة عن اتخاذ الإجراءات اللازمة من أجل تلبية احتياجات المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة، ولذلك فهي تتمتع بحق تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة أثناء تنفيذها لضمان سير المرفق العام ولتلبية احتياجاته.

(١) د. ثروت بدوي، القانون الإداري، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠١٠، ص ٥٨٠.

(٢) د. علي الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، المرجع السابق، ص ١٥٠ - ١٥١.

ومن ثم فإن تحقيق النفع العام يُعد مظهراً من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية وتمارسه الإدارة بامتياز التنفيذ المباشر^(١). وقد تم انتقاد هذا الرأي من قبل بعض الفقه ذلك أن فكرة السلطة العامة هي أساس سلطة التعديل الإداري بجعل الإدارة تُمارس هذا الحق من دون أي قيود لأن النصوص العقدية لا تشكل قيداً على ممارسة الإدارة لهذه السلطة وهذا يتعارض مع ما استقر عليه القضاء الإداري والذي يتطلب العديد من الضوابط والقيود التي يجب على الإدارة مراعاتها^(٢).

ثانياً: احتياجات المرفق العام كأساس لحق الإدارة في تعديل العقد:

يرى أنصار هذا الرأي أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في التعديل الإداري للعقود الإدارية يوجد داخل الرابطة التعاقدية وهو امتياز تعاقدية أي أنه في العقد ذاته من أجل تحقيق مقتضيات المرافق العامة وكل ما من شأنه أن يؤدي إلى دوام انتظام وسير المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة.

وقد انقسم أصحاب هذا الرأي إلى فريقين فالفريق الأول يرى أن الأساس القانوني لسلطة التعديل يكمن في فكرة تحقيق مقتضيات الصالح العام، حيث يرى الفقيه "لوران ريشيه" أن سلطة التعديل الإداري للعقد الإداري متعلق بسلطة تنظيم الخدمة العامة^(٣).

في حين يرى الفريق الثاني أن الأساس القانوني لسلطة التعديل يقوم على مقتضيات المرافق العامة^(٤)، وهناك من جمع بين الرأيين أي أن أساس سلطة التعديل في الصالح العام أو مقتضيات المرافق العامة والفكرتان بمعنى واحد^(٥).

(١) د. عاطف محمد عبد اللطيف، امتيازات الإدارة في العقد الحكومي في النظام الأنجلو الأميركي والعقد الإداري في القانون المصري دراسة قانونية، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠٠٨ ص ٣١٠.

(٢) د. بة يمان جلال حسن، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، دراسة مقارنة، دار الجامعة العربية، الإسكندرية، ٢٠١٧، ص ١٣٥.

(3) Richer L, droit des contrats administratifs, 9e éd, LGDJ, Paris, France, 2014, P 235.

(٤) د. إبراهيم محمد علي، المرجع السابق، ص ٤١.

(٥) د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص ٩٠.

ويرى أحد الفقهاء أن سلطة الإدارة في التعديل مناطها احتياجات المرافق العامة فهي ليست مجرد مظهر من مظاهر السلطة ولكن نتيجة مُلازمة لفكرة المرفق العام التي ترجع إليها معظم قواعد القانون الإداري^(١).

ولقد أيد غالبية الفقهاء المصريين ما ذهب إليه الفقه الفرنسي من أن أساس سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري مستمدة من مقتضيات المرفق العام والوفاء بمسئولياته وبما يحافظ على دوام وانتظام سير المرفق العام ويلبي الخدمات للأفراد والمجتمع والمحافظة على الصالح العام فيرى البعض منهم أن سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية مناطها احتياجات المرافق العامة فهي ليست مجرد مظهر للسلطة الإدارية التي تتمتع بها الإدارة ولكنها نتيجة مُلازمة لفكرة المرفق العام حيث يكون المرفق قابلاً للتغيير والتعديل وبما يتناسب مع أداء الخدمة العامة بالشكل المطلوب^(٢).

ويرى الجانب الآخر أن التزامات المتعاقد مع الإدارة قابلة للتعديل من جانب الإدارة وحدها وإبرادتها المنفردة وأن الأساس في ذلك يرجع إلى مقتضيات سير المرافق العامة بانتظام واطراد^(٣)، في حين أن الأستاذ جابر جاد نصّار يرى أنه بتأسيس حق التعديل على مقتضيات سير المرافق العامة بانتظام والتي تطلب دوماً أن يكون المرفق قابلاً للتقدم والتغير لذا تأتي العقود التي تتصل بنشاط المرافق العامة خاضعة إلى سلطة الإدارة في التعديل والتغيير إعمالاً للمبادئ التي تحكم المرافق العامة^(٤).

وبرأينا إن الأساس القانوني لسلطة التعديل الإنفرادي من قبل الإدارة يجد أساسه القانوني في متطلبات المرفق العام القابلة للتغيير تبعاً للتقدم العلمي والتكنولوجي والاقتصادي.

(١) د. إبراهيم الشهاوي، عقود امتياز المرافق العامة B. O. T، دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، ٢٠١١، ص ٣٣٥.

(٢) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق ص ٤٤٣.

(٣) د. حسين درويش عبد العال، المرجع السابق، ص ٨١.

(٤) د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٢٧٧.

والمصلحة العامة قد تستلزم أن تفرض على المتعاقد معها التزامات لم يكن يتوقعها وقت إبرام العقد، وهذا الأساس هو الذي أوجد السلطة للإدارة من دون الحاجة إلى النص عليها في العقد، وهي مستمدة من مبادئ القانون الإداري العام لما يُلقى على عاتق الإدارة من واجبات في إنشاء المرافق العامة وتسييرها وتحسينها تبعاً إلى المتغيرات، وتكون هذه السلطة نابعة من ذات العقد الإداري، فالإدارة تستخدم سلطاتها العامة تجاه المتعاقد كونها تهدف من خلال إبرام العقد وتعديله إلى تحقيق المصلحة العامة وإذا ما خرجت الإدارة عن تحقيق هذا الهدف عند طلب التعديل فإنها تكون قد خرجت على مبدأ المشروعية.

وبالتالي فإن محاولة تأسيس سلطة التعديل على أساس واحد إنما يخلق جدلاً حول أهمية كل منهما على انفراد دون جدوى وبما أن مبادئ القانون الإداري هي التي تحكم العقود الإدارية فإن هذه المبادئ هي الأسس التالية وليست الأسس الوحيدة في تبرير سلطة الإدارة في التعديل.

وإننا نميل إلى الرأي الغالب في الفقه سواء في فرنسا أم في مصر وحتى في سورية الذي يؤيد فكرة قيام أساس سلطة التعديل المنفردة المقررة للإدارة على فكرة المصلحة العامة ومستلزمات المرفق العام وهو ما استقرت عليه أحكام القضاء الإداري الفرنسي والمصري والسوري.

الفرع الثالث

الأحكام الناظمة لسلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري

تُعد سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية أحد الخصائص والمميزات التي تميز العقود الإدارية والتي بمقتضاها وأثناء تنفيذ العقد الإداري يحق لها أن تُعدل في التزامات المتعاقد معها وفقاً لما تقتضيه مصلحة المرافق العامة، على أن العقد في ظل القانون الخاص يستند إلى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فلا يحق لأي طرف من أطراف العقد أن يتحلل من التزاماته العقدية لتعديل شروط العقد أو نقضه إلا بموافقة الطرف الآخر بينما يحق للإدارة في عقودها الإدارية أن تعدل في التزامات المتعاقد معها وفقاً لما تقتضيه مصلحة المرفق العام فالصبغة الخاصة للعقود الإدارية

وعدم مساواة المتعاقدين لكون الفرد يسعى لتحقيق مصلحة خاصة بينما تسعى الإدارة لتحقيق المصلحة العامة مما يقتضي ترجيح كفة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها ومن مستلزمات ذلك أن الإدارة لا تنقيد بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين وأن تتمكن من تعديل عقودها لتتمكن من تلبية التغيير المستمر في المرافق التي تديرها وبمقتضى هذه السلطة تستطيع الإدارة أثناء تنفيذ العقد أن تعدل في شروط العقد وتنقص أو تزيد من التزامات المتعاقد معها^(١).

وعلى ضوء ما تقدم يمكن القول إن سلطة تعديل العقد بالإرادة المنفردة للإدارة تُعد من أخطر الامتيازات المقررة لها، وسندرس ضوابط استعمال سلطة تعديل العقد الإداري أولاً، ومن ثم نطاق سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري ثانياً، كمايلي:

أولاً: ضوابط استعمال سلطة تعديل العقد الإداري:

إن سلطة التعديل الانفرادي تشكل خرقاً خطيراً للشريعة التي تمخّض عنها العقد، وعلى الرغم من قيام هذا الحق على أساس عام هو حسن سير المرفق العام فإن ذلك يجب ألا يقودنا إلى التسليم بهذا الحق بشكل مطلق ومن هنا فقد دأب القضاء، والفقه على إيجاد ضوابط لتطبيق التعديل الانفرادي^(٢).

ومع أن سلطة الإدارة في تعديل شروط عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة حق ثابت للإدارة حتى في حال سكوت، أو إغفال العقد أو لم تتناوله دفاتر الشروط أو في حال عدم نص القانون عليها، إلا أن هذه السلطة التي تتمتع بها الإدارة ليست مطلقة بلا حدود أو قيود بل يرد عليها العديد من الضوابط والقيود التي استقر عليها الفقه والقضاء كالقيود المتعلقة بالمشروعية الإدارية أي يكون القرار الإداري الصادر بتعديل العقد الإداري مستوفياً لأركان المشروعية^(٣).

(١) د. مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن ومكتبة جامعة النهريين، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ١٢٢.

(٢) د. مهدي نوح، المرجع السابق، ص ١٣٣.

(٣) د. وليد رمضان عبد التواب، الموسوعة الجامعية في المناقصات والمزايدات الجزء الأول، الناشر: المتحدون للإصدارات والبرمجيات القانونية، القاهرة، دون دار نشر، ص ٢٧١.

وهي أن يصدر عن الجهة المختصة بإصدارها قراراً مستوفياً جميع الإجراءات الشكلية والقانونية التي يتطلبها إصداره وأن يكون القرار مُسبباً، وأن يصدر وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة، وألا يخالف نصاً تشريعياً، وأن يطرأ تغيير في الظروف يبرر تعديل العقد، وأن يكون في إطار العقد الأصلي وحق التعديل إذا كان مرتبطاً على فكرة استمرارية المرفق العام فإن التعديل يكون على الشروط المتعلقة بتنظيمه وتسييره، وليس في مقدور المتعاقد أن يعترض على إجراء التعديلات ما دام أن هناك سبباً يقتضي التعديل، وأنه سيعوّض عن الضرر الذي يصيبه من جرّائه.

وسلطة الإدارة في تعديل عقودها تسري على جميع العقود الإدارية ولكنها ليست مطلقة من كل قيد يحدها بل ترد عليها مجموعة من القيود والشروط:

١ - أن يقتصر التعديل على الشروط المتعلقة بالمرفق العام:

لما كان أساس سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية هو فكرة المرفق العام وضرورة مسايرته للتطورات التي تستلزمها مقتضيات الحاجات العامة فممارسة هذه السلطة ترتبط بفكرة ضرورة ملائمة العقد لمستلزمات المرفق العام^(١).

أي الشروط التي تمس تنظيم المرفق العام ويتعلق بإحتياجاته وكيفية إشباع حاجات الأفراد ومن أمثلة تلك الشروط أسلوب العمل بالمرفق، وطريقة تنفيذ العقد الإداري، والجدول الزمنية لمعدلات التنفيذ، والجوانب الفنية والإدارية للتنفيذ فهذه الشروط تستطيع الإدارة أن تعدلها بإرادتها المنفردة دون توقف على رضا المتعاقد أو اللجوء للقاضي^(٢). أما الشروط المالية للعقد، فمن المتفق عليه أنه لا يمكن أبداً أن يمسها التعديل الانفرادي، وذلك يعود إلى أن الجهة العامة يتوجب عليها احترام "التوازن المالي" للعقد^(٣).

أما الشروط الأخرى المتعلقة بتنظيم المصالح المالية للمتعاقد مثل أجره المستحق عن عمله أو ثمن السلع والخدمات التي يقدمها للإدارة أو الأرباح التي تحقق له من ممارسة نشاطه أو القروض والفوائد التي تلتزم الإدارة بتقديمها أو المزايا التي تمنحها له الإدارة فهي لا تتعلق بسير المرفق العام ومن ثم لا يجوز للإدارة أن تعدلها بإرادتها المنفردة لأن هذا الأمر من شأنه أن يؤدي إلى عزوف الأفراد عن التعاقد مع الإدارة^(٤)، فالشروط التي تتعلق بالمزايا المالية للمتعاقد كالمقابل لتنفيذ التزاماته لا تؤثر في سير المرفق أو تنظيمه ولذلك تبقى خاضعة إلى قواعد القانون المدني بصفة عامة، وهي القاعدة الأصولية المعروفة بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين حيث لا يمكن لجهة الإدارة أن تتفرد بتعديلها وفقاً للراجح فقهاً وقضاءً، فسبب وجود تلك السلطة هي مصلحة المرفق العام ومتطلباته حتى

(١) د. مطيع علي محمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء في اليمن، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٦، ص ٢٤٤.

(٢) د. إبراهيم محمد علي، المرجع السابق، ص ٤٣.

(3) Richer L, droit des contrats administratifs, 9eéd, LGDJ, Paris, France, 2014, P 234.

(٤) د. بندر محمد عويزب العتيبي، الشروط الإستثنائية كمميز للعقد الإداري - رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة ٢٠٠٩ ص ٧٧.

يتم أداء الخدمة العامة على أتم وجه، ولذلك لا تملك الإدارة تعديل بنود العقد التي ليست لها صلة بالمرفق العام، وهو ما تؤكد بإفتاء قسم الفتوى بمجلس الدولة المصري الذي أكد أنه «الشروط التي تتعلق بالتحديد المالي للعقد بصفة عامة هي شروط تعاقدية تحدد بدقة وقت التعاقد الذي لا يستطيع أحد طرفيه كأصل عام تعديلها إلا بموافقة الطرف الآخر»^(١).

وقد أقرَّ القضاء الإداري في مصر هذا القيد من ذلك حكم محكمة القضاء الإداري الذي تقول فيه «إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة بل يرد عليها قيود منها أن تقتصر على نصوص العقد المتصلة بسير المرفق العام، وحاجته ومقتضياته ومنها أنها لا تُطبق بقدر واحد في جميع العقود بل تختلف باختلاف العقود وعلى أساس مدى مساهمة المتعاقد مع الإدارة في تسيير المرفق بمعنى أنه إذا كانت هذه السلطة تبرز في عقود الالتزام اعتباراً فإن للإدارة الاختصاص الأول والأصيل في تسييرها فإنها تكون في أضيق الحدود حيث يكون موضوع العقد مساهمة من جانب المتعاقد في تسيير المرفق العام بطريق غير مباشر كما هو الشأن في عقود التوريد»^(٢).

ومنه أيضاً حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الذي تضمن بأنه: من المسلم به فقهاً وقضاً أن شروط عقد التزام المرفق العام تنقسم إلى نوعين شروط لائحية وشروط تعاقدية والشروط اللائحية فقط هي التي يملك مانح الالتزام تعديلها بإرادته المنفردة في أي وقت وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم والمسلم به أن التعريفة أو خطوط السير وما يتعلق بها من الشروط اللائحية القابلة للتعديل وإرادة مانح الالتزام المنفردة^(٣).

٢ - ألا يكون التعديل بنسبة كبيرة تقلب اقتصاديات العقد:

يرى الفقه الفرنسي أن التعديل الانفرادي للعقد يجب ألا يقلب الشروط الجوهرية للعقد، فالتعديل الكبير جداً خاطئ، ويفتح المجال بإلغاء العقد من قبل المتضررين

(١) د. رأفت فودة، دروس في القانون الإداري العقود الإدارية والأموال العامة، دار لنهضة العربية، ١٩٩٤، ص ٧٧.

(٢) فتوى قسم الفتوى في مجلس الدولة المصري رقم ٢٣ ملف رقم ٢٩/٢٥٨ جلسة ٢٢/٦/٢٠٠٥ - فتاوى مجلس الدولة من ٢٠٠٢ إلى ٢٠١١ الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٣١/١٢/١٩٧٧ حكم رقم ١١٠ ص ١٣.

بمواجهة الإدارة^(١).

حيث يُشترط في التعديل الذي تقوم به الإدارة أن يكون في الحدود الطبيعية والمعقولة من حيث نوعها وأهميتها في نطاق موضوع العقد، وهي وفقاً لقانون المناقصات والمزايدات المصري في حدود ٢٥%.

لكل بند بذات الشروط والأسعار دون أن يكون للمتعاقد الحق في المطالبة بأي تعويض عن ذلك وهي وفقاً لنظام عقود الجهات العامة رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤ في سورية حسبما تنص المادة ٦٢ منه «يجوز لأمر الصرف زيادة الكميات المتعاقد عليها أو إنقاصها خلال مدة تنفيذ العقد بنسبة لا تتجاوز لكل بند أو مادة من التعهد إلى عقد جديد على حدة ألا تتجاوز قيمة مجموع الزيادة أو النقص ٢٥% من القيمة الإجمالية للعقد كما أعطى القانون للمتعهد في حال الزيادة مدة إضافية تتناسب مع طبيعة ومقدار هذه الزيادة وذلك من أجل هذه الزيادة فقط».

وبالتالي مهما كانت سلطة الإدارة في التعديل وفق مقتضيات المصلحة العامة فيجب على الإدارة ألا تفرض عليه تعديلات تجعله أمام عقد جديد ما كان يقبله لو عُرض عليه عند التعاقد لأول مرة.

كما أن المتعاقد إنما يقبل التعاقد على ضوء إمكانياته المالية والفنية فعلى الإدارة عند إجراء التعديل أن تحرص على عدم قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب^(٢).

ومن أحكام محكمة القضاء الإداري المصري في هذا الصدد حكمها الذي تقول فيه:

إن مخالفة جهة الإدارة لما يفرضه عليها العقد الإداري من التزامات ما ينشأ عن ذلك من زيادة أعباء المتعاقد معها عن الحدود الطبيعية المعقولة في نوعها أو أن تفوق في قيمتها ونتائجها ما اتفق عليه إلا في العقد بدرجة كبيرة أو أن يكون من شأنها أن تقلب العقد رأساً على عقب وتؤدي إلى إرهاب المتعاقد إرهاباً كبيراً

(1) Richer I, droit des contrats administratifs, 9e éd, LGDJ, Paris, France, 2014, P 234.

(٢) د. سليمان الطماوي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٤٦٧.

يجاوز إمكانياته الفنية أو المالية أو الاقتصادية فإن ذلك يستتبع الحكم بفسخ العقد تأسيساً على أن التعويض الذي تلتزم به جهة الإدارة لا يكفي لإصلاح الضرر^(١). كما قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأنه يُشترط في التعديل الذي تقرره الإدارة ألا يصل إلى حد فسخ العقد كلياً أو إلى الحد الذي يخل بتوازنه المالي وإلا كان للطرف الآخر في هذه الحالة التمسك باعتباره مفسوخاً والمطالبة بالتعويضات إن كان لها وجهه^(٢).

واعتبر كتاب وزارة المالية رقم ٦٤٣٩ - ٦/١٠ تاريخ ١١/٤/١٩٧٣ في سورية: إن النسب المحددة في المادة ٦٢/من القانون رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤/ في سورية هي نسب نهائية بحيث لا يجوز تجاوزها سواء بالنسبة لكل بند على حده أو للنسبة الإجمالية إلا بعقد، وشروط جديدة أي أنه إذا تم تجاوز نسبة البند المحددة بـ ٣٠% بأي نسبة كانت فإنه يقتضي إجراء عقد بهذا التجاوز ولو كانت النسبة العامة لم تتجاوز ٢٥% من القيمة الإجمالية^(٣).

٣ - يجب إجراء التعديل في حدود مبدأ المشروعية:

يجب أن يصدر قرار الإدارة بالتعديل من السلطة المختصة قانوناً بإصداره مع مراعاة الأشكال والأوضاع المقررة وفقاً للقوانين واللوائح والإجاز للمتعاقدين طلب فسخ العقد لمخالفته أحكام القانون، ويقضي مبدأ المشروعية ضرورة التزام الأفراد والسلطات العامة بالقواعد القانونية السائدة في الدولة وأن تأتي أعمال السلطات العامة متفقة مع أحكام هذه القواعد القانونية وإلا كانت مخالفة لهذا المبدأ^(٤).

ويكون قرار الإدارة بالتعديل غير مشروع في الحالات التالية: إذا كان معيباً بعدم الاختصاص، وعيب الشكل، والانحراف بالسلطة، ومخالفة القانون، فالعمل المعدل لشروط العقد لن يكون صحيحاً إلا إذا قامت به السلطة المختصة طبقاً

(١) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر بتاريخ ٣٠/٦/١٩٦٨ السنة الثانية والعشرين القضية رقم ٨٦٥ لسنة ٢٠ ق من ٢٢ إلى ٣٧٣.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في ٣٠ إبريل ١٩٥٧ المجموعة س ٢ ص ٩٣٨.

(٣) كتاب وزارة المالية السورية رقم ٦٤٣٩ - ٦/١٠ بتاريخ ١١/٤/١٩٧٣ مذكور عن صبحي السليم موسوعة العقود الجزء الأول، الطبعة الأولى بدون دار شر ٢٠٠٥ ص ٤٠٣.

(٤) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، الاتجاهات الحديثة في الرقابة على ملائمة قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤، ص ٨.

للإجراءات المطلوبة، ومُتفقاً مع القواعد الموضوعية، ومن ثم إذا صدر قرار التعديل عن سلطة غير مختصة بإصداره أو بالمخالفة للإجراءات الشكلية التي يتطلبها القانون أو اللوائح فإن هذا القرار مشوب بمخالفة مبدأ المشروعية ويجوز الطعن فيه بالإلغاء أمام قاضي العقد^(١).

وقد أوجبت الفقرة الثالثة من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم /٨٩/ لعام /١٩٩٨/ على أنه «... ويجب في جميع حالات تعديل العقد الحصول على موافقة السلطة المختصة ومفهوم المشروعية حاضراً في قضاء مجلس الدولة المصري»، فقد قضت المحكمة الإدارية العليا بقولها: حقوق المتعاقدين مع الإدارة والتزاماته تتحدد طبقاً لنصوص العقد الذي يربط بينه وبين تلك الجهة وما قد يطرأ عليه من التعديلات 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 ممن لا يملك التعبير عن هذه الإرادة أو لا يملك إبرام العقود الإدارية أو تعديلها إلا من ينيط بهم قانوناً هذا الاختصاص ومقتضى ذلك أنه حين يجوز لجهة الإدارة أن تعدل من شروط العقد الإداري فلا سبيل إلى قيام هذا التعديل والإعتداد به قانوناً ما لم تلتزم عند إجراءاته قواعد الاختصاص المقررة.

فلا يأتي التعديل إلا من السلطة المختصة بإجرائه ولا ينتج ما عدا ذلك من التعليمات الصادرة من غير السلطة أثراً ما في تعديل العقد وتحوير آثاره وتغيير مقتضاه^(٢).

٤ - أن يكون هناك داعٍ للتعديل:

يشترط لممارسة الإدارة حقها في تعديل العقد أن تكون الظروف التي تم إبرام العقد في ظلها قد تغيرت ذلك لأن أساس سلطة التعديل مستمدة من ضمان استمرار المرافق العامة بانتظام وإطراد وتحقيق ما تقتضي به المصلحة العامة وعلى ذلك إذا تغيرت ظروف العقد ولم تعد الشروط التي تقررت وقت إبرامه ملائمة

(١) د. أحمد سلامة بدر، المرجع السابق، ص ١٧٤.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٨٤٥ لسنة ١٤٠٤ جلسة ١١/٢٢/١٩٨٥ مجموعة المبادئ العمومية في أربعين عاماً في العقود الإدارية، المبدأ رقم ٢١٤ ص ٣٩١.

لحسن سير المرافق العامة فإنه يكون للإدارة سلطة تعديل هذه الشروط بما يحقق مصلحة المرفق في الظروف الجديدة.

ويشترط مجلس الدولة الفرنسي تغيير الظروف حتى تستطيع الإدارة تعديل عقودها بإرادتها المنفردة كما تأخذ المحكمة الإدارية العليا في مصر بذات الاتجاه فتشترط أن يكون التعديل يستهدف تحقيق سير وانتظام المرافق العامة في أداء الخدمات العامة وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد^(١).

ومن أحكامها في هذا الشأن حكمها الذي تضمن: "ومن حيث أن سلطة جهة الإدارة في تعديل العقد أو في تعديل طريقة تنفيذه هي الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية بل هي أبرز الخصائص التي تميز نظام العقود الإدارية عن العقود المدنية". ومقتضى هذه السلطة أن جهة الإدارة مستهدفة حسن سير وانتظام المرافق العامة في أداء الخدمات العامة على النحو الذي يحقق الصالح العام، وذلك من جانبها وإرادتها المنفردة "وعلى خلاف المألوف في معاملات الأفراد فيما بينهم" حق تعديل العقد أثناء تنفيذه، وتعديل التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد فتزيد من أعباء الطرف الآخر أو تنقصها بشرط أن تقتضي حاجة المرفق، أو المصلحة العامة هذا التعديل...

وهذا الحق لجهة الإدارة في تعديل العقد بما يشمل من إنهائه يترتب على ما للعقود الإدارية من غير العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة ذلك لأن طبيعة العقود الإدارية، وأهدافها يحكمها مبدأ حسن سير واستمرار المرافق العامة، وهي تقتض مضماً حصول تغيير في ظروف العقد وملاساته وطرق تنفيذه تبعاً لمقتضيات حسن سير المرفق العام وانتظامه، ويقوم التعاقد فيها على أساس أن نية الطرفين قد انصرفت عند إبرام العقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة مما يترتب عليه أن جهة الإدارة هي صاحبة الاختصاص في تنظيم المرفق، وتحديد قواعد تسييره وتملك حق تعديل هذا العقد بما يتواءم مع الظروف المتغيرة وتحقيق المصلحة العامة^(٢). أما إذا لم تتغير الظروف، فلا تستطيع الإدارة إجراء أي

(١) د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص ٢٤.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بجلسته ١٩٩٢/١١/١٥ الطعن رقم ٣٩٨٦ لسنة ٣٥ ق

- مذكور لدى: د. إبراهيم محمد علي، المرجع السابق، ص ٥٠.

تعديل لأن الاعتراف بخلاف ذلك يعتبر نوعاً من تهرب الإدارة وتخليها عن التزاماتها الناشئة عن العقود التي سبق إبرامها^(١).

وإننا نرى أن يتوجب ألا يشترط هذا الشرط أي تغير الظروف حتى يتسنى تعديل العقد تعديلاً انفرادياً وذلك تأسيساً على القواعد الضابطة لسير المرفق العام ومنها قاعدة قابلية المرافق العامة للتغيير، كما أن المرفق العام يقبل التغيير في كل وقت متى تبين أن من شأن ذلك تحسين الخدمة التي يقدمها للمتفعين بخدماته هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن سلطة التعديل يجب ألا تنال من المزايا المالية للمتعاقد مع الإدارة كما أن استعمال سلطة التعديل لا يحرم المتعاقد من الحصول على قيمة ما يفرض عليه من أعباء إضافية ولا يُمنع حتى من المطالبة بالتعويض إن كان له وجه وذلك يتفق أيضاً مع النصوص القانونية التي أقرت للإدارة سلطة التعديل في حدود نسب معينة.

ثانياً: نطاق سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري:

تمثل سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد أو التعديل في طريقة تنفيذه السمة المميزة للعقد الإداري، فسلطة الإدارة في هذا المجال لا تتدخل في مجال سَكَتَ عنه العقد، وممارستها لهذه السلطة لا تكون خروجاً عن العقد، ولا يرتكب خطأ ولكنها تستعمل حقاً، وهي لا تملك التنازل عنه لتعلقه بالنظام العام^(٢)، بل تعني تغير الالتزامات التعاقدية المنصوص عليها في العقد إما بالزيادة أم بالنقصان قرينة واضحة على أنه عقد إداري وتنصب سلطة التعديل على مضمون الالتزامات المنصوص عليها في العقد وكذلك بالإضافة إليها^(٣).

ومن الواضح أن سلطة التعديل تكون أبعد مدى لأنها تخترق قاعدة إلزام العقد لطرفيه في عقود القانون الخاص، وهذه السلطة الخطرة يرد عليها النص صراحة في العقود الإدارية وهي دفاثر الشروط، وهي من الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون المدني، والتي تميز العقود الإدارية عن عقود القانون الخاص ويشمل حق الإدارة في تعديل الالتزامات التعاقدية المنصوص عليها في العقد من حيث كل عنصر من العناصر الآتية:

(١) د. محمود عاطف البناء، المرجع السابق، ص ٢٣٣.

(٢) د. حسين درويش عبد العال، السلطات الممنوحة لجهة الإدارة في العقد الإداري، مطبعة لجنة البيان العربي، الإسكندرية، ١٩٦١، ص ٥١.

(٣) د. محمود خلف الجبوري، المرجع السابق، ص ١٦٠.

١) مقدار التزامات المتعاقد.

٢) طرق ووسائل التنفيذ.

٣) مدة التنفيذ.

وسنوضح كل عنصر من تلك العناصر على النحو التالي:

١ - التعديل في مقدار التزامات المتعاقد:

تستطيع الإدارة أن تتناول بالتعديل مقدار التزامات المتعاقد بالزيادة أو بالنقص بما لا يغير من طبيعة هذه الالتزامات وبمعنى آخر كمية الأعمال أو الأشياء محل العقد.

وحق الإدارة هذا هو حق ثابت لها سواء نص عليه القانون، أم لم ينص عليه أم لم يشترطه في العقد، ويسري على جميع العقود الإدارية ففي عقد الالتزام بالنقل تستطيع الإدارة أن تأمر بزيادة عدد القاطرات أو دورات السيارات المستعملة، وفي عقد الأشغال العامة تملك الإدارة أن تزيد أو تنقص حجم الأشغال المتفق عليها في العقد أو أن تزيد أو تنقص من كمية المواد المتفق على تسليمها في عقد التوريد^(١). ولكون متطلبات الحياة اليومية تدعو إلى التغيير في الالتزامات لسد الاحتياجات العامة فإن التزامات المتعاقد تكون أيضاً قابلة للتغيير بالزيادة أو النقصان، وعلى ضوء الاحتياجات العامة المطلوب توفيرها وحق الإدارة في تعديل حجم الأداءات ليس بمستوى واحد في مجمل العقود الإدارية كونها ترتبط بمدى مساهمة المتعاقد، وعلى ضوء العقد في تسيير المرافق العامة حيث تصل سلطة الإدارة إلى أعلى مستوى في عقود التزام المرفق العام على اعتبار أن المتعاقد مع الإدارة يقوم بتسيير وإدارة المرفق نيابة عن الإدارة، والأمر نفسه يسري على عقود الأشغال العامة حيث تكون الإدارة هي صاحبة الأعمال محل العقد إلا أن نطاق استعمال الإدارة لسلطة التعديل يضيق ويتضاءل في مجال عقود التوريد^(٢).

ومن أمثلة التعديل في حجم الأداءات بالزيادة أو النقصان نتعرض إلى عقد الالتزام، وعقد الأشغال، وعقد التوريد المتمثلة في أهم العقود الإدارية.

(١) د. عصمت عبد الله الشيخ، مبادئ أساسية في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ١٥٠.

(٢) د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٢١.

- تعديل مقدار التزامات المتعاقد في عقد التزام المرافق العامة - وعقد الالتزام هو عقد إداري يتولى الملتزم فرداً أم شركة بمقتضاه إدارة مرفق عام واستغلاله مقابل رسم يتقاضاه مع خضوعه إلى القواعد الأساسية لسير المرفق العام فضلاً عن الشروط التي تضمنها الإدارة لعقد الامتياز.

حيث تبرز سلطة التعديل بصفة خاصة في عقد التزام المرافق العامة لأن هذه السلطة تجد أساسها في فكرة المرافق العامة وانتظام سيرها وموضوع عقد الالتزام هو ذاته تسيير المرفق العام، وهذا العقد يتضمن شروطاً تعاقدية وشروطاً لائحية تتعلق بتنظيم المرفق، وإدارته، وكيفية أداء الخدمات للمنتفعين.

ولذا تقتصر سلطة التعديل على هذه الشروط اللائحية، إذ يمكن أن يُقال إنها شروط تتصل بسير المرفق، وحاجاته، ومقتضياته، حتى ولو أدارته الدولة مباشرة^(١).

ويلاحظ أن النصوص اللائحية لا ترد فقط في وثيقة الالتزام، وإنما يرد بعضها في القوانين، واللوائح، والقرارات المتعلقة بالالتزام كما أن التعديل الذي تفرضه الإدارة قد يرد على مقدار التزامات المتعاقد كأن يفرض على الملتزم توليد الكهرباء أو توزيع المياه وزيادة حجم الخدمات المؤداة لمواجهة زيادة في عدد السكان أو أن تفرض الإدارة على ملتزم النقل إطالة الخطوط وفي مصر أصدرت محكمة القضاء الإداري حكماً بخصوص عدد السيارات في عقد التزام خطوط النقل الداخلي بمصيف رأس البر جاء فيه (وضماماً لحق سير المرافق العامة واستغلالها وإدارتها وكفاية ذلك محققة بمالها من حقوق الإشراف، والتدخل، والتعديل حسبما تمليه المصلحة العامة وهي حقوق لا تملك السلطة مانحة الالتزام التنازل عنها كما إنها وهي تستعمل هذه الحقوق لا يمكن أن تحتج بأنها تمس الحق الأعلى أو تخل بشروط عقدية لأن الإجراءات التي تتخذها في هذا الشأن إنما تتناول نظاماً قانونياً خاصاً لمرفق عام).

فهي تملك أركان تنظيم تعديل المرفق العام، وقواعد استغلاله، وإدارته بل إن لها أن تنهي الالتزام متى اقتضت المصلحة العامة ذلك أيضاً وتدخل المجلس البلدي في شؤون المرفق محل الالتزام المعروضة لم يكن أكثر من مطالبة الشركة بزيادة عدد السيارات بنسبة ٢٠% المنصوص عليها في المادة ٦١ من عقد الالتزام

(١) د. محمود عاطف البناء، المرجع السابق، ص ٢٢٦.

وبقصد الوفاء بحاجة جمهور المنتفعين بالمرفق بعد أن تبين له أن عدد السيارات المستخدمة مثلاً لا يفي بهذه الحاجة.

أي أن المجلس البلدي استعمل حقاً من حقوقه المستمدة من طبيعة المرفق العام وعملاً بالقواعد الأصولية في العقود الإدارية التي تقضي أن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة استمرارية المرافق العامة تفترض مقدماً حدوث أي تعديل يتعلق بسير المرفق وحاجته.

كما أن استعمال هذا الحق كما في الحدود المنصوص عليها في المادة ٦١ من عقد الالتزام وهي صريحة في أن التعاقد قد تم على أساس أن نية الطرفين كانت منصرفة عند التعاقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق إلى السيارات في الحدود المذكورة.

وبأن صحة ما تذهب إليه الشركة من أن هذه الصيانة ستترتب عليها زيادة الأعباء المالية الملقاة على عاتقها فإن حقها مكفول في الرجوع إلى المجلس البلدي بالتعويض عن الأضرار التي تلحق بمركزها التعاقدية على أساس إعادة التوازن المالي للعقد إن كان هناك وجه لهذا الغرض^(١).

ويلاحظ أن الرأي اختلف في أول الأمر حول طبيعة المقابل المادي الذي يأخذه الملتزم من المنتفعين، فذهب الفقه في البداية إلى اعتباره من الشروط التعاقدية لأهميته البالغة بالنسبة للملتزم في كفالة التوازن المالي للمشروع، وتحقيق الربح وهو الدافع الأساسي للملتزم في التعاقد مع الإدارة على أن الرأي المسلم به - فقهاً وقضاً - هو أن المقابل المالي الذي يدفعه المنتفعون هو من قبيل الشروط اللائحية ذلك لأن النصوص التي تحدد هذه الرسوم أو التعريفات هي جزء من أركان تنظيم المرفق^(٢).

- تعديل مقدار التزامات المتعاقدين في عقد الأشغال العامة: عقد الأشغال العامة هو عقد من العقود الإدارية يقوم على أساس إعداد مادي لعقار بقصد تحقيق مصلحة عامة حيث أن المتعاقد يتدخل مباشرة في شؤون المرفق لذلك يجب أن يخضع إلى رقابة شديدة من جانب الإدارة.

(١) القضية رقم ٢٥٧ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٥٧/٣/٢٤ المجموعة الحادية عشرة من أحكام مجلس الدولة المصري، ص ٣٠٠.

(2) DeLuabadère (A) traité élémentaire de droit administratif. Paris 1980, 8 edit P. 1097.

ويتناول حق التعديل في عقد الأشغال العامة موضوعات مختلفة نظراً لتنوع الأشغال العامة ذاتها وارتباطها بالمصلحة العامة فتستطيع الإدارة تعديل حجم العقد أو أساليب أو مدد التنفيذ^(١) أي كافة التعديلات التي يتطلبها التنفيذ الأمثل للأشغال العامة:

- **تعديل حجم العقد:** من الممكن أن يكون حجم الأشغال وكميات المواد الأولية قد تختلف عما هو مبين في العقد، وملحقاته إذ أن كثيراً من الأمور غير واضحة في المقاييس الوظيفية والمخططات، ومن ثم لا بدّ من تعديل حجم العقد إذا تبين أن تنفيذ الأشغال على الوجه الأكمل يتطلب إنقاص أو زيادة حجم الأشغال وقد اعترف مجلس الدولة الفرنسي للإدارة بحق تعديل حجم العقد^(٢)، وتبعه في ذلك مجلس الدولة في مصر حيث قضى بأن للإدارة أن تملك من جانبها وحدها وبارادتها المنفردة حق تعديل العقد أثناء تنفيذه فتزيد من الأعباء الملقاة على عاتق الطرف الآخر أو تنقصها، وتتناول الأعمال أو الكميات المتعاقد عليها بالزيادة أو النقصان على خلاف ما ينص عليه العقد^(٣).

وعليه سار نهج مجلس الدولة السوري حيث أجاز لجهة الإدارة المتعاقدة تعديل الكميات المتعاقد عليها أو انقاصها وفقاً للمادة ٦٢/ من قانون عقود الجهات العامة رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ وذلك ضمن شرطين مجتمعين:

الأول: ألا تتجاوز الإدارة نسبة الزيادة والنقصان ٣٠% من قيمة كل بند أو مادة من التعهد.

الثاني: ألا تتجاوز قيمة مجموع الزيادة أو النقصان ٢٥% من القيمة الاجمالية للعقد^(٤).

- **تعديل أساليب وأوضاع التنفيذ:** قد تقتضي الضرورات العملية أو متطلبات الصالح العام أن تقوم الإدارة بتغيير أساليب أو وسائل التنفيذ المنصوص

(1) Xavier Liert, Les modifications du marché du encours d'exécution. A. J. D. A 1994 20 juill/20 a oût P. 66.

(2) C. E, 27 Juill. 1932, Léonard Rec. P. 799.

(٣) حكم محكمة القضاء الادارية المصرية ديسمبر ١٩٥٦ مجموعة المبادئ القانونية في ١٥/ عاماً من ١٩٤٦ حتى ١٩٦١ ص ١٩٤٧.

(٤) رأي مجلس الدولة السوري رقم ٩/م تاريخ ١٩٧٢/١/٨ مذكور لدى صبحي الاسلوم، المرجع السابق، ص ٤٠٣.

عليها في العقد مما تبين لها أثناء التنفيذ ما يستوجب إصلاح الأخطاء التي تضمنتها المشروعات الأصلية أو لمواجهة، ومسايرة الاكتشافات الحديثة التي تقتضي استعمال وسائل فنية أكثر اقتصاداً أو تقنية من تلك الواردة في العقد^(١). ومن ثم تستطيع الإدارة تعديل أو تغيير نوعية المواد المستخدمة في التنفيذ وتعديل أساليب بناء الأعمال وترتيبها وتعديل مواقع العمل بالإضافة إلى إمكانية تعديل مقاييسات الأشغال العامة^(٢).

وقضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم صادر لها في ١٥/١١/١٩٩٧ بأن سلطة جهة الإدارة في تعديل العقد أو في تعديل طريقة تنفيذه هي الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية بل من أبرز الخصائص التي تميز نظام العقود الإدارية عن نظام العقود المدنية^(٣).

ويتناول التعديل أيضاً مدد التنفيذ بحيث يكون للإدارة إطالة مدد التنفيذ أو تقصيرها أو وقف التنفيذ مؤقتاً وفقاً لما تقتضيه الضرورات العملية والفنية.

- تعديل مقدار التزامات المتعاقد في عقد التوريد: حق الإدارة في تعديل التزامات المورد في عقد التوريد تتمثل في عناصر ثلاثة:
١. التعديل في كميات أو حجم العقد:

إن حجم العقد، والكميات الأولية أثناء التنفيذ قد يختلف عما هو مبين في العقد وملحقاته إذ أن كثيراً من الأمور تكون غير واضحة المقاييسات الوضعية، ومن ثم لا بد من تعديل حجم العقد، إذا تبين أن تنفيذ العقد على الوجه الأكمل يتطلب زيادة أو إنقاص حجم العقد، ولذلك تستطيع الإدارة أن تتناول بالتعديل مقدار الكميات المتعاقد عليها سواء بالزيادة أو النقص، وتمارس الإدارة هذه السلطة حتى في حالة سكوت العقد، فتعرض ما تراه محققاً لمصلحة المرفق العام فالمتعاقد، ويتوجب على المورد تنفيذ هذه التعديلات_ بالنظر إليه بوصفه مسانداً، ومعاوناً للإدارة في تسيير المرفق العام _ . ولقد حسم المشرع السوري أمر النزاع في هذه الحالة حيث نص في المادة ٦٢/ من القانون ٥١/ لعام ٢٠٠٤ على أنه:

(١) د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص ٢٢٥.

(2) C. E, 17 fév 1978, stécompaningd'entreprises, Rec, P. 88.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في ١٥/١١/١٩٩٧.

أ - يجوز لأمر الصرف زيادة الكميات المتعاقدة عليها أو إنقاصها بنسبة لا تتجاوز ٣٠% لكل بند أو مادة من التعهد على حدة وذلك بنفس الشروط والأسعار الواردة في العقد دون حاجة إلى عقد جديد على ألا تتجاوز قيمة الزيادة أو النقص ٢٥% من القيمة الإجمالية للعقد.

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

وهكذا نجد أن المشرع السوري قد أعطى الإدارة حق التعديل الانفرادي في زيادة وإنقاص الكميات محل العقد إلا أنه حدد النسب المئوية لهذا التعديل، إضافة إلى أنه ليس ثمة ما يمنع من زيادة الكميات المتعاقدة عليها في ملحق العقد^(١). وفي مقابل سلطة الإدارة في تعديل حجم الكميات المتفق عليها هناك حق مقابل لامتيازات الإدارة، وسلطاتها المتعددة هو حق التوازن المالي للعقود الإدارية، وهكذا يجد المورد نفسه ملزماً بالاستجابة دائماً بإجراء التعديل اللازم سواء بالزيادة أو النقص طالما أنه في الحدود المعقولة التي يتطلبها القانون وما سار عليه القضاء وليس له أن يترأخى أو يمتنع عن التنفيذ طالما سيحصل على تعويض جراء هذا التعديل^(٢). كما أن المورد لا يستطيع أن يدعي الجهل بسلطات الإدارة في فرض تعديلات على العقد من جانبها وبالإرادة المنفردة لها بالزيادة أو النقص، فهو مكلف بتنفيذ ما تأمره به الإدارة حتى يستطيع الاحتفاظ بعقده.

٢. التعديل في طرق ووسائل تنفيذ العقد:

يؤكد الفقه والقضاء على أن الإدارة تستطيع أن تعدل من جانب واحد شروط وطرق تنفيذ العقد وفقاً للقواعد القابلة للتطبيق على العقود الإدارية، ولا تملك الإدارة أن تتنازل عن هذا الحق^(٣). فقد تقتضي الضرورات العملية أو متطلبات الصالح العام أن تقوم الإدارة بتغيير أساليب أو وسائل التنفيذ المنصوص عليها في العقد، كلما تبين لها أثناء تنفيذ العقد ما يستوجب إصلاح الأخطاء التي تضمنتها

(١) الراي الصادر عن قسم الفتوى والتشريع في مجلس الدولة السوري رقم ١٨/ في القضية رقم ٢٩٠ تاريخ ٢٠١٠/٨/٣٠.

(٢) د. عبد الحميد كمال حشيش، التطور الحديث للمبادئ العامة للعقود الإدارية، بدون دار نشر، بدون عام نشر، ص ١٢١

(3) M. de villiers, droit public general, 2003, op, cit, p. 677.

المشروعات الأصلية أو لمواجهة ومسايرة الاكتشافات الحديثة التي تقتضي استعمال وسائل فنية أكثر اقتصاداً أو أكثر تقدماً من تلك المنصوص عليها في العقد^(١). ويختلف الأمر بالنسبة لعقود التوريد العادية عنها في عقود التوريد الصناعية. فالأصل في عقود التوريد العادية أن المورد مستقل بتحديد، واختيار طرق التنفيذ ومع ذلك ذهب بعض الفقه إلى أن هذا الأصل لا يمنع الإدارة من ممارسة حقها في تعديل هذا النوع من العقود^(٢).

وبرأينا، فإنه يتوجب عدم منح الإدارة في عقود التوريد العادية سلطة تعديل طرق ووسائل التنفيذ فلا تفرض الإدارة على المورد المصادر التي يجب أن يحصل منها على مواد العقد أو نوعية هذه الوسائل أو استخدام وسائل حديثة بل يجب الرجوع إلى المبدأ المستقر والقاضي بحرية المورد في تحديد طرق ووسائل التنفيذ ذلك أن عدم منح هذه السلطة في هذا النوع من العقود لا يترتب عليه نتائج خطيرة ويمكن تداركها ولا تأثير عليها في سير المرفق العام بانتظام واضطراد.

وإذا ما حدث وأن خالف المتعاقد شروط ومواصفات العقد أثناء تنفيذه لالتزاماته التعاقدية بحجة تقديمه، وتنفيذه لمواد أفضل تصب في صالح المرفق العام موضوع العقد فإننا نعتقد أن سلطة القضاء الإداري هي الأقدر على معالجة هذه الإشكالية. إذ قد يجد القضاء الإداري نفسه مدفوعاً لإعادة التوازن المالي للعقد. إذا ما وجد أن هذه المواد قد قدمت بشكل مخالف للمواصفات الفنية المتعاقد عليها وبصرف النظر عن الكيفية والآلية التي قام عليها قبول هذه المواد وذلك انطلاقاً من اختصاصه القانوني الذي حوّله إياه المشرع وكرسه الفقه والاجتهاد التي تقوم عليه مهمة القضاء الإداري، وهي الرقابة القضائية على أعمال الإدارة^(٣).

وعلى العكس تعد عقود التوريد الصناعية المجال الخصب الذي تباشر فيه الإدارة حقها في التعديل بإرادتها المنفردة، حيث يقوم المورد بتوريد أصناف يقوم

(١) د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٢٢٥.

(٢) د. عاطف سعدي محمد، المرجع السابق، ص ٤٣٢.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، القرار رقم ١/٥٣٥/ع لعام ٢٠١٣م، في الطعن ذي الرقم ١/٣٠٠٩/ لعام ٢٠١٣م. الصادر بتاريخ ٣٠/٩/٢٠١٣م. غير منشور.

بتصنيعها بناء على طلب الإدارة وخاصة توريد المعدات العسكرية، والطائرات، وعقود بناء وتجهيز السفن، لذلك يكون للإدارة سلطة تعديل طرق ووسائل التنفيذ بإرادتها المنفردة، وعليها أن تفرض تعديلات على المواد المستعملة في التنفيذ والآلات والأجهزة المستخدمة في مصنعه بالآات أكثر تقدماً حتى يتلاءم العقد مع المصلحة العامة^(١)، أما العقود المركبة التي يشتمل فيها عقد التوريد على عناصر عقد آخر كإصلاح معدات وتركيب ما يلزم من قطع الغيار فينطبق على مقالة الإصلاح الأحكام الخاصة بها ومنها حق الإدارة في تعديل أوضاع التنفيذ.

٣. التعديل في مدة تنفيذ العقد:

يقع التعديل في هذه الحالة على المدة المتفق على تمام التوريد خلالها سواء بتقصيرها أو تمديدتها وذلك إذا ما اقتضت المصلحة العامة هذا التعديل ومن ذلك مثلاً أن تطلب من المورد الاستعجال في توريد المواد التموينية والغذائية للقوات العسكرية بدواعي الأمن القومي كما يمكن لها إطالة مدة التنفيذ أو وقفها بسبب نقص في الاعتمادات المالية^(٢)، وكذلك في حال طلب الإدارة تكليف المورد بتوريدات إضافية ورأت الإدارة أن أمر التكليف صدر في وقت متأخر لا يسمح بأدائها في باقي المدة المتفق عليها في العقد، فتتخذ الإدارة قرارها بإطالة مدة تنفيذ العقد.

(١) علي عبد العزيز الفحام، مرجع سابق ص ٢٢٨.

(٢) د. محمد الحسين، د. مهدي نوح، العقود الإدارية، المرجع السابق ص ٢٤٠.

المطلب الثاني

الرقابة القضائية على تجاوز الإدارة لسلطتها في تعديل العقد

تتمتع الإدارة - كما سبق وأن رأينا - في مواجهة المتعاقد معها بسلطتها في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة ودون حاجة إلى موافقة المتعاقد معها على هذا التعديل.

ولكن قد تتجاوز الإدارة سلطتها في تعديل العقد الإداري، فكان لا بد من فرض الرقابة القضائية على هذه السلطة في التعديل لضمان حقوق المتعاقد معها. ولدراسة الرقابة القضائية على تجاوز الإدارة لسلطتها في تعديل العقد، لا بد من تقسم هذا المطلب إلى الفرعين التاليين:

الفرع الأول: الرقابة القضائية على التزام الإدارة بقيود تعديل العقد الإداري.

الفرع الثاني: تطبيقات الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في تعديل العقد.

الفرع الأول

الرقابة القضائية على التزام الإدارة بقيود تعديل العقد الإداري

قضى مجلس الدولة المصري في العديد من أحكامه بالقيود التي ترد على حق الإدارة في تعديل العقد الإداري، وتتمثل تلك القيود فيما يلي:

أولاً: عدم تعديل موقع التنفيذ:

ذهبت إلى ذلك الجمعية العمومية للفتوى بمجلس الدولة المصري حيث ذكرت: "أنه من المبادئ الأساسية المستقرة أن الجهة الإدارية المتعاقدة تملك من جانبها وحدها وإرادتها المنفردة وعلى خلاف المألوف في معاملات الأفراد فيما بينهم، حق تعديل العقد أثناء تنفيذه، وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد، فتزيد من الأعباء الملقاة على عاتق الطرف الآخر أو تنقصها، وتتناول الأعمال أو الكميات المتعاقد عليها بالزيادة أو النقص على خلاف

مانص عليه العقد وذلك كلما اقتضت حاجة المرفق هذا التعديل، من غير أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين غير أن سلطة التعديل، هذه ليست مطلقة بل ترد عليها قيود معينة تقتضيها ضرورة التوفيق بين المصلحة العامة، والمصالح الفردية للمتعاقدين معها وفي مقدمة هذه القيود ما يتصل بطبيعة التعديل، حيث تقتصر على نصوص العقد المتصلة بسير المرفق العام، ونطاق ومقتضيات العمل المطلوب تنفيذه من المتعاقد على أن جهة الإدارة لا تملك أن تتناول بالتعديل النصوص المتعلقة بالمزايا المالية المتفق عليها والتي يستفيد منها المتعاقد معها حرصاً على المصلحة الخاصة ومن هذه القيود ما يتصل بمقدار أو نطاق التعديل وما يترتب عليه من أعباء جديدة تقع على عاتق المتعاقد نتيجة لسلطة التعديل، إذ يتعين أن تكون هذه الأعباء في الحدود الطبيعية، والمعقولة من حيث نوعها وأهميتها في نطاق موضوع العقد بحيث لا تتجاوز إمكانيات المتعاقد الفنية، والمالية أو أن يكون من شأنها أن تقلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب بحيث يصبح وكأنه أمام عرض جديد أو تغيير في موضوع العقد أو محله وإلا جاز للمتعاقد أن يطلب فسخ العقد، ويقابل حق الإدارة في تعديل العقد الإداري أثناء التنفيذ حق المتعاقد معها في المحافظة على التوازن المالي للعقد وتعويضه عن الآثار المترتبة على هذا التعديل.

ومن حيث أنه بالنسبة إلى الحالة المعروضة، فإن موقع التنفيذ لا يعتبر داخلياً في نطاق الخدمة أو العمل، كما أنه لا يعدو من وسائل أو طرق التنفيذ ومن ثم فإن سلطة الإدارة في التعديل لا تمتد إلا لخروجه عن النطاق الجائر لها قانوناً وبهذه المثابة يكون من العناصر الأساسية التي يراعيها المتعاقد عند إقباله على التعاقد والتي يضعها في حسابه وتقديره وإذا كان على هذا النحو فإنه لا يجوز تناوله بالتعديل بعدم اتمام التعاقد وترتيباً على ذلك فإن نقل الموقع من مدينة بنها إلى بلدة أبو النجا وهما يبعدان عن بعضهما مسافة ٤٠ كيلو متر تقريباً - هذ النقل يجعل المتعاقد أمام عقد جديد طالما أنه يخرج من حدود السلطة المقررة للإدارة^(١).

(١) فتوى الجمعية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري بتاريخ ٩ ديسمبر ١٩٧٣م، المجموعة ص ٣٥.

ثانياً: عدم الإخلال بالتوازن المالي للعقد:

من المتعين أن تكون الأعباء التي يربتها التعديل في الحدود الطبيعية والمعقولة من حيث نوعها وأهميتها في نطاق موضوع العقد بحيث لا تتجاوز إمكانات المتعاقد الفنية والمالية أو يكون من شأنها أن تقلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب بحيث يصبح المتعاقد وكأنه أمام عرض جديد أو تغيير في موضوع العقد أو محله وألا جاز للمتعاقد أن يطلب فسخ العقد^(١).

وفي حكم للمحكمة الإدارية العليا المصرية ذهبت إلى: "ومن حيث أن المادة (٨٧) من لائحة المناقصات والمزايدات للقانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ والصادر بالقرار الوزاري رقم ٥٤٢ لسنة ١٩٥٧ والمعدلة بالقرار رقم ١٧٦ لسنة ١٩٦٠ والمعمول بها وقت التعاقد تنص على أن "تحتفظ الوزارة أو المصلحة بالحق في تعديل العقد بالزيادة أو النقص في حدود ١٥% في عقود التوريد و ٢٥% في عقود الأعمال دون أن يكون للمتعهد أو المقاول الحق في المطالبة بأي تعويض عن ذلك"^(٢).

وفي أحكام عديدة للقضاء الإداري السوري أقرت بعدم جواز مخالفة مبدأ التوازن المالي للعقد الإداري، برفع أسعار المواد العقدية أو زيادة الكميات على النحو الذي يخالف القانون والشروط التعاقدية، إذ أن الاجتهاد القضائي لدى مجلس الدولة السوري قد استقر على أن للمتعاقد حقه في ضمان التوازن المالي لعقده، أي حقه في احترام حقوقه المالية بحيث تكون مستحقته متوازنة ومتعادلة مع أعبائه ونفقاته، فلا يسوغ للإدارة على سبيل المثال أن تباشر في آن واحد سلطة التعاقد وسلطة رفع الأسعار أو زيادة الكميات عن الحد المسموح به قانوناً ثم تحرم المتعاقد معها من اقتضاء كامل الفروق، إذ يكون هذا النهج سبباً للإخلال بمبدأ التوازن المالي للعقد وخرقاً لمقتضى العدالة^(٣).

(١) د. محمد بن سعيد بن حمد المعمري، المرجع السابق، ص ٤٢١.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم ٤٣٥٢ لسنة ٤٧ق، الصادر جلسة ٢٠٠٧/٢/٢٧.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، رقم ١٨٨/ في الطعن رقم ٩٦/ لعام ١٩٨٤م، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٨٤م، ص ٣٢٦.

ثالثاً: مراعاة مبدأ المشروعية عند التعديل:

لا يملك إبرام العقود الإدارية أو تعديلها إلا من أنيط بهم قانوناً هذا الاختصاص ومقتضى ذلك أنه حين يجوز لجهة الإدارة أن تعدل من شروط العقد الإداري، فلا سبيل إلى قيام هذا التعديل والاعتداد به قانوناً ما لم تلتزم عند إجرائه بقواعد الاختصاص المقررة، فلا يأتي التعديل إلا من السلطة المختصة بإجرائه، ولا ينتج ماعدا ذلك من التعليمات الصادرة من غير هذه السلطة أثراً مافي تعديل العقد وتحويل آثاره وتغيير مقتضاه^(١).

رابعاً: التعديل في الكم دون کیف:

يتعين أن تكون الأعمال الإضافية من ذات نوع وجنس الأعمال الأصلية بحيث تكون الزيادة في الكمية أو حجم العقد قابلة للتنفيذ والمحاسبة مالياً مع المتعاقد الأصلي عليها عن ذات الفئات والأسعار الخاصة بكل نوع أو جنس من الأعمال الإضافية المماثلة للأعمال الأصلية إذا كانت الأعمال الإضافية منفصلة عن الأعمال الأصلية، ومتميزة عنها فلا مناص من طرحها في مناقصة منفصلة ولا ضرورة من إسنادها إلى ذات المقاول^(٢).

وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا المصرية في أحد أحكامها: "ومن حيث أن مقطع النزاع في الطعن المائل ينحصر فيما إذا كانت الأعمال الإضافية يجوز قانوناً تكليف المقاول بها من عدمه بشرط ألا يؤثر ذلك على أولوية المتعاقد في ترتيب عطائه ووجود الاعتماد المالي اللازم.

ومن حيث أنه أياً ما كان الرأي فيما إذا كانت تلك الأعمال الإضافية في حدود ٢٥% من قيمة العقد الأصلي من عدمه فإن الأعمال الإضافية يتعين أن تكون من ذات نوع وجنس الأعمال الأصلية بحيث تكون الزيادة في الكمية أو حجم

راجع أيضاً: حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ٦٥/ في الطعن رقم ٢٨٧/ لعام ١٩٨٦م،

مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا لعام ١٩٨٦م. ص ٣٠٥.

(١) د. محمد بن سعيد بن حمد المعمرى، المرجع السابق، ص ٤٢٤.

(٢) د. محمد بن سعيد بن حمد المعمرى، المرجع السابق، ص ٤٢٤ - ٤٢٥.

العقد قابلة للتنفيذ والمحاسبة مالياً مع المتعاقد الأصلي عليها من ذات الفئات والاسعار بكل نوع أو جنس من الأعمال الإضافية الماثلة للأعمال الأصلية^(١).

الفرع الثاني

تطبيقات الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في تعديل العقد

إن الرقابة القضائية لا تقتصر على العقد في مرحلة تكوينه فحسب بل تمتد إلى ما بعد ذلك حتى مرحلة تنفيذه.

وسلطة القاضي في تعديل الالتزامات العقدية لم تصل إلى ما وصلت إليه في القوانين الحديثة طرفة، وإنما جاءت وليدة تطور طويل في تشريع وقضاء وفقه القانون الوضعي وفلسفته بعد أن سيطر على العقود مبدأ سلطان الإرادة الذي جعل العقد شريعة المتعاقدين بحيث لا يجوز تعديله أو إلغاؤه من قبل أحد المتعاقدين منفرداً كما لا يجوز للقاضي احتراماً لإرادة عاقيه فكانت سلطة القاضي إزاء العقد شديدة الضيق وغاية في التقيد ناهيك عن حقه في التعديل^(٢).

فقد كان من الأمور المحظورة في ظل مبدأ سلطان الإرادة وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بأنه إذا تجاوزت التعديلات حداً معيناً يكون للمتعاقد أن يطلب من القاضي فسخ العقد وبناءً عليه فإن سلطة الإدارة في التعديل ليست مطلقة من كل قيد ولا يمكن أن تتناول جميع شروط العقد، بل تقتصر على بعض شروط العقد المتصلة بالمرفق العام ولا يمكن أن تمس المزايا المالية المقررة لصالح المتعاقد لأنه يسعى إلى الربح ومصلحته تتمثل في المحافظة على المزايا المالية التي تعاقد من أجلها ويجب ألا يؤدي التعديل إلى قلب أوضاع العقد بالكامل^(٣).

كما أن حق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية مناطة باحتياجات المرافق العامة، فهذا الحق ليس مجرد مظهر للسلطة الإدارية التي تتمتع بها الإدارة، ولكنه

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم ١٤٤٤ لسنة ٣٣ ق، الصادر جلسة ١٩٨٩/٤/٢٩.

(٢) د. أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٩٨، ص ١٢.

(3) DUFAUJ, Le pouvoir modification unilatérale de L'administration et les contrats de concessuion de service public, A. J, DA, 1955, p. 65.

نتيجة ملازمة لفكرة المرفق العام ويجب على الإدارة أن تفرض على المتعاقد تعديلات تجعله أمام عقد جديد وتترتب على ذلك أضرار للمتعاقد وإلا يصبح للمتعاقد الحق في التعويض^(١).

والرقابة القضائية على سلطة الإدارة ضرورية ولازمة لحسن سير عمل الإدارة، وهي لا تنفصل عن العمل الإداري حيث تلازمه باستمرار^(٢)، وتعتبر الدعوى الإدارية أهم وسيلة لتحقيق الرقابة القضائية التي تمارسها المحاكم والهيئات القضائية المختلفة لما يتمتع به القضاء من الحياد والنزاهة، ويعمل على إيجاد التعادل والتوازن بين المصلحة العامة التي تمثلها الإدارة؛ وبين المصالح الخاصة التي تكمن في مصلحة المتعاقد معها وغيره ولا شك في أن القيود التي ترد على سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية تنقسم إلى قسمين هما القيود العامة، والقيود الخاصة ويترتب على مخالفة القيود العامة بطلان التعديل نظراً لتعلقها بالمشروعية. أما النوع الثاني، فيترتب على مخالفتها حق المتعاقد في طلب فسخ العقد ذاته.

أولاً: الحالات التي يحكم بها القاضي ببطلان التعديل:

وهي الشروط المتصلة بمشروعية الإجراءات التي تتخذها الإدارة لتعديل عقودها الإدارية وتُعد القرارات الصادرة من دون مراعاتها مشوبة بعيب مخالفة القانون، ويجوز للمتعاقد طلب إلغائها من قاضي العقد كما يستطيع الامتناع عن تنفيذها ويحكم القاضي بالبطلان في الحالات التالية:

١. تجاوز قرار الإدارة بالتعديل إلى الشروط التعاقدية:

يجب على الإدارة وهي تمارس حق التعديل أن تأخذ بعين الاعتبار إمكانيات المتعاقد الفنية، والمالية التي روعيت عند إبرام العقد، وتم على أساسها التعاقد معه، ومن ثم فإن الإدارة مُلزَمة حين تلجأ إلى حقها في التعديل ألا تذهب إلى الحد الذي يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب أو تغيير في طبيعة العقد أو جوهره كما روعي عند التعاقد لأول مرة.

(١) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٤٥١.

(٢) د. طارق سلطان، المرجع السابق، ٤٧٠.

وإن تجاوز الإدارة للشروط التي تنظم المزايا والضمانات المالية التي دفعت المتعاقد إلى إبرام العقد يُعد خطأ من جانبها ويكون قرارها في هذا الشأن مخالفاً للقانون^(١)، وبناءً على ذلك يمكن القول: أنَّ لصحة التعديل لا بدَّ من وجود سبب قانوني وهو الدافع أو الهدف منه وهو احتياجات المرفق العام دائماً فإذا ما عدلت الإدارة من شروط العقد لأي هدف آخر كان تصرفها تجاوزاً للسلطة.

ويستعمل مجلس الدولة الفرنسي عبارات معينة تفيد في هذا المعنى^(٢)، فقضى أن الإدارة لا تستطيع أن تفرض على المتعاقد معها تعديلات تؤدي إلى قلب الاقتصاد العام للمشروع أو أن تغير مضمون العقد أو جوهره كما روعي من قبل المتعاقدين عند إبرامه وتملك أيضاً إجراء تعديل جوهري في شروط العقد^(٣).

وقد استخدم مجلس الدولة الفرنسي في أحكامه مصطلحات تعبر عن فكرة قلب اقتضائات العقد وتغير جوهره فقضى أنه إذا كان من شأن التعديل زيادة أعباء المتعاقد مع الإدارة إلا أنه لا يصح أن تتجاوز الأعباء الحدود الطبيعية المعقولة في نوعها وفي أهميتها أو أن تفوق في قيمتها أو نتائجها ما اتفق عليه أصلاً في العقد بدرجة كبيرة أو أن يكون من شأنها أن تقلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب بحيث يصبح المتعاقد وكأنه أمام عرض جديد أو تغير في موضوع العقد كله أو أن تؤدي الأعباء الجديدة إلى إرهاقه وتجاوز إمكانياته الفنية والمالية والاقتصادية^(٤).

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية ذلك حيث ذهبت في حكمها إلى أن تعديل الشروط اللائحة للعقد والمتعلقة بتسيير المرفق العام وإن كان حقاً تملكه الإدارة إلا أنه يخرج عن إطار تلك الشروط والمقابل المالي في العقد الإداري^(٥).

(١) سحر جبار يعقوب، فسخ العقد قضائياً لخطأ الإدارة، رسالة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة بابل، ٢٠٠٣، ص ٣٧.

(2) Patrick Schultz. op,cit, P. 131.

(3) C. E, 17 Fév 1978, stécompangine françesed'entrepnises, Rec, P. 88.

C. E, 14 mars 1980, sté Cieindustrieffe de travauxéle ctriquesetmé caniques, D. S jur, P. 495, note Theon.

(٤) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في ١٦ ديسمبر ١٩٥٦ مجموعة المبادئ القانونية في ١٥ عاماً من (١٩٤٦ - ١٩٦١) ص ١٩٤٨.

(٥) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٢٥١٩ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٩٩٣/٨/٣١.

وهكذا لا يعترف القضاء بكل تعديل لا يهدف إلى تحقيق مصلحة المرفق العام فكل تعديل تقوم به الإدارة يمس المزايا المالية للمتعاقد ويؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد يكون غير مشروع ومصيره المحتوم البطلان.

٢. مخالفة التعديل للقواعد العامة للمشروعية:

يتعين على الإدارة في إجراءاتها بتعديل العقد الإداري أن تلتزم بقواعد المشروعية، ومن ثم فإذا صدر هذا التعديل من سلطة غير مختصة بإجرائه أصلاً، أو دون اتباع الإجراءات والأوضاع القانونية المقررة، فإن هذا التعديل يكون غير مشروع، مما يشكل ركن الخطأ في جانب الجهة الإدارية، وبحق للمتعاقد أن يتمسك ببطلانه وعدم الإعتداد به^(١)، ويجوز الطعن فيه بالإلغاء أمام قاضي العقد^(٢).

وذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أن حقوق المتعاقد مع الإدارة والتزاماته تتحدد طبقاً لنصوص العقد والتزاماته وما قد يطرأ عليه من التعديلات وإن 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 ينيط بهم قانوناً هذا الاختصاص ومقتضى ذلك أنه حيث يجوز لجهة الإدارة أن تعدل من شروط العقد الإداري فلا سبيل إلى قيام هذا التعديل والإعتداد به قانوناً ما لم تلتزم عند إجرائه قواعد الاختصاص المقررة فلا يتأكد التعديل إلا من السلطة المختصة بإجرائه ولا ينتج ما عدا ذلك من التعليمات الصادرة من غير هذه السلطة أثراً ما في تعديل العقد وبتحويل آثاره وتغيير مقتضاه.

٣. تجاوز التعديل موضوع العقد:

تقتصر سلطة التعديل المقررة للإدارة على موضوع العقد ذاته كون المتعاقد قبل أن يُسهم في تسيير المرفق العام بقصد هدف معين فمن ثم إن التزامه ينتهي تماماً عند حدود الموضوع الذي تعاقد من أجله.

(١) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة، المرجع السابق، ص ٤٢٣.

(٢) د. أحمد عطية، نظرية عمل الأمير في التشريع الوصفي والفقهاء الإسلامي، كلية الحقوق جامعة، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٦، ص ٣٧٣.

فإذا قامت الإدارة بفرض التزامات جديدة على المتعاقد لا صلة لها بموضوعه الأصلي الذي تمّ التعاقد عليه ففي هذه الحالة يكون قرار الإدارة بهذا الشأن باطلاً ويجوز للمتعاقد أن يلجأ إلى قاضي العقد لإلغاء هذا القرار ويستطيع المتعاقد ألا يقيم وزناً لتلك التعديلات ويظل محتفظاً بالفائدة التي تعود عليه من العقد^(١)، فينبغي أن يقتصر التعديل على أعمال من ذات جنس ونوع الأعمال المتعاقد عليها وإلا كان قرارها في هذا الشأن باطلاً وبوسع المتعاقد عدم تنفيذه من دون أن تملك الإدارة توقيع جزاءات عليه^(٢).

فإذا كان الدافع إلى التعديل من قبل الإدارة للعقد الإداري هو سد احتياجات المرفق العام إلا أنه يجب ألا تبلغ التعديلات درجة حيث يجد المتعاقد مع الإدارة نفسه أمام عقد جديد ومثال ذلك: أن تطلب الإدارة إنشاء محطة توليد كهرباء بدلاً من إنشاء مبنى إداري كما لا يجوز للإدارة إسناد أعمال جديدة على المتعاقد معها والتي تُعد موضوعاً غريباً عن العقد الأصلي أو التي يحتاج تنفيذها إلى مقالٍ الأشغال العامة بأعمال مختلفة عن الأعمال موضوع العقد.

وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ٢٧ أكتوبر ١٩٩٧ في قضية شركة نيوبالار أنه إذا قامت جهة الإدارة باتخاذ إجراء خارج موضوع التعاقد وألزمت به المتعاقد معها بأنه يحق للمتعاقد أن يطالبها بالتعويض عن ذلك. كما قرر في حكمه الصادر في ٢٧ أكتوبر ٢٠١٠ ضرورة ألا يمتد التعديل إلى محل العقد أو إلى شروطه المالية فإذا كان لا بد فتلزم موافقة المتعاقد على ذلك.

ثانياً: فسخ العقد:

إلى جانب القيود التي يترتب بطلان التعديل على مخالفتها فإن هناك قيوداً لا تترتب البطلان بل تترتب للمتعاقد الحق في طلب فسخ العقد مع أحقيته بالتعويض إذا توافرت شروطه وذلك إذا تجاوزت الإدارة الحدود المرسومة للتعديل أو كان من شأن التعديل أن يؤدي إلى إرهاب المتعاقد أو إلى قلب اقتصاديات العقد فإذا لم

(١) د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص ٢٣٧.

(٢) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٣٢٤.

يصل التعديل إلى هذا المدى فإن حق المتعاقد يقتصر على طلب التعويض فقط^(١).

- ويحكم قاضي العقد بالفسخ في الحالات الآتية:

١ - إذا تجاوزت الإدارة نطاق التعديل الذي حددته اللوائح أو المحددة بالعقد أو دفاتر الشروط:

وهنا يحدث في بعض الأحيان أن تنص بعض الاشتراطات أو العقود على نسبة مئوية معينة بالنسبة إلى حجم الأداءات التي يُمكن أن تطلب من المتعاقد مع الإدارة بعد إبرام العقد بالزيادة أو النقص بوصفها نسبة تمثل الحد الأقصى للأداءات المطلوبة فلا يجوز للإدارة عند قيامها بالتعديل تجاوز هذا الحد وإلا كان للمتعاقد الحق في طلب فسخ العقد^(٢).

ومثال على ذلك ما نصت عليه المادتان ٣١ - ٣٢/ من دفاتر الشروط العامة للكباري (الجسور) والطرق في فرنسا والتي أبرزت حق المتعاقد في طلب الفسخ إذا تجاوزت الإدارة نطاق التعديل المنصوص عليه في دفاتر الشروط^(٣) وقد يحكم له القاضي بالأحكام ذلك بتفويض إذا توافرت شروطه.

وفي مصر تنص المادة ٧٨/ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩/ لعام ١٩٩٨/ على أنه:

تحتفظ الوزارة أو المصلحة بالحق في تعديل العقد بالزيادة أو النقص في حدود ١٥% في عقود التوريد، و ٣٠% في عقود توريد الأغذية، و ٢٥% في عقود الأعمال، من دون أن يكون للمتعهد أو المقاول الحق في المطالبة بالتعويض عن ذلك.

وبذلك فإن هذه المادة قررت حدود سلطة الإدارة في تعديل التزامات المقاول والمورد بالنقص أو الزيادة إلا أنها لم تخول المتعاقد الحق في طلب فسخ العقد إذا تجاوزت الإدارة هذه الحدود إلا إذا كان التعديل يؤدي إلى إرهاب المتعاقد ويفوق إمكانياته المالية وقدراته الفنية أو إذا وصل التعديل إلى حد قلب اقتصاديات العقد.

(١) بونس إسماعيل حسون، أحكام الفسخ في العقود الإدارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ٢٠١٤، ص ٥ وما بعدها.

(٢) د. بة يمان جلال حسن، المرجع السابق، ص ١٩٩.

(٣) د. محمد عبد العال السناري، المرجع السابق، ص ٣٣٤.

وبموجب قانون عقود الجهات العامة رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ في سورية فإن النسب المحددة في المادة /٦٢/ منه هي نسب نهائية بحيث لا يجوز تجاوزها سواء بالنسبة لكل بند أو بالنسبة الاجمالية للعقد إلا بعقد وشروط جديدة أي إذا تم تجاوز نسبة البند المحددة بـ ٣٠% بأي نسبة كانت فإنه يقتضي إجراء عقد لهذا التجاوز ولو كانت النسبة العامة لم تتجاوز ٢٥% من القيمة الاجمالية للعقد.

٢ - إذا فرض التعديل أعباء جديدة تؤدي إلى إرهاق المتعاقد وتتجاوز امكانياته المالية والفنية:

إذا تجاوزت التعديلات التي تفرضها الإدارة على المتعاقد معها من حيث أهميتها أو طبيعتها الإمكانات المالية أو الكفاءات الفنية للمتعاقد يكون للمتعاقد الحق في طلب فسخ العقد^(١).

٣ - قلب اقتصاديات العقد:

إذا وصل التعديل لدرجة من شأنها قلب اقتصاديات العقد جاز للمتعاقد اللجوء للقضاء وطلب فسخ العقد مع إلزام الإدارة بدفع التعويض للمتعاقد معها إذا تحققت عناصره^(٢).

وقد أكد اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي على حق المتعاقد بالتعويض حيث جاء فيه أنه: " المتعاقد له حق بالتعويض عن الضرر الذي أصابه جراء التعديل الإفرادي للعقد عندما يكون ذلك ممكناً"^(٣)

فإذا لم يترتب على قرارات الإدارة بالتعديل قلب اقتصاديات العقد ولم يكن لها تأثير على ماليات العقد فلا يجوز للمتعاقد مع الإدارة طلب التعويض وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي وجوب عدم قلب اقتصاديات العقد ويحق للمتعاقد مع الإدارة الحصول على التعويض عن الأضرار التي لحقت به من جراء تنفيذ التعديلات من قبل الإدارة في العقد إذا كان من شأنه قلب اقتصاديات العقد سيما إذا كان التعديل في صلب وجوهر العقد حيث يعطي قضاء مجلس الدولة الفرنسي للمتعاقد الحق في المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر جراء تدخل الإدارة بما لها من سلطة

(١) د. مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص ١١١.

(٢) د. نصري منصور النابلسي، العقود الإدارية المرجع السابق، ص ١١٢.

(٣) "Le cocontractant a droit, en compensation du préjudice que lui cause la modification unilatérale, lorsque c'est possible". CE Set. 270 OCTOBRE 1978, Ville de Saint-Malo, Rec. 401.

تعديل العقد بإرادتها المنفردة وقد استعمل مجلس الدولة الفرنسي فكرة الأعمال الجديدة للتعبير عن قلب اقتصاديات العقد فالإدارة لا يجوز لها أن تفرض على المتعاقد معها أعمالاً ليست لها صلة بالأعمال الأصلية^(١).

كما يعبر مجلس الدولة الفرنسي عنه بأن هذا التعديل يجاوز بدرجة ملحوظة توقعات المتعاقدين وفي حالة ما إذا كان التعديل ينصب على طرق التنفيذ وأوضاعه فإن مجلس الدولة يكتفي للحكم بفسخ العقد بعبارة (أن يكون أحد الشروط الأساسية والجوهرية التي أبرم العقد بقصد تحقيقها قد عدل) أو يستعمل عبارة (إذا كان التعديل في العناصر الأساسية للعقد) أو (إذا كان التعديل في جوهر العقد) أو (إذا كان التعديل في الأوضاع الأساسية للعقد)^(٢).

وكذلك الأمر فإن مجلس الدولة المصري يستعمل اصطلاحات مماثلة فالتعديلات التي تفرضها الإدارة لا يجوز أن تفوق في قيمتها أو نتائجها ما اتفق عليه أصلاً في العقد بدرجة كبيرة أو "أن يكون من شأنها أن تقلب العقد رأساً على عقب بحيث يصبح المتعاقد وكأنه أمام عرض جديد" أو "إنشاء محل جديد له غير ما تم الاتفاق عليه"^(٣).

وقضى **مجلس الدولة السوري** في اجتهاده "..... إذا كان من حق الإدارة إجراء التعديلات التي تراها ضرورية، وأن تطلب من المشرع التقيد بها بالإضافة إلى حقها بطلب تنفيذ أعمال إضافية، فإن هذا الحق لا يجوز استعماله بعد انتهاء مدة الالتزام، وإنجاز أعمال المتعهد لأن في ذلك ارهاقاً كبيراً للمتعهد وخروجاً عن روح النص"^(٤).

(١) د. علي الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، المرجع السابق، ص ٢٩٦.

(٢) C. E, Juill 7 1918, Bauge, Rec, P. 717

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في ١٩٥٧/٤/٢٠ المجموعة السنة ٢ ص ٩٣٧.

(٤) قرار محكمة القضاء الإداري السورية رقم ٤٢٦ بالقضية ٤٩٦ لعام ١٩٧٦ وحكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ٢٢٠ بالطعن رقم ٢١٤ لعام ١٩٧٧ مذكور لدى صبحي السلوم، المرجع السابق، ص ٤٠٣.

الفصل الثاني

الرقابة القضائية على تجاوز الإدارة لسلطاتها في فرض الجزاءات وإنهاء العقد

المبحث الأول: الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها.

المطلب الأول: سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية على المتعاقدين معها.

الفرع الأول: مفهوم الجزاءات المالية.

الفرع الثاني: الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية.

المطلب الثاني: سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الضاغطة.

الفرع الأول: صور الجزاءات الضاغطة .

الفرع الثاني: الرقابة القضائية على فرض الجزاءات الضاغطة.

المبحث الثاني: الرقابة القضائية على سلطة إنهاء الإدارة للعقد الإداري بإرادتها المنفردة.

المطلب الأول: إنهاء العقد الإداري بإرادة الإدارة المنفردة لدواعي المصلحة العامة.

الفرع الأول: مفهوم سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادة المنفردة لدواعي المصلحة العامة.

الفرع الثاني: الرقابة القضائية على ممارسة الإدارة سلطاتها في الإنهاء الإنفرادي للعقد لدواعي المصلحة العامة.

المطلب الثاني: فسخ العقد الإداري كجزاء توقعه الإدارة على المتعاقد معها.

الفرع الأول: مفهوم الفسخ الجزائي للعقد الإداري.

الفرع الثاني: رقابة القضاء الإداري على الفسخ الجزائي للعقد الإداري.

الفصل الثاني

الرقابة القضائية على تجاوز الإدارة لسلطتها في فرض الجزاءات وإنهاء العقد

يُعد مبدأ حسن النية الأساس القانوني الذي تخضع له العقود بصورة عامة "لاسيما في العقود الإدارية كأصل عام من أصول القانون" وذلك أن العقد الإداري "الذي تبرمه الإدارة بوصفها سلطة عامة بإتباعها وسائل القانون العام" يستهدف تحقيق مصلحة عامة لاتصاله بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه لذا فإن أي إخلال من جانب المتعاقد مع الإدارة لا يقتصر أن يكون إخلالاً بالتزام تعاقدية وإنما فيه مساس بالمرفق العام الذي يتصل به العقد ويضر بالتالي بالمصلحة العامة "ما لم يكن هذا الإخلال ناجماً عن أسباب قهرية لا يد للمتعاقد فيها" وعليه فإن من حق الإدارة أن تفرض الجزاءات على المتعاقد إذا ما قصر في تنفيذ التزاماته وذلك لضمان تنفيذ العقد بما يتماشى مع انتظام سير المرفق العام^(١).

وهذه الجزاءات من حيث طبيعتها تختلف عن جزاءات العقد المدني فإذا كانت الأخيرة تهدف إلى إصلاح وتعويض المتعاقد بحيث تُعيد التوازن المالي إلى الالتزامات المتبادلة الناشئة بين طرفي العقد فجزاءات العقد الإداري تهدف إلى ضمان تنفيذ المتعاقد مع الإدارة التزاماته التعاقدية بما يكفل تأمين سير المرافق العامة بانتظام وإطراد^(٢) خاصة وأنه لم يكن توقيع الجزاءات من قبل الإدارة بوصفها سلطة عليا وليد الصدفة وإنما مرت بمراحل عديدة وقد عمل قضاء مجلس الدولة الفرنسي على تطويرها إلى أن استقلت بنظام قانوني متكامل ينظم هذه الجزاءات مصدره القانون العام، وذلك على خلاف الحال في القانون الخاص الذي ينظم الجزاءات الناجمة عنه دون أي ارتباط بين النظامين.

وعليه فإن هذه الجزاءات تتميز بإمكانية توقيعها على المتعاقد إذا ما أخلّ بتنفيذ التزاماته كما يمكن توقيعها إذا ما قصر في ذلك حتى ولو لم يكن منصوصاً عليها صراحة في العقد، فتستطيع الإدارة أن تُصدرها وتنفذها مباشرة دون اللجوء

(١) د. حسين درويش عبد العال، المرجع السابق، ص ١٧.

(٢) د. جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص ٢٨٢.

إلى القضاء^(١)، ولا يوجد في ذلك خلاف بين الفقه والقضاء ضماناً لتنفيذ العقد المتصل بسير المرفق العام إلا أنه وإن كان مسموحاً للإدارة أن توقع جزاءات على المتعاقد معها إذا ما قصر في تنفيذ التزاماته فيجب عليها أن تسير في طريقين:

بداية تبادر بعقاب المتعاقد المخطئ ثم عليها بعد ذلك أن تكفل استمرار المرفق العام^(٢)، وهذه السلطة لا تستقيم إذا كانت نهائية، لا يعقد عليها فذلك مما يتنافى مع المنطق والعدل.

وتتعدد الجزاءات الإدارية وفق طبيعتها إلى جزاءات تنتقص من حق مالي للمتعاقد أو تمس ذمته المالية وأخرى تتعلق بنشاطه ولا تتصل بشكل مباشر بذمته المالية وإن كانت تؤثر عليها فيما يناله من خسارة أو كسب فائت بسبب فسخ العقد أو إبطاله وعدم التعامل معه مستقبلاً.

وهذا يعني أن هذه الجزاءات إما أن تكون مالية بشكل مباشر أو غير مالية ولا يُخفى على أن لهذا التنوع فائده فيما يمنحه من فرصة للإدارة في اختيار الجزاء الذي يحقق دوماً مصلحة تسيير المرفق العام بإنظام في ضوء ضوابط تحقق "على الجانب الآخر" حماية المتعاقد من الانحراف بسلطة الجزاء^(٣).

غير أن من الفقهاء من ذهب في تقسيم هذه الجزاءات إلى القول بأنها ثلاثة أنواع: الجزاءات المالية كغرامة التأخير "والجزاءات الضاغطة التي تستهدف حمل المتعاقد على تنفيذ التزاماته وأخيراً الجزاءات الفاسخة أو المنهية للرابطة التعاقدية"^(٤).

وعلى الرغم من هذا الرأي فإنه لا يمنع اختلاط هذه الجزاءات بما لها من أثر مالي أو ضاغط أو منهي للعقد فمن الجزاءات التي اعتبرت ضاغطة ما يكون مالياً بطبيعته كما أن مما اعتبره جزاءً مالياً محضاً هو في نفس الوقت جزاء ضاغط فمثلاً الشراء على حساب المورد وفق هذا الرأي جزاء ضاغط وهو في نفس

(١) د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ١٩٧٥، ص ٥٣.

(2) PH. Ternyre. op, cit, P. 122.

(٣) د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص ٢٩.

(٤) د. ثروت بدوي، المرجع السابق، ص ٥٨٢.

الوقت جزاء مالي كما أن الغرامة التهديدية كما هي جزاء مالي وهي ذات الوقت تُعد وسيلة إكراهية ضاغطة أيضاً كما تستطيع الإدارة أن تستخدم سلاح الجزاء الفاسخ في سبيل مصلحة المرفق متى امتنع المتعاقد عن تنفيذ جزء من التزاماته العقدية على الرغم من أن الإدارة قد وجهت إليه إنذار بتنفيذ التزاماته.

أضف إلى أن الإدارة تستطيع بموجب قرار إداري صادر من قبلها أن تنتهي العقد الإداري قبل انقضاء المدة المحددة للعقد أو قبل تنفيذ المتعاقد لالتزاماته العقدية (النهاية الطبيعية للعقد الإداري) إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك على الرغم من عدم ارتكاب المتعاقد أي خطأ من جانبه وسواء عارض هذا الأخير في ذلك أم وافق عليه، وعليه فإذا كان ارتباط العقد بنشاط مرفق عام قد أوجب أن تميز الإدارة بسلطات واسعة وخطيرة فإن ممارستها لهذه السلطات يجب أن تكون تحت الرقابة القضائية ويختص القاضي الإداري بنظر منازعات العقد الإداري أي هو صاحب الولاية العامة في نظر جميع المنازعات الناتجة عن العقد الإداري وتختلف سلطة القاضي الإداري تجاه الإدارة في الرقابة على الجزاء الموقع حسب نوع الجزاء فالجزاء الضاغطة لا يستطيع القضاء ردّها لأن تلك الجزاءات تهدف إلى إجبار المتعاقد على تنفيذ ما التزم به ولا يستطيع القاضي إلا أن يحكم بالتعويض عنها دون القضاء بإلغائها أما الجزاءات المالية فيجوز للقضاء الإداري الحكم بإبطالها أو ردّها أو الإعفاء منها أو تخفيضها^(١).

ولا شك أن هذه الرقابة تمثل ضماناً مع الإدارة ضد مخالفة الإدارة للقانون أو إساءة استعمالها سلطتها أو التعسف في توقيع جزاء لا يتناسب مع تقصير المتعاقد أو مخالفته للنصوص العقدية^(٢)، وحق المتعاقد مع الإدارة في اللجوء إلى القضاء بالطعن على قرار الجزاء مكفول قانوناً لا نزاع فيه لأنه من النظام العام وأي شرط في العقد يستبعده يعتبر باطلاً ولا تترتب عليه أي آثار^(٣).

ولا يمكن لأطراف العقد الخروج عن ذلك بنص العقد وحق توقيع الجزاء التي تطبقه الإدارة سواء في فرنسا أو مصر أو سورية إما أن يستند على نصوص

(١) د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص ١٥١.

(٢) د. عمر حلمي، المرجع السابق، ص ١١١.

(٣) د. محمد سعيد أمين، المرجع السابق، ص ١٣٠.

تشريعية ولائحية (القوانين واللوائح) وإما أن يستند هذا الحق إلى العقد ذاته أو دفاتر الشروط.

لذلك ولا عجب في أن ممارسة الإدارة للحق في الجزاء قد تكون غير مشروعة على مستويين مختلفين من جانب وعلى المستوى الشكلي يجب أن يراعى في فرض الجزاء الآثار الجسيمة التي يمكن أن تترتب على ذلك وبالتالي يكون مسبوقا ببعض الإجراءات الشكلية لحماية حق المتعاقد مع الإدارة وتقصير الإدارة في الوفاء بمثل هذا الالتزام يؤدي إلى انعقاد مسؤوليتها ومن جانب آخر وعلى مستوى الأساس الذي يجب أن يقوم عليه فإنه يجب أن ينهض على أساس من الوقائع الصحيحة بصورة مادية وبما يتناسب مع حجم المخالفات التي صدرت عن المتعاقد مع الإدارة^(١).

والجزاء غير المبرر أو التعسفي يمكن أن يؤدي إلى انعقاد المسؤولية العقدية الإدارية وبالتالي يستحق المتعاقد مع الإدارة التعويض مع ملاحظة أن القاضي الإداري لا يملك الحق في تقدير ملاءمة إنهاء العقد مثلاً للمصلحة العامة لأنه محظور عليه قانوناً أن يتدخل في نشاط الإدارة العامة المسؤولة عن تنظيم وتسيير المرافق العامة بصفة عامة^(٢).

ونخلص في ذلك إلى خضوع قرارات الجزاءات لرقابة القضاء الكامل وهذا يوجز الفلسفة الكامنة وراء السلطة المقررة للإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها فهي سلطة تجد مبررها في ضمان حسن تنفيذ العقد الإداري وخاصة المتصل بسير المرفق العام وضمان استمراره تحقيقاً للمصلحة العامة.

وسنتناول دراسة هذا الفصل في المبحثين التاليين:

المبحث الأول: الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها.

المبحث الثاني: الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة.

(١) د. طارق سلطان، المرجع السابق، ص ٤٨٣.

(٢) د. حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص ٢٦٢.

المبحث الأول

الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات

على المتعاقدين معها

تعترف العقود الإدارية بشكل متكرر واعتيادي للإدارة، وذلك بشروط وبسلطة فرض الجزاءات^(١).

ومن المسلم به أن الإدارة تكون حرة فيما تراه مناسباً بتوقيع الجزاء على المتعاقدين معها (في حالة إخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية)، فتكون غير مقيدة بفرض نوع ومقدار معين من الجزاءات على المتعاقدين المقصر بالنسبة للمخالفة المرتكبة باستثناء ما هو محدد في العقد المبرم بين الطرفين ذلك بهدف الحفاظ على سير المرافق العامة - بانتظام واستمرار - في تأدية خدماتها للأفراد تحقيقاً للمصلحة العامة^(٢)، إلا أن ترك الحرية للإدارة وإطلاق سلطتها في فرض الجزاء على المتعاقدين معها دون رقيب قد يؤدي إلى الإضرار بحقوق المتعاقدين ويجعل معظم الأشخاص يغضون النظر عن التعاقد مع الإدارة مما سيلحق ضرراً بالمصالح العامة ويصعب على الإدارة إيجاد من يتعاون معها لضمان سير المرفق العام بانتظام واستمرار^(٣).

وعليه فلا بد من جهة تراقب عمل الإدارة وتحد من سلطاتها في فرض الجزاء (على المتعاقدين المقصر) بما يحقق نوعاً من التوازن بين سلطة الإدارة وحقوق المتعاقدين وضرورة طمأننته وفقاً ل ضمانات معينة. فكما تكون للإدارة سلطة فرض الجزاء عليه فإنه بالمقابل -للمتعاقدين معها - أن يلجأ إلى القضاء وهذا الحق هو من النظام العام فلا تجوز مخالفته ويبطل أي اتفاق يخالفه ومن الواجب إخضاع سلطة الإدارة في فرض الجزاءات لرقابة القضاء (التي تمثل ضماناً للمتعاقدين ضد تعسف سلطة الإدارة في حالة خروجها عن القانون)^(٤).

(1) Richer L, droit des contrats administratifs, 9e éd, LGDJ, Paris, France, 2014, P 237.

(٢) انظر أحمد سلامة بدر، المرجع السابق، ص ١٧٩.

(٣) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمًا، المرجع السابق، ص ١١٧.

(٤) سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٥٠٧ - ٥٠٨.

ويمتاز نظام الجزاءات في العقد الإداري بخصائص تميزه عن الجزاءات المعروفة في القانون الخاص إذ يمكن للإدارة بموجبه أن تفرض الجزاءات على المتعاقد معها إذا ما أخلّ بالتزاماته التعاقدية وإن لم ينص عليها العقد كما يمكنها توقيع تلك الجزاءات على المتعاقد بنفسها دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء شريطة إغذار المتعاقد قبل إصدار قرارها بتوقيع الجزاء عليه ويخضع هذا القرار لرقابة القضاء من حيث المشروعية والملاءمة^(١)، وذلك كضمانة ضرورية لحماية حقوق المتعاقد مع الإدارة من تجاوزها لحدود سلطتها الممنوحة لها وفق القوانين واللوائح^(٢).

وهذه الخصائص مستمدة أصلاً من أحكام مجلس الدولة الفرنسي والمصري والسوري، وتضمنتها القوانين واللوائح بوصفها من الخصائص العامة لنظام الجزاءات في العقد الإداري ويمكن تحديد هذه الخصائص بما يتعلق في الجزاءات بالعقد الإداري في أربع خصائص أساسية وهي كالتالي:

- سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات بنفسها.
- سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات وإن لم ينص عليها العقد.
- إغذار الإدارة للمتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه.
- رقابة القضاء على سلطة الإدارة في توقيع الجزاء.

تمتلك الإدارة امتياز المبادرة في سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، إذا أخلّ بالتزاماته التعاقدية بنفسها دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء من خلال السند التنفيذي مما يجعل المتعاقد معها في موقف المدعي دائماً^(٣).

إذ أن الإدارة لا تحتاج إلى التوجه إلى المحكمة الإدارية للمطالبة بتوقيع الجزاء ضد المتعاقد المقصر، كما أنها تستخدم في هذا المضمار امتياز المبادرة وهو يعطي

(١) د. بلاوي ياسين بلاوي، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، قسم البحوث والدراسات القانونية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٢٢.

(2) La Perrier (E) traité de la juridiction administrative et des recours, 2^e édition, tom1, Paris, 1896, P. 125.

(٣) فوزية سكران، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقدين معها في العقود الإدارية، رسالة ماجستير، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٧، ص ٦٠.

حقاً للإدارة في إصدار أوامر مُلزِمة للأفراد وتنفيذها بالقوة الجبرية ومن دون الحاجة إلى القضاء أي صلاحيتها في اتخاذ القرار التنفيذي وتمثل هذه الطريقة استثناء عن الأصل العام ولكنها توفَّع تحت رقابة القضاء بطبيعة الحال^(١).

كما أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها مستقلة عن نصوص العقد ولا يُشترط لوجودها أن تتضمنها أحكام العقد بل هي موجودة وإن لم ينص عليها العقد أو نص على بعض الجزاءات دون بعضها الآخر فالعقد الإداري إذا سكت عن النص على بعض الجزاءات فلا يعني أن الإدارة لا تستطيع فرض جزاءات لم ينص عليها العقد أو إذا نص العقد على بعض الجزاءات يعني ذلك اختصار من الجزاءات سواء أكان منصوصاً عليها في العقد أو لم يكن منصوصاً عليها وذلك تحقيقاً للمصلحة العامة، فسلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها مستقلة عن نصوص العقد وناجئة عن اتصاله بنشاط مرفق عام في سيره وتنظيمه^(٢).

وتتنوع الجزاءات التي يمكن للإدارة توقيعها على المتعاقد معها فبعضها توقع والعقد مستمر ولا يكون من أثرها إنهاؤه كالجزاءات المالية والجزاءات الضاغطة وبعضها الآخر تنهي الرابطة العقدية وهي الجزاءات الفاسخة وتُعد من أخطر الجزاءات الإدارية.

وسندرس هذا المبحث في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية على المتعاقدين معها.

المطلب الثاني: سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الضاغطة على المتعاقدين معها.

(1) Antone, les pouvoirs de sanction du contract ants déFaillant apporche comparé entre droits des contracts administratif et droit privé obligations, petite affiches, 07 octobre 2000, N22, P. 39.

(٢) د. مرعي حسن مرعي الجبوري، سلطة إدارية في فرض جزاءات الجناية والمالية في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٥٣.

المطلب الأول

سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية على المتعاقدين معها

يستمد النظام القانوني للجزاءات في العقد الإداري ضرورته من مقتضيات تسيير المرافق العامة التي يجب أن تسير على الدوام بانتظام واطراد والإدارة هي المسؤولة عن ذلك حتى وإن عهدت بإدارة المرفق العام إلى ملتزم خاص لذلك فإن من أهم التزامات المتعاقد معها وأشدّها هو أن يتكفل بدوام سير المرافق العامة وإن الجزاءات المقررة في القانون الخاص لإجبار الأفراد على تنفيذ التزاماتهم العقدية التي لا تتلاءم في مجال القانون العام ومع مقتضيات تسيير المرافق العامة لأن عدم تنفيذ الإدارة لالتزاماتها نتيجة إخلال المتعاقد معها بالتزاماته سيترتب عليه في النهاية تعطيل المرفق العام وتوقفه ومن بين ما تملك الإدارة توقيعه من جزاءات هي الجزاءات المالية في حالات التقصير أو الإخلال أو التراخي في تنفيذ العقد الإداري.

وتقسم الجزاءات التي تملك الإدارة فرضها إلى نوعين من حيث مصدرها (جزاءات عقدية وجزاءات غير عقدية)، وإلى عدة أنواع من حيث موضوعها (جزاءات مالية وجزاءات غير مالية)، وعلى الرغم من هذه الاختلافات في تقسيم الجزاءات إلا أن الأساس الذي تقوم عليه هو تحقيق المصلحة العامة من خلال السير المنتظم للمرفق العام وعلى ذلك سنبحث في هذين النوعين بالتفصيل والتحليل والمناقشة وفق الفرعين التاليين:

الفرع الأول: مفهوم الجزاءات المالية.

الفرع الثاني: الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية.

الفرع الأول

مفهوم الجزاءات المالية

تُعد الجزاءات المالية في العقد الإداري من المواضيع الجوهرية والأساسية في استعمال الإدارة لسلطتها وامتيازها في التنفيذ المباشر بما يكفل لها الحق في اللجوء

إلى القرار الإداري دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء، حيث أن الجزاءات المالية هي من الوسائل التي تلجأ إليها الإدارة لإبراز وإظهار حقها في ذلك تماشياً مع مبدأ استقرار وانتظام المرفق العام وضمان تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية فأصبحت تُعد من وسائل تحقيق الغرض المنشود من إبرام العقد الإداري وهو ضمان دوام سيره بانتظام وإطراد.

وتُعرّف الجزاءات المالية بأنها: "عبارة عن مبالغ من المال يحق للإدارة أن تُطالب بها المتعاقد إذا أُخلّ بالتزاماته التعاقدية سواء امتنع عن تنفيذ التزاماته بالكامل أو تأخر في تنفيذها أو نفذها على وجه غير مرضٍ بالكامل أو حل غيره محله دون موافقة الإدارة"^(١).

فالجزاء المالي من الجزاءات الإدارية التي تتمتع الإدارة بحق تطبيقها على المتعاقد معها إذا ما قصّر في تنفيذ التزاماته التعاقدية أو بعضها، فجميع العقود الإدارية لا تخلو من النص على الجزاءات المالية التي يجوز للإدارة أن توقعها على المتعاقد في حالة مخالفة الشروط العقدية فهذا الحق تلجأ إليه الإدارة عندما يخل المتعاقد بالتزاماته، حيث تقوم الإدارة بتوقيع هذه الجزاءات من تلقاء نفسها دون الحاجة إلى إثبات الضرر. وتتميز الجزاءات المالية في العقود الإدارية بكونها ذات طبيعة مادية تهدف إلى تغطية الضرر الحقيقي الذي يلحق بالإدارة نتيجة خطأ المتعاقد في العقد الإداري أو توقيع العقاب عليه بغض النظر عن الضرر الذي يلحق بالإدارة^(٢).

وعليه فإن الجزاءات المالية قد تكون مرتبطة بحصول ضرر لحق بالإدارة نتيجة خطأ المتعاقد وقد تكون نوعاً من العقاب على المتعاقد بغض النظر عن صدور خطأ منه فهي لا تقتصر على تعويض الضرر بل تشمل الغرامات التأخيرية التي تُعد ضماناً لإنجاز المتعاقد مع الإدارة عمله على أتم وجه وتشكل إرغاماً للمتعاقد على الوفاء بالتزاماته التعاقدية وقد تتمثل في مصادرة التأمينات كشرط

(١) د. نبيلة عبد الحليم كامل، الوجيز في القانون الإداري المغربي، دار النشر المغربية، الدار البيضاء، المغرب، ١٩٨١، ص ٢٢٠.

(٢) د. حسان عبد السميع هاشم، الجزاءات المالية في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٧، ص ٥٨.

جزائي فيتم الاتفاق عليه مع المتعاقد في شروط العقد الإداري جزاءً لإخلاله بالتزاماته^(١).

وتتمثل الجزاءات المالية المباشرة في اقتضاء الإدارة بشكل مباشر من المتعاقد معها عند إخلاله بتنفيذ التزاماته العقدية وتتخذ الجزاءات المالية المباشرة شكلين:

- فهي إما أن تكون على شكل غرامة يقوم المتعاقد مع الإدارة بدفعها.
- أو مصادرة التأمينات.

كما أن لهذه الجزاءات أهمية كبيرة نظراً لكثرة تطبيقها في الجانب العملي إذ تلجأ إليها الإدارة باستمرار لما لها من أثر عقابي بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة لتمييزها بسهولة فرضها وتأثيرها الواضح في إرغام المتعاقد مع الإدارة على تنفيذ التزاماته التعاقدية ولذلك فهي تمتاز بصفتين يحددان طبيعتها فمن جهة أنها جزاءات مالية ومن جهة أخرى لا تحتاج الإدارة عند توقيعها على المتعاقد معها لإيقاع أي جزاء آخر على خلاف التنفيذ على حساب المتعاقد المقصر الذي يُعد جزاء مادياً غير مباشر يستلزم قيام الإدارة بخطوات قبل إيقاعه^(٢).

ولأهمية هذه الجزاءات وما تنثريه من مشكلات سنتناول دراسة كل من غرامة التأخير أولاً، ومن ثم مصادرة التأمين ثانياً، وأخيراً التعويض، كما يلي:

أولاً: غرامة التأخير:

إن دراسة غرامة التأخير يتطلب تعريفها، ومن ثم بيان خصائصها، وبيان كيفية حسابها وأخيراً الإعفاء منها، كما يلي:

١ - تعريف غرامة التأخير:

تُعد الغرامات التأخيرية من أكثر الجزاءات المالية شيوعاً التي توقعها الإدارة على المتعاقد الذي يتراخى في تنفيذ العقد الإداري وتعرّف بأنها: مبالغ مالية

(١) نوميدي أحمد محمد، المرجع السابق، ص ٣٨.

(٢) د. نصر الدين محمد بشير، غرامة التأخير في العقد الإداري وآثارها في تسيير المرفق العام، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٧، ص ١٤.

إجمالية محددة سلفاً ومنصوص عليها مقدماً في العقد الإداري تفرضها الإدارة على المتعاقد معها عند تراخيه أو تأخره في تنفيذ التزاماته التعاقدية^(١).

واختلف الفقهاء في تعريف غرامة التأخير وانقسموا في ذلك إلى ثلاثة اتجاهات:

فالاتجاه الأول: يرى أنها عبارة عن تعويض جزافي واستناداً لذلك عرّفوا غرامة التأخير بأنها "تعويض جزافي منصوص عليه في العقد توقعه الإدارة على المتعاقد الذي يتأخر في تنفيذ التزاماته التعاقدية"^(٢)، أو أنها تعويضات مالية إجمالية يتم النص عليها في العقد أو إذا تأخر المتعاقد مع الإدارة في التنفيذ أو إذا أخل بالتزام عليه^(٣)، وعرّفت بأنها أيضاً مبلغ جزافي لتعويض اتفاقي منصوص عليه في العقد يؤخذ من المتعاقد المتراخي في تنفيذ التزاماته^(٤).

في حين يرى **الاتجاه الثاني** بأن غرامة التأخير جزاء مالي، وعرّفوها بأنها عبارة عن مبلغ مالي يتم تحديده مقدماً في العقد وتوقعه الجهة المتعاقدة بنفسها دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء ومتى تأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته في المواعيد المتفق عليها في العقد^(٥)، وعرّفت أيضاً بأنها مبالغ إجمالية تقدرها الإدارة مقدماً وتنص على توقيّعها متى أخل المتعاقد بالتزاماته، لاسيما فيما يتعلق بالتأخير في التنفيذ وهذه الجزاءات لا يكاد أن يخلو منها أي عقد إداري^(٦)، وكذلك عرّفت بأنها مبالغ مالية منصوص عليها في العقد للإدارة أن تُحصلها من المتعاقد في حالة إخلاله بالتزاماته دون حاجة إلى حكم قضائي^(٧).

أما الاتجاه الثالث: فيرى أن غرامة التأخير ذات طبيعة مختلطة كونها تعد تعويضاً وتهديداً جزافياً أما الفقه الفرنسي فقد عرّفها بأنها تعويض جزافي منصوص

(١) د. نصر الدين محمد بشير، المرجع السابق، ص ١٦.

(٢) د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص ٣٤٥.

(٣) د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٤٧.

(٤) د. حسان عبد السميع هاشم، المرجع السابق، ص ٦٠.

(٥) د. محمد عبد اللطيف، التعويض في المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٦٣٢.

(٦) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق ص ٤٦٣.

(٧) د. علي خطار شطناوي، صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها، مجلة

الحقوق، العدد الأول، السنة ٢٤/٢٠٠٠، ص ٧٤.

عليه في العقد توقعه الإدارة على المتعاقد التي يتراخى في تنفيذ التزاماته التعاقدية^(١).

وعرّفها الفقه في سورية بأنها: عبارة عن مبلغ نقدي منصوص عليه بالعقد مسبقاً بنسبة مئوية عن كل يوم تأخير يتم فرضها بشكل تلقائي على المتعاقد الذي تراخى أو تأخر في تنفيذ التزاماته التعاقدية حتى ولو لم يسبب ذلك أي ضرر على الإدارة دون أن تكون الإدارة ملزمة باللجوء إلى القضاء أو إلى إعدار المتعاقد^(٢)، كما عرّفت بأنها تعويض جزافي منصوص عليه في العقد توقعها الإدارة على المتعاقد عند إخلاله بالتزامات عقدية معينة وخاصة عند التأخير في التنفيذ^(٣)، **وعرّفها القضاء الإداري السوري** بأنّ غرامات التأخير في العقود الإدارية مؤيدات جزافية وُجدت لتأمين سير المرفق العام بانتظام وإطراد وهي تفرض تلقائياً دون حاجة إلى حكم محكمة وللمن يتظلم من إيقاعها حق اللجوء إلى القضاء الإداري لرفعها عن كاهله وهي تختلف عن الشرط الجزافي في العقود المدنية الذي هو تعويض متفق عليه مقدماً يستحق في حالة إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه^(٤).

وبناء عليه تعد غرامة التأخير جزاء مالي مباشر توقعه الإدارة على المتعاقد معها عند إخلاله بتنفيذ التزاماته ويتم فرضها بنسبة مئوية محددة قانوناً، تُذكر في العقد الإداري وتتميز بطابع تعويضي وطابع تهديدي وتفرض عن كل يوم يتأخر فيه المتعاقد مع الإدارة عن التنفيذ.

كما يؤيد الباحث الرأي القائل: بأن غرامة التأخير ذات طبيعة مختلطة لكونها تعد تعويضاً جزافياً وتهديداً جزافياً على اعتبار أن الضرر الذي لحق بالإدارة ضرراً مفترضاً لا يقبل الإثبات من جانبها وتستهدف بالنهاية حسن تسيير المرفق العام بانتظام وإطراد.

(1) Pequigot (g) théorie général de contrat administratif, thèse, Montpellier, Paris, 1945, p. 123.

(٢) د. محمد الحسين، العقود الإدارية، جامعة دمشق، ٢٠٠٦، ص ٢٥١.

(٣) د. سعيد نحيلي، عيسى الحسن، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٢٢٦.

(٤) حكم محكمة القضاء الإداري في سورية قرار رقم ١٢ في القضية ذي الرقم ٨ لسنة ١٩٦٥. انظر: حسن محمد محفوض، غرامة التأخير في إطار تنفيذ العقود الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، دمشق، سورية، ٢٠١٧، ص ٢٤.

ويتنازع الأساس القانوني بحق جهة الإدارة في فرض غرامة التأخير رآيان في الدول المقارنة وكل من هذين الرأيين يؤيد وجهة نظره بأحكام صادرة من القضاء:

فالرأي الأول: يرى أنه يكمن الأساس القانوني لحق جهة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية في فكرة السلطة العامة فالجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد إذا قصر في تنفيذ التزاماته هي مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية وهي تطبيق لأهم امتيازات السلطة العامة قبل الأفراد وهو امتياز التنفيذ المباشر^(١).

أما الرأي الثاني: فيرى أن الأساس القانوني لحق جهة الإدارة يقوم على مبدأ استمرار وانتظام المرفق العام الذي يتصل به هذا العقد، وعلى ذلك فمن حق الإدارة بل من واجبها اتخاذ جميع الإجراءات التي تكفل إجبار المتعاقد على تنفيذ التزاماته ومن ضمنها فرض الجزاءات عليه^(٢).

وأمام هذا التعارض القائم بين هذين الرأيين حول الأساس القانوني بحق جهة الإدارة في توقيع غرامة التأخير يؤيد الباحث الرأي الذي يقول: بأن المرافق العامة هي الأساس القانوني لحق جهة الإدارة في توقيع غرامة التأخير لأن جهة الإدارة تفرض هذا الجزاء لخدمة المصلحة العامة الناتجة عن سير تلك المرافق بانتظام وهذا المعيار يمكن تحديده بحيث يحد من تعسف جهة الإدارة في فرض هذا الجزاء وهذا الرأي أكدته القضاء المصري إذ أكد حق الإدارة في تطبيق الغرامات العقدية بنفسها لضمان سير المرافق العامة بنحو منتظم ومطرد^(٣).

٢ - خصائص غرامة التأخير:

لما كانت غرامات التأخير أحد أنواع الجزاءات التي تستطيع الإدارة فرضها أثناء تنفيذ عقودها الإدارية فتمت خصائص تنفرد بها عن غيرها من أنواع الجزاءات التعاقدية الأخرى ويمكننا حصرها ودراستها على النحو الآتي:

أ - غرامة التأخير اتفاقية:

(١) د. ثروت بدوي، مبادئ القانون الإداري، المرجع السابق ص ١٣٥.

(2) Falmme (Mauric, André) traité théorique et pratique des marchés publics, Tome Bruxelles, Bruylant, 1969, p. 311.

(٣) د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص ١٣٥.

من الثابت فقهاً وقضاً أن غرامات التأخير ذات طبيعة اتفاقية ومن ثم فإن النص عليها في العقد أو في دفتر الشروط ملزم لأطرافه لذلك فهي تحدد مقدماً في العقد الإداري كما يحدد تنظيم توقيعها ومقدارها فإذا خلا العقد من تحديد قيمة غرامة التأخير فلا تستطيع الإدارة مطالبة المتعاقد بقيمتها، وإذا ما تم النص عليها في العقد فلا يملك المتعاقد مع الإدارة أن يحتج بعدم وجود دليل على الضرر وذلك بخلاف الجزاءات الأخرى التي يمكن توقيعها من غير حاجة للنص عليها في صلب العقد^(١)، فإذا اتفقت الأطراف على شروط خاصة لتنظيم هذه الغرامات فإن هذه الشروط يجب إعمالها ذلك أن إرادة المتعاقدين المشتركة قد توافقت عليها بمعنى أن الإدارة لا تستطيع فرض الغرامات التأخيرية^(٢)، غير أن الإشكال الذي ما زال قائماً في ساحة الفقه والقضاء يتمثل في غياب الإجماع على تقديم إجابة شافية بالنسبة إلى التساؤل المتعلق بحالة غياب النص عن غرامة التأخير في العقد المبرم، وهل يعني بالضرورة تنازل الإدارة عن حقها في فرضها مع توفر النص التشريعي المنظم لها؟ وإزاء ذلك يرى جانب من الفقه^(٣) أن توسع الإدارة في فرضها حتى ولو لم ينص العقد على ذلك، إذ أن إرادة المشرع قد اتجهت إلى تحديد مقدار هذه الغرامة في التشريعات المعمول بها ومن ثم فإنها من النظام العام الذي لا يجوز الاتفاق على مخالفته حتى ولو لم يشر العقد إلى تطبيق أحكام هذه التشريعات التي تعتبر بحد ذاتها مكملة للنصوص التعاقدية ونود في هذا السياق الإشارة إلى أن المشرع في الدول المقارنة كان قد ضمن التشريعات ذات العلاقة نصوصاً تشير إلى أن أطراف العلاقة التعاقدية ملزمون بنصوص القانون والتشريعات المعمول بها.

وأنه يفترض قبل الدخول في العلاقة التعاقدية أن يكونوا قد علموا بها كما أن القضاء الإداري قد قضى في بعض أحكامه بأن القوانين واللوائح التي يتم التعاقد

(١) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٢٨٨.

(٢) د. محمد بكر حسين، المرجع السابق، ص ٣٢٢.

(٣) د. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية، المرجع السابق ص ١٨٥.

في ظلها إنما تخاطب كافة المتعاقدين وعلمهم بمحتواها مفروض... ولا فكاك من الالتزام بها ما لم ينص العقد صراحة على استبعادها^(١).

ومع ذلك يلاحظ الرأي الغالب^(٢) فقهاً وقضاً تأكيد الطبيعة الاتفاقية لغرامة التأخير وعدم إهدارها، ومن ثم فإن عدم النص عليها في العقد يؤدي بحسب ما أشار إليه د. سليمان الطماوي بقوله «إلى عدم جواز سعي الإدارة إلى تطبيقها على المتعاقد غير أن الأمر اختلف في هذا الشأن بالنسبة إلى دعاة هذا الرأي في كل من فرنسا ومصر وسورية».

فبينما استقر الفقه والقضاء الفرنسي، في هذه الحالة على تأكيد الطبيعة الاتفاقية لغرامة التأخير إلا أنهم أجازوا للإدارة أن تستعيز عنها بإجراءات جزافية أشد قسوة لحمل المتعاقد على تنفيذ التزاماته التعاقدية وذلك حتى ولو لم ينص العقد على هذه الإجراءات لاسيما عند التأخير الجسيم في تنفيذ الالتزامات.

أما في مصر وسورية فإنه لا يجوز الاستعاضة عن الإجراءات المنصوص عليها في العقد أو تغييرها ونحن نميل إلى الرأي القائل بأن إغفال الإدارة عن النص صراحة في العقد على غرامة التأخير إنما يُعبر عن رؤيتها الخاصة وهي صاحبة المصلحة بالدرجة الأولى ومن ثم فإنها تتحمل المسؤولية كاملة في حالة ما إذا اتضح فيما بعد أن ذلك ينتج عن إهمال وليس عن رؤية معينة وذلك حتى في حالة التأخير الجسيم.

ثم أن حق الإدارة في توقيع جزاءات أخرى مكفول لها بمقتضى القواعد العامة للجزاءات ومن ضمنها حقها في الحصول على التعويض المناسب إذا ما تأخر المتعاقد عن تنفيذ التزاماته وكان العقد لم ينص على غرامة التأخير وكما قال بهذا الشأن الفقيه جيز «إن انعدام شرط الغرامة في نصوص العقد لا يعني تنازل الإدارة عن مدد التنفيذ المنصوص عليها وعن جزاء عدم الالتزام بها، ولكن يعني

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في ١٩٦٨/١/٦ مجموعة المكتب الفني السنة ١٣ بند رقم ٥٠ ص ٣٦٩.

(٢) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٥١٧.

د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص ٣٤٧.

د. حسان عبد السميع هاشم، المرجع السابق، ص ٦٥.

د. عزيزه الشريف المرجع السابق، ص ١٦٣.

فقط أن النظام العادي للتعويضات هو ما يجب أن يطبق في حالة التأخير وليس النظام الاستثنائي للتعويضات الجزافية».

ب - غرامة التأخير مجرد تعويض جزائي:

وهي ذات طبيعة تعاقدية فالأصل أن يتضمن العقد شرطاً خاصاً ينظم غرامة التأخير ويحدد مقدارها فهي تُحدد مقدماً باتفاق الطرفين بل أن بعض الفقه ذهب بالقول والحق أننا لا نتصور كيف يمكن لسلطة الجزاء أن تقومون أن يكون هناك شرط عقدي صريح بها والشروط الجزافية التي تُعينا هنا هي الشروط الجزافية عن التأخير^(١)، وعليه يتم حساب قيمة الغرامة المالية مسبقاً وبصورة اتفاقية^(٢).

ويحرص المشرع من جانبه على النص على غرامة التأخير وتحديد النسب الخاصة بها وفي حال خلو العقد من الاتفاق عليها يطبق النص التشريعي^(٣).

وذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى أن القوانين واللوائح التي يتم التعاقد في ظلها إنما تخاطب الكافة، وعلمهم بمحتواها مفروض، فإن أقبلوا حال قيامها على التعاقد مع الإدارة فالمفروض أنهم قد ارتضوا كل ما ورد بها من أحكام وحينئذ تندمج في شروط عقودهم وتعتبر جزءاً لا يتجزأ منها، حيث لا فكاك من الالتزام بها ما لم ينص العقد صراحةً على استبعاد أحكامها كلها أو بعضها عدا ما تعلق منها بالنظام العام وعلى ذلك فإنه يجب تطبيق نصوص لائحة المناقصات والمزايدات ما لم ينص العقد على استبعادها^(٤).

ويميل الباحث إلى أن إغفال الإدارة على النص صراحة في العقد على غرامة التأخير إنما يعبر عن رؤيته الخاصة وهي صاحبة المصلحة بالدرجة الأولى ومن ثم فإنها تتحمل المسؤولية كاملة في حالة ما إذا اتضح فيما بعد أن ذلك نتج عن إهماله وليس عن رؤية معينة وذلك حتى في حال التأخر الجسيم ثم أن حق الإدارة في توقيع الجزاءات الأخرى مكفول لها بمقتضى القواعد العامة

(1) RICHER L, Droit des contrats administratifs, 3e éd, 2002, p. 239.

(2) M. devilliers. Droit public général 2003, P. 257.

(٣) د. محمود أبو السعود، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الأول، السنة ٣٩ يناير، ١٩٩٧، ص ١٩٤.

(٤) حكم المحكمة الإدارية في مصر الصادر ٨ نوفمبر سنة ١٩٨٦ - مجلة قضايا الحكومة س ١ العدد الثاني ص ٥٣٢.

للجزاءات ومن ضمنها الحصول على التعويض المناسب إذا ما تأخر المتعاقد عن تنفيذ التزاماته وكان العقد لم ينص على غرامة التأخير، وكما قال سابقاً بهذا الشأن الفقيه جيز:

إن عدم ذكر الغرامة في نصوص العقد لا يعني تنازل من الإدارة عن مدد التنفيذ المنصوص عليها وعن جزاء عدم الالتزام بها ولكن يعني فقط أن النظام العادي للتعويضات هو ما يجب أن يُطبق في حالة التأخير وليس النظام الاستثنائي للتعويضات الجزافية^(١).

وفي مصر تُحدد غرامة التأخير مقدماً في العقد وتلتزم الإدارة بها فلا تستطيع زيادتها حتى ولو نتج عن التأخير ضرراً يزيد على قدر الغرامة المعينة في العقد كما لا يجوز أن نترك القدر المحدد بالعقد ونطبق ما نصَّ عليه في لائحة المزايدات والمناقصات لأن العبرة هنا بما اجتمعت عليه إرادة المتعاقدين المشتركة عند إبرام العقد وإذا رُفِع الأمر إلى القضاء يعني الحكم بالمبلغ المحدد بالعقد^(٢)، ولا يتغير هذا الحكم حتى ولو نص في العقد على اعتبار هذه اللائحة مكملة ومتممة لأحكامه لأنه طالما قد وَرَدَ شرط خاص بالغرامة في العقد، فإن هذا الشرط يكون هو الواجب تطبيقه دون حكم اللائحة أخذاً بقاعدة "النص الخاص يقيد النص العام"^(٣).

أما إذا لم يتضمن العقد نصاً على حق الإدارة في فرض غرامات التأخير فإن الإدارة لا تستطيع توقيع الغرامات التأخيرية.

وعلى الرغم من عدم النص على غرامة التأخير، فهي تطبق بواسطة القاضي فهي اتفاقية في رجوع طرفي العقد، والاتفاق الضمني بما يحكم به لتمديد قيمة التأخير كتعويض، وهو ما أخذ به القضاء الإداري المصري.

على أن التحديد الوارد بلائحة المناقصات والمزايدات يُطبق إذا خلا العقد من تحديد لمبلغ الغرامة وذلك بالنسبة للعقود التي تخضع له، فإذا لم يكن قد نص في

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في ١٩٦٧/٤/٨ رقم ١٠٢٠ س ٩٩ ص ١٨٨٢ مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا ١٩٦٥ - ١٩٨٠.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر الصادر في ١٩٧٢/١٢/٢٣ رقم ١٦٣ س ١٤ ق.

(٣) د. محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص ٤٢٠.

العقد ولم يكن العقد مما يخضع لتحديد لائحة المناقصات والمزايدات امتنع على الجهة الإدارية المتعاقدة أن تطبقها على المتعاقد معها ويسترد القاضي سلطاته في تقدير التعويض وفي هذه الحالة تطبق قواعد المسؤولية... فيشترط لاستحقاق التعويض أن يوجد خطأ هو الإخلال بالتزام تعاقدى وأن يترتب على هذا ضرر فعلي ويكون التعويض بقدر الضرر الحادث^(١).

وفي فرنسا تعتبر غرامة التأخير كتعويض جزافي مُحدد في العقد ولا مصدر لها سوى العقد ذاته، ولأن الغرامة شرط عقدي فإن كلاً من طرفي العقد يستطيع أن يتمسك به إزاء الآخر، ويرتب القضاء الإداري الفرنسي على تلك الطبيعة النتائج التالية:

- جميع الأرقام المحددة في العقد أو لوائح غرامات التأخير تُقرض على الإدارة بحيث لا يستطيع أن تطالب بأكثر منها بقصد إصلاح الأضرار جميعها التي تحملتها من خطأ المتعاقد، وبالمقابل يلتزم المتعاقد بتلك الأرقام وليس له أن ينازع في مدى استحقاق الإدارة لها أو أنها لا تتناسب مع الأضرار التي لحقت بالإدارة.

- كما أن المتعاقد لا يستطيع المطالبة بإنقاص قيمة الغرامة عن المعدل المنصوص عليه في العقد بحجة أنها تزيد عن قيمة الضرر الفعلي الناتج عن تأخيرها.

- لا تطبق غرامة التأخير إلا بالنسبة لمخالفات العقد ذاته التي ينص عليها كجزاء لها وكون غرامة التأخير ذات طبيعة اتفاقية فلا يعني ذلك مصادرة حق الإدارة في المطالبة بالتعويض الناتج عن التأخير^(٢).

ويمكن للإدارة أثناء تنفيذ العقد صراحةً بأنها سوف لا تُطبق أية غرامات في حالة التأخير، وترى أنه لا ضرورة أن يتضمن العقد في نصه شرط غرامة التأخير وينص القانون الفرنسي على أن عدم إدراج شرط الغرامة في نصوص العقد لا

(١) حكم محكمة القضاء الإداري المصري ١٩٦١/٦/٢٥ المجموعة رقم ١٩٨ س ١٥ ق ص ٢٦٨.

(٢) د. عمر حلمي، ووديع فتح الباب، المبادئ العامة في العقود الإدارية، مطبعة دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٩٧ ص ٢٢١.

يعني تنازلاً من الإدارة عن مدد التنفيذ المنصوص عنها وعن جزاء عدم الالتزام بها.

وذلك يعني أن النظام العادي للتعويضات، هو ما يجب أن يطبق في حالة التأخير وليس النظام الاستثنائي للتعويضات الجزافية ولا يكون الحال خلاف ذلك إلا إذا تنازلت الإدارة بوجه قطعي ودون أدنى شك عن التمسك بهذه المدد^(١).

لذلك في حال عدم تضمن العقد مبدأ يخول الإدارة حق توقيع الغرامات في حالة التأخير في تنفيذ المتعاقد لالتزاماته فلا يكون للإدارة أعمال هذا الجزاء ولكنها تملك اللجوء إلى قاضي العقد؛ للحكم لها بالتعويض المستحق عن الضرر الناتج من التأخير^(٢)، وبذلك تتحقق اتفاقية غرامة التأخير عند سكوت النص عليها في العقد بأن إرادتي طرفي العقد قد اتجهت لتطبيق القواعد العامة لانقضاء غرامة التأخير.

وأخيراً في سورية تتسم غرامة التأخير في المقام الأول بأنها ذات طبيعة اتفاقية فهي تحدد مقدماً في الاتفاق فإن لم ينص عليها في العقد لا يجوز للإدارة تطبيقها على المتعاقد وتتضح أهمية إدراج غرامة التأخير في العقد بحيث يصبح مجرد التأخير في التنفيذ موجباً لمسؤولية المتعاقد فيكون الضرر مفترضاً وتُعفى الإدارة من عبء إثبات ذلك الضرر أو مقداره كما لا يُقبل من المتعاقد إثبات عدم وقوع الضرر.

وللإدارة الحق في تقليل الغرامة المالية المنصوص عليها في العقد أو التنازل عنها كلياً فقد ذهبت محكمة القضاء الإداري في سورية إلى القول:

إن اقتضاء الغرامات الناجمة عن تأخير المتعهد منوط بالجهة الإدارية المتعاقدة باعتبارها القوامة على حسن سير المرفق العام فلها أن تقدر الظروف التي يتم فيها تنفيذ العقد وظروف المتعاقد ولها أن تعفيه من تطبيق الجزاءات المنصوص عنها في العقد كلها أو بعضها، بما في ذلك من غرامات التأخير إذا

(١) د. نصر الدين محمد بشير، المرجع السابق، ١٩٩٨، ص ٦٤.

(٢) د. نصر الدين بشير، غرامات التأخير في العقد الإداري، المرجع السابق ص ٦٥.

قدرت أن لذلك محلاً كما لو قدرت أنه لم يلحق بالمصلحة العامة أي ضرر من جرّاء التأخير أو غير ذلك من الظروف^(١).

ومن استقراء قرار محكمة القضاء الإداري في سورية نستنتج أن الغرامة لا تستحق حتماً من المتعاقد بمجرد حدوث التأخير بل ولا بدّ من إفصاح الإدارة عن إرادتها في توقيع تلك الغرامة وذلك بصدور قرار واضح منها، وهو قرار ليس بمنشئ وإنما كاشف لرغبتها في اقتضاء الغرامة في وقت معين.

وبالمقابل هل يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يحتفظ على غرامة التأخير سواء بعدم النص عليها أو بتخفيض قيمتها أو استبدالها بجزء آخر؟؟ والجواب هو ما جاء في نص المادة /٥٠/ من نظام عقود الجهات العامة في سورية الصادر بالقانون رقم /٥١/ لعام /٢٠٠٤/ تفرض على المتعهد الذي يتأخر في تقديم احتياجات الجهة العامة على المدة المحددة لذلك غرامات التأخير المنصوص عليها في العقد وفي نفاذ الشروط ولو لم يلحق بالجهة العامة أي أضرار.

وهذا النص هو نص أمر لا يجوز الاتفاق على مخالفته، وبالتالي بأن غرامة التأخير تفرض بقوة القانون، وهذا ما أيده مجلس الدولة السوري عندما رأى أن مؤدى المادتين /٥٤/ و /٥٦/ من نظام عقود هيئات القطاع العام أنه يتعين فرض غرامة التأخير على المتعهد الذي يتأخر في تقديم المواد المتعاقد عليها وهذا ما تدل عليه كلمة تُفرض التي تفيد معنى الوجوب^(٢)، وعنده الإدارة لا تحتاج في فرض غرامة التأخير على المتعهد إلى إعداره كما لا يتوقف حقها بفرضها عند وقوع الضرر.

وذهب القضاء الإداري السوري إلى أن الأصل أن يتضمن العقد الإداري شروطاً تحددها وتنظمها في فرض الإدارة لغرامة التأخير وإذا لم يتم تحديدها في العقد فإن المشرّع تكفل بتحديددها في قوانين المناقصات والمزايدات وبالتالي تطبق بالنسب المنصوص عليها في تلك القوانين إذا خلا العقد من النص على غرامة التأخير.

(١) حكم محكمة القضاء الإداري في سورية رقم ١٣١ القضية رقم ١٥٦ سنة ١٩٧١.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري في سورية رقم ١٩١ القضية رقم ٢٨١ سنة ١٩٧١.

ونرى أنه في الدول عينة المقارنة (فرنسا - مصر - سورية) تُفرض فيها غرامة التأخير بقوة القانون وهذا من أجل استمرار سير المرفق العام وليس تعويضاً للضرر خاصة إذا علمنا أن الإدارة تجد صعوبة أحياناً في إثبات الضرر المستوجب للتعويض، كما أنه أحياناً لا يترتب ضرراً على التأخير وهذا لا يتنافى مع القيمة الاتفاقية لغرامة التأخير على الاتفاق على فرض غرامة التأخير في العقد ضمن الحد الأدنى، ولا على الذي رسمه المشرع ولا تنصرف إلى أحكامه بالاتفاق على فرضها أو عدم فرضها.

ج - غرامة التأخير جزاء تلقائي:

تطبق غرامة التأخير بصفة تلقائية بمجرد التأخر دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار كما أنها توقع متى تأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته فالضرر مفترض ولا يُعفى المتعاقد من هذا الجزاء إلا إذا ثبت أنه لم يرتكب خطأ أو أن التأخير إنما يرجع لسبب أجنبي كالقوة القاهرة أو خطأ الإدارة المتعاقدة^(١).

والوضع في سورية ومصر يختلف عن فرنسا إذ قضى مجلس الدولة المصري أن الغرامة التأخيرية تستحق بمجرد انتهاء الفترة المحددة في العقد دون التنبيه باستحقاقها^(٢)، وهو ذات النهج الذي سار عليه مجلس الدولة السوري.

أما الوضع في فرنسا فإن الإدارة تلتزم من حيث المبدأ بأن تنذر متعاقدها المقصر قبل توقيع الغرامة عليه، وذلك تطبيقاً للخصائص المشتركة للجزاءات الإدارية والتي تسري من يوم الإعذار بها^(٣).

وعليه فإن الغرامة التأخيرية بخلاف بقية أنواع الجزاءات لا يشترط بالضرورة أن يتم الإعذار المسبق للمتعاقد قبل توقيعها **(في مصر وسورية)** وما ذلك إلا تطبيقاً لفلسفة الجزاء الإداري والذي يكون هدفه تأمين سير المرافق العامة كما أن غرامة التأخير تستحق دون حاجة إلى صدور حكم من القضاء^(٤).

(1) MORAD D, deviller, cours de Droit administratif 8e éd Montchrestien, 2003, P. 443.

(٢) د. حسان عبد السميع هاشم، المرجع السابق، ص ٦٧.

(3) Jezégaston les principes généraux di droit administraiifo, pcit P. 303.

(٤) د. عادل السعيد أبو الخير، القانون الإداري - القرارات الإدارية - العقود الإدارية، شركة مطابع الطويجي، ٢٠٠١، ص ٢٥٥.

ونرى أن غرامة التأخير بخلاف أنواع الجزاءات لا يشترط بالضرورة أن يتم الإعذار المسبق قبل توقيعه وذلك بسبب أنها اتفاقية وقد حددت آجال محدودة في العقد المبرم لاقتضاءها، ومن ثم فإن علم المتعاقد بها قائم لا محالة كما أن سير المرافق العامة سيتأثر بعملية التأخير ولنا أن نتصور كم من القضايا المنظورة أمام القضاء بصدد التأخير في تنفيذ المشروعات الاقتصادية بموجب العقود الإدارية "الآن" وهي في ظل إرادة المشرع على عدم ضرورة الإعذار المسبق، فما بالنا لو لم تكن كذلك.

ولا بد لنا أن نوضح مسألة مهمة في هذا المقام وهي أن تلقائية غرامة التأخير بنتائجها المتقدم بيانها تختلف في طبيعتها عن الشرط الجزائي المعروف في العقود المدنية وذلك أن الشرط الجزائي هو تعويض متفق عليه مقدماً يستحق في حالة إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه، فيشترط لاستحقاقه ما يشترط لاستحقاق التعويض بوجه عام من وجوب حصول ضرر للمتعاقد الآخر وإعذار الطرف المقصر وصدور حكم به وللقضاء أن يخفّضها إذا ثبت أنه لا يتناسب والضرر الذي يلحق بالمتعاقد^(١)، وهذا ما لا نجده في غرامة التأخير كما تختلف فوائد التأخير في ميدان القانون الخاص وكون الأخيرة تستلزم الإنذار المسبق لاستحقاقها حتى لو لم تضمن العقد شرطاً جزائياً عن التأخير بعكس الأولى التي تستحق بمجرد انتهاء المدة المحددة في العقد.

ويختلف الرأي في ضرورة الإعذار من عدمه في كل من فرنسا ومصر وسورية:

فالمبدأ العام في القانون العام الفرنسي يقضي بأن عدم مطالبة المدين بالوفاء بالتزاماته في التاريخ المحدد يعد بمثابة إرجاء لموعد التنفيذ وافق عليه المدين، ويُسلم فقهاء القانون الإداري وقضاء مجلس الدولة في فرنسا من حيث المبدأ بضرورة أن تقوم الإدارة بإعذار المتعاقد بعدم تنفيذ التزاماته أو بتأخيره في التنفيذ وتدعوه لسرعة التنفيذ وإلا تطبق عليه غرامة التأخير إذ أنها لا تطبق إلا من الإعذار بها، وإذا خالفت الإدارة ووقعت غرامة التأخير دون إعذار سابق في حالة

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في ١٩٦٠/٩/٢ الطعن رقم ٦١ السنة ٢ ق - المجموعة السنة ٥ بند رقم ١٣٦ ص ١٣٢١.

وجوده، فتكون قد خالفت بذلك المبدأ العام في فرنسا وبالتالي فإن القضاء الفرنسي يعتبرها غير صحيحة، ولا يلتزم بها المتعاقد^(١)، وسكوت العقد عن اشتراط ضرورة الإعذار أو عدم وجود شرط في كراسة الشروط يلزم جهة الإدارة بإعذار متعاقدتها ولا يعفي جهة الإدارة من إعذار المتعاقد^(٢).

أما في مصر فإن المبدأ العام في القانون المصري يقضي بأن توقع الغرامة بمجرد حصول التأخير دون الحاجة إلى التنبيه، أو إنذار، أو اتخاذ أي إجراءات إدارية أو قضائية أخرى^(٣).

وتجدر الإشارة إلى أن القضاء الإداري في مصر قد وضع القاعدة التي بمقتضاها وجوب تقيد جهة الإدارة بما ورد في العقد، إذ لا يجوز لها كقاعدة عامة أن تخالفه أو تطبق في شأنه نصوص لائحة المناقصات على أنه لا اجتهاد مع النص طالما أن نص القانون على عدم الإعذار لاستحقاق غرامة التأخير فليس للقضاء أن يخالف النصوص القانونية.

أما في سورية فتطبق غرامة التأخير على المتعاقد معها بمجرد تأخره في تنفيذ العقد دون حاجة من جانب الإدارة إلى إثبات أن ضرراً أصابها وبهذا الاتجاه نجد أن التشريعات ذات الصلة بهذا الموضوع تنص على ذلك فعلى سبيل المثال ينص دفتر الشروط العامة للعقود الموحدة بمعرض تطبيق غرامات التأخير، وبعد انقضاء ٣٠/ يوم على المدة المحددة للوفاء بالالتزام ودون الحاجة لإعذار أو إنذار أن تقوم بشراء المواد المتعاقد عليها بالإضافة إلى فرض غرامات التأخير، وتنص المادة ٥٧/ من المرسوم / ٤٥٠ / لعام / ٢٠٠٤ /:

يعتبر المتعهد مقدراً بما يترتب عليه من التزامات ومن غرامات التأخير وجميع الجزاءات الأخرى بمجرد حلول الأجل المحدد بالعقد أو دفاتر الشروط دونما الحاجة إلى إجراء آخر^(٤) بمعنى أن الغرامة تُفرض تلقائياً دون الحاجة إلى إثبات الضرر أي أن غرامة التأخير بخلاف بقية أنواع الجزاءات لا يشترط بالضرورة أن

(١) د. نصر الدين بشير، غرامة التأخير في العقد الإداري، المرجع السابق، ص ٨٨.

(٢) د. هارون عبد العزيز الجمل، المرجع السابق، ص ١٥٠.

(٣) قانون المناقصات والمزايدات في مصر رقم ٨٩/١٩٩٨.

(٤) المادة ٣٠ و ٥٧ من دفتر الشروط العامة الصادر بالمرسوم ٤٥٠ لعام ٢٠٠٤.

يتم الإعذار المسبق قبل توقيعها، وذلك بسبب أنها اتفاقية وقد حددت آجال محددة في العقد المبرم لاقتضاءها ومن ثم فإن علم المتعاقد بها قائم لا محالة كما أن سير المرافق العامة سيتأثر بعملية التأخير.

د - الغرامة توقع دون الحاجة لإثبات الضرر:

نظرا إلى أن غرامة التأخير تستهدف أساساً سير المرفق العام فإنه لا يشترط لتوقيعها إثبات وقوع ضرر أصاب المرفق العام إذ أن هذا الضرر مفترض بمجرد تحقق سبب استحقاقها فهي اتفاقاً ملزماً يحتمل الترخيص أو التقدير في تحديد مداه تبعاً لوقوع الضرر أو مدى حساباته^(١)، وتملك الإدارة توقيع غرامة التأخير بقرار منها دون حاجة لإثبات الضرر أي بمجرد تحقق المخالفة التي تقرررت الغرامة لمواجهتها وهي التأخير.

ففي فرنسا ومصر وسورية تتأكد تلقائية غرامة التأخير من حيث فرضها ودون ضرر من خلال النصوص التشريعية والفقهية والقضائية ففي فرنسا يلتزم المتعاقد بأحكام غرامة التأخير التي طبقها مجلس الدولة الفرنسي وليس له أن ينازع في مدى استحقاق الإدارة لها ولا الاحتجاج بأنها لا تتناسب مع الأضرار الحقيقية التي لحقت بالإدارة جراء التأخير^(٢).

أما في مصر فقد وصف القضاء غرامة التأخير بأنها جزاء تلقائي؛ أي يوقع دون حاجة إلى إثبات الضرر ويطبق بقرار إداري دون الحاجة إلى حكم قضائي^(٣).

وفي سورية نص القانون رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤ بأن غرامة التأخير تُفرض على المتعهد الذي تأخر بتقديم مواد وتفرض غرامات التأخير ولو لم يلحق بالجهة العامة أي ضرر^(٤)، فلإدارة الحق في استيفاء غرامة التأخير دون التزامها بإثبات أنه قد أصابها ضرر من جرائه، ونجد بالمقابل أنه لا يقبل من المتعاقد - لكي

(١) د. أحمد عبد اللطيف، التنظيم القانوني للمناقصات والمزايدات، دار الأهرام، القاهرة، مصر، ٢٠٠٣، ص ٢٤.

(٢) د. محمود زكي شمس، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، دمشق، سورية، ٢٠٠٨، ص ٧٥٥.

(٣) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود، المرجع السابق، ص ٥١٧.

(٤) المادة ٥٠ من القانون ٥١ لعام ٢٠٠٤ المتضمن نظام عقود الجهات العامة في سورية.

يتوقى أداء هذه الغرامة - إثبات عدم التسبب بأي ضرر للإدارة جراء تأخره وبعد عدم التلازم بين حصول الضرر، وتوقيع غرامة التأخير مظهراً واضحاً لفلسفة الجزاء الإداري تلك الفلسفة التي لا تُعنى بتغطية الضرر الناجم عن التراخي في التنفيذ بقدر ما تتوخى تأمين سير المرافق العامة في المقام الأول، فكل تأخير في تنفيذ العقد الإداري يترتب عليه الإضرار بالمصلحة العامة التي تعمل الإدارة من أجل تحقيقها والقضاء الإداري يملك أن يُعَدِّل مبلغ الغرامة المفروضة بما يتناسب مع التقصير في تأمين حاجات المرفق العام، والضرر الذي يلحقه، والتأخير فعلياً بالمشروع محل العقد^(١).

٣ - كيفية تحديد غرامة التأخير واقتضاءها:

إن توقيع غرامة التأخير على المتعاقد مع الإدارة يتطلب صدور قرار إداري من الجهة المختصة بذلك، حيث أن النص على الغرامة التأخيرية في العقد لا يكفي بل يجب أن يصدر قرار إداري بتوقيعها بحيث يتم تنظيم مقدار هذه الغرامة التأخيرية ونسبتها واستقطاعها استناداً إلى العقد المبرم أو الشروط العامة^(٢)، وإن التزم المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ العقد في المدة المحددة وهذا يحول دون توقيع الغرامة عليه بمعنى أنه لا يجوز توقيع غرامة التأخير على المتعاقد معها في حالة تنفيذ العقد في المدة المحددة وأيضاً لا يجوز توقيع غرامة التأخير في حالة تنفيذ العقد في غير المدة المحددة للتنفيذ بسبب يرجع إلى الإدارة دون المقال^(٣).

ومما يمكن قوله إن الكيفية التي تمت بها معالجة تحديد واحتساب غرامة التأخير قد اختلفت فيما بين الدول المقارنة:

وفي مصر، اهتم المشرّع بتحديد مقدارها في قانون المناقصات والمزايدات الحالي رقم/ ٨٩/ لعام ١٩٩٨م، وقرر إنهاء الأعمال موضوع العقد بحيث تكون صالحة للتسليم المؤقت في المواعيد المحددة فإن تأخر جاز للسلطة المختصة إذا

(١) مجلس الدولة السوري، المكتب الفني، مجموعة المبادئ التي أقرتها المحكمة العليا السورية لعام ١٩٧٢م، حكم المحكمة الإدارية العليا السورية القرار رقم ٥٦/ في الطعن ذي الرقم ١٨٩/ لعام ١٩٧٢م، ص ٢٠١.

(٢) نؤميد أحمد محمد، المرجع السابق، ص ٤٧.

(٣) حكم المحكمة العليا المصرية طعن رقم ٤٤١٦ - ٤٦٢٣ لسنة ٣٥ ق. ع جلسة ١٩٩٤/٧/٥ الموسوعة الإدارية الحديثة - الجزء ٤٩ ص ٢٢٢.

اقتضت المصلحة العامة إعطاء مهلة إضافية لإتمام التنفيذ على أن تكون غرامة التأخير اعتباراً من بداية المهلة إلى أن يتم التسليم الابتدائي وذلك بواقع ١% على كل أسبوع بجزء منه بحيث لا يجاوز مجموع الغرامة ١٠% من قيمة العقد وتحسب هذه الغرامة من قيمة ختام العملية جميعها إذا رأت الجهة الإدارية أن الجزء المتأخر يمنع الانتفاع بما تم من العمل بطريق مباشر أو غير مباشر على الوجه الأكمل في المواعيد المحددة، أما إذا رأت الجهة أن الجزء المتأخر لا يسبب شيئاً من ذلك فيكون حساب الغرامة بالنسب، والأوضاع السابقة من قيمة الأعمال المتأخرة^(١).

لهذا يتعين مراعاة نوع العقد وطبيعته ومدى تأثير التأخير على مدى الاستفادة من الأعمال التي تم إنجازها ليتم بعد ذلك تحديد مقدار الغرامة بحيث لا تتجاوز مجموعها ٣% من قيمة العقد بالنسبة إلى شراء المنقولات وتلقي الخدمات والدراسات الاستشارية والأعمال الفنية و ١٠% بالنسبة إلى مقاولات الأعمال والنقل.

وفي سورية فقد قنن المشرع السوري غرامات التأخير بدقة، حيث أعطى الإدارة الحق في فرض غرامات التأخير، شريطة ألا تصل الغرامة اليومية عن ٠.٠٠١ واحد بالآلف من القيمة الإجمالية، وشريطة ألا يزيد غرامات التأخير عن ٢٠% من القيمة الإجمالية للتعهد، كما وضع حلاً مرناً في هذا المجال، حيث أجاز حساب غرامات التأخير على أساس قيمة الجزء المتأخر في تسليمه، إذ نص دفتر الشروط الخاصة، أو الإعلان على ذلك، شريطة تحقيق الشرطين التاليين:

الشرط الأول: أن يتم تسليم الأجزاء الأخرى، التي يتم التأخر في تسليمها ضمن المواعيد المحددة.

الشرط الثاني: أن يكون الجزء المتأخر في تسليمه مستقلاً في الاستعمال العادي عن باقي الأجزاء الأخرى المسلمة^(٢).

(١) د. أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية طبقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد، منشأة معارف، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٢، ص ٤٨٧.

(٢) د. محمد الحسين، د. مهند نوح، القانون الإداري، عمال الإدارة العامة وتصرفاتها القانونية، المرجع السابق، ص ٣٢٩.

٤ - الإعفاء من غرامة التأخير:

يُلاحظ أن أحكام وقواعد الإعفاء من غرامة التأخير جاءت متناغمة في الدول المقارنة وكأنها من مشكاة واحدة وذلك على كافة الأصعدة فقهاً وقضاءً وتشريعاً.

الأصل أن للإدارة الحق في فرض غرامات التأخير على المتعاقد المقصر الذي يتراخى في تنفيذ التزاماته حسب المدة المحددة في العقد، فعدم تنفيذ المدين لالتزاماته العقدية يعتبر في ذاته خطأ موجباً لمسؤوليته ولا يدرأ عنه هذه المسؤولية، إلا إذا تبين أن أداء الالتزام قد استحال بسبب إحدى الحالات التالية:

- إذا ثبت أن تأخر المتعاقد عن تنفيذ التزاماته التعاقدية راجع إلى قوة قاهرة خارجة عن إرادته ويقصد بالقوة القاهرة ذلك الحدث الخارجي الذي يستحيل دفعه ويؤدي إلى استحالة التنفيذ استحالة مطلقة^(١)، ويذهب الفقه والقضاء في فرنسا إلى أنه متى كان المتعاقد مع الإدارة مدين بالشروط الجزائية المستحقة عن التقصير في تنفيذ التزاماته وعلى الأخص في حالة التأخير في تنفيذ الالتزام يعفى من تطبيق الشروط الجزائية متى كان هناك من الظروف التي تبرر عدم التنفيذ ويتعلق الأمر بالقوة القاهرة، أو الظروف الاستثنائية، أو فعل الإدارة^(٢).

أما في سورية نجد أن المحكمة الإدارية العليا السورية قد قررت في العديد من القضايا منع الإدارة من مطالبة المتعاقد بأية غرامة تأخير عن العقد (موضوع الدعوى)؛ وذلك إما بسبب القوة القاهرة أو الظروف الاستثنائية التي لا بد للمتعهّد في حدوثها أو بسبب إخلال الإدارة نفسها باستقرار الكميات التي التزم المتعهّد بتوريدها لها ضمن المدة الزمنية المتفق عليها، أي عندما يكون التقصير من قبل الإدارة المتعاقدة ليس ثمة موجب قانوني لفرض غرامة التأخير على المتعاقد في مثل هذه الحالة.^٣

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، القرار رقم ٢/٥٦٤ في الطعن ذي الرقم ٢/٣٩٢١ لسنة ٢٠١٦م، الصادر بتاريخ ٢٠١٦/٨/٣١م. مجموعة المبادئ التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٢م. غير منشور.

(2) J. Rivero, Waline, Droit administratif, 14^{ème} édition, Dalloz, 1992, P. 125.

^٣ مجموعة المبادئ التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٢م.

ثانياً: مصادرة التأمين:

تعد مصادرة التأمين من الجزاءات المالية التي تتمتع الإدارة بفرضها لضمان استمرار سير المرافق العامة بانتظام واطراد، ولدراسة مصادرة التأمين لا بد من بيان مفهومها، ومن ثم ذكر أنواعها، كمايلي:

١ - مفهوم مصادرة التأمين:

إن فلسفة تحويل الإدارة سلطة فرض الجزاءات في العقد الإداري هي حماية لدوام سير المرفق العام، واستمراره في تقديم الخدمات للمجتمع تحقيقاً للمصلحة العامة، ومن ثم فهي حريصة على تنفيذ عقودها بأقصى درجات الدقة وتوفير أكبر قدر من الضمانات التي تمكن الإدارة من حسن التنفيذ، لذلك كان من ضمن الجزاءات المالية هي مصادرة التأمينات التي يودعها المتعاقد لدى جهة الإدارة كضمان للإبقاء على العطاء طوال المدة المقررة لسريانه، ولسداد التأمين النهائي عند رسو العطاء كضمان لحسن تنفيذ الالتزامات المتولدة عن العقد^(١).

ويقصد بالتأمينات: "مبالغ من المال تودع لدى الجهة الإدارية المتعاقدة تضمن بها جدية المتعاقد في تقديم العطاء وتتوقى به آثار الأخطار التي يرتكبها المتعاقد أثناء تنفيذ العقد الإداري، ويضمن لها قدرته على مواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره"^(٢).

٢ - أنواع مصادرة التأمين:

ينقسم التأمين إلى نوعين تأمين مؤقت وتأمين نهائي، وسندرسهما كالتالي:

أ - التأمين المؤقت^(٣):

يعرّف التأمين المؤقت بأنه: "قيمة يضمنها العارض عرضه، ويخصصها لمصلحة الإدارة وذلك ضماناً لجدية العرض، وتأكيداً لحسن تنفيذه للالتزامات الناتجة عن تقديمه لهذا العرض، والمستتدة على إرادته المنفردة"^(١).

(١) د. محمد حسن مرعى الجبوري، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ٢٠١٤، ص ١٣٨ - ١٣٩.

(٢) د. محمد حسن مرعى الجبوري، المرجع السابق، ص ١١٨.

(٣) ويسمى أيضاً التأمين الأولي أو الابتدائي.

فالتأمين المؤقت ضمان لجدية العارض وهو لا يأخذ صفة العربون في القانون المدني الذي يدفع مقابل الاحتفاظ بحق العدول، ولو لم يترتب على العدول أي ضرر وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصرية^(٢).

وهذا ما استقر عليه اجتهاد المحكمة الإدارية العليا في سورية، حيث أكدت أن جزء نكول المتعهد المرشح عن تنفيذ ما التزم به في عرضه، إنما هو مصادرة تأميناته الأولية فقط^(٣).

ب - التأمين النهائي:

هو نوع من الكفالة لضمان التنفيذ الجيد للعقد من قبل المتعاقد مع الإدارة، فالإدارة من خلاله تتوقى الأخطاء التي تصدر من المتعاقد حينما يباشر تنفيذ العقد^(٤).

ثالثاً: التعويض:

يعد التعويض من الجزاءات المالية التي تفرضها الإدارة على المتعاقد معها لضمان استمرار سير المرافق العامة بانتظام واطراد، ولدراسة التعويض لا بد من تعريفه، ومن ثم ذكر خصائصه، كمايلي:

١ - تعريف التعويض:

يجمع غالبية فقه القانون العام على تعريف التعويض بأنه عبارة عن: "المبالغ التي يحق للإدارة أن تطالب بها المتعاقد معها إذا أخل بالتزاماته التعاقدية، وذلك عند سكوت العقد أو دفاثر الشروط عن النص على جزاء مالي آخر كالغرامات لمواجهة هذا الإخلال"^(٥).

إذاً التعويض هو الجزاء الأول الذي كان يفرض على الطرف المقصر في تنفيذ التزاماته سواء أكان العقد مدنياً أم إدارياً، ولكن بعد التطورات التي لحقت

(١) د. محمد الحسين، د. مهند نوح، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ١٦٢.

(٢) علي نصر الحسن، المرجع السابق، ص ٦٨.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، الطعن رقم ١٠٢٢، تاريخ ١٢/٣٠ / ٢٠٠٩، ص ٦٤٤ ومابعداها.

(٤) علي نصر الحسن، المرجع السابق، ص ٧٠.

(٥) علي نصر الحسن، المرجع السابق، ص ٨٦ - ٨٧.

بالعقد الإداري أصبح التعويض مكملاً للجزاءات المالية التي تفرضها الإدارة على المتعاقد معها وخصوصاً جزاء مصادرة التأمين، حيث يمثل التأمين الحد الأدنى للتعويض المستحق للإدارة وليس الحد الأقصى، وذلك عندما يتجاوز مقدار الضرر الذي لحق بالإدارة قيمة التأمين.

٢ - خصائص التعويض:

يتمتع التعويض بمجموعة من الخصائص التي تجعله يختلف عن الجزاءات المالية الأخرى:

أ - يهدف التعويض إلى جبر الضرر الذي تتعرض له الإدارة المتعاقدة، وذلك نتيجة لتقصير الطرف الآخر في العقد وإخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية.

ب - إن التعويض لا يكون محدداً ومقدراً في العقد، وإلا أصبح في حكم غرامات التأخير، والقول بغير ذلك مخالف لقواعد وأحكام نظرية الجزاءات في العقود الإدارية.

ج - إن التعويض الذي يحكم به القضاء للمتعاقد المتضرر يتطلب قيام خطأ التعاقد، والضرر الناشئ عنه، ومن ثم قيام العلاقة السببية بينهما، وذلك على عكس غرامات التأخير.

د - التعويض لا يستحق إلا بعد إعدار المدين مالم ينص على غير ذلك، في حين أن غرامة التأخير توقع بمجرد التأخر دون حاجة إلى تنبيه أو إعدار.

هـ - إن التعويض لا محل له إذا كان التنفيذ العيني ممكناً^(١).

ونرى أن الهدف الذي تسعى إليه الإدارة من فرض الجزاءات المالية هو ضمان تنفيذ هذه الالتزامات التعاقدية لتأمين سير المرافق العامة بانتظام وإطراد، وإن اختلفت الغاية في فرض الإدارة لهذه الجزاءات والتي تكون أحياناً لتغطية ضرر حقيقي لحق الإدارة نتيجة خطأ المتعاقد معها، وأحياناً يكون الغرض من فرضها هو توقيع عقاب على المتعاقد سواء صدر خطأ من جانبه أم لم يصدر.

(١) علي نصر الحسن، المرجع السابق، ص ٨٧ - ٨٨.

الفرع الثاني

الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية

إن دراسة الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية، يتطلب منا بيان المحكمة المختصة بالرقابة القضائية على الجزاءات المالية أولاً، ومن ثم بيان نطاق الرقابة القضائية على الجزاءات المالية ثانياً، كمايلي:

أولاً: المحكمة المختصة بالرقابة القضائية على الجزاءات المالية:

إن المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية تنتمي أصلاً إلى القضاء الكامل، حيث يختص القضاء الإداري بالنظر في كافة المنازعات الإدارية الناشئة بين طرفي العقد باستثناء المسائل الأولية التي - بطبيعتها - تدخل في اختصاص القضاء العادي، مثل أهلية المتعاقد مع الجهة الإدارية، أو الفصل في ملكية خاصة أو غيرها^(١).

لذلك فإن الرقابة القضائية التي يتولاها القضاء تدخل في ولاية القضاء الكامل، وهذا ما أكدته فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع المصرية في معرض تمييزها بين القرارات التي تصدرها الإدارة في شأن العقود الإدارية بقولها: "..... وتتعين التفرقة في هذا الصدد بين نوعين من القرارات التي تصدرها الإدارة في شأن العقود الإدارية، فالنوع الأول: هو القرارات التي تصدرها الإدارة أثناء المراحل التنفيذية للتعاقد.... وهذه القرارات إدارية... يجوز الطعن فيها بالإلغاء في المواعيد المقررة. أما النوع الثاني: فهي القرارات التي تصدرها الإدارة تنفيذاً لعقد من العقود الإدارية واستناداً إلى نص من نصوصه وهذه لا تعتبر قرارات إدارية، وتختص محكمة القضاء الإداري بنظر المنازعات التي تثور بشأنها لا على أساس اختصاصاتها بإلغاء القرارات الإدارية النهائية وإنما على أساس اعتبار أن للمحكمة ذاتها الولاية الكاملة في نظر المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية تطبيقاً للمادة العاشرة من قانون مجلس الدولة"^(٢).

(١) نؤميد أحمد محمد، المرجع السابق، ص ١٤٧.

(٢) فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع، في مجلس الدولة المصري فتوى رقم ٣٩٩ في ١٦/٥/١٩٦٠، مجموعة المبادئ للجمعية في شأن العقود منذ نشأتها عام ١٩٤٦ وحتى عام ٢٠٠٥.

ثانياً: نطاق الرقابة القضائية على الجزاءات المالية:

إن الرقابة القضائية على الجزاءات المالية تكون رقابة مشروعية ورقابة ملائمة، وسنبحثها كمايلي:

١ - رقابة مشروعية:

تتضمن رقابة المشروعية كل ممايلي:

أ - عيب الشكل والإجراءات:

إن الإجراءات والأشكال التي تتعين مراعاتها من قبل الإدارة عند توقيعها الجزاء بحق متعاقدتها هي إعدار المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه، واحترام بعض المواعيد بين تاريخ الإعدار، وتاريخ توقيع الجزاء، واحترام حقوق الدفاع للمتعاقد، وأخيراً إخطار المتعاقد بقرار الجزاء. فإذا ما أصدرت الإدارة قرارها بتوقيع الجزاء على المتعاقد معها بدون اتخاذ الإجراءات والأشكال التي يتطلبها القانون أو العقد كان قرارها غير مشروع من حيث الشكل^(١).

ب - عيب عدم الاختصاص:

تبدو أهمية الاختصاص بالغة الوضوح في مجال العقود الإدارية، وذلك حتى لا يتعرض المتعاقد لأي جزاء من غير السلطة المختصة باتخاذها، لأن التساهل في قواعد الاختصاص يؤدي إلى التجاوز على ضمانات المتعاقد وحقوقه تجاه الإدارة، ذلك كون احترام قواعد الاختصاص بذاته يعد ضماناً للمتعاقد، لذلك يجب صدور قرار الجزاء من الجهة المختصة قانوناً بإصداره، فإذا ما صدر وفقاً لذلك كان قراراً صحيحاً مرتباً لآثاره القانونية، وأما إذا صدر من جهة غير مختصة فإن القرار الصادر يكون مشوباً بعيب عدم الاختصاص، مما يؤثر على مشروعيته، أي مشوباً بعدم الاختصاص الموضوعي، وليس عيب الشكل عند صدوره ممن لا يملك إصداره سواء من حيث الزمان أو المكان. فمثلاً جزاء غرامة التأخير أو مصادرة التأمين يكون غير مشروع إذا صدر من شخص أو جهة غير مختصة بإصداره،

(١) توميد أحمد محمد، المرجع السابق، ص ١٥٣.

لذلك فإن قاضي العقد يقوم بالتحقيق فيما إذا كانت السلطة التي قررت جزاء الغرامة هي السلطة المختصة بالفعل أم لا^(١).

ج - عيب مخالفة القانون:

في مجال الجزاءات المالية يجب أن يكون قرار الإدارة بتوقيع أي جزاء مالي تطبيقاً صحيحاً للنصوص القانونية أو العقدية، فإذا لم توجد الواقعة التي تثيرها الإدارة لتبرير الجزاء، أو كانت هذه الواقعة لا تشكل خطأ تعاقدياً أو قانونياً أو كانت الواقعة لا تقابل أي التزام مفروض على المتعاقد، فإن قرار الجزاء في أي من هذه الحالات السابقة يكون غير مشروع وباطلاً وتطبيقاً لذلك فإن قرار الغرامة الذي اتخذته الإدارة دون اعتداد بحجية الشيء المقضي فيه يعتبر غير مشروع^(٢).

د - عيب الانحراف في السلطة:

الحقيقة أن عيب الانحراف في السلطة يصعب إثباته، لهذا فإن القضاء يعتبر هذا العيب احتياطياً ولا يلجأ إليه إلا إذا لم يجد عيباً آخرأ يشوب القرار الصادر عن الإدارة، ولا يتعلق هذا العيب بالنظام العام، وبناءً عليه فإن القاضي لا يفحصه من تلقاء نفسه، وإنما يمد إليه رقابته إذا أثاره الخصوم^(٣).

٢ - رقابة الملائمة:

إن رقابة الملائمة تنصب على سلطة الإدارة التقديرية في إصدار قراراتها وحيث يقرر القضاء عدم شرعية الجزاء الذي يتجاوز الحد المطلوب والمناسب، أي يكون جزاء مبالغ فيه، فرقابة القاضي هنا لا تقتصر على التحقق من الوجود المادي لأسباب الجزاء وتكييفها القانوني بل تمتد هذه الرقابة أيضاً إلى رقابة مدى توافق هذا الجزاء وخطورة الأسباب التي دعت لاتخاذها. وبذلك يقرر القاضي الإداري صحة أو عدم صحة الجزاء الذي اتخذته الإدارة، بشأن مخالفة المتعاقد لشروط العقد، أو قد يكون الجزاء مبالغاً فيه، أو يعدل في الجزاءات الموقعة، أو توقيع جزاء أخف من الجزاء الذي اتخذته الإدارة، إذا كانت الوقائع المنسوبة

(١) توميد أحمد محمد، المرجع السابق، ص ١٥٤ - ١٥٥.

(٢) توميد أحمد محمد، المرجع السابق، ص ١٥٦.

(٣) توميد أحمد محمد، المرجع السابق، ص ١٥٧.

للمتعاقدين لا تمثل طابعاً من الخطورة كافياً لتبريره، ومثال ذلك: يستطيع قاضي العقد إذا تبين أن غرامة التأخير قد وقعت على المتعاقد دون سبب صحيح أن يحكم بعدم أحقية الإدارة لهذه الغرامة، ويردها للمتعاقد، كما يستطيع القاضي أن يخفض منها بما يعادل نصيب الإدارة في تأخير التنفيذ^(١).

كما تمتد رقابة القضاء إلى البواعث التي حدثت بالإدارة إلى توقيع الجزاء، كما تتناول أسباب توقيعه. فيقدر القضاء ما إذا كان المتعاقد قد أخطأ حقيقة، وما إذا كان الجزاء الذي وقعته الإدارة يتناسب مع الخطأ المنسوب إلى المتعاقد. وعندما يمارس القضاء رقابة الملائمة فإنه لا يخرج على رقابة المشروعية، لأن الملائمة في هذه الحالة عنصر من عناصر المشروعية، لذلك ففكرة الملائمة فكرة نسبية وهذا لا يعني أن المشروعية والملائمة فكرتان متناقضتان، لأنه إذا كانت شرعية قرار من القرارات يمكن تقديرها، والبحث فيها على أساس قواعد قانونية فإن تقدير ملائمة هذا الجزاء أو القرار لا يمكن أن يتم إلا بالنسبة لمجموعة من العوامل الواقعية المنبثقة عن فكرة المشروعية^(٢).

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في ذلك بأن: "غرامة التأخير التي تطالب بها المحافظة لا حق لها في المطالبة بها..... ولا محل لاستناد المحافظة على نص المادتين (٢٨ و ٣١) من العقد المحرر معه ولا الاستناد إلى المادة (٩٣) من لائحة المناقصات والمزايدات، لأن توقيع الغرامة بالتطبيق لأحكام هذه المواد لا يكون إلا بالنسبة للمتعاقد المتراخي في تنفيذ العمل وفي تسليمه في الميعاد المحدد"^(٣).

(١) توميد أحمد محمد، المرجع السابق، ص ١٥٨.

(٢) د. سعاد الشرقاوي، المرجع السابق، ص ١٠٠.

(٣) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، طعن رقم ١٤٠ لسنة ١٣/ق ن ع، جلسة ١٩٦٣/٥/٢٢م، مجموعة المبادئ القانونية، ص ٣٣٦.

المطلب الثاني

سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الضاغطة

تتمتع الإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري بسلطة توقيع جملة من الجزاءات الضاغطة^(١)، وتهدف هذه الجزاءات إلى إرغام المتعاقد على الوفاء بالتزاماتها التعاقدية، عن طريق حلول الإدارة محل المتعاقد المقصر، أو بإحلال غيره محله، وذلك لأن أول ما يعني الإدارة في هذا المجال هو ضمان تنفيذ العقد، ومن ثم فإن وسائل الضغط توجه بصفة خاصة لتحقيق الغاية المذكورة، التي يستلزمها سير المرفق العام بانتظام واستمرار^(٢).

والجزاءات الضاغطة توقعها الإدارة على المتعاقد معها بغرض الحصول على الوفاء بالالتزام على المتعاقد المقصر^(٣)، وهي جزاءات ذات طبيعة مؤقتة تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد المقصر، نفاذاً للامتيازات في التنفيذ المباشر لإجباره على الوفاء بالتزاماته التعاقدية من خلال حلول الإدارة محله أو تكليفها للغير محل الملتزم المقصر، وتختلف تلك الجزاءات تبعاً لاختلاف طبيعة العقد فهي تتخذ صورة فرض الحراسة على المرفق بالنسبة لعقد الامتياز، والتنفيذ على حسابه بالنسبة لعقد الأشغال العامة، وصورة الشراء على حساب المتعاقد بالنسبة لعقد التوريد.

والجزاءات الضاغطة هي إجراءات مؤقتة لا يترتب عليها إنهاء العقد ومن ثم يبقى المتعاقد الأصلي مسؤولاً أمام الإدارة، وتتم العملية على حسابه ومسؤوليته^(٤).

(١) تسمى هذه الجزاءات أيضاً بالجزاءات المؤقتة.

(٢) د. محمد الحسين، د. مهني نوح، القانون الإداري عمال الإدارة العامة وتصرفاتها القانونية، المرجع السابق، ص ٣٣١ - ٣٣٢.

(٣) L. Richer, op, cit, P. 240

(٤) حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في جلسة ١٧/٣/١٩٥٧ - مجموعة المبادئ - السنة الحادية عشرة ص ٢٧٢.

كما أن اتخاذ الإجراءات الضاغطة المؤقتة لا ينبغي للإدارة التنازل عنها لأنها تعد مبدأ عاماً من السلطة المقررة للإدارة حتى إن لم ينص عليها العقد^(١).

وتُباشر الإدارة تلك الإجراءات استناداً إلى سلطاتها في التنفيذ المباشر على حساب المتعاقد في أداء التزاماته وذلك ابتغاء لضمان كفالة حسن سير المرافق العامة ولا يعتبر هذا الإجراء عقوبة توقعها الإدارة على المتعاقد معها، وإنما هو وسيلة للضغط على المتعاقد المقصر تطبيقاً لقاعدة التنفيذ العيني للالتزام وتقوم الإدارة به لضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد ويحق للإدارة مطالبة المتعاقد بكافة تكاليف تنفيذ العقد وفقاً للشروط العقدية واللائحية^(٢).

والمتعاقداً الأصلي يبقى مسؤولاً أمام جهة الإدارة في حالة التنفيذ على حسابه ولا ينهي هذا الجزاء العقد بل يعهد إلى شخص غير المتعاقد الأصلي، حيث يتم الشراء أو التنفيذ على حسابه وعلى مسؤوليته دون انقضاء لالتزاماته تجاه الإدارة إلا بالوفاء ببنود العقد أو فسخه وعلى الرغم من ذلك أجاز المشرع للمتعاقد حق الرقابة على تنفيذ العملية^(٣)، وغالباً ما تنص الإدارة في دفاتر الشروط العامة أو الخاصة على حقها في رفع يد المتعاقد مؤقتاً عن الاستمرار في تنفيذ العقد وفي أن محل هي محله أو أن محل غيره محله حسبما تراه وذلك في حال تقصيره أو عجزه عن الوفاء بالتزاماته^(٤)، ويجب توقيع هذا الجزاء من قبل الإدارة عند وقوع أخطاء على قدر من الأهمية من جانب المتعاقد^(٥).

وقد استقر اجتهاد مجلس الدولة المصري في أحكامه بأنه «من المستقر عليه أن التنفيذ العيني للعقود الإدارية إنما هو وسيلة للضغط على المتعاقد المقصر

(1) Christophe Lajoir, droit du marches publiques, 1ééditions, Berti, Algèr, 2007, P. 174.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا - طعن رقم ٣٥٩٤ لسنة ٣ ق. جلسة ١٩٩٥/٥/١٦ الموسوعة الإدارية الحديثة - الجزء ٤٩ مبادئ المحكمة العليا ومبادئ الجمعية العمومية لمجلس الدولة المصري - مبادئ من العام ١٩٩٣ حتى عام ١٩٩٩ ص ٢٦٣.

(٣) ماجد ملقى زايد الديحاني، الجزاءات الضاغطة في العقود الإدارية، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، ١٩٩١، ص ٩٣.

(٤) د. عيسى عبد القادر حسن، المرجع السابق ص ١٣١.

(٥) د. طارق سلطان، المرجع السابق ص ٢٢٧.

مع الإدارة وإنه هو شُرّع لحماية سير المرافق العامة ومن ثم فإنه ليس من الشروط الجزائية المنصوص عليها في القانون المدني /ص ٩٨/.

ولدراسة سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الضاغطة، لابدّ من تقسيم هذا المطلب إلى الفرعين التاليين:

الفرع الأول: صور الجزاءات الضاغطة.

الفرع الثاني: الرقابة القضائية على فرض الجزاءات الضاغطة.

الفرع الأول

صور الجزاءات الضاغطة

تتخذ وسائل الضغط ثلاثة صور، فالصورة الأولى هي وضع المشروع تحت الحراسة من قبل الإدارة أولاً، والصورة الثانية سحب العمل والتنفيذ على حساب المتعاقد ثانياً، والصورة الثالثة الشراء على حساب المورد في عقد التوريد ثالثاً، وسنبحثها كمايلي:

أولاً: وضع المشروع تحت الحراسة من قبل الإدارة:

يتعلق هذا الإجراء بعقد التزام المرافق العامة، ويتم من خلال أن تضع جهة الإدارة المرفق موضوع العقد تحت الحراسة، وذلك في حالة التوقف الكلي أو الجزئي للمرفق، حتى وإن لم يكن هناك خطأ منسوب إلى الملتزم، وتفرض الإدارة هذا الإجراء بسبب التوقف الكلي أو الجزئي للمرفق لأسباب لا دخل لإرادة الملتزم بها كما لو كان التوقف راجعاً لقوة قاهرة ضماناً لاستمرار المرفق وفي هذه الحالة لا يتحمل الملتزم المخاطر المالية التي تنترب على إدارة المرفق، أما في حالة فرض الحراسة جزاء لتقصير الملتزم فإن المشروع يدار على حسابه وتحت مسؤوليته^(١).

(١) سامال إسكندر محمد الباجلان، سلطات الإدارة والقيود الواردة عليها في العقود الإدارية، رسالة ماجستير، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ٢٠١٧م، ص ٢١٢.

ومن المعروف أن هذه السلطة تملكها الإدارة من دون الحاجة للجوء إلى القضاء بشرط أن تتذر الملتزم، ولأخير الحق في الطعن بقرار الإدارة طالباً التحقق من أن الحراسة قد فرضت لدواعي المصلحة العامة في استمرار عمل المرفق، وليس لدواعي أخرى، فالإدارة معرضة لإلغاء قرارها إذا كان مشوباً بعدم المشروعية، أو لم يكن له ما يبرره من ناحية توافر الخطأ مع التعويض إذا كان له مقتضى^(١).

ثانياً: سحب العمل والتنفيذ على حساب المتعاقد في عقود الأشغال:

يقصد بهذا الجزاء أن تحل الإدارة محل المقاول المقصر في تنفيذ أعماله، وقيامها بتنفيذ العمل بنفسها على حسابه أو تعهد إلى غيره بتنفيذ هذه الأعمال على مسؤولية المقاول وحسابه^(٢).

وإن سحب الأعمال من المتعاقد يعد أحد الجزاءات التي يترتب عليها نتائج خطيرة، لذلك لا يتم اللجوء إليه إلا في أحوال المخالفات الجسيمة، لذلك فإن القانون ٢٠٠٤ م في سورية قد حدد حالات سحب الأعمال على سبيل الحصر^(٣).

ولدراسة صورة سحب العمل والتنفيذ على حساب المتعاقد، لابد من التعرض لأثر جزاء السحب بالنسبة للمتعاقد، ومن ثم لشروط التنفيذ على حساب المتعاقد، وأخيراً تحديد طبيعة سلطة الإدارة في السحب، والتنفيذ على الحساب، كما يلي:

١ - أثر جزاء السحب بالنسبة للمتعاقد:

تتشابه الآثار المترتبة على الجزاءات الضاغطة سواء كانت تتمثل في الوضع تحت الحراسة في عقد الإمتياز أو الإحتكار الإداري في عقد الأشغال العامة أو التنفيذ على حساب المورد المقصر في عقد التوريد ونستطيع أن نلخص هذه الآثار فيما يلي:

(١) سامال إسكندر محمد الباجلان، المرجع السابق، ص ٢١٢.

(٢) سامال إسكندر محمد الباجلان، المرجع السابق، ص ٢١٢.

(٣) د. محمد الحسين، د. مهدي نوح، القانون الإداري عمال الإدارة العامة وتصرفاتها القانونية، المرجع السابق، ص ٣٣٤.

أ - إن التنفيذ على حساب المتعاقد لا ينهي العقد الأصلي ومن ثم تحل الإدارة محل المتعاقد المقصر، كما لو أنها تتولى تنظيم هذه الحلول بحرية سواء بطلب الأداءات محل العقد من متعاقد آخر، أو أن تقوم هي ذاتها بذلك، وإن لم تستطيع الحصول على ذات الأداءات فإنها تستطيع الحصول على أداءات مماثلة لما هو مقرر في العقد^(١).

ب - إن التنفيذ على حساب المتعاقد يعتبر تدبيراً مؤقتاً، وهذا ما يميزه عن ذات التدبير المطبق بصفة الجزاء التكميلي للفسخ^(٢).

ج - يتم التنفيذ على حساب ونفقة المتعاقد المقصر كما لو أنه يتحمل مخاطر هذه العملية بما في ذلك حالات زيادة الثمن^(٣).

وأوجب المشرع المصري أن يتحمل المورد المنفذ على حسابه كافة النفقات الزائدة عن ثمن العقد الأصلي، بالإضافة إلى مصادرة الإدارة للتأمين، وأن تخصم ما تستحقه من غرامات وقيمة محل خسارة تلحق بها بما في ذلك فروق الأسعار والمصاريف الإدارية^(٤).

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه ومن حيث أن المستقر عليه أن التنفيذ العيني للعقود الإدارية إنما هو وسيلة للضغط على المتعاقد المقصر مع الإدارة وأنه مشروع لحماية سير المرافق العامة بانتظام واطراد ومن ثم فإنه يكون الطاعن ملزم بفروق الأسعار الناتجة عن تنفيذ العقد على حسابه فضلاً عن المصروفات الإدارية مقدارها من قيمة العقد وقيمة غرامات التأخير^(٥).

وإذا قامت الجهة الإدارية بالتنفيذ على حساب المورد المقصر بالأمر المباشر فإن المورد يُعفى من المصاريف الإدارية وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأن المورد يتحمل نتائج الشراء على حسابه فيكون للجهة

(1) A, delaubadéro, P Delvolvémoderne traite des contrats, administratifs T2 op. cit. 1154.

(2) J, Antonie les pouvoirs sanction u co ontractant de faillant, op, cit, P. 6.

(3) L Richer, Op, cit, P. 24.

(٤) المادة ٩٤ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ المتضمن قانون المناقصات والمزيدات المصري.

(٥) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ١١٨١ لسنة ٣٣، ٢٥/١/١٩٩٤.

الإدارية الرجوع عليه بفروق الأسعار التي يسفر عنها هذا الشراء مُضافاً إليها غرامات التأخير المقررة قانوناً، والمصروفات الإدارية المتمثلة في إعادة النشر وتشكيل لجان فتح المضاريف، ولجان البت، فإذا قامت الجهة الإدارية بالتنفيذ بالأمر المباشر دون ثمة إجراءات فمن ثم لا يوجد لاقتضاء مصاريف إدارية^(١).

واستقرت أحكام مجلس الدولة الفرنسي بأن يتحمل المورد الأصلي كافة الآثار المالية الناجمة عن الشراء على حسابه من غرامات التأخير، والمصاريف الإدارية، بالإضافة إلى فروق الأسعار ما بين العقد الجديد؛ والعقد الأصلي بينما لا يستفيد المورد الأصلي المنفذ على حسابه من نقص النفقات (الأسعار) في العقد الجديد عن العقد الأصلي حيث تحتفظ الإدارة بفروق الأسعار لحسابها^(٢).

ويؤيد الفقه الفرنسي هذا القضاء^(٣)، وعلى ذلك يسير مجلس الدولة المصري حيث قضت المحكمة الإدارية العليا بأن الجزاء على عدم تسليم المبيع على الرغم من أداء الثمن هو البيع لحساب المتعاقد مع التزامه بفروق الثمن في حال البيع بسعر أقل، وعدم أحقيته في أن يرد إليه فروق الثمن في حالة البيع بسعر أعلى والتزامه بكافة المصاريف، والرسوم، وإن كان الحكم يتعلق بمزاد بيع أصناف إلا أنه لا يمنع قانوناً من انسحابه على عقد التوريد الإداري.

وفي حكم آخر ذهبت المحكمة إلى أن المشرع الإداري قصد أن يعطي جهة الإدارة الحق في اقتضاء قيمة الزيادة التي تنتج في الثمن عند الشراء على حساب المتعهد، كما قصد جلياً أن يحرم المتعاقد معها حق المطالبة بالفروق إذا كان سعر الشراء يقل عن سعر المتعهد، وهو الذي تسبب في أن تلجأ جهة الإدارة إلى هذا السبيل حرصاً منها على سلامة المرفق العام وذلك حتى لا يفيد المخطئ من تقصيره ولا يثري من إخلاله بتنفيذ التزاماته.

وفي حالة التنفيذ على حساب المتعاقد المقصر فإن الإدارة تستطيع تحصيل الفرق بين ثمن العقد الجديد والعقد الأصلي وغرامات التأخير وقيمة كل خسارة

(١) د. مجدي محمود محب حافظ، موسوعة أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية في خمسين عاماً من عام ١٩٥٥ حتى عام ٢٠٠٥ الجزء الرابع، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠٠٧ - ٢٠٠٨.

(2) C. E, 5 nov 1982, stéprompétrol, Rec, P. 318.

(3) M. morisot, consluctionssur C. E jan 1977 ministre des Finances.

J George L A. J. D 1997 marchésfurnitureset de services J. C. A. 1989.

تلتحق بها بما في ذلك المصاريف الإدارية من المبالغ المستحقة للمتعاقد الأصلي في ذمة الجهة الإدارية وفي حالة^(١) عدم كفايته تلجأ إلى خصمها من مستحقاته لدى أية جهة إدارية أخرى ودون أي إجراءات اقتصادية أو قضائية.

أما في سورية فمن المبادئ المقررة في تنفيذ العقود الإدارية أن المتعهد لا يجوز له التوقف أو الامتناع عن تنفيذ أحكام العقد بسبب ما نشب من خلاف بينه وبين الإدارة، وإنما يتوجب عليه أن يثابر في تنفيذ أحكام العقد، وأن يرفع الخلاف الناشب مع الإدارة في حال عدم التوصل إلى حل بينهما إلى القضاء، وعليه فإن امتناع - المتعهد - (المدعى عليه) عن استكمال استجرار باقي الكمية المتعاقد عليها موضوع الدعوى بسبب امتناع الإدارة عن تخفيض الأسعار هو أمر لا مستند له مما يجعل امتناعه في غير محله القانوني. إذ لا يحق للمتعهد أن يوقف تنفيذ الأعمال في جميع الأحوال الواردة في المادة ٦٣/ من نظام العقود الإدارية رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤م، وإلا فيعتبر مسؤولاً عن كل ما يلحق بالإدارة من أضرار وخسائر بسبب هذا الإيقاف ويفقد حقه بالمطالبة بأي تعويض^(٢).

٢ - شروط التنفيذ على حساب المتعاقد:

على ضوء المستقر فقهاً وقضائياً وتشريعاً فإن هناك عدة شروط لتطبيق هذا الجزء يمكن تقسيمها إلى نوعين:

- شروط موضوعية: تتعلق بالمخالفة المستوجبة للجزاء.

- شروط شكلية: متصلة بالإجراءات اللازمة لاتخاذها.

أ - الشروط الموضوعية:

تتمثل هذه الشروط تحديداً في تصرف المتعاقد سلباً أم إيجاباً والذي يبرر اتخاذ الإدارة للجزاء، وهو على هذا النحو يكون في امتناعه عن تنفيذ التزاماته أو

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ١٣٤٥ لسنة ٨ ق جلسة ١٩٦٤/٢/١ مجموعة العقود الإدارية في أربعين عاماً ص ٦٠٨ وما بعدها.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، القرار رقم ١/٤٦ لسنة ٢٠١٤م. في الطعن ذي الرقم ٢٠٣٧/ لسنة ٢٠١٤م. الصادر بتاريخ ٢٠١٤/٢/٣م. غير منشور.

إخلاله في تنفيذها^(١)، وإن كان المشرع لم يحدد معالمه إلا أنه يتحدد بالقواعد العامة التي تتطلب أن يكون معطلاً لسير المرفق العام، أو يعرض المصلحة العامة للخطر الذي يبرر سحب العملية، وتنفيذها على حساب المتعاقد بطريق الغير وإن كان يخضع لتقرير الرقابة تحت رقابة قاضي العقد إلا أنه مقدماً استقر قضائياً يلزم أن يكون الإخلال جسيماً وهذا معناه أن عدم انتفاء الجسامة بغية عدم مشروعية توقيع الجزاء ومن أمثلة الخطأ الجسيم الموجب للتنفيذ على الحساب:

- بطء سير العمل وعدم انتظامه، وتأخر المقاول في البدء في الأعمال الموكلة إليه يترتب عليه سحب الأعمال منه وتوقيع مصروفات إدارية بواقع ١٥% من قيمة الأعمال التي لم يتم تنفيذها^(٢).

- تأخر المتعاقد عن التنفيذ مع إهمال الإدارة له لمدة دون أن ينجز الأعمال الموكلة إليه.

ولا يشترط أن يكون الإخلال بالتنفيذ عمداً وإنما يكفي فيه أن يقع بإهمال من المتعاقد وهذا ما توضحه المادة /٨٤/ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري الحالي رقم /٨٩/ لعام /١٩٩٨/ والتي ذكرت بأنه إذا أخل المقاول بأي شرط من شروط العقد، أو أهمل، أو أغفل القيام بأحد الالتزامات المقررة...؛ بما يفيد أن العمد والإهمال في التنفيذ يستويان في تبرير اتخاذ الإدارة لهذا الإجراء، فإن الحالات المبررة له لا تخضع للحصر فهي حالات قوامها الإخلال بالتنفيذ وهذا الإخلال تتعدد أشكاله وصوره، لذا فإنه يخضع لتقدير الجهة الإدارية تحت رقابة قاضي العقد للوقوف على مدى خطورة خطأ المتعاقد ومدى ما يمثله من إخلال بالتزاماته.

وفي فرنسا تقرر المادة /١٧/ من دفتر الشروط المطبقة على القوات البحرية الفرنسية بأن استعمال الإدارة لهذا الحق مرهون بعدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته العقدية وفي حال عدم استجابة المتعاقد للمدة المحددة في إعدار الإدارة له بضرورة تنفيذ

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية طعن رقم ١٦٣٤ لسنة ٤٧ جلسة ٢٠٠٥/٥/٢٦ مجموعة المبادئ القانونية ٢٠٠٦ ص ٣٦٧.

(٢) إدارة الفتوى والتشريع فتوى في مصر رقم ٢٦١٦ تاريخ ٢٥/٦/٢٠٠٠ مجموعة المبادئ القانونية في العقود الإدارية ص ١٧٨.

الالتزام خلالها ووفقاً لقضاء مجلس الدولة الفرنسي فإن تقاعس المورد عن التوريد في المواعيد المقررة، أو التأخير، ورداءة الأصناف الموردة تعتبر أخطاء جوهريّة تبرر اتخاذ جزاء التنفيذ على الحساب^(١).

وفي مصر تنص المادة /٢١/ من قانون تنظيم المناقصات، والمزايدات الحالي رقم /٨٩/ لعام /١٩٩٨/ على أنه إذا لم يقدّم صاحب العطاء المقبول بأداء التأمين النهائي في المهلة المحددة جاز للجهة الإدارية بموجب إخطار بكتاب موصى عليه يعلم بعلم الوصول ودون حاجة لاتخاذ أي إجراء آخر إلغاء العقد أو تنفيذه بواسطة أحد مقدمي العطاءات التالية بحسب ترتيب أولوياتها، وتنص المادة /٢٥/ من القانون ذاته على أنه يجوز للجهة الإدارية فسخ العقد، أو تنفيذه على حساب المتعاقد إذا أخل بأي شرط من شروطه.

وذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لمجلس الدولة المصري على أنه... ولئن كان الالتزام بالتنفيذ عيناً في المعاملات المدنية لا يتم إلا عن طريق القضاء فإنه في العقود الإدارية يمكن أن يجري تنفيذ الالتزام عيناً بواسطة الإدارة تقوم به بنفسها وعلى حساب الجهة المتعاقد معها وتحت مسؤولية هذه الجهة^(٢).

وفي سوريا نصت المادة /٥٤/ من نظام العقود الصادر بالقانون رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤ حالات التنفيذ على حساب المتعاقد أنه يحق لأمر لصرف أن يقرر سحب تنفيذ التعهد من المتعهد وتنفيذه على حسابه في الحالات الآتية:

- * عند عدم مباشرة المتعهد بتنفيذ التعهد في الوقت المحدد.
- * عندما يجاوز مقدار الكميات المرفوضة نهائياً ثلث الكمية المتعاقد عليها.
- * عندما يجاوز مقدار الكميات المرفوضة نهائياً ومع أي جزء منها إذا نص العقد على تسليمها مجزأة على دفعات.
- * إذا ارتكب المتعاقد أعمال الغش، أو التلاعب، أو الرشوة.

(1) C. E, 5 décembre 1934, StéHorme, P1149; nov 1982, Socpeoptetrol, P. 381; A. J. D. A 1983, 259 concl.

(٢) فتوى رقم ٣٣٩ مجلس الدولة المصري جلسة ١٩٩٥/٣/٢ مجموعة العقود الإدارية في أربعين عاماً، ص ٦٢٤ وما بعدها.

- * إذا أخل المتعاقد مع الإدارة بالتزاماته أو امتنع عن إصلاح خطأه خلال المدة التي تحددها جهة الإدارة.
- * إذا أخل المتعاقد ببرنامج العمل بحيث يخشى ألا ينجز في موعده إذا كانت هناك ضرورة فنية، أو إدارية استثنائية لإنجازه في هذا الموعد.
- * إذا كان من المنتظر أن تجاوز غرامة التأخير النسبة المحددة في المادة /٥٠/ من هذا النظام أو جاوزتها.
- * إذا أعلن المتعهد عجزه عن الاستمرار في تنفيذ العقد.

وبذلك جاءت على سبيل الحصر عكس المشرع المصري المحكمة الإدارية العليا في سوريا إن تقاعس الملتزم عن الوفاء بتعهداته، أو امتناعه عن القيام بها يخول الإدارة سلطات واسعة، فهي من جهة تستطيع أن تفسخ العقد، وتقوم بتأمين المواد بالطريقة التي تراها مناسبة لسد حاجات المرفق الذي ترعاه فهي تملك لذلك الشراء على حساب المتعهد السابق، أو تلزم التعهد لملتزم آخر بالشروط التي تراها ولا يحق للمتعهد تحديد النهج الذي ترغب في اتباعه^(١).

ب - الشروط الشكلية:

ضرورة إعداد المتعاقد قبل فرض الجزاء الضاغط ويذهب غالبية الفقه الفرنسي بأن الإعداد يشكل العامل الحقيقي لمشروعية الجزاءات الضاغطة الصادرة بطريقة الإدارة في العقود الإدارية^(٢).

٣ - طبيعة سلطة الإدارة في السحب والتنفيذ على الحساب:

يخضع اختيار طريقة تنفيذ جزاء السحب و التنفيذ على حساب المتعاقد لمحض تقدير الإدارة، إذ أن العملية أو المشروع بعد أن تقرر سحبه من المتعاقد وتخضعه لإدارتها المباشرة يمكن أن تعهد به إلى متعاقد آخر سواء أكان أحد المتعاملين معها، أو شخصاً آخر من غير المتعاقدين معها^(٣).

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية بالطعن ١٢٠ أساس ١٣٣ لعام ١٩٧٢.

(2) J. Antoine, Les Pouvoirs de sanction du contractant de failliant petites affiches octobre, 2000, h22, P. 7.

(٣) د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص ٢١٨.

وفي مصر خيّر قانون المناقصات والمزايدات المصري الإدارة في سلوك ثلاثة طرق تختار ما يناسبها من بينها:

- أن تقوم بنفسها على حساب المتعاقد بتنفيذ الأعمال المتعاقد عليها.
 - أن تطرح هذه الأعمال في مناقصة جديد وتسد بالطبع الأعمال لمناقص جديد.
 - أن تعهد بالقيام بالأعمال المتعاقد عليها إلى متعاقد آخر بطريق الممارسة.
- ولا يخلو النص في العقد على عرض النزاع حول تنفيذ المتعاقد لالتزاماته على القضاء والتحكيم وحق الإدارة في توقيع هذا الجزاء إذ أنها رغم الإلتجاء إلى القضاء أو التحكيم فإنها تملك التوفيق دون الحاجة إلى القضاء.

في سورية تنص المادة /٥٥/ من نظام عقود الجهات العامة رقم /٥١/ لعام /٢٠٠٤/ على أنه يحق لأمر الصرف عند سحب تنفيذ التعهد أو عند نكول المتعهد أن تقوم بتأمين الاحتياجات على حسابه وفق ما يلي:

- بطريقة المناقصة أو طلب العروض في الحالات الاعتيادية.
- بطريقة الأمانة أو بالتراضي عند فشل المناقصة أو طلب العروض أو عندما تكون هناك ضرورات فنية أو إدارية تستدعي إنجاز الأعمال على غير طريق المناقصة وأوجبت المادة المذكورة أن يتم إعلام المتعهد بالإجراءات المتخذة وبالطريقة التي يتم التنفيذ فيها على حسابه.

وإذا كانت الإدارة ذات سلطة تقديرية في اختيار طريقة التنفيذ على حساب المتعاقد وفي الحدود السابقة إلا أنها لا تتحرر من كل القيود في شأن الالتزامات التعاقدية بمعنى أنها تكون ملزمة بذات ما يفرضه العقد عليها من التزامات فضلاً عن أشكال الالتزامات العامة في العقود التي كانت مفروضة على المتعاقد معها ومن ذلك حسن النية في التنفيذ وهو ما يتأسس على حلولها محل المتعاقد المقصر مما يفرض عليها ذات التزاماته وهو ما يؤكد القضاء بأنها تكون بمثابة وكيل عنه في التنفيذ، وبما أنه من أصول الوكالة تنفيذ الوكيل للالتزامات بدقة وعناية فتكون الإدارة ملزمة بذلك ولذا قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأن الجهة الإدارية في تنفيذها للعقد الإداري على حساب المتعاقد المقصر تقوم بدور الوكيل فتلزم

ببذل العناية التي تبذلها في أعمالها الخاصة وعليه لا وجه لتحميل المتعاقد مع الإدارة فروق الأسعار متى ثبت تأخير الإدارة في التنفيذ على حسابه.

ثالثاً: الشراء على حساب المورد في عقد التوريد:

إن أهم المظاهر لوسائل الضغط على المتعاقد في العقود الإدارية، الشراء على حساب المتعاقد في عقود التوريد وهي كما تبدو جزاءات مؤقتة لا تنهي العقد بل توكل تنفيذه إلى غير المتعاقد الأصلي، ولكن تقع على عاتقه المسؤولية^(١).

فعندما يتخلف المورد في عقد التوريد الإداري عن تنفيذ التزاماته يمكن للإدارة أن تقوم بهذا التنفيذ على حسابه، وتحت مسؤوليته وذلك بهدف ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد وعدم تعريض المصلحة العامة للضرر، ويميز القانون المصري بين حالتين، الأولى حالة توريد أصناف غير صالحة، والثانية حالة عدم التوريد^(٢).

ويرتبط هذا الجزاء في الغالب بعقود التوريد فإذا تخلف المتعاقد عن تنفيذ التزامه بالتوريد تقوم الإدارة بالتنفيذ على حسابه ومسؤوليته. وقد جرى العمل أن تمنح الإدارة للمتعاقد مهلة أولية بإخطاره بموجب تنفيذ التزاماته مع توقيع غرامة إذا اقتضى الأمر ذلك إلا إذا اشترط في العقد على إعفاء الإدارة من توجيه الإنذار^(٣).

ومن الملاحظ أن الشراء على حساب المورد يخضع لذات النظام القانوني، الذي يخضع له سحب الأعمال، والذي قننته المادة (٥٤) من القانون ٥١/ لعام ٢٠٠٤م، وذلك من حيث أسباب إيقاع هذا الجزاء، وإجراءات فرضه، والإجراءات واجبة الاتباع عند التعاقد مع المتعاقد الجديد والآثار الناجمة عن ذلك، مع العلم أن المشرع السوري قد أعفى الإدارة من التقيد بإنذار المتعاقد قبل الشراء على حسابه، وذلك شريطة أن تتقضي مدة ٣٠ يوماً على المدة المحددة لوفاء المتعاقد بالتزاماته بالتوريد، ولكن المشرع أعطى للوزير المختص، وفي الحالات الضرورية التي يقدرها أن ينذر المتعهد المتعاقب بوفاء التزامه خلال مدة يحددها دون التقيد بمدة الثلاثين يوماً المذكورة، على

(١) سامال إسكندر محمد الباجلان، المرجع السابق، ص ٢١٥.

(٢) سامال إسكندر محمد الباجلان، المرجع السابق، ص ٢١٤.

(٣) سامال إسكندر محمد الباجلان، المرجع السابق، ص ٢١٥.

أن لا تقل عن يومين، وعلى أن تباشر الإدارة بتنفيذ الشراء على حساب المتعاقد الناكل بعد الانتهاء من مدة الإنذار^(١).

ونجد مما تقدم أن الجزاءات الضاغطة بصورها الثلاثة إنما تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة وتنفيذ العقد بالضغط على المتعاقد المقصر، وإرغامه على تنفيذ التزاماته، ولا ترمي إلى إنهاء العقد، فالمرفق العام يجب أن يستمر بانتظام واطراد.

الفرع الثاني

الرقابة القضائية على فرض الجزاءات الضاغطة

إن الإدارة في معرض ممارستها لسلطتها في التنفيذ المباشر، وتحقيقاً للصالح العام، وبقصد تنفيذ العقد تنفيذاً فعلياً قد تتجاوز أو تخطئ، أو قد تحيد عن جادة الصواب فيما تصدره من قرارات أو تفرضه من جزاءات، فإذا كان المتعاقد مع الإدارة معرضاً لسلطة مؤيدة (جزائية) فعالة جداً، فإنه، يجد على الأقل ضمانات مهمة في رقابة القاضي.

وفي الحقيقة أن ممارسة قاضي العقد لرقابته على تدابير الإدارة إنما تؤلف تطبيقاً للمبادئ العامة لنظام حل المنازعات الإدارية في مضمار الرقابة على المشروعية.

وإعمالاً للقواعد القانونية العامة، يستطيع القضاء الإداري دائماً أن يحكم على الإدارة بالتعويض، إذ تسببت بتصرفها المعيب في إلحاق الضرر بالمتعاقد معها، حيث ينظر القضاء الإداري في مثل هذه الدعاوى ضمن ولايته كقضاء كامل^(٢).

أما فيما يختص برقابة الإلغاء فإن الوضع يختلف في حال إجراء الحراسة عنه في إجراءات الضغط الأخرى، في فرنسا يحق للقضاء إلغاء فرض الحراسة في

(١) المادة ١٥ من دفتر الشروط العامة ٤٥٠/٢٠٠٤م، راجع في الفقه: د. محمد الحسين، د. مهند نوح، القانون الإداري عمال الإدارة العامة وتصرفاتها القانونية، المرجع السابق، ص ٣٤٠ - ٣٤١.

(٢) علي نصر الحسن، الجزاءات المفروضة في إطار تنفيذ العقود الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، دمشق، سورية، ٢٠١٧م، ص ١٢٥.

عقد الالتزام إذا كان القرار غير مشروع، أو ليس له ما يبرره أو غير ملائم مع جسامه الخطأ، وذلك على عكس الحال فيما يتعلق بإجراء الحلول في عقد الأشغال، حيث يستطيع المقاول فيه اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم بالتعويض إذا أثبت أن الجزء غير مشروع أو ليس له ما يبرره أو أنه غير متناسب مع جسامه الخطأ، ولكنه لا يستطيع أبداً أن يحصل على حكم بإلغاء الإجراءات التي اتخذتها الإدارة في هذه الحالة لأن قاضي المنازعات الناشئة عن عقد الأشغال ليست له في فرنسا سلطة إلغاء الإجراءات التي يتخذها رب العمل قبل المقاول، وإنما يختص فقط ببحث ما إذا كانت هذه الأعمال قد صدرت في أوضاع تعطي للمقاول الحق في طلب التعويض، إذ تعتبر الإدارة فيما يتعلق بإجراء الحلول محل المتعهد أنها تتصرف دائماً بقصد تحقيق الصالح العام.

وكذلك فإن القاضي الإداري في فرنسا لا يستطيع في عقود التوريد إبطال قرار الشراء على حساب المتعهد، ولكنه يستطيع فقط أن يعفي المتعهد من النتائج المالية من الجزء وأن يحكم له عن التعويضات التي تصيبه^(١).

إلا أن القضاء الإداري في سورية ومصر لم يأخذ بما أخذ به القضاء الفرنسي في هذا الخصوص، وانتقد بعض الفقهاء في مصر التفرقة التي قررها مجلس الدولة الفرنسي في مجال قضاء الإلغاء بين فرض الحراسة في عقد الالتزام وبين باقي إجراءات الضغط المؤقتة الأخرى في العقود الإدارية، واعتبرها مرحلة من مراحل تطور القضاء الفرنسي، كما رأى أن هذه التفرقة لا وجود لها في القضاء المصري، إذ يختص القضاء الإداري في مصر بإلغاء القرارات الصادرة بتوقيع جزاء الحلول أو الشراء على حساب المورد.

ولا بد من الإشارة إلى أن سلطة القضاء الإداري في الرقابة على استعمال الإدارة لحقها في توقيع الجزاءات ومنها الجزاءات المؤقتة لا تقتصر على ناحية المشروعية فقط، وإنما المشروعية والملائمة معاً، أي أنه لا يراقب فقط موافقة الجزاء لأحكام القانون، وإنما كذلك تناسب الجزاء الموقع مع المخالفة المرتكبة، فرقابة قاضي العقد يمارسها ليتحقق من ناحية الشكل، ومن ناحية الموضوع فيما إذا كانت الشروط الشكلية، والموضوعية متحققة، وعما إذا كانت المؤيدات المتخذة

(١) علي نصر الحسن، المرجع السابق، ص ١٢٦.

من قبل الإدارة شرعية ومسوغة، وإلا ألغى القرار الصادر بتطبيق هذا المؤيد لأنه من أنواع القرارات الإدارية المنفصلة^(١).

وهذا ما أكدت عليه المحكمة الإدارية العليا في سورية في قرار لها نصت فيه على مايلي:

" ١ - إن سلطة القاضي الإداري في أعمال رقابته على تصرف الإدارة إزاء ما تنسبه للمتعهد من تقصير هي سلطة واسعة وتشمل رقابة مشروعية العقوبة المفروضة كوسيلة من وسائل الضغط عليه من جهة، و وملاءمتها لخطأ المتعهد من جهة ثانية.

٢ - إن سحب الأعمال من المتعهد، وهو أحد الجزاءات التي يمكن فرضها بحق الملتزم المتقاعس بل أشدها لما يترتب عليه من نتائج خطيرة، لا يلجأ إليه إلا في أحوال المخالفات الجسيمة، أو عندما يتكرر الإهمال من جانب الملتزم أو يعجز عن متابعة التنفيذ، ومن هنا فإن القاضي الإداري يملك - إذا ما عرض عليه أمر فسخ الالتزام - أن يرفض الفسخ أو سحب الأعمال إذا رأى أن الخطأ لا يتلاءم وقسوة الجزاء"^(٢).

(١) علي نصر الحسن، المرجع السابق، ص ١٢٧.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، قرار رقم ٣٣٩/، الطعن ٣٢٧/، لسنة ١٩٧٧م.

المبحث الثاني

الرقابة القضائية على سلطة إنهاء الإدارة

للعقد الإداري بإرادتها المنفردة

العقد الإداري "كأي عقد آخر" يمكن أن ينتهي بإتمامه أو بإنهاء المدة المحددة له وهذا ما يسمى بالانتهاء الطبيعي للعقد الإداري؛ أي الانتهاء الذي يحدده العقد سلفاً في نصوصه، وهذا النوع من الانتهاء لا يثير أي مشاكل غير أن العقد الإداري قد ينتهي في غير الأحوال العادية التي تنتهي فيها العقود عادة نتيجة لظروف غير طبيعية تؤدي إلى إنهاء العقد الإداري ويمكن إرجاع انقضاء العقد في هذه الحالة إلى الأسباب التالية:

أ. إنحلال العقد باتفاق الطرفين: قد ينحل العقد قبل انقضائه بل وقبل البدء في تنفيذه في كثير من الأحيان عن طريق الإرادة المشتركة للأطراف ويأتي بمعنى التقابل^(١) أو التماسخ كما ينعقد العقد بإرادة الطرفين فإن العقد يزول قبل نهايته الطبيعية برضاها أيضاً، ولا صعوبة في هذا المجال كما في الأحكام المدنية في هذا الصدد والتقابل يكون بإيجاب وقبول صريحين أو ضمنيين كم هو الحال في العقد الأصلي.

ب. انقضاء العقد بقوة القانون: ينقضي العقد الإداري بقوة القانون قبل نهايته الطبيعية في حالات محددة والتي تتمثل في هلاك محل العقد، أو أن يصدر قانون بإنهاء بعض العقود، أو في حالة إفلاس المورد، أو إفساده، أو ينقضي العقد الإداري بسبب غش المتعاقد، أو تلاعبه في تعاقداته مع الجهة الإدارية.

ج. انقضاء العقد بسبب القوة القاهرة والتي تجعل التنفيذ النهائي للعقد مستحيلاً: يعفى المتعهد من تنفيذ التعهد إذا أضحى أمام استحالة مطلقة تحول دون قيامه بتنفيذ أحكام التعهد، وكان ذلك غير ناجم عن تقصيره راجعاً إلى ظروف خارجة تماماً عن إرادته.

(١) د. محمد أنس قاسم جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٠، ص ٢٧٩.

د. فسخ العقد الذي يمكن إعلانه كعقوبة بسبب خطأ عقدي: ولا يمكن اتخاذ تدبير كهذا إلا بسبب خطأ جسيم وهذا الخطأ قد يكون خطأ الإدارة، ولا يستطيع المورد أن يعلن الفسخ بإرادته المنفردة بل عليه مراجعة قاضي العقد ليقوم بذلك وقد يرتكب المتعاقد هذا الخطأ، فتقوم الإدارة بمبادرة الفسخ بالإرادة المنفردة لها.

هـ. نهاية العقد باستقلاله عن أي خطأ عندما تمارس الإدارة سلطتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة وفي هذه الحالة تتجلى أصالة هذا الحق في إظهار الخصائص الذاتية للعقد الإداري، وعليه تُشابه هذه الحالة الفسخ دون خطأ والفسخ على أساس الخطأ في أن الإدارة توقعه بإرادتها المنفردة ولكن شروط أعمال وآثار الفسخ تختلف جُلَّ الاختلاف في الحالتين.

إن الحالات الثلاث الأولى لا تخرج عن كونها تطبيق للقواعد العامة في القانون الخاص والتي لا تحتاج إلى تفصيل بينما سوف نقوم بدراسة إنهاء العقد بإرادة الإدارة المنفردة موضوع دراستنا هذه ضمن المطلبين التاليين:

المطلب الأول: إنهاء العقد الإداري بإرادة الإدارة المنفردة لدواعي المصلحة العامة.

المطلب الثاني: فسخ العقد الإداري كجزاء توقعه الإدارة نتيجة خطأ المتعاقد معها.

المطلب الأول

إنهاء العقد الإداري بإرادة الإدارة المنفردة لدواعي المصلحة العامة

تتمتع الإدارة في إطار عقودها الإدارية بسلطة إنهاء العقد بإرادتها المنفردة قبل إتمام هذا العقد نهائياً ودون أن يصدر خطأ من المتعاقد متى اقتضت المصلحة العامة.

وسوف نبحث في هذا المطلب مفهوم سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة لدواعي المصلحة العامة، ومن ثم سنبحث في الرقابة القضائية

على ممارسة الإدارة لسلطة الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، وذلك في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: مفهوم سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة لدواعي المصلحة العامة.

الفرع الثاني: الرقابة القضائية على ممارسة الإدارة لسلطة الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة.

الفرع الأول

مفهوم سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة لدواعي المصلحة العامة

بإمكان الإدارة بالاستقلال عن أي خطأ أن تعلن نهاية العقد الإداري استناداً إلى سلطتها في الفسخ من جانب واحد لدواعي المصلحة العامة^(١) حتى وإن لم ينص العقد على هذا الحق وفي هذه الحالة تتجلى على خلاف العقود الأخرى في نطاق القانون الخاص^(٢).

فالإدارة بوصفها المسؤولة عن حسن سير المرفق العام الذي أبرم العقد من أجل المساهمة في تسييره، فإنها تملك سلطة إنهاء العقد الإداري بقرار انفرادي من جانبها في أي وقت تشاء قبل انتهاء أجله أو تنفيذه الالتزامات التي تشكل موضوعه متى اقتضت المصلحة العامة مثل هذا الإنهاء.

فمن غير المعقول ومما يتنافى مع المنطق والصالح العام أن تستمر الإدارة لمدة طويلة في تسيير مرفق عام غير مفيد، أو الإبقاء على عقد أصبح غير ملائم أو تتكيف مع احتياجات المرفق العام، أو تستمر في أعمال وتوريدات غير مفيدة

(١) د. جورج فوديل وبيار دلفولفيه، القانون الإداري، الجزء الأول، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ٢٠٠٤، ص ٢٣١.

(٢) د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٧٧٨.

للمرفق العام، أو لا تحتاج إليها إذا لم تعد تتلاءم مع سياستها المتبعة في إدارة واستقلال المرفق العام، فهذه السياسة قابلة للتغيير والتبديل ابتغاء الصالح العام.

وسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري ليست مطلقة، بل يجب أن تبتغي تحقيق الصالح العام ومن جانب آخر يجب ألا تجور على المصلحة الخاصة للمتعاقد معها فهذه المصلحة مشروعة وجديرة بالحماية، ولذلك فإنه من أجل إيجاد نوع من التوازن بين المصلحة العامة ومصلحة المتعاقد الخاصة أقرّ بالاعتراف لجهة الإدارة بإنهاء العقد بالإرادة المنفردة قبل النهاية الطبيعية للعقد متى اقتضت المصلحة العامة ذلك على أن يستحق المتعاقد مع الإدارة في مثل هذه الحالة تعويضاً كاملاً لما فاتته من كسب وما لحقه من خسارة^(١)، وعلى الرغم من أن الفسخ في هذه الحالة مكلف بالنسبة للإدارة إلا أن الاستمرار في العقد بما يتعارض مع المصلحة العامة أكثر تكلفة^(٢) فهي تدفع مبلغ التعويض للمتعاقد معها وهو في جميع الحالات أقل من ثمن الأعمال أو الأصناف المتعاقد عليها وعلى وجه الخصوص إذا لم تكن هناك حاجة لها.

وتستلزم مقتضيات البحث إلقاء الضوء على الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد أولاً، ومن ثم شروط ممارسة هذه السلطة ثانياً، وأخيراً الآثار القانونية المترتبة على إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة ثالثاً، وذلك على التفصيل التالي:

أولاً: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد بالإرادة المنفردة لدواعي المصلحة العامة:

اختلف الفقه حول الأساس القانوني لهذه السلطة فذهب أنصار الرأي الأول إلى أن هذه السلطة تقوم على أساس فكرة السلطة العامة، وامتيازات القانون العام^(٣).

فيما ذهب أنصار الرأي الثاني إلى أنها تقوم على فكرة ضرورات الصالح العامة ومقتضيات المرفق العام^(٤)، فيما يرى أنصار الاتجاه الثالث على أن هذه

(1) RICHER (L), op, cit, P. 218.

(2) Péguignot (g); op, cit, P. 139.

(٣) هاني إسماعيل، المرجع السابق، ص ١٢٨٦.

(٤) هاني إسماعيل، المرجع السابق، ص ١٢٨٦.

السلطة تقوم على أساس مزدوج يجمع بين الاتجاهين السابقين أي يستند على فكرة السلطة العامة، وامتيازات القانون العام، إلى جانب فكرة الصالح العام، واحتياجات المرافق العامة^(١).

ونحن من جانبنا نميل إلى الرأي الثاني، والذي ذهب إليه معظم الفقه الفرنسي والمصري والسوري، والقضاء الذي يرى أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد قبل الأوان بالإرادة المنفردة، ودون خطأ من المتعاقد يقوم على فكرة ضرورات الصالح العام ومقتضيات المرفق العام.

فسلطة الإدارة في إنهاء العقد تعتبر نتيجة لفكرة المرفق العام الذي يركز عليه العقد الإداري، فإذا أصبح العقد الإداري يمثل عقبة أمام تحقيق أهداف الإدارة وغايتها فإنه لا ينبغي أن يبقى العقد قائماً، وعليه تستند هذه السلطة على ضرورة تكييف العقود مع المصلحة العامة، وإلغاء العقود التي لم تعد تفي باحتياجات الإدارة والجمهور، فالمصلحة العامة لن تتحقق في عقد غير معين للمرفق، أو غير متلائم لاحتياجاته؛ لأن العقد يرتبط بالمرفق العام الذي يتميز بدوره بقابليته للتغيير، والتبديل، فظروف العمل قابلة للتطوير مما يعني ضرورة تمتع جهة الإدارة بسلطة إنهاء العقد بالإرادة المنفردة متى اقتضت المصلحة العامة ذلك متمثلة في مقتضيات المرفق العام. فالإدارة يجب ألا تنقيد بشكل محدد بعقود أصبحت غير نافعة أو غير متكيفة مع حاجات المرفق العام وإلا أدى جمود العقد إلى جمود المرفق العام وانقلب العقد الذي كان وسيلة تسيير المرفق العام إلى قيد عليه^(٢).

ومن المستقر عليه فقهاً وقضاً وتشريعاً في فرنسا ومصر وسورية أن سلطة الإنهاء من النظام العام وهي حق ثابت للإدارة في جميع العقود الإدارية سواء وجد نص يجيز لها ذلك صراحة أم لم يوجد وحتى لو لم يقررها نص في القانون كما تستطيع الإدارة أن تقضي بإنهاء العقد من جانب واحد في خارج الحالات التي يعترف فيها العقد للإدارة بهذه السلطة^(٣).

(١) هاني إسماعيل، المرجع السابق، ص ١٢٨٦ - ١٢٨٧.

(٢) هاني إسماعيل، المرجع السابق، ص ١٢٨٧ - ١٢٨٨.

(3) delaubader (A); op, cit, P. 658.

وفي مصر أجمع الفقه على أن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري من جانب واحد هي من النظام العام حيث تتمتع بها الإدارة ولو لم ينص عليها في العقد ذاته^(١)، وذهب الدكتور سليمان الطماوي إلى أن حق الإدارة في إنهاء عقودها هو أمر مُسلم به حتى ولو لم يرتكب المتعاقد أي خطأ وتتجلى أصالة هذا الحق في حالة عدم النص عليه في العقد^(٢).

وفي سورية يذهب كل من الدكتورين "محمد الحسين" و "مهند نوح" إلى أن الإدارة تتمتع بهذا الحق دون وجود نص قانوني، أو نص في العقد كما يقع باطلاً تتنازل الإدارة عنه لأن من واجبها كإدارة مسؤولة عن حسن تنظيم المرفق العام تأمين حسن تسييره بما يتلاءم مع التطورات والتغيرات التي تحصل أثناء التنفيذ حتى تتحقق المصلحة العامة^(٣).

وقد اعتمد مجلس الدولة الفرنسي والمصري والسوري ذات الأساس القانوني المشار إليه والذي تبناه الفقه الراجح فذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أنه من حق الإدارة عندما تقرر أن العقد لم يعد يتفق مع حاجات المرفق العام أن تقوم بإنهائه بإرادتها المنفردة وهي في ذلك سلطة ثابتة لها في جميع الأحوال بمقتضى القواعد المطبقة على العقود الإدارية^(٤).

وأكد مجلس الدولة الفرنسي على هذا الحق والأساس القانوني له في عقود الالتزام، حيث قضى مجلس الدولة بأنه للجهة مانحة الالتزام بمقتضى القواعد العامة المطبقة على العقود الإدارية... أن تنهي عقد الالتزام قبل حلول أجله لأسباب تتعلق بالصالح العام تبرر في تاريخ اتخاذها قرارها وجوب التخلي عن المرفق العام محل الالتزام، أو إعادة إنشائه على أسس جديدة حتى ولو لم يوجد أي نص تشريعي أو لائحي أو تعاقدي ينظم ممارسة هذه السلطة^(٥).

وذلك مع مراعاة حقوق المتعاقد صاحب الشأن في التعويض فلها أن تنتهي العقود الإدارية التي أبرمتها فأكدت في ذات الحكم وفي أحكام أخرى بأن الإدارة

(١) د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٤٩٥.

(٢) د. حسين درويش، المرجع السابق، ص ١٦٤.

(٣) د. محمد الحسين، مهند نوح، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٢٥٩.

(4) C. E. Ass 2 mai 1958. Distillerie, de magnal - laval, Rec 296.

(5) C. E Ass 2 feur 1987, sociétéTV6, Rec 29. V. n. 167.

يمكنها ممارسة هذه السلطة بالطريق اللائحي لتشمل مجموعة من العقود^(١) بمعنى أن تتم في صورة تبرير عام ينهي طائفة من العقود في ذات الوقت بمقتضى السلطة اللائحية للحكومة، أو انفراداً بالنسبة لعقد واحد ولقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي أن سلطة الفسخ الانفرادي قبل سلطة التعديل الانفرادي تجد أساسها وحدودها في الصالح العام^(٢).

ولم يخرج موقف مجلس الدولة المصري عن نظيره الفرنسي وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بقولها إن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة كما يترتب عليها كذلك أن للإدارة دائماً سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا هو ما يقضيه الصالح العام ولا يكون للطرف الآخر إلا الحق في التعويضات إن كان لها وجه حق^(٣).

كما ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية بقولها: وللإدارة في ممارستها لسلطة تعديل العقد، أو إنهائه إنما تستعمل حقاً وهذه السلطة لا تستمدّها الإدارة من نصوص العقد، بل من النظام العام لسير المرافق العامة والذي يحكم كفالة حسن سيرها وانتظامها في أداء خدماتها بما يحقق المصلحة العامة ومن ثم فحق الإدارة في التعديل أو الإنهاء للعقد مقرر بغير حاجة إلى النص عليه في العقد أو إلى موافقة الطرف الآخر عليه^(٤).

أما مجلس الدولة السوري فقد سار على خطى مجلس الدولة الفرنسي والمصري واعترف للإدارة بسلطة تقديرية في إنهاء العقود الإدارية كافة وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة ودون وجود نص في العقد على ذلك باعتبارها القوامة على تسيير المرافق العامة، حيث ذهبت المحكمة الإدارية العليا السورية في حكم

(1) Meme arrêtet C. E soct 15 juillé 1959, société des al cohols du vexin, Rec, 451, RDpubl 1960note M maline

(2) C. E 22 avr 1960 socété France 5et. Ass citation des fournisseur de la cinq, rec 157.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن ٢٠٠٩ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٩٠/٣/٢٠ - مجموعة المكتب الفني لسنة ٣٥ القاعدة ١٣٠.

(٤) حكم محكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٣٩٨٦ لسنة ٣٥ ق - جلسة ١٩٩٢/١١/١٥ - موسوعة العقود الإدارية والدولية.

صادر لها إلى "أن من حق الإدارة إنهاء عقودها متى شاعت بإعتبارها قوامة على تسير المرفق العام ولا إلزام عليها بتنفيذ العقد تنفيذاً عينياً لأن هذا التنفيذ يعود أصلاً إلى تقديرها"^(١).

وتطبيقاً لذلك نجد أن محكمة القضاء الإداري السورية بدمشق في قرارها رقم ١٠٠٧/ لعام ٢٠١٤م الصادر بتاريخ ٢٠١٤/١١/٢م والمصدّق من قبل دائرة فحص الطعون لدى المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ٦٥٧/ لعام ٢٠١٤م قد اعتبرت أن إنهاء العقد لضرورات تتعلق بصحة المواطنين كعدم مطابقة الحليب منزوع الدسم (محل العقد موضوع الدعوى) للمعايير، والمقاييس، والمواصفات السورية، والقوانين والأنظمة النافذة بهذا الشأن هو أمر يصب في المصلحة العامة التي تعتمد الإدارة هي القوامة على رعايتها وتحقيقها، وللإدارة المتعاقدة حينئذٍ سحب الأعمال والتنفيذ على حساب المتعاقد^(٢).

والجدير ذكره أن المشرّع الفرنسي اعترف صراحةً بسلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة من خلال دفاतर الشروط الإدارية المطبقة على كل من عقود التوريد والخدمات وعقود الأشغال فقد نصّ في المادة ١/٢٤ من دفاतर الشروط المطبقة على عقود التوريد على (قدرة الشخص العام دائماً سواء وجد خطأ من المتعاقد أم لم يوجد على أن ينهي تنفيذ التوريدات موضوع العقد بواسطة قرار إنهاء العقد)^(٣).

ولكن المشرّع المصري لم يعترف للإدارة بسلطة إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة دون خطأ من المتعاقد في قانون تنظيم المناقصات، والمزايدات المصري رقم ٨٩/ لعام ١٩٩٨/ على عكس المشرّع السوري الذي اعترف للإدارة

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ٢٦٤ في العقد رقم ٣٦٥ لسنة ١٩٧٩م مشار إليه عند المحامي مصباح نوري المهاني، مبادئ القضاء الإداري، الجزء الثالث، مؤسسة النوري دمشق ٢٠٠٥م.

(٢) مجلس الدولة السوري المكتب الفني المجموعة الشاملة الحديثة للأحكام القضائية الصادرة من محاكم مجلس الدولة لعام ٢٠١٧م. وحكم محكمة القضاء الإداري السورية رقم القرار ٢/١٠٠٧/ لعام ٢٠١٤م، في القضية ذات الرقم ٢/٢٩٠/ لعام ٢٠١٤م. الصادر بتاريخ ٢٠١٤/١١/٢م، والذي تم تصديق هذا القرار من قبل دائرة فحص الطعون لدى المحكمة الإدارية العليا السورية برقم ٦٥٧/ في الطعن رقم ٦٩٦٥/ لعام ٢٠١٤م.

(٣) د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص ١١٠.

بسلطة إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة لدواعي المصلحة العامة دون خطأ من المتعاقد وذلك في المادة /٦٠/ من القانون رقم /٥١/ لعام /٢٠٠٤/ المتضمن نظام العقود الموحد والتي تنص: «يحق لأمر الصرف فسخ التعهد عند العدول عن تنفيذه نهائياً على مقتضيات المصلحة العامة كما يحق له الأمر بوقف تنفيذ الأعمال مؤقتاً».

وهذا اتجاه محمود للمشرع السوري ولكن يُفضل إضافة فقرة إلى المادة تُحدد كيفية ممارسة هذه السلطة وشروطها والآثار المترتبة عليها بصورة تضمن عدم تعسف الإدارة وشططها في ممارسة هذا الحق.

ثانياً: شروط ممارسة الإدارة لسلطة الإنهاء الإفرادي للعقد الإداري:

إن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري من جانب واحد وإن كانت عنصراً مميزاً من عناصر النظرية العامة للعقود الإدارية لكن هذا لا يعني أن بإمكان الإدارة ممارستها على أي وجه كان، بل وليست سلطة مطلقة بل مقيدة بشرطين حيث يشترط مشروعية هذه السلطة من جانب الإدارة وأن يستند إنهاء الإدارة للعقد على فكرة الصالح العام، أو صالح المرفق العام، وأن يكون قرار الإدارة مشروعاً.

وسنقوم بشرح هذين الشرطين كالآتي:

الشرط الأول: توافر مقتضيات المصلحة العامة:

استقرت أحكام مجلس الدولة الفرنسي والمصري والسوري أنه لكي يكون إنهاء العقد مشروعاً دون خطأ من المتعاقد إلى ضرورة أن تستند الإدارة في إنهاء العقد بالإرادة المنفردة على باعث من المصلحة العامة، أو باعث من الصالح العام وإلا كان إنهاء العقد تعسفياً أو ليس له ما يبرره^(١)، فالمصلحة العامة تحتل بالنسبة للقرار الإداري الباعث والغاية واستهداف المصلحة العامة شرط موضوعي للقرار الإداري وإلا شاب القرار عيب الانحراف بالسلطة أو إساءة استعمال السلطة فيجب أن يسعى مصدر القرار لتحقيق الغاية التي من أجلها مُنِحَ سلطة إصدار القرار^(٢).

(1) C. E 31 - 1 - 1968 office public d'habitations, rec. p. 79.

(2) Muricebourjot, droit admin, ii le controle de l'action administrative, ISBN Paris, France, 1979, P. 193.

ويتجسد هذا العيب في السعي إلى تحقيق هدف لا يتعلق بالصالح العام كالنفع الشخصي أو الانتقام مما يؤدي إلى قيام المسؤولية الشخصية أو الحياد عن الهدف المخصص لإصدار القرار أي مخالفة تخصيص الأهداف وكان يستهدف مصلحة عامة غير التي حددها القانون^(١).

لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي إلى عدم مشروعية الفسخ الإنفرادي في حال كانت الاعتبارات التي استندت إليها الإدارة لممارسة هذه السلطة أجنبية عن الصالح العام^(٢).

فمن الضروري أن تعني الإدارة من إنهاء العقد الإداري تحقيق الصالح العام فتحقيق الصالح العام له أوجه كثيرة لا يمكن حصرها وتظهر فكرة المصلحة العامة في حالة التخلي عن المشروع الذي أبرم العقد من أجله أو إجراء تعديل جوهري في العقد وكذلك قد يطبق سبب المصلحة العامة في حالة الاعتبارات المرتبطة بتنظيم المرفق العام وسير العمل فيه أو إعادة تنظيم المرفق العام^(٣)، وسوف نقوم بإلقاء الضوء على بعض هذه الصور:

أ - زوال الغرض الذي أبرم العقد من أجله وتعتبر هذه الصورة أكثر الأسباب شيوعاً من الناحية العملية فإن كانت احتياجات المرفق العام في توريد سلعة معينة لتحقيق غرض معين هي سبب التعاقد فعند زوال الغرض الذي تعاقدت الإدارة من أجله يصبح العقد غير ذي فائدة للصالح العام فإن طرأت ظروف بعد التعاقد أو أثنائه جعلت العقد غير مفيداً للصالح العام، فإنه يكون للإدارة في هذه الحالة إلغاء العقد. وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في أعقاب الحربين العالميتين الأولى والثانية، حيث أقر لجهة الإدارة المتعاقدة بالحق في إنهاء عقود التوريد المتعلقة بالمجهود الحربي بسبب توقف القتال، فالمصلحة العامة تقتضي عدم الاستمرار في العقود بعد زوال الحاجة إليها بسبب توقف القتال^(٤).

(١) د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص ٥٠٠.

(2) Par ex 02feur 1987, société, résiliation fondée sur de l'indon't l'aboutissement n'était pas certain.

(3) RICHER (L); op, cit, P. 222.

(٤) د. هاني اسماعيل، المرجع السابق، ص ١٢٩٤ - ١٢٩٥.

ب - أما الحالات التي رفضها كل من مجلس الدولة الفرنسي والمصري والسوري الاعتراف بتوافر شرط المصلحة العامة ليبرر إنهاء العقد فهي على سبيل المثال لا الحصر:

- إنهاء العقد لأسباب شخصية: حيث يكون إنهاء العقد لأسباب لا علاقة لها بالمصلحة العامة كالعداء الشخصي مع المتعاقد.

- إنهاء العقد لأسباب تتعلق بحرية المعتقد الديني: كإنهاء عقد استخدام في المرفق العام بسبب اعتناق المتعاقد مع الإدارة عقيدة دينية معينة، حيث يكون قرار الإدارة في هذه الحالة مشوباً بعيب تجاوز السلطة والذي يثير مسؤولية الإدارة العقدية لذلك يجب أن يتوافر في تاريخ صدور قرار الإدارة بالإنهاء الإنفرادي للعقد كلاً من شرط المصلحة العامة والمستند القانوني الذي تستند إليه الإدارة في إصدار قرارها بإنهاء العقد وإلا كان قرارها غير مشروع لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمة الصادر في العام ١٩٨٧ بأنه «لا يحق للسلطة مانحة الالتزام أن تنقض تعهداتها إلا لأسباب من المصلحة العامة يبرز في التاريخ الذي صدر في قرارها واستناد المرسوم الصادر من الحكومة» والمتضمن إنهاء عقد الالتزام على مشروع قانون لم يصدر بعد في البرلمان في تاريخ نشر وتطبيق هذا المرسوم لا يعتبر سبباً مشروعاً ليبرر قرار إنهاء العقد^(١)، وبهذا اقتضى مجلس الدولة السوري بحيث جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا عام ١٩٦٣ أن مشروعية القرار الإداري مناطها القوانين القائمة وقت صدوره وتصرف الإدارة لا يكون إلا بنص قانوني^(٢).

ج - إنهاء العقد لأسباب مالية: حيث قرر مجلس الدولة الفرنسي عدم مشروعية تأسيس الإدارة لسلطة الإنهاء الإنفرادي للعقد بناء على اعتبارات المصلحة المالية للإدارة^(٣)، كما ذهبت محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في ١٩٧٠ إلى أن حق الإدارة في الإنهاء لا يجوز أن يؤخذ على إطلاقه أو تفسيره تفسيراً واسعاً على وجه يسمح لجهة الإدارة أن تهدد العقود المبرمة معها كلما كانت لها فرصة أولى في الربح على سبيل الحصول على

(1) C. E fer, 1987 sect, 6et autres, rec, P. 29.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ٣١ لسنة ١٩٦٣ - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية للأعوام ١٩٦٠ - ١٩٦٤ ص ٧١.

(٣) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٥١٢.

زيادة في مورد مالي تتقاضاه من هذه العقود^(١)، وكذلك ذهبت المحكمة الإدارية العليا السورية في حكم لها عام ١٩٦٣ إلى أن للإدارة أن تفسخ العقد إذا رأت أن مقتضيات المرفق العام تستدعي ذلك وأن وجود عطاء يزيد على المبلغ الذي رست عليه المزايدة غير كافٍ لمنح الإدارة حق فسخ العقد.

١ - كما يعتبر من قبيل المصلحة العامة قيام الإدارة بإنهاء عقودها بالإرادة المنفردة في حالة إلغاء المرفق العام الذي أبرمت العقود من أجل تسييره أو إعادة تنظيم هذا المرفق بما يتناسب مع التطورات العلمية الحديثة^(٢)، ومن ذلك ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي والذي ذهب فيه إلى إمكانية إنهاء عقد توريد وقود بسبب إخلال الأفران الاقتصادية محل المواعد ذات المداخل بالتكنات الحربية^(٣).

٢ - أقرّ مجلس الدولة الفرنسي للإدارة بسلطة فسخ العقد استناداً إلى سلطتها في الفسخ من جانب واحد بسبب تغير الظروف في المجال الاقتصادي، حيث اعتبر من قبيل تخفيف المصلحة العامة تحقيق العبد عن الخزنة العامة إذا كانت الأصناف المتعاقد عليها زائدة عن حاجة المرفق العام^(٤).

د - الإنهاء لأسباب فنية خالصة ما دامت هذه الأسباب من شأنها أن تفرض التنفيذ الجيد للحظر^(٥)، ولكنّ الصالح العام في قضاء مجلس الدولة الفرنسي يُقدّر بتوسيع كبير فلا يقتصر على التعديلات في حاجات وتسيير المرفق العام أو إعادة تنظيمه أو الغائه فيمكن أن ترتبط المبادئ الناشئة عن عدم تفاهم المتعاقدين مع الإدارة مع بعضهما وهكذا يكون الصالح العام مكفولاً بتنفيذ العقود الإدارية^(٦).

الشرط الثاني: أن يكون قرار الإنهاء مشروعاً:

(١) مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا المصرية للأعوام ١٩٦٠ - ١٩٦٤ ص ٢١٨.

(٢) حكم المحكمة العليا السورية رقم ٤٨ لعام ١٩٦٣ مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية.

(3) RICHER (L), op, cit, P. 222.

(4) C. E. 2 - 5 - 1958, Distillerie demagenac - loval, Rec, p. 246.

(5) C. E. 22 - 1 - 1965, stédes, Etablissement Michel Aubrum, rec, P. 50.

(6) C. E. 26/2/1975, sociétéduport de pêche de loient, Rec,P. 155.

حتى ينتج فسخ العقد بالإرادة المنفردة للإدارة دون خطأ من المتعاقد أثره فلا بدّ أن يصدر هذا القرار ضمن القواعد العامة للمشروعية المبنية على سلطة تقديرية للإدارة^(١)، والسلطة التقديرية للإدارة ضرورية لكي تتمكن الإدارة من ممارسة نشاطها وتحقيق أهدافها على أفضل وجه ولأن الإدارة من واقع تجاربها وقيامها بتسيير المرافق العامة أعطيت قدراً معقولاً من حرية التصرف تحقيقاً للصالح العام فهذه السلطة التقديرية هي الوسيلة الفاعلة التي تتيح للإدارة القيام بالتزاماتها ومواجهة الاحتياجات العامة للأفراد، بالإضافة إلى أن المشرّع لا يستطيع وضع تصور شامل لكل مُلابسات الوظيفة الإدارية، لذلك كان من الأفضل ترك هامش من تجربة لجهة الإدارة وهي تمارس وظيفتها لتقرر بمحض إرادتها التدخل أو عدم التدخل وبالوسائل التي تراها مناسبة ويكون رائدها تحقيق المصلحة العامة^(٢).

وقد قررت المحكمة الإدارية العليا بأن للجهة الإدارية حق إنهاء العقود الإدارية بإرادتها المنفردة إذا قدرت بأن الصالح العام يقتضي ذلك، وللطرف الآخر المتعاقد معها الحق في التعويض إذا كان له وجه والحق المخول للجهة الإدارية ليس مُطلقاً بل أنه مرهون بشرطين:

أ. الشرط الأول: أن يقتضي الصالح العام أو صالح المرفق إنهاء العقد.

ب. الشرط الثاني: أن تتوافر لقرار الإنهاء كافة الشروط اللازمة لمشروعية الأعمال المبنية على السلطة التقديرية للإدارة أي لا يكون القرار مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة^(٣).

كما جاء في اجتهاد لمجلس الدولة الفرنسي أنه: "القاضي الإداري يتطلب، في الواقع، التناسب بين الخطأ والجزاء، الخطأ الذي يكون مستوجب لجزاء الإلغاء يجب أن يكون جسيم بشكل كاف"^(١).

(١) د. مصطفى عفيفي، الرقابة على أعمال الإدارة والمنازعات الإدارية، دراسة نظرية وتطبيقية في كل من دولة الإمارات والدول المقارنة، مبدأ المشروعية، أنواع الرقابة وأنواع الدعاوى والمنازعات الإدارية، الجزء الأول، ١٩٩٠، ص ٥٥.

(٢) د. عصام البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٠، ص ٦١ وما بعدها.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم ٢٢٨٦ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٩٠/٣/٢٠ سبق الإشارة إليه.

وعليه فإن الإدارة ملتزمة أثناء ممارستها لاختصاصها التقديري أن تضع نفسها في أفضل الظروف والأوضاع التي يوجبها القانون قبل إصدار قرارها الإداري وإلا كان مشوباً بعيب عدم المشروعية وعليها أن توازن بين سلطتها في إنهاء العقد والآثار المترتبة عليه، فأحياناً لا يكون العقد قابلاً لأي تنفيذ فالأفضل أن تقرر إنهائه^(٢)، أما في الحالات الأخرى والتي لا تصل إلى هذا الحد فعلى الإدارة أن توازن بين الفسخ أو أن تقرر استبقاء العقد وتنفيذه إلى حين انقضاء مدته أو تنفيذ الالتزامات التي تشكل موضوعه مراعية في ذلك وبصفة خاصة ما يمثلته هذا التنفيذ بالنسبة للمرفق العام ودرجة تنفيذ الأداءات في العقد والآثار المالية المترتبة لاحتمال إنهاء هذا العقد، فإن قررت فسخ العقد فعليها أن تراعي قواعد الاختصاص في التعبير عن إرادة الإدارة ولقد سبق لنا أن حددنا المقصود بالسلطة المختصة في إبرام العقد أو تعديله وهي ذات السلطة المختصة في فسخ العقد ما لم يوجد نص يحدد سلطة أخرى تختص بذلك.

أما عن الشكل القانوني الذي يمكن أن يصدر به قرار الإدارة بالإنهاء الإنفرادي فقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي بأن الإدارة يمكنها ممارسة هذه السلطة بالطريق اللائحي بحيث تشمل مجموعة من العقود بمعنى أن تتم في صور تبرير عام ينهي طائفة من العقود في ذات الوقت بمقتضى السلطة اللائحية للحكومة أو انفراداً بالنسبة لعقد واحد^(٣)، أما عند وجوب تسبيب قرار الإنهاء الإنفرادي لدواعي المصلحة العامة أوجب القانون على الإدارة تسبيب قرار توقيع جزاء الفسخ لخطأ المتعاقد وأن يكون القرار مكتوباً وأن يتضمن تفصيل وبيان الأسباب القانونية والفعالية التي تمثل أساس القرار، وبما أن فسخ العقد بالإرادة المنفردة لدواعي المصلحة العامة توقعه الإدارة دون خطأ من جانب المتعاقد فقد ذهب مجلس الدولة

(١) 'Le juge administratif exige, en effet, la proportionnalité entre la faute et la sanction : la faute qui motive la sanction résolutoire doit présenter un caractère de gravité suffisant'. C. E 21 Novembre 1934, Soc. Du part, Rec. 1085.

(2) C. E. 1 - 3 - 1954, société l'énergie industrielle, rec. P. 667.

(3) C. E. Ass. 2 - 5 - 1958 Distillerie de mangna claval, rec 247, aj 1958}{282 concl Khan D1956. 730.

الفرنسي إلى أن هذا الإنهاء ليس له طابع الجزاء ولا يلزم بالتالي أن يكون مسبباً^(١)، وكذلك لم يشترط المشرع وكذلك أحكام القضاء في كل من مصر وسورية تسبب قرارات الإدارة بالإنهاء الإفرادي لدواعي المصلحة العامة كما هو الشأن في سلطتها في توقيع قرار فسخ العقد لخطأ المتعاقد ذلك أن قرار الإدارة بالإنهاء الإفرادي للعقد لدواعي المصلحة العامة ليس بجزاء توقعه الإدارة على المتعاقد معها لخطأ اقترفه فلا يشترط فيه التسبب^(٢).

ثالثاً: الآثار القانونية المترتبة على إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة:

يترتب على إنهاء العقد دون خطأ من المتعاقد وبالإرادة المنفردة لدواعي المصلحة العامة نتيجتين في غاية الأهمية: الأولى انقضاء العلاقة العقدية بين المتعاقد وجهة الإدارة، وأما النتيجة الثانية فهي حق المورد في التعويض الكامل عن إنهاء عقده. وسندرسهما كمايلي:

١ - انقضاء العلاقة التعاقدية بين جهة الإدارة والمتعاقد وتصفية الحسابات المتبادلة لذلك:

يترتب على إنهاء العقد الإداري من جانب الإدارة انقضاء الالتزامات التعاقدية المتبادلة بين طرفي العقد، و الانقضاء يكون لجميع الالتزامات الباقية دون تنفيذ^(٣)، وعليه لا يترتب الفسخ في هذه الحالة أثره إلا في المستقبل^(٤)، ويجب على المتعاقد أن يتوقف عن تنفيذ أعمال العقد ابتداءً من تاريخ نفاذ قرار الإنهاء كما يكون للإدارة الحق في أن ترفض استلام التوريدات، أو المواد المصنعة في عقود التوريد، أو الأعمال في عقود الأشغال من تاريخ نفاذ هذا القرار. ويختلف أمر تقدير مآل الالتزامات المالية المتبادلة بين الإدارة، والمتعاقد معها، ومصير أدواته المستخدمة في التنفيذ نتيجة ممارسة سلطة الإدارة للإنهاء

(1) C. E. 23 - 6 - 1986, Thomas, R. D. P, P. 1743.

(٢) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمياً، المرجع السابق ص ١٤٢.

(٣) د. عبد المجيد فياض، المرجع السابق، ص ٢٨٣.

(4) RICHER (L). Droit des contatsadministratifs, 9éd LGDJ, Paris, France, 2014, P. 223.

الانفرادي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة - تبعاً لنوع العقد المبرم بينهما سواء أكان في عقد الالتزام أم عقد الأشغال العامة أم عقد التوريد^(١).

٢ - حق المتعاقد في التعويض عن إنهاء عقده:

تعتبر سلطة الإدارة في الإنهاء الإنفرادي للعقد بإرادة الإدارة المنفردة دون خطأ من المتعاقد ولدواعي المصلحة العامة امتيازاً استثنائياً للإدارة في مواجهة المتعاقد معها ولا بد من ضرورة التوازن بين سلطة الإدارة في هذه الحالة، وحق المتعاقد في الحصول على التعويض، فإنهاء العقد من جانب الإدارة يحرم المورد من المزايا المالية التي يجلبها التنفيذ الكامل للعقد، بالإضافة إلى تجميد مبلغ كبير من رأس ماله لصالح المشروع، ولذلك فإن القضاء أقام نوع من التوازن بين تحقيق المصلحة العامة في إنهاء العقد قبل الأوان وبين حق المورد في التعويض الكامل عن إنهاء عقده لدواعي المصلحة العامة دون خطأ من جانبه^(٢)، والذي يغطي في الغالب الخسارة التي تلحق المتعاقد وما فاتته من كسب.

ولابدّ من دراسة معايير تحديد منح المتعاقد مع الإدارة التعويض الكامل وحدوده، على الشكل الآتي:

- في حالة أن يتضمن العقد نفسه أو القوانين أو اللوائح مقدار التعويض المستحق للمتعاقد عن الإنهاء المبكر للعقد:

هنا يجب إعمال شروط العقد أو نصوص القوانين واللوائح حتى ولو تضمنت حرمان المتعاقد من أي تعويض وفي ذلك نصت المادة ٩٥ من قانون المشتريات الفرنسي رقم /٩٧٥/ لعام /٢٠٠٦/ على أنه في حالة الإنهاء الكلي، أو الجزئي للعقد، فإنه يجوز للطرفين الاتفاق على تحديد المبالغ، والمطالبات المستحقة للمتعاقد دون انتظار مرحلة البت النهائي في القرار كما يجوز الاتفاق على استبعاد أي تعويض قد قبلته الإدارة على أساس مؤقت^(٣).

(١) للتوسع راجع: حسام فيصل، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادة المنفردة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة دمشق، كلية الحقوق، ٢٠٠٩، من ص ١٨٠ إلى ص ٢٠٨.

(2) J. Morand - eviller, cours de Droits administratifs, cit, P. 443.

(٣) المادة ٩٥ من قانون المشتريات العامة الفرنسي رقم ٩٧٥ لعام ٢٠٠٦.

- إذا لم ينظم العقد أو القانون أو اللوائح مدى مقدار التعويض أو عناصره أو استحقاقه فتستطيع الإدارة تحديد قيمة التعويض ومن ذلك المادة /١٠٠/ من قانون المشتريات الفرنسي رقم / ٩٧٥ / لعام / ٢٠٠٦ / والتي تنص على أنه في حالة فسخ العقد والذي يترتب عليه الحق في التعويض وفي حالة عدم التوصل إلى اتفاق في شأن قيمة التعويض في غضون ستة أشهر من تاريخ الفسخ ففي هذه الحالة تقوم الإدارة بدفع المبلغ المقترح من قبلها إلى المتعاقد وفي حال عدم إقتناع المتعاقد بالمبلغ، فإن القاضي في هذه الحالة هو الذي يحدد مقدار التعويض المستحق للمتعاقد^(١).

- يستحق المتعاقد إضافة إلى التعويض الكامل الفوائد القانونية للمبالغ المستحقة على جهة الإدارة وفقاً للقواعد العامة، وتكون المبالغ مستحقة من يوم المطالبة القضائية بها وليس من يوم فسخ العقد^(٢) إلا أن تطوراً تشريعياً حدث في ظل قانون المشتريات العامة الفرنسي الحالي رقم /٩٧٥/ لعام /٢٠٠٦/ حيث اعتبر الفوائد القانونية مستحقة من تاريخ الاستحقاق الفعلي للمقابل المالي وليس من تاريخ المطالبة القضائية.

الفرع الثاني

الرقابة القضائية على ممارسة الإدارة سلطاتها في الإنهاء الانفرادي للعقد لدواعي المصلحة العامة

لدراسة الرقابة القضائية على ممارسة الإدارة سلطاتها في الإنهاء الانفرادي للعقد لدواعي المصلحة العامة، لابد من تحديد القاضي المختص بممارسة الرقابة القضائية على قرار الإدارة بالإنهاء الانفرادي للعقد الإداري أولاً، ومن ثم دراسة نطاق الرقابة القضائية على قرار الإدارة بالإنهاء الانفرادي للعقد الإداري في حال عدم مشروعيته ثانياً، وأخيراً سلطات القاضي في مواجهة قرار الإدارة بالإنهاء الانفرادي للعقد الإداري في حالة عدم مشروعيته ثالثاً، كمايلي:

(١) المادة ١٠٠ من قانون المشتريات الفرنسي رقم ٩٧٥ لعام ٢٠٠٦.

(2) C. E 7 jan 1927, N1 clause, Rec, P. 32.

أولاً: القاضي المختص بممارسة الرقابة القضائية على قرار الإدارة بالإنهاء الانفرادي للعقد الإداري:

يختلف الأمر بشأن تحديد القاضي الإداري المكلف بممارسة سلطة الرقابة القضائية على قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري في حالتي الطعن المقدم من المتعاقد مع الإدارة أو الطعن المقدم من الغير الذي يعتبر أجنبياً عن العقد وذلك على التفصيل الآتي:

١ - الطعن المقدم من المتعاقد مع الإدارة:

إن المتعاقد مع الإدارة الذي يرغب بإنهاء العقد ليس أمامه إلا قاضي العقد وهذا ما استقرَّ عليه القضاء الإداري في فرنسا ومصر وسورية لأن الأمر يتعلق بتنفيذ، وإنهاء العقد الإداري، حيث أن دعوى القضاء الكامل المقامة أمام قاضي العقد هي الوسيلة الوحيدة التي يملكها المتعاقد للطعن في قرار الإدارة بالإنهاء الانفرادي للعقد الإداري دون أن يملك في هذا الصدد تحريك دعوى الإلغاء أمام قاضي الإلغاء^(١)، وجاء في حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ ٢ فبراير ١٩٨٧ أنه: "نظراً لأن قرار السلطة المانحة للالتزام الذي يقضي بإنهاء عقد الالتزام لا يعتبر قراراً منفصلاً عن العقد بالنسبة للملتزم، فإن هذا الملتزم لا يستطيع أن يقيم ضد هذا القرار دعوى أخرى خلافاً للدعوى التي عليه أن يقيمها أمام قاضي العقد"^(٢).

ومن المسلم به أن المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية تنتمي أصلاً إلى القضاء الكامل، حيث يختص القاضي الإداري بالنظر في كافة المنازعات القضائية الناشئة بين طرفي العقد باستثناء تلك المسائل الأولية التي تدخل بطبيعتها في اختصاص القضاء العادي مثل أهلية المتعاقد مع جهة الإدارة^(٣)، ومن ثم فإن قاضي العقد هو الذي يختص بنظر المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقد وإنهائه وقد

(1) C. E. 19 Nov. 1971 dell lédu C. rec, P. 688.

(2) C. E. 19 Fev. 1987 StéFrance 5. Rec. C, P. 28.

(٣) د. منظور محمد أحمد، مفهوم العقد الإداري وقواعد إبرامه، دار النهضة الحديثة، القاهرة، مصر، ٢٠٠٠، ص ١٩٦.

أكدت على ذلك أحكام كثيرة للمحكمة الإدارية العليا في مصر منها حكمها الصادر بتاريخ ١٩٩٤/١١/٢٩ والذي جاء فيه:

إن قضاء العقود الإدارية ينتمي أصلاً إلى القضاء الكامل، إذ يكون للمحكمة التصدي للمنازعة الناشئة عن العقد الإداري وجميع ما يتفرع عنه^(١)، وحكمها الصادر أيضاً بتاريخ ١٩٩٥/٣/٧ الذي جاء فيه (من حيث أن قضاء هذه المحكمة مستقر على أن المنازعات المتعلقة بما تصدره الجهات الإدارية بصفتها متعاقدة من تصرفات أو إجراءات قبل المتعاقد معها وإنما تندرج تحت ولاية القضاء الكامل لمحاكم القسم القضائي لمجلس الدولة حتى لو انصب النزاع على طلب المتعاقد إلغاء قرار إداري اتخذته الإدارة قبل ذلك، لأن ما تصدره الإدارة من قرارات بتنفيذ العقد كالقرارات الخاصة بتوقيع جزاء من الجزاءات التعاقدية، أو بفسخ العقد، أو إنهائه، أو إلغائه إنما يدخل منطقة العقد، وينشأ عنه وبالتالي فإن المنازعات التي تتولد عن تلك القرارات أو الإجراءات هي منازعات حقوقية وتكون محلاً للطعن عليها على أساس ولاية القضاء الكامل دون ولاية قضاء الإلغاء ومن ثم لا ينفذ الطعن عليها بالإجراءات والمواعيد المتعلقة بدعوى الإلغاء)^(٢).

كما يختص قاضي العقد بشأن الإجراءات اللازمة لتهيئة الدليل في الدعوى كندب خبير فيها وذلك لاستقرار دائرة توحيد المبادئ الإدارية العليا على اختصاص مجلس الدولة لهذه الدعوى^(٣).

إذاً استقر القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر وسورية على أنه يجب على المتعاقد أن يقيم دعواه أمام قاضي العقد في أي قرار صادر عن الإدارة المتعاقدة يتعلق بتنفيذ أو نهاية العقد الإداري الذي يربطه بها، وأن هذه الدعوى تأخذ شكل دعوى القضاء الكامل، ولذلك فإنه لا يجوز للمتعاقد أن يقيم دعواه أمام قاضي الإلغاء في أي قرار إداري يتعلق بتنفيذ أو نهاية العقد الإداري.

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٦٧٣ - ٣٧ ق ١٩٩٤/١١/٢٩ مذكور لدى حمدي

ياسين عكاشة العقود الإدارية في التطبيق العلمي - منشأة المعارف الإسكندرية ١٩٩٨ ص ١١٠.

(٢) د. محمد ماهر أبو العينين، قوانين المزايدات والمناقصات والعقود الإدارية في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى ٢٠٠٤ الجزء الأول - دار أبو المجد للطباعة بالهرم القاهرة ٢٠٠٣، ص ١١٤.

(٣) المادة ١٠/ من قانون مجلس الدولة السوري رقم ٥٥ لعام ١٩٥٩.

فدعوى القضاء الكامل أمام قاضي العقد هي الوسيلة الوحيدة التي يملكها المتعاقد للطعن في قرار الإدارة بإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري، وليست دعوى إلغاء أمام قاضي الإلغاء^(١).

ولقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بأنه: "نظراً لأن قرار السلطة مانحة الالتزام الذي يقضي بإنهاء عقد الالتزام لا يعتبر قراراً منفصلاً عن العقد بالنسبة للمتلمزم، فإن هذا المتلمزم لا يستطيع أن يقيم ضد هذا القرار دعوى أخرى خلاف الدعوى التي يمكنه أن يقيمها أمام قاضي العقد"^(٢).

فالمتعاقدين لا يستطيعون أن يقيموا دعوى الإلغاء ضد التدابير الصادرة من الإدارة المتعاقدة بمناسبة تنفيذ، أو نهاية العقد الذي يربطه بهذه الإدارة، حيث يجب على المتعاقد أن يرفع دعواه أمام قاضي العقد طبقاً للشروط والأوضاع الخاصة بالقضاء الكامل ومن أجل ممارسة السلطات التي يملكها القاضي طبقاً لنظام القضاء الكامل^(٣).

كما ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى أنه: "متى توافرت في المنازعة حقيقة العقد الإداري سواء أكانت المنازعة خاصة بانعقاد العقد أو صحته أو تنفيذه أو انقضائه، فإنها كلها تدخل في نطاق ولاية القضاء الكامل دون ولاية الإلغاء"^(٤).

وهكذا فإن حدود ولاية قاضي العقد على المنازعات المتعلقة بتنفيذه مشروطة بثلاثة قيود^(٥):

القيود الأول: أن تتعلق المنازعات بقرارات صدرت في مرحلة تنفيذ العقد أي بعد تمام اكتماله.

القيود الثاني: أن تثور المنازعات بين أطراف العقد.

(١) د. محمد بن سعيد بن حمد المعمري، المرجع السابق، ص ٢٨٣.

(2) C. E. 2 Fév. 1987, Sté France 5, Rec, P. 28.

(٣) د. محمد بن سعيد بن حمد المعمري، المرجع السابق، ص ٢٨٤.

(٤) المحكمة الإدارية العليا المصرية الطعن رقم ٨٤٢٤ لسنة ٤٨ ق، عليا جلسة ٢٨/٣/٢٠٠٨م.

(٥) د. عمر حلمي فهمي، طبيعة اختصاص القضاء الإداري في منازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣، ص ٢٨٣ - ٢٨٤.

الفيد الثالث: أن تصدر هذه القرارات مستندة إلى قيود العقد واشتراطاته الصريحة والضمنية سواء كانت جزء من نصوص العقد أم اشتراطات خارجة عن نصوص العقد اتفق الطرفان على الإحالة إليها وقد استقر القضاء على اعتبارها جزء من بنود العقد متى لم يستبعدا الطرفان صراحة.

ويرجع عدم قبول دعوى الإلغاء من قبل قاضي الإلغاء إلى:

أ - افتقار تلك المنازعات لمحل دعوى الإلغاء وأهم شروطها وهو القرار الإداري، حيث لا تدور المنازعة حول قرار إداري معيب أصدرته الإدارة بالإرادة المنفردة، بل تدور حول عقد إداري يمثل توافقاً لإرادتين إحداهما إرادة الإدارة^(١).

ب - إن دعوى الإلغاء وجدت لأجل حماية مبدأ المشروعية بصفة عامة والمنازعة التي تنظرها تدور حول تهديد المراكز القانونية الموضوعية التي يشغلها الأفراد أو الاعتداء عليها ومن ثم يكون مجال حماية الحقوق المتولدة عن العقد الإداري هو دعوى القضاء الكامل بما تكفله من حماية للحقوق، وإجبارها على تنفيذ الالتزامات حتى لو تطلب ذلك تعديلاً للعقد الأمر الذي يعجز عنه قضاء الإلغاء الذي يقتصر دوره على قبول الدعوى أو رفضها دون أن يملك حقاً في أن يأمر الإدارة بإتيان عمل أو الامتناع عنه.

ج - إن المتعاقد يملك دعوى أخرى موازية أو طريق طعن مواز أمام قاضي العقد فضلاً عن أن قرار الإدارة بإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري لا يعتبر بالنسبة للمتعاقد قراراً منفصلاً عن هذا العقد أو عن العلاقات التعاقدية التي تربط الإدارة مع المتعاقد^(٢).

إذا فقرار الإدارة بإنهاء الإنفرادي للعقد الإداري لا يمكن اعتباره في أيه حالة قراراً منفصلاً عن هذا العقد بالنسبة للمتعاقد ولذلك لا يمكن أن يكون هذا القرار محلاً لدعوى الإلغاء من جانبه^(٣).

٢ - الطعن المقدم من غير المتعاقد مع الإدارة:

(١) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٣٢٣.

(٢) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، ص ٢٣١.

(٣) د. محمد بن سعيد بن حمد المعمرى، المرجع السابق، ص ٢٨٤.

الطعن المقدم من غير المتعاقد مع الإدارة الذي هو خارج عن دائرة العقد الإداري لا يقبل منه أمام قاضي العقد بمقتضى دعوى القضاء الكامل، لأن هذا الشخص يُعدُّ غريباً عن العلاقات التعاقدية الناشئة بين الإدارة، والمتعاقد وذلك طبقاً لمبدأ الأثر النسبي للعقد الإداري وبالتالي ليس للغير الأجنبي عن العقد أن يتمسك بأي حق أو أن يُحمّل بأي التزام استناداً إلى هذا العقد^(١)، كما ليس له أن يطعن في قرارات الإدارة الصادرة في مواجهة المتعاقد مع الإدارة والتي تتعلق بتنفيذ أو نهاية هذا العقد من خلال دعوى مباشرة أمام القضاء الكامل (قضاء العقود).

لذلك نجد جانباً من الفقه لا يجيز للغير أن يطعن في القرارات الصادرة عن الإدارة المتعاقدة، والمتعلقة بتنفيذ أو نهاية العقد الإداري أمام قاضي الإلغاء استناداً إلى فكرة القرار المنفصل، وذلك بسبب أن القرارات الإدارية السابقة لا تعتبر قرارات منفصلة عن العقد أو عن العلاقات التعاقدية بين طرفي العقد^(٢)، وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ ٢٤ أكتوبر ١٩٥٢ والذي جاء فيه (لا يُقبل من الغير أن يطعنوا أمام قاضي الإلغاء في قرار متعلق بتنفيذ العقد، ولكن أن يتدخلوا في الدعوى المرفوعة من المتعاقد أمام قاضي العقد)^(٣).

فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه بتاريخ ٩ يوليو ١٩٧٥ أن (الغير يمكن عند اللزوم أن يقيموا دعوى القضاء الكامل غير التعاقدية من أجل الحصول على تعويض من الإدارة عن الضرر الذي أحدثه لهم تدبير صادر منها يتعلق بتنفيذ أو نهاية العقد الذي يربطها بالمتعاقد)^(٤).

وفي مرحلة أخرى اعترف مجلس الدولة الفرنسي بقبول الطعن المقدم من الغير أمام قاضي الإلغاء في جميع القرارات المتعلقة بإبرام العقد، أو المتعلقة بتنفيذه من خلال الدفع بعدم مشروعيته على أساس أن هذه القرارات تعتبر منفصلة عن هذا العقد بالنسبة إلى الغير، وهو ما قضى به ضمناً في حكمه الصادر بتاريخ ١١ يناير ١٩٨٤ الذي جاء فيه (باعتبار قرار الإدارة برفض فسخ العقد قراراً

(1) A. DELaubadere et autres; op, cit, P. 1062.

(٢) محمد كمال وصفي، الإجراءات القضائية في منازعات العقود الإدارية، مجلة المحامين، س، ٤٨، العدد السابع، ١٩٦٨، ص ١٦ وما بعدها.

(3) C. E. 24 oct. 1952 chambresyndicale de labonnetreie rec. P. 465.

(4) C. E. 9 jruil 1975 Félix faure. Rec, P. 410.

منفصلاً عن العقد يجوز للغير الطعن فيه استقلاً بمقتضى دعوى الإلغاء أمام قاضي العقد^(١).

ومن ذلك يتبين لنا أن القضاء الإداري الفرنسي استثناءً من القاعدة العامة أجاز الطعن في قرارات الإدارة السابقة على انعقاد العقد والتي تُسهم في إبرامه أو تحول دونه كقرارات لجان فحص العطاءات وقرارات لجان البت وقرارات إرساء المناقصة التي تعرّف في الفقه والقضاء الفرنسي بنظرية القرارات الإدارية المنفصلة^(٢).

وبالتالي يجوز للغير أن يطعن بالإلغاء في هذه القرارات بشرط أن يكون الطعن المقدم مؤسس على عدم المشروعية فقط، وليس على أساس حقوق شخصية ناتجة عن العقد نفسه كما أن مجلس الدولة الفرنسي طبّق فكرة القرارات القابلة للانفصال على القرارات السابقة على عملية إبرام العقد وقبل الطعن فيها استقلاً ومنها القرارات الصادرة بالإذن بالتعاقد وقرارات الإبعاد من عملية التعاقد وكذلك قرار رفض إبرام العقد^(٣).

وفي مصر سار مجلس الدولة الفرنسي في الاتجاه نفسه وأخذ بنظرية القرارات الإدارية المنفصلة في مجال العقود الإدارية وبذلك يكون قد فتح باب الطعن بالإلغاء ضد هذه القرارات التي اعتبرها منفصلة عن عملية التعاقد وقد ذهبت محكمة القضاء الإداري في عديد من أحكامها إلى تطبيق فكرة القرارات الإدارية المنفصلة على نحو أكثر اتساع من المحكمة الإدارية العليا^(٤).

وقد أوضحت المحكمة الإدارية العليا المقصود بالقرارات المنفصلة وذلك في حكمها بتاريخ ١٩٧٥/٤/٥ الذي جاء فيه ينبغي التمييز في مقام التكييف بين العقد الذي تبرمه الإدارة، وبين الإجراءات التي تمهد لإبرام العقد، أو تهيه لمولده وذلك أنه بغض النظر عن كون العقد مدنياً أو إدارياً فإن من هذه الإجراءات ما يتم بقرار من السلطة الإدارية المختصة طبقاً لخصائص القرار الإداري ومقوماته ومن حيث

(1) C. E. 11 jan 1984 Fayard, Rec, P. 4.

(٢) د. ثوريه لعيوني، المرجع السابق، ص ٤٣١.

(٣) د. جورجى شفيق ساري، القرارات القابلة للانفصال عن العقد في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٢، ص ٨٨.

(٤) حكم محكمة القضاء الإداري في مصر (الدعوى رقم ٧٤١٨ لسنة ٥٠ ق جلسة ٢٠٠٢/٣/٢٤).

كونه إفصاحاً عن إرادتها الملزمة بناءً على سلطتها العامة بمقتضى القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني تحقيقاً لمصلحة عامة ومثل هذه القرارات وإن كانت تسهم في تكوين العقد وتستهدف إتمامه فإنها تنفرد في طبيعتها عن العقد مدنياً أو إدارياً وتتفصل عنه ومن ثم يجوز لذوي الشأن الطعن فيها استقلالاً ويكون الاختصاص بنظر طلب الإلغاء والحال كذلك معقوداً لمحاكم مجلس الدولة دون غيرها^(١).

وقد ميزت المحكمة الإدارية العليا في مصر بين القرار المنفصل، والقرار التنفيذي للعقد الإداري وذلك في حكمها بتاريخ ١٤/٤/١٩٧٩ والذي جاء فيه ومن حيث أنه في ضوء تنظيم عملية العقد الإداري المركبة نميز بين نوعين من القرارات التي تصدرها الجهة الإدارية في شأن العقود الإدارية:

النوع الأول: القرارات التي تصدرها أثناء المراحل التمهيدية للتعاقد وقبل إبرام العقد وهي تسمى القرارات المنفصلة المستقلة ومن هذا القبيل القرار الصادر بطرح العمل في مناقصة، والقرار الصادر باستبعاد أحد المتناقصين، والقرار الصادر بإلغاء المناقصة أو بإرسائها على شخص معين فهذه القرارات هي قرارات إدارية نهائية شأنها شأن أي قرار إداري نهائي وتطبق عليها جميع الأحكام الخاصة بالقرارات الإدارية النهائية.

النوع الثاني: القرارات التي تصدرها الجهة الإدارية تنفيذاً لعقد من العقود الإدارية أو استناداً إلى نص من نصوصه كالقرار بسحب العمل فمن ثم التعاقد معه أو قرار بمصادرة التأمين أو بإلغاء العقد ذاته، فهذه القرارات يختص القضاء الإداري بنظر المنازعات التي تثور بشأنها ليس على أساس اختصاصه بنظر القرارات النهائية وإنما على أساس اعتبار المحكمة ذات الولاية الكاملة في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية وذلك بالتطبيق للبند الحادي عشر المادة العاشرة من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن إنشاء مجلس الدولة المصري الذي يقضي باختصاص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المنازعات الخاصة بعقد الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر، وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا أيضاً في حكمها بتاريخ ٣١/١/١٩٩٣ أنه (ينبغي

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر بالطعن رقم ٣٢٠ لسنة ١٧ ق تاريخ ٥/٤/١٩٧٥.

التمييز في مقام التكيف^(١) بين العقد الذي تبرمه الإدارة وبين الإجراءات التي تُمهد بها لإبرام العقد فإن من هذه الإجراءات ما يتم بقرار إداري من الجهة الإدارية المختصة كتوقيع الإدارة لشروط المناقصة أو المزايدة، وقرارات لجنة البت بإرساء المناقصة أو المزايدة، ومثلها تحديد شخص المتعاقد مع الإدارة في عقد المساهمة في نفقات مشروع ذي نفع عام وقرار تخصيص قطعة أرض التي سيُقام عليها المشروع وكلها قرارات إدارية منفصلة عن العقد استقلاً^(٢).

كما أنها في حكم لها بتاريخ ١٩٩٩/٢/٢ انتهت إلى (عدم جواز الطعن على قرار سحب العمل لأنه لا يُعتبر قراراً إدارياً، وإنما هو إجراء تنفيذي يستند إلى نصوص العقد^(٣)).

أما في سورية فإن الطعن المقدم من غير المتعاقد مع الإدارة الذي هو خارج عن دائرة العقد الإداري لا يقبل منه أمام قاضي العقد بمحض دعوى القضاء الكامل لأن هذا الشخص يُعد غريباً عن العلاقات التعاقدية الناشئة بين الإدارة، والمتعاقد فقد جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا السورية الصادر عام ١٩٦٨ (أن الطعن المقدم إلى المحكمة الإدارية العليا مباشرة من جهة لم تكن طرفاً في العقد كما لم تكن طرفاً في النزاع المعروض على التحكيم إنما يكون جديراً بعدم القبول)^(٤).

كما جاء في حكم آخر لها صادر في عام ١٩٧٤ (ليس للمتعهد الثانوي أن يُطالب الإدارة بالحقوق المتولدة عن العقد المبرم بينه وبين المتعهد الأصلي، وإنما يتولى ذلك المتعهد الأصلي المسؤول عن تنفيذ العقد وصاحب الصفة في مباشرة الادعاء بالحقوق التي يُطالب بها كنتيجة للعقد بوصفه الطرف الوحيد في العقد)^(٥).

إلا أن المحكمة الإدارية العليا السورية أعلنت في حكم صادر عنها عام ١٩٦٨ (إن النزاع الذي يقوم بين الإدارة والمصرف الكفيل للمتعاقد معها هو من

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر بالطعن رقم ٦٦٦ لسنة ٢٤ ق جلسة تاريخ ١٩٧٩/٤/١٤.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر بالقضية رقم ١٦٦٨ لسنة ٣٣ ق جلسة بتاريخ ١٩٩٤/٤/١٤.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر بالطعن رقم ٢٠٤٨ لسنة ٣٧ ق جلسة بتاريخ ١٩٩٩/٢/٢.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ١٥٨ في القضية رقم ١٠١٠ لعام ١٩٨٦ مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٨٦ ص ٢٧٦ المبدأ ٥٦.

(٥) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ١٦٤ في القضية رقم ١٤٣ لعام ١٩٧٤ مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٤ ص ٢٧٥ المبدأ ١١٠.

اختصاص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري استناداً لقاعدة قاضي الأصل هو قاضي الفرع^(١).

وأكدت المحكمة الإدارية العليا السورية على حق المصرف بمنازعة الإدارة أو العكس في حكمها أمام قاضي العقد في حكمها الصادر عام ١٩٧١ الذي جاء فيه (إن عقد الكفالة باتصاله الجانبي بالعقد القائم بين الشركة العامة للنفط، والمتعهد وهو بلا شك عقد إداري تغلب عليه هذه الصفة، ومن ثم يُعتبر عقداً فرعياً ويختص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري بالنظر في المنازعات المتفرعة عن العقد الأصلي عملاً بقاعدة قاضي الأصل هو قاضي الفرع^(٢)).

كما اعترف مجلس الدولة السوري بقابلية القرارات المتعلقة بتنفيذ، أو فسخ العقد للانفصال في مواجهة الغير وبالتالي قبل طعن الغير بالإلغاء لتجاوز السلطة ضد هذه القرارات أمام قاضي الإلغاء فقد جاء الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية العليا السورية عام ١٩٧٤ (إن حق الإدارة في أن تضع نهاية بتسيير عقودها الإدارية في كل وقت تقتضيه المصلحة العامة لغير انحراف أو إساءة لاستعمال السلطة حق أصيل لا يتنازعها فيه أحد طالما استعملت سلطتها التقديرية الهادفة إلى تحقيق الصالح العام^(٣)).

والجدير ذكره أن مجلس الدولة الفرنسي أقرّ منذ فترة طويلة أن إلغاء القرارات المنفصلة في حالة العقود الإدارية وحدها لا يمكن أن يؤدي إلى إلغاء العقد بل يبقى العقد سليماً وناظراً حتى يتمسك أحد أطرافه بالحكم الصادر بالإلغاء "بناء على أساس الحجة المطلقة لحكم الإلغاء" أمام قاضي العقد وحينئذٍ يجوز لقاضي العقد أن يحكم بإلغائه استناداً إلى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة والتي ساهمت في إتمام عملية التعاقد.

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ١٥ في القضية رقم ٢١ لعام ١٩٦٨ مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا لعام ١٩٦٨ ص ١١٩.

(٢) حكم المحكمة الإدارية السورية رقم ١٨٢ في القضية رقم ٢٧٦ لعام ١٩٧١ مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا لعام ١٩٧١ ص ٢١٠.

(3) C. E. 4Aout 1905, Martin, R. D. P. 1906.

وكذلك اتبع مجلس الدولة المصري النهج الذي سار عليه مجلس الدولة الفرنسي في هذه المسألة فقد جاء في حكم صادر عن محكمة القضاء الإداري عام ١٩٤٧ (ومن حيث أن لايقدم فيما تقدم ما قد يجب بادئ الرأي في أن الطعن بالإلغاء يكون في مثل هذه الحالة غير مجدٍ ما دام لا ينتهي إلى إلغاء العقد ذاته...) ^(١).

وقد واجه هذا المبدأ انتقاداً فقهيّاً أساسه أن القرار الإداري وإن كان منفصلاً أو قابلاً للانفصال عن العقد إلا أنه يكون مع مجموع القرارات الأخرى كلاً لا يتجزأ فهو مرحلة من مراحل العملية المركبة ويتوقف عليه سلامة العملية بأكملها ولذا فإن انهياره يترتب انهيار لبقية أجزاء العملية بالكامل ^(٢).

وعلى الرغم من قاعدة عدم تأثر العقد الإداري بالحكم الصادر بإلغاء قرار منفصل عنه حيث لا يفسخ العقد تلقائياً كأثر لحكم الإلغاء إلا أن ذلك لا يقلل من أهمية حكم الإلغاء، حيث أن العقد يتأثر من الناحية العملية بإلغاء أحد القرارات المنفصلة عنه، فيمكن لأحد أطراف العقد استناداً إلى هذا الحكم أن يلجأ إلى قاضي العقد مطالباً بفسخه، حيث أن لحكم الإلغاء أثراً مطلقاً يكون محل تقدير المحكمة المدنية أو الإدارية.

كما أن حكم الإلغاء قد تكون له آثار إيجابية فمن الممكن أن تقوم الإدارة بتصحيح الوضع بإجراء لاحق ^(٣) إلا أن مجلس الدولة الفرنسي أوجد "نتيجة هذا الواقع المنتقد" آلية مضاعفة لترتيب أثر عملي لإلغاء القرار المنفصل عن العقد وذلك بالسّماح للغير الذي حصل على إلغاء القرار المنفصل بالالتجاء إلى مجلس الدولة لإجبار الإدارة عن طريق فرض الغرامة التهديدية على اللجوء إلى قاضي العقد لترتيب بطلانه ^(٤)، وقد زاد إمكانية استخدام آلية الغرامات التهديدية لإرغام الإدارة على الالتجاء إلى قاضي العقد وفي فرنسا بصور قانون ١٩٩٥/٢/٨ الذي خوّل القضاء سلطة توجيه أوامر للإدارة لتتخذ عملاً معيناً أو لتقييد اتخاذ القرار

(١) حكم محكمة القضاء الإداري المصري في الدعوى رقم ١٤٣ لسنة ١٩٤٧/١١/٢٥ اق جلسة بتاريخ ١٩٤٧/١١/٢٥
مُشار إليه لدى د. محمود عاطف البنا - المرجع السابق ص ٣٣٥.

(2) R. CHARUS, droit du contentieux administratif, Paris, Montchrestien, 7^{éd}, 1998, No820, P. 607.

(٣) د. محمد أنس قاسم جعفر، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٢٤٦.

(4) C. E. 7oct1994, EP. Lopez, Rec, P. 430.

بشأن حالة معينة أو لتعيد اتخاذ القرار بشأن القرار خلال مدة محددة وعلى ذلك أصبح في إمكان القاضي تجاوز السلطة بعد أن يلغي القرار المنفصل بناءً على دعوى الغير بأن يأمر الإدارة تحت طائلة الغرامة التهديدية بأن تتوجه إلى قاضي العقد لترتيب آثار الإلغاء^(١).

ونستنتج مما سبق ذكره أنه يجوز لغير المتعاقد الذي يُعتبر أجنبياً عن العقد (في كل من الدول موضوع الدراسة المقارنة فرنسا ومصر وسورية) أن يطعن في القرار الإداري المنفصل عن العقد بدعوى الإلغاء شرط أن يبيّن طعنه على عدم المشروعية، أما المتعاقد مع الإدارة فليس له إلا الرجوع إلى القضاء الكامل للحصول على التعويض من قاضي العقد الذي يحسم بمقتضى سلطته جميع المنازعات المعلقة بالعقد إلا أنه يجوز للمتعاقد استثناء اللجوء إلى قاضي الإلغاء إذا ما صدرت من الإدارة قرارات إدارية غير مشروعة بصفة أخرى أي لم تستند في إصدارها إلى صفتها المتعاقدة.

ثانياً: نطاق الرقابة القضائية على قرار الإدارة بالإنهاء الانفرادي للعقد الإداري في حال عدم مشروعيته:

يراقب القاضي الإداري في كل من فرنسا ومصر وسورية قرار إنهاء العقد بدواعي المصلحة العامة من ناحية المشروعية دون الملاءمة بمعنى أن الرقابة القضائية في هذه الحالة تقتصر على التحقق من وجود سبب متعلق بالمصلحة العامة يبرر إنهاء العقد، ولكنها لا تتضمن تقدير مدى ملاءمة سبب المصلحة لإنهاء العقد أي مدى كفاية السبب لإنهاء العقد^(٢)، وهذا على خلاف ما هو مستقر في حالة فسخ العقد نتيجة لخطأ المورد حيث يتسع نطاق الرقابة القضائية ليشمل زاويتي المشروعية والملاءمة، واستقر مجلس الدولة الفرنسي على أن قاضي العقد لا يملك سلطة إلغاء التدابير الصادرة من الإدارة في مواجهة مورديها ومن بينها قرارات الإدارة بالإنهاء الانفرادي للعقود الإدارية حتى ولو كانت هذه القرارات تُنشئ للمتعاقد مع جهة الإدارة الحق في التعويض^(٣).

(١) د. جرجي شفيق ساري، المرجع السابق، ص ١٦٥.

(٢) د. جورج فودال وبيار دلفوفيه، المرجع السابق، ص ٣٦٣.

(3) C. E 11 juill 1986 - stémissnard - Quint, Gazette du palais 1987. P. 238.

فالقاضي يباشر الحد الأدنى من الرقابة عندما يتعلق الأمر بممارسة سلطة تقديرية مثل سلطة الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة^(١).

وهذا ما أقره مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ٥ فبراير ١٩٨٦ حيث قرر استحقاق المتعاقد للتعويض عند إنهاء العقد على الرغم من أن إنهاء العقد لم يكن مخالفاً للقانون ولم يكن تعسفياً^(٢).

كما قرر في حكم آخر بأن إنهاء العقد لم يكن ليحدث إلا بمقتضى السلطة العامة التي تملكها الإدارة لنقض العقود التي أبرمتها من أجل المرافق العامة إذ رأت فائدة ذلك والتي تستقل الإدارة وحدها بتقدير مدى هذه الفائدة تحقيقاً لصالح المرفق العام^(٣).

إلا أن تحولاً حدث في حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢٠ أبريل ١٩٥٦ حيث أن الإدارة بعد أن قامت بفسخ العقد لدواعي المصلحة العامة قامت بإحالة قرار الفسخ إلى القاضي الإداري ليقول كلمة فيه ولم يرفض مجلس الدولة الطلب المقدم له استناداً لما ذكر سابقاً، والذي مفاده أن الإدارة لا تستطيع أن تطلب من القاضي أن يصدر تدابير تملك هي سلطة إصدارها، بل إن القاضي في هذه القضية يقر لنفسه سلطات واسعة في الأمور التعاقدية، حيث قرر أن الفسخ الذي أخره الشخص العام ينتج كامل وكافة آثاره^(٤).

ولقد استشهدت الطلبات الختامية لمفوض الدولة بأن الدور الخاص الذي يقوم به قاضي العقد، والذي يلعب فيه دور المحكم، أو حتى معاون للأطراف هو ما يبرر الخروج على القضاء السابق الذي مفاده لا تستطيع الإدارة أن تطلب من القاضي أن يصدر تدبير سوى التدابير التي لا تملك الإدارة ذاتها سلطة إصدارها ولقد تمّ تفسير مثل هذا الحكم على أنه بمثابة الإقرار بصلاحيّة الإدارة التخلي عن امتياز المبادرة المسبقة، وذلك بفعل إحالة طلب الفسخ إلى القاضي^(٥).

(١) حسام فيصل، المرجع السابق، ص ٢٦٩.

(2) C. E 9 Dec 1927, Gargiulo, rec, P. 1198.

(3) C. E. 5 fev 1986, sogam, R. D. P. 1986, P. 1743.

(4) C. E sect 20 avr 1956, ville de nice, rec, 162, RD public 1956, 582, conl long AJ 1956. II 266, note P. Weil.

(5) RICHER (L), Droit contracts administrative, 9éd, 2014, op. cit. 2. 24.

ويذهب الفقه الفرنسي إلى أن هذا الحل لا يزال يكتنفه الغموض فإننا لا نتصور كيف يمكن الرجوع إلى القاضي للفسخ على أساس الأسباب التي يجب أن تكون ملائمة حتى يتحقق لها المشروعية.

وقد قامت محكمة القضاء الإداري المصري بتحديد الضوابط التي تحكم سلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية في حكمها الصادر بتاريخ ١٢/١٢/١٩٨٢م والذي جاء فيه: "من حيث أنه للإحاطة بمدى حق الإدارة في إنهاء العقود الإدارية، فإنه يتعين مراعاة الأحكام الآتية:

أ - إن سلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية ليست سلطة مطلقة تلجأ إليها الإدارة كيفما أرادت ولكنها سلطة تقديرية يجب أن تستهدف تحقيق المصلحة العامة.

ب - إن الإدارة حين تستعمل تلك السلطة إنما تستعملها تحت رقابة القضاء والقاضي الإداري إذا ما لجأ إليه صاحب الشأن عليه أن يتحرى الأسباب الحقيقية التي دفعت الإدارة إلى إنهاء العقد ويصبح القرار الإداري الصادر بالإنهاء غير مشروع إذا قام الإنهاء على سبب غير سليم، أو إذا استهدف مصلحة غير المصلحة العامة.

ج - إن سلطة القاضي محددة في هذه الحالة فهي مقصورة على التحقق من جدية السبب الذي استهدفته الإدارة ولكنه لا يمكن التصدي لبحث مدى ملائمة إنهاء العقد للسبب الذي قام عليه الإنهاء.

د - إذا ثبت للقضاء الإداري أن القرار الصادر بإنهاء العقد لا يقوم على سبب مشروع فإنه يملك إلغاء القرار^(١).

أما في سورية فقد سمح مجلس الدولة للإدارة أن تتحلل من روابطها العقدية متى وجدت أن مصلحة المرفق العام الذي تديره تستدعي ذلك وليس للطرف الآخر إلا الحق في تقاضي التعويض عن الأضرار فسلطة الإدارة ليست مطلقة في هذا الشأن بل هي سلطة مقيدة بتحقيق المصلحة العامة.

(١) حكم محكمة القضاء الإداري المصري في الدعوى رقم ٥٥٤ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٢/١٢/١٩٨٢ موسوعة العقود الإدارية والدولية مبدأ رقم ١٦٧.

فقد جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا السورية الصادر عنها عام ١٩٧٤: "إن حق الإدارة في أن تضع نهاية مبتسرة لعقودها الإدارية في كل وقت وفقاً لما تقتضيه المصلحة العامة بغير انحراف، أو إساءة لاستعمال السلطة حق أصيل لا ينازعها فيه أحد طالما أنها استعملت سلطاتها التقديرية الهادفة إلى تحقيق الصالح العام فإذا كان الفسخ غير مستند إلى مخالفة المتعاقد معها لشرط من شروط العقد حقاً للمتعاقد أن يطالبها بالتعويض الذي يغطي ما لحقه من خسارة وما فاتته من ربح"^(١).

ويصبح قرار الإدارة غير مشروع إذا استند إلى سبب غير المصلحة العامة وهذا ما أقرته المحكمة الإدارية العليا السورية في حكمها الصادر عام ١٩٦٣ والذي جاء فيه: "للإدارة أن تفسخ العقد إذا رأت أن مقتضيات المرفق العام تستدعي ذلك ومجرد وجود عطاء يزيد على المبلغ الذي رست عليه المزايدة غير كافٍ لمنح الإدارة حق فسخ العقد ويقابل سلطة الإدارة بالفسخ حق المتعاقد في التعويض عما لحقه من ضرر طبقاً للمبادئ العامة في التعويض"^(٢).

وتقتصر صلاحية القاضي على رقابة المشروعية فقط دون الملاءمة، حيث يتحقق من أنه لم يكن لاستعمال الإدارة الحق بإنهاء العقد لدواعي المصلحة أي طابع تعسفي، فإذا تحقق من وجود أسباب المصلحة العامة التي استندت إليها الإدارة في الإنهاء لا يحق له البحث في مدى ملاءمة سبب المصلحة العامة لإنهاء العقد، فقد جاء في حكم للمحكمة الإدارية العليا السورية الصادر في عام ١٩٧٥:

(إن الإدارة وقد استعملت حقها المشروع في فسخ العقد بعد أن تبين لها وجود مصور فوتوغرافي سابق لبلدة القامشلي يمكن الاستفادة منه، والإستغناء نهائياً عن تنفيذ العقد الذي أبرمته مع المتعهد المطعون ضده فإن المحكمة جنحت إلى إجراء خبرة فنية لتقدير الأضرار التي يستحقها وأصدرت حكمها بإلزام الإدارة بأن تدفع له)^(٣).

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الدعوى رقم ١٥٥٤ لسنة ٣٥ بتاريخ ١٢/١٢/١٩٨٢.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٤٨ في القضية رقم.... لعام ١٩٦٣ - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية للأعوام ١٩٦٠ - ١٩٦٤ ص ٢١٨ المبدأ ١٧٨.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٣٧٧ في القضية رقم ٤٦٧ لعام ١٩٧٥ - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٥ ص ٣٠٨ المبدأ ١٣٤.

ونستنتج مما سبق ذكره أن هناك إجماع بالاعتراف للإدارة العامة "في كل من فرنسا ومصر وسورية" بسلطة إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة بالإدارة المنفردة وأن القاضي الإداري يراقب قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة من زاوية المشروعية فقط دون النظر إلى زاوية الملاءمة إذ تقتصر سلطته على التأكد من وجود المصلحة العامة التي بررت إنهاء العقد الإداري والتصدي لكل قرار مخالف للمشروعية والحكم بإلغائه بالإضافة للتعويض لذلك على الإدارة العامة أن تضع دائماً نصب عينها المصلحة العامة والتي يجب أن تكون سبباً في إنهاء العقد الإداري دون سواها وبالمقابل فإن للمتعاقد مع الإدارة حق التعويض عن الخسائر التي تكون قد لحقت.

ثالثاً: سلطات القاضي الإداري في مواجهة قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة في حالة عدم مشروعيته:

تختلف سلطات القاضي الإداري عن النظر بالقرار غير المشروع، والصادر من جهة الإدارة بإنهاء العقد الإداري، فقد يستطيع القاضي الحكم بإلغاء القرار غير المشروع والحكم بالتعويض أيضاً، وقد تقتصر الصلاحية على الحكم بالتعويض فقط وذلك كله حسب نوع وطبيعة العقد الموقع من الإدارة والمتعاقد معها.

ولقد استقر مجلس الدولة الفرنسي كقاعدة في أحكامه وفي صيغة تكاد تكون واحدة مؤداها أنه (لا يحق لقاضي العقد أن يقضي بإلغاء القرار الصادر من الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، وأن عدم المشروعية المنسوبة إلى هذا القرار لا يمكن في أية حال أن تنشئ لصاحب الشأن إلا الحق في التعويض عن الضرر الذي أحدثه هذا القرار).

وطبقاً لهذه القاعدة فإن قاضي العقد لا يملك عندما ينظر إلى هذه المنازعة المتعلقة بالتدبير غير المشروع الذي اتخذته الإدارة المتعاقدة إلا أن يحكم بالتعويض فقط عن الأضرار التي سببتها جهة الإدارة للمتعاقد معها، فالقاضي لا يستطيع أن يقضي بإلغاء التدابير غير المشروعة^(١).

(1) DELOUBADER ET AUTRES; Op. c. t. T. 2. P. 1004.

ولقد استقرت قاعدة عدم قابلية قرارات الإدارة بإنهاء العقد الإداري للإلغاء من جانب القاضي الإداري في حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٧/٣/١٩٧٣ والذي جاء فيه (إن قاضي المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية لا يملك سلطة إلغاء تدبير إنهاء العقد الصادر من الإدارة في مواجهة متعاقدتها، ولكنه يملك سلطة تقدير إنهاء عقد في سلطة الإدارة في مواجهة متعاقدتها، ولكنه يملك فقط سلطة التعويض المستحق للمتعاقد عن هذا الإنهاء)^(١).

واستناداً لما سبق ذكره فإن قاعدة عدم قابلية قرارات الإدارة بالإنهاء الانفرادي للعقد الإداري للإلغاء من قاضي العقد على العقود الآتية:

١ - عقد الأشغال العامة:

استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على قاعدة أساسية بالنسبة إلى عقد الأشغال مفادها (إن قاضي المنازعات المتعلقة بعقود الأشغال العامة لا يملك سلطة الحكم بإلغاء التدابير الصادرة من الإدارة صاحبة الأشغال ضد مقاوليها حتى ولو كانت هذه التدابير غير مشروعة، وإنما تقتصر سلطة القاضي على أن يبحث عما إذا كانت هذه التدابير قد صدرت في ظروف من شأنها أن تنتشئ للمقاول الحق في التعويض)^(٢)، ويرجع موقف مجلس الدولة الفرنسي إلى أن الإدارة العامة هي صاحبة الأشغال ولها حرية التصرف المطلقة نحوها، وأنها صاحبة الكلمة العليا في شأنها، ولذلك لا يجوز للقضاء أن يلغي قرارات الإدارة اتجاه هذه الأشغال حتى ولو ثبت للقاضي عدم مشروعيتها، فالقاضي الإداري لا يمارس أية رقابة على مدى صحة قرار الإدارة صاحبة الأشغال بالإنهاء الانفرادي لعقد الأشغال العامة وإنما يقتصر دوره على استخلاص النتائج المالية لعملية إنهاء العقد عن طريق إلزام الإدارة بتعويض المقاول عند إنهاء عقده)^(٣).

ويرى جانب من الفقه العربي^(٤) أن هذا المسلك القضائي لمجلس الدولة الفرنسي الذي لا يعترف للقاضي العقد بسلطة إلغاء قرارات الإدارة بإنهاء عقود

(١) حسام فيصل، المرجع السابق، ص ٢٧٥ - ٢٧٦.

(2) C. E 17 fev 1978, stécompagniedentreprise, rec, P. 88.

(30 F. LLORENS, contratd'entreprisemarché de travauxpublies. L. G. D. Paris 1981.

(٤) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٥٧٧.

الأشغال العامة يعتبر ضاراً جداً بالإدارة ذاتها لأن المفاوض المفسوخ عقده أو الذي أنهت الإدارة عقده لدواعي المصلحة العامة يمكن أن يحصل من الإدارة في حالة عدم مشروعية قرارها بالفسخ، أو الإنهاء على تعويضات ضخمة أكبر من الأعباء التي تتحملها الإدارة في حالة استمرار المفاوض في تنفيذ عقده، ولذلك فإن تمكن القاضي من إلغاء قرار الإدارة بالفسخ، أو الإنهاء في حالة عدم المشروعية أيضاً منهما يمكن أن يُغني الإدارة عن دفع هذه التعويضات الضخمة والتي يمكن أن تتجاوز قدرتها المالية.

بينما يرى جانب آخر من الفقه العربي صواب المسلك القضائي لمجلس الدولة الفرنسي وذلك لأنه لا فائدة من استمرار عقد الأشغال العامة في حالة عدم احتياج المرفق لمثل هذه الأشغال وإن الإدارة العامة هي الحريصة على مصلحة المجتمع العليا، فيجب أن تخدم جميع قراراتها ولا تكون عرضة للإلغاء طالما كان رائد الإدارة هو المصلحة العامة المكلفة برعايتها دائماً، وإن سلطة الإدارة بإنهاء عقودها بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة هو ما يميز العقد الإداري عن العقد المدني^(١).

ونحن من جانبنا نؤيد ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي بإعتبار أن الإدارة هي صاحبة الأشغال العامة، ويجب أن يكون لها مطلق حرية التصرف نحوها بإعتبار أنها الحريصة على المصلحة العامة.

أما مجلس الدولة السوري فقد بسط رقابته المتمثلة بسلطة قضائه الإداري في فصل النزاعات الناشبة بصدد تنفيذ عقود الأشغال العامة، وذلك بالحكم بأحقية المتعهدين بقيمة الأعمال المنفذة من قبلهم بموجب العقود الأساسية وملاحق تلك العقود، وأحقيتهم باسترداد مبالغ التأمينات وتوقيفات الضمان لتلك العقود وملاحقها، وذلك بعد إجراء التقاص بين مستحقات الإدارة ومستحقات المتعهد، وتسوية العقود وملاحقها على هذا الأساس، مع ضرورة الإشارة في هذا الصدد إلى اعتماد القضاء

(١) د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٤١٣.

الإداري السوري في حكمه على الخبرات الفنية الجارية أمامه وفقاً لما استقر عليه اجتهاد القضاء الإداري السوري منذ أمد بعيد، والذي تركز بنهجه الحديث^(١). وبناءً عليه فإننا نستنتج أن القضاء الإداري السوري قد وضع نصب عينيه على أن تكون تسوية العقود الإدارية وإنهاءها مبنياً على دواعي الصالح العام من جهة، وأحقية المتعهدين في تقاضي كامل حقوقهم باعتبارهم شركاء الجهات العامة في تسيير المرافق العامة بما يقومون به من أعمال محل عقود الأشغال العامة.

٢ - عقد التوريد:

استقرت أحكام مجلس الدولة الفرنسي على أن قاضي العقد لا يمتلك سلطة إلغاء التدابير الصادرة من الإدارة في مواجهة مورديها ومن بينها قرارات الإدارة بإنهاء الانفرادي لعقود التوريد حتى ولو كانت هذه القرارات غير مشروعة، وإنما تقتصر سلطته على البحث عما إذا كانت هذه القرارات تنشئ للمورد الحق في التوريد^(٢).

وفي حالة عدم مشروعية قرار الإدارة بإنهاء الانفرادي لعقد التوريد لدواعي المصلحة العامة فإن القاضي يحكم للمورد بتعويض كامل يشمل ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب نتيجة إنهاء عقده لأن المورد لم يرتكب أي خطأ في تنفيذ التزاماته^(٣)، ويأخذ القاضي في اعتباره هذا اللزوم في تقدير التعويض المستحق للمورد ما إذا كان إنهاء عقد التوريد جزئياً، أو كلياً ويحكم بناءً على ذلك وفي حدوده^(٤).

(١) حكم محكمة القضاء الإداري السورية رقم (٤٨٠) لعام ٢٠١٨م الصادر بتاريخ ٢٠١٨/٢/٦م، غير منشور، حكم محكمة القضاء الإداري السوري رقم (٧٢٩) لعام ٢٠١٨م الصادر بتاريخ ٢٠١٨/٣/١٣م، غير منشور.

(2) C. E 11 Juill, 1986, sté Missenard – quint, Gazette du public duplais, 1987, P. 238.

(3) C. E 24 Nov 1972, sté Ateliers de nettoyage de fontainableau. Rec, P. 753.

(٤) السلال سعيد جمعة الهويدي، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة في الإمارات العربية المتحدة والدول الأجنبية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة طنطا، ١٩٩٢، ص ٢٨١.

٣ - العقود الإدارية ذات الطابع الاقتصادي (عقود الخطة الاقتصادية):

أقرّ مجلس الدولة الفرنسي عدم قابلية قرارات الإدارة بإنهاء الانفرادي لهذه العقود لدواعي المصلحة العامة للإلغاء من جانب القاضي الإداري.

وعلى خلاف ما سبق عرضه فإن هناك استثناءات ترد على قاعدة عدم جواز إلغاء قرارات الإدارة بإنهاء الانفرادي للعقود الإدارية لدواعي المصلحة العامة في حالة عدم مشروعيتها وذلك استناداً لأحكام مجلس الدولة الفرنسي وتظهر هذه الاستثناءات بالنسبة للعقود التالية:

أ. عقد التزام المرفق العام: أقرّ مجلس الدولة الفرنسي بسلطة قاضي العقد بإلغاء قرار الإدارة باسترداد التزام المرفق العام في حالة عدم مشروعية هذا القرار ويرجع السبب في الاعتراف للقاضي الإداري بهذه السلطة في عقود الالتزام إلى أن الملتزم في هذه العقود يقوم عادة بتنفيذ استثمارات مالية كبيرة يتم استهلاكها خلال مدة طويلة لذلك يجب أن يشعر بالثبات والاستقرار.

ب. عند إيجار المرفق العام: يشترط مجلس الدولة الفرنسي أن يتضمن هذا العقد استثمارات مالية كبيرة من جانب المستأجر، فإذا لم توجد مثل هذه الاستثمارات فإن القاضي لا يستطيع إلغاء قرار الإدارة بإنهاء عقد إيجار المرفق العام^(١).

ج. عقود التزام المناجم: ويرجع السبب في تقدير هذا الاستثناء إلى طول مدة هذه العقود والاستثمارات المالية الكبيرة التي ينفقها المتعاقد والتي يجب أن يتم استهلاكها طوال مدة العقد^(٢).

د. عقود التزام شغل الأملاك العامة: ويجد الإلغاء من قبل قاضي العقد تبريره القانوني في ألا يوضع الشخص الذي يشغل المال العام بمقتضى عقد مع الإدارة بمركز أقل من مركز الشخص الذي يشغل الأملاك العامة بمقتضى قرار فردي من جانب الإدارة أي بمقتضى ترخيص فريد من الإدارة.

فمن غير المنطقي أن يكون الشخص الثاني أفضل حماية من الشخص الأول حيث يستطيع الشخص الثاني أن يحصل على إلغاء قرار بسحب ترخيصه بواسطة

(1) T. A de Grenoble 9 Avril 1980, (s. a. t. a) D1981 j. p. 581.

(2) C. E 19 Avril 1989, sté des transports, d'an yors, R. D. P. 1989, P. 1181.

دعوى الإلغاء أمام قاضي العقد ولذلك أقر مجلس الدولة الفرنسي لقاضي العقد سلطة إلغاء قرار الإدارة بإنهاء شغل الأملاك العامة للتسوية بين الحالتين^(١).

أما بالنسبة للقضاء الإداري في مصر وسورية، فإننا لم نصادف حكماً لمجلس الدولة المصري أو لمجلس الدولة السوري تعرض لدعوى سلطة القاضي الإداري في مواجهة قرار الإدارة بإنهاء العقد بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة في حالة عدم مشروعيته، ومن استقراء الأحكام الصادرة عن هذين المجلسين في هذا المجال فإن كلا المجلسين لا يحكم بإلغاء قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة في حالة عدم مشروعيته، بل يكتفیان بالحكم بتعويض الطرف الآخر تعويضاً كاملاً شاملاً يغطي ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب في حالة منازعة المتعاقد مع الإدارة في مشروعية هذا القرار أمام قاضي العقد.

ومن أحكام مجلس الدولة المصري حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ ١٩٥٧/٤/٢٠ والذي جاء فيه (لإدارة دائماً سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا ما يقتضيه الصالح العام وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويض إن كان له وجه، وهذا على خلاف الأصل في العقود المدنية التي لا يجوز أن يستقل أحد الطرفين لفسخها أو إنهائها دون إرادة الطرف الآخر)^(٢).

ومن أحكام مجلس الدولة السوري، حكم المحكمة الإدارية العليا السورية الصادر عام ١٩٧٥ والذي جاء فيه (لأن القانون الإداري يسمح للإدارة أن تتحلل من روابطها العقدية متى وجدت أن مصلحة المرفق العام الذي تديره تستدعي ذلك وليس للطرف الآخر إلا الحق في تقاضي التعويض عن الأضرار)^(٣).

وبرأينا أن موقف مجلس الدولة السوري، والمصري يتسم بالصواب لأنه ليس من المنطقي إجبار الإدارة على الاستمرار، في عقد لم يعد للمرفق العام مصلحة فيه على الأقل من وجهة نظر الإدارة كما أن مصلحة المتعاقد مع الإدارة

(1) C. E, 24 1959 snfc 264.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم ١٥٢٠ لسنة ٢٠ بتاريخ ١٩٥٧/٤/٢٠.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، رقم ٣٢ في القضية رقم ١٨ لعام ١٩٧٥ - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٥ ص ٢٤١ وما بعدها.

لا تتضرر من قرار الإدارة غير المشروع طالما أنه سيحصل على تعويض يغطي خسارته وما فاتته من ربح.

المطلب الثاني

فسخ العقد الإداري كجزء توقعه الإدارة على المتعاقد معها

يعد الجزء الفاسخ الامتياز السلطوي الأخير الذي تلجأ إليه الإدارة لحسم عدم التزام المتعاقد معها على أداء التزاماته التعاقدية، وهو وسيلة خطيرة في الأساس، إذ أن الإدارة تهاجم به العلاقة التعاقدية القائمة، بغرض فرض الالتزامات المختلة، ومن ثم إنهاء هذه الرابطة من الأساس، وذلك دفاعاً عن المرفق، والمصلحة العامة للجمهور.

ويحتل الفسخ قمة الجزاءات التي تملك الإدارة حق توقيعها على المتعاقد جزء لإخلاله في التزاماته التعاقدية^(١) بعد أن تكون كافة الوسائل قد عجزت عن إصلاحه مما يفقد الجهة الإدارية الثقة في التعامل معه نتيجة لتولد يقين لديها بأن التعامل مع هذا المتعاقد في ضوء سلوكه في تنفيذ العقد من شأنه الإضرار بالمصلحة العامة التي لأجل تحقيقها أبرم العقد.

لذلك يعتبر الفسخ أخطر الجزاءات الإدارية وأقساها على الإطلاق، لأنه جزء حاسم يؤدي إلى إنهاء العقد الإداري، ولهذا الجزء شروط لا بد من توافرها حتى تستطيع الإدارة أعمال امتيازها بالتنفيذ المباشر وبالتالي إلى فسخ العقد.

ولا تلجأ الإدارة إلى هذا الجزء عادة إلا في حالة الإخلال الجسيم أو الخطأ المتكرر الذي يفقدها الأمل في تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية^(٢)، ويخضع ذلك التقدير إلى الرقابة اللاحقة لذلك العقد، وهي تستمد ذلك الحق من امتيازات السلطة العامة ولو لم يرد النص عليه في العقد ومن دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء^(٣).

وكما يتعين على الإدارة إخطار المتعاقد بفسخ العقد والالتزام بالمدة المتفق عليها بين الإخطار، والفسخ متى نص العقد على ذلك، والتزام الإدارة في

(١) د. سليمان الطماوي، الوحيز في القانون الإداري، المرجع السابق، ص ٦١٤.

(٢) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ١٦٢.

(٣) د. محمود أبو السعود، سلطة الإدارة في الرقابة على خلفية العقد الإداري، كلية العلوم القانونية والاقتصادية، ١٩٩٧، ص ١٠٠.

تعويض المتعاقد عما قد أصابه من أضرار من جراء مخالفتها لهذين الشرطين^(١).

هذا وتملك الإدارة المتعاقدة حق توقييع جزاء فسخ العقد الإداري سواء تضمن هذا العقد نصاً يخولها هذا الحق، أم خلا من النص على ذلك دون حاجة للجوء إلى القضاء، وتمارس هذه السلطة حتى في حالة سكوت العقد أو دفتر الشروط عن تنظيم هذه السلطة^(٢)، وحينما يحدد العقد أسباب الفسخ فإن القاضي بدوره لا يعتبرها قائمة جامعة بمعنى أنه قد يرد الفسخ لأسباب غير تلك التي نص عليها العقد ويحق للمورد المطالبة بالتعويض بسبب الفسخ التعسفي للعقد^(٣).

وتستطيع الإدارة أن تطلب من القاضي تقرير جزاء الفسخ بدلاً عنها حتى تضمن عدم رجوع المورد عليها في التعويض إذا اثبت أنها قد اساءت استعمال هذا الحق أو استعملته استعمالاً غير مشروع ويخضع قرار الإدارة بفسخ العقد لرقابة القضاء^(٤).

وفي فرنسا ذهب جانب من الفقه إلى أن الإدارة تستطيع أن تتخلى عن جزاء الفسخ لخطأ المتعاقد لصالح القضاء إلا أن القاضي لا يملك الحكم بالفسخ إلا إذا تم الالتزام بالمطلوبات الإجرائية وعلى الأخص الإعذار^(٥).

ولا يعني ممارسة الإدارة لحق الفسخ بالإرادة المنفردة أن لها الحق بأن تمارسه بصورة مطلقة دون قيد أو شرط، وإنما يتعين عليها أن تباشر هذا الحق إذا توافرت أسباب معينة، وفي إطار ضوابط محددة تنظمها قوانين الشراء العامة في النظم القانونية المقارنة وكل من الفقه والقضاء.

وعلى ذلك يتطلب تحديد ماهية الفسخ الجزائي للعقد الإداري بيان طبيعته ويجب التفرقة بينه وبين الإجراءات المشابهة له، ومدى جواز الجمع بينه وبين الجزاءات التعاقدية الأخرى ثم بيان أنواعه وخصائصه، والآثار القانونية المترتبة

(١) فوزيه سكران، المرجع السابق، ص ١٤٣.

(٢) د. عاطف سعدي محمد، المرجع السابق، ص ٥٦٨.

(٣) د. جورج فودال وبيار دلفوفيه، المرجع السابق، ص ٣٢٩.

(٤) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص ٣٢٩.

(5) RICHER (L), Droit des adminstrtive, 9éd, 2014, op, cit, P. 228.

عليه والرقابة القضائية على سلطة الفسخ الجزائي من حيث القضاء المختص وسلطات قاضي العقد.

ولدراسة فسخ العقد الإداري كجزء توقعه الإدارة على المتعاقد معها، لابدّ من عرض مفهوم الفسخ الجزائي، ومن ثم رقابة القضاء الإداري على الفسخ الجزائي، وذلك في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: مفهوم الفسخ الجزائي للعقد الإداري.

الفرع الثاني: رقابة القضاء الإداري على الفسخ الجزائي للعقد الإداري.

الفرع الأول

مفهوم الفسخ الجزائي للعقد الإداري

لدراسة مفهوم الفسخ الجزائي للعقد الإداري لابدّ من تعريف الفسخ الجزائي أولاً، ومن ثم تحديد طبيعة الفسخ الجزائي ثانياً، ومن ثم بيان أنواع الفسخ الجزائي ثالثاً، وأخيراً عرض شروط ممارسة الفسخ الجزائي كمايلي:

أولاً: تعريف الفسخ الجزائي:

يعرّف الإنهاء الجزائي أو الفسخ الجزائي بأنه: "جزء بمقتضاه تنتهي الإدارة الرابطة العقدية بينها وبين المتعاقد معها"، ويعرّف أيضاً بأنه: "جزء توقعه الإدارة المتعاقدة على المتعاقد معها الذي لم يعد قادراً على الوفاء بالتزاماته العقدية على نحو ما ينبغي، حيث تنتهي الإدارة بهذا الجزء التعاقد معه بصورة مباشرة تفرضها ضرورات تحقيق المصلحة العامة في دوام سير المرافق العامة بانتظام"^(١).

وأيضاً يمكن تعريف الفسخ الجزائي بأنه: "ذلك الجزء شديد الجسامة الذي تستطيع الإدارة صاحبة العمل أن توقعه على المتعاقد معها المقصر في تنفيذ

(١) إيهاب سامر عليا، الانتهاء المبسر للعقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، دمشق، سورية، ٢٠١٧، ص ١٢٤.

التزاماته التعاقدية، والذي يترتب عليه استبعاد المتعاقد معها نهائياً من تنفيذ موضوع العقد أو من الاستمرار في تنفيذه^(١).

ويتميز هذا الجزاء باختين جوهريتين هما:

أ - إن الإدارة تقرر ذلك الإنهاء بموجب قرار انفرادي من جانبها وحدها، بناء على سلطتها التقديرية وحققها في توقيع الجزاء من تلقاء نفسها، دون حاجة إلى اللجوء للقاضي، باستثناء جزاء الإسقاط الذي لا يتم إلا بحكم قضائي.

ب - يترتب على توقيع هذا الجزاء انتهاء العقد، واستبعاد المتعاقد معها بصورة نهائية من تنفيذ الأعمال محل العقد^(٢).

ولقد صدرت الأحكام القضائية المتواترة عن مجلس الدولة الفرنسي معترفة للإدارة بالحق في فسخ العقد إذا اتضح لها بصفة نهائية أن المتعاقد لم يعد في إمكانه تقديم المشاركة والمعاونة في تنفيذ المرفق محل العقد بطريقة مرضية وفعالة^(٣).

كذلك استقر مجلس الدولة المصري على (أن للجهة الإدارية الحق في فسخ العقد ومصادرة التأمين وشطب الاسم، وهذه ليست إلا جزاءات تملك توقيعها على المتعاقد معها إذا تخلف عن الوفاء بما يفرضه عليه العقد أو إذا استعمل الغش أو التلاعب في معاملاته معها، ولما كان توقيع هذه الجزاءات إنما يهدف أساساً إلى حسن تنفيذ العقد المتصل بسير المرفق العام، وضمان استمراره تحقيقاً للمصلحة العامة ومن حق جهة الإدارة توقيعها دون انتظار لحكم من القضاء، فإنه لا وجه لاتخاذ أي إجراء يحول دون استعمال الجهة الإدارية لهذا الحق بأي صورة من الصور مهما يكن من أمر ما يدعيه المدعي في هذا الشأن.....)^(٤).

وقد سائر مجلس الدولة السوري ما وصل إليه مجلس الدولة الفرنسي ومجلس الدولة المصري، فقد جاء في الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية العليا

(١) حسام سليمان فيصل، المرجع السابق، ص ٧٥.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (١٣٢) في القضية رقم (١١١) لسنة ١٩٧٤م - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٤، ص ٢٠٦.

(3) C. E 4 Janvier 1956, Ville de Paris, P. 11.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، رقم (١١٠٩) لسنة ٨ ق جلسة ١٩٦٣/١٢/٢٨م.

السورية عام ١٩٧٢: (إن حق الإدارة في فسخ عقودها مع الملتزمين حق أصيل تملك الإدارة اتخاذه في كل مرة يبدو أن المتعاقد معها قد أخل بالالتزامات العقدية إخلالاً جسيماً يعرض المرفق العام للخطر ويبقى للطرف الآخر الحق بالمطالبة بالتعويض إن كان له موجب وثبت أن الفسخ وقع تعسفياً)^(١).

ومما يجب التنويه إليه أن القضاء في فرنسا ومصر وكذلك في سورية يستلزم أن يقترن توقيع هذا الجزاء بخطأ جسيم يرتكبه المتعاقد في تنفيذ التزاماته، وبذلك فهو يختلف عن حق الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة لاعتبارات تتعلق بالصالح العام وبدون خطأ من المتعاقد^(٢).

ثانياً: طبيعة الفسخ الجزائي:

الفسخ الجزائي يُعد من أبرز مظاهر تمييز العقد الإداري عن عقود القانون الخاص وهو ما يتجسد في أن هذه الأخيرة الأصل فيها ألا تُفسخ بالإرادة المنفردة لأي من المتعاقدين، وإنما لا بد من الالتجاء للقضاء بالحكم بالفسخ وفقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين^(٣) نص القانون المدني واختلاف الفسخ في العقود الإدارية عنه في العقود المدنية يجد أساسه في اعتباره جزاءً لا يرتكز على توافق إرادتي طرفي العقد ولا على مجرد تقصير أحدهما في التزاماته وإنما على مصلحة المرفق العام^(٤).

هذا فضلاً عن أنه يتميز في بعض المزايا عن غيره من الجزاءات التعاقدية جهة إضافة إلى أنه يثير مشكلة الجمع بينه وبين غيره من هذه الجزاءات من جهة أخرى.

١ - الاختلاف بين الفسخ الجزائي وغيره من الجزاءات التعاقدية:

أ - الاختلاف بين الفسخ الجزائي والجزاءات الضاغطة المؤقتة:

بداية اتفق الفسخ الجزائي وجزاء التنفيذ على حساب المتعاقد وبإشراف الإدارة في أن كلا الجزائين من جهة توقعه الإدارة في إرادتها المنفردة بغير حاجة للجوء

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (٣٠) في القضية رقم (٢٢) لسنة ١٩٧٢ - مجموعة

المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٢، ص ٢٢٨.

(٢) حسام سليمان فيصل، المرجع السابق، ص ٧٦ - ٧٧.

(٣) عبد الله نواف العنيزي، المرجع السابق، ص ١٣٧.

إلى القضاء. وفي التدليل عليه قالت إدارة الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري (القاعدة المسلم بها في القانون الخاص تقوم على أن العقد شريعة المتعاقدين، بحيث لا يجوز لأحد المتعاقدين أن يعدل شروط العقد أو ينهيه بإرادته المنفردة، إلا أن هذه القواعد تتغير في نطاق القانون الإداري نظراً لمقتضيات سير المرافق العامة والجهات الإدارية... ولهذا تتمتع في مجال العقود الإدارية في سلطات واسعة وغير مألوفة في عقود القانون الخاص منها سلطة توقيع جزاءات معينة على المتعاقد معها إذا قصر في تنفيذ التزاماته على أي وجه من الوجوه... فإنه يحق للوزارة إزاء تقصير الشركة المذكورة فسخ هذا الاتفاق بإرادتها المنفردة دون الحاجة للنص عليه في الاتفاق أو الالتجاء إلى القضاء^(١)).

ومن جهة ثانية ينشابه كل منهما مع الآخر في أن الخطأ الموجب لتوقيعهما يكون بنفس درجة الجسامة بمعنى أنه لا يمكن للإدارة أن توقع أي من الجزاءين إلا في حالة إخلال المتعاقد في تنفيذ التزاماته إخلالاً جسيماً^(٢)، وتطبيقاً لذلك قضى بأنه أن لجهة الإدارة - كأصل عام مقرر في العقود الإدارية - سلطة فسخ العقود الإدارية أو إنهاؤها إلا أن هذا الأصل محكوم لأن يكون هناك إخلال جسيم من المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته التعاقدية يعطل تنفيذ العقد على النحو المتفق عليه، بحيث لا تكون هذه السلطة وبجميع الأحوال سيفاً مسلطاً على المتعاقد معها تستخدمه متى شاءت وكيفما تشاء، ولكن يختلف الجزائين في أن التنفيذ على الحساب يعتبره الفقه من الجزاءات الإكراهية أو ما يطلق عليه الجزاءات الضاغطة وهي الجزاءات التي توقعها الإدارة بقصد إجبار المتعاقد على تنفيذ التزاماته، أي أنه جزاء غايته حمل المتعاقد على الاستمرار في العقد أما الفسخ فهو خلاف ذلك، إذ أن غايته إنهاء العقد بين الإدارة، والمتعاقد معها، لذا فإن التنفيذ على الحساب يفرض بقاء واستمرار العقد على نحو لا يحول أن تسند إليه الإدارة العمل ذاته للقيام به مرة أخرى أما الفسخ فينهى العلاقة تماماً ولذلك فإنه جزاء تلجأ إليه الإدارة

(١) إدارة الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري-فتوى رقم ١٤٤٩ في ٢٠٠٠/٥/٩ - مجموعة المبادئ القانونية في العقود الإدارية في أربعين عاماً / ١٩٦١ - ٢٠٠١/.

(٢) د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ١٢٤.

عندما ترى أن التنفيذ على حساب المتعاقد أو وضع المشروع تحت إدارتها المباشرة غير مجدٍ على إجبار المتعاقد على تنفيذه^(١).

ب - الاختلاف بين الفسخ الجزائي والتعويض:

يعد التعويض جزاءً أكثر عمومية في التطبيق من الفسخ وذلك أنه يمكن أن يقضى به عند الفسخ إذا كان غير مشروع، ولذلك فهو جزاء لردع المخالف لالتزاماته العقدية، فضلاً عن كونه جزاء لتوقيع جزاء بشكل يخالف القانون، ولذا إذا أوقعت الإدارة جزاء الفسخ ثم تبين أن ضرراً لحقه من جراء ذلك، فإنه يكون له الحق في التعويض^(٢).

ومن ناحية أخرى إذا كان الفسخ الجزائي يتشابه مع التعويض في أن كل منهما يلزم لتوقيعه أن يكون المتعاقد قد أخلّ بالتزاماته التعاقدية فإن الفسخ يختلف عن التعويض، في أن الفسخ يتطلب أن يكون الإخلال جسيماً بينما يكفي في التعويض أن يقع الإخلال، وعلى ذلك إذا كان كل إخلال يوجب التعويض فإنه ليس كل إخلال يوجب الفسخ، إذ يلزم أن يكون الإخلال جسيماً لتوقيع جزاء الفسخ.

ج - الاختلاف بين الفسخ الجزائي والفسخ بقوة القانون:

ومن جهة ثالثة يختلف الفسخ الجزائي (بوجه عام) كإجراء توقعه الإدارة بإرادتها المنفردة عن نوع آخر من الفسخ يقع بقوة القانون، وهو يحدث عندما يكون التزام المتعاقد مستحيلاً استحالته مطلقاً أو قانونية تؤدي إلى انقضائه فهذه الاستحالة كالقوة القاهرة التي تجعل من التنفيذ مستحيلاً استحالته مطلقاً وينقضي بها التزام المدين دون أن يتحمل تبعة عدم تنفيذه^(٣).

غير أنه - وفي جميع الأحوال - يشارك الفسخ الجزاءات الإدارية في أنه ليس حقاً خالصاً للإدارة يمكنها التنازل عنه كما تشاء إنما هو سلطة مقررة لها حماية للمرفق العام، ومصالحه لذا لا يمكنه التنازل عنها، وبالتالي لا يجوز أن يرد نصاً في العقد يمنع الإدارة من ممارسة هذه السلطة، حيث أن تنازلها عن الفسخ

(١) د. علي عبد العال السيد أحمد، الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ١٩٩٨، ص ١٧.

(٢) د. عادل عبد الرحمن خليل، المرجع السابق، ص ٣٥٨.

(٣) د. عادل عبد الرحمن خليل، المرجع السابق، ص ٣٥٨.

مخالفاً للنظام العام في العقود الإدارية^(١)، باعتباره متعارضاً مع سير المرفق العام بانتظام واطراد. فضلاً عن اعتباره شرطاً بعدم المسؤولية وهو وإن كان متعارضاً مع النظام العام في القانون الخاص فإنه أولى بالاتباع حينما يتصل الأمر بالمرفق العام أي في العقود الإدارية^(٢).

٢ - سلطة الإدارة في الفسخ الجزائي مع سلطتها في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة لدواعي المصلحة العامة:

إن سلطة الإدارة في الفسخ الجزائي مع سلطتها في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة لدواعي المصلحة العامة يجمعهما إن الإدارة هي مصدرة الإجراء وأساسهما القانوني يتقارب إلى حد كبيرو يكاد يتطابق كما أن القاضي الإداري لا يملك سلطة إلغاء قرار الإدارة في كلا السلطتين سواء في عقدي الأشغال العامة أو التوريد أو في غيرهما من العقود الإدارية - باستثناء عقد الالتزام - لاسيما في فرنسا بلد منشأ نظرية الجزاءات في العقود الإدارية أو بالأحرى نظرية العقد الإداري بصفة عامة أما في الدول المقارنة (مصر وسورية) فلا يوجد تفرقة بين أنواع العقود الإدارية فيكون للقاضي الإداري حق إلغاء قرار الإدارة غير المشروع ليس فقط في عقد الالتزام فحسب كما هو في فرنسا إنما في العقود الإدارية كافة.

أما الاختلاف بينهما فيكمن في أن الفسخ الجزائي يتطلب أن يصدر عن المتعاقد إخلالاً جسيماً خلافاً لما اتفق عليه كي تستطيع الإدارة ممارسة هذه السلطة بفرض هذا الجزاء، بينما في سلطة إلغاء العقد لدواعي المصلحة العامة فللإدارة سلطة تقديرية واسعة في إلغاء العقد لدواعي المصلحة العامة ودون خطأ من جانب المتعاقد معها، إضافة إلى آثارها المختلفة ولعل أهمها أن المتعاقد في العقود الإدارية لا يستحق أي تعويض في حالة الفسخ الجزائي، نظراً إلى ارتكابه الخطأ الذي تم على ضوئه اتخاذ هذا الجزاء، بينما سلطة إلغاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة فيستحق المتعاقد التعويض إزاء إلغاء عقده القائم مع

(١) د. عادل عبد الرحمن خليل، المرجع السابق، ص ٣٥٨.

(٢) د. محمد عبد اللطيف، نظرية التنازل في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠ ص ١٥٣.

الإدارة، وقد يكون تعويضاً كاملاً من الإدارة مشمولاً بذلك ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب^(١).

والجدير ذكره أن طبيعة الفسخ تسير على النحو السابق سؤالاً هاماً عما إذا كان من الممكن الجمع بينه كجزاء، وبين غيره من الجزاءات الأخرى كمصادرة التأمين أو التعويض مثلاً ولاسيما إذا علمنا بأن الفسخ يعد جزءاً جسيماً الأثر على المتعاقد ويعرضه لأضرار مادية وأدبية ومن أهمها إظهاره بمظهر المتعاقد غير الحريص على الوفاء بالتزاماته التعاقدية اتجاه المرفق العام، والمصلحة العامة.

دفعت هذه الاعتبارات وطبيعة الفسخ الفقه إلى القول بجواز الجمع سواء في فرنسا أو مصر أو سورية وهو الاتجاه الذي يقوم على اعتبار أن فسخ العقد يخضع لقاعدة قانونية عامة، كما تقول المحكمة الإدارية العليا المصرية (بأن للدائن الذي أصيب بفسخ العقد أن يرجع للتعويض عما أصابه من ضرر على المدين إذا كان عدم قيام هذا المدين بتنفيذ التزامه راجعاً إلى خطئه أو إهمال أو عمد ويترتب على هذا الخطأ ضرر^(٢)).

وهذه القاعدة بحكم عموميتها تطبق على حالة فسخ العقد الإداري، كما تطبق في حالة فسخ العقد المدني ومن ثم فإن هذا التعويض الذي مرده إلى القواعد القانونية العامة مستقل في سببه، كما أنه مختلف في طبيعته وغايته عن مصادرة التأمين كأحد الجزاءات المالية في العقد الإداري وعلى نحو ما سبق والتي مردها إلى ما يتميز به العقد الإداري عن العقد المدني من طابع خاص مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره، وتغليب وجه المصلحة العامة في شأنه على مصلحة الأفراد الخاصة، وهذا الطابع الخاص هو الذي يترتب عليه تمتع الإدارة في العقد بسلطات متعددة منها سلطة توقيع الجزاءات المالية التي من بينها مصادرة التأمين ولطالما السبب بكل من مصادرة التأمين والتعويض مستقلاً.

والطبيعة والغاية لكل منهما مختلفة فكل منهما سببه ومبرراته فإنه لا يتعارض بين هذا الجزاء والتعويض، ولا بين أيهما وبين فسخ العقد وليس مصادرة التأمين تعويضاً أو جزء من التعويض المستحق للإدارة من جراء أخطاء المتعاقد

(١) د. هاني إسماعيل، المرجع السابق، ص ١٢٦٠.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية - جلسة ٢٠٠٠/١٠/٣١ في الطعن ٣٧٥٩ - مجموعة السنة ٤٦ الجزء الأول - ص ٣٧.

معها ومن ثم لا تقوم معه فكرة الجمع بين تعويضين فلا تترتب إن اجتمع في حالة فسخ العقد الإداري مع مصادرة التأمين استحقاق التعويض، إذ لا يعتبر الجمع بينهما ازدواجاً للتعويض محظوراً^(١).

وغني عن البيان أن فسخ العقد يختلف سحب العمل، والتنفيذ على حساب المتعاقد مع الإدارة وتحت مسؤوليته وذلك لأن فسخ العقد ينهي العلاقة التعاقدية في حين أن سحب العمل لا ينهي العقد، وإنما يبقى منجزاً لآثاره^(٢).

ثالثاً: أنواع الفسخ الجزائي:

من المسلم به في النظرية العامة للجزاءات أن يوجد للفسخ الجزائي في العقد الإداري لاسيما عقد الأشغال العامة، والتوريد نوعان فرّق القضاء، والفقهاء في فرنسا بينهما تبعاً لجسامة وخطورة آثار كل منهما على مركز المتعاقد المفسوخ عقده مع الإدارة فإذا كان الخطأ بسيطاً اعتبر الفسخ الذي يواجهه به بسيطاً ومجرداً، أما إن كان جسيماً كان الفسخ بدوره جسيماً أيضاً، أي يقترن بمسؤولية المتعاقد المخل للعقد عن الأضرار الناجمة عن خطأه.

١ - الفسخ الجزائي البسيط أو المجرد:

يقصد بالفسخ الجزائي البسيط أو المجرد بأنه: "إنهاء الإدارة للرابطة التعاقدية القائمة مع المتعاقد المخل بالتزاماته، بلا قيد أو شرط، وذلك باسكتفاء الإدارة بالحصول على التعويضات اللازمة لجبر الخسائر التي تكبدتها نتيجة لهذا الإخلال. وطبقاً لهذا الشكل لا يتحمل المتعاقد المفسوخ عقده تبعات استمرار تنفيذ العقد الأصلي"^(٣).

وهنا تبذور الإدارة أقل صرامة في ممارسة سلطتها في فسخ العقد بسبب أخطاء المتعاقد الجسيمة، وتكتفي باستبعاده بدون قيد أو شرط أو دون إلزامه

(١) د. سمير صادق، العقد الإداري في مبادئ الإدارية العليا، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، مصر، ١٩٩١، ص ٢٢٢.

(٢) د. محمد ماهر أبو العينين، المبادئ القانونية في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ٥٨٥.

(٣) سعيد عبد الرزاق باخبيهر، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر (يوسف بن خدة)، بن عكنون، الجزائر، ٢٠٠٧ - ٢٠٠٨م، ص ٣١٩.

بالأعباء المترتبة على إعادة طرح الأشغال مرة أخرى دون تحميله مخاطر التعاقد الجديد أو دون تحمل المتعاقد أي نفقات إضافية ناشئة عن إبرام عقد جديد ويترتب عليه إنهاء الإدارة للرابطة التعاقدية القائمة مع المتعاقد المخل بالتزاماته بلا قيد أو شرط ويعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ويكون للإدارة الحق في الحصول على التعويض اللازم لجبر الخسائر التي تكبدتها نتيجة لهذا الإخلال واقتضاء غرامات التأخير وطبقاً لهذا النوع من الفسخ لا يتحمل المتعاقد المفسوخ عقده تبعات استمرار تنفيذ العقد الأصلي^(١).

وهذا معناه أن الفسخ المجرد أو البسيط يتميز بميزتين^(٢):

أ - إن الإدارة لا يمكنها عند توقيعه أن تلزم المتعاقد بمصاريف إعادة طرح العملية أو الأعمال المتعاقد عليها في مناقصة عامة على حسابه أو مسؤوليته بمعنى أن تكتفي بمجرد فسخ العقد.

ب - أن يتم توقيعه في غالب الأمر على الحالات التي لا يصل فيها خطأ المتعاقد إلى قدر كبير من الجسامة أو الأخطاء التي يكون لها ما يبررها مثال ذلك اتضح للإدارة بصفة نهائية أن المتعاقد لم يعد في إمكانه تقديم المشاركة والمعاونة في تنفيذ المرفق بطريقة مرضية وفعالة^(٣) أو عدم تسديد المتعاقد للتأمين في المدة المحددة إلا في حالة إفلاسه أو تنازله عن العقد للغير بدون موافقتها^(٤)، وعلى نحو ما يبدو عند هذه الحالات يواجه الفسخ مجرد متعاقد عاجز عن تنفيذ التزاماته بظروف أو ضرورة طرأت بالنسبة له، لذلك يكون من غير المنطقي أن يلزم بأعباء تعاقد جديد.

ويتعين على السلطة الإدارية أن تقرر صراحةً - وفي ذات قرار الفسخ - طبيعته أي تصرح بأن الفسخ مجرد وبسيط وذلك لا يثير الشك حول طبيعة الفسخ بما يترتب له حقاً في التعويض، والفسخ المجرد يستبعد التعويض من الجانبين الإدارة والمتعاقد^(٥) غير أن استبعاد التعويض يجب أن يفهم في نطاق معنى الفسخ

(١) د. إبراهيم محمد علي، المرجع السابق، ص ١٣٠.

(٢) د. علي عبد العال السيد أحمد، المرجع السابق ص ٢٥.

(٣) د. إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ١٢٦.

(4) C. E 10/1/1962 associatnsyndiccalede, strasbourgville R. P. 18.

(٥) د. عبد الله نواف العنيزي، المرجع السابق، ص ١٤٧.

المجرد فإنه تعويض عن إتمام الأعمال أو إجراء مناقصة عليها على نفقة المتعاقد إذ يُقبل للإدارة حق التعويض عن الأضرار نتيجة خطأ المتعاقد أو تأخير التنفيذ أي من المستبعد تحميل المتعاقد تبعات إجراء عقد جديد تبرمه الإدارة لإنجاز الأعمال التي تركها المتعاقد دون أن ينتهي منها.

وهو مارتب عليه مجلس الدولة الفرنسي نتيجة هامة أنه إذا وقع الفسخ نتيجة إفلاس المتعاقد، فإنه يمكن لدائنيه الحق في التمسك بعدم الاحتجاج عليهم بمصروفات المناقصة الجديدة التي أجرتها الإدارة لإتمام الأعمال التي لم ينجزها المتعاقد مدينه، إذ تعتبر هذه المناقصة بالنسبة لهم عديمة الأثر^(١) إلا أن هناك من الفقهاء من يعارض هذا الفسخ على أساس أن المصلحة العامة تُلزم أن يتحمل المتعاقد مسؤولية إعادة طرح ما لم يقدّم به من الأعمال في مناقصة أخرى وهو ما يحقق مصلحة الخزنة العامة، ذلك أن الفسخ يقع على خطأ المتعاقد وطالما وقع منه هذا الخطأ فلا بدّ أن يتحمل نتيجة خطئه ولا تتحملة الخزنة العامة، لذلك يجب أن يتحمل نفقات إعادة طرح الأعمال التي لم يتمها في مناقصة جديدة^(٢).

وذهب البعض الآخر إلى حل وسط يوفق بين مزايا الفسخ المجرد من حيث التخفيف عن المتعاقد، وبين حماية مصالح الخزنة العامة، وعدم تحميل المتعاقد المسؤولية عن مناقصة جديدة لإسناد الأعمال التي لم ينجزها إلى آخر واشتروا أن ينص العقد على ذلك صراحة فإن سكت العقد عن النص على تحميل المتعاقد نفقات المناقصة الجديدة فلا يمكن أن الفسخ إلا مجرداً.

أما في مصر يبدو ان المشرّع المصري قد أخذ بالفسخ الجزائي المجرد بقانون المزايدات والمناقصات رقم ٨٩/ لعام ١٩٩٨.

- المادة ٢١/ من القانون تجيز للإدارة - إذا لم يقدّم صاحب العطاء المقبول بأداء التأمين النهائي في المهلة المحددة - إلغاء العقد أو تنفيذه بواسطة أحد مقدمي العطاءات التالية لعطائه بحسب ترتيب أولويتها، ويصبح التأمين المؤقت في جميع الحالات من حقها، كما يكون لها أن تخصم قيمة أي خسارة تلحق بها من أية مبالغ مستحقة أو تستحق لديها لصاحب العطاء المذكور، وفي

(1) C. E 10/7/1989 C. N R. S R. D. P. 1988, P. 1430.

(2) Elattar: la marce de Taranamx. Public, Thèse, Paris 1953. P. 232.

حالة عدم كفايتها تلجأ إلى خصمها من مستحقته لدى أية جهة إدارية أخرى، أياً كان سبب الاستحقاق، وذلك كله مع عدم الإخلال بحقها في الرجوع عليه قضائياً بما لم تتمكن من استيفائه من حقوق بالطريقة الإدارية.

- المادة /٧٥/ من اللائحة التنفيذية، تعطي الحق للإدارة في فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد إذا أخلّ بأي شرط من شروطه.

- المادة /٨٤/ من اللائحة التنفيذية، تعطي الحق للإدارة - إذا أخل المقاول بأي شرط من شروط العقد أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة ولم يصلح أثر ذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ انذاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول على عنوانه - فسخ العقد أو سحب العمل من المقاول وتنفيذه على حسابه بالإضافة إلى مصادرة التأمين النهائي.

أما في سورية فإننا لم نجد من خلال مواد القانون رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤ ولائحته التنفيذية الصادرة بالمرسوم ٤٥٠ لعام ٢٠٠٤ ما يدل على أن المشرع السوري قد أخذ بالفسخ الجزائي المجرد أو البسيط، فقد وردت في القانون حالات الفسخ الحكمي فقط في المادة /٥٩/ حيث لا يوجد أي سلطة تقديرية للإدارة بشأنها.

أما بالنسبة لمجلس الدولة السوري فإنه قد أخذ بالفسخ الجزائي المجرد وذلك من خلال حكم المحكمة الإدارية السورية الصادر في عام ١٩٨١، حيث جاء فيه: (إن الإدارة بعد أن ثبت لها تقاعس الجهة الطاعنة عند تنفيذ عقدها قررت فسخ العقد ومصادرة التأمينات، ولم تعتمد إلى شراء المواد على حساب الجهة المتعاقدة، وبذلك أصبح حقها محصوراً بمصادرة تأمينات العقد.....)^(١).

٢ - الفسخ الجزائي على حساب ومسؤولية المتعاقد:

يقصد بالفسخ الجزائي على حساب ومسؤولية المتعاقد بأنه: "انتهاء الرابطة التعاقدية بفسخ الإدارة للعقد القائم بينها، وبين المتعاقد المخل بالتزاماته التعاقدية،

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (١٥٨) في القضية رقم (٢٤٨) لسنة ١٩٨١، سجلات المحكمة الإدارية العليا الجزء الثاني.

مع تحمل الأخير (المتعاقد المفسوخ عقده) الآثار المترتبة على إبرام عقد جديد، لإتمام تنفيذ الالتزامات التي تخلف عن أدائها^(١).

ونظراً لخطورة هذا النوع من الفسخ الجزائي لما يترتب عليه من آثار مهمة من الناحيتين القانونية والمالية، فإن الرأي مستقر في القضاء، والفقه الفرنسي على أنه لا يجوز أن تلجأ إلى هذا النوع من الفسخ الجزائي، إلا إذا كان منصوصاً عليه صراحة في العقد أو دفتر الشروط^(٢).

وقد جاء تنظيمه في التشريع الفرنسي جنباً إلى جنب الفسخ المجرد، لاسيما في دفاتر الشروط العامة المتعلقة بإبرام وتنفيذ العقود الإدارية. ومن جملة تلك النصوص ما أشارت إليه المادة ٤٩/٤ من دفاتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الأشغال العامة، بالقول: "في حالة الفسخ الجزائي للعقد على حساب ومسؤولية المقاول، فإنه يتم إبرام عقد مع مقاول آخر من أجل اكمال الأشغال"^(٣).

أما في مصر، لم يتطرق قانون المناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لعام ١٩٩٨م أو لائحته التنفيذية إلى أي بيان أو إشارة عن الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد، بينما تم تفصيل أحكام الفسخ المجرد البسيط، كما أن مجلس الدولة المصري لا يميل إلى الأخذ بهذا النوع.

وفي سورية ومن خلال استعراض مواد القانون رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤م المتضمن نظام العقود الموحد للجهات العامة ومواد اللائحة التنفيذية الصادرة بالمرسوم رقم ٤٥٠ لعام ٢٠٠٤ نجد أن المشرع السوري لم يأخذ بنظام الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد، بل اكتفى بجزاء سحب التعهد والتنفيذ على حساب المتعاقد في حالات معينة وبالفسخ الحكمي في حالات محددة، دون أن يكون للجهة الإدارية المتعاقدة أي سلطة تقديرية في هذا الموضوع.

أما مجلس الدولة السوري يبدو أنه قد أخذ بالفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد وبظهر ذلك من خلال حكم المحكمة الإدارية العليا السورية الصادر عام ١٩٧٢م، والذي جاء فيه: (أن تقاعس الملتزم عن الوفاء بتعهداته أو امتناعه عن القيام

(١) سعيد عبد الرزاق باخبيره، المرجع السابق، ص ٣٢٠.

(٢) سعيد عبد الرزاق باخبيره، المرجع السابق، ص ٣٢٠.

(٣) سعيد عبد الرزاق باخبيره، المرجع السابق، ص ٣٢٠.

بها يخول الإدارة سلطات واسعة فهي من جهة تستطيع أن تفسخ العقد وتقوم بتأمين المواد بالطريقة التي تراها مناسبة لسد حاجات المرفق الذي ترعاه فهي تملك لذلك الشراء على حساب المتعهد السابق أو تلزم التعهد إلى ملتزم آخر بالشروط التي تراها ولا يحق للمتعهد تحديد النهج الذي ترغب في اتباعه^(١).

ونحن نرى أن اتجاه المشرع السوري في عدم الأخذ بسلطة الفسخ الجزائي بنوعيه (الفسخ المجرد والفسخ على مسؤولية المتعاقد) في نظام العقود الموحد الصادر بالقانون رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤م النافذ حالياً، هو اتجاه صائب، لأن تمتع الإدارة بسلطة فرض جزاء سحب التعهد والتنفيذ على حسابه يفي بضمان استمرار سير المرفق العام بانتظام واطراد في حالة مخالفة المتعاقد لشروط العقد المتفق عليها.

رابعاً: شروط ممارسة الفسخ الجزائي:

لابدّ من توافر عدة شروط لممارسة الفسخ الجزائي:

١ - الخطأ الجسيم:

ليس كل خطأ موجب للفسخ وإنما فقط ما يعتبر خطأ جسيماً، وهي مسألة تخضع لتقدير الإدارة المتعاقدة، وهي بدورها تخضع في هذا الشأن لرقابة قاضي العقد الذي يقدر مدى اعتبارها لخطأ المتعاقد جسيماً أم غير جسيم، ولذا فإن ما يعد جسيماً من المخالفات العقدية، لا يخضع لحصر، بل أن النص على هذه المخالفات في قانون المناقصات والمزايدات رقم /٨٩/ لعام /١٩٩٨/ أو اللائحة التنفيذية، أو العقد ذاته، لا يمنع الإدارة من توقيع هذا الجزاء على حالات غيرها. فالفقه متفق على أن النص على هذه الحالات يرد دائماً على سبيل المثال لا الحصر. بما يعني أنه يمكن للإدارة فسخ العقد إذا أخل المتعاقد بأي من التزاماته، بشرط أن يكون هذا الإخلال جسيماً يستلزم هذه العقوبة^(٢).

٢ - الإخطار:

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (١٢٠)، في القضية رقم (١٣٣) لسنة ١٩٧٢، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا عام ١٩٧٢م، ص ١٧٩.

(٢) د. عبدالله نواف العنزى، المرجع السابق، ص ١٥٤.

نظراً لجسامة جزاء الفسخ، بإعتباره أقصى الجزاءات التعاقدية أثراً بالنسبة للمتعاقد خاصة ما يترتب عليه عدم التعامل معه مستقبلاً فإن المشرع في قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨ قد تطلب قبل أقدام الإدارة عليه أن تخطر المتعاقد بالمخالفة التي وقعت منه وتمهله مدة زمنية لإصلاحها. إذ تنص المادة (٨٤) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري، على حق الإدارة في فسخ العقد إذا أخل المتعاقد بأي من شروطه أو أهمل أو أغفل القيام بأحد التزاماته المقررة، ولم يصلح أثر ذلك خلال ١٥ يوم من تاريخ إخطاره بكتاب موصى عليه بعلم الوصول بالقيام بإجراء هذا الإصلاح^(١).

٣ - ألا يتوافر مانع من موانع الفسخ:

يغفل الفقه كثيراً عن هذا الشرط، رغم أنه تكشف عنه أحكام القضاء ويظهر في أحكامه، ليس بصريح هذا الوصف، وإنما يحقق مايدل عليه من حق. وهو شرط يستقر على قاعدة لا تكليف بمستحيل، ويستقر في جانب آخر على منطق العقد الإداري، ولا يخضع له من قواعد في التنفيذ. فمن الناحية الأولى إذا كان الإخلال بالتنفيذ في أي من صوره يرجع إلى قوة قاهرة أو سبب أجنبي لم يكن للمتعاقد توقعه، وإن كان يتوقعه ولا يمكنه دفعه، فإنه لا يمكن للإدارة فسخ العقد، لأنه لا يؤخذ المتعاقد على ما لا يستطيع توقعه، أو ما لا يمكنه دفعه. وهذا إذا كان من أثره انقضاء العقد أو فسخه بقوة القانون فإنه يحزر المتعاقد من تبعة الفسخ، ولا يلزمه بآثار الفسخ الجزائي^(٢).

الفرع الثاني

رقابة القضاء الإداري على الفسخ الجزائي للعقد الإداري

إذا أخطأت الإدارة أو تعسفت في استعمال سلطة توقيع العقوبات فإن الحل الوحيد الذي يملكه المتعاقد هو اللجوء إلى القاضي الإداري الذي يراقب هذه العقوبة ويقضي بالتعويض في حالة عدم مشروعيتها، وتخضع الإدارة لرقابة القضاء عند

(١) د. عبدالله نواف العنزى، المرجع السابق، ص ١٦٠ - ١٦١.

(٢) د. عبدالله نواف العنزى، المرجع السابق، ص ١٦٢.

توقيع عقوبة الفسخ الجزائي للعقد الإداري وذلك حرصاً من المشرّع على حقوق المتعاقد مع الإدارة، وضماناً لاستعمال هذه السلطة الخطيرة الممنوحة لها من أجل سير المرفق العام بانتظام واطراد^(١)، ومن ثم فإن حق المتعاقد مع الإدارة في أن يطعن أمام القضاء في قرار الإدارة الصادر ضده يكفله القانون، ولا نزاع فيه، فهو من النظام العام وأي شرط في العقد يقضي باستبعاد هذا الحق يعتبر باطلاً ولا أثر له^(٢).

وسوف نتناول دراسة هذا الفرع من خلال تحديد القاضي المختص أولاً، ونطاق رقابة القاضي على قرار الفسخ الجزائي للعقد الإداري ثانياً، كالتالي:

أولاً: تحديد القاضي المختص:

من المسلم به أن المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية تنتمي أصلاً إلى القضاء الكامل، حيث يختص القضاء الإداري بالنظر في كافة المنازعات الإدارية الناشئة بين طرفي العقد باستثناء تلك المسائل الأولية التي تدخل بطبيعتها في اختصاص القضاء العادي مثل أهلية المتعاقد مع جهة الإدارة وغيرها، وهذا ما هو مستقر عليه في فرنسا ومصر وسورية، فهو من النظام العام، ولا يجوز لأطراف العقد أن تخرج عليه إلا بنص في العقد.

وطبقاً لقضاء مجلس الدولة الفرنسي، فإن في داخل القضاء الإداري يعتبر قاضي العقد الإداري وحده - دون قاضي الإلغاء - هو المختص بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين السلطة مانحة الالتزام والملتزم، ومن بينها قرارات إنهاء عقود الالتزام، كما يختص قاضي العقد بالفصل في طلبات الملتزمين بإلغاء الجزاءات الصادرة من مانح الالتزام ضد الملتزم^(٣).

وفي مصر نجد أن المحكمة الإدارية العليا تقرر أن قاضي العقد يختص بنظر جميع المنازعات المتعلقة بتكوين العقد وصحته وتنفيذه وإنهائه، وهذا ما أكدته

(1) L - LEOURIEREC, Marchés des Collectivités Locales J. C. A 1989 Fasc s40, P. 170.

(٢) د. مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ٢٠١٤م، ص ٤٣٥.

(٣) د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٤٣٥ - ٤٣٦.

في حكم حديث لها بتاريخ ١٩٩٩/١١/٢٩ حيث جاء فيه: "أن قضاء العقود الإدارية ينتمي أساساً إلى القضاء الكامل، إذ يكون للمحكمة التصدي للمنازعة الناشئة عن العقد الإداري ولجميع مايتفرع عنها"^(١).

ثانياً: نطاق رقابة القاضي على قرار الفسخ الجزائي للعقد الإداري:

إن رقابة القاضي الإداري على قرار الفسخ الجزائي للعقد الإداري تشمل نواحي المشروعية والملاءمة معاً، أي مدى تطابقه مع قواعد القانون أو مدى تناسبه مع الأخطاء المقترفة من جانب المتعاقد^(٢).

ومن هنا تكون الرقابة القضائية على قرار الفسخ الجزائي تشمل زاويتي المشروعية والملاءمة خلافاً لفحصه لقرار إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة والذي يفحص فيه زاوية المشروعية فقط، وسوف نتناول شرح هذا الموضوع على التفصيل الآتي:

١ - رقابة المشروعية:

إن قرار الإدارة بفسخ العقد الإداري كجزء توقعه على المتعاقد معها يكون غير مشروع إذا شابه أحد عيوب القرار الإداري وهي عيب عدم الاختصاص وعيب الشكل، وعيب إساءة استعمال السلطة، وعيب مخالفة القانون، وسنتناولها على النحو التالي:

أ - عيب عدم الاختصاص:

عندما يصدر قرار الفسخ الجزائي من شخص أو من جهة غير مختصة بإصداره فإنه يكون قراراً غير مشروعاً، عندئذ يقوم قاضي العقد بالتحقق مما إذا كانت السلطة التي فسخت العقد هي السلطة المختصة بذلك أم لا. وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي قرار إسقاط الملتمزم غير مشروع إذا صدر من شخص أو جهة غير مختصة بإصداره^(٣).

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، طعن رقم ٦٨٣ - ٣٦ ق بتاريخ ١٩٩٤/١١/٢٩ م.

(٢) د. محمد الحسين، د. مهند نوح، القانون الإداري عمال الإدارة العامة وتصرفاتها القانونية، المرجع السابق، ص ٣٤٤.

(٣) د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٤٤١.

ب - عيب الشكل:

وهو عدم احترام القواعد الإجرائية أو الشكلية المحددة لإصدار القرارات الإدارية في القوانين واللوائح سواءً كان ذلك بإهمال تلك القواعد كلياً أو بمخالفتها جزئياً.

ومن ثم فإن قرار الفسخ الجزائي يكون غير مشروع، إذا خالف الأوضاع والإجراءات والشكليات السابقة، كما يعتبر أيضاً غير مشروع إذا لم يسبقه إنذار المتعاقد أو لم يرتكب المتعاقد مع الإدارة مخالفة جسيمة تستلزم ذلك، أو صدر دون التصديق عليه من الجهة المختصة بالاعتماد^(١).

ولا يعترف مجلس الدولة الفرنسي بقرار الإدارة بالفسخ الجزائي للعقد إذا كان صادر في تاريخ سابق على التاريخ المحدد بالإذار، إذ من شأن ذلك أن يرتب المسؤولية على الجهة المتعاقدة.

نخلص إلى أن الإدارة ملزمة باحترام الإجراءات الشكلية السابقة على إصدار قرار الفسخ الجزائي للعقد الإداري وإذا لم تراعى الإدارة ذلك، فإن مسؤولية المتعاقد عن أخطائه التعاقدية تخفف عند ذلك، وهذا ما استقر عليه مجلس الدولة الفرنسي في حكمه بتاريخ ١١/٨/١٩٨٥م الذي جاء فيه: "عدم احترام الإدارة للإجراءات الشكلية يكون له دائماً أثر هام جداً وهو إعفاء المتعاقد من النتائج الباهضة المترتبة على هذا الجزاء مهما كانت جسامة المخالفات المنسوبة لهذا المتعاقد"^(٢).

ج - عيب إساءة استعمال السلطة:

أو كما يسمى أحياناً عيب (الانحراف في السلطة)، ويقصد به خروج الإدارة عند مباشرتها لأوجه نشاطها عن هدف الصالح العام أو عن الأهداف التي ينصّ عليها المشرّع عند تحديده لاختصاصاتها، وعليه فإنّ قرار الإدارة بالفسخ الجزائي يصبح غير مشروع إذا استعمل رجل الإدارة صلاحياته لتحقيق غاية غير تلك التي

(١) د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٤٤١ - ٤٤٢.

(٢) د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٤٤٢ - ٤٤٣.

حددها القانون، وهي معاقبة المتعاقد مع الإدارة نتيجة إخلاله الجسيم بالتزاماته العقدية^(١).

د - عيب مخالفة القانون:

يعني هذا العيب مخالفة محل القرار الإداري لأحكام القواعد القانونية النافذة أيّاً كان شكلها أو مصدرها^(٢).

لذا يجب أن يكون قرار الإدارة بتوقيع الفسخ الجزائي للعقد الإداري معتمداً تطبيق القواعد القانونية، أو تطبيق بنود العقد، فإذا لم توجد الواقعة التي تثيرها الإدارة لتبرير جزاء الفسخ، أو كانت هذه الواقعة لا تشكل خطأ تعاقدياً أو قانونياً أو كانت هذه الواقعة لا تقابل أي التزام مفروض على المتعاقد، فإن قرارها بتوقيع الفسخ الجزائي غير مشروع^(٣).

٢ - رقابة الملاءمة:

الأصل أن لا تمتد رقابة القضاء الإداري لتشمل البحث عن مدى تناسب الوقائع مع القرار الصادر بناءً عليها، لأن تقدير أهمية الوقائع وخطورتها مسألة تدخل ضمن نطاق السلطة التقديرية للإدارة، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي أخذ يراقب الملاءمة بين السبب والقرار المبني عليه لاسيما إذا كانت الملاءمة شرطاً من شروط المشروعية، فالقاضي الإداري يضع في اعتباره جسامه الخطأ في حالة تطبيق الجزاءات التعاقدية غير المالية^(٤).

و إننا نجد مجلس الدولة الفرنسي يقضي بإلغاء قرار الإدارة الصادر بجزاء إسقاط الالتزام إذا اتضح له أن الخطأ المنسوب له لم يكن جسيماً، ولم يكن كافياً لتبرير جزاء الإسقاط. كما أكد أيضاً على أن الإدارة عندما تسقط الملتزم لخطأ يسير أو خطأ على درجة خاصة من الجسامه، ولكنه على وشك الإصلاح، أو

(١) د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٤٤٣.

(٢) د. عبدالله طلبة، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، الطبعة الثالثة، منشورات جامعة دمشق،

دمشق، سورية، ١٩٩٢ - ١٩٩٣، ص ٢٨٤.

(٣) حسام سليمان فيصل، المرجع السابق، ص ٢٩٣.

(٤) د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٤٤٤ - ٤٤٥.

مائل للإصلاح من جانب الملتزمين فإن الإدارة بإسقاطها الملتزم في هذه الحالة تقيم مسؤوليتها تجاهه.

وفي فرنسا يستطيع قاضي العقد وهو يقدر جسامة خطأ المتعاقد مع الإدارة ويتحقق من أن خطأه كله أو بعضه يرجع إلى أخطاء الإدارة وأن يحول الفسخ الجزائي على مسؤولية المتعاقد إلى مجرد فسخ بسيط^(١).

أما في سورية فإن مجلس الدولة السوري لم يتبن مذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي، حيث أقر بأن القاضي لا يستطيع أن يبحث عما إذا كان المتعاقد قد ارتكب خطأ ما، وما إذا كان هذا الخطأ يعتبر جسيماً بالقدر الكافي لتبرير الفسخ الجزائي للعقد، إذا كان طرفا العقد قد اتفقا في العقد على جزاء الفسخ كعقوبة لخطأ معين^(٢).

والجدير ذكره في نهاية هذا المطاف أن مطالبة المتعهد بفسخ العقد بعد مضي سنة على توقيفه بسبب الإدارة المتعاقدة من الممكن أن يتم بدعوى أمام القضاء الإداري، حيث أن المادة /٦٠/ من القانون رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤م قد نصت على أنه « أ- يحق لأمر الصرف فسخ التعهد عند العدول عن تنفيذه نهائياً بناءً على مقتضيات المصلحة العامة، كما يحق له الأمر بوقف تنفيذ الأعمال مؤقتاً.

ب- إذا جاوزت فترة وقف التنفيذ سنة كاملة كان من حق المتعهد فسخ التعهد إذا طلب ذلك.

ج- يترتب على فسخ أو وقف التنفيذ وفقاً لأحكام هذه المادة حق المتعهد في تعويض عادل عن الأضرار التي تلحق به فعلاً ويقدر هذا التعويض من قبل القضاء»

ومثال ذلك الدعوى المرفوعة أمام القضاء الإداري السوري رقم (٥/١٧٢٠) لعام ٢٠١٨م الصادر بتاريخ ٢٢/١١/٢٠١٨م حيث جاء في الحكم الحديث

(١) د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص ٤٤٥ - ٤٤٦.

(٢) انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، رقم ١٣، في القضية رقم ١٢، لعام ١٩٦٥م، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٦٥، ص ٩٧، المبدأ ٣٣.

الصادر فيها عن محكمة القضاء الإداري السورية مايلي: "تجدر الإشارة إلى أن الجهة المدعية (المتعهد) ولئن كانت قد أقامت هذه الدعوى من قبل مضي فترة السنة على توقيفها عن تنفيذ العقد محل الدعوى، إلا أن استمرارها بالدعوى الماثلة وبذات الطلبات إنما يعتبر بمثابة تقديم طلب فسخ بعد مضي السنة، خاصة وأن الإدارة المدعى عليها لم تعتمد إلى تبليغ الجهة المدعية بالمتابعة المباشرة بتنفيذ العقد إلا بعد مضي فترة السنة المذكورة، وهذا الأمر الذي يجعل من مطلب الجهة المدعية بفسخ العقد محل الدعوى قائماً على أسبابه^(١)".

(١) حكم محكمة القضاء الإداري السورية، رقم (٥/١٧٢٠) لعام ٢٠١٨م الصادر بتاريخ ٢٢/١١/٢٠١٨م، غير منشور.

الخاتمة

لقد استعرضنا في هذه الدراسة الرقابة القضائية على إجراءات الإدارة في نطاق تنفيذ العقود الإدارية، وذلك بالمقارنة بشكل أساسي بين التشريع السوري والمصري والفرنسي، وتوصلنا في نهاية هذه الدراسة إلى النتائج والمقترحات التالية:

أولاً: النتائج:

١ - تتمتع الإدارة بسلطات كثيرة في العقد الإداري ولاسيما في إطار تنفيذه، وهذه السلطات تتسم بطابع السلطة العامة وتخرج عن المألوف في تعاقدات الأفراد، حيث تجعل الإدارة في موقف غير متكافئ بالنسبة للمتعاقد معها. وبظهر أثر تلك السلطات بشكل أكثر وضوحاً أثناء تنفيذ العقد، ومن الأمثلة على ذلك نذكر سلطة الإدارة في تعديل التزامات المتعاقد، وسلطتها في توقيع الجزاءات الإدارية والمالية والضاغطة على المتعاقد.

٢ - تعرّف الرقابة القضائية بأنها تلك السلطات والصلاحيات الممنوحة للمحاكم العادية أو الإدارية، استناداً إلى نصوص القانون والتي يكون بموجبها لهذه المحاكم سلطة الفصل فيها وإصدار أحكام في المسائل التي تكون الإدارة طرفاً فيها بما يكفل حقوق وحرّيات الخصوم.

٣ - تعتبر الرقابة القضائية على إجراءات الإدارة في نطاق تنفيذ العقود الإدارية رقابة ضرورية ومهمة للحفاظ على حقوق المتعاقد معها فيما إذا أخلت بتنفيذ التزاماتها التعاقدية أو تجاوزت سلطاتها الممنوحة لها بمقتضى القوانين والأنظمة.

٤ - يُمثّل التزام الإدارة بأداء المقابل المالي أهم حق من حقوق المتعاقد معها باعتباره يُمثّل الدافع الرئيسي على تعاقدته مع الإدارة ونشوء هذا الالتزام على عاتق الإدارة يُفترض بها قيام المتعاقد بتنفيذ التزاماته، ووتتمثل صور إخلال الإدارة بالتزاماتها المالية بتعديل الإدارة بإرادتها المنفردة للسعر المتفق عليه في العقد، وتأخرها في الوفاء بالتزاماتها المالية، وعدم احترامها شرط زيادة الأسعار، وأخيراً قد يتمثل خطأ الإدارة، في تأخرها عن الإفراج عن الكفالات.

٥ - لا يجوز للإدارة أن تعدل الشروط المتعلقة بتحديد الثمن بإدارتها المنفردة ولكن هذا لا يسري على كل العقود؛ حيث إنه في عقود الالتزام يمكن للإدارة التعديل بما يفي ذلك الثمن المتفق عليه وذلك من أجل ضمان استمرار المرافق العامة بانتظام واطراد. والشروط المتعلقة بحصول المتعاقد على المقابل النقدي تعد من الشروط التعاقدية بمعنى أنه لا يجوز تعديلها إلا بالاتفاق والتراضي، وباستثناء عقد التزام المرافق العامة حيث تعتبر تلك الشروط المتعلقة بالمقابل النقدي من الشروط اللائحية وبالتالي يحق للإدارة تعديلها بإرادتها المنفردة، ودون حاجة لموافقة المتعاقد معها، ولذا سمي في عقد الامتياز رسماً تمييزاً له عن الثمن أو الأجر أو الفائدة في مسائل العقود الإدارية الأخرى.

٦ - نأى المشرع السوري بنفسه عن إعادة النظر بالأسعار ليكون ذلك بمنزلة قصور تشريعي، فعدم وجود نص مشابه في التشريع السوري من شأنه أن يجعل المعارضين مضطرين لرفع أسعار عطاءاتهم تفادياً لأي زيادة محتملة في الأسعار، بحسبان أن اللجوء إلى القضاء من أجل المطالبة بتعويضهم يحتاج إلى وقت طويل ناهيك عن تأخر قضائنا الإداري السوري في الوصول إلى معايير، يُعطى بموجبها المتظلم تعويضاً عادلاً.

٧ - أحسن المشرع الفرنسي عندما نصّ على أن الفوائد القانونية تكون مفترضة ومن ثم يستحقها المورد أو المتعاقد من الباطن بشرط السداد له مجرد استحقاق المبلغ دون أي مطالبة إدارية أو قضائية، وهذا بخلاف ما هو مستقر في مصر حيث تستحق هذه الفوائد من يوم المطالبة القضائية بها وفي سورية من تاريخ اكتساب الحكم الدرجة القطعية، الأمر الذي يُعزز الثقة ما بين الموردين والإدارة في فرنسا وتشجيعهم على الإقدام على التعاقد مع الإدارة فحقوقهم المالية محفوظة بشكل كبير.

٨ - إن القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر وسورية يتمتع باختصاص عام وشامل بكافة العقود الإدارية.

٩ - التوازن المالي للعقد الإداري هو في حقيقته وجوهره توجيه عام يستهدف الحفاظ على طبيعة العقد بالحالة التي تم التعاقد عليها، وتحتل هذه الفكرة مكانة بالغة الأهمية للقاضي الإداري، إذ أنه سيجد نفسه مسوقاً إلى الاستهداء بها في

تقدير التعويض المستحق للمتعاقد متى تحققت موجباته. ويقوم التوازن المالي للعقود الإدارية بالأساس على اعتبارات العدالة في المقام الأول، بالنظر إلى ماهو مفترض في تنفيذ العقود الإدارية - وسائر العقود - من اعتبارات حسن النية، وكفالة انتظام سير المرفق العام في تقديم الخدمات للمنتفعين على الوجه المناسب بما يحقق الصالح العام.

١٠ - تتمثل الرقابة القضائية على مدى التزام الإدارة لإعادة التوازن المالي في حالة الظروف الطارئة، وفي حالة فعل الأمير، وفي حالة الصعوبات المادية غير المتوقعة.

١١ - إن اجتهاد محكمة القضاء الإداري السورية جانب الصواب بحجة أن الحرب ظرف مُتوقع بالنسبة لجميع العقود التي تُبرم بعد نشوبها، فالحرب في سورية وإن كانت طويلة الأمد إلا أنها تأخذ واقع الكر والفر واحتياجها تارةً في منطقة وفتورها في منطقة أخرى، ذلك من شأنه أن يوهم المتعهدين بأن الفرصة سانحة لإبرام عقودهم مع الإدارة ظناً منهم أن الأوضاع هدأت فإذا الحرب تعاود كرتها مما يتسبب إخلال في التوازن المالي للعقد الإداري الذي أبرم في ظلها، أي أن حالة الحرب في مثل هذه الحالة لا يمكن التنبؤ أو التكهن بانتهائها وبالتالي فإن الحرب (كظرف طارئ) لا يمكن اعتبارها أمرٌ متوقع على الدوام بالنسبة لجميع العقود المبرمة في ظلها، كما أن مسلك القضاء المتشدد في هذه الحالة سيؤدي حتماً إلى إحجام المتعاقدين عن التعاقد مع الدولة ونفور المستثمرين ورؤوس أموالهم إلى الخارج مما يؤدي إلى زيادة الإرهاق الاقتصادي للدولة فوق أرهاقها من حالة الحرب ذاتها، إضافة إلى ذاتية العقود الإدارية التي تقتضي أن يكون المتعاقد مُعاوناً للإدارة وشريكاً في تسيير المرفق العام وتأمين استمراريته وانتظامه واطراد.

١٢ - إن مجلس الدولة السوري خلط بين نظرية فعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة على الرغم من الاختلاف الجوهرى بينهما وبالأثر المترتب عنهما والمتمثل بالتعويض الكامل في الأولى والتعويض الجزئي في الثانية، في حين أن أصول نظرية فعل الأمير على نحو ما طبقه الفرنسيين الذين حصروا مجال تطبيقها عندما تكون زيادة الأعباء المالية من صنع الإدارة المتعاقد معها فقط.

١٣ - إن اجتهاد القضاء الإداري السوري قد استقر على تعويض المتعهد بالاستناد لنظرية فعل الأمير بسبب الأعمال التشريعية التي أصابه من جرائها ضرر خاص ومباشر.

١٤ - أما في سورية فإننا نجد أن مجلس الدولة السوري بقسميه القضائي والاستشاري قد استقر اجتهاده على أن التدبير المشروع الذي يشكل فعل الأمير هو التدبير أو الإجراء سواء أكان صادراً عن الإدارة المتعاقدة أو عن أي من أجهزة الدولة الأخرى؛ باعتبار أن أجهزة الدولة كل منها في حدود المرفق الذي تشرف عليه تشكل وحدة متكاملة مع الأجهزة الأخرى.

١٥ - إن المشرّع الفرنسي والمصري والسوري لم يقننوا نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وترك تحديد مضمون هذه النظرية وشروطها إلى الفقه والقضاء.

١٦ - من أهم آثار الرقابة القضائية المترتبة على تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أنه يجب من باب العدالة تعويض المتعاقد عن ذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد زيادة تغطي جميع الأعباء والتكاليف التي تحملها، اعتباراً بأن الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسري إلا على الأعمال العادية المتوقعة فقط، وأن هذه نية الطرفين المشتركة، والتعويض هنا لا يتمثل في معاملة مالية جزئية تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد معها، بل يكون تعويضاً عن جميع الأضرار التي يتحملها المقاول بدفع مبلغ إضافي له على الأسعار المتفق عليها.

١٧ - من المقرر فقهاً وقضاً أن الإدارة تتمتع بحق الرقابة والتوجيه أثناء تنفيذ العقد فتراقب تنفيذ المتعاقد معها لالتزاماته وتصدر له توجيهاتها بأن يتم تنفيذ الأعمال المنوطة به بطريقة معينة تحقيقاً للصالح العام ولها في سبيل ذلك أن تختار طريقة التنفيذ وأن تعدلها بما يجعلها أكثر ضماناً لسير المرفق العام دون الاقتصار في ذلك على الطرق المنصوص عليها في العقد ويجد هذا الحق مصدره في العقد وغالباً ما نقابله في دفا تر الشروط ومع ذلك أجاز القضاء ممارسة هذه السلطة دون نص.

١٨ - من أهم الآثار القانونية للرقابة القضائية على ممارسة الإدارة لحق الرقابة والإشراف والتوجيه، وذلك في حالة تجاوز الإدارة لتلك الحدود والتي يكون من

حق التعاقد معها المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تترتب على ذلك، فتمتع الإدارة بحقوق واسعة في مجال الرقابة على تنفيذ العقد لا يعني انتهاء مسؤوليتها عن ممارسة هذا الحق فكثيراً ما يقرر القضاء الإداري مسؤوليتها التعاقدية في مواجهة المتعاقد واعتبار الإدارة بمثابة الموجه الحقيقي أحياناً للتنفيذ لا يعني أيضاً إعفاء المتعاقد مع الإدارة من المسؤولية عن التنفيذ بشكل صحيح طبقاً لمقتضيات الصالح العام.

١٩- للإدارة حق تعديل العقد دون التوقف على موافقة صريحة من المتعاقد معها ودون حاجة إلى وجود نص في العقد يشير إلى هذا الحق، وذلك لكون هذا الحق مكفولاً بقوة القانون، ويهدف إلى استمرار سير المرفق العام بانتظام واطراد من أجل تحقيق الصالح العام.

٢٠- أن يكون حق الإدارة في التعديل مبنياً على حسن النية، حيث لا تكون سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري وسيلة وذريعة يستخدمها ممثل الإدارة ويستغلها للإضرار بالمتعاقد مع الإدارة، سواء كان نتيجة التعسف في استخدام السلطة أم من خلال اتخاذ المصلحة العامة كغطاء تفعله لتحقيق مصلحته الشخصية غير المشروعة إن كان ممثل الإدارة من ضعاف النفوس، ويستخدم صلاحياته في التعديل لتحقيق منفعة وكسب غير شرعي، ويكون ذلك مثلاً بتوجيه أوامر تعديلات متكررة إلى المتعاقد مع الإدارة على العقد الإداري محل التعديل، حيث تكون هذه التعديلات لا مبرر لها، وفي هذه الحالات على الأجهزة الرقابية أن تكون أكثر دقة لمكافحة هذه الظاهرة (ظاهرة الفساد الإداري)، والتي انتشرت بشكل واسع في سورية، وإعطاء المتعاقد المرونة اللازمة في تنفيذ التعديلات، أو الاعتراض على هذه التعديلات إن كانت تضر به، أو لا يكون لها مبرر.

٢١- إن المشرع السوري كان مؤملاً أكثر من المشرع المصري حيث أعطى الإدارة حق التعديل الإنفرادي في زيادة وإنقاص الكميات محل العقد إلا أنه حدد النسب المئوية لهذا التعديل فحدد الزيادة لكل بند من البنود على ألا تتجاوز نسبة معينة من القيمة الإجمالية للعقد. بعكس المشرع المصري الذي أعطى الإدارة سلطة التعديل لكل بند من بنود العملية على حده وليس من إجمالي قيمة العقد.

٢٢ - إن الأساس القانوني لسلطة التعديل الإنفرادي من قبل الإدارة يجد أساسه القانوني في متطلبات المرفق العام القابلة للتغيير تبعاً للتقدم العلمي والتكنولوجي والاقتصادي.

٢٣ - تقسم الجزاءات التي تفرضها الإدارة على المتعاقد معها إلى ثلاثة أنواع الجزاءات المالية كغرامة التأخير والجزاءات الضاغطة التي تستهدف حمل المتعاقد على تنفيذ التزاماته وأخيراً الجزاءات الفاسخة أو المنهية للرابطة التعاقدية.

٢٤ - إن القضاء المختص بالرقابة القضائية على الجزاءات المالية هو القضاء الكامل، حيث يختص القضاء الإداري بالنظر في كافة المنازعات الإدارية الناشئة بين طرفي العقد باستثناء المسائل الأولية التي - بطبيعتها - تدخل في اختصاص القضاء العادي، مثل أهلية المتعاقد مع الجهة الإدارية أو الفصل في ملكية خاصة أو غيرها. لذلك فإن الرقابة القضائية التي يتولاها القضاء تدخل في ولاية القضاء الكامل، والرقابة القضائية على الجزاءات المالية تكون رقابة مشروعية ورقابة ملائمة.

٢٥ - إن الرقابة القضائية على فرض الجزاءات الضاغطة تكون إعمالاً للقواعد القانونية العامة، ويستطيع القضاء الإداري دائماً أن يحكم على الإدارة بالتعويض إذا تسببت بتصرفها المعيب في إلحاق الضرر بالمتعاقد معها، حيث ينظر القضاء الإداري في مثل هذه الدعاوى ضمن ولايته كقضاء كامل. وأن سلطة القضاء الإداري في الرقابة على استعمال الإدارة لحقها في توقيع الجزاءات المؤقتة (الضاغطة) لا تقتصر على ناحية المشروعية فقط، وإنما المشروعية والملائمة معاً، أي أنه لا يراقب فقط توافق الجزاء مع أحكام القانون، وإنما كذلك تناسب الجزاء الموقع مع المخالفة المرتكبة، فرقابة قاضي العقد يمارسها ليتحقق من ناحية الشكل ومن ناحية الموضوع فيما إذا كانت الشروط الشكلية والموضوعية متحققة، وعما إذا كانت المؤيدات المتخذة من قبل الإدارة شرعية ومسوقة، وإلا ألغى القرار الصادر بتطبيق هذا المؤيد لأنه من أنواع القرارات القضائية المنفصلة.

٢٦ - إن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في إنهاء العقد قبل نهايته الطبيعية بالإرادة المنفردة ودون خطأ من المتعاقد يقوم على فكرة ضرورات الصالح العام ومقتضيات المرفق العام.

٢٧ - يختلف الأمر بشأن تحديد القاضي الإداري المكلف بممارسة سلطة الرقابة القضائية على قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري في حالتي الطعن المقدم من المتعاقد مع الإدارة أو الطعن المقدم من الغير الذي يعتبر أجنبياً عن العقد.

٢٨ - إن هناك إجماع بالاعتراف للإدارة العامة "في كل من فرنسا ومصر وسورية" بسلطة إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة بالإرادة المنفردة وأن القاضي الإداري يراقب قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة من زاوية المشروعية فقط دون النظر إلى زاوية الملائمة، إذ تقتصر سلطته على التأكد من وجود المصلحة العامة التي بررت إنهاء العقد الإداري، والتصدي لكل قرار مخالف للمشروعية والحكم بإلغائه بالإضافة للتعويض، لذلك على الإدارة أن تضع دائماً نصب عينها المصلحة العامة والتي يجب أن تكون سبباً في إنهاء العقد الإداري دون سواها وبالمقابل فإن للمتعاقد مع الإدارة حق التعويض عن الخسائر التي لحقته.

٢٩ - تختلف سلطات القاضي الإداري عن النظر بالقرار غير المشروع والصادر من جهة الإدارة بإنهاء العقد الإداري فقد يستطيع القاضي الحكم بإلغاء القرار غير المشروع والحكم بالتعويض أيضاً وقد تقتصر الصلاحية على الحكم بالتعويض فقط وذلك كله حسب نوع وطبيعة العقد الموقع من الإدارة والمتعاقد معها.

٣٠ - يعد الجزاء الفاسخ الامتياز السلطوي الأخير الذي تلجأ إليه الإدارة لحسم عدم التزام المتعاقد معها على أداء التزاماته التعاقدية وهو وسيلة خطيرة في الأساس، إذ أن الإدارة تهاجم به العلاقة التعاقدية القائمة، بغرض فرض الالتزامات المختلفة، ومن ثم إنهاء هذه الرابطة من الأساس وذلك دفاعاً عن المرفق والمصلحة العامة للجمهور.

٣١ - نرى أن اتجاه المشرع السوري في عدم الأخذ بسلطة الفسخ الجزائي بنوعيه (الفسخ المجرد والفسخ على مسؤولية المتعاقد في نظام العقود الموحد الصادر

بالقانون رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤م النافذ حالياً، هو اتجاه صائب، لأن تمتع الإدارة بسلطة فرض جزاء سحب التعهد والتنفيذ على حسابه يفي بضمان استمرار سير المرفق العام بانتظام واطراد في حالة مخالفة المتعاقد لشروط العقد المتفق عليها.

٣٢ - تخضع الإدارة لرقابة القضاء عند توقيع عقوبة الفسخ الجزائي للعقد الإداري وذلك حرصاً من المشرع على حقوق المتعاقد مع الإدارة وضماناً لاستعمال هذه السلطة الخطيرة الممنوحة لها من أجل سير المرفق العام بانتظام واطراد، ومن ثم فإن حق المتعاقد مع الإدارة في أن يطعن أمام القضاء في قرار الإدارة الصادر ضده يكفله القانون، ولا نزاع فيه، فهو من النظام العام وأي شرط في العقد يقضي باستبعاد هذا الحق يعتبر باطلاً ولا أثر له.

٣٣ - إن الرقابة القضائية على قرار الفسخ الجزائي للعقد الإداري هي من اختصاص قاضي العقد الذي يفحص قرار الفسخ من زاويتي المشروعية والملائمة خلافاً لفحصه لقرار إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة والذي يفحص فيه زاوية المشروعية فقط.

ثانياً: المقترحات:

بعد أن ذكرنا النتائج التي توصلنا إليها، نقترح مايلي:

١ - نقترح على المشرع السوري بضرورة إعادة النظر بالأسعار، ووضع معايير، يُعطى بموجبها المتظلم تعويضاً عادلاً.

٢ - حبذا لو أن المشرع السوري تصدى لمسألة التأخير في صرف الفواتير كما فعل بالنسبة لصرف الكشوف في عقود الأشغال وأنه من باب العدالة فإنه يتعين الوقوف على مسافة واحدة ومعاملة التأخر بصرف الفواتير ومعاملتها معاملة التأخر في صرف الكشوف.

٣ - السماح بتطبيق نظام السلف في مجال عقود التوريد باعتبار أن بعض هذه العقود كعقود التوريد الصناعي قد تحتاج مبالغ ضخمة يمكن أن تتجاوز قيمة عقود الأشغال.

٤ - تطبيق نظام التوقيفات في عقود التوريد، وبالأخص في العقود التي يتم التوريد فيها على مراحل.

٥ - نقترح على المشرع السوري أن يتلافى عدم ذكر الظروف الطارئة في الفقرة ٥/ من المادة ٥٣/ من نظام عقود الجهات العامة رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ النافذ حالياً وتعديله مستقبلاً لعدم الحاجة لتكريسها بنص قانوني، كون نظرية الظروف الطارئة من أهم النظريات التي تتضمن إعادة التوازن المالي للعقود الإدارية من أجل تحقيق الهدف الأسمى الذي يتجلى في مبدأ دوام سير المرفق العام، وهي راسخة في الاجتهاد القضائي المستقر، وهو ما يجري عليه العمل حالياً بشكل فعلي.

٦ - نؤيد موقف المشرع السوري بعدم تقنين التعويض المستحق للمتعاقد مع الإدارة عن الأضرار التي قد تلحقه خلال مدة تنفيذ العقد، بسبب أن هذا التعويض مقنن في أحكامه القانونية في القانون المدني السوري، وهو ما يمكن للقضاء الإداري أن يعتمد عليه حتى في حال خلو قانون العقود الإدارية من النص الصريح.

٧- لا محل للحكم بالتعويض للإدارة إذا كانت مصادرة التأمين قد جبرت الضرر كله إلا إذا اتفق على غير ذلك، أما إذا كانت قيمة التأمين لا تفي وحدها بجبر الضرر فإنه يمكن للإدارة المطالبة بالتعويض اللازم لجبر الضرر بالإضافة إلى التأمين.

٨- نقترح إعطاء الاختصاص بتحديد الظرف كونه طارئ أو غير طارئ للقاضي الذي ترفع أمامه دعوى التعويض، ولابدّ أيضاً من توسيع مفهوم الظرف الطارئ لأن هذه التوسعة تتفق مع مبدأ العدالة ومبدأ سير المرفق العام بانتظام وإطراد الذي تستند إليه هذه النظرية في المطالبة بالتعويض.

٩- نقترح أن يتم توسيع صلاحيات لجان تقرير القوة القاهرة المنصوص عليها بالمادة (٥٣) من نظام عقود الجهات العامة رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤ لما لها من دور إيجابي في سرعة فض المنازعات وإنهاء العقود المتعثرة بسبب القوة القاهرة.

١٠ - إذا عازمت الإدارة على ممارسة حق التعديل، يجب أن يكون دائماً استعمال حقها مرتبطاً بمبادئ استمرار سير المرفق العام بانتظام واضطراد، وبشرط أن لا يصل حد التعديل إلى فسخ العقد.

١١ - ندعو جهة الإدارة لكي تكون من القوة في مواقفها عند استعمالها حق التعديل، أن تراعي توافر شروط استعماله الإجرائية، والموضوعية، وقيود أعماله العامة، والتشريعية؛ لكي تصبح إجراءاتها متماشية مع القانون؛ احتراماً وتنفيذاً للمشروعية الإدارية ولا تكون عرضة إلى الإبطال والمساءلة القانونية.

١٢ - نقترح أن لا تتال سلطة تعديل الإدارة للعقد من المزايا المالية للمتعاقد مع الإدارة كما أن استعمال سلطة التعديل لا يحرم المتعاقد من الحصول على قيمة ما يفرض عليه من أعباء إضافية ولا يُمنع حتى من المطالبة بالتعويض إن كان له وجه وذلك يتفق أيضاً مع النصوص القانونية التي أقرت للإدارة سلطة التعديل في حدود نسب معينة.

١٣ - إن المشرع المصري كان أكثر توفيقاً من المشرع السوري فيما يتعلق بالإعفاء من غرامة التأخير إذا لم يلحق بالإدارة أية أضرار، حيث يُعرض الأمر

على إدارة الفتوى المختصة في مجلس الدولة المصري، حيث تعتبر إدارة الفتوى هيئة مستقلة عن جهة الإدارة المتعاقدة، تدرس كل حالة بتجرد وتبدي رأيها على ضوء ذلك، في حين نجد أن المشرع السوري حصر أمر الإعفاء من غرامة التأخير بالوزير، وذلك في حالات يعود أمر تقديرها له، حيث كان الأخرى بالمشرع السوري ذكر هذه الحالات وعدم إعطاء الوزير هذه السلطة الواسعة، وعرض كل حالة لدراسة إدارة الفتوى المختصة في مجلس الدولة السوري.

١٤ - نقترح على القضاء الإداري السوري ان يساير القضاء الفرنسي في الإقرار بسلطة القاضي في توجيه أوامر للإدارة، وتوقيع الغرامة التهديدية، حتى تكون رقابته في مجال العقود الإدارية ذات فاعلية وتجسد حماية لحقوق المتعاقد معها وغيره ومصالحهم من تعسف الإدارة التي تتمتع بامتيازات السلطة العامة.

١٥ - مباشرة مجلس الدولة لدوره أثناء قيام الإدارة بتوقيع الجزاءات على المتعاقدين معها، وللمتعاقدين الحق في الطعن أمام ذات المجلس، ويقوم المجلس بممارسة اختصاصه من ناحية المشروعية، وفي حالة اكتشاف المجلس لشطط في توقيع الجزاء أن يلغي هذا الجزاء ويعطي المتعاقد التعويض المناسب.

١٦ - يجب إلزام الإدارة بإعذار المتعاقد معها قبل توقيع الجزاءات عليه، لما قد يوفره ذلك من حماية للمتعاقد من احتمال تعسف الإدارة هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى من أجل ضمان سير المرفق العام، وتأدية الخدمات المنوطة به للوصول إلى الغاية الرئيسة وهي تحقيق المصلحة العامة.

١٧ - نقترح على المشرع السوري بضرورة مسايرة المشرع الفرنسي الذي نص على تسبیب الفسخ الجزائي واشترط أن يكون مكتوباً، ويتضمن شرحاً للأسباب القانونية والفعالية التي بني عليها هذا القرار.

١٨ - أن يكون توقيع الجزاء تحت رقابة القضاء، ولا يطلق العنان للجهة الإدارية حماية للمتعاقد من تعسف الجهة الإدارية ذاتها كما كنت أتمنى ألا يتم الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض لأن في ذلك إجحافاً وظلماً للمتعاقد بل يُكتفى بمصادرة التأمين أولاً في حالة إخلال المتعاقد ثم يتم حسابه فيتم خصم التعويض عند بداية توقيع الجزاء، كما نوصي بألا تلجأ الإدارة إلى وسيلة إلغاء

العقد ومصادر التأمين أو إلى وسيلة تنفيذ العقد على حساب المتعاقد بل يُكتفى بإحدهما.

١٩- ضرورة الاعتراف لقضاء مجلس الدولة السوري بسلطة إلغاء الجزاءات الفاسخة غير المشروعة، وعدم الاكتفاء بالتعويض عن هذه الجزاءات، وذلك بإعطاء قاضي العقد سلطة إلغاء قرار إسقاط الالتزام غير المشروع.

٢٠- تنظيم سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة، وذلك بإضافة نص جديد إلى القانون (٥١) لعام ٢٠٠٤ المتضمن نظام العقود الموحد في سورية، يعترف بها اعترافاً صريحاً كما فعل المشرع الفرنسي.

٢١- ألا تلجأ الإدارة إلى الفسخ الجزائي لمجرد تنازل المتعاقد الأصلي عن العقد أو التعاقد من الباطن دون موافقتها المسبقة باعتباره خطأ جسيماً، وذلك لأن المتعاقد سيبقى هو المسؤول عن تنفيذ العقد بموجب القانون والعقد، كما أنه إذا كان السبب وراء الفسخ الجزائي هو الارتكاز على فكرة الاعتبار الشخصي، فإن الإدارة يمكنها التأكد من توافر الاعتبارات الشخصية في المتنازل له أو المتعاقد معه من الباطن.

٢٢- نأمل من الإدارة المتعاقدة في حالة تعثر المتعاقد في تنفيذ التزاماته، قبول التنازل عن العقد، وتنفيذ الالتزامات محل العقد من قبل المتعاقد الجديد، أفضل من خيار فرض الجزاءات على المتعاقد الأصلي، حيث إن الجزاءات وإن كانت رادعاً للمتعاقد المتعثر، غير أن تنفيذ العقد الإداري حتماً سيجني ثماراً أفضل في خدمة الصالح العام، هذا بالإضافة إلى أن المتعاقد الأصلي قد لا يكون سيئ النية مع الإدارة في عدم التنفيذ، ولكن قد يكون واجه ظروفًا أثّرت في مركزه المالي والفني. وعدم ضرورة بقاء المتعاقد الأصلي عند التنازل متضامناً مع المتعاقد الجديد، حيث إن موافقة الإدارة على حلول المتعاقد الجديد بدل المتعاقد الأصلي يعني أن الإدارة اتخذت كافة الضمانات القانونية للتنفيذ، إضافة إلى ذلك أن إعطاء الموافقة بالتنازل بعد قناعة الإدارة بعدم إمكانية المتعاقد الأصلي بالتنفيذ، مما فضلت إعطاء التنازل وحلول المتعاقد الجديد بدلاً من الدخول في مسار فرض الجزاءات على المتعاقد عند تعثره بالتنفيذ.

٢٣ - نقترح على القضاء الإداري السوري أن يحذو حذو القضاء الإداري الفرنسي والمصري في إخضاع العقد الإداري في ذاته للطعن بالإلغاء من قبل الغير الأجنبي عن العقد، متى كانت له مصلحة في ذلك.

٢٤ - نقترح أنه نظراً للظروف الحالية التي تمر بها سورية من مقاطعة وعقوبات اقتصادية وحظر، أن يصار إلى تقنين تصنيف العقود استناداً إلى الأولوية والأهمية، وفسخ بعض العقود التي هناك صعوبة في تنفيذها مقابل تعويض عادل يقوم على أساس يراعي مصلحة المورد من جهة ومصلحة الإدارة من جهة أخرى بدلاً من إرهاب الخزينة العامة في مثل هذه الظروف، بدفع مبالغ أو تعويضات كبيرة، إضافة إلى إشغال القضاء الإداري بكم هائل من دعاوى العقود ويكون المبدأ المعمول عليه هو تحمل المورد جزء من الأعباء العامة، على أن يتم هذا التقنين بصكوك إدارية تصدر عن رئاسة مجلس الوزراء ليصار إلى تعميمها على كافة وزارات الدولة.

٢٥ - تفعيل دور الأجهزة الرقابية والمحاسبية بمختلفة أشكالها وأنواعها، بما في ذلك لجان مكافحة الفساد التي تم استحداثها مؤخراً تبعاً لإقرار الدول لاتفاقية مكافحة الفساد التي تبنتها الأمم المتحدة ومحاسبة المخلين والمقصرين عن القيام بواجباتهم القانونية مشمول بذلك المعاقبة الجنائية وبخاصة في جرائم الرشوة.

٢٦ - إقامة الندوات القانونية، ودورات التدريب المؤسسي لرجال الإدارة لما من شأنها تلافي مكامن الضعف والقصور في استيعاب نظام التعاقد الإداري، مما سيؤثر إيجاباً في عملية تنفيذ منظومة الجزاءات التي تطبقها الإدارة على المتعاقد الذي يقصر عن تنفيذ التزاماته المقررة عليه قانوناً.

٢٧ - يجب أن تنبسط رقابة القضاء بشكليها - المشروعية والملاءمة - على مختلف أنواع الجزاءات وفي كل العقود الإدارية من دون أي استثناء، فهي ضمانات أساس للمتعاقدين وسيلة فعالة لتطمينه ودفعه للتعاقد الإدارية، لاسيما في واقع العمل والنشاط الاقتصادي والاجتماعي العربي، الذي من سماته تردد الرأسمال الخاص الوطني من المساهمة والمشاركة في المشروعات البنوية الكبيرة. وبذلك نختلف مع مسلك مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد الذي منع المتعاقد من المطالبة بحق إلغاء قرار الإدارة غير المشروع بفسخ عقدي

الأشغال العامة والتوريد، ومن ثم نتفق مع موقف مجلس الدولة المصري الجريء الذي أطلق صلاحية القضاء بالنظر في قرارات الإدارة غير المشروعة سواء من حيث الإلغاء أو التعويض وفي كل أنواع العقد الإداري، وهو بذلك يشكل علامة فارقة في قضائه الحديث نسبياً مقارنة بالقضاء الإداري الفرنسي، ويثبت مدى تمتعه باستقلاله عن سلفه.

٢٨- نقترح بضرورة وضع قانون محاكمات إدارية مستقل بدلاً من الاعتماد على قانون الأصول المدنية يضمن سرعة البت في منازعات العقود الإدارية وكسب الوقت والجهد بالنسبة للإدارة والمتعاقد معها لتتكمّل بذلك منظومة التشريعات القانونية المتعلقة بالقضاء الإداري السوري.

٢٩- وضع قانون عقود للجهات العامة حديث وعصر يتلافى كل الأخطاء والشغرات الموجودة في القانون رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤م والتي ظهرت خلال التطبيق العملي له من جهة، يتناسب مع مرحلة إعادة الإعمار في سورية وقانون التشاركية الذي صدر في سورية.

٣٠ - نتمنى من اللجنة المختصة والتي تقوم حالياً بوضع قانون جديد لمجلس الدولة السوري أن يكون قانوناً جديداً وعصرياً يؤخذ فيه بعين الاعتبار التجربة الذاتية لمجلس الدولة السوري وما قدمه من اجتهادات وفتاوى بما يتناسب مع التطورات التي طرأت في جمع المجالات خلال مدة سريان القانون رقم ٥٥/ لعام ١٩٥٩م.

وبهذا أنهى دراستي لموضوع الرقابة القضائية على إجراءات الإدارة في نطاق تنفيذ العقود الإدارية (دراسة مقارنة) التي بذلت فيها الجهد الجهد حتى وصلت إلى ما وصلت إليه راجياً أن أكون قد وضعت لبنة من لبنات هذا الموضوع الكبير والمهم. وأن يكون شمعة تجلي شيئاً من عتمة دروب قانوننا الإداري الحديث.

والله ولي التوفيق

قائمة المراجع

أولاً - باللغة العربية:

١. المؤلفات العامة والمتخصصة:

أ - المؤلفات العامة:

١. إبراهيم المنجي، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٩م.
٢. د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة في التصرف القانوني، الطبعة الأولى، جامعة الكويت، الكويت، ١٩٩٥م.
٣. د. إبراهيم الشهاوي، عقود امتياز المرافق العامة B. O. T، دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، ٢٠١١م.
٤. د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٦م.
٥. د. إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية وفقاً للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٣م.
٦. د. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠١٠م.
٧. د. أحمد عبد اللطيف، التنظيم القانوني للمناقصات والمزايدات، دار الأهرام، القاهرة، مصر، ٢٠٠٣م.
٨. د. أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية طبقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٢م.

٩. د. أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية، طبقاً لأحكام لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الجديد (الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨) منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الثانية، ٢٠١٣م.
١٠. د. أحمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٩٨م.
١١. د. أحمد يسري، أحكام المبادئ في القضاء الفرنسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، بدون تاريخ نشر.
١٢. د. إعاد علي القيسي، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، ١٩٩٨م.
١٣. المستشار أمير فرج يوسف، العقود الإدارية، الجزء الثاني، القاهرة، مصر، ٢٠١٦م.
١٤. د. ثروت بدوي، القانون الإداري، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠١٠م.
١٥. د. ثروت بدوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.
١٦. د. جابر جاد نصار، عقود B. O. T والتطور الحديث لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، بدون عام نشر.
١٧. د. جهاد زهير الحرازين، عقود الامتياز، دراسة تطبيقية على مرفقي الاتصال والكهرباء، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، ٢٠١٣م.
١٨. د. جورج فوديل وبيار دلفولفيه، القانون الإداري، الجزء الأول، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ٢٠٠٤م.
١٩. د. جورج شفيق ساري، القرارات القابلة للانفصال عن العقد في القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٢م.

٢٠. د. حسين درويش عبد العال، السلطات الممنوحة لجهة الإدارة في العقد الإداري، مطبعة لجنة البيان العربي، الإسكندرية، ١٩٦١ م.
٢١. د. حسين درويش، النظرية العامة في العقود الإدارية، مكتبة الأنجلو المصرية، ١٩٥٨ م.
٢٢. د. حسين عثمان محمد، قانون القضاء الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠ م.
٢٣. د. حمد محمد حمد الشلماني، امتياز السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٧ م.
٢٤. د. حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، الطبعة الأولى، مكتبة القاهرة، القاهرة، مصر، ٢٠٠٢ م.
٢٥. د. خالد خليل الظاهر، القانون الإداري، الكتاب الثاني، الطبعة الأولى، دار الميسرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، الأردن، ١٩٩٧ م.
٢٦. خليل صالح السامرائي، عقد الأشغال العامة (إبرام - تنفيذ - انتهاء)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، ٢٠١٧ م.
٢٧. خميس السيد إسماعيل، الاصول العامة والتطبيقات العملية للعقود الإدارية والتعويضات مع القواعد القانونية وأحكام المحكمة الإدارية العليا، الطبعة الأولى، دار النشر الحديثة، القاهرة، مصر.
٢٨. د. دويب حسين صابر، الوجيز في العقود الإدارية التقليدية والحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠١٠ م.
٢٩. د. رمضان محمد بطيخ، الجديد في إبرام العقد الإداري فقهاً وإفتاءً وقضاءً، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٨ م.
٣٠. د. زكريا المصري، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٤ م.
٣١. د. سامي جمال الدين، القضاء الإداري، الرقابة على أعمال الإدارة، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣ م.

٣٢. د. سعاد الشرقاوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣م.
٣٣. د. سعيد نحيلي ود. عبسي الحسن، العقود الإدارية، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، حلب، سورية، ٢٠٠٧م.
٣٤. د. سعيد نحيلي، د. عمار التركاوي، القانون الإداري المبادئ العامة، الطبعة الأولى، منشورات جامعة دمشق، دمشق، سورية، ٢٠١٨ - ٢٠١٩م.
٣٥. د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ١٩٨٤م.
٣٦. د. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ١٩٦٧م.
٣٧. د. سمير صادق، العقد الإداري في مبادئ الإدارة العليا، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، مصر، ١٩٩١م.
٣٨. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، الجزء الثاني، دارالمطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ١٩٩٦م.
٣٩. صبحي السلوم، موسوعة العقود، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دمشق، سورية، ٢٠٠٥م.
٤٠. د. صفاء فتوح جمعة، المبادئ العامة في العقود الإدارية التقليدية والمتطورة وإشكاليات تسوية منازعاتها، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، ٢٠١٧م.
٤١. د. صلاح الدين فوزي، المبادئ العامة غير المكتوبة في القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٩٨م.
٤٢. د. عادل السعيد أبو الخير، القانون الإداري - القرارات الإدارية - العقود الإدارية، شركة مطابع الطويجي، ٢٠٠١م.
٤٣. د. عادل عبد الرحمن خليل، المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٩٥م.

٤٤. عامر نعمه هاشم، الأصول القانونية لإبرام العقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٦م.
٤٥. عبادة الشامي، خصوصية الإثبات في الخصومة الإدارية، ب. ط، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠٨م.
٤٦. عبد المنعم بيومي ود. نعيم عطية، الدار العربية للموسوعات، مصر، ١٩٩٩م.
٤٧. المحامي عبد الهادي عباس، العقود الإدارية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مطبعة دار المستقبل، دمشق، سورية، ١٩٩٣م.
٤٨. عمر حلمي فهمي، الأحكام العامة للعقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، ١٩٩١م.
٤٩. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، المجلد الثاني، آثار الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٨٢م.
٥٠. د. عبد السلام المزروعى، النظرية العامة في العقود الإدارية، الجزء الثاني، دون دار نشر، ١٩٩٣م.
٥١. د. عبد السلام علي المزوعى، النظرية العامة لعلم القانون، المصادر الإرادية للالتزام، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، ١٩٩٣م.
٥٢. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ٢٠١٤م.
٥٣. د. عبد العليم عبد المجيد مشرف، الوجيز في القانون الإداري ج ٢، النشاط الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠١ - ٢٠٠٢م.
٥٤. د. عبد الله طلبه، مبادئ القانون الإداري، الجزء الثاني، دار الكتاب، دمشق، سورية، ٢٠٠٦م.
٥٥. د. عبد المجيد عبد الحفيظ، تعاقدات الإدارة، محاضرات مطبوعة أقيمت على طلاب الدورة التدريبية التي نظمتها جمعية إدارة الأعمال العربية، مركز التدريب، القاهرة، مصر، ١٩٩٧م.

٥٦. د. عبدالله طلبه، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، الطبعة الثالثة، منشورات جامعة دمشق، دمشق، سورية، ١٩٩٢ - ١٩٩٣ م.
٥٧. د. عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري، نشاط الإدارة ووسائلها، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤ م.
٥٨. د. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٨٢ م.
٥٩. د. عصمت عبد الله الشيخ، مبادئ أساسية في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٧ م.
٦٠. د. عمر أحمد حسبو، التطور الحديث لعقود إلالتزام المرافق العامة طبقاً لنظام الـ B. O. T، دار النهضة العربية، جامعة القاهرة ٢٠٠٢ م.
٦١. د. عمر الخولي، الوجيز في العقود الإدارية، دراسة قانونية تحليلية تطبيقية، الطبعة الثانية، بدون دار نشر، ٢٠١٢ م.
٦٢. د. فاروق أحمد خماس، د. محمد عبد الله الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، دار الكتب للطباعة الجامعية، جامعة الموصل، ١٩٩٢ م.
٦٣. د. فروح حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠٤ م.
٦٤. د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٤ م.
٦٥. د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ١٩٨٧ م.
٦٦. د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ٢٠١٣ م.
٦٧. د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، ب. ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ١٩٩٥ م.

٦٨. مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، حقوق وضمانات المتعاقد مع الإدارة والتحكيم في العقد الإداري، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٤م.

٦٩. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٤م.

٧٠. د. مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، مكتبة جامعة النهرين، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣م.

٧١. د. ماهر صالح الجبوري، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الكندي للنشر والتوزيع، اربد، الاردن بدون تاريخ نشر.

٧٢. د. محمد الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٩٢م.

٧٣. د. محمد أنس قاسم جعفر، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٠م.

٧٤. د. محمد بكر حسين، الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ٢٠٠١م.

٧٥. د. محمد بكر حسين، الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٦م.

٧٦. د. محمد حاتم البيات، ود. أيمن أبو العيال، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، منشورات جامعة دمشق، كلية الحقوق، دمشق، سورية، ٢٠١١ - ٢٠١٢م.

٧٧. د. محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٦م.

٧٨. د. محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري، الطبعة الأولى، دار المعارف، القاهرة، ١٩٧٨م.

٧٩. د. محمد ماجد عبود، دور القواعد الحديثة في المناقصات والمزايدات في الدول النامية، دار النهضة العربية، ١٩٩٧م.
٨٠. د. محمد ماهر أبو العينين، الوسيط في اختصاصات مجلس الدولة، مكتبة نادي مجلس الدولة، القاهرة، ٢٠٠٠م.
٨١. د. محمد يوسف الحسين، د. مهند نوح، القانون الإداري، عمال الإدارة العامة وتصرفاتها القانونية، الطبعة الأولى، منشورات جامعة دمشق، دمشق، سورية، ٢٠١١ - ٢٠١٢م.
٨٢. د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠١٠م.
٨٣. د. محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة ٢٠٠٧م.
٨٤. د. محمود محمد حافظ، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، دون دار نشر، ١٩٦٦م.
٨٥. المحامي محمود زكي شمس، الأسس العامة للعقود الإدارية، المجلد الثاني، مطبعة الداوودي، دمشق، سورية، ٢٠٠٠م.
٨٦. المحامي. محمود زكي شمس، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، دمشق، سورية، ٢٠٠٨م.
٨٧. محمد الحسين، د. مهند نوح، العقود الإدارية، منشورات جامعة دمشق، مركز التعليم المفتوح، دمشق، سورية، ٢٠٠٧ - ٢٠٠٨م.
٨٨. د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، الوجيز في عقود البوب B.O.T، دار شتات للنشر والبرمجيات، ٢٠٠٨م.
٨٩. د. مفتاح خليفة عبد الحميد ود. حمد محمد الشلماني، العقود الإدارية واحكام ابرامها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٨م.
٩٠. د. مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٣م.

٩١. د. نبيلة عبد الحليم كامل، الوجيز في القانون الإداري المغربي، دار النشر المغربية، الدار البيضاء، المغرب، ١٩٨١م.
٩٢. د. نصري منصور النابلسي، العقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، الشياح، لبنان، ٢٠١٠م.
٩٣. د. هاني عبد الرحمن إسماعيل، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ٢٠١٢م.
٩٤. د. وحيد فكري رأفت، القانون الإداري، الجزء الأول.
٩٥. د. وليد رمضان عبد التواب، الموسوعة الجامعية في المناقصات والمزايدات الجزء الأول، الناشر المتحدون للإصدارات والبرمجيات القانونية، القاهرة، مصر.
٩٦. د. يحيى الجمل، حصاد القرن العشرين في علم القانون، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، مصر، ٢٠٠٦م.
٩٧. د. يوسف شباط، د. عبد الرحيم الصفي، المرافق العامة، منشورات جامعة دمشق، كلية الحقوق، ٢٠١٠م.
- ب - المؤلفات المتخصصة:**
١. إبراهيم الشارف تفوقة، الصعوبات التي تواجه تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠١١م.
٢. المستشار أحمد موجد الراغب، طبعة لجنة الشريعة الإسلامية بالنقابة العامة للمحاميين، ٢٠٠٧ م.
٣. د. الياس ناصيف، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة ٦ عقد BOT، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ٢٠٠٦م.
٤. د. بة يمان جلال حسن، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٧م.

٥. د. بلاوي ياسين بلاوي، الجزاءات الضاغطة في العقد الإداري، معهد البحوث والدراسات العربية، قسم البحوث والدراسات القانونية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٩م.
٦. د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥م.
٧. د. جورجى شفيق ساري، مسؤولية الدولة عن أعمال سلطاتها، قضاء التعويض، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٢م.
٧. د. حسان عبد السميع هاشم، الجزاءات المالية في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٧م.
٨. المستشار حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية مطبعة منشأة الفاروق، ١٩٩٨م.
٩. د. حماده عبد الرازق حماده، النظام القانوني لعقد إمتياز المرفق العام، دراسة في ظل القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠١٠ بشأن تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة ولائحته التنفيذية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ٢٠١٢م.
١٠. د. رأفت فودة، دروس في القانون الإداري العقود الإدارية الأموال العامة، دار لنهضة العربية، ١٩٩٤م.
١١. د. رمزي طه الشاعر، قضاء التعويض مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، بدون دار نشر، ١٩٩٢م.
١٢. د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثاني، قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠١٣م.
١٣. د. شريف يوسف خاطر، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٩م.
١٤. المستشار سمير عثمان اليوسف، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن المالي للعقد الإداري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠٠٩م.

١٥. فارس علي جانكير، سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، الطبعة الأولى، منشوات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٤م.
١٦. د. طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠م.
١٧. د. عاطف سعدي محمد علي، عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٥م.
١٧. د. عبد الحميد كمال حشيش، التطور الحديث للمبادئ العامة للعقود الإدارية، بدون دار نشر، بدون عام نشر.
١٨. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية، المركز القومي للإصدارات القانونية، عابدين، مصر ٢٠٠٨م.
١٩. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠١١م.
٢٠. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، دعوى التعويض الإداري في الفقه وقضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٩م.
٢١. د. عبد الله طلبة، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، الطبعة الثانية، منشورات جامعة دمشق، ٢٠١٣-٢٠١٤م.
٢٢. د. عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٠م.
٢٣. د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية بالقرارات والعقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة.
٢٤. د. عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ١٩٧٥م.

٢٥. د. عثمان ياسين علي، تسوية المنازعات الناشئة في مرحلة إبرام العقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٥م.
٢٦. د. علي عبد العال السيد أحمد، الفسخ الجزائي لعقد الأشغال العامة، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ١٩٩٨م.
٢٧. د. علي محمد مظفر، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية في العقود الإدارية في اليمن، دراسة مقارنة، دون دار للنشر، ٢٠١٢م.
٢٨. د. عمر حلمي فهمي، طبيعة اختصاص القضاء الإداري في منازعات العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٣م.
٢٩. د. عمر حلمي فهمي، آثار العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٩١م.
٣٠. د. عمر حلمي، ربيع فتح الباب، المبادئ العامة في العقود الإدارية، مطبعة دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٩٧م.
٣١. لمياء هاشم قبع، اختلال التوازن المالي في العقد الإداري، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، ٢٠١٣م.
٣٢. د. محمد السناري، التطورات الحديثة بالإلغاء في عقود الإدارية، دراسة تحليلية نقدية لأحكام القضاء الإداري في فرنسا ومصر، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، بلا عام نشر.
٣٣. د. محمد بن سعيد بن حمد المعمري، الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلتها الإنعقاد والتنفيذ (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ٢٠١١م.
٣٤. د. محمد سعيد أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود وتطبيقاتها، دراسة مقارنة، بدون دار نشر، من دون تاريخ نشر.

٣٥. د. محمد صلاح عبد البديع السيد، الاتجاهات الحديثة في الرقابة على ملائمة قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة، الطبعة الأولى، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤م.
٣٦. د. محمد عبد العال السناري، وسائل التعاقد الإداري وحقوق والتزامات الإدارة والمتعاقد معها، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر.
٣٧. د. محمد عبد اللطيف، نظرية التنازل في العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠م.
٣٨. د. محمد حسن مرعى الجبوري، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الجنائية والمالية في العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ٢٠١٤م.
٣٩. د. محمد صلاح عبد البديع السيد، دور القاضي الإداري في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨م.
٤٠. د. محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، ١٩٩٣م.
٤١. د. محمد عبد الكريم عنبر، الوسيط في نظرية الظروف الطارئة، مطبعة زهران، عمان، الأردن، ١٩٨٧م.
٤٢. د. محمد عبد اللطيف، التعويض في المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠م.
٤٣. د. محمد عبدالله شريف النعيمي، الالتزامات والحقوق التي يترتبها العقد الإداري تجاه الغير، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، ٢٠١٤م.
٤٤. د. محمد فؤاد عبد الباسط، الأعمال الإدارية القانونية، الكتاب الثاني، العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠١٢م.

٤٥. د. محمد ماهر أبو العينين، قوانين المزايدات والمناقصات والعقود الإدارية في قضاء وافتاء مجلس الدولة حتى ٢٠٠٤ الجزء الأول- دار أبو المجد للطباعة بالهرم القاهرة ٢٠٠٣م.
٤٦. د. محمود أبو السعود، سلطة الإدارة في الرقابة على خلفية العقد الإداري، كلية العلوم القانونية والاقتصادية، ١٩٩٧م.
٤٧. د. محمود حلمي، العقد الإداري، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، ١٩٧٤م.
٤٨. محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، لبنان، ١٩٩٨م.
٤٩. مرعي حسن مرعي الجبوري، سلطة الإدارة في فرض جزاءات الجناية والمالية في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٤م.
٥٠. د. مصطفى عفيفي، الرقابة على أعمال الإدارة والمنازعات الإدارية، دراسة نظرية وتطبيقية في كل من دولة الإمارات والدول المقارنة، مبدأ المشروعات، أنواع الرقابة وأنواع الدعاوى والمنازعات الإدارية، الجزء الأول، ١٩٩٠م.
٥١. د. مطيع علي محمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء في اليمن، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٦م.
٥٢. د. مفتاح خليفة عبد الحميد، إنهاء العقد الإداري، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ٢٠١٤م.
٥٣. د. مفتاح مختار عبد العزيز، حقوق المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري، جامعة الفاتح، طرابلس.
٥٤. د. نصر الدين محمد بشير، غرامة التأخير في العقد الإداري وآثارها في تسيير المرفق العام، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٧م.
٥٥. د. هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دارالفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٥م.

٥٦. د. وهيب عياد سلامة، دروس في العقود الإدارية مع التعمق (التوازن المالي للعقد وفكرة التعويض غير القائم على الخطأ)، من دون دار نشر، ٢٠٠٠م.

٥٧. زينب سالم، الرقابة القضائية على العقد الإداري في مرحلة التنفيذ، رسالة ماجستير، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٦م.

٢ - الرسائل العلمية:

أ. رسائل الماجستير:

١. توميد أحمد محمد، التنظيم القانوني للجزاءات المالية في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٧م.

٢. أحمد محسن جميل، مظاهر السلطة العامة في تعديل وإنهاء العقود الإدارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، ٢٠١٤م.

٣. د. أحمد عطية، نظرية عمل الأمير في التشريع الوصفي والفقہ الإسلامي، كلية الحقوق جامعة، الإسكندرية، مصر، ٢٠٠٦م.

٤. أسامة مازن العوا، النظام القانوني لعقد الأشغال العامة في التشريع السوري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، دمشق، سورية، ٢٠١٨م.

٥. إيهاب سامر عليا، الانتهاء المبسر للعقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، دمشق، سورية، ٢٠١٧م.

٦. حسام خدام الجامع، سياسة مجلس الدولة السوري في تحقيق التوازن المالي للعقد الإداري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، دمشق، سورية، ٢٠١٧م.

٧. حسام فيصل، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة دمشق، كلية الحقوق، ٢٠٠٩م.

٨. حسن محمد محفوض، غرامة التأخير في إطار تنفيذ العقود الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، دمشق، سورية، ٢٠١٧م.

٩. د. خالد مرموس خلف الحمداني، سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد، العراق، ١٩٧٨ م.
١٠. رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٠ م.
١١. زياد العرسان، عقد التوريد ودوره في تسيير المرافق العامة دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، دمشق، سورية، ٢٠١٦ م.
١٢. سامال إسكندر محمد الباجلان، سلطات الإدارة والقيود الواردة عليها في العقود الإدارية، رسالة ماجستير، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ٢٠١٧ م.
١٣. سحر جبار يعقوب، فسخ العقد قضائياً لخطأ الإدارة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بابل، ٢٠٠٣.
١٤. السلال سعيد جمعة الهويدي، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة في الإمارات العربية المتحدة والدول الأجنبية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة طنطا، ١٩٩٢ م.
١٥. علي نصر الحسن، الجزاءات المفروضة في إطار تنفيذ العقود الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، دمشق، سورية، ٢٠١٧ م.
١٦. عزة محمد سلمان، المقابل المالي في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، دمشق، سورية، ٢٠١٣ م.
- ١٧.
١٨. فوزية سكران، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقدين معها في العقود الإدارية، رسالة ماجستير، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٧ م.

١٩. د. منظور محمد أحمد، مفهوم العقد الإداري وقواعد إبرامه، دار النهضة الحديثة، القاهرة، مصر، ٢٠٠٠م.

٢٠. د. منى محمد نجم، الجزاءات في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى قسم القانون العام، أكاديمية الدراسات العليا، بنغازي، ليبيا، ٢٠٠٧م.

٢١. ماجد ملقى زايد الديجاني، الجزاءات الضاغطة في العقود الإدارية، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، ١٩٩١م.

٢٢. محمد شعبان الدهوبي، حق المتعاقد في التعويض في العقد الإداري، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا للعلوم الأمنية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٧م.

٢٣. يونس إسماعيل حسون، أحكام الفسخ في العقود الإدارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ٢٠١٤م.

ب. رسائل الدكتوراه:

١. د. أحسان سليمان خريط، صعوبات تنفيذ العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٧م.

٢. د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، رسالة دكتوراه، دار النهضة العربية، ١٩٨٧م.

٣. د. أحمد محمد محرم، الآثار القانونية للرقابة الإدارية لمشروعات المرافق العامة المقامة بنظام B.O.T، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة أسيوط، ٢٠٠٨م.

٤. د. بندر محمد عويّزب العتيبي، الشروط الإستثنائية كمعيار مميز للعقد الإداري، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٩م.

٥. د. ثورية لعيوني، معيار العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٨٧م.

٦. د. حازم بيومي مصري، التوازن المالي في العقد الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠١٠م.

٧. د. حسن محمد عبد المنعم حسن الخيمي، آثار عقد التزام المرافق العامة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ٢٠٠١م.
٨. د. رياض إلياس الجريسات، نظرية التوازن المالي في العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٧م.
٩. سعيد عبد الرزاق باخبيهر، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر (يوسف بن خده)، بن عنكون، الجزائر، ٢٠٠٨م.
١٠. د. سوسن البيطار، آثار العقد الإداري بالنسبة إلى الغير، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، دمشق، سورية، ٢٠١٠م.
١١. د. سيد أحمد محمد جاد الله، سلطة القاضي إزاء العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، القاهرة، مصر، ٢٠٠٧م.
١٢. د. عاطف محمد عبد اللطيف، امتيازات الإدارة في العقد الحكومي في النظام الأنجلو الأمريكي والعقد الإداري في القانون المصري - دراسة قانونية، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة، ٢٠٠٨م.
١٣. د. عيسى عبد القادر الحسن، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٩٧م.
١٤. د. عصام البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٠م.
١٥. د. علي الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٧٥م.
١٦. د. علي محمد علي عبد المولى، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ١٩٩١م.
١٧. د. علي بن عبد الكريم السويلم، فكرة التوازن المالي للعقد الإداري في المملكة العربية السعودية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠٠٧م.

١٨. د.نجم حمد الأحمد، التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، عين شمس، مصر، ٢٠٠١م.
١٩. د. هارون الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٩٧٩م.
٢٠. د. محمد سعيد أمين، الأسس العامة للالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري، رسالة دكتوراه جامعة عين شمس، ١٩٨٣م.

٣ - المقالات والبحوث:

١. د. أنور أحمد رسلان، نظريات الصعوبات المادية غير المتوقعة، مقالة منشورة في مجلة القانون والإقتصاد السنة ٤٨ العددان ١٩٧٨/٣٤م.
٢. د. توفيق الغناي، بحث قدم بمناسبة الملتقى الذي نظمته كلية الحقوق بصفافس حول المسؤولية الإدارية، ٢٠٠٦م.
٣. د. ثروت بدوي، المعيار المميز للعقد الإداري، كتيب منشور بمجلة القانون والإقتصاد السنة السابعة والعشرون، ديسمبر ١٩٥٧م.
٤. د. رياض عيسى، الأعمال الإضافية في عقود الأشغال، مجلة الحقوق تصدر عن كلية الحقوق بجامعة الكويت، العدد الرابع، السنة الحادية عشرة، ديسمبر ١٩٨٧م.
٥. د. علي خطار شطناوي، صلاحية الإدارة في فرض غرامات التأخير بحق المتعاقد معها، مجلة الحقوق، العدد الأول، السنة ٢٤ / ٢٠٠٠م.
٦. د. عمر محمد السيوي، نظرية عمل الأمير والعقد الإداري، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية، منشورات جامعة قاربونس، بنغازي، العدد ١٦، المجلد ١٥، ١٩٩٨م.
٧. د. محمد كمال مصطفى، سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة، مجلة العلوم الإدارية، القاهرة، مصر، السنة ١٣ العدد الأول، ١٩٧٩م.

٨. د. محمود أبو السعود، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، مجلة العلوم القانونية الإقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الأول، السنة ٣٩ يناير، ١٩٩٧م.

٩. محمد كمال وصفي، الإجراءات القضائية في منازعات العقود الإدارية، مجلة المحامين، س، ٤٨، العدد السابع، ١٩٦٨ م.

١٠. د. محمود سعد الدين الشریف، نظرية الظروف غير المتوقعة، مجلة القضاء، العدد الثاني، السنة الرابعة عشر، مطبعة العاني، بغداد، العراق، ١٩٥٦م.

١١. د. مصطفى كمال وصفي، سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة، بحث منشور في مجلة العلوم الإدارية ١٩٧٠ ص ١٤٣. ومجلة العلوم الإدارية القاهرة السنة ١٣ العدد الأول ١٩٧٩م.

١٢. د. مهند نوح، اتجاهات جديدة لدى مجلس الدولة السوري في نطاق العقود الإدارية، مجلة المحامون، العدد/٦٥/ دمشق، سورية، ٢٠٠٧ م.

١٣. د. نعيم عطية، تغيرات سعر الصرف وأثرها على العقد الإداري، مجلة العلوم الإدارية، العدد الأول، ١٩٩٢م.

٤ - مجموعة الأحكام والفتاوى:

١. د. مجدي محمود محب حافظ، موسوعة أحكام المحكمة الإدارية المصرية في خمسين عاماً من عام ١٩٥٥ حتى عام ٢٠٠٥ الجزء الرابع، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ٢٠٠٧ - ٢٠٠٨م.

٢. د. محمد أديب الحسيني، موسوعة القضاء المدني الجديد في اجتهاد محكمة النقض السورية، الجزء الأول، مكتبة دار اليقظة العربية، ٢٠٠٤م.

٣. مجلس الدولة، المكتب الفني، المجموعة الذهبية الحديثة للآراء الصادرة عن القسم الاستشاري في مجلس الدولة السوري، دمشق، سورية، ٢٠١٦م.

٤. مجلس الدولة، المكتب الفني، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في الأعوام (٢٠٠١ - ٢٠٠٢ - ٢٠٠٣ - ٢٠٠٤)، دمشق، سورية، ٢٠٠٨م.

٥. مجلس الدولة، المكتب الفني، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في الأعوام (١٩٨٥ - ١٩٨٦ - ١٩٨٧ - ١٩٨٨ - ١٩٨٩ - ١٩٩١)، دمشق، سورية.

٦. المجموعة الشاملة الحديثة للأحكام القضائية الصادرة عن محاكم مجلس الدولة (محاكم القضاء الإداري - المحاكم الإدارية، المحاكم المسلكية)، دمشق، سورية، ٢٠١٧م.

٧. مجموعة العقود الإدارية في أربعين عاماً، دمشق، سورية.

٨. مجموعة المبادئ التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٢م.

٩. مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٨٤م.

١٠. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاماً (١٩٦٥ - ١٩٨٠) المكتب الفني بمجلس الدولة المصري، الجزء الثاني.

١١. المحامي مصباح المهاني، اجتهادات المحاكم الإدارية العليا في أربعين عاماً، الجزء الثالث، مؤسسة النوري، ٢٠٠٥م.

٥ - القوانين والمراسيم والبلاغات:

أ. القوانين:

١. القانون المالي الأساسي في سورية الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٥٤ لعام ٢٠٠٦م.

٢. القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٨٤ لعام ١٩٤٩م.

٣. القانون المدني الفرنسي الجديد الصادر بتاريخ ٦ كانون الثاني لعام ٢٠١٣م.

٤. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لعام ١٩٤٨م.

٥. قانون المشتريات العامة الفرنسي رقم ٩٧٥ لعام ٢٠٠٦ م.

٦. قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لعام ١٩٩٨ م.

٧. قانون نظام العقود للجهات العامة رقم ٥١ لعام ٢٠٠٥ م.

ب - المراسيم:

١. المرسوم التشريعي رقم ٤٥٠ لعام ٢٠٠٤ المتضمن دفتر الشروط العامة.

٢. المرسوم رقم ٤٨٨ لعام ٢٠٠٧ المتضمن النظام المحاسبي للجهات العامة ذات الطابع الإداري.

٣. المرسوم رقم ٤٨٩ لعام ٢٠٠٧ المتضمن النظام المحاسبي للمؤسسات العامة ذات الطابع الاقتصادي.

ج - البلاغات:

١. البلاغ رقم / ١ ب / ع / ٩ المتضمن التعليمات التنفيذية لنظام العقود الموحد.

٢. مجموعة من البلاغات الصادرة عن رئاسة مجلس الوزراء في سورية.

ثانياً - باللغة الفرنسية:

1. A. Hachich, la theorie de l'imprevison dan les contrats administrative – etude compare du" droit francais et le droit de Le E. A. U theshcean, 1962 .
2. Aubyet Bon, Droit administraitif des biens, Paris, France, 1993 .
3. Bonnard, Précis de droit administrative, 4édition, L. G. D Paris, France, 1943 .
4. Braconnier,s,precls du droit des marches publics,jmprimerie Natoinal,paris,2007
5. Chabanol (Daniel) et jouguet et(jean - piere), Marches public de travaux, Lemoniteur,1994 .
6. Chapus®"R": Driot administrative générale. Tome2, 15e ed, Montxhrestien,2001 .

7. Christophe Lajoir, droit du marchés publiques, 1^é éditions, Berti, Algèr, 2007 .
8. d'exécution. A. J. D. A 1994 20 juill/ 20 août .
9. Delaubadère, A et Jean - Claude Venezia et Yves Gaudemet, Droit administrative, 14^é éd, G. D. j, 1996 .
10. DELaubadère. A - Modeene. F - Delvolve. P, Traite des contrats administratif T1, L. G. D. J, Paris, 1984 .
11. DeLuabadère (A) traité élémentaire de droit adm. Paris 1980, 8^é éd
12. DUFAU J, Le pouvoir de modification unilatérale de l'administration et les contrats de concession de service public, A. J, D, A, 1955 .
13. F. LLORENS, contrat d'entreprise marché de travaux publics. L. G. D. Paris 1981 .
14. Falmme (Mauric, André) traité théorique et pratique marchés publics, Tome Bruxelles, Bruylant, 1969 .
15. G. Vedel, P. Devolve, Droit, Administratif, édition, Paris, 1990, Avec collaboration de Pierre Delvolve .
16. J George L A. J. D 1997 marchés fournitures et de services J. C. A. 1989 .
17. J, Antonie, les pouvoirs sanction du co contractant de faillit .
18. J. Rivero, Waline, Droit administratif, 14^é édition, Dalloz, 1992 .
19. Jean Rivero, Droit administrative, quatrième édition, Paris .
20. Jéze, (Gaston); les principes généraux du droit administratif tome I, Paris 1934 Tome II et Tome III Paris, 1936 .
21. Jézégaston les principes généraux de droit administratif .
22. L IORENS (F), Contrat d'entreprise et marché de travaux publics, thèse, L. G. L, 1981 .
23. La Perrier (E) traité de la juridiction administrative et des recours, 2^é édition, tome 1, Paris, 1896 .

24. M. A. Flamme, traite the oriqueetpratiqwe des marches publics. Bruxelles, 1969, T. 2 . .
25. M. devilliers. Droit publicénéral 2003 .
26. Mohamed Abdel Wahed "Le droit Au prix le Marche puplic de travaux, Etude Comparée, droit Francais, thèse, Rennes. I, France, 1991 .
27. Montmerl (jacques) - Passation et execution des marché de travaux publics, Paris, 1966 .
28. MORAD D, deviller,cours de Droit administratif 8e éd Mont chrestien .
29. Murice bourjot, droit admin, ii le controle de l'action administrtife, ISBN Paris, France, 1979 .
30. Patrick Schultez, Eléments du droit des marches public,Prais, 1960 .
31. Pequigot (g) théorie général de contrat administratif, thèse, Montpellier, Paris, 1945 .
32. Ph. Teneyre,La Responsiblite Contractuelle. Des personnes publiques en Drfoit Administratif. Economie,Paris 1989
33. RICHER (L). Droit des contats administrtifs, 9éd, LGDJ, Paris, France, 2014 .
34. RICHER L, Droit des contrats administratif, 3éd, 2002 .
35. Richer. l,Droir des Contract adminstratifs, L. G. O. J,2004 .
36. VEDEL M, cours de droit administrative, Paris, France, 1956 .
37. Waline, traite' e'lementaire de droit administrative, 4 édition .
38. Xavier Liert, Les modifications du marché du encours

Periodique

1. Actualite Juridque de Droit Administratif "A.J.D.A".
2. Juris Classeur Administratif " J.C.A".
3. Recuril des Arrrets de Conseil d 'Etat "R.E.C “.
4. Revue des Marches Publics "R.M.A".
5. Revue du Droit Publice "R.D.P".

ثالثاً: مراجع من الانترنت:

1. <http://www.startimes.com/?t=16329898>.
2. <http://www.al-jazirah.com/2014/20140721/rj7.htm>.
3. <http://arab-ency.com/law/detail/164865>.

الفهرس

أ	الآية.....
ج	الإهداء.....
هـ	شكر وتقدير.....
١	المقدمة:.....
٥	أولاً: أهمية البحث.....
٥	ثانياً: إشكالية البحث.....
٧	ثالثاً: أسباب اختيار البحث.....
٧	رابعاً: أهداف البحث.....
٧	خامساً: فرضيات البحث.....
٨	سادساً: صعوبات البحث.....
٨	سابعاً: منهج البحث.....
٩	ثامناً: خطة البحث.....
	الباب الأول: الرقابة القضائية على إجراءات الإدارة المخلة
١١	بالتزاماتها العقدية.....
	الفصل الأول: الرقابة القضائية على مدى التزام الإدارة بأداء
١٩	المقابل المالي.....
٢٣	المبحث الأول: عدم التزام الإدارة بأداء المقابل المالي.....
٢٤	المطلب الأول: تحديد المقابل المالي.....
٢٤	الفرع الأول: تعريف المقابل المالي.....

- الفرع الثاني: أساليب تحديد المقابل المالي..... ٢٥
- الفرع الثالث: مواعيد تحديد المقابل المالي..... ٣٣
- الفرع الرابع: الوفاء بالمقابل المالي..... ٣٨
- المطلب الثاني: صور عدم التزام الإدارة بأداء المقابل المالي..... ٥١
- الفرع الأول: تعديل الإدارة للسعر المتفق عليه..... ٥٢
- الفرع الثاني: تأخر الإدارة في الوفاء بالتزاماتها المالية..... ٥٤
- الفرع الثالث: مخالفة الإدارة لشرط زيادة الأسعار..... ٦٤
- الفرع الرابع: تأخر الإدارة في الإفراج عن الكفالات..... ٦٨
- المبحث الثاني: حق المتعاقد في المطالبة بالتعويض عن الخطأ العقدي..... ٧٣**
- المطلب الأول: مفهوم الخطأ العقدي..... ٧٤
- الفرع الأول: تعريف خطأ الإدارة العقدي..... ٧٤
- الفرع الثاني: حالات إعفاء الإدارة من التعويض في الخطأ العقدي..... ٧٨
- المطلب الثاني: القضاء بالتعويض عن الخطأ العقدي..... ٨٤
- الفرع الأول: معيار العقد الإداري الخاضع لاختصاص القضاء... ٨٤
- الفرع الثاني: نطاق اختصاص القضاء الإداري بالتعويض عن الخطأ العقدي..... ٨٧
- الفرع الثالث: نظام التعويض عن الخطأ العقدي..... ٨٩

الفصل الثاني: الرقابة القضائية على مدى التزام الإدارة بإعادة

التوازن المالي للعقد..... ٩٧

المبحث الأول: الرقابة القضائية على مدى التزام الإدارة بإعادة التوازن

- المالي في نظرية الظروف الطارئة..... ١٠٣
- المطلب الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة..... ١٠٤
- الفرع الأول: التعريف بنظرية الظروف الطارئة..... ١٠٤
- الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة..... ١٠٧
- المطلب الثاني: آثار نظرية الظروف الطارئة ورقابة القضاء على تطبيقها..... ١٢٥

- الفرع الأول: التزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد ١٢٥
- الفرع الثاني: حق المتعاقد في الحصول على تعويض من الإدارة ١٣١
- الفرع الثالث: سلطات القاضي في مواجهة الظروف الطارئة ١٤٤
- المبحث الثاني: الرقابة القضائية على مدى التزام الإدارة بإعادة التوازن المالي للعقد في نظرية فعل الأمير ١٥١**
- المطلب الأول: مفهوم نظرية فعل الأمير ١٥١
- الفرع الأول: التعريف بنظرية فعل الأمير ١٥٢
- الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية فعل الأمير ١٥٦
- الفرع الثالث: نطاق تطبيق نظرية فعل الأمير ١٦٦
- المطلب الثاني: آثار الرقابة القضائية المترتبة على نظرية فعل الأمير ١٧١
- الفرع الأول: أساس التعويض ١٧٢
- الفرع الثاني: نظام التعويض ١٧٥
- الفرع الثالث: الاتجاهات القضائية في التعويض عن آثار نظرية عمل الأمير ١٧٨
- المبحث الثالث: الرقابة القضائية على مدى التزام الإدارة بإعادة التوازن المالي في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ١٨٥**
- المطلب الأول: مفهوم نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ١٨٦
- الفرع الأول: التعريف بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ١٨٧
- الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ١٩٣
- المطلب الثاني: آثار الرقابة القضائية المترتبة على تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ٢٠٦
- الفرع الأول: أساس التعويض ٢٠٧
- الفرع الثاني: نظام التعويض ٢١٠
- الباب الثاني: الرقابة القضائية على إنحراف الإدارة بسلطاتها في نطاق تنفيذ العقود الإدارية ٢١٥**

٢١٩	الفصل الأول: الرقابة القضائية على سلطات الإدارة المتعاقدة
٢٢٣	المبحث الأول: سلطة الإدارة في الرقابة والإشراف والتوجيه
٢٢٤	المطلب الأول: ماهية سلطة الإدارة في الرقابة والإشراف والتوجيه
٢٢٥	الفرع الأول: مفهوم حق الرقابة والإشراف والتوجيه
٢٣٦	الفرع الثاني: تطبيقات سلطة الرقابة على تنفيذ العقود الإدارية
	الفرع الثالث: نطاق سلطة الإدارة في الرقابة والإشراف
٢٤٨	والتوجيه
	المطلب الثاني: الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في الرقابة
٢٥٠	والإشراف والتوجيه
	الفرع الأول: ضوابط الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في
٢٥٠	الرقابة والإشراف والتوجيه
	الفرع الثاني: الآثار القانونية للرقابة القضائية على ممارسة
٢٥٥	الإدارة لحق الرقابة والإشراف والتوجيه
٢٦١	المبحث الثاني: سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري
٢٦٢	المطلب الأول: الطبيعة القانونية لسلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري
	الفرع الأول: موقف التشريع والفقه والقضاء من سلطة الإدارة في
٢٦٦	تعديل العقد الإداري
	الفرع الثاني: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في تعديل العقد
٢٧٧	الإداري
	الفرع الثالث: الأحكام الناظمة لسلطة الإدارة في تعديل العقد
٢٨٢	الإداري
	المطلب الثاني: الرقابة القضائية على تجاوز الإدارة لسلطتها في تعديل
٣٠٠	العقد
	الفرع الأول: الرقابة القضائية على التزام الإدارة بقيود تعديل
٣٠٠	العقد الإداري
	الفرع الثاني: تطبيقات الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في
٣٠٤	تعديل العقد

الفصل الثاني: الرقابة القضائية على تجاوز الإدارة لسلطتها في

٣١٣ فرض الجزاءات وإنهاء العقد

المبحث الأول: الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على

٣١٩ المتعاقدين معها

المطلب الأول: سلطة الإدارة في فرض الجزاءات المالية على المتعاقدين

٣٢٢ معها

٣٢٢ الفرع الأول: مفهوم الجزاءات المالية

الفرع الثاني: الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض

٣٤٥ الجزاءات المالية

٣٤٩ المطلب الثاني: سلطة الإدارة في فرض الجزاءات الضاغطة

٣٥١ الفرع الأول: صور الجزاءات الضاغطة

٣٦١ الفرع الثاني: الرقابة القضائية على فرض الجزاءات الضاغطة

المبحث الثاني: الرقابة القضائية على سلطة إنهاء الإدارة للعقد الإداري

٣٦٥ بإرادتها المنفردة

المطلب الأول: إنهاء العقد الإداري بإرادة الإدارة المنفردة لدواعي

٣٦٦ المصلحة العامة

الفرع الأول: مفهوم سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري

٣٦٧ بالإرادة المنفردة لدواعي المصلحة العامة

الفرع الثاني: الرقابة القضائية على ممارسة الإدارة سلطتها في

٣٨١ الإنهاء الإنفرادي للعقد لدواعي المصلحة العامة

المطلب الثاني: فسخ العقد الإداري كجزاء توقعه الإدارة على المتعاقد

٤٠٤ معها

٤٠٥ الفرع الأول: مفهوم الفسخ الجزائي للعقد الإداري

الفرع الثاني: رقابة القضاء الإداري على الفسخ الجزائي للعقد

٤١٨ الإداري

٤٢٥ الخاتمة

٤٣٩ قائمة المراجع

الفهرس ٤٦٥

المدقق اللغوي: الدكتور عياد حمود خيرالله.

