



الجمهورية العربية السورية

جامعة دمشق

كلية الحقوق

سياسة مجلس الدولة السوري في تحقيق التوازن المالي للعقد الإداري

بحث علمي قانوني أعدَّ لنيل درجة الماجستير في القانون العام

إعداد الطالب

حسام خدام الجامع

إشراف

الدكتور محمد الحلاق

الأستاذ في قسم القانون العام

العام الدراسي

١٤٣٨ هـ - ٢٠١٧ م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

" وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا {34} وَأَوْفُوا الْكَيْلَ إِذَا كِلْتُمْ
وَزِنُوا بِالْقِسْطَاسِ الْمُسْتَقِيمِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا {35}"

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

سورة الأسراء - الآية رقم (٣٤) والآية رقم (٣٥)

الإهداء

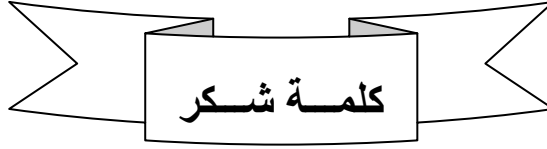
إلى من له في قلبي ووجداني... كل الحب والدعاء بالسلام والازدهار... وطني الغالي

إلى من تسمو بروحها إلى قُدسية الملائكة إلى من لا يفيها الكلام حقها... أُمي

إلى من زرع بدري الورود واقتلع من دربي الأشواك وله أعظم الفضل... أبي

إلى من تجري بعيونهم دمعتي وتترفُّ بقلوبهم ابتسامتي... أخوتي

إلى شركاء روعي ورفاق دربي وابتسامة حياتي... أصدقائي



إلى من تعجز الكلمات عن وصف ما أكنّه له في قلبي من محبة وود.. واحترام..
واعتراف بالجميل.

إلى من زرع في وجداني الثقة والطمأنينة التي أعاننتني لمتابعة رحلة العلم والعمل
أرجو أن يطيل الله في عمره ليبقى حاضناً لطلاب العلم، ونبراساً لهم على طريق
المعرفة، إلى الرجل الذي اعتبره مثلي الأعلى علماً وخلقاً.

إلى أستاذي الفاضل.. الدكتور محمد الحلاق
الذي كرمني بإشرافه على بحثي رغم مشاغله الكثيرة.
له مني خالص الشكر والامتنان.. وجزاه الله عني كل خير.

وكل الشكر والتقدير والمحبة والإحترام للدكاترة لتشريفني بالحكم على الرسالة
وأخيراً لا يفوتني أن أشكر كل من أسدى إليّ معروفاً وقدم لي العون لإنجاز هذا
البحث وخاصة السادة قضاة مجلس الدولة .

مقدمة

تباشر الإدارة نشاطها عبر وسائل تسعى من خلالها لتحقيق أهدافها؛ تتمثل في القرارات الإدارية التي تصدرها بإرادتها المنفردة، الملزمة للأفراد والأشخاص، ويليها العقود الإدارية، التي من خلالها تتحد إرادتها مع إرادة غيرها من المتعاقدين لتحقيق ما تسعى إليه .

ومن المعروف أن العقود الإدارية تُعدُّ وسيلة طبيعة ذاتية بيد الإدارة في سبيل إشباع الحاجات العامة، إذ يمنحها القانون امتيازات السلطة العامة لتحقيق هدفها المتمثل بالمصلحة العامة، بيد أن القانون ذاته يفرض على الإدارة أن تمارس تلك الامتيازات وفق مقتضيات المصلحة العامة وتخضع لرقابة القضاء الإداري للتأكيد من عدم انحرافها بالسلطة .

و بالمقابل للمتعاقد مع الإدارة حقوقه التي ينبغي صونها وفق القانون، ومن هذه الحقوق حقه في إعادة التوازن المالي للعقد، فكثيرة هي العقود الإدارية التي يجريها المتعاقد مع الإدارة تظهر بعد إبرامها غير واضحة الحدود جراء ما يطرأ من مستجدات أثناء التنفيذ فكان لابد من أن يُضمن للمتعاقد حقه بإعادة التوازن المالي في كل مرة يختل به هذا التوازن.

ولم يدخر المشرع أو حتى القضاء الإداري جهداً في سبيل إيجاد العديد من الآليات التي تضمن هذا التوازن المالي للمتعاقد، فتم ابتداع عدداً من النظريات والقواعد التي تحقق بقدر الإمكان توازناً بين الأعباء التي يتعين على المتعاقد مع الإدارة أن يتحملها، وبين المزايا التي يستفيد منها، بحسبان أن العقد الإداري يُشكل في مجموعه كلاً لا يتجزأ، بهدف تحقيق التلازم بين مصالح الإدارة والمتعاقد معها.

أولاً - إشكالية البحث:

عندما تستجد وقائع جديدة تطرأ أثناء تنفيذ العقود الإدارية وتؤثر بشكل مباشر في توازنها المالي (الاقتصادي)، وخصوصاً في العقود الذي يتطلب تنفيذها فترات طويلة من الزمن، فإن كلا طرفي العقد يتهيأ لمواجهةها والمحاولة لدفع آثار هذا الاختلال من جانبه. ومما لا شك فيه فإن الوقائع الجديدة أو الظروف أو الصعوبات أو المستجدات التي قد تطرأ أثناء التنفيذ وتسبب هذا الاختلال قد تتعدد، فكل واحدة منها ذات طبيعة تختلف عن غيرها، وقد يكون من شأنها أن تقرر مصير شروط ومقومات هذا التنفيذ إما بجعلها أكثر إرهاقا أو أكثر كلفة على المتعاقد (كالارتفاع الطارئ على أسعار المواد التعاقدية التي يلتزم المورد بتقديمها للإدارة)، لذا فلا بد من الوقوف ملياً أمام وضع الإدارة التي تغدو مضطرة للتعويض عن النتائج المكلفة التي أفرزتها تلك الوقائع المستجدة، و التي من شأنها الإخلال بالتوازن المالي للعقد وبالعكس أيضاً فربما يكون من شأن تلك الوقائع أن تؤدي لزيادة التكاليف على عاتق الإدارة المتعاقدة ذاتها، الأمر الذي ينجم عنه إثراء للمتعاقد على حسابها (كانخفاض أسعار المواد التعاقدية التي يلتزم المتعاقد بتقديمها للإدارة خلال تنفيذ العقد). ولمواجهة مثل هذا أو ذاك ولعدم تحميل الأعباء المالية المستجدة على عاتق أحد طرفي العقد الإداري من حساب الطرف الآخر، اقتضت الحاجة الماسة والملحة للبحث عن الحلول لإعادة التوازن المالي للعقد بغية تحقيق العدالة بين الطرفين. ومن هنا كان على القضاء الإداري تقصي هذه الأسباب وتحديد أطرها بروح واقعية علمية وفقاً للظروف الخاصة بكل حالة على حدة، دون الاهتمام في معظم الأحيان بالاعتبارات النظرية بالرغم من أهميتها، حيث طُرحت عدة نظريات مختلفة لمواجهة ذلك، ابتكرها القضاء الإداري وتبناها الفقه وقنن بعضها المشرع من أجل إيجاد

الحلول لإشكالية الاختلال التوازن المالي وكيفية التعامل معها كي تستقيم علاقة الإدارة مع المتعاقدين معها وفقاً لما يقال بأن الإدارة " خصم شريف"، وهذه النظريات هي: نظرية الظروف الطارئة، ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، و نظرية فعل الأمير .

فتتمحور إشكالية البحث بشكل رئيسي حول تأصيل مبدأ التوازن المالي للعقد الإداري من الناحية الفقهية والقانونية والقضائية لبيان الأسلوب الأمثل لتعويض المتعاقد المتضرر من جراء إختلال التوازن المالي لعقده بسبب إحدى الظروف أو الصعوبات الخارجية عن العقد أو بسبب تصرفات الإدارة المشروعة والتي لا تعدّ من قبيل خطأ الإدارة التعاقدية، وذلك من خلال مناقشة طريقة حساب التعويض الذي يحقق أكبر قدر من العدالة بين أطراف العقد وفق ما قصده المتعاقدين عند إبرام العقد، (أي وفق المقابل المالي المتمثل بحق المتعاقد في حصوله على الربح الذي يقصده عند إبرام العقد من جهة، والمنفعة الاقتصادية والمصلحة العامة التي تتغياها الإدارة المتعاقدة عند إبرامها العقد من جهة ثانية)؛ إذ ينبثق عن ذلك العديد من الإشكاليات الفرعية التي تناولتها بالتفصيل في متن هذا البحث، كمشكلة انعكاس ارتفاع سعر الصرف العملات الأجنبية مقابل الليرة السورية على أسعار المواد الداخلة في تنفيذ العقود الإدارية لاسيما خلال فترة الحروب والأزمات كتلك التي يعاني منها وطننا حالياً.

ثانياً - أهمية البحث :

نظراً لما تشكله العقود الإدارية من أهمية في سبيل إشباع الحاجات العامة، ونظراً لكون أن معظم النزاعات التي تنشب بصدها تتعلق بجانبها الاقتصادي أي بالأثر المالي المترتب عن تنفيذ حقوق والتزامات أطرافها؛ فكثيرة هي الظروف أو

الصعوبات أو التصرفات أو المعوقات أو المستجدات التي تطرأ أثناء تنفيذ العقود الإدارية والتي من شأنها الإخلال بتوازنها المالي (الاقتصادي)، ولما كان هناك عدد كبير من الأحكام القضائية والآراء الاستشارية الصادرة عن مجلس الدولة السوري المتعلقة بهذا الموضوع، لذا تبنت لنا الحاجة لدراسة هذا الموضوع من خلال البحث والتقصي في النظريات الفقهية والتطبيقات العملية، إضافة لبيان المعالجة التي جاءت بها التشريعات المتعلقة بالعقود الإدارية لحل مشكلة اختلال التوازن المالي للعقد الإداري، متخذاً من اجتهادات مجلس الدولة السوري محوراً لهذه الدراسة وخاصة تلك الحديثة منها، والتي يرجع بعضها حتى تاريخ قريب لطباعة هذه الرسالة، إضافة للمقارنة في بعض مفاصل البحث مع الاجتهادات القضائية لمجلسي الدولة الفرنسي والمصري .

أولاً - أهداف البحث :

يتمثل هدف البحث بإيجاد ذاتية مستقلة لمبدأ التوازن المالي للعقد الإداري لتسليط الضوء على منظومة التعويض العادل الذي يستحقه المتعاقد المتضرر جراء اختلال التوازن المالي لعقده، إضافة للتفريق الدقيق بين نظريات التوازن المالي والنظريات المشابهة لها، وذلك في ضوء التطبيقات العملية للعقود الإدارية وفقاً للاجتهادات القضائية الصادرة عن مجلس الدولة السوري بقسميه القضائي والاستشاري، لترحها على بساط البحث والتحليل لمعالجة العديد من المشكلات التي تنور أثناء التطبيق العملي للتمكن من الوصول إلى النتائج المستخلصة وتقديم الاقتراحات المرجوة .

رابعاً - منهج البحث :

سنعتمد في بحثنا وبشكل رئيسي على المنهج العلمي التأصيلي والمنهج العلمي التحليلي، بالإضافة للمنهج التاريخي والمقارن في بعض نقاط البحث - وكل ذلك

ليس فقط- من خلال تردد للآراء والأفكار الفقهية وللمبادئ والنصوص القانونية والاجتهادات القضائية أو من خلال استعراض الإشكاليات التي يفرزها الواقع العملي فقط، وإنما بتحليلها والتعليق عليها ومعالجتها .

خامساً - خطة البحث :

تمّ تقسيم هذا البحث إلى فصلين؛ ندرس في أولهما: مفهوم مبدأ التوازن المالي للعقد الإداري، وفي ثانيهما: نظريات التوازن المالي للعقد الإداري. وقد قسمنا الفصل الأول إلى ثلاثة مباحث؛ المبحث الأول: التطور التاريخي لفكرة التوازن المالي، المبحث الثاني: أسس مبدأ التوازن المالي للعقد الإداري، المبحث الثالث: تمييز فكرة التوازن المالي عن التوازن العقدي والقوة القاهرة. وقسمنا الفصل الثاني إلى ثلاث مباحث أيضاً؛ المبحث الأول : إعادة التوازن المالي على أساس نظرية الظروف الطارئة المبحث الثاني: إعادة التوازن المالي على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، والمبحث الثالث: إعادة التوازن المالي على أساس نظرية فعل الأمير. وننتهي ببحثنا بخاتمة تتضمن الاقتراحات والتوصيات التي توصلنا لها .

الفصل الأول

مفهوم مبدأ التوازن المالي للعقد الإداري

تمهيد :

تمتلك الإدارة في سبيل القيام بمهامها وإشباع الحاجات العامة، وسائل وطرق محددة بموجب القوانين والأنظمة، ومن أهم هذه الوسائل - علاوة عن إصدارها للقرارات الإدارية بإرادتها المنفردة - أن تلجأ إلى التعاقد مع الغير؛ فالعقود تُعد من الوسائل التي تلجأ إليها الإدارة للقيام بمهامها ولاستكمال متطلباتها في إنشاء وإدارة وتسيير المرافق العامة^(١).

ومن المعلوم بأن عقود الإدارة نوعان، الأول: وهي عقود الإدارة المدنية، والتي لا يختلف نظامها القانوني عن تلك العقود التي يبرمها الأفراد فيما بينهم، وفيه تتساوى الإدارة مع المتعاقد معها في الحقوق والالتزامات، متجردة من امتيازاتها وسلطاتها العامة، ويخضع العقد في هذه الحالة إلى قواعد القانون الخاص^(٢). والثاني: هو ما يدعى بالعقود الإدارية التي تبرمها الإدارة وتتجلى فيها تلك الامتيازات والسلطات، والتي تتضمن شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص، ولا نظير لها في

^١ استقر الفقه والقضاء الإداري المعاصر على تعريف القرار الإداري بأنه : " إفصاح عن إرادة منفردة، يصدر عن سلطة عامة، بمقتضى القوانين واللوائح، ويرتب أثراً قانونية، ابتغاء تحقيق المصلحة العامة " راجع في ذلك د. عبد الله طلبة ود. نجم الأحمد، القانون الإداري، منشورات جامعة دمشق - مركز التعليم المفتوح، لعام ٢٠٠٤ - ٢٠٠٥ م، ٢٢٩.

^٢ حسين عثمان محمد عثمان، قانون القضاء الإداري، منشورات الحلبي، لبنان، لعام ٢٠٠٦، ص ٢٤٤ .

علاقات الأفراد فيما بينهم، وذلك في سبيل تسيير المرافق العامة وتحقيق الصالح العام^(١).

وإذا كان الأمر في نطاق أحكام القانون الخاص أن ((العقد شريعة المتعاقدين)) إلا ما مُنِعَ التعاقد عليه بنص القانون أو لمخالفة الآداب العامة والنظام العام، إلا أن الأمر على خلاف ذلك في نطاق القانون العام، فالإدارة في المجال الإداري تُستثنى من التقيد الدائم بنصوص العقد، وهذا ما لا ينطبق على التعاقد، فالأصل أن التعاقد مع الإدارة لا يتمتع إلا بالحقوق التي يستمدّها من العقد على خلاف الإدارة^(٢).

وإذا كان المشرع السوري كغيره من المشرعين قد اكتفى بالنص على مفهوم ومصطلح العقد الإداري دون أن يعرفه^(٣)، فالتشريع الإداري في سورية لم يتضمن أي تعريف للعقود الإدارية، فعرفها القضاء الإداري السوري بأنها: " تلك العقود التي يبرمها شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام، وتظهر فيه نيته في الأخذ بأحكام القانون العام، ويتجلى ذلك إما بتضمين تلك العقود شروطاً غير مألوفة في القانون

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

^٢ د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، جامعة الإسكندرية - كلية الحقوق - بلا دار نشر، طبعة عام ١٩٦٦، ص ١١٤ .

^٣ فالجدير بالذكر أن المادة /١٠/ من قانون مجلس الدولة السوري رقم (٥٥) لعام ١٩٥٩ قد نصت على مايلي: ((يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأي عقد إداري آخر)). وبموجب المادة /١٤/ من القانون المذكور فإن محكمة القضاء الإداري هي المحكمة المختصة بالنظر في كافة المنازعات والطلبات المتعلقة بمنازعات العقود الإدارية.

الخاص، أو بالسماح للمتعاقد مع الإدارة بالاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام^(١) (٢).

وعليه فإن المعيار القضائي الذي أقره مجلس الدولة لتمييز العقود الإدارية عن غيرها من باقي العقود التي تبرمها الإدارات العامة هو أن تتوافر في العقود الإدارية الشروط الثلاثة التالية:

- ١- أن تكون الإدارة طرفاً في العقد .
- ٢- أن يتصل العقد بالمرفق العام بصفة مباشرة.
- ٣- أن تظهر فيه نية الإدارة بالأخذ بأحكام القانون العام بأن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص^(٣)، كتلك التي تحيل إلى ضرورة تطبيق النظريات العامة في العقود الإدارية ومنها نظريات إعادة التوازن المالي للعقد الإداري^(٤).

^١ المرفق العام Le Service Public هو نشاط تمارسه جهة عامة في سبيل إشباع حاجة من الحاجات التي تحقق الصالح العام، وبالتالي فإن مهمة المرفق العام تتمثل في تقديم خدمات للعامة بهدف تحقيق النفع العام، مأخوذ عن د. ياسر حويش، د. مهند نوح، الحريات العامة وحقوق الإنسان، الجامعة الافتراضية السورية، برنامج الحقوق، بلا دار نشر، بلا تاريخ، ص ٩٥.

^٢ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، رقم (١/١٢٤)، في الطعن ذي الرقم (٣١٧) لسنة ٢٠١٤، الصادر بتاريخ ٢٤/٢/٢٠١٤، غير منشور. والجدير بالذكر في هذا الخصوص أن العقود الإدارية تقسم وفق للاتجاهات الحديثة إلى مايلي : القسم الأول هو - عقود الشراء العام - وأبرزها: عقود الاشغال، وعقود التوريدات ، وعقود الخدمات ، وعقود الدراسات. والقسم الثاني هو - عقود تفويض مرفق عام - وأبرزها : عقود التزام المرفق العام ، عقود امتياز المرفق العام، عقود مشاطرة الاستغلال، مأخوذ عن: د. محمد يوسف الحسين، د. مهند نوح، العقود الإدارية، منشورات جامعة دمشق، مركز التعليم المفتوح، قسم الدراسات القانونية لعام ٢٠٠٧-٢٠٠٨، ص ٥٥ وما بعدها.

^٣ مجلس الدولة، المكتب الفني، المجموعة الذهبية الحديثة للآراء الصادرة عن القسم الإستشاري في مجلس الدولة السوري لعام ٢٠١٦، رأي اللجنة المختصة ذي الرقم (٢)، في القضية ذات الرقم (١٩/ف) لعام ٢٠١٣، الصادر بتاريخ ١٣/١/٢٠١٣، ص ٣٩٩.

^٤ د. سعيد النحيلي، د. عيسى الحسن، العقود الإدارية، منشورات جامعة حلب، مركز التعليم المفتوح -الدراسات القانونية- مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، لعام ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧م، ص ٥٢ .

كما أن العقد الإداري يعدُّ كأبي عقد آخر، يتطلب توافق إرادتين برضا تام وإرادة سليمة على إحداث أثر قانوني تكون له القوة الملزمة للطرفين، فإرادة الطرفين هي الأساس في تحديد الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد، ويتفرع على تلك الحقيقة نتيجة أساسية مقتضاها بأن العقد يُعد قانون الطرفين أو شريعتهما تكريساً " للقوة الملزمة للعقد"، وبالتالي لا يجوز لأحد الأطراف أن يستقل بتعديله دون رضا وموافقة الطرف الآخر، إلا أن العقد الإداري في خصوص مبدأ القوة الملزمة يتمتع بخصائص ذاتية وجوهرية تجعل له طابعاً مميزاً عن العقد المدني، ذلك أن اتصال العقد بمرفق عام و توخي الإدارة من جراء إبرامه تحقيق النفع العام، كان من شأنه تَمَنُّع العقد الإداري بمرونة يكون معه للإدارة المتعاقدة في أثناء تنفيذه سلطة تعديلها للالتزامات المفروضة على عاتق المتعاقد معها، بما يتلاءم وضرورات السير المنتظم والمطرّد للمرفق العام، ومردُّ ذلك لأصل طبيعي هو وجوب هيمنة الإدارة على تسيير المرافق العامة على وجه يحقق الصالح العام^(١).

ونظراً لكون التزامات المتعاقد مع الإدارة أشد صرامة وأكثر إلزاماً منها في نطاق روابط القانون الخاص، لذلك يطلب القاضي الإداري من المتعاقد أن يبذل أقصى ما في وسعه من عناية وحرص في تنفيذ التزاماته، وأن يقوم بالتنفيذ بنفسه دون إحلال شخص آخر محلّه إلا بموافقة الإدارة^(٢).

حيث أننا نجد أن الإدارة تتمتع في مواجهة المتعاقد معها بسلطات وامتيازات لا يتمتع بها المتعاقد العادي في العقد المدني، والتي تتجلى في أن المتعاقد معها يجب عليه

^١ د. محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقد الإداري، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، مطبعة الإيمان، بلا تاريخ، ص ١٩ - ٢٠.

^٢ رأي الجمعية العمومية للقسم الاستشاري بمجلس الدولة السوري ذي الرقم (٧٢٨)، في القضية ذات الرقم (٢١٦٨) لعام ٢٠١٦، الصادر بتاريخ ٢٦/١٠/٢٠١٦م، غير منشور.

الوفاء بكافة التزاماته وبصفته الشخصية حتى لو أخلت هي بالتزاماتها؛ لأنه لا يحق للمتعاقد التمسك بمواجهة الإدارة بقاعدة "الدفع بعدم التنفيذ" المقررة في إطار القوانين الخاصة، فليس ثمة ما يعفيه من التنفيذ سوى القوة القاهرة، ذلك أن العقد الإداري إنما يتعلق بمرفق عام^(١)، ومن ثم لا يُسَوَّغ لهذا المتعاقد أن يمتنع عن الوفاء تجاه هذا المرفق. إلا أن جانب من الفقه يرى أنه لما كانت القاعدة السابقة مؤسسة على فكرة سير المرفق العام بانتظام، فإنه يجوز عدم إعمالها إذا كان الدفع بعدم التنفيذ لا يهدد سير المرفق العام^(٢)، ومثال ذلك : كأن يمتنع المتعهد (في عقد توريد وصيانة وتحديث وتطوير أجهزة حاسوبية) عن استكمال تنفيذ التزامه بتطوير وتحديث أداء عمل الأجهزة التي قدمها للإدارة متمسكاً بقاعدة الدفع بعدم تنفيذ الإدارة لالتزامها بمنحه الثمن المترتب على هذا العمل في الميعاد المنصوص عليه في العقد، طالما أن عدم تنفيذه لمهمة تطوير وتحديث الأجهزة لمواكبة ما هو جديد لا يؤثر على الأداء والخدمة الفعلية التي تستفيد منها الإدارة من عمل تلك الأجهزة، ما ليس من شأنه تعطيل سير المرفق العام موضوع العقد، الأمر الذي يقتضي معه - في اعتقادنا - جواز تمسكه مؤقتاً بالقاعدة السالف ذكرها في مثل هذه الحالة ريثما تقوم الإدارة بأداء الثمن المتفق عليه .

وبكل الأحوال فالإدارة تملك سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقد وذلك للتأكد من مطابقة هذا التنفيذ للشروط الفنية والإدارية والمالية الواردة فيه، كما يكون للإدارة حق تعديل العقد بإرادتها المنفردة بما يزيد أو يُنقص من التزامات المتعاقد معها وفقاً

^١ د. سعيد النحيلي، د. عيسى الحسن، العقود الإدارية - مرجع سبق ذكره - ص ١٧٨ .

^٢ د. محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مطبعة جامعة عين شمس، الطبعة الخامسة، لعام ١٩٩١، ص ٥٧٣ - ٥٧٤ .

لحاجات المرفق العام التي تخضع لقاعدة التغيير والتعديل دون حاجة إلى موافقة المتعاقد ودون حاجة للنص عليه. كما يكون للإدارة الحق في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها عند إخلاله بالتزاماته؛ فمن هذه الجزاءات ما يقصد به تغطية الضرر الحقيقي الذي يلحق الإدارة نتيجة لخطأ المتعاقد وهي التعويض، ومنها ما يقصد به توقيع عقاب على المتعاقد عند تأخره في تنفيذ العقد، بغض النظر عن أي ضرر يلحق بالإدارة وهو ما يحقق في حالة غرامات التأخير، إضافة لجزاء مصادرة التأمينات المقدمة من قبل المتعاقد عند إبرام العقد في حال نكوله عن التنفيذ. وأخيراً للإدارة سلطة إنهاء العقد بإرادتها المنفردة حتى ولو لم يكن المتعاقد معها قد ارتكب أي خطأ في التنفيذ، طالما أن ذلك يقتضيه الصالح العام^(١).

وعليه تتجلى مظاهر سلطة الإدارة في العقود الإدارية بما يمكن تلخيصه: بحقها في الرقابة والإشراف والتوجيه على تنفيذ العقد. وبحقها في تعديل التزامات المتعاقد بالنقص أو بالزيادة. وبحقها في توقيع جزاءات متنوعة على المتعاقد إذا أخل بالتزاماته. وبحقها في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة دون خطأ من جانب المتعاقد. وعليه فإن طبيعة العقد الإداري واتصاله بالمصلحة العامة يجعل من تلك السلطات حقاً أصلياً للإدارة، تتمتع بها دون حاجة إلى النص عليه في العقد. وتمارسها وحدها من تلقاء نفسها دون التوقف على قبول الأفراد أو رضائهم، طالما أن ذلك يتم بمقتضى القوانين والأنظمة وبغاية تحقيق المصلحة العامة، تحت رقابة القضاء الإداري^(٢).

^١ د. رمضان محمد بطيخ، إبرام العقد الإداري (فقهاً وإفتاءً وقضاءً)، دار النهضة العربية، القاهرة، لعام ٢٠٠٨، ص ٤٠.

^٢ د. محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، لعام ١٩٩١ - مرجع سبق ذكره - ص ٤٥١ - ٤٥٢ .

وعلى الرغم من أن العقد الإداري يجعل للإدارة مركزاً فريداً ومتميزاً مردّه مسؤوليتها عن تنظيم وتسيير المرافق العامة، فإنه عقد يجب أن تحترم فيه الإدارة ما اتفقت عليه مع المتعاقد معها ولا تتجاوزه إلا للضرورة وتحقيقاً للمصلحة العامة، فإذا ما ثبت أن هذا التجاوز كان انحرافاً بالسلطة أو تزيّداً لا مبرر له، فإنه في هذه الحالة يكون للمتعاقد معها أن يلجأ إلى القاضي الإداري طالباً منه فسخ عرى العقد جزاء وفقاً لتجاوز الإدارة لسلطاتها^(١).

وطبقاً لما تقدم، ونظراً للظروف العديدة - غير المتوقعة لحظة إبرام العقد- التي قد تطرأ أثناء التنفيذ، فيترتب عليها زيادة في الأعباء المالية الملقاة على عاتق المتعاقد مع الإدارة، فإن ذلك يولّد في ذمتها التزامات بتغطية تلك الأعباء على النحو الذي يُعيد التوازن المالي للعقد إلى حالته الطبيعية^٢، باعتبار أن حق المتعاقد في الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري يشكل حقاً أساسياً له، ويمثّل امتداداً طبيعياً لحقه الثابت والأصيل في المقابل المالي المتفق عليه، لاسيما وأن دافع الربح يكون هو الباعث الأساسي لقبوله التعاقد^(٣).

فعند حدوث ظروف أو صعوبات أو معوقات تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري أو عند استخدام الإدارة لسلطاتها في تعديله، فإن مقتضيات العدالة تتطلب عندئذ إعادة التوازن المالي للعقد من خلال تعويض المتعاقد في حالات وشروط معينة، إذ أن المتعاقد يتمتع بحقوق مقابلة في مواجهة تلك المخاطر الإدارية أو المخاطر الاقتصادية التي يتعرض لها أثناء التنفيذ، وهو ما يعبر عنه بصفة عامة بالتوازن

^١ د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ، ص ٣١٨ .

^٢ د. محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقد الإداري- المرجع السابق- ص ٤٧- ٤٨ .

^٣ المرجع السابق، ص ٤٠٠- ٤٠١ .

المالي للعقد الإداري أو التوازن الشريف بين حقوق المتعاقد والتزاماته تجاه الإدارة^(١). وهكذا فقط يمكن أن يتوفر الاطمئنان لدى المتعاقدين مع الإدارة، وسوف يؤدي إلى سير المرافق العامة بانتظام واطراد .

وعلى الرغم أن فكرة التوازن المالي للعقد الإداري قد أصبحت من الأفكار المستقرة والمسلّم بها في الفقه والقضاء الإداريين بصفة عامة، إلا أن الصعوبة تكمن في تحديد مدلول هذه الفكرة وبيان شروط تطبيقها، ومرد ذلك أن مجلس الدولة الفرنسي، الذي سادته الروح العملية الواقعية عند تصديده للمنازعات المطروحة عليه، اهتم بدراسة كل منازعة حسب ظروفها الخاصة متجنباً الاعتبارات الأكاديمية، بل أن المجلس نفسه تجنب مشقة تحديد مدلول الفكرة وشروط تطبيقها.

لذا وجدنا أنه لكي نستطيع التعرف على مفهوم مبدأ التوازن المالي للعقد الإداري بشكل متكامل، لابد من تسليط الضوء على التطور التاريخي لفكرة التوازن المالي بشكل عام، ومن ثم بيان التأصيل القضائي لهذا المبدأ كأحد أهم المبادئ المطبقة في نطاق العقود الإدارية في سبيل إعادة التوازن المالي لتلك العقود، ومن ثم بيان ماهية ومسوّغات تطبيق مبدأ التوازن المالي في المبحث الأول، ومن ثم دراسة الأسس التي ارتكز وقام عليها هذه المبدأ في المبحث الثاني، وإظهاره وتمييزه عن كل من قاعدة التوازن العقدي ونظرية القوة القاهرة المطبقة لدى مجلس الدولة السوري في المبحث الثالث .

^١ د. محمود عبد المجيد مغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وآثارها القانونية، دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس - لبنان - الطبعة الأولى، لعام ١٩٩٨، ص ٨ .

المبحث الأول

التطور التاريخي لفكرة التوازن المالي

لقد أُعْتُمِدَتْ فكرة التوازن المالي في القضاء الإداري وأصبحت من المبادئ الأساسية في تنفيذ العقود الإدارية، بيد أن الفقهاء اختلفوا في تحديد مدلول هذه الفكرة ومداهها، مما اقتضى تأصيل هذه الفكرة وتحديد مدلولها، لتجنب الغموض والتناقض في الآراء، ومن أجل ذلك كان لابد من التطرق لنشأة فكرة التوازن المالي في القانون الروماني والشرعية الإسلامية السمحاء، ومن ثم ندرس الأصل القضائي لنظرية التوازن المالي للعقد الإداري .

المطلب الأول

نشأة فكرة التوازن المالي

من الفقهاء من يعتقد أن أصل فكرة التوازن المالي تمتد جذورها تاريخياً لتصل إلى تطبيقات القوانين والأعراف الرومانية، ومنهم من يؤكد أن الشريعة الإسلامية جاءت بمنهج عام وتفصيلي وتطبيقات عديدة يمكن أن نجد فيها أصل هذه الفكرة . إلا أنها كنظرية تُطبّق في نطاق العقود الإدارية، فإن معظم فقه القانون الإداري يرجعها إلى ابتكار مجلس الدولة الفرنسي كما سنرى في الآتي .

الفرع الأول - في القانون الروماني :

احتدم الجدل الفقهي حول وجود فكرة التوازن المالي في القانون الروماني، فعلى الرغم من أن القانون الروماني لم يعترف بمثل هذا المفهوم؛ وذلك لأنه بشكل عام لم يقر بنشوء الالتزامات، إلا إذا أفرغت العقود في قالب شكلي كالكتابة أو القيام بعمل، أو النقوّ بألفاظ مقررّة، فالإتفاق المجرد لم يكن كافياً لترتيب آثار قانونية عليه، وإنما كان يجب إفراغ مثل هذا الإتفاق في قالب معين يحدده القانون نفسه، فالقانون الروماني كان يربّط آثاراً قانونية جامدة على مجرد إتمام التصرفات القانونية بالشكل الظاهري الذي يتطلبه .

وبناءً على ذلك، فإن شكلية الإرادة هي التي كانت تولّد الالتزام العقدي في أغلب مراحل تطور القانون الروماني، وكان من النتائج الطبيعية لسيادة الشكلية، أن لم يعترف القانون الروماني بفكرة إعادة التوازن المالي للعقد إذا ما أصاب هذا الأخير خلل يؤدي إلى ترجيح حقوق طرف على حساب الآخر، ولكن على الرغم من ذلك

فإن الفلاسفة الرومان دعوا إلى الأخذ بفكرة التوازن كمفهوم أبسط من وجود نظرية قائمة بذاتها .

فمن أقوال شيشرون " عندما يتغير الزمن يتغير الواجب " . ومن أقوال سبيديك " أنا لا أعتبر حائناً لعهدي، ولا يمكن اتهامي بعدم الوفاء، إلا إذا بقيت الأمور على ما هي عليه وقت التزامي، ثم لم أنفذه، والتغير الذي يطرأ على أمر واحد يجعلني حراً في أن أناقش التزامي من جديد، ويُخلصني من كلامي الذي أعطيته، ويجب أن يبقى كل شيء على حالته التي كان عليها في الوقت الذي تعهدت فيه لكي أستطيع المحافظة"^(١).

إلا أنه يمكن القول، بأن القانون الروماني برغم من تعدد عهوده، وتطوره بفعل التغيرات التي طرأت على المجتمع الروماني، وما أفرزته من تنوع المعاملات فيه وعلى الأخص الفتوحات الرومانية الواسعة التي أدت إلى نشوء ظروف أخلاقية وثقافية جديدة كانت عظيمة الأثر على تطور الأفكار الفقهية الرومانية وانعكاساتها الإيجابية على القانون الروماني نفسه، فالفقهاء الرومان في تلك الفترة لم يعودوا يعتقدون بصبغة القدسية التي كانت تسبغ على شكليات القانون، وذهبوا إلى أن الغاية النهائية للقانون هي منفعة الناس وإسعادهم وتوفير الرخاء لهم والمودة بينهم ولا حرج من أن تؤدي هذه الغاية إلى الخروج عن التقاليد القديمة وتحطيم سلسلة الشكليات المفروضة وإضفاء مرونة أكبر على العقود؛ ولذلك دعوا إلى أن لا يُسأل المتعاقدان عن تنفيذ التزاماتهما، إلا في مثل الظروف التي أبرم فيها العقد، وإذا حصل وأن تغيرت هذه الظروف، فلهما عندئذ أن يعدّلا التزاماتهما ويحافظا على

^١ د. صبيح مسكوني، القانون الروماني، الطبعة الأولى، بغداد، لعام ١٩٦٨، ص ٢٣٢ .

توازن العقد كما هو الحال عند إبرامه، وذلك على ضوء هذه التغيرات وتبعاً للظروف المستجدة. وقد دفعت مفاهيم العدالة هذه الرومان إلى البحث عن الحقيقة والجوهر وسمحوا للأفراد والدولة أن تبرم عقوداً لم يكن القانون قد نص عليها، ومن ثم أباح القاضي لنفسه أن يطبق نصوص القانون بشيء من الحرية والمرونة تحقيقاً للعدالة من خلال تحقيق التوازن بين الحقوق والالتزامات^(١).

الفرع الثاني - في الفقه الإسلامي :

منح الفقه الإسلامي الإدارة حقوقاً، تمكنها من تحقيق مصالح المرافق العامة، من خلال استمرارها في خدمة الهدف الذي أنشئت لأجله بانتظام واطراد، فقد نصت عليه قواعد المصالح والمضار القائلة: بأن المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة، وارتكاب أخف الضررين لدفع أعظمها. وعليه فإن المتعاقد مع الإدارة قد تتأثر حقوقه المالية التي سعى لتحقيقها من خلال هذا العقد سلباً بطريقة أو بأخرى في أثناء تنفيذه له، نتيجة استعمال الإدارة لتلك الحقوق، أو نتيجة ظروف خارجية؛ الأمر الذي يؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد، أي مناقضة قصد المتعاقد عند تعاقدته .

ولما كان التشريع الإسلامي لا يدعو إلى التنازل عن الحقوق الخاصة إلى غير بدل إلا في حالات الضرورة، ولا يمنع من إيجاب التزامات على الجهة العامة تجاه المتعاقد معها، للحفاظ على التوازن المالي للعقد، لدفع الضرر عنه، لعموم قوله سيدنا محمد ﷺ " لا ضرر ولا ضرار " وتطبيقاً للقاعدة الشرعية " الضرر يزال"، كما

^١ إحسان ستار خضير ، نظرية الظروف الطارئة وأثر اختلال التوازن الاقتصادي في تنفيذ العقود الإدارية، بحث مقدم كجزء من متطلبات الترقية إلى الصنف الأول من صنف القضاة ، ١٤١٨ هـ ، بحث منشور على شبكة

الانترنت : <http://droit.alafdal.net/t82-topic.htm,3/4/2015>

يمكنه من التظلم للقضاء ، للمطالبة بتحقيق مصلحته المستمدة من حقه المكتسب من خلال إلزام الإدارة بالمحافظة على التوازن المالي للعقد^(١). وهذا ما يُعبر عنه في القانون الإداري بصفة عامة بفكرة، " التوازن المالي للعقد الإداري، " أو التوازن الشريف بين حقوق المتعاقد والتزاماته^(٢).

ومن هنا ونتيجة لما تقدم فإن ما تقرر من حقوق للمتعاقد مع الإدارة في الفقه الإسلامي، لم تتأ عنه القوانين والأنظمة الوضعية، وإن كانت أحكام هذه الأخيرة أكثر تفصيلاً، ومتابعة لما يستجد من أوضاع بهذا الشأن، في الوقت الذي توقفت حركة الفقه الإداري عند علماء المسلمين وسرع عجلته رجال القانون منذ نشأة القانون الإداري حتى اليوم .

وبالرجوع إلى القضاء الإداري في هذا الشأن، نجد أن ثمة حالات ثلاث، يمنح فيها القضاء الإداري تعويضاً للمتعاقد، دون حاجة إلى إثبات خطأ في جانب الإدارة، وهذه الحالات التي يواجهها المتعاقد في التنفيذ هي: (فعل الأمير، الظروف الطارئة، الصعوبات المادية غير المتوقعة). وإن لم يبحث الفقه الإسلامي في هذه النظريات، بحثاً مستقلاً، ولم يشيد لها نظريات متماسكة الأطراف ولكنه عالجه في مسائل جزئية، ومن خلال تطبيقات وضعت لها حلولاً عملية يمكن الاهتداء بها والقياس عليها (كنظرية العذر في فسخ الإيجار، ونظرية النقود، ونظرية الجوائح)^(٣)، فضلاً

^١ د. نذير بن محمد الطيب أوهاب، **نظرية العقود الإدارية - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون -** ، مركز البحوث، معهد الإدارة العامة ، مكتبة فهد الوطنية ، الرياض، لعام ١٤٢٧ - ٢٠٠٦م، ص ١٩٤ .

^٢ د. محمد سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص ٦١٠ .

^٣ **نظرية العذر** : نظر الحنفية إلى عقد الإيجار على أنه بيع للمنافع ، ولكن إذا كان في بقاء ذلك العقد إضرار بالعقد وجب الرجوع إلى الأصل، ومن هنا تولدت نظرية العذر عند الحنفية : فالعذر هو الرجوع إلى الأصل في عقد الإيجار ، وهو عدم جوازه كلما كان تحمل الضرر أمراً ملازماً لبقائه . ولكن لاكتتمال العذر اشترط المذهب الحنفي أمران : " أن يكون الضرر في مصدره ناشئاً عن سبب خارج عن نطاق الالتزام و ألا يكون من آثاره. فإذا كان هنالك اضطراب إلى بيع المأجور لإعسار المؤجر أو لفسخ العقد لإفلاس المستأجر أمكن ذلك لوجود العذر ؛ لأن في بقاء العقد ضرر بالمؤجر أو المستأجر ، مرده إلى سبب خارجي عن العقد لا يوجب الالتزام نفسه . و " العذر قد يكون بجانب المؤجر كأن ترهقه ديونه ولا=

عن اندراجها تحت عموم بعض نصوص القرآن الكريم، والسنة المطهرة، وقواعد الفقه الإسلامي، حيث يمكن إرجاع أصل نظريات التوازن المالي للعقد الإداري في الفقه الإسلامي إلى الأصول العامة، والمتعلقة بمقتضيات العدل المقررة في قواعد الضرورة والضمان وإزالة الضرر^(١).

نستنتج مما سبق، أن نظرية التوازن المالي للعقد الإداري لم يعرفها الفقهاء المسلمون القدامى بمذاهبهم المختلفة، كنظرية عامة لها كيائها المستقل، وإنما وردت في صور معينة من خلال عدة تطبيقات عملية.

= يملك إيفائها إلا ببيع المأجور ، وقد يكون في جانب المستأجر ، كأن يريد السفر ، في كل من هذه الحالات يملك المؤجر - في الحالة الأولى - والمستأجر - في الحالة الثانية-الحق في فسخ العقد لوجود العذر المبرر . **نظرية النقود** : إن الأصل أن ينفذ العقد كما ورد : فإذا كان موضوعه نقداً وجب أن يدفع بالنقد المتفق عليه ، ولكن قد يطرأ على قيمة النقد نوعان من العوامل: التغير في قيمته أو كساده، فهل المدين يلزم بدفع المبلغ المتفق عليه بقيمة وقت التعاقد أو وقت التنفيذ ؟ إن في الأمر اختلافاً في المذهب الحنفي ، وفي المذاهب الأخرى . ففي المذهب الحنفي يميز بين حالتين : تغير قيمة العملة أو كسادها أو زوالها ، ففي الحالة الأولى - حالة التغير في قيمة العملة - يرى الإمام أبو حنيفة أن الانخفاض أو الزيادة في سعر العملة لا أثر له على الالتزام : فما ينبغي تنفيذه من النقد، هو ما جرى عليه العقد وقت انعقاده . وهذا هو رأي الإمام محمد الشيباني أما الإمام أبو يوسف ، فخالف هذا الرأي ، وقال بقيمة النقد من الذهب يوم العقد والقبض، وعلى ذلك جاءت الفتوى . وفي الحالة الثانية - حالة كساد العملة أو زوالها - يقسم الفقهاء المذهب الحل حسب نوع العقد : عقد بيع أو عقد قرض . **في البيع** يرى أبو حنيفة إبطاله عند كساد النقد أو زواله ، إذا أن البيع يضحى دون ثمن ، أما الإمام أبو يوسف ومحمد فقد اعتبر البيع قائماً ولكن على المشتري دفع الثمن من النقد بحسب قيمته وقت البيع برأي أبو يوسف ، لأن الثمن مضمون به ، وعند الانقطاع برأي محمد لأنه زمان الانتقال إلى القيمة ، **وفي القرض** وهو إعارة فيقتضي رد المبلغ المستقرض ذاته ، لأن موجب الإعارة هو رد العارية بذاتها ، وهذا هو الأجل ، أما إذا استحال ردها للتصرف فيها فبرئ مثلاً استثناء . أما أبو يوسف ومحمد فارتأيا رد القرض بقيمته يوم القبض عند الأول ، ويوم الانقطاع عند الثاني . وفي المذهب المالكي لا تفرقة بين عقد قرض أو عقد بيع وبين تغير العملة في قيمتها أو كسادها . فالوفاء لابد من أن يتم بالنقد المتفق عليه ، ومن جنسه في مطلق الحالات . وفي المذهب الشافعي ، يكون الإيفاء بالنقد المتعاقد عليه مهما كانت طبيعة العقد، سواء تغيرت قيمته أو أبطله السلطان ، أو نقص سعره ، فإذا تعذر الإيفاء بالمثل وجب الإيفاء بقيمته من الذهب وقت المطالبة

ومن أهم النظريات الإسلامية التي يمكن القياس عليها هي **نظرية الجوائح** : فقد عرفت الجائحة على أنها " كل آفة لا صنع للإنسان فيها ولا يستطيع الدفع لها أو الاحتراز منها " ، وهي " كل ظاهر مفسد من مطر أو برد أو جراد أو ريح أو حريق " وتشمل عند البعض أيضاً الفتنة والغصب والسرقة وما أشبه ذلك، والجائحة قد تصيب الزرع من ثمر ويقول وقد تؤدي إلى إتلافها كلياً أو جزئياً في قيمتها أو قيمتها " فمن يتحمل ما تتركه من خسارة : البائع أو المشتري ؟ ورد في الحديث الشريف " لو بيعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً، بما تأخذ مال أخيك بغير حق ؟ " ، وقد استند الإمام الشافعي في مذهبه القديم ، وابن حنبل ومالك وعمر بن عبد العزيز إلى ذلك الحديث للقول بأن الجائحة من ضمان البائع وأن للمشتري أن يرجع عليه بما أحدثته من تلف في الثمار شرط أن تقع في وقت معين وأن تبلغ في هذا مقدارا معيناً ، اختلف الفقهاء في تحديده وفي كيفية ذلك التحديد . فبالنسبة لوقت حصول الجائحة ، فالمتفق عليه في مذهب مالك ، أنه الوقت الذي يتطلبه بقاء الثمر على الشجر دون قطف حتى " يستوفي طيبه " ، أما في المذهب الحنبلي ، ففرقت الإصابة هو الوقت الذي يمر إلى أن يبلغ الثمر أوان القطف . وبالنسبة إلى مداها فهو الثلث الثمار عند المالكية، والثلث هو في القيمة عند البعض وبالكيل عند البعض الآخر ، أما في المذهب الحنبلي فالإمام أحمد بن حنبل، لا يشترط الثلث في الجائحة، فكل ما يذهب بسبب الآفة يعتبر جائحة مهما بلغ مقداره كيلاً أو قيمة^(٢) ... (نقلًا عن د. وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، منشورات جامعة دمشق، كلية الشريعة، بدون عام نشر، ص ٤١٦ وما بعدها)

^١ د. نذير بن محمد الطيب أوهاب - المرجع السابق - ص ١٩٥ .

أما الفقهاء المسلمون المعاصرون فقد انطلقوا صوب كل ناحية من كتاب الله عز وجل، وأحاديث نبيه محمد ﷺ، لاستنباط الأدلة الشرعية التي تم استقواء نظرية الضرورة منها بُغية رفع الضرر عن أحد المتعاقدين، الناشئ عن تغير الظروف التي تم إبرام العقد فيها، ولقد ساقوا عدة أدلة للقول بصحة الأخذ بنظرية التوازن المالي للعقد نتيجة الأزمات الاقتصادية، كما سنبينه وفق مايلي^(١):

أولاً- إن في عدم إعادة التوازن المالي للعقد نتيجة ظروف خارجة عن إرادة المتعاقدين، طرأت على العقد وأدت إلى إرهاب وخرج بالمتعاقدين ما لا يرضى الله سبحانه وتعالى بذلك لعباده، حيث قال تعالى في كتابه الحكيم " فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه إن الله غفورٌ رحيم "^(٢). وقوله تعالى " يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر "^(٣)، وقوله تعالى " لا يكلف الله نفساً إلا وسعها "^(٤). وقوله تعالى " أَوْفُوا الْكَيْلَ وَلَا تَكُونُوا مِنَ الْمُخْسِرِينَ، وَزِنُوا بِالْقِسْطَاسِ الْمُسْتَقِيمِ، وَلَا تَبْخُسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ، وَلَا تَعْنُوا فِي الْأَرْضِ مُفْسِدِينَ "^(٥). وأيضاً قوله تعالى : وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً، وَأَوْفُوا الْكَيْلَ إِذَا كِلْتُمْ وَزِنُوا بِالْقِسْطَاسِ الْمُسْتَقِيمِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا "^(٦).

ثانياً- إن تطبيق نظرية التوازن المالي يُعدُّ وسيلة من وسائل إقامة العدل، الذي هو من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية في باب المعاملات، ومن المعلوم أن الله عز وجل

^١ د. محمد أبو بكر عبد المقصود، إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ظل الأزمة المالية العالمية، نظرية الظروف الطارئة، ص ٦ وما بعدها، منشور على شبكة الانترنت: <http://www.f-law.net/law/threads/29276>.

^٢ سورة البقرة، الآية ١٧٣.

^٣ سورة البقرة، الآية ١٨٥.

^٤ سورة البقرة، الآية ٢٨٦.

^٥ سورة الشعراء الآية ١٨١ و ١٨٢ و ١٨٣.

^٦ سورة الأسراء الآية ٣٤ و ٣٥.

لم يحصر طرق العدل في طريقة دون غيرها ولكن أينما يكون العدل فثم شرعُ الله ودينه^(١).

ثالثاً- بالإضافة لذلك فإن في تطبيق نظرية التوازن المالي للعقد، تحقيقاً للتراضي الذي جعله الله عز وجل قيلاً لإباحة التجارة بين المؤمنين، وذلك لقوله عز وجل " يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارةً عن تراضٍ وفي اختلال التوازن بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع جهة الإدارة وبين المزايا التي ينتفع بها، تقويت للرضا الذي هو شرط لإباحة التجارة.

رابعاً- ضرورة رفع الضرر عن المضرور، وذلك بتعويض المتعاقد عن الضرر الذي حاق به لسبب لا دخل لإرادته فيه، فذلك تطبيقاً لعموم قوله سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار"، والقواعد الفقهية المستنبطة من الأدلة الشرعية القائلة : " الضرر يزال"، " الضرورات تبيح المحظورات"^(٢)، "درء المفاسد أولى من جلب المنافع" وأخيراً "الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف".

خامساً- إن تقنين التشريع الإسلامي في فقه المعاملات وفق المذهب الحنفي في مجلة الأحكام العدلية العثمانية في المواد ١٧ وما بعدها يقول : " إن من استأجر ما

^١ د. خالد بن عبد الله المصلح، التضخم النقدي في الفقه الإسلامي، ص ٢٤٢، منشور على شبكة الانترنت:

www.almosheh.com, 3-4-2015

^٢ سورة النساء، الآية ٢٩ .

^٣ المقصود بالضرورة في قاعدة "الضرورات تبيح المحظورات" بأنها العذر الذي يجوز بسببه إجراء الشيء الممنوع شرعاً، وما أُبِحَ للضرورة يُقَدَّرُ بقدرها، ويقول السيوطي في بيان الضرورة: " إن ما يجوز للضرورة فيمكن إجراؤه بالقدر الكافي لإزالة تلك الضرورة. وأخذ الفقه الإسلامي بنظام الامتداد استناداً إلى الضرورة، كمن استأجر سفينة لمدة معينة، وانقطع داخل البحر، وانقضت مدة الإجارة، فهذا لا بد من تمديد الإجارة للضرورة، وبأجرة المثل، وكمن استأجر أرضاً للزراعة على مدة، وانقضت المدة ولم يدرك الزرع، فهذا لا بد من تمديد عقد الإجارة وبأجرة المثل، وإلا أصيب المستأجر بالضيق والحرج، والدين الإسلامي لم يجعل على الناس من حرج، يقول تعالى: (وَمَا جَعَلْ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ) .

تكون منفعة إجارته لعامة الناس مثل الحمام والفندق فنقصت المنفعة لخوف أو حرب أو تحول سلطان فإنه يحطُّ عن المستأجر من الأجرة بقدر ما نقص من المنفعة^(١). وفي هذا المقام أخيراً لا بد من ذكر أن مجلس المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في دورته الخامسة عام ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٣ م، قد انتهى إلى الأخذ بتطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود المتراخية التنفيذ (كعقود التوريد والتعهدات والمقاولات) وذلك أثناء حدوث الأزمات الاقتصادية^(٢).

الفرع الثالث - الأصل القضائي لمبدأ التوازن المالي للعقد الإداري :

أولاً - في فرنسا : نشأت النظرية لأول مرة في عام ١٩١٠ وذلك بمناسبة حكم صدر في العقود الإدارية المسماة عقود الامتياز "les contrats concession" وبصورة خاصة الحكم الذي صدر في قضية الشركة الفرنسية لتسيير الترامواي "cie francais des tramways" في ١١ مارس سنة ١٩١٠، الذي يعد أساس نظرية التوازن المالي للعقد الإداري .

وقد تولى مفوض الدولة لدى مجلس الدولة الفرنسي " ليون بلوم" في تقريره الذي قدمه في القضية السالف ذكرها، عرّض مبدأ التوازن المالي للعقد بعبارات أخذت تتردد فيما بعد في الفقه والاجتهاد القضائي، وأخذت تُستعمل في كل مناسبة تقتضي العدالة، إعادة التوازن المالي للعقد الإداري.

^١ حسام عدنان الشحنة ، إعادة التوازن المالي للعقد جراء الظروف الطارئة، المنشور عبر الانترنت :

<http://www.startimes.com/f.aspx?t=33837131>

^٢ مجلس المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، الدورة الخامسة، القرار السابع ، منشور على شبكة

الانترنت : <https://uqu.sa/ksnemari/ar/>, 4/3/2015, 10am 6,

حيث أوضح " ليون بلوم " هذه الفكرة بأن لمانح الامتياز (الإدارة) عند الاقتضاء أن يفرض على الملتزم (المتعاقد) في حدود المصلحة العامة، إنماءً متزايداً للوسائل، لضمان المرفق الذي جرى تلزيمة، فأكد ليون مبدأ " التوازي الشريف equivalence honnete " وهو حق الملتزم المتقابل بتصحيح المعادلة المالية لعقد الالتزام. ومما جاء في مطالعته : "... أنه لمن أسس كل عقد امتياز أن نُفتش ونُحقق وذلك بقدر الإمكان مساواة المزايا التي تُمنح للمتعاقد والالتزامات التي يتحملها بشكل أن يكون هناك توازن بين الأرباح المحتملة والخسائر المرتقبة، والتي قد يتعرض لها. إذ في كل عقد امتياز يتوجب كما هو الأمر في كل عملية حسابية جعل توازن شريف بين الالتزامات التي تفرض على صاحب الامتياز وبين المزايا التي تمنح له من الإدارة... وهذا ما يسمى بالتوازن المالي والتجاري أو المعادلة الحسابية- المالية- في عقد الامتياز" (١).

ومما ورد في هذا الحكم أيضاً قوله : " ومن حيث أن قرارا مدير إقليم مصب الرون قد اتخذ في حدود السلطات التي عهدت إليه بها المادة (٣٣) من لائحة الإدارة العامة في ٦ أغسطس ١٨٨١م التي صدرت تنفيذاً لقانوني ١١ يونيو ١٨٨٠م والمادة (٣٨) و ١٥ يوبيه ١٨٤٥م والمادة (٢١) وهي تقرر للإدارة الحق ليس فقط في إقرار مواعيد القطارات من حيث أمن المرور ويسره، ولكن كذلك الأمر بالتعديلات والإضافات اللازمة لكفالة السير العادي للمرفق تحقيقاً لصالح الجمهور... وأنه نتيجة لذلك، فإن مجلس الإقليم لم يكن على حق في تقرير الإلغاء بالحكم المطعون

^١ د. زين العابدين بركات، الموسوعة الإدارية في القانون الإداري السوري والمقارن، دار الفكر، بلا مكان، لعام ١٣٩٤هـ - ١٩٧٤م، ص ٦٢٣ - ٦٢٤. مؤتق أيضاً لدى : عبد الهادي عباس، العقود الإدارية، الجزء الثاني، دار المستقبل - دار الأنصار، الطبعة الأولى، لعام ١٩٩٣، ص ٢٢.

فيه، وأنه للشركة وحدها إذا اعتقدت أنها على حق أن تتقدم بطلب تعويض عن الضرر الذي ثبت أنه لحق بها بسبب الزيادة التي طرأت على هذا الوجه على تكاليف الاستغلال".

وقد تكررت بعد ذلك التاريخ فكرة التوازن المالي في مذكرات مفوضي الدولة في فرنسا بشكل صريح بالقول : " لقد قرر مجلس الدولة أنه في الحالة التي ارتبطت فيها الإدارة مع الغير بعقد، فليس لها أن تُعدل تعسفياً توازنه المالي". وهكذا أصبحت هذه الفكرة من المبادئ التي تحكم العقد الإداري، ومن تطبيقاتها حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٢ فبراير ١٩٨٣م، في قضية اتحاد النقل العام الحضري والإقليمي، الذي قرر فيه صراحة حق الإدارة المتعاقدة في تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة تطبيقاً للقواعد العامة المطبقة في العقود الإدارية، يقابل هذا الحق للإدارة حق التوازن المالي للعقد .

ثانياً - في مصر : ما لبثت أن استقرت الفكرة لدى القضاء الإداري المصري أيضاً كمبدأ أساسي يحكم التزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة، وكان لحكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر بتاريخ ٣٠ يونيو ١٩٥٧ م، قصب السبق في تحديد أسس وقواعد ومبررات فكرة التوازن المالي للعقد الإداري، وفيما يلي بعض الفقرات المقتبسة منه: "... إن الفقه والقضاء الإداري قد خلق ... نظرية التوازن المالي، للعقد وغيرها من النظريات والقواعد التي تحقق بقدر الإمكان توازناً بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة، وبين المزايا التي ينتفع بها، على اعتبار أن العقد الإداري يكون في مجموعه كلاً من مقتضاه وجوب التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين، وتعادل كفة الميزان بينها، وذلك بتعويض المتعاقد في أحوال وبشروط معينة حتى ولو لم يصدر خطأ من جانب الإدارة، مع اختلاف مقدار التعويض. فتارة يكون التعويض

كاملاً، وتارة يكون جزئياً. وأياً كانت الأسانيد التي قامت عليها هذه النظريات والقواعد، و اختلاف الرأي في مبرراتها، فإنه مما لا شبهة فيه أنها تترد في الحقيقة إلى أصل واحد وهو العدالة المجردة التي هي قوام القانون الإداري، كما أن هدفها الأعلى هو تحقيق المصلحة العامة بناءً على فهم صحيح لطبيعة العلاقة بين الإدارة وبين من يتعاقد معها من الهيئات والأفراد في شأن من شؤون المرافق العامة. وبهذا الفهم أمكن حل أغلب مشكلات العقود الإدارية، ووضحت معالم الطريق لعلاجها على الوجه الصحيح . وإن هذه المحكمة لترى من الخير - بمناسبة الدعوى الحالية- التنبيه إلى أن القواعد والأصول والنظريات التي وضعها الفقه والقضاء الإداري في هذا الشأن، إنما كانت وليدة البحث والتقصي وثمره التجارب حقبة طويلة من الزمن لكثير من مختلف أنواع المنازعات التي قامت بين جهات الإدارة والمتعاقدين معها، وإن الإطار العام الذي دار فيه البحث رسمته ضوابط واعتبارات شتى وحقائق غير مُنكرة حاصلها أنه يكون مفهومها أن حق الإدارة في الحصول على المهمات والأدوات أو أداء الخدمات وإنجاز الأعمال المطلوبة بأرخص الأسعار وأقل التكاليف، يقابله من جانب المتعاقد معها أن يهدف إلى تحقيق ربح مجز له عن رأس ماله المستغل كله أو بعضه ...»^(١).

وبهذا نستطيع القول إن محكمة القضاء الإداري المصري ومن خلال حكمها المطول المتقدم، قد أتيح لها أن تبسط فكرة التوازن المالي للعقود الإدارية وأن تضعها في مكانها الصحيح، وأظهرت جلياً وبشكل واضح في ثنايا هذا الحكم نتيجة

^١ د . محمد سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص ٦١٦ - ٦١٩ .

رؤى واقعية متبصرة ترمي إلى تحقيق الصالح العام والخاص على حدٍ سواء وعلى كفتي ميزان العدالة المُحكم .

وبهذا المبدأ أيضاً قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن الصادر في ١٥/٤/١٩٧٨م بصدد اختلال التوازن المالي للعقد بسبب تدخل الإدارة، بقولها: "حق التعاقد في العقد الإداري في التعويض العادل عن الأضرار التي تلحق بمركزه التعاقدى، أو نتيجة تقلب ظروف العقد المالية بسبب ممارسة جهة الإدارة سلطتها في تعديل العقد وتحويله بما يتلاءم والصالح العام، إنما ينصرف أثره، وتقوم مقتضياته حيث تمارس جهة الإدارة من جانبها وحدها وإبرادتها المنفردة تعديل العقد أثناء تنفيذه تبعاً لمقتضيات سير المرفق العام" (١).

والجدير بالذكر أنه قد نصت المادة /٢٢/ مكرراً من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري الصادر بالقانون رقم/٨٩/ لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم/١٣٦٧/ لسنة ١٩٩٨ مضافة بالقانون رقم/٥/ لسنة ٢٠٠٥ الصادر بالعدد/٩/ مكرر في ٨/٣/٢٠٠٥ بخصوص وجوب إعادة النظر بقيمة العقد للحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري وفق مايلي: " في العقود التي تكون مدة تنفيذها ستة أشهر فأكثر، تلتزم الجهة المتعاقدة في نهاية كل ثلاثة أشهر تعاقدية بتعديل قيمة العقد وفقاً للزيادة أو النقص في تكاليف بنود العقد التي طرأت بعد التاريخ المحدد لفتح المضاريف الفنية أو بعد تاريخ التعاقد المبني على أمر الإسناد المباشر، وذلك وفقاً لمعاملات يحددها المفاوض في عطاءه ويتم التعاقد على أساسها،

^١ د. علي بن عبد الكريم أحمد السويلم، فكرة التوازن المالي للعقد الإداري في المملكة العربية السعودية، مكتبة الرشد، الرشد، الرياض، لعام ٢٠٠٨، ص ٦٠ .

ويكون هذا التعديل ملزماً للطرفين، ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك. وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون معاملات تغيير الأسعار في الحالات المختلفة."

ثالثاً - في سورية: حيث نجد أنه كما أن مجلس الدولة الفرنسي هو الذي ابتكر مبدأ التوازن المالي للعقد الإداري بمناسبة عقود امتياز والتزام المرافق العامة بدايةً، ثم انتقل إلى عقود المقاولات والأشغال العامة والتوريد، ثم توسع في تطبيقها ليشمل جميع أنواع العقود الإدارية، فقد قام مجلس الدولة المصرية بإتباع النهج ذاته، ومن ثم درج على ذلك أيضاً القضاء الإداري في سورية في العديد من أحكامه^(١).

فبالرجوع إلى أحد تطبيقات مبدأ التوازن المالي (الاقتصادي) للعقد الإداري أمام مجلس الدولة السوري، من خلال حكم صدر عن المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٦٨، والتي تصدت المحكمة المذكورة من خلاله، للخلل الذي أصاب التوازن الاقتصادي لعقد استثمار، بسبب فيضان حدث بمياه نهر الفرات أصاب محله، والذي جاء فيه : " ومن حيث إنه في العقود المستمرة التي يوكل أمر تنفيذها إلى المستقبل، إذا حدث أمر مفاجئ من شأنه أن يخل بالتوازن الاقتصادي للعقد لسنة واحدة من سني الاستثمار، فإنه يتعين قصر البحث في تخفيف آثار ذلك الحادث، على تلك السنة فقط دون أن يتعدى الأمر مجموع مدة الاستثمار، سواء أكانت حصيلة السنوات الأخرى ربحاً في النتيجة أم خسارة، ذلك أن موضوع الربح والخسارة في السنوات التي تنجو من الكوارث لا شأن لأحد به، فلا يجوز أن تكون محلاً للجدل أو المناقشة، ولا تؤخذ بعين الاعتبار طالما أن الحادث الطارئ لم يسبب أضراراً فادحة إلا في موسم واحد من مواسم الاستثمار الثلاثة . ومن حيث إن المحكمة إعمالاً

^١ قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (٣٥٢) في الطعن (٤٣٧)، لسنة ١٩٧٨، وقرارها رقم (١٤٣) في الطعن (١٧٧) لسنة ١٩٧٨، مأخوذان عن عبد الهادي عباس - مرجع سابق - ص ٢٣ .

للمبدأ السالف ذكره ترى أنه يكفي لرد الالتزام إلى الحد المعقول، إسقاط بدل الالتزام عن العام الذي حصل فيه الفيضان فقط؛ لأن الطرف الآخر (الإدارة) يجب أن يتحمل جانباً من الخسارة^(١).

وفي أحكام عديدة للقضاء الإداري السوري أقرت بعدم جواز مخالفة مبدأ التوازن المالي للعقد الإداري حيث استقر اجتهاد مجلس الدولة السوري على أنه: "لا يسوغ للإدارة أن تتباشر في آن واحد سلطة التعاقد وسلطة رفع أسعار المواد المحصور توزيعها بمؤسسات القطاع العام، ثم تحرم التعاقد معها من اقتضاء كامل الفروق، إذ يكون هذا النهج سبباً للإخلال بمبدأ التوازن المالي للعقد"^(٢).

وبذلك فقد أصبح من المبادئ المستقرة في القضاء الإداري السوري أن التعاقد مع الإدارة له حق ضمان التوازن المالي لعقده، أي حقه في احترام حقوقه المالية بحيث تكون مستحققاته متوازنة ومتعادلة مع أعبائه ونفقاته. ومن ثم إذا طرأت بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه ظروف أو أحداث سواء كانت من فعل الإدارة أو من فعل الغير أو جراء عوامل طبيعية تؤدي إلى زيادة أعباء التعاقد أو لانقلاب في اقتصاديات العقد، فمن الواجب على الإدارة تعويضه والمساهمة في خسائره حتى يعود التوازن المالي للعقد من جديد^(٣).

^١ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، القرار رقم (٦٨) في الطعن ذي الرقم (٧٧) لسنة ١٩٦٨، الصادر بتاريخ ١٦/١٢/١٩٦٨، غير منشور.

^٢ حكم المحكمة الإدارية العليا رقم (١٨٨) في الطعن رقم (٩٦) لعام ١٩٨٤، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا لعام ١٩٨٤، ص ٣٢٦. راجع أيضاً: حكم المحكمة الإدارية العليا رقم (٦٥) في الطعن رقم (٢٨٧) لعام ١٩٨٦ مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا لعام ١٩٨٦، ص ٣٠٥.

^٣ د. محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لعام ٢٠٠٢، ص ٥٣٩.

الفرع الرابع - التباين الفقهي حول تطبيق مبدأ التوازن المالي للعقد الإداري :

لما كان مبدأ التوازن المالي للعقد من ابتكار القضاء الإداري، وإن فكرة التوازن المالي قد أصبحت من الأفكار المستقرة والمسلّم بها بصفة عامة، إلا أن مدلولها وشروط تطبيقها وحدودها تطورت على مدى قرن من الزمان، واتخذ الفقه منها مواقف مختلفة^(١)، فقد احتدم الجدل الفقهي حول تطبيق مبدأ التوازن المالي للعقد الإداري بين مؤيد ومعارض ومعتدل .

أولاً- ذهب جانب من الفقهاء إلى أن هذا المبدأ ذات صيغة عامة وتطبيق عام بمعنى أن الإدارة تلتزم بضمان التوازن المالي للعقد وتحقيق هذا التوازن في كل مرة تختل فيها هذه المعادلة، سواء أكان ذلك بفعل الإدارة أو لأمر خارج عن إرادتها^(٢).

ثانياً - إلا أن جانب آخر من الفقهاء قد ذهب إلى انتقاد مبدأ التوازن المالي، فاعتبره فكرة تصلح لتبرير تعويض المتعاقد في بعض الحالات الضيقة فقط، أما بالنسبة لانقطاع التوازن في الأداءات بين الإدارة والمتعاقد بسبب حوادث وظروف وصعوبات خارجية، بل حتى من جراء تدخل من جانب الإدارة المتعاقدة نفسها، فإن التعويض الذي يستحقه المتعاقد في هذه الحالة حسب هذا الرأي يمكن إسناده إلى المبادئ

^١ د. علي عبد الأمير قبالان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مكتبة زين الحقوقية والأدبية ش.م.م - بيروت - لعام ٢٠١١ . ص ٣٩٢ .

^٢ د. محمد ماهر أبو العنين - المرجع السابق - ص ٤١٢ . راجع أيضاً : د. علي عبد الأمير قبالان - المرجع السابق - ص ٣٨٨ .

العامة^(١)، أي على أساس مسؤولية الإدارة العقدية، وليس على أساس التوازن المالي للعقد (نظرية المخاطر - تحمل التبعة)^(٢).

ويبرر هذا الجانب الفقهي فكرته بضرورة التخلُّص من فكرة التوازن المالي للعقد، ذلك أنه يأخذ على هذه الفكرة أنها خطيرة كما أنها غير صحيحة؛ لأن مردّها إلى الطابع العام الذي يريد بعض الفقهاء إضفاءً عليها، وإرجاعهم إليها عند كل تعويض يستحقه المتعاقد حتى ولو اختلّ التوازن المالي بغير عمل الإدارة، لاسيما أن فكرة التوازن المالي عاجزة عن تبرير التعويض - في هذه الحالة الأخيرة - وأما عدم صحتها فمردّه إلى كيفية تطبيقها، ذلك أن التعويض الذي يحكم به للمتعاقد نتيجة لإخلال الإدارة باقتصاديات العقد مثلاً لا يتطابق في جميع الحالات مع التوازن المالي للعقد كما رُوعي عند التعاقد^(٣)، والذي يحدث حسب هذا الرأي هو إحدى الفرضيتين التاليتين:

- الفرضية الأولى: إما أن يقبل المتعاقد عند إبرام العقد أسعاراً غير مجزية نتيجة خطأ من جانبه، فإذا دخلت الإدارة في تنفيذ العقد بعد ذلك، فإن القضاء يحكم عليها بالتعويض الكامل، لا على أساس السعر الذي قبله المتعاقد عند إبرام العقد، ولكن

^١ عبد الهادي عباس - المرجع السابق - ص ٢٤ .

^٢ إن مسؤولية الإدارة العقدية تترتب عند عدم تنفيذ التزاماتها العقدية عيناً، وذلك بتعويض المتعاقد عن خطأ عقدي يرتكب من جانبها - يتمثل هذا الخطأ في عدم قيام الإدارة بتنفيذ التزامها بعمد أو عن إهمال - بعد تحقق أركان هذه المسؤولية من (خطأ، ضرر، علاقة سببية) فيشمل تعويض المتعاقد المتضرر، ما فاتته من ربح وما لحقه من خسارة، وهذا هو الأصل في المسؤولية التعاقدية.

^٣ د. حسن محمد عبد المنعم حسن الخيمي، آثار عقد التزام المرافق العامة، رسالة دكتوراه في القانون العام، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، لعام ٢٠٠١م، ص ١٤٧. ويمثل هذا الاتجاه الدكتور ثروت البدوي في رسالة الدكتوراه الحاصل عليها من فرنسا لعام ١٩٥٤، من فرنسا، بعنوان نظرية فعل الأمير في القانون الإداري، راجع في ذلك د. محمد سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص ٦١٢ .

على أساس السعر الحقيقي وقت دخول الإدارة في التنفيذ، ويحدث هذا الفرض أيضاً في حالة ارتفاع الأسعار بعد التعاقد إذ يضع القضاء نصب عينيه عند الحكم بالتعويض الأسعار الجديدة لا تلك التي أبرم العقد على أساسها، وهو أمر يأبه المنطق ولزوم التقييد بشروط العقد وفق ما تم التعاقد عليه، ويجعل المتعاقد هو المستفيد دوماً وفق هذه الفرضية.

- أما الفرضية الثانية: فهي حالة ممارسة الإدارة لسلطة إنهاء العقد بدون خطأ من المتعاقد إذا أقضت المصلحة العامة ذلك، ففكرة التوازن المالي هنا لا يمكن أن تبرر التعويض الذي يحكم به في هذه الحالة، باعتبار أن المصلحة العامة فوق كل شيء حيث إنه لا يمكن وفقاً لذلك التحدث عن التوازن المالي لعقد قد تم إنهاؤه وأصبح غير موجود وينطبق ذلك أيضاً على عقد تم تنفيذه وانتهى وجوده^(١).

إلا أنه تم انتقاد هذا الرأي و كل من الفرضيتين السابقتين^(٢)، لأن المتعاقد من حقه الحفاظ على التوازن المالي لعقده بما يتلاءم مع المنفعة والمقابل المالي الذي قصده عند إبرامه للعقد، وذلك لضمان استمرارية التعاقد في التنفيذ، بحيث لا يتعطل معه سير المرفق العام وهو المبتغى من كل عقد إداري، فضلاً عن أنه من الطبيعي أن يكون في مقابل سلطات الإدارة المتعاقدة وجود تناسب و توازن بين حقوق المتعاقد والتزاماته، لاسيما إذا علمنا أن التزامات المتعاقد قد تزداد بفعل الظروف والأحوال المستجدة على العقد (كأن تطرأ زيادة على أسعار المواد العقدية أثناء التنفيذ)، كما أن الالتزامات المتعاقد قد تزداد بفعل أحدا الجهات العامة أو بفعل الإدارة المتعاقدة ذاتها (كرفع أسعار المواد الداخلة في تنفيذ العقد والمحصور فيها و توزيعها أو

^١ توثيق من مرجع د. ثروت بدوي أو الطماوي...

^٢ د. محمد سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص ٦١٣.

إنتاجها)؛ مما يوجب تطبيق مبدأ التوازن المالي للعقد لا إهماله عندما يختل لأحد الأسباب المذكورة.

ثالثاً - بيد أن جانباً آخر من الفقه سلك مسلكاً توفيقياً وسطاً بين الاتجاهين السالفين، وانطلق من أن فكرة التوازن المالي للعقد الإداري لا تكفي -على الأقل وحدها- لتبرير التعويض في جميع الحالات التي يحكم فيها القضاء الإداري بتعويض المتعاقد من دون خطأ من جانب الإدارة، وفي الوقت نفسه فإن فكرة التوازن المالي تنطوي على حقيقة لاشك فيها ولا يمكن إنكارها؛ وهي أن مرونة التزامات المتعاقد تقتضي مرونة حقوقه في مواجهة الإدارة، ومن الطبيعي أن تتناسب حقوق المتعاقد مع التزاماته زيادةً ونقصاً على الأقل إذا كانت تلك الزيادة أو النقص بفعل الإدارة^(١).

وقد اعتمد هذا الاتجاه على القضاء الإداري المتواتر والمتطور في هذا الشأن من خلال مجموعة من الحجج المنطقية ومنها :

١ - لا يقصد من التوازن المالي للعقود الإدارية المعادلة الحسابية؛ بل العدالة القانونية بين الالتزامات والحقوق لجهة أثرها المالي، وليس تطبيق نسبة حسابية صارمة، بل تحقيق ما يدعى " التوازن الشريف " .

٢ - إن التوازن المالي يركن إليه لتعويض المتعاقد إذا كانت الإدارة قد سببت الضرر بفعل منها، ذلك ضمن نطاق نظرية فعل الإدارة (فعل الأمير)، أما خارج هذه الحالة فإن فكرة التوازن المالي يكملها مبدأ التعويض دون خطأ من جانب الإدارة، أي أن مجال تطبيق فكرة التوازن المالي ينحصر في نطاق فعل الأمير. بمعنى أنه إذا كان

^١ د. سليمان محمد الطماوي - المرجع السابق - ص ٦١٣ .

مردُّ الخلل في التوازن المالي للعقد لا علاقة له البتة بالإدارة فلا تطبق نظرية التوازن المالي للعقد، حيث يعتقد البعض أن مبدأ التوازن المالي لا مجال له في الصعوبات أو الظروف الطارئة غير المتوقعة الحاصلة بإحداث خارجية^(١)، بل يجب في هذه الحالة أن تلجأ الإدارة إلى مبدأ "التعويض بلا خطأ"^(٢)، حتى يتناول كافة أنواع التعويضات التي يستحقها المتعاقد بدون خطأ الإدارة أو المتعاقد نفسه.

٣- كما يطبق التوازن المالي للعقد الإداري إذا تضمن صراحةً نصاً بضمان الإدارة للتوازن المالي للعقد، وأنذ نكون أمام تنفيذ شروط العقد، تطبيقاً لقاعدة العقد شريعة متعاقديه طالما أنه لا يخالف أحكام القانون والنظام العام^(٣).

ونبين أن غالبية فقه القانون الإداري - وبحق - قد استقر على وضع أحكام أساسية اشترط توفرها لتحقيق نظرية التوازن المالي في العقود الإدارية، يمكن إجمالها: بأن

^١ عبد الهادي عباس - المرجع السابق - ص ٢٤ .

^٢ **التعويض بلا خطأ هو :** التعويض الذي يبنى على أساس مسؤولية الإدارة التعاقدية بدون خطأ، وهذه المسؤولية تجد أصولها الأساسية في القانون الإداري - التي أساسها نظرية المخاطر أو تحمل التبعة - هذه النظرية التي ابتكرها مجلس الدولة الفرنسي، و المسؤولية هنا تنشأ بمجرد ثبوت الصلة السببية بين نشاط المرفق العام والضرر الناجم عنه بصرف النظر عن ركن الخطأ الذي يكون ضرورياً لقيام المسؤولية العادية . و هذه المسؤولية نجدها إلى جانب مسؤولية الإدارة التعاقدية عن الخطأ (أي خرق للالتزام عقدي) اللذان يخضعان لنظام قانوني واحد من حيث حتمية وجود الضرر وقاعدة التعويض الكامل، إلا أن الاختلاف في أن المسؤولية الثانية تستند على خطأ عقدي... الخ - راجع في ذلك عبد الهادي عباس - المرجع السابق - ص ٦٥ وما بعدها. حيث نجد أن مجلس الدولة الفرنسي قد أنشأ نظرية جديدة تستند إلى ركنين فقط من أركان المسؤولية هما الضرر والعلاقة السببية بينه وبين تصرف الإدارة (التصرف دون خطأ وفق للقوانين والأنظمة على نحو الذي يحقق المصلحة العامة) وقد أطلق على هذه النظرية الجديدة أسم نظرية المخاطر وتحمل التبعة (المسؤولية العقدية بدون خطأ التي تشبه إلى حد بعيد المسؤولية التقصيرية في القانون المدني) وإن الأساس القانوني الذي أعمده مجلس الدولة الفرنسي في بناء هذه النظرية هو فكرة ((الغنم بالغرم)) أو مبدأ مساواة جميع المواطنين أمام التكاليف والأعباء العامة، مما لا يجوز معه أن يتحمل المتعاقد وحده ذلك . راجع في ذلك د. عبد الله طلبة، القانون الإداري (الرقابة القضائية على أعمال الإدارة)، الطبعة الثامنة، منشورات جامعة دمشق، لعام ٢٠٠٥-٢٠٠٦. ص ٣٦٩.

^٣ محمود زكي شمس، الأسس العامة للعقود الإدارية في سورية - لبنان - مصر، الطبعة الأولى، الجزء الثاني، مطبعة الداودي، دمشق، لعام ١٤٢١-٢٠٠٠م، ص ١١٦٤ .

العقد الإداري يتسم بالمرونة، فكما يجد المتعاقد مع الإدارة أن التزاماته تُعدل بالزيادة أو النقصان، نتيجة لعمل صادر عن الإدارة بما تملك من سلطات خولها إياه القانون العام، أو لسبب أجنبي خارج عن إرادة المتعاقدين؛ لذا فإن هذه المرونة يجب أن يقابلها مرونة في حقوقه، ومن الطبيعي أن تتناسب حقوق المتعاقد مع التزاماته زيادةً أو نقصاناً أيضاً^(١)، كما يجب احترام طبيعة العقد وشروطه عند التعاقد، فإذا تغيرت شروط العقد أو الظروف المحيطة به، فإن الإبقاء على العقد يحتم إعمال مبدأ التوازن المالي له للإبقاء على طبيعته وخواصه الأصلية^(٢).

وعليه فإن مبدأ التوازن المالي للعقد الإداري هو مبدأ معتمد في القضاء الإداري وخلاف وجهات النظر حوله من الناحية الفقهية يدخل في باب التوسع في عرض الآراء والنظريات؛ لذا نكتفي هنا بما تمت الإشارة إليه من تعارض في الاتجاهات.

^١ د. سليمان محمد الطماوي - المرجع السابق - ص ٦١٣ .

^٢ د. حسن محمد عبد المنعم حسن الخيمي - المرجع السابق - ص ١٥١ .

المطلب الثاني

ماهية مبدأ التوازن المالي للعقد الإداري

لكي نتمكن من بيان ماهية نظرية التوازن المالي للعقد الإداري، يقتضي منا معرفة حقيقة المقصود بالتوازن المالي للعقد الإداري كمبدأ، ومن ثم تعريفها كنظرية، ومن ثم بيان مسوغات أو مبررات تطبيقها في نطاق العقود الإدارية بشكل خاص.

الفرع الأول - المقصود بالتوازن المالي :

انقسم الفقه في تحديد المقصود بعبارة " التوازن المالي للعقد الإداري"⁽¹⁾ إلى فريقين: الأول تزعمه الفقيه (بيكنيو) ، الذي يرى أن التوازن المالي للعقد يعني إقامة معادلة حسابية بين الحقوق والالتزامات؛ فإذا فرضنا أن حقوق المتعاقد عند إبرام العقد تساوي (أ)، وأن التزاماته تساوي (ب)، فإن نسبة حقوقه بعد الزيادة أو النقصان تتحول إلى (أ) و(ب)، بحيث تتعادل الحقوق والالتزامات الجديدة مع الحقوق والالتزامات المنصوص عنها في العقد فتصبح المعادلة كالتالي : $\frac{أ}{ب} = \frac{أ}{ب}$ / ب .

والفريق الثاني وهو يشكل غالبية الفقهاء، لم يقر بهذه المعادلة الحسابية الجامدة، إذ يرون أن تعويض المتعاقد يختلف من حالة إلى أخرى، ويتدرج من منحه تعويضاً كاملاً، إلى مجرد رد التزام المرهق إلى الحد المعقول، إضافة لعدم التعويض في الحالات التي كان يمكن فيها توقع اختلال توازن العقد أو عند إمكانية دفع الضرر

¹ المقصود بكلمة "التوازن المالي" لغةً : فالتوازن مصدر تَوَازَنَ، تَوَازَنَ يتَوَازَن تَوَازُنًا فهو مُتَوَازِن، وَازَن الشَّيْئَانِ : اتَّزَنَّا تعادلاً، تساوى في الوزن - والتوازن مصطلح اقتصادي لوصف النقطة التي يتساوى عندها كمية البضائع المطلوبة مع الكمية المعروضة للبيع. والمَالُ : كلُّ ما يملكه الفرد أو تملكه الجماعة من متاعٍ، أو عُروض تجارة، أو عقار أو نقود، أو حيوان - و رأس المال (الاقتصاد) : جملة المال المستثمر فيعمل ما، ويقابلها الدخل الذي ينتج منها- والتوازن الميزانية : المطابقة والتعادل بين الواردات والنقود المقدرة فيها، مأخوذ عن معجم المعاني (لكل رسم

معنى) معجم الكتروني منشور على شبكة الانترنت: <http://www.almaany.com>

ببذل جهد معقول، وهذا التدرج ثابت في أحكام القضاء والفروق الأساسية بين فعل الأمير والظروف الطارئة والصعوبات المادية.

حيث يرى هذا الاتجاه أن " التوازن المالي للعقد الإداري"، يجب أن لا يقدم تحت شكل معادلة رياضية ضيقة^(١)، ولا أن يفهم منه التوازن أو المتوازي الحسابي الصارم بل هو مجرد توجيه عام يستهدف الإبقاء على العقد كما روعي عند التعاقد، ومعاملة العقد كظاهرة طبيعية، فكما أن الطبيعة تتمدد وتنكمش، لكنها تحتفظ بخاصيتها الطبيعية، كذلك هو الحال بالنسبة إلى العقد الإداري، فقد تزيد الإدارة من الالتزامات المترتبة على العقد أو تنقص منها، ولكن عليها أن تحتفظ بتوازن العقد اقتصادياً إبقاءً على خواصه الأصلية، كما أنه عندما يختل الميزان المعقول للعقد الإداري بين طرفيه، فيبدو من العدل إصلاح الاختلال، لأن التوازي المعقول أُخذ في الاعتبار كعنصر محدد للعقد عند إبرامه، وهذا التوجه في غاية الفائدة للقاضي الإداري يستدل به للإستهداء في تقدير التعويض العادل^(٢).

كما اعتبر أحد الفقهاء أن فكرة التوازن المالي ذات طابع المرن وهي توجيه عام يستهدف على وجه الخصوص الحفاظ على توازن العقد كما كان عند إبرامه وليس باعتبارها نسبة حسابية ضيقة بين حقوق و التزامات الطرفين في العقد الإداري^(٣).

^١ عبد الهادي عباس - المرجع السابق - ص ٢٣ .

^٢ ودلالة ذلك أن المشرع المصري نفسه قد لجأ إلى فكرة التوازن المالي لعقد الالتزام، في المادة (٦) من القانون رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧، بالالتزام المرافق العامة والتي تقول : ((إذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها، ولا بد لمناخ الالتزام أو الملتزم فيها، وأفضت إلى الاخلال بالتوازن المالي للالتزام...))؛ انظر في ذلك: سليمان محمد الطماوي - المرجع السابق - ص ٦١٤ .

^٣ د. علي بن عبد الكريم أحمد السويلم - المرجع السابق - ص ٤٢ .

وجانب كبير من الفقه ذهب للقول أنه ما دامت التزامات المتعاقد قابلة للزيادة أو النقص بما تتمتع به الإدارة من سلطة التعديل للعقد أثناء تنفيذه كلما اقتضت حاجة المرفق هذا التعديل، وطالما أن العقد معرض أثناء تنفيذه لظروف وصعوبات غير متوقعة عند إبرامه قد تعترض تنفيذه، فكان لا بد معه من إضفاء صفة المرونة على حقوق المتعاقد مع الإدارة، نظراً للعلاقة الوثيقة بين التزاماته وحقوقه التي وضعها نصب عينه عند التعاقد، وهذا ما يعبر عنه بصفة عامة بحقيقة المقصود من فكرة التوازن المالي للعقد الإداري أو التوازن الشريف^(١). إلا أن أحد الفقهاء ذهب لاعتبار أن مبدأ التوازن المالي للعقد الإداري يقصد به ضمان التوازن بين الحقوق و الالتزامات القانونية المتقابلة بين كل من المتعاقد والإدارة^(٢)، - وهذا مالا نؤيده - فمن البديهي القول إن الالتزامات التي ينص عنها العقد سواء التزامات المتعاقد مع الإدارة أو التزامات الإدارة نفسها هي حقوق للطرف الآخر^(٣)، وإن تحقيق التوازن في ما بينها من الناحية القانونية وفق ما تنصرف إليه نية المتعاقدين إنما تضمنه قاعدة العقد شريعة المتعاقدين والتي لا يجوز تعديلها إلا باتفاق صريح بين طرفيه، لاسيما وأنها تتعلق بأمر قانونية صرفة (كالأمر المتعلقة بالأهلية أو تحديد الموطن المختار من قبل المتعاقدين..وغيرها)، وهو أمر مغاير لمبدأ الحفاظ على التوازن المالي للعقد على النحو الذي قصده طرفاه عند إبرامه من الناحية الاقتصادية (كالحفاظ على توازن السعر الذي تدفعه الإدارة للمورد مقابل قيمة المواد المقدمة من قبله)، وبناءً عليه فإنه إذا حدث خلل في التوازن المالي للعقد الإداري، بأن قلّت نسبة

^١ د. محمد ماهر أبو العنين - المرجع السابق - ص ٤١١ .

^٢ د. جابر جاد نصار - المرجع السابق - ص ٥٨ .

^٣ د. علي عبد الأمير قبلان - المرجع السابق - ص ٣٨٨ .

ما يحصل عليه المتعهد من ربح بدرجة لا تتناسب البتة مع ما يوظفه من أموال في المشروع محل العقد أو انعدمت هذه النسبة (بسبب الإدارة أو بسبب ظروف أو صعوبات غير متوقعة) عندئذ يبقى على الإدارة إصلاح هذا الخلل بالشكل الذي يحفظ للعقد توازنه المالي كما كان عليه وقت التعاقد، والسبيل الوحيد أمام المتعاقد لإعادة هذا التوازن هو رفع دعوى أمام القضاء الإداري، وذلك في حال عدم إثمار مساعيه الاتفاقية الرضائية لتسوية هذا الخلل مع الإدارة .

ومن هنا يبدو واضحاً وجلياً أن فكرة التوازن المالي للعقد الإداري ليست مرادفاً لعبارة يستعملها الفقه الإداري وهي "الإدارة المتوازنة للمشروع"؛ فمبدأ التوازن المالي لا يشكل نوعاً من التأمين للملتزم أو للمتعهد ضد الخسائر المحتملة من الاستثمار، بل أن التوازن المالي هو علاقة تقريبية فقط، أي التوازن الشريف بين أعباء ومكاسب كان المتعاقدان أخذها في الحسبان عند إبرام العقد^(١).

أما مجلس الدولة السوري فقد طبق وبشكل عملي مبدأ التوازن المالي للعقد الإداري، فيما يتعلق بارتفاع أسعار صرف القطع الأجنبي مقابل الليرة السورية، التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد، فقد استقر اجتهاده على استحقاق المتعهد تعويضاً عن ارتفاع أسعار المواد المتعاقد عليها وفقاً لأحكام المادة/٦٣/ من القانون رقم (٥١) الخاص بنظام العقود الإدارية للجهات العامة الصادر بتاريخ ٢٠٠٤/١٢/٩^(٢)، وذلك عن طريق

^١ محمود زكي شمس - المرجع السابق - ص ١١٦٣ .

^٢ المادة /٦٣/ من نظام العقود الإدارية الموحد في سوريا رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤، والتي تُعدُّ فرعاً من فروع تطبيقات التوازن المالي للعقد الإداري على أساس نظرية الظروف الطارئة، والتي تنص على مايلي: ((مع مراعاة أحكام المادتين (٩ و ٥٣) من هذا النظام، إذا طرأ بعد تقديم العرض وطيلة مدة تنفيذ العقد فقط ارتفاع في الأسعار أدى إلى زيادة تكاليف مجموع الأجزاء التي لم تنفذ بنسبة تزيد على ١٥% من قيمتها بموجب التعهد، يتحمل المتعهد ١٥% من هذه الزيادة وتحمل الجهة العامة باقي الزيادة)) .

احتساب انعكاس ارتفاع سعر القطع الأجنبي مقابل الليرة السورية على أسعار هذه المواد، أي يعتبر والحالة هذه أن ارتفاع سعر صرف القطع الأجنبي سبباً من أسباب الزيادات الطارئة على أسعار المواد المتعاقد عليها، وليس احتساب الزيادة الطارئة على أساس سعر صرف القطع الأجنبي نفسه مقابل الليرة السورية، وهي الغاية التي توخاها المشرع في المادة ٦٣/ وهذا ما يُعدُّ تحقيقاً للتوازن الشريف والعاقل للعقد^(١).

كما أن الاجتهاد المحكمة الإدارية العليا السورية قد استقر مؤخراً على أن ارتفاع سعر الصرف من جراء انخفاض قيمة الليرة السورية بالنسبة للدولار الأميركي جراء الظروف الراهنة هو عامل من عوامل ارتفاع أسعار المواد الداخلة في تنفيذ العقد، ويجب على الإدارة عندئذ أن تتحمل جزءاً من الخسارة اللاحقة بالمتعاقد جراء ذلك^(٢)، والجدير بالذكر أن الاجتهاد السالف ذكره جاء منسجماً مع توجه الحكومة السورية خلال الأزمة التي تسببت بالعديد من المشكلات الاقتصادية في البلاد^(٣).

^١ مجلس الدولة، المكتب الفني، المجموعة الذهبية الحديثة للآراء الصادرة عن القسم الاستشاري في مجلس الدولة السوري لعام ٢٠١٦، رأي اللجنة المختصة رقم (١٢٣) لسنة ٢٠١٤، في القضية رقم (١٤٨/ف) لسنة ٢٠١٤، الصادر بتاريخ ٢٦/٨/٢٠١٤، ص ٤٣٤.

^٢ قرار محكمة القضاء الإداري، رقم (٢/٩٨)، في القضية ذات الرقم (٢/٣٩٥٣)، لعام ٢٠١٤، المصدق بالقرار رقم (١١/ط) لعام ٢٠١٥ بالطعن رقم أساس ١٨٨١/ لعام ٢٠١٥ الصادر بتاريخ ٢٦/١/٢٠١٥، غير منشور.

^٣ وجه السيد وزير المالية للسيد حاكم مصرف سورية المركزي كتابه رقم (٥٧/٩/١٣٤٠) تاريخ ٢٠١٥/٢/١ والذي نص على أنه : " إن زيادة الأسعار نتيجة ارتفاع أسعار صرف العملات الأجنبية مقابل الليرة السورية ينعكس على قيمة المواد المتعاقد عليها، ويُحمّل المتعهد أعباء فروقات الأسعار، وبالتالي فإنها تدخل ضمن أحكام المادة ٦٣/ من نظام العقود... والمادة ٣٣/ من دفتر الشروط العامة.. على أن يتم مراعاة بلاغات رئاسة مجلس الوزراء لاسيما البلاغ رقم ١٣٠٤٥ لعام ٢٠١٢ الذي حدد كيفية حساب فروقات الأسعار بشكل واضح وصريح ". راجع في ذلك شبكة الانترنت على موقع: <http://sensyria.com/blog/archives/١٧٩٧>، تاريخ ١١/٦/٢٠١٧ الساعة ٣،٢٥.

وعليه يمكننا أن نستنتج أن مجلس الدولة السوري لم يطبق التوازن الحسابي الجامد؛ فلم يمنح المتعاقد تعويضاً عن الارتفاع الكبير الطارئ أثناء تنفيذ العقد على أساس سعر صرف القطع الأجنبي مقابل العملة السورية بناءً على قيمة حسابية جامدة، وإنما طبق مفهوم التوازن الشريف في هذه الحالة، بأن أقرّ للمتعاقد بأحقّيته في الحصول على التعويض العادل بسبب الزيادة الطارئة على أسعار المواد الداخلة في تنفيذ العقد، بحسبان أن هذه الزيادة إنعكس على ارتفاع سعر صرف القطع الأجنبي مقابل العملة السورية .

الفرع الثاني - تعريف مبدأ التوازن المالي :

يذهب جانب من فقه القانون الإداري بأن التوازن المالي للعقد هو " التعادل أو التكافؤ بين ما ينفق من أموال في إدارة المرفق وتشغيله وبين ما يحققه المتعاقد من ربح أو عائد، ولهذا عندما يقال إنه يجب على الإدارة أن تضمن للملتمزم قدرًا معقولاً من الربح فإنه يقصد بذلك ضمان التوازن المالي للمشروع " .

في حين أن جانب آخر من الفقه يذهب إلى أن " مبدأ التوازن المالي " تؤدي لأن يكون الفريقان عند التعاقد قد أقاما تماثلاً بين مجمل الالتزامات المشترطة لكل منهما ولحساب كل منهما، وفقدان هذا التوازن المالي عن طريق ممارسة سلطة تعديلية معترف بها للإدارة، يجب أن يؤدي آلياً من قبلها عند الضرورة إلى تعويض مخصص، لجعل طرفي المعادلة من جديد متساويين، لإعادة التوازن المالي إلى كفتي الميزان " (١).

^١ د. علي بن عبد الكريم أحمد السويلم - المرجع السابق - ص ٥٥ .

بينما ينطلق جانب فقهي آخر في تعريف التوازن المالي للعقد الإداري بأنه: مقابلة حق المتعاقد للحق المعترف به لجهة الإدارة في تعديل العقد الإداري للمصلحة العامة بإصلاح ما يحدث للعقد الذي هو طرف فيه، وإن التعويض تأسيساً على نظرية التوازن المالي للعقد يكون تعويضاً كاملاً عن جميع الأضرار التي تصيب المتعاقد باستثناء حالة الظروف الطارئة فإنه يكون مقصوراً على معاونة و مساهمة في مقدار الضرر تعويضاً جزئياً^(١).

وبعد استقراءنا لكل ما ساقه الفقهاء من شروحات وتعريفات وما تبناه القضاء الإداري يمكننا استخلاص تعريف مبدأ التوازن المالي للعقد الإداري بأنه : الحفاظ على التكافؤ المالي العادل بين طرفي العقد، وإعادة التوازن المالي للعقد عند اختلاله بسبب السلطة التعديلية للإدارة أو بسبب ظروف أو صعوبات غير متوقعة خارجة عن إرادة المتعاقدين تطرأ أثناء تنفيذ العقد، مما لا يمكن دفعه ببذل الجهد المعقول، وذلك بما يحقق تناسب بين ما يحصل عليه المتعاقد من ربح مقدر من جانبه عند إبرام العقد وما يلتزم به .

الفرع الثالث - مسوغات تطبيق مبدأ التوازن المالي :

إذا كانت القاعدة العامة في العقود المدنية تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين، مما يعني معه أن أطرافه ملتزمة بما تضمنه العقد من شروط وأحكام خلال التنفيذ، فإن هذا الأصل لا يعدو أن يكون الاستثناء في إطار تنفيذ العقود الإدارية، فالقاعدة العامة في تنفيذ العقود الإدارية هو مرونة التزامات المتعاقد مع الإدارة وتحركها إما

^١ د . سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، لعام ١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م

بالزيادة أو بالنقصان، على أن هذه القاعدة إذا اقتصرَت على التزامات المتعاقد مع الإدارة فقط تصبح العقود الإدارية مُعَرَّمة لهذا المتعاقد، فضلاً عن ما يشكله ذلك من إجهاد له وغبن في حقوقه، ومن ثم كان لابد من أن تشمل هذه القاعدة حقوق هذا المتعاقد. ويترتب على ذلك أنه إذا زادت التزامات المتعاقد مع الإدارة لأي سبب كان (سواء أكان بفعل الإدارة المتعاقدة أم بسبب خارجي عن العقد) زادت حقوقه أيضاً وهذا هو مبرر فكرة التوازن المالي في العقود الإدارية. وهي فكرة منطقية إذ أن اتصال العقد الإداري بنشاط مرفق عام، هو الذي يبرر ضرورة وجود التوازن المالي بين التزامات المتعاقد وحقوقه؛ حتى يستطيع أن يستمر في تنفيذ العقد^(١).

و رغم تعدد النظريات في هذا المجال وتداخل مفاهيمها، يبقى المبرر الأساسي من هذا التعدد والتنوع، كفالة حسن سير المرافق العامة باستمرار وانتظام، وأن تبقى طبيعة العلاقة بين الإدارة والمتعاقد ترمي إلى التغلب على الصعوبات والمعوقات التي تواجه العقود الإدارية في التنفيذ، ولكي يستمر هذا التنفيذ، وأن يتم كل ذلك بحسن النية والمساندة والمشاركة، فمجلس الدولة السوري يعتبر "... أن العقد الإداري واسطة وتعاون بين الإدارة والفرد لخدمة مرفق عام ولا يسوغ معالجتها إلا على هذا الأساس، الذي إذا أُعْمِلَ، وَلِدَ منطقاً مُتكاملاً قوامه... أن كل من طرفي العقد الإداري مسؤولاً عن جانب من الضرر الحاصل بحيث أن تجزئة التبعة بين الطرفين سيؤدي بالضرورة العلمية إلى إحقاق العدالة بينهما"^(٢).

^١ د. جابر جاد نصار - المرجع السابق - ص ٢٥٧ - ٢٥٨ .

^٢ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (٢٢٢) في الطعن (٢٣٨) لسنة ١٩٧٧، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٧، ص ٢٨٥.

و من أهم مبررات تطبيق مبدأ التوازن المالي هو أنه لا يجوز للمتعهد التوقف أو الامتناع عن تنفيذ أحكام العقد، بل عليه أن يرفع الخلاف الناشب مع الإدارة في حال عدم التوصل معها لحل إلى القضاء، وتطبيقاً لذلك نجد أن المحكمة الإدارية العليا السورية قد أرست حكماً قانونياً مفاده: " أنه لا يحق للمتعهد أن يوقف تنفيذ الأعمال (بسبب تقلبات الأسعار وفق المادة/٦٣ و٦٤/ من نظام العقود الإدارية الموحد^(١))، كما لا يجوز له التمسك بقاعدة " الدفع بعدم تنفيذ" المقررة في روابط القانون الخاص فقط، أي لا يحق له التمسك بعدم تنفيذ الإدارة لالتزاماتها التعاقدية، وإلا يعتبر مسؤولاً عن كل ما يلحق بالإدارة من أضرار وخسائر بسبب ذلك الإيقاف أو ذلك الدفع ويفقد الحق بالمطالبة بأي تعويض.^(٢) "

ويجب أن نشير إلى أمر غاية في الأهمية، وهو أن مجال أعمال مبدأ التوازن المالي للعقود الإدارية هي حالات التعويض التي يستحقها المتعاقد دون خطأ منسوب إلى جهة الإدارة، في حين أن التوازن المالي لا يطبق في حالة استحقاق المتعاقد للتعويض بسبب خطأ منسوب إلى جهة الإدارة (كتقصيرها في تنفيذ أحد التزاماتها العقدية) فنكون هنا أمام خطأ عقدي يستوجب التعويض على هذا الأساس المسؤولية العقدية^(٣).

^١ سبق وذكرنا نص المادة /٦٣/ من نظام العقود الإدارية الموحد في سوريا لعام ٢٠٠٤. أما نص المادة /٦٤/ من القانون المذكور فقد نصت على الفروقات الطارئة على الأسعار انخفاضاً وفق ما يلي: ((إذا طرأ بعد تقديم العرض هبوط في الأسعار، فإن الجهة العامة تتمتع بنفس الحقوق التي يتمتع بها المتعهد وفقاً لأحكام المادة السابقة)).

^٢ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، قرارها رقم (١٤٦/ع)، في الطعن ذي الرقم / ٢٠٣٧ / لسنة ٢٠١٤، الصادر بتاريخ ٢٠١٤/٢/٣، غير منشور.

^٣ د. جابر جاد نصار - المرجع السابق - ص ٢٦٠.

حيث إن مبدأ التوازن المالي يعني أنه عندما تتخذ الإدارة إجراء معيناً يؤدي إلى قلب التوازن المالي للعقد فهي ملزمة بالتعويض الشامل عن كافة الأضرار التي لحقت بالمتعاقد؛ لأن التعويض يتعلق دائماً بالضرر الحاصل، والضرر يشتمل على عنصرين؛ الخسارة التي تحملها المتعاقد والربح الذي فاتته^(١)، وبالتالي فالتعويض العادل للاحتفاظ بالتوازن المالي للعقد تقدره المحكمة بعنصريه ما فات المتعهد من كسب وما لحق به من خسارة " (٢).

حيث يقول أحد الفقهاء: "إن الفكرة في التوازن المالي للامتياز، هي أن الحاصل على الامتياز، إنما يقبل القيام بالخدمة العامة التي يتطلبها المرفق ويقبل توظيف نقوده في هذا الغرض مقابل ربح معقول يتوقعه عند توقيع عقد الامتياز، ويجب على السلطة العامة أن تضمن له هذا الربح أو ما يقاربه، طالما أنه لم يرتكب خطأ يُضَيِّع عليه هذا الربح، فإذا ضاع هذا الربح بسبب فعل السلطة الإدارية، أو بسبب ظروف خارجة عن إرادته لم تكن متوقعة وقت التعاقد فعلى السلطة العامة أن تعوضه تعويضاً عادلاً، يحفظ لعقد الامتياز توازنه المالي" (٣).

^١ د. محمد يوسف الحسين ، د . مهند نوح- المرجع السابق - ص ٣٢٨ - ٣٢٩ . راجع أيضاً: د. زين العابدين بركات- المرجع السابق- ص ٦٣٧. كما نصت المادة /٢٢٢/ من القانون المدني السوري لعام ١٩٤٩ على الآلية التي يجب على القاضي اتباعها عند تقديره للتعويض عن الضرر الحاصل وفق مايلي: ((إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد، أو بنص في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره. ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة، وما فاتته من كسب...)) وقد جاء في حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في ٣٠ يونيو ١٩٥٧ في تحديد التعويض وفقاً لنظرية فعل الأمير مايلي : ((... إن القاعدة بالنسبة للتعويض على أساس التوازن المالي للعقد أنه إذا لم يكن مقداره متفقاً عليه في العقد، فإن جهة الإدارة لا تملك أن تستقل بتقديره، بل يقدره قاضي العقد...)) ما أشار إليه: د. محمد سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص ٦٥٧ .

^٢ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (٢٣٧) في الطعن (٩٧) لسنة ١٩٨٤، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٨٤، ص ٣٦٦.

^٣ د. علي بن عبد الكريم أحمد السويلم - المرجع سابق - ص ٥٤ .

وبعد تبيان مسوغات تطبيق نظرية التوازن المالي المتمثلة بالمحافظة على التناسب والتوازن المالي بين قيمة أو تكلفة الأعمال المبذولة طيلة فترة العقد مع الربح الذي قصده المتعاقدان عند إبرامه، ما يكفل استمرار تنفيذ العقد وعدم توقف المرفق العام محل العقد. فالتساؤل الذي يتبادر للذهن هنا هل طلب إعادة التوازن المالي للعقد

الإداري هو حق محصور بالمتعاقد، أم أن كلا طرفيه يحق لهما ذلك ؟

حيث إنه يتضح من القانون رقم (٥١) الخاص بنظام العقود الإدارية للجهات العامة الصادر بتاريخ ٢٠٠٤/١٢/٩، ومن دفتر الشروط العامة الصادر بالمرسوم رقم (٤٥٠) بتاريخ ٢٠٠٤/١٢/٩ الناظم للقانون ٢٠٠٤/٥١، بأنه قد خول الجهة العامة المتعاقدة سلطة "التنفيذ المباشر" لاستيفاء حقوقها المترتبة قبل المتعاقد معها^(١)، وتبعاً لذلك فإن ولوج سبيل التقاضي يبقى الضمان الأساسي للأشخاص العاديين (أفراد كانوا أم شركات) عند التعاقد مع الجهات العامة للمطالبة بحقوقهم كونهم في مراكز قانونية غير متساوية مع الإدارة المتعاقدة صاحبة الامتيازات القانونية الواسعة، لا سيما سلطة التنفيذ المباشر المشار إليها، ولا غنى لهم في مثل هذه الحالة بغير رفع دعاوى أمام القضاء الإداري لإعادة التوازن المالي لعقودهم التي أصابها خللاً بين

^١ تتمثل سلطة التنفيذ المباشر التي تملكها الإدارة المتعاقدة في العديد من الضمانات والسلطات التي تضمن استيفاء حقوقها قبل المتعاقد معها، وعلى رأسها ما تجيزه المادة (٤٨) من قانون العقود الإدارية رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤ من أن تقتطع التأمينات النهائية العائدة للعقد تعويضاً لها عن العطل والضرر الذي قد يصيبها بسبب العقد، كما أجازت المادة (٣٨) من دفتر الشروط العامة الصادر بالمرسوم رقم (٤٥٠) لعام ٢٠٠٤ للإدارة من أن تقتطع التوقيفات - المحسومة من الكشف المؤقتة بنسبة ٥% عند صرف قيمة هذه الكشف للمتعاقد - المخصصة للعقد، لقاء المبالغ المستحقة لها، عند إخلال المتعاقد بالتزاماته بفعله أم بسبب أجنبي أو تعويضاً لها عما يلحقها من عطل أو ضرر بسبب العقد، مما يعني أن الإدارة تمتاز على المتعاقدين معها بضماناتها وبإجراءاتها التنفيذية المباشرة. وكل ذلك طبعاً تحت مظلة رقابة القضاء الإداري الذي له القول الفصل في أي نزاع ينشب بمناسبة تنفيذ العقود الإدارية .

الحقوق والالتزامات من الناحية الاقتصادية، وكل ذلك في حال فشلت مساعيهم الودية مع الإدارة لإعادة هذا التوازن.

وفي المقابل وانطلاقاً من حق الإدارة المتعاقدة في المبادرة للجوء للقضاء الإداري بهدف التوقي المسبق للمطالبة القضائية من قبل المتعاقد^(١)، و حق الإدارة في المطالبة بإعادة التوازن المالي للعقد الإداري الذي أحتل بسبب هبوط الأسعار (كما هو الحال عند هبوط أسعار المواد الداخلة في تنفيذ عقد التوريد)، فقد استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا السورية على أن لكل من المتعاقد والإدارة على السواء الحق بإقامة الدعوى في كل نزاع ينشأ عن العقود الإدارية، باعتبار أن ذلك مستمد من أصل عام مصون في المبادئ الدستورية، وهذا ما كرسه القضاء الإداري عندما قضى بأنه: "حيث إنه ولئن كانت الإدارة تمتاز عن الأفراد بامتياز تنفيذي يتناول إصدار قرارات قابلة للتنفيذ مباشرة دونما حاجة لاستعداد القضاء بغية الحصول على حقوقها قبل المتعاقدين، وأن الفرد يملك في كل وقت أن يلجأ إلى عدالة القضاء من ضرر يلحق به من عمل الإدارة المباشر، إذا ما قصرت المراجعة الإدارية عن إسعافه في تقاضي حقه، إلا أنه من الواضح أن الامتياز المسبق في التنفيذ إنما أُقرّ للإدارة مراعاة لما تمليه ضرورات المصلحة العامة التي توجب عليها أن تحل قضاياها بشكل منظم سليم من الشوائب ومبني على الصحة واليقين وبذلك تحول دون اضطراب المرفق العام الذي هي قوامه عليه. ومن حيث إن ذلك كله لا يمنع الإدارة أن تباشر هي من عندها مراجعة القضاء وإقامة الدعوى على الفرد حسب

^١ أن مبدأ حرية التقاضي هو حق مقرر بموجب الدستور السوري لعام ٢٠١٢، والذي يعطي الحق لأي شخص (طبيعي أم اعتباري، خاص أم عام) أن يلجأ للقضاء لتحصيل حقوقه، وبناء عليه فتحت الدولة ذاتها ممثلة بوزارتها وإداراتها وهيئاتها ومؤسساتها وشركاتها... العامة لها الحق في اللجوء إلى القضاء، إلى جانب سلطتها في التنفيذ المباشر الذي خولها إياه القانون، والتي لا يجوز بأي حال من الأحوال أن تحرم من حق أقره الدستور .

العلاقة في كل مرة يبدو أن المصلحة العامة تحملها إلى مباشرة هذه الدعوى وأن تسلك الطريق الأحوط لها من قاضي العقد... ومن حيث أن ما أجمع عليه الفقه في الحقوق الإدارية هو أن على الإدارة أن تلتزم جانب الحذر في استعمال امتيازها هذا، فلا تقدم عليه مالم تكن واثقة من ثبوت حقها، وإلا عرضت نفسها لطلبات التعويض عن العطل والضرر اللاحقين بالأفراد بسبب عملها، وهذا ما يقابل امتيازات التنفيذ المباشر، ولا يعني من هذه التبعة إذا ما تركت جانباً هذا الامتياز لضرورات تقدر بقدرها، وفي هذا توضيح كاف لفكرة أن تخلي الإدارة عن ممارسة امتيازها التنفيذي ورفع الدعوى مباشرة إلى القضاء المختص من شأنه أن يرتب لها مصلحة واضحة لتأكيد حقها الذي تدعي به^(١).

وبناء على عليه فإن المطالبة بإعادة التوازن المالي للعقد الإداري هو حق مقرر لكلا طرفي العقد على حد سواء، وليس هو أمر محصور بالمتعاقد، فإذا اختلّ التوازن المالي للعقد بسبب ظروف لا يد للإدارة فيها وكان هذا الخلل يضر بها في حين أن المتعاقد يستفيد منه (كالهبوط الطارئ على أسعار المواد العقدية) - كما أسلفنا - فللإدارة المتعاقدة في مثل هذه الحالة، أحد أمرين؛ إما أن تلجأ كسلطة عامة إلى ميزة التنفيذ المباشر من خلال اقتطاعها مما تحت يدها من استحقاقات عائدة للمتعاقد (كالتأمينات و التوقيفات العائدة له) كأن تفعل ذلك لقاء الهبوط الطارئ على أسعار المواد الداخلة في تنفيذ العقد سنداً لحكم المادة (٦٤) من نظام العقود الإدارية

^١ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، رقم (٤٢)، في الطعن ذي الرقم (٥٥) لسنة ١٩٦٧، الصادر بتاريخ ١٩٦٧/٦/٢٧، غير منشور.

الموحد رقم(٥١) لعام ٢٠٠٤^(١)، ليصبح التوازن المالي للعقد متناسب مع الأسعار الجديدة، أو أن تقوم برفع دعوى أمام القضاء الإداري تطلب من خلالها إعادة التوازن المالي للعقد الإداري الذي اختل بسبب هبوط أسعار المواد العقدية^(٢)، حيث إن قواعد العدالة تقتضي تنزيل الوفر الحاصل جراء انخفاض أسعار بعض المواد من قيمة الزيادة المقدرة من قبل الخبرة الفنية والقول بغير ذلك إنما يُشكل إثراء من دون سبب على حساب الإدارة المتعاقدة^(٣).

وعلى ضوء ما سلف نستنتج أن مبدأ التوازن المالي للعقد الإداري - كمبدأ قائم بذاته وبمعزل عن نظريات التوازن المالي - يمكن اعتباره مبدأً يصب في مصلحة طرفي العقد (الإدارة والمتعاقد)، ولا يقتصر بكونه يضمن تعويض المتعاقد فقط، بل أن الإدارة لها الحق ذاته بإعادة التوازن المالي لعقدها أيضاً؛ بمعنى أن الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري يستفيد منه كلا طرفيه على قدم المساواة؛ لذا أُسميت النظرية بالتوازن المالي، فكلمة توازن تنصرف إلى طرفي العقد على حدٍ سواء، وبالتالي فعند تحقق شروط إحدى نظريات التوازن المالي، فإن ذلك يعد الأساس الذي يبني عليه القضاء الإداري حكمه بالتعويض العادل بين الطرفين.

^١ حيث نص قانون العقود رقم ٥١ لعام ٢٠٠٥ في المادة /٦٣/ منه على مايلي : مع مراعاة أحكام المادتين (٤٩ و٥٣) من هذا النظام، إذا طرأ بعد تقديم العرض وطيلة مدة تنفيذ العقد فقط ارتفاع في الأسعار أدى إلى زيادة تكاليف مجموع الأجزاء التي لم تنفذ بنسبة تزيد على ١٥% من قيمتها بموجب التعهد يتحمل المتعهد / ١٥ % / من هذه الزيادة وتتحمل الجهة العامة باقي الزيادة.

ونصت المادة /٦٤/ من القانون المذكور على أنه :إذا طرأ بعد تقديم العرض هبوط في الأسعار فإن الجهة العامة تتمتع بنفس الحقوق التي يتمتع بها المتعهد وفقاً لأحكام المادة السابقة.

^٢ راجع حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (١/٩ع) لسنة ٢٠١٤، في الطعن ذي الرقم (١٢٩٧) لسنة ٢٠١٥، الصادر بتاريخ ٢٧/١/٢٠١٤، غير منشور .

^٣ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية ، قرارها رقم (١/٥٤٠) ، في الطعن ذي الرقم (٤٠٠٧) لسنة ٢٠١٦، الصادر بتاريخ ٢٢/٧/٢٠١٦، غير منشور .

واستناداً لهذه المبررات فإن الاستنتاج المذكور لا ينقضه الرأي الذي قد يتبادر للذهن بأن أمر إعادة التوازن المالي للعقد الإداري هو أحد أهم الحقوق التي تدرج ضمن حقوق المتعاقد مع الإدارة، بحسبان أن حدوث اختلال بالتوازن المالي للعقد جراء هبوط الأسعار بما يتجاوز نسبة الـ ١٥% هو أمر نادر الحدوث من الناحية العملية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن أحقية الإدارة في التعويض جراء هذا الهبوط في الأسعار يركز بشكل أساسي على قاعدة عدم جواز إثراء المتعاقد على حساب الإدارة بلا سبب.

وبعد دراستنا لماهية نظرية التوازن المالي للعقد الإداري، من خلال تحديد حقيقة المقصود بها وتعريفها ودراسة مبررات تطبيقها، فإننا نجد من خلال البحث والتقصي أن القضاء الإداري لم يلجأ حتى تاريخه لتحديد شروط تطبيق هذه النظرية بشكل مستقل، وكل ما في الأمر أن القضاء الإداري يلجأ إلى تمحيص كل حالة فردية على حدة ويحدد موقفه منها على ضوء ظروفها الواقعية^(١). ومرد ذلك؛ أن مجلس الدولة الفرنسي الذي ابتكر هذه النظرية بدايةً، لم يضع شروط تطبيقها واستعمالها^(٢). بل جرى قضاؤه بالحكم وفق كل حالة على حدة وفقاً لظروفها وحيثياتها الخاصة بها؛ مستعيناً بإحدى نظريات التوازن المالي الثلاث (الظروف الطارئة، الصعوبات المادية غير المتوقعة، فعل الأمير)، كذلك هو النهج المتبع من قبل كل من مجلس الدولة المصري والسوري .

^١ د. زين العابدين بركات - المرجع السابق - ص ٦٢٤ - ٦٢٥.

^٢ د. محمد ماهر أبو العنين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة المصري حتى عام ٢٠٠٤، الكتاب الثاني، تنفيذ العقد الإداري طبقاً لقانون المزايدات والمناقصات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، مكتبة نادي مجلس الدولة المصري، بلا تاريخ، ص ٤١١-٤١٢ . راجع أيضاً: د. علي بن عبد الكريم أحمد السويلم - المرجع السابق - ص ٤٣ .

لذا وجدنا أن دراسة الأسس التي بُنيَ عليها مبدأ التوازن المالي للعقد الإداري هو جوهر نظريات إعادة التوازن المالي (سابقة الذكر)، وإذا كانت هذه الناحية بعيدة قطعاً عن الوضوح، فإنها تقسح مجالاً في الفقه إلى خلافات واسعة في التفسير؛ بسبب التداخل الكبير بين الأسس والفرضيات التي يقوم عليها مبدأ التوازن المالي، ما سوف نتناوله بشيء من الإيجاز والتبسيط ما أمكن، ومن ثم سنتعرض للأسس القضائية لمبدأ التوازن المالي للعقد الإداري التي يرتكز إليها مجلس الدولة السوري .

المبحث الثاني

أُسُس مبدأ التوازن المالي للعقد الإداري

إن أمر تحقيق التوازن المالي للعقد الإداري (التوازن الشريف) أو المحافظة على هذا التوازن على النحو الذي قصده المتعاقدان عند إبرام العقد، يأتي كنتيجة لمعالجة الاختلال الذي طرأ على هذا التوازن أثناء تنفيذ العقد، ويتمثل ذلك غالباً بحق المتعاقد في التعويض لإعادة هذا التوازن عن اختلال الميزان الاقتصادي للعقد أثناء التنفيذ.

وقد يتم تنظيم التوازن المالي للعقد بموجب أحكام العقد أو القانون، وقد تنظمه النظريات المختلفة التي تعتمد حاجة المرفق العام وضرورة انتظامه وسيره بانتظام واطراد، وهي نظريات ابتكرها ابتداءً القضاء الإداري، ثم وجدت من بعد ذلك مكانها في التشريعات المختلفة ونصوص العقد.

والإخلال بالتوازن المالي للعقد إما أن يرجع إلى استخدام الإدارة سلطتها المقررة في تعديل العقد أو ما بسبب ما تصدره من قرارات (مؤدى تطبيق نظرية فعل الأمير) أو إلى ما يطرأ على تنفيذ العقد من عوارض وظروف (ما هو مؤدى تطبيق نظرتي الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة)^(١)؛ بمعنى أنه قد يكون سبب زيادة الأعباء على عاتق المتعاقد جراء إختلال التوازن المالي لعقده، هو بفعل إجراءات إدارية أو تشريعية لا تتجه إلى العقد مباشرة ولكنها تؤثر فيه، أو بفعل تدخل مباشر من قبل الإدارة المتعاقدة بما تملك من سلطة التعديل^(٢)، وهذا هو مؤدى

^١ حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي (المبادئ والأسس العامة)، موسوعة العقود الإدارية

والدولية، بدون دار نشر، بدون تاريخ نشر، ص ٣١٤ .

^٢ د. نذير بن محمد الطيب أوهاب - المرجع السابق - ص ١٦٣ .

تطبيق نظرية فعل الأمير، وقد تكون الزيادة في الأعباء نتيجة ظروف اقتصادية خارجة عن العقد وهذا هو مؤدى تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وقد يرجع سبب الزيادة في الأعباء وإرهاق المتعاقد إلى صعوبات مادية طبيعية مادية غير مرتقبة أو متوقعة، وهذا مؤدى تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة .

وسواء تعرض المتعاقد للأولى أو الثانية أو الثالثة، فإن من شأن هذه المخاطر أو الصعوبات أن تزيد من أعبائه، مما قد يرهقه ويعطله عن تنفيذ التزاماته، وهو ما يضر بدوره بالمرفق العام؛ لذلك فإنه يكون من حقه أن يطالب بالتعويض المناسب لإعادة التوازن المالي للعقد، ويعد هذا الحق من أهم الأسس التي تقوم عليها نظرية العقود الإدارية دون حاجة في شأنها إلى نص خاص في العقد^(١).

وبما أن مبدأ التوازن المالي للعقد الإداري يُعد من أهم المبادئ التي تقوم عليها نظرية العقود الإدارية؛ فإن ذلك يقتضي منا بالضرورة أن ندرس الأسس التي يرتكز عليها مبدأ التوازن المالي وفق ما تناوله فقه القانون الإداري في (المطلب الأول) و وفق الاجتهاد القضائي لدى مجلس الدولة السوري في (المطلب الثاني).

^١ د. إبراهيم عبد العزيز شيخا، الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري، الدار الجامعية، بيروت، لعام ١٩٩٧، ص ٦٥٢ .

المطلب الأول

الأسس الفقهية لمبدأ التوازن المالي

يمكن إجمال الأسس التي تستند إليها نظرية التوازن المالي للعقد الإداري وفق ما تناوله فقهاء القانون الإداري، والتي تداخل فيما بينها إلى حد كبير، بالأسس التقليدية المتمثلة: بمبدأ العدالة والمصلحة العامة، وبطبيعة العقد الإداري وصلته بنشاط المرفق العام، وبدور مفهوم امتيازات القانون العام (امتيازات الإدارة) وبمبدأ حسن النية والإرادة المشتركة لطرفي العقد الإداري، كل ذلك ما سنبحثه في (الفرع الأول). إضافة للأساس الذي توصل إليه فقه القانون الإداري الحديث، ما هو موضوع (الفرع الثاني).

الفرع الأول - الأسس الفقهية التقليدية :

أولاً - مبدأ العدالة والمصلحة العامة : يذهب فريق من الفقهاء بأن العدالة هي المبرر والأساس التي يستند إليه مبدأ التوازن المالي للعقد الإداري، بحسبان أنه ليس من العدل بشيء أن يتحمل المتعاقد وحده آثار الظروف أو الصعوبات غير المتوقعة وإنما يتعين على الإدارة أن تتحمل أيضاً جزء منها بالتعويض عنها جزئياً، أو كلياً، بحسب الظروف المسببة لذلك^(١) .

ويستند أصحاب هذا الاتجاه، إلى أن المبدأ الأساسي الذي تستند إليه الحقوق الإدارية برمتها هو مبدأ " العدالة "؛ فالعدالة توجب على الإدارة التعويض على المتعاقد عن كل ضرر يحدث له من جراء تصرفاتها المخالفة لنصوص العقد.

^١ د. علي بن عبد الكريم أحمد السويلم - المرجع السابق - ص ٦٦ .

ومن حيث إن القضاء الإداري اتبع منذ نشأته قواعد قانونية خاصة تختلف عن أحكام القانون الخاص التي استتبطها واستوحاها من مبدأ تغليب الصالح العام، الذي هو هدف الإدارة^(١)، بالإضافة لمبدأ العدالة، الذي يحتم على الإدارة ضمان مبدأ التوازن المالي والاقتصادي للعقد الإداري، في كل مرة يختل فيها هذا التوازن لسبب لا يد للمتعاقد فيه، وهو في حقيقة الأمر يصب بمصلحة المرفق العام، لأنه يُمكن المتعاقد معها من الاستمرار بالوفاء في التزاماته، وبالتالي تأمين استمرار المرافق العامة على أداء الخدمات العامة المنوطة بها، وتحقيق الصالح العام، ويشجع الشركات الأجنبية والمحلية والمواطنين القادرين، على التعاقد مع الإدارة، وبالتالي يعود ذلك بالمنفعة على الاقتصاد القومي للدولة، بسبب جذب الاستثمارات.

وعليه يخلص هذا الجانب من الفقه لكون أن أساس نظرية التوازن المالي للعقد الإداري يستند لمبدأ العدالة، والمصلحة العامة، مُقررًا حق المتعاقد مع الإدارة في حصوله على التعويض العادل، مقابل ما سببته الظروف أو المستجدات التي طرأت على تنفيذ عقده والتي ألحقت به الضرر المتمثل بزيادة الأعباء المالية عليه، وحينئذ فمن حقه إعادة التوازن المالي لعقده، بأن يكون للمتعاقد حقه الذي قدّره عند التعاقد من ربح مجزٍ مقابل التزاماته المتفق عليها وبالتالي تتحقق مصلحة طرفي العقد ومن ثم تأمين سير المرفق العام و تحقيق المصلحة العامة^(٢).

فليس من العدالة في شيء، أن يلزم أحد طرفي العقد المدني أو الإداري بتنفيذ التزام أصبح بالنسبة إليه أكثر إرهاقاً، وأشدّ عبئاً، على وجه يتجاوز الحدود البعيدة التي

^١ قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (٢٧)، في الطعن ذي رقم (١٥) لسنة ١٩٦٣، الصادر بتاريخ

١٩٦٣/٤/٢٩، غير منشور، سجلات مكتبة مجلس الدولة السوري .

^٢ د. زين العابدين بركات - المرجع السابق - ص ٦٢٦ وما بعدها .

قدرها المتعاقدان حين إبرام العقد، وانه ليس من العدالة، أن يحصل أحد طرفي العقد، على مزايا تفوق إلى حد كبير التعهدات التي التزم بها بسبب ظروف أجنبية طرأت على العقد^(١).

ثانياً - طبيعة العقد الإداري وصلته بنشاط المرفق العام : إذا كانت القاعدة بخصوص العقود المدنية أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز تعديله أو فسخه إلا بإرادتهما المشتركة أو للأسباب التي يحددها القانون^(٢)، فإن العقد الإداري ينفرد بطبيعة خاصة تجعله يفلت من الخضوع لهذه القاعدة، وذلك لأن الثابت فقهاً واجتهاداً أن العقود الإدارية تختلف عن العقود المدنية في أنها تستهدف مصلحة عامة لسير العمل في مرفق عام، حيث أن كفتي المتعاقدين فيها غير متكافئتين، إذ يجب أن يراعى فيها دائماً وقبل كل شيء، تغليب الصالح العام على مصلحة الأفراد، و أن الإدارة لا يمكن أن تترك دائماً إلى مزاعم متعاقديها القائمة على أساس أن العقد شريعة المتعاقدين، وتترك إنجاز الأعمال التعاقدية تسير وفقاً لخطة أو لشروط لم تعد ملائمة لحاجات المرفق العام، حيث إن المركز الخاص للإدارة المتعاقدة يستدعي وجود بعض المرونة في علاقاتها التعاقدية مع الأفراد، ومن ثم فإنه من اللازم أن لا ينظر إلى العقد الإداري باعتباره مصدراً للالتزامات تعاقدية فحسب - كما هو الشأن في القانون الخاص - بل يتعين أولاً وقبل كل شيء أن يوضع في

^١ د. عبد الله طلبة ، مبادئ القانون الإداري - المرجع السابق - ص ٣٥٠ .

^٢ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم(٤٥) في الطعن(٢٢٢) لسنة ١٩٨٦، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٨٦، ص ٢٦٦ .

الاعتبار، أن العقد الإداري يؤدي دوراً هاماً في تسيير المرفق العام بطريق مباشر أو غير مباشر، ما أدى إلى استقلال فكرة العقد الإداري عن نظيره المدني^(١). ويرتب على ذلك أن للشخص المعنوي الحق في مراقبة تنفيذ العقد وفي تغيير شروطه بالإضافة والتعديل والحذف حتى وفي إنهائه في أي وقت طالما أن المصلحة العامة المنشودة منه تستلزم ذلك^(٢).

ونظراً لطبيعة العقد الإداري من حيث اتصاله بالمرفق العام، ولكونه يبرم عادة لفترات طويلة من الزمن تتغير خلالها الظروف، ما أوجب الأخذ بمبدأ الحفاظ على توازنه المالي كما قصده المتعاقدان عند الإبرام؛ لأن الأساس القانوني الجوهري للتوازن المالي يستند إلى مبدأ "سير المرفق العام بانتظام واطراد" فالحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري يُعد من أهم الآليات التي تضمن سير المرفق العام دون انقطاع للنفع العام الذي هو غايته، فلا يجوز تعرض المرفق العام لخطر التوقف نتيجة عدم قدرة المتعاقد مع الإدارة عن استمرار في تنفيذ التزاماته إثر تعرضه لظرف طارئ غير متوقع، وهذا يستتبع بالضرورة، أن تهب الإدارة لتقديم العون اللازم لهذا المتعاقد في سبيل ضمان الاستمرار للمرفق العام على أحسن وجه^(٣).

وبناء عليه فقد ذهب جانب من الفقه إلى أن أساس مبدأ التوازن المالي يكمن في طبيعة العقود الإدارية وصلتها بنشاط المرافق العامة، وهذا الأمر يفرض على الإدارة مد يد المساعدة للمتعاقد معها كلما تعرض لظروف، وصعوبات، جعلت التنفيذ أكثر

^١ د. سليمان محمد الطماوي - المرجع السابق - لعام ١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م، ص ٦٨٢.

^٢ قرار المحكمة الإدارية العليا السورية، رقم (٦٣) لعام ١٩٦٨، في الطعن ذي رقم (٣٠) لسنة ١٩٦٨، الصادر بتاريخ ١٢/١٢/١٩٦٨، غير منشور.

^٣ د. عبد الله طلبة، مبادئ القانون الإداري - المرجع السابق - ص ٣٥١.

كلفة، وهددته بخسارة وعرضت المرفق العام لخطر التوقف، وقد استند الفقه في ذلك إلى مايلي :

١- إن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة استمرار المرافق العامة، تقتض مضمناً حدوث تغيير في ظروف العقد وملايساته وطرق تنفيذه تبعاً لمقتضيات سير المرفق^(١). وإن المتعاقد انصرفت نيته عند إبرام العقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة معاً^(٢).

٢- إن الإدارة عندما تتعاقد مع الغير من أجل إشباع الاحتياجات العامة، لا يعني على الإطلاق تخليها عن تحقيق المصلحة العامة، بل تبقى المسؤول الأول والأخير عن حسن تسيير المرفق العام، لإشباع الحاجات العامة، فهذا أمر ناتج عن مبدأ "سير المرفق العام بانتظام واطراد"^(٣).

^١ راجع حكم محكمة القضاء الإداري المصري الصادر في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦، في القضية رقم ١٦٠٩ لسنة ١٠ قضائية، السنة ١١، ص ٩٠، نقلاً عن د. سليمان محمد الطماوي - المرجع السابق - ص ٤٦١ - ٤٦٢.

^٢ وحكم محكمة القضاء الإداري المصري الصادر في ٣٠ يونيو لعام ١٩٥٧، في القضية رقم ١٩٨٣ لسنة ٧ قضائية، السنة ١١، نقلاً عن د. سليمان محمد الطماوي - المرجع السابق - ص ٤٦٣ .

^٣ يعتبر "مبدأ دوام سسير المرافق العامة بانتظام واطراد" أيأ كان نوعها أو نشاطها بانتظام مبدأً جوهرياً تمليه طبيعة وفكرة المرافق العامة . فالمرافق العامة تنشؤها الدولة - أو الإدارة المحلية - لإداء خدمات ضرورية للمواطنين وإشباع حاجاتهم الأساسية وفكرتها الأساسية تقتضي سيرها بانتظام ودوام أي بدون انقطاع . فنتصور كيف يكون حياة الناس لو انقطع أو توقف أو أعيق سير مرفق الشرطة أو الأمن العام، كيف يأمن الناس على أشخاصهم وأرواحهم وأموالهم وأسرهم؟ كذلك كيف تصير حياة الأفراد لو توقف أو إنقطع سير مرفق توريد المياه أو الكهرباء؟ لاشك أنه لوحدث ذلك لأقدر الله ، لأصيبت حياة الناس بالشلل وكذلك أصيب الاقتصاد الوطني في الصميم . وقد استقر عليه القضاء الإداري، أي مجلس الدولة الفرنسي ومجلس الدولة المصري ومجلس السوري، من خلال أحكامه ودون حاجة لنص تشريعي مباشر بقرر المبدأ. وقد ساير الفقهاء أحكام القضاء الإداري في تأكيد هذا المبدأ وصياغته على نحو محكم وديق. راجع في ذلك، د محمد رفعت عبد الوهاب- المرجع السابق- من ص٣٠٧ حتى ص ٣١٣.

٣- طالما أن هذه الحاجات العامة قابلة للتطور والتغير مع الزمن، لذا يجب على الإدارة مطابقة العقد والضرورات المستجدة للمرفق العام، وهذا الأمر ناتج من مبدأ قابلية نظام المرافق العامة للتعديل والتغيير^(١).

إذ أن الديناميَّة والحركيَّة والمرونة التي يتصف بها العقد الإداري، وإمكان تعديل التزامات المتعاقد مع الإدارة بإرادتها المنفردة، سيُعرض المتعاقد لزيادة التزاماته وأعبائه دون أي خطأ منسوب إليه، وقد ينعكس ذلك سلباً على المرفق العام، نتيجة عجز المتعاقد مع الإدارة عن الوفاء بالتزاماته الجديدة أو بسبب تحولها إلى التزامات مرهقة أو شديدة الإرهاق له من الناحية المادية.

٤ - زد على ذلك إن المتعاقد مع الإدارة يأخذ على عاتقه القيام بأعمال كبيرة وهام لذا فمن المنطقي أن تساهم الإدارة مع المتعاقد، وأن تمد له يد العون إذا اختلَّ التوازن المالي للعقد، بسبب طارئ غير متوقع خارج عن إرادته، لأن أساس تنفيذ العقد قد طرأ عليه ما يوجب مراعاته لا إهماله^(٢).

^١ المقصود بمبدأ "قابلية نظام المرافق العامة للتعديل والتغيير" إن المرافق العامة التي تنشئها السلطة العامة بقانون إنما تستهدف الوفاء بحاجات عامة أساسية لمجموعة المواطنين أو فئات عريضة منهم . ومن ثم يجب أن تسير تطورات العصر والاكتشافات الجديدة والوسائل والطرق الفنية المستحدثة ، بهدف تحقيق الحاجات العامة والمنفعة العامة على أفضل وجه . وهذا يتطلب التسليم بمبدأ قابلية وإمكانية تعديل القوانين واللوائح التي تنظم مرافق العامة في كل وقت ، فهذه السلطة في التعديل مسلم بها فقهاً وقضاءً للدولة بسلطتها التشريعية والتنفيذية . وتطبيقاً للمبدأ السابق على عقود التزام المرفق العام وبالرغم من أن الملتزم الذي يدير المرفق العام يكون شركة خاصة أو فرد، إلا أنه يحق للسلطة الإدارية مانحة الإلتزام أن تعدل نظام المرفق وقواعده وهو ما يسمى بالشروط اللاتحجية لعقد الإلتزام، طالما أن هذه التعديلات يوجبها الصالح العام وحاجات المجتمع . وليس للشركة الملتزمة التي تتولى إدارة المرفق الاعتراض على هذه التعديلات، وإنما كل مالها من حق هو طلب التعويض المناسب عن الأضرار أو الأعباء الجديدة التي يتضمنها النظام الجديد المعدل، تطبيقاً لمبدأ التوازن المالي للعقد الإداري. راجع في ذلك أيضاً ، د محمد رفعت عبد الوهاب - المرجع السابق - ص ٣١٩ .

^٢ د. عبد الله طلبة ، مبادئ القانون الإداري، الجزء الثاني ، جامعة دمشق، بدون دار نشر ، لعام ٢٠٠٨-٢٠٠٩، ص ٣٥٠ وما بعدها .

وبما أن فكرة حماية التوازن المالي للعقد لمصلحة المتعاقد لا ترتبط بخطأ الإدارة^(١)، وإنما مبعثها ومنشؤها هي ضرورة حماية المصلحة المالية للمتعاقد - إذا ما طرأت أحداث تخرج عن إرادته وتزيد من أعبائه إلى حد بعيد - لذا تغدو حماية مصلحة المتعاقد الخاصة وحقه في التوازن المالي للعقد أمراً جوهرياً، إذا أن ذلك سيصب من حيث النتيجة في مصلحة المرفق العام، وما يؤيد وجهة النظر هذه هو أن إهدار مصالح المتعاقد المشروعة في الحفاظ على التوازن المالي لعقده إنما سوف يؤدي للإضرار بالمصلحة العامة، ويتجسد هذا الإضرار بشكلين:

الأول: إحجام الأفراد والشركات الكبيرة عن الإقبال على التعاقد مع الإدارة. الثاني: إلحاق الضرر بالمرفق العام إذا ما توقف المتعاقد عن التنفيذ بسبب ظروف طارئة تقلب اقتصاديات العقد، وتجعل تنفيذ العقد مرهقاً جداً للمتعاقد من الناحية المالية^(٢).

ثالثاً - دور مفهوم امتيازات القانون العام في أرساء مبدأ التوازن المالي: يرتبط هذا الأساس بالأساس السابق ويتفرع عنه، بحسبان أن العقد الإداري هو أحد أساليب إشباع الحاجات العامة لتحقيق المصلحة العامة، ومن أجل الحفاظ على هذه المصلحة، تم منح الإدارة امتيازات السلطة العامة، حيث تتمتع الإدارة - كطرف في العقد الإداري - بعدة سلطات لا مقابل لها في العقود الخاضعة للقانون الخاص، والتي تستخدمها ضمن الحدود التي رسمها القانون، وتتجلى هذه السلطات في سلطة الرقابة والإشراف والتوجيه، وسلطة التعديل الإنفرادي، وسلطة فرض الجزاءات الإدارية والمالية، وأخيراً سلطة إنهاء العقد.

^١ لأنه لو كان اختلال التوازن المالي قد حصل نتيجة خطأ الإدارة أو المتعاقد لكننا أمام أحكام المسؤولية العقدية ومخالفة شروط العقد....

^٢ د محمد رفعت عبد الوهاب - المرجع السابق - ص ٥٣٩ - ٥٤٠ .

ولا يتناقض مع هذه الامتيازات منح المتعاقد التعويض المناسب عن الأضرار اللاحقة به نتيجة استخدام تلك السلطات؛ وذلك لأن هذه الحقوق قررت للمتعاقد في سبيل وجود توازن مع سلطات الإدارة المشار إليها .

ومن جهة أخرى، فإن سلطة الإدارة في تعديل التزامات المتعاقد، والذي هو حق مستمد من المبدأ العام الذي يحكم المرافق العامة، والقاضي بضرورة تعديل هذه المرافق وتغييرها في كل وقت ليتلاءم مع كل ما هو جديد، ولتؤدي بالتالي خدماتها على أفضل وجه، وسلطة التعديل المذكورة تبرز في عقود الالتزام بينما تكون بأضيق الحدود في عقود التوريد^(١). وبالتالي فإذا ترتبت على تلك التعديلات أعباء إضافية على المتعاقد أدت إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد؛ فإنه يحق للمتعاقد المطالبة بالتعويض عنها، الأمر الذي يتطلب إعادة التوازن بين حقوق المتعاقد والتزاماته، وهو ما يعبر عنه بفكرة التوازن المالي للعقد الإداري، فليس من العدل بشيء أن يتحمل المتعاقد وحده تلك الأعباء الإضافية، وقد ساق الفقه عدد من الحجج المنطقية لتأييد ذلك^(٢) :

- ١- إن نصوص العقد الإداري تؤول بمجموعها كلاً بمقتضاه التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين، وإن التوازن المالي أمر مفترض في كل عقد إداري، ومن حق المتعاقد مع الإدارة أن يعرض بمقتضاه دون حاجة إلى النص على ذلك في العقد .
- ٢- إذا كان من حق الإدارة تعديل العقد (و هو أمر يُفترض أن يكون المتعاقد على علم به) فإن ذلك لا ينبغي أن يهدر حقهُ في التعويض عما يلحقه من ضرر نتيجة

^١ د. جابر جاد نصار - المرجع السابق - في التصرف (من ص ٢٢٦ وحتى ص ٢٣٠) .

^٢ المستشار سمير صادق، العقد الإداري في مبادئ الإدارة العليا، الهيئة المصرية العامة للكتاب، لعام ١٩٩١، ص ١٤٥ - ١٤٦ .

لممارستها سلطة التعديل، فلا يتصور أن المتعاقد مع الإدارة يقبل معاونتها في تسيير المرفق بالمجان وبغير مقابل أو بمقابل بخس، وإن العدالة تأبى حرمان المتعاقد من حقه المشروع في الفائدة أو الربح الذي قدره عند إبرام العقد، إذا ما مارست الإدارة حقها في التعديل تحقيقاً للمصلحة العامة، ويشكل القضاء الإداري الضمان الرئيسي لتحقيق هذه العدالة.

٣- ومن غير المقبول أيضاً القول: إن المتعاقد مع الإدارة يسعى لتحقيق مصلحة خاصة، ومن ثم فمن غير المعقول المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي يلحق به نتيجة أي إجراء تتخذه الإدارة. إلا أننا نرى في هذا الرأي مجافاة واضحة للمنطق والعدالة، التي تفترض تعويض المتعاقد عن كل ضرر يلحق به سواءً أكان ذلك بسبب الإدارة أو بسبب أجنبي لا يد له فيه .

٤- كما أن إثثار ضرورات المرفق العام على المصالح الخاصة للمتعاقد مع الإدارة ليس معناه التضحية بهذه المصالح، بحيث يتحمل المتعاقد وحده جميع الأضرار الناشئة عن التعديل، دون أن تلتزم مقابل ذلك بالتعويض لإعادة التوازن المالي للعقد لأن القول بغير ذلك سيؤدي من الناحية العملية إلى أن أحداً من الناس لن يقبل المجازفة، ويبرم مع الإدارة عقداً يخضع لمحض تحكم سلطتها العامة، ويتعرض فيه إلى خسارة محققة لا سبيل إلى تعويضها^(١).

رابعاً - مبدأ حسن النية والإرادة المشتركة لطرفي العقد الإداري : هناك قسم من الفقهاء يرجع أساس مبدأ التوازن المالي إلى حسن النية، وذلك بافتراض أن نية الطرفين المشتركة عند إبرام العقد الإداري قد اتجهت إلى النهوض بمرفق عام وحسن

^١ حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم (٩٨٣) لسنة ٨، جلسة ١٩٥٧/٦/٣٠ . مأخوذ عن: المستشار ، سمير صادق- المرجع السابق - ص ١٤٥-١٤٦ .

سيره وتحقيق الصالح العام. بمعنى أنه طالما أن التعاقد يتم على أساس أن نية الطرفين قد انصرفت عند التعاقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة^(١)؛ فإن ذلك يستتبع بالضرورة قيام الإدارة بتعويض المتعاقد معها عن أية أضرار قد تلحق بحقوقه المالية، تلك الحقوق التي تشكل الباعث على التعاقد مقابل حقها في تعديل شروط العقد، بسبب تغير الظروف المحيطة بالتنفيذ. بيد أن هذا الرأي لم يسلم من النقد لكون هذا الافتراض لا يصدق إلا في حالة النص صراحة في العقد على ضمان الإدارة للتوازن المالي للعقد، أما في حالة عدم النص صراحة فلا مجال لهذا الضمان .

لذا يجدر هنا التمييز بين حالتين:

الحالة الأولى: عندما يتوقع الطرفان - عند إبرام العقد - الظروف أو الأمور التي قد تؤدي إلى اختلال باقتصديات العقد، فيضعان الحلول لمواجهتها؛ إذ تحرص معظم العقود الإدارية الحديثة (كعقود **B.o.t**)^(٢) ودفاتر شروطها الخاصة على سبيل المثال) على إبراز الأحكام المنظمة للشروط الحماية الخاصة بإعادة النظر في المقابل المالي المستحق للمتعاقد خلال فترة تنفيذ العقد وتضمنين مثل هذه الشروط بعقودهم، ومنها (شرط إعادة الملائمة - شرط المراجعة للعلاقة العقدية...) علماً أن هذه الشروط ترتبط بمسألة تغير الظروف الاقتصادية والمالية للعقد الإداري^(٣).

^١ راجع حكم محكمة القضاء الإداري المصري، الصادر في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦ - سبق الإشارة إليه - .

^٢ التي تندرج ضمن زمرة عقود تقويض المرافق العامة التي يكون محلها مشاريع البنية التحتية الضخمة كبناء السدود ومحطات الكهرباء والجسور .

^٣ حصايم سميرة، عقود **B.O.T**: إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون التعاون الدولي، جامعة مولدي معمري - تيزي وزو، لعام ٢٠١١، ص ٥٤ - ٥٦ ، المنشور على شبكة الإنترنت على الموقع : <http://www.ummtto.dz/IMG/pdf/MEMOIRE1.pdf> . راجع أيضاً: =

و الجدير بالذكر، بأنه قد يُصدر المشرع أو السلطة الإدارية إجراءات معينة لوقف ارتفاع الأسعار، تمثل قيداً على حرية المتعاقدين في مجال إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ظل التغيرات الاقتصادية المتوقعة لجهة ارتفاع الأسعار، حيث يتم تثبيت أسعار المنتجات والخدمات حتى تاريخ معين، ومثال ذلك إصدار المشرع الفرنسي في مناسبات عديدة لإجراءات من هذا القبيل في ظل القانون الصادر في ٢١ أكتوبر ١٩٤٠ بشأن تثبيت الأسعار^(١).

لذا نجد أن معظم التشريعات التي تنص على إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ظل الظروف الاقتصادية المتوقعة، تنص صراحة على مبدأ إعادة النظر دورياً في المقابل النقدي المستحق للمتعاقد في نطاق العقود الإدارية، مع ترك ضوابط تطبيقه لكل عقد على حدة حسب ظروفه الخاصة، وهو الأمر الذي أخذ به المشرع الفرنسي في المادة (٧٨) من مدونة العقود الإدارية في فرنسا، التي تؤكد ضرورة النص صراحة في العقد على شروط مراجعة الثمن المقرر للمتعاقدين. كذلك نهج المشرع المصري باعتماد مبدأ إعادة النظر في الرسوم التي يتقاضاها الملتزم من المنتفعين في مجال عقود الإمتياز في المادة الثانية من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧م، الخاص بالتزامات المرافق العامة، إذ ورد فيها: " يكون لمانح الالتزام الحق في إعادة النظر في قوائم الأسعار عقب كل فترة زمنية على الأسس التي تحدد في وثيقة الالتزام ". كما نصت المادة الخامسة من القانون المذكور على مايلي: " إذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها، ولا يد لمانح الالتزام أو الملتزم فيها، وأفضت

= نوفان العقيل العجاردة، عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية لـ B.O.T وتطبيقاته في النظام القانوني الإداري، دراسات الشريعة والقانون، المجلد ٤، ملحق ١، لعام ٢٠١٣، ص ١٠٥٦، المنشور على شبكة الإنترنت على الموقع:

<https://journals.ju.edu.jo/DirasatLaw/article/download/5620/3515>

^١ د. محمد سعيد حسين أمين - المرجع السابق - ص ٤١١ .

إلى إخلال بالتوازن المالي للالتزام أو إلى تعديل كيانه الاقتصادي كما كان مقدراً وقت منح الالتزام، جاز لمانح الالتزام أن يُعدل قوائم الأسعار، وإذا اقتضى الحال أن يُعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله، وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر في استغلاله، أو لخفض الأرباح الباهظة إلى القدر المعقول^(١).

وتهدف التشريعات المذكورة إلى جعل الأسعار ملائمة للظروف الاقتصادية السائدة بحيث تكون مناسبة لحقوق المتعاقد مع التزاماته وفق ما يستجد من ظروف؛ لذلك نجد أن المشرع المصري قد نص صراحة على مبدأ إعادة النظر بصفة دورية في الأسعار كقاعدة عامة مع ترك ضوابط تطبيق هذا المبدأ للظروف الخاصة بكل عقد على حدة.

ولا بد من الإشارة هنا إلى أن التشريع الناظم للعقود الإدارية في سورية مازال خالياً من مثل هذه الأحكام، تاركاً تحديد ذلك لإرادة أطراف العقد ولاجتهاد القضاء الإداري، والذي نتمنى معه سد هذا النقص بإصدار تشريع لاحق ينص بشكل صريح على مراعاة التوازن المالي منذ بداية تنفيذ العقد الإداري وحتى نهايته بشكل طبيعي، على النحو الذي سار عليه كل من الفرنسيين والمصريين في هذا الخصوص. علماً أن هذا النقص قد تم تلافيه بشكل نسبي في قانون التشاركية بين القطاع العام والخاص رقم (٥) لعام ٢٠١٦ الذي استثنى من تطبيق أحكامه العقود

^١ د. ياسر أحمد كامل الصيرفي، النظام القانوني لعقد B.O.T ومدى خضوعه لقواعد القانون الخاص، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، لعام ٢٠٠٨، ص ١١٥ .

التي يبرمها القطاع العام وفقاً لنظام العقود الإدارية الموحد في سورية الصادر بالقانون رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤ وتعديلاته^(١).

أما الحالة الثانية : وهي حالة عدم تضمين طرفي العقد لأحكام خاصة بمواجهة ما قد يطرأ أثناء التنفيذ من ظروف وصعوبات ومخاطر من شأنها إحداث خلل بالتوازن المالي للعقد، في ظل عدم وجود تشريع ينظم أمر المحافظة المستمرة والدورية للتوازن المالي للعقود الإدارية. ففي هذه الحالة وبما أن أمر تحقيق التوازن المالي للعقد الإداري لا يطبق في حالة وجود خطأ منسوب إلى الإدارة أو عند إخلالها بالتزاماتها، وإنما يتم الأخذ بها في حالات التعويض التي يستحقها المتعاقد استناداً إلى نظريات إعادة التوازن المالي دون خطأ منسوب إلى الإدارة^(٢)؛ لذا فلا حاجة للنص عليها في العقد صراحة، فهذه الحالات هي التي ابتكر لها القضاء الإداري، وقد أيده الفقه في ذلك، ثلاث نظريات هي : فعل الأمير، والظروف الطارئة، والصعوبات المادية غير المتوقعة، والتي يتم إعادة التوازن المالي للعقد على أساس واحد من هذه النظريات، والتي سندرسها تباعاً في مواضع لاحقة^(٣).

و وفق ذلك وبناءً على هذا التمييز، وأياً كانت وجهة النظر التي يراها الفقهاء في شروحاتهم لمفهوم "مبدأ حسن النية" (النية المشتركة الحسنة لطرفي العقد الإداري) أو لمبدأ " أن المتعاقد شريك الإدارة في تسيير المرفق العام لتحقيق الصالح العام"

^١ الفقرة ب/ من المادة ٣/ من القانون رقم (٥) لعام ٢٠١٦. علماً أن هذا القانون يتعلق بالتشاركية بين القطاعين العام والخاص في استثمار أو تصميم أو إنشاء أو بناء أو تنفيذ أو صيانة أو إعادة تأهيل أو تطوير أو إدارة أو تشغيل مرفق عام أو مشروع لدى جهة عامة وذلك بهدف المساهمة في تقديم خدمة عامة أو أي خدمة تتوخى تحقيق المصلحة العامة مباشرة استناداً للمادة الأولى منه .

^٢ د. محمد أديب الحسيني، **الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام b.o.t**، رسالة دكتوراه ، جامعة دمشق، لعام ٢٠٠٩، ص ٤٠١ وما بعدها .

^٣ د. علي بن عبد الكريم أحمد السويلم - المرجع سابق - ص ٦٤ - ٦٥.

نجد أن الفقه الذي يُسند مبدأ التوازن المالي للعقد إلى النية المشتركة للمتعاقدين، يعتبر أن طرفي العقد اتفقا ضمناً على الاحتفاظ بالتوازن المالي للعقد، و قد اضمرا عند إبرامهما العقد المعادلة الأساسية له، وهذا الاحتفاظ يعتبر بنداً من بنود العقد، سواء أكان صريحاً منصوصاً عليه، أم ضمناً يستنتج من مضمون العقد^(١).

وينتقد بعض الفقهاء هذا الرأي الذي ينسب إلى النية المشتركة للمتعاقدين مفهوماً قد لا تتصرف إليه؛ ويعتبرون هذا التفسير نوعاً من الاستعمال التعسفي يؤدي إلى الغموض والتوسع في مفهوم مبدأ التوازن المالي للعقد^(٢)، إلا أنه وفي كل الأحوال فإننا نجد - وبحق - أن الفكرة مقبولة لدى الكثير من الفقهاء، وقد أخذ بها القضاء صراحة في العديد من أحكامه، ما يعزز في اعتقادنا دور رقابة القضاء الإداري لدى لمجلس الدولة، والضمانة التي يشكلها القضاء المذكور في تطبيق القانون وتحقيق العدالة بين طرفي العقد الإداري.

وبناء على التفريق المذكور، يُرجح كثير من شراح القانون أن أساس تطبيق قاعدة التوازن المالي للعقد يعود إلى النية المشتركة للطرفين المتعاقدين، وذلك في حالة النص صراحة في العقد أو في دفتر الشروط الخاصة على ضمان الإدارة للتوازن المالي لعقد، وأما في غير حالة النص صراحة في العقد، فإن مرجع هذه القاعدة عندها يرجع إلى مبدأ العدالة، وصالح المرفق العام، باعتبار أن فكرة التوازن المالي للعقد الإداري هي أساس عام لا يجوز الاستغناء عنه.

وحيث نجد أن مجلس الدولة الفرنسي قد أكد على ذلك، وهو الذي لا يهدر مبدأ ((العقد شريعة المتعاقدين))، ولكنه إذا تبين له تغير الظروف المحيطة بتنفيذ العقد،

^١ عبد الهادي عباس - المرجع السابق - ص ٢٤ .

^٢ د. علي عبد الأمير قبلان - المرجع السابق - ص ٣٩٦ .

فإنه يبحث عن الإرادة المفترضة للمتعاقدين، ويهدر الالتزامات المتفق عليها صراحة أو ضمناً؛ ففي نظر مجلس الدولة الفرنسي، أن تغير الظروف يجعل الاتفاق غير نافذ ويؤدي إلى وجوب تعديله بما يتلاءم مع الظروف الجديدة وبما يعيد التوازن المالي للعقد، لأن المتعاقدين عند إبرامهما العقد لم يتوقعا هذه الظروف الجديدة^(١).

وقد اتبع مجلس الدولة السوري النهج الفرنسي المذكور، حيث استقر اجتهاد القضاء الإداري السوري على أن النص في العقد صراحة على تحمل المتعهد لتقلبات الأسعار التي قد تطرأ على العقد في المستقبل (أي عدم تحمل الإدارة لأي زيادة تطرأ على أسعار المواد العقدية) بمعنى عدم ضمان الإدارة لمسألة الحفاظ على التوازن المالي للعقد؛ فإن ذلك لا يحول دون تطبيق التوازن المالي للعقد، وتقاضيه (أي المتعهد) للزيادة المرهقة التي تفوق النسبة التي يتحملها بموجب المادة ٦٣/ من نظام العقود الموحد السوري رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤^(٢). فنجد أن مجلس الدولة السوري قد خرج عن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، في غير حالات الخطأ المنسوب إلى الإدارة، إلى الإرادة المفترضة للمتعاقدين، التي انصرفت ضمناً للمحافظة المستمرة على التوازن المالي للعقد على النحو المقصود عند إبرام العقد.

فقد جرى اجتهاد مجلس الدولة السوري بقسميه القضائي والاستشاري على تقديم حكم القانون على النص العقدي، مُستنداً في ذلك على أن قانون العقود الإدارية الموحد إنما يُعدُّ فرع من فروع القانون العام الذي تتسم أحكامه وقواعده بكونها قواعد أمر،

^١ د. علي بن عبد الكريم أحمد السويلم - المرجع السابق - ص ٤١ .

^٢ قرار محكمة القضاء الإداري، رقم (١/١٢٨٦)، في القضية ذات الرقم (١/٢٥٢١)، لعام ٢٠١٤، الصادر بتاريخ ٢١/١٢/٢٠١٤، غير منشور. والمكتسب الدرجة القطعية لعدم الطعن به. وأيضاً القرار الصادر عن المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (٦٤) في الطعن رقم (٥٧) لعام ١٩٨٧ (المشار إليه ضمن الحكم نفسه).

وأنها تقوم على ركنين أساسيين هما المصلحة العامة والعدالة؛ وعليه فإن تطبيق المجلس لنظرية التوازن المالي رغم النص على نهائية الأسعار عقدياً يُستمد أيضاً من اعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة والعدالة^(١).

الفرع الثاني - الأساس الفقهي الحديث :

إن الفقه الحديث يؤسس نظرية التوازن المالي على أساس "نظرية المخاطر و تحمل التبعة" و"مسؤولية الإدارة العقدية بدون خطأ" وقاعدة "الغنم بالغرم"، منطلقاً من تحقيق المساواة بين جميع المواطنين أمام الأعباء والتكاليف العامة، وآية ذلك أنه مما يتنافى مع مبدأ المساواة أن يتحمل المتعاقد كل الأعباء والتكاليف الباهظة جراء ظروف عامة أو صعوبات مادية غير متوقعة أو أفعال أو إجراءات إدارية تصدر عن السلطات العامة، في حين يستفيد المواطنون من خدمات المشروع محل العقد، فلا تتحقق المساواة إلا بأن تتحمل الخزينة العامة الأعباء التي أضافتها تلك الظروف أو الصعوبات أو الإجراءات^(٢). وتوضيحاً لذلك فإن للجهة الإدارية المتعاقدة التصرف كسلطة عامة لتحقيق الصالح العام، فإذا ما تصرفت في حدود سلطاتها - بشكل مشروع- وتسبب ذلك ضرراً للمتعاقد معها، فيكون عليها جبر الضرر بالتعويض عنه، تأسيساً على هذه النظرية، التي تقوم بدورها على أساس مسؤولية الإدارة بدون خطأ. أما إذا انطوى تصرفها على خطأ، فإنها تسأل طبقاً لقواعد المسؤولية التعاقدية التي يترتب عنها تعويض المتعاقد المتضرر بسبب هذا الخطأ العقدي. ومثال ذلك

^١ قرار محكمة القضاء الإداري، رقم (١/١٢٨٨)، في القضية ذات الرقم (١/٢٥٢٣)، لعام ٢٠١٤، الصادر بتاريخ ٢٠١٤/١٢/٢١، غير منشور، والمكتسب الدرجة القطعية لعدم الطعن به .

^٢ د. محمد الشافعي أبو راس- المرجع السابق- ص ١٠٥ - ١٠٨. راجع أيضاً: د. إبراهيم عبد العزيز شيخا- المرجع السابق - ص ٦٣٥ .

أن الإدارة عند عدم وفائها بالالتزامها (كعدم فتح الاعتماد المستندي في أحد البنوك في الموعد المحدد في العقد) مما أدى إلى عدم وفاء المتعهد بالتزاماته فهو أمر ناتج عن خطأ الإدارة ولا يد له فيه^(١)، فتكون مسؤولية الإدارة المتعاقدة هنا، مسؤولية عقدية لارتكابها خطأ تعاقدي، وليس على أساس نظرية التوازن المالي. وبكل الأحوال، فقد أجمع الشراح على اعتبارات عملية، وأخرى قانونية، دعت لتطبيق مبدأ التوازن المالي للعقد الإداري :

فأما العملية: فتتمثل في أن من مصلحة الإدارة أن تحافظ على المتعاقدين معها حتى يصبحوا على مدى الزمن، متعاملين دائمين مع الجهات العامة، لعلمهم أن هناك ضماناً تقدمه الإدارة ضد المصاعب غير المتوقعة، وأنهم لن يتحملوا على عاتقهم هذه الصعوبات بما يخلق لهم إلزاماً بتأمين سلامة التنفيذ. فمما لاشك فيه أن زيادة أعباء المتعاقد على نحو لم يكن يتوقعه لحظة إبرام العقد ورفض الإدارة لمساندته للتغلب على تلك الأعباء سيصل بالإدارة إلى نتيجة مزدوجة تتمثل في نفور الأفراد من قبول التعاقد معها هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن خدمات المنتفعين بالمرفق العام محل العقد ستكون مهددة بالتوقف نتيجة عجز المتعاقد عن الوفاء بالتزاماته التعاقدية^(٢).

وأما القانونية: فمردّها إلى النية المشتركة للمتعاقدين؛ ذلك أن السعر المتفق عليه في العقد يقصد به مواجهة التنفيذ في الظروف العادية، أما الصعوبات غير

^١ قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (٦٣) في الطعن ذي الرقم (٢٠)، لسنة ١٩٦٨، الصادر بتاريخ ١٩٦٨/١٢/٢م، المأخوذ عن سجلات مكتبة مجلس الدولة، المجلد رقم ١، غير منشور. وبذلك تفترق المسؤولية التعاقدية في القانون الإداري (نقصد مسؤولية الإدارة بدون خطأ تعاقدي على أساس فعل الأمير) عن نظيرتها في القانون الخاص التي تقوم على أساس الخطأ التعاقدي .

^٢ د. محمد سعيد حسين أمين - المرجع السابق - ص ٤٨ .

المتوقعة، التي لم تخطر ببال الطرفين، فيُفترض أنهما قصداً أن يُقدّر مقابلتها بطريقة خاصة تتناسب والواقع الجديد التي فرضته هذه الصعوبات^(١).

وفي اعتقادنا أن الأساس القانوني لنظرية التوازن المالي للعقد الإداري في سورية يمكن إسناده لنص الفقرة د/ من المادة (٥٣) من نظام العقود الإدارية الموحد لعام ٢٠٠٤ المتعلقة بنظرية الظروف الطارئة^(٢)، وإلى كل من نص المادة (٦٣) ونص المادة (٦٤) من القانون المذكور المتعلقان بفروقات أسعار المواد التعاقدية و اللتان تعدان فرع من فروع نظرية الظروف الطارئة (ما سنتناوله بالتفصيل في موضعه) وفيما عدا ذلك فإننا نعتقد أن الأساس القانوني لنظرية التوازن المالي في العقد الإداري يمكن رده للمبادئ الأساسية العامة التي رسم الدستور السوري خطوطها العريضة، إلا وهي مبادئ "العدالة" و "المساواة أمام القانون في الحقوق والواجبات"^(٣).

فالعدالة هي أول الحقوق وأساسها، وخصوصاً العدالة في تحمّل التكاليف العامة التي يجب أن تُوزع على كل أفراد المجتمع على قدم المساواة، طالما أنها تُدفع في سبيل مصلحتهم جميعاً، لذلك لا يجوز أن يتحملها البعض دون البعض الآخر من الأفراد^(٤)، وبناءً عليه فلا يجوز أن يتحمل المتعاقد وحده الأعباء المالية الزائدة خلال فترة تنفيذ التزاماته التعاقدية، كأن تصدر قوانين أو أنظمة تؤدي لرفع أجور

^١ د. نذير بن محمد الطيب أوهاب - المرجع السابق - ص ١٨٩. راجع أيضاً د. سمير عثمان اليوسف - المرجع السابق - ص ٨٢ .

^٢ د- إذا طرأت ظروف أو حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ التعهد وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً بحيث يهدد بخسارة فادحة كان للمتعاقد الحق بطلب تعويض عادل ((.

^٣ المواد (١٨ و ٣٣) من دستور الجمهورية العربية السورية لعام ٢٠١٢ .

^٤ د. ياسر حويش، د. مهدي نوح، الحريات العامة وحقوق الإنسان، الجامعة الافتراضية السورية، برنامج الحقوق، بلا دار نشر، بلا تاريخ، في التصرف (ص ٤٩ وص ٦٨) .

ورواتب الموظفين والعمال أو تؤدي لرفع أسعار المواد الأساسية المحصورة بجهات حكومية والداخلية في تنفيذ العقد، فيجب على الإدارة عندها تعويضه لإعادة التوازن المالي للعقد على النحو المقصود عند الإبرام .

المطلب الثاني

الأسس القضائية لمبدأ التوازن المالي

لدى مجلس الدولة السوري

لقد ارتكز قضاء مجلس الدولة السوري في معرض تطبيق نظرية التوازن المالي بصدد العديد من المنازعات القضائية المتعلقة بتنفيذ العقود الإدارية، على أسس قانونية وأخرى اجتهادية، تجلت بـ : مبدأ حسن النية والهدف الأسمى للعقد الإداري، ومبدأ الإثراء بلا سبب .

الفرع الأول - مبدأ حسن النية والهدف الأسمى للعقد الإداري :

يشكل مبدأ النية المشتركة للمتعاقدین (مبدأ حسن النية) المتمثل بمساهمة المتعاقد بأعباء المرفق العام، لتقديم خدمة عامة في سبيل تحقيق المصلحة العامة، بمقابل حصوله على الربح الذي قصده عند إبرام العقد، قاعدة أساسية تركز عليها معظم تطبيقات القضاء الإداري في نطاق تنفيذ العقود الإدارية في سورية، لاسيما إذا علمنا أن تطبيق هذه القاعدة يتم من خلال الاستهداء بأصلها القانوني المنصوص عليه في القانون المدني لعام ١٩٤٩ التي تضمنت مبدأ حسن النية والإرادة المشتركة للمتعاقدین، فليس ثمة ما يمنع من الرجوع لأحكام القانون الخاص بما ينسجم مع أحكام و روابط القانون العام لتطويرها لاسيما تلك المتعلقة بالعقد الإداري^(١).

فقد نصت المادة /١٤٩/ من القانون المدني السوري لعام ١٩٤٩ بأنه: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. ولا يقتصر العقد

^١ راجع حكم محكمة القضاء الإداري السورية، القرار رقم (٣/٤٦٨) لعام ٢٠١٤، في الطعن رقم (٢٦٩٨) لعام ٢٠١٤ الصادر بتاريخ ٧/٥/٢٠١٤، غير منشور .

على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام".

كما تنص المادة ١٥١/ من القانون المذكور بأنه: "إذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين. أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات"

ويمكن القول بصورة عامة أن هذه المبادئ في تفسير الشروط التعاقدية التي تطبق في القانون الخاص والمعترف بها من قبل القضاء العادي، تصلح أيضاً بالنسبة للعقود الإدارية؛ وبالفعل فقد كرسها القضاء الإداري السوري في الكثير من أحكامه^(١).

حيث نجد أن المحكمة الإدارية العليا السورية قد عدت من مبدأ حسن النية أمراً مفترضاً في تنفيذ العقود الإدارية. وإن سوء النية في تنفيذ الأعمال العقدية لا يمكن للمحكمة استخلاصه من تلقاء ذاتها مالم يتوفر لديها الوثائق والقرائن المؤيدة له، وإن خلو ملف الدعوى من أية وثيقة تشير إلى أن المتعهد قد اختار التنفيذ الذي من شأنه تحقيق الربح فقط، يجعل من الصعب افتراضه؛ لأن الأصل في التنفيذ هو حسن النية^(٢).

^١ راجع الرأي الصادر عن اللجنة المختصة للفتوى والتشريع بمجلس الدولة ، رقم ١٤١/ لسنة ٢٠١٣ ، في القضية رقم (١٦٩/ف) لسنة ٢٠١٣ ، الصادر بتاريخ ٢١/٨/٢٠١٣ ، غير منشور. وقرار محكمة القضاء الإداري السورية، رقم (٢/١٠٢٣) لعام ٢٠١٤ ، في القضية رقم (٢/١٨١٣) لعام ٢٠١٤ ، الصادر بتاريخ ٩/١١/٢٠١٤ ، غير منشور.

^٢ قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (٣٠٦) في الطعن (٣٤٦)، لسنة ٢٠٠٣ ، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في الأعوام (٢٠٠١ - ٢٠٠٢ - ٢٠٠٣ - ٢٠٠٤) ، ص ٦٢١ .

كما وقد استقر الاجتهاد القضائي في مجلس الدولة السوري على أن مبدأ حسن النية ومبدأ التوازن المالي هما وجهان لعملة واحدة؛ ألا وهي العقد الإداري. حيث أكد اجتهاد محكمة القضاء الإداري السورية على أنه: "...لا بد من التذكير بأن فكرة العقود الإدارية إنما تقوم على مبدئين " حسن النية في تنفيذ العقد الإداري " و " التوازن المالي للعقد الإداري " فإذا ما اختلَّ هذا التوازن لأي سبب من الأسباب، فبإمكان المتضرر ولوج باب القضاء المختص لإعادة هذا التوازن وتقويم الاعوجاج الحاصل..."^(١).

وهو ما استقر عليه اجتهاد القضاء الإداري السوري في العديد من أحكامه بقوله: "...إن الهدف الرئيسي والأول للعقد الإداري هو تسيير المرفق العام ليتمكن من تقديم الخدمات المطلوبة منه لأفراد المجتمع كافة، وإن كلاً من طرفي العقد (المتعهد والإدارة) هما شركاء في تسيير المرفق العام، وكل ذلك دون الإخلال بحق المتعهد في الحصول على نسبة ربح معقولة، وإن حسن النية التي يجب أن تكون متوفرة لدى المتعهد (في ضوء الهدف الأسمى للعقد الإداري) تظهر وتتجلى في اعتدال الأسعار المقدمة لقاء المواد والخدمات المطلوبة منه، وأن تكون هذه الأسعار ضمن الحد المألوف لها، وأنه وإن كان من غير السائغ الأخذ بنظرية الغبن بصدد العقود الإدارية لما يجب أن تقوم عليه هذه العقود من دراسة مسبقة من قبل لجان متخصصة لتحديد مواصفات وتقدير الأسعار المطلوبة، إلا أن القضاء قد يجد نفسه مدفوعاً لإعادة التوازن المالي العادل لهذه العقود إذا ما وجد أن الأسعار التي انطوت عليها قد

^١ قرار محكمة القضاء الإداري السورية، رقم (١/١٠٢٨) لعام ٢٠١٤، في القضية رقم (٢/١٨١٨) لعام ٢٠١٤، الصادر بتاريخ ١١/٩/٢٠١٤، غير منشور. وقرارها رقم (٢/١٠٢٦) لعام ٢٠١٤، في القضية رقم (٢/١٨١٦) لعام ٢٠١٤، الصادر بتاريخ ١١/٩/٢٠١٤، غير منشور.

تجاوزت حدها الطبيعي المألوف اعتماداً على نظرية التوازن العقدي، وخاصة إذا ما شكلت الأسعار المتعاقد عليها فحشاً من شأنه تبديد المال العام ويخرج المتعاقد مع الإدارة عن مبدأ حسن النية المتوجب توافره لديه عند التعاقد معها، وبصرف النظر عن الكيفية والآلية التي قام عليها هذا التعاقد، وذلك انطلاقاً من اختصاصه القانوني الذي خوله إياه المشرع وكرسه الفقه والاجتهاد، والذي تقوم عليه مهمة القضاء الإداري وهو الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، إلا أن الأخذ بما سبق يعني في الحقيقة الخروج عن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وهذا الخروج يجب أن يبنى على أساس وجود زيادة في الأسعار تزيد عن حدها الطبيعي تشكل فحشاً بها^(١).

نستطيع أن نستنتج من اجتهادات القضاء الإداري السوري السالف بيانها، بأن كلاً من مبدأ "حسن النية" ومبدأ "المتعاقد شريك الإدارة في تسيير المرفق العام"، و مبدأ "الطبيعة القانونية للعقد الإداري ومدى اتصاله بالمرافق العامة"، كلها تصلح أساساً لنظرية التوازن المالي للعقد الإداري .

الفرع الثاني - الإثراء بلا سبب :

من المعلوم فقهاً أن فكرة التوازن المالي التي تقوم على مراعاة التعادل بين الأداءات المتقابلة في العقد الإداري إعمالاً لقواعد العدالة، فكرة ليست غريبة في عالم القانون

^١ حكم محكمة القضاء الإداري السورية، قرارها رقم (١/١٢٨٠) لسنة ٢٠١٤، في القضية رقم (١/٧٩٤) لسنة ٢٠١٤، الصادر بتاريخ ٢١/١٢/٢٠١٤، غير منشور. المصدق من دائرة فحص الطعون لدى المحكمة الإدارية العليا السورية، بالقرار رقم (١٠٦/ط) بتاريخ ٢/٣/٢٠١٦. وقرارها رقم (١/١٢٨١) لسنة ٢٠١٤، في القضية رقم (١/٧٩٣) لسنة ٢٠١٤، الصادر بتاريخ ٢١/١٢/٢٠١٤، غير منشور، المصدق من دائرة فحص الطعون لدى المحكمة الإدارية العليا السورية، بالقرار رقم (١٠٧/ط) بتاريخ ١٠/٢/٢٠١٦. وقرارها رقم (١/١٢٨٣) لسنة ٢٠١٤، في القضية رقم (١/٨١١) لسنة ٢٠١٤، الصادر بتاريخ ٢١/١٢/٢٠١٤، غير منشور. المصدق من دائرة فحص الطعون لدى المحكمة الإدارية العليا السورية، بالقرار رقم (١٠٨/ط) بتاريخ ١٠/٢/٢٠١٦ .

المدني. فالقانون المدني بحرصه على المساواة بين طرفي العقد وتحقيق العدالة بينهما، يؤكد تلك الفكرة من خلال نظريتي الغبن والاستغلال في العقود المدنية^(١). وبناء عليه يمكن تأكيد هذه الفكرة من خلال نظرية الإثراء بلا سبب أيضاً.

حيث إن قاعدة الإثراء بلا سبب تعتبر من أولى قواعد القانون التي تمتد جذورها، فتتصل مباشرة بقواعد العدالة والقانون الطبيعي، وهي في غير حاجة لتبرير، إذ تحمل في طياتها ما يبررها، بل لعلها أول مصدر ظهر للالتزام في فجر التاريخ . والإثراء واقعة تقوم على انتقال قيمة مالية من ذمة إلى أخرى دون أن يكون لهذا الانتقال سبب قانوني يرتكز عليه كمصدر له. وكل من أثرى على حساب الغير دون سبب قانوني يلتزم بأن يرد لهذا الغير قدر ما أثرى به و في حدود مالحق الغير من خسارة، فيلتزم برد أدنى القيمتين : ما أثرى به هو، وما افتقر به الغير^(٢).

حيث إنه قد نص القانون المدني السوري في المادة /١٨٠/ منه على أن: " كل شخص، ولو غير مميز، يثري دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم في حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة، ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال الإثراء فيما بعد ."

وعند مراجعة العديد من اجتهادات القضاء الإداري لدى مجلس الدولة السوري، نجده يستبعد الأخذ بهذه النظرية كما جاءت في القانون المدني، إلا أنه يطبقها بما يتوافق مع روابط القانون العام ويطورها، فيبين لنا في أحد أحكامه الذي وضع فيها أساس تطبيق الإثراء بلا سبب في نطاق المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقود الإدارية بأن "

^١ د. محمد سعيد حسين أمين - المرجع السابق - ص ٤٨ .

^٢ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لعام ٢٠٠٠، ص (١٢٤٧ ، ١٢٦٨)

نظرية الإثراء بلا سبب ... لا مكان للاستشهاد فيها والاستعانة بها...، على أساس قاعدة تحمل التبعة والمخاطر من قبل الإدارة... لأن الأصل أنها مصدر مستقل من مصادر الالتزام ... وأن القضاء الإداري الذي يتلقى مبادئ القانون الخاص ويطورها تطويراً كافياً لإقامة انسجام بينها وبين مؤسساتها الحقوقية الأثيرة لديه ويمضي فيها ترويضاً إلى أن تستجيب له لدواعي حاجات المرفق العامة، يجد في أساس العدالة التي قام عليها مبدأ الإثراء بلا سبب مجالها المفضل؛ لهذا يبحثه على هذا الأساس، ويجد أن دواعي العدالة تكمن في أن لا يكون الطلب الذي اقترن بقبول المتعهد بما صرف له من استحقاقات مؤدياً لنقض ما سبق أن أبرمه بطوعه واختياره أولاً، وأن لا يؤدي حرمانه منه إلى قلب اقتصاديات العقد بحيث يؤدي إلى خسارته خسارة جسيمة وغير مبررة^(١) .

وفي سياق آخر نجد أن اجتهاد المحكمة الإدارية العليا السورية قد استقر على أن الأخذ بنظرية الإثراء بلا سبب لا يكون على أساس المسؤولية التقصيرية في القانون المدني، وإنما على أساس مبدأ التوازن المالي للعقد الإداري، حيث أكدت المحكمة المذكورة هذا المنطلق في خلاصة قرارها المتضمن: "...إن الحل يكمن في الحقيقة في المبادئ التي أرساها القضاء الإداري وعارض فيها مؤسسة حقوقية من توابع القانون الخاص هي الإثراء بلا سبب، التي لا تصلح أساساً لمثل هذه التعويضات مستبدلاً بها إثراء بلا سبب مؤسساً على مبدأ التوازن الاقتصادي للعقد.. الخ " ^(٢).

^١ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (٣٤٣) في الطعن (٣٦٩)، لسنة ١٩٧٧، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عام ١٩٧٧، ص ٢٥٥ .

^٢ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (٥) في الطعن (٥٧)، لسنة ١٩٧٨، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عام ١٩٧٨، ص ١٩٢ .

فلا يجوز للإدارة أن تثري على حساب المتعاقد الذي يلتزم بتنفيذ مشاريعها عن طريق وضع نصوص عند التعاقد تستهدف حرمانه من حقه في التعويض حين يختل التوازن المالي للعقد بسبب الظروف الطارئة أو نتيجة لارتفاع الأسعار^(١).

وبناء عليه يُمكن أن نستنتج من خلال التطبيقات القضائية لدى مجلس الدولة السوري - السالف ذكرها - أن نظرية التوازن المالي للعقد الإداري تركز على نظرية الإثراء بلا سبب، وبما أن الإثراء بلا سبب يستند بدوره رأساً على أسس العدالة والإنصاف والمنطق - كما قال الدكتور السنهاوري^(٢) - ما يضعنا أمام نتيجة مفادها؛ أن مبدأ الإثراء بلا سبب واحد من أهم الأسس الذي يستند عليه التوازن المالي للعقد الإداري أمام مجلس الدولة السوري؛ بحسبان أن كلاً منهما يتمحوران على الأساس نفسه ألا وهو قواعد الإنصاف والعدالة الطبيعية. ومع ذلك فإننا نرى أن الاستناد و بشكل خاص لقاعدة الإثراء بلا سبب هو مبرر مزدوج وتزيد لا طائل منه طالما أن فكرة العدالة كافية بحد ذاتها لتأسيس مبدأ التوازن المالي .

كما نجد أن اجتهاد القضاء الإداري قد استقر على أنه في مقابل إلزام الإدارة المتعاقدة بأن تدفع للمتعاقد التعويض عن ارتفاع أسعار المواد العقدية، فإنها تلزم المتعاقد بأن يدفع لجهة الإدارة الفائدة القانونية بمعدل (٥%) على مبلغ السلفة المدفوعة إليه من قبل الإدارة عند إبرام العقد، وذلك منذ تاريخ الدفع وحتى تاريخ اقتطاعها من استحقاقاته، بمعنى أنه يتعين إلزام جهة الإدارة بأن تدفع مبلغ التعويض الذي يقرره الحكم القضائي للمتعاقد، وذلك بعد اقتطاعها للفائدة القانونية بمعدل

^١ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (١٦٧ / ٤٣٥) لعام ١٩٨٦، مأخوذ عن : مصباح نوري المهاياني، مبادئ القضاء الإداري، اجتهادات المحكمة الإدارية العليا في أربعين عاماً (١٩٥٩ م - ٢٠٠٠ م)، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، مؤسسة النوري، دمشق، القاعدة ٧٥٣٢، ص ٣٦١ .

^٢ د. عبد الرزاق السنهاوري - المرجع السابق - ص ١٢٦٨ .

(٥٠%) على مبلغ السلفة المدفوعة إليه عند إبرام العقد؛ ما جعلنا نستنتج أن ذلك في حقيقة الأمر ليس سوى تحقيقاً للتوازن المالي للعقد، لجبر الضرر الذي لحق بالمتعاقد نتيجة ارتفاع الأسعار الطارئ على المواد التعاقدية أثناء تنفيذ العقد من جهة، ومن جهة ثانية إنصاف الإدارة في حصولها على الفائدة القانونية عن السلفة المالية التي دفعتها للمتعهد لمساندته في تخفيف العبء المالي الذي أرقه عند تنفيذه لأحد مشاريع النفع العام^(١). وعليه يمكن اعتبار أن تحقيق التوازن المالي للعقد بين طرفيه قد تم في هذه الحالة بشكل غير مباشر كما هو النهج التقليدي، أي يمكن القول أن نظرية التوازن المالي بموجب هذا الاجتهاد قد طبقت بشكل مستقل وبمعزل عن النظريات التوازن المالي الثلاث المعروفة، ومع ذلك فإننا نطُن أن الاجتهاد السالف بيانه يتوجب أن يتم تطبيقه في أحوال ضيقة جداً؛ نظراً لكون نص المادة ٤٩/ من القانون رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤^(٢)، قد حرمت المتعاقد - الذي يحصل على سلفة من قبل الإدارة عند إبرام العقد وفقاً للشروط المحددة في نص المادة المذكورة- من الحق بمطالبته بفروقات الأسعار التي قد تطرأ زيادةً على المواد العقدية مستقبلاً فيما يتعلق بعقود الإنشاءات العامة. إلا أنه لا يجوز في ذات الوقت أن يُفهم من هذا النص حرمان المتعاقد المطلق من أي تعويض عن زيادة الأسعار الفاحشة للمواد العقدية كما يحدث في الأزمات الاقتصادية والحروب، وخاصة في الحالة التي كان

^١ حكم المحكمة الإدارية العالية السورية، القرار رقم (١/٦٥٢) في الطعن ذي الرقم (٣٠٤٢) لعام ٢٠١٥ الصادر بتاريخ ٢٠١٥/١١/١٦، غير منشور .

^٢ التي تنص على مايلي : ((مع مراعاة الأحكام الواردة في القانون رقم ١/ لعام ١٩٧٦ بشأن شركات الإنشاءات العامة، يجوز منح سلفة للمتعهد وفقاً للشروط الآتية : ١- تضمين دفتر الشروط الخاصة والإعلان نصاً يفيد ذلك . ٢- ألا يتجاوز مقدار السلفة ١٥% من قيمة العقد . ٣- ألا يتم دفع السلفة إلا بعد إعطاء أمر المباشرة وتقديم كفالة مصرفية لا تقل عن قيمة السلفة . ٤- أن يسقط حق المتعهد بالإدعاء بارتفاع الأسعار الحاصل بعد قبض السلفة بنص صريح في دفتر الشروط الخاصة والعقد الجاري معه)) .

معها من مصلحة الإدارة المتعاقدة تقديم المعونة المالية (السلفة) للمتعاقد معها عند إبرام العقد.

وأخيراً لابد لنا أن نذكر أن نظرية التوازن المالي للعقد الإداري تتعلق بصدد كل عقد على جِدة مهما تعددت العقود بين ذات الأطراف؛ فلقد استقر اجتهاد مجلس الدولة بقسميه القضائي والاستشاري على أن لكل عقد إداري ذمة مالية مستقلة، و تصفية حسابية خاصة به^(١)، ولا يجوز أمام هذا الاعتبار الادعاء باتحاد ذمتي أكثر من عقد، وقد تواتر العمل بهذا الاجتهاد حتى غداً شرعاً ومنهاجاً، إضافة لذلك فإن اجتهاد القضاء الإداري السوري قد استقر على أن لكل حق دعوى واحدة تحميه^(٢)، وعليه نستنتج أن لكل عقد إداري توازنه المالي الخاص به والذي لا يجوز أن يتداخل مع توازن مالي لعقد آخر.

ومن خلال دراستنا للأساس القضائي لنظرية التوازن المالي للعقد الإداري وفق توجه مجلس الدولة السوري وسياسته القضائية، يمكننا تلخيصه بوضع مصلحة الإدارة العامة في كفة الميزان الأولى، ومصلحة المتعاقد معاون لها بالكفة الأخرى. باعتبار أن ذلك موازنة بين سلطات وامتيازات الإدارة ومصلحة المرفق العام من جهة، ومصلحة المتعاقد مع الإدارة الذي هو معاون لها في الأعمال التي لا تستطيع القيام بها بمفردها من جهة أخرى، بحيث أن التزامات وحقوق الإدارة والمتعاقد في تنفيذ العقود الإدارية تحكمها فكرتان رئيسيتان: الأولى المصلحة العامة التي تسعى الإدارة إلى تحقيقها من خلال ما تبرمه من عقود إدارية، والثانية المصلحة الخاصة

^١ رأي اللجنة المختصة بقسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة السوري، رقم ٨٨/ لسنة ٢٠١١، في القضية رقم (٧٢/ف) لسنة ٢٠١١، الصادر بتاريخ ٢٩/٣/٢٠١١، غير منشور .

^٢ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، رقم (٢/٥٦٤)، في الطعن ذي الرقم (٢/٣٩٢١) لسنة ٢٠١٦، الصادر بتاريخ ٢٠١٦/٨/٣١، غير منشور.

للمتعاقدين التي يعول عليها من خلال تنفيذه لتلك العقود، والمتمثلة في دفع ثمن الأشغال أو الخدمات أو المواد له من قبل الإدارة المتعاقدة بهدف حصوله على الربح، ويتفرع عنه أحقيته في المحافظة على التوازن المالي لعقده طوال مدة تنفيذه، وفي حال التعارض بين الفكرتين فإنه ينبغي ترجيح جانب المصلحة العامة .

وبناء عليه يمكن لنا تأصيل هذه النظرية كمبدأ قانوني عام تم استخلاصه من الفقه ومن العديد من تطبيقات مجلس الدولة السوري بقسميه القضائي والاستشاري في إطار علاقات الإدارة التعاقدية، هذا المبدأ الذي يهدف للحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري كواحد من أهم وسائل الإدارة في إشباع الحاجات العامة، انطلاقاً من مبادئ العدالة والمساواة التي أقرها الدستور السوري، وعدم جوازية أثراء الإدارة على حساب المتعاقد معها، ما يصب من حيث المحصلة في فائدة المرافق العامة والمصلحة العامة.

المبحث الثالث

تميز فكرة التوازن المالي عن التوازن العقدي والقوة القاهرة

قد يحدث كثيراً في الواقع العملي عند تطبيق نظرية التوازن المالي بصدد المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقود الإدارية، أن تتداخل مع نظريات ومبادئ أخرى تناولتها علوم القانون والاجتهاد الإداريين، ومن خلال اطلاعنا على عدد كبير من الاجتهادات الصادرة عن مجلس الدولة السوري بقسميه القضائي والاستشاري، وجدنا أن أكثر التدخلات تحصل فيما بين النظرية سالفه الذكر وكل من قاعدة التوازن العقدي (قاعدة العقد شريعة المتعاقدين) ما سنتناوله في (المطلب الأول) ونظرية القوة القاهرة ما هو موضوع (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تمييز التوازن المالي عن التوازن العقدي

نبين بدايةً أنه ليس من شأن القانون أن يحرص على إقامة توازن اقتصادي بين المتعاقدين في نطاق روابط القوانين الخاصة فقط؛ لأن فيما فُطرَ عليه الناس من حرص على مصلحتهم الخاصة وحماية منافعهم ما يكفي لإقامة التوازن بصورة أتم مما لو أراد القانون أن يتدخل في إقامته، وإنما مهمة القانون أن يحرص على إقامة توازن قانوني بين المتعاقدين، بأن يكون العقد غير مشوب بأحد عيوب الإرادة (كنقص الأهلية، أو الإكراه...)^(١).

وهذا ما ينطبق على العقود الإدارية أيضاً، حيث نجد أن القانون الإداري في سورية لم يتطرق لإقامة التوازن الاقتصادي بين طرفي العقد الإداري أو المحافظة عليه طيلة فترة تنفيذ العقد، وإنما أوجب إقامة توازن قانوني بينهما كما أوجب المحافظة عليه، (كاشتراط توافر الأهلية الحقوقية لدى المتعاقد وألا يكون من المحرومين من التعاقد مع الجهة العامة المتعاقدة أو مع سائر الجهات العامة الأخرى^(٢)، وأن لا يكون ثمة حجز احتياطي أو تنفيذي على أمواله، أو عدم تعامله مع إسرائيل^(٣)، فضلاً عن توافر الرضا والإرادة السليمة...)، فيرتب على مخالفة مثل هذه الأحكام

^١ ولتوضيح هذا الفرق : فإذا ما أقدم العاقد على قبول العقد بحرية، أفترض أن العقد عادل، على أن هذا الافتراض قابل لإثبات العكس، بمعنى أن القانون يسمح في بعض الحالات لأحد الطرفين أن يثبت جور العقد، وعندئذ يتعين إبطاله أو تقويمه، بإعادة التوازن العقدي إلى الحد المعقول. أما في حال كانت إرادة المتعاقدين مشوبة بأحد عيوب الإرادة كأن يحمل أحدهم شخصاً على أبرام عقد تحت تهديد القوة فإنه يعد مكرهاً في هذا التعاقد وبالتالي يصبح العقد قابلاً للإبطال. راجع المزيد في ذلك: د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول - مصادر الالتزام (المصادر الإرادية) - البند ٢٢٠، ص ١٧٧ وما بعدها .

^٢ المادة (٤٠) من نظام العقود الإدارية الموحد رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤.

^٣ المادة (١١) من القانون رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤ .

بطلان العقد، فنجد أن مجلس الدولة السوري يحرص من حيث الأصل على الحفاظ على التوازن العقدي (أو ما يوصفه بالتوازن الحقوقي) بين طرفي العقد الإداري، استناداً إلى أن العقد شريعة المتعاقدين، المبرم بينهما بإرادة سليمة وأهلية قانونية كاملة، وذلك وفقاً للإجراءات والأصول والأحكام التي نص عليها نظام العقود الإدارية الموحد. واستثناءً من هذا الأصل فإن القضاء الإداري يُعيد التوازن المالي للعقد إذا ما اختلّ لسبب ما، من خلال تعويض الطرف المتضرر، دون التقيد الجامد بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين^(١) .

الفرع الأول - التفريق بين التوازن المالي و التوازن العقدي وفقاً لتطبيقات مجلس الدولة السوري :

فرق مجلس الدولة السوري بين "التوازن العقدي" و"التوازن المالي" للعقد الإداري فاعتبر أن التوازن الذي يتعلق بحقوق والتزامات طرفي العقد من الناحية القانونية المتفق عليها وفق ما توجبه وترسمه القوانين والأنظمة هو ما يقصد به " بالتوازن العقدي". أما المحافظة على تحقيق التوازن بين المصالح المترتبة على تنفيذ الالتزامات والحقوق التعاقدية المتقابلة من الناحية الاقتصادية (أي ما سيجنيه المرفق العام من العمل أو الخدمة أو الأداء المقدم من قبل المتعاقد مقابل حصول هذا الأخير على المقابل المالي الذي يمثل ربحه) هو ما يقصد به " بالتوازن المالي أو " التوازن الاقتصادي " .

^١ حكم المحكمة الإدارية العالية السورية، القرار رقم (١/١٠٢٣) في الطعن ذي الرقم (١/٦٢٧) لسنة ٢٠١٣ الصادر بتاريخ ٢٠١٣/١١/١٠ ، غير منشور .

وهذا التفريق الذي يجريه مجلس الدولة السوري في العديد من أحكامه يستند على فكرة غاية في الأهمية؛ وهي ضرورة التفريق بين مسؤولية الإدارة العقدية عند ارتكابها لخطأ عقدي (الخطأ التعاقدي) ومسؤوليتها العقدية بدون خطأ (الخطأ غير التعاقدي). فبالرجوع إلى المبدأ العام في القانون المدني، يقتضي لقيام المسؤولية العقدية، أن يكون الضرر ناتجاً عن إخلال بالتزام عقدي، وعلى ذلك استقرت أحكام القضاء المدني سواء في فرنسا أو مصر أو سورية. أما في مجال القانون العام، فقد استخلص الفقه الفرنسي من الأحكام العديدة لمجلس الدولة الفرنسي، أنه لم يميل إلى اتساع نطاق الخطأ العقدي بل اكتفى بأن الإخلال بالتزام عقدي هو ما يؤدي لقيام الخطأ العقدي، فالقضاء الإداري الفرنسيين يلزم أن يكون الضرر ناجماً عن الإخلال بأحد الالتزامات العقدية لكي يترتب الخطأ العقدي^(١). أما الضرر الذي ينجم عن غير ذلك من ظروف وأحوال وأسباب خارجية عن العقد أو تلك الحاصلة لدواعي الصالح العام ما من شأنه الإخلال بالتوازن المالي للعقد، فيتأتى عندها ضرورة إعادة هذا التوازن.

فلكي نكون بصدد خطأ عقدي من جانب الإدارة على سبيل المثال، يلزم أن يكون الضرر ناجماً عن إخلال الإدارة بأحد التزاماتها الناشئة عن العقد الإداري^(٢)، وهذا ما يؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي، فيتصدى القضاء الإداري للطرف المقصر أو المهمل عن عمد أو بدون عمد. وبما أن كلا طرفي العقد ملزم بمقتضى أحكام العقد المبرم بينهما، فإذا امتنع أو أخل أو أهمل أو تأخر أحد الأطراف بتنفيذ التزاماته

^١ مأخوذ عن : د. حسن حمدي الحلفاوى، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، جامعة القاهرة، المكتبة المركزية، الطبعة الأولى، لعام ٢٠٠٢، ص ٢٤٧ - ٢٤٨ .

^٢ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية جلسة ١٥/٢/١٩٦٩، الطعن رقم ١٣٢٠، ١٣٤٠، ٦٩٠ لسنة ١٢ ق.ع.

مأخوذ عن : د. حسن حمدي الحلفاوى - المرجع السابق - ص ٢٥١ .

العقدية، فإنه يُعدُّ بذلك مرتكباً لخطأ عقدي؛ فإذا أثبت الدائن ذلك وأثبت العلاقة السببية بين الخطأ والضرر الذي لحقه جراه، استحق التعويض العادل للطرف المتضرر على أساس المسؤولية العقدية، مالم ينف المدين السببية المفترضة بإثبات السبب الأجنبي، وهنا يعفيه القاضي الإداري على أساس التوازن العقدي (الحقوقي) بين طرفي العقد، وذلك في سبيل إعادة هذا التوازن بين الطرفين، كما سار عليه اجتهاد القضاء الإداري السوري^(١)، وهذا ما تُوصِّفه نصوص القانون المدني بالتنفيذ بطريق التعويض في حال أصبح التنفيذ العيني للإلتزام العقدي غير ممكن أو مرهقاً للمدين في نطاق عقود القانون الخاص^(٢).

وتطبيقاً لذلك فقد صدر عن مجلس الدولة السوري الرأي التالي: " ومن حيث إن تخلف الإدارة المتعاقدة عن إتمام التزامها العقدي للظروف التي بينتها الإدارة المستتية - سيطرة العصابات الإرهابية المسلحة على موقع التعهد - ليس من شأنه أن يحلها من التزامها أو يضار به الطرف الآخر من العملية التعاقدية، وإلا غدا إخلالاً بالتوازن العقدي المتوجب المحافظة عليه بين طرفي العقد المبرم ومناقضاً لحسن النية المتعين إعمالها في أداء الإلتزامات العقدية.^(٣) كما ذهب اجتهاد المحكمة الإدارية العليا السورية إلى أن المخالفة المرتكبة من قبل المتعهد خلال تنفيذ

^١ حكم المحكمة الإدارية العالية السورية، القرار رقم (٢/ع/٨٨٥) في الطعن ذي الرقم /٦١٨/ لسنة ٢٠١٢ الصادر بتاريخ ١٧/١٠/٢٠١٢، غير منشور .

^٢ نصت المادة ٢١٦ من القانون المدني السوري لعام ١٩٤٩ على أنه : ((إذا استحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عيناً، حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه. ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه .

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

العقد والمتمثلة بغياب المهندس المقيم لمتابعة سير العمل في المشروع محل العقد، إنما يشكل إخلال بشرط عقدي ولا يشكل إخلالاً بتوازنه المالي^(١).

وعليه نجد أن مجلس الدولة السوري قد عدَّ أن إعفاء المتعاقد من أحد التزاماته التعاقدية بسبب الظروف الأمنية الراهنة هو من " قبيل المحافظة على التوازن العقدي وهذا ما أوضحه مجلس الدولة السوري في أكثر من مناسبة، ومنها الرأي الصادر بتاريخ ٢٨/٥/٢٠١٣، الذي أرسى مبدأً قانونياً عاماً يمكن تطبيقه على الحالات المشابهة^(٢)، يتمحور حول إمكانية استلام المشاريع المنفذة من قبل المتعهدين المتعاقدين مع الإدارة المستقبلية استلاماً نهائياً وفق محاضر الاستلام المؤقتة؛ لعدم تمكن لجان الاستلام من القيام بالكشف الحسي على هذه المشاريع وتنظيم محاضر الاستلام النهائية، بسبب الظروف الأمنية وانتشار المسلحين في المناطق التي تم تنفيذ المشاريع فيها، ولا سيما أن فترة الضمان/السنة/ قد انتهت، فكانت الفتوى التالية: " ومن حيث إن المادة /٣٩/ من المرسوم ذي الرقم /٤٥٠/ لعام ٢٠٠٥ المتضمن دفا تر الشروط العامة لنظام العقود قضت بأن يتم استلام مشاريع التعهدات على مرحلتين؛ مرحلة الاستلام المؤقت ومرحلة الاستلام النهائي وأنه في كل مرحلة من هذه المراحل يتطلب على الإدارة المستقبلية القيام بإجراءات معينة ومنها هذه الإجراءات، القيام بالكشف الحسي على الأعمال المنفذة وتنظيم محاضر استلام بها سواء محاضر استلام مؤقت أو نهائي، وإن تنظيم هذه المحاضر هو من واجب

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

^٢ تكريساً لمبدأ "السابقة القضائية" (Judicial precedent) المعمول به في الأنظمة القانونية الأنجلو-ساكسونية والتي هي قضية قانونية سابقة أسست مبدأً أو قاعدة يكون للمحكمة أو أي جهاز قضائي آخر الحق في الاستقادة منها عند وجود قضية متشابهة لها في المسائل والوقائع.

ومسؤولية الإدارة مادام المتعهد قد أعلم الإدارة أصولاً بانتهاء الأعمال ومادام أنه قد تبين من كتاب الإدارة المستقبلية أنه قد تنظم محاضر الاستلام المؤقتة، لذلك فهي ملزمة كذلك بتنظيم محاضر الاستلام النهائية بعد انتهاء فترة الضمان من أجل تصفية أعمال العقد وإعطاء المتعهد ما له من حقوق وتحويل المبالغ الموقوفة إلى حسم نهائي في حال توجبها، وإن عدم قيام الإدارة بما هو مترتب عليها بموجب أحكام القانون يعتبر إخلالاً بالتوازن العقدي ومناقضاً لحسن النية في تنفيذ العقد الإداري مما قد يُعرضها للفوائد والغرامات المترتبة على توقيف مبالغ التأمينات النهائية وغيرها من المبالغ الموقوفة .

على أن ظهور ظروف استثنائية غير متوقعة (عند إبرام العقد) مما لا يد للمتعهد فيها كالظروف الأمنية السائدة في بعض مناطق القطر العربي السوري، تمنع الإدارة المستقبلية من إجراء الكشف الحسي على الأعمال المنفذة، وبالتالي عدم تمكنها من تنظيم محاضر الاستلام النهائية (وذلك بعد انتهاء فترة الضمان - السنة -) يجب أن لا يحول دون تصفية العقد والقيام بما أوجبه القانون على الإدارة؛ وبهذه المثابة فإنه يسوغ للإدارة المستقبلية استلام أعمال مشاريعها استلاماً نهائياً وفق محاضر الاستلام المؤقتة وتصفية العقود على أساسها، وتطبيق ذلك سواء على العقود (المستتقى بشأنها) أو على العقود المماثلة مادامت هناك ظروف استثنائية غير متوقعة تحول دون إجراء الكشف الحسي، وبالتالي عدم إمكانية تنظيم محاضر الاستلام النهائية وعلى مسؤولية الإدارة^(١).

^١ رأي اللجنة المختصة بقسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة السوري، رقم ٩٢/ لسنة ٢٠١٣ ، في القضية رقم (٩٩/ف) لسنة ٢٠١٣، الصادر بتاريخ ٢٨/٥/٢٠١٣، غير منشور .

وعند تمعننا في الاجتهاد القضائي سالف الذكر، نجد أنه قد استند إلى مبدأ التوازن العقدي فقط، في حين أن إعفاء الإدارة من أحد التزاماتها المتوجبة (كإجراء الكشف الحسي وتنظيم كشف بالاستلام النهائي...)، ما تخلفت الإدارة المتعاقدة عن القيام به بسبب الظروف الأمنية السائدة، يجب أن يؤسس في اعتقادنا على القوة القاهرة التي تعفي أو تسقط الالتزام كله أو جزء منه كونه أصبح من المستحيل تنفيذه.

ومن خلال التمييز الذي نجريه بين التوازن المالي للعقد الإداري وتوازنه الحقوقي نشير إلى الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية العليا السورية بتاريخ ٢٠١٣/٩/٣٠ والذي تتلخص وقائعه بأنه: بناء على التحقيقات التي قامت بها الهيئة المركزية للرقابة والتفتيش وبعد استعانتها بالخبرة الفنية، التي توصلت إلى عدم إلتزام المتعاقد بالعرض الفني المقدم من قبله وبدفتر الشروط الفنية وبالعقد المبرم مع الإدارة، لتوريده المادة محل النزاع من تصنيع محلي (منشأ سوري) بدلاً من تقديمه إياها من منشأ يوغسلافي وفقاً لأحكام العقد؛ الأمر الذي يؤكد ارتكاب المتعاقد لأعمال الغش والتدليس على الإدارة والأضرار بها، فخلصت المحكمة بناء على ذلك وبعد إجراء الخبرة الفنية إلى إلزام المتعاقد بغرامة مخالفة بلد المنشأ. وقد أسست المحكمة قضاءها في هذه القضية على مايلي: "... وإن كان من غير السائع العودة على الجهة المدعية (المتعاقد) بأية مبالغ مالية عن مخالفات ارتكبتها بالعقد موضوع القضية بعد استلام هذه المواد ومضي فترة الضمان المحددة عقدياً، إلا أن القضاء الإداري قد يجد نفسه مدفوعاً لإعادة التوازن المالي لهذا العقد إذا ما وجد أن هذه المواد قد قدمت بشكل مخالف للموصفات الفنية المتعاقد عليها وكانت قيمتها الحقيقية أقل من قيمة المواد المتعاقد عليها اعتماداً منه على نظرية التوازن العقدي، وخاصة

إذا ما شكل الفارق بالأسعار بين هذه المواد فحشاً من شأنه تبديد المال العام وبصرف النظر عن الكيفية والآلية التي قام عليها قبول هذه المواد وذلك انطلاقاً من اختصاصه القانوني الذي خوله إياه المشرع وكرسه الفقه والاجتهاد التي تقوم عليه مهمة القضاء الإداري وهي الرقابة القضائية على أعمال الإدارة...^(١).

ومن خلال الحكم المذكور، يمكننا ملاحظة وجود خلط بين نظرية التوازن المالي للعقد الإداري والتوازن الحقوقي؛ حيث نجد أن مخالفة المتعاقد للمواصفات الفنية ولبلد المنشأ للمواد المراد توريدها للإدارة، يُعد من قبيل مخالفة صريحة لشروط وأحكام العقد ولدفتر شروطه الفنية الخاصة، بمعنى أن التزام المورد بالشروط والمواصفات الفنية يعد التزاماً قانونياً منشؤه العقد وأساسه قاعدة " العقد شريعتك متعاقديه "، ومخالفته تعدّ خرقاً للقوة الملزمة للعقد وبالتالي إخلالاً بالتوازن العقدي، ما يندرج ضمن مفهوم الخطأ العقدي، الموجب للتعويض على أساس الخطأ العقدي، ولا علاقة لهذا الخطأ البتة بنظرية التوازن المالي التي تقتض ظروف لا دخل للمتعاقدین بها، تطرأ على العقد وتخل باقتصادياته، ما يندرج تحت مفهوم الخطأ غير التعاقدی (مسؤولية الإدارة العقدية بدون خطأ) الموجب للتعويض على أساس التوازن المالي للعقد الإداري .

وعلى ضوء ما سلف ذكره نستنتج أن هناك نوعين من المسؤولية في نطاق العقود الإدارية وهي: مسؤولية الإدارة العقدية لارتكابها خطأ عقدي التي نجد أصولها في شروحات القانون المدني، مسؤولية الإدارة العقدية بدون خطأ، التي نجد أصولها الأساسية في نطاق التطبيقات القضائية للعقود الإدارية.

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

أولاً- مسؤولية الإدارة العقدية لخطأ (الخطأ العقدي): الخطأ العقدي هو الخطأ المرتكب من قبل أحد أطراف العقد الإداري والمستوجب للتعويض على أساس المسؤولية العقدية، إلا أنه وبخصوص الإدارة المتعاقدة فقد استقر اجتهاد القضاء الإداري منذ أمد بعيد بأن ليس كل خطأ من جانب الإدارة منشأً حتماً وبطريقة آلية للمسؤولية التي ترتب تعويضاً للأفراد - على أساس الخطأ العقدي - وإنما يلزم لذلك خطأ على درجة من الخطورة والأهمية وأنه من اللازم أن يبحث كل خطأ على حده من حيث آثاره والمعيار الموضوعي له. من حيث إن التعويض لا يستحق إلا إذا ترتب على تنفيذ أو عدم تنفيذ العقد خسارة تجاوز في فداحتها الخسارة المألوفة التي يتحملها أي متعاقد^(١)، فالتعويض المقرر للمتعاقد على أساس المسؤولية العقدية، يكون إذا ما لحقه ضرر نتيجة خطأ من جانب الإدارة أو في حالة إخلال الإدارة بأحد التزاماتها الواردة بالعقد^(٢). وبالعكس فالتعويض قد يتقرر للإدارة نتيجة خطأ قد يرتكب من جانب المتعاقد، حيث نجد أن المحكمة الإدارية العليا السورية قد ذهبت في أحد قراراتها إلى الحكم بإلزام المتعهد بأن يدفع للإدارة مبلغ من المال يمثل فارق السعر بين البلور الوطني المركب من قبل المتعهد وبين البلور الأجنبي الذي كان يتوجب عليه تركيبه، والتعويض عن سوء التنفيذ الدهان والكميات الزائدة التي لم تنفذ على أرض الواقع^(٣). فوفق هذا القرار نجد أن المبلغ الذي حُكم على المتعهد بأدائه

^١ حكم المحكمة الإدارية العالية السورية، القرار رقم (٦٣) في الطعن ذي الرقم (٢٠) لسنة ١٩٦٨ الصادر بتاريخ ١٩٦٨/١٢/٢، غير منشور.

^٢ د. رمضان محمد بطيخ - المرجع السابق - ص ٤١ .

^٣ حكم المحكمة الإدارية العالية السورية، قرارها رقم (١/٥٣٣) في الطعن ذي الرقم (٤١٣٦) لسنة ٢٠١٦ الصادر بتاريخ ٢٠١٦/٨/٢٩، غير منشور.

للإدارة المتعاقدة كتعويض على أساس المسؤولية العقدية جاء نتيجة لارتكابه أخطاء تعاقدية.

ثانياً - مسؤولية الإدارة العقدية بدون خطأ (الخطأ غير العقدي): فنشير هنا لعدد من الحالات التي تكون مدعاة للحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري؛ منها ما يتعلق بالتزام الإدارة بجبر الضرر الذي يمكن أن تسببه للمتعاقد معها عند استعمالها لسلطتها بشكل مشروع للتدخل في تنفيذ العقد، ما يشكل مجال تطبيق نظرية فعل الأمير، ومنها ما يتعلق بظروف استثنائية عامة خارجة عن العقد وعن إرادة المتعاقدين ما يشكل مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة، ومنها ما يتعلق بصعوبات مادية تتعلق بطبيعة أرض مشروع الأشغال العامة ما يشكل مجال تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة؛ وهي نظريات التوازن المالي للعقد الإداري^(١)، التي سنتناولها بالتفصيل لاحقاً.

وهنا نخلص إلى أن مجلس الدولة السوري قد فرق بين "التوازن العقدي"؛ المتمثل بالتوازن بين الحقوق والالتزامات القانونية التي يتضمنها العقد الإداري تطبيقاً لقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" والقوة الملزمة لأحكام وشروط العقد؛ فيكون مصدر التعويض في هذه الحالة هو العقد بسبب ارتكاب أحد طرفي العقد الإداري لخطأ عقدي على أساس المسؤولية العقدية، أسوةً بروابط عقود القانون الخاص (فكل خطأ عقدي يترتب عليه دفع التعويض العادل للمتعاقد المتضرر من هذا الخطأ) وبين مبدأ "التوازن المالي للعقد الإداري" أي "التوازن الشريف" بين ما يلتزم به كل طرف من العقد وما سيجنيه اقتصادياً مقابل التزامه؛ ويكون مصدر

^١ عبد الهادي عباس - المرجع السابق - ص ٦٥ - ٦٧ .

التعويض أو رد الالتزام المرهق للحد المعقول في هذه الحالة هو خطأ غير تعاقدية على أساس المسؤولية العقدية بدون خطأ كما وصفها فقهاء القانون الإداري، بسبب ظروف أو إجراءات إدارية أو صعوبات مادية طرأت على العقد أثناء تنفيذه. أي كل تعويض من شأنه إعادة التوازن المالي للعقد بين طرفيه أو إعادة التوازن بين الحقوق والالتزامات المتقابلة التي ترتب آثار اقتصادية بين الطرفين من حيث النتيجة .

الفرع الثاني - التطبيقات القضائية المشابهة للتوازن المالي:

كما نجد أن مجلس الدولة السوري قد حرص على التوازن الحقوقي وحسن النية المتوجب الحفاظ عليهما بين أطراف العقد الإداري، نظراً لأنه قد يحدث في الواقع العملي أن يرد خطأ مادي أو حسابي في العرض المالي والفني المقدم من قبل المتعاقد عند دخوله في المنافسة مع غيره من العارضين، في مرحلة تسبق إبرام عقد نهائي. فقد أجاز المجلس تصحيح هذا الخطأ بما يعيد التوازن الحقوقي بين طرفي العقد الإداري، استناداً للقاعدة القانونية القائلة: "إن الأخطاء المادية والحسابية، لا تكسب لمن وقعت لمصلحته (وهي الإدارة المتعاقدة هنا) مركزاً أو حقاً قانونياً، تسليمًا بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية". وتطبيقاً لذلك نجد أن محكمة القضاء الإداري السورية قضت بأن: "... إنقاص صفر إلى يمين السعر الإجمالي لأحد بنود العقد حيث وردت القيمة ٣٤,٠٠٠ ل.س. الحاصل سابقاً بالعرض المالي للأعمال المدنية والمعمارية الذي قدمه المتعهد للجهة العامة قبل إبرامه للعقد، بينما أن القيمة الصحيحة هي ٣٤٠,٠٠٠ ل.س، ما تحفظ بشأنه على الكشف النهائي بناء على اعتبار أن عدم تصحيح هذا الخطأ يجعل الإدارة تثري بلا سبب على حسابه ويبطال

من مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية، فضلاً عن أن إجراء هذا التصحيح لا يؤثر على رسو المناقصة على المتعهد المدعي"^(١).

كما أكد مجلس الدولة السوري على ضرورة معالجة الخطأ المادي في حال وجود تباين بين السعر المدون بالأرقام وبين كتابة هذه الأرقام تفقيطاً بالعرض المالي المقدم من قبل المتعهد المرشح، فمثل هذا الخطأ المادي الذي مرده إلى سقطات القلم عند الكتابة فليس من نصوص القانون ما يمنع تصحيحه، ولا يعتبر هذا تعديلاً للعرض على النحو المقصود الذي حظرته الفقرة / ز / من المادة / ٢٠ / من القانون رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤، وبالتالي لا يمتنع إجراء التصحيح طالما أنه خطأ، والخطأ لا يرتب حقاً ولا يقبل بأن يثري أحد أطراف العقد الإداري على حساب الطرف الآخر لوقوع خطأ مادي بحت^(٢).

مع التنويه إلى أن ذلك منوط بشكل أساسي، بأن لا يكون أمر تصحيح الخطأ الحسابي الوارد في العرض المالي ابتداءً من شأنه التأثير على سلامة إحالة التعهد على المتعاقد، ويجعل بالتالي الحق في التعاقد لعارض آخر منافس، وإلا أصبح هذا الأخير هو العارض الأصح للإدارة فنياً ومالياً في حال إجراء مثل هذا التصحيح؛ وهذا ما يؤدي للإخلال بمبدأ المنافسة^(٣).

^١ حكم محكمة القضاء الإداري، رقم (٢/١٠٧٩) لسنة ٢٠١٣، في القضية ذات الرقم (٢/١٤٨٩)، لعام ٢٠١٣، الصادر بتاريخ ٢٠١٣/١٢/١. غير منشور.

^٢ مجلس الدولة، المكتب الفني، المجموعة الذهبية الحديثة للآراء الصادرة عن القسم الإستشاري في مجلس الدولة السوري لعام ٢٠١٦، رأي اللجنة المختصة ذي الرقم (١٥٦)، في القضية ذات الرقم (١٩٤/ف) لعام ٢٠١٤، الصادر بتاريخ ٢٠١٤/١٠/٢٢، ص ٤٤٦.

^٣ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، رقم (١/٢٢٨/ع) لعام ٢٠١٤، في الطعن ذي الرقم (١/٣٢٠٦) لعام ٢٠١٤، الصادر بتاريخ ٢٠١٤/٣/١٧. غير منشور.

وعليه يمكن القول: إن مجلس الدولة السوري في إصداره لأحكام قضائية ذات الأثر الكاشف لحق المتعهد المدعي بتصحيح الخطأ المادي أو الحسابي في العرض المالي والفني المقدم من قبله، في مرحلة تسبق إبرام العقد بشكل نهائي، ومن ثم منحة الفرق المستحق نتيجة هذا التصحيح، طالما أن ذلك لا يخل بمبدأ المنافسة، يُعد من قبيل التصحيح المادي للعقد فقط على النحو المقصود حقيقةً عند إبرامه، وما انصرفت إليه إرادة الأطراف، الذي من الممكن معرفته من خلال مقارنة العقد بالعرض المالي والفني ومحاضر لجان المناقصة وفض العروض، تطبيقاً لمقتضيات مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية، وتكريساً للقاعدة الفقهية القائلة " العبرة للمقاصد والمعاني وليست للإلفاظ والمباني"، وليس من قبيل التوازن الحقوقي أو التوازن العقدي.

وفي اعتقادنا أن المطالبة بتصحيح الأخطاء المادية في مثل هذه الحالات بموجب التحفظ على الكشف النهائي (الذي اعتبره القضاء الإداري السوري خاتمة المطاف بالنسبة لطرفي العقد لجهة تصفية التزاماتهم وحقوقهم المالية^(١)) يُعد من صور الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري المنبثق من ضرورة حماية المقصود حقيقةً وفق إرادة طرفي العقد عند إبرامه. أما المطالبة بتصحيح الخطأ قبل الوصول إلى توقيع الكشف النهائي فإنه يبقى من قبيل الخطأ المادي البحت بحسبان أن الأخطاء لا يجوز بأي حال من الأحوال أن تُرتب حقوقاً .

^١ مجلس الدولة، المكتب الفني، المجموعة الشاملة الحديثة لأحكام القضائية الصادرة عن محاكم مجلس الدولة لعام ٢٠١٧، حكم محكمة القضاء الإداري السورية، رقم (٢/١٠٧٨) لسنة ٢٠١٣، في القضية ذات الرقم (٢/١٤١٧) لسنة ٢٠١٣، الصادر بتاريخ ٢٠١٣/١٢/١ ص ١٣٦.

المطلب الثاني

تمييز التوازن المالي عن القوة القاهرة

لابد لنا وقبل التعرض لدراسة نظريات التوازن المالي كل على حدة، والتي تهدف بمجملها إلى إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، من بيان أن نظرية القوة القاهرة تختلف عن نظرية التوازن المالي في الطبيعة والآثار القانونية المتمثلة في أنها تتلاءم مع الوضع الوحيد الذي يصبح فيه المتعاقد مع الإدارة يستحيل عليه تنفيذ التزاماته وبناءً عليه يُعفى من التنفيذ، في حين أن نظريات التوازن المالي إنما تُؤلّد كلها لدى التطبيق، أثراً مشتركاً واحداً؛ هو إفساح المجال أمام المتعاقد إلى الحق بالتعويض لإعادة هذا التوازن، شريطة استمراره في التنفيذ .

الفرع الأول - ماهية نظرية القوة القاهرة:

سنتناول ماهية هذه النظرية من خلال التعريف بها (أولاً) وبيان أنواعها (ثانياً) وشروط تطبيقها والنتائج القانونية المترتبة عن هذا التطبيق (ثالثاً)، وفق مايلي :

أولاً- تعريف نظرية القوة القاهرة: هي عبارة عن حادث أجنبي خارجي عن العقد وعن إرادة المتعاقدين لا يمكن توقعه أو دفعه، يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً كله أو في جزء منه، ويؤدي إلى إعفاء المتعاقد مع الإدارة من تنفيذ التزاماته العقدية كلاً أو جزءاً أو التأخير فيها. ومثال ذلك: الأعاصير والزلازل والبراكين والحرائق والحروب والتمرد والعصيان وغيرها .

ثانياً - أنواع القوة القاهرة: أورد فقهاء القانون الإداري تعريفاً هاماً لأنواع القوة القاهرة من خلال تبيان حالات استحالة التنفيذ، فقد تكون الاستحالة كلية وقد تكون جزئية (استحالة نهائية)، وقد تكون كاملة أو جزئية (استحالة مؤقتة) :

فإذا كانت استحالة تنفيذ العقد الإداري **كلية ونهائية** انقضى الالتزام كأثر مُنشئ، وفسخ العقد من تلقاء نفسه، وقد نص نظام العقود الإدارية الموحد في سورية على إعفاء المتعاقد بشكل كامل نتيجة القوة القاهرة في هذه الحالة^(١). وإذا كانت الاستحالة **جزئية ونهائية** انقضى الالتزام بالنسبة للجزء الذي يستحيل تنفيذه، إذا كان الالتزام قابلاً للجزئية.

أما إذا كانت استحالة التنفيذ **مؤقتة** (سواء أكانت كلية أو جزئية) فلا يفسخ العقد بل يوقف إذا لم يكن ميعاد التنفيذ جوهرياً^(٢). وإن القوة القاهرة في هذه الحالة لا تنتج آثارها إلا ضمن فترة وجودها أو فيما يتعلق بالجزء المتوقف مؤقتاً، وفي حال زوالها يجب على المتعاقد الاستمرار من جديد في تنفيذ العقد. ويقصد بالاستحالة المؤقتة: تلك التي تعيق تنفيذ العقد طيلة وجوده، فإن زال، وجب على المتعاقد الاستمرار في تنفيذ العقد، ومثال ذلك: الظروف الطبيعية الصعبة كالثلوج الغزيرة جداً، التي لا تمنع من القيام ببعض الأشغال لفترة مؤقتة ويمكن عندئذ تبرير التأخير الحاصل من قبل لجان التبرير كما مر معنا^(٣). وتطبيقاً لذلك فقد قضت المحكمة الإدارية العليا أن واقعة هطول الأمطار الغزيرة بصورة استثنائية وغير متوقعة، التي شكلت سيولاً وردمت الحفريات وأزالَت الإنشاءات وأتلفت العدة والتحضيرات والمحرركات

^١ الفقرة ج/ من المادة ٥٣/ من القانون رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤ المتضمن نظام العقود الإدارية للجهات العامة في سورية لعام ٢٠٠٤.

^٢ د. سمير عثمان اليوسف، **نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن المالي للعقد الإداري**، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لعام ٢٠٠٩، ص ٩٢.

^٣ الفقرة ب/ من المادة ٥٣/ من القانون رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤.

ومجموعات ضخ المياه (محل المشروع)، هو من قبيل القوة القاهرة المؤقتة وليس من قبيل القوة القاهرة التي من شأنها أن تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً بشكل نهائي^(١). وقد استقر اجتهاد القضاء الإداري السوري على مايلي: "... نظراً لما استجد من ظروف تتعلق بالظروف الراهنة- ظروف الحرب التي تمر بها البلاد - وتبعاً لسلطتها التقديرية الممنوحة لها بموجب القانون فإنها ترى أحقية التعاقد (المستثمر) بالإعفاء من بدل الاستثمار عن المدة التي توقف خلالها عقد الاستثمار- بسبب الظروف المذكورة - ..."^(٢).

كما قد يتم الإعفاء جزئياً من بعض الالتزامات بسبب القوة القاهرة وهو ما ذهب إليه مجلس الدولة السوري عندما قضى بأن: "وقوع الطرفين في دائرة القوة القاهرة يمنع أياً منهما التمسك بمواجهة الآخر بما ينافي مقتضيات العدالة وكل ما من شأنه أن يعرقل تنفيذ الالتزام المترتبة عليه، وانطلاقاً من مبدأ حسن النية في التعامل، فإن صورة مذكرة الإدخال (الضوئية) تعتبر في مثل هذه الحالة الاستثنائية بمثابة ضبط

^١ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (٧) في الطعن ذي الرقم (١٧) لسنة ١٩٦٨، الصادر بتاريخ ١٩/٢/١٩٦٨، سجلات مكتبة مجلس الدولة .

^٢ قرار المحكمة الإدارية العليا السورية، رقم (١/٢٢٠/ع) لعام ٢٠١٤، في الطعن ذي الرقم (١١٠٤) لعام ٢٠١٤، الصادر بتاريخ ١٧/٣/٢٠١٤، غير منشور . راجع أيضاً : قرار محكمة القضاء الإداري السورية رقم (٢/١٢٢٣) لعام ٢٠١٤، في القضية رقم (٢/٣٨٨٣) لعام ٢٠١٤، الصادر بتاريخ ١٤/٧/٢٠١٤. غير منشور. المكتسب الدرجة القطعية بعد تصديقه من دائرة فحص الطعون لدى المحكمة الإدارية العليا، بالقرار رقم ٢٦١٤/ط بتاريخ ٧/١٢/٢٠١٥. راجع أيضاً قرار محكمة القضاء الإداري السورية، رقم (٢/١٢٧٥) لعام ٢٠١٤، في القضية رقم (٢/٢٨٢٣) لعام ٢٠١٤، الصادر بتاريخ ٢١/١٢/٢٠١٤، غير منشور. المكتسب الدرجة القطعية بعد تصديقه من دائرة فحص الطعون لدى المحكمة الإدارية العليا، بالقرار رقم ٢٦١٥/ط بتاريخ ٧/١٢/٢٠١٥.

استلام مؤقت وما يترتب على ذلك من آثار قانونية،... وتعتبر الشركة (المتعاقدة مع الإدارة) قد نفذت ما يمليه عليها العقد من التزامات...^(١).

ثالثاً- شروط نظرية القوة القاهرة ونتائج تطبيقها:

صدر الرأي الاستشاري رقم /٤١/ لعام ٢٠١٣ عن اللجنة المختصة بقسم الفتوى والتشريع في مجلس الدولة السوري، متضمناً شروط تحقق نظرية القوة القاهرة وفق مايلي: ١- أن يكون الحادث غير متوقع عند إبرام العقد، ٢- أن لا يكون أيّاً من الطرفين قد تسبب في حدوثه، ٣- أن يكون الحادث غير ممكن مقاومته، ٤- أن يكون الحادث من شأنه أن يجعل الالتزام مستحيلاً استحالة حقيقية.

حيث إن الركن الأساسي الذي تشاد عليه نظرية القوة القاهرة هو أنها تؤدي لاستحالة تنفيذ العقد الإداري (كأن يتعرض عقد توريد - قطع تبديل آليات ذات منشأ أوروبي- لاستحالة استمرار تنفيذه بسبب الحصار الاقتصادي على سوريا الذي طرأ أثناء التنفيذ واستمر طيلة فترة التنفيذ) وهذا ما يميزها عن غيرها من نظريات التوازن المالي التي تجعل التنفيذ أكثر كلفة وإرهاقاً على المتعاقد دون أن يكون مستحيلاً (كارتفاع أسعار المواد العقدية التي يلتزم المتعهد بتوريدها للإدارة). وإن فعل القوة القاهرة يجب أن يكون في وقت واحد غير ممكن دفعه أو تلافيه من قبل المتعاقد ومانعاً جذرياً من تنفيذ الالتزامات التعاقدية، أي أن تكون هناك استحالة مطلقة تحول دون تنفيذ العقد، وتكريساً لذلك نجد أن القضاء الإداري السوري كان صارماً في

^١ رأي اللجنة المختصة بقسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة السوري، رقم /١٢٠/ لسنة ٢٠١٤، في القضية رقم (١٤٩/ف) لسنة ٢٠١٤، الصادر بتاريخ ٢١/٨/٢٠١٤، غير منشور .

تقدير مثل هذا الشرط ويقوم بالتأكد من خطورة الحدث والوسائل المستخدمة من قبل المتعاقد لتلافي مثل هذا الحدث^(١).

كما نجد أن القضاء الإداري السوري- على غرار القضاء الإداري الفرنسي والمصري- قد أعطى لكل من الإدارة والمتعاقد، في حال وجود قوة قاهرة، الحق في ولوج باب المطالبة القضائية لفسخ العقد، وطلب التعويض، فضلاً عن سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة بناء على مقتضيات المصلحة العامة^(٢). إلا أن الحصول على التعويض لا يكون إلا من قبل قاضي العقد في جميع الأحوال. وإن القضاء الإداري السوري قد أقرَّ للمتعاقد بحقه بفسخ العقد الإداري بسبب استحالة التنفيذ الناجمة عن الإدارة المتعاقدة، وهذا ما نجده في أحد الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا السورية بتاريخ ٢٠٠٥/٦/٧ ما يمكن تلخيصه بالتالي: إن ثبوت استحالة تنفيذ الأعمال العقدية بنفس الشروط المطلوبة المتعاقد عليها، وعدم تسليم الإدارة موقع العقد لأسباب خارجة عن إرادة المتعهد وظهور صعوبات أثناء التنفيذ؛ ينهض سبباً لطلب فسخ العقد قضائياً^(٣).

^١ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (٣٤) في الطعن /٣٣٣/ لسنة ١٩٧٨، عقود وزارة الدفاع، ص ٢١٥ . وإنه من المعروف أن القوة القاهرة هي التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً ولا يخفى أن حظر شحن الزيت الخام من الكويت إلى هولندا. لا يحول دون تأمين مثل هذا الزيت من مصادر أخرى ومن بلد مجاور غير هولندا الأمر الذي لا يسمح للشركة بالتدخل من التزامها.

^٢ كما نصت المادة /٦٠/ من القانون رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤ المتضمن نظام العقود الإدارية للجهات العامة في سورية على مايلي: أ- يحق لأمر الصرف فسخ التعهد عند العدول عن تنفيذه نهائياً على مقتضيات المصلحة العامة...ج- يترتب على الفسخ أو وقف التنفيذ وفقاً لأحكام هذه المادة حق المتعهد في تعويض عادل عن الأضرار التي تلحق به فعلاً ، ويقدر هذا التعويض من قبل القضاء .

^٣ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (٢/١١٨٩)، في الطعن رقم (٥١١) لعام ٢٠٠٦، الصادر بتاريخ ٢٠٠٥/٦/٧م، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا (من عام ٢٠٠٥ لعام ٢٠٠٩) ص ٦٠٣ .

فقد تضمنت إحدى القرارات الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا ما يلي: "حيث إن فسخ العقد لا يمكن اللجوء إليه إلا إذا توفرت أسبابه الخاصة والتي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً كالحوادث الطارئة الاستثنائية وما شابهها، وليس من هذه الأسباب ارتفاع الأسعار الذي يمكن أن يندرج في عداد الأسباب التي تجعل الالتزام مرهقاً وتُسعف المتعهد بأن يبحثها في معرض طلب تبرير أيام التأخير أو طلب معاونة الإدارة له (لإعادة التوازن المالي لعقده)؛ باعتباره متعهداً لدى مرفق عام. ومن حيث إنه لئن كان طلب المدعي الحكم بفسخ العقد أمام القضاء الإداري متفقاً مع اتجاه الاجتهاد المستقر الذي يسيغ للمتعهد طلب فسخ عقده عن طريق القضاء، إلا أن هذا لا يعني أن كل طلب من هذا النوع يجب أن يقترن بالاستجابة دون بحث أسبابه ودواعيه قبل الحكم به، فإذا استبان للمحكمة أن هذه الأسباب والدواعي متوفرة في طلب الفسخ، أقرت للمتعاقد رغبته في التحلل من التزامه وإلا كان طلبه غير جدير بالقبول^(١).

ولهذا يرى الفقه أن المتعاقد مع الإدارة إذا لجأ إلى القضاء للحصول على حكم بالفسخ لاستحالة التنفيذ، فإن هذا الحكم يعلن الفسخ ولا ينشؤه^(٢)، وهنا يقتضي المقارنة بين كل من النهج الفرنسي والمصري والسوري وفق مايلي :

^١ قرار صادر عن المحكمة الإدارية العليا (رقم ٣٦٤ في الطعن ٥٠٠ لعام ١٩٧٠) مأخوذ عن : صبحي سلوم، موسوعة العقود الإدارية، الجزء الأول، بلا دار نشر، لعام ٢٠٠٥، ص ٣٤٧. راجع في ذلك أيضاً: تقرير مفوض الدولة في القضية المنظورة حالياً أمام محكمة القضاء الإداري السورية رقم أساسها /٣١٨٩/ لعام ٢٠١٧، المؤرخ في ٢٠١٧/٤/١٩ .

^٢ د. محمد يوسف الحسين ، د . مهند نوح - المرجع السابق - ص ٣٣١ . راجع أيضاً د. علي عبد الأمير قبيلان - المرجع السابق - ص ٤٦٤ .

١ - في فرنسا: نجد أن اجتهاد القضاء الإداري الفرنسي قد توسع في مفهوم القوة القاهرة وأثرها على العقود الإدارية في العديد من قراراته وأعطى لهذا المفهوم أكثر من معنى؛ ومن هذه المعاني التي اعتمدها هو المعنى التقليدي للقوة القاهرة الذي كان سائداً تطبيقه في نطاق القانون الخاص، وقد قضى الاجتهاد الفرنسي في هذه الحالة بانقضاء العقد بقوة القانون، ففي حالة القوة القاهرة التقليدية التي تؤدي إلى استحالة التنفيذ بشكل مطلق، كما في حالة هلاك محل العقد، فإن الفسخ هنا يتم بقوة القانون وهو ما يُدعى (بالإنفساخ).

أما إذا لم تكن القوة القاهرة التقليدية بمثل هذا الوضوح، يذهب رأي من الفقه إلى القول بأنه يتعين التفرقة بين الفسخ الذي يطلبه المتعاقد وذاك الذي تطلبه الإدارة فبالنسبة للمتعاقد يجب أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم ذي أثر كاشف بفسخ العقد بسبب القوة القاهرة ، أما في ما يتعلق بالإدارة فبإمكانها إنهاء العقد بقرار منها استناداً إلى القوة القاهرة، ويصبح الفسخ هنا فسخاً إدارياً بأثر منشيء وليس كاشف^(١)، إضافة لإمكانية اتفاق الطرفين على فسخ العقد وهو ما يُدعى في هذه الحالة (بالتفاسخ) .

أما المعنى الثاني للقوة القاهرة الذي تجاوز المفهوم التقليدي المذكور، فهو حالة القوة القاهرة الإدارية، فإن الفسخ هنا يكون دائماً قضائياً، حيث خول مجلس الدولة الفرنسي كلاً من الإدارة والمتعاقد معها الحق في طلب الفسخ من قبل قاضي العقد، إذ كان من شأن الحادث الذي يطرأ على تنفيذ العقد التسبب بإرهاق المتعاقد إرهاقاً

^١ حكم صادر عن مجلس الدولة الفرنسي في ٣٠ يونية سنة ١٩٣٧ في قضية "commune d Avrieux" وحكم آخر في ٢٧ أكتوبر سنة ١٩٣٧ في قضية "Torquet" وحكم آخر صادر في ٧ مايو سنة ١٩٥٢ في قضية "Eloy" نقلاً عن : د. محمد سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص ٧٧٠ - ٧٧١ .

جسيماً، دون أن يؤدي لاستحالة التنفيذ - كما هو الحال في القوة القاهرة التقليدية- وبالتالي فالمتعاقد لا يمكنه هنا الاستناد إلى الظرف المرهق ليطالب بفسخ العقد وانقضائه، بل له حق المطالبة بالتعويض على أساس التوازن المالي الذي قصده المتعاقدان عند إبرام العقد، ومن ثم تتم تصفية العقد على هذا الأساس^(١).

فحالة انقلاب التوازن العقدي بصفة نهائية دون أن يجعل تنفيذ العقد مستحيلاً، يشكل هذا الوضع قوة القاهرة تسمح للإدارة وللملتزم عند عدم وصولهم إلى حل ودي وتسوية الاتفاقية اللجوء إلى القضاء بغية فسخ الالتزام مع التعويض إذا كان له موجب، إلا أن القاضي الإداري الفرنسي على ضوء هذا الاتجاه، شديد التضيق في تقدير وجود القوة القاهرة التي قد يتمسك بها المتعاقد مع الإدارة ليتخلص من التزاماته من خلال التطبيق الصارم لشروط هذه النظرية، ويبدو بالمقابل أنه أقل تشدداً في تقدير تحليل الإدارة من التزاماتها سواء بزوال سبب العقد أو بزوال محل العقد بسبب القوة القاهرة^(٢).

وعلى ضوء ما تقدم يصبح من الطبيعي الإشارة إلى أنه منذ صدور قرار مجلس الدولة الفرنسي عام ١٩٣٢ في قضية " تراموي مدينة شربورغ"، يتعين التمييز في العقود الإدارية بين نهجين للقوة القاهرة:

^١ فقد أكد القضاء الإداري الفرنسي على نقطة التحول هذه منذ عام ١٩٣٢، في قضية " تراموي مدينة شربورغ"، حيث إنه طبق نظرية القوة القاهرة فيها رغم أن شرط الاستحالة غير موجود، بسبب الظروف الاقتصادية الجديدة التي حالت إطلافاً دون عودة العقد إلى توازنه الأصلي، فيصبح العقد بحكم الميث كونه لم يعد يتواءم مع الظروف الاقتصادية والتقدم الفني الجديد. فأصبح حكم الظروف الطارئة في هذا الخصوص هو حكم القوة القاهرة . مأخوذ عن : مأخوذ عن: د. محمد يوسف الحسين ، د . مهند نوح - المرجع السابق - ص ٣٣٥ . راجع أيضاً: د. علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري - المرجع السابق - ص ٤٦٥ . راجع في ذلك أيضاً: د. سعيد النحيلي، د. عيسى الحسن، العقود الإدارية - مرجع سابق - ص ١٥٩ .

^٢ د. محمود عبد المجيد مغربي - المرجع السابق - ص ٢٩ .

الأول: القوة القاهرة التي ليس بالإمكان التغلب عليها، وهي بالواقع تشكل فعلاً مسوغاً للمتعاقد لعدم قيامه بالتنفيذ؛ أي إعفائه من التنفيذ. الثاني: القوة القاهرة التي يمكن تجاوزها ولكن من شأنها أن تقلب التوازن الاقتصادي للعقد نهائياً، وهذا ما يؤدي إلى فسخ العقد قضائياً مع التعويض إن كان له مقتضى.

٢- **في مصر**: يرى غالبية الفقهاء أيضاً في معرض تطبيق نظرية القوة القاهرة ضرورة التمييز بين الإدارة والمتعاقد معها؛ فالإدارة لها أن تنهي العقد بقرار منها استناداً إلى القوة القاهرة، ويسمى هذا بالفسخ الإداري، أما المتعاقد مع الإدارة، فإن الفقه يرى ضرورة لجوئه إلى القضاء للحصول على حكم بالفسخ للقوة القاهرة؛ وسبب هذه التفرقة يكمن في طبيعة العقود الإدارية وكونها تساهم في تسيير المرافق العامة ومن ثم يتعين ألا يترك تحديد استحالة التنفيذ للقوة القاهرة لتقدير المتعاقد مع الإدارة.

٣- **في سورية**: فنذكر بدايةً أن نظرية القوة القاهرة لها كيان مستقل بذاته في تشريع السوري، الذي أوضح شروط القوة القاهرة والنتائج المترتبة على تحققها بالنسبة لأطراف العقد الإداري، حيث نصت المادة ٥٣ من قانون رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤ الخاص بنظام العقود للجهات العامة في سورية على مايلي : أ- ...

ب- يعفى المتعهد من غرامات التأخير إذا كان ضحية خالصة لقوة قاهرة لا يد له فيها وذلك عن المدة التي تأخر فيها بسبب تلك القوة القاهرة .

ج- يعفى المتعهد من تنفيذ أحكام التعهد إذا أضحى أمام استحالة مطلقة تحول دون قيامه بتنفيذ أحكام التعهد وكان ذلك غير ناجم عن تقصيره وراجعاً إلى ظروف خارجة تماماً عن إرادته .

ويكون البت في الحالات المذكورة في الفقرات السابقة للجهة العامة المتعاقدة بناءً على طلب المتعهد بعد موافقة لجنة تؤول لهذه الغاية بقرار من الوزير المختص سنداً

للفقرة هـ/ من المادة ٥٣/ سالفه الذكر^(١)، والتي تتخذ قراراتها بأكثرية أعضائها الحاضرين، وعند تساوي الأصوات يرجح جانب الرئيس ويكون قرار اللجنة المذكورة في هذه الحالة قطعياً غير قابل لأي طريق من طرق المراجعة الإدارية، وبالرغم من أنها تضمن حقوق الطرفين إلا أنه وبكل الأحوال يبقى القضاء الإداري هو صاحب الاختصاص الأصيل بالبت في جميع النزاعات التي تنشب في معرض تنفيذ العقود الإدارية، وهو والضامن الرئيسي لحقوق طرفي العقد الإداري^(٢).

وتجدر الإشارة إلى أن آثار تطبيق نظرية القوة القاهرة المتمثلة بفسخ العقد والتعويض إن كان له مقتضى مشروطة أحياناً بإتمام بعض الشكليات المنصوص عنها قانوناً، وهي إعلام الإدارة بسبب التأخير بكتاب خطي خلال ١٥/ يوماً من تاريخ وقوع السبب (كالقوة القاهرة التي طرأت أثناء التنفيذ) يبين المتعهد بموجبه أو يوضح فيه الأسباب القاهرة التي منعت من التنفيذ تحت طائلة اعتبار السبب غير قائم^(٣).

^١ تؤلف اللجنة على الشكل الآتي : ١- مستشار من مجلس الدولة (رئيساً) يسميه رئيس المجلس ٢- ممثل عن وزارة المالية (عضواً) ٣- ممثل عن الجهة العامة بمرتبة مدير على الأقل (عضواً) ٤- المتعهد أو من ينتدبه (عضواً) ٥- ممثل عن الجهاز المركزي للرقابة المالية (عضواً) . ومثال ذلك : القرار الصادر عن السيد وزير الداخلية ذي الرقم/١٠٧٥/ المؤرخ في ١٤/٦/٢٠١٦ م المتضمن تشكيل لجنة (قد ألفت من الأعضاء على نحو ما أسلفنا) مهمتها البت بموضوع العقد رقم ٢ لعام ٢٠٠٩ / لتنفيذ مشروع بناء مخفر وسكن شرطة / بسبب القوة القاهرة. وقد خلصت اللجنة بموجب تقريرها الصادر بتاريخ ٢٣/٨/٢٠١٦ م، إلى مايلي: أحقية المتعهد بإعفائهما من تنفيذ باقي أعمال العقد المذكور أعلاه، بعد أن أضحي أمام استحالة خارجية تمنعه من تنفيذ باقي أعمال العقد بسبب الأحداث الأمنية الراهنة التي يمر بها قطرنا الحبيب وتواجد العصابات الإرهابية المسلحة في منطقة تنفيذ العقد المذكور، سنداً لحكم المادة ٥٣/ الفقرة ب/ من القانون ٥١ لعام ٢٠٠٤ المتضمن نظام عقود الجهات العامة وبما يترتب على ذلك من آثار ونتائج ...

^٢ رأي اللجنة المختصة بقسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة السوري، رقم ١٩٣/ لسنة ٢٠١٥ ، في القضية رقم (٢٣٤) لسنة ٢٠١٥ ، الصادر بتاريخ ١٢/١٠/٢٠١٥، غير منشور .

^٣ الفقرة و/ من المادة ٥٣/ والفقرة ب/ من المادة ٦٩/ من القانون رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤ المتضمن نظام العقود الإدارية للجهات العامة في سورية لعام ٢٠٠٤.

كما نجد أن مجلس الدولة السوري قد سلك النهج الفرنسي في تطبيق القوة القاهرة الإدارية، وهذا واضح في حكم المحكمة الإدارية العليا السورية الصادر بتاريخ ١٩/١٠/٢٠١٥ م، حيث تضمن مايلي: "أن السبب الحقيقي لوقف أعمال التعهد موضوع العقد - محل الدعوى- كان بسبب الأحداث الراهنة التي تمر بها البلاد ولاسيما في محافظة حمص وريفها حيث موقع المشروع، وإن هذه الأحداث قد حالت دون تمكن المتعهد من متابعة تنفيذ أعمال التعهد والتي لم تكن معلومة لدى أي من الطرفين بتاريخ إبرام العقد، كما أن أيّاً منهما ليس باستطاعة التغلب عليها أو الحيالة دون وقوعها، وبالتالي فإنه ينطبق عليها مفهوم القوة القاهرة... ولا يغير من هذا الوصف ... إقدام الإدارة على توقيف الأعمال بالاستناد إلى المادة /٦٠/ من القانون رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤، هذه المادة التي أعطت الحق للإدارة بتوقيف الأعمال لفترة مؤقتة فيما إذا كان سبب التوقف ناجماً عنها؛ وعليه فإنه بعد أن ثبت لهذه المحكمة بأن سبب التوقف عن متابعة تنفيذ الأعمال هو ناجم عن قوة قاهرة خارجة عن إرادة الطرفين المتعاقدين وليس بسبب من الإدارة فإن مضي مدة السنة عن التوقف لا يعطي الحق بالضرورة إلى المتعهد للمطالبة بفسخ التعهد لعدم صحة المستند القانوني الذي يتمسك في هذا الخصوص، ألا وهو الفقرة /ب/ من المادة /٦٠/ آنفة الذكر، بعدما ثبت بأن هذه المادة بكليتها لا تنطبق على الواقع الحقيقي للتوقف. ومن حيث إن المحكمة بعد أن وجدت بأن مدة التوقف عن الأعمال قاربت السنتين والنصف تبدلت خلالها معطيات وظروف التعاقد بين الطرفين التي تم التعاقد على أساسها ابتداءً إنما تعطي الحق للمتعهد بالإعفاء من متابعة تنفيذ الأعمال المتبقية من العقد استناداً لأحكام الفقرة /ج/ من المادة /٥٣/ من القانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤، ولا يغير من هذه النتيجة قيام الإدارة بالطلب من المتعهد بتاريخ

٢٩/٤/٢٠١٤ بمتابعة تنفيذ الأعمال في المشروع بعد أن أصبحت منطقة المشروع آمنة، إذا إنه من غير المنصف أن تعود الإدارة وتُلزم المتعهد بمتابعة التنفيذ بعد أن مضت مدة طويلة نسبياً على التوقف الناجم عن القوة القاهرة تبدلت خلالها الظروف والأسعار وصعوبة تأمين المواد والتجهيزات إن لم يكن مستحيلاً، خاصة منها ذات المنشأ الأوربي في ظل الحصار الاقتصادي المفروض على القطر... وإن اجتهد القضاء الإداري قد استقر على أحقية المتعهد بتقاضي تعويض يعادل قيمة رسم الطابع المدفوع إلى الدوائر المالية محسوباً على أساس النسبة المعادلة لقيمة العقد بعد تنزيل قيمة الأعمال المنفذة وقيمة الربح النظامي التي يحق للإدارة إنقاصها من قيمة العقد " (١).

وعليه يمكننا أن نستنتج من الحكم القضائي السالف بيانه، أن مجلس الدولة السوري قد أرسى نتيجة في غاية الأهمية؛ ألا وهي إرساء مفهوم " القوة القاهرة الإدارية " التي تقوم على أساس عقد إداري لم يصبح تنفيذه مستحيلاً استحالة مادية- على خلاف القوة القاهرة التقليدية- بل أصبح شبه ميت بسبب انقلاب التوازن العقدي بشكل كبير، وكنتيجة لذلك يتم الحكم بالتعويض العادل والمنصف بين الطرفين ليتم تصفية العقد على هذا الأساس. وبذلك نجد أن القوة القاهرة الإدارية اتخذت موقفاً وسط بين استحالة التنفيذ نهائياً بسبب القوة القاهرة وفق مفهومها التقليدي والتي تؤدي لفسخ العقد، وبين زيادة الأعباء المالية على المتعاقد بسبب اختلال التوازن المالي للعقد والتي تؤدي لتعويض المتعاقد المتضرر بما يعيد هذا التوازن .

^١ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، قرارها رقم (٥٧٧/ع/١) في الطعن ذي الرقم (٥٤٢٧) لسنة ٢٠١٥ الصادر بتاريخ ١٩/١٠/٢٠١٥، غير منشور.

ومن التطبيقات القضائية المميزة للقوة القاهرة التي أدت إلى استحالة التنفيذ بسبب من الإدارة، إذا قامت الإدارة المتعاقدة بفسخ العقد لاستحالة تنفيذه بسبب اعتبار موقع المشروع أثري، مما حدا بالمتعاقدين إلى إقامة دعواه أمام محكمة القضاء الإداري السورية للمطالبة بمستحققاته المالية والتعويض، فصدر عن المحكمة المذكورة حكمها رقم (٢/٢٢٣) الصادر بتاريخ ٢٠١٤/٣/١٦ المصدق من قبل المحكمة الإدارية العليا، والذي قضت بموجبه بإلزام الإدارة بأن تدفع للمتعاقدين تعويضاً لقاء ما فاتته من ربح جراء فسخ العقد موضوع الدعوى إضافة لقيمة تكاليف الكفالة النهائية، فضلاً عن التعويض الذي يُعادل قيمة رسم طابع العقد المسدد من قبله للدوائر المالية، على اعتبار أن رسم طابع العقد إنما يستحق بمجرد توقيع العقد من قبل الطرفين للخرينة العامة ومن غير الجائز استرداده لذلك فإنه عملاً بالاجتهاد المستقر لدى هذه المحكمة وطالما أن فسخ العقد قد تم لأسباب تعود للإدارة فإن المتعهد يستحق تعويضاً يُعادل قيمة هذا الرسم، ومن تصفية العقد على هذا الأساس^(١).

إلا أن المحكمة الإدارية العليا السورية و حكمها الصادر بتاريخ ٢٠١٦/٨/٢٢ قضت بعدم أحقية المتعهد باسترداد قيمة رسم طابع العقد موضوع الدعوى المدفوع من قبله كرسم طابع العقد ورسوم الإدارة المحلية، كونها قد سبق وسُددت للخرينة العامة نتيجة إبرام العقد وتمهيداً لتنفيذه استناداً لنصوص قانونية خاصة وبما يتفق مع تلك النصوص، وبالتالي فإنه لا يحق للمتعهد المطالبة باستعادتها أو تقاضي أي تعويض عنها، كون أن العقد قد استحال تنفيذه بسبب القوة القاهرة والظروف الراهنة

^١ مجلس الدولة، المكتب الفني، المجموعة الشاملة الحديثة للأحكام القضائية الصادرة عن محاكم مجلس الدولة لعام ٢٠١٧، حكم محكمة القضاء الإداري السورية، رقم (٢/٢٢٣) لسنة ٢٠١٤، في القضية ذات الرقم (٢/١١٥٥) لسنة ٢٠١٤، الصادر بتاريخ ٢٠١٤/٣/١٦، المصدق بموجب قرار دائرة فحص الطعون لدى المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (١٨٣١) في الطعن رقم (٥٢٤٢) لعام ٢٠١٤، ص ١٥٠.

(أعمال تخريب وسرقة مترتبة عن تسوؤ الأوضاع الأمنية) وليس بسبب من الإدارة، لذلك فلا يمكن تحميل الإدارة المتعاقدة التعويض عن تسديد الرسوم المذكورة وذلك خلافاً لما استقر عليه اجتهاد القضاء الإداري فيما لو كانت استحالة التنفيذ بسبب من الإدارة^(١).

وفي المقابل نجد أن المحكمة الإدارية العليا في العديد من أحكامها قد ذهبت إلى الحكم بأحقية المتعهد في استعادة نسبة مئوية معينة من قيمة رسم طابع العقد تتناسب وحجم الأعمال التي تم تنفيذها فقط عند فسخ العقد بسبب القوة القاهرة^(٢). وفي اعتقادنا أن تعويض المتعاقد لنسبة مئوية من رسم طابع العقد المسدد للخرينة العامة تتناسب وحجم الأعمال التي تم تنفيذها فقط هو عين الصواب ويُحقق التوازن المالي والحقوق بين الطرفين، فإذا لم يتمكن المتعاقد من التنفيذ نهائياً بسبب عدم تمكنه من استلام موقع العمل موضوع العقد بسبب من الإدارة يستحق عندها تعويضاً يعادل كامل قيمة رسم طابع العقد المسدد من قبله للخرينة العامة، أما إذا نفذ جزء من العقد فإنه يستحق تعويضاً يتناسب وحجم الأعمال المنفذة فقط أياً كان نوع أو مرد استحالة التنفيذ بسبب القوة القاهرة .

^١ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، القرار رقم (١/٥٣٨) لعام ٢٠١٦، في القضية رقم (٢/٢٦٩٧) لعام ٢٠١٦ الصادر بتاريخ ٢٠١٦/٨/٢٢، غير منشور .

^٢ راجع حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، القرار رقم (٢/٥٦٢) لعام ٢٠١٦، في القضية رقم (٢/١٦٥٠) لعام ٢٠١٦ الصادر بتاريخ ٢٠١٦/٨/٣١، غير منشور . وحكمها، بالقرار رقم (١/٥٨٢) لعام ٢٠١٦، في القضية رقم (٢/١١٤٦) لعام ٢٠١٦ الصادر بتاريخ ٢٠١٦/٩/١٩، غير منشور .

الفرع الثاني- التفريق بين التوازن المالي و القوة القاهرة وفقاً لتطبيقات مجلس الدولة السوري:

لما كانت نظرية القوة القاهرة من النظريات المهمة جداً التي يستند إليها القضاء من أجل منح التعويض للمتعاقد، إلا أن مجلس الدولة السوري قد استقر قضاؤه المعاصر على أن يتحمل كل من طرفي العقد موضوع النزاع تبعة وآثار القوة القاهرة حفاظاً على مبدأ التوازن الاقتصادي للعقد، بحيث تقتصر أحقية المتعهد بتقاضيه تعويض عما لحق به من خسائر فعلية؛ يعادل قيمة الرسوم والمبالغ المدفوعة من قبله إضافة لتحرير كفالة التأمينات النهائية.. دون أن يتقاضى أي تعويض عما فاتته من ربح (إلا إذا كانت استحالة التنفيذ ترجع بسبب الإدارة - كما مر معنا)، واعتبار العقد مفسوخاً بين الطرفين وتصفيته على هذا الأساس. حيث تضمن أحد الأحكام الصادرة عن محكمة القضاء الإداري مايلي: " ومن حيث إنه من الثابت من الأوراق المبرزة والمقدمة بين يدي هذه المحكمة أن المتعهد قد تسلم أمر المباشرة، إلا أنه لم يتمكن من تسلم موقع العمل بسبب الظروف الراهنة التي تمر بها البلاد، وليس بسبب من الجهة العامة (المتعاقدة)، وأضحى بذلك ضحية لقوة القاهرة لا يد له فيها تحول دون إتمامه وتنفيذه لأعمال العقد، ولا ريب في أن هذه القوة القاهرة قد أصابت الطرف الآخر في العقد موضوع القضية (وهو الإدارة المتعاقدة) مثلما أصابت المتعاقد، إذ لا يعزى للإدارة أي خطأ أو إهمال في عدم تمكين المتعهد من استلام موقع العمل وتنفيذ أعمال التعهد؛ وعليه فإن مبدأ الحفاظ على التوازن الاقتصادي للعقد إنما يقضي في هذه الحال أن يتحمل كل من طرفي العقد تبعته وآثار هذه القوة القاهرة. ومن حيث أن الثابت من الأوراق المبرزة أن الجهة المدعية قد قامت بتسديد مبلغ /.../ ل.س وهو يمثل مجموع قيمة المبالغ والرسوم المدفوعة لمؤسسة التأمينات

الاجتماعية ورسوم إدارة محلية وأجور مهندسين مقيمين ورسم طابع العقد، وعليه يكون من المتعين تبعاً لذلك وحفاظاً على التوازن العقدي إعلان أحقيته بتقاضي تعويض يعادل قيمة هذه الرسوم والمبالغ المدفوعة، وأحقيتها بتحرير كفالة التأمينات النهائية للعقد موضوع القضية مع الفائدة القانونية، واعتبار العقد موضوع القضية مفسوخاً بين الطرفين وتصفيته على هذا الأساس^(١).

ومن خلال استقراءنا للحكم السالف ذكره، يمكن استنتاج أن القضاء الإداري قد حكم بالتعويض هنا بناءً على أمرين أساسيين: الأول : بسبب استحالة إعادة الحال لما كان عليه قبل التعاقد كأثر مباشر لتبعية القوة القاهرة التي أصابت العقد^(٢). والثاني: وهو مبدأ الحفاظ على التوازن الاقتصادي للعقد .

وفي اعتقادنا أن الأساس الثاني يشكل توسعاً في تطبيق نظرية التوازن المالي للعقد الإداري؛ ما لا نؤيده وذلك لأسباب التالية :

١- إن مجال تطبيق نظرية التوازن المالي يحصل أثناء تنفيذ العقد أو عند الانتهاء من تنفيذه كاملاً، وهذا ما لا يمكن تصوره في مجال تطبيق نظرية القوة القاهرة، التي تجعل التنفيذ مستحيلاً.

٢- إن الأثر المباشر للقوة القاهرة هو فسخ العقد وإعفاء المتعاقد من التنفيذ مع التعويض العادل إن كان له مقتضى، وفق سلطة قاضي العقد التقديرية، بحيث تندرج نظرية القوة القاهرة ضمن أحد أسباب انتهاء العقد الإداري. بينما نجد أن نظرية

^١ قرار محكمة القضاء الإداري السورية، رقم (٢/١٢٢١) لعام ٢٠١٤، في القضية رقم (٢/٣٥١٦) لعام ٢٠١٤، الصادر بتاريخ ٢٠١٤/١٢/١٤ م. غير منشور .

^٢ نصت المادة ١٦١/ من القانون المدني السوري على أنه : ((إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض)) .

التوازن المالي للعقد الإداري تهدف بشكل رئيسي للمحافظة على التوازن المالي بين المتعاقدين، وذلك لتمكين المتعاقد من الاستمرار بالتنفيذ وحثه على هذا الاستمرار .

مع الإشارة إلى أنه قد يحدث في العمل أن يتحول الظرف أو العقبة التي تمل بميزان العقد اقتصادياً إلى قوة قاهرة خلال فترة من الزمن - كتساقط ثلوج غزيرة جداً على خلاف ما هو متوقع عادة أو تقجر ينابيع بالأرض بشكل كبير - حينئذ يكون للمتعاقد أن يتوقف عن التنفيذ خلال تلك الفترة، ويتعين عليه أن يعاود التنفيذ متى زالت القوة القاهرة، ويستطيع أن يبرر تأخره في هذه الحالة على أساس القوة القاهرة المؤقتة^(١)، لذا نجد أن الفارق الأساسي بين نظريتي التوازن المالي و القوة القاهرة، هو أن هذه الأخيرة تجعل من تنفيذ الالتزام أمراً مستحيلاً بشكل نهائي أو مؤقت، بينما نظريات التوازن تجعل التنفيذ مرهقاً أو مكلفاً لا مستحيلاً. ويترتب على ذلك اختلاف في الأثر؛ إذ أن القوة القاهرة تؤدي إلى انقضاء الالتزام فلا يتحمل المدين تبعاً عدم تنفيذه، أما الحوادث أو العقوبات أو الصعوبات أو المخاطر الإدارية التي تعترض تنفيذ العقد بأن تجعله مرهقاً ومكلفاً جداً على المتعاقد، فلا ينقضي بها الالتزام، بل يترد إلى الحد المعقول بما يعيد التوازن المالي مع ضرورة الاستمرارية بالتنفيذ، فيتم توزيع الخسارة بين المدين والدائن ويتحمل المدين شيئاً من تبعه الظرف الطارئ، أو أن تتحمل الإدارة كامل الخسارة بسبب الصعوبات المادية أو بسبب المخاطر إدارية^(٢).

^١ د. سليمان محمد الطماوي - المرجع السابق- لعام ١٩٩١ ، ص ٦٩١ ، حكم صادر عن مجلس الدولة الفرنسي في ٣٠ يونيو، سنة ١٩٣٢ .

^٢ نبيل الظواهره الصائغ، عبد الحي والي، أحكام العقد الإداري في القانون السوري ، بدون دار نشر، بدون عام نشر دمشق، المرجع السابق، ص ٨ وما بعدها.

وبناء على ما سبق نخلص إلى أن نظرية القوة القاهرة تتميز عن نظرية التوازن المالي بالرغم من التداخل الكبير الذي قد يحصل بينهما في التطبيق العملي، ما يمكن إجماله، بأن إعادة التوازن المالي للعقد سواء على أساس (الظروف الطارئة أو الصعوبات المادية غير المتوقعة أو فعل الأمير) في ما عدا اشتراط العمومية فيها لا تختلف عن القوة القاهرة من حيث طبيعتها، فجميعها تَشْرِطُ وقوع أحداث خارجية عن العقد وعن إرادة الطرفين لا يمكن توقعها ولا دفعها، وإنما تختلف من حيث أثرها، فإذا أدت إلى استحالة التنفيذ اعتبرت قوة القاهرة، وإذا اقتضت على جعل التنفيذ مرهقاً أو مكلفاً بشكل باهظ على المتعاقد أي من شأنها الإخلال بالتوازن المالي لعقده إخلالاً جسيماً اعتبرت عندها مدعاة لتطبيق نظرية التوازن المالي .

وفي نهاية هذا الفصل وبعد أن بيننا أن مبدأ التوازن المالي هو مجرد توجيه عام، يهدف للحفاظ على مركز المتعاقد مع الإدارة - كما روعي عند التعاقد - من حيث الموازنة بين حقوقه والتزاماته، رغم ما قد يصادفه أثناء التنفيذ من تدخل الإدارة في تعديل شروط العقد، أو ما يواجهه من عقبات اقتصادية (ك تقلبات حادة في الأسعار بشكل غير متوقع، أو صعوبات مادية عائدة بسبب طبيعة الأرض) تؤدي إلى خسائر لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وذلك من خلال تطبيق نظريات ثلاث يحكم بواسطتها بالتعويض العادل لإعادة التوازن المالي للعقد عند اختلاله بسبب ظروف خارجية عن العقد (أي بدون ارتكاب أي خطأ من قبل أطرافه)؛ هذه النظريات الثلاث هي نظرية عمل الأمير (أو إجراءات السلطة العامة)، ونظرية

الظروف الطارئة (أو عدم التوقع)، ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة (أو الصعوبات الاستثنائية) .

"وإذا كان ظاهر التسمية قد يوحي باستقلال كل نظرية عن الأخرى فإن حقائق الأمور تُكذِّبُ ذلك، فقد تداخلت الأفكار الثلاث إلى حد كبير بحيث أصبح الأمر الواحد يوصف بوصفين مختلفين، أو على الأقل يتردد المرء طويلاً قبل أن ينعته بوصفه الصحيح، ولا غرابة في ذلك، فإن هذه الأفكار والنظريات هي من خلق القضاء، وأول صفات القضاء المرونة"^(١).

وبعد أن تناولنا أيضاً الأسس التي تقوم عليها نظرية التوازن المالي كنظرية أساسية للحكم بالتعويض على أساس من المسؤولية غير التعاقدية، وتمييزها عن النظريات المشابهة لها، والتي كثيراً ما تداخلت فيما بينها عند التطبيق العملي من قبل مجلس الدولة السوري، من خلال ما استعرضناه من الاجتهادات القضائية والاستشارية الصادرة عن مجلس الدولة السوري، ننتقل الآن للحديث عن نظريات التوازن المالي في الفصل الثاني .

^١ د . محمد سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص ٦٢٢ - ٦٢٣ .

الفصل الثاني

نظريات التوازن المالي للعقد الإداري

يُعَدُّ التوازن المالي للعقد الإداري من أهم المحاور والأسس التي تُبنى عليها علاقة المتعاقد مع الإدارة في إطار تأمينها لاحتياجات المرفق العام بواسطة العقد الإداري وعلى هذا الأساس فإن الفقه والقضاء الإداري قد أحدثا مجمل النظريات والقواعد التي تحقق قدر الإمكان توازنا بين الأعباء التي يتعين على المتعاقد مع الإدارة أن يتحملها في سبيل تسيير المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة، وبين المزايا التي يستفيد منها والربح الذي يقصده، على اعتبار أن العقد الإداري يكون في مجموعه كلاً من مقتضاه وجوب التلازم بين مصالح الإدارة والمتعاقد على حد سواء، وهذا يفترض وجوب دراسة كل نزاع ينشب عند تعارض هذه المصالح على حدة، والإحاطة بالمستجدات التي تعيق سير تنفيذها لتبلغ وجهتها وفق ما حدده العقد على الوجه الملائم .

فالعدالة تقتضي تحقيق المصلحة العامة بناءً على الفهم الصحيح لطبيعة هذا النوع من العلاقات التعاقدية في شأن من شؤون المرافق العامة، وبأن المتعاقد مع الإدارة لا يقف في مواجهة الإدارة التي رضيت بالتعاقد معه بل يبقى دائماً عنصراً مساعداً ومعاوناً لها في تسيير المرافق العامة، إضافةً لهدفه الخاص المتمثل في الحصول على الربح.

ولما كان لكل من الوقائع الجديدة الطارئة على تنفيذ العقود الإدارية، طبيعة تختلف عن غيرها، والتي يكون من شأنها أن تقرر مصير شروط هذا التنفيذ، من خلال التأثير بشكل مباشر على الالتزامات التعاقدية، إما بجعلها أكثر إرهاقا أو أكثر كلفة؛

فكانت المسألة التي تطرح نفسها هي معرفة أي من النتائج القانونية- الآثار القانونية- يمكن أن تتولد عن انعكاس هذه الوقائع الجديدة بالنسبة للالتزامات الإدارة من جهة، والمتعاقد معها من جهة أخرى؛ لذا ينبغي تحديد وضع المتعاقد مع الإدارة إذا ما وجد نفسه وجهاً لوجه أمام صعوبات أو مستجدات أو معوقات تطرح حالته الطارئة أمام إحدى هذه الوقائع بالنسبة لقدرته على الاستمرار في تنفيذ التزاماته، كما وفي الوقت نفسه لا بد من الوقوف ملياً أمام وضع الإدارة التي تغدو مضطرة للتعويض عن النتائج المكلفة التي أفرزتها هذه الواقعة المستجدة. وهذه النظريات هي: (نظرية الظروف الطارئة ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ونظرية فعل الأمير)، فإن توافرت شروط تطبيق إحدى هذه النظريات، يقوم القضاء الإداري بمنح التعويض العادل للمتضرر كنتيجة رئيسية لهذا التطبيق، وذلك في سبيل إعادة التوازن المالي للعقد.

وعليه فإننا سنتناول في هذا الفصل، التوازن المالي على أساس نظرية الظروف الطارئة، والتي يحكم القضاء الإداري بموجبها بالتعويض الجزئي (في المبحث الأول)، والتوازن المالي على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، التي يحكم القضاء الإداري بموجبها بالتعويض الكامل (في المبحث الثاني) والتوازن المالي على أساس نظرية فعل الأمير، والتي يحكم القضاء الإداري بموجبها أيضاً بالتعويض الكامل (في المبحث الثالث) .

المبحث الأول

إعادة التوازن المالي على أساس نظرية الظروف الطارئة

إن إعادة التوازن المالي للعقد الإداري لا بد وأن يستند على إحدى النظريات الثلاث (نظرية الظروف الطارئة، نظرية الصعوبات المادية، نظرية فعل الأمير)، مع الإشارة إلى كون نظرية الظروف الطارئة تُعدُّ الأوسع مجاًلاً في التطبيق العملي؛ نظراً لكون أغلب حالات إعادة التوازن المالي للعقد الإداري تستند إليها لاسيما وأنها النظرية القضائية الوحيدة المقننة بشكل صريح في التشريع السوري بموجب أحكام الفقرة /د/ من المادة /٥٣/ من نظام العقود الموحد رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤، بالإضافة لنظرية القوة القاهرة التي تؤدي لاستحالة التنفيذ كلاً أو جزءاً أو التأخير به، على خلاف باقي النظريات التي تبقى نظريات اجتهادية يطبقهما قضاء مجلس الدولة السوري وفق كل حالة على حدة متمثلاً بقضائه الحر والمبتكر، ومستعيناً بالاجتهاد والفقهاء الإداري المقارن.

لذا سنتناول دراسة نظرية الظروف الطارئة من خلال بيان ماهيتها في (المطلب الأول) ومن ثم نتعرض للنتائج الناجمة عن تطبيق هذه النظرية في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

ماهية نظرية الظروف الطارئة

لا بد من التعرّف على الأصل القضائي لهذه النظرية، ومن ثم تناول النصوص القانونية النازمة لها، و بعد ذلك نتناول تعريفها وبيان شروط تطبيقها وأثارها.

الفرع الأول - الأصل القضائي لنظرية الظروف الطارئة:

نجد أن الجانب الغالب من الفقه القانون الإداري يذهب إلى أن نظرية الظروف الطارئة وإن كان لها جذورها وملامحها في الفقه القانوني المدني، إلا أنها نظرية قانونية ذات أصل قضائي، قد ولدت في أحضان القضاء الإداري في مجلس الدولة الفرنسي، فلقد كان القضاء الإداري في فرنسا سابقاً في الأخذ بنظرية الظروف الطارئة، حيث أسّس مجلس الدولة الفرنسي قواعد هذه النظرية في حكمه الشهير الصادر في ١٩١٦/٣/٣٠ في قضية " شركة غاز بوردو"، وقد لقي هذا الحكم من الشهرة والصيت مالم يحظّ بها أي حكم آخر للمجلس بشأن الظروف الطارئة، فبالرغم من أن مجلس الدولة الفرنسي اعتاد إصدار أحكامه في صيغ مختصرة، إلا أنه في هذه القضية أورد حكماً طويلاً ومفصلاً، احتوى على معظم المبادئ والقواعد الرئيسية التي يركز عليها تطبيق نظرية الظروف الطارئة، حتى أنه من الممكن اعتبار ما تضمنه هذا الحكم بمثابة تقنين لهذه النظرية^(١).

^١ وتتلخص وقائع هذه القضية، أنه في عام ١٩٠٤ أبرمت الشركة العامة للإضاءة عقد امتياز مرفق عام مع مدينة بوردو لإمداد المدينة بالغاز لمدة ثلاثين عاماً، وقد تحددت الأسعار في القائمة الملحقة بعقد الامتياز طبقاً لما كان عليه ثمن الفحم في ذلك الوقت (ذلك أن الفحم هو المادة الأولية التي يستخرج منها الغاز)، حيث كان يقدر ثمن الطن من الفحم وقت إمضاء العقد بثلاثة وعشرين فرنكاً، وكان أقصى ما يتوقعه المتعاقدان من زيادة في هذا الثمن هو مبلغ ثمانية وعشرون فرنكاً، ولما قامت الحرب العالمية الأولى واجتاحت الجيوش الألمانية مناطق الفحم=

ومن ثم انتقل تطبيق هذه النظرية بعد ذلك إلى مجلس الدولة المصري من خلال العديد من اجتهادات، فاستقرت أحكام القضاء الإداري في مصر على الأخذ بتطبيق نظرية الظروف الطارئة وذلك لإعادة التوازن المالي للعقد، فعُرفت هذه النظرية من قبل المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها " إن تطبيق نظرية الحوادث الطارئة في الفقه والقضاء الإداري، رهين بأن تطرأ خلال تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية كانت أو اقتصادية أو من عمل جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة أو من عمل إنسان آخر، لم تكن في حسابان المتعاقد عند إبرام العقد، ولا يملك لها دعواً ومن شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً ومؤدى تطبيق هذه النظرية بعد توافر شروطها، إلزام جهة الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في احتمال نصيب من الخسارة التي أحقت به طوال فترة الظروف الطارئة، وذلك ضماناً لتنفيذ العقد الإداري واستدامة لسير المرفق العام الذي يخدمه، ويقتصر دور القاضي الإداري على الحكم بالتعويض الجزئي المناسب دون أن يكون له تعديل الالتزامات العقدية " (١).

أما في سورية، فقد تعاقبت اجتهادات القضاء الإداري السوري على الأخذ بنظرية الظروف الطارئة في نطاق العقود الإدارية التي أوكل أمر تنفيذها إلى المستقبل

=الفرنسية، تعذر على الشركة استيراد الفحم من بلادها واضطرت إلى استيرادها من الخارج بأثمان باهظة جداً حيث ارتفع سعر الغاز ارتفاعاً فاحشاً ووصل سعر الطن من الفحم إلى مائة وسبعة عشر فرنكاً، فلما رفع النزاع بين الشركة والمدينة إلى مجلس الدولة الفرنسي، قضى بتعديل العقد بما يتناسب مع السعر الجديد، ثم أعقب هذا الحكم أحكام أخرى من القضاء الإداري بهذا المعنى . الحكم الصادر في قضية " شركة غاز بوردو " الصادر بتاريخ ١٩١٦/٣/٣٠ نقلاً عن : د. سليمان محمد الطماوي، **الأسس العامة للعقود الإدارية**، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، لعام (١٤٢٦هـ . ٢٠٠٥م) ص ٦٣٤ .

^١ حكم المحكمة الإدارية العليا ، بتاريخ ١٩٦٨/٥/١١ ، الطعن رقم ١٥٦٢ لسنة ١٠ ق، ٦٨ لسنة ١١ اق ٣٣١، مأخوذ عن: د. محمد أبو بكر عبد المقصود - المرجع السابق - ص ١٧.

(العقود المتراخية التنفيذ) لاسيما عقود الاستثمار، فإذا حدث أمر مفاجئ من شأنه أن يخل بالتوازن الاقتصادي، فيتعين تخفيف أثر ذلك بتنزيل بدل الاستثمار المتوجب على المتعاقد دفعه للإدارة المتعاقدة عن الفترة التي اختلَّ فيها التوازن المذكور^(١). ونجد أن الحروب بشكل خاص هي المجال الواسع لتطبيق هذه النظرية في سورية؛ فقد وُردَ في أحد تطبيقات القضاء الإداري السوري، أن المتعهد يستحق تعويضاً عن الأضرار التي لحقت بالأعمال المنفذة من قبله، نتيجة القصف الجوي المعادي وفق تقدير الخبراء^(٢).

ولا مندوحة من القول بأن حرب الإرهاب التي بدأت باكورتها في سورية منذ عام ٢٠١١ والمستمرة في الوقت الراهن، عُدَّتْ من أوسع مجالات تطبيق نظرية الظروف الطارئة التي أخلت بالتوازن المالي للعديد من العقود الإدارية التي أبرمت مع الجهات العامة في سورية قبل وخلال هذه الحرب، فقد تضمن القرار الصادر عن المحكمة الإدارية العليا السورية الصادر بتاريخ ٢٠١٣/٧/٢٩ مايلي: "ومن حيث إن الظروف الأمنية الراهنة التي يمر بها القطر العربي السوري تعتبر من قبيل الظروف الاستثنائية الطارئة التي أوجب الاجتهاد الإداري لاستحقاق التعويض عنها توافر الشروط التالية: ١- أن يكون الظرف الطارئ خارجاً عن إرادة المتعاقدين، ٢- أن يكون الظرف الطارئ مما لا يمكن توقعه عادة، ولم يكن في نية المتعاقدين المشتركة حين توقيع العقد، ٣- أن تتقلب اقتصاديات العقد ويترتب على تنفيذه خسارة تجاوز

^١ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، رقم ٦٨/، الصادر بتاريخ ١٦/١٢/١٩٦٨ - سبق الإشارة إليه - غير منشور.

^٢ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (٤٥٨ / ١) لعام ١٩٨٤، مأخوذ عن : مصباح نوري المهاني - المرجع السابق - القاعدة ٧٥٣١، ص ٣٦١.

في فداحتها حد الخسارة العادية المألوفة التي يتحملها أي متعاقد أثناء التنفيذ، وأن التعويض الذي يستحقه المتعاقد لا يشمل إلا جزءاً من الأضرار المدعى بها.^(١)

الفرع الثاني - الأساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة :

إن كل قاعدة قانونية شرعت، لابد وأن يسبقها موجب وسبب دعا لتقنينها بنص قانوني نافذ، فنجد أن الموجبات التشريعية لتقنين نظرية الظروف الطارئة في التشريع السوري يمكن إجمالها بـ : بفكرة العدالة، وطبيعة العقد الإداري وخصوصيته، وطبيعة المرفق العام المتصل به (ما سبق بيانه بالتفصيل عند دراسة أسس نظرية التوازن المالي للعقد الإداري).

أولاً- في فرنسا : نجد أن القانون الإداري الفرنسي، مازال خالياً أسوة بقانونه المدني من أي نص يتضمن أخذه بنظرية الظروف الطارئة، ولما كان اجتهاد القضاء المدني في فرنسا لطالما يؤكد على قدسية القوة الملزمة للعقود المدنية، تكريساً لمبدأ سلطان الإرادة^(٢). 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 يستبدل بها غيرها^(٣). فلا نغفل عن أن مجلس الدولة الفرنسي قد طبق نظرية الظروف الطارئة لأول مرة في قضية بورديو

^١ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، رقم (٤٠٣/١/ع) لعام ٢٠١٣، في الطعن ذي الرقم (٥٠٠٣) لعام ٢٠١٣ الصادر بتاريخ ٢٩/٧/٢٠١٣. غير منشور .

^٢ نقلاً عن : هبة محمد محمود ديب -أثر الظروف الطارئة على العقود المدنية ، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير ،كلية الحقوق جامعة الأزهر، غزة ، لعام ٢٠١٢ ، ص ٢٨ .منشور على شبكة الانترنت :

www.alazhar.edu.ps/Library/aattachedFile.asp?id_no=0045582

^٣ نقلاً عن :إحسان ستار خضير - المرجع السابق - منشور بكامله عبر الانترنت .

الشهيرة - كما ذكرنا- رغم عدم وجود نص قانوني لتلك النظرية في التشريع الفرنسي، ومازال مجلس الدولة الفرنسي منذ ذاك الحين، يجيز تطبيقها على كافة العقود الإدارية في حال توافر شروطها، حتى في حال غياب النص التعاقدية، بل وحتى على نقيض النصوص التعاقدية؛ لأنه عدها من النظام العام، واعتبرها مبدأ عام بمنزلة التشريع و ملزم للإدارة ولا يجوز لها إلغاؤه بلائحة^(١)، وفي اعتقادنا أن الاجتهاد القضائي الذي يستقر لمدة طويلة من الزمن ليصبح منهجاً ينزل منزلة التشريع لا يمكن للإدارة إلغاؤه بلائحة تنفيذية تصدرها؛ لكي لا يصبح الاجتهاد القضائي عرضة للإلغاء من قبل الإدارة المذكورة.

ثانياً- في مصر: نصت المادة السادسة من القانون رقم (١٢٩) الصادر عام ١٩٤٧ المتعلق بالالتزامات المرافق العامة في مصر على أنه: "إذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها، ولا يد لمانح الالتزام فيها، وأفضت إلى الإخلال بالتوازن المالي للالتزام، أو إلى تعديل كيانه الاقتصادي كما كان مقدراً وقت منح الالتزام، جاز لمانح الالتزام أن يعدل قوائم الأسعار، وإذا اقتضى الحال أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله، وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر في استغلاله أو لخفض الأرباح الباهظة إلى القدر المقبول"^(٢). وقد تم تقنين هذه النظرية لكون العقد الإداري يؤدي دوراً هاماً في تسيير المرفق العام بطريق مباشر أو غير مباشر، وهو

^١ نقلاً عن : د. محمد يوسف الحسين، د. مهند نوح - المرجع السابق - ص ٢٩١، وما بعدها .

^٢ د. يوسف الشباط ، د. عبد الرحيم الصفدي - المرجع السابق - ص ٥٠ .

وسيلة من وسائل الإدارة لإشباع حاجة عامة، فكانت هذه النظرية من أهم ضمانات سير المرافق العامة بانتظام واطراد^(١).

ثالثاً- في سورية: نبين بدايةً بأن المشرع السوري قد قنن نظرية الظروف الطارئة في نطاق العقود المدنية في المادة /١٤٨/ من القانون المدني الصادر بالمرسوم التشريعي رقم /٨٤/ لعام ١٩٤٩^(٢)، وعدّها من متعلقات النظام العام، التي نصت على مايلي: ١- العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون. ٢- ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة، لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك. ثم قُنِنَتْ هذه النظرية في نطاق العقود الإدارية أسوة بالقانون المدني، حيث نصت الفقرة /د/ من المادة/٥٣/ من القانون رقم (٥١) الخاص بنظام العقود الإدارية للجهات العامة الصادر بتاريخ ٢٠٠٤/١٢/٩م النافذ حالياً - المعروف بنظام العقود الموحد في سورية- على أنه : ((د- إذا طرأت ظروف أو حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ التعهد وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً بحيث يهدد بخسارة فادحة كان للمتعهد الحق بطلب تعويض عادل)).

^١ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية ، ١٩٧٢/٦/١٧ ، مجموعة احكام المحكمة الإدارية العليا المصرية ، السنة ١٧، ص٥٧٦- مأخوذ عن : د. محمد أبو بكر عبد المقصود - المرجع السابق - ص٣٥.

^٢ وهو نص يتطابق حرفياً مع نص المادة /١٤٧/ من القانون المدني المصري لعام ١٩٤٨ ، المذكور آنفاً .

وعند إجراء مقارنة بين كل من نص المادة (١٤٨) من القانون المدني لعام ١٩٤٩، والفقرة /د/ من نص المادة (٥٣) من نظام العقود الموحد السوري لعام ٢٠٠٤؛ فوجدنا أن كلا النصين يتشابهان إلى حد كبير في تحديد الشروط اللازمة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، إلا أن الاختلاف يتجلى بكون النص المدني أكثر دلالة من النص الإداري في تحديد صلاحيات قاضي العقد؛ فقد أجاز للقاضي المدني تبعاً للظروف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وإن لم يكن بالإمكان ذلك، يحكم عندها بتعويض عادل متمثل بمبلغ مالي. بينما وبالعودة للنص الإداري نجد أن المشرع قد 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).

وبناءً عليه فليس ثمة ما يمنع، من رجوع القاضي الإداري لنص المادة /١٤٨/ من القانون المدني في معرض تطبيقه نظرية الظروف الطارئة على تنفيذ العقد الإداري، سنداً لما أباحه القانون الإداري صراحة من أن التشريع السوري هو المرجع الوحيد في كل ما يتعلق بالنزاعات الناشئة بصدد تنفيذ العقود الإدارية^(٢)، وهذا ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة السوري، حينما عد أنه ليس ثمة ما يمنع من رجوع القاضي الإداري لأحكام القانون الخاص في سبيل تطوير قواعد و روابط القانون

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

^٢ فقد نصت المادة /٦٧/ من القانون رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤ على أنه " يعتبر التشريع السوري مرجعاً وحيداً في كل ما يتعلق بصحة العقد وتفسير أحكامه وتطبيقها وفي كل نزاع ينشأ نتيجة تنفيذه .

العام وبما ينسجم ويتلاءم معها؛ فللقضاء الإداري أن يطبق من قواعد القانون الخاص ما يتلاءم مع روابط القانون العام، وله أن يطورها بما يحقق هذا التلاؤم^(١). وبالفعل فأئنا نرى أن اجتهاد مجلس الدولة السوري قد استقر قضاؤه في العديد من أحكامه وآرائه الاستشارية، على استخدام القاضي الإداري لسلطة القاضي المدني بالتدخل بالعقد من خلال رده إلى الحد المعقول كتعويض يتناسب مع الضرر الحاصل^(٢).

والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام: هل يجوز تضمين العقد الإداري لشرط صريح بعدم تطبيق نظرية الظروف الطارئة خلال تنفيذ العقد؟

الجواب: لا، لكونها نظرية من متعلقات النظام العام، ناهيك عن أن تضمين العقد لمثل هذا الشرط يُعدُّ مصادرة لحقوق المتعهد المستقبلية وهذا مخالف لقواعد العدالة والإنصاف الطبيعية. إذ نجد أن المحكمة الإدارية العليا السورية، قد تصدت لهذه المشكلة، فعدت "أن اشتراط الإدارة المتعاقدة في العقد، بسقوط حق المتعهد بالمطالبة بأي زيادة بالأسعار مهما كانت الأسباب طيلة فترة نفاذ العقد، فإن الدفع بوجود مثل هذا الشرط غير جدير بالقبول والتأييد، بحسبان أن اجتهاد القضاء الإداري قد استقر على اعتبار مثل هذا الشرط باطلاً لمخالفته النظام العام ولأحكام المادة ١٤٨/ من القانون المدني، فلا يجوز للإدارة أن تثري على حساب المتعاقد الذي يلتزم بتنفيذ مشاريعها عن طريق وضع نصوص عند التعاقد، تستهدف حرمانه من التعويض حين يختل التوازن المالي للعقد بسبب الظروف الطارئة أو نتيجة لارتفاع الأسعار،

^١ راجع حكم محكمة القضاء الإداري السورية، القرار رقم (٣/٤٦٨) لعام ٢٠١٤، في الطعن رقم (٢٦٩٨) لعام ٢٠١٤ الصادر بتاريخ ٢٠١٤/٥/٧، غير منشور - سبق الإشارة إليه - .

^٢ راجع حكم محكمة القضاء الإداري السورية، القرار رقم (٢/١١٥٩) لعام ٢٠١٤، في الطعن رقم (٢/٢١٧٦) لعام ٢٠١٤، الصادر بتاريخ ٢٠١٤/١٢/٧، غير منشور .

وقد اعتبرت المحكمة الإدارية العليا أن هذا المنطق يكون متصلاً بالمنطق القانوني بأوثق الوشائج (حكم المحكمة الإدارية العليا رقم/١٦٧ لسنة ١٩٨٦)^(١). كذلك استناداً إلى الاجتهاد الذي قضى بأن تضمين العقد نصاً يفيد بتحمل المتعهد لزيادة أسعار التي قد تطرأ على تنفيذ العقد - علماً أن زيادة الأسعار تعد فرع من فروع نظرية الظروف الطارئة كما سنرى لاحقاً - لا يحول دون تقاضيه الزيادة المهرقة التي تفوق النسبة التي يتحملها بموجب نظام العقود الموحد (قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ٦٤ في الطعن رقم ٥٧ لعام ١٩٨٧)^(٢).

والجدير بالذكر هنا هو أن جميع قواعد القانون العام عموماً ومن بينها قواعد قانون العقود الإدارية الموحد في سورية خصوصاً، هي بطبيعة الحال عبارة عن نصوص أمرة من متعلقات النظام العام، والتي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها إلا في الحدود التي ترسمها هذه القوانين. وتأكيداً على ذلك نجد أن اجتهاد القسم الاستشاري للفتوى والتشريع في مجلس الدولة السوري قد استقر على أنه؛ لا يجوز للإدارة أن تضمن العقد شروطاً أو أحكاماً تخالف نظام العقود الموحد في سورية - الذي تعد جميع أحكامه من متعلقات النظام العام - لأن مثل هذا القانون عندما يصدر إنما يقوم على ركنين من العدالة والمصلحة العامة، ولا مجال البتة لتجاوز الحدود التي رسمها القانون للإدارة، والقول بغير ذلك إنما يعني جواز الاجتهاد في مورد النص وهو أمر غير مقبول أصولاً؛ الأمر الذي يتعين معه وعند احتواء عقد إداري لنص يخالف

^١ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، القرار رقم ٣٥/ع/١/٢٠١٤، في الطعن ذي الرقم (٢٣١) لسنة ٢٠١٣ الصادر بتاريخ ١١/٢٣/٢٠١٤، غير منشور .

^٢ راجع حكم المحكمة القضاء الإداري السورية، رقم (١/١٢٨٨) لعام ٢٠١٤، في الطعن ذي الرقم (١/٢٥٢٣) لعام ٢٠١٤، الصادر بتاريخ ١٢/٢١/٢٠١٤، غير منشور. المكتسب الدرجة القطعية لعدم الطعن به وفق سجلات ديوان محكمة القضاء الإداري في مجلس الدولة .

القانون الناظم لأحكام العقود أن يتم تغليب النص القانوني في التطبيق عن النص العقدي^(١).

كما ونشير إلى أن المشرع السوري استناداً لأحكام الفقرة / و/ من المادة (٥٣) من نظام العقود الإدارية الموحد السوري رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤ قد أوجب على المتعاقد مع الإدارة أن يتقدم خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ وقوع السبب المؤدي للتأخير (كأن يكون حادث مفاجئ أو أحوال طارئة أو قوة قاهرة) بطلب تمديد مدة التعهد إذا ما تعرض أثناء التنفيذ لمثل تلك الحوادث أو الأحوال، التي من شأنها أن تؤدي إلى تأخيره عن تنفيذ التزاماته التعاقدية، 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، حيث نجد أن الاجتهاد القضائي لدى مجلس الدولة السوري يطبق هذا الشرط الشكلي بكل أمانة ودقة، فقد قررت اللجنة المختصة في أحد أرائها الاستشارية الصادرة حديثاً بأن الإدارة تملك صلاحية قبول الطلب المقدم من قبل المتعهد- المستقضى بشأنه- من عدمه وفق الأحكام والشروط العقدية المنصوص عليها في العقد رقم /٢٤/ لعام ٢٠١٠، شريطة تقديمه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ وقوع السبب المؤدي إلى التأخير^(٢).

^١ الرأي الصادر عن اللجنة المختصة للفتوى والتشريع بمجلس الدولة، رقم ١٦٧/لسنة ٢٠٠٩ ، في القضية رقم (٢٤٤/ف) لسنة ٢٠٠٩، الصادر بتاريخ ٢٣/٨/٢٠٠٩، غير منشور .

^٢ الرأي الصادر عن اللجنة المختصة للفتوى والتشريع بمجلس الدولة، رقم ٩٨/لسنة ٢٠١٧، في القضية رقم (١١٤/ف) لسنة ٢٠١٧، الصادر بتاريخ ٣١/٨/٢٠١٧، غير منشور .

إلا أن القضاء الإداري السوري قد استبعد تطبيق الشرط الشكلي في مجال الحكم للمتعاقد بالتعويض القانوني المنصوص عليه في المادة /٦٣/ من قانون العقود رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤، بسبب الزيادة الطارئة ارتفاعاً على أسعار المواد الداخلة في تنفيذ العقد، علماً أن المادة /٦٣/ تدرج في عداد تطبيقات نظرية الظروف الطارئة وتتفرع عنها.

الفرع الثالث - تعريف نظرية الظروف الطارئة^(١):

لقد تعددت التعريفات التي ساقها الفقه، بشأن هذه النظرية، فقد عرفها البعض: "بأنها عبارة عن حوادث وظروف، لم تكن متوقعة عند إبرام العقد تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد، وتؤدي إلى خسارة للمتعاقد غير محتملة، ففي مثل هذه الحالة من حق المتعاقد مع الإدارة أن يطالبها بتعويضه جزئياً عن هذه الخسارة"^(٢). وعرفها البعض الآخر: "بأنها كل حادث عام لاحق لتكوين العقد، وخارج عن إرادة المتعاقدين وغير متوقع الحصول، ينجم عنه اختلال في التوازن بين المنافع المتبادلة في العقود، مما يرهق المدين إرهاقاً شديداً"^(٣).

إلا أن للقضاء الإداري النصيب البارز في تعريف هذه النظرية، حيث نجد أن الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في ١١/٥/١٩٦٨م (س ١٣،

^١ الظروف الطارئة لغةً ؛ " فالظروف في اللغة : جمع ظرف، ومعناه دائر على وعاء الشيء ومن ذلك أيضاً إطلاق الظروف على الحال. أما كلمة الطارئة في اللغة : فهي اسم الفاعل من طرأ، ومعناه جاء فجأة ومن بعيد، والطارئ هو الغريب خلاف الأصلي، والطارئة جمع طوارئ وطارئات، بمعنى الداهية . وهكذا يكون معنى الظروف الطارئة في اللغة: هي جميع الأحوال الغريبة التي تأتي فجأة ولا يدري من أين أتت. " نقلاً عن { معجم المقاييس في اللغة ، للمؤلف: أحمد بن فارس بن زكريا أبو الحسين ، مادة ظرف، ص ٦٤٤ }.

^٢ د . محمد أبو بكر عبد المقصود - المرجع سابق - ص ١٦ .

^٣ نبيل الظواهره الصائغ ، عبد الحي والي - المرجع السابق - ص ٨.

ص ٨٧٤) قد تضمن تعريفاً جامعاً مانعاً، ركّز نظرية الظروف الطارئة، بأنها عبارة عن: "ظروف عامة استثنائية اقتصادية كانت أو طبيعية أو إدارية، وقعت أثناء تنفيذ العقد، ولا دخل 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 اختلالاً جسيماً" ^(١).

كما نجد أن مجلس الدولة السوري لم يخرج عن تعريف المشرع السوري للنظرية، وفقاً للفقرة د/ من المادة ٥٣/ من نظام العقود الموحد رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤ التي قضت بأنه " إذا طرأت ظروف أو حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ التعهد وإن لم يصبح مستحيلًا صار مرهقاً بحيث يهدد بخسارة فادحة كان للمتعهد الحق بطلب تعويض عادل" ، حيث نجد ذلك واضحاً في العديد من أحكامه ^(٢).

وبناء على ما سبق يمكننا تعريف نظرية الظروف الطارئة بأنها : ظروف عامة استثنائية، سياسية، اقتصادية، طبيعية، تقع أثناء تنفيذ العقد، ولا دخل لإرادة المتعاقدين في حدوثها، ولم يكن في الوسع توقعها عند إبرام العقد، يترتب عليها إرهاب المتعاقد، الذي لا يملك لها دعواً، ويكون من شأنها أن تصيبه بخسارة فادحة تجاوز الخسارة العادية المألوفة على نحو يختل معه التوازن المالي للعقد اختلالاً جسيماً .

^١ د. سليمان محمد الطماوي - المرجع السابق - لعام (١٤٢٦ هـ ٢٠٠٥ م)، ص ٦٤٢.

^٢ قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (٦٨) لسنة ١٩٦٨، الصادر بتاريخ ١٦/١٢/٩٦٨ م - سبق الإشارة إليه - غير منشور.

الفرع الرابع - شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة :

ومن خلال التعريف السابق ذكره، يمكننا أن نستخلص مجمل شروط نظرية الظروف الطارئة والتي سوف نقوم بشرحها تباعاً، وفق المجموعتين التاليتين :

أولاً- الشروط المتعلقة بالظرف الطارئ:

١ - أن يكون الظرف عاماً واستثنائياً:

يقصد بالحادث العام أن لا يكون خاصاً بالمدين فقط كإفلاسه أو موته أو مرضه بل يجب أن يكون عاماً شاملاً لطائفة من الناس، بمعنى أنه يشمل بآثاره طائفة من الناس أو أكثر، كأهل البلد أو سكان إقليم معين من بلد ما أو مجموعة من الناس يؤلفون طبقة في المجتمع أو فئة منها، كالحرب والثورة والفيضان والحرارة أو البرودة الشديدة غير المتوقعة وتساقط الثلوج بشكل غير عادي، وغيرها من الأمثلة الكثيرة التي لا حصر لها، وهذا الحادث في عموميته تسبب في إلحاق الضرر الجسيم بالمدين.

ولا يكفي أن يكون الظرف عاماً، بل يجب أن يكون استثنائياً، ومما يلاحظ هنا أنه 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 يُعدّ ظرفاً استثنائياً في أحوال وظروف معينة، قد لا يعد كذلك في حالات وظروف أخرى فالمسألة أولاً وأخيراً مسألة واقع، ولعل هذا هو سبب عدم محاولة الشراح أن يضعوا معياراً دقيقاً ومحددًا للظرف الاستثنائي، واكتفاهم بضرب أمثلة له مستمدة من أحكام القضاء الصادر في الموضوع، مفادها أن الحوادث لا بد أن تكون استثنائية يندر وقوعها، دون تحديدها على سبيل الحصر، وفي مقدمة هذه الأمثلة تأتي حالة الحرب التي يجمع الشراح على أنها خير نموذج للظرف الاستثنائي، ولا أدل على ذلك من

أن مجلس الدولة الفرنسي قد ابتكر نظرية أطلق عليها أولاً (نظرية الحرب) وذلك إبان الحرب العالمية الأولى سنة ١٩١٤ ثم أطلق عليها بعد ذلك (نظرية الظروف الاستثنائية)^(١). كما أن محكمة القضاء الإداري المصرية قالت: بأنه لا شبهة في أن قيام الحرب يعتبر من الحوادث الاستثنائية العامة الخارجية التي لم يكن في الوسع توقعها..^(٢). ومن أمثلة ذلك أيضاً: الثورات، الغزو، حالة التوتر الدولي، زلازل، براكين الأوبئة، المجاعات، الفيضانات، تمرد عمال المرافق العامة، أو قيام تسعيرة رسمية أو إلغاؤها أو ارتفاع باهظ في الأسعار أو نزول فاحش، أو استيلاء إداري، وغيرها...^(٣). مع التنويه إلى أنه لم يتضمن القانون المصري ولا حتى السوري بأمثلة، تاركاً ذلك للفقه والاجتهاد القضائي^(٤).

٢ - أن يحدث الظرف الطارئ أثناء تنفيذ العقد:

بموجب هذا شرط يجب أن يقع الظرف الطارئ بشكل أساسي عقب إبرام العقد الإداري وخلال تنفيذه (أي قبل انتهاء تنفيذه)، بمعنى أن الظروف التي تطرأ سواء قبل إبرام العقد أم بعد انقضاء تنفيذ العقد، فالأصل أن القاضي لا يعوض عن هذه الظروف^(٥). لذا فإن وقوع الظرف الطارئ عقب إبرام العقد الإداري وقبل إتمام تنفيذه، يقتضي غالباً أن يكون تنفيذ العقد من شأنه أن يمتد فترة من الزمن، ولهذا فإن التطبيقات الغالبة للنظرية، تكون في عقود الأشغال العامة، وعقود تفويض المرفق

^١ د. حسن ضياء الخل خالي، نظرية الضرورة كاستثناء يرد على مبدأ سمو الدستور ، كلية الحقوق ، جامعة الكوفة، النجف الأشرف مؤسسة نبراس، لعام (٢٠٠٨)، ص ٥٥ .

^٢ سمير صادق - المرجع السابق - ص ٢٦٣ .

^٣ د. أحمد مدحت علي، نظرية الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة، القاهرة، الهيئة العامة المصرية للكتاب، لعام ١٩٧٨، ص ١٩١ - ١٩٢ .

^٤ د. سليمان محمد الطماوي - المرجع السابق - لعام (١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م)، ص ٦٣٤ .

^٥ د. سليمان محمد الطماوي - المرجع السابق - لعام ١٩٩١، ص ٦٨٢ - ٦٨٣ .

العام وخاصة عقود امتياز المرفق العام وعقود التزام المرفق العام التي تأخذ فترات تنفيذها ربحاً طويلاً، والتي توصف " بالعقود المتراخية زمنياً " أي التي يطول زمن تنفيذها^(١)، وهذا ما قضى به مجلس الدولة السوري حينما اشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة إلا يكون العقد قد نُفذ حين حدوث الظرف الطارئ^(٢). وفي هذا المقام يجب التفريق بين أمرين :

- **الظروف التي تطرأ قبل إبرام العقد:** من المسلّم به أنه لا يعد ظرفاً طارئاً الحادث الذي يقع قبل إبرام العقد حيث يستطيع المتعاقد أن يتمتع عن إبرام العقد، فإذا ما قبل إبرامه مع وجود هذا الحادث فلا يكون طارئاً، ومن ثم لا تطبق هذه النظرية^(٣). أما في حال حدوث الظرف الطارئ في الفترة بين إيداع العرض الذي يربط المتعاقد مع الإدارة وبين موافقة الإدارة على العقد وقبل مباشرته للتنفيذ، فإن مجلس الدولة الفرنسي قد منح المتعاقد في مثل هذه الحالة حق إثارة نظرية الظروف الطارئة - بعد أبرام العقد ودخوله حيّز المباشرة و التنفيذ - إذ كان الحدث الذي أخل بتوازن المالي للعقد قد حصل في الفترة بين إيداع العرض وبين موافقة الإدارة على العقد، ولكن في حال لم تُصدّق الإدارة العقد خلال المهلة المنصوص عنها، فإن المتعاقد يستطيع سحب العرض الذي تقدم به، وإذا لم يقم بذلك ومن ثم صادقت الإدارة على العقد فيما بعد، فإنه يسقط حقه حينئذ في إثارة عدم التوقع لأجل الأحداث الطارئة التي

^١ وهو توصيف فقهي يختلف عن العقود الزمنية التي يدخل الزمن كعنصر أساسي في تنفيذها (عقود الإيجار) والتي ميزها فقه القانون الخاص عن العقود الآتية (الفورية) التي لا يدخل الزمن كعنصر من عناصر تنفيذها (عقود البيع).

^٢ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، رقم (٦٨)، في الطعن ذي الرقم (٧٧) لسنة ١٩٦٨ الصادر بتاريخ ١٦/١٢/١٩٦٨ - سبق الإشارة إليه - غير منشور.

^٣ حكم المحكمة الإدارية العليا، ٢٠/١١/١٩٨٢، الطعن رقم ٨٤٣، ٩٢٢ لسنة ٢٦ ق، عليا، مأخوذ عن: د. محمد أبو بكر عبد المقصود - المرجع سابق - ص ٢٦.

حصلت منذ إيداع عرضه^(١). إلا أن الأمر مختلف بالنسبة لنظام العقود الإدارية الموحد في سورية رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤ والذي لا يُجيز استعادة أو تعديل العروض بعد تقديمها^(٢)، إلا أنه في حال مباشرة المتعاقد للتنفيذ، فقد أجاز القانون للمتعهّد المطالبة بفروقات الأسعار التي طرأت بعد تقديم العرض وطيلة فترة التنفيذ^(٣).

حيث نجد أن مجلس الدولة السوري يشترط وبشكل أساسي لإمكانية تطبيق هذه النظرية أن يقع الأمر الطارئ أثناء تنفيذ العقد، والذي لم يكن أحد من المتعاقدين يتوقعه عند إبرام العقد^(٤)، أي يُشترط أن يحصل الظرف الطارئ بعد أبرام العقد، ويستثني من ذلك الحالة التي يثبت معها وجود زيادة في أسعار المواد المتعاقد عليها عند إبرام العقد، ما من شأنه الإخلال بالتوازن العقدي بين الطرفين، فإنه لزاماً على القضاء إعادة هذا التوازن لهذه العقود متى طلب منه ذلك، إذا ما وجد أنه ثمة زيادة في الأسعار المتعاقد عليها، تخرج عن الحد المألوف وتشكل فحشاً غير مقبول عند إبرام العقد، إذا ما استشعر قاضي العقد الريبة والغش في الآلية التي تم على أساسها التعاقد^(٥).

- **الظروف التي تطرأ أثناء التنفيذ:** إذا كان من المسلّم به أن الظروف التي تحدث قبل الإبرام لا يُعتدّ بها لتطبيق نظرية الظروف الطارئة - كما ذكرنا - كذلك هو

^١ قرار مجلس الدولة الفرنسي؛ ١٩٣٢/١/١٥، قضية شركة ليموزين، ص ٦٤. مأخوذ عن: د. محمود عبد المجيد مغربي - المرجع السابق - ص ١٥٨.

• RICHER, L. (Laurent), **DROIT DES CONTRATS ADMINISTRATIFS**, (7e) édition, L.G.D.J., 2010, P ١٦٥, n°٣٠٤.

^٢ سندا للفقرة/ب/ من المادة/١٩/ من نظام العقود الإدارية الموحد رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤.

^٣ سندا للمادة/٦٣/ من نظام العقود الإدارية الموحد رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤.

^٤ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، رقم/٦٨/، الصادر بتاريخ ١٦/١٢/١٩٦٨ - سبق الإشارة إليه - غير منشور.

^٥ حكم محكمة القضاء الإداري السورية، رقم (١٩٧/ع/١) لسنة ٢٠١٤، في القضية ذات الرقم (٢/٤٣١٨) لسنة ٢٠١٤، الصادر بتاريخ ١٠/٣/٢٠١٤. غير منشور.

الأمر بالنسبة للظروف التي تحدث بعد انتهاء العقد؛ فالقاعدة الأساسية أن مجال تطبيق النظرية في الفترة الزمنية التي تجري بين تاريخ إبرام العقد وانتهاء المهلة المحددة للتنفيذ وهي الغالبة في التطبيق.

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي قد أقر في عام ١٩٧٦ إمكانية تطبيق نظرية الظروف الطارئة حتى بعد انتهاء مدة العقد بشكل طبيعي، أي بشكل لاحق لانقضاء التزام؛ أي أنه يسمح للشركة المتعاقدة المدعية المطالبة بالتعويض رغم انتهاء العمل بالعقد على أن تكون الظروف قد طرأت أثناء التنفيذ وذلك استناداً لمبدأ العدالة، كما نجد أن مجلس الدولة الفرنسي قد رفض تطبيق هذه النظرية في حال إذا كان العقد قد فسخ فسخاً قبل نهايته الطبيعية^(١). كما أن القضاء المصري قد طبق النظرية حتى ولو كانت العلاقة التعاقدية قد انتهت، إذا استند المدعي إلى أسباب تسوغ تطبيق النظرية حين التنفيذ حتى لو كان العقد قد انتهى. كما أن المطالبة بالتعويض على أساس هذه النظرية يستوي أن تكون أثناء سريان العقد أو بعد إنتهاء مدته، مادام المتعاقد مع الإدارة لم يتوقف عن تنفيذ التزاماته التعاقدية^(٢)، وهذا ما استقر عليه اجتهاد القضاء الإداري الفرنسي والمصري في أحكامه المستمرة والعديدة^(٣).

وإن الرأي الغالب لدى الفقه والاجتهاد في سورية يرى أنه " مادام المتعاقد قد قام بتنفيذ العقد على أكمل وجه، واستمر بالتنفيذ رغم كل الصعوبات حتى انتهاء العقد

^١ قرار مجلس الدولة الفرنسي ١٢-٣-١٩٧٦ ، القرارات القضائية في القانون الإداري ١٩٧٦ ص ٥٥٢ ، مأخوذ عن:

د. محمد يوسف الحسين ، د. مهند نوح - المرجع السابق - ص ٢٧٧ .

^٢ حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، في القضية رقم ٩٨٣ لسنة ٩ جلسة ١٩٥٧/٦/٣٠ . مأخوذ عن: عن سمير صادق - المرجع السابق - ص ٢٦٣ .

^٣ نقلاً عن : د. يوسف الشباط ، د. عبد الرحيم الصفدي ، المرافق العامة ، منشورات جامعة دمشق، كلية الحقوق ، رقم الكتاب ٣٦٨٥ ، لعام ٢٠١٠ - ٢٠١١ م ، ص ٥١ .

بشكل طبيعي، يبدو منطقياً أنه يمكن تعويض المتعاقد استناداً إلى نظرية الظروف الطارئة عن الأضرار التي لحقت به خلال مدة التنفيذ، على الرغم من انتهاء العمل بالعقد نهاية طبيعية، إذ أن هذا التعويض لا يخرج عن إطار مبدأ استمرارية المرفق العام كأساس قانوني لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، ما دام أن هذا التعويض يتعلق بالعمل خلال مدة التنفيذ^(١). 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 المقرر بمقتضى أحكام المادة ٦٣/ من القانون رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤^(٢). مع الإشارة إلى أنه يشترط لاستحقاق المتعاقد التعويض عن الأعباء والخسائر الناجمة عن تنفيذ العقد الإداري على أساس نظرية الظروف الطارئة أن يتقدم بطلب لتعديل الالتزام إلى الحد المعقول، وذلك أثناء تنفيذ العقد لا بعد إتمام هذا التنفيذ^(٣)، فحسب بلاغات وزارة المالية بأنه على الإدارة بحث موضوع ارتفاع الأسعار استناداً لأحكام المادة ٦٣/ من نظام العقود الإدارية كلما طالب المتعهد بذلك خطياً أثناء تنفيذ التعهد، حيث نجد أن وزارة المالية بينت أن طلبات التعويض

^١ د. محمد يوسف الحسين ، د. مهدي نوح، العقود الإدارية - المرجع السابق - ص ٣٠٣.

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

^٣ قرار صادر عن المحكمة الإدارية العليا (رقم ٣٢ في الطعن ١٩٧ لعام ١٩٧٦، ع ٥٨ - ٥١ - ١٩٧٧) مأخوذ عن : صبحي سلوم، موسوعة العقود الإدارية - المرجع السابق - ص ٣٤٧. وسنداً سنياً للفقرة/ و/ من المادة ٥٣/ والفقرة/ ب/ من المادة ٦٩/ من نظام العقود الإدارية الموحد رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤.

التي يقوم بها المتعهد للتعويض عن ارتفاع الأسعار يجب أن يتقدم بها خلال مدة نفاذ العقد، ولا تقبل طلبات المتعهد بارتفاع الأسعار بعد نفاذ العقد^(١).

وفي اعتقادنا أنه عند تحقق الضرر خلال فترة تنفيذ العقد الإداري جراء الظرف الطارئ، فإن المطالبة بتطبيق هذه النظرية هو أمر جائز بعد انتهاء العقد وإن عدم المطالبة خلال فترة تنفيذ العقد يحكمها مبررات استمرار المرفق العام وعدم توقيفه ولكي يستكمل المتعاقد كامل التزاماته العقدية ومن ثم يطالب بتصفية كامل حقوقه بموجب الكشف النهائي، لذا فإننا نعتقد أنه لا ضرورة معه من التقييد الشديد بالشرط الشكلي الذي فرضه القانون (بتقديم طلب خطي للإدارة خلال ١٥ يوم من حدوث الظرف الطارئ أثناء التنفيذ^(٢)) لكي يستفيد المتعاقد من تطبيق هذه النظرية ويحصل على التعويض على أساسها، وبما أنه قد توافرت شروط النظرية وموجباتها فإنه يمكن المطالبة بإعادة التوازن المالي للعقد بعد انتهاء مدته بالرغم من عدم تقديم مثل هذا الطلب خلال التنفيذ، إذا كان عدم تقديم الطلب يعود لأسباب يقتنع بها قاضي العقد .

ثانياً - الشروط المتعلقة بالمتعاقد:

١ - ألا يكون للمتعاقد يد في حدوث الظرف الطارئ:

يؤكد الفقه التقليدي أن الظرف الطارئ لا يمكن أن يكتسب هذه الصفة إلا إذا كان مستقلاً عن إرادة كل من الطرفين^(٣)، فيشترط لكي تُطبق نظرية الظروف الطارئة، أن

^١ بلاغ وزارة المالية رقم ٣٤/ب ع-٣٩/٨ تاريخ ١٥/٧/١٩٧٤م، كتاب وزارة المالية رقم ٥٩١٣/١٦/٥ تاريخ ٢٢/٥/١٩٧٥ م .

^٢ الفقرة /و/ من المادة/٥٣/ من نظام العقود الإدارية الموحد رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤ .

^٣ د. سليمان محمد الطماوي - المرجع سابق - لعام ١٩٩١، ص ٦٨٠ .

تكون العلاقة بين المتعاقد وبين الظرف الطارئ الذي أصابه، مقطوعة تماماً، بحيث لا يكون للمتعاقد يد في حدوث الظرف الطارئ، سواء عمداً أو نتيجة إهمال منه، أو أن يكون المتعاقد قد قصر في دفع الخطر ببذل الجهود اللازمة (الجهد المعقول) لتوقي الظرف الطارئ أو النتائج المترتبة عليه^(١)، فيجب أن تكون الظروف التي أدت إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد أجنبية عن إرادة المتعاقد مع الإدارة، أما إذ كانت بفعل الإدارة المتعاقدة ذاتها، فلا يكون للمتعاقد معها مصلحة في تطبيق هذه النظرية، إذ من الأفضل له المطالبة بتطبيق نظرية فعل الأمير التي تمنح التعويض الكامل كما سنرى لاحقاً^(٢).

مع الإشارة إلى أنه في حال تسببت الإدارة بخطئها أو بفعلها في إحداث ظروف يكون من شأنها إلحاق ضرر بالمتعاقد، فإنها تكون ملزمة بتعويض هذا الضرر ولكن على أن تُطبق هنا قواعد المسؤولية التعاقدية على الإدارة (كونه خطأ عقدي) وليس التعويض على أساس نظرية التوازن المالي للعقد، وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصرية^(٣).

٢ - ألا يكون في وسع المتعاقدين توقع الظرف الطارئ:

وهذا هو الشرط الجوهري الذي سميت النظرية باسمه، ذلك أن كل عقد يحمل في طياته بعض المخاطر، وكل متعاقد حذر، يقدر هذه المخاطر ويزنها عند إبرام العقد فإذا قصر في ذلك فعليه أن يتحمل وزر تقصيره، أما ما يجب أن يُؤمّن المتعاقد

^١ حكم المحكمة الإدارية العليا، ١٨/١٢/١٩٨٤، طعن رقم ٢٢٣ لسنة ٢٧ق، مأخوذ عن : الباحث محمد أبو بكر عبد المقصود -المرجع سابق - ص ٢٨ .

^٢ د. رمضان محمد بطيخ - المرجع السابق - ص ٤٨ .

^٣ حكم محكمة القضاء الإداري ، ٣٠/٦/١٩٥٧، مجموعة أحكام السنة ١١ق، ص ٦٢٧ ، مأخوذ عن : - المرجع سابق - ص ٢٨ .

ضده فهو الطرف الذي يفوق كل تقدير يمكن أن يتوقعه الطرفان المتعاقدان، ويلاحظ أن ذلك لا يعني عدم قابلية التوقع بشكل مطلق، فليس هنالك حادث يمكن أن نطلق عليه مثل هذا الوصف، لذا فإن معظم الفقهاء اعتمدوا كمعيار لعدم التوقع هو ألا يكون بمقدور الشخص العادي أن يتوقع حصولها لو وجد مكان المتعاقد لحظة إبرام العقد، وذلك بصرف النظر عما إذا كان بإمكان المتعاقد توقعها أم لم يتوقعها، وهذا يعني بأن شرط عدم التوقع لا يعني عدم التوقع المطلق؛ لأنه لا يوجد حادث غير متوقع بصفة مطلقة، لذلك يكفي أن يكون الحادث غير متوقع عادة لحظة إبرام العقد^(١).

وبكل الأحوال فقد وضع بعض الفقهاء معياراً عاماً بقولهم: إن مسألة عدم التوقع هو أمر نسبي تندرج ضمن المسائل الموضوعية التي يستقل القضاء في تقديرها؛ فالحادث الطارئ الذي يمكن توقعه هو ذلك الحادث الاعتيادي الذي يكثر وقوعه أما الحوادث النادرة فلا تعتبر متوقعة. وإذا كان العقد مبرماً لمدة طويلة فإن احتمال وقوع الطرف الطارئ خلال مدة تنفيذه أكبر من احتمال وقوعه في حالة كون العقد مبرماً لمدة قصيرة. كما وتتأثر درجة توقع الطرف الطارئ بحالة المتعاقد فيما إذا كان شخصاً أم شركة؛ فمهما أوتي المقاتل الشخص العادي من إمكانيات فالأصل أن قدرته على توقع الطرف الطارئ تكون محدودة إلا إذا استعان بالخبرات اللازمة وذلك بخلاف الشركة التي تملك إمكانيات وخبرات تمكنها من توقع الطرف الطارئ، فالشركة المتخصصة بالتجارة مثلاً، تكون على دراية بالالتزامات التي تحصل في الموانئ^(٢).

^١ د. محمد يوسف الحسين، د. د. مهدي نوح، العقود الإدارية - المرجع السابق - بالتصرف ص (٣١٣ و ٣٣٤).

^٢ إحسان ستار خضير - المرجع السابق - منشور بكامله عبر الانترنت .

ويتفرع على كون الحادث غير متوقع، أنه لا يمكن دفعه ببذل الجهد المعقول، ذلك أن الحادث الذي يستطاع دفعه يستوي في شأنه أن يكون متوقعاً أو غير متوقع^(١). بمعنى أن الظرف الطارئ الذي أدى إلى قلب اقتصاديات العقد، لم يكن من المستطاع على المتعاقد توقع حدوثه وقت إبرام العقد، وهذا يتطلب أن تكون المخاطر التي وقعت غير عادية تفوق التوقع وتتجاوز الحد المعقول، أما إذا كانت المخاطر عادية لا تتجاوز ما كان مفروضاً على المتعاقد أن يتوقعه عند إبرام العقد، فلا تعد ظرفاً طارئاً، وذلك كالزيادة المعقولة في الأسعار^(٢). ومن أشهر الأمثلة على الظرف الطارئ الذي لم يكن في حساب المتعاقد وقت إبرام العقد هو انخفاض قيمة العملة الوطنية وانعكاسها على ارتفاع الأسعار العقدية ما من شأنه الإخلال بالتوازن المالي للعقد إخلالاً جسيماً، فيتم إعادة هذا التوازن على النحو الذي قصده الأطراف عند إبرام العقد على أساس نظرية الظروف الطارئة .

إلا أنه وفي اعتقادنا ينبغي التمييز فيما إذا كان سبب انخفاض قيمة العملة الوطنية مقابل ارتفاع سعر صرف العملات الأجنبية يرجع بسبب تدخل حكومي كأن تطرح الحكومة في التداول فئة أوراق نقدية جديدة بحجم كبير مما يؤدي إلى

^١ د. سليمان محمد الطماوي - المرجع السابق - لعام (١٤٢٦ هـ ٢٠٠٥ م)، ص ٦٥٠ .

^٢ حكم المحكمة الإدارية العليا ١٩٦٢١٦١٩، الطعن رقم ٢١٥ لسنة ٦٦ عليا، مجموعة أحكام السنة السابعة ، ص ١٠٢٤. مأخوذ عن: د. محمد أبو بكر عبد المقصود - المرجع سابق - ص ٢٩. وتأكيداً لذلك، نجد أن اجتهاد محكمة النقض السورية قد استقر على "أن الحوادث الطارئة هي الحوادث الاستثنائية العامة التي لم يكن في الوسع توقعها، أو التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا أو مرهقاً يهدد بخسارة فادحة. أما الارتفاع الملحوظ لأسعار بعض البضائع عالمياً ومحلياً الذي أضحى أمراً مألوفاً ومتوقعاً في عالم التجارة، فلا يؤلف حوادث طارئة استثنائية عامة... وعلى هذا استقر الاجتهاد القضائي، حكم محكمة النقض السورية، غرفة ثالثة - قرار /٢٥٨٨/ - أساس ١٤٨٠/ - تاريخ ١٨/١٠/١٩٩٣، القاعدة رقم ٢٠٤٠ - سجلات محكمة النقض - مأخوذ عن : المحامي محمد أديب الحسيني، موسوعة القضاء المدني، الجديد في اجتهاد محكمة النقض السورية، الجزء الأول، مكتبة دار اليقظة العربية لعام ٢٠٠٤، ص ٧٢٥ .

انخفاض قيمة العملة الوطنية عموماً مقابل سعر صرف العملات الأجنبية، وبالتالي فإذا ارتفعت أسعار المواد الداخلة في تنفيذ العقود الإدارية في هذه الحالة كانعكاس لارتفاع أسعار الصرف فهذا يُفترض تطبيق نظرية فعل الأمير؛ بحسبان أن مرد ذلك هو فعل أميري وليس ظرفاً عاماً. أما إذا كان انخفاض قيمة العملة الوطنية يرجع لأسباب تتعلق بظروف اقتصادية عامة طبيعية تتعلق بالعرض والطلب فإن ذلك مدعاة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة؛ بحسبان أنه حادث عام استثنائي لا دخل لإرادة الأطراف في إحداثه .

ومن قبيل ما يُعد ظرفاً متوقعاً، نجد أن محكمة القضاء الإداري السورية في أحد أحكامها قد رفضت طلب المتعاقد (المدعي) بتنزيل بدلات الاستثمار الملتزم بسدادها للإدارة؛ كونه أقدم على إبرام العقد منذ فترة قصيرة في ظل الظروف الراهنة المتوقعة بالنسبة له والتي لا تخفى على أحد، لاسيما أن وقوع المقهى - محل العقد - في مدينة دمشق التي لم تتأثر بالأحداث الجارية في القطر، فلا مجال للاستفادة من نظرية الظروف الطارئة في هذه الحالة، كونه لا وجود لظرف طارئ غير متوقع^(١)، كما نجد أن القضاء الإداري قد اعتبر أنه من الأمور المتوقعة هلاك الإطارات المطاطية للآليات المستخدمة للقيام بأعمال المشروع موضوع العقد^(٢).

إلا أنه ومن وجهة نظرنا، ليس من الصواب أن نوصد الباب أمام الاستفادة من نظرية الظروف الطارئة في ظل حالة الحرب ذات الأمد الطويل، بحجة أنها أصبحت ظرفاً متوقعاً بالنسبة للعقود التي تبرم بعد نشوبها، وذلك للأسباب التالية :

^١ حكم محكمة القضاء الإداري السورية، رقم ٢/١٠٨٢ لسنة ٢٠١٤، في القضية ذات الرقم (٢/٢٩٦٩) لسنة ٢٠١٤، الصادر بتاريخ ٢٣/١١/٢٠١٤، غير منشور .

^٢ حكم محكمة الإدارية العليا السورية، رقم (١/٤٨) لسنة ٢٠١٧، في القضية ذات الرقم (١/٢٨٧١) لسنة ٢٠١٧، الصادر بتاريخ ٦/٢/٢٠١٧. غير منشور .

أ- نظراً لكون حالة الحرب الإقليمية- حرب الإرهاب والعصابات المسلحة- ذات الأمد الطويل (كالتّي يعاني منها قطرنا العربي السوري في الوقت الراهن) تأخذ واقع الكر والفر، واهتياجها تارة في منطقة ما وفتورها في أخرى، ما من شأنه دفع المتعهدين لإبرام عقد ما مع الإدارة، ظناً منهم أن الأوضاع قد هدأت في منطقة معينة محل العقد، فإذا بالحرب تعاود كرتها فجأة لهذه المنطقة وبشكل غير متوقع، ما يؤدي للإخلال في التوازن المالي للعقد الإداري الذي أُبرم قبل ذلك، بمعنى أن الحروب الأهلية والعصابات المسلحة التي قد تنشب في أحد الدول، لا يمكن تحديد زمان ومكان الضرر المترتب عنها كأثر مسبق بشكل دقيق ومتوقع داخل أراضي تلك الدولة، وبالتالي فليس من الصواب أن نعتبر أن هذا النوع من الحروب هو أمر متوقع على الدوام بالنسبة لجميع العقود المبرمة في ظلها وفي كافة المناطق. فبالعودة لأحد اجتهادات المحكمة الإدارية العليا السورية بصدد عقد إداري أُختلّ توازنه المالي أثناء حرب حزيران عام ١٩٦٧ نجد أن هذه المحكمة قد اعتبرت أن الظرف الاستثنائي (التمثل بارتفاع الأسعار العقدية) الذي طرأ على تنفيذ العقد آنذاك هو أمر غير متوقع بالرغم من تضمين العقد لما يشير إلى توقع حدوث مثل ذلك، حيث تضمن الاجتهاد القضائي : " ... أن حالة التوتر الشديدة التي سبقت حرب حزيران عام ١٩٦٧ وحشد الجيوش ووقوع الحرب بعد ذلك، مما أدى إلى ارتفاع أسعار المواد العقدية، يعتبر من الحوادث الاستثنائية العامة التي لا تحول دون تطبيق نظرية الظروف الطارئة التي تُعدّ من النظام العام، بالرغم من كون

المتعهد قد توقع احتمال نشوب الحرب بين اللحظة والأخرى أثناء التنفيذ وبالرغم من تعهده (بموجب العقد) بتحمل أي ارتفاع للأسعار قد يطرأ أثناء التنفيذ^(١).

ب- كما نؤكد على أهمية إعادة التوازن المالي على أساس نظرية الظروف الطارئة، لتشجيع الاستثمار وجذب رؤوس الأموال من الخارج، لبناء أو إعادة بناء ما خلفته الحرب، وعدم تحميل الخزينة العامة لتكاليف كبيرة وباهظة في سبيل إشباع الحاجات العامة، فلا بد من الاعتماد على شركات القطاع الخاص في سبيل ذلك لاسيما وأن المنتفع (المواطن) من المرفق العام هو المتأثر الأول^(٢).

ج - وأخيراً فإذا اعتبر القضاء الإداري أن كافة الظروف التي تسببها الحرب هي ظروف متوقعة عند أبرام العقود في ظلها، فهذا ينعكس سلباً على سير المرافق العامة، بسبب الضغط غير المبرر على المتعاقدين، والذي يتم مواجهته عملياً من قبلهم إما بالتقدم بعروض ذات أسعار كبيرة ومضاعفة - عند تقديم العروض - لتغطية الخسارة المرتقبة وضمان الربح الوفير، أو عدم رغبتهم بالتعاقد مع الإدارة أصلاً، وكلا الأمرين يلحقان الضرر بالمرافق العامة .

وبناءً على ما تقدم نخلص لنتيجة غاية في الأهمية بأنه قد آن الأوان للتشريع الإداري أن ينظم أحكام خاصة بوجوب مراجعة التوازن المالي للعقد الإداري من قبل أطرافه وبشكل دوري ومحدد، بحيث تتلاءم مثل هذه الأحكام مع طبيعة كل نوع من أنواع العقود الإدارية، فعلى سبيل المثال أن تكون هذه القواعد أكثر تفصيلاً في عقود تفويض المرافق العامة نظراً لأهميتها، وبأن تكون مدة المراجعة العقدية فيما

^١ قرارات صادرة عن المحكمة الإدارية العليا (القرار ٣٤٠ في الطعن ١٩٠ لعام ١٩٧٠ - والقرار ٩٦ في الطعن ٥١ لعام ١٩٧٨ - والقرار ١٠٧ في الطعن ٢٤٥ لعام ١٩٧١) مأخوذ عن: صبحي سلوم، موسوعة العقود الإدارية - المرجع السابق - ص ٣٤٨.

^٢ د. يوسف الشباط ، د. عبد الرحيم الصفدي - المرجع السابق - ص ٥١ .

يتعلق بعقود الأشغال العامة وعقود الخدمات العامة (الذي تستغرق فترات طويلة عادةً) أطول من مدة المراجعة العقدية في عقود توريد وهكذا. ما من شأنه توفير الأمان للاستثمار مع وجود مركز قانوني يشجع ويضمن كامل حقوق المتعاقدين مع الدولة مهما تعددت أو تنوعت الظروف التي قد تخل بالتوازن المالي للعقد . ولا يغيب عن البال بأن القضاء الإداري هو الضامن الرئيسي لإحقاق الحقوق بين الإدارة والمتعاقد وإعادة التوازن المالي للعقد الإداري عند الاقتضاء، في ظل مبدأ سيادة القانون^(١).

٣- إصابة المتعاقد بخسارة فادحة غير مألوفة (قلب اقتصاديات العقد):

لكي يستفيد المتعاقد من تطبيق نظرية الظروف الطارئة، ويتمكن من الحصول على مساندة الإدارة لرفع الضرر الذي حاق به نتيجة الظرف الذي طرأ على عقده، يتعين أن يكون من شأن هذا الظرف أن يؤدي إلى إلحاق خسائر به، من شأنها أن تؤدي إلى الإخلال الجسيم بالتوازن المالي للعقد، وكما يطلق عليه بعض الشراح " قلب اقتصاديات العقد". فليس المقصود من هذا الشرط أن يفقد المتعاقد إرباحه كلها أو بعضها، كون جميع العقود لاسيما التعهدات قد تؤدي بطبيعة الحال للربح أو للخسارة، ولا يعتبر الشرط متحققاً إذا حاق بالمتعاقد ضرر معقول أو ما يمكن دفعه ببذل الجهد المعقول، ولكن قلب اقتصاديات العقد هي فكرة نسبية، تُقدر في كل حالة وفقاً لظروف كل عقد على حدة. وكل ما يمكن قوله في هذا الخصوص، إن الظرف

^١ والجدير بالذكر في هذا الصدد أن من أهم أحكام ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي هو المحاكمة العادلة ومساواة الجميع (أفراد أم مؤسسات حكومية) أمام القانون إضافة لحماية الحقوق الأساسية للأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين الأساسية وتحقيق التنمية المستمرة وضمان حركة رأس المال. راجع في ذلك النص الرسمي لميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي الذي بدأ العمل به في ديسمبر لعام ٢٠٠٠، والمنشور على شبكة الانترنت على

الرابط التالي: <http://hrlibrary.umn.edu/arab/eu-rights-charter.html>

الطارئ إذا لم يكن من شأنه أن يؤدي إلى جعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً (لأنه في هذه الحالة فإننا نكون بصدد تطبيق نظرية القوة القاهرة) فإنه يجعله مرهقاً إلى حد كبير^(١).

هذا ما أكدته مجلس الدولة السوري في العديد من قراراته على أن يكون من شأن الظرف الطارئ أن يصيب العقد بخلل باقنصادياته، بحيث يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً^(٢)... واشترط لكي يستحق المتعاقد للتعويض نتيجة الظرف الطارئ أن تتقلب اقتصاديات العقد ويترتب على تنفيذه خسارة تجاوز في فداحتها حد الخسارة العادية المألوفة التي يتحملها أي متعاقد أثناء التنفيذ^(٣). فإنه يتوجب معه إعادة التوازن الاقتصادي للعقد، وفقاً لما استقر عليه اجتهاد القضاء الإداري في هذا الصدد^(٤).

^١ وفي هذا الصدد يقول الدكتور السنهوري في وسيطه " والإرهاق الذي يقع فيه المدين من جراء الحادث الطارئ معيار مرن ليس له مقدار ثابت ، بل يتغير بتغير الظروف . فما يكون مرهقاً للمدين قد لا يكون مرهقاً لمدين آخر . وما يكون مرهقاً لمدين في ظروف معينة قد لا يكون مرهقاً لنفس المدين في ظروف أخرى . والمهم أن تنفيذ الالتزام يكون بحيث يهدد المدين بخسارة فادحة . فالخسارة المألوفة في التعامل لا تكفي، فإن التعامل مكسب وخسارة " . مأخوذ عن : د. سليمان الطماوي، المرجع السابق ، لعام (١٤٢٦ هـ . ٢٠٠٥ م)، ص ٦٥٧ .

^٢ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، رقم ٦٨/، الصادر بتاريخ ١٦/١٢/١٩٦٨ - سبق الإشارة إليه - غير منشور.

^٣ رأي اللجنة المختصة بقسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة السوري، رقم ١٣٧، لسنة ٢٠١٣، في القضية رقم (١٥٠/ف) لسنة ٢٠١٣، الصادر بتاريخ ٢٤/٧/٢٠١٣، غير منشور .

^٤ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، رقم (٤٣١/ع)، في الطعن ذي الرقم (٩٩٤) لعام ٢٠١٣ الصادر ١٩/٨/٢٠١٣، غير منشور ..

المطلب الثاني

نتائج تطبيق نظرية الظروف الطارئة

عند توافر شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة لا يُعطى للمتعاقد الحق في الامتناع عن الاستمرار في تنفيذ العقد بحجة أن تنفيذ الالتزام التعاقدي أصبح مرهقاً جداً، ولكن تحقيقاً لمصلحة المرفق العام يقتضي الأمر أن يستمر في تنفيذ التزاماته التعاقدية. وبالمقابل يُفتح له المجال لطلب عون الإدارة المتعاقدة لتقليله من عثرته والوقوف بجانبه لتخطي كبوته، وذلك بتلقيه مساعدة مالية من قبل الإدارة بغية تجاوز الصعوبات المؤقتة الحاصلة خلال التنفيذ بشرط أن يتحمل المتعاقد جزءاً بسيطاً من الأضرار التي لحقت به نتيجة هذه الظروف^(١).

يتضح مما سبق، أنه يترتب على تطبيق نظرية الظروف الطارئة في نطاق العقود الإدارية النتائج التالية :

الفرع الأول - التزام المتعاقد بالاستمرار في التنفيذ :

النتيجة الأولى لتطبيق نظرية الظروف الطارئة هي استمرار المتعاقد في التنفيذ ويرجع المبرر الأساسي لالتزام المتعاقد مع جهة الإدارة باستمراره بتنفيذ التزاماته العقدية إلى فكرة المرفق العام ومقتضيات سيره بانتظام واطراد، فكما أنه يستلزم بذل أقصى الجهد من جانب المتعاقد في تنفيذ التزاماته العقدية، والتي تتمثل في المقام الأول بتحقيق النفع العام للمستفيدين من خدمات المرفق العام، باعتبار أن ذلك هو

^١ د. محمد يوسف الحسين ، د. مهند نوح - المرجع السابق - ص ٢٨٩ .

الغاية التي من أجلها أوجدت نظرية الظروف الطارئة^(١)، فإن على الإدارة المسؤولة عن تسيير المرفق العام مساندة المتعاقد لتحقيق النفع العام الذي هو واجب الإدارة وهدفها الذي تتوخى تحقيقه أولاً وأخيراً .

والجدير بالذكر هنا أنه يُفترض على الأطراف عند تعرض العقد الإداري للظروف الطارئة، تعديل الالتزامات والحقوق المتقابلة بالتراضي بين الأطراف على ضوء ما استجد من ظروف وبما يعيد التوازن المالي للعقد، وفي حال عدم اتفاقهم على حل ودي يرضي الطرفين، ورُفِعَ الأمر إلى القضاء، فإن القاضي بالنتيجة هو الذي يدين الطرف الذي يقع عليه عبء دفع التعويض اللازم عن الأضرار الناتجة عن الحدث غير المتوقع والطرف الذي يجب عليه أن يتحمل جزءاً من الضرر الحاصل^(٢)، وهذا ما استقر عليه اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي، كذلك هو النهج المتبع لدى مجلس الدولة السوري أيضاً الذي يعطي الأولوية لإجراء الصلح والتسوية المتوافقة مع مصلحة الإدارة لإعادة التوازن المالي للعقد الإداري، كما ذهب رأي اللجنة المختصة لقسم الفتوى والتشريع، الذي جاء فيه: "... لا مانع قانوني يحول دون إجراء الصلح المستقتى بشأنه والمتضمن دفع الإدارة المستقتية مبلغ (...) تعويضاً عن ارتفاع أسعار مواد العقد... في مقابل تنازل المتعهد عن دعواه طالما قدرت الإدارة المستقتية مصلحتها في ذلك".^(٣)

^١ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية ، ١٧/٦/١٩٧٢ ، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية، السنة ١٧، ص ٥٧٦- مأخوذ عن : د. محمد أبو بكر عبد المقصود - المرجع السابق - ص ٣٥ .

^٢ د. محمد يوسف الحسين ، د. مهند نوح - المرجع السابق - ص ٢٩١ .

^٣ الرأي الصادر عن اللجنة المختصة للفتوى والتشريع بمجلس الدولة ، رقم ١٤٣/ لعام ٢٠٠٩ ، في القضية رقم (٢٥٢/ف) لسنة ٢٠٠٩، الصادر بتاريخ ١٤/٧/٢٠٠٩، غير منشور .

وبكل الأحوال فإن المتعاقد مع الإدارة لا يحق له الاستفادة من نظرية الظروف الطارئة والحصول على التعويض، عند توقيفه عن تنفيذ التزاماته التعاقدية؛ فالارتفاع الطارئ على أسعار المواد العقدية مثلاً، لا يسمح للمتعاقد إطلاقاً بالتوقف عن تنفيذ التزامه، ولا يحرره منه، طالما أنه مازال ممكناً، وإن كان مرهقاً^(١)، أي طالما أنه لم يتحول إلى قوة قاهرة يستحيل معها التنفيذ، كما أنه لا يمكن للمتعهد التحلل من التزامه العقدي تحت أي مسمى كان /الظروف الحالية أو الزيادات بالأسعار/ طالما أن قانون العقود النافذ قد أعطى المتعهد الحق بالمطالبة بالتعويض^(٢)، حيث أن المادة ٣٣/ من المرسوم رقم (٤٥٠) المتضمن دفتر الشروط العامة على قد نصت على أنه: ((... لا يحق للمتعهد أن يوقف تنفيذ الأعمال في جميع الأحوال الواردة في المادة (٦٣) من نظام العقود؛ وإلا فيعتبر مسؤولاً عن كل ما يلحق بالإدارة من أضرار وخسائر بسبب هذا الإيقاف ويفقد الحق بالمطالبة بأي تعويض)). فإذا توقف المتعاقد عن الوفاء بالتزاماته استناداً إلى ظرف الطارئ؛ فإنه يتعرض إلى توقيع الجزاءات التي تملكها الإدارة المتعاقدة وفقاً للسلطات الممنوحة لها بموجب القانون، والتي أقلها فرض عقوبة غرامة التأخير^(٣)، وأشدّها سحب التعهد منه والتنفيذ على

^١ د. سليمان محمد الطماوي - المرجع السابق - لعام ١٩٩١، ص ٦٨٩.

^٢ مجلس الدولة، المكتب الفني، المجموعة الذهبية الحديثة للآراء الصادرة عن القسم الإستشاري في مجلس الدولة السوري لعام ٢٠١٦، رأي اللجنة المختصة ذي الرقم (٢٥)، في القضية ذات الرقم (٤٠/ف) لعام ٢٠١٤، الصادر بتاريخ ٢٥/٢/٢٠١٤، ص ٤٢٤.

^٣ سنداً للمادة (٥٠) من القانون رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤ المتضمن نظام العقود الإدارية الموحد في سورية.

حسابه أو فسخ العقد بإردتها المنفردة^(١)، إن كان لها مقتضى، ولا يجديه نفعاً الاحتجاج بهذا الظرف الطارئ حينها^(٢).

ومع ذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي يتبع سياسة مرنة، تتلخص وفق المسلكين التاليين: فقد يحكم بالتعويض استناداً إلى نظرية الظروف الطارئة إذا قدر صعوبة الظروف التي تعرض لها المتعاقد المتوقف، مع حسم غرامات التأخير في حال توجبها عليه من مبلغ التعويض المستحق له^(٣)، أي إجراء التقاص بين ماله وما عليه في هذه الحالة، وفي حالات أخرى رفض المجلس التعويض باعتبار أن المتعهد قد توقف عن التنفيذ، ولا مبرر له في ذلك. أما في مصر فقد أخذت المحكمة الإدارية العليا المصرية بالمسلك المتبع لدى مجلس الدولة الفرنسي بصدد نزاع عقدي متمثل بتوقف الشركة المتعاقدة 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 المحكمة 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 تهافت الدول الكبرى على شرائه، واستمرار هذا الارتفاع طوال مدة التنفيذ، وما بذلته الشركة من محاولات للحصول على الزئبق

^١ سندا للمادة (٥٤ و ٦٠) من القانون رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤ .

^٢ حكم صادر عن مجلس الدولة الفرنسي في ١٠ ابريل سنة ١٩٢٣، مأخوذ عن : د. سليمان محمد الطماوي - المرجع السابق - لعام ١٩٩١، ص ٦٩٠ .

^٣ حكم صادر عن مجلس الدولة الفرنسي في ١٣ نوفمبر، سنة ١٩٥٣، مأخوذ عن: د. سليمان محمد الطماوي - المرجع السابق - لعام ٢٠٠٥، ص ٦٦٢ .

بشمن محتمل وطلباتها المتعددة من الوزارة لإعفاؤها من التوريد، وقيام الحكومة نيابة عنها (الشركة) بالشراء على حسابها بعد انتظار طويل حتى بلغت الأسعار أقصاها في الارتفاع^(١).

كما نجد أن مجلس الدولة السوري قد استقر قضاؤه على إلزام المتعاقد بالاستمرار بالتنفيذ وعدم الجواز له، التوقف أو الامتناع عن تنفيذ أحكام العقد الإداري بسبب ما قد يطرأ على العقد من ظروف تخل بتوازنه المالي^(٢)، وبأن المتعهد ملزم بالاستمرار بتنفيذ العقد، وعدم التوقف حتى ولو لم يحصل على الزيادة المطالب بها نتيجة ارتفاع الأسعار الطارئة على تنفيذ العقد؛ وإلا فيعتبر مسؤولاً عن كل ما يلحق بالإدارة من أضرار وخسائر بسبب هذا التوقف^(٣).

وفي اعتقادنا أن قضاء مجلس الدولة السوري وفق ماسلف لم يكن مرناً بالقدر الكافي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة رغم التوقف، حيث أن كلا طرفي العقد قد يكون ضحية للظروف الطارئة، ونفضل توزيع الخسارة الحاصلة من جرائها على كل من الإدارة والمتعهد المتوقف أو الناكل عن التنفيذ بسبب ذلك، كما هو النهج المتبع عند الفرنسيين والمصريين في هذا الخصوص، بمعنى أنه يُحَبِّذُ أن يتضمن الحكم في هذه الحالة حق المتعاقد المتوقف أو الناكل بجزء من التعويض جراء ما تعرض له من ظرف طارئ لا ذنب له فيه، بعد الأخذ بعين الاعتبار مدى

^١ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بتاريخ ٩ / ٦ / ١٩٦٢ (السنة ٧، ص ١٠٢٤) مأخوذ عن: د. سليمان محمد الطماوي - المرجع السابق - لعام (١٤٢٦ هـ. ٢٠٠٥ م) ص ٦٦٣ .

^٢ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية ، قرارها رقم (١/٤٦/ع) ، في الطعن ذي الرقم (٢٠٣٧) لسنة ٢٠١٤، الصادر بتاريخ ٢٠١٤/٢/٣، غير منشور .

^٣ رأي اللجنة المختصة بقسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة السوري، رقم ١٣٧/، الصادر بتاريخ ٢٠١٣/٧/٢٤ - سبق الإشارة إليه - .

المجهودات التي بذلت منه لمواجهة هذا الظرف، ناهيك عن إلزامه بفروقات التنفيذ على حسابه في حال توقفه كلياً عن التنفيذ أو نكوله، ومن ثم إجراء التقاص فيما له وما عليه؛ أي حسم ما يستحقه المتعاقد من تعويض جزئي بسبب الظرف الطارئ من المبلغ المترتب عليه كفروقات التنفيذ على حسابه المترتبة بموجب العقد الجديد .

" فمن غير المنطق القانوني أو العدالة في شيء أن تثري الإدارة في عقود التوريد على حساب المتعهد بسبب ارتفاع الأسعار دون أن يكون للمتعهد الحق في المطالبة بهذه الزيادة، انطلاقاً من أن المتعهد هو متعاون مع الإدارة في تنشيط المرفق العام واستمراريته، وان هذا التعاون يوجب على الإدارة أن تتحمل ما يصيب المتعهد من خسارة نتيجة الارتفاع الحاصل في المواد المتعاقد عليها من أجل إعادة التوازن المالي للعقد. وان هذا النهج هو المتبع لدى القضاء الإداري السوري بعد أن أضى مبدأ مستقراً في العديد من القضايا وبعد أن تكرر بالعديد من الاجتهادات الصادرة في هذا 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 الإفرادية للعقد وأن المتعهد ملزم بالاستمرار بتنفيذ 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)

الفرع الثاني - حق المتعاقد في الحصول على التعويض العادل:

النتيجة الثانية التي تترتب على تطبيق نظرية الظروف الطارئة تتمثل بحق الطرف المتضرر في الحصول على التعويض العادل، لإعادة التوازن المالي للعقد الذي اختل ميزانه الاقتصادي بسبب ظرف الطارئ^(٢). فإذا توافرت شروط نظرية الظروف الطارئة، ولم يتوقف المتعاقد عن تنفيذ التزاماته التعاقدية بسبب هذه الظروف ففي اعتقادنا أن أمر إعادة التوازن المالي للعقد الإداري هو منوط بالإدارة المتعاقدة كسلطة تنفيذية معنية بتنفيذ القانون، وبالتالي يتأتى عليها في المقام الأول أن تقوم بمنح المتعاقد التعويض العادل بما يعيد التوازن المالي للعقد. والجدير بالذكر هنا أن المادة ٦٣/ من نظام العقود الإدارية رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤ قد نصت على تحميل المتعاقد نسبة ١٥% من قيمة الخسارة المترتبة على زيادة تكاليف تنفيذ العقد الإداري، في حين تتحمل الإدارة باقي الزيادة، وذلك في حال تجاوزت قيمة ارتفاع أسعار المواد العقدية بنسبة تزيد على (١٥%)، وعليه فإن المشرع في مثل هذه الحالة قد حدد وبشكل دقيق النسبة التي يجب تعويض المتعاقد على أساسها، وطالما أن الإدارة تمثل سلطة تنفيذ القانون، فإن عليها منح المتعاقد نسبة التعويض المنصوص عليها بموجب المادة سالف الذكر عند ارتفاع أسعار المواد - الداخلة في تنفيذ العقد الإداري - التي يلتزم المتعاقد بتأمينها أو التي يقع على عاتقه تكاليفها، دون حاجة لترك هذا الأمر

^١ رأي اللجنة المختصة بقسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة السوري، رقم ١٣٧، الصادر بتاريخ ٢٤/٧/٢٠١٣ - سبق الإشارة إليه -.

^٢ د. رمضان محمد بطيخ - المرجع السابق - ص ٤٨.

ليتم البت به قضائياً من قبل القضاء الإداري، سيما وأنه من الواضح ومن خلال الرجوع لعدد كبير من أحكام القضاء الإداري السوري المتعلقة بهذا الخصوص أن الجهات العامة في معرض تنفيذ العقود الإدارية غالباً ما تترك أمر تعويض المتعاقد بسبب فروقات الأسعار لقضاء مجلس الدولة، دون أن تبادر بأداء قيمة التعويض القانوني المحدد بموجب نص المادة المذكور، بل تنتظر صدور حكم قضائي يلزمها بأداء هذا التعويض ما يشكل في اعتقادنا تعطيل نص قانوني نافذ وإرهاق للمتعاقدين دون أي طائل، ما يؤدي بالمحصلة إلى تقليل نسبة المتقدمين للدخول مع الجهات العامة بروابط تعاقدية^(١).

وفي كل الأحوال فعند اختلال التوازن المالي للعقد الإداري بسبب الظروف الأخرى إضافة لفروق الأسعار، وعند عدم تمكنه من التسوية والاتفاق الودي لتصحيح الوضع الجديد الذي لحقه ضرراً بسببه، وتم عرض النزاع على مجلس الدولة، نجد أن صلاحية القضاء الإداري في سبيل إعادة التوازن المالي للعقد على أساس هذه النظرية يكون من خلال منح التعويض الجزئي، الذي يكون من شأنه رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ومن ثم فليس لصاحب الشأن المطالبة بما لحقه من خسارة، وما فاتته من ربح، وإنما يجب أن تقتصر مطالبته فقط على ما لحقه من خسارة بل وليست كل خسارة، إذ عليه أن يتحمل جزءاً منها، وتتحمل الإدارة الجزء

^١ قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ٨٣/ في الطعن رقم ١٠٥/ لسنة ١٩٨٩، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٨٩. راجع أيضاً: حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، قرارها رقم (٢/٦٢)، في الطعن ذي الرقم (٢/١١٤٦) لسنة ٢٠١٧، الصادر بتاريخ ٢٠١٧/٢/١٥، غير منشور.

الآخر، ومعنى ذلك أن الخسارة توزع بين طرفي العقد، ذلك أن أحدا منهما لم يكن متسبباً فيها^(١).

حيث إن صلاحية القاضي الإداري ليست واحدة في كل من فرنسا ومصر وسورية، كما تنوعت الطرق المتبعة في تقدير وحساب التعويض المستحق للمتعاقد، في كل البلدان المذكور. وهذا ما سنشرحه وفق مايلي:

١ - صلاحية القاضي الإداري :

فالمبدأ الأساسي الذي كرسه القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر، وأكد عليه الفقه في أكثر من مناسبة، وجود اختلاف جوهري عند تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة بين كل من القضاء الإداري والقضاء المدني؛ ففي نطاق القانون المدني يستطيع القاضي المدني أن يعدل من التزامات المتعاقدين، في حين أن القاضي الإداري لا يستطيع في نطاق القانون الإداري أن يحكم إلا بالتعويض^(٢). أي أنه لا يدخل في اختصاص القاضي الإداري إمكانية تعديل شروط العقد بنفسه لإعادة التوازن المالي إليه، فتتحصّر صلاحياته في الحكم بالتعويض الجزئي دون أي تدخل في تعديل نصوص العقد، وكل ما يدخل في صلاحياته أن يدعو طرفي العقد إلى التفاوض لإجراء مثل هذا التعديل، وذلك بخلاف القاضي المدني الذي له أن ينقص من التزام الطرف الذي أصابه الضرر أو يزيد من التزامات الطرف الثاني في حالة الظروف الطارئة^(٣)، بمعنى أنه على الطرفين العقد الإداري وعند حدوث الظروف الطارئ، أن يقوموا بإعادة النظر في نصوص العقد وتعديلها على أساس الظروف

^١ د. رمضان محمد بطيخ - المرجع السابق - ص ٤٨ .

^٢ حكم صادر عن مجلس الدولة الفرنسي في ٢١ يناير، سنة ١٩٤٤. المجموعة ، ص ٢٣، مأخوذ عن : د. سليمان محمد الطماوي - المرجع السابق - لعام (١٤٢٦هـ. ٢٠٠٥م) ص ٦٦٤ - ٦٦٥ .

^٣ د. عبد الله طلبة ، مبادئ القانون الإداري - المرجع السابق - ص ٣٥٢ .

الجديدة، والقاضي لا يستطيع أن يفعل ذلك ولكنه يدعو الطرفين إلى إجراء هذا التعديل، فإذا لم يصل الطرفان إلى اتفاق تدخل القاضي للحكم بالتعويض أي بتوزيع الأعباء الجديدة بين الطرفين^(١).

وبالرغم من أن مجلس الدولة الفرنسي قد كرس المبدأ السالف ذكره في العديد من قراراته، إلا أنه وعن طريق الحيلة، استطاع أن يصل إلى حل وسط، يهدف للمحافظة بقدر الإمكان على قواعد الصلاحية القانونية للقاضي الإداري - الحكم بالتعويض فقط - مع محاولة رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وهي سلطة القاضي المدني عادةً، وذلك عن طريق دعوة كل من الإدارة والمتعاقد إلى محاولة الاتفاق الودي، فإذا فشل الطرفان في الوصول إلى هذا الاتفاق، فليس أمام القاضي إلا سبيل واحد هو سبيل الحكم بالتعويض^(٢). لذا نجد أن مجلس الدولة الفرنسي، يعلق الحكم بالتعويض على شرط عدم وجود اتفاق بين الطرفين، بمعنى آخر؛ عدم التوصل إلى اتفاق ودي برد الضرر إلى الحد المعقول^(٣). وفي اعتقادنا أن هذا الشرط منطقي؛ لأنه لا يقبل من حيث المبدأ وعلى وجه الإجمال لجوء الشخص إلى مجلس الدولة لرفع دعوى على إدارة عامة إلا بعد أن يكون قد راجع تلك الجهة وقدم تظلمه، ومن ثم فإن لم تستجب يجد باب القضاء الإداري مفتوح له .

وعلى نحو مشابه لمسلك مجلس الدولة الفرنسي السالف ذكره، قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه " ليس مؤدَّى تطبيق نظرية الظروف الطارئة بعد توافر

^١ د. إبراهيم عبد العزيز شيخا - المرجع السابق - ص ٦٥٨ .

^٢ سليمان محمد الطماوي - المرجع السابق - لعام (١٤٢٦ هـ . ٢٠٠٥م) ص ٦٦٥ .

^٣ د. سليمان محمد الطماوي - المرجع السابق - لعام (١٤٢٦ هـ . ٢٠٠٥م)، ص ٦٦٥ ، فقد توصل مجلس الدولة الفرنسي على هذه الحيلة وطبقها في أول حكم وضع به أساس النظرية، وهو حكمه في قضية "غاز بورديو" الصادر في ٣٠ مارس عام ١٩١٦ - سبق ذكره - .

شروطها أن يتمتع المتعاقد فوراً عن تنفيذ التزاماته الواردة بالعقد، وللمتعاقد أن يدعو الإدارة المتعاقد معها لمشاركته في تحمل نصيب من الخسارة التي حاققت به نتيجة تنفيذ العقد في ظل الظروف الطارئة، فإذا رفضت جهة الإدارة يلجأ المتعاقد إلى القضاء، فيقتصر دور القاضي في هذه الحالة على إلزام الإدارة بالتعويض المناسب^(١).

٢ - كيفية تقدير وحساب التعويض العادل :

بدايةً يجب التفريق بين الحالة التي تقوم معها الإدارة بمنح المتعاقد المتضرر تعويضاً بما يعيد التوازن المالي للعقد دون أي معارضة من جانبه، وبين حالة رفض الإدارة التام لمنحه أي تعويض أو في حال قيامها بتعويضه ولكن دون قبول من جانبه لجهة ما تم تقديره من تعويض، فللمتعاقد عندها أن يلجأ للقاضي الإداري ليقرر له التعويض العادل، مع العلم أن التعويض المقرر بموجب نظرية الظروف الطارئة ليس كاملاً يشمل كل ما أصاب المتعاقد من خسارة وكل ما فاتته من ربح ، وإنما هو تعويض جزئي تتحمل الإدارة بمقتضاه جانباً فقط من الخسارة^(٢).

فقد استقر اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي، على منح التعويض العادل للمتعاقد الذي أصابه خسائر فادحة بسبب ظرف طارئ اختلّت معه اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً^١، ويراعي مجلس الدولة الفرنسي عند تقديره للتعويض نتيجة الظروف الطارئة، توزيع العبء بين طرفي العقد الإداري، من خلال اعتبارات متعددة: كموقف المتعاقد في مواجهة الظرف الطارئ، ومحاولة التغلب عليه، والحالة الاقتصادية للمشروع،

^١ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية ، ٣٠ / ١١ / ١٩٨٥ ، رقم ٢٥٤١ لسنة ٢٩ ق عليا - مأخوذ عن: د. محمد أبو بكر عبد المقصود- المرجع السابق- ص ٣٣. وأيضاً حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، بتاريخ ١١/٥/١٩٦٨، الطعان رقم ١٥٦٢ لسنة ١٩٦٨ ق، مأخوذ عن: د. محمد أبو بكر عبد المقصود المرجع السابق ص ٣٥.

^٢ د. عبد الله طلبة ، مبادئ القانون الإداري - المرجع السابق - ص ٣٥٣ .

ومدى الاستقرار الاقتصادي في الدولة عموماً، وتعنّت الإدارة في معاملة المتعاقد، كرفضها لتعديل شروط العقد رضائياً لمواجهة الطرف الطارئ بتخفيف وطأته على المتعاقد المرهق، كما أن القاضي يستطيع أن يضع موضع الاعتبار، العناصر التي لا تدخل في حساب الخسائر، كحصول المتعاقد على أرباح قبل حلول الطرف الطارئ، أو خلاله إذا امتد لأكثر من سنة، أو إذا حقق المتعاقد مع الإدارة أرباحاً في عقود أخرى لا علاقة لها بالعقد موضوع الدعوى^(١). حيث 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، بتحميل الدولة النصيب الأكبر^(٢).

أما في مصر فنستطيع أن نتعرف على طرق تقدير أو حساب التعويض المتبعة من قبل مجلس الدولة المصري، من خلال حكم محكمة القضاء الإداري المصرية المطول التي تولت فيه تفصيل أحكام نظرية الظروف الطارئة، لاسيما تقدير التعويض بقولها "... يجب لاستحقاق المتعاقد مع جهة الإدارة للتعويض، توافر جميع شروط نظرية الظروف الطارئة.....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

^١ حكم صادر عن مجلس الدولة الفرنسي في ٨ أبريل، سنة ١٩٢٤، المجموعة، ص ١٨٧، وفي ١٩ فبراير سنة ١٩٢٦ م، المجموعة، ص ١٩٧، وفي ٢٣ يونيو سنة ١٩٢٦ م، المجموعة، ص ٦٣٨، مأخوذ عن: د. سليمان محمد الطماوي - المرجع السابق - لعام (١٤٢٦ هـ. ٢٠٠٥ م)، ص ٦٧٤.

^٢ مأخوذ عن: د. سليمان محمد الطماوي - المرجع السابق - لعام (١٤٢٦ هـ. ٢٠٠٥ م) ص ٦٧٣.

في اقتصادياته، فيعتبر العقد في ذلك وحدة متكاملة ويفحص في مجموعه، ذلك بمراعاة جميع العناصر التي يتألف منها، إذ قد يكون بعض هذه العناصر مجزياً ويعوض عن العناصر الأخرى التي تستتبع الخسارة . ومن ثم فإن انقلاب اقتصاديات العقد مسألة لا تظهر ولا يمكن التحقق من وجودها 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).

كما أن المحكمة الإدارية العليا في مصر، أكدت على هذا الأسلوب عندما عدت أن ارتفاع سعر أحد المواد الموردة من قبل المتعهد مبرراً لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، في حين أنها لم تعتبر أن الزيادة الطارئة على مادة أخرى من نفس العقد مبرراً للتعويض على أساس هذه النظرية، نظراً لاختلاف طبيعة كل من المادتين المذكورتين، حيث قضت المحكمة بتوزيع الزيادة بين المورد والإدارة ، بحيث يتحمل المورد جزءاً، وتتحمل جهة الإدارة الجزء الآخر، بنسب متقاربة. مع الإشارة إلى أن هذا الاجتهاد القضائي يسير على عكس ما جرى عليه مجلس الدولة الفرنسي الذي يحمل جهة الإدارة الجانب الأكبر من الخسارة^(٢).

^١ راجع من أحكام محكمة القضاء الإداري المصرية، حكمها الصادر في ١٤ يوليو سنة ١٩٦٠ لسنة ١٤ ، ص ٩٤ ، وحكمها الصادر في ١٤ أبريل سنة ١٩٦٠ م، السنة ٤ ، ص ٣٦. وحكمها الصادر بتاريخ ١٩٥٧/٦/٣٠ مأخوذ عن : د. سليمان محمد الطماوي - المرجع السابق - لعام (١٤٢٦ هـ ٢٠٠٥ م) ص ٦٤٣ .

^٢ حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ ١٩٨٣/١/٣١ ، مجموعة أحكام المحكمة لسنة ٢٩ ص ٥٥. نقلاً عن : د. سليمان محمد الطماوي - المرجع السابق - لعام (١٤٢٦ هـ ٢٠٠٥ م) ص ٦٦٢ .

الفرع الثالث - موقف مجلس الدولة السوري:

سنتعرض في هذا الفرع لبعض أهم النتائج التي أفرزها الواقع العملي لدى مجلس الدولة السوري فيما يخص نظرية الظروف الطارئة من خلال العديد من تطبيقاته القضائية وفق مايلي:

أولاً - رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول :

نجد أن القضاء الإداري السوري قد توسّع في صلاحياته، مقارنة بالنهج المتبع لدى كل الفرنسيين والمصريين، حيث يستخدم سلطة القضاء المدني في رد الإرهاق الشديد الذي حاق بالمتعاقدين إلى الحد المعقول، فقد صدر العديد من الاجتهادات القضائية من مجلس الدولة السوري تؤيد هذا المعنى لاسيما ما استقر عليه اجتهاد محكمة القضاء الإداري بأنه: "... لا بد من التذكير بأن فكرة العقود الإدارية إنما تقوم على مبدئين " حسن النية في تنفيذ العقد الإداري " و " التوازن المالي للعقد الإداري " فإذا ما اختلّ هذا التوازن لأي سبب من الأسباب، فيمكن المتضرر ولوج باب القضاء المختص لإعادة هذا التوازن وتقويم الاغوجاج الحاصل من خلال رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول..."^(١). وتطبيقاً للاجتهاد المذكور هو حكم محكمة القضاء الإداري السورية في وقائع قضية تتلخص في: " أن الإدارة قد عهدت للمتعاقدين استثمار المرافق العامة الكائنة في مركز انطلاق البولمان بالقابون لمدة سنتين وعلى بدل استثمار وقدره (....) إلا أنه ولنتيجة الظروف الراهنة التي تمر بها البلاد (حالة حرب) انخفضت أعداد مرتادي كراجات القابون، مما أدى إلى تدني عائدات المشروع، وأصبح بدل الاستثمار عبئاً على المتعاقد، فتقدم ببيان أودعه بديوان الإدارة

^١ حكم محكمة القضاء الإداري السورية، رقم (٢/١٠٢٦) لعام ٢٠١٤، في القضية رقم (٢/١٨١٦) لعام ٢٠١٤، الصادر بتاريخ ٢٠١٤/١١/٩، غير منشور .

المتعاقدة، مشيراً إلى أن الأزمة التي تمر بها البلاد وما لها من آثار سلبية على عملية الاستثمار طالباً تعديل بدل الاستثمار، إلا أن ذلك لم يلق تجاوباً من قبل الإدارة فكانت هذه الدعوى، ومن حيث أن الجهة المدعية (المتعاقدة) تؤسس دعواها على أحكام الفقرة /د/ من المادة /٥٣/ من قانون العقود الموحد السوري رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ - الظروف الطارئة - وعلى اجتهاد المحكمة الإدارية العليا أنه يسوغ للمحكمة رد الالتزام المرهق إلى الحد المقبول إذا طرأت ظروف استثنائية غير متوقعة عقب إبرام العقد أدت إلى خسارة كبيرة بالمستثمر تخرج عن حدود المألوف. ومن حيث أن المحكمة حرصاً منها على وضع الأمور في نصابها الصحيح وضماناً لإقامة التوازن بالحق بين مصلحة كل من جهة الإدارة المتعاقدة والجهة المدعية، وتحقيقاً للغاية التي ترمي إليها نظرية الظروف الاستثنائية الطارئة في رفع بعض الإرهاق عن الملتزم ورد الالتزام إلى الحد المقبول، فقد قررت : إلزام الإدارة المدعى عليها بتخفيض بدل الاستثمار من كامل المدة العقدية للعقد، نتيجة الأضرار التي لحقت بالمتعاقدين بسبب الظروف الاستثنائية الطارئة التي تمر بها البلاد " (١).

وبناء على كل ما سبق يُمكن القول أن القاضي الإداري إما أن يستخدم سلطة تعديل جزء من الالتزامات العقدية بأن يقوم برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، إن أمكن ذلك، في سبيل إعادة التوازن المالي إلى العقد، على النحو الذي قصده المتعاقدان عند إبرام العقد، وهذه الإمكانية تفرضها طبيعة كل نزاع على حدة، كما هو الحال في النزاعات المتعلقة بعقود استثمار المرافق العامة، فإذا تعرضت مثل هذه العقود لظروف طارئة من شأنها أن تلحق بالمستثمر أضراراً جسيمة تتمثل بعدم تناسب بدل

^١ حكم محكمة القضاء الإداري السورية، القرار رقم (٢/١١٥٩) لعام ٢٠١٤، في القضية رقم (٢/٢١٧٦) لعام ٢٠١٤ الصادر بتاريخ ٢٠١٤/١٢/٧، غير منشور .

الاستثمار الذي يلتزم بدفعه مع الربح الذي يجنيه، فيتدخل القاضي الإداري ويقوم بتخفيض قيمة هذا البديل إلى الحد المعقول لإعادة التوازن المالي للعقد هذا من جهة، أو أن يقرر قاضي العقد التعويض القانوني كما هو الحال في النزاعات المتعلقة بفروقات الأسعار في نطاق عقود التوريد من جهة ثانية، حيث إن مجلس الدولة السوري قد استقر قضاؤه على منح التعويض القانوني سواء ما تعلق منه بارتفاع الأسعار سناً لنص المادة /٦٣/ من القانون رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤^(١)، أو ما تعلق منه بهبوط الأسعار سناً لنص المادة /٦٤/ من القانون المذكور^(٢).

وبهذا النهج المتبع من قبل مجلس الدولة السوري خلال فترة الحرب والأزمات الاقتصادية التي تمر بها البلاد حالياً ينسجم مع مبادئ القانون الإداري والمنطق والعدالة بأوثق الوشائج. وفي هذا المقام يمكن الإشارة إلى الدور الهام الذي يقوم به مجلس الدولة السوري خلال الفترة - سائلة الذكر - عند تطبيقه لنظرية الظروف الطارئة من خلال أخذه بعين الاعتبار كل الظروف واختلافها من عقد إلى آخر من حيث مكان التنفيذ وموضوعه وبأدق التفاصيل التي تتعلق بكل حالة على حدة بما يضمن أفضل تطبيق لهذه النظرية.

ثانياً - تقدير وحساب التعويض العادل:

الأصل أن طريقة حساب التعويض في العقد الإداري هي ذاتها المطبقة في نطاق العقد المدني، فيشمل التعويض وفقاً لتقدير قاضي العقد ما لحق الدائن من خسارة

^١ راجع حكم المحكمة الإدارية العليا السورية ، قرارها رقم (١/٥٣٨) ، في الطعن ذي الرقم (٢٦٩٧) لسنة ٢٠١٦ ، الصادر بتاريخ ٢٢/٨/٢٠١٦ ، غير منشور .

^٢ راجع حكم المحكمة الإدارية العليا السورية ، قرارها رقم (٢/٥٦٠) ، في الطعن ذي الرقم (٧٨٠) لسنة ٢٠١٦ ، الصادر بتاريخ ٣١/٨/٢٠١٦ ، غير منشور .

وما فاتته من كسب (ريح)^(١)، إلا أنه في معرض تطبيق نظرية التوازن المالي، يقتصر التعويض عادةً على ما لحق المتعاقد المتضرر كامل ماله من خسائر فقط. وفي خصوص نظرية الظروف الطارئة، فالتعويض المقرر بموجبها يكون جزئياً، وبتحميل المتعاقد نصيبه من الخسائر. حيث نجد أن فكرة التعويض المستحق عن فروقات الأسعار - كأحد تطبيقات هذه النظرية - إنما تقوم على أساس التعويض عن الإضرار الفعلية والحقيقية التي لحقت بالمتعهد^(٢).

حيث نجد أن فروقات الأسعار التي تطرأ على المواد الداخلة في تنفيذ العقود الإدارية والتي تؤدي لاختلال توازنها، تعدُّ فرع من فروع تطبيقات نظرية الظروف الطارئة ونظراً لكون احتمال حدوث فروقات في أسعار المواد العقدية خلال التنفيذ دون معرفة مسبقة لنسبة هذه الفروقات بسبب تتغيرها بين الحين والآخر (هبوطاً أو ارتفاعاً) وبهذه المثابة ونظراً لكون فروقات الأسعار هي من أكثر الظروف التي يرجح حدوثها المفاجئ عادةً، والتي تطرأ أثناء تنفيذ العقود الإدارية؛ لذا فقد افرد لها المشرع السوري في نظام العقود الإدارية رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤ نصوص خاصة، ألا وهي المادتين ٦٣/ المتعلقة بالزيادة الطارئة على الأسعار، والمادة ٦٤/ المتعلقة بالهبوط الطارئ على الأسعار. حيث إنه قد نصت المادة ٦٣/ السالف ذكرها على التعويض المستحق بسبب الفروقات الطارئة على الأسعار ارتفاعاً بمايلي: ((مع مراعاة أحكام المادتين (٤٩ و ٥٣) من هذا النظام، إذا طرأ بعد تقديم العرض وطيلة مدة تنفيذ العقد فقط ارتفاع في الأسعار أدى إلى زيادة تكاليف مجموع الأجزاء التي لم تنفذ بنسبة

^١ راجع نص المادة ٢٢٢/ من القانون المدني السوري لعام ١٩٤٩ .

^٢ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية ، قرارها رقم (١/٥٤٠) ، في الطعن ذي الرقم (٤٠٠٧) لسنة ٢٠١٦، الصادر بتاريخ ٢٢/٧/٢٠١٦، غير منشور - سبق الإشارة إليه - .

تزيد على ١٥% من قيمتها بموجب التعهد، يتحمل المتعهد ١٥% من هذه الزيادة وتحمل الجهة العامة باقي الزيادة ((. في حين قد نصت المادة ٦٤/ سالفه الذكر على الفروقات الطارئة على الأسعار انخفاضاً بمايلي: ((إذا طرأ بعد تقديم العرض هبوط في الأسعار، فإن الجهة العامة تتمتع بنفس الحقوق التي يتمتع بها المتعهد وفقاً لأحكام المادة السابقة)).

والجدير ذكره أن اجتهاد القضاء الإداري السوري قد استقر على عدم تطبيق نسبة زيادة الأسعار المحددة بـ(١٥%) بموجب المادة ٦٣/ عن مجموع الأجزاء التي لم تنفذ(كما ورد في حرفية نص المادة المذكورة)، بل طبق هذه النسبة على كامل الأعمال والأجزاء العقدية المنفذة وغير المنفذة^(١).

وبناءً على ما تقدم فإنه يتضح من خلال نص المادة ٦٣/ المذكورة أعلاه بأن ما يتقاضاه المتعهد من فروق أسعار نتيجة الزيادات الطارئة على أسعار العقد هو تعويض قانوني، وهذا التعويض قد تقرر بموجب نص قانوني لتغطية الخسارة التي قد يتعرض لها المتعهد جراء الارتفاع الطارئ على الأسعار العقدية خلال فترة تنفيذه التعهد من أجل إعادة التوازن المالي للعقد، وإلا فإن الإدارة تكون قد أثرت على حساب المتعهد بدون سبب.

وفي هذا المقام يتبادر للذهن مجموعة من التساؤلات حول نص المادة ٦٣/ السالف ذكرها؛ فما هي فلسفة المشرع السوري من وضع نسبة الـ ١٥% التي يتوجب أن تتجاوزها قيمة الزيادة الطارئة على أسعار المواد العقدية، لاستحقاق التعويض المقرر

^١ وحكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (١٤٤/ع/١) لسنة ٢٠١٤، في الطعن ذي الرقم (١٨٨٦) لسنة ٢٠١٤، الصادر بتاريخ ٣/٣/٢٠١٤، غير منشور.

بموجب نص بالمادة المذكورة ؟ وهل يمكن تطبيق هذه المادة أكثر من مرة على نفس

العقد ؟ وما هي شروط تطبيق نص هذه المادة ؟

للجواب على الشطر الأول من السؤال: نبين بدايةً أن أهم شرط من شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة هو إصابة المتعاقد بخسارة فادحة غير مألوفة (وفق ما وصفه الفقه قلب لاقتصاديات العقد) - كما مر معنا- فإن النسبة التي تقل عن ١٥% فقد عدها المشرع نسبة معقولة ولا تسبب خسارة جسيمة بالمتعاقد، وتتناسب مع منطق تحمل المتعاقد لجزء طفيف من الخسارة في معرض قيامه لأعمال الاستثمارية أو التجارية، وهو الغاية التي حملت المشرع على تحديد وجوب تجاوز قيمة الزيادات لهذه النسبة أولاً، ليستحق المتعاقد التعويض لنسبة ٨٥% من قيمة الزيادة وتحمله للنسبة المتبقية وهي ١٥%، فمن الواضح من نص المادة ٦٣/ من القانون رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤ بأن ما يتقاضاه المتعهد من فروق أسعار نتيجة الزيادات الطارئة على أسعار العقد هو تعويض لتغطية الخسارة التي تعرض لها جراء الارتفاع الطارئ على الأسعار العقدية خلال فترة تنفيذ التعهد من أجل إعادة التوازن المالي للعقد وإلا فإن الإدارة تكون قد أثرت على حساب المتعهد بدون سبب^(١).

ومن ثم وبعد تجاوز الزيادة للنسبة سالفة الذكر فإن المشرع قد وضع الآلية التي يجب اتباعها لحساب التعويض في مثل هذه الحالة، فقد نصت المادة ٣٣/ من المرسوم رقم (٤٥٠) المتضمن دفتر الشروط العامة قد نصت على مايلي : ((يجري حساب التعويض المنصوص عليه في المادة ٦٣/ من نظام العقود من قبل لجنة

^١ رأي اللجنة المختصة بقسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة السوري، رقم (٨٣) لسنة ٢٠١٥، في القضية رقم (١١٩)

لسنة ٢٠١٥، الصادر بتاريخ ١٢/٥/٢٠١٥، غير منشور .

خاصة يؤلفها أمر الصرف، وعلى المتعهد والجهة العامة التي يقدم إليها جميع المعلومات اللازمة لدراسة الظروف والملابسات كافة التي أحاطت بالعمل أثناء تنفيذه. وكذلك يترتب على كل من الفريقين أن يقدم بياناً عن الخسائر والأضرار التي يدّعي أنه تعرض لها مع إيضاح الأسباب التي أدت إلى مثل هذه الخسائر. وإذا ظهر لهذه اللجنة أن الأضرار والخسائر التي يطالب بها المتعهد قد نتجت عن تقصيره أو مخالفته في تنفيذ أي من التزاماته المترتبة عليه أو إهماله أو عدم توفر الوسائل اللازمة لديه أو عن سوء إدارته أو تأخره عن إنجاز الأعمال في المدة المحددة في العقد لأسباب غير مشروعة، فلا يستحق في سائر هذه الأحوال أي تعويض ...)).

الجواب على الشطر الثاني من السؤال: المتعلق بمدى جواز تطبيق نص المادة ٦٣/ أكثر من مرة على نفس العقد، فنبين بأنه قد ورد في بلاغ رئاسة مجلس الوزراء رقم (١٥/١٣٠٤٥) تاريخ ٢٠١٢/٩/١٧ والذي جاء مفسراً لحكم المادة ٦٣/ مايلي: ".... ولما كانت الجهات العامة صاحبة المشاريع تسدد قيمة الأعمال المنفذة في عقود الأشغال بموجب كشوف شهرية مما يقتضي معه حساب زيادات الأسعار الطارئة بشكل شهري ومنح المتعهد فروقات الأسعار التي يستحقها على الأعمال المنفذة خلال الشهر الذي يلي الزيادات الطارئة على الأسعار وقد تتكرر أكثر من مرة خلال مدة تنفيذ العقد مما يقتضي معه حساب زيادات الأسعار الطارئة بشكل شهري ومنح المتعهد فروقات الأسعار التي يستحقها... ومن استقراء أحكام المواد سالفه الذكر والنص المفسر لها يتضح بجلاء بأن المشرع وعليه فقد أرسى حكماً عاماً يتعين على الجهات العامة الالتزام به في معرض احتسابها التعويض عن فروقات الأسعار عن طريق تشكيل لجان للقيام بهذه المهمة بشكل دقيق، وهذا ما أكد

عليه اجتهاد مجلس الدولة السوري في أكثر من مناسبة^(١)، حيث يتوجب على مثل هذه اللجان اقتطاع مانبسته (١٥%) من قيمة الزيادة الطارئة على أسعار وتكاليف الجزء الذي طالته الزيادة ومنح المتعهد ماتبقى من قيمة تلك الزيادة (أي منحه نسبة ال ٨٥% المتبقية) ويطبق هذا المبدأ في كل مرة تقوم بها الإدارة باحتساب التعويض ولو تكررت في العقد الواحد^(٢).

الجواب على الشطر الثالث من السؤال: لجهة شروط تطبيق نص المادة /٦٣/ وعليه فإن المشرع قد وضع ضوابطاً وشروطاً لاستحقاق المتعهد لفروقات الأسعار وأناط باللجنة المشكلة من قبل أمر الصرف للقيام بهذه المهمة التحقق من توافر عدة شروط يمكن أجمالها بمايلي :

- ١- أن يكون ارتفاع الأسعار طراً بعد تقديم العرض وخلال فترة تنفيذ العقد .
- ٢- أن تكون الزيادة في الأسعار تتجاوز نسبة /١٥%/ من مجموع قيمة الأجزاء التي لم تنفذ .
- ٣- أن لا يكون ارتفاع الأسعار حصل بعد تأخر المتعهد في تنفيذ المشروع أو تقديم التوريدات تأخيراً غير مبرر^(٣).

أما فيما يتعلق بالملحق العقدي، ومهما تعددت الملاحق على العقد الواحد، فقد استقر اجتهاد مجلس الدولة السوري على تحسب الزيادة التي تطراً على أسعار المواد الداخلة في تنفيذ أعمال وبنود الملحق اعتباراً من تاريخ التوقيع على هذا الملحق

^١ رأي اللجنة المختصة ذي الرقم (٢٥) لعام ٢٠١٤، الصادر بتاريخ ٢٥/٢/٢٠١٤، سبق الإشارة إليه .

^٢ رأي اللجنة المختصة بقسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة السوري، رقم (٢٤٢) لسنة ٢٠١٥، في القضية رقم (٢٧٥) لسنة ٢٠١٥، الصادر بتاريخ ١٣/١/٢٠١٦، غير منشور .

^٣ رأي اللجنة المختصة بقسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة السوري، رقم (٢٤٠) لسنة ٢٠١٥، في القضية رقم (٢٧٨) لسنة ٢٠١٥، الصادر بتاريخ ٤/١/٢٠١٦، غير منشور .

(في ضوء أن الملحق هو عقد جديد) وتحسب هذه الزيادة بشكل منفصل عن الزيادة التي تطرأ على أسعار العقد الأساسي ونورد هنا مثلاً واضحاً : (إذا كان سعر طن الأسمنت الأسود بتاريخ تقديم العارض لعرضه في العقد الأساسي هو /٥٠٠٠/ ل.س و ارتفع سعر الطن أثناء تنفيذ أعمال العقد الأساسي ليصبح بتاريخ توقيع ملحق العقد /٨٠٠٠/ ل.س ثم ارتفع سعر الطن بعد توقيع ملحق العقد وأثناء تنفيذ الأعمال الواردة فيه إلى /١٠,٠٠٠/ ل.س فإن الزيادة التي تؤخذ بعين الاعتبار لاحتساب الزيادات الطارئة على أسعار مواد ملحق العقد هي الفرق بين سعر الطن الواحد بتاريخ توقيع ملحق العقد /٨٠٠٠/ ل.س والسعر الذي يبلغه أثناء تنفيذ ملحق العقد /١٠,٠٠٠/ ل.س أي الزيادة هي /٢٠٠٠/ ل.س للطن الواحد^(١).

وما تجدر الإشارة إليه أيضاً إلى أن مجلس الدولة السوري لم يجز للجهات العامة حسم نسبة توقيفات الضمان من الكشوف الشهرية المتعلقة بفروق الأسعار التي تصرف من قبل الإدارة للمتعهد، ويكون تصرفها هذا في حال وقوعه في غير محله القانوني السليم ويغدو من المتعين عليها عندئذ أن تعيد للمتعهد المبالغ المقتطعة التي قامت بحسمها من كشوف فروق الأسعار^(٢).

كما ونبين بأن النص القانوني الرئيسي الناظم لنظرية الظروف الطارئة هو نص الفقرة د/ من المادة /٥٣/ من نظام العقود الإدارية رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤، بينما

^١ مجلس الدولة، المكتب الفني، المجموعة الذهبية الحديثة للآراء الصادرة عن القسم الإستشاري في مجلس الدولة السوري لعام ٢٠١٦، رأي اللجنة المختصة ذي الرقم (١٤)، في القضية ذات الرقم (٤٨) لعام ٢٠١٦، الصادر بتاريخ ٢٢/٢/٢٠١٦، ص ٤٩٤.

^٢ مجلس الدولة، المكتب الفني، المجموعة الذهبية الحديثة للآراء الصادرة عن القسم الإستشاري في مجلس الدولة السوري لعام ٢٠١٦، رأي اللجنة المختصة ذي الرقم (٨٣)، في القضية ذات الرقم (١١٩) لعام ٢٠١٥، الصادر بتاريخ ١٢/٥/٢٠١٥، ص ٤٦٨.

نجد أن نص المادة /٦٣/ هو فرع من فروع تطبيقات الفقرة /د/ من المادة /٥٣/ من القانون المذكور، طالما أن فروقات الأسعار هي فرع من أهم فروع تطبيقات هذه النظرية. وعليه فيجب التفريق هنا بين النصوص سالفه الذكر وهذا ما تناوله بمجلس الدولة في أحد آرائه الاستشارية في وقائع تتلخص بما يلي: "... بأنه نظراً لارتفاع الأسعار الكبير فقد أبدى المتعهدون عدم قدرتهم على متابعة تنفيذ تعهداتهم تجاه الإدارة المتعاقد معها مالم يتم التعويض عليهم بفروقات الأسعار الكبيرة، والتي أصبحت تقف حائلاً أمام متابعة التنفيذ، فكان سؤال الإدارة مايلي: هل تسري على هذا الموضوع أحكام الفقرة /د/ من المادة /٥٣/ من نظام العقود الموحد في سورية رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤ ؟ فكانت الإجابة: بأن التعويض المطالب به استناداً لهذا النص يعود تقديره إلى القضاء الإداري المختص وحده ولا ينطبق على موضوع طلب الاستفتاء الذي انصب على فروقات الأسعار.." (١).

فالتعويض الذي يقرره القضاء الإداري السوري عندما تطرأ زيادة على أسعار المواد التعاقدية بموجب المادة /٦٣/ السالف ذكرها يتم عادةً بالاستناد لتقارير الخبرات الفنية التي تكلف أصولاً من قبل المحكمة لتقوم بالعملية الحسابية المطلوبة، والعلة من التعويض المقرر بموجب نص المادة السالف بيانها هو جبر الضرر الذي أصاب

^١ فقد جاء في نفس الرأي الصادر عن اللجنة المختصة بقسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة السوري رقم ١٣٧، لسنة ٢٠١٣ - المشار إليه أنفاً - ، في وقائع تتلخص " بأنه نظراً لارتفاع الأسعار الكبير فقد أبدى المتعهدين عدم قدرتهم على متابعة تنفيذ تعهداتهم تجاه الإدارة المتعاقد معها مالم يتم التعويض عليهم بفروقات الأسعار الكبيرة، والتي أصبحت تقف حائلاً أمام متابعة التنفيذ ، فكان سؤال الإدارة مايلي: ...هل تسري على هذا الموضوع أحكام الفقرة /د/ من المادة /٥٣/ من نظام العقود الموحد في سوريا رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤ ؟ فكانت الإجابة وفق الرأي القائل: بأن التعويض المطالب به استناداً لهذا النص يعود تقديره إلى القضاء المختص وحده ولا ينطبق على موضوع طلب الاستفتاء الذي انصب على فروقات الأسعار.." .

المتعهد نتيجة الزيادة الطارئة على أسعار المواد المتعاقد عليها^(١). مع التنويه إلى أن الاجتهاد القضائي لدى مجلس الدولة السوري قد استقر في هذا الصدد على توجيه السادة الخبراء في معرض إعدادهم لخبرتهم الفنية أن يحسبوا نسبة الزيادة الطارئة على أساس قيمة الأعمال التعاقدية كاملةً، وليس بالنسبة لقيمة الأعمال التي طرأت عليها الزيادة فقط - كما جاء في حرفية نص المادة ٦٣/- وهذا هو التفسير الصحيح لنص المادة ٦٣/ من نظام العقود وما يسير عليه اجتهاد القضاء الإداري السوري^(٢)، أي أن تحسب نسبة الـ (١٥%) المقررة بموجب المادة المذكورة على أساس القيمة الإجمالية لأعمال العقد، وليس على أساس قيمة الأجزاء التي لم تنفذ^(٣).

إلا أنه ومن خلال إطلاعنا على عدد كبير من قرارات مجلس الدولة السوري^(٤)، نجد أن نظرية الظروف الطارئة ذات الأصل القضائي أضحت نظرية تقليدية^(٥)، حيث أن القضاء الإداري يتساهل كثيراً في تطبيق هذه النظرية، في حالة الزيادات الطارئة

^١ راجع حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، القرار رقم (١/٤٨٣/ع) لسنة ٢٠١٥، في الطعن ذي الرقم (٥٠٧) لسنة ٢٠١٥، الصادر بتاريخ ٢٠١٥/٨/٣١، غير منشور .

^٢ راجع حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، القرار رقم (١/٦١٢/ع) لسنة ٢٠١٤، في الطعن ذي الرقم (١٢٢٣) لسنة ٢٠١٤، الصادر بتاريخ ٢٠١٤/٦/٢، غير منشور. حيث وردت في نص المادة ٦٣/ من القانون رقم ٢٠٠٤/٥١ الجملة التالية: ((إذا طرأ.. ارتفاع في الأسعار أدى إلى زيادة تكاليف مجموع الأجزاء التي لم تنفذ (...)).

^٣ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، قرارها رقم (١/٥٤٠)، في الطعن ذي الرقم (٤٠٠٧) لسنة ٢٠١٦، الصادر بتاريخ ٢٠١٦/٧/٢٢، غير منشور - سبق الإشارة إليه - .

^٤ راجع حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، القرار رقم (١/٢٦٩/ع) لسنة ٢٠١٤، في الطعن ذي الرقم (٢٨٥٩) لسنة ٢٠١٤، الصادر بتاريخ ٢٠١٤/٣/٣١، غير منشور . راجع أيضاً : حكمها رقم (٦٩) سنة ١٩٩٣، في الطعن ذي الرقم (٢٠٨) لسنة ١٩٩٣، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عام ١٩٩٣ مجلس الدولة السوري ، المكتب الفني. والذي أسس فيها المدعي دعواه على الظروف الطارئة والظروف الاستثنائية المتمثلة بالزيادة الطارئة على الأسعار .

^٥ د. عبد الله طلبة ، مبادئ القانون الإداري - المرجع السابق - ص ٣٥٣ وما بعدها .

على أسعار المواد العقدية، مستنداً إلى أسباب بسيطة تجيز هذا التطبيق سنداً للمادة ٦٣/ من نظام العقود الإدارية الموحد و وفقاً للنسب المقررة بموجب نص المادة المذكور^(١). ونؤكد مرة أخرى على وجوب أن تقوم الإدارة المتعاقدة بمقتضى أحكام المادة الآنفة الذكر والمادة ٣٣/ من دفتر الشروط العامة والبلاغات والتعاميم ذات الصلة من خلال لجنة تشكل من قبل الإدارة المتعاقدة لهذا الغرض لتعويض المتعاقد عن فروقات الأسعار على ضوء أحكام المادة ٦٣/، وإذا ما وجد أحد الطرفين بأن ثمة غبناً أو ضرراً قد حاق به جراء هذا الأمر؛ فيمكنه ولوج باب القضاء الإداري المختص بعد ذلك^(٢).

وأما فيما يتعلق بعقود الإشغال العامة، عند مطالبة المتعهد للإدارة المتعاقدة بالزيادة الطارئة على أسعار المواد الداخلة في تنفيذ هذه الأشغال. فيجب التفريق بين نوعين من المواد الداخلة في تنفيذ هذه الأشغال وفق التالي:

١- المواد المحصورة بجهات القطاع العام **لوحدها** (كمادة المازوت): فقد استقر اجتهاد القضاء الإداري لدى مجلس الدولة السوري على أن التعويض عن ارتفاع أسعار المواد الأولية المحصورة بجهات القطاع العام يتم دون حسم أي نسبة منه؛ أي أن المتعاقد هنا يستحق تعويض عن كامل هذه الفروق^(٣)، حيث نجد " أن اجتهاد القضاء الإداري في مجلس الدولة السوري قد استقر في العديد من القضايا المطروحة

^١ د. محمد يوسف الحسين د. مهند نوح، العقود الإدارية - المرجع السابق - ص ٢٤٩ .

^٢ رأي اللجنة المختصة بقسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة السوري، رقم (١٩٦) لسنة ٢٠١٥، في القضية رقم (٢٢٦) لسنة ٢٠١٥، الصادر بتاريخ ١٨/١٠/٢٠١٥، غير منشور .

^٣ راجع حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، القرار رقم (١/٤/٢٤١) لسنة ٢٠١٤، في الطعن ذي الرقم (٨٤٣) لسنة ٢٠١٤، الصادر بتاريخ ٢٤/٣/٢٠١٤ . غير منشور . راجع أيضاً حكمها رقم (١/٤/٧٥) لسنة ٢٠١٣، في الطعن ذي الرقم (١٧٥٥) لسنة ٢٠١٣، الصادر بتاريخ ٢٥/٢/٢٠١٣ . غير منشور .

أمام القضاء الإداري بأحقية المتعهد بتقاضي كامل الزيادات الطارئة على أسعار المحروقات في عقود النقل المبرمة مع الجهات العامة على اعتبار أن مادة المحروقات هي المادة الأساسية والوحيدة الداخلة في تنفيذ التعهد ومحصورة بجهات القطاع العام" (١).

مع الإشارة إلى أن استحقاق كامل الزيادات الطارئة على أسعار المواد المحصورة المستعملة في تنفيذ التعهد لا تنطبق على المواد المساعدة في التنفيذ أو المواد غير الأساسية الظاهرة في التنفيذ، ومثال ذلك: مادة المازوت في عقد تقديم كميات من الحجر البازلتي لمعمل تكسير البحص هي من المواد المساعدة - أي أنها ليست مادة أساسية في هذا العقد- فتخضع بالتالي للقاعدة العامة في استحقاق التعويض لقاء الزيادات الطارئة في الأسعار أي أنها تخضع لحسم ١٥ % من قيمة التعهد (٢). نستنتج مما سلف أن التعويض الكامل الذي يحكم به القضاء الإداري السوري عن ارتفاع أسعار المواد العقدية المحصورة بجهات القطاع العام، إنما يكون على أساس نظرية عمل الأمير، باعتبار أن رفع أسعار هذه المواد قد تم من قبل إحدى الجهات العامة. ما سنتناوله بتفصيل أكبر عند دراستنا لنظرية فعل الأمير.

٢- المواد الأولية المحصور ببيعها وتوزيعها بجهات القطاع العام ومواد أخرى ليست محصورة وأجور اليد العاملة.... وغيرها، فقد استقر اجتهاد محكمة القضاء الإداري واجتهاد المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة السوري في العديد من الأحكام

^١ مجلس الدولة، المكتب الفني، المجموعة الذهبية الحديثة للآراء الصادرة عن القسم الإستشاري في مجلس الدولة السوري لعام ٢٠١٦، رأي اللجنة المختصة ذي الرقم (١)، في القضية ذات الرقم (٣٨/ف) لعام ٢٠١٥، الصادر بتاريخ ١٤/١/٢٠١٥، ص ٤٥٦.

^٢ قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ١٦/ في الطعن رقم ٢٨٦/ لسنة ١٩٨٥، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٨٥.

الصادرة على منح المتعهد في هذه الحالة التعويض الأوفى^(١). ولتوضيح ذلك فإذا كانت الزيادات الطارئة في أسعار المواد الداخلة في تنفيذ الإشغالات العامة عبارة عن: مواد محصور بيعها وتوزيعها بجهات القطاع العام ومواد أخرى ليست كذلك (أي ليست محصورة بجهات القطاع العام) وأجور يد عاملة... وغيرها، فنجد أن القضاء الإداري السوري، قد استقر اجتهاده على أن المتعهد في هذه الحالة يستحق التعويض الأوفى، التي تقوم الخبرة الفنية بحسابه على ضوء الاجتهاد المستقر لدى مجلس الدولة في هذا الصدد، وذلك على أساس مقارنة التعويض المستحق للمتعهد لقاء الزيادات الطارئة على المواد العقدية، بعد تقسيم هذه المواد إلى مجموعتين :

الأولى: الزيادات الطارئة على أسعار المواد الأولية بما فيها المحصور مبيعها وتوزيعها بمؤسسات القطاع العام، واليد العاملة المستعملة في تنفيذ التعهد، بعد حسم نسبة ١٥% من قيمة الأعمال المنفذة التي يتحملها المتعهد حسب نص المادة ٦٢/ من القانون رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤ .

والثانية: الزيادات الطارئة على أسعار المواد الأولية المحصور مبيعها وتوزيعها بمؤسسات القطاع العام فقط دون أي حسم .

وبناءً عليه يمنح المتعهد بالمحصلة الزيادة الأكبر بين المجموعتين سالفتي الذكر، وهي ما أطلق عليه مجلس الدولة السوري **التعويض الأوفى^(٢)**، أي التعويض الأكبر الناجم بين كل من المجموعتين السابقتين، فإذا كانت فروقات الأسعار الطارئة على

^١ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية ، القرار رقم (١/ع/٢٤٥) لسنة ٢٠١٤، في الطعن ذي الرقم (١٧٧٨) لسنة ٢٠١٤، الصادر بتاريخ ٢٤/٣/٢٠١٤، غير منشور .

^٢ راجع حكم المحكمة الإدارية العليا السورية ، القرار رقم (١/ع/٢٣٢) لسنة ٢٠١٣، في الطعن ذي الرقم (٥٣٨) لسنة ٢٠١٣، الصادر بتاريخ ١٣/٥/٢٠١٣، غير منشور . وأيضاً حكمها رقم (١/ع/٢٣٣) لسنة ٢٠١٤، في الطعن ذي الرقم (٦٦٢) لسنة ٢٠١٤، الصادر بتاريخ ١٣/٥/٢٠١٤، غير منشور .

المواد المحصورة بالقطاع العام أعلى من تلك التي طرأت على أسعار المواد وأجور اليد العاملة جميعاً بعد حسم نسبة ١٥%، فإن المتعهد يستحق كامل الفروق الناجمة عن ارتفاع أسعار المواد المحصورة المحسوبة بدون حسم النسبة المذكورة^(١).

وما تجب الإشارة إليه أن اجتهاد القضاء الإداري السوري قد استقر على عدم أحقية المتعهد في تقاضيه الفائدة القانونية عن مبلغ التعويض الذي يستحقه نتيجة ارتفاع الأسعار؛ فطالما أن الفائدة هي في حقيقة الأمر تعويض محدد بموجب القانون، مما لا يجوز معه والحال كذلك أن يتم منح تعويض عن التعويض^(٢)، إلا أننا نشير إلى ضرورة تمييز الحالة سالفه الذكر عن أحكام القضاء الإداري التي تلزم الإدارة بمبلغ معين (ناجم عن الرصيد المتبقي بعد إجراء التقاص بين ما للمتعهد كاستعادة تأمينات نهائية أو توقيفات ضمان التنفيذ أو فروقات أسعار... وما للإدارة) ومن ثم فإن إلزام الإدارة بالفائدة القانونية بمعدل (٥%) سنوياً على المبلغ المحكوم به عليها والمتعين عليها أدائه للمتعهد، وذلك اعتباراً من تاريخ اكتساب الحكم الدرجة القطعية وليس من تاريخ المطالبة - طالما أن المبلغ المستحق للمتعهد محل جدل وخلاف وفق ما استقر عليه اجتهاد القضاء الإداري - فإن ذلك لا يأتي في إطار ترتيب فائدة قانونية على مبلغ التعويض المستحق للمتعهد كنوع من تطبيقات نظرية التوازن المالي للعقد الإداري، وإنما يُعدُّ من قبيل الضغط على الإدارة في سبيل سدادها لكامل

^١ راجع حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، القرار رقم (٣٧٤)، في الطعن ذي الرقم (٩٤٧) لسنة ١٩٩٣، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عام ١٩٩٣ - المكتب الفني - ص ٥٧٧ .

^٢ راجع حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، القرار رقم (٦٩)، في الطعن ذي الرقم (٢٠٨) لسنة ١٩٩٣، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عام ١٩٩٣ - المكتب الفني - ص ٥٨١ .

المبالغ المترتب بذمتها، وإلا عرضت نفسها لمؤيد الفائدة القانونية على المبلغ المذكور، والذي لا تملك حياله إلا التنفيذ عاجلاً أم أجلاً^(١).

وما قد يلفت الانتباه هو أنه قد يحدث كثيراً وأن تكون قيمة العقد الإداري هو عبارة عن مبلغ معين بالعملة الأجنبية، فهل تدفع الفائدة القانونية في حال ترتبها في مثل هذا النوع من العقود على أساس قيمة عملته ؟

من المعلوم فقهاً و قضاءً بأن الفائدة القانونية إنما تترتب على المبالغ المستحقة الأداء في حال الامتناع عن تسديدها من قبل الدائن وقت حلول آجالها وبأن الأصل أن تدفع الفائدة بعملة المبالغ الدائنة ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك.

حيث نجد في أن مجلس الدولة السوري وفي صدد النزاعات العقدية فقد أرسى مبدأ قانوني مفاده : بأن إرادة طرفي العقد إذا التقت واتفقت على أن يكون صرف الفائدة القانونية المحكوم به للشركة المتعاهدة بالليرات السورية بدلاً من عملة العقد - اليورو - فإنه من المتوجب في هذه الحالة أن يكون التسديد إلى الشركة المذكورة بالليرات السورية وفق سعر الصرف لعملة العقد بتاريخ الاتفاق وفق محضر تصفية العقد، وإن التاريخ الواجب اعتماده لحساب سعر الصرف لمبلغ الفائدة القانونية المستحقة للشركة المتعاهدة بالليرات السورية مقابل اليورو هو تاريخ الذي يحدده الاتفاق المذكور^(٢).

^١ راجع حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، قرارها رقم (٢/٥٦٢) لعام ٢٠١٦، في القضية رقم (٢/١٦٥٠) لعام ٢٠١٦ الصادر بتاريخ ٢٠١٦/٨/٣١، غير منشور - سبق الإشارة إليه - .

^٢ مجلس الدولة، المكتب الفني، المجموعة الذهبية الحديثة للآراء الصادرة عن القسم الاستشاري في مجلس الدولة السوري لعام ٢٠١٦، رأي اللجنة المختصة ذي الرقم (١٨٩)، في القضية ذات الرقم (١٨١/ف) لعام ٢٠١٤، الصادر بتاريخ ٢٠١٤/١٢/١٤، ص ٤٥٤ .

ثالثاً - الكشف النهائي :

يعد الكشف النهائي خاتمة المطاف في تحديد الحقوق بالنسبة إلى كل من طرفي العقد الإداري، لتصفية الالتزامات المالية للعقد، وإن وسيلة المتعهد - في مجال عقود الأشغال العامة دون عقود التوريد والخدمات - للمطالبة بأية مبالغ مالية غير متضمنة بالكشف النهائي - باستثناء التوقيفات والتأمينات - هي أن يتحفظ بشأنها على ذلك الكشف، وهذا ما استقر عليه اجتهاد القضاء الإداري السوري، بحسبان أن التحفظ على الكشف النهائي هو شرط لازم لأي مطالبة قضائية لجهة الأثر المالي المترتب على حقوق والالتزامات طرفي العقد الإداري^(١)، فقد نصت الفقرة /أ/ من المادة ٣٧/ من المرسوم رقم (٤٥٠) المتضمن دفتر الشروط العامة الناظم للقانون (٥١) لعام ٢٠٠٤ على أنه : ((يجب أن يتم تنظيم الكشف النهائي خلال مدة ستة أشهر من تاريخ الاستلام المؤقت، ويدعى المتعهد إلى توقيع هذا الكشف بكتاب من الجهة العامة وعليه أن يوقعه بتحفظ أو بلا تحفظ خلال عشرة أيام من تاريخ دعوته ...)) وعليه فإن إعادة التوازن المالي للعقد الإداري على أساس نظرية الظروف الطارئة أو على أساس باقي نظريات التوازن المالي^(٢)، مشروط بتحفظ المتعاقد عند توقيعه على الكشف النهائي. وفي هذا المقام نميز بين حالتين :

١ - توقيع المتعهد للكشف النهائي بدون تحفظ: إذا وقع المتعهد على الكشف النهائي بلا تحفظ فيعتبر أنه موافق على مضمون الكشف النهائي، وأنه بقبضه قيمة هذا الكشف قد استوفى جميع استحقاقاته ولم يبق له ما يطالب به الجهة العامة بشأن

^١ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية ، قرارها رقم (١/٥٤٠) ، في الطعن ذي الرقم (٤٠٠٧) لسنة ٢٠١٦ ، الصادر بتاريخ ٢٢/٧/٢٠١٦ ، غير منشور - سبق الإشارة إليه - .

^٢ وهي كما علمنا : نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ونظرية فعل الأمير .

هذا العقد سوى ما يتعلق بالتوقيفات المبحوث عنها في المادة/٣٨/ من المرسوم رقم (٤٥٠) لعام ٢٠٠٤^(١)، حيث نجد أن المتعهد الذي يوقع الكشف النهائي بدون تحفظ على الارتفاع الذي طرأ على الأسعار، فلا يستحق أي تعويض^(٢)، انسجاماً مع الاجتهاد المستقر في هذا الخصوص الذي يقضي بأن توقيع المتعهد على الكشف النهائي بدون تحفظ يعتبر إقراراً منه على ما تضمنه تفصيلاً، وأنه يمثل جميع استحقاقاته، بحيث يعتبر ذلك منه إسقاطاً لحقه في المطالبة مستقبلاً بأي من الحقوق الناشئة عن العقد) باستثناء التأمينات النهائية والتوقيفات التي يحق له استعادتها عند انتهاء فترة الضمان^(٣) أي يعتبر متنازلاً عن طلب إعادة التوازن المالي. حيث نجد أن القضاء الإداري قد اشترط لقبول دعوى المتعهد المتعلقة بمطالبته بإعادة التوازن المالي للعقد الإداري على أساس نظرية الظروف الطارئة لاسيما فيما يتعلق بفروقات الأسعار أن يكون الكشف النهائي موقعاً مع التحفظ من قبل هذا المتعاقد. إلا أننا لا نؤيد الاجتهاد الذي يفيد بسقوط حق المتعهد بالمطالبة القضائية في حال عدم التحفظ على الكشف النهائي؛ وذلك لأننا نعتقد أن حق المتعاقد بالتعويض على أساس نظرية التوازن المالي للعقد الإداري (لاسيما فيما يخص فروقات الأسعار) لا يجوز أن تسقط إلا بالتقادم الطويل المنصوص عليه بموجب القواعد العامة^(٤)، فلا يجوز حرمان

^١ الفقرة أ/ من المادة (٣٧) من نظام العقود الإدارية الموحد رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤ .

^٢ حكم محكمة الإدارية العليا السورية، رقم (٨٢٣) لسنة ٢٠١٣، في القضية ذات الرقم (٦٦٠) لسنة ٢٠١٣، الصادر بتاريخ ٢٣/١٢/٢٠١٣. غير منشور .

^٣ استقر اجتهاد القضاء الإداري السوري على أحقية المتعهد في استعادة توقيفات الضمان والتأمينات النهائية عند انقضاء مدة ضمان تنفيذ العقد الإداري. راجع في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، قرارها رقم (١/٨٧٩)، في الطعن ذي الرقم (١/٤٤١٥) لسنة ٢٠١٦، الصادر بتاريخ ٢٦/١٢/٢٠١٦، غير منشور .

^٤ حيث نجد أن نظام العقود الإدارية الموحد رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤ لم يتضمن أحكام خاصة بالتقادم، وباعتبار أنه قد نص في المادة ٦٧/ منه على ما يلي : ((يعتبر التشريع العربي السوري مرجعاً وحيداً في كل ما يتعلق بصحة=

المتعاقد من المطالبة بكامل حقوقه المالية على أساس مسؤولية الإدارة بدون خطأ بمجرد عدم التحفظ أو عدم توضيح هذا التحفظ . إلا أن رغبة المشرع الإداري من خلال نص المادة /٣٧/ -المذكورة آنفاً- في استقرار المراكز القانونية المترتبة على العقود الإدارية، وعدم ترك الإدارة عرضة لمطالبات المتعهدين خلال فترات طويلة من الزمن، لذا فقد تم تنظيم أحكام معينة وضوابط زمنية محددة يجب الالتزام بها من قبل المتعهد لتصفية كامل الحقوق المالية للعقد الإداري.

٢- **توقيع المتعهد للكشف النهائي مع تحفظ:** أما إذا وقع المتعهد الكشف النهائي مع التحفظ، فعليه أن يبين تحفظاته مرة واحدة بمذكرة تفصيلية واضحة تبين الأسباب الموجبة للتحفظ مع جميع الوثائق الثبوتية خلال عشرين يوماً من تاريخ الدعوة إلى التوقيع، وإلا فيعتبر تحفظه لاغياً وغير معتبر، وتُهمّل الجهة العامة أي تحفظ يقدمه المتعهد بعد تقديمه المذكرة الأنفة الذكر ويعتبر كأنه لم يكن. كما ويُعامل المتعهد الناكل عن توقيع الكشف مُعاملة الموقع مع تحفظ^(١). كما استقر الاجتهاد القضائي على أن المقصود بالمذكرة التفصيلية في شأن التحفظ هو تبيان الأسباب الموجبة للتحفظ لا تقديم تحفظات جديدة، كما أنه لا يسوغ للمتعهد تضمين دعواه طلبات لم

= العقد وتفسير أحكامه وتطبيقها وفي كل نزاع ينشأ نتيجة تنفيذه ((. فعليه يتعين في سبيل معرفة الأحكام الخاصة بالتقادم التي تنطبق على الحقوق المتعلقة بالعقود الإدارية الرجوع إلى القواعد العامة للتقادم المنصوص عليها في القانون المدني، حيث نصت المادة /٣٧٢/ من القانون المدني السوري لعام ١٩٤٩ على مايلي: ((يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة فيما عدا الحالات التي ورد عنها نص خاص في القانون وفيما عدا الاستثناءات...)).

^١ الفقرة /أ/ من المادة (٣٧) من نظام العقود الإدارية الموحد رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤ .

يكن قد تحفظ بشأنها على الكشف النهائي ولو كان قد تقدم بدعواه خلال المدة المحددة لتقديم المذكرة التفصيلية^(١).

حيث نجد أن اجتهاد القضاء الإداري السوري قد استقر على أن مجرد تحفظ المتعهد على الكشف النهائي، كافٍ بحد ذاته للمطالبة بفروقات الأسعار الطارئة على المواد الداخلة في تنفيذ التعهد، وفقاً لدلالة التحفظ التي تعفي المتعهد عن تقديمه لمذكرة تفصيلية، أي أن التحفظ الواضح في دلالاته يُغني عن تقديم مذكرة تفصيلية للحصول على التعويض^(٢)، إلا أنه وبخصوص أجور اليد العاملة، فقد استقر القضاء الإداري السوري إلى أن ما ورد في الكشف النهائي من تحفظ على فروق الأسعار (دون أن يشير إلى أجور اليد العاملة) لا يفيد إطلاقاً معنى المطالبة عن أجور اليد العاملة على اعتبار أن أجور اليد العاملة لا تدخل ضمن نطاق مفهوم ارتفاع الأسعار وعلى هذا أيضاً استقر اجتهاد القضاء الإداري السوري^(٣). كما نجد أن القضاء الإداري

^١ مجلس الدولة، المكتب الفني، المجموعة الشاملة الحديثة للأحكام القضائية الصادرة عن محاكم مجلس الدولة لعام ٢٠١٣، حكم محكمة الإدارية العليا السورية، رقم (٢/١٠٩٠) لسنة ٢٠١٣، في القضية ذات الرقم (٢/٢٧٧٠) لسنة ٢٠١٣، الصادر بتاريخ ١٢/١٢/٢٠١٣ ص ١٤١.

^٢ وهذا ما استقر عليه القضاء الإداري لدى مجلس الدولة السوري خلال فترة طويلة من الزمن، راجع حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، رقم (٤٩)، في الطعن (٣١٩) لسنة ١٩٨٩، مجموعة المبادئ القانونية في عام ١٩٨٩ ص ٣٢٧. وحكمها رقم (١/٨٢٣/ع) لسنة ٢٠١٣، في الطعن ذي الرقم (٦٦٠) لسنة ٢٠١٣، الصادر بتاريخ ٢٣/١٢/٢٠١٣، غير منشور. وحكمها رقم (١/٢٣٣/ع) لسنة ٢٠١٣، في الطعن ذي الرقم (٦٦٢) لسنة ٢٠١٣، الصادر بتاريخ ١٣/٥/٢٠١٣، غير منشور.

^٣ حكم محكمة الإدارية العليا السورية، رقم (١/٢٩٨) لسنة ٢٠١٣، في القضية ذات الرقم (٣٨٣٣) لسنة ٢٠١٣، الصادر بتاريخ ١٣/٥/٢٠١٣. غير منشور.

السوري قد تشدد مؤخراً في هذا الأمر بحيث حصر مطالبة المتعاقد مع الإدارة بحدود ما تحفظ بشأنه فقط على الكشف النهائي ورفض ما يجاوز ذلك من طلبات^(١).

وفي اعتقادنا أن الاجتهاد المذكور غير صائب ويشكل ضغط إضافي على المتعهد فتحفظ المتعهد على فروقات الأسعار بجملة (أتحفظ على فروقات الأسعار) يشمل بالضرورة كل ما يتعلق بزيادة تكاليف تنفيذ التزاماته التعاقدية بسبب ارتفاع الأسعار لاسيما أجور اليد العاملة، وأن الجملة المذكور واضحة الدلالة بشمول ذلك، وخاصة إذا كان هذا الارتفاع ناجماً كأثر مباشر لانخفاض القوة الشرائية للعملة السورية بسبب الحروب و الحصارات الاقتصادية كتلك التي يعاني منها القطر العربي السوري، وهذا هو مؤدى نظرية التوازن المالي للعقد الإداري .

مع الإشارة لأمر غاية في الأهمية وهو أن رفع دعوى من قبل المتعهد قبل تنظيم الكشف النهائي إنما يغني عن التحفظ على الكشف المذكور؛ على اعتبار أن الدعوى هي أبلغ في الدلالة على مطالب المدعي (المتعهد) من التحفظ الوارد على الكشف النهائي^(٢)، أما في حال تم رفع الدعوى بعد تنظيمه فإن نطاقها يتحدد ضمن حدود التحفظ المدون على الكشف المذكور والنقاط المثارة فيه^(٣).

^١ حكم محكمة الإدارية العليا السورية، رقم (١/٤٨) لسنة ٢٠١٧ الصادر بتاريخ ٢٠١٧/٢/٦ - سبق الإشارة إليه - وغير منشور .

^٢ حكم محكمة الإدارية العليا السورية، رقم (١/٦٣٦) لسنة ٢٠١٤، في القضية ذات الرقم (٣٠٤٤) لسنة ٢٠١٤، الصادر بتاريخ ٢٠١٤/٦/٣٠. غير منشور.

^٣ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، قرارها رقم (١/٥٤٠)، في الطعن ذي الرقم (٤٠٠٧) لسنة ٢٠١٦، الصادر بتاريخ ٢٠١٦/٧/٢٢، غير منشور - سبق الإشارة إليه - .

المبحث الثاني

إعادة التوازن المالي على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

إضافة لإعادة التوازن المالي الذي يتم على أساس نظرية الظروف الطارئة، وذلك بمنح المتعاقد التعويض الجزئي، فإنه يتم إعادة التوازن المالي للعقد الإداري أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وذلك بمنح المتعاقد المتضرر التعويض الكامل، إلا أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة لم يقننها المشرع السوري - على خلاف نظرية الظروف الطارئة- بل ترك أمر تطبيقها للاجتهادات القضائية لدى مجلس الدولة، كما هو الحال عند مواجهة المتعهد لطبقة صخرية قاسية في طبقات الأرض أثناء تنفيذه لأحد عقود الأشغال عامة، ما من شأنه إرهاقه وتكبيده لنفقات وتكاليف إضافية لم تكن في الحسبان عند إبرام العقد.

والآن سندرس هذه النظرية وفقاً للترتيب الذي التزمناه سابقاً عند دراسة نظرية الظروف الطارئة، من خلال بيان ماهيتها في (المطلب الأول) ومن ثم نتعرض للنتائج الناجمة عن تطبيق هذه النظرية في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

ماهية نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

ابتكر القضاء الإداري الفرنسي نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة كنظريتي الظروف الطارئة وفعل الأمير، ومن ثم تلقّفها الفقه وأسّسها ووضع مبادئها وأصولها، وذلك لإعادة التوازن المالي لعقد الأشغال العامة الذي يختل بسبب مواجهة المتعاقد أثناء التنفيذ لعقبات مادية، من شأنها تحميله لنفقات إضافية لم تكن في حسابه عند إبرامه العقد، الأمر الذي يؤدي إلزام الإدارة - طبقاً لهذه النظرية - بتعويض ذلك المتعاقد بما يُعيد للعقد توازنه المالي، حيث ابتكرت هذه النظرية بشكل خاص لتأمين المتعاقد مع الإدارة ضد المخاطر ذات الطبيعة المادية (اللوجستية أو الطبوغرافية) التي يتعرض لها المتعاقد خلال تنفيذ التزاماته العقدية في نطاق عقود الأشغال العامة.

ولكي نتمكن من التعرف على ماهية نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ينبغي منا التوقف عند النشأة القضائية لهذه النظرية (في الفرع الأول) ومن ثم تعريفها (في الفرع الثاني)، ثم بيان شروط تطبيقها (في الفرع الثالث) .

الفرع الأول - الأصل القضائي لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة :

في فرنسا: تُعدّ نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ثالث نظريات التوازن المالي للعقد الإداري وأقدمها، فهي قديمة في القضاء الإداري، وترجع تطبيقاتها إلى منتصف القرن التاسع عشر^(١)، وقد اعتمد مجلس الدولة الفرنسي في البداية على نظرية القوة القاهرة واتخذها مصدراً لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، مستنداً

^١ د. محمد سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص ٧١٤ .

في ذلك لتفسير نص المادة /٢٨/ من كراسة الشروط والمواصفات العامة لعقود الطرق والكباري في فرنسا؛ والتي تنص على حرمان المتعاقد من أية تعويضات عن التلف أو الخسائر الناجمة عن إهماله أو عدم تبصره، وفسر المجلس هذا النص تفسيراً موسعاً، إعمالاً لصراحة النص في حالة التلف أو الهلاك الذي يقدر بالمال، فطبقه في حالة القوة القاهرة أي حالة الإنفاق غير المتوقع الذي يتكبد المتعاقد نتيجة للقوة القاهرة، وفي حالة عدم إمكان تطبيق هذا النص، وبناء على هذا التوسع فقد أعطى المجلس للمتعاقد الحق في التعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة دون خطأ من جانبه ودون أن يكون للإدارة دور في حصول هذه الصعوبات، ومن ثم فإن المجلس المذكور ما لبث إلا أن حدد معالم هذه النظرية بحيث غدت نظرية مستقلة لها أحكامها المتميزة في حكمه الشهير (فيري) الصادر في ١٨ مارس ١٩٦٩ مقررًا حق المتعاقد في الحصول على تعويض عن الأضرار التي أصابته نتيجة الصعوبات المادية غير المتوقعة، شريطة ألا يوجد خطأ من جانب أحد الطرفين^(١)، ومن ثم فقد شيد قضاء مجلس الدولة الفرنسي دعائم هذه النظرية حرصاً على مصلحة المتعاقد مع الإدارة، وتحقيقاً لاعتبارات العدالة، بحكمه في قضية دوشي الصادر في ٢٤/٦/١٩٨٤، وانتهى المجلس في هذا الحكم إلى تعويض المتعاقد مع الإدارة عن كل الصعوبات المادية غير المتوقعة التي واجهته أثناء تنفيذ العقد؛ لكي يتمكن من الاستمرار في التنفيذ .

فتبلورت هذه النظرية بما مفاده أنه كثيراً ما يصادف المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ التزاماته صعوبات ذات طبيعة استثنائية خالصة، على خلاف ما هو متوقع عند

^١ د. علي بن عبد الكريم أحمد السويلم، - المرجع السابق - ص ١٥٠.

توقيه العقد، وهذه الصعوبات غير المتوقعة تجعل تنفيذ العقد مرهقاً للمتعاقد وأكثر كلفة عليه، لما يحتاجه مواجهتها من التكلفة والوقت - معدات أخرى أو نوع خاص- زيادة عدد العمال - وقت إضافي... ألخ؛ الأمر الذي يجعل له أي للمتعاقد حق مطالبة الإدارة بالتعويض الكامل، عن كامل خسائره بسبب ذلك^(١).

حيث إن الأساس القانوني و الفقهي لهذه النظرية يقوم على اعتبارات تحقيق العدالة، والطبيعة الخاصة للعقود الإدارية، ومبدأ حسن النية أو النية المشتركة لطرفين العقد (التعاون المفترض بين الإدارة والمتعاقد) ومبدأ استمرارية المرفق العام بانتظام واطراد، تلك هي الأسس ذاتها التي يقوم عليها مبدأ التوازن المالي للعقد الإداري (كما مر معنا) .

في مصر: ومن مجلس الدولة الفرنسي انتقلت النظرية إلى مجلس الدولة في مصر وكان أول حكم صدر في هذا الشأن متحدثاً عن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بتاريخ ١٩٥٣/٥/٥م من محكمة القضاء الإداري وقد جاء فيه أنه: "بالنسبة للصعوبات التي بدت للمدعي عند البدء في تنفيذ العملية بسبب الأتربة المتكتلة، فإن الثابت من الإطلاع على الملف الإداري للمقاول أن المدعي قد شكّا من هذا الأمر مراراً وبعد أن انتقل كبير مهندسي المديرية فعاين وحصر فرق التكاليف ورفع تقريراً للوزير أوضح فيه أن الصعوبة التي صادفت المقاول في العمل أثناء حفر الأجزاء المتكتلة لم تكن متوقعة، ولم يكن في وسع المدعي، ولا الحكومة توقعها ومن ثم لا يجوز تحميل المدعي جميع النفقات التي تكبدها بسبب ذلك، بل العدالة تقتضي تحمّل الحكومة نصف قيمة التكاليف..."^(٢). وفي حكم آخر لمحكمة القضاء الإداري

^١ د . إبراهيم عبد العزيز شيخا- المرجع السابق - ص ٦٥٨ .

^٢ د. علي بن عبد الكريم أحمد السويلم، - المرجع السابق - ١٥٢ .

المصري، الصادر في ٢٠ يناير سنة ١٩٥٧، كان موضوع الأشغال العامة محل التعاقد هو تطهير ترعة، وبدلاً من أن يجد المتعاقد طمياً يمكن حفره بالفؤوس العادية، إذا به يصادف طبقات صخرية، وأتربة متكثلة، تحتاج إلى استعمال آلات قطع الأحجار، فحكمت له المحكمة بالتعويض عما تكبده من نفقات وإن لم يشر الحكم إلى النظرية صراحة^(١).

وفي 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 أحكام 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

^١ د. محمد سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص ٧٢٣ .

^٢ قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (١٧٢) في الطعن رقم (١٩٨) لسنة ١٩٧٧، مجموعة المبادئ القانونية التي إقرتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٧، ص ٢٧٣ .

^٣ عبد الهادي عباس - المرجع السابق - ص ٣٦٩ .

المتعهد الاقتصاد في طلب التعويض على ما تجشمه فعلاً من النفقات دون أن يتجاوز ذلك إلى ما قد فاتته من ربح^(١).

والجدير بالذكر أن الجانب الكبير من الفقه يرى أن مجال تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ينحصر في العقود الإدارية حصراً^(٢)، ونظراً للطبيعة المادية لهذه الصعوبات التي سميت هذه النظرية بها، فإن مجال تطبيقها يكمن بشكل رئيسي في نطاق عقود الأشغال العامة^(٣)، حيث أن الفقيه " دي لوبادير " وبالرغم من تأكيده أنه لا توجد تطبيقات قضائية لهذه النظرية في خارج نطاق عقود الأشغال العامة، إلا أنه سلم في ذات الوقت بعدم وجود أسباب قاطعة، تحول دون تطبيق النظرية - متى توافرت شروطها- في مجال العقود الإدارية الأخرى؛ بمعنى أنه في حال توافرت شروط هذه النظرية بالنسبة لعقود أخرى كالتوريد أو عقود الخدمات - ولو أنه أمرٌ نادر الحدوث - فلا يوجد ما يمنع من تطبيق النظرية على هذا النوع من العقود أو بالنسبة لأي عقد آخر^(٤).

ومن وجهة نظرنا، أنه 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 الملزم بتسييره محل العقد، وبالتالي أتلّف معدّاته و أدواته وأجهزته التي أحضرها لتنفيذ التزاماته،

^١ 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 رقم ١٢٣ لسنة ١٩٧٠ م.

^٢ د. محمد أبو بكر عبد المقصود - المرجع السابق - ص ٢٥ .

^٣ د. جابر جاد نصار - المرجع السابق - ص ٣٠٠ .

^٤ د. نذير بن محمد الطيب أوهاب - المرجع السابق - ص ١٨٥ .

فمقتضيات العدالة هنا تقتضي - في اعتقادنا - تعويض الملتزم تعويضاً كاملاً على أساس الصعوبات المادية غير المتوقعة، وليس منح التعويض الجزئي كما هو الحال فيما لو أسس قاضي العقد حكمه بالتعويض بناءً على نظرية الظروف الطارئة.

ورغم أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أسبق في الظهور لدى أحكام مجلس الدولة الفرنسي من نظريات التوازن المالي الأخرى، إلا أنها لازالت نظرية قضائية لم تقن سواء في فرنسا أو مصر بل حتى في سورية - بخلاف نظرية الظروف الطارئة المقننة في تشريعات العديد من الدول ومنها سورية- الأمر الذي يُلقي على عاتق الاجتهاد القضائي والفقهاء الإداريين في سورية تبعة تحديد مضمونها وشروط تطبيقها وماهية الآثار المترتبة عليها .

الفرع الثاني - تعريف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة :

يتلخص مفهوم النظرية في استحقاق المتعاقد مع الإدارة للتعويض الكامل إذا ما صادف المتعاقد في تنفيذ التزاماته صعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية خالصة، ولا يمكن توقعها بأي من الأحوال عند إبرام العقد، وتؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مرهقاً. حيث أوضح معظم الفقهاء الفرنسي مفهومها بأنه: عندما يُصادف المتعاقد مع الإدارة وخاصة في مجال عقود الأشغال العامة صعوبات مادية وتكون لهذه الصعوبات خصائص استثنائية أي غير طبيعية إطلاقاً، ويكون من شأنها أن تجعل تنفيذ العقد مرهقاً؛ فإنها تقسح المجال بالمطالبة بالتعويض الكامل عما تسببه هذه الصعوبات من ضرر عن طريق رفع أسعار العقد^(١).

^١ د. محمود عبد المجيد مغربي - المرجع السابق - ص ٤٧ .

كما أن جانب آخر من الفقه بين مفهوم هذه النظرية بأنه : إذا ما صادف المقاول في تنفيذ التزاماته صعوبات ذات طبيعة استثنائية، ولا يمكن توقعها بحال من الأحوال عند إبرام العقد، وتؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مرهقاً، فإن من حقه أن يطالب بالتعويض الكامل عما تسببه هذه الصعوبات من أضرار^(١).

وذهب جانب من فقهاء القانون الإداري في سورية إلى أنه : إذا ما صادف المتعاقد خلال تنفيذ العقد، صعوبات مادية واستثنائية غير عادية، وطارئة غير متوقعة أو لم يكن بالوسع توقعها لحظة إبرام العقد، والتي تجعل تنفيذ العقد مرهقاً بحيث تزيد في أعباء المتعاقد مع الإدارة من خلال زيادة نفقات التنفيذ متجاوزة في ذلك الأسعار المتفق عليها بالعقد؛ يستحق المتعاقد في هذه الحالة المطالبة بالتعويض عن جميع الأضرار التي لحقت به من جراء هذه الصعوبات^(٢).

أما التعريف القضاء الإداري لهذه النظرية فنجدته يتجلى في إحدى قرارات المحكمة الإدارية العليا السورية على الشكل التالي: "...إن تعريف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة كما عرفها الفقه والقضاء الإداري منذ زمن بعيد، ومقتضاها أنه: عند تنفيذ العقود 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

^١ د. سمير عثمان اليوسف - المرجع السابق - ص ٨٢ .

^٢ د. محمد يوسف الحسين ، د . مهدي نوح - المرجع السابق - ص ٣٤٠. راجع أيضاً: عن عبد الهادي عباس ، العقود الإدارية- المرجع السابق- ص ٣٦٨ .

بسبب تلك الصعوبات، كما يتعين إعفاء المتعاقد من غرامات التأخير، إذا تعدى الحدود الزمنية المقررة لانتهاء من تنفيذ الأشغال موضوع العقد " (١).

ومن خلال ما سبق يمكن لنا استنتاج تعريف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بأنها: تلك الصعوبات أو المعوقات المادية الاستثنائية غير المتوقعة عند إبرام العقد، والتي تعترض تنفيذه وتجعله أكثر كلفة، فإن تبعة ذلك تكون بالتعويض الكامل عن قيمة ما تكبده المتعاقد من أعباء لكي يتمكن من الاستمرار بالتنفيذ .

الفرع الثالث - شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة :

من خلال التعريف السالف ذكره يمكن استخلاص شروط تطبيق هذه النظرية، حيث يجب أن يتوافر في الصعوبات التي يصادفها المتعاقد أثناء التنفيذ شروط معينة، وهي:

أولاً - أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية وغير عادية :

وهذه الصعوبات المادية ترجع في أغلب الحالات إلى الظواهر الطبيعية أو الجيولوجية أي تلك التي تتولد من فعل الطبيعة^(٢)، والتي تكون أجنبية عن الأطراف المتعاقدة، مثل الطبيعة الجيولوجية للأراضي، التي يجري عليها تنفيذ المشروع محل العقد كأن يفاجأ المكاول بوجود طبقات غزيرة بالمياه تحتاج إلى نفقات غير عادية في سحبها وتجفيف الأرض، أو أن يجد المتعاقد نفسه أمام قناة مياه في أراضي المشروع

^١ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (١٧٢)، في الطعن رقم (١٩٨)، لعام ١٩٧٧، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا لسنة ١٩٧٧، ص ٢٧٣ .

^٢ وقد لا تتولد من فعل الطبيعة بل قد تتأتى هذه الصعوبات من صنع الإنسان بعيداً عن الأطراف أنفسهم كوجود قناة مياه قام أحدهم بتمديدتها و لم تسجل في بيان الأشغال ولو أنه أمر نادر الحصول .

الذي سينفذ فيه العقد دون أن يشير إليها المخطط موضوع العقد^(١)، أو أن يجد المقاول تحت أرض في موقع الأشغال محل العقد مجاري مياه أثناء تنفيذه الأساسات الخرسانية، ومن أمثلة ذلك أيضاً ما يقابله مقاول عند تطهير ترعة، من طبقة سميكة وكبيرة المساحة، ذات صلابة غير معتادة في مثل هذه الترع^(٢)، وكما لو فوجئ المتعاقد بظهور طبقة من الأرجيل المطاطي، الذي يصعب أو لا يمكن توقعها أو ليس بالوسع توقعها عند إبرام العقد^(٣)، أو كأن تتكشف الأرض عند التنفيذ عن طبيعة صخرية، في حين كان الاعتقاد وقت التعاقد أن الأرض ذات طبيعة سهلة، فكانت مثل كل هذه الصعوبات المذكورة سبباً في استحقاق المتعاقد للتعويض^(٤). وماله دلالة في هذا الخصوص أن معظم الصعوبات المادية وفق معظم تطبيقات هذه النظرية من قبل مجلس الدولة السوري تندرج ضمن أمثلة الصعوبات المادية سالفة الذكر^(٥)، لاسيما و أن العديد من أحكام القضائية الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا السورية قد أطلقت على هذه النظرية تسمية "النظرية الصخرية" وذلك

^١ قرار مجلس الدولة الفرنسي ١٩٦٢/٢/٧ - مجلة قرارات مجلس الدولة - ص ١٠٢٠ - مأخوذ عن: د. محمد يوسف الحسين، د. مهند نوح، العقود الإدارية - مرجع سابق - ص ٣٤١.

^٢ د. محمد الشافعي أبو راس، العقود الإدارية - المرجع السابق - ص ١١٤.

^٣ د. إبراهيم عبد العزيز شيخا - المرجع السابق - ص ٦٥٨.

^٤ د. نذير بن محمد الطيب أوهاب - المرجع السابق - ص ١٨٦. راجع أيضاً: عبد الهادي عباس - المرجع السابق - ص ٣٧٨.

^٥ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (١٤٣٦/ع/٢) لسنة ٢٠١٠، في الطعن ذي الرقم (٢٢٤٦) لعام ٢٠١٠، الصادر بتاريخ ٢٠١٠/١٢/١، غير منشور. وغيرها من اجتهادات مجلس الدولة السوري التي أشرنا سابقاً إلى بعضها... فلا حاجة للتكرار.

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 كما أسلفنا، بل قد يكون مصدرها فعل بعض الناس من الغير - ولو كان أمر نادر الحدوث- كوجود قناة خاصة بجوار موقع العمل، لم تظهر في المواصفات التي على أساسها أُعِدَّ العقد، أو أن يضطر المقاول إلى إصلاح طريق مجاور لموقع العمل ضرورةً لتنفيذ الأشغال العامة، وإذ به يواجه طبقة صخرية قاسية^(٢).

وقد اشترط الفقه الإداري أن تكون الصعوبات أو العقبات ذو طبيعة مادية، لأنها إن لم تكن مادية؛ فإنها إما أن تكون تشريعاً أو قراراً مما يجعلها في طائفة شروط نظرية فعل الأمير، وإما أن تكون ظرفاً اقتصادياً مما يدخل في شروط نظرية المخاطر الاقتصادية أو الظروف الطارئة، ومن هنا كان اشتراط أن تكون العقبات مادية لبيان أن هذه العقبات مما لا يدخل في نطاق نظرية فعل الأمير، ولا في نطاق نظرية الظروف الطارئة^(٣).

ثانياً - أن تكون الصعوبات غير متوقعة عند إبرام العقد :

يُعَدُّ هذا الشرط من أهم شروط النظرية الذي اقترن تسمية النظرية به، ويقدر هذا الشرط هنا بذات الأوضاع التي يقدر بها في نظرية الظروف الطارئة ونظرية القوة القاهرة، على النحو الذي عرضنا له عند دراسة تلك النظريات.

^١ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، القرار رقم (٢٧٦/ع/١) لسنة ٢٠١٣، في الطعن ذي الرقم (٣٧٥٢) لسنة ٢٠١٣، الصادر بتاريخ ٢٧/٥/٢٠١٣، غير منشور .

^٢ د. محمد سليمان الطماوي- المرجع السابق - ص ٧٢٢ .

^٣ د. محمد يوسف الحسين ، د . مهدي نوح - المرجع السابق - ص ٣٤٠ . راجع أيضاً : د. محمد الشافعي أبو راس - المرجع السابق - ص ١١٥ .

فالمقصود " بعدم التوقع أو ليس في الوسع التوقع "، معنى المفاجأة بوجود أمر معين بالنسبة للمتعاقد فعلى سبيل المثال أن يعترضه طبقة صخرية قاسية غير عادية لم يكن يتوقع حدوثها على الرغم من دراسة دفاتر الشروط والمخططات الفنية والدراسة الأولية للمشروع، أو بالرغم مما نبه إليه، أو اتخذه من حيلة وحذر لا تفوت على الشخص البصير بالأمر قبل الإقدام على المساهمة في تسيير المرفق العام والتعاقد بشأنه^(١)، إلا أن المقصود بعدم توقع الصعوبات بموجب هذه النظرية، أن الحدث الموجب لإعادة التوازن المالي، يكون متحققاً من الناحية العملية قبل مرحلة إبرام العقد وقبل البدء بمرحلة التنفيذ، لكنه لم يكن معروفاً أو لم يكن بالإمكان توقعه من قبل أطراف العقد عند إبرامه، وتكشف أثناء التنفيذ^(٢)، لذا نجد أن المشرع السوري قد وضع نصوص قانونية تلزم المتعاقد بالتحري بنفسه عن طبيعة الأرض وأن يدقق ويتأكد من صحة المخططات الهندسية للأرض مكان العمل، والظروف المحيطة به، ودراسة مستندات العقد ودفاتر الشروط الفنية الخاصة بالعقد، وإلزام الجهة الإدارية المتعاقدة بالمقابل بتقديم كافة المعلومات للمتعاقد عن المشروع المزمع القيام به^٣. 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 تطراً أثناء التنفيذ حصراً ولا يكون لها وجود قبل إبرام العقد.

^١ حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر بتاريخ ٢٠ يناير ١٩٥٧ م، وانتهت المحكمة في حكمها هذا إلى رفض طلب المتعاقد التعويض طبقاً لهذه النظرية لعدم تحقق شرط عدم التوقع في هذه القضية - مأخوذ عن: د محمد سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص ٧٢٥ .

^٢ د. علي بن عبد الكريم أحمد السويلم، - المرجع السابق - ص ١٥١ .

^٣ المادة ٢١/٢ من المرسوم رقم (٤٥٠) المتضمن دفتر الشروط العامة لعام ٢٠٠٤، الناطم للقانون رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ .

ف نجد أن القضاء الإداري السوري قد طبق شرط عدم التوقع بدقة في أحد 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... وبناءً على ما تقدم يكون قد توافر في شأن الواقعة محل النزاع الشروط الواجب اجتماعها لاستحقاق التعويض على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة^(١).

وذلك بأن يكون في وسع المتعاقد إذا بذل جهداً في التعرف على موقع المشروع وظروفه، أن يقف على ما إذا كان التنفيذ سيتعرض لهذه العقبات من عدمه^(٢)، ومن ثم فإنه إذا لم يسع المقاول التعرف على الموقع، فإنه يكون مخطئاً، ولا تنطبق عليه بالتالي أحكام ومبادئ نظرية العقبات المادية غير المتوقعة. بمعنى أن لا يستحق المتعاقد التعويض إذا كانت الصعوبات المادية من النوع الذي يمكن توقعه عند التعاقد وفقاً للظروف التي أبرم فيها العقد، فالقاضي الإداري لا يوافق على منح المتعهد التعويض إذا قَدَّرَ بأن الصعوبات التي صادفته كان بإمكانه توقعها أو كان في وسعه أن يتوقعها^(٣)، وتطبيقاً لذلك نجد أن المحكمة الإدارية العليا السورية في حكمها الصادر في ١٤/٦/١٩٦٩ لم توافق على تطبيق هذه النظرية في القضية الماثلة؛ لأن المتعهد كان عليه أن يتحرى بنفسه عن الصعوبات وكان في وسعه أن

^١ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (١٤٢ / ٣٩) لعام ١٩٧٦، مأخوذ عن : مصباح نوري المهاني - المرجع السابق - القاعدة ٧٥٢٩، ص ٣٦٠.

^٢ تضمنت المادة ٨٠ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨ النص على ذلك بقولها: يلتزم المقاول بأن يتحرى بنفسه طبيعة الأعمال...

^٣ سمير صادق - المرجع السابق - ص ٢٦٦. راجع أيضاً . د. إبراهيم عبد العزيز شيخا - المرجع السابق - ص ٦٦٠.

يتوصل إليها، وقد تأيد ذلك أيضاً بالاجتهاد القائل بأنه : " كان يتوجب على المتعهد أن يتحرى بنفسه طبيعة الأعمال، وعمل كل ما يلزم لذلك من اختبارات وغيرها للتأكد من صلاحية المواصفات والتصميمات المعتمدة، وعليه إخطار الإدارة المختصة في الوقت المناسب بملاحظاته عليها، ويكون مسؤولاً عن جميع هذه الرسومات والتصميمات كما لو كانت مقدمة منه، تطبيقاً للقاعدة القائلة: ((بأن المقصر أولى بالخسارة))" (١).

وبناءً عليه وبما أن الصعوبات المادية هي أمر واقع قبل إبرام العقد ويتكشف أثناء تنفيذه؛ لذا يجب على المَقاول في نطاق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة و قبل إبرامه للعقد أن يبذل الجهد المعقول للتحري بنفسه عن طبيعة الأرض، والصعوبات التي تحيط بها، والظروف المحلية الأخرى المؤثرة على التنفيذ، والإحاطة بأية صعوبات يمكن أن تواجهه لخطه تنفيذ العقد (٢).

فخلاصة القول : إنَّ المتعاقد - المَقاول - ملزم بتحري طبيعة الصعوبات التي قد تصادفه عند التنفيذ، فإذا قَصَّرَ، وكان في وسعه تبئُّن الصعوبات وقت التعاقد فإنَّ مجلس الدولة يرفض التعويض؛ ولا محل لتطبيق هذه النظرية عندما تكون كل ملابسات المشروع تحت نظر الشركة المتعاقدة وعلى علم بها أولاً بأول وبمراحل تنفيذ العقد جميعها (٣). وإذا كان المتعاقد ملزماً بتحري طبيعة الصعوبات التي قد

^١ راجع حكم المحكمة الإدارية السورية بتاريخ ١٤ حزيران ١٩٦٩. وحكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢٩ كانون الثاني لعام ١٩٥١ - مأخوذ عن: د. محمود عبد المجيد مغربي - مرجع سابق - ص ٦٨ .

^٢ يعتمد القضاء الإداري على معيار الرجل العادي الحريص لتحديد مسؤولية المتعاقد فيما إذا قصر في بذل العناية اللازمة لمعرفة الصعوبات المادية قبل التعاقد. راجع في ذلك : د. علي بن عبد الكريم أحمد السويلم - المرجع السابق - ص ١٥١ .

^٣ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، لسنة ٣٤، جلسة ١٩/٥/١٩٩٢ - ٣٧ . مأخوذ عن: د. محمد ماهر أبو العينين - المرجع السابق - ص ٥٠٩ .

تصادفه عند التنفيذ، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي قد وضع في الاعتبار مدى معاونة الإدارة للمتعاقد في هذا الخصوص، ذلك أن مبدأ إعمال حسن النية في التعاقد، يقتضي بأن تضع الإدارة تحت تصرف المتعاقد كافة ما لديها من معلومات ووسائل التي من شأنها تمكينه من المعرفة المسبقة لكل ما سيواجهه في أرض المشروع، بل عليها أن تعاونه في الوصول إلى تلك الغاية، وإلا كانت الإدارة مسؤولة بالتعويض نتيجة ذلك، فإذا ثبت تقصير الإدارة في هذا الخصوص فإن مجلس الدولة في كل من فرنسا ومصر يلزم الإدارة بالتعويض^(١).

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 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 معلومات تساعد على تحقيق تلك الغاية، وبعبارة أخرى أن من واجب الإدارة أن تضع جميع المستندات والدراسات اللازمة تحت تصرفه قبل إبرام العقد ليتمكن من أن يقف على انعكاس الظروف الجديدة والمصاعب التي قد يصادفها أثناء التنفيذ^(٢)، فقد خلُصت المحكمة الإدارية العليا السورية في أحد قراراتها إلى أن الحفريات الصخرية التي تم تنفيذها في موقع المشروع موضوع الدعوى لم

^١ د. نذير بن محمد الطيب أوهاب- المرجع السابق - ص ١٨٦ . راجع أيضاً : د. إبراهيم عبد العزيز شيخا- المرجع السابق - ص ٦٦٠ .

^٢ د. محمود عبد المجيد مغربي- المرجع السابق- ص ٦٦-٦٧ .

تكن متوقعة من كلا طرفي العقد لخلوه من أي دراسة جيوتكنيكية لطبقات التربة في موقع المشروع^(١)، ما يؤكد على ضرورة إعداد الدراسات اللازمة للمشروع قبل المباشرة بالتنفيذ .

وفي اعتقادنا أن جميع الدراسات الطبوغرافية والجيولوجية... وغيرها لطبيعة وتربة أرض المشروع التي تسبق المباشرة بتنفيذ الأعمال، هو واجب ملقى على عاتق الإدارة إضافة للمتعهد، استناداً إلى علاقة الثقة ومبدأ حسن النية والتشاركية بينهما، وبالتالي فإن ما تجريه الإدارة من دراسات قبل البدء بالتنفيذ وما تقدمه من عون للمتعهد في سبيل ذلك سينهض بالمشروع ويصب بفائدة المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة الذي هو واجب الإدارة أولاً وأخيراً .

لذا يمكننا أن نستنتج أن أمر عدم التوقع، يتجلى بأن يكون ثمة تسليم من قبل طرفي العقد الإداري بأنه لم يكن ليخطر بهما ولم يكن في مقدور أحدهما أو كلاهما، أن يتكهن بالصعوبات أو المعوقات المادية عند إبرام التعاقد، و في كل الأحوال فإن كلا المتعاقدين يحاسب بنسبة مساهمته في الخطأ في حال إهماله أو تقصيره في بيان واقع التربة أو أرض المشروع إن كان لذلك مقتضى يعود تقديره من قبل قاضي العقد .

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام، هل يجوز تضمين العقد على شرط صريح يعفي الإدارة من تعويض الما قول عن الصعوبات المادية غير المتوقعة التي قد تواجهه أثناء التنفيذ؟

^١ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (١/٦٤٤/ع) لسنة ٢٠١٤، في الطعن ذي الرقم (٢٦٢٥) لعام ٢٠١٤ الصادر بتاريخ ٢١/٧/٢٠١٤، غير منشور .

أجاب مجلس الدولة الفرنسي على ذلك في العديد من أحكامه على تفسير الشرط الذي يقضي بمسؤولية المتعاقد مع الإدارة عن تنفيذ العقد في كل الظروف وأياً كانت الصعوبات، التي يواجهها على أنها تعني الصعوبات العادية من دون الصعوبات غير العادية أو الاستثنائية، فيحق للمتعاقد مع الإدارة المطالبة بالتعويض بموجب هذه النظرية متى توافرت شروط تطبيقها رغم وجود هذا الشرط، ويكاد ينحصر الأثر المترتب على وجود مثل هذا الشرط في تشدد القاضي في اعتبار الصعوبة المادية التي واجهها المتعاقد من قبيل الصعوبة غير العادية أو الاستثنائية^(١).

ومن أهم التطبيقات القضائية التي تناولت هذه الإشكالية في مصر، و وضعت لها حلاً عادلاً ومنصفاً بين طرفي العقد؛ الحكم الشهير لمحكمة القضاء الإداري المصرية في قضية توسيع وتعميق قناة السويس رقم /٧٨٩٢/ لسنة ٨ جلسة ١٩٥٧/١/١٧ الذي تضمن مايلي : " لا يصح القول بأنه كان ثمة اتفاق على عدم مسؤولية هيئة قناة السويس (الإدارة) عن تعويض الشركة (المقولة) عما تصادفه هذه الأخيرة من صعوبة غير متوقعة، كتلك التي صادفتها متمثلة في زيادة حجم التربة الصلبة أضعافاً 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 بخصوص التنبيه إلى طبيعة التربة وإلى جعل ما تحويه من صخور صلبة، وما نحو ذلك، يحمل على أنه قصد به عدم مساءلة الهيئة عما يصادفه المتعهد من عقبات في الحدود المعقولة التي يصل إليها التقدير العادي للأمور، أي على أساس أن التنفيذ سيتم في ظروف عادية وفقاً لما كان متوقعاً بين الهيئة

^١ د. محمد ماهر أبو العنين- المرجع السابق- ص ٤٩٩ .

والشركة معاً، ومبنياً على الاختبارات والبحوث الممكن إجراؤها عند وضع مثل هذه التقدير، أما ما جاوز هذه الحدود، مما يكون ثمة تسليم بأنه لم يكن ليخطر ببال أي من المتعاقدين أو مما لم يكن في مقدور أحد أن يتكهن به عند التعاقد فإن تفسير العقد على أساس النية المشتركة للمتعاقدين، مع الاستهداء بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، و وفقاً للعرف الجاري في المعاملات فإنه يقتضي القول بأنه مما لم يتجه إليه قصد المتعاقدين، لأمر بدهي هو أنهما لم يكونا يتوقعانه.. مما يقتضي تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة .." (١).

ومن الواضح أن الحكم المذكور قد بين بأن تضمين العقد بما يفيد تحلُّل المقاو للصعوبات المتوقعة التي قد تعترض التنفيذ هو أمر ينصرف إلى الصعوبات العادية التي يمكن توقعها وفق مجرى العادي للأمر وفي الحدود المعقولة، ولا يتعداه للصعوبات غير العادية التي ليس للأطراف وسعٌ في توقعها .

- موقف مجلس الدولة السوري :

أما مجلس الدولة السوري وفي العديد من أحكامه الصادرة بصدد تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة قد تصدى لهذه المشكلة، ومنها الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية العليا السورية، الذي جاء فيه: " بالرغم من أن المناقصة قد رست على المتعهد على أساس (سعر الحفريات من أي نوع كانت) فإن ظهور طبقة صخرية قاسية أثناء الحفريات كما ثبت ذلك باعتراف الإدارة وتقرير الخبرة الجارية أمام محكمة الدرجة الأولى، يعطي المتعهد الحق باقتضاء تعويض عادل تطبيقاً

^١ فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري رقم ٩٥ في ١٩٦٤/٢/٤ جلسة ١٩٦٤/١/٢٩ - ١٨-٦٩-١٨٦ مأخوذ عن: د. محمد ماهر أبو العينين- مرجع سابق - ص ٥١٠ . راجع أيضاً : سمير صادق- المرجع السابق - ص ٢٦٨ .

لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة^(١). وفي حكم آخر للمحكمة الإدارية العليا تناول نفس الموضوع أيضاً، ووضع الأساس القانوني الذي توصل من خلاله للحل المناسب والعادل، وفق وقائع تتلخص بالآتي: "...أنه وأثناء تنفيذ المقاول لعقد أشغال عامة، مشروع مجاري الصرف الصحي - فوجئ بوجود طبقات صخرية قاسية جداً وكثيفة بشكل الذي ألحق به ضرراً فادحاً، مما دفعه إلى إقامة هذه الدعوى...حيث إن ما نص عليه الكشف التقديري في بند الحفريات - الكشف الذي ينظم في مرحلة تسبق التنفيذ - على أن يتحمل المتعهد أعباء التنفيذ مهما كان نوع أرض المشروع، ترابية أو صخرية يجب أن يبقى ضمن الحد المألوف والمعقول لطبيعة تربة المنطقة التي جرى بها التنفيذ، فمبدأياً "حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية" و"تعاون المتعهد مع الإدارة في تسيير المرفق العام" يحولان دون الغلو في تفسير هذا البند على نحو يؤدي إلى إرهاب المتعهد بنفقات باهظة ناجمة عن صعوبات مادية غير متوقعة اعترضته أثناء التنفيذ، وعليه و مادام قد ثبت بالخبرة الفنية الجارية أمام هذه المحكمة والخبرة الجارية في وصف الحالة الراهنة بأن نسبة الصخور القاسية التي اعترضت المتعهد تشكل ما نسبته ٧٠٪/ من كمية الحفريات التي تقع ضمن تربة غضارية /حمرء/، لذلك تُعدُّ تلك الصخور من قبيل الصعوبات المادية غير المتوقعة والمقتضى تعويض المتعهد عنها وفق ما خلصت إليه الخبرة الفنية... وأيضاً تبرير كامل مدة التأخير الحاصلة في تنفيذ التعهد...".

إلا أن المحكمة الإدارية العليا السورية قد خالفت الاجتهاد السالف ذكره في حكم آخر صدر عنها والذي تضمن: "... أنه ما دام الثابت من جدول تحليل الأسعار ودفتر

^١ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (١٧٢) في الطعن (١٩٨) لسنة ١٩٧٧ - سبق الإشارة إليه - .

الشروط الفنية للعقد المبرم بين الطرفين أنه قد نص بشكل صريح على أن يقوم المتعهد (المدعي) بتنفيذ الحفريات بأرض مهما كان نوعها وبأي عمق وباستخدام الآليات اللازمة، فإنه يتوجب على المدعي أن ينفذ أعماله وفقاً لما التزم به بموجب أحكام العقد (موضوع الدعوى) وأحكام المواد (٢١/أ) و(٣٢/ب) دون أن يكون له أي حق بالتعويض عن سعر الحفريات الصخرية المنفذة من قبله في المشروع محل المتعهد، ولا يغير من هذه النتيجة تمسكه بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في مطالبته، بحسبان أن هذه النظرية غير متوافرة والحالة موضوع هذا التعهد، ذلك أن المدعي كان قد اطلع على كافة المخططات والمواصفات العامة والخاصة وجدول الأسعار وقائمة الكميات وموقع العمل الخاصة جميعها بالمشروع محل التعهد قبل البدء بتنفيذ تعهده، مما يؤكد على أنه كان على معرفة تامة بطبيعة الأرض التي سينفذ فيها المشروع مما ينفي أحد شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة والمتمثل بأن تكون هذه الصعوبات المادية طارئة وغير متوقعة عند التعاقد...^(١).

إلا أننا نرى في الحكم السالف ذكره إجحاف كبير بحق المتعاقد، و لتوضيح ذلك نبدي العديد من الملاحظات وفق مايلي :

أ- عدم جواز تضمين جدول تحليل الأسعار ودفتر الشروط الفنية الخاصة بالعقد ما يفيد عدم إمكانية الاستفادة من إحدى نظريات إعادة التوازن المالي للعقد الإداري سواء بشكل صريح أم ضمني، وفي حال حصول ذلك ومن ثم نشب خلاف بين طرفي العقد، فإن قضاء مجلس الدولة هو الضمانة لإعادة التوازن المالي للعقد

^١ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (٢٧٦/ع/١) لسنة ٢٠١٣، في الطعن ذي الرقم (٣٧٥٢) لعام ٢٠١٣ الصادر بتاريخ ٢٧/٥/٢٠١٣، غير منشور .

باعتبار أن قاعدتي " العقد شريعة المتعاقدين" و " قاعدة التوازن المالي للعقد الإداري" هما الركيزة الأساسية التي يقوم عليها العقد الإداري .

ب- كما أن قيام الجهات العامة بتضمين عقودها ودفاتر شروطها الفنية لدراساتها الهندسية المقدمة للمشروع وجداول أسعارها... الخ^(١)، ومن ثم فإن اعتماد المقاول عليها إلى حد كبير في دراسته للمشروع يجب أن لا يكون مؤداه حرمانه من التعويض عند مواجهته لصعوبات غير متوقعة تواجهه أثناء التنفيذ، فإن ذلك من شأنه مخالفة لصريح نص المادة (٢١/ج) من دفتر الشروط العامة الصادر بالمرسوم (٤٥٠) لعام ٢٠٠٤ التي تقول: ((إن الجهة العامة هي المسؤولة عن صحة التصميم المقدمة من قبلها من الوجهتين الفنية والحسابية))، كما أن اجتهاد المحكمة الإدارية العليا السورية، قد أكد على ذلك بقوله: "... ليس ثمة ما يلزم المتعهد بإجراء دراسة ميكانيك تربة، لتربة أرض المشروع ... إن الإدارة هي المسؤولة عن صحة الدراسات الهندسية ... " ^(٢).

ج- كما أن تضمين الحكم لجملة: "... أن أحد شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة والمتمثل بأن تكون هذه الصعوبات المادية طارئة..." هو أمر

^١ باعتبار أن حسن النية هو أمر مفترض من جانب الإدارات العامة التي يقع على كاهلها أولاً وأخيراً تسيير المرفق العام بأفضل وجه وتحقيق الصالح العام...ولما يقتضيه المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي والفقه، يكون العقود الإدارية تقوم على مبدأي حسن النية و معاونة المتعهد للإدارة في تسيير المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة .

^٢ قرار المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (٣٠٦) في الطعن (٣٤٦) لسنة ٢٠٠٣، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في الأعوام (٢٠٠١ - ٢٠٠٢ - ٢٠٠٣ - ٢٠٠٤)، ص ٦٢١- سبق الإشارة إليه . مع العلم إلى أن هذا الحكم لم يشير صراحة لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، إلا أنه طبقها بشكل عملي، والذي أنهى في منظوقه لأحقية المتعهد بأن يتقاضى من قبل الإدارة قيمة الفرق الإجمالي لكميات الحفريات المنفذة التي تكبدها...

فيه لغط من وجهة نظرنا؛ باعتبار أن الصعوبات المادية وفق هذه النظرية هي أمر موجود قبل مرحلة التعاقد ولكنه تم اكتشافه أثناء التنفيذ وتحديداً منذ لحظة البدء بالتنفيذ، في حين أن أي ظرف مهما كان نوعه، يطرأ أثناء تنفيذ العقد (أي بعد لحظة البدء بالتنفيذ) والذي يترتب عليه إرهاب المتعهد وتكبده لخسائر باهظة، فإننا نكون عندها بصدد نظرية الظروف الطارئة وليس بصدد نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة^(١).

وعلى ضوء ما سلف بيانه نُخلص إلى أنه لا يجوز المغالاة بالبند الذي يتضمن قبول المتعهد والتزامه بتنفيذ المشروع مهما كانت نوعية الأرض ترابية أو صخرية ومهما كان العمق؛ لأن مجلس الدولة السوري يرى أن حرمان المتعهد من التعويض بالاستناد لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة - في هذه الحالة - إنما يشكل مخالفة لمبدأي " حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية " و " تعاون المتعهد مع الإدارة في تسيير المرفق العام"، ما يشكل مخالفة للأساس القانوني الذي ينبنى عليه مبدأ إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، وبالتالي فلا يجوز في اعتقادنا أن نستبعد حق المتعهد في التعويض عن جميع النفقات الإضافية التي تكبدها زيادةً عن الأسعار (المتفق عليها عند إبرام العقد والتوقيع على جداول الأسعار والموصفات الفنية والكشوف...) لتخطي تلك الصعوبات غير المتوقعة

^١ حيث يتشابه تطبيق نظرية الظروف الطارئة و تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة نتيجة وجود أسباب طبيعية، إلا أن الأسباب الطبيعية مختلفة في الحالتين، ففي نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، يجب أن تكون الصعوبات التي يواجهها المتعاقد صعوبات مادية بحتة ترجع إلى ظواهر طبيعية أو جيولوجية وإن هذه الظواهر تعد أكثر التطبيقات المتعلقة بالصعوبات المادية ، مرجعها لطبيعة الأرض التي تنفذ فيها الأشغال العامة، كأن يجد المتعاقد الأرض التي سينفذ فيها المشروع ذات طبيعة صخرية و صلابة غير مألوفة ، أو وجود طبقات غزيرة من المياه الجوفية يتعذر سحبها بالآلات العادية .راجع في ذلك د. محمد أبو بكر عبد المقصود- المرجع السابق-ص٢٥.

التي صادفته خلال التنفيذ؛ لأن في ذلك إثراء للإدارة بلا سبب على حساب المتعاقد.

ثالثاً - أن تكون الصعوبات ذات طابع استثنائي :

والمقصود بهذا الشرط، هو كون الصعوبات المادية التي يواجهها المتعاقد ليست مجرد صعوبات عادية، أو بسيطة، أو من النوع المألوف، أي ليست من نوع المخاطر العادية التي قد يتعرض لها المتعاقد عادةً عند التنفيذ، والتي تدخل ضمن أعبائه التعاقدية الطبيعية التي ألزم نفسه بها ولا يستحق عنها أي تعويض، بل يجب أن تكون من النوع الاستثنائي غير العادي^(١)، ويقع عبء إثبات هذه الصعوبات الاستثنائية، على المتعاقد المتضرر منها، ويترك للقاضي تحديدها وتقديرها (وفق كل حالة على حدة) ما إذا كانت الصعوبات التي صادفها المتعاقد مما يمكن اعتباره من قبيل المخاطر العادية أو الاستثنائية، حيث يجري مجلس الدولة الفرنسي على التشدد في تقدير هذا الشرط، كلما احتوى العقد على نصوص تُحمل المتعاقد كافة المخاطر عند التنفيذ^(٢). كما أن المنهج القضاء الإداري السوري يقوم على أن المخاطر التي يضعها المتعاقد في حسابه عند إبرامه العقد ويقبل تحملها هي المخاطر العادية وليست الاستثنائية.

رابعاً - ألا تكون هذه الصعوبات بسبب أحد المتعاقدين :

يجب أن تكون الصعوبات خارجة ومستقلة عن إرادة المتعاقدين، فهي لم تنشأ نتيجة خطأ أي منهما، فالمفترض ألا تكون من عمل الإدارة، كما يجب ألا يكون للمتعاقد

^١ د. محمد سليمان الطماوي - المرجع السابق - لعام ١٩٩١، ص ٧٢٥.

^٢ راجع في ذلك : د. محمد يوسف الحسين ، د . مهدي نوح - المرجع السابق - ص ٣١٥ . وأيضاً: د. علي بن عبد الكريم أحمد السويلم، - المرجع السابق - ص ٧٧ .

يد في إحداثها، أو زيادة آثارها خطورة، وأن يثبت أنه لم يكن في وسعه توقّي آثار تلك الصعوبات، بما بين يديه من وسائل^(١)، فإذا كان حصول الصعوبات المادية نتيجة فعل المتعاقد أو إهماله ببذل الجهد اللازم بغية منع وقوع مثل هذه الصعوبات، أو نتيجة إهماله في دراسة طبيعة الأرض والظروف المحيطة بتنفيذ العقد، فهذا يعني عدم استحقاقه للتعويض عن الضرر اللاحق به جراء ذلك، ومناطق ذلك إما بسبب إهماله وتقصيره بحق نفسه، وعندها يجب أن يتحمل تبعه خطئه وإهماله، وفقاً للقواعد العامة في المسؤولية، وبما يتفق أيضاً مع القاعدة الشرعية القائلة: " المُفْطَرُ أُولَى بِالْخَسَارَةِ". أو بسبب إخلاله للشروط العقدية، فلا تعويض هنا للمتعاقد عن ضرر أصابه جراء خطأ عقدي ارتكبه بنفسه؛ فالقاضي يرفض طلب التعويض إذا كان الفعل الذي سبب صعوبة في جزء منه حاصلًا بسبب أحد المتعاقدين، أو لتفاقم سببه، أو إذا كانت الفرصة قد سمحت للمتعاقد لمنع تحققها، أو كان سلوكه لا ينطبق على شروط العقد أو أوامر الخدمة وتنفيذ الأشغال الموجه إليه من قبل الإدارة المتعاقدة^(٢).

ومن البديهي القول أنه إذا كانت هذه الصعوبات ناشئة عن فعل الإدارة دون خطأ منها، فإننا نكون والحالة هذه أمام واقعة عمل الأمير، وينطبق عليها نظرية عمل الأمير في تعويض المتعاقد عن الخسارة التي تعرض لها نتيجة هذه الصعوبات،

^١ د. نذير بن محمد الطيب أوهاب - المرجع السابق - ص ١٨٧ .

^٢ د. محمود عبد المجيد مغربي - المرجع السابق - ص ٨١ .

وبكل الأحوال فإن الجهة الإدارية تكون مسؤولة وفقاً لقواعد المسؤولية التعاقدية، عن التعويض إذا كانت هذه الصعوبات ناتجة عن خطأ الإدارة^(١).

خامساً - أن يكون من شأن هذه الصعوبات الإخلال الجسيم باقتصديات العقد :

ويُعد هذا الشرط من أهم شروط النظرية، التي تضعها من زمرة نظريات التوازن المالي للعقد الإداري؛ والتي يمكن بناءً عليها معالجة هذا الإخلال بالتعويض عن الأضرار لإعادة التوازن المالي للعقد وللحفاظة عليه كما كان عند إبرام العقد. فقضى مجلس الدولة الفرنسي، في حالة العقد ذي السعر الثابت (الصفقة الجزافية)^(٢) بأن الصعوبات المادية غير المتوقعة في هذه الطائفة من العقود لا تؤدي إلى التعويض، إلا إذا أدت إلى قلب اقتصديات العقد بشكل جسيم^(٣). ويراعى في تقدير هذا الإخلال الجسيم باقتصديات العقد، المبالغ الإضافية التي أنفقت من قبل المتعهد نتيجة لمواجهة الصعوبات المادية، منسوبة إلى القيمة الإجمالية للعقد^(٤).

وفي فتوى للجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري قد حددت فيها بشكل واضح الكيفية التي تختل فيها اقتصديات العقد الإداري في نطاق تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بقولها : "... إذا ما بدا أثناء التنفيذ أن حجم التربة الصلبة قد زاد زيادة كبيرة عن القدر المتوقع أو عن المدى الذي قُدر ابتداءً ، فإن ذلك يقتضي أن يتفق الطرفان على تقدير ما يترتب على هذه الزيادة من

^١ راجع في ذلك: د. محمد يوسف الحسين ، د. مهند نوح - المرجع السابق- ص ٣٤١ . راجع أيضاً : د. علي بن عبد الكريم أحمد السويلم، - المرجع السابق - ص ١٦٠- ١٦١.

^٢ هي الصفقة التي يحدد ثمنها جزافاً بصفة نهائية ثابتة، فلا يجوز تعديله وإن كانت المبيعات أو الخدمات المطلوبة تزيد أو تنقص عما كان مقدراً لها، راجع في ذلك: عبد الهادي عباس، العقود الإدارية -المرجع السابق- ص ٣٨١.

^٣ راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي ٦ أيار ١٩٣٦ قضية وزارة الحرب ص ٥٠٨، مأخوذ عن: د. محمود عبد المجيد مغربي - المرجع السابق- ص ٧٠.

^٤ سمير عثمان اليوسف - المرجع السابق- ص ٨٥.

نتائج من شأنها أن تجعل تنفيذ العقد أشد وطأة وأكثر كلفة، وبخاصة إذا ما بلغ مدى ذلك حد الإخلال باقتصاديات العقد، وقلبها رأساً على عقب، بسبب انهيار الأسس التي أقيمت عليها.. لا مجرد اعتبار تنفيذه مما يرهق الشركة- المقاول- ويثقل كاهلها... " (١).

^١ فتوى رقم ٩٥ في ١٩٦٤/٢/٤ جلسة ١٩٦٤/١/٢٩ - ١٨ - ٦٩ - ١٨٦، مأخوذة عن: د. محمد ماهر أبو العنين - المرجع السابق - في التصرف ص (٥١١ - ٥١٣).

المطلب الثاني

نتائج تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

يترتب على تطبيق هذه النظرية ذات الآثار والنتائج التي تترتب على نظريات التوازن المالي الأخرى؛ فمن شأنها أن تبقى الالتزام بالتنفيذ مستمراً و قائماً، هذا من جهة، وتقسح للمتعاقد المجال بحقه في المطالبة بالتعويض من جهة ثانية .

الفرع الأول - التزام المتعاقد بالاستمرار في التنفيذ :

صحيح أن الصعوبات غير المتوقعة تضع المتعاقد في وضع محرج للغاية من الناحية الاقتصادية، إلا أنها لا تعفيه من الاستمرار في تنفيذ التزاماته كشرط أساسي للتعويض عن الأضرار، وهذا الالتزام يكون ناتجاً - بعد وجوب إعلام الإدارة المتعاقدة بطبيعة الصعوبات التي اعترضت التنفيذ- من خلال توجيه الأوامر من قبل الإدارة للمتعهّد تؤكد على ضرورة استمراره في التنفيذ رغم كل الصعوبات^(١)، وتجدر الإشارة هنا إلى أنه يجب على المتعاقد ومن باب أولى أن يستخدم جميع الوسائل الممكنة والضرورية لتجاوز هذه الصعوبات دون حاجة لانتظار التوجيه من قبل الإدارة^(٢).

وبذلك فإن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة - شأنها شأن نظريتي فعل الأمير والظروف الطارئة - لا تحرر المتعاقد من الالتزام بالتنفيذ ولكن تفسح المجال أمامه لحق المطالبة بالتعويض، ولا يكون الأمر غير ذلك إلا عندما يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً وعندئذ نصبح أمام نظرية القوة القاهرة .

^١ سنداً للمواد (٢١ و ٢٣ و ٣٢ ...) من دفتر الشروط العامة الصادر بالمرسوم رقم (٤٥٠) لعام ٢٠٠٤ الخاص بنظام العقود الإدارية الموحد رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤ .

^٢ د. محمد يوسف الحسين ، د . مهدي نوح - المرجع السابق - ص ٣٤٣ .

والجدير بالذكر في هذا المقام أن من شأن تطبيق هذه النظرية، إعفاء المتعاقد من غرامات التأخير إذا تعدى الحدود الزمنية أو الجداول الزمنية المقررة لانتهاء الجزئي أو الكلي من تنفيذ الأشغال موضوع العقد^(١)، كما وقد تحرره من الجزاءات التي تترتب عادة على مثل هذا التأخير في تنفيذ الأشغال موضوع العقد^(٢).
ويترتب بمقتضى ضرورة استمرار المتعاقد في تنفيذ الأعمال رغم مواجهة الصعوبات غير المتوقعة؛ أنه إذا توقف عن التنفيذ بحجة هذه الصعوبات، فإنه يتعرض لمختلف الجزاءات التي تملكها الإدارة قانوناً، كما قد يسقط حقه بالمطالبة بالتعويض على أساس هذه النظرية^(٣)، وذلك كله تمليه اعتبارات تأمين سير المرفق العام بانتظام واضطراد دون توقف أو انقطاع .

الفرع الثاني - حق المتعاقد في الحصول على التعويض العادل :

عند توافر شروط تطبيق النظرية على النحو الذي أوضحناه، فإن المتعاقد مع الإدارة يستحق تعويضاً كاملاً من الإدارة لإعادة التوازن الاقتصادي بين ما له من حقوق و ما عليه من التزامات مالية^(٤)، نتيجة الصعوبات الاستثنائية غير المتوقعة التي واجهته أثناء التنفيذ، "فالتعويض هنا لا يتمثل في معاملة مالية جزئية تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد معها كما هو الحال في نظرية الظروف الطارئة، بل يكون تعويضاً كاملاً على جميع الأضرار التي يتحملها المقاول بدفع مبلغ إضافي له على

^١ راجع قرار محكمة القضاء الإداري السورية، رقم (٢/١٠٤١)، الصادر بتاريخ ٢٤/١١/٢٠١٣ - سبق الإشارة إليه -.

^٢ كجزاء سحب الأعمال من المتعهد والتنفيذ على حسابه ، أو فسخ التعهد من قبل الإدارة المتعاقدة سنداً للمواد (٥٥ و ٦٠) من قانون العقود الإدارية الموحد السوري رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤ .

^٣ د. محمود عبد المجيد مغربي - المرجع السابق - ص ٧٢.

^٤ فتوى الجمعية العمومية - مجلس الدولة المصري - رقم ٩٥ في ٤/٢/١٩٦٤ ، جلسة ٢٩/١/١٩٦٤ - سبق الإشارة الإشارة إليه - .

الأسعار المتفق عليها"^(١)، " إذ أن الصعوبات المادية غير المتوقعة - أيًا كان نوعها - لا تشبه الحوادث الطارئة الموجبة لإلزام الإدارة بتحمل نصيب من الخسارة الجسيمة المرهقة للمتعاقد"^(٢). وبهذه المثابة فإن هذه النظرية تتشابه مع نظرية فعل الأمير، باستحقاق المتعاقد التعويض عن كامل الأضرار، وتختلف عن نظرية الظروف الطارئة التي لا يعدو أن يكون التعويض فيها مجرد معاونة من الإدارة للمتعاقد معها"^(٣).

فقد استقر اجتهاد المحكمة الإدارية العليا المصرية، بأن للمتعاقد مع الإدارة الحق بتقاضي كافة الأعباء والتكاليف التي واجهته نتيجة الصعوبات المادية غير المتوقعة، بتعويضه (المقاول) عن التكاليف التي تحمّلها باعتبار الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسري إلا على الأعمال العادية المتوقعة"^(٤).

ونجد أن مجلس الدولة السوري في العديد من قراراته قد رتب على تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، حصول المتعاقد على التعويض الكامل، بحيث تلتزم الإدارة أن ترد إلى المقاول الذي واجهته صعوبات أثناء تنفيذ أعمال المشروع كافة النفقات الإضافية التي تحمّلها لمواجهة تلك الصعوبات"^(٥)، ومنها الحكم القاضي

^١ د. محمد سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص ٧١٨ . راجع أيضاً: د. نذير بن محمد الطيب أوهاب - المرجع السابق - ص ١٨٥ .

^٢ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، في طعن رقم ٣١١ لسنة ١١ ق مجموعة الأربعين عاماً ص ٤٧٠ ، مأخوذ عن: د. محمد ماهر أبو العنين - المرجع السابق - ص ٥٠١ .

^٣ د. جابر جاد نصار - المرجع السابق - ص ٣٠٨ .

^٤ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بتاريخ ١٩٩٧/١٢/٣٠ - مأخوذ عن: د. علي بن عبد الكريم أحمد السويلم، - المرجع السابق - ص ١٦٩ .

^٥ حكم محكمة القضاء الإداري السورية، رقم (١٤٩)، في القضية رقم لسنة ١٩٧١، والمصدق بقرار المحكمة الإدارية العليا رقم (١٦٣) في الطعن رقم (١٧٤) لسنة ١٩٧٢. المنشور في مجموعة مبادئ عام ١٩٧١، ص ٢١٢ .

بتعويض المقاتل (المتعاقد مع الإدارة) عن كامل الحفريات الصخرية القاسية غير المتوقعة فقط، ووفق النسبة التي حددتها الخبرة من كامل الأعمال التي تم تنفيذها في موقع المشروع موضوع القضية^(١)، وفي أحكام أخرى صادرة عن مجلس الدولة السوري أيضاً، والتي أرست من خلالها حكماً قانونياً عاماً، مفاده أنه عند توفر حالات وشروط هذه النظرية يكون للمتعهّد الحق بتعويض يوازي النفقات التي تكبدها ولكن في الحدود المعقولة التي تسمح بها طبيعة الالتزام المبرم بين الطرفين - وفق كل حالة على حدة - بصفته التزاماً يؤمن سير المرفق العام ويتوجب على الفريقين التعاون في سبيل تسييره، وبهذه المثابة يغدو لزاماً على المتعهّد الاقتصاد في طلب التعويض على ما تشجّمه فعلاً من النفقات التي تشكل له خسارة مالية، دون أن يتجاوز ذلك إلى ما قد يفوته من ربح^(٢).

والذي نستنتج معه بأن التعويض المستحق بموجب هذه النظرية، هو التعويض عن كامل ما لحق المتعهّد المتضرر من خسارة، دون ما فاتته من كسب، أي تحميل الإدارة لكامل الخسارة الناجمة عن الصعوبات المادية، على خلاف التعويض الجزئي المقرر بموجب نظرية الظروف الطارئة التي تؤدي إلى تحميل الخسارة الناجمة عن الظروف الطارئة بشكل جزئي بين كل من المتعاقد والإدارة، والنصيب الأكبر على الإدارة .

^١ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (١٤٢٩/٢/ع) لسنة ٢٠١٠، في الطعن ذي الرقم (١٣٠٠) لسنة ٢٠١٠ الصادر بتاريخ ٢٠١٠/١٢/١ م، غير منشور .

^٢ حكم محكمة القضاء الإداري السورية، رقم (٢١٣) في القضية رقم (٥٢٩) لسنة ١٩٦٩، المنشور في مجموعة مبادئ لعام ١٩٦٩، ص ٢٣٨، والمصدق بقرار المحكمة الإدارية العليا رقم (٩٩) في الطعن رقم (١٢٣) لسنة ١٩٧٠. راجع أيضاً : حكم محكمة القضاء الإداري السورية، رقم (١٤٩) والمصدق بقرار المحكمة الإدارية العليا رقم (١٦٣) في الطعن رقم (١٧٤) لسنة ١٩٧٢ - سبق الإشارة إليه - .

الفرع الثالث - موقف مجلس الدولة السوري :

نبين بدايةً أن المشرع السوري لم يتبنَ نظرية الصعوبات غير المتوقعة في نظام العقود الإدارية الموحد رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤، إلا أن القضاء الإداري تبناها بوضوح، وطبقها في مجال عقود الأشغال خصوصاً، ولاسيما عند ظهور طبقة صخرية في موقع العمل عند القيام بالحفر من أجل تشييد الأشغال محل العقد^(١)، لذا فإننا نجد أن أغلب المتعاقدين مع الإدارات العامة في سورية يؤسسون دعواهم أمام القضاء الإداري للمطالبة بالتعويض عما سببته الأضرار الناجمة عن الصعوبات المادية غير المتوقعة التي اعترضت وعرقلت تنفيذ عقودهم، على أساس ما نصت عليه الفقرة د/ من المادة ٥٣/ من نظام العقود الصادر بالقانون رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤^(٢)، الخاصة بنظرية الظروف الطارئة، ولا غرابة في ذلك كون أن النص القانوني المذكور هو النص القانوني الوحيد الذي يطبق نظرية التوازن المالي للعقد الإداري والذي يمكن الاستناد إليه فقط لإعادة التوازن المالي للعقد^(٣).

ونظراً لكون المجال الواسع لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة هو في عقود الأشغال العامة -كما أسلفنا- فكان لا بد معه من العودة لأحكام بعض المواد القانونية الواردة في الباب الثالث (الخاص بعقود الأشغال العامة) من دفتر الشروط العامة الصادر بالمرسوم رقم (٤٥٠) لعام ٢٠٠٤ الناظم لقانون العقود رقم

^١ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (٧٧) في الطعن (١١٨) لسنة ١٩٨٤، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٨٤، ص ٢٨٧.

^٢ التي تنص على مايلي : ((إذا طرأت ظروف أو حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ التعهد وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً بحيث يهدد بخسارة فادحة كان للمتعهد الحق بطلب تعويض عادل)) .

^٣ قرار محكمة القضاء الإداري السورية، رقم (٢/١٢٩) لعام ٢٠١٤، في القضية رقم (٢/١٣٩) لعام ٢٠١٤، الصادر بتاريخ ٢٠١٤/٢/٢٦، غير منشور.

٢٠٠٤/٥١، حيث نجد أن الفقرة /أ/ من المادة (٢١) من دفتر الشروط العامة المذكور تنص على مايلي : ((أ- على المتعهد قبل المباشرة في تنفيذ أي جزء من العقد أن يدقق ويتأكد من صحة المخططات ومطابقتها بعضها لبعض ولكل ما يقتضيه دفتر الشروط الفنية وجدول الأسعار وقائمة الكميات وغيرها من الأحكام. وعليه 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 الخطية التي تطلب الجهة العامة منه اتباعها أثناء التنفيذ في هذا الموضوع. ب- إذا لم يراجع المتعهد الجهة العامة خطيا 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. ج- إن الجهة العامة هي المسؤولة عن صحة التصاميم المقدمة من قبلها من الوجهتين الفنية و الحسابية.)).

حيث نجد ومن خلال استقراء نص المادة المذكور، بأنه على المتعهد قبل المباشرة بتنفيذ أي جزء من الأعمال العقدية أن يدقق ويتأكد من صحة المخططات والكشف لطبيعة الأرض موقع المشروع ومطابقتها بعضها لبعض وأن يطلب من الجهة العامة المتعاقدة تصحيح أي تباين أو تناقض أو نقص أو خطأ قد يلحظه فيها، وإذا ظهر بعد تنفيذ الأشغال كلها أو بعضها "صعوبات مادية " لا يمكن قبولها أو تلافيتها دون

نفقات وأعمال إضافية لإزالتها، فإذا لم يتم المتعهد بمراجعة الجهة العامة خطياً بذلك؛ فإنه تقع المسؤولية كاملة عليه، وعليه أيضاً إزالة نتائج ذلك على نفقته الخاصة مهما بلغت التكاليف، وهذا ينسجم مع ما نصت عليه الفقرة ب/ من المادة (٣٢) من الفصل الثاني المتعلق بالأحوال الطارئة أثناء تنفيذ عقود الأشغال العامة من دفتر الشروط العامة المذكور أعلاه، التي نصت على ما يلي : ((يجب أن لا يجري أي تعديل أو تغيير في أي جزء من أعمال العقد المطلوبة في المخططات والمواصفات وقائمة الكميات، إلا إذا تم ذلك استناداً إلى طلب خطي أو موافقة خطية من قبل الجهة العامة، وكل تغيير أو تعديل يجريه المتعهد في أي جزء من أعمال العقد دون الحصول على موافقة الجهة العامة يخولها الحق برفضه أو طلب تصحيحه بالشكل المطلوب على نفقة المتعهد مهما بلغت التكاليف، كما يخولها الحق إذا وجدت أن بالإمكان إبقائه دون تصحيح باعتباره تبرعاً وعدم دفع أي شيء عنه للمتعهد عند إجراء الحساب))، وبموجب هذا النص أيضاً فإنه يتضح أن المشرع السوري قد أوجب لإمكانية الاستفادة من تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة للحصول على التعويض العادل، شرطاً شكلياً ألا وهو إبلاغ الإدارة خطياً عما قد يواجهه المقاول من صعوبات مادية غير متوقعة .

وقد أكد مجلس الدولة السوري في العديد من أحكامه القضائية^(١)، على أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أصبحت من النظريات المقبولة في الفقه والقضاء الإداريين التي تقضي بأن ظهور طبقة صخرية قاسية أثناء الحفر يعطي للمتعهد

^١ قد أشرنا سابقاً إلى بعض اجتهادات مجلس الدولة السوري ... فلا حاجة للإعادة والتكرار .

الحق باقتضاء التعويض^(١)، فظهر طبقات صخرية قاسية أثناء الحفريات وإلزام الإدارة للمتعهد بإزالة هذه الطبقات باستعمال آلات ضاغطة عوضاً عن المتفجرات التي كان يمكن استعمالها بكلفة أقل وبوقت أقصر يعتبر من قبيل الصعوبات المادية غير المتوقعة التي توجب التعويض على المتعهد^(٢)، وقد اشترط مجلس الدولة السوري لإعمال نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة (النظرية الصخرية) في الالتزامات العقدية تحقق شرطين: أولهما أن تكون الصعوبات المادية غير المتوقعة عند التعاقد، و ثانيهما أن تلحق بالمتعاقد خسارة كبيرة من شأنها الإخلال بالتوازن العقدي^(٣)، كما أن مجلس المذكور وهو بصدد تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، لم يذكر صراحة التعويض الكامل الذي يستحقه المقاول في بعض أحكامه، لكنه ذكر مبدأ التعويض العادل الذي هو بالمحصلة ما يمكن استنتاجه على أنه عبارة عن تعويض عن كامل الخسائر (طبعاً دون فوات الربح)؛ وذلك من خلال إلزام الإدارة أن ترد إلى المقاول كافة النفقات الإضافية التي تحملها لمواجهة تلك الصعوبات^(٤).

ففي حكم صدر عن المحكمة الإدارية العليا السورية بتاريخ ٢٠١٤/١/١٦ والتي تتلخص وقائع القضية فيها: "... بأنه بعد بدء المتعهد بتنفيذ مشروع أشغال عامة فوجئ بأن موقع العمل عبارة عن طبقات صخرية قاسية وكثيفة بنسبة ١٠٠% (على

^١ مجلس الدولة، المكتب الفني، المجموعة الشاملة الحديثة للأحكام القضائية الصادرة عن محاكم مجلس الدولة لعام ٢٠١٧، حكم محكمة القضاء الإداري السورية، رقم (٢/١٠٤١) لسنة ٢٠١٣، في القضية ذات الرقم (٢/١٠٧٨) لسنة ٢٠١٣، الصادر بتاريخ ٢٤/١١/٢٠١٣. ص ١٣٣.

^٢ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (٤٦/٣٠) لعام ١٩٦٩، مأخوذ عن: مصباح نوري المهاني - المرجع السابق - القاعدة ٧٥٢٨، ص ٣٦٠.

^٣ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (١/٤/٢٧٦) لسنة ٢٠١٣ - سبق الإشارة إليه -

^٤ عبد الهادي عباس - المرجع السابق - ص ٣٦٩.

خلاف البند العقدي الذي تضمن بأن ٥٠ % من حفريات موقع العمل هي عبارة عن حفريات صخرية بالنقار، وال ٥٠ % الأخرى عبارة عن حفريات عادية بالريبر) مما اضطره لإنجاز الموقع كاملاً المتشكل من الصخر القاسي عن طريق الحفر بالنقار(الأكثر تكلفةً) حيث لا توجد حفريات عادية يمكن استخدام الريبر - الأقل كلفة - ما ألحق به خسارة فادحة، فكانت هذه الدعوى التي أسسها على نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة . ومن خلال الخبرة الفنية الجارية في هذه القضية تبين بأن المتعهد وعند تنفيذه لأعمال المشروع قد واجه ظروفًا استثنائية غير متوقعة، حيث كان واقع الحفريات بالكامل صخرية ١٠٠ % بالنقار، في حين أن وثائق العقد (جدول تحليل الأسعار) قد حددت الحفريات بمعدل ٥٠ % صخرية بالنقار وبمعدل ٥٠ % قاسية بالآلات الميكانيكية، وبضوء ذلك وبضوء ما نصت عليه الفقرة د/ من المادة ٥٣/ من نظام العقود الصادر بالقانون رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ ارتأى الخبير أن التعويض المستحق للمتعهد لقاء ذلك يكون بقيمة الفارق بالسعر بين سعر حفريات صخرية بالنقار بمعدل ٥٠ % وسعر حفريات عادية بالآلات الميكانيكية بمعدل ٥٠ % وفق تحليل السعر العقدي. ومن حيث أن المحكمة وبعد التمعن والتبصر في وقائع هذه القضية وحيثياتها، وبعد استقراء الأوراق والوثائق المبرزة جميعها، وجدت بأن الخبرة الفنية الجارية قد نهضت على أسس علمية وقانونية سليمة وصحيحة، وأنت بنتيجة مستخلصة استخلاصاً سائغاً من وقائع هذه القضية؛ مما يجعلها جديرة بالاعتماد والركون إليها وبأحقية المتعهد (الجهة المدعية) بالتعويض المنوه عنه في تقريرها^(١).

^١ قرار محكمة القضاء الإداري السورية، رقم (٢/١٩) لعام ٢٠١٤، في القضية رقم (٢/٢٣٦٦) لعام ٢٠١٤، الصادر بتاريخ ١٦/١/٢٠١٤، غير منشور .

ومن خلال هذا الحكم يتبين لنا بأن المحكمة قد طبقت النظرية دون أن تشير إليها صراحةً، وبأن التعويض الذي تبناه القضاء الإداري السوري هنا كأثر لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة هو عبارة عن تعويض المتعهد تعويضاً كاملاً لقاء ما تكبده من نفقات إضافية لتنفيذ أعمال المشروع، إلا أن 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 والشبوتيات 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 ٢٠٠٤ المتعلقة بإعادة التوازن المالي على أساس نظرية الظروف الطارئة، بيد أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة لم تقنن في التشريع السوري بشكل صريح حتى الآن .

وعلى ذلك فقد سار النهج القضائي لدى مجلس الدولة السوري في العديد من القضايا المماثلة، حيث يتم الاستناد بشكل كبير وأساسي على تقارير الخبرة الفنية لتحديد مدى انقلاب اقتصاديات العقد وتحديد التعويض المستحق والأساس القانوني له بناءً على أحكام المادة ٥٣/ من قانون العقود رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤، وبالرغم من أنه لا مراء في ضرورة اللجوء للخبرة الفنية لتحديد نوعية الصعوبات المادية وتحديد نفقات وكلفة إزالتها ما يندرج ضمن الأمور الفنية البحتة، إلا أننا نشير إلى ضرورة عدم السماح من قبل القضاء الإداري بتوسيع مهام الخبرات الفنية على حساب صلاحيات قاضي الموضوع التقديرية، باعتبار أن مهمة الخبير تقتصر على بيان الأمور الفنية

دون تقرير النتائج القانونية لما يقتضي أن يكون عليه الحكم الذي سيصدر في القضية؛ لأن ذلك يدخل ضمن صلاحية المحكمة^(١)، ويدخل ضمن الصلاحية التقديرية لقاضي الموضوع وفق كل حالة على حدة^(٢)، فالقاضي يملك سلطة الاستعانة بالخبرة الفنية لتوضيح الأمور الفنية البحتة فقط، وهذا ما استقر عليه اجتهاد مجلس الدولة السوري في العديد من القضايا .

والجدير بالذكر في نهاية دراستنا لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة إلى أمر غاية في الأهمية، وهو مدى أهمية الكشف النهائي في إعادة التوازن المالي على أساس هذه النظرية، حيث إن كل ما سبق شرحه بهذا الخصوص عند دراستنا لنظرية الظروف الطارئة ينطبق هنا أيضاً؛ والذي نجمه بضرورة أن يتحفظ المتعهد عند توقيعه على الكشف النهائي^(٣)، تحفظاً يشير من خلاله للنفقات الإضافية التي قد تكبدها في سبيل مواجهة الصعوبات المادية التي أعاقته أثناء تنفيذه للعقد، تحت طائلة اعتباره متنازلاً عنها؛ أي أنه وفي حال توقيعه للكشف النهائي دون أن يتحفظ على ما قد تكبده من نفقات إضافة لإزالة المعوقات المادية فإنه يعتبر متنازلاً عنه، إلا أنه وفي حال التحفظ يجب أن يعقبه بمذكرة تفصيلية خلال عشرين يوماً من تاريخ الدعوة إلى التوقيع، مع الإشارة إلى أن التحفظ الواضح في دلالاته فإنه يغني

^١ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، القرار رقم (٢٧٨/ع/١) لسنة ٢٠١٣، في الطعن ذي الرقم (٤٨٩٧) لسنة ٢٠١٣، الصادر بتاريخ ٢٧/٥/٢٠١٣، غير منشور .

^٢ والأمثلة القضائية على ذلك كثيرة ومنها: قرار محكمة القضاء الإداري السورية، رقم (٢/١٢٩) لعام ٢٠١٤ - سبق الإشارة إليه - .

^٣ نذكر هنا بما استقر عليه قضاء مجلس الدولة السوري بأن الكشف النهائي يُعد خاتمة المطاف لجهة كامل الحقوق والتزامات المالية لكلا طرفي العقد .

عن تقديم مثل تلك المذكرة ^(١)، ناهيك عن أن رفع دعوى قضائية قبل تنظيم الكشف النهائي إنما يغني عن تنظيم الكشف المذكور؛ كون الدعوى أبلغ في الدلالة في تحديد مطالب المتعهد (كما مر معنا).

^١ قرار المحكمة الإدارية العليا السورية، رقم (١/٦١٠/ع) لعام ٢٠١٣، في الطعن ذي رقم (٨٢٤) لسنة ٢٠١٣، الصادر بتاريخ ١١/١١/٢٠١٣، غير منشور. راجع أيضاً: حكمها رقم (١/٤٢٨/ع) لسنة ٢٠١٣، في الطعن ذي الرقم (٩٠٤) لعام ٢٠١٣ الصادر بتاريخ ١٩/٨/٢٠١٣، غير منشور.

المبحث الثالث

إعادة التوازن المالي على أساس نظرية فعل الأمير

عندما يختل التوازن المالي للعقد نتيجة لظروف خارجية، أو نتيجة لظهور صعوبات مادية غير متوقعة، أو نتيجة لمخاطر إدارية، فإن قواعد العدالة ومصلحة المرافق العامة تقتضي في مثل هذه الأحوال أن تعوض الإدارة المتعاقد معها، بحيث يعاد التوازن المالي للعقد الإداري، وعندما يختل التوازن المالي للعقد بفعل الإدارة فإن الذي يحكم هذه الحالة هو نظرية عمل الأمير؛ فعند توافر شروط هذه النظرية يستحق المتعاقد مع الإدارة التعويض الكامل .

وعليه سندرس هذه النظرية وفقاً للترتيب الذي التزمناؤه سابقاً عند دراسة كل من النظريتين السابقتين، من خلال بيان ماهيتها في (المطلب الأول) ومن ثم نتعرض للنتائج الناجمة عن تطبيق هذه النظرية في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

ماهية نظرية فعل الأمير

لكي نتمكن من التعرف على ماهية نظرية فعل الأمير ينبغي منا التوقف عند النشأة القضائية لهذه النظرية (في الفرع الأول) ومن ثم تعريفها (في الفرع الثاني)، ثم بيان شروط تطبيقها (في الفرع الثالث) .

الفرع الأول - الأصل القضائي لنظرية فعل الأمير:

في فرنسا: نجد أصل هذه النظرية من خلال قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ ١١/٣/١٩١٠ " قضية الشركة العامة الفرنسية للترامواي " حيث طبقت نظرية فعل الأمير منذ ذاك التاريخ، فاعترف القرار المذكور بحق الإدارة المتعاقدة بتعديل العقد الإداري بشكل منفرد، عندما تجد أن ضرورات المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة تستدعي ذلك، وبالمقابل أعطى المتعاقد الحق بالتعويض الكامل عن كافة الأضرار التي تلحق به وما فاتته من ربح. حيث إن مفوض الدولة "ليون بلوم" تقدم عام ١٩١٠ بهذا الحل القضائي بقوله: إذا قُلبَ 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).

ومن ثم تطور هذا المفهوم من لدن مجلس الدولة الفرنسي الذي لا يزال يرد في معظم أحكامه في هذا الخصوص، أن عمل الأمير هو: " بصورة عامة كل عمل يصدر عن سلطة عامة ودون خطأ من جانبها، ينجم عنه الإخلال بمركز المتعاقد

^١ د. محمد يوسف الحسين ، د . مهدي نوح - المرجع السابق - ص ٣١٠ .

في العقد الإداري، بحيث تلتزم الإدارة بتعويضه عن كافة الأضرار التي لحقت به بما يعيد التوازن المالي للعقد الإداري".

أما مجلس الدولة المصري، فلم ينشأ هذا المفهوم لديه إلا بعد إنشاء مجلس الدولة المصري عام ١٩٤٦ فقد كان القضاء المصري قبل ذلك مقيداً بالقواعد الواردة بالقانون المدني. ومن جملة القضايا التي طُبِّقَتْ فيها هذه النظرية الحكم الصادر عنه بتاريخ ٣٠ حزيران ١٩٥٧ الذي عرّف فيه مفهوم عمل الأمير بأنه: "كل إجراء تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة أو في الالتزامات التي ينص عليها العقد مما يطلق عليه بصفة عامة تعبير المخاطر الإدارية أو مسؤولية الإدارة بدون خطأ"، وبذلك نجد أن هذه النظرية ذات أصل قضائي حيث أنشأها مجلس الدولة الفرنسي، وأخذها عنه القضاء الإداري المصري . في حين أن مجلس الدولة السوري قد أتبع نفس النهج المذكور آنفاً منذ عام ١٩٥٨ الذي أخذ بتطبيق نظرية "عمل الإدارة" أو "فعل الأمير" دون أن يلجأ إلى تعريف هذه النظرية في حينها، غير أنه بإمكاننا استنتاج هذا التعريف من خلال الأحكام المختلفة الصادرة عنه آنذاك، والتي لا تختلف عما استقر عليه الاجتهاد الإداري في كل من فرنسا ومصر^(١).

الفرع الثاني - تعريف نظرية فعل الأمير (عمل الأمير) :

لابد بدايةً من تحديد المقصود بفعل الأمير الذي قد يظهر في صورة إجراء خاص كإجراء يؤدي إلى تعديل مباشر في شروط العقد ويؤجّه إلى المتعاقد مع الإدارة، من شأنه زيادة أعبائه، لما للإدارة من سلطة استثنائية في تعديل عقدها سواء بزيادة أو

^١ د. زين العابدين بركات - المرجع السابق - ص ٦٣١ - ٦٣٢.

إنقاص التزامات المتعاقد معها زيادةً أو إنقاصاً يتجاوز مقدار الربع القانوني النظامي^(١)، أو بتغيير مواصفات الأعمال في عقود الأشغال العامة، كما تتجلى سلطة الإدارة في التعديل بإجراء يُفرض على الملتزم زيادة أدائه العقدية للمنتفعين أو يفرض على المقاول إنجاز أعمال إضافية على العقد. وقد يحدث أن يكون الإجراء الخاص الذي تتخذه جهة الإدارة المتعاقدة مؤثراً بطريق مباشر على ذات العقد كتعديل شروطه أو تعديل نظام المرفق العام المتعلق به، أو أن يرد الإجراء على ظروف تنفيذ العقد ما يؤدي لتحصيل المتعاقد أعباء مالية جديدة غير متوقعة عند التعاقد^(٢)، مثل: (كأن ترفع الإدارة سعر مادة المازوت بعد إبرام العقد مباشرة، وكما هو الحال في بعض إجراءات البوليس التي تصدر من جهة الإدارة، كالأمر الصادر من جهة الإدارة - باعتبارها سلطة بوليس - إلى الشركة المتعاقدة بنقل أسلاك الكهرباء إلى مكان آخر لدواعي المحافظة على سلامة المواطنين، أو قيام الإدارة المتعاقدة بإصدار قرارات بمقتضى سلطتها في الرقابة والإشراف والتوجيه، سواء أكانت الرقابة فنية أم مالية أم إدارية، أو بأعمال مادية من شأنها أن تزيد في أعباء المتعاقد معها).

وقد يصدر عمل الأمير في صورة إجراء عام، ونقصد به، صدور قوانين أو لوائح من جهة الإدارة المتعاقدة يكون من شأنها زيادة أعباء المتعاقد مع الإدارة، وهنا قد

^١ حيث إن التعديل الذي لا يتجاوز الربع النظامي هو تعديل قانوني لا يؤدي لتطبيق نظرية فعل الأمير، حيث نصت المادة ٦٢/ من القانون رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤ على الربع النظامي للعقود الإدارية وفق مايلي: ((يجوز لأمر الصرف زيادة الكميات المتعاقدة عليها أو إنقاصها خلال مدة تنفيذ العقد بنسبة لا تتجاوز ٣٠٪ لكل بند أو مادة من التعهد على حده وذلك بنفس الشروط والأسعار الواردة في العقد ودون حاجة إلى عقد جديد، على ألا تتجاوز قيمة مجموع الزيادة أو النقص ٢٥٪ من القيمة الإجمالية للعقد. ب- يُعطى المتعهد في حال الزيادة مدة إضافية تتناسب مع طبيعة ومقدار هذه الزيادة وذلك من أجل هذه الزيادة فقط.)) .

^٢ د. رمضان محمد بطيخ - المرجع السابق - ص ٤٦ .

يؤدي الإجراء العام الصادر من السلطة العامة، إما إلى تعديل مباشر في شروط العقد أو إلى التأثير في ظروف التنفيذ^(١)، مثل ذلك: (صدور تشريع يفرض الضرائب على نشاط المتعاقد لم تكن مفروضة، أو صدور قرار يرفع قيمة الرسوم الجمركية على الآلات والأدوات التي يستخدمها المتعاقد، أو صدور قانون أو لائحة يفرض على المتعاقد أسلوب عمل يتميز بتكلفته المرتفعة، أو صدور تشريع يرفع الحد الأدنى لأجور العمال، أو تخفيض ساعات العمل، وصدور قرار يرفع أسعار المواد الأولية والخام التي يستخدمها المتعاقد في تنفيذ العقد... وغيرها).

ففي جميع هذه الحالات يتعين تعويض المتعاقد أيضاً تعويضاً كاملاً لإعادة التوازن المالي للعقد الإداري على أساس نظرية فعل الأمير.

ومن الفقهاء من لم يلجأ إلى التفريق على أساس إجراء عام وإجراء خاص يصدر عن الإدارة العامة المتعاقدة - كما أسلفنا - بل فرّق بين المعنى الواسع والمعنى الضيق لفعل الأمير؛ بقوله بأن المعنى الأكثر اتساعاً لعبارة "عمل الأمير" تدل على كل تدخل من السلطات العامة تكون نتيجتها المسّ بطريقة غير مباشرة بالشروط القانونية أو حتى بالشروط الواقعية التي ينفذ فيها العقد، في حين أن المعنى الضيق؛ هو كل إجراء تتخذه الإدارة المتعاقدة بماله من أثر مباشر في تعديل العقد أو التأثير على ظروف تنفيذه^(٢).

كما يرى أحد الفقهاء أن فعل الأمير هو كل إجراء تتخذه السلطات العامة بصورة مفاجئة غير متوقعة أثناء تنفيذ عقد إداري دون خطأ من جانبها، يؤدي إلى زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة، أو لالتزامات التي ينص عليها العقد؛ ما يلزم

^١ د. سليمان محمد الطماوي - مرجع سابق - لعام ١٩٩١، ص ٦٣١ - ٦٤١.

^٢ عبد الهادي عباس - المرجع السابق - ص ٣٨٦ - ٣٨٧.

الجهة الإدارية المتعاقدة بتعويض المتعاقد معها عن كافة الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك، بما يعيد التوازن المالي للعقد كما كان عليه حين إبرامه^(١). بينما يقول جانب آخر من الفقهاء: بأن فعل الأمير بصفة عامة هو كل عمل يصدر عن سلطة عامة دون خطأ من جانبها ينجم عنه تسوؤ مركز المتعاقد في العقد الإداري ويؤدي إلى التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المتضرر عن كافة الأضرار التي تلحقه بما يعيد التوازن المالي إلى العقد^(٢).

أما النهج القضائي الحديث لدى مجلس الدولة السوري فقد استقر 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 عنها 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، نتيجة زيادة الأعباء الملقاة على كاهله. إذ أن القضاء الإداري السوري قد تبني هذه النظرية وطبقها لا سيما 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

^١ د. جابر جاد نصار - المرجع السابق - ص ٢٦١ .

^٢ د. محمود عبد المجيد مغربي - المرجع السابق - ص ٨١ .

بالقطاع العام غير خاضعة للنسبة التي يتحملها المتعهد الذي يحق له تقاضي كامل هذه الزيادة" ^(١).

ومن خلال التعاريف الفقهية والقضائية العديدة لهذه النظرية يمكن أن نستخلص التعريف التالي لنظرية فعل الأمير بأنها: كل تصرف أو إجراء قانوني مشروع يصدر عن السلطات العامة، يؤدي لجعل تنفيذ العقد الإداري أكثر كلفة، وأشد إرهاقاً على عاتق المتعاقد، مما يسمح له بالمطالبة بالتعويض الكامل عن الأضرار التي لحقت به جراء ذلك .

الفرع الثالث - شروط تطبيق نظرية فعل الأمير :

يمكن لنا استنتاج شروط تطبيق نظرية فعل الأمير من خلال التعريف السالف ذكره .
أولاً - وجود عقد إداري :

تفترض هذه النظرية ضرورة وجود عقد إداري صحيح بتكليفه الفني الدقيق ذلك أن هذه النظرية تندرج ضمن النظرية العامة للعقود الإدارية ومجال تطبيقها يشمل جميع العقود الإدارية دون تمييز، وبناءً على ذلك لا تطبق على عقود الإدارة المدنية، كما لا يتصور تطبيق هذه النظرية في نطاق عقود القانون الخاص ^(٢)، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة القضاء الإداري السوري بأن من أهم شروط صحة نظرية فعل الأمير أن يكون الإجراء صادراً من السلطة العامة متصلاً بعقد إداري ^(٣).

^١ مجلس الدولة، المكتب الفني، المجموعة الذهبية الحديثة للآراء الصادرة عن القسم الإستشاري 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 ٢٠١٥/٦/٩، غير منشور.

^٢ د. زين العابدين بركات - المرجع السابق - ص ٦٣٣ .

^٣ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، القرار رقم (٤)، في القضية رقم (٦١) لسنة ١٩٧٢، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عام ١٩٧٢ - المكتب الفني - ص ٣٣٤ .

ولا بد من الإشارة إلى أن الفقه الفرنسي يتجه إلى عدم مشروعية تضمين العقد الإداري لشرط يعفي مطلقاً من المسؤولية التي قد تترتب عند تطبيق نظرية فعل الأمير، وقد تبنت محكمة القضاء الإداري في مصر هذا المبدأ أيضاً في حكمها الصادر في ٣٠ من يونيو سنة ١٩٥٧، حيث تقول: " من المقرر في العقود الإدارية أن جهة الإدارة لا تملك أن تضع فيها نصاً عاماً بعدم مسؤوليتها يعفيها من الالتزام بتعويض الضرر الحادث للمتعاقد معها؛ لأن ذلك يتعارض مع المبادئ المقررة في القانون الإداري من ثبوت حق المتعاقد مع الإدارة في التعويض طبقاً للنظريات السائدة في نظام العقود الإدارية ومنها حقه في التوازن المالي للعقد" ^(١)، كما ونجد أن القضاء الإداري السوري سار على هذا النهج في العديد من أحكامه ^(٢).

ثانياً - عدم توقع فعل الأمير:

تتشترك في هذا الشرط نظريات التوازن المالي جميعها، وعلى ذلك فإذا كان عمل الأمير متوقعاً عند إبرام العقد الإداري فلا مجال لتطبيق نظرية فعل الأمير، ومعيار عدم التوقع ^(٣)، هو عدم إمكانية الشخص العادي أن يتوقع حصول ذلك الإجراء أو صدور التشريع اللاحق المسبب لفعل الأمير لحظة إبرام العقد، ومن ثم فإن لحظة إبرام العقد هي التاريخ الذي يعتد به لتقدير عدم التوقع.

ويقاس على ذلك حالة ما إذا كان فعل الأمير متوقعاً ولكن الضرر قد فاق ما كان منتظراً أو متصوراً من قبل المتعاقد وقت أبرام العقد ^(٤)، كحالة توقع المتعهد لصدور تشريع لاحق يزيد من رواتب العاملين لديه في المشروع - محل العقد - بنسبة لا

١. د. محمد سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص ٦٥٧ - ٧٥٨ .

٢. راجع حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (٣٤) في الطعن رقم (٣٩) لسنة ١٩٨٤ - سبق الإشارة إليه - .

٣. راجع "معيار عدم التوقع" بشكل مفصل - ص ١٥٢ وما بعدها .

٤. عبد الهادي عباس - المرجع السابق - ص ٣٩١ .

تتجاوز الـ ٢٠%، و إذ به يتفاجئ بزيادة تفوق نسبة الـ ١٠٠%؛ فهذا يستحق التعويض عما تكبده من نفقات نتيجة هذه الزيادة على أساس نظرية فعل الأمير .

ثالثاً - أن يسبب فعل الأمير ضرراً فعلياً بالمتعاقد :

ولا يشترط في هذه الحالة درجة معينة من الجسامة في الضرر، فقد يكون هذا الضرر جسيماً أو يسيراً، وقد يتمثل في خسارة فعلية بنصيب المتعاقد، أو قد يكون مجرد إنقاص للربح الذي يعوّل عليه، المهم هنا هو أن يكون الضرر الذي يؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد مباشراً ومؤكداً وخصوصاً بالمتعاقد لا يشاركه فيه سائر من يمسه القرار العام، فإن كان الضرر يصيب العموم فلا وجه لانطباق نظرية فعل الأمير^(١)، ومثال ذلك أنه إذا صدر قانون جديد أثناء تنفيذ العقد، يتضمن أحكام تتعلق بزيادة أعباء رب العمل عن اشتراكات في التأمينات الاجتماعية عن مستخدميهم من عمال المقاولات والترحيل والموسمين، فإن هذا القانون لم يصف هذه الأعباء على شركة المقاولات المتعاقدة وحدها، وإنما حملها لأرباب الأعمال جميعاً على اختلاف مستوياتهم وتباين أنشطتهم، ومن ثم لا يتوافر في هذا القانون وصف عمل الأمير بمعناه السابق؛ لأنه لم يلحق بالشركة المتعاقدة ضرر خاص، ومن الممكن أن يكون ذلك مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا توافرت شروطها^(٢). والجدير بالذكر على أنه في حالة صدور تشريع أثناء تنفيذ العقد ينص على زيادة الحد الأدنى لأجور العاملين في القطاع الخاص، ما يؤدي لزيادة الأعباء المالية على عاتق رب العمل (المتعهد) بسبب ما تكبده من أعباء مالية إضافية جراء تنفيذه أحكام

^١ راجع في ذلك: سمير صادق - المرجع السابق- ص ٢٤٨. وأيضاً د. زين العابدين بركات - المرجع السابق- ص ٦٣٣.

^٢ سمير صادق - المرجع السابق- ص ٢٤٩.

التشريع المذكور، فقد استقر اجتهاد القضاء الإداري السوري في هذه الحالة على حساب التعويض المستحق للمتعهد على أساس المادة /٦٣/ من القانون رقم (٥١) لعا ٢٠٠٤، وليس منحه التعويض الكامل على أساس نظرية فعل الأمير.

رابعاً - أن يكون فعل الأمير عملاً مشروعاً :

إن أفعال الأمير لا يمكن وصفها بأنها خطأ من جانب الإدارة لإمكانية التعويض على أساسها، فمن غير الجائز أن تشكل العقود الإدارية قيداً على حرية السلطات العامة في الدولة، ومن ثم فإن مسؤولية الإدارة عن تعويض المتعاقد معها عما نزل به من أضرار مادية من جراء هذه الأفعال، لا يمكن أن يكون مؤسساً على خطأ الإدارة، ومن ثم فإذا وقع من جهتها وفي حدود سلطتها أي عمل مشروع نتج عنه ضرر بالمتعاقد، فإن الإدارة تُعد مسؤولة على أساس نظرية فعل الأمير بالرغم من عدم قيام أي خطأ من جانبها. أما إذا ارتكبت الإدارة أي خطأ في تصرفها خارج نطاق ذلك، فلا تطبق النظرية عنئذ وتصبح مسؤوليتها في هذه الحالة على أساس الخطأ العقدي الذي ارتكبه الإدارة؛ فثبت خطأ الإدارة التعاقدية موجباً لمسؤوليتها العقدية^(١). ويكون من حق المتعاقد حينئذ المطالبة بالتعويض حسب قواعد المسؤولية العقدية لا على أساس نظرية فعل الأمير^(٢)، مثال ذلك: أحقية المتعاقد في تنزيل قيمة الثمن الملزم بأدائه للإدارة بموجب عقد إداري نتيجة إصدارها لقرار بإتلاف جزء من المواد العقدية التي باعها له بموجب العقد المذكور، فتعويض المتعاقد في هذه الحالة المتمثل في تنزيل قيمة الثمن يأتي كنتيجة لخطأ الإدارة العقدي وليس على أساس نظرية فعل الأمير.

^١ د. زين العابدين بركات - المرجع السابق - ص ٦٣٤.

^٢ د. جابر جاد نصار - المرجع السابق - ص ٢٦٦.

خامساً - يجب أن ينسب الإجراء الضار للسلطة العامة :

وهذا يعني أن الإجراءات التي قادت إلى فعل الأمير يجب أن تكون صادرة عن سلطة عامة من سلطات الدولة، ولكن هل المقصود بالسلطة العامة التي يصدر عنها الإجراء الضار بالمتعاقد من أجل تطبيق نظرية فعل الأمير، هي الإدارة المتعاقدة فقط ؟

في فرنسا : نجد أن بدايات أعمال هذه النظرية في فرنسا قد كان ينصرف مداها نحو الأعمال التي تصدر من السلطات العامة سواء المتعاقدة أو أي سلطة أخرى. إلا أن القضاء الحديث لمجلس الدولة الفرنسي قصر نطاق تطبيق هذه النظرية على الأفعال التي تصدرها الجهة المتعاقدة. حيث إنّ الاجتهاد القضائي الفرنسي منذ عام ١٩٤٩م^(١)، لا يطبق نظرية فعل الأمير إلا إذا كان الإجراء المشروع صادراً عن الإدارة المتعاقدة فقط، ويطبق نظرية الظروف الطارئة على ما عدا ذلك عند توافر شروطها^(٢).

في مصر : نجد أن المنهج المتبع لدى الفقه والقضاء المصري يعتبر أن عمل الأمير هو كل عمل أو إجراء صادر من جانب السلطة الإدارية التي أبرمت العقد سواء انصب على ذات العقد أو على ظروف تنفيذه، بصورة مفاجئة غير متوقعة ودون خطأ من جانبها يترتب عليه تسوؤ المركز المالي للمتعاقد، فيكون لهذا الأخير الحق

^١ إن مجلس الدولة الفرنسي قبل هذا التاريخ كان يطبق نظرية فعل الأمير حتى لو كانت الإدارة التي اتخذت الإجراء غير الجهة المتعاقدة، أي يكفي صدور الإجراء من إحدى السلطات العامة . راجع في ذلك : د . محمد سليمان الطماوي- المرجع السابق - ص ٦٢٧ . وأيضاً د. محمد يوسف الحسين ، د . مهند نوح - المرجع السابق- ص ٣١٥ . وأيضاً د. علي بن عبد الكريم أحمد السويلم، - المرجع السابق - ص ٧٧ .

^٢ د. زين العابدين بركات- المرجع السابق- ص ٦٣٣.

في المطالبة بالتعويض^(١). كما نجد أن القضاء الإداري المصري قد استقر قضاؤه في العديد من أحكامه على تعريف فعل الأمير بأنه: " إجراء خاص أو عام يصدر من جانب الجهة الإدارية المتعاقدة لم يكن متوقعاً وقت التعاقد، و يترتب عليه إلحاق ضرر خاص بالمتعاقدين، لا يشاركه فيه سائر من يمسهم الإجراء "^(٢). وهذا ما سار عليه اجتهاد القضاء الإداري لدى مجلس الدولة المصري في العديد من أحكامه^(٣)، حيث أن المحكمة الإدارية العليا المصرية قد عدت أن " مناط توفر شروط نظرية فعل الأمير، أن يكون الفعل الضار صادراً من جهة الإدارة المتعاقدة، فإذا صدر هذا الفعل من شخص معنوي عام غير الذي أبرم العقد، تخلف أحد شروط عمل الأمير وامتنع بذلك تطبيق أحكامها، ولكن ذلك الامتناع لا يحول دون تطبيق نظرية الحوادث الطارئة إذ ما توفرت شروطها "^(٤).

- موقف مجلس الدولة السوري :

اتبع مجلس الدولة السورية فيما سلف نفس نهج المصريين، وعرف هذه النظرية بشكل واضح وصريح في العديد من أحكامه القديمة، ومن جملة هذه الأحكام، القرار رقم ١٣٣ لعام ١٩٧٤ الصادر عن المحكمة الإدارية العليا السورية المتضمن: " إن 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،

^١ د. علي بن عبد الكريم أحمد السويلم، - المرجع السابق - ص ٧٢ .

^٢ فتوى رقم ٢٩٧ في ١١/٣/١٩٦٥ - ملف رقم ١٩٦٥/٢/٢ - س ١٩ ص ٣٩ مأخوذة عن: د. محمد ماهر أبو العنين - المرجع السابق - ص ٤٧٤. راجع أيضاً: د. رمضان محمد بطيخ - المرجع السابق - ص ٤٦ .

^٣ حكم صادر عن مجلس الدولة المصري ١٠٥٦٢ - ١٠٧١ - ٦٧ - ١١ (١٩٦٨/٥/١١) ١٣/١١/٨٧٤ (مأخوذ عن : د. محمد ماهر أبو العنين - مرجع السابق - ص ٤٨٤ .

^٤ انظر الحكم رقم ١٥٦٢ - ١٠ مجموعة المبادئ القانونية التي أصدرها المكتب الفني لمجلس الدولة المصري في العقود الإدارية في أربعين عاماً ، ص ٤٢٤ .

قد يتخذ شكل قرار فردي أو يكون بصورة تنظيم عام شامل، يؤثر في ظروف تنفيذ العقد...^(١). وقد تعرض مجلس الدولة السوري لتناول هذه النظرية في العديد من الاجتهادات الصادرة عنه، فقد كان يسير في البدء بتطبيق نظرية فعل الأمير على غرار النهج القضائي الفرنسي و المصري، حيث كان يرفض العديد من الدعاوى التي كان يرفعها المتعاقدون للمطالبة بالتعويض على أساس نظرية فعل الأمير؛ لأن الضرر الحاصل لم يكن صادراً عن الجهة الإدارية المتعاقدة^(٢).

إلا أن مجلس الدولة السوري، منذ عام ١٩٧٥ قد طور هذه النظرية، ووسع من نطاق تطبيقها، بأن عدَّ أن فعل الأمير قد يصدر سواء عن الجهة العامة المتعاقدة أم عن أي جهة عامة أخرى، فمنذ ذلك التاريخ وحتى الوقت الراهن، وبسبب تقلبات الأسعار، ما حمل المجلس على تعديل في بعض الشروط هذه النظرية، بحيث أصبح يميز بين المواد المحصور ببيعها وتوزيعها بجهات القطاع العام وغير المحصورة بحيث أصبح يمنح تعويضاً يعادل كامل الفرق في الزيادة الحاصلة على أسعار المواد المحصورة بجهات القطاع العام دون أي تخفيض استناداً لنظرية فعل الأمير، بمعنى أنه إذا قررت إحدى الجهات العامة (بما فيها الجهة المتعاقدة) زيادة سعر إحدى المواد المحصور ببيعها و توزيعها بها، فإن قضاء مجلس الدولة السوري يمنح المتعاقد التعويض الكامل عن الضرر الذي أصابه جراء تلك الزيادة، وبالتالي فإذا ما

^١ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (١٣٣) في الطعن رقم (١٩٥) لعام ١٩٧٤، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا لعام ١٩٧٤، ص ٢٦٩.

^٢ راجع حكم محكمة القضاء الإداري السورية رقم (١٨٢) جلسة ١٩٦٣/١١/١٤ المنشور في مجموعة المبادئ المقررة في القضاء الإداري لعام ١٩٥٩ - ١٩٦٤، ص ٣٦١. راجع أيضاً: حكم محكمة القضاء الإداري السورية رقم (٨٥) في القضية (٦٨) لسنة ١٩٦٧ المنشور في مجموعة المبادئ المقررة في القضاء الإداري لعام ١٩٦٧، ص ٢١٨.

ثبت صلة الإدارة العامة برفع أسعار المواد العقدية المحصور بها بيعها و توزيعها فإن الإدارة المتعاقدة حينئذ تكون مسؤولة عن الضرر اللاحق بالمتعاقدين معها، ومن ثم تكون ملزمة بتعويضه، مع ملاحظة أن المتعاقد يستحق تعويضاً عن ارتفاع أسعار المواد العقدية التي قد تطرأ على المواد غير المحصورة بالدولة و أجور اليد العاملة... وغيرها استناداً لنظرية الظروف الطارئة^(١)، " وأساس ذلك أن القواعد القانونية الثابتة والمبادئ العامة تسوغ للمتعهدين طلب التعويض لإعادة التوازن المالي لعقده إذا كان رفع أسعار أي مادة من المواد العقدية التي ينحصر بيعها أو توزيعها بجهات القطاع العام أو التي تشرف الدولة على إنتاجها وتحديد أسعارها بموجب تعرفه رسمية (أي إذا كان رفع أسعار مواد العقد قد صدر من جانب الإدارة المتعاقدة أو إدارات الدولة الأخرى) يؤدي إلى تعويض المتعهد عن الارتفاع الطارئ على أسعارها بشكل كامل دون أي حسم؛ بحسبان أن الجهات العامة في الدولة، كلاً منها في حدود المرفق الذي تشرف عليه، تشكل وحدة متكاملة مع الجهات العامة الأخرى، حيث إنه لا يسوغ لجهة الإدارة أن تباشر في آن واحد سلطة التعاقد وسلطة رفع أسعار المواد المحصور ببيعها أو توزيعها بجهات القطاع العام أو التي تشرف على إنتاجها وتحديد أسعارها بموجب تعرفه رسمية وأن تقرر في الوقت نفسه تحميل المتعهد المتعاون معها في خدمة المرفق العام نسبة من هذا الارتفاع، وذلك نأياً منها عن مظلة الإثراء على حساب المتعهد بدون سبب مقبول. وبالتالي فإن قيام الجهة العامة بتعديل تلك التعرفة ورفع سعر مادة الخبز على سبيل المثال يجعل من حق المتعهد تقاضي كامل فروق الأسعار الناجمة عن زيادة التعرفة الرسمية ودون

^١ عبد الهادي عباس - المرجع السابق - ص ٤١٣ - ٤١٤ .

إخضاع هذه الزيادة لنسبة الحسم المحددة في المادة /٦٣/ من قانون العقود رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤، وذلك بشرط أن تكون مادة الخبز هي المادة الوحيدة المتعاقد عليها أو أن يقتصر المتعهد بطلب الزيادة الطارئة على هذه المادة لوحدها فقط دون باقي المواد المتعاقد عليها، أما في حال قيامه بطلب الزيادة الطارئة على هذه المادة مع مواد أخرى في نفس العقد فعندئذ يتم أعمال أحكام المادة /٦٣/ من قانون العقود والبلاغات الصادرة بهذا الصدد والتي تقضي بأن يتحمل المتعهد نسبة ١٥% من الزيادة " (١).

وبناء على ما تقدم يتضح لنا 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 أي من أجهزة الدولة الأخرى؛ بحسبان أن أجهزة الدولة كل منها في حدود المرفق الذي تشرف عليه تشكل وحدة متكاملة مع الأجهزة الأخرى (٢).

إلا أننا نعتقد أن المفهوم الذي استقر عليه اجتهاد القضاء الإداري لدى مجلس الدولة السوري في اعتبار (أن كافة أجهزة الدولة تشكل فيما بينها وحدة متكاملة) لا يجوز التوسع في إطلاقه، إذ لا ينطبق هذا المفهوم على جهات القطاع العام ذات الطابع الاقتصادي كالمؤسسات والشركات والمنشآت العامة التي تتمتع

^١ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، رقم (١/٤٣١/ع) الصادر ٢٠١٣/٨/١٩ - سبق الإشارة إليه. راجع أيضاً : رأي اللجنة المختصة بقسم الفتوى والتشريع بمجلس الدولة السوري، رقم (٨٩) لسنة ٢٠١٥، الصادر بتاريخ ٢٠١٥/٦/٩ - سبق الإشارة إليه - .

^٢ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم (٨٣) في الطعن رقم (٤٦٩) لعام ١٩٨٤، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا لعام ١٩٨٤، ص ٢٩١. وحكمها رقم (٨٨) في الطعن (٣٠٤) لسنة ١٩٨٤ (المجموعة المبادئ القانونية لعام ١٩٨٤)، ص ٢٩٤.

باستقلال مالي و إداري والتي وتُعدّ تاجراً في علاقاتها مع الغير^(١)، كما أنه لا ينطبق أيضاً على أن مجالس المحافظات والمدن والبلدات والبلديات وجميع الوحدات الإدارية المحلية (المحليات) التي تتمتع باستقلال مالي و إداري وبصلاحيات لا مركزية محددة بموجب القانون^(٢).

كما أننا نعتقد بأن الاجتهاد الذي يعتبر (أن كل تدبير أو إجراء مشروع سواء أكان صادراً عن الإدارة المتعاقدة أو أي من أجهزة الدولة الأخرى يشكل فعل الأمير) لا يقوم على سند قويم من القانون ويتناقض مع مبدأ الاستقلالية الذاتية لكل عقد إداري على حدة، فلا يجوز أن يستحق المتعهد التعويض الكامل عن زيادة أسعار المواد - الداخلة في تنفيذ عقده - والمحصورة بالجهات القطاع العام على أساس نظرية فعل الأمير، إذا كانت هذه الزيادة قد فرضت من قبل جهة عامة أخرى غير الجهة المتعاقدة؛ لأن ذلك يخالف قاعدة أقرها الدستور تتعلق بوجوب تساوي الجميع في تحمل الأعباء العامة، وبالتالي على المتعهد في هذه الحالة حسب اعتقادنا أن يتحمل جزءاً يسيراً من الضرر باعتباره عبئاً عاماً يجب أن يشارك سائر المواطنين في تحمله، لذا نرى أنه في حال اتخذت إحدى الجهات العامة قراراً بزيادة أسعار المواد المحصورة بها وكانت داخلة في تنفيذ العقد و حق المتعهد يقتصر على الحصول على التعويض الجزئي فقط على أساس نظرية الظروف الطارئة وفق أحكام المادة ٥٣/ من القانون رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤، أو التعويض على أساس أحكام المادة ٦٣/ المنوه إليها أعلاه و تطبيق نسبة الحسم ١٥% وتحمل الإدارة المتعاقدة باقي الزيادة .

^١ راجع في ذلك: المادتين (٢١ و ٢) من القانون رقم (٢) لعام ٢٠٠٥ الخاص بالمؤسسات والشركات والمنشآت العامة.

^٢ المادة ٧/ من المرسوم التشريعي رقم ١٠٧ للعام ٢٠١١ المتضمن قانون الإدارة المحلية .

وعليه خلُصنا إلى أن نظرية فعل الأمير وفق التطبيقات القضائية لدى مجلس الدولة السوري لازالت غير واضحة المعالم، سيما وأنها تطبق بأقصى مرونة وبشكل يؤدي إلى المزج بينها وبين نظرية الظروف الطارئة.

المطلب الثاني

نتائج تطبيق نظرية فعل الأمير

ينتج عن عمل الأمير إعادة التوازن المالي للعقد عن طريق منح المتعاقد مع الإدارة تعويضاً كاملاً عن الأضرار التي لحقت به من جراء هذا العمل، ونطاق التعويض وفقاً لهذه النظرية هو نفسه كما في حالة مسؤولية الإدارة العقدية بناءً على خطأ من جانبها، فالتعويض في الحالتين يشمل الخسارة المحققة والكسب الذي كان متوقعاً^(١). ولتوضيح ذلك، فهل تُعدُّ مسؤولية الإدارة في تعويض المتعاقد معها بالاستناد لنظرية فعل الأمير من قبيل "مسؤوليتها التعاقدية" أم منطلقاً من "مبدأ التوازن المالي للعقد الإداري" ؟

حيث نجد أن بعض فقهاء القانون الإداري يلجؤون إلى تبرير مسؤولية الإدارة عند تطبيق نظرية فعل الأمير إلى مفهومين مختلفين؛ فالبعض منهم يبرر مسؤولية الإدارة المادية منطلقاً من مفهوم المسؤولية التعاقدية للإدارة، والبعض الآخر يبرر المسؤولية المادية منطلقاً من فكرة التوازن المالي للعقد. ولقد استقر أخيراً الفقه والقضاء في فرنسا ومصر بالاستناد إلى كل من المبدئين سالف الذكر بأن واحد؛ أي بالاستناد إلى المسؤولية المادية الناتجة عن عمل الإدارة والتي هي في الواقع مسؤولية تعاقدية ناتجة عن العقد الإداري، فيجب أن تتحمل الإدارة نتيجة عملها الضار (فعندما يكون الشخص العام الذي أبرم العقد هو من قام بفرض الضريبة، فإن ذلك يرتب مسؤوليته تجاه من تعاقد معه)، وبالإستناد أيضاً لإعادة التوازن المالي للعقد جراء الخلل الذي أصابه بسبب عمل الإدارة المتعاقدة، فعندما يختل توازن العقد بفعل الإدارة، يكون

^١ د. سمير عثمان اليوسف - المرجع السابق - ص ٧٣ .

طبيعياً أن تلتزم هذه الإدارة بأن تعيد إقامة هذا التوازن. وهذا يوضح استبعاد القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر تطبيق نظرية فعل الأمير إذا كان فعل الأمير ناتجاً عن عمل إدارة أخرى غير المتعاقدة، إذ في هذه الحالة يتم تطبيق نظرية الظروف الطارئة التي تعطي الحق بالتعويض الجزئي، ويستبعد تماماً تطبيق نظرية فعل الأمير^(١).

أما في سورية فإن مبرر مسؤولية الإدارة وفق نظرية فعل الأمير، يمكن استنتاجها بشكل أساسي من خلال النهج المتبع من قبل القضاء الإداري السوري الذي عدّ أن الفعل الصادر عن أي جهة عامة في الدولة (بما فيها الجهة المتعاقدة) موجب لتطبيق هذه النظرية بعد تحقق جميع شروطها، إذ علينا أن نفرق هنا بين حالتين :

الأولى : إذا كان فعل الأمير مُتخذاً من قبل الإدارة المتعاقدة ذاتها (كأن تقوم الإدارة المتعاقدة برفع أسعار المواد العقدية المحصور فيها بيعها وتوزيعها)؛ فإن مبرر مسؤولية الإدارة في هذه الحالة يمكن أن يقوم في اعتقادنا على أساس مسؤولية الإدارة التعاقدية وفكرة إعادة التوازن المالي للعقد الإداري معاً، كما هو النهج المتبع في مصر وفرنسا.

الثانية: أما إذا كان فعل الأمير مُتخذاً من قبل إحدى جهات القطاع العام في سورية (غير الجهة المتعاقدة) فإن مبرر مسؤولية الإدارة هنا في اعتقادنا تقوم على أساس فكرة التوازن المالي للعقد الإداري فقط، سنداً لاجتهاد القضاء الإداري السوري الذي تضمن مايلي: " تستحق الجهة المتعاقدة مع الإدارة ارتفاعات الأسعار الطارئة على المواد المحصور ببيعها وتوزيعها بمؤسسات القطاع العام؛ بحسبان أن

^١ د. زين العابدين بركات- المرجع السابق- ص ٦٣٦ .

الارتفاع طراً بموجب قرارات إدارية (صادرة عن إحدى الجهات العامة) تطبيقاً لنظرية فعل الأمير^(١).

و الآن نبين بأن نتائج تطبيق نظرية فعل الأمير تتمثل بالنتيجة الأساسية وهي التعويض الكامل بالإضافة لنتائج أخرى فرعية وفق مايلي :

الفرع الأول - النتيجة الرئيسية (التعويض الكامل) :

النتيجة الرئيسية المترتبة على تطبيق نظرية عمل الأمير هي منح المتعاقد مع الإدارة التعويض الكامل عن الأضرار التي لحقت به جراء الأعمال المشروعة الصادرة عن جهة الإدارة المتعاقدة، تعويضاً يشتمل على عنصرين :

أولاً - ما لحق المتعاقد من خسارة، ويتضمن هذا الجانب المصروفات الفعلية التي أنفقها المتعاقد من جراء عمل الأمير.

ثانياً- ما فات المتعاقد من كسب، ويشمل التعويض هنا المبالغ المعقولة التي كان يُعول عليها المتعاقد لولا اختلال التوازن المالي لعقده نتيجة عمل الأمير^(٢) .

الفرع الثاني - النتائج الثانوية :

إضافة للتعويض الكامل كنتيجة رئيسية لتطبيق نظرية فعل الأمير، فثمة نتائج ثانوية قد تترتب وفق كل حالة على حدة؛ فقد يُعفى المتعاقد من غرامة التأخير، إذا كان من شأن عمل الأمير بأن يجعل صيرورة الالتزام عسيرة، بمعنى أنه إذا كان عمل الأمير هو السبب في التأخير، فإن ذلك يبرر التأخير في التنفيذ^(٣).

^١ حكم المحكمة الإدارية العليا رقم (٣٤) في الطعن رقم(٣٩) لعام ١٩٨٤، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا لعام ١٩٨٤، ص ٢٥٣.

^٢ د. سعيد النحيلي، د. عيسى الحسن، العقود الإدارية - مرجع سابق - ص (١٩٦ - ١٩٩) .

^٣ راجع الفقرات (أ و ب) من المادة ٥٣/ من القانون رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤ .

وإذا حدث وكان الخلل الذي ترتب عن فعل الأمير قد زاد من أعباء المتعاقد إلى درجة لا تتحملها إمكانياته المادية والفنية (أي زادت أعباؤه بدرجة كبيرة)، فإن ذلك يفسح له المجال أن يطالب بفسخ العقد أمام القضاء الإداري، مع التنويه إلى أنه في حال أصبح تنفيذ المتعاقد لالتزامه مستحيلاً بسبب عمل الأمير، فإنه يُعفى من التنفيذ، على أساس نظرية القوة القاهرة، و ليس على أساس نظرية عمل الأمير^(١). ونشير هنا إلى أن حق المتعاقد بالمطالبة بفسخ العقد، لا يبرر له الحق بالتوقف عن التنفيذ بمجرد طلب الفسخ، بل على العكس من ذلك يجب أن يستمر حتى يحكم له القاضي بالفسخ، أما في حال توقفه قبل الحكم فإن ذلك يعرضه للجزاءات القانونية و التعاقدية^(٢).

ويستطيع المتعاقد بطبيعة الحال أن يجمع بين بعض النتائج السابقة إذا تعددت الأسباب، كالحصول على التعويض الكامل والفسخ أو الجمع بين التعويض الكامل وعدم توقيع غرامات التأخير ... ألخ^(٣).

الفرع الثالث - موقف 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 لنص قانوني ينظم أحكام تطبيق هذه النظرية، لاسيما القانون رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤، حيث تُرك أمر تطبيقها للفقهاء واجتهاد القضاء الإداري، ونشير هنا إلى ضرورة عدم الخلط بين أحكام

^١ د. نذير بن محمد الطيب أوهاب - المرجع السابق - ص ١٦٨. راجع أيضاً : د.محمود عبد المجيد مغربي- المرجع السابق- ص ١١٨ . راجع أيضاً: د. سمير عثمان اليوسف - المرجع السابق - لعام ٢٠٠٩، ص ٧٤ .

^٢ د. محمد يوسف الحسين، د . مهند نوح - المرجع السابق - ص ٣٢٧ - ٣٢٨ . راجع أيضاً: د.محمود عبد المجيد مغربي- المرجع السابق- ص ١١٧ .

^٣ د. محمد سليمان الطماوي - المرجع السابق - ص ٦٥٤ .

هذه النظرية، وحكم الإعفاء من غرامات التأخير الذي قرره المشرع السوري في حال كان تأخير المتعاقد في التنفيذ يرجع للجهة العامة المتعاقدة أو لأحدى الجهات العامة الأخرى^(١).

فقد تقرر في هذه النظرية في مقابل السلطات التي تتمتع بها الإدارة، وبخاصة سلطتها في تعديل العقد، وإصدار القرارات واتخاذ الإجراءات التي تراها ملائمة لتحقيق المصلحة العامة ولغرض تحقيق التوازن المالي للعقد الإداري، فإنه يحق للمتعاقد في أن يُعوّض تعويضاً عادلاً عن أية أضرار تلحق به نتيجة هذه التعديلات، على اعتبار أن مسؤولية الإدارة هنا مسؤولية عقدية دون خطأ^(٢).

وفي كل الأحوال، فمن البديهي أنه إذا ساهم المتعاقد بخطئه في إحداث الأضرار المترتبة على عمل الأمير، فإنه لا يستحق تعويضاً كاملاً، وإن هذا الخطأ يؤخذ بعين الاعتبار حين تقدير التعويض عن الأضرار التي تنتاسب مقدار خطئه، وقاضي الموضوع هو المختص بتحديد قيمة التعويض في مثل هذه الحالة^(٣).

والجدير ذكره أن اجتهاد القضاء الإداري السوري قد استقر على تعويض المتعهد بالاستناد لنظرية فعل الأمير بسبب الأعمال التشريعية التي أصابته من جرائها ضرر خاص ومباشر، وتطبيقاً لذلك فقد صدر عن محكمة القضاء الإداري السوري قرار قد اقترن بتصديق المحكمة الإدارية العليا، عدّ أن زيادة أجور العمال بقرار من وزير

^١ الفقرة /أ/ من المادة (٥٣) من نظام العقود الإدارية الموحد في سوريا رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤ التي نصت على مايلي: ((لا يكون المتعهد مسؤولاً عن التأخير الواقع بسبب من الجهة العامة أو الجهات العامة الأخرى)).

^٢ د. سليمان محمد الطماوي - المرجع السابق - لعام ١٩٩١، ص ٦٣١ - ٦٤١ . راجع أيضاً: د. علي بن عبد الكريم أحمد السويلم، - المرجع السابق - ص ٨٨١ .

^٣ د. سمير عثمان اليوسف - المرجع السابق - ص ٧٣ . راجع أيضاً: د. علي بن عبد الكريم أحمد السويلم - المرجع السابق - ص ٩٠ .

الشؤون الاجتماعية والعمل رقم ٩١٨ لسنة ١٩٧٤ يوجب تحميل الإدارة كامل الزيادة التي تحملها المتعهد بسبب ذلك استناداً لنظرية فعل الأمير^(١). إذا أن زيادة الأجور المقررة بموجب قرار صادر عن مرجع إداري مختص بتحديد الحد الأدنى للرواتب و الأجور يخضع لنظرية فعل الأمير، ويتم تعويض المتعهد على أساسها تعويضاً كاملاً^(٢).

كما وقد استقر اجتهاد المحكمة الإدارية العليا السورية بصدد العقود الإدارية التي يكون أطرافها جهات عامة، على استحقاق الإدارة المنفذة للمشروع (المتعهدة) لكامل الفروقات الناشئة عن أعمال نظرية فعل الأمير عند إصدار مرسوم تشريعي يقضي بزيادة الرواتب والأجور للعاملين في الدولة، بسبب ما يؤديه ذلك من زيادة تكاليف الأعمال المنفذة في المشروع من قبل الإدارة المنفذة (المتعهدة) نتيجة زيادة الرواتب والأجور العاملين لديها بسبب المرسوم المذكور؛ مما يقتضي معه إلزام الإدارة المتعاقدة بالتعويض عن كامل الفروقات المترتبة نتيجة هذا الزيادة لإعادة التوازن المالي للعقد على النحو الذي كان عليه عند الإبرام^(٣).

أما بالنسبة للعقود الإدارية التي يكون أحد أطرافها من أشخاص القانون الخاص فالجدير ذكره بأن طريقة حساب التعويض المستحق للمتعهد على أساس نظرية فعل الأمير في حال تكبده لفروقات الأجور التي دفعها للعمال المستخدمين في المشروع محل العقد زيادةً عن الأجور التي كان يدفعها قبل صدور التشريع الذي قضى بهذه

^١ د. محمد يوسف الحسين د. مهند نوح - المرجع السابق - ص ٢٩٨ .

^٢ حكم المحكمة الإدارية العليا رقم (١١٢) في الطعن رقم (٤٩) لعام ١٩٧٨، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا لعام ١٩٧٨، ص ١٧٣.

^٣ حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، رقم (٢٠٠/١/ع) لعام ٢٠١٤، في الطعن ذي الرقم (٤٣٥٦) لعام ٢٠١٤ الصادر بتاريخ ٢٠١٤/٣/١٠. غير منشور .

الزيادة يتم على أساس نص المادة /٦٣/ من القانون رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤ - التي تُعدُّ كما مر معنا أحد فروع تطبيق نظرية الظروف الطارئة- إذ أن الأسلوب المتبع في القضايا المماثلة وفق النهج الذي استقر عليه اجتهاد القضاء الإداري السوري يكون بالاستناد للخبرة الفنية، التي تقوم بدورها بحساب التعويض القانوني المستحق على أساس المادة /٦٣/ المذكورة، أي أنه يتم تعويض المتعهد من الناحية العملية عند تجاوز زيادة الأجور التي تكبدها نسبة ١٥% وعندها يتم حسم نسبة ١٥% من هذه الزيادة ويتم تحميل الإدارة الباقي (أي تحميلها نسبة ٨٥% من الزيادة المذكورة)^(١).

وبالرغم من أن التعويض هنا قد تم بشكل جزئي على أساس نص المادة /٦٣/ من القانون رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤ والتي تتفرع عن نظرية الظروف الطارئة، إلا أننا لا نؤيد النهج القضائي السالف ذكره؛ لأنه يشكل مخالفة واضحة لمقتضيات التطبيق الصحيح لنظرية فعل الأمير التي يستحق المتعاقد على أساسها التعويض الكامل (أي يستحق كامل الفروقات دون أي حسم)، لا سيما وأن التعويض الكامل هنا إنما يستحقه المتعاقد جراء التزامه المتمثل بدفع أجور العمال والمستخدمين في المشروع، ما من شأنه تعزيز دخل شريحة العمال لتحسين حياتهم الاجتماعية، التي تعاني مؤخراً من تراجع وتدهور كبير لاسيما خلال فترة الأزمة الحالية .

وبذلك نكون قد وجدنا عند دراسة كل من نظرية الظروف الطارئة، ونظرية والصعوبات المادية غير المتوقعة، ونظرية عمل الأمير، أن بين هذه النظريات

^١ قرار محكمة القضاء الإداري، رقم (١/٧٣٩)، في القضية ذات الرقم (١/٢١٦٣)، لعام ٢٠١٧، الصادر بتاريخ ٢٠١٧/٦/١١، غير منشور.

الثلاث تشابهاً كبيراً، وقد ينتهي بالقارئ إلى الخلط بينها، حيث تشترك نظريات التوازن المالي للعقد الإداري في الكثير من الصفات والأهداف، إلا أن هذه النظريات بالمقابل تختلف عن بعضها البعض في أمور أخرى.

فيمكن رد أوجه الشبه بين النظريات الثلاث إلى نقاط رئيسة يمكن إجمالها بأن نشأت كل من النظريات الثلاث نشأة قضائية، كما تقوم كل من النظريات الثلاث على أساس مسؤولية الإدارة بلا خطأ، كما وتشترك النظريات الثلاث في أن الأمر الذي تتحقق به المسؤولية في نطاق كل منها يجب أن يكون غير متوقع، وإن مجال تطبيق كل من النظريات الثلاث يشمل جميع العقود الإدارية، باستثناء نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة فإنها تتركز في نطاق عقود الأشغال العامة بشكل خاص، و أخيراً فإن نظريات التوازن المالي الثلاث تقوم على أساس قانوني واحد، ألا وهو إعادة التوازن المالي للعقد؛ هذا المبدأ الذي يُعد المحور الذي تستند عليه هذه النظريات .

وفي المقابل تختلف كل من نظرية الظروف الطارئة ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ونظرية فعل الأمير فيما بينها في السبب الذي يؤدي لوقوع الضرر (نوع الحدث المفاجئ)؛ فيكون السبب وفق النظرية الأولى عاماً واستثنائياً وأجنبياً عن العقد وعن المتعاقدين، بينما يرجع في الثانية لصعوبات طبيعية غالباً ما تتمثل بطبيعة الأرض أو التربة الخاصة بالمشروع، وأما السبب في الثالثة فهو يرجع للإدارة المتعاقدة ذاتها وفق نهج مجلسي الدولة الفرنسي والمصري، في حين أن السبب وفق النهج المتبع لدى مجلس الدولة السوري يرجع لإحدى الإدارات العامة بما فيها المتعاقدة وذلك فيما يتعلق بزيادة أسعار المواد المحصورة بالدولة، وبالتالي فإن

الضرر يسهل إثباته في نظرية فعل الأمير، بينما يصعب إثباته في النظريتين الآخرين لكون الظرف خارجاً عن إرادة الأطراف .

كما يتجلى الاختلاف بين نظريات التوازن المالي في مقدار التعويض، وطريقة تقديره، فيكون التعويض بموجب نظرية الظروف الطارئة جزئياً لتغطية جانب من الخسارة، بحيث يتحمل كل من المتعاقد والإدارة نصيباً من الخسارة، أو أن يقوم القاضي الإداري برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول كما هو النهج المتبع لدى مجلس الدولة السوري، في حين أن تعويض بموجب نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يكون كاملاً يشمل كل ما لحق المتعاقد من خسارة بسبب ما تكبده من نفقات إضافية فقط دون أن يشمل ما فاتته من ربح، أما التعويض بموجب نظرية فعل الأمير فيكون كاملاً وشاملاً لكل ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاتته من ربح.

الخاتمة

منذ نشوء فكرة التوازن المالي للعقد الإداري ونظرياته في كنف القضاء الإداري الفرنسي بدءاً من منتصف القرن التاسع عشر الميلادي، و مروراً بتطور نظريات إعادة التوازن المالي وآثارها فقهاً وقضاءً خلال النصف الأول من القرن العشرين، و انتقال تطبيقها إلى كل من مجلس الدولة المصري والسوري، فقد كان القضاء الإداري في الدول الثلاث المذكورة وما زال يدأب في تطبيق وتطوير هذه النظريات لمواجهة ما تتمتع به الإدارة من صلاحيات و امتيازات استثنائية غير مألوفة في نطاق روابط القانون الخاص بمواجهة المتعاقدين معها، فأراد القضاء الإداري أن يوازن بين هذه الصلاحيات وبين حقوق المتعاقدين، تشجيعاً للأفراد وشركات القطاع الخاص للارتباط مع الجهات العامة لتنفيذ مشاريع النفع العام وتسيير المرافق العامة. فإذا ما اختلَّ التوازن المالي للعقد الإداري نتيجة ظروف طارئة استثنائية، أو صعوبات غير متوقعة، أو في حال أصدرت الإدارة قرارات أو لوائح تنظيمية أو قامت بتصرفات مشروعة يترتب عليها ضرر بالمتعاقدين لا يد له في إحداثها، و دونما خطأ يُعزى للإدارة، تحتم عندئذ إعادة التوازن المالي للعقد على أساس إحدى نظريات التوازن المالي، وذلك بمد يد العون للمتعاقدين لتمكينه من الاستمرار في تنفيذ العقد، من خلال تعويضه عن الخسائر التي لحقت به جراء ذلك، علماً بأن التوازن المالي المقصود يكون بتحقيق التوازن الشريف بين الأعباء والمكاسب التي قصداها المتعاقدان عند إبرام العقد، ناهيك عن أن المطالبة بإعادة التوازن المالي للعقد الإداري هو حق مقرر لكلا طرفي العقد على حد سواء.

وفي نهاية هذا البحث فقد توصلنا لمجموعة من النتائج والمقترحات نستعرضها وفقاً ما يلي :

أولاً- النتائج :

١- مبدأ التوازن المالي على النحو الذي قصده المتعاقدان عند إبرام العقد هو أمر مفترض في كل عقد إداري دون حاجة للنص عليه صراحةً في بنود العقد؛ لأنه من متعلقات النظام العام .

٢- الأساس الجوهري لنظرية التوازن المالي للعقد الإداري وفق منهج مجلس الدولة السوري وسياسته القضائية، يمكن تمثيله بوضع مصلحة الإدارة العامة في كفة الميزان الأولى (هذه الكفة التي يميل المجلس وخصوصاً خلال فترة الأزمة الحالية بترجيحها بشكل واضح في أغلب النزاعات)، ومصلحة المتعاقد المعاون لها بالكفة الأخرى؛ باعتبار أن ذلك موازنة بين سلطات وامتيازات الإدارة المتعاقدة ومصلحة المرفق العام من جهة، ومصلحة المتعاقد الشريك الاستراتيجي والمعاون للإدارة في حقه المتمثل في حصوله على الربح من الجهة الأخرى.

٣- يجب التفريق بين مفهوم التوازن العقدي ومبدأ التوازن المالي في نطاق العقود الإدارية، حيث أن التعويض على أساس التوازن العقدي يتم استناداً لخطأ عقدي بحيث أن المسؤولية التي تترتب في هذه الحالة تكون على أساس المسؤولية العقدية، بينما يتم التعويض على أساس التوازن المالي استناداً لخطأ غير تعاقدية بحيث أن المسؤولية التي تترتب في هذه الحالة تكون على أساس مسؤولية الإدارة العقدية بدون خطأ .

٤- إن مجلس الدولة السوري أرسى مفهوم " القوة القاهرة الإدارية " بصدد عقد إداري لم يصبح تنفيذه مستحيلًا- كما في حالة القوة القاهرة التقليدية- بل أصبح شبه

ميت بسبب انقلاب التوازن المالي للعقد بشكل كبير، فيحكم القضاء الإداري بالتعويض العادل بين الطرفين على أساس التوازن المالي للعقد على النحو الذي قصده المتعاقدان عند الإبرام مع تحميل الطرفين لجزء من الخسارة، ومن ثم تصفية العقد على هذا الأساس .

٥- لم يتمكن مجلس الدولة السورية - في اعتقادنا - من التطبيق الدقيق والمُحكم لنظريات إعادة التوازن المالي للعقد الإداري حتى تاريخه - وذلك في معظم الدعاوى- بل كثيراً ما خلطَ أو مزج بين هذه النظريات فيما بينها، كما خلطَ أو مزج بين هذه النظريات مع النظريات المشابه لها. كما أن المجلس يستند في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري على نص المادة /٥٣/ أو نص المادة /٦٣/ من القانون رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤، بالرغم من أن أحكام هذه المواد تتعلق بنظرية الظروف الطارئة فقط.

٦- ابتكر مجلس الدولة السوري تطبيقاً عملياً مزج من خلاله بين نظرية فعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة بمنح المتعاقد المتضرر التعويض الأوفى عند ارتفاع أسعار المواد العقدية، عندما تكون هذه المواد عبارة عن مجموعتين: الأولى هي مواد محصورة بجهات القطاع العام (أي محصور تصنيعها أو إعادة إنتاجها أو توزيعها أو بيعها بتعرفة رسمية بإحدى جهات القطاع العام) والثانية هي مواد ليست كذلك إضافة لأجور اليد العاملة وتكاليف الخدمات... وغيرها .

ثانياً- المقترحات :

١- نتمنى عدم التشدد من قبل القضاء الإداري السوري عند تطبيق شرط "عدم التوقع" للظرف الطارئ - ما يندرج ضمن سلطة القاضي التقديرية- في معرض

تطبيقه نظرية الظروف الطارئة في فترة الحروب والأزمات لاسيما في ظل الأزمة الحالية.

٢- نأمل أن يتم في المستقبل تقنين أحكام قانونية خاصة بإعادة التوازن المالي للعقد الإداري على أساس نظريتي الصعوبات المادية غير المتوقعة و نظرية فعل الأمير لمواكبة نظرية الظروف الطارئة المقننة حالياً، أو أن يتم تقنين أحكام قانونية خاصة بأمر المحافظة على التوازن المالي للعقد طيلة فترة تنفيذه، وبالتالي تضمين جميع العقود الإدارية ودفاتر شروطها الحقوقية والمالية لتلك النصوص القانونية. كما نتمنى على كافة الجهات العامة في سورية في معرض إبرامها للعقود الإدارية، تضمينها لشروط وأحكام قانونية نازمة لأمر مراجعة الأسعار العقدية بعد مدد زمنية محددة تتناسب ونوع ومدة تنفيذ كل عقد على حدة.

وريشما يتم تعديل التشريع الخاص بالعقود الإدارية على ضوء ما سلف ذكره أقترح أن يتم الاتفاق على تحديد القيمة الإجمالية للعقد بالليرة السورية مقابل سعر الصرف الثابت بالعملة الأجنبية المعتمد بموجب النشرة الرسمية الصادرة عن مصرف سورية المركزي بتاريخ رسو المناقصة أو طلب العروض أو التعاقد بالتراضي، لتلافي مشكلة انعكاس تغييرات سعر صرف العملات الأجنبية مقابل الليرة السورية على أسعار المواد العقدية، وخاصة فيما يتعلق بالمواد ذات المنشأ الخارجي.

٣- كما نتمنى من كافة الجهات العامة أن تسعى إلى إجراء تسويات رضائية مع المتعاقدين معها لإعادة التوازن المالي لعقودها الإدارية عند حدوث ارتفاع طارئ على أسعار المواد العقدية خلال تنفيذ تلك العقود في هدى ما حدده المشرع بموجب نص المادة ٦٣/ من القانون رقم (٥١) لعام ٢٠٠٤، وذلك تطبيقاً لما استقر عليه مجلس الدولة السوري بهذا الخصوص، وذلك بهدف توفير الوقت والجهد والمال

واختصار اللجوء إلى القضاء الإداري الذي سوف يبت فيها وفقاً لاجتهادات مستقرة ومعروفة سلفاً من قبل الجهات العامة.

٤- كما نتمنى أن يقوم مجلس الدولة السوري بإعادة التوازن المالي للعقد الإداري على أساس نظرية الظروف الطارئة التي يُمنح المتعاقد على أساسها التعويض الجزئي وذلك عند قيام إحدى الجهات العامة بزيادة أسعار المواد العقدية المحصور بها تصنيعها أو إعادة إنتاجها أو توزيعها أو بيعها بتعرفة رسمية، بدلاً من التعويض الكامل الذي يتم على أساس نظرية فعل الأمير بخصوص المواد المذكورة؛ على اعتبار أن زيادة الأسعار تُعدُّ من أهم فروع نظرية الظروف الطارئة وإحدى أهم تطبيقاتها العملية.

٥- نأمل من القضاء الإداري السوري فيما يتعلق بتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يحكم بالتعويض العادل على أساس تقدير العبء الخارج عن التعاقد، و بأقصى ما يمكن من الدقة بعد الأخذ بعين الاعتبار مدى جدية طرفي العقد والتزامهم بمبدأ حسن النية في تنفيذ التزاماتهم العقدية، ومدى التعنت الذي أبداه أحد أو كلا طرفي العقد والحالة الاقتصادية العامة في البلاد، وفقاً لظروف وطبيعة كل عقد على حدة، ومراعاة كل ما سبق عند توزيع الخسارة بين الطرفين بشكل عادل، بدلاً من اكتفاء القضاء الإداري بالاستناد إلى الخبرات الفنية التي تجري في هذا الخصوص.

٦- وأخيراً نأمل من مجلس الدولة السوري أن يفتح آفاقاً جديدة بتوسع وتطوير اجتهاداته القضائية أمام إشكالية اختلال التوازن المالي للعقود الإدارية، لاسيما في مرحلة إعادة الأعمار المقبلة عليها سورية في المرحلة القادمة (إن شاء الله) على اعتبار أن القضاء الإداري هو الضامن الرئيسي لحقوق المستثمرين والمتعهدين من

جهة والمصلحة العامة من جهة أخرى والذي لا ينهض أحدهما بدون الآخر خصوصاً خلال الفترة المقبلة.

وأخيراً ما أنا إلا بشر، قد أخطئ، وقد أصيب، فإن كنت قد أخطأت فأرجو مسامحتي، وإن كنت قد أصبت فهذا كل ما أرجوه من الله عز وجل .

..{والله وَلِيُّ التَّوْفِيقِ}..

قائمة بالمراجع

أولاً- باللغة العربية :

أ- الكتب والمؤلفات العامة والخاصة:

١. د. إبراهيم عبد العزيز شيخا، الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري، الدار الجامعية، بيروت، لعام ١٩٩٧.
٢. د. أحمد مدحت علي، نظرية الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة، الهيئة العامة المصرية للكتاب، القاهرة ، لعام ١٩٧٨ .
٣. د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ.
٤. د. حسن حمدي الحطاوي، ركن الخطأ في مسئولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، جامعة القاهرة، المكتبة المركزية، الطبعة الأولى، لعام ٢٠٠٢.
٥. د. حسن ضياء الخل خالي، نظرية الضرورة كاستثناء يرد على مبدأ سمو الدستور، مؤسسة نبراس، كلية الحقوق، جامعة الكوفة، لعام ٢٠٠٨.
٦. د. حسين عثمان محمد عثمان، قانون القضاء الإداري، منشورات الحلبي، لبنان، لعام ٢٠٠٦.
٧. حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي (المبادئ والأسس العامة) موسوعة العقود الإدارية والدولية ، بدون دار نشر، بدون تاريخ نشر.
٨. د. رمضان محمد بطيخ، إبرام العقد الإداري (فقهاً وإفتاءً وقضاءً)، دار النهضة العربية، القاهرة، لعام ٢٠٠٨.
٩. د. زين العابدين بركات، الموسوعة الإدارية في القانون الإداري السوري والمقارن، دار الفكر، بلا مكان، لعام ١٣٩٤هـ - ١٩٧٤ م .

١٠. د. سعيد نحيلي، د. عيسى الحسن، العقود الإدارية، منشورات جامعة حلب،
التعليم المفتوح - الدراسات القانونية - لعام ١٤٢٨ هـ - ٢٠٠٧ م.
١١. د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مطبعة عين شمس،
الطبعة الخامسة، لعام ١٩٩١.
١٢. د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر
العربي، لعام ١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م.
١٣. سمير صادق، العقد الإداري في مبادئ الإدارة العليا، الهيئة المصرية العامة
للكتاب، لعام ١٩٩١.
١٤. د. سمير عثمان اليوسف، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن المالي
للعقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لعام ٢٠٠٩.
١٥. صبحي سلوم، موسوعة العقود الإدارية، الجزء الأول، لم تذكر دار النشر،
سورية، لعام ٢٠٠٥ .
١٦. د. صبيح مسكوني، القانون الروماني، الطبعة الأولى، بغداد، لعام ١٩٦٨.
١٧. د. عبد الله طلبة ، مبادئ القانون الإداري، الجزء الثاني، جامعة دمشق، بدون
دار نشر ، لعام ٢٠٠٨-٢٠٠٩ .
١٨. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر
الالتزام، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لعام ٢٠٠٠ .
١٩. د. عبد الله طلبة و د. نجم الأحمد، القانون الإداري، منشورات جامعة دمشق -
مركز التعليم المفتوح، لعام ٢٠٠٤ - ٢٠٠٥ م .
٢٠. د. عبد الهادي عباس، العقود الإدارية، الجزء الثاني، دار المستقبل - دار
الأنصار، الطبعة الأولى، لعام ١٩٩٣.

٢١. د. علي بن عبد الكريم أحمد السويلم، فكرة التوازن المالي للعقد الإداري في المملكة العربية السعودية، مكتبة الرشد، الرياض، لعام ٢٠٠٨.
٢٢. د. علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الأول ، الطبعة الأولى، مكتبة زين الحقوقية والأدبية ش.م.م - بيروت، لعام ٢٠١١.
٢٣. د. محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لعام ٢٠٠٢.
٢٤. د. محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقد الإداري، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، مطبعة الإيمان، بلا تاريخ .
٢٥. د. محمد ماهر أبو العنين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة المصري حتى عام ٢٠٠٤، الكتاب الثاني، تنفيذ العقد الإداري طبقاً لقانون المزايدات والمناقصات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، مكتبة نادي مجلس الدولة المصري، بلا تاريخ .
٢٦. د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول - مصادر الإلتزام (المصادر الإرادية) .
٢٧. د. محمد يوسف الحسين، د. مهند نوح ، العقود الإدارية، منشورات جامعة دمشق، مركز التعليم المفتوح، قسم الدراسات القانونية، لعام ٢٠٠٧-٢٠٠٨.
٢٨. محمود زكي شمس، الأسس العامة للعقود الإدارية في سورية - لبنان - مصر ، الطبعة الأولى، الجزء الثاني، مطبعة الداودي، دمشق، لعام ١٤٢١ - ٢٠٠٠ م .

٢٩. د. محمود عبد المجيد مغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وآثارها القانونية، دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس - لبنان - الطبعة الأولى، لعام ١٩٩٨، ص ٨ .
٣٠. د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، جامعة الإسكندرية - كلية الحقوق - بلا دار نشر، طبعة عام ١٩٦٦ .
٣١. نبيل الظواهره الصائغ، عبد الحي والي، أحكام العقد الإداري في القانون السوري، دمشق، بدون ناشر، بدون عام نشر .
٣٢. د. نذير بن محمد الطيب أوهاب، نظرية العقود الإدارية - دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون -، مركز البحوث، معهد الإدارة العامة، مكتبة فهد الوطنية، الرياض، لعام ١٤٢٧ - ٢٠٠٦ م .
٣٣. د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، منشورات جامعة دمشق كلية الشريعة .
٣٤. د. ياسر أحمد كامل الصيرفي، النظام القانوني لعقد B.O.T ومدى خضوعه لقواعد القانون الخاص، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، لعام ٢٠٠٨ .
٣٥. د. يوسف الشباط، د. عبد الرحيم الصفدي، المرافق العامة، منشورات منشورات جامعة دمشق، كلية الحقوق ، لعام ٢٠١٠ - ٢٠١١ م .

ب - مراجع عبر الانترنت :

١. إحسان ستار خضير، نظرية الظروف الطارئة وأثر اختلال التوازن الاقتصادي في تنفيذ العقود الإدارية بحث مقدم كجزء من متطلبات الترقية إلى الصنف الأول من صنوف القضاة، ١٤١٨ هـ ، بحث منشور على شبكة الانترنت بتاريخ ٢٠١٥/٣/٤ على الموقع: <http://droit.alafdal.net>

٢. حسام عدنان الشحنة، إعادة التوازن المالي للعقد جراء الظروف الطارئة، المنشور عبر شبكة الانترنت بتاريخ ٢٠١٥/٣/٤ على الموقع : <http://www.startimes.com>
٣. حصايم سميرة، عقود B.O.T: إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون التعاون الدولي، جامعة مولدي معمري - تيزي وزو، لعام ٢٠١١، ص ٥٤ - ٥٦، المنشور على شبكة الإنترنت بتاريخ ٢٠١٦/٦/١٦ على الموقع: <http://www.ummtto.dz/IMG/pdf>
٤. د . خالد بن عبد الله المصلح، التضخم النقدي في الفقه الإسلامي ، ص ٢٤٢، منشور على شبكة الانترنت بتاريخ ٢٠١٥/٣/٣ على الموقع : www.almosheh.com
٥. مجلس المجمع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي، مكة المكرمة، الدورة الخامسة، القرار السابع منشور على شبكة الانترنت بتاريخ ٢٠١٥/٣/٤: <https://uqu.sa/ksnemari/ar>
٦. د. محمد أبو بكر عبد المقصود، إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ظل الأزمة المالية العالمية، نظرية الظروف الطارئة، منشور على شبكة الانترنت بتاريخ ٢٠١٥/٤/١٣ : <http://www.f-law.net/law>
٧. د. محمد الشافعي ابو راس، العقود الإدارية، منشور على شبكة الانترنت بتاريخ ٢٠١٥/٤/١٣ على الرابط التالي : <http://www.olc.bu.edu.eg>
٨. معجم المقاييس في اللغة للمؤلف: أحمد بن فارس بن زكريا أبو الحسين، المنشور عبر الانترنت بتاريخ ٢٠١٤/٤/١٥ على الموقع: <http://waqfeya.com/book.php>

٩. معجم المعاني (لكل رسم معنى) معجم الكتروني منشور على شبكة الانترنت:

<http://www.almaany.com>

١٠. نوفان العقيل العجاردة، عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية لـ B.O.T

وتطبيقاته في النظام القانوني الإداري، دراسات الشريعة والقانون، المجلد ٤،

ملحق ١، لعام ٢٠١٣، ص ١٠٥٦، المنشور على شبكة الإنترنت بتاريخ

١٦/٦/٢٠١٦ على الموقع: <https://journals.ju.edu.jo/DirasatLaw>

١١. هبة محمد محمود ديب، أثر الظروف الطارئة على العقود المدنية رسالة مقدمة

للحصول على درجة الماجستير، كلية الحقوق جامعة الأزهر غزة ، لعام ٢٠١٢

.منشور على شبكة الانترنت بتاريخ ٢٠١٥/٤/٢١: www.alazhar.edu.ps.

ج- القوانين :

١. القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٨٤ في ١٨ أيار ١٩٤٩م.

٢. القانون رقم (٥١) الخاص بنظام العقود للجهات العامة الصادر بتاريخ

٢٠٠٤/١٢/٩ م .

٣. المرسوم رقم (٤٥٠) المتضمن دفتر الشروط العامة الصادر بتاريخ ٢٠٠٤/١٢/٩

م، الناظم للقانون رقم (٥١) تاريخ ٢٠٠٤/١٢/٩ م .

٤. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لعام ١٩٤٨ م .

٥. قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة

١٩٩٨ ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨.

د- رسائل الدكتوراه:

١. د. حسن محمد عبد المنعم حسن الخيمي، آثار عقد التزام المرافق العامة، رسالة

دكتوراه في القانون العام، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، لعام ٢٠٠١ م .

٢. د. محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام b.o.t، رسالة دكتوراه، جامعة دمشق، لعام ٢٠٠٩.

هـ- مجموعات الأحكام القضائية :

١. د. أديب الحسيني، موسوعة القضاء المدني الجديد في اجتهاد محكمة النقض السورية، الجزء الأول مكتبة دار اليقظة العربية، لعام ٢٠٠٤ .

٢. مجلس الدولة السوري، المكتب الفني، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا لأعوام (١٩٥٩- ١٩٦٤- ١٩٦٧- ١٩٦٩- ١٩٧٠- ١٩٧٤- ١٩٧٧- ١٩٧٨- ١٩٨٤- ١٩٨٦- ١٩٨٧- ١٩٨٨- ١٩٩٣- ٢٠٠١- ٢٠٠٢- ٢٠٠٣- ٢٠٠٤- ٢٠٠٥- ٢٠٠٦- ٢٠٠٧- ٢٠٠٨- ٢٠٠٩).

٣. مصباح نوري المهاني، مبادئ القضاء الإداري، اجتهادات المحكمة الإدارية العليا في أربعين عاماً (١٩٥٩ م- ٢٠٠٠ م) الجزء الثالث، الطبعة الأولى، مؤسسة النوري، دمشق، لعام ١٤٢٥هـ- ٢٠٠٥ م.

٤. مجلس الدولة، المكتب الفني، المجموعة الذهبية الحديثة للآراء الصادرة عن القسم الاستشاري في مجلس الدولة السوري لعام ٢٠١٦.

٥. مجلس الدولة، المكتب الفني، المجموعة الشاملة الحديثة للأحكام القضائية الصادرة عن محاكم مجلس الدولة لعام ٢٠١٧ .

ثانياً- باللغة الفرنسية (Référence) :

- 1- RICHER,L.(Laurent),DROIT DES CONTRATS ADMINISTRATIFS. (7e) édition, L.G.D.J,2010

الفهرس

الموضوع	الصفحة
مقدمة.....	٩
- <u>الفصل الأول: مفهوم التوازن المالي للعقد الإداري</u>	١٥
- تمهيد	١٥
- المبحث الأول : التطور التاريخي لفكرة التوازن المالي.....	٢٣
- المطلب الأول : نشأة فكرة التوازن المالي.....	٢٥
- الفرع الأول : في القانون الروماني	٢٥
- الفرع الثاني : في الفقه الإسلامي	٢٧
- الفرع الثالث: الأصل القضائي لمبدأ التوازن المالي للعقد الإداري	٣٢
- الفرع الرابع: التباين الفقهي حول تطبيق مبدأ التوازن المالي للعقد الإداري.....	٣٩
- المطلب الثاني: ماهية مبدأ التوازن المالي للعقد الإداري.....	٤٥
- الفرع الأول: المقصود بالتوازن المالي.....	٤٥
- الفرع الثاني: تعريف مبدأ التوازن المالي	٥٠
- الفرع الثالث: مسوغات تطبيق مبدأ التوازن المالي.....	٥١
- المبحث الثاني : أسس مبدأ التوازن المالي للعقد الإداري	٦١
- المطلب الأول : الأسس الفقهية لمبدأ التوازن المالي	٦٣
- الفرع الأول : الأسس الفقهية التقليدية	٦٣
- الفرع الثاني: الأسس الفقهية الحديث	٧٨
- المطلب الثاني: الأسس القضائية لمبدأ التوازن المالي لدى مجلس الدولة السوري...٨٣	٨٣
- الفرع الأول : مبدأ حسن النية والهدف الأسمى للعقد الإداري	٨٣
- الفرع الثاني : الإثراء بلا سبب	٨٦
- المبحث الثالث : تمييز فكرة التوازن المالي عن التوازن العقدي والقوة القاهرة ..٩٣	٩٣
- المطلب الأول : تمييز التوازن المالي عن التوازن العقدي	٩٥

- الفرع الأول: التفريق بين التوازن المالي و التوازن العقدي وفقاً لتطبيقات مجلس الدولة السوري ٩٦
- الفرع الثاني: التطبيقات القضائية المشابهة للتوازن المالي ١٠٥
- **المطلب الثاني** : تمييز التوازن المالي عن القوة القاهرة ١٠٩
- الفرع الأول: ماهية نظرية القوة القاهرة ١٠٩
- الفرع الثاني: التفريق بين التوازن المالي و القوة القاهرة وفقاً لتطبيقات مجلس الدولة السوري ١٢٢
- **الفصل الثاني** : نظريات التوازن المالي للعقد الإداري ١٢٩
- **المبحث الأول** : إعادة التوازن المالي على أساس نظرية الظروف الطارئة .. ١٣١
- **المطلب الأول** : ماهية نظرية الظروف الطارئة ١٣٣
- الفرع الأول : الأصل القضائي لنظرية الظروف الطارئة ١٣٣
- الفرع الثاني: الأساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة..... ١٣٦
- الفرع الثالث : تعريف نظرية الظروف الطارئة ١٤٣
- الفرع الرابع : شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة..... ١٤٥
- **المطلب الثاني** : نتائج تطبيق نظرية الظروف الطارئة ١٦١
- الفرع الأول : التزام المتعاقد بالاستمرار في التنفيذ..... ١٦١
- الفرع الثاني: حق المتعاقد في الحصول على التعويض العادل..... ١٦٧
- الفرع الثالث: موقف مجلس الدولة السوري..... ١٧٤
- **المبحث الثاني** : إعادة التوازن المالي على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ١٩٥
- **المطلب الأول** : ماهية نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة..... ١٩٧
- الفرع الأول : الأصل القضائي لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة..... ١٩٧
- الفرع الثاني : تعريف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ٢٠٢
- الفرع الثالث : شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة..... ٢٠٤
- **المطلب الثاني**: نتائج تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة..... ٢٢٣

٢٢٣	- الفرع الأول : التزام المتعاقد بالاستمرار في التنفيذ
٢٢٤.....	- الفرع الثاني : حق المتعاقد في الحصول على التعويض العادل
٢٢٧.....	- الفرع الثالث : موقف مجلس الدولة السوري
٢٣٥.....	- المبحث الثالث : إعادة التوازن المالي على أساس نظرية فعل الأمير
٢٣٧.....	- المطلب الأول : ماهية نظرية فعل الأمير
٢٣٧.....	- الفرع الأول : الأصل القضائي لنظرية فعل الأمير
٢٣٨.....	- الفرع الثاني : تعريف نظرية فعل الأمير
٢٤٢.....	- الفرع الثالث : شروط تطبيق نظرية فعل الأمير
٢٥٣	- المطلب الثاني: نتائج تطبيق نظرية فعل الأمير
٢٥٥	- الفرع الأول : النتيجة الرئيسية (التعويض الكامل)
٢٥٥.....	- الفرع الثاني : النتائج الثانوية
٢٥٦.....	- الفرع الثالث : موقف مجلس الدولة السوري
٢٦٣.....	- الخاتمة
٢٦٩.....	- قائمة المراجع
٢٧٧.....	- الفهرس