" دور القضاء الإداري في حماية حق المتعاقد في ضمان التوازن المالي للعقد الإداري"

اعداد

علـــي عدنـان علـــوان البـــراك

مقـدمــة

من المسلم به أن العقد الذي تبرمه الإدارة مع أحد الأشخاص الطبيعية أو المعنوية لا يختلف في مفهومه العام عن العقد المدني الذي يبرمه الأفراد فيما بينهم حيث أن كلاً منهم يقوم على أساس توافق إرادتين بقصد القيام بالتزامات متقابلة.

وبناء على ذلك فان العقد الإداري يجب أن تتوافر فيه الأركان العامة المتمثلة في الرضا والمحل والسبب، بيد أن العقدين – الإداري والمدني – يختلفان من حيث النظام القانوني الذي يخضع له كل منهما ومرجع هذا الاختلاف أن الإدارة تبرم العقد باعتبارها سلطة عامة تتمتع بامتيازات لا تتوافر للمتعاقد معها وذلك بهدف تحقيق أهداف أو أغراض المرفق العام الذي من أجله تم إبرام العقد.

يترتب على ذلك، وعلى هذا الأساس، أن تتمتع الإدارة بسلطات وحقوق في مواجهة المتعاقد معها تفوق بكثير حقوقه في مواجهتها لأنها تعمل من أجل المصلحة العامة في حين يسعى المتعاقد لتحقيق المصلحة الخاصة.

وبما أن العقد الإداري لا يعدو أن يكون عقداً، يهدف فيه المتعاقد مع الإدارة إلى تحقيق الربح كما فى العقود المدنية، فكان من الطبيعي أن يعمل القضاء الإداري على ضمان حقوق المتعاقد، وذلك لأن العقد الإداري يتميز بطبيعة خاصة، تجعل للإدارة سلطات واسعة تجاه المتعاقد منها الانهاء والتعديل وتوقيع الجزاءات، والتي من الممكن أن تؤثر على حقوق المتعاقد المالية ولو بطريق غير مباشر، مما يؤدي إلى إخلال التوازن المالى لحقوق المتعاقد، وهو ما لم يتفق المتعاقد على أساسه.

وبما أن القضاء الإداري قد اعترف للإدارة بحقها فى ممارسة سلطاتها على المتعاقد، فكان لابد من وجود ما يقابل هذه السلطات بحيث يحفظ التوازن داخل العقد، فتستطيع الإدارة تعديل العقد وممارسة سلطاتها حفاظاً على المصلحة العامة وسير المرفق العام، ودون أن يلحق المتعاقد مع الإدارة أي إخلال بحقوقه المالية.

ومن هنا واستمراراً للدور الابداعي الذي اعتاد القضاء الإداري على القيام به، في مجال العقود الإدارية، كان لزاماً على القضاء الإداري التدخل لمواجهة ما قد يعترض تنفيذ العقود الإدارية من عقبات، ومن ثم ابتداع بعض القواعد التى تتوافق مع الطبيعة الإدارية للمرفق العام والحفاظ على استمراريته بانتظام واضطراد، من خلال كفالة وضمان انتظام سير المرفق العام، وفي نفس الوقت كفالة وضمان حقوق الأفراد والمتعاقدين مع الإدارة.[١]

ومن هنا ظهرت فكرة التوازن المالى فى العقود الإدارية ، بهدف إعادة التوازن بين حقوق المتعاقد مع الإدارة والتزاماته مرة أخرى، والتي ظهرت لأول مرة بمناسبة تنفيذ عقود التزام المرافق العامة، والتى تولى "بلوم" صياغتها فى تقريره المقدم أمام مجلس الدولة فى قضية " Cie francise des tramways" والذي أكد على أنه " من الأمور الجوهرية فى عقود الالتزام، ضرورة أن يتحقق بقدر الإمكان التساوي بين المزايا التى تقررت للملتزم وبين الأعباء التى تفرض عليه، فالمزايا والأعباء يجب أن تتوازى بما يحقق التوافق بين الفوائد المحتملة والالتزامات المفروضة ، ففي كل عقد التزام يتضمن – كما لو كان حساباً- التوازن الشريف بين ما يمنح للملتزم وما يتطلب منه ، وهذا هو ما يطلق عليه التوازن المالي والتجارى، والتساوى المالي لعقد الامتياز"[٢].

وبهذا يتضح أن تقرير فكرة التوازن المالى قد بدأت بعقود التزام المرافق العامة ، ثم انتقلت بعد ذلك إلى عقود مقاولات الأشغال العامة والتوريد.

---

[١] – Joel CARBJO, Droit des services publics , Dalloz , paris , ٣e ed. ,١٩٩٧ ,p.٤٠

[٢] – د. هيثم حليم غازي : التوازن المالي في العقود الإدارية ، دار الفكر الجامعى ، الاسكندرية ، بدون رقم طبعة، ٢٠١٥.ص ٥٠

والتوازن المالى للعقد الإداري يستهدف الحفاظ على التناسب بين التزامات المتعاقد مع الإدارة وحقوقه حتي يستطيع الوفاء بالتزاماته المترتبة على العقد الإداري، وهو بذلك لا يعنى مرادفاً لإدارة المشروع إدارة متوازنة ، بل إن التوازن المالى يعنى الحرص على التوازن العادل والمعقول أو الشريف بين الالتزامات والحقوق التى اتخذها في الاعتبار عند إبرام العقد. فقط عندما يختل التوازن المالى للعقد. [٣]

ويقوم التوازن المالى للعقد الإداري على أساس من اعتبارات العدالة ، وذلك نظراً لما هو مفترض من مبدأ تنفيذ العقود بحسن نية ، وكفالة وانتظام سير المرافق العامة .

وتخضع فكرة التوازن المالى للعقد الإداري لعدد من الضوابط يمكن تلخيصها فى:

– وجود ارتباط وثيق بين التزامات المتعاقد مع الإدارة وحقوقه في مرحلتي تكوين العقد الإداري أو تنفيذه ، فالمتعاقد مع الإدارة لا يقبل بالالتزامات التى ستفرض عليه فى العقد قبل التأكد من أنه سيحصل على ربح مناسب للأموال التى سيستثمرها فى العقد الإداري ، وفي أثناء تنفيذ العقد ، فبالرغم من قدرة الإدارة على تعديل العقد لمقتضيات المصلحة العامة وسير المرفق العام ، إلا أنها من ناحية أخرى يجب عليها ضمان تناسب حقوق المتعاقد مع التزاماته في حالة الزيادة أو النقص ، وذلك حتي يتمكن من الوفاء بالتزاماته .[٤]

– أن التوازن المالى كفكرة لا تعنى الموازنة الحسابية الدقيقة بين التزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة، بمعنى وضع نسبة حسابية محددة بين الحقوق والالتزامات ، بل إنها مجرد توجه عام يراعى الابقاء على طبيعة العقد على ما كان عليه عند إبرامه ، أى أن يتسم العقد بطابع مرن يتناسب مع طبيعة كل عقد وظروف إبرامه.
وفي ذلك الرأي ذهب فريق إلى القول بأن المقصود بالتوازن المالى هو وضع نسبة حسابية دقيقة بين التزامات المتعاقد وحقوقه، خلافاً للرأي السابق، إلا أننا لا نتفق مع هذا الرأي ، فالرأي الأول هو الغالب فقهاً وقضاءً [٥].

– أن فكرة التوازن المالى وكما يقول الأستاذ الدكتور الطماوى تفسر على أنها التعويض الذي يحكم الإدارة في حالات الضرر الناتج عن فعل الإدارة وهو ما يتضح فى نظرية فعل الأمير ، أما فى غير هذه الحالات فإنها تفسر على أساس التعويض بلا خطأ من الإدارة كما فى حالة الظروف الطارئة أو الصعوبات المادية غير المتوقعة .[٦]
ونجد لفكرة التوازن المالى للعقد صدى فى القانون المدنى المصري ، حيث نصت المادة ١٤٧ منه على أن " 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 التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يردّ الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك "
.

كذلك نصت المادة ١٢٩ فى فقرتها الأولى منه على أن " ١- إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبيّن أن المتعاقد المغبون لم

---

[٣] – د. سعاد الشرقاوي ، العقود الإدارية ، الجزء الثاني ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٨ ، ص ٣٢
[٤] – د. هيثم حليم غازي ، التوازن المالى للعقود الإدارية ، المصدر السابق ، ص ٥١
[٥] – في هذا الرأى انظر د. مازن ليلو راضي، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، منشأة المعارف، الاسكندرية ، بدون رقم طبعة ، ٢٠١٢. ، ص ١٧٩
[٦] – أ. د. سليمان الطماوى : الأسس العامة في العقود الإدارية ، الطبعة الخامسة ، دار الفكر العربي، ٢٠١١، ص ٥٩٦

يُبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيّناً أو هوىً جامحاً، جاز للقاضي بناءً على طلب المتعاقد المغبون أن يُبطِل العقد أو أن يُنقِص التزامات هذا المتعاقد. "

وإذا كانت نظريات التوازن المالى للعقد من ابتداع مجلس الدولة الفرنسي فإن القضاء الإداري قد استقر على الأخذ بفكرة التوازن المالى للعقد الإداري منذ خمسينات القرن الماضي ، ففى حكم مطول لها أوضحت محكمة القضاء الإداري أساس تلك الفكرة بالتوضيح بأن قضت أنه " إن الفقه والقضاء الإداري وقد خلق نظرية الظروف الطارئة والتوازن المالى للعقد وغيرها من القواعد والنظريات التى تحقق بقدر الإمكان توازناً بين الأعباء التى يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التى ينتفع بها، على اعتبار أن العقد الإداري يكون في مجموعه كلاً من مقتضاه وجوب التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين، وتعادل كفة الميزان بينهما وذلك بتعويض المتعاقد في أحوال وشروط معينة، حتى لو لم يصدر خطأ من جانب الإدارة مع اختلاف مقدار التعويض فتارة يكون التعويض كاملاً، وتارة يكون جزئياً. وأيا كانت الأسانيد التى قامت عليها هذه النظريات والقواعد، واختلاف الرأى في مبرراتها فإنه لا شبهة فى أنها ترتد إلى أصل واحد وهو العدالة المجردة التى هي قوام القانون الإداري، كما أن هدفها الأعلى هو تحقيق المصلحة العامة بناء على فهم صحيح لطبيعة العلاقة بين من يتعاقد معها من الهيئات والأفراد في شأن من شئون المرافق العامة. وبهذا الفهم أمكن حل أغلب مشكلات العقود الإدارية ووضحت معالم الطريق لعلاجها على الوجه الصحيح. وإن المحكمة لترى من الخير – بمناسبة الدعوى الحالية- التنبيه إلى أن القواعد والأصول والنظريات التى وضعها الفقه والقضاء الإداري في هذا الشأن، إنما كانت وليدة البحث والتقصي وثمرة التجارب حقبة طويلة من الزمن لكثير من مختلف أنواع المنازعات التى قامت بين جهات الإدارة والمتعاقدين معها، وإن الاطار العام الذي دار فيه البحث رسمته ضوابط واعتبارات شتي وحقائق غير منكرة، حاصلها أن يكون مفهوماً أن حق الإدارة في الحصول على المهمات والأدوات أو أداء الخدمات وإنجاز الأعمال المطلوبة بأرخص الأسعار وأقل التكاليف، يقابلها من جانب المتعاقد معها أن يهدف إلى تحقيق ربح مجز له عن رأس ماله المستغل كله أو بعضه أو ربما وضعه لنفسه من نظام الاستهلاكات الحسابية. ولكن هذا الوضع لا يعنى أن يقف كلاً منهما إزاء الأخر موقف التربص والتوجس وانتهاز الفرصة، أو موقف الطرف المتخاصم فى نزاع إن ظل كامناً فهو خليق بأن يتحول فى أى لحظة إلى دعوى تطرح امام القضاء، بل إن الحق الخالص في شأن العلاقة بين جهة الإدارة والمتعاقد معها، أن تنظر إليه جهة الإدارة من زاوية تراعي فيه كثير من الاعتبارات الخاصة التى تسنه على مجرد الحرص على تحقيق الوفر المالى للدولة، وأن الهدف الأساسي هو حسن سير المرافق العامة باستمرار وانتظام ، وحسن أداء الخدمات المطلوبة وسرعة أدائها ، وأن ينظر إليها المتعاقد مع الإدارة على أنها مساهمة اختيارية منه ومعاونة فى سبيل المصلحة العامة فيجب أن تؤدى بأمانة وكفاية. "[٧]

وفي دراستنا لدور القضاء الإداري فى حماية حقوق المتعاقد مع الإدارة في الحفاظ على التوازن المالى للعقد فإننا سنتناول هذه النظريات بنوع من التفصيل من خلال ثلاث مباحث وتكون خطة البحث على النحو الأتي:-

المبحث الأول: نظرية عمل الأمير

المطلب الأول: ماهية نظرية عمل الأمير

المطلب الثاني : شروط تطبيق نظرية عمل الأمير

المطلب الثالث: صور نظرية عمل الأمير

المطلب الرابع: الأثار المترتبة على نظرية عمل الأمير

---

[٧] – محكمة القضاء الإداري ، الدعوى رقم ٩٨٣ لسنة ٩ ق. ، جلسة ٣٠-٦-١٩٥٧.

المبحث الثاني: نظرية الظروف الطارئة

المطلب الأول: ماهية نظرية الظروف الطارئة

المطلب الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

المطلب الثالث: أثار تطبيق نظرية الظروف الطارئة

المبحث الثالث: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

المطلب الأول: ماهية نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

المطلب الثاني: شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

المطلب الثالث: أثار تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

أما عن المنهج الذي سنتبعه لتحقيق غايات البحث من خلال هذه الدراسة البسيطة سيكون منهج التحليل المقارن، حيث ستعتمد الدراسة على تحليل النصوص القانونية والأحكام القضائية الخاصة بالموضوع سواء أكان ذلك في العراق أو مصر أو فرنسا حسبما أتيح للباحث، وأيضاً على تحليل أراء الفقهاء في هذا الصدد.

المبحث الأول

نظرية عمل الأمير

كان نتيجة لتدخل الإدارة المتعاقدة وسلطاتها، أن ابتدع مجلس الدولة الفرنسي نظرية عمل الأمير، وذلك لمواجهة تدخلات الإدارة المتعاقدة، وتعويض المتعاقد مع الإدارة وإعادة التوازن المالى للعقد، حيث أن إعادة التوازن المالى للعقد يعتبر أحد حقوق المتعاقد في مواجهة سلطات الإدارة.[٨]

ونظرية عمل الأمير هي أحد أقدم النظريات التى ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي في مجال العقود الإدارية، لتعويض المتعاقد مع الإدارة عما أصابه من ضرر ناتج عن أعمال الإدارة المشروعة وذلك كنتيجة لفهمه الصحيح لطبيعة العلاقة بين الإدارة والمتعاقد معها من أجل تسيير المرافق العامة.[٩]

ويعد حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية " zie labadine " الصادر فى ١٩٠٩/١١/١٩ ، من أوائل الأحكام التى طبق فيها المجلس العمل بهذه النظرية ، إلا أن مصر لم تعرف نظرية عمل الأمير إلا بعد نشأة مجلس الدولة المصري عام ١٩٤٦ .

وسنتناول نظرية عمل الأمير من خلال توضيح مفهومها ، والأساس القانوني لها وصورها ، وشروطها وأثارها كل فى فرع مستقل على النحو التالي .

---

[٨] – د. حمدي على عمر، سلطة القاضي الإداري فى توجيه أوامر للإدارة، دار النهضة العربية ، الطبعة الاولى ، ٢٠٠٣ ، ص ٨٠

[٩] – م. د. محمد ماهر أبو العنين: القاضي الإداري وتطبيق قانون المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية، وفقاً لأحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى عام ٢٠١٣ ، الطبعة السادسة ، دار أبو المجد للطباعة ، ٢٠١٣، ص ١٧٨

المطلب الاول

ماهية نظرية عمل الأمير

يمكن القول بأن الفقه فى مصر وفرنسا وكذلك العراق يعرف نظرية عمل الأمير تعريفات عديدة ومتشابهة ، تتفق جميعها على شروط واضحة وثابتة ومستقرة، إلا ان هناك البعض من الفقه ميز بين معنيان لعمل الأمير ، أحدهما واسع والأخر ضيق، فالمعنى الواسع يقصد به كافة الاجراءات الإدارية الصادرة عن السلطات العامة ، ومن ذلك تعريف الاستاذ الدكتور سليمان الطماوى عمل الأمير بأنه " عمل يصدر من سلطة عامة ودون خطأ من جانبها ينتج عنه إساءة مركز المتعاقدين فى عقد إداري ويؤدي إلى التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتضرر عن كافة الأضرار التى تلحقه من جراء ذلك بما يعيد التوازن المالى للعقد "[١٠] .

كذلك عرفها بنفس المعنى الواسع الفقيه دى لوبادير[١١] بأنها " كل إجراء تصدره السلطة العامة ، ويترتب عليه أن يكون من الصعب بل من المكلف أن يقوم المتعاقد بتنفيذ العقد ، ومن هذه الإجراءات التدخل فى التنفيذ والذي يسمى بالمخاطر الإدارية والتى تقابل المخاطر الاقتصادية والتى تعالجها نظرية الظروف الطارئة" .

كما عرفها أخر[١٢] بأنها " مخاطر تنشأ عن ممارسة صلاحيات السلطة العامة ضج المقاولة الإدارية للسلطة العامة، والذي يزداد سوءاً بسبب شروط العقد، حيث تلعب النظرية أخذ الجهة المتعاقدة فى تدابير نفقات عامة تفاقم على المقاول."

وفى نفس المعنى عرفها البعض[١٣]أيضاً بأنها " كل إجراء تتخذه السلطات العامة من شأنه أن يزيد من الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة فى الالتزامات التى ينص عليها العقد مما يطلق عليه بصفة عامة المخاطر الإدارية".

أما المعنى الضيق فيتعلق بمصدر الإجراء ، أى أن يكون عملاً صادراً عن الإدارة المتعاقدة، وفي هذا المعنى عرفه البعض[١٤]بأنه" كافة الاجراءات الإدارية المشروعة التى تصدرها السلطة الإدارية المتعاقدة، والتى لا تنطوي على خطأ منها ويترتب عليها التأثير على التوازن المالى للعقد الإداري".

وعرفها البعض الأخر[١٥] بأنها " جميع الأعمال الإدارية المشروعة التى تصدر عن السلطة الإدارية المتعاقدة ، وتؤدي إلى ضرر بالمركز المالى للمتعاقد معها"

وعرفها أخر[١٦] بأنها " تصرف مشروع غير متوقع يصدر من سلطة عامة بغير خطأ منها ينتج عنه إساءة مركز المتعاقد معها فى عقد إدارى ويؤدي إلى التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضرور عن كافة

---

(١٠) – أ. د. سليمان الطماوى ، الأسس العامة فى العقود الإدارية، المصدر السابق ،ص ٥٩٨

(١١) - André DE l'aubader , Franck Modern et Pierre Del volve : Trait des contracté administratifs ; OP.CIT. p.٤٢٠

(١٢) – Marie Christine Rouault : droit administrative , ٤e édition , Giuliano éditeur , E.J.A. Paris ٢٠٠٧ , p.١٧٢

(١٣) – د. حمد محمد حمد الشلمانى ود. مفتاح خليفة عبد الحميد: العقود الإدارية وأحكام إبرامها ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠٨ص٢٣٦

(١٤) – د. عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد، أثر فعل الأمير على تنفيذ العقد الإداري، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، ١٩٨٩، ص٢٥

(١٥) – د.مازن ليلو راضي ، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، المصدر السابق ،ص١٨٠

(١٦) – د. محمد سعيد أمين: المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، دار الثقافة العربية ، القاهرة ، ١٩٩١.ص ٤١٧

الأضرار التى تلحقه من جراء تصرفاتها فى هذا الشأن بما يعيد التوازن المالى للعقد لحالته التى كان عليها لحظة إبرام العقد"

وتبدو هذه التعريفات متشابهة بدرجة كبيرة ، ولا يوجد فارق بينها إلا في المعنى الواسع والضيق ، فأنصار المعنى الواسع يجعلون من أعمال الجهات الإدارية بصفتها سلطات عامة سبباً لتعويض المتعاقد مع الإدارة ، أما أنصار المعنى الضيق فيقصرونه على الأعمال المشروعة للسلطة الإدارية المتعاقدة والتى سببت ضرر للمتعاقد وإخلال بالتوازن المالى للعقد.

في حين أن محكمة القضاء الإداري المصري قد تناولت في حكم قديم لها معنى فعل الأمير بقولها " هو كل إجراء تتخذه السلطات العامة ، ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة أو في الالتزامات التى ينص عليها العقد ، مما يطلق عليه بصفة عامة المخاطر الإدارية وهذه الاجراءات التى تصدر من السلطة العامة قد تكون من الجهة الإدارية التى أبرمت العقد ، وقد تتخذ شكل قرار فردى خاص أو تكون بقواعد تنظيمية عامة".[١٧]

ومن هذا الحكم يتضح أن القضاء الإداري المصري قد أخذ بالمعنى الواسع لعمل الأمير ، ومن جانبنا فإننا نؤيد الاتجاه الذي يأخذ بالمعنى الواسع لعمل الأمير، لكونه يزيد من الحماية الفعالة للمتعاقد مع الإدارة بما يضمن استمراره فى تنفيذ العقد ، وبالتالى تحقيق الصالح العام وضمان استمرار المرفق وانتظامه باضطراد.

إلا أن المحكمة الإدارية العليا فى حكم لها حددت شروط عمل الأمير دون تعريفه فقضت بأن " تدخل القضاء الإداري لتحقيق التوازن المالى للعقد طبقاً لنظرية فعل الأمير مناطه توافر شروط هذه النظرية ومن بينها شرط أن يكون الفعل الضار صادراً من جهة الإدارة المتعاقدة ، فإذا صدر هذا الفعل عن شخص معنوي عام غير الذي أبرم العقد تخلف احد شروط نظرية فعل الأمير وامتنع بذلك تطبيقها"[١٨]

وعلى ذلك يمكن تعريف عمل الأمير بأنه كل عمل أو إجراء مشروع وغير متوقع صادر عن الجهة الإدارية المتعاقدة، مما يؤثر على التوازن المالى للعقد الإداري، ويستتبع ذلك تعويض المتعاقد مع الإدارة عن الأضرار التى تلحق به.

---

[١٧] –محكمة القضاء الإداري ، جلسة ٣٠-٦-١٩٥٧ ، مشار إليه ، أ. د. سليمان الطماوى ، الأسس العامة في العقود الإدارية ، المصدر السابق، ص ٥٩٨

[١٨] – المحكمة الإدارية العليا ،جلسة ١١-٥- ١٩٦٨ ، مجموعة أحكام المحكمة فى ١٥ عام ، ١٩٦٥ : ١٩٨٠ ، ص ١٨٧٥

المطلب الثاني

شروط تطبيق نظرية عمل الأمير

استقر الفقه والقضاء المصري والفرنسي على وجوب توافر عدد من الشروط ، حتى يمكن تطبيق نظرية عمل الأمير، وترتيب أثارها ، وبالتالي تعويض المتعاقد المضرور من أعمال الإدارة، وقد أوضحت المحكمة الإدارية العليا هذه الشروط في حكم لها بقولها " ..... بأحقية المتعاقد مع الإدارة بالتعويض بناء على نظرية عمل الأمير مرهون بتوافر شروط انطباق تلك النظرية وهي :

١- أن يكون ثمة عقد من العقود الإدارية
٢- أن يكون الفعل الضار صادراً من الجهة المتعاقدة.
٣- أن ينشأ ضرر للمتعاقد
٤- افتراض أن الإدارة لم تخطئ حين اتخذت عملها الضار فمسئوليتها عقدية بلا خطأ.
٥- أن يكون الإجراء الصادر من الإدارة غير متوقع.
٦- أن يلحق المتعاقد ضرر خاص لا يشاركه فيه من يمسه الاجراء العام." [١٩]

وسنعرض لهذه الشروط بالتفصيل على النحو التالي :

الفرع الأول

وجود عقد ادارى

ويقصد بهذا الشرط أن يكون هناك ثمة عقد من العقود الإدارية ، أى رابطة تعاقدية بين الإدارة والمتعاقد، وطبيعة خاصة لهذا العقد تميزه عن غيره من العقود المدنية، فنظرية عمل الأمير لا تنطبق على عقود القانون الخاص حتى ولو كانت الإدارة طرفاً فيها. [٢٠]

وهذا الشرط يعد شرط بديهي ومنطقي ، إذ أننا بصدد نظرية تتعلق بعقود القانون العام، والتي لها طابع خاص يميزها عن غيرها من العقود ، فنظرية عمل الأمير أرسي قواعدها مجلس الدولة الفرنسي في إطار من روابط القانون العام، واحتياجات المرفق العام وضمان تسييره بانتظام واضطراد ، بالتالي فإن المتعاقد لا يستفيد من نظرية عمل الأمير إلا في ظل رابطة تعاقدية بينه وبين الإدارة ، فإذا ما انتفت هذه الرابطة فلا مجال إذاً لإعمال نظرية عمل الأمير.

فلابد من وجود علاقة تعاقدية إدارية قائمة بين الإدارة وطالب التعويض، وهو ما أكدته محكمة القضاء الإداري بقضائها أن " .. متى كان الامر بين الشركة والحكومة خارج عن نطاق الرابطة العقدية وأن طالب التعويض عن الأضرار التى ترتبت على التشريع الجديد استناداً إلى نظرية عمل الأمير يكون على أساس سليم من القانون إذ أن المقرر أن المسئولية التى ترتب التعويض في نطاق عمل الأمير لا تقوم إلا فى حال إذا كان المضرور بسبب التشريعات الجديدة تربطه بالدولة رابطة تعاقدية أثر فيها التشريع الجديد إضافة إلى وجوب كون العقد إدارياً لإمكان إعمال نظرية عمل الأمير"[٢١]

---

[١٩] – المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم ١٧٩٤، لسنة ٣٧ . ق. ع. ، جلسة ١٦-١٢-١٩٩٧

[٢٠] – د. ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية، بدون رقم طبعة ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٩ ، ص ١٨١

[٢١] – محكمة القضاء الإداري ، الدعوى رقم ٧٧٩، سنة ١٠ ق. ، جلسة ٢٤-٢- ١٩٥٧

الفرع الثاني

أن يكون الفعل الضـار صادراً عن الجهة الإدارية المتعاقدة بدون خطأ منها

يجب أن يكون الاجراء الضار الذي ترتب عليه الاخلال بالتوازن المالى للعقد صادراً عن الجهة الإدارية المتعاقدة ، ذلك أنه يلزم تحديد الحد الفاصل بين فعل الأمير، والظروف الطارئة .

وذلك بصرف النظر عن الصورة التى يخرج فيها سواء كان الفعل صادراً عن سلطة الإدارة فى تعديل العقد أو عن أى سلطة أخرى، وأياً كانت صورة الفعل أو الإجراء الضار سواء كان خاص أو عام ، أو كان تصرفاً ايجابي أو سلبي .(٢٢)

وقد كان القضاء الفرنسي في أول الأمر تطبق نظرية عمل الأمير على كل الأعمال الصادرة من الجهات الإدارية العامة ، ففي حكمه فى قضية " zei lab dine " الصادر في ١٩٠٩/١١/١٩ كان قد قضي بتعويض الأفراد المتطوعين عسكرياً الذين ألغيت عقودهم بسبب إصدار الدولة لمرسوم بحل الفرق التى ينتمون إليها ، تعويضاً كاملاً استناداً إلى نظرية فعل الأمير. إلا أن المجلس قد عدل عن ذلك الاتجاه واشترط لاحقاً أن يكون التعويض الذي يستحقه المتعاقد ناتج عن ضرر من الجهة الإدارية المتعاقدة، وذلك ابتداء من حكمه فى قضية " ville de Toulon " الصادر في ١٩٤٩/٣/٤ وبالتالى ضيق نطاق تطبيق النظرية وجعلها تنحصر في الأعمال الصادرة عن السلطة الإدارية.(٢٣)

وهو ما استقرت عليه المحكمة الإدارية العليا حيث قضت بأن " تدخل القضاء الإداري لتحقيق التوازن المالى للعقد الإداري تطبيقاً لنظرية فعل الأمير مناطه توافر شورط هذه النظرية ومن بينها أن يكون الفعل الضار صادر من جهة الإدارة المتعاقدة ، فإذا ما صدر هذا الفعل من شخص معنوى عام غير الذي أبرم العقد تخلف أحد شروط نظرية فعل الأمير وامتنع بذلك تطبيقها ، ولكن ذلك الامتناع لا يحول دون تطبيق نظرية الحوادث الطارئة إذا مات توافرت شروطها."(٢٤)

بالإضافة إلى ذلك فإنه يشترط أن يكون الفعل الصادر من الإدارة والضار بالمتعاقد بغير خطأ من جانب الإدارة المتعاقدة، لأن عدم وجود الخطأ من جانب الإدارة مفترض في نظرية عمل الأمير ، فإذا ما كان هناك خطأ من جانبها تنتفي شروط تطبيق نظرية عمل الأمير.

فإذا ما تصرفت الإدارة فى حدود سلطاتها وترتب على تصرفها حدوث ضرر للمتعاقد فإنها تسأل فى إطار نظرية فعل الأمير ، ذلك أن إطار المسئولية هنا هو نظرية المسئولية العقدية دون خطأ ، أما إذا تصرفت تصرف ينطوي على خطأ من جانبها فإنها تسأل على أساس الخطأ فى إطار المسئولية العقدية ، وفقاً للقواعد العامة على أساس الخطأ.(٢٥)

---

(٢٢) – د. عبد العظيم عبد السلام ، أثر فعل الأمير على تنفيذ العقد الإداري ، المصدر السابق ، ص ٤٦ وما بعدها

(٢٣) - د. عبد العظيم عبد السلام ، المصدر السابق ، ص ٤٨ وما بعدها ، و د. السيد فتوح محمد هنداوي : دور القاضي الإداري فى إعادة التوازن المالي فى العقد الإداري ، رسالة دكتوراه ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٥.،ص ٢٢٢

(٢٤) – المحكمة الإدارية العليا ، الطعن ١٥٦٢ ، لسنة ١٠ ق. ع. ، جلسة ١١-٥-١٩٦٨

(٢٥) - PIERRE Lebreton : responsabilité contractuelle répertoire de droit public ; " responsabilité administrative." , Dalloz , ١٩٨٧ , p.٢١٩

الفرع الثالث

عدم توقع فعل الإدارة وقت التعاقد

وقد استقر الرأى فى الفقه والقضاء على شرط عدم توقع الفعل الصادر من الإدارة ، عند إبرام العقد ، فإذا ما كان الفعل متوقعاً فلا مجال لإبرام نظرية عمل الأمير.

إلا أن تساؤل يثور حول كيفية ألا يكون الفعل متوقعاً مادام يصدر فى إطار من سلطة الإدارة فى تعديل العقد ، وهو حق يكون معلوماً ومتوقعاً من جانب المتعاقد عند إبرامه العقد؟

والواقع فإن المقصود بتوقع التصرف هنا ليس توقع حق التعديل ، فهو حق أصيل في ذاته ، وبالتالى هو ثابت ومتوقع ، ولكن يقصد بعدم التوقع هنا هو حدود التعديل الذي تقوم به الإدارة ومداه ، فإذا ما تم تنظيم ممارسة وحدود هذا الحق في العقد فلا يكون هناك محل لتطبيق نظرية فعل الأمير لأن الفعل متوقع من جانب المتعاقد ، أما إذا لم يكن متوقعاً فهنا تطبق النظرية.

وهو ما تؤكده محكمة القضاء الإداري بقولها " أن القاعدة بالنسبة للتعويض على أساس التوازن المالى للعقد بسبب تعديل طريقة تنفيذه ، أنه إذا لم يكن مقداره متفقاً عليه فى العقد فإن جهة الإدارة لا تملك ان تستقل بتقديره ، بل يقدره قاضي العق اعتباراً بأنه ينشأ عن تكاليف غير متوقعة ، وأن كل ما هو غير متوقع يعتبر خارجاً عن نطاق العقد فلا تطبق شروطه ، ولتعبير عدم التوقع فى هذه الخصوصية معنى خاص لها، هو أن التكاليف الزائدة التى تلقي على عاتق المتعاقد تعتبر غير متوقعة مادامت أنها ليست جزء من الاتفاق بمعنى أنه لا يقابلها فى شروط العقد أى تقدير"[٢٦]

والسؤال المثار هنا هو نوع المعيار الذي يمكن القول معه أن هذا الفعل متوقع من الإدارة دون غيره من الأفعال ؟

والحقيقة فإن معيار عدم التوقع هنا هو معيار موضوعى، فاتفق الفقه على معيار الشخص العادى في هذه الظروف، فإذا ما كان فى مقدور الشخص العادى توقع فعل الإدارة فى ظل ظروف إبرام العقد، فالفعل فى هذه الحالة متوقعاً ولا يكون هناك مجال لإعمال نظرية عمل الأمير، والعكس كذلك ، فإذا كان الفعل غير متوقع فيكون للمتعاقد المضرور الحق في التعويض على أساس من عمل الأمير، وعبء تقدير هذا المعيار يقع على عاتق القاضي الإداري ، فيرى مدى ما قام به شخص المتعاقد من جهد لتوقع هذه الأفعال فى مثل هذه الظروف ، بحيث كان فى إمكانه توقع الفعل الصادر من الإدارة أم أنه لم يبذل الجهد الكافي فلا يكون له الحق فى التعويض ولا يلومن إلا نفسه فى هذه الحالة.[٢٧]

وبناء على ذلك يمكن القول أن شرط عدم التوقع هو شرط مطلق في معنى المفاجأة وبالتالى يقتضى استبعاد كل احتمال لتحقق الفعل، ويقوم على التقدير لأنه مسألة نفسية تختلف من شخص لأخر ، والمعيار فى تقديره هو عناية الرجل المعتاد في ظل الظروف القائمة وعلى ضوئها.[٢٨]

---

[٢٦] – محكمة القضاء الإداري ، الدعوى رقم ٩٨٣ ، لسنة ٩ ق. ، جلسة ٣٠ -٦-١٩٥٧

[٢٧] - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة : الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر الجامعى ، بدون رقم طبعة، بدون تاريخ نشر ص ٢١٦

[٢٨] – د. هيثم حليم غازى ، التوازن المالى للعقد الإداري ، المصدر السابق، ص ٨٣

الفرع الرابع

وقوع ضرر بالمتعاقد نتيجة لفعل الإدارة

ويتجسد هذا الشرط فى زيادة أعباء تنفيذ التزامات المتعاقد مع الإدارة ، إلى الدرجة التى يُخل فيها بالتوازن المالى للعقد، إذ لا يكفي أن تتخذ الإدارة فعل من جانبها ودون توقع من المتعاقد ، بل يجب أن يترتب على هذا الفعل ضرر حقيقي وفعلى يلحق بالمتعاقد ، يستوجب التعويض .

ولا يشترط فى هذا الضرر أن يكون على درجة معينة من الجسامة ، فسواء كان جسيماً أو يسيراً فإنه يستحق التعويض، ولكن يشترط أن يؤدى إلى الاخلال بالتوازن المالى للعقد ، كأن يزيد من خسائر المتعاقد مع الإدارة أو ينقص من أرباحه. [٢٩]

وإن كان لا يشترط فى الضرر أن يكون جسيماً إلا أنه يشترط أن يكون خاصاً ، أى أصاب المتعاقد وحده ، أو على أقل تقدير أصابه بصورة أشد جسامة عن غيره ممن صدر في حقهم فعل الإدارة . كما يشترط أن يكون الضرر مؤكداً ومباشراً. [٣٠]

وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا فى أحكامها بأن قضت " ... أن الثابت فى الأوراق بأن الأمور التى طرأت على أسعار مواد البناء لم تتولد عن الجهة الإدارية المتعاقدة وهي مديرية الاسكان بسوهاج هذا فضلاً عن الضرر الذي تدعيه الشركة بحسبان أن تلك الزيادة قد تم سريانها على جميع التعاقدات سواء في النطاق الإداري أو نطاق تعاملات الأفراد وبالتالى فلا تكون شروط ومحل انطباق نظرية عمل الامير متحققة بالنسبة إلى النزاع الماثل الأمر الذي يتعين معه القضاء برفض الطلب."[٣١]

ويرى البعض[٣٢] أحقية المتعاقد مع الإدارة فى الحصول علي التعويض نتيجة الضرر الذي أصابه من فعل الإدارة ، وبصرف النظر عن كون هذا الضرر عاماً أو خاصاً ، ويعلل ذلك بقوله أن " في حالة وقوع ضرر عام والقول بحرمان المتعاقد من التعويض لعمومية الضرر يحتاج لإعادة نظر، فمن أصابهم الضرر مع المتعاقد لا تربطهم علاقة تعاقدية مع الإدارة ويمكنهم الرجوع إلى الإدارة والحصول على تعويض استناداً إلى نظرية الظروف الطارئة ، ولا يستفيد منها المتعاقد لتخلف أحد شروطها وهو كون الفعل المسبب للضرر أجنبياً، مما يجعل من مسهم الضرر مع المتعاقد في وضع أفضل من المتعاقد" ، وذلك فإنه من الواجب أن تمكن العلاقة التعاقدية المتعاقد من التعويض حالة كون الضرر المترتب على فعل الإدارة خاص به أو كان عاماً يشترك فيه .

ومن جانبنا فإننا نتفق مع هذا الرأى الاخير ، ذلك أن هدف نظرية عمل الأمير هو تحقيق التوازن المالى للعقد ، وبالتالى إذا ما نتج إخلال بهذا التوازن ، وجب تعويض المتعاقد ، ضماناً لتحقيق المصلحة العامة وتسيير المرفق العام ، من خلال ضمان تنفيذ المتعاقد لالتزاماته وبصرف النظر عما إذا كان الضرر عام أو خاص.

---

[٢٩] – د. بوشارب الزهرة ، نظرية فعل الأمير وأثرها فى المادة الإدارية ، بحث مقدم للحصول على الماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قاصدى مرباح ، الجزائر ، ٢٠١٤ ، ص ٢١

[٣٠] – د مطيع على حمود جبير : العقد الإداري بين التشريع والقضاء في اليمن ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، ٢٠٠٦، ص ٥٦٤

[٣١] – المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ١٧٤٩ ، لسنة ٣٧ ق.ع. ، جلسة ١٦ -١٢-١٩٩٧ .

[٣٢] – د. السيد فتوح هنداوى، دور القاضى الإداري فى إعادة التوازن المالى في العقود الإدارية ، المصدر السابق، ص ٢٦٩

المطلب الثالث

صور نظرية عمل الأمير

أشرنا إلى أن عمل الأمير هو كل إجراء مشروع تتخذه جهة الإدارة المتعاقدة ، ويؤثر على التوازن المالى للعقد الإداري ، مما يكون من شأنه أن يزيد فى أعباء المعاقد المالية أو فى تنفيذ التزاماته ، فيرتب للمتعاقد الحق فى التعويض، وهذه الاجراءات التى تتخذها جهة الإدارة قد تأخذ صورة إجراءات فردية خاصة ، أو تتخذ صورة إجراءات إدارية عامة ، وهو ما سنتناوله بالتوضيح فيما يلي :

الفرع الأول

عمل الأمير في صورة إجراءات فردية خاصة

ويقصد بها الاجراءات الفردية التى تصدرها الجهة الإدارية المتعاقدة وهي تمارس سلطاتها فى تعديل العقد، والتى يترتب عليها المساس بنص أو مجموعة من النصوص في العقد ، مما تؤثر على التوازن المالى للعقد الإداري ، وتزيد في أعباء التنفيذ على المتعاقد.

والاجراءات الفردية الخاصة تأخذ شكلين ، فهي إما تكون إجراءات خاصة بتعديل العقد ذاته ، أو إجراءات تؤثر على ظروف تنفيذ العقد دون المساس به بشكل مباشر .

١- الإجراءات التى تؤدي إلى تعديل مباشر فى شروط العقد :

قد تقوم الإدارة بما تتمتع به من سلطات فى مواجهة المتعاقد معها بإجراء تعديلات على العقد وفقاً لما تقتضيه المصلحة العامة واحتياجات المرفق، واستنادا ً إلى تلك السلطات فقد تقوم الإدارة بالتعديل فى العقد بإرادتها المنفردة ، فتقوم بزيادة كمية الأعمال أو الأشياء محل العقد ، أو في شروط ومدة تنفيذ العقد ، أو تعديلات على طريقة تنظيم المرفق ذاته بشكل يجعل العقد مختلفاً عما كان عليه وقت إبرام العقد .

ومن أمثلة هذه الإجراءات تعديل الإدارة للرسوم المقتضي تحصيلها من الأفراد عند تقديم خدمات المرفق العام إليهم ، أو زيادة الأعمال التى عُهد بها إلى المتعاقد ، أو إنقاص للثمن المتفق عليه فى العقد.[٣٣]

ومثل هذا الإجراءات الفردية الخاصة التى تتخذها الجهة الإدارية فى الحالات السابقة تؤدي إلى التأثير المباشر على العقد ، وهو ما يزيد من الأعباء والتكاليف الملقاة على عاتق المتعاقد مع الإدارة على نحو لم يعد في حسبانه ، وهو ما يعد تطبيقاً لعمل الأمير بأوضح معانيه.[٣٤]

٢- الإجراءات الخاصة التى تؤثر في ظروف تنفيذ العقد :

ومن هذه الاجراءات التى تصدرها الإدارة سلطاتها فى الرقابة والاشراف والتوجيه أثناء تنفيذ العقد ، والتى قد تؤدي إلى تحميل المتعاقد مع الإدارة إلى تحميله أعباء جديدة.

ومن أمثلة هذه الإجراءات ، الإجراءات التى تصدرها سلطة الضبط الإداري للمحافظ على النظام العام فتؤدي إلى التأثير على الظروف المحيطة بتنفيذ العقد وتحميل المتعاقد أعباء جديدة . مثل أمر إلغاء رخصة أشغال طريق

---

(٣٣) - د. عبد العظيم عبد السلام ، أثر فعل الأمير على تنفيذ العقد الإداري، المصدر السابق ،ص ٢٧

(٣٤) – د. هيثم حليم غازى ، التوازن المالى للعقود الإدارية ، المصدر السابق ، ص ٦٨

عام كان سيستخدمه المتعاقد فى عرض منتجات مرفق عام يديره عن طريق عقد التزام، أو منع استخدام عمالة رخيصة الثمن فى مصنعه لظروف أمنية. أو قيام الجهة الإدارية بأشغال عامة يكون من أثرها الحيلولة بين المتعاقد وتنفيذ التزاماته التعاقدية.[٣٥]

الفرع الثاني

عمل الأمير في صورة إجراءات إدارية عامة

قد يتخذ عمل الإدارة صورة إجراءات عامة ، لا يقتصر أثرها على المتعاقد وحده بل تؤثر على غيره كذلك ، مثل أن تصدر قوانين ولوائح من جهة الإدارة المتعاقدة تؤدى عند تطبيقها إلى زيادة أعباء المتعاقد المالية مع الإدارة .

وقد تؤدي هذه الاجراءات إلى إصدار تعديل شروط العقد بطريقة مباشرة أو إلى التنفيذ في شروط العقد بطريقة غير مباشرة .

١- الإجراءات العامة التى تعدل من شروط العقد :

قد يصدر تشريع أو لائحة تؤدي إلى التأثير بشكل مباشر في شروط العقد ، إما بتعديلها أو تعطيله بشكل مؤقت أ ونهائي ، وهو ما يزيد من أعباء المتعاقد المالية ، فيصبح من حق المتعاقد تطبيق نظرية عمل الأمير متى توافرت شروطها ، ومن ثم يمكن تعويض المتعاقد عما لحقه من أضرار.

ولا يوجد ثمة صعوبة فى تطبيق النظرية إذا ما نص التشريع أو اللائحة على تعويض المتعاقد عما لحقه من ضرر ، أما فى حالة عدم النص فقد اختلف الفقه الفرنسي إلى اتجاهين أولهما ذهب إلى عدم جواز تطبيق نظرية عمل الأمير في حالة صدور الاجراء في شكل إجراء عام لا يقتصر على المتعاقد فقط . وهو رأى انتقده الفقه المصرى[٣٦]، على أساس أنه غير صحيح ولا يؤيده قضاء مجلس الدولة الفرنسي ، كما أن مجلس الدولة المصري لا يأخذ به ، ويذهب في أحكامه إلى تطبيق النظرية حتى فى حالات اتخاذ الإجراء في صورة إجراء تنظيمي عام.

و هو ما أكدته محكمة القضاء الإداري بقولها " المقصود بعبارة فعل الأمير أن تصدر الحكومة تشريعاً عاماً جديداً يمس مركز المتعاقد معها بضرر خاص، والضرر الخاص يتحقق إذا أصاب التشريع الجديد على الرغم من عمومية نصوصه – المتعاقد وده دون جموع الشعب ، أو إذا ما أصابه بضرر من الجسامة بحيث يتجاوز بكثير ما أصاب مجموع الشعب"[٣٧] .

٢- الإجراء العام الذي يعدل فى ظروف تنفيذ العقد الخارجية :

في هذه الحالة يكون تأثير الإجراء العام الذي تصدره الإدارة مقتصر فقط على ظروف تنفيذ العقد الخارجية بحيث تجعله أكثر مشقة وصعوبة على عاتق المتعاقد مع الإدارة، ومثال هذه الاجراءات التشريعات الضريبية والجمركية التى قد تصدرها الإدارة فيترتب عليها ارتفاع فى أسعار المواد التى يلتزم المتعاقد بتوريدها أو تجهيزها ، وكذلك التشريعات العمالية التى قد ينتج عنها التزامات جديدة ، بالإضافة إلى لوائح الضبط الإداري والرسوم وغيرها .

ولقد تواتر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على عدم تعويض المتعاقد استناداً إلى نظرية فعل الأمير في هذه الحالات إلا فى حدود ضيقة جداً وبشكل استثنائي[٣٨]، ومن هذه الحالات الاستثنائية حالة النص على التعويض فى القانون

---

(٣٥) - المصدر السابق ، ص ٦٩

(٣٦) – أ. د. سليمان الطماوى ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، المصدر السابق، ص ٦١٣

(٣٧) – محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم ٩٨٣، لسنة ٩ ق ، جلسة ٣٠-٦-١٩٥٧

(٣٨) – أ. د. سليمان الطماوى ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، المصدر السابق، ص ٦١٥ وما بعدها

أو فى العقد ، أو أن يمس الاجراء الذي اتخذته الإدارة موضوع جوهري وحاسم كان هو الأساس الذي دفع المتعاقد إلى إبرام العقد.

المطلب الرابع

الأثار المترتبة على نظرية عمل الأمير

يترتب على توافر شروط نظرية فعل الأمير عدد من الأثار أهمها هو حق المتعاقد في التعويض عما لحقه من ضرر نتيجة الفعل الصادر عن الإدارة، وهذا هو الأثر الرئيسي المترتب على نظرية فعل الامير ، بالإضافة إلى ذلك يكون من حق المتعاقد الإعفاء من غرامة التأخير ، وكذلك حقه فى فسخ العقد في حالات استحالة التنفيذ.

ولقد تناولنا غرامة التأخير عند دراستنا للجزاءات الإدارية، وكذلك حق المتعاقد في الفسخ عند دراستنا حقوق المتعاقد مع الإدارة ، ونكتفى هنا بالإشارة إلى ما سبق، ونتناول بمزيد من التفصيل التعويض كأثر رئيسي لتطبيق نظرية فعل الأمير، من خلال بيان عناصره وشروط الحصول عليه وطرق تحديده على النحو التالي:

الفرع الأول

عناصر التعويض

يتضمن التعويض الكامل عنصرين رئيسين ، هما ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاته من كسب. ويشمل العنصر الأول جميع النفقات التى تحملها المتعاقد بسبب عمل الأمير وهي تختلف بحسب طبيعة تدخل الإدارة.

فإما يترتب على تدخل الإدارة زيادة أعباء المتعاقد المالية فيجب أن يعوض عن هذه الأعباء الإضافية، وإما أن تنقص من التزامات المتعاقد فى العقد ، فيترتب على ذلك أن تصبح الأدوات والمهمات التى جهزها المتعاقد للتنفيذ غير ذات فائدة ولا يستطيع استخدامها فى عقد أخر وبالتالى يجب تعويضه في هذه الحالة، وإما أن يكون التدخل عن طريق تعديل مدة تنفيذ العقد المتفق عليها، سواء بالإطالة أو النقصان ، فالمتعاقد في هذه الحالة له الحق في التعويض عن الأضرار التى قد تلحق به ، فقد يصاب المتعاقد بخسائر نتيجة زيادة الأسعار أثناء فترة الإطالة أو تحمل أعباء إضافية نتيجة دفع أثمان مرتفعة في حالة خفض المدة.[٣٩]

والتعويض الذي سيحصل عليه المتعاقد بعنصريه ، يجب ألا يتجاوز حجم الضرر الحقيقي له سواء كان هذا الضرر يتمثل في الخسارة التى لحقت بالمتعاقد أم الكسب الذي فاته، نتيجة عدم تنفيذ العقد ، ويكون للقاضي الاستعانة بالخبراء لتحديد قيمة الخسائر التى لحقت بالمتعاقد والمكاسب التى فاتت. [٤٠]

---

[٣٩] – د. السيد فتوح هنداوي ، دور القاضي الإداري فى إعادة التوازن المالي فى العقد الإداري، المصدر السابق، ص ٢٤٥

[٤٠] – على محمد عبد المولى ، الظروف التى تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري ، دراسة مقارنة ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس، ١٩٩١ ، ص ٥٥١

الفرع الثاني

شروط الحصول على التعويض

يشترط لحصول المتعاقد على التعويض طبقاً لنظرية عمل الأمير توافر ثلاث شروط هم:

١- ألا يساهم المتعاقد مع الإدارة بخطأه فى إحداث الأضرار التى تترتب على فعل الأمير أو المساعدة في زيادتها. فإذا ما ساهم المتعاقد في الخطأ فإن القاضي يستنزل من التعويض ما أسهم به المتعاقد بفعله من ضرر، وهو ما استقر عليه مجلس الدولة في فرنسا في حكمه في قضية " tani " حيث قضي بأنه " يتضح من الدعوى أن زيادة أعباء المشروع لا يمكن إرجاعها فقط إلى القرارات الجديدة الصادرة من الحاكم العام ، وبالتالى فإن الضرر الذي لحق بالمورد يجب ألا تتحمله الإدارة كلية". (٤١)

٢- الشرط الثاني هو ضرورة استمرار المتعاقد في تنفيذ التزامه بالرغم من خطأ الإدارة، وهو شرط بديهي ، ويتفق مع مبدأ تنفيذ الالتزام بحسن النية ، كما أنه يتفق مع نظرية عمل الامير والتى تهدف إلى إعادة التوازن المالى للعقد بهدف ضمان استمرار تنفيذ المرفق العام باستمرار واضطراد. فيجب على المتعاقد الاستمرار فى تنفيذ التزامه حتى لو أصبح الالتزام مرهقاً له، وله بعد ذلك المطالبة بالتعويض.

إلا أنه يجب التوضيح أن التزام المتعاقد بالاستمرار فى التنفيذ مرهون باستطاعته على ذلك ، وبالتالى ففي حالة ما إذا كان الضرر الذي أصابه من فعل الإدارة، جعل من قدرته على تنفيذ الالتزام مستحيلة.

وفي هذا الشرط تقول المحكمة الإدارية العليا " .. فلا يسوغ للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق بحجة أن ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلى الإخلال بالوفاء بأحد التزاماتها قبله بل يتعين عليه إراء هذه الاعتبارات أن يستمر في التنفيذ مادام ذلك فى استطاعته ، وإلا حقت مساءلته عن فعله السلبي"(٤٢)

٣- عدم تضمن العقد نص يعفى الإدارة من المسئولية مستقبلاً ، والذي يعد بمثابة تنازل من المتعاقد للإدارة عن حقه فى التعويض حالة الأضرار اتلى تصيبه من فعل الأمير ، فإذا ما تضمن العقد مثل هذا النص فلا محل للمطالبة بالتعويض في هذه الحالة.

فمن ناحية يعد هذا النص في هذه الحالة شرطاً تعاقدياً تم التوافق عليه من أطراف العقد يجب احترامه ، ومن ناحية أخرى فإن توافر هذا الشرط ينفي شروط تطبيق نظرية عدم الامير وهو شرط عدم التوقع ، وبالتالى لا يكون هناك محل لتطبيق هذه النظرية.

---

(٤١) – د. السيد فتوح هنداوى ، دور القاضي الإداري فى إعادة التوازن المالي فى العقد الإداري، المصدر السابق ، ص٢٤٨

(٤٢) – حكم المحكمة الإدارية العليا ، طعن ٧٦٧ ، لسنة ١١ ق. ع. ، جلسة ٥-٧-١٩٦٩

الفرع الثالث

طرق تحديد التعويض

يتم تحديد التعويض الذي يحصل عليه المتعاقد مع الإدارة استناداً لنظرية عمل الأمير إما باتفاق الأطراف المتعاقدة سلفاً والنص على ذلك فى العقد، أو من خلال تحديد المشرع لقيمة التعويض في بعض الحالات ، أو من خلال القاضي الإداري في حالة غياب الفرضين السابقين ، ونتناول كلاً منهم بالتفصيل:

١- النص في العقد على التعويض تحديده :

قد يقوم الأطراف في العقد بالاتفاق على التعويض الذي تدفعه الإدارة للمتعاقد عما يلحق به من ضرر ناتج عن تصرفاتها بما يحقق المصلحة المشتركة لكل منهم ، فإذا ما نص على ذلك فى العقد، التزم الطرفان بالتعويض المحدد ووجب تنفيذ هذا النص، ويجب في هذه الحالة أن يتضمن العقد طريقة تحديد التعويض خاصة فى العقود طويلة الأمد.[٤٣]

٢- تحديد التعويض عن طريق المشرع :

قد ينص المشرع فى حالات معينة على تحديد التعويض الذي يستحقه المتعاقد مع الإدارة عندما يكون الضرر ناتجاً عن فعل الأمير، فعلى سبيل المثال في فرنسا القانون الصادر فى ٢ يوليه سنة ١٩٤٠، والقانون الصادر فى ٥ ديسمبر ١٩٤٠، ويتعلقان بفسخ العقود المبرمة لاحتياجات الدفاع الوطني، وتم النص على كل منهما على طريقة التعويض للمتعاقدين الذين تضرروا من جزاء فسخ العقود بقوة القانون.[٤٤]

٣- تحديد القاضي الإداري للتعويض :

في الحالة التى لا يتوافر فيها أى من الفرضين السابقين ، فيكون للمتعاقد مع الإدارة فى هذه الحالة اللجوء إلى القاضي من أجل الحصول على التعويض المناسب لما لحقه من أضرار وما فاته من كسب ، وعلى المتعاقد في هذه الحالة أن يقدر فى صحيفة دعواه التعويض الذي يراه مناسباً لتغطية ما أصابه من أضرار وما فاته من كسب، ذلك أن القاضي لا يستطيع أن يحكم له بأكثر مما طلب ، ولذلك عليه أن يقيم خسائره جيداً وكتابة مبلغ التعويض الذي يغطى هذه الخسائر .

ذلك ، ويستعين القاضي بالعديد من الوسائل الفنية التى تساعده على الوقوف على حجم الضرر الحقيقي الذي أصاب المتعاقد مع الإدارة ، وله أن يستعين بالخبراء الفنيين لتحديد قيمة التعويض، ويكون له الاستعانة الاسترشاد بطرق تحديد الثمن فى دفاتر الشروط العامة .[٤٥]

وتقدير القاضي في هذا الصدد يكون موضوعياً في ضوء ما يراه من خسارة وضرر لحق بالمتعاقد وما فاته من كسب.

---

[٤٣] – د. محمد صلاح عبد البديع : سلطة الإدارة فى إنهاء العقد الإداري، رسالة دكتوراه ، جامعة الزقازيق، ١٩٩٣ ، ص ١٢٧

[٤٤] – د. هيثم حليم غازي ، التوازن المالى للعقود الإدارية ، المصدر السابق ،ص ٩٤

[٤٥] – د. السيد فتوح هنداوى ، دور القاضي الإداري فى إعادة التوازن المالي فى العقد الإداري ، المصدر السابق، ص ٢٥١

المبحث الثانى

نظرية الظروف الطارئة

شُيدت نظرية فعل الأمير من قبل القضاء الفرنسي لتعويض المتعاقد عن المخاطر الإدارية التى تصدر من الإدارة وتؤثر فى تنفيذه للعقد ، ولكن ماذا عن المخاطر الخارجية التى لا دخل للمتعاقد ولا للإدارة فيها ؟ والتى يترتب عليها أن يصبح تنفيذ العقد مرهقاً للمدين؟

في الواقع كما تصدى مجلس الدولة بنظرية فعل الأمير للمخاطر الإدارية الناشئة عن أفعال الإدارة ، فقد ابتدع أيضاً نظرية لمواجهة الظروف التى ليست من صنع الإدارة ولا دخل للمتعاقد فيها ، ويكون من شأنها أن تجعل من تنفيذ الالتزام مرهقاً أو بمعنى أخر تقلب اقتصاديات العقد، وهي نظرية الظروف الطارئة.[٤٦]

فليس من العدالة أن يترك المتعاقد وحده في مواجهة هذه الظروف الاستثنائية التى قد تعيق تنفيذ التزامه ، ولم يكن فى توقعه حدوثها ، كما أنه ليس من صالح الإدارة أن تترك المتعاقد وحده لمواجهتها فيتوقف عن تنفيذ المرفق العام وهو ما يضر بالمصلحة العامة فى نهاية الأمر.

ولذلك ومنذ حكم مجلس الدولة فى قضية " بوردو" عام ١٩١٦ ، أقر مجلس الدولة الفرنسي نظرية الظروف الطارئة ، والتى يكون الهدف منها تمكين المتعاقد مع الإدارة من مواجهة الظروف الاستثنائية التى قد تطرأ أثناء تنفيذ العقد أياً كانت صورتها بهدف ضمان استمرار المرفق العام وعدم توقفه.[٤٧]

وعلى ذلك سنتناول نظرية الظروف الطارئة من خلال توضيح ماهية هذه النظرية وشروط تطبيقها والأثار القانونية المترتبة عليها كل في فرع مستقل على النحو التالي :

المطلب الأول

ماهية نظرية الظروف الطارئة

نظرية الظروف الطارئة تعد أحد الأسس العامة التى تقوم عليها نظريات العقود الإدارية بحيث لا يجوز النص على عدم تطبيقها ذلك أن الهدف منها هو مساعدة المتعاقد على تنفيذ التزاماته التعاقدية التى قد يمنعه الظرف الطارئ من الوفاء بها[٤٨] ، ومعناها ببساطة هو أنه فى حالة حدوث ظروف أو أحداث استثنائية خارجة عن إرادة طرفي العقد أثناء تنفيذ العقد الإداري فترتب عليها إخلال بالتوازن المالى للعقد، يجعل من تنفيذ الالتزام مرهقاً للمتعاقد ، فيكون من حق المتعاقد في هذه الحالة أن يطلب من الطرف الأخر مشاركته فى تحمل هذه الظروف الطارئة والنتائج المترتبة عليها.

وقد عرفت المحكمة الإدارية العليا نظرية الظروف الطارئة بأن " ... قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة يستلزم أن تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية أو من عمل جهة أخرى غير الجهة المتعاقدة أو من عمل انسان أخر لم تكن في حسبان المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك لها دفعاً ومن شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً بما يستوجب إلزام

---

(٤٦) – د. جابر جاد نصار، مركز المتعاقدين في العقد الإداري بين النظرية التقليدية وضرورات التطوير ، مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية ، تصدر عن كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، العدد الثالث والرابع ، ١٩٨٠ ، ص٢٨

(٤٧) – د. عبد العظيم عبد السلام ، أثر الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة على العقد الإداري ، دار الولاء للطبع والنشر ، ١٩٩٠ ، ص ٢١

(٤٨) - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة فى العقود الإدارية ، مصدر سابق، ص ٢٢٠

جهة الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في احتمال نصيب من الخسارة التى حاقت به طوال فترة الظرف الطارئ ضماناً لتنفيذ العقد على الوجه الذي يكفل حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد ويكون من حق المتعاقد المُضار أن يطلب من الطرف الأخر أن يشاركه فى الخسارة التى تحملها فيعوضه عنها تعويضاً جزئياً"[٤٩]

وعرفها جانب من الفقه بأنها " عبارة عن حوادث وظروف غير متوقعة 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."[٥٠]

وقد نشأت هذه النظرية مع الحكم الشهير في قضية "بوردو" والتى تتلخص في أن شركة الاضاءة لمدينة بوردو التزمت بمقتضي عقد امتياز بتوريد الكهرباء بمقتضي سعر محدد، إلا أنه عقب نشوب الحرب العالمية الأولى زادت أسعار الفحم وارتفعت بشكل كبير مما ترتب عليه زيادة التكاليف على الشركة الملتزمة، فطالبت الشركة الإدارة برفع الأسعار إلا أن الإدارة لاقت الطلب بالرفض على أساس أن هذا الارتفاع لم يجعل من تنفيذ العقد مستحيلاً، وأن الغاز موجود ، وأن المتعاقد لا يجوز له التحلل من التزاماته إلا فى حالة القوة القاهرة.

وعند عرض الأمر على مجلس الدولة الفرنسي، أقر المجلس نظرية جديدة وهي نظرية الظروف الطارئة ، وكان مقتضاها أنه إذا طرأت ظروف جديدة لم يكن فى الإمكان توقعها ، وكان من شأنها أن تؤدي إلى اختلال اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً ، فإن ذلك يستدعى مساهمة الإدارة في تحمل جزء من الخسارة التى تلحق بالمتعاقد نتيجة لهذه الظروف.[٥١]

فكانت وجهة نظر مجلس الدولة الفرنسي فى تطبيق هذه النظرية هي أنه لو التزم بتطبيق النصوص المدنية على إطلاقها لترتب على ذلك توقف الملتزم على تنفيذ التزاماته فى نهاية الأمر، لعجزه عن تسيير المرفق نتيجة لارتفاع التكلفة عن الدخل، ولو حدث ذلك فإن أول المتضررين هم المنتفعون من المرافق العامة، وهو ما يمثل ضرراً بالمصلحة العامة ككل.[٥٢]

وفي مصر فقد أخذ القانون والقضاء المصرى بنظرية الظروف الطارئة ، بداية من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ ، والذي نص في مادته السادسة على أنه " إذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها ولا يد لمانح الالتزام أو الملتزم فيها ، وأفضت إلى الإخلال بالتوازن المالى للالتزام ، أو إلى تعديل كيانه الاقتصادي كما كان مقدراً وقت منح الالتزام ، جاز لمانح الالتزام أن يعدل قوائم الأسعار وإذا اقتضي الحال ، أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله، وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر فى استغلاله أو لخفض الأرباح الباهظة إلى القدر المقبول ". ، هذا بالإضافة إلى ما قرره القانون المدنى في المادة ١٤٧ منه والتى نصت على " 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 التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يردّ الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك."

---

[٤٩] ــ المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ٤٦٦٩ ،لسنة ٤١ ق.ع. ، جلسة ٢٥-١١-١٩٩٧

[٥٠] – د. جابر جاد نصار ، عقود B.O.T. والتطور الحديث لعقد الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون تاريخ نشر ، ص١٧٤

[٥١] – أ.د. سليمان الطماوى ، الأسس العامة في العقود الإدارية ، المصدر السابق ، ص ٦٤٣

[٥٢] – د. إبراهيم محمد على د. جمال عثمان جبريل : العقود الإدارية ، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، ٢٠٠١,٢٠٠٢، ص ٣٩٠

ومن ذلك يتضح أن نظرية الظروف الطارئة قد أقرت فى مصر بنصوص تشريعية، سواء للعقود الإدارية أو المدنية على حد سواء ، بالإضافة إلى ذلك فإن مجلس الدولة المصرى كان قد سلم بالنظرية وتطبيقها منذ نشأتها عام ١٩٤٦ ، واعتبرها من الأحكام الأساسية التى تقوم عليها نظرية العقد الإداري ، للدرجة التى جعلت من محكمة القضاء الإداري تعتبر نص القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ لم يكن إلا مجرد نص كاشف فقط وليس منشأ لنظرية الظروف الطارئة.(٥٣)

وتأخذ نظرية الظروف الطارئة حيز كبير من التطبيق في أحكام القضاء المصرى، وذلك على العكس من نظرية عمل الأمير والتى ما يكون تطبيقها نادراً ، ومن أحكام الإدارية العليا فى هذا الصد قضائها بأن " يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية أو ظروف من عمل جهة ادارية غير المتعاقدة أو ظروف من عمل انسان أخر، لم يكن فى حسبان المتعاقد عند إبرام العقد توقعها ولا يملك لها دفعاً. ويشترط في هذه الظروف أن يكون من شأنها إنزال خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد إخلالاً جسيماً. متى توافرت هذه الشروط أصبحت جهة الإدارة المتعاقد ملزمة فى مشاركة المتعاقد معها فى تحمل نصيب من خسائره ضماناً لتنفيذ العقد على النحو الذي يكفل حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد. وفي تقدير مدى الاختلال الحادث في العقد بسبب الظرف الطارئ يتعين الأخذ في الاعتبار جميع عناصره المؤثرة فى اقتصاداته وفيها كامل قيمة العقد ومدته، فيفحص في مجموعه دون التوقف عند أحد عناصره أو العناصر الخاسرة. ومؤدى ذلك أن التعويض الذي تلتزم به جهة الإدارة لا يستهدف تغطية الربح الضائع مهما كانت قيمته أياً كان مقداره أو الخسائر العادية المألوفة فى التعامل ، وإنما أساسه تحمل جهة الإدارة المتعاقدة لجزء من خسارة حقيقية وفادحة تندرج فى معنى الخسارة الجسيمة ، بغرض إعادة التوازن المالى للعقد بين طرفيه."(٥٤)

المطلب الثاني

شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

يجب لكى تطبق نظرية الظروف الطارئة توافر مجموعة من الشروط ، وقد أجملت المحكمة الإدارية العليا هذه الشروط في حكم لها فقضت بأنه " يستلزم لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية أو ظروف من عمل جهة ادارية غير المتعاقدة أو ظروف من عمل انسان أخر، لم يكن فى حسبان المتعاقد عند إبرام العقد توقعها ولا يملك لها دفعاً. ويشترط في هذه الظروف أن يكون من شأنها إنزال خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد إخلالاً جسيماً. متى توافرت هذه الشروط أصبحت جهة الإدارة المتعاقد ملزمة فى مشاركة المتعاقد معها فى تحمل نصيب من خسائره ضماناً لتنفيذ العقد على النحو الذي يكفل حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، يكون من حق الطرف المضار أن يطلب من الطرف الأخر مشاركته فى الخسارة كلها ولا يغطى إلا جزءاً من الأضرار التى تصيب المتعاقد – ليس له أن يطالب بالتعويض بدعوى أن أرباحه قد نقصت او لفوات كسب ضاع عليه كما أنه يجب ان تكون الخسارة واضحة متميزة – نتيجة ذلك : يجب لتقدير انقلاب اقتصاديات العقد واعتبارها قائمة أن يدخل فى الحساب جميع عناصر العقد التى تؤثر في اقتصاداته واعتبار العقد في ذلك وحدة واحدة ويفحص في مجموعه لا أن ينظر إلى أحد عناصره فقط بل يكون ذلك بمراعاة جميع عناصر العقد التى يتألف منها، أساس ذلك : قد يكون بعض هذه العناصر الأخرى التى

---

(٥٣) – أ. د. سليمان الطماوى ، الأسس العامة في العقود الإدارية ، المصدر السابق، ص ٦٣٨

(٥٤) – المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم ٣٥٦٢ ، لسنة ٢٩ ق. ع. ، جلسة ١٦-٥-١٩٨٧

أدت إلى الخسارة ، لا تنطبق هذه النظرية إذا كان خطأ المتعاقد قد وقع في أمور متوقعة قبل تنفيذ العقد وفقاً للسير الطبيعي للأمور للنظام المعتاد للعمل فى الإدارة العاملة"[٥٥]

ووفقاً لهذا الحكم فيجب أن تتوافر شروط محددة فى الظرف الطارئ حتى يصلح أن يكون سبباً للتعويض وهذه الشروط إما تتعلق بطبيعة الظرف الطارئ نفسه من حيث كونه عام واستثنائي، أو بطبيعة الظروف التى حدث فيها من كونه غير متوقع الحدوث ولا يمكن دفعه وأن يؤثر في اقتصاديات العقد بالإضافة لوقت وقوعه وهي الفترة التى ينفذ فيها العقد ، وعلى ذلك نتناول كل من هذه الشروط بالتفصيل على النحو التالي :

الفرع الأول

من حيث طبيعة الظرف الطارئ

أن يكون عاماً واستثنائي

يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة وقوع ظرف عام واستثنائي ، بمعنى أن يكون هذا الظرف غير خاص بالمتعاقد وحده ، فيكون أصاب مجموعة كبيرة من الأفراد من بينهم المتعاقد ، كما يشترط فيه أن يكون استثنائياً، وفي معنى الاستثناء قالت محكمة النقض أن الحادث الاستثنائي هو " الذي يشذ عن المجرى العادى للأمور فيخرج على الأصل الذي ألفه الناس بما يجعله نادر الوقوع وإن لم يكن غير مسبوق، وذلك أن سبق وقوعه فى أحوال متباعدة وغير رتيبة لا ينفي عنها وصف الاستثنائية، فالحروب يتكرر وقوعها على مر العصور ولكنها لا تتسم بالرتابة الدورية أو التلاحق حتى تصبح أمراً معتاداً لدى الناس يرتبون عليه معاملاتهم"[٥٦]

هذا وقد ذهب القضاء الفرنسي في أول الامر إلى أن هذا الظرف الاستثنائي يجب أن يكون اقتصادياً، وذلك على أساس أن هذه النظرية تتعلق بحماية المتعاقد ضد المخاطر الاقتصادية ، وتمييزاً لنظرية الظروف الطارئة عن نظرية عمل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة، والتى تحمى كلاً منهما المتعاقد من المخاطر الإدارية والمخاطر الطبيعية.

إلا أن الفقه قد استقر فى النهاية على نسبية هذا التقسيم ، ويرجع ذلك لتدخل الدولة في ظروف الإنتاج مما يجعل الثلاث صور السابقة متداخلة مع بعضها البعض، فإذا ما كانت نظرية الظروف الطارئة تستوجب إخلالاً جسيماً في اقتصاديات العقد ، إلا أن هذا الإخلال قد يكون بسبب العديد من العوامل سواء الطبيعية منها أو الإدارية . وبذلك يمكن التأكيد على أن نطاق الظرف الطارئ ومع تطور أحكام مجلس الدولة فى مصر وفرنسا قد اتسع جداً ، ليتضمن العديد من الظروف المختلفة ، فقد يكون ظرفاً طبيعياً كالفيضانات والزلازل ، وقد يكون اقتصادياً كارتفاع الأسعار والأجور ، وقد يكون ناتجاً عن فعل جهة إدارة غير متعاقدة ، وهو ما أخذ به مجلس الدولة الفرنسي فطبق الحالات الثلاث في كثير من أحكامه.[٥٧]

---

[٥٥] – المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم ٥٤٩ ، لسنة ٣٥ ق.ع. ، جلسة ٤-٤-١٩٩٣

[٥٦] – حكم محكمة النقض الصادر في ١٨-٤-١٩٦٣ ، مشار إليه فى د. هيثم حليم غازى ، التوازن المالى للعقود الإدارية ، المصدر السابق ،ص ١١٢

[٥٧] – أ. د. سليمان الطماوى ،الأسس العامة في العقود الإدارية ، المصدر السابق ،ص ٦٤٦

وهو ما أقره مجلس الدولة المصرى فى العديد من أحكامه فطبق حالات الظروف الثلاثة ومن هذه الأحكام حكم الإدارية العليا بأنه " مناط إعمال نظرية الظروف الطارئة أن تطرأ خلال تنفيذ العقد الإداري ظروف طبيعية أو اقتصادية لم تكن فى حسبان المتعاقد ... " [٥٨]

الفرع الثاني

أن يكون الظرف طارئ وغير متوقعاً

يشترط فى الظرف الطارئ أن يكون غير متوقع الحدوث من المتعاقد مع الإدارة حال إبرامه للتعاقد ، ولم يكن بوسعه توقع حدوثه وفقاً للمجرى العادى للأمور ويكون للقاضي سلطة تقدير مدى توقع المتعاقد لوقوع الظرف الطارئ أو امكانية وقوعه فى ضوء معيار الرجل العادى .[٥٩]

ويعد هذا الشرط هو الشرط الجوهري فى نظرية الظروف الطارئة ، وهو الذي سميت باسمه النظرية ، ذلك أن كل عقد يحمل فى طياته بعض المخاطر، وكل متعاقد حذر يجب عليه أن يقدر هذه المخاطر فإذا قصر في ذلك فعليه تحمل نتيجة تقصيره ، أما الظرف الذي يستحق عليه المتعاقد التعويض فهو الظرف الخارج عن كل توقع . [٦٠]

ويتفرع عن ذلك الشرط عدم امكانية دفعه ، فإذا كان بالإمكان دفع الظرف الطارئ عن المتعاقد ، يستوى في هذه الحالة أن يكون متوقعاً أو غير متوقع ، فلا يصلح سنداً لتطبيق نظرية الظروف الطارئة. [٦١]

وتاريخ الاعتداد بعدم التوقع هو تاريخ إبرام العقد ، إلا أنه نظراً لما تمر به العقود من إجراءات ، ووجود فوارق زمنية بين تقديم العطاءات والتزام المتعاقد بالبقاء على ايجابه ، وبين تاريخ إبرام العقد ، فلذلك يجب الأخذ في الاعتبار التاريخ الذي يلتزم فيه المتعاقد مع الإدارة حيث انه يصبح ملتزم بعدم الرجوع فى عطائه وبين التاريخ النهائي لإبرام العقد.[٦٢]

وقد أكدت على هذا الشرط المحكمة الإدارية العليا بقضائها أنه " .. الشرط الخاص بوجوب أن تكون الصعوبة طارئة أو غير متوقعة أو مما لا يمكن توقعه أو ليس في الوسع توقعها ، هذا الشرط ينطوى إلى حد كبير على معنى المفاجأة في صورة معينة ، كأن يجد المتعاقد مع الإدارة نفسه فى إزاء حالة لم يكن يتوقع حدوثها لا بناء على دفتر الشروط ولا من دراسته الأولية للمشروع ، أو بالرغم مما نبه إليه أو ما اتخذه من حيطة لا تفوت على الشخص البصير بالأمور قبل الإقدام على المساهمة في تسيير المرفق والتعاقد بشأنه"[٦٣]

وفي نفس السياق قالت محكمة التمييز العراقية أنه " .. إن المميز يستند فى دعواه بطلب الفسخ إلى حكم المادة (٨٧٨) مدنى عراقي، حيث أن الحكم الذي جاءت به المادة المذكورة هو تطبيق لنظرية الظروف الطارئة التى تقرر مبدأ ما في المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى ولما كان من شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة في عقد

---

[٥٨] –المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ١١٨٦ ، لسنة ١٠ ق.ع. ، جلسة ٢٥ -١١-١٩٦٧ ، ومن تطبيقات مجلس الدولة أيضاً فتواه رقم ٣٦٠ الصادرة الصادرة فى ١٧-٧-١٩٥٤ ، الموسوعة الإدارية الحديثة ، الجزء ١٨ ، ص ٨٦٩

[٥٩] – د.عبد المنعم عبد العزيز ، الأسس العامة فى العقود الإدارية ، المصدر السابق ،ص ٢٢٣

[٦٠] – أ.د. سليمان الطماوى ،الأسس العامة في العقود الإدارية ، المصدر السابق ، ص ٦٥٠

[٦١] – د. هيثم حليم غازى ، التوازن المالي في العقود الإدارية ، المصدر السابق، ص ١٢٦

[٦٢] – د. السيد فتوح هنداوى ، دور القاضي الإداري في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، المصدر السابق ، ص ٣٧٩

[٦٣] – المحكمة الإدارية العليا ، الدعوى رقم ٧٨٩٢ ، لسنة ٨ ق. ع. ، جلسة ٢٠-١-١٩٥٧

المقاولة أن يحدث أثناء تنفيذ عقد المقاولة حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وقت التعاقد يترتب عليها زيادة تكاليف العمل زيادة فاحشة تجعل تنفيذ المقاول التزامه مرهقاً وعسيراً وحيث أن الثابت فى أوراق الدعوى أن فيضان سنة ١٩٧٨ كان غير اعتيادي بالمقارنة بالفيضانات السابقة ، وأنه لم يكن متوقعاً لذا كان على المحكمة أن تتحقق عما إذا كانت الفيضانات تعتبر من الحوادث الاستثنائية غير المتوقعة وهل ترتب عليها زيادة فاحشة تجعل تنفيذ المقاول لالتزامه بإكمال العمل مرهقاً وعسيراً أم لا ؟ "[٦٤]

الفرع الثالث

أن يقع الظرف أثناء تنفيذ العقد

يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يقع الظرف الطارئ خلال فترة تنفيذ العقد، وهو ما يقتضى أن يكون تنفيذ العقد ممتد لفترة طويلة من الزمن، حتى تجد الظروف الطارئة سبيلها إلى الإخلال بالعقد، ولذلك فإن النظرية تجد أغلب تطبيقاتها فى عقد التوريد والنقل والأشغال العامة.[٦٥]

وقد عبرت عن ذلك المحكمة الإدارية العليا بقولها " أن مقتضي نظرية الظروف الطارئة أن يطرأ خلال مدة تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية...". وبالرغم من ذلك فإنه إذا كان العقد فورى وغير متراخ فى تنفيذه ، وطرأت ظروف استثنائية عقب إبرامه، فلا يوجد ما يمنع من تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، وإن كان هذا الفرض نادر الحدوث نسبياً.

وعلى ذلك فإن نظرية الظروف الطارئة تقتضي حدوث الظرف الطارئ أثناء تنفيذ العقد ، ولكن السؤال المثار هنا حول الظروف الطارئة التى تحدث قبل إبرام العقد وتلك التى تحدث بعد المدة المحددة لتنفيذه ؟

والواقع فإن الأصل أن القاضي لا يحكم بالتعويض عن الأضرار التى تنتج عن الظروف التى تطرأ قبل إبرام العقد ، ذلك أن هذه الظروف وقعت قبل إبرام العقد وتقديم العطاء من المتعاقد فمن المفترض علم المتعاقد بها وإدخالها فى حساباته ومن ثم قبوله بها، فلا يجوز له بعد ذلك الاحتجاج بها على أساس أنه لم يكن على علم أو توقع بها.

إلا أنه في حالة ما إذا كان المتعاقد قد قدم العطاء، ثم حدثت الظروف الاستثنائية ففي هذه الحالة يستطيع المتعاقد الاحتجاج بها نظراً لأنه لم يكن على علم بها، ولم يكن بمقدوره تعديل عطائه بعد تقديمه.[٦٦]

أما بالنسبة للظروف التى تطرأ بعد المدة المحددة لتنفيذ العقد الإداري فإن القاعدة هي عدم التعويض عن هذه الظروف لانعدام أثرها على التنفيذ بالنسبة للعقد الذي تم تنفيذه ، إلا أنه فى حالة ما إذا امتد تنفيذ العقد عن المدة المحددة أصلاً للتنفيذ لظروف ترجع إلى المتعاقد أو للجهة الإدارية ، وحدثت ظروف طارئة أثرت على التنفيذ خلال هذه المدة ، فإن التساؤل المثار فى هذه الحالة يكون حول مدى امكانية تطبيق نظرية الظروف الطارئة؟

والواقع فإن المحكمة الإدارية العليا قد فرقت فى هذا الفرض بين الظروف التى تطرأ بيد المتعاقد نتيجة تأخره في التنفيذ ، والظروف التى تطرأ عن تأخر الإدارة فى التنفيذ ، فبخصوص الفرض الأول فإن المحكمة الإدارية العليا قد استقرت على أن المتعاقد لا يستحق التعويض في هذه الحالة لأنه كان سبب التأخر في التنفيذ وبالتالى

---

[٦٤] – محكمة التمييز العراقية ، دعوى رقم ٥٨٨ مدنى ، جلسة ٢٢-٤-١٩٧٤ ، مشار إليه فى د. بوحتيم سليم ، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على التوازن المالى للعقد للصفقة العمومية ، مذكرة مكملة لمتطلبات شهادة الماجستير ، جامعة حمد خيضر بسكر ، كلية الحقوق والسياسة ، ٢٠١٢,٢٠١٣ ، ص ٢٩

[٦٥] – أ. د. سليمان الطماوى ،الأسس العامة في العقود الإدارية ، المصدر السابق ، ٦٥٤

[٦٦] – د. هيثم حليم غازى ، التوازن الماليفي العقود الإدارية ، المصدر السابق ،ص ١٢٣

عليه تحمل نتيجة أفعاله ، وحيث قضت بأنه " الثابت بخصوص العقد محل المنازعة أن المدعى عليه تعاقد في ١٩٧٣/٩/١١ على إنشاء مبنى نقطة شرطة ، بمحافظة المنيا على أن يتم التنفيذ في موعد ١٩٧٣/١٢/٣١ ، إلا أن المدعى عليه تأخر فى تنفيذ العملية المقدر لها ثلاثة أشهر ونصف حوالى سنة وتسعة أشهر ولم يكن قد أنجز من العملية حتى يوم سحب العملية منه في ١٩٧٥/٩/٢٣ إلا حوالى ٩٠% من مجموع الأعمال التى تتألف منها المقاولة ولئن كان تنفيذ الأعمال المتبقية على حساب المقاول .. قد أسفر عن زيادة فى الأسعار بلغت... إلا أن هذه الزيادة لا تنسب إلى ظروف حرب اكتوبر ١٩٧٣ إذ يتعين فى المقام الأول أن تطرأ الحوادث الاستثنائية العامة خلال مدة تنفيذ العقد الإداري وأن تكون خلال تلك المدة – وليس بعدها- مؤثر في التزامات المتعاقد مع الإدارة بحيث تهدده بخسارة فادحة وتجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً له . ولما كانت مدة التعاقد مع الطعون ضده تنتهى بنهاية سنة ١٩٧٣ ، ولم يثبت من الأوراق أن الأسعار ارتفعت فيما بين إبرام العقد مع المدعى ونهاية مدة التنفيذ المتفق عليها فى يوم ١٩٧٣/١٢/٣١ فيما يخل باقتصاديات العقد ويجعل تنفيذه مرهقاً... لذلك يتعين الحكم بأن ظروف حرب أكتوبر لا تشكل بالنسبة للعقد محل المنازعة حوادث استثنائية عامة تهدد المدعى عليه بخسائر فادحة على الحكومة تعويضه عنها"[٦٧]

أما فى حالة ما إذا كان سبب التأخير هو الإدارة المتعاقدة ، فإنها تكون ملزمة بتعويض المتعاقد معها بالتعويضات المستحقة، وكذلك فى الحالة التى يطلب فيها المتعاقد الاجل وتوافق الإدارة على هذا الأجل ، وحدثت ظروف استثنائية خلال مدة الأجل فإن الإدارة تكون ملزمة بتعويضه عن هذه الظروف ، وهو ما أكدته الإدارية العليا بقضائها " إذا كانت الوزارة قد وافقت على امتداد المدة المحددة في العقد للتنفيذ، ووقع الحادث الطارئ خلال الامتداد الذي سبق أن وافقت عليه الإدارة فتأخذ حكم المحددة فى العقد"[٦٨]

الفرع الرابع

أن يؤدى الظرف الطارئ إلى قلب اقتصاديات العقد

يشترط كذلك لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، أن يؤدى الظرف الطارئ إلى قلب اقتصاديات العقد، أى تحدث خسائر جسيمة تخلل بالعقد إخلالاً غير عادى، فلا يكفى أن تحدث خسائر عادية ، بل يجب أن تتجاوز الأضرار الموجبة للضرر العادى ، ذلك أن مجرد حدوث ضرر عادى للمتعاقد هو أمر متوقع الحدوث للمتعاقد أثناء تنفيذ العقد، فإذا ما أردنا تطبيق نظرية الظروف الطارئة يجب أن يصبح الالتزام مرهقاً للمتعاقد، وبحيث يكون الضرر الذي أصابه جسيماً وغير عادى، ونتج عنه خسائر فادحة للمتعاقد[٦٩]

والواقع فإن فكرة قلب اقتصاديات العقد هي فكرة نسبية، تقدر في كل حالة على حدة ووفقاً لظروف العقد وموضوعه، وفي ذلك يضع مجلس الدولة الفرنسي مجموعة من الاعتبارات نصب عينيه في تقديره لهذه الظروف، مثل رقم الاعمال الخاص بالشركة المتعاقدة ، ومقدار احتياطاتها ومدى سهولة حصولها على الأموال اللازمة لممارسة نشاطاتها... وغيرها . [٧٠]

واستقر قضاء المحكمة الإدارية العليا على تحديدها لمدى جسامة الضرر الذي يصيب المتعاقد بسبب الظرف الطارئ على إدخال جميع عناصر العقد التى تؤثر في اقتصاداته وقضت بأن " يجب لتقدير انقلاب اقتصاديات

---

[٦٧] ــ المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم ٨٤٣ ، ٩٢٢ ، لسنة ٢٦ ق.ع. ، جلسة ٢٠ -١١-١٩٨٢

[٦٨] ــ المحكمة الإدارية العليا ، طعن ٢١٥٠ ، لسنة ٦ ق.ع. ، جلسة ٩-٦-١٩٦٢

[٦٩] – د.السيد فتوح هنداوى ، دور القاضي الإداري فى إعادة التوازن المالى للعقود الإدارية ، مصدر سابق، ص ٣٨٢

[٧٠] ــ أ. د. سليمان الطماوى ، الأسس العامة في العقود الإدارية ، المصدر السابق ،ص ٦٥٧

العقد واعتبارها قائمة أن يدخل في الحساب جميع عناصر العقد التى تؤثر في اقتصاداته واعتبار العقد في ذلك وحدة واحدة ويفحص في مجموعه لا أن ينظر إلى أحد العناصر فقط .." [٧١]

وقلب اقتصاديات العقد لا يجعل من تنفيذ الالتزام مستحيلاً إلا أنه يجعل منه مرهقاً إلى حد كبير بالنسبة للمتعاقد ، وفي ذلك تقول محكمة القضاء الإداري " مفاد نظرية الطوارئ غير المتوقعة أو الظروف الطارئة حسبما وضع أصولها وقواعدها الفقه والقضاء الإداري، أنه إذا حدث أثناء تنفيذ العقد الإداري ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد فقلبت اقتصاداته وإذا كان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أن تجعل من تنفيذ العقد مستحيلاً بل أثقل عبئاً وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول، وإذا كانت الخسارة الناتجة عن ذلك تجاوز الخسارة العادية التى يتحملها أى متعاقد إلى خسارة فادحة استثنائية وغير عادية، فإن من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الأخر مشاركته فى هذه الخسارة التى تحملها فيعوضه تعويضاً جزئياً " [٧٢]

المطلب الثالث

أثار تطبيق نظرية الظروف الطارئة

يترتب على توافر شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة استحقاق المتعاقد مع الإدارة للتعويض بالإضافة إلى وجوب استمراره في تنفيذ العقد ، وسنتناول كل من هذين الأثرين على النحو التالى:

الفرع الأول

وجوب استمرار المتعاقد فى تنفيذ العقد

أشرنا إلى أن قلب الظروف الطارئة لاقتصاديات العقد الإداري ، لا تجعل من تنفيذ الالتزام مستحيلاً وإنما فقط تجعل من التنفيذ أكثر مشقة وكلفة بالنسبة للمتعاقد، وعليه ففي حالة توافر الظروف الطارئة التى تجعل من الالتزام مرهقاً للمدين، لا يحق للمدين أن يتوقف عن تنفيذه العقد ، بل يجب عليه الاستمرار فى تنفيذ العقد الإداري حتى في ظل الظروف المرهقة الناتجة عن الظرف الطارئ، وله بعد ذلك المطالبة بالحصول على التعويض إذا كان له مقتضي.

والواقع فإن التزام المتعاقد بالاستمرار فى التنفيذ، هو من اللوازم الناتجة عن طبيعة العقد الإداري وخصائصه الذاتية، من كونه يهدف لاستمرار سير المرافق العام وانتظامه، وبالتالى فليس من حق المتعاقد أن يمتنع عن التنفيذ بحجة أن هناك ظروف طارئة قد أثرت عليه في التنفيذ، بل يتعين عليه أن يستمر فى التنفيذ مادام ذلك فى استطاعته ، ثم مطالبة جهة الإدارة بالتعويض.[٧٣]

وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في حكمها بعد أن أوضحت شروط تطبيق النظرية بأنه " ليس مؤدى تطبيق هذه النظرية بعد توافر شروطها، أن يمتنع المتعاقد فوراً عن تنفيذ التزاماته الواردة بالعقد"[٧٤]

---

[٧١] - المحكمة الإدارية العليا ، جلسة ١٧- ٦-١٩٧٢ ، مشار إليه فى د. هيثم حليم غازى ، المصدر السابق، ص ١٣٢

[٧٢] –محكمة القضاء الإداري ، الدعوى رقم ١٠٢٤٢ ، لسنة ٥٠ ق. ، جلسة ١٦-٣-٢٠٠٨

[٧٣] – د. هيثم حليم غازى ، التوازن المالي في العقود الإدارية ، المصدر السابق ،ص ١٣٥

[٧٤] –المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ٢٥٤١ و لسنة ٢٩ق.ع. ، جلسة ٣٠-١١-١٩٨٥

ليس ذلك فقط ، بل كذلك لا يجوز للمتعاقد في حالة توقفه عن التنفيذ أن يطالب الإدارة بالتعويض، فحق المتعاقد في المطالبة بالتعويض يسقط إذا ما توقف عن تنفيذ التزاماته ، بل ويحق للإدارة أن توقع عليه الجزاءات المقررة ومن بينها غرامات التأخير.

وهو ما استقرت عليه أحكام المحكمة الإدارية العليا بقولها " ليس مؤدى تطبيق هذه النظرية بعد توافر شروطها أن يمتنع المتعاقد عن تنفيذ التزاماته الواردة بالعقد وإن كانت تتيح له دعوة الإدارة المتعاقدة للمشاركة معه فى تحمل نصيب من الخسارة التى حاقت به نتيجة تنفيذ العقد في ظل الظروف الطارئة ويقتصر دور القاضي في هذه الحالة على إلزام الإدارة المتعاقدة بالتعويض المناسب دون أن يكون له تعديل الالتزامات العقدية"[٧٥]

الفرع الثاني

حق المتعاقد في الحصول على تعويض

إن شرط التزام المتعاقد بالاستمرار فى التزاماته في ظل الظروف الطارئة ، يقابله حق المتعاقد في الحصول على التعويض من الإدارة، حيث تلتزم الإدارة بتحمل جزء من الخسائر التى تحملها نتيجة الظروف الطارئة وذلك ضماناً لاستمراره في تنفيذ العقد تحقيقاً لمصلحة المرفق العام.

ويعد التزام الإدارة هنا بمثابة معونة مالية ، فالقاضي في ظل الظروف الطارئة لا يستطيع الحكم بغير إلزام الإدارة تعويض المتعاقد معها ، وذلك يعد هو الفارق الجوهري بين نظرية الظروف الطارئة في القانون المدنى والإداري، فبينما يستطيع القاضي في ظل القانون المدنى أن يغير من التزامات المتعاقدين ، فإنه في ظل القانون الإداري لا يملك أكثر من الحكم بتعويض المتعاقد مع الإدارة. [٧٦]

والإدارة فى ظل نظرية الظروف الطارئة لا تكون ملزمة بتعويض المتعاقد معها عن كل ما لحق به من خسائر وما فاته من كسب على غرار نظرية فعل الأمير، ولكنها فقط تكون ملزمة بتعويض جزئي يغطى جزء الخسارة الجسيمة التى لحقت بالمتعاقد، وبالقدر الذي يعيد التوازن المالى للعقد حتى يتمكن من الوفاء بالتزاماته التعاقدية كاملة وذلك ضماناً لسير المرافق العامة حتى لا يضار المستفيدين من خدماته.

ووفقاً لذلك، فإن التعويض هنا يتسم بالطابع المؤقت وذلك لحين إعادة التوازن المالى للعقد الإداري وإنهاء الظرف الاستثنائي الذي تسبب فيه، فالتعويض هنا يرتبط بالظرف الاستثنائي وجوداً وعدماً.[٧٧]

وتقدير التعويض لا يحكمه قاعدة ثابتة وإنما يراعى فيه القاضي مقتضيات الحال وظروف المتعاقد، وقدر التعويض اللازم حتى لا يتوقف التنفيذ[٧٨]، ويكون التعويض بالقدر اللازم الذي يزيل العسر عن المتعاقد ويمكنه من الاستمرار فى التنفيذ، فلا مجال لتعويض المتعاقد عن الأرباح الذي نقصت أو ضاعت عليه مثلاً ، وهو ما تؤكده المحكمة الإدارية العليا بقولها " ولما كان التعويض الذي يدفع طبقاً لهذه النظرية لا يشمل الخسارة كلها ، ولا يغطى سوى جزء من الأضرار التى تصيب المتعاقد فإن المدين ليس له أن يطالب بالتعويض بدعوى أن أرباحه قد نقصت أو لفوات كسب ضاع عليه "[٧٩]

---

[٧٥] - الحكم السابق الاشارة إليه
[٧٦] – أسيد فتوح هنداوى ، دور القاضي الإداري في إعاة التوازن المالي للعقد الإداري، المصدر السابق، ص ٣٨٨
[٧٧] – د. هيثم حليم غازى ، التوازن المالي في العقود الإدارية ، المصدر السابق، ص ١٣٩
[٧٨] – د. جابر جاد نصار ، الوجيز فى العقود الإدارية ، مصدر سابق ،ص ٣٤٤
[٧٩] – المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم ٥٩٥٥ ، لسنة ٤٣ ق.ع. ، جلسة ٨-٥-٢٠٠٣

ولا يخضع القاضي في حكمه بتقدير التعويض لأسس ثابتة، بل يراعى القاضي ظروف التعاقد وسلوك أطرافه في كل عقد على حدة، وبشكل عام يمكن الرجوع إلى عدد من القواعد عند الحكم بالتعويض وهي :

- تحديد بداية الظروف الطارئة ، حيث أنها اللحظة التى سيبدأ من وقتها حساب الخسائر لتقدير التعويض، ويبدأ تاريخ التعويض منذ اللحظة التى تبدأ فيها الأسعار بالارتفاع مما يزيد من مشقة المتعاقد في التنفيذ.
- أيضاً أهمية تحديد ما لحق المتعاقد من خسارة ناتجة عن الظرف الطارئ ، بحيث يكون التقدير غير شامل لكل الخسائر بل يكون تعويضاً جزئياً بحيث يتحمل المتعاقد جزء من تلك الخسائر وتتحمل الإدارة الجزء الأكبر.[٨٠]
- وأخيراً توزيع عبء الخسائر بين الإدارة والمتعاقد، ويتفق مجلس الدولة الفرنسي والمصري على هذه القاعدة[٨١]، إلا أن القضاء استقر على تحميل الإدارة الجانب الأكثر من الخسائر وذلك تشجيعاً للمتعاقد مع الإدارة على تنفيذ التزاماته وضماناً لمصلحة المرفق العام.[٨٢]

المبحث الثالث

نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

قد يواجه المتعاقد مع الإدارة صعوبات مادية معينة لم يكن يتوقعها عند تنفيذه العقد الإداري ، ويكون من شأنها زيادة التكاليف عن الحد المقرر، وجعل تنفيذ العقد مرهقاً، ولذلك عمل مجلس الدولة الفرنسي على ابتداع نظرية تسمى بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة لمواجهة الصعوبات التى تقابل المتعاقد أثناء تنفيذه العقد ، ويرجع تطبيق هذه النظرية إلى النصف الثانى من القرن التاسع عشر، حيث طبق القضاء الفرنسي لأول مرة في قضية " Duche " وذلك فى ٢٤-٦-١٨٦٤ ، حيث قضي المجلس بتعويض المتعاقد مع الإدارة عن الصعوبات المادية غير المتوقعة التى واجهته أثناء تنفيذ العقد حتى يتمكن من الاستمرار في التنفيذ.[٨٣]

وسرعان ما تواترت أحكام القضاء الفرنسي في تطبيق هذه النظرية حتى استقرت وظهرت معالمها وأسسها بوضوح ، ثم ظهرت هذه النظرية فى مصر عقب نشأة مجلس الدولة المصرى عام ١٩٤٦ ، وكان أول حكم قضاءي بتطبيق النظرية هو حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في الخامس من مايو ١٩٥٣ ، وسنتناول نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من خلال بيان ماهيتها وشروط تطبيقها والأثار المترتبة عليها كل فى فرع مستقل على النحو التالى :

---

(٨٠) – د. ابراهيم الدسوقي عبد اللطيف ، عقد امتياز المرافق العامة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس، ٢٠٠٣ ، ص ٣٢٥

(٨١) – أ. د. سليمان الطماوى ،الأسس العامة في العقود الإدارية، المصدر السابق ،ص ٦٧٤

(٨٢) – د. عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد ، أثر نظرية الظروف الطارئة والصعوبات المادية على تنفيذ العقد الإداري ، مصدر سابق ،ص ٧٤

(٨٣) – د. أنور رسلان ، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، بحث بمجلة القانون والاقتصاد، السنة ٤٨، العدد الأول والثاني ، ١٩٨٠ ، ص ٨٢٥

المطلب الأول

ماهية نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

أشرنا إلى أن القضاء الإداري الفرنسي هو من ابتدع نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وبالتالى فهي نظرية ذات نشأة قضائية شأنها فى ذلك شأن نظريتي عمل الأمير والظروف الطارئة، وقد ابتدع مجلس الدولة الفرنسي هذه النظرية لحماية المتعاقد من الصعوبات المادية التى قد تواجهه بدون توقع منه فتجعل من تنفيذ التزاماته مرهقة وأكثر كلفة، وهو ما قد يعرض المرفق العام لخطر الوقوف وعدم الانتظام، إذا لم يكن باستطاعة المتعاقد مواجهة هذه الظروف.

وقد تعددت التعريفات الفقهية والقضائية لهذه النظرية فقد عرفها البعض بأنها "تلك الصعوبات التى تظهر أثناء تنفيذ العقد وتكون ذات طابع استثنائي بحيث لم يتوقعه المتعاقدان أثناء إبرام العقد ويكون من نتيجتها جعل العقد أكثر تكلفة ومن ثم فإنها تفتح أمام المتعاقد الحق في أن يحصل على تعويض كامل في شكل زيادة حقوقه المالية مقابل التزاماته العقدية"[٨٤].

وعرفها الأستاذ الدكتور الطماوى بأنه "إذا ما صادف المتعاقد أثناء تنفيذ التزاماته التعاقدية صعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية خالصة، ولا يمكن توقعها بحال من الأحوال عند إبرام العقد، وتؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مرهقاً، فيكون من حقه أن يطالب بتعويض كامل عما تسببه هذه الصعوبات من أضرار"[٨٥]

وقد عرفت المحكمة الإدارية العليا النظرية وشروطها بقولها " إن مقتضي هذه النظرية حسبما استقر عليه قضاء هذه المحكمة أنه عند تنفيذ العقد الإداري وبخاصة عقود الأشغال العامة قد تطرأ صعوبات مادية استثنائية لم تدخل في حساب طرفي العقد وتقديرهما عند التعاقد ..، وبالتالى يكون من الثابت من الأوراق أن هناك صعوبات مادية لم تكن متوقعة لدى طرفي العقد قد صادفت تنفيذ الأعمال الإضافية التى قامت الإدارة بإسنادها إلى المطعون ضده خارج نطاق العقد وأن تلك الصعوبات غير عادية ترجع إلى طبيعة الأرض وأنه ما كان بإمكان طرفي العقد توقعها وهو ما يفيد توافر شروط انطباق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بما يتعين معه تعويض المقاول بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد زيادة تغطى جميع الأعباء والتكاليف التى تحملها باعتبار الأسعار المتفق عليها فى العقد لا تسري إلا على الأعمال العادية المتوقعة."[٨٦]

والواقع أن هذه التعريفات جميعها تتفق على معنى واحد وإن كانت تختلف في صياغتها من تعريف لأخر، إلا أن البعض من الفقه يقصرها على عقود الأشغال العامة دون غيرها من العقود الإدارية، فقد عرفها البعض[٨٧] بأنها " نظرية خاصة في مقاولات الأشغال العامة تفترض صعوبات مادية لا يستطيع المتعاقدين توقعها ترمى بأعباء خطيرة وغير طبيعية على عاتق المقاول، مثل مواجهة طبقات مائية غير متوقعة في حفر نفق ".

---

(٨٤) – م. د. ماهر ابو العينين ، الكتاب الثالث ، المصدر السابق ،ص ٥٤١

(٨٥) - أ. د. سليمان الطماوى ، الأسس العامة في العقود الإدارية، المصدر السابق ،ص ٦٨٦

(٨٦) – المحكمة الإدارية العليا ، الطعن ٥٦٧ ، لسنة ٣٩ ق.ع. ، جلسة ٣٠-١٢-١٩٩٧ ، الموسوعة الإدارية الحديثة ، الجزء ٤٩ ، ص ١٧٠ وما بعدها.

(٨٧) – Lajoye Christophe : droit des marches publics , Giuliano editor, ٢e ed, ٢٠٠٥ , p. ١٧٩

إلا أن الغالب في الفقه الفرنسي والمصري قد استقر على أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة هى نظرية عامة تنطبق على جميع العقود الإدارية متى توافرت شروطها ، ولا يجوز قصر مجال تطبيقها على عقود الأشغال العامة بصفة خاصة.[٨٨]

هذا وإن كانت نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة تتشابه مع غيرها من نظريات التوازن المالى كفعل الأمير والظروف الطارئة، إلا أن ثمة اختلافات رئيسية يمكن التمييز بينهم من خلالها تتمثل في : من حيث طبيعة كل منهم فإن نظرية الصعوبات المادية تقوم على مخاطر طبيعية لم يمكن للمتعاقدين توقعها أو اكتشافها بالرغم من وجودها وقت إبرام العقد فى حين أن نظرية فعل الأمير تقوم على مخاطر ادارية تقوم بها جهة الإدارة ، أما نظرية الظروف الطارئة فهي ناتجة عن مخاطر وظروف لا دخل لإرادة المتعاقدين فيها ولم تكن موجودة وقت إبرام العقد، ومن حيث النتائج المترتبة على كل منهم فإن نظرية فعل الأمير تتميز بكون تطبيقها يقضي بتعويض المتعاقد تعويض كامل وهو نفس الأمر بالنسبة لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وذلك على العكس من نظرية الظروف الطارئة التى تقضي بتعويض المتعاقد تعويض جزئي عما لحقه من خسارة وبهدف إعادة التوازن المالى للعقد ومساعدته على تنفيذ التزامه.

وبناء على ما سبق، فإن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة هي نظرية ابتدعها القضاء الإداري بغرض تعويض المتعاقد عما لحقه من خسارة ، نتيجة مواجهته صعوبات مادية استثنائية أثناء تنفيذه العقد لم يتوقعها ولم يكن فى إمكانه توقعها وقت إبرام العقد.

المطلب الثاني

شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

لكى تنطبق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة على العقد الإداري، وبالتالى يستحق المتعاقد التعويض يلزم توافرها عدد من الشروط ، تتعلق معظمها بالصعوبات، كأن تكون الصعوبات مادية وغير متوقعة وخارجة عن إرادة المتعاقدين ، وبالطبع يلزم أن يكون من شأن هذه الصعوبات أن ترهق المتعاقد مع الإدارة وتجعل من تنفيذه التزامه أكثر كلفة وأثقل مشقة. ونتناول هذه الشروط بالتفصيل على النحو التالى :

الفرع الأول

أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية واستثنائية

يتعين لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أن تكون الصعوبات التى يواجهها المتعاقد ذات طبيعة مادية بحتة ولا يمكن له توقعها عند إبرامه العقد[٨٩]، وذلك كوجود طبقات صخرية فى مكان تنفيذ عقد أشغال عامة، مما يجعل من أعمال الحفر أكثر كلفة، أما إذا كانت الصعوبات التى يواجهها المتعاقد تتعلق بظروف أخرى اقتصادية أو إدارية، فلا مجال في هذه الحالة لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، بل تطبق نظرية عمل الأمير أو الظروف الطارئة متى توافرت شروط تطبيقهم.

وفي حقيقة الأمر فإن الوضع الغالب يكون مصدر الصعوبات المادية هذه ظواهر طبيعية، كأن تكون طبيعة الأرض التى يتم عليها تنفيذ المشروع محل التعاقد طبقات صخرية مما يستلزم تفتيتها، أو هشة غير متماسكة مما

---

[٨٨] – د. هيثم حليم غازى ، التوازن المالي في العقود الإدارية ، المصدر السابق، ص ١٥٦

[٨٩] – راجع حكم المحكمة الإدارية العليا ، في الطعن رقم ٥٦٧ لسنة ٣٩ ق. ع. ، مشار إليه سابقاً ، الموسوعة الإدارية الحديثة ، ص ١٧١

يستلزم تدعيمها، أو ارتفاع غير عادى فى منسوب المياه الجوفية مما يستلزم سحبها ومعالجة التربة، وفي كل هذه الحالات تعتبر صعوبات مادية تجعل من تنفيذ الالتزام أكثر كلفة ومشقة على المتعاقد الملتزم.

ولا يكفي أن تكون الصعوبات مادية، بل يجب أن تكون استثنائية ولا يستطيع المتعاقد توقعها ، وهو ما تواترت عليه أحكام الإدارية العليا، ومن ذلك قضائها بأن " مناط إعمال نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، والتى تعطي المتعاقد مع جهة الإدارة حقاً في طلب التعويض، هو أن يصادف المتعاقد صعوبات مادية وغير عادية واستثنائية لم يكن من الممكن توقعها بحال من الأحوال عند إبرام العقد، لا محل لتطبيق النظرية عندما تكون كل ملابسات المشروع تحت نظر الشركة وعلى علم بها أولاً بأول وبمراحل تنفيذ العقد"[٩٠]

الفرع الثاني

ألا تكون الصعوبات متوقعة عند إبرام العقد

يجب أن تكون الصعوبات المادية غير متوقعة بالنسبة للمتعاقد حتى تنطبق النظرية ويحق له المطالبة بالتعويض، فإذا كان المتعاقد متوقعاً لهذه الصعوبات أو كان فى إمكانه توقعها عند إبرام العقد، فلا مجال لتطبيق النظرية، ذلك أن المتعاقد ما دام كان عالماً بهذه الصعوبات ولم يبدى تحفظاته عليها وقت إبرام العقد، فإنه بذلك يكون مخطأ ومقصر في عمله وعليه ان يتحمل نتيجة تصرفاته.

وتؤكد على ذلك الشرط اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات في مادتها ٨٠ بقولها " يلتزم المقاول بأن يتحرى بنفسه طبيعة الأعمال وعمل كل ما يلزم لذلك من اختبارات وغيرها للتأكد من صلاحية المواصفات والرسومات والتصميمات المعتمدة وعليه إخطار الجهة الإدارية فى الوقت المناسب بملاحظته عليها ويكون مسئولا تبعًا لذلك عن صحة وسلامة جميع ما ورد بها كما لو كانت مقدمة منه."

وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بقولها " يصادف المتعاقد صعوبات مادية وغير عادية واستثنائية لم يكن من الممكن توقعها بحال من الأحوال عند إبرام العقد ، لا محل لتطبيق النظرية عندما تكون كل ملابسات المشروع تحت نظر الشركة وعلى علم بها أولاً بأول وبمراحل تنفيذ العقد"

والوقت الذي يعتد فيه بتوقع هذه الصعوبات هو من تاريخ إبرام العقد ، وكذلك إذا ما قامت الإدارة بتعديل مدة تنفيذ العقد فيعتد بوقت وتاريخ هذا التعديل ، لمعرفة ما إذا كان بإمكان المتعاقد توقع هذه الصعوبات من عدمه[٩١] ، ويقع عبء إثبات وجود صعوبات مادية وعدم توقعها على عاتق المتعاقد المطالب بالتعويض، ويخضع تقدير عدم التوقع وتوافر الصعوبات لقاضى العقد وفقاً لظروف كل حالة على حدة ، مع الأخذ في عين الاعتبار ما قام به المتعاقد من جهد للوقوف على تلك الصعوبات وفقاً لمعيار الرجل العادي الحريص. [٩٢]

الفرع الثالث

أن تؤدى الصعوبات إلى جعل التنفيذ مرهقاً للمتعاقد

يشترط أيضاً أن يترتب على الصعوبات التى تواجه المتعاقد أن تجعل من التزامه صعب التنفيذ ، فيكون مرهقاً بالنسبة له ، فتزيد من الأعباء الملقاة على كاهله ، وبالتالى فإن هذه النظرية لا يمكن أن تطبق تلقائياً لمجرد اعتراض العقد صعوبات مادية غير متوقعة ، بل يجب لتطبيقها أن تزيد هذه الصعوبات من حجم الأعباء الملقاة

---

[٩٠] – المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم ٨٠٠، لسنة ٣٤ ق. ع. ، جلسة ١٩-٥-١٩٩٢

[٩١] – د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة فى العقود الإدارية ،المصدر السابق ،ص ٢٤٤

[٩٢] – د. هيثم حليم غازي، التوازن المالى في العقود الإدارية ، المصدر السابق ، ص ١٧٠

عليه فى تنفيذ التزامه، وهو ما يعنى أنه إذا تمكن المتعاقد من مواجهة هذه الصعوبات دون تحمله لأى تكلفة مالية زيادة ، فإن هذه النظرية لا يكون لها محل للتطبيق ، ولا يحق للمتعاقد المطالبة بالتعويض استناداً عليها.

ومن ناحية أخرى ، إذا بلغت هذه الصعوبات حداً جعلت من تنفيذ الالتزام مستحيلاً على المتعاقد، فلا مجال أيضاً لانطباقها، وبالتالى يشترط أن يكون من شان هذه الصعوبات أن تجعل من تنفيذ الالتزام مرهقاً للمتعاقد وليس مستحيلاً.

ولا يشترط فى هذه الصعوبات أن تقلب اقتصاديات العقد كما هو الحال فى نظرية الظروف الطارئة، بل يكفي فقط أن تكون صعوبات استثنائية ترتب عليها ضرراً بالمتعاقد في صورة ارتفاع في تكلفة عملية تنفيذ العقد. ولا يشترط فى الضرر جسامته بل يكفي أن يكون الضرر بسيطاً.[٩٣]

ولكن السؤال هنا يثور حول طبيعة هذا الشرط بالنسبة للعقود الجزافية؟ والعقود الجزافية هى تلك العقود التى تتضمن تحديداً لكمية الأعمال في مقابل ثمن إجمالي تؤديه الإدارة لقاء التنفيذ، فتحدد هذه العقود الثمن الأصلي الذي تدفعه الإدارة مقابل كمية الأعمال الاجمالية التى يلتزم بها المتعاقد.[٩٤]

والواقع أنه في إطار تطبيق النظرية في هذه العقود فإنه لابد من أن يصل الضرر إلى درجة قلب اقتصاديات العقد، أى أن تتجاوز الخسائر لتنفيذ محل العقد الحد الأقصى للأسعار وهو الحد الاحتمالي لارتفاع الأسعار الذي كان يمكن توقعه عند إبرام العقد.[٩٥]

وهو ما أكدته فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري لمجلس الدولة بأن قررت في فتواها أنه " مما يجب التنبيه إليه بالنسبة للعقود الجزافية وهي التى تتضمن تحديد أجر لكمية الأعمال المطلوبة، وتحديداً إجمالياً لما تلتزم به الجهة الإدارية من ثمن يقابلها، فإن هذا الطابع الجزافي في تحديد الثمن لا يحول دون تطبيق الصعوبات المادية غير المتوقعة على أنه يجب عندئذ أن يكون من شأن الصعوبات المادية - في هذه الأحوال- أن تخل باقتصاديات العقد تبعاً لانهيار الأساس الذي قام عليها تقدير الثمن المتفق عليه"[٩٦] .

المطلب الثالث

أثار تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

إذا ما توافرت شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، فإن المتعاقد يجب عليه الاستمرار فى تنفيذ التزاماته، وفقاً لمبدأ حسن النية بين المتعاقدين، ولا يجوز له الاحتجاج بوجود صعوبات مادية للتوقف عن تنفيذ التزاماته، ولكنه بالمقابل يكون له حق اقتضاء التعويض الكامل من الإدارة، متى توافرت شروط تطبيق النظرية.

وهذا يعنى أن تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يترتب عليها أثران هما استمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته، وحقه فى الحصول على التعويض الكامل من الإدارة على النحو الذي سنوضح تفصيلاً:

---

(٩٣) – د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة فى العقود الإدارية ، المصدر السابق، ص ٢٤٤ وما بعدها

(٩٤) – أ. د. سليمان الطماوى ، الأسس العامة في العقود الإدارية ، المصدر السابق ،ص ٦٩٨,٦٩٧

(٩٥) – د. السيد فتوح هنداوي ، دور القاضي الإداري في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، المصدر السابق ، ص ٤١٨

(٩٦) – فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع رقم ٩٥ الصادر بتاريخ ٤-٢-١٩٦٤ ، الموسوعة الإدارية الحديثة ، الجزء ١٨ ، ص ٩١٢

الفرع الأول

استمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته

على المتعاقد في حالة مواجهته صعوبات مادية غير متوقعة أن يستمر فى تنفيذ التزاماته وذلك على غرار نظريتي عمل الأمير والظروف الطارئة، ذلك أن الهدف من هذه النظريات هي مساعدة المتعاقد على الوفاء بالتزاماته التعاقدية تحقيقاً لاستمرار المرفق العام بانتظام واضطراد.

إلا أن وجود الصعوبات المادية نفسها قد يترتب عليها إعفاء المتعاقد من غرامات التأخير إذا تعدى الحدود الزمنية المقررة لانتهائه من الأشغال موضوع العقد، وذلك بقدر الفترة الزمنية التى واجه فيها هذه الصعوبات.[٩٧].

الفرع الثاني

حق المتعاقد في الحصول على تعويض كامل :

إذا ما توافرت شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة واستمر المتعاقد في تنفيذ التزامه، فيكون له الحق في المطالبة بالتعويض عن كافة الأضرار التى لحقت به نتيجة هذه الصعوبات التى واجهها.

وقد استقر القضاء الفرنسي والمصري على أحقية المتعاقد في الحصول على تعويض كامل، على عكس من نظرية الظروف الطارئة التى يحصل فيها المتعاقد على تعويض جزئي.

وفي حساب التعويض الكامل يلجأ مجلس الدولة الفرنسي عادة إلى السعر المتفق عليه فى العقد، ويقدر التعويض على هدى منه، إلا أنه يقدر التعويض على أساس مستقل، وعلى أساس من الأسعار الجديدة، إذا ثبت تغيرها عند مواجهة الصعوبات المادية الغير متوقعة. أو إذا أدت الصعوبات إلى تغيير كامل فى الأسس التى قام عليها تحديد الأسعار عند إبرام العقد.[٩٨]

وهو ما استقرت عليه أحكام وفتاوى مجلس الدولة المصري، حيث انتهت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في فتواها إلى أنه " قد تطرأ أثناء تنفيذ العقد صعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية خالصة لا يمكن توقعها عند إبرام العقد وتجعل تنفيذه أمراً مرهقاً، ففي هذه الحالة ولاعتبارات العدالة يتعين تعويض المقاول بزيادة مقابل الأعمال زيادة تغطى جميع الأعمال والتكاليف التى تحملها نتيجة حدوث هذه الصعوبات المادية"[٩٩].

وهو ما تؤكده المحكمة الإدارية العليا بقولها " ومن حيث أنه بالنسبة للوجه من الطعن المتعلق بعدم انطباق نظرية الظروف المادية غير المتوقعة على النزاع الماثل، فإن مقتضي هذه النظرية على ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة أنه عند تنفيذ العقود الإدارية وبخاصة عقود الأشغال العامة قد تطرأ صعوبات مادية استثنائية لن تدخل فى حساب طرفي العقد وتقديرهما عند التعاقد، وتجعل التنفيذ اشد وطأة على المتعاقد مع الإدارة وأكثر كلفة ، فيجب (من باب العدالة) تعويضه عن ذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد زيادة تغطى جميع الأعباء والتكاليف التى تحملها، اعتبارا بأن الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسرى إلا على الأعمال المادية المتوقعة فقط، وإن هذه هي نية الطرفين المشتركة، والتعويض المستحق للمتعاقد هنا لا يتمثل في معاونة مالية جزئية

---

(٩٧) – د. هيثم حليم غازى ، التوازن المالي في العقود الإدارية ، المصدر السابق، ص ١٧٤

(٩٨) ـ أ. د. سليمان الطماوى ، الأسس العامة في العقود الإدارية، المصدر السابق، ص ٧٠٢

(٩٩) – فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى ولتشريع ، رقم ٥١٨ ، ملف رقم ٢٣١/١/٤٧، بتاريخ ٢١-٦-٢٠٠٤

،

تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد معها، بل يكون تعويضاً كاملاً عن جميع الأضرار التى تحملها بدفع مبلغ إضافي له على الأسعار المتفق عليها "[١٠٠].

الخاتمة والتوصيات

أفردنا خلال هذه الدراسة، لدور القضاء الإداري في حماية التوازن المالي لأطراف العقد الإداري ، من خلال موازنة السلطات التى تتمتع بها الإدارة في مواجهة الالتزامات التى تقع على عاتق المتعاقد معها.

وفي خاتمة الدراسة فإننا سنعرض لأهم ما توصلنا له من نتائج وتوصيات بصدد هذا الموضوع، إلا أننا قبل ذلك يجب أن ننوه إلى أن بعض الصعوبات قد واجهت الباحث أثناء رحلة هذه الدارسة ، أهمها غياب نظرية العقود الإدارية في القانون الإداري العراقي، ونقص عام فى التشريعات والأحكام الإدارية التى تتناول هذا الموضوع الهام ، إلا أن الباحث حاول وحسبما أتيح له أن يبرز أهم الأحكام القضائية فى العراق التى تناولت هذه النظرية، مع العرض لأهم التشريعات والتنظيمات الداخلية التى تناولت هذه النظرية بالتطبيق.

وسنعرض لأهم النتائج التى توصلنا إليها فى هذه الدراسة وما نراه من توصيات بصدد الدور الذي يلعبه القضاء الإداري في نظرية العقود الإدارية وحماية أطراف العقد الإداري ، والتى تتمثل أهمها فى :

١- أن للمتعاقد حقوق على جهة الإدارة الالتزام بها وضمانها ، فإذا كانت حقوق المتعاقد في مواجهة الإدارة تستمد أساسها من العقود الإدارية ، في حين أن الإدارة تستمد حقوقها من فكرة المنفعة العامة ، فإن الأساس الأول يظهر بوضوح هنا فى مجال هذه الحقوق، وأن أهم هذه الحقوق هي حقوقه المالية ، كذلك حقه في اقتضاء التعويضات ، وحقه فى الحفاظ على التوازن المالى للعقد الإداري .

٢- أن التوازن المالى إذا كان حقاً أصيلاً للمتعاقد إلا أنه لا يقصد به التوازن الحسابي الدقيق ، ولكن يقصد به فقط التوازن الشريف بين التزامات المتعاقد وبين حقوقه المنصوص عليه في العقد.

٣- أن الحفاظ على التوازن المالى وإن كان يعد حقاً أصيلاً للمتعاقد إلا أنه في ذات الوقت يمثل ضمانة حقيقية وهامة لاستمرار المرفق العام، من خلال مساعدة المتعاقد على الاستمرار فى التنفيذ لالتزاماته التعاقدية، وذلك بصرف التعويضات المستحقة له لمواجهة الظروف التى يتعرض لها أياً كان نوعها ، وبالتالى يتمكن من ضمان الحفاظ على المرفق العام واستمراره.

٤- أن اختلال التوازن المالى للعقود الإدارية قد يكون بسبب العديد من تدخلات وتصرفات طرفي العقد أو بسبب ظروف خارجية بعيدة عن طرفي العلاقة التعاقدية ، وتلتزم الإدارة بالتعويض في كافة الحالات سواء كان بخطأ منها أو بدون خطأ، وأن سبب ذلك هو الحرص على تنفيذ العقد ، وبالتالى ضمان سير المرفق العام وانتظامه.

٥- أن حق المتعاقد في التعويض عن الظروف الطارئة التى يتعرض لها، يقابلها التزامه بالاستمرار فى التنفيذ لالتزاماته التعاقدية رغم وجود العقبات أو الظروف الطارئة أو الصعوبات غير المتوقعة ، فالاستمرار شرط لتطبيق نظريات التوازن المالى ، ذلك أن الهدف من هذه النظريات هو استمرار المتعاقد فى تنفيذ التزاماته من خلال مساعدته على الوفاء بها.

٦- أن القاضي الإداري هو صاحب الدور الرئيسي والأهم في الحفاظ على التوازن المالى للعقد الإداري، وذلك تبدى بوضوح من ابتداعه لنظريات التوازن المالى بغرض تعويض المتعاقد عما أصابه من أضرار جعلت التزامه مرهقاً ، وتطويرها ، من خلال إقرار

---

[١٠٠]- المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم ٥٦٧ ، لسنة ٣٩ ق. ع.، جلسة ٣-١٢-١٩٩٧

شروط تطبيق هذه النظريات وأحكام إعمالها في ضوء الأوضاع والظروف الاقتصادية والسياسية، فقد كان للقاضي الإداري الدور الرئيسي في إرساء مبادئ ونظريات ليس فقط التوازن المالى للعقد ، بل مبادئ نظرية العقود الإدارية بكاملها .

أما عن أهم ما نوصي للعمل به فى إطار السعي المستمر والدؤوب نحو تطوير قواعد القانون الإداري، وبهدف إثراء مكتباتنا العربية بالحلول القانونية للمعضلات القانونية التى تواجه المجتمع فإننا نوصي بالاتي :

١- نوصي بضرورة النص على التزام الإدارة بالحفاظ على التوازن المالى للعقد الإداري طول مدة تنفيذه بما يحقق الضمانة والثقة للمتعاقدين طوال مدة تنفيذ العقد ، بما يضمن اكتمال التنفيذ في المواعيد المحددة وفقاً لما تم الاتفاق عليه.

٢- نوصي بالقاضي الإداري فى مصر والعراق بضرورة تعويض المتعاقد عما أصابه من أضرار نتيجة فعل الامير، حتى لو كان الضرر الذي أصابه ضرراً عاماً أصاب غيره من الأفراد ، مادام كان لهذا الضرر مساس بمسألة جوهرية فى العقد. ذلك أنه إذا كان الضرر عاماً فإن الأفراد المتضررين ليسوا على مركز متساوي بالنسبة للمتعاقد الذي تحمل بالتزامات تعاقدية، وبالتالى نرى وجوب استحقاق المتعاقد التعويض في هذه الحالة

وفي الختام ، وبعد انتهائي من كتابة هذا البحث المتواضع بفضل من الله تعالى، فلا يسعني إلا أن أسأل الله عز وجل أن يكتبه لى في ميزان الحسنات ، وأن ينفعني به وبالمؤمنين ، وأن يكون ثمرة مفيدة ، ولبنة جهد خالصة ، تعين من سيأتي بعدى لمزيد من البحث والانطلاق للعديد من الأفكار القانونية البناءة .

وهذا إن كنت قد أصبت فى هذا البحث فالحمد لله حمداً كثيراً على فضله ، وإن كنت قد أخطأت فحسبي أجر المجتهد ، أسأل الله ألا يحرمني منه ، والحمد لله رب العالمين.

تم بحمد الله

قائمة المصادر :

أولاً : الكتب القانونية:-

- **د. حمد محمد حمد الشلماني ود. مفتاح خليفة عبد الحميد**: العقود الإدارية وأحكام إبرامها ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠٨
- **د. حمدي على عمر:** سلطة القاضي الإداري فى توجيه أوامر للإدارة، دار النهضة العربية ، الطبعة الاولى ، ٢٠٠٣
- **د. سعاد الشرقاوي:** العقود الإدارية ، الجزء الثاني ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٨
- **د. سليمان الطماوى:** الأسس العامة في العقود الإدارية ، الطبعة الخامسة ، دار الفكر العربي.
- **د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة:** الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، بدون رقم طبعة، بدون تاريخ نشر
- **د. عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد:** أثر الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة على العقد الإداري ، دار الولاء للطع والنشر ، ١٩٩٠ .
- **د. عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد:** أثر فعل الأمير على تنفيذ العقد الإداري، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، ١٩٨٩.
- **د. ماجد راغب الحلو**: العقود الإدارية، بدون رقم طبعة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية ، ٢٠٠٩.
- **د. مازن ليلو راضي:** النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، منشأة المعارف، الاسكندرية ، بدون رقم طبعة ، ٢٠١٢.
- **د. محمد سعيد أمين**: المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، دار الثقافة العربية، القاهرة، ١٩٩١.
- **د. محمد ماهر أبو العنين:** القاضي الإداري وتطبيق قانون المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية، وفقاً لأحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى عام ٢٠١٣، الطبعة السادسة، دار أبو المجد للطباعة، ٢٠١٣.
- **د. هيثم حليم غازي:** التوازن المالي في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، بدون رقم طبعة، ٢٠١٥

ثانياً: الرسائل والمجلات العلمية:

- **د. ابراهيم الدسوقي عبد اللطيف:** عقد امتياز المرافق العامة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس، ٢٠٠٣.
- **د. السيد فتوح محمد هنداوي:** دور القاضي الإداري فى إعادة التوازن المالي فى العقد الإداري ، رسالة دكتوراه ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠١٥.
- **د. أنور رسلان:** نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، بحث بمجلة القانون والاقتصاد، السنة ٤٨، العدد الأول والثاني ، ١٩٨٠ .

– **د. بوحتيم سليم:** نظرية الظروف الطارئة وأثرها على التوازن المالى للعقد للصفقة العمومية ، مذكرة مكملة لمتطلبات شهادة الماجستير، جامعة حمد خيضر بسكر، كلية الحقوق والسياسة ، ..٢٠١٢,٢٠١٣
– **د. بوشارب الزهرة:** نظرية فعل الأمير وأثرها في المادة الإدارية ، بحث مقدم للحصول على الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح ، الجزائر ، ٢٠١٤.
– **د. جابر جاد نصار:** عقود B.O.T. والتطور الحديث لعقد الالتزام، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون تاريخ نشر.
– **د. جابر جاد نصار**: مركز المتعاقدين في العقد الإداري بين النظرية التقليدية وضرورات التطوير ، مجلة اتحاد الجامعات العربية للدراسات والبحوث القانونية ، تصدر عن كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، العدد الثالث والرابع ، ١٩٨٠
– **د. محمد صلاح عبد البديع :** سلطة الإدارة فى إنهاء العقد الإداري، رسالة دكتوراه ،جامعة الزقازيق، ١٩٩٣
– **على محمد عبد المولى :** الظروف التى تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري ، دراسة مقارنة ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس، ١٩٩١.
– **مطيع على حمود جبير :** العقد الإداري بين التشريع والقضاء في اليمن ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، ٢٠٠٦.

ثالثاً: المصادر الاجنبية :

– **André DE l'aubader, Franck Modern et Pierre Del volve**: Trait des contracté administratifs, T.١ L.G.D.J. PARIS, ١٩٨٣
– **Joël CARBJO**: Droit des services publics , Dalloz , paris , ٣e éd. ,١٩٩٧
– **Lajoye Christophe** : droit des marches publics , Giuliano editor, ٢e éd, ٢٠٠٥.
– **Marie Christine Rouault** : droit administrative , ٤e édition , Giuliano éditeur , E.J.A. Paris ٢٠٠٧
– **PIERRE Lebreton** : responsabilité contractuelle répertoire de droit public ; " responsabilité administrative." , Dalloz , ١٩٨٧

رابعاً: أحكام المحاكم :

– الموسوعة الإدارية الحديثة مبادى وأحكام المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية لمجلس الدولة منذ عام ١٩٩٣ وحتى عام ١٩٩٧، الجزء التاسع والأربعون ، إعداد أ. حسن الفكهاني ، أ. نعيم عطية ، الدار العربية للموسوعات.
– الموسوعة الإدارية الحديثة مبادى وأحكام المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية لمجلس الدولة منذ عام ١٩٤٧ وحتى عام ١٩٩٣ ، الجزء الثامن عشر، إعداد أ. حسن الفكهانى ، أ. نعيم عطية ، الدار العربية للموسوعات ، ١٩٩٩.