جامعة عين شمس
كلية الحقوق
قسم القانون العام



فكرة التوازن المالي للعقد الإداري
في المملكة العربية السعودية

رسالة دكتوراه

مقدمة من: علي بن عبد الكريم أحمد السويلم

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة

الأستاذ الدكتور/ رمضان محمد بطيخ
أستاذ ورئيس قسم القانون العام سابقاً - كلية الحقوق - جامعة عين شمس (مشرفاً ورئيساً)

الأستاذ الدكتور/ محمد عبد العال السناري
أستاذ ورئيس قسم القانون العام - وكيل كلية الحقوق - جامعة حلوان (عضواً)

الأستاذ الدكتور/ سعيد أبو الفتوح البسيوني
أستاذ الشريعة الإسلامية المساعد - كلية الحقوق - جامعة عين شمس (عضواً)

١٤٢٧هـ - ٢٠٠٧م

جامعة البحرين
المكتبة
Library
University of Bahrain

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ أَوْفُوا الْكَيْلَ وَلَا تَكُونُوا مِنَ الْمُخْسِرِينَ * وَزِنُوا بِالْقِسْطَاسِ الْمُسْتَقِيمِ * وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ وَلَا تَعْثَوْا فِي الْأَرْضِ مُفْسِدِينَ ﴾ صدق الله العظيم

الآيات من ١٨١ إلى ١٨٣ سورة الشعراء

إهـــداء

إلى من كان له الفضل بعد الله فيما كسبته من علم ومعرفة

والدي رحمه الله وتغمده بواسع مغفرته.

إلى والدتي متعها الله بالصحة

إلى من شدّ أزري زوجتي الوفية.

إلى أبنائي الأعزاء وابنتي الغالية.

إلى أسرتي وأحبائي

إلى كل من أسدى إليّ العون لإنجاز هذا البحث.

إلى وطني الحبيب الذي وفر لي كل الإمكانات

لهم جميعاً أهدي ثمرة جهدي والله أسأل أن يجعله خالصاً لوجهه الكريم ونافعاً وحافزاً

لكل خير وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

شكر وتقدير

الحمد لله وحده وبعد، فإنه يطيب لي أن أقدم خالص شكري وامتناني للأستاذ الدكتور/ رمضان محمد بطيخ أستاذ ورئيس قسم القانون العام سابقاً بكلية الحقوق – جامعة عين شمس لتفضله بموافقته الإشراف على هذه الرسالة وقد كان لتوجيهاته وخبراته وعلمه وخلقه أبلغ الأثر في إثرائها.

والشكر والتقدير للأستاذ الدكتور/ محمد عبد العال السناري - أستاذ ورئيس قسم القانون العام – وكيل كلية الحقوق - جامعة حلوان الذي تفضل بالموافقة على المشاركة في لجنة المناقشة، وعلى ما قدمه لي من عون تمثل في ملاحظاته السديدة وما حوته مؤلفاته القيمة من علمٍ متميِّز في الموضوع ذلل الكثير من الصعاب.

كما أتوجه بالشكر والتقدير إلى الأستاذ الدكتور/ سعيد أبو الفتوح البسيوني – أستاذ الشريعة الإسلامية المساعد بكلية الحقوق – جامعة عين شمس على تفضله بالموافقة على الاشتراك في لجنة المناقشة والحكم على الرسالة وعلى ما قدمه من جهد في هذا الشأن.

ولا يسعني إلاّ أن أقدم شكري وامتناني للأستاذ الدكتور/ فهد بن إبراهيم الضويان أستاذ القانون العام المساعد بكلية الأنظمة والعلوم السياسية - جامعة الملك سعود على موافقته الكريمة بأن يكون المشرف المحلي على الرسالة، وكذلك على ما بذله من جهد وما أبداه من ملاحظات قيمة أثناء إعداد هذه الرسالة ساهمت في الوصول بالبحث إلى مبتغاه، فله كل التقدير.

ولا يفوتني أن أتقدم بالشكر والامتنان لكل من قدم لي العون وسهّل لي الاطلاع على الأحكام والقرارات ذات العلاقة بموضوع الرسالة، وأخص بالشكر معالي رئيس ديوان المظالم الشيخ/ حمود بن عبد العزيز الفايز وأصحاب الفضيلة قضاة وموظفي الديوان، والأساتذة والإداريين في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية وجامعة الملك سعود، ومكتبة معهد الإدارة العامة في الرياض ومكتبة الملك فهد وزملاءهم في المكتبات الأخرى.

أسأل الله عز وجل أن يجزل لهم جميعاً الأجر والثواب وأن يمتعهم بموفور الصحة والعافية.

بسم الله الرحمن الرحيم

فكرة التوازن المالي للعقد الإداري في المملكة العربية السعودية

مقدمة : أهمية الموضوع وأسباب اختياره :

يحتل التوازن المالي للعقد الإداري مكان الصدارة ضمن موضوعات القانون الإداري، على الرغم من حداثته، وعدم استقرار أحكامه، بسبب تطورها المستمر لكونها وليدة اجتهادات القضاء الإداري خلال القرن الماضي، الذي يتصف بكونه قضاءً مرناً ومبتكراً، ومتطوراً، وغير مقيّد بنصوص تحد من حريته في إيجاد الحلول العادلة لما يستجد من وقائع تفرزها القضايا المعروضة عليه، متوخياً في ذلك تحقيق المصلحة العامة وضمان حسن سير مرافق الإدارة.

ولمّا كان العصر الذي نعيش فيه هو عصر الظروف المتغيرة المتلاحقة، فالتقنية الحديثة جعلت العالم يتطور كل يوم في خطوات سريعة في النواحي العلمية، والاقتصادية، والاجتماعية، مستخدماً وبشكل واسع وسائل الاتصالات والمواصلات الحديثة وآخر ما توصلت إليه التقنية في الآلات والمعدات ونظم المعلومات، والحاسب الآلي، وما خلّفه ذلك من تغيير في أساليب العمل وآلياته.

والعقود الإدارية مثلها مثل العقود المدنية، تأثرت بهذه المستجدات والتي ينبغي معها الاستمرار في البحوث العلمية؛ لرصد التطور الفقهي، والقضائي، المصاحب لها في مواجهة الوقائع والأحداث، والمشاركة في وضع الحلول لمشاكلها، أولاً فأول، واقتراح التوصيات المفيدة بهذا الشأن.

وتأتي أهمية الموضوع نتيجة طبيعية لأهمية العقود الإدارية، وتزايد لجوء الدول إلى إبرامها مع الهيئات، والمؤسسات العامة، والخاصة؛ للنهوض بمهامها في تسيير المُرافق العامة، تلبية لمتطلبات المواطنين، وسد حاجتهم لها، وغاية ما تطمح إليه الإدارة في ذلك، هو

خدمة المرفق العام، وضمان حسن سيره بتنفيذ مشاريعه في أسرع وقت ممكن، بأفضل المواد والمواصفات والطرق الفنية المعتمدة، وبأقل تكلفة على الموازنة العامة تحقيقاً للصالح العام.

ولما كان للجهة الإدارية سلطات استثنائية في مواجهة المتعاقد معها تخولها حق تعديل العقد أثناء التنفيذ، من شأنها زيادة التزامات المتعاقد أو إنقاصها وفقاً لمقتضيات الصالح العام، دون حاجة لأخذ موافقته بل وعلى الرغم منه في بعض الأحيان استثناءً من القاعدة المعروفة في القانون المدني (العقد شريعة المتعاقدين)، فقد كان من الطبيعي والحال ما تقدم إضفاء المرونة على حقوق المتعاقد المستمدة من العقد أيضاً فالمتعاقد إنما يقبل أن يلتزم؛ لأنه يضع نصب عينيه حقوقاً تهمه، وما دامت التزاماته قابلة للزيادة والنقص، فيجب أن يكون هذا هو شأن الحقوق المقابلة لها، وهو ما يعبر عنه بالتوازن المالي للعقد الإداري.

ولمّا كان ذلك، وبعد أن واجهت المتعاقدين مع الإدارة ظروفٌ طارئة، أو صعوبات مادية، أو إجراءات حكومية غير متوقعة، أدت إلى زيادة التزاماتهم إلى درجة أن جعلت التنفيذ أكثر صعوبة، وأكثر كلفة، مما قد يؤدي إلى عدم مقدرتهم في مواصلة تنفيذ عقودهم، أو تهددهم بخسارة فادحة. فقد استلزم ذلك ظهور فكرة التوازن المالي للعقد الإداري ذلك لأن مصلحة الإدارة هي في استمرار سير المرافق العامة، ولن يتأتى ذلك إلاّ حينما تمد الإدارة يد العون للمتعاقد معها في مثل هذه الظروف بتعديل الأسعار، أو تمديد مدة العقد، والإعفاء من غرامة التأخير كلها أو بعضها، أو تعويض الخسائر، سواء باستخدام واحد من هذه السبل أو أكثر، حسب الأحوال لضمان استمرار سير المرافق العامة بانتظام واضطراد. وعندها يطمئن المتعاقدون مع الإدارة إلى أنها سوف تقف إلى جانبهم في مثل هذه الحالات، وتقدم لهم العون اللازم للوفاء بالتزاماتهم، فيقدمون على التعاقد معها، بكل همة، ونشاط، وحرص، على تقديم أفضل ما لديهم من مواد وخدمات في تنفيذ التزاماتهم التعاقدية.

لقد بدأ الاهتمام واضحاً في توازن العقد الإداري في القضاء الفرنسي بعد الحرب العالمية الأولى، وذلك بإعطاء المتعاقد حقه في التعويض عن الخسائر التي مُني بها، نتيجة ارتفاع أسعار الفحم، تلك الزيادة الكبيرة التي لم تكن متوقعة، وعندها كانت البداية لظهور نظرية الظروف الطارئة، التي طبقها مجلس الدولة الفرنسي، خروجاً على مبدأ سلطان الإرادة وقاعدته الراسخة في القانون المدني (القوة الملزمة للعقد) [1]، وما كان لمجلس الدولة الفرنسي أن ينتهج هذا النهج لولا ما كان يتمتع به القضاء الإداري من تحرر، وابتكار، في إيجاد الحلول للقضايا المعروضة عليه، في ظل غياب نصوص تشريعية تقيده.

ثم توالت الأحكام والتشريعات والدراسات الفقهية التي بلورت هذه النظرية، وغيرها من نظريات توازن العقد الإداري، باعتباره حقيقة واقعة، وضرورة لازمة وعادلة، لضمان سير المرافق العامة لاسيما وأن الجهة الإدارية تتمتع بسلطات استثنائية، تتيح لها ميزات وشروط، وكذلك تفرض عليها قيوداً في اختيار المتعاقد معها، وإجراءات لائحية يتعين عليها مراعاتها عند إبرام عقودها، بقصد القيام بأعبائها المتمثلة في تنظيم وتسيير المرافق العامة تحقيقاً للمصالح العليا للبلاد.

وقد شهدت المملكة العربية السعودية في العقود الأربعة الماضية نهضة شاملة عمت أرجاء البلاد في كافة النواحي الاجتماعية، والاقتصادية، بفضل ما حباها الله سبحانه وتعالى

---

[1] الفكرة الأساسية في مبدأ سلطان الإرادة هي أن العقد يستمد قوته الملزمة من القوة الذاتية للأفراد، فالإرادة تخلق العقد، وأساس قوته الملزمة، وقد نتج عن ذلك مجموعة من الأفكار المشبعة بروح الفردية جعلت من العقد كياناً ينفرد أطرافه وحدهم بإنشائه أو هدمه، متناسية بذلك العلاقة بين المجتمع والعقد، فالأخير وإن كان علاقة خاصة تربط أطرافه إلاّ أنه قد يمس مصالح المجتمع بالمنفعة أو الضرر. ومن هذا المنطلق برز منذ نهاية القرن التاسع عشر اتجاه فكري اعتبر العقد واقعة اجتماعية أكثر من كونه توافقاً لإرادات أطرافه، وهكذا كان لا بد من الحد من الفردية القانونية المطلقة، وتفعيل دور القانون باعتباره هو من يعطي الأثر الملزم للإرادة عندما تكون متوافقة مع المصلحة العامة، وهو الذي يقيد هذه الحرية حماية للطرف الضعيف والمصلحة العامة. د./ نرمين محمد محمود صبح – مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود الواردة عليه في علاقات التجارة الدولية – الطبعة الأولى ٢٠٠٢م ص ٣١.

من موارد طبيعية، وحسن توجيه، تم استثمار جزء هام منها في إقامة البنية التحتية للبلاد، وتنفيذ كم هائل من المشاريع الصناعية، والزراعية، والعمرانية، والاجتماعية. وكانت المملكة قد استعانت في تنفيذ هذه المشاريع بشركات ومؤسسات عامة وخاصة، وطنية وأجنبية، أبرمت معها عقود إدارية تضمنت سلطات استثنائية للجهة الإدارية منحتها حقوق، وامتيازات تمكنها من تعديل شروط العقد وإنهائه بإرادتها المنفردة، وتوقيع الجزاءات، والإشراف على التنفيذ. وبالمقابل فقد خضعت الإدارة لقيود في اختيار المتعاقد معها وإجراءات ومتطلبات لإبرام العقد ليس لها نظير في القانون الخاص بقصد تحقيق المصلحة العامة.

ومن الطبيعي فقد نشأت العديد من المنازعات القضائية بشأن تنفيذ هذه العقود؛ للمطالبة بالتعويض أو الإعفاء من غرامات التأخير، أو للمطالبة بتمديد مدة العقود بسبب صدور تشريعات، أو لوائح، أو ظهور صعوبات مادية، أو ظروف طارئة غير متوقعة، نتج عنها خسائر وأضرار بالمتعاقدين[1]، قرر مجلس الوزراء في العديد منها أحقية المقاول المتضرر بالتعويض بما يتفق مع النظريات الحديثة للتوازن المالي للعقد الإداري بعد التحقق من توفر شروطها، وعلى هذا النهج سار ديوان المظالم (وهو الجهة القضائية المختصة بنظر المنازعات الإدارية) بإقرار حق المقاول، في الحصول على تعويض عادل. في الكثير من أحكامه خلال العقود الماضية، كما سوف يرد لاحقاً.

---

[1] ورد ضمن ورقة العمل المقدمة من ديوان المظالم لندوة العقود الإدارية في المملكة العربية السعودية المنعقدة يوم السبت ١١ جمادى الأولى ١٤١٠هـ الموافق (١٩٨٩/١٢/٩م) بيان بأهم وأغلب المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، وبعضها ذات صلة بموضوع البحث وهي: ١- ادعاءات المقاولين بوجود صعوبات مادية غير متوقعة في مواقع التنفيذ، وتأثير ذلك على التزامهم بالأجل المحدد للتنفيذ، ومدى أحقيتهم في المطالبة بالتعويض. ٢- وقف العمل من جانب الجهة الإدارية المتعاقدة، وأثر ذلك على التزامها بالتعويض، ومدى أحقية المقاول في طلب زيادة مدة العقد بقدر مدة التوقف. ٣- تكليف المقاول بأعمال إضافية أثناء فترة التنفيذ، وأثر ذلك على التزام المقاول بتنفيذ هذه الأعمال خلال مدة العقد. ٤- ادعاءات المقاولين بتعرضهم لظروف طارئة من شأنها قلب اقتصاديات العقد ومدى أحقيتهم في المطالبة بإعادة التوازن المالي للعقد. ٥- تجاوز المقاولين المدة المحددة للتنفيذ وادعاءاتهم في ذلك بأسباب ومبررات لا دخل لإرادتهم فيها. ٦- إقدام الإدارة على إلغاء المشروع محل العقد دون خطأ من المقاول، ومدى التزامها بتعويض المقاول في هذه الحالة.

ولا شك بأن الأساس الذي بُنيت عليه هذه النظريات وهو العدالة، والمصلحة العامة، وهما من الأهداف السامية التي تحث عليها الشريعة الإسلامية منذ ما يزيد على أربعة عشر قرناً من الزمان، لذا وجدت هذه النظريات صدىً طيباً ومقبولاً، حصيلته الكثير من الأحكام، والدراسات، التي تصب في صالح المتعاقد المتضرر، في مثل هذه الأحوال.

وبناءً على ما تقدم، ولأهمية التوازن المالي للعقد الإداري، ولكونه ينطلق من أهداف نبيلة ألا وهي العدالة، وحسن سير المرافق العامة، تحقيقاً للمصالح العامة للبلاد والعباد.

ولأهمية العقود الإدارية، ومكانتها في الاقتصاد الوطني، وكبر حجم الاعتمادات المالية المخصصة لها سنوياً في الموازنة العامة للدولة وزيادة الاعتمادات المالية لها بانتظام واضطراد، وهو ما يظهر جلياً في البيان الإحصائي التالي الصادر من وزارة المالية في المملكة العربية السعودية لعدد العقود وقيمتها الإجمالية خلال السنوات التسع الأخيرة [1]، وهو مرتب حسب السنوات المالية للدولة فيما يلي:

---

[1] وقد أعلن خادم الحرمين الشريفين الملك عبد الله بن عبد العزيز آل سعود الميزانية العامة للدولة للسنة المالية ١٤٢٦-١٤٢٧هـ وهي تحمل بشائر الخير والنماء للوطن إذ تضمنت الميزانية الجديدة مشاريع عديدة بلغت التكاليف التقديرية لتنفيذها حوالي (١٢٦) مليار ريال أبرزها إنشاء مشاريع تعليمية لحوالي ٢٧٠٠ مدرسة وافتتاح جامعات جديدة في جازان وحائل والجوف، وإنشاء مدن جامعية وتجهيز (٨٥) كلية جديدة وإنشاء ثلاث مستشفيات جامعية جديدة، وإنشاء وتجهيز (٣٥) منشاة تعليمية و (٤٤٠) مركزاً للرعاية الصحية و (٢٤) مستشفى جديداً، وإنشاء مشاريع لتصريف مياه الأمطار والعديد من الشوارع والسدود وتوفير المياه والصرف الصحي.
كما تضمنت الميزانية إنشاء طرق جديدة يصل طولها إلى (٥٧٠٠) كم وشملت اعتمادات مالية لتطوير تقنية المعلومات والخدمات الحكومية والالكترونية، ودعماً للقطاع الزراعي والتعليم الفني والتدريب المهني وقطاع النقل والاتصالات. وزيادة رأسمال صندوق التنمية العقاري بمبلغ تسعة مليارات ريال ورأسمال بنك التسليف بمبلغ إضافي ثلاثة مليارات ريال لدعم أصحاب المهن والمنشآت الصغيرة، كما تم زيادة رأسمال صندوق التنمية الصناعية بمبلغ عشرين مليار ريال، كما تضمنت الميزانية دعم العديد من المشاريع التنموية والخدمية، وتظهر هذه الأرقام الأهمية القصوى للعقود الإدارية المتنامية حجماً وكماً في بلدٍ متطورٍ وطموح، وبالتالي ضرورة معالجة المشاكل والعقبات التي تعترض سيرها، وعلى وجه الخصوص المقاولون المناط بهم تنفيذ مشروعاتها عند اختلال موازين عقودهم المالية دون خطأ منهم. مصدر أرقام هذه الميزانية وفقاً لما نشر في مجلة تجارة الرياض العدد ٥٢٠ الصادر في ذي الحجة ١٤٢٦هـ الموافق (يناير ٢٠٠٦م) ص ١٠ وما بعدها.

القيمة بآلاف الريالات

العام المالي	القيمة الإجمالية	عدد العقد
١٤١٥/١٤١٦هـ الموافق (١٩٩٥/١٩٩٦م)	١٢,٠٠٠,٩٠٠	١٠٦٥
١٤١٦/١٤١٧هـ الموافق (١٩٩٦/١٩٩٧م)	١٦,٧٣٢,٥٦٧	٩١٩
١٤١٧/١٤١٨هـ الموافق (١٩٩٧/١٩٩٨م)	٢٦,١٨٦,١٩٧	١٧٠٥
١٤١٨/١٤١٩هـ الموافق (١٩٩٨/١٩٩٩م)	١٢,١٢٣,٨٦٧	١١٠٤
١٤١٩/١٤٢٠هـ الموافق (١٩٩٩/٢٠٠٠م)	١٤,٦٧٨,٢٣١	١٢٣٢
١٤٢٠/١٤٢١هـ الموافق (٢٠٠٠/٢٠٠١م)	٢٠,٩٤٠,٤٢٢	١٩٩٦
١٤٢١/١٤٢٢هـ الموافق (٢٠٠١/٢٠٠٢م)	٣١,٧٢٦,٦٠٩	٢٣٢٤
١٤٢٢/١٤٢٣هـ الموافق (٢٠٠٢/٢٠٠٣م)	٣٥,٧١٧,١٤٥	٢٦٥٣
١٤٢٣/١٤٢٤هـ الموافق (٢٠٠٣/٢٠٠٤م)	٣٨,٠٤٥,١٨١	٢٨٢٠

ويثبت الجدول المتقدم أن المملكة من الدول التي يزداد نشاط الإدارة فيها باضطراد، بهدف تحقيق التنمية الشاملة، بنسب سنوية عالية ومتتالية من حيث عدد العقود الإدارية كماً وقيمةً، على هدي من شريعتنا الإسلامية السمحاء، باعتبارها المصدر الأساسي للحكم، وبناءً على ثوابتها، تمارس الدولة سلطاتها، وتضطلع بمسئولياتها لبلوغ غاياتها في التقدم والنماء.

ولا يقلل من أهمية العقود الإدارية توجه الدولة مؤخراً إلى خصخصة بعض المرافق العامة، كشركة الاتصالات السعودية، وما يجري الآن من دارسات لخصخصة المؤسسة العامة للخطوط الجوية العربية السعودية، وذلك على الرغم من محدودية تأثير هذا التحول على حجم ونطاق هذه العقود، فإن هذا الأمر يتطلب أيضاً قيام الإدارة بإبرام العديد من عقود امتياز المرافق المخصخصة لإدارتها وتشغيلها.

وتهدف الدارسة للإسهام في إبراز حقوق المتعاقد مع الإدارة، للحصول على مقابل مجز لالتزاماته، وتوفير الطمأنينة له بمد يد العون له من الجهة المتعاقدة، عند مواجهته لمفاجآت الضارة، غير المتوقعة، مما سوف يكون له مردود إيجابي على الاقتصاد الوطني

ولا سيما أن التوازن المالي للعقد الإداري يتمثل في نظريات ابتكرها الفقه والقضاء الإداري، وهي تتصف بالحداثة والمرونة، وقابليتها للتطور، وحاجتها للتقنين بعد بلورة مفهومها، وتحديد شروطها.

وحيث إن روح الفكرة ومنطلقها يلتقيان تماماً مع مبادئ الإسلام في الحث على العدالة، والمساواة، وتحريم الظلم، وأكل أموال الناس بالباطل، إذ أجاز فقهاء المسلمين منذ العصور الأولى للإسلام فسخ عقد الإيجار للأعذار، وإنقاص ثمن الثمار التي أصابتها الآفات السماوية قبل التسليم، بقدر الضرر فيما يسمى (وضع الجوائح) [1] وكذلك أفاض الفقهاء في بحث ماهية وشروط وأحكام الضرورة، والغرر، والتدليس، والعيب الخفي، والغبن، والجهل، وآثارها على العقود بأنواعها، تلك المبادئ والأفكار السامية التي وجدت لها صدىً واسعاً في نظريات التوازن المالي للعقد الإداري، لهي جديرة بالدراسة، والمقارنة، واستخلاص النتائج. ونظراً لندرة الدراسات المتخصصة في موضوع البحث، وقلة تناول نظريات التوازن المالي للعقد الإداري في النظام والقضاء السعودي، وتوقف نشر أحكام ديوان المظالم التي أرست مبادئ قضائية في هذا المجال، منذ ما يزيد على عقدين من الزمان فقد عزمت بعون الله تعالى على المساهمة في سد هذا النقص، والعمل على تحديد مفهوم التوازن المالي للعقد الإداري السعودي، على ضوء قواعد الفقه الإسلامي، والأنظمة، وقرارات مجلس الوزراء، في القانون الإداري السعودي وأحكام ديوان المظالم الصادرة في هذا الخصوص، متطلعاً في ذلك لوضع لبنة في سبيل إرساء قواعده، والدعوة إلى تقنين أحكامه بما يلبي حاجة الاقتصاد الوطني، ويساعد على تنميته، ودعمه، خدمة للصالح العام.

---

[1] المقصود بوضع الجوائح هو إنقاص ثمن الثمار والزروع التي أصابها العفن على الأشجار بقدر التالف منها- راجع ص ٢٠٤ من هذه الدراسة.

منهج البحث

ولغرض دراسة هذا الموضوع ليصبح من الشمول بالقدر المناسب لعنوان الرسالة فقد اعتمدت منهجاً مختلطاً على النحو التالي:-

١. **المنهج المقارن:**

تقوم دراسة (فكرة التوازن المالي للعقد الإداري في المملكة العربية السعودية) على أساس من التشريع والفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر باعتبارهما موطن نمو القانون الإداري مقارناً بالقواعد الفقهية الإسلامية التي تحكم حالات اختلال توازن العقد باعتبارها المصدر الأساسي للقضاء الإداري في المملكة العربية السعودية.

٢. **المنهج التحليلي:**

لقد إشتمل البحث على عرض لأحكام القضاء الإداري التي تناولت موضوع الدراسة في فرنسا ومصر والمملكة وأسباب صدورها والأسس التي استندت عليها، وموقف القوانين والأنظمة والفقه من نظريات التوازن المالي للعقد الإداري ومدى تأثرها بها، مع مراعاة التوفيق بين مقتضيات هذا المنهج والطبيعة المرنة لأحكام القضاء الإداري.

٣. **المنهج التأصيلي:**

حيث تبيّن أن الكثير من قواعد وأحكام نظريات التوازن المالي للعقد الإداري عند رد الفروع إلى أصولها تتوافق تماماً مع القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية التي تأمر بالعدل والإحسان وتُحرِّم الظلم، كما تتجلى في قواعد الضرورة، والحث على التيسير في المعاملات وغيرهما مما شملته الدراسة وأظهرته من آراء علماء الأمة، جسدت عظمة شريعتنا الإسلامية وسعة أفقها وصلاحيتها لكل زمان ومكان، وأبرزت ولاية المظالم في الإسلام كتطبيق عملي استبق القضاء الإداري الحديث بحقبة زمنية طويلة.

وبناءً على ما تقدم حددت خطة البحث لهذه الدراسة على النحو التالي:-

الباب الأول : **التوازن المالي للعقد الإداري في الفقه والقضاء الإداري المعاصر.**

فصل تمهيدي: **ماهية العقود الإدارية ومضمون التوازن المالي للعقد الإداري.**

الفصل الأول: **نشأة وتطور نظريات التوازن المالي للعقد الإداري والأسس التي ترتكز عليها.**

المبحث الأول: نشأة وتطور نظريات التوازن المالي للعقد الإداري.

المبحث الثاني: الأسس التي ترتكز عليها نظريات التوازن المالي للعقد الإداري.

الفصل الثاني: **نظرية عمل الأمير.**

المبحث الأول: مفهوم نظرية عمل الأمير ونشأتها وتطورها.

المبحث الثاني: شروط تطبيق نظرية عمل الأمير.

المبحث الثالث: أساس التعويض بموجب نظرية عمل الأمير

المبحث الرابع: الآثار المترتبة على تطبيق نظرية عمل الأمير.

الفصل الثالث : **نظرية الظروف الطارئة.**

المبحث الأول: نشأة النظرية ومدلولها وتطورها.

المبحث الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

المبحث الثالث: الأساس القانوني المبرر للتعويض بموجب نظرية الظروف الطارئة.

المبحث الرابع: آثار نظرية الظروف الطارئة في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري.

المبحث الخامس: آثار انتهاء الظروف الطارئة على العقد الإداري.

الفصل الرابع : **نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.**

المبحث الأول: مفهوم النظرية ونشأتها وتطورها.

المبحث الثاني: شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

المبحث الثالث: أساس التعويض بموجب نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

المبحث الرابع: الآثار التي تترتب على نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

الفصل الخامس : **مقارنة بين النظريات الثلاث للتوازن المالي للعقد الإداري**

الباب الثاني: **التوازن المالي للعقد الإداري في الفقه الإسلامي و النظام والقضاء الإداري السعودي المعاصر**

تمهيد: **الشريعة الإسلامية كأساس للأنظمة السعودية.**

الفصل الأول: **موقف الفقه الإسلامي من التوازن المالي للعقد الإداري.**

المبحث الأول: التوازن المالي للعقد الإداري من خلال قواعد الفقه الإسلامي الكلية.

المبحث الثاني: التوازن المالي للعقد الإداري من خلال نظرية الضرورة.

المطلب الأول: التوازن المالي للعقد الإداري من خلال الأعذار التي تجيز تعديل أو فسخ العقد.

المطلب الثاني: التوازن المالي للعقد الإداري من خلال أحكام حالة تقلب قيمة النقود.

المبحث الثالث: التوازن المالي للعقد الإداري من خلال أحكام الغرر.

المبحث الرابع : التوازن المالي للعقد الإداري من خلال أحكام بيـوع الاستصـناع وبيـوع الثمـار والزرع قبل بدو صلاحها.

المبحث الخامس: التوازن المالي للعقد الإداري من خلال سلطات قاضي المظالم.

المبحث السادس : التوازن المالي للعقد الإداري من خلال أحكام خيار الغبن والتدليس وخيار العيب

المبحث السابع: التوازن المالي للعقد الإداري بين الفكر الإداري المعاصر والفقه الإسلامي.

المطلب الأول: أوجه الشبه بين نظريات التوازن المالي للعقد الإداري ومثيلاتها مـن أحكـام الفقه الإسلامي التي تجيز فسخ العقد أو تعديله

المطلب الثاني: أوجه الخلاف بين نظريات التوازن المالي الحديثة وأحكام الفقـه الإسـلامي فـي الحالات التي تجيز فسخ العقد أو تعديله.

الفصل الثاني : التوازن المالي للعقد الإداري في النظام السعودي.

المبحث الأول: تطور ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية بوصفه قضاءً إداريا.

المبحث الثاني: التوازن المالي للعقد الإداري في الأنظمة السعودية.

المبحث الثالث: التوازن المالي للعقد الإداري من خلال قرارات مجلس الوزراء السعودي.

الفصل الثالث: التوازن المالي للعقد الإداري في القضاء الإداري السعودي.

المبحث الأول: التوازن المالي للعقد الإداري من خلال قرارات ديوان المظالم فـي ظـل نظامـه السابق حتى عام ١٤٠٢هـ الموافق (١٩٨٢م).

المبحث الثاني: التوازن المالي للعقد الإداري من خلال أحكام ديوان المظالم الصادرة بعد نفاذ نظامه الحالي.

الباب الأول

التوازن المالي للعقد الإداري في الفقه والقضاء الإداري المعاصر

فصل تمهيدي:

ماهية العقود الإدارية ومضمون التوازن المالي للعقد الإداري:

تمارس الإدارة وهي بصدد القيام بمهامها، العديد من الأساليب، وأهمها ما يصدر عن الإدارة بإرادتها المنفردة وهو ما يسمى بالقرار الإداري [1]، بغرض إحداث أثر قانوني مشروع، استناداً لما تخولها القوانين واللوائح من سلطات وصلاحيات، ومن ذلك مباشرتها لسلطاتها في حفظ الأمن، والصحة العامة، ونزع الملكيات للمنفعة العامة، والتنفيذ الجبري لقراراتها [2].

وإذا كانت الإدارة تملك امتيازات خاصة بها للقيام بالتصرفات السابقة، فإن هذا الأسلوب لا يسعف في كثير من الأحيان لتلبية احتياجاتها، ذلك أن ضرورة حماية حقوق وحريات الأفراد، وإقامة المساواة فيما بينهم، جعلها تلجأ لوسائل أخرى لغرض ممارسة نشاطها في إدارة وتسيير المرافق

---

[1] استقر الفقه والقضاء الإداري المعاصر على تعريف القرار الإداري بأنه ((إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة في الشكل الذي يحدده القانون بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح، وذلك بقصد أحداث مركز قانوني معين متى كان ممكناً وجائزاً قانوناً، وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة)) راجع في ذلك د.محمد عبد العال السناري ـ القرارات الإدارية في المملكة العربية السعودية – مطابع معهد الإدارة العامة –١٤١٤هـ –١٩٩٤م ص٥١ ود./ نواف كنعان ـ القانون الإداري ـ الكتاب الثاني ـ الطبعة الأولى ـ الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع ـ طبعة٢٠٠٣ص٢٣٧ وأيضاً د.خالد خليل الطاهر ـ القانون الإداري ـ الكتاب الثاني الطبعة الأولى ـ دار المسيرة للنشر والتوزيع ـ ١٤١٧هـ ١٩٩٧م – ص ١١١. وللقرار الإداري أنواع متعددة حسب الوجهة التي ينظر منها إلى القرار فبالنظر إلى العمومية والتجريد توجد القرارات الفردية والقرارات التنظيمية، أو اللائحية، ومن حيث الرقابة القضائية هناك قرارات الإدارة وأعمال السيادة، ومن حيث المصدر توجد القرارات الجمهورية، وقرارات مجلس الوزراء، والقرارات الوزارية، وقرارات الإدارات اللامركزية كالمحافظات والهيئات العامة، ومن حيث موضوع القرار يمكن تقسيمها إلى قرارات تعيين وقرارات تأديب وقرارات ترخيص. للمزيد من التفصيل انظر د./ ماجد راغب الحلو – القانون الإداري – دار المطبوعات الجامعية – طبعة ١٩٩٩م – ص ٥١٩.

[2] ويجدر التنويه إلى أن هذه السلطة والصلاحيات للإدارة في إصدار القرارات ليست مطلقة إذ إن الاتجاهات الحديثة لمجلس الدولة الفرنسي قيدت السلطة التقديرية للإدارة في القرارات الإدارية للحد من إساءة استخدامها، أو منافاتها للصالح العام وبما يحقق التوازن بين هذه المصالح وحقوق الأفراد وحرياتهم بأن وضع معايير جديدة للرقابة القضائية على أعمال الإدارة مبتدعاً رقابة الخطأ البين في تكييف الوقائع ورقابة الخطأ البين في التقييم ورقابة الموازنة بين التكاليف والمزايا راجع مؤلف أستاذنا الدكتور رمضان محمد بطيخ ـ الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية ـ دار النهضة العربية ـ طبعة ١٩٩٦م ـ ص١٠وص ١١ وص ٣٧٨.

العامة، ومنها التعاقد مع الغير. فالعقود تعتبر من الوسائل التي تلجأ لها الإدارة للوفاء بمهامها واستكمال متطلباتها في إنشاء وإدارة مرافقها لخدمة الجمهور، أو شراء منقولات، أو عقارات، أو لتأمين خدمات أو دراسات، أو أعمال، أو مقاولات، أو نقل، أو بيع، أو تأجير، أو استغلال منشآت... الخ.

((ويمكن تعريف العقد الإداري حسبما يستفاد من أحكام القضاء الإداري في مصر وفي فرنسا- بأنه عقد يبرمه شخص معنوي عام، بقصد تنظيم مرفق عام، أو تسييره مستخدماً وسائل القانون العام)) [1].

ومنذ أن استخلص الفقه نظرية العقود الإدارية بطبيعتها، مستنداً في ذلك إلى أحكام مجلس الدولة ومحكمة التنازع الصادرة في قضية تريبه وقضية شركة جرانيت فوج، وأقامها في ناحيتها الموضوعية على معيار مزدوج يتكون من فكرة المرفق العام، وفكرة الشروط الاستثنائية، فقد حاول بعض الفقهاء أن يستبعدوا فكرة الشروط الاستثنائية من معيار العقد الإداري مكتفين بفكرة المرفق العام، فقال بعضهم بنظرية الهدف الحال المباشر، وقال البعض الآخر بفكرة الاشتراك مباشرة، أو دوام المشاركة في تسيير المرفق العام، كما قيل بفكرة استعمال المرفق العام لطرق ووسائل استثنائية في تنظيمه وإدارته، ثم جاءت أحكام مجلس الدولة الفرنسي عام ١٩٥٦م المنوه عنها أعلاه وما تلاها من أحكام فظهرت نظرية جديدة هي (مهمة تنفيذ المرفق العام ذاته) وهي إعمال منفرد لفكرة المرفق العام كمعيار للعقد الإداري. وبعد أن استعرض د./أحمد عياد الانتقادات التي وجهت إلى هذه الفكرة انتهى إلى أن فكرة المرفق العام لا تصلح كمعيار موضوعي للعقد الإداري لعدم تحديدها

---

[1] د./ محمود عاطف البنا – العقود الإدارية – دار العلوم للطباعة والنشر – ١٤٠٥هـ – ١٩٨٤م ص ١٩. وأيضاً في تعريف العقد الإداري يقول الدكتور مصطفى محمود عفيفي ((إنه من المتفق عليه فقهاً والمستقر عليه في الأحكام القضائية إنه ذلك العقد الذي يبرمه أحد الأشخاص المعنوية للقانون العام من خلال إدارة وتسيير مرفق عام ابتغاء تحقيق مصلحة عامة متبعاً في ذلك الأساليب المقررة في القانون العام، بما يعني انطوائه على نوع، أو آخر من الشروط غير المألوفة الاتباع بشأن ما يتم إبرامه من عقود القانون الخاص)) راجع مؤلفه الوسيط في مبادئ القانون الإداري المصري ، المقارن – الكتاب الثاني – الطبعة الرابعة مطبعة جامعة طنطا – ص ٣٥١. راجع أيضاً في تعريف العقد الإداري د./ سعاد الشرقاوي – العقود الإدارية – دار النهضة العربية – ص ٥.

واختلاطها بفكرة المصلحة العامة، وأن المحاولات جميعها انتهت إلى فكـرة الشـروط الاسـتثنائية، وبالتالي فكرة السلطة العامة كمعيار للعقد الإداري[1]

وكان معظم فقهاء القانون العام في مصر قد انحازوا في البداية إلى معيار المرفق العام، ثـم تغير الحال وأصبحت غالبيتهم مع معيار السلطة العامة منذ منتصف الستينيات من القرن الماضي، إلاّ أن الاتجاه الفقهي الحديث يجمع بين فكرتي المرفق العام والسلطة العامة كأسـاس للقـانون الإداري ومعيارٍ له [2].

والعقد الإداري هو كأي عقد آخر يتطلب توافق ارادتين على إحداث أثر قانوني تكون له قوة ملزمة لهما، إلاّ أن اتصال العقد بمرفق عام يجعل التزامات المتعاقد أشد صرامة وأكثر إلزاماً منها في القانون المدني؛ ولذلك يطلب القاضي الإداري من المتعاقد أن يبذل أقصى ما في وسـعه مـن عنايـة وحرص في تنفيذ التزاماته، وأن يقوم بالتنفيذ بنفسه دون إحلال شـخص آخـر محلـه إلاّ بموافقـة الإدارة، وأن يلتزم المتعاقد بإجراء كافة التعديلات التي تطلبها الإدارة منه وفقاً لحاجات المرفق العـام التي تخضع لقاعدة التغيير والتعديل دون الحاجة إلى موافقة المتعاقد مع الإدارة. كما يلتـزم المتعاقـد التقيد بتنفيذ العقد في مدته المحددة وإلاّ كان عرضة لتوقيع أشد الجزاءات عليه بـأن تتـولى الإدارة التنفيذ بنفسها أو إحلال متعاقد آخر محله وذلك بإرادتها المنفردة دون حاجة للجوء للقضاء [3].

---

[1] د./ أحمد عثمان عياد – مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية – رسالة دكتوراه جامعة القـاهرة – ص ٢٨ ومـا بعدها. وبرأي الفقيه الفرنسي موريس هوريو أن أساس القانون الإداري هو أساس مزدوج تلعب السلطة العامة الـدور الأول فيه، ويأتي دور المرافق العامة في المقام الثاني. انظر د./ ماجد راغب الحلو – المرجع السابق – ص ٧٩. وقد أصيبت فكرة المرفق العام بأزمة ولم تعد تكفي كمعيار لتحديد نطاق تطبيـق القـانون الإداري واختصـاص القضـاء الإداري، إذ إن وجود المرفق العام لم يعد الشرط الوحيد، أو الضروري لتطبيق القانون الإداري، وبعد أن كان الفقيـه فالين ينادي بفكرة المنفعة العامة كأساس للقانون الإداري عاد فاعترف فيما بعد بأنّ هذه الفكرة هي من السعة بحيث لا يمكن أن تستخدم كمعيار لتطبيق القانون الإداري. – المرجع السابق – ص ٥٧.

[2] د./ عبد الغني بسيوني عبد الله – النظرية العامة في القانون الإداري – منشأة المعارف بالإسكندرية – طبعـة ٢٠٠٣– ص ١٠٣.

[3] أستاذنا د./ ثروت بدوي – مبادئ القانون الإداري – المجلد الأول – دار النهضة العربية طبعة ١٩٦٨ ص ١٣٢ وص ١٣٣.

إن الدراسات الخاصة بالعقود الإدارية قد بدأت في فرنسا خلال الربع الثاني من القرن الماضي مع القانونيين جيز، وبيغينيو، ودي لوبادير ابتداءً من الثلاثينيات [١]

وقد بدأت نظرية العقود الإدارية في القانون الفرنسي في الظهور في مطلع القرن الماضي، وكان المعيار المتبع حينها في توزيع الاختصاص بين المحاكم القضائية من ناحية والقضاء الإداري من ناحية أخرى، يرتكز على فكرة السيادة أو السلطة فالمنازعات التي تتعلق بأعمال السلطة هي وحدها التي يختص بها القضاء الإداري، أما التصرفات العادية التي تهبط بها الإدارة إلى مرتبة الأفراد العاديين، فتبيع أو تشتري، أو تستأجر...الخ، فإنها تترك لاختصاص المحاكم العامة؛ لأن التصرفات في الحالة الأولى تنطوي على عنصر السلطان وخصائصه، لذا فهي تدخل في اختصاص المحاكم الإدارية دون الحاجة إلى نص خاص [٢].

وقد صدر قانون ٢٨ بليفوز، السنة الثامنة استثناءً من القاعدة السابقة جعل لمجالس الأقاليم حق النظر في منازعات عقود الأشغال العامة وعقود بيع أملاك الدولة [٣].

وبعده صدر قانون ١٧ يوليو سنة ١٧٩٠م وقانون ٢٦ سبتمبر ١٧٩٣م الخاص بعقود القروض العامة التي تبرمها الدولة، ثم تلا ذلك قانون سنة ١٩٣٨م الخاص بالعقود التي تتضمن شغلاً للدومين [٤]، وقد أطلق الفقهاء على هذه العقود تسمية العقود الإدارية بتحديد القانون؛ لأن

---

[١] د./ موريس نخلة – العقود الإدارية التزامات الأشغال العامة والامتيازات – طبعة ١٩٦٨م ص ٧.

[٢] د./ جابر جاد نصار – الوجيز في العقود الإدارية – الطبعة الثانية – دار النهضة العربية ص ١١.

[٣] الأصل في هذا القانون أن نابليون أراد أن يكون النزاع المتعلق بالأملاك الوطنية إدارياً، وذلك بأن يتم الحكم على اعتراضات بيع الأملاك المصادرة أثناء الثورة والعائدة للرهبان والمهاجرين من السلطة القضائية الإدارية المعروفة بأنها قريبة من الإدارة والحكومة، وبأنها أقل رغبة من القضاء العادي بأن تكون مؤيدة لأصحاب الأملاك القدماء، د./ مازن ليلو راضي – العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية – طبعة ٢٠٠٢م – ص ٢٢. ويعني ٢٨بليفوز pluviose أي الشهر الخامس من التقويم الجمهوري (السنة الثامنة للثورة الفرنسية) د./ خالد خليل الظاهر – الكتاب الثاني الطبعة الأولى١٩٩٧م – دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة– عمان.

[٤] د./ محمد عبد العال السناري – مبادئ وأحكام العقود الإدارية – دار النهضة العربية ص ١٥.

اختصاص القضاء الإداري بهذه العقود لم يكن يستند إلى خصائص ذاتية، وإنما يرجع إلى إرادة المشرع [1].

ولم يستمر هذا الأمر طويلاً حيث حاول مجلس الدولة الفرنسي جاهداً أن يمد اختصاصه إلى عقود أخرى قياساً على ما حدده المشرع وهو ما انتهى به في نهاية الأمر إلى العدول عن معيار السلطة العامة وأعمال الإدارة العادية إلى معيار المرفق العام بوصفه أساساً جديداً لتحديد اختصاص القضاء الإداري. وكان أول تطبيق لهذا المعيار في نطاق العقود الإدارية هو حكم Terrier الصادر في فبراير ١٩٠٣م، فقد أوضح مفوض الدولة Romieu أن اختصاص القضاء الإداري يشمل كل ما يتعلق بتنظيم وسير المرافق العامة قومية، أو محلية سواء كانت وسيلة الإدارة في ذلك عملاً من أعمال السلطة، أو تصرفاً عادياً [2].

وبإعمال المعيار الجديد اكتسبت عقود الإدارة الصفة الإدارية ليس بناءً على إرادة المشرع؛ ولكن استناداً إلى خصائص ذاتية تحددها المعايير التي وضعها القضاء والفقه. ومما يلاحظ أن المعيار الجديد وهو معيار المرفق العام، لم يتخل كلية عن معيار السلطة الذي كان سائداً ومبرراً لاختصاص القضاء الإداري، فاشترط القضاء إلى جانب تعلق العقد بمرفق عام أن تتبع الإدارة في شئون تسيير هذا المرفق أسلوب القانون العام بما لها من سلطات وامتيازات تؤدي إلى

---

(١) د./ سليمان محمد الطماوي – الأسس العامة للعقود الإدارية– الطبعة الثالثة سنة ١٩٧٥م دار الفكر العربي– ص ٣٠.

(٢) د./ جابر جاد نصار – المرجع السابق– ص١٢. والمرفق العام هو من المفاهيم الأساسية في القانون الإداري، وقد أسس الفقيه Duguit ((مدرسة المرفق العام)) في مطلع القرن العشرين معتبراً فكرة المرفق العام تفسر كل القانون الإداري، وفي نظر هذه المدرسة التي ضمت أيضاً Jeze و Rolland وخصوصاً Bonnard أن القانون الإداري هو قانون المرفق العام، والدولة هي مجموعة من المرافق العامة. وعرّف Rolland المرفق العام بأنه مشروع، أو مؤسسة ذات منفعة عامة تعمل تحت إشراف الحكام لتلبية حاجة الجمهور الجماعية. راجع في هذا الشأن د./ هيام مروه – القانون الإداري الخاص – المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع – الطبعة الأولى ١٤٢٣هـ ٢٠٠٣م – ص ٧.

تضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، وتضمن بها تحقق المصلحة العامة للمرفق [1].

إن الأمر الذي لا شك فيه هو أن العقود الإدارية بما تتضمن من أحكام هي من صنع القاضي الإداري الفرنسي، فلقد كان لحرية العمل التي يتمتع بها الفضل الكبير في ابتداع نظرية تحكم العقود التي تبرمها الإدارة تختلف عن النظرية المألوفة في القانون المدني، والتجاري، بشأن العقود التي يبرمها الأفراد من حيث طبيعة تلك العقود، والأحكام المتعلقة بها؛ لأن القاضي الإداري الفرنسي كما هو معلوم متحرر من قيود النصوص التشريعية [2].

أما في مصر فقد كان الوضع قبل إنشاء مجلس الدولة هو نظام القضاء الموحد الذي بمقتضاه تختص المحاكم العادية بنظر جميع المنازعات سواء نشأت من أفراد فحسب، أو بينهم وبين الإدارة وكانت توجد إلى جانب الحكومة إدارة قضايا الحكومة واللجنة الاستشارية التشريعية [3]، لذا لم تبدأ نظرية العقود الإدارية في الظهور إلاّ بعد صدور قانون مجلس الدولة

---

[1] د./ عزيزة الشريف – دراسات في نظرية العقد الإداري – دار النهضة العربية ص ٨ وص ٩. ويضيف د./ عبد المولى بأنه ((إذا كان معيار الشروط الاستثنائية من القانون الخاص قد أثار جدلاً في الفقه فيما يتعلق بتحديد ماهيته، والدور الذي تلعبه تلك الشروط في مجال تمييز العقد الإداري لا سيما لدى أنصار مدرسة السلطة العامة، فإن هذا المعيار قد تطور ولم يعد مقصوراً على الشق المتعلق بتضمين العقد ذاته شرطاً، أو شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص. ويعتبر حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ ١٩ يناير ١٩٧٣م في قضية شركة الاستغلال الكهربائي لبحيرة سانت نقطة البداية لهذا التطور الذي يتمثل في خضوع العقد لنظام استثنائي من القانون الخاص شأنه شأن تضمين العقد شروطاً استثنائية يصبغ العقد بالطابع الإداري.)) د./ محمد علي عبد المولى – المرجع السابق – ص ١١٧.

[2] د./ إبراهيم طه الفياض – العقود الإدارية – مكتبة الفلاح – طبعة ١٩٨١م– ص ١٠.

[3] د./ أحمد منازع علي أحمد – ضوابط اختصاص القضاء الإداري – دراسة مقارنة رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة أسيوط عام ١٤٢٢هـ – ٢٠٠١م– ص ٣٢٦.

ويضيف د./ أحمد منازع بأن رغبة مصر اتجهت إلى الأخذ بنظام مجلس الدولة منذ الربع الأخير من القرن قبل الماضي حيث صدر في ٢٣ أبريل عام ١٨٧٩م أمر عال بإنشاء مجلس دولة للحكومة، غير أنه ظل معطلاً دون تنفيذ بسبب الظروف المالية التي كانت تمر بها مصر، وعزل الخديوي إسماعيل، وهكذا الحال في مشروعي مجلس الدولة عام ١٩٣٩م وعام ١٩٤١م إذ إنه لم يُعمل بهما – المرجع السابق – ص ٣٣٠.

رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥م المعدل بالقانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩م[١] ثم القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢م الذي جعل القضاء الإداري هو جهة الاختصاص الوحيدة في مسائل العقود الإدارية [٢].

فحينما صدر قانون إنشاء مجلس الدولة المصري رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦م، لم يكن ينص على اختصاص المجلس بنظر عقود الإدارة، ثم صدر القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩م ليحل محل القانون السابق، معطياً الاختصاص لمجلس الدولة في نظر منازعات ثلاثة أنواع من العقود الإدارية هي عقود الالتزام، وعقد الأشغال العامة، وعقود التوريد، أما باقي أنواع العقود فقد ظل الاختصاص بنظر منازعاتها مشتركاً بين مجلس الدولة والمحاكم العادية حتى سنة ١٩٥٥م [٣].

ومن المعلوم بأن عقود الإدارة نوعان، الأول: هو ما يسمى بعقود الإدارة المدنية وفيه تتساوى الإدارة مع المتعاقد معها في الحقوق والالتزامات متجردة من امتيازاتها وسلطاتها العامة، ويخضع العقد في هذه الحالة إلى قواعد القانون الخاص.

أما النوع الثاني من عقود الإدارة: فهو الذي تتجلى فيه امتيازات السلطة العامة، والتي لا نظير لها في علاقات الأفراد فيما بينهم، نظراً لمقتضيات سير المرافق العامة [٤]، وتتضمن شروطاً لا مثيل لها في عقود القانون الخاص تستأثر الإدارة بموجبها بامتيازات، وتخضع لقيود لا وجود لمثلها لأشخاص القانون الخاص كالمناقصة، والممارسة، والمزايدة، وتخضع فيها الإدارة

---

[١] ويشيد د./ سليمان الطماوي بمجلس الدولة واصفاً إياه بالحيدة والاستقلال بقوله: ((إذا كان المجلس منذ إنشائه سنة ١٩٤٦م ملحقاً بجهات عديدة مثل وزارة العدل، ومجلس الوزراء، ورئاسة الجمهورية، وعلى الرغم من هذا الإلحاق لم يأخذ سمة التبعية، بل ظل مجلس الدولة منذ إنشائه حصناً شامخاً من حصون العدالة يقوم بمهامه في استقلالية وحيدة)) انظر مؤلفه الوجيز في القضاء الإداري – دراسة مقارنة – دار الفكر العربي طبعة ١٩٨٥م ص ٦٢.

[٢] د./ ماجد راغب الحلو – المرجع السابق – ص ٥٦١.

[٣] د./ محمد عبد العال السناري – المرجع السابق- ص ٦ و ص ٧.

[٤] د./ سليمان محمد الطماوي- الأسس العامة للعقود الإدارية - المرجع السابق- ص ٢١.

والمتعاقد معها لنظام قانوني مميز هو القانون الإداري. هذه العقود الإدارية هي الأكثر عدداً من بين العقود التي تبرمها الإدارة والأكثر شيوعاً في الوقت الحاضر [1].

أما بخصوص موقف القضاء الإداري المصري من المعيار المميّز للعقد الإداري فقد استقرت أحكامه على ترديد الشروط الثلاثة التقليدية وهي وجود الإدارة طرفاً بالعقد، وصلة العقد بالمرفق العام، واتباع وسائل القانون العام باعتبارها مناط تمييز العقد الإداري [2].

((وقد صدرت عدة أحكام حديثة من المحكمة الإدارية العليا في مصر قضت فيها بتخلف شرط الأحكام الاستثنائية غير المألوفة في عقود القانون الخاص، وبالتالي رفضت إضفاء الصفة الإدارية على العقد)) [3] ومن ذلك الحكم الصادر في ١٩٨٧/٢/٢١م حيث تقول: ((من حيث إن قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن العقد يعتبر إدارياً إذا كان أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً واستهدف مرفق عام وتضمن شروطاً غير مألوفة في نطاق القانون الخاص، فإذا تضمن عقد هذه الشروط الثلاثة مجتمعة كان عقداً إدارياً ...)) [4].

ومظاهر سلطة الإدارة في العقود الإدارية هي:-

أولاً : حقها في الرقابة على المتعاقد أثناء تنفيذ التزامه.

ثانياً: حقها في تعديل التزامات المتعاقد بالنقص، أو بالزيادة.

ثالثاً : حقها في توقيع جزاءات متنوعة على المتعاقد إذا أخل بالتزاماته.

رابعاً : حقها في إنهاء العقد دون خطأ من جانب المتعاقد [5].

---

[1] د./ إبراهيم طه الفياض – المرجع السابق– ص ٩.

[2] د./ محمد سعيد حسين أمين – دراسة وجيزة في فكرة العقود الإدارية وأحكام إبرامها – دار الثقافة الجامعية طبعة ١٩٩٢م – ص ٤٠.

[3] د./ عادل عبد الرحمن خليل – عقود الإدارة الإدارية والمدنية – مطبعة الإيمان – ص ٣٥.

[4] حكم ٢١٨٤ – ٢٩ – مجموعة المبادئ القانونية التي أصدرها المكتب الفني لمجلس الدولة في العقود الإدارية في أربعين عاماً ص ٩٤ وفي هذا المعنى أيضاً حكمها رقم ١٠٥٩ – ٧ تاريخ ١٩٦٣/٥/٢٥م – نفس المرجع ص ١٠٤.

[5] د./ سليمان محمد الطماوي– المرجع السابق– ص٤٤٥.

وإن كان من النادر خلو العقود الإدارية من أحد مظاهر سلطات الإدارة السابقة، إلاّ أن القوانين، واللوائح، غالباً ما تنص على ذلك، كما أن من المسلم بـه أن طبيعـة العقـد الإداري واتصاله بالصالح العام يجعل من تلك المظاهر، حقاً أصيلاً للإدارة، وتتمتع به دون حاجـة إلـى النص عليه في العقد فلها أن تلزم الأفراد بإرادتها المنفردة وأن تصدر من جانبها وحدها قرارات تكون نافذة من تلقاء نفسها دون توقف على قبول الأفراد أو رضائهم، بل تستطيع أن تلجأ للتنفيذ الجبري بالقوة عند الاقتضاء [1].

ومع أن كلا النوعين من العقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها يتفقان فـي كثيـر مـن العناصر المشتركة، فكلاهما يتضمن وجود الإدارة كطرف في العقد، وتوافق ارادتين على إنشائه، ويجب أن يتوفر فيه أركان العقد من رضا، ومحل وسبب، إلاّ أن العقود الإدارية تتميز عن غيرها من عقود الإدارة المدنية، بما للإدارة من سلطات وامتيازات مضمنة في العقد، وشروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص[2]، وكما أسلفنا فهي تملك تعديل شروط العقد بإرادتها المنفـردة والتنفيذ المباشر على حساب المتعاقد عند تقصيره في القيام بالتزاماته، وإشـراف الإدارة علـى التنفيذ، والرقابة عليه. وتوقيع الجزاءات، بل لها حق فسخ العقد بإرادتها المنفردة [3].

وبسبب التشابه الكبير بين الأركان في العقد المدني والعقد الإداري، لم يتفق الفقهاء في فرنسا على موقف واحد إزاء استقلال نظرية العقد الإداري عن النظرية التقليدية لعقود القـانون

---

(1) أستاذنا د./ ثروت بدوي – القانون الإداري – دار النهضة العربية – طبعة عام ٢٠٠٢م ص ١٥.

(2) وبرأي د./ محمد سعيد حسين أمين أن معيار التمييز بين نوعي العقود التي تبرمها الإدارة ((... يجـد أساسـه فـي اختلاف الوسيلة لا الغاية، فمع وحدة الهدف الذي تريده الإدارة في جميع تصرفاتها ومنها ما تبرمه من عقـود، تلـك الغاية تتمثل في الصالح العام و النفع العام، إلاّ أن الوسيلة المستخدمة لتحقيق تلك الغاية قد تختلف، ففي بعض الأحيان تكون الوسيلة المستخدمة من وسائل القانون الخاص كما هو الحال في عقود الإدارة التـي تخضـع لأحكـام القـانون الخاص، وفي أحيان أخرى تكون الوسيلة المستخدمة من وسائل القانون العام كما هو الشأن في العقود الإداريـة.)) د./ محمد سعيد حسين أمين – المرجع السابق – ص ١١١ وص ١١٢.

(3) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٠٥٩-٧ جلسة ١٩٦٣/٥/٢٥م مجموعة المبادئ القانونية في العقود الإداريـة فـي أربعين عاماً إصدار المكتب الفني لمجلس الدولة – ص ١٠٤.

الخاص، وقد برز اتجاهان الأول: ويمثله الأستاذ Duguit فهو لا يرى فرقاً أساسياً بين العقدين فهما متفقان في عناصرهما الجوهرية، والاختلاف فقط في الاختصاص القضائي.

أما الاتجاه الثاني: ويمثله الأستاذين Jeze و de laubadere ويرى كل منهما أن النظام القضائي في القانون الإداري نظام خاص مستقل عن نظام القانون الخاص، كما أن العقود الإدارية تختلف هي أيضاً عن عقود القانون الخاص من حيث قواعدها ونظام منازعاتها وهذه الخصوصية تمليها متطلبات المصلحة العامة التي تهدف إليها العقود الإدارية [1].

كما اختلف الفقه في فرنسا بشأن تحديد الأساس القانوني الذي يبرر سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة فمنهم من عزا ذلك للسلطة العامة باعتبار أن الإدارة تمارس حقاً تملكه كسلطة عامة وأن هذا الحق يعتبر من النظام العام وليس حقاً عقدياً. في حين يرى فريق من الفقهاء بأن أساس حق الإدارة في التعديل يكمن في العقد ذاته وهو تحقيق مقتضيات الصالح العام، بينما يرى فريق ثالث بأن مقتضيات المرافق العامة هو أساس هذا الحق [2].

ويشترط لاعتبار العقد إدارياً أن يكون متصلاً بنشاط مرفق عام من حيث سيره، أو تنظيمه [3] واتصال العقد بنشاط مرفق عام يرتب آثاراً بالغة الأهمية في تقرير القواعد التي تحكم تنفيذ العقد. ويشترط لاعتبار العقد إدارياً أن تكون الإدارة طرفاً فيه، ولكن ليست كل العقود التي تبرمها الإدارة عقوداً إدارية، وإنما تعد كذلك فقط تلك العقود التي تكون متصفة موادها بطابع

---

[1] د./ مازن ليلو راضي – المرجع السابق ص ١٤ وص ١٥.

[2] د./ إبراهيم محمد علي – المرجع السابق – ص ٤١.

[3] يتجه غالبية الفقه إلى تعريف المرفق العام بالجمع بين المدلولين الشكلي والموضوعي وعلى هذا الأساس يعرفه أستاذنا الدكتور رمضان محمد بطيخ بكونه ((نشاط يستهدف إشباع الحاجات العامة دون النظر إلى ربح مادي، وتباشره الدولة إما بذاتها، أو بواسطة أحد الأشخاص الإدارية الأخرى وأما أن تعهد به إلى أحد الأفراد يديره بتوجيه منها وتحت رقابتها وإشرافها)) – راجع مؤلفه الوسيط في القانون الإداري – دار النهضة العربية – طبعة ١٩٩٧ – ص ٧٧٧ وما بعدها.

السلطة العامة. ووجود السلطة العامة طرفاً في العقد الإداري يؤدي إلى إخضاع العقد لقواعد خاصة مغايرة للقواعد المدنية على التفصيل السابق. وفوق هذا وذاك، فقد تبنى مجلس الدولة الفرنسي نظرية خاصة تعرف باسم ((نظرية تغير الظروف)) ورتب عليها نتائج ضخمة في مجالات القانون الإداري المختلفة. ومن بين هذه المجالات، موضوع تنفيذ العقود الإدارية، فهي الأساس الذي بنى عليه مجلس الدولة الفرنسي قضاءه المتحرر من القاعدة المدنية المعروفة باسم ((قاعدة العقد شريعة المتعاقدين)).

هذه الأمور الثلاث قد أثرت على طبيعة القواعد القانونية التي تحكم نظرية العقود الإدارية، وجعلتها نظرية مستقلة عن النظرية العقدية في القانون المدني. وهذه المسائل الثلاثة أيضاً (مسألة المرفق العام ومسألة السلطة العامة ومسألة تغير الظروف) هي التي تبرر وجود نظرية عقدية إدارية مستقلة عن النظرية العقدية المدنية [1].

ولا تقتصر العقود الإدارية على تلك العقود التي يكون أحد أطرافها من أشخاص القانون الخاص من جهة، والإدارة من جهة أخرى، بل إنها تمتد؛ لتشمل العقود التي تبرمها الجهة الإدارية مع غيرها من الهيئات العامة أيضاً، طالما كان هدفها هو تحقيق الوفر المالي للإدارة، وإنجاز مشروعاتها في أسرع وقت ممكن، وبأفضل الوسائل.

وتتميز نظرية العقود الإدارية بأنها تجمع في آنٍ واحد بين الطابع الأصيل لقواعد القانون العام وأحكامه المتميزة التي لا نظير لها في القانون الخاص، وبين أولويات العقود وأحكامها الأساسية التي تعد تقنيناً لمبادئ عامة أملتها طبائع الأمور، أو مقتضيات العدالة المجردة مما لا تختلف عليه روابط القانون العام، أو الخاص[2].

---

[1] أستاذنا د./ ثروت بدوي - مبادئ القانون الإداري - المرجع السابق ص ١٣٠.

[2] د./ عمر حلمي معيار تمييز العقد الإداري طبعة ١٩٩٣م ص ٩.

ويعد تعديل العقد الإداري بالإرادة المنفردة من السلطات الاستثنائية التي تثبت لجهة الإدارة بالنسبة لجميع العقود الإدارية ودون حاجة للنص عليها صراحة في العقد (على النحو السابق بيانه)؛ لأنها تنبثق من طبيعة العقد الإداري ذاته، وبمقتضى هذه السلطة يكون للإدارة المتعاقدة الحق في تعديل شروط العقد بزيادة، أو نقصان التزامات المتعاقد معها دون الحصول على موافقته مقدماً، وهو أمر غير مألوف في العقود التي يبرمها الأفراد فيما بينهم والتي تخضع لقواعد القانون الخاص [1] .

وقد عرّفت المحكمة الإدارية العليا في مصر في الطعن رقم (٥٧٦) وتاريخ ١٩٦٧/١٢/٢٠م العقد الإداري بأنه: ((هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق ، أو بمناسبة تسييره وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرطاً، أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص)) [2].

وقد أبانت المحكمة الإدارية العليا في مصر الاستثناءات والسلطات بقولها: ((ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود الإدارية ولها دائماً حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما قد يتراءى لها أنه أكثر اتفاقاً مع الصالح العام دون أن يحتج الطرف الآخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، كما يترتب عليها كذلك أن للإدارة سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا هوّ ما يقتضيه الصالح العام. ولا يكون للطرف الآخر عدا الحق في التعويض إن كان له حق، وذلك كله خلاف الأصل في العقود المدنية)) [3] .

---

[1] د./ عادل عبد الرحمن خليل – آثار العقود الإدارية ومشكلات تنفيذها – دار الثقافة الجامعية طبعة ١٩٩٧ ص ٨٤.

[2] الموسوعة الإدارية الحديثة – إشراف د./ نعيم عطية والأستاذ/ حسن الفكهاني – الجزء الثامن عشر طبعة ١٩٨٦ – ١٩٨٧م إصدار الدار العربية للموسوعات – ص ٦٧٤.

[3] حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٢ مارس عام ١٩٨٦ منشور في مؤلف د./ إبراهيم محمد علي – آثار العقود الإدارية – الطبعة الثانية لسنة ٢٠٠٣م – دار النهضة العربية ص ٤ وص ٥.

وقد ينص القانون صراحة على إضفاء الصفة الإدارية على العقد، وعندئذ لا يسوغ للإدارة مخالفة هذا النص، أو الخروج عليه؛ لأن المشرع يصبح هو المختص وحده في إسباغ الصفة الإدارية على العقد ومن أمثلة العقود الإدارية المحددة بنص القانون في التشريع المقارن: عقد امتياز المرافق العامة، وعقد الأشغال العامة، وعقد القرض العام الذي تبرمه السلطة المركزية [1].

ولمَّا كانت العقود الإدارية التي تبرمها السلطة العامة لتسيير مرافقها تتضمن سلطات استثنائية خطيرة، لا نظير لها في عقود القانون الخاص كما تقدم، فقد أدى ذلك إلى عدم تساوي المراكز القانونية للمتعاقدين بحكم أن الإدارة تحتل مركزاً قانونياً متميزاً عن الأفراد، وذلك لضمان سير المرفق العام بانتظام واضطراد، مما يبرر لجوء الإدارة في بعض الأحيان إلى تعديل شروط العقد إذا اقتضت الظروف والملابسات ذلك، أو توقيع الجزاءات والغرامات، فالإدارة بمقتضى حقها في اتخاذ قرارات ذات طابع تنفيذي، وبمقتضى سلطتها في التنفيذ المباشر، تستطيع أن تفرض على المتعاقد التعديلات التي تراها متماشية مع مقتضيات الصالح العام، وتجعل التعديلات نافذة من تلقاء نفسها ورغماً عن المتعاقد [2]، هذه السلطة المقررة لجهة الإدارة يقابلها حق المتعاقد في تحقيق الربح الذي كان يهدف إليه في تعاقده، لذا كان للمتعاقد بعض الحقوق أهمها حقه في التوازن المالي للعقد عند حدوث ظروف تؤدي إلى التأثير في اقتصاديات العقد، إذ إن العدالة تتطلب إعادة التوازن المالي للعقد لتعويض المتعاقد في بعض الحالات وهو من شأنه أن يوفر الاطمئنان لدى المتعاقدين مع الإدارة، بأنهم سوف يحصلون بهذا على تعويض مناسب عند استخدامها لسلطاتها أثناء تنفيذ العقد، وفي نفس الوقت سوف يؤدي إلى استمرار سير المرافق العامة، وعدم تردد الأفراد في التعاقد مع الإدارة لتنفيذ مشاريعها، وتسيير مرافق الدولة المختلفة، وهكذا نجد أن المتعاقد مع الإدارة وإن كان مركزه ضعيفاً من حيث سلطة الإدارة في زيادة التزاماته، فإنه من ناحية أخرى يتمتع بحقوق مقابلة في مواجهة

---

[1] د./ نواف كنعان – القانون الإداري الكتاب الثاني طبعة ٢٠٠٣م ص ٣١٤.

[2] أستاذنا د./ ثروت بدوي – مبادئ القانون الإداري – المرجع السابق – ص ١٣٥ وما بعدها، وأيضاً مؤلف د./ طعيمة الجرف في القانون الإداري – دراسة مقارنة في تنظيم ونشاط الإدارة العامة – مكتبة القاهرة الحديثة طبعة ١٩٧٠م ص ٤٨٨.

هذه المخاطر الإدارية التي تنجم عن تصرفات الإدارة، وهو أيضاً في حماية من المخاطر الاقتصادية التي يتعرض لها أثناء التنفيذ وهو ما يعبر عنه بصفة عامة بالتوازن المالي للعقد الإداري أو التوازن الشريف بين حقوق المتعاقد والتزاماته تجاهها [1].

ويرى أستاذنا د./ ثروت بدوي بأن فكرة تغير الظروف تلعب دوراً هاماً في مجال العقود الإدارية، فالقضاء الإداري جعل منها نظرية عامة تمتد بآثارها إلى مختلف مراحل العقد، ومجلس الدولة الفرنسي لا يهدر صراحة مبدأ (العقد شريعة المتعاقدين)؛ ولكنه إذا تبيّن له تغير الظروف المحيطة بتنفيذ العقد، فإنه يبحث عن الإرادة المفترضة للمتعاقدين، ويهدر الالتزامات المتفق عليها صراحة أو ضمناً، ففي نظر مجلس الدولة الفرنسي[2] أن تغير الظروف يجعل الاتفاق غير نافذ ويؤدي إلى وجوب تعديله بما يتلاءم مع الظروف الجديدة؛ لأن المتعاقدين لم يتوقعا هذه الظروف الجديدة [3].

---

[1] بحث في نظرية عمل الأمير إعداد الأستاذ/ عبد الله عايض العوصي إشراف د./ محمد السناري معيد الإدارة العامة سنة ١٩٩٢م ص ١٩، وأيضاً د./ محمود عبد المجيد المغربي – المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وآثارها القانونية – المؤسسة الحديثة للكتاب – طرابلس – لبنان ص ٨.

[2] تطور قضاء مجلس الدولة الفرنسي تطوراً خطيراً مارّاً بعدة مراحل، ففي المرحلة الأولى كان من نتائج الفصل بين السلطات امتناع القضاء العادي عن رقابة أعمال الإدارة مؤدياً ذلك إلى اضطلاع الإدارة بالفصل في القضايا التي تكون طرفاً فيها، ثم حصل انفصال تدريجي بين الإدارة العاملة والإدارة القاضية. ثم في مرحلة ثانية وهي مرحلة القضاء المحجوز في عهد نابليون صدر دستور السنة الثامنة التي نص فيها على إنشاء مجلس الدولة، وفي نفس السنة تم إنشاء مجالس الأقاليم التي عرفت ابتداء من ١٩٥٣م بالمحاكم الإدارية. وقد أنيط بمجلس الدولة دور المستشار القانوني للحكومة، وأنيط بالمحاكم الإدارية نفس الدور في أقاليمها بالنسبة للإدارة، وكانت قرارات المجلس في هذه المرحلة ليس لها صفة قضائية، وإنما مجرد اقتراحات في النزاع المطروح لرئيس الدولة الموافقة عليها، أو رفضها، أما المرحلة الثالثة هي مرحلة القضاء المفوض، وقد بدأت بصدور قانون ٢٤ مايو ١٨٧٢م الذي وضع حداً للقضاء المحجوز، واستمرت الولاية العامة لمجلس الدولة إلى حين صدور مرسوم ٣٠ سبتمبر عام ١٩٥٣م الذي خفف العبء عن مجلس الدولة بأن جعل الولاية العامة للمحاكم الإدارية المعروفة سابقاً بمجالس الأقاليم. انظر أستاذنا د./ رمضان محمد بطيخ؛ – الوسيط في القانون الإداري – المرجع السابق – ص ٣١ وما بعدها ود./ فهد بن محمد الدغيثر – دروس في القضاء الإداري السعودي – مطبعة جامعة الملك سعود ص ٦١ وص ٦٢ ود./ عبد الغني بسيوني عبد الله – النظرية العامة في القانون الإداري – منشأة المعارف بالإسكندرية – طبعة ٢٠٠٣م ص ٤٨ وما بعدها. وانظر أيضا د./ سليمان محمد الطماوي – القضاء الإداري – الكتاب الأول قضاء الإلغاء – دار الفكر العربي طبعة ١٩٨٦م – ص ٨٤.

[3] أستاذنا د./ ثروت بدوي – القانون الإداري – المرجع السابق – طبعة ١٩٨٠م ص ١٣٦ وما بعدها.

ولمّا كان لـــلإدارة الحـــق في تعديل النصوص اللائحية دون توقف على إرادة المتعاقد، ((وهذا الحق مستمد من المبدأ العام الذي يحكم المرافق العامة والقاضي بضرورة تعـــديل هـــذه المرافق وتغييرها في كل وقت ليتلاءم مع كل ما هو جديد، ولتؤدي بالتالي خدماتها على أفضـــل وجه. ولهذا يكون للإدارة متى اقتضت المصلحة العامة ذلك، أن تعدل من تلقاء نفسها – أي دون توقف على إرادة الملتزم– أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله، وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به)) [1]. وفي المقابل فإنه إذا ترتبت على تلـــك التعـــديلات أعبـــاء 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 عنـــه بفكـــرة التوازن المالي للعقد الإداري "La nation d'equilibre Financièr" وهذا الأمر الذي تتميّز به العقود الإدارية، لا وجود له في عقود القانون الخاص، لذا فليس لفكرة التوازن المالي وجود في مجال هذا القانون [2].

ولا يعني التوازن المالي التوازن الحسابي، وإنما التوازن الشريف للالتزامات والحقوق في العقد الإداري، وهي ليست معادلة حسابية جامدة كما حاول أن يصـــورها الفقيـــه الفرنســـي (بيكنيو) لكونها تتنافى مع الطابع المرن لفكرة التوازن المالي، بل باعتبارها توجيه عام يستهدف على وجه الخصوص الحفاظ على توازن العقد كما كان عند إبرامه وليس باعتبارها نسبة حسابية جامدة بين حقوق والتزامات الطرفين في العقد الإداري [3].

ومع أن فكرة التوازن المالي للعقد الإداري قد أصبحت من الأفكار المستقرة والمسلم بهـــا بصفة عامة، إلاّ أن الصعوبة تكمن في تحديد مدلول هذه الفكرة وبيان شروط تطبيقها، ومرد ذلك

---

[1] أستاذنا د./ رمضان محمد بطيخ – الوسيط في القانون الإداري – دار النهضة العربية طبعة ١٩٩٧ ص ٨٠١.

[2] د./ إبراهيم محمد علي ود./ جمال عثمان جبريل – العقود الإدارية طبعة ٩٥ –١٩٩٦ ص ٦١٢.

[3] د./ محمد سعيد حسين أمين – الأحكام العامة لالتزامات وحقوق طرفي الرابطة العقدية في تنفيذ العقد الإداري طبعـــة ١٩٩٨م ص ١٢.

أن مجلس الدولة الفرنسي، الذي سادته الروح العملية الواقعية عند تصديه للمنازعات المطروحة عليه، اهتم بدراسة كل منازعة حسب ظروفها الخاصة متجنباً الاعتبارات الأكاديمية، بل أن المجلس نفسه تجنب مشقة تحديد مدلول الفكرة وشروط تطبيقها [1].

ولقد كان لمحكمة القضاء الإداري في مصر قصب السبق في تحديد أسس وقواعد ومبررات فكرة التوازن المالي للعقد الإداري في حكمٍ لها صدر بتاريخ ٣٠ يونيو ١٩٥٧م وفيما يلي فقرات منه:

((... إن الفقه والقضاء الإداري، قد خلق نظرية الظروف الطارئة، ونظرية 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 بينهما، 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. وأيّاً كانت الأسانيد التي قامت عليها هذه النظريات والقواعد، أو اختلاف الرأي في مبرراتها، فإنه مما لا شبهة فيه أنها ترتد 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 شئون المرافق العامة. وبهذا الفهم أمكن حل أغلب مشكلات العقود الإدارية)).

ثم تقول في حكمها: ((... وأن الهدف الأساسي هو كفالة حسن سير المرافق العامة باستمرار وانتظام، وحسن أداء الأعمال والخدمات المطلوبة وسرعة إنجازها؛ وأن ينظر إليها

---

[1] د./ وهيب عياد سلامة – دروس في العقود الإدارية مع التعمق – طبعة ٢٠٠٠ – ص ٥ .

المتعاقد مع الإدارة على أنها مساهمة اختيارية منه ومعاونة في سبيل المصلحة العامة، فيجب أن تؤدى بأمانة وكفاية. وهذا وذاك يقتضي من الطرفين قيام نوع من الثقة المتبادلة بينهما وحسن النية والتعاضد والتساند والمشاركة في وجهات النظر المختلفة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات وما يصادفه من عقبات. وبهذا تطمئن جهة الإدارة إلى حسن التنفيذ وإنجازه في مواعيده المحددة، ويطمئن المتعاقد معها إلى أنه سينال – لقاء إخلاصه وأمانته وحسن قيامه بالعمل – جزاءه الأوفى وأجره العادل)).

وفي موضع آخر من حكمها تقول: ((ويقابل ذلك أن المتعاقد مع الإدارة – مع حسن وزنه للأمور وسلامة تقديره واتخاذه الحيطة الواجبة – قد تصادفه عند التنفيذ ظروف استثنائية وأمور لم تكن في الحسبان، وصعوبات غير منظورة لم يكن يتوقعها، أو يتعرض لمخاطر إدارية أو اقتصادية وينشأ عن ذلك زيادة أعبائه المالية زيادة يختل معها التوازن المالي للعقد، ويصاب بخسارة محققة، فيكون من حقه على جهة الإدارة ألا يتحمل وحده كل الغرم وأن تساهم معه جهة الإدارة بقدر معيّن، فتعوضه تعويضاً عادلاً عما يصيبه من أضرار ولو لم يكن هناك خطأ من جانب الجهة الإدارية التي تعاقد معها، تأسيساً على أنه ليس من العدل والإنصاف وحسن النية في المعاملات أن يترك مثل هذا المتعاقد فريسة لظروف سيئة لا دخل له فيها وبدون أي تعويض استناداً إلى نصوص العقد الحرفية، ولمجرد الحرص على تحقيق الوفر المالي والرغبة الملحة في الحصول على المهمات والأدوات، أو إنجاز الأعمال المطلوبة بأرخص الأسعار؛ لأن معنى ذلك استباحة نهبه وتدميره وتضحيته وهو أمر – إلى جانب مجافاته للعدالة – فإنه لا يتفق والمصلحة العامة، إذ ينتهي الأمر إلى إحدى نتيجتين: إمّا إلى خروج المقاولين، أو متعهدي التوريد الأمناء الأكفاء من سوق التعامل مع الدولة، أو انصرافهم عن الاشتراك في المناقصات مستقبلاً، فيتلقف الزمام غير الأكفاء وغير الأمناء، وتقع المنازعات والإشكالات التي تنتهي إلى تعطيل المرافق العامة، وبخاصة بالنسبة للأعمال الإنتاجية والاقتصادية والعمرانية الضخمة ذات

الأهمية الخاصة، وبما تتطلبه من كمال فني ودراسات وأبحاث وتجارب لا تتوافر إلاّ لدى طائفة معينة من الشركات الكبرى، بما لها من إمكانيات فنية ومالية وإدارية، وما تملكه من آلات وأدوات خاصة.. وإما أن يعمد هؤلاء إلى تأمين أنفسهم بأن يحتسبوا من ضمن أسعار التكلفة، وبالتالي من ضمن أسعار عطاءاتهم، مبلغاً للاحتياط ضد تلك المضار والأخطار المحتملة، وتكون النتيجة زيادة عامة في الأسعار التي تتم بطريق المناقصة، مما يفوت على جهة الإدارة غرضها في الحصول على أصلح الأيدي العاملة بأفضل الأسعار وأنسبها. وهذه كلها نتائج يجب تفادي الأسباب المؤدية إليها؛ لأنها لا تتفق والمصلحة العامة كما سبق القول... يضاف إلى ما تقدم أن لجهة الإدارة ميزة الخروج على مبدأ المساواة بين طرفي العقد بثبوت حقها في تعديل العقد من جانبها وحدها وفي الحدود التي تقتضيها المصلحة العامة، وهي إذ تمارس سلطة التعديل كحق مشروع مقرر لها يمكن أن تزيد من الأعباء الملقاة على عاتق المتعاقد معها، ولذلك فإنه – تحقيقاً للعدالة – يكون من حق المتعاقد مع الإدارة أن يعوض تعويضاً عادلاً عن الأضرار التي تلحق بمركزه التعاقدي، أو تقلب ظروف العقد المالية على أثر ممارسة الإدارة لسلطة التعديل وذلك، لأن إيثار ضرورات المرافق العامة على المصالح الخاصة للمتعاقد مع الإدارة ليس معناه التضحية بهذه المصالح، بحيث يتحمل المتعاقد مع الإدارة وحده عبء جميع هذه الأضرار، ولضرورة قيام التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين وتعادل كفتي الميزان بينهما، وإلاّ انتهى الأمر إلى النتائج السابق بيانها، وهي لا تتفق مع المصلحة العامة، بل هي لا تحققها في قليل أو كثير...)).

وفي فقرة أخرى تقول ((... إن من طبيعة العقود الإدارية أنها تحقق بقدر الإمكان توازناً بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة، وبين المزايا التي ينتفع بها، اعتباراً بأن نصوص العقد تؤلف في مجموعها كلاً من مقتضاه التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين، فإذا ترتب على تعديل التزامات المتعاقد مع الإدارة زيادة في أعبائه المالية، فإنه ليس من العدل ولا من المصلحة

العامة [illegible] ها أن يتحمل المتعاقد وحده تلك الأعباء، بل يكون له في مقابل ذلك أن يحتفظ بالتوازن المالي للعقد، تأسيساً على أن هذا العقد ينظر إليه كوحدة من حيث تحديد الحقوق للمتعاقد، فإذا ما انتهى تدخل الإدارة في العقد بالتعديل إلى الإخلال بهذه الحقوق كما حُددت عند إبرام العقد، فيجب إعادة التوازن المالي للعقد إلى ما كان عليه، كما أنه إذا كان حق الإدارة في التعديل أمر يفترض قيامه في ذهن المتعاقد مع الإدارة عند إبرام العقد، بحيث يكون للإدارة استعمال هذا الحق من غير أن ينص عليه في العقد، فإنه يجب أن يقابل هذه السلطة حق آخر للمتعاقد في أن يقدر من جانبه هو أيضاً، أن جهة الإدارة ستعوضه عما يلحقه من ضرر نتيجة لممارستها سلطة التعديل. وهذا التعويض يقوم على أنه لا يتصور أن المتعاقد مع الإدارة يقبل معاونتها في تسيير المرفق بالمجان وبغير مقابل، بل الطبيعي أنه قرر طبقاً لتقديراته، أنه سيظفر مقابل التزاماته العقدية بفائدة معينة، وربح معلوم، فإذا سلم للإدارة بحق التعديل تحقيقاً للمصلحة العامة، فإن العدالة تأبى حرمان المتعاقد من حقه المشروع في الفائدة أو الربح الذي قدره عند إبرام العقد)) [1].

وأحسب أن محكمة القضاء الإداري في حكمها هذا، قد أصابت الهدف في تحديد مفهوم فكرة التوازن المالي للعقد الإداري، وبيان أسبابها ومبرراتها الإيجابية مقابل ممارسة الإدارة لسلطاتها في تعديل العقد، أو عند تغير الظروف، وظهور الصعوبات المفاجئة، وأبرزت مزاياها وما سوف تحققه من تلافي السلبيات، والمضار على الصالح العام، وهذه الأفكار وتلك، تظهر جلية وواضحة في ثنايا الحكم المتقدم نتيجة رؤى واقعية متبصرة ترمي إلى تحقيق الصالح العام والخاص على حدٍ سواء.

---

[1] حكم محكمة القضاء الإداري ٣٠ يونيو ١٩٥٧م منشور في مؤلف د./ سليمان محمد الطماوي المرجع السابق- ص ٦١٠ وما بعدها.

الفصل الأول

نشأة وتطور نظريات التوازن المالي للعقد الإداري والأسس التي ترتكز عليها

إن من المسلم به حق الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري بإرادتها المنفردة، (كما أسلفنا) وإن لم يتضمن عقدها، أو القانون، أو اللائحة هذا الحق، (خلافاً للقواعد المقررة في القانون الخاص من الالتزام بنصوص العقد)، حرصاً على مقتضيات سير المرافق العامة، وتحقيقاً للصالح العام، لتلبية ما يستجد من حاجات وتطورات، وفقاً لمبدأ قابلية المرافق العامة للتغيير، والتبديل، وأن هذا الحق ثابت دون حاجة إلى نص كما لا يجوز للإدارة التنازل عنه.

((إن حق الإدارة هذا لا يقيده في الواقع إلاّ قيد الصالح العام الذي يهيمن على كافة تصرفاتها، ولهذا لا يجوز للأفراد الاعتراض على ما تجريه من تغيير، أو تعديل في القواعد المنظمة للمرفق العام طالما أنها لم تتعسف، أو تجور بها على حق مكتسب سواء لأحد العاملين بالمرفق أو لأحد المنتفعين بخدماته)) [1].

ولمّا كانت العلاقة بين الإدارة والمتعاقد معها في العقد الإداري هي علاقة تعاون وتعاضد وتساند لأجل تأمين سير المرفق العام لكون دور المتعاقد مع الإدارة في هذه العقود جوهري ويختلف عن دوره في عقود القانون الخاص، فعليه يقع العبء الأكبر في تشغيل المرفق العام موضوع العقد أو تنفيذ المشروعات المرتبطة به هذه الالتزامات بصورها المختلفة ترتبط بطبيعة العقد الإداري، التي تسعى الإدارة من خلاله إلى تشغيل المرافق العامة بانتظام [2].

لذلك تفرض على المتعاقد التزامات لا وجود لها في القانون الخاص، مثل ذلك التزام المتعاقد بالتنفيذ الشخصي للعقد والتزامه الصارم بالمواعيد والتزامه بالعمل على استمرار سير

---

(1) أستاذنا د./ رمضان محمد بطيخ – المرجع السابق – ص ٨١٩.

(2) د./ عادل عبد الرحمن خليل – المرجع السابق – ص ١١٧.

المرفق العام، كما تقررت للإدارة سلطات لا نظير لها في قواعد القانون الخاص ومن ذلك سلطة الإدارة في الرقابة والإشراف، وسلطتها في توقيع الجزاءات على المتعاقد المقصّر دون حاجة للجوء إلى القضاء، فلها حق فرض الجزاءات المالية والتنفيذية على حساب المتعاقد مع الإدارة، كما لها حق فسخ العقد، وتعديله بإرادتها المنفردة، وفي مقابل هذه الالتزامات، فإن للمتعاقد الحق بالإضافة إلى حقه في الحصول على المقابل النقدي المتفق عليه حقه في الحصول على التعويض المناسب من الإدارة المتعاقدة إذا تخلفت عن تنفيذ التزاماتها المنصوص عليها في العقد، وأساس هذا التعويض هو مسئولية الإدارة العقدية نتيجة خطأ، أو تقصير من جانبها، وكذلك للمتعاقد الحق في التعويض عند اختلال التوازن المالي للعقد، دون ثمة خطأ نتيجة لتدخل الإدارة في تعديل العقد، وهي حالة نظرية عمل الأمير التي سوف أتناولها بالبحث في فصل مستقل من هذه الرسالة.

إلاّ أن هذا الحق، وهو سلطة الإدارة في تعديل العقد، يخضع لعدة ضوابط استقر الفقه والقضاء الإداري على تحديدها [1]، وهي حق الإدارة في تعديل العقد بالزيادة أو النقصان في كمية الأعمال المتعاقد عليها وبالحدود المقررة أو تمديد مدة العقد عند تغير الظروف المحيطة بتنفيذ العقد الإداري بعد إبرامه، لمواجهة الاحتياجات الجديدة للمرفق العام بأن تجري الجهة الإدارية تعديلاً على شروط التنفيذ المتفق عليها أو مدته.

---

[1] ((يشترط مجلس الدولة الفرنسي؛ لكي تستطيع الإدارة تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة، أن تكون الظروف قد تغيَّرت عما كانت عليه وقت إبرام العقد بحيث تصبح شروط العقد غير متلائمة مع مقتضيات سير المرفق وغير محققة للصالح العام، وكان د./ ثروت بدوي أول من استخلص هذه الفكرة استخلاصاً سليماً من أحكام مجلس الدولة الفرنسي، فقد لاحظ أن الفقه الفرنسي الحديث ومعه القضاء الإداري المصري يغلب دائماً سلطة التعديل على مبدأ القوة الملزمة للعقد عكس القضاء الفرنسي الذي يجري نوعاً من التوفيق بين القاعدتين فعندما تتغيَّر الظروف فقط يجوز للإدارة تعديل عقودها حتى تتواءم مع الظروف الجديدة)) د./ محمد عبد الحميد أبو زيد – دوام سير المرافق العامة – مكتبة كلية الحقوق – جامعة القاهرة – ص ٢٤٠.

ويجب أن يقتصر التعديل على الشروط الخاصة بسير المرفق العام دون غيرها، ومثال ذلك زيادة الكميات المتعاقد عليها، أو إنقاصها، دون المساس بالمزايا المالية للمتعاقد، كخفض الأسعار، أو زيادة الأعباء المالية عليه. ويلزم أن ينحصر التعديل على موضوع العقد، دون الخروج عليه، أو ترتيب التزامات جديدة على المتعاقد تكون بمثابة عقد جديد. وللإدارة أن تعدل طرق التنفيذ كاستعمال وسائل فنية حديثة أكثر اختصاراً، أو أكثر تقدماً [1].

وعلى الجهة الإدارية عندما تقوم بتعديل العقد، مراعاة حقوق المتعاقد معها، بعدم الإخلال بالتوازن المالي للعقد، وأن يكون التعديل ضمن الحدود والصلاحيات المقررة، وأن تراعى في التعديل قواعد المشروعية من حيث الشكل والمضمون والاختصاص وهدف المصلحة العامة، وغني عن البيان أن هذا التعديل يرتب حقاً للمتعاقد بتعويضه عن كافة الأعباء المالية الجديدة التي ترتبت عليه. فإذا كان اتصال العقد الإداري بنشاط مرفق عام هو الذي يبرر للإدارة أن تغير في التزامات المتعاقد معها فإن ذلك أيضاً هو الذي يبرر ضرورة وجود التوازن المالي بين التزامات المتعاقد وحقوقه؛ حتى يستطيع أن يستمر في تنفيذ العقد [2].

وفي حكم حديث للمحكمة الإدارية العليا في مصر تؤكد على هذه الحقوق بقولها: ((ومن حيث إنه من الأمور المستقرة في مجال العقود الإدارية التي يكون موضوعها أداء المتعاقد مع الإدارة عملاً أو خدمة لتسيير المرافق العامة، إن أهم حقوق المتعاقد مع الإدارة هو

---

(1) د./ خالد خليل الظاهر– القانون الإداري طبعة ١٩٩٧م دار المسيرة للنشر والتوزيع ص٢٦٠

(2) د./ جابر جاد نصار – المرجع السابق– ص٢٣٨ وبمثل هذا الرأي يعرّف د./ أحمد عبد القادر الجمّال التوازن المالي بقوله: ((والفكرة في التوازن المالي للامتياز هي أن الحاصل على الامتياز إنما يقبل القيام بالخدمة العامة التي يتطلبه 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 يضيّع 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)) انظر مؤلفه القانون الإداري المصري المقارن – الجزء الأول – الطبعة الأولى – مكتبة النهضة المصرية – ١٩٥٥م ص ٢٦٢.

حصوله على المقابل المالي الذي قد يكون ثمناً للبضائع الواردة، أو الأشغال المتعاقد على تنفيذها أو الخدمة المطلوبة، ومن المسلم به أن الشروط التي تتعلق بتحديد المقابل النقدي في العقد بصفة عامة هي شروط تعاقدية وتحدد بدقة وقت التعاقد، ولا يستطيع أحد طرفي العقد كأصل عام تعديلها إلاّ بموافقة الطرف الآخر، وسلطة الإدارة في التعديل لا تنصب إلاّ على الشروط المتعلقة بتسيير المرفق العام وليس من بينها تلك التي تحدد المقابل النقدي في العقد الإداري فهذه الشروط المتعلقة بالمقابل النقدي في العقد تتسم بطبيعة الاستقرار ويجد ذلك أصله في أن التزامات كل طرف من أطراف العقد تتحدد وقت التعاقد حيث يقدر كل طرف في هذا الوقت المقابل الذي يطلبه ويسعى إليه كناتج لما يقدمه للطرف الآخر ويحقق التوازن المالي للعقد)) [1].

ويرى أستاذنا د./ رمضان بطيخ أن التوازن المالي للمشروع ((هو التعادل أو التكافؤ بين ما ينفق من أموال في إدارة المرفق وتشغيله وبين ما يحققه المتعاقد من ربح أو عائد. ولهذا عندما يُقال إنه يجب على الإدارة أن تضمن للملتزم قدراً معقولاً من الربح فإنه يقصد بذلك ضمان التوازن المالي للمشروع)) [2] .

ويترتب على ذلك أنه إذا حدث خلل في هذا التوازن بأن قلت نسبة ما يحصل عليه الملتزم من أرباح بدرجة لا تتناسب البتة مع ما يوظفه من أموال أو انعدمت هذه النسبة وكان ذلك بسبب تدخل الإدارة بتعديلها قوائم الأسعار مثلاً أو لقواعد تشغيل المرفق وجب عليها أن تتحمله بشكل يحفظ لعقد الالتزام توازنه المالي كما كان عليه وقت التعاقد [3].

---

[1] الطعن رقم ١٤٥٥ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٩٩/٦/٨م – العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات – د./ محمد ماهر أبو العنين – الجزء الثاني ص ٣٠٦ وص ٣٠٧.

[2] أستاذنا د./ رمضان محمد بطيخ – المرجع السابق – ص ٨٠٥.

[3] وبرأي جورج فوديل وبيير دلفولفيه في مؤلفهما – القانون الإداري – الجزء الأول – ترجمة منصور القاضي – الطبعة الأولى ٢٠٠١م – المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر – بيروت ص ٣٥٣، أن نظرية التوازن المالي 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.

وهكذا فإن القضاء الإداري الذي تبنى نظرية التوازن المالي للعقد الإداري، قد أسس هذه الفكرة على مبدأ العدالة، والمصلحة العامة، مقرراً حق المتعاقد مع الإدارة، في تعويض عادل، مقابل ما سببه حق الإدارة في تعديل العقد من التزامات على المتعاقد، وأعباء مالية لم تكن واردة ضمن شروط العقد، وبذلك يتم الحفاظ على توازن العقد، بأن يكون للمتعاقد حقه الذي قدره عند التعاقد من ربح مجزٍ مقابل التزاماته المتفق عليها، وبالتالي تتحقق مصلحة طرفي العقد، ومن ثم تأمين سير المرفق العام تحقيقاً للمصلحة العامة.

وقد اختلف فقهاء القانون الإداري في تحديد مفهوم نظرية التوازن المالي للعقد الإداري، وشروط تطبيقها، فذهب بعضهم إلى أن الإدارة تلتزم بضمان التوازن المالي للعقد في كل حالة يختل فيها هذا التوازن، سواءً أكان ذلك بفعل الإدارة، أو لأمر خارج عن إرادتها، ويمثل الفقيه الفرنسي (دي سوتو) هذا الاتجاه [1]، في حين ذهب أستاذنا د./ ثروت بدوي في نقده لهذه الفكرة في رسالته للدكتوراه سنة ١٩٥٤م بعنوان عمل الأمير إلى ضرورة التخلص من فكرة التوازن المالي للعقد؛ لأنها فكرة خطرة، وغير صحيحة، فهي خطرة للطابع العام الذي يريد بعض الفقهاء إضفاءه عليها وإرجاعهم إليها كل تعويض يستحقه المتعاقد حتى إذا اختل التوازن المالي بغير عمل الإدارة مع عجز فكرة التوازن المالي عن تبرير التعويض في مثل هذه الحالة، أما عدم صحتها فيظهر ذلك عندما يقبل المتعاقد أسعار غير مجزية عند التعاقد، فإذا تدخلت الإدارة بعد ذلك في تنفيذ العقد، فإن القضاء يحكم بالتعويض الكامل لا على أساس السعر الذي قبله المتعاقد عند إبرام العقد ولكن على أساس السعر الحقيقي وقت تدخل الإدارة بالتنفيذ. وكذلك عند إنهاء الإدارة للعقد دون خطأ فإنه لا يمكن لفكرة التوازن المالي للعقد أن تبرر التعويض الذي يحكم به القضاء ذلك أنه لا محل للحديث عن توازن مالي لعقد

---

[1] د./ وهيب عياد سلامة – المرجع السابق – ص ٦.

غير موجود، ومع ذلك فإن الدكتور ثروت بدوي لا ينكر إمكان الاستعانة بهذه الفكرة في بعض الفروض كتفسير لتعـويض المتعاقد مع الإدارة [1].

وأرجح ما يقوله الدكتور الطماوي من أن (... فكرة التوازن المالي للعقـد الإداري لا تكفي - على الأقل وحدها- لتبرير التعويض في جميع الحالات التي يحكم فيها القضاء الإداري بتعويض المتعاقد دون خطأ من جانب الإدارة. كما أن فكرة التوازن المالي تنطوي على حقيقة لا شك فيها، ولا يمكن إنكارها. فمرونة التزامات المتعاقد تقتضي مرونة حقوقه في مواجهـة الإدارة. ومن الطبيعي أن تتناسب حقوق المتعاقد مع التزاماته زيادة ونقصاناً علـى الأقـل إذا كانت هذه الزيادة أو النقص بفعل الإدارة ...) [2].

---

[1] د./ سليمان محمد الطماوي- المرجع السابق - ص ٦٠٦ وص ٦٠٧ وأيضاً د./ وهيب عياد سـلامة - المرجـع السابق - ص ٨.

[2] المرجع السابق - ص ٦٠٧.

المبحث الأول:

نشأة وتطور نظريات التوازن المالي للعقد الإداري

إذا كانت للإدارة سلطة تعديل التزامات المتعاقد معها أثناء تنفيذ العقد في العقود الإدارية، وإذا كانت هذه التعديلات تنطوي أحياناً على زيادة التزامات المتعاقد معها، وبالتالي زيادة أعبائه المالية، فإن العدالة والمصلحة العامة تقتضي حفظ التوازن المالي للعقد، وعدم الإخلال بحقوق المتعاقد، وبيان ذلك في أنه لما كانت الإدارة تتمتع بحقوق وامتيازات استثنائية، فإنه يترتب عليه أن يكون للمتعاقد معها في المقابل حقوق تجد أساسها في اعتبارات العدالة ومبدأ المساواة بين المتعاقد وسائر الأفراد أمام الأعباء العامة التي يتطلبها حسن سير المرفق العام [1]. فكما أن للإدارة الحق في تعديل العقد كما هو مفترض في ذهن المتعاقد مع الإدارة عند إبرام العقد من غير نص فيه، فإنه يجب أن يقابل هذه السلطة، حق آخر للمتعاقد، هو حصوله أيضاً على تعويض عادل عما يلحقه من ضرر نتيجة هذا التعديل، وهذا التعويض يقوم أساساً على حق المتعاقد في الحصول على مقابل مالي، وربح معقول، إزاء قيامه بالتزاماته العقدية مع الإدارة في تسيير المرفق العام، والعدالة تأبى حرمان المتعاقد من حقه المشروع في الربح الذي قدره عند إقدامه على التعاقد مع الإدارة.

وبهذه الضوابط تكون العقود الإدارية قائمة على وجود تناسب بين الالتزامات التي تفرضها الإدارة والفوائد التي يجنيها المتعاقدين معها[2].

---

[1] د./ محمد رفعت عبد الوهاب ود. / حسين عثمان محمد عثمان – مبادئ القانون الإداري – دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠١ ص ٦٨٥.

[2] يلخص الدكتور/ محمد عبد العال السناري مبررات الأخذ بفكرة التوازن المالي للعقد الإداري بقوله: ((التوازن المالي للعقد نظرية تقوم في مقابلة الحق المعترف به للجهة الإدارية في تعديل العقد الإداري للمصلحة العامة.)) راجع مؤلفه الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود- دار النهضة العربية هامش ص ٢٦.

وظهرت فكرة التوازن المالي في العقود الإدارية للمرة الأولى في قضاء مجلس الدولة الفرنسي في حكمه بتاريخ ١١ مارس سنة ١٩١٠م، في قضية الشركة الفرنسية لتسيير الترامواي إذ ورد في تقرير مفوض الدولة لدى محكمة القضاء الإداري في فرنسا المفوض (ليون بلوم) أول استخدام لعبارة التوازن بين المزايا والالتزامات التي تمنح للمتعاقد. ومن بين ما ورد بذلك التقرير ((أنه من جوهر عقد الامتياز أن يتوخى قدر المستطاع إيجاد المساواة بين المزايا الممنوحة للملتزم والأعباء الواقعة عليه. إذ يتعيّن أن تتوازن المزايا والأعباء على نحوٍ يشكل الموازنة بين المنافع المتوقعة والخسائر المنتظرة. فكل عقد امتياز يتضمن بمثابة مؤشر، التوازن الشريف بين ما هو ممنوح للملتزم وبين ما هو متطلب منه ... وهذا ما يطلق عليه التوازن المالي والتجاري، والمعادلة المالية لعقد الامتياز)) [١].

ومما ورد في هذا الحكم أيضاً قوله: ((ومن حيث أن قرار مدير إقليم مصب الرون قد اتخذ في حدود السلطات التي عهدت بها إليه المادة (٣٣) من لائحة الإدارة العامة في ٦ أغسطس ١٨٨١م التي صدرت تنفيذاً لقانوني ١١ يونيه ١٨٨٠م (م ٣٨) و١٥ يوليه ١٨٤٥م (م 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 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)) [٢].

---

[١] د./ وهيب عياد سلامة – المرجع السابق– ص ٤ وما بعدها.

[٢] أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي تأليف الأساتذة/ ماو سو لون، بروسيرقي، جي بريان، بيير دلفولفيه، برونو جينفوا – ترجمة د./ أحمد يسري – الطبعة العاشرة سنة ٢٠٠٤م دار الفكر الجامعي ص ١٧٧ وص ١٧٨.

وقد تكررت بعد ذلك التاريخ فكرة التوازن المالي في مذكرات مفوضي الدولة في فرنسا بالقول: ((لقد قرر مجلس الدولة أنه في الحالة التي ارتبطت فيها الإدارة مع الغير بعقد، فليس لها أن تعدل 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 [١].

وما لبثت أن استقرت الفكرة في مصر كمبدأ أساسي يحكم التزامات المتعاقد مع الإدارة وهو ما أشارت إليه محكمة القضاء الإداري في مصر في حكمها بتاريخ ٣٠ يونيو ١٩٥٧م [٢]. وبهذا المبدأ أيضاً قضت المحكمة الإدارية العليا في الطعن الصادر في ١٩٧٨/٤/١٥م بقولها: ((حق المتعاقد في العقد الإداري في التعويض العادل عن الأضرار التي تلحق بمركزه التعاقدي، أو تقلب ظروف العقد المالية بسبب ممارسة جهة الإدارة سلطتها في تعديل العقد وتحويره بما يتلاءم والصالح العام، إنما ينصرف أثره، وتقوم مقتضياته حيث تمارس جهة الإدارة من جانبها وحدها وبإرادتها المنفردة تعديل العقد أثناء تنفيذه تبعاً لمقتضيات سير المرفق العام [٣].

---

[١] د./ مصطفى عبد المحسن الحبشي – المرجع السابق – ص ١٥. وفي هذا الصدد تقول د./ سعاد الشرقاوي بأنه: ((لمّا كان مجلس الدولة الفرنسي هو الذي ابتكر فكرة التوازن المالي للعقد بمناسبة عقود امتياز المرافق العامة وعقود توريد الغاز، ولمّا كان مبدأ التوازن المالي للعقد من خلق القضاء فإن مدلوله وشروط تطبيقه وحدوده تطورت على مدى قرن من الزمان، واتخذ الفقه منه مواقف مختلفة.)) راجع مؤلفها – السابق الإشارة إليه – ص ٤٩٧.

[٢] سبق أن ذكرت بعض فقرات هذا الحكم في ص ٢٦ وما بعدها.

[٣] حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٥٦٢ لسنة ١٦ ق – منشور في الموسوعة الإدارية الحديثة – المرجع السابق– ص ٨٤١.

كما سلمت الجمعية العمومية للقسم الاستشاري بمجلس الدولة المصري بمبدأ التوازن المالي للعقد واستمرت على الأخذ به وجاء في فتواها الصادرة في جلسة ١٩٥٦/٢/٤م ((... إنه وإن كان استعمال مانح الالتزام لحقه في تعديل التعريفة بتخفيضها، أو تعديل شروطها لصالح المنتفعين أمراً مشروعاً في ذاته إلاّ أن إيثار الصالح العام على الصالح الخاص للملتزم ليس معناه التضحية بهذه المصالح بحيث يتحمل الملتزم وحده جميع الأضرار، فإذا ترتب على إنقاص التعريفة خسارة فعلى مانح الالتزام أن يعوضه عن هذه الخسارة، إذ أن من المسلم به أن للملتزم حقاً في التوازن المالي للمشروع، وأن السلطة مانحة الالتزام ملزمة برد هذا التوازن إذا اختل نتيجة لتدخلها بتخفيض التعريفة مثلا...))

كما ورد في فتوى لها بتاريخ ١٩٨٩/٤/٥م قولها: ((إن المشرع وضع أصلاً عاماً في مجال تنفيذ العقود الإدارية مقتضاه إلزام المتعاقد مع الجهة الإدارية بقبول طلبها تعديل كميات أو حجم العقد المبرم معها زيادة، أو نقصاً في الحدود الواردة في النص، فإن باشرت جهة الإدارة حقها هذا فلا خيار أمام المتعاقد معها من الخضوع للطلب والالتزام بتنفيذه سواء كان بالزيادة، أو النقص بذات الشروط والأسعار المتفق عليها ولا يكون له على أي حال إلاّ أن يطالب بتعويض عن ذلك)) [1].

وفي هذا الشأن يقول د./ مصطفى الحبشي ((إنه بمراجعة نصوص اتفاقيات البحث عن البترول المبرمة بين جمهورية مصر العربية والشركات الأجنبية نجد أنها قد تضمنت شرطاً متعلقاً بمبدأ توازن العقد، بل أكثر من ذلك نجد أن نص هذه الاتفاقيات التي تضمنت مثل هذا الشرط جاء واحداً في هذه الاتفاقيات، لقد قرر هذا الشرط أحقية المقاول في طلب إعادة

---

[1] هذه الفتوى منشورة في مؤلف المستشار د./ محمد ماهر أبو العنين – العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات – الكتاب الثاني – ص ١٧٦.

التوازن للعقد بعد سريان الاتفاقية من حيث الزمان في حالة تغيير في التشريعات أو اللـوائح القائمة أو المطبقة والمتعلقة بمحل الاتفاقية وتؤثر على المصالح الاقتصادية للاتفاقية في غير صالح المقاول، أو تفرض عليه التزاماً، وبعد إخطار الهيئة بهذا التغيير يـتم التفـاوض بـين الأطراف لإعادة التوازن الاقتصادي للاتفاقية كما كان قبل حدوث هذه التعديلات)) [1].

[1] د./ مصطفى عبد المحسن الحبشي – التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية- طبعة ٢٠٠٢م – ص ٢٢.

المبحث الثاني:

الأسس التي ترتكز عليها نظريات التوازن المالي للعقد الإداري:

لمَّا كان المقصود بالتوازن المالي للعقد الإداري، هو التوازن العادل المنصف بين التزامات المتعاقد مع الإدارة وحقوقه وليس التوازن الحسابي لذا يتم إعادة التوازن للعقد بتعويض المتعاقد إذا كانت الإدارة قد سببت الضرر بفعل منها وهو ما يسمى بنظرية عمل الأمير.

كما استقر الفقه والقضاء أيضاً على حق المتعاقد في التعويض عن الأضرار التي تلحق به نتيجة اختلال التوازن المالي للعقد بسبب ظروف طارئة، أو صعوبات مادية غير متوقعة إذا توفرت شروطهما دون خطأ من الإدارة، والحالة الأولى: هي ما يسمى بنظرية الظروف الطارئة غير المتوقعة التي لا يد للمتعاقد فيها ولا يستطيع دفعها تجعل التزامه أكثر مشقة وكلفة وتقلب اقتصاديات العقد ولكنه ممكن التنفيذ وهو ما يميز هذه النظرية عن نظرية القوة القاهرة التي تجعل التنفيذ مستحيلاً، فيصار فيها إلى فسخ العقد، وإعفاء المتعاقد من التزامه، بينما في حالة الظروف الطارئة، يستمر المتعاقد في تنفيذ التزاماته العقدية تحت ظل ظروف صعبة تهدده بخسارة فادحة، فتتدخل الإدارة مادة له يد العون، لتخفيف أثر تلك الظروف بتعديل الأسعار، أو تعويضه جزئياً عن خسارته، وبالتالي يشترك الطرفان في تحمل آثار هذه الظروف.

والحالة الثانية: وهي ما يسمى بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أو الصعوبات الاستثنائية، وفيها يواجه المتعاقد صعوبات مادية غير متوقعة للطرفين، تجعل تنفيذ العقد مرهقاً، ومكلفاً له، فهنا يحق له المطالبة بتعويض عن خسائره التي تسببها له هذه الظروف.

وقد اختلف الفقه الإداري بشأن الأساس القانوني لمبدأ التوازن المالي للعقد الإداري، فمنهم من يرد ذلك إلى حسن النية، وذلك بافتراض نية الطرفين المشتركة عند إبرام العقد قد اتجهت إلى قيام الإدارة بتعويض المتعاقد معها، عن أية أضرار قد تلحق به مقابل حقها في تعديل شروط العقد، بسبب تغير الظروف المحيطة بالتنفيذ، إلاّ أن هذا الرأي لم يسلم من النقد، لكون هذا الافتراض لا يصدق إلاّ في حالة النص صراحة في العقد على ضمان الإدارة للتوازن المالي للعقد.

على أنه يجدر هنا التمييز بين حالتين، الأولى: عندما يتوقع الطرفان الظروف التي تؤدي إلى اختلال اقتصاديات العقد ويضعان الحلول لمواجهتها، إذ تحرص دفاتر الشروط العامة الملحقة بالعقود الإدارية على إبراز الأحكام المنظمة للشروط الخاصة بإعادة النظر في المقابل المالي المستحق للمتعاقد. كما يقوم المشرع أحياناً بالتدخل لإعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ظل الظروف الاقتصادية المتوقعة بأن ينص على مبدأ إعادة النظر دورياً في المقابل النقدي المستحق للمتعاقد مع ترك ضوابط تطبيقه لكل عقد على حده حسب ظروفه الخاصة وهو الأمر الذي أخذ به المشرع الفرنسي في المادة (٧٨) من مدونة العقود الإدارية في فرنسا التي تؤكد على ضرورة النص صراحة في العقد على شروط مراجعة الثمن المقرر للمتعاقد. وهكذا نهج المشرع المصري باعتماد مبدأ إعادة النظر في الرسوم التي يتقاضاها الملتزم من المنتفعين في مجال عقود الامتياز 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)). ويهدف المشرع من ذلك جعل الأسعار ملائمة للظروف الاقتصادية السائدة بحيث تكون مناسبة لحقوق المتعاقد مع التزاماته لذلك رأي المشرع المصري النص صراحة على مبدأ إعادة النظر

بصفة دورية في الأسعار كقاعدة عامة مع ترك ضوابط تطبيق هذا المبدأ للظروف الخاصة بكل عقد [1]. وبمثل هذه النصوص ورد نص المادة الخامسة من نظام المناقصات والمزايدات السعودي الصادر عام ١٣٨٦هـ الموافق (١٩٦٦م) [2] إذ أجازت تعديل الأثمان المتفق عليها بنسبة ما يطرأ أثناء التنفيذ من زيادة في أسعار بعض المواد وأجور العمال على التفصيل الذي سيرد في موضعه لاحقاً.

أما الحالة الثانية: وهي حالة الظروف الاستثنائية غير المتوقعة والتي تسبب إخلالاً للتوازن المالي للعقد الإداري والتي تُلزم فيه الإدارة عند توفر شروطها بدفع تعويض للمتعاقد عن الأضرار التي تلحق به دون أن يكون قد صدر من الإدارة ثمة خطأ من جانبها. وهذه الحالة هي التي ابتكر لها القضاء الإداري وأيده الفقه ثلاث نظريات هي: فعل الأمير، والظروف الطارئة، والصعوبات المادية غير المتوقعة، وهي موضوع دراستنا التي سوف نتناولها بالتفصيل خلال الفصول التالية.

ويرى فريق آخر أن أساس هذا المبدأ يكمن في الطبيعة الذاتية للعقد الإداري وصلته بنشاط المرفق العام، وهذا الأمر يفرض على الإدارة مد يد المساعدة للمتعاقد معها كلما تعرض لظروف، وصعوبات، جعلت التنفيذ أكثر كلفة، وهددته بخسارة وعرضت المرفق العام لخطر التوقف.

كما يرى فريق ثالث: بأن العدالة هي المبرر والأساس التي يستند إليه مبدأ التوازن المالي للعقد الإداري، لكون هذه الظروف والصعوبات غير متوقعة، وليس من العدل أن يتحمل مضارها المتعاقد وحده، وإنما يتعيّن على الإدارة التعويض عنها جزئياً، أو كلياً، بحسب الظروف المسببة لذلك.

---

[1] د./ محمد سعيد حسين أمين – المرجع السابق – ص ٤٠٧ وما بعدها.

[2] تم إلغاء هذا النظام بموجب النظام الحالي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٤ وتاريخ ١٣٩٣/٤/٧هـ الموافق (١٩٧٣/٥/٩م).

ومما سبق يتبيّن بأن مبدأ التوازن المالي هو مجرد توجيه عام، يهدف إلى الإبقاء على توازن العقد كما روعي عند التعاقد، وبعبارة أخرى هو الحفاظ على مركز المتعاقد مع الإدارة، من حيث الموازنة بين حقوقه والتزاماته، رغم ما يصادفه أثناء التنفيذ من تدخل الإدارة في تعديل شروط العقد، أو ما يواجهه من عقبات، نتيجة تقلبات حادة في الأسعار غير متوقعة أو مفاجأة استثنائية عائدة بسبب طبيعة الأرض تؤدي إلى خسائر لم تكن في الحسبان وقت التعاقد. ويؤسس الفقه والقضاء الإداري هذا المبدأ على أساس العدالة المجردة، وحسن النية، والمصلحة العامة في ضمان استمرار خدمات المرافق العامة التي هي غاية ما يرمي إليه القانون الإداري، متمثلاً بقضائه الحر، والمبتكر.

ويرى الدكتور طعيمة الجرف (... إنَّ من طبيعة العقد الإداري أنه يحقق بقدر الإمكان توازناً بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة والمزايا التي ينتفع بها. وقد تزيد الأعباء على عاتق المتعاقد بفعل إجراءات إدارية، أو تشريعية لا تتجه إلى العقد مباشرة؛ ولكنها تؤثر فيه، وهذه هي نظرية المخاطر الإدارية وتسمى في القانون الإداري (فعل الأمير). وقد تكون الزيادة في الأعباء نتيجة ظروف اقتصادية خارجة عن العقد ولا ترتد إلى فعل الأمير، وهي نظرية المخاطر الاقتصادية. وسواء تعرض المتعاقد للأولى أو للثانية، فإن من شأن هذه المخاطر أن تزيد من أعبائه، مما قد يعطله عن تنفيذ التزاماته وهو ما يضر بالمرفق العام. لذلك فإنه يكون من حقه أن يطالب بالتعويض المناسب لإعادة التوازن المالي للعقد...) [1].

ويطبق القضاء الإداري فكرة التوازن المالي للعقد الإداري من خلال نظريات ثلاث يحكم من خلالها بالتعويض للمتعاقد مع الإدارة عند اختلال توازن عقده المالي دون خطأ من

---

[1] د./ طعيمة الجرف – القانون الإداري مكتبة القاهرة الحديثة طبعة ١٩٧٠م ص ٤٥١.

الإدارة.. وهـذه النظريات الثلاثة هي نظرية الظـروف الطارئـة، (أو عدم التوقع) ونظـرية عمل الأمـير (أو إجراءات السلطة العامة)، ونظرية الصعوبات الماديـة غيـر المتوقعـة (أو الصعوبات الاستثنائية).

((وإذا كان ظاهر التسمية قد يوحي باستقلال كل نظرية عن الأخـرى فـإن حقـائق الأمور تكذب ذلك، فقد تداخلت الأفكار الثلاثة إلى حد كبير بحيث أصبح الأمر الواحد يوصـف 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)) [1].

---

[1] د./ سليمان محمد الطماوي المرجع السابق – ص٦١٧.

الفصل الثاني

(نظرية عمل الأمير) "Theorie de fait du prince"

المبحث الأول:

مفهوم النظرية ونشأتها وتطورها.

تسمى هذه النظرية (نظرية عمل الأمير) ويقصد بها كل إجـراء تتخـذه السـلطات العامة بصورة مفاجئة غير متوقعة أثناء تنفيذ عقد إداري دون خطأ منها يؤدي إلـى زيـادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة، أو الالتزامات التي ينص عليها العقد، تُلزم الجهة الإدارية المتعاقدة بتعويض المتعاقد معها عن كافة الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك، بما يعيد التوازن المالي للعقد إلى ما كان عليه حين إبرامه[1].

وقديماً كان يطلق اصطلاح (فعل الأمير) على كل إجراء تعسفي له خصيصة القهـر، ولا يرتكز بالتالي إلاّ على ملكات الضغط والإكراه التي تكون تحت يـد صـاحب السـلطان [2] ويطلق على النظرية بصفة عامة (المخاطر الإدارية).

وتعتبر هذه النظرية من النظريات ذات الأصل القضائي حيث أنشأها مجلـس الدولـة الفرنسي[3] وأخذها عنه القضاء المصري بعد إنشاء مجلس الدولة المصري عام ١٩٤٦م.

---

[1] د./ عادل عبد الرحمن خليل – المرجع السابق – ص ٢٥٣.

[2] د./ محمد عبد العال السناري – مبادئ وأحكام العقود الإدارية – دار النهضة العربية ص ٢٧٦.

[3] رغم أن هذه النظرية قديمة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي إلاّ أنه يوجد خلاف فقهي بشأن تحديد نشأتها وهل بالمعنى الواسع لها الذي قد يطلق على كل تدخل للسلطة العامة يؤثر بشكل، أو بآخر على تنفيذ الالتزامات العقدية تلك التدخلات يمكن أن تأخذ أوضاعاً مختلفة ليس فقط في موضوعها، ولكن أيضاً من خلال أجهزة الدولة المتعددة. لـذلك فالحديث عن نشأة النظرية بالمعني الواسع يصبح أمراً غير محدد لعدم وجود نظرية متجانسة، وإنما مواقـف متنوعـة يشملها مصطلح عمل الأمير. غير أن بعض الفقهاء يذهبون إلى أن نظرية عمل الأمير يجب أن تقتصـر فقـط علـى ممارسة الإدارة لسلطاتها الخارجة عن النطاق التعاقدي وبالتالي لا تشمل النظرية سـلطة الإدارة فـي تعـديل العقـد باعتبارها مستمدة من العقد ذاته. وأياً كان الأمر فقد وجدت بعض التطبيقات القضائية للنظرية ترجع إلى منتصف القرن التاسع عشر. راجع د./ علي محمد علي عبد المولى – الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري – رسالة دكتوراه – طبعة ١٩٩١م – ص ٤٢ وما بعدها.

ومع أن هذه النظرية قديمة ومنتشرة لدى القضاء الإداري إلاّ أنها لا زالت غير واضحة المعالم وتطبق بأقصى مرونة وبشكل يؤدي إلى المزج بينها وبين نظرية الظروف الطارئة.

يعرف الأستاذ فالين نظرية عمل الأمير بأنها عمل يصدر من سلطة عامة، دون خطأ من جانبها وينجم عنه تسوئ مركز المتعاقد في عقد إداري، ويؤدي إلى إلزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضرور عن كافة الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك، بما يعيد التوازن المالي للعقد [1].

وبمثل هذا يعرف الأستاذ/ دي لوبادير عمل الأمير بأنه ((كل إجراء تصدره السلطة العامة، ويترتب عليه أن يكون من الصعب، بل من المكلف أن يقوم المتعاقد بتنفيذ العقد، ومن هذه الإجراءات التدخل في التنفيذ والذي يسمى بالمخاطر الإدارية والتي تقابل المخاطر الاقتصادية التي تعالجها نظرية الظروف الطارئة)) [2]

وفي الفقه المصري يميل إلى هذا الرأي كل من الأساتذة د./ سليمان الطماوي ود./ توفيق شحاته ود./ فؤاد مهنا ود./ عادل عبد الرحمن خليل، إذ ذكر د./ مصطفى الحبشي تعريفاتهم لنظرية عمل الأمير بأنه عمل، أو إجراء تتخذه السلطات العامة بصورة مفاجئة غير متوقعة ودون خطأ من جانبها يترتب عليه تسوئ المركز المالي للمتعاقد مع الإدارة ينشئ التزاماً على عاتق الإدارة بتعويض المتعاقد معها[3].

وعليه فقد تصدر هذه الإجراءات من الجهة الإدارية التي أبرمت العقد أو من جهة إدارية أخرى، وقد تتخذ شكل قرار إداري خاص، أو شكل قواعد تنظيمية عامة [4].

---

[1] د./ وهيب عياد سلامة – المرجع السابق – ص ٢٣.

[2] د./ مصطفى عبد المحسن الحبشي – المرجع السابق – ص ٤٢٨.

[3] المرجع السابق – ص ٤٢٧.

[4] ويرى د./ خالد خليل الظاهر بأن ((فعل الأمير بالمعنى الواسع يدل على كل تدخل من السلطات العامة يكون من نتيجته المس بطريقة ما بالشروط القانونية، أو حتى بالشروط الواقعية التي ينفذ فيها متعهد لدى الإدارة عقد معها، ويعرف فعل الأمير في معناه الضيق بأنه إجراء تتخذه الإدارة المتعاقدة))، راجع مؤلفه في القانون الإداري دراسة مقارنة – الكتاب الثاني الطبعة الأولى – ١٩٩٧م ص ٢٧١.

وقد يؤثر ذلك على العقد تأثيراً مباشراً، أو تأثيراً غير مباشر. وهناك تطبيقات كثيرة للتعديلات المباشرة على العقد تثار بمناسبة سلطة الإدارة المتعاقدة في التعديل.

وعمل الأمير بالمعنى الواسع هو كل إجراء تصدره السلطة العامة يؤثر على التزامات المتعاقد، أما المعنى الضيق لعمل الأمير فهو أي إجراء تتخذه السلطة المتعاقدة يؤثر على شروط العقد بزيادة التزامات المتعاقد معها [1].

ومن المسلم به فقهاً وقضاءً بأن للإدارة ولغرض تأمين سير المرافق العامة للدولة الحق، بل يكون من الواجب عليها أن تتدخل لتعديل نصوص العقد في أي وقتٍ ترى ذلك لازماً بزيادة أو إنقاص التزامات المتعاقد دون الحاجة لموافقته وليس له سوى طلب التعويض عن الأعباء المالية الإضافية إن كان له ما يبرره.

وقد أرسى المشرع المصري هذه القاعدة ونص عليها في المادة الخامسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧م الخاص بالتزام المرافق العامة إذ ورد فيها ((لمانح الالتزام دائماً كلما اقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام وقواعد استغلاله وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به وذلك مع مراعاة حق الملتزم في التعويض إن كان له محل)). كما نصت اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم

---

[1] وفقاً للمفهوم الضيق تعرف النظرية بأنها ((الإجراءات والأعمال الصادرة من الجهة الإدارية المتعاقدة والتي تؤدي إلى زيادة أعباء المتعاقد عما هو محدد بالعقد، فتلتزم هذه الجهة بتعويض المتعاقد معها عن الأضرار التي تلحق به من جراء ذلك. فتعبير (الأمير) هنا يرمز إلى السلطة العامة)). انظر د./ محمد فؤاد عبد الباسط – القانون الإداري – دار الفكر الجامعي – ص ٨٧٩. وفي تحديد الجهة الإدارية المتعاقدة يقول الدكتور/ عبد الفتاح حسن ((إن عمل السلطة (عمل الأمير) يصدر دائماً من نفس الجهة المتعاقدة، أي من الشخص المعنوي العام الذي يتعاقد. فإذا أبرمت وزارة عقداً فما يصدر عنها، أو عن وزارة أخرى، أو عن مجلس الوزراء، أو بمرسوم ملكي يعتبر صادراً عن نفس الجهة المتعاقدة. ولكن هذه الإجراءات تعتبر صادرة من غير الجهة المتعاقدة إذا أبرمت العقد مؤسسة عامة.)) انظر مؤلفه – دروس في القانون الإداري – سنة ١٣٩٤هـ – ١٩٧٤م – ص ٢٣٣.

المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨م بعبارات صريحة على حق الجهة الإدارية في أن تعدل العقد بالزيادة أو النقص في حدود معينة.

ومن المستقر عليه فقهاً وقضاءً على أن سلطة التعديل هذه لا تستمد من النصوص ولكن من طبيعة العقد الإداري نفسه [١].

ويحدث التأثير المباشر عندما تستعمل الإدارة سلطاتها في تعديل العقد كأن تعدل أحد شروط العقد القابلة للتعديل أي المتصلة بالمرفق العام، أما التأثير غير المباشر على العقد فيتم ذلك عند إصدارها تشريعات تزيد الرسوم الجمركية على مهمات، أو مواد أولية لازمة لتنفيذ العقد، أو أن تعدل في الإعانات، أو الإعفاءات من الرسوم، أو تنقص عدد ساعات العمل فينتج عن هذه الإجراءات إضعاف مركز المتعاقد المالي مع الإدارة عندها يمكن تعويض المتعاقد عن ذلك بموجب هذه النظرية.

ومن قبيل التعديلات غير المباشرة أيضاً، أن تصدر إجراءات تنظيمية عامة ((تشريعية أو لائحية)) بفرض رسوم جمركية على مهمات أو مواد أولية يحتاجها المتعاقد مع الإدارة، أو تسعير بعض السلع، أو رفع الحد الأدنى لأجور العمال والمستخدمين، أو حظر تشغيل فنيين أجانب [٢].

وقد حسم مجلس الدولة الفرنسي موقفه في منتصف القرن الماضي وحدد نهجه بدقة حيث حصر مجال إعمال نظرية عمل الأمير فقط لمواجهة التدابير والإجراءات المتخذة من جهة الإدارة المتعاقدة نفسها. وخاصة في حكمه بتاريخ ١٩٤٩/٣/٤م في قضية مدينة

---

[١] د./ عادل عبد الرحمن خليل – المرجع السابق – ص ٨٦.

[٢] د./ خميس السيد إسماعيل – الأصول العامة والتطبيقات العملية للعقود الإدارية طبعة ١٩٩٤م ص٢١١ وص ٢١٢.

طولون، وأكد مجلس الدولة على أنه لا مجال للنظر في عمل الأمير بمناسبة حوادث تفد على العقد الموقع من مدينة لإجراءات وتدابير صدرت عن الدولة [1].

أما في مصر فقد كانت أحكام قضاء مجلس الدولة المصري تأخذ بالمفهوم العام لنظرية عمل الأمير وتعتبر كل إجراء تتخذه السلطة العامة يؤدي إلى زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مبرراً للأخذ بهذه النظرية عند توفر شروطها الأخرى ومثال ذلك الحكم الشهير الصادر من محكمة القضاء الإداري بجلسة ٣٠ يونيه ١٩٥٧م (سبقت الإشارة إليه) إذ عرفت المحكمة نظرية عمل الأمير بقولها: ((هو كل إجراء تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة أو الالتزامات التي ينص عليها العقد مما يطلق عليه بصفة عامة المخاطر الإدارية)) [2].

إلاّ أن مجلس الدولة المصري عدل عن هذا المفهوم ونحى منحى مجلس الدولة الفرنسي باعتماد المفهوم الضيّق للنظرية وقصره على الإجراء الصادر من الإدارة المتعاقدة وقد أوردت هذا الشرط صراحة المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر بجلسة ١٩٦٨/٥/١١م[3] بأن اعتبرت من بين شروط تطبيق النظرية ((أن يكون الفعل الضار صادراً من جهة الإدارة المتعاقدة)) على التفصيل الوارد في المبحث التالي.

---

(١) د./ محمود عبد المجيد المغربي – المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية – المؤسسة الحديثة للكتاب – طرابلس لبنان الطبعة الأولى ١٩٩٨م ص٨٧.

(٢) سبق إيراد بعض فقراته في الصفحات ٢٦ وما بعدها.

(٣) الحكم رقم ١٥٦٢ – ١٠ و ٦٧ – ١١ مجموعة المبادئ القانونية لمجلس الدولة للعقود الإدارية في أربعين عاماً ص ٤٢٤.

المبحث الثاني

شروط تطبيق نظرية عمل الأمير:

ويلزم لتطبيق هذه النظرية الشروط التالية:-

١- أن يكون هناك عقد إداري:

تفترض هذه النظرية وجود عقد إداري صحيح بمعناه الفني الدقيق ذلك أن هذه النظرية تندرج تحت النظرية العامة للعقود الإدارية ومجال تطبيقها يشمل جميع العقود الإدارية دون تمييز وبناءً على ذلك لا تطبق على عقود الإدارة المدنية ولا يتصور تطبيق هذه النظرية على عقود القانون الخاص.

وقد أكدت محكمة القضاء الإداري في مصر بحكمها الصادر بتاريخ ٣ مارس سنة ١٩٥٧م على هذا الشرط بقولها: ((متى كان الأمر بين الشركة وبين الحكومة خارجاً عن نطاق الرابطة العقدية، فإن طلب التعويض عن الأضرار التي تترتب على التشريع الجديد استناداً إلى نظرية (عمل الأمير) يكون على غير أساس سليم من القانون إذ من المقرر أن المسئولية التي ترتب التعويض في نطاق نظرية (أعمال الأمير) لا تقوم إلاّ في حالة ما إذا كان المتضرر بسبب التشريعات الجديدة تربطه بالدولة علاقة تعاقدية أثر فيها التشريع الجديد بأن زاد في الأعباء التي يتحملها في تنفيذ التزاماته بمقتضى العقد، وأن تؤدي هذه الزيادة في الأعباء المالية إلى الإخلال في التوازن المالي للعقد)) [١].

٢- يجب أن يكون الإجراء صادراً من الجهة الإدارية المتعاقدة، وقد أوردت المحكمة الإدارية العليا في مصر كما أسلفنا بجلسة ١٩٦٨/٥/١١م هذا الشرط حينما طلبت أن يكون الفعل الضار صادراً من جهة الإدارة المتعاقدة، بقولها: ((مناط توفر شروط هذه

---

[١] أشار إليه د./ عادل عبد الرحمن خليل – المرجع السابق- ص ٢٦٦.

النظرية 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)) [1].

أما إذا كان الإجراء صادراً من جهة إدارية أخرى غير الجهة المتعاقدة فإنه يمكن في هذه الحالة تعويض المتعاقد عن بعض الأضرار التي تصيبه وفقاً لنظرية الظروف الطارئة إذا توفرت شروطها.

وكما تقدم فإن مجلس الدولة الفرنسي كان يطبق نظرية عمل الأمير حتى لو كانت الإدارة التي اتخذت الإجراء غير الجهة المتعاقدة، أي يكفي صدور الإجراء من إحدى السلطات العامة. إلاّ أن المجلس عدل من هذا الاتجاه واشترط أن تكون الإجراءات التي رتبت ضرراً للمتعاقد، التي تستوجب التعويض صادرة من الجهة المتعاقدة، فمنذ حكمه الصادر في ٤ مارس ١٩٤٩م في قضية (Ville De Toulon) وقضاء مجلس الدولة الفرنسي يقصر تطبيق نظرية عمل الأمير على الأعمال الصادرة من جهة الإدارة التي أبرمت العقد وحدها [2].

وهكذا سار مجلس الدولة المصري بعد فترة وجيزة من إنشائه. لهذا نجد حكم المحكمة الإدارية العليا (المشار له في بداية هذا المبحث) يشترط للتعويض أن يكون

---

[1] أنظر الحكم رقم ١٥٦٢ – ١٠ – و٦٧ – ١١ مجموعة المبادئ القانونية لمجلس الدولة للعقود الإدارية في أربعين عاماً – المرجع السابق – ص ٤٢٤. وهناك من يرى بأن شرط صدور الإجراء الضار من الإدارة المتعاقدة يفترض وجود أشخاص معنوية عامة بجوار الدولة سواءً أكانت إقليمية، أو مرفقية كالمحافظات، والمراكز والمدن والقرى والهيئات العامة، ومن ثم إذا أبرمَ أحد هذه الأشخاص عقداً فيشترط صدور الإجراء الضار عنه حتى تطبقَ نظرية عمل الأمير، مع ملاحظة أنه إذ أبرمت وزارة معينة عقداً، فإن ما يصدر عنها، أو عن أي وزارة أخرى، أو مجلس الوزراء يعتبر صادراً من نفس الجهة المتعاقدة ويرجع ذلك لفكرة وحدة شخصية الدولة؛ لأنها أجهزة متعددة لشخص قانوني واحد وهو الدولة، انظر د./ مطيع علي حمود جبير – العقد الإداري بين التشريع والقضاء – رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق – جامعة عين شمس – دار النهضة العربية – طبعة ١٤٢٧هـ – ٢٠٠٦م – ص ٥٦١.

[2] د./ ابراهيم محمد علي – المرجع السابق – ص ٢٣٢.

التصرف قد صدر من الإدارة المتعاقدة، أما إذا صدر من إدارة أجنبية عن العقد فلا محل لتطبيق نظرية عمل الأمير، بل تطبق نظرية الظروف الطارئة [1].

وقد ورد في فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري قولها (... ومن حيث أنه بتطبيق المبادئ المتقدمة على الحالات محل البحث، فإن الواضح أن زيادة الأعباء المالية للمقاولين، نجمت عن رفع التسعيرة الجبرية للحديد، والأسمنت، وتسليمهم كميات من الحديد المستورد الذي لم تستلزم شروط التعاقد استخدامه، بدلاً من الحديد المحلي، وقد تم كل ذلك بإجراءات صادرة من غير الجهة المتعاقدة – وزارة الري – ومن ثم ينتفي شرط جوهري من شروط تطبيق نظرية فعل الأمير) [2].

ومن الأحكام الحديثة نسبياً التي أكدت هذا الشرط هو حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في جلسة ١٩٩٧/١٢/١٦م جاء فيه قولها: ((إذا كان الثابت أن الزيادة التي طرأت في أسعار البناء لم تتولد من الجهة الإدارية المتعاقدة فضلاً عن أن ضرر نتيجة زيادة الأسعار ليس ضرراً خاصاً بحسبان تلك الزيادة وقد تم سريانها على جميع التعاقدات سواء في النطاق الإداري أو نطاق معاملات الأفراد – لا تكون شروط انطباق نظرية عمل الأمير متحققة بالنسبة لهذا النزاع)) [3].

ونميل إلى الرأي القائل بأن ما تصدره السلطة التنفيذية من إجراءات تعتبر وكأنها صادرة من جهة الإدارة المتعاقدة ويستحق المتعاقد مع أي جهة إدارية تعويضاً عن أضرارها على أساس نظرية عمل الأمير وذلك استناداً إلى فكرة وحدة شخصية الدولة فلا عبرة بتعدد أجهزة

---

[1] د./ محمد أنس قاسم جعفر – العقود الإدارية – دار النهضة العربية – طبعة ٢٠٠٠ ص ١٧١ وما بعدها.

[2] فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة جلسة ١٩٧١/٧/١١م، منشورة في الموسوعة الإدارية الحديثة – المرجع السابق – ص ٨٧٦.

[3] د./ محمد ماهر أبو العنين – المرجع السابق – ص ٤٩٤ و ص ٤٩٥.

الدولة واستقلال كل جهاز عن الآخر ما دامت هذه الأجهزة هي مجرد أوجه متعددة لشخص قانوني واحد هو الدولة [1].

٣- أن يترتب على المتعاقد ضرر من جراء عمل الأمير ولا يشترط أن يكون هذا الضرر جسيماً فقد يكون الضرر جسيماً، أو يسيراً، وقد يكون الضرر خسارة تصيب المتعاقد، أو مجرد إنقاص في الربح الذي توقعه عند التعاقد، يؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد.

وفي مصر أكدت المحكمة الإدارية العليا ضرورة توفر عنصر الضرر، حين تعدادها لشروط نظرية عمل الأمير حيث قالت في أحد أحكامها (..... أن يلحق المتعاقد ضرر خاص.....) [2].

٤- أن يكون الإجراء الصادر من الإدارة المسبب للضرر غير متوقع، والمقصود بذلك هو أن الإجراء، أو التشريع الصادر من الإدارة، غير متوقع الصدور وقت التعاقد، فإذا ما توقعته نصوص العقد فلا محل لتطبيق هذه النظرية، وشرط عدم التوقع لا ينصرف إلى أصل حق جهة الإدارة في تعديل العقد أثناء التنفيذ دون موافقة المتعاقد معها، لأن هذا الحق متوقع دائماً ويفترض علم المتعاقد به عند التعاقد إلاّ أن شرط عدم التوقع ينصرف إلى حدود التعديل ومداه، فإذا نظم العقد كيفية إجراء التعديل وحدوده استبعدت نظرية فعل الأمير، أما إذا خلا العقد من بيان ذلك فإن النظرية تطبق [3].

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا بمصر على هذا الشرط في حكمها بجلسة ١١ يناير ١٩٦٩م بقولها: ((.. صدور القانون رقم ٢٠٤ لسنة ١٩٦٠م خلال فترة الامتداد هذه يترتب

---

[1] د./ عبد العزيز عبد المنعم خليفة – الأسس العامة للعقود الإدارية – مطبعة منشأة المعارف بالإسكندرية -٢٠٠٤م ص ١٩٥. ونرجح الأخذ بمثل هذا الرأي حسب التفصيل الوارد في ص ٤٢٠.

[2] حكم المحكمة الإدارية العليا رقم (٦٥) في ٢٠ مايو ١٩٦١م – مجموعة المبادئ القانونية في العقود الإدارية المرجع السابق ص ٤٢٣.

[3] د./ محمد سعيد حسين أمين – المرجع السابق- ص ٤١٩.

عليه أن تتحمل الهيئة، دون الشركة، بقيمة الزيادة في رسم الإحصاء الجمركي المقررة بموجب هذا القانون دون الحاجة إلى الخوض في نظرية فعل الأمير، لأن هذه النظرية إنما يلجأ إليها في حالة طلب التعويض عن أمر غير متوقع وقت إبرام العقد؛ ولكن الثابت أن المتعاقدين قد توقعا، عند إبرام العقد، زيادة الرسوم الجمركية والضرائب وأجور النقل أو إنقاصها ووضعا نص البند الثالث عشر من الشروط العامة لتحكم هذه الحالة)) [1].

وإذا لم ينص العقد على احتمال اتخاذ هذا الإجراء فطبيعي أن المتعاقد مع الإدارة يعلم أن من حقها اتخاذ إجراءات من شأنها تعديل العقد، وعلى ذلك يجب أن يقال أن الإجراءات التي تخوله حقاً في التعويض هي تلك التي تكون غير متوقعه وتجاوز القدر المعقول، وللقضاء تقدير ملابسات هذه الظروف [2] .

وبموجب هذا الشرط فإن نظرية عمل الأمير، تشابه كل من نظرية الظروف الطارئة، ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

٥- يفترض أن يكون عمل الأمير عملاً مشروعاً غير خاطئ، فمن المعلوم أن للجهة الإدارية المتعاقدة التصرف كسلطة عامة مستهدفة تحقيق الصالح العام، فإذا تصرفت في حدود سلطاتها وسبب ذلك ضرراً للمتعاقد معها، فيكون عليها جبر الضرر بالتعويض عنه تأسيساً على هذه النظرية، أما إذا انطوى تصرفها هذا على خطأ، فإنها تسأل طبقاً لقواعد المسئولية التعاقدية عن تعويض هذا الخطأ [3].

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ١٤٧ – ١١ – مجموعة المبادئ القانونية في العقود الإدارية – المرجع السابق – ص ٤٢٤.

[2] د./ خميس السيد إسماعيل – المرجع السابق – ص ٢١٥.

[3] وفي ذلك تفترق المسئولية التعاقدية في القانون الإداري عن نظيرتها في القانون الخاص التي تقوم على أساس الخطأ التعاقدي. انظر د./ ماجد راغب الحلو – المرجع السابق – ص ٥٩٨.

وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ٢٠ مايو سنة ١٩٦١م في عرضها لشروط النظرية فقد قالت أن تطبيق النظرية يقوم على أساس ((٤ – افتراض أن الإدارة المتعاقدة لم تخطئ حين اتخذت عملها الضار فمسئوليتها عقدية بلا خطأ)) [١] .

وفي الواقع فإن اعتراض نسبة العمل الضار للإدارة المتعاقدة لإثارة مسئوليتها التعاقدية دون خطأ، هو الذي أدى إلى توضيح الخط الفاصل بين المجال المحدد لتطبيق نظرية عمل الأمير، والمجال الآخر المخصص لتطبيق نظرية الظروف الطارئة [٢].

وقد أوردت المحكمة الإدارية العليا في حكمها السابق الإشارة إليه، هذا الشرط صراحة باشتراطها لتطبيق النظرية عدم نسبة خطأ للإدارة المتعاقدة عند مباشرتها للعمل المسبب للضرر.

٦– والشرط الأخير الذي يرد على تطبيق هذه النظرية هو كون الإجراء الذي اتخذته الجهة الإدارية المتعاقدة قد سبب ضرراً خاصاً بالمتعاقد لا يشاركه فيه سائر من يمسه القرار العام [٣].

ويجب أن يكون الضرر خاصاً أي يصيب المتعاقد مع الإدارة وحده بالضرر، فإن كان الضرر يصيب العموم فلا وجه لانطباق نظرية عمل الأمير[٤].

ولكن متى يعتبر الضرر الذي أصاب المتعاقد مع الإدارة خاصاً ؟ والإجابة على ذلك هو ما ورد في حكم محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر بتاريخ ٣٠ يناير ١٩٥٥م بقولها: ((إذا أصاب الإجراء العام – على الرغم من عمومية نصه – المتعاقد وحده دون مجموع الشعب، أو إذا أصابه بضرر من الجسامة بحيث يتجاوز بكثير ما أصاب غيره من مجموع الشعب)) [٥].

---

[١] حكم ٦٥ – ١٢ منشور في مجموعة المبادئ القانونية في العقود الإدارية في أربعين عاماً – المرجع السابق– ص ٤٢٣.

[٢] د./ علي محمد علي عبد المولى – المرجع السابق – ص ١٩٨.

[٣] د./ سليمان محمد الطماوي المرجع السابق – ص ٦٢٥

[٤] د./ جابر جاد نصار – المرجع السابق – ص ٢٥١.

[٥] د./ محمود حلمي – العقد الإداري – طبعة ١٩٧٧م– دار الفكر العربي – ص ١١٦.

وقد تبنى هذه الفكرة أستاذنا د./ ثروت بدوي ودافع عنها في رسالته للدكتوراه المقدمة لجامعة باريس عام ١٩٥٤م بعنوان عمل الأمير جاعلاً من هذه الفكرة (الضرر الخاص) الشرط الوحيد والكافي في التعويض في الحالات التي نحن بصددها [١].

ولا يشترط في الضرر الذي يتحقق للمتعاقد قدراً معيناً من الجسامة، فيستوي أن يتمثل هذا الضرر في زيادة أعباء هذا المتعاقد أو إنقاص أرباحه التي أراد الحصول عليها من وراء تعاقده، فهذا الضرر هو الذي يؤدي إلى اعتلال العلاقة بين المتعاقد والإدارة واختلالها، مما يستدعي ضرورة تحقيق نوع من التوازن المالي، بين التزامات المتعاقد مع الإدارة، وحقوقه؛ حتى لا يفقد حماسه في تنفيذ العقد، بما يعود بالضرر على سير وانتظام المرفق العام.

ويرى الدكتور وهيب عياد سلامة بأن نظرية عمل الأمير لا يقتصر تطبيقها على الأحوال التي يصدر فيها موقف إيجابي من السلطات العامة باتخاذ إجراء معيّن، وإنما يمكن تطبيق النظرية حتى في الأحوال التي تتخذ فيها الإدارة موقفاً سلبياً بامتناعها عن تطبيق القوانين واللوائح التي يجب تطبيقها إذا أدى هذا الامتناع إلى فرض أعباء جديدة على المتعاقد مع الإدارة مدللاً على وجهة نظره هذه في حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٣١ ديسمبر ١٩٢٤م في قضية Ville de Diepp حيث طبق المجلس النظرية بسبب التزام الإدارة موقفاً سلبياً بامتناعها عن تطبيق القوانين واللوائح [٢].

وأرى أن الحالة التي ذكرها د./ سلامة تكون فيها مسئولية الإدارة مبنية على خطأ من جانبها وهو عدم تطبيق القانون ومسئوليتها هنا لا تندرج تحت ظل نظرية عمل الأمير؛ لعدم

---

[١] د./ وهيب عياد سلامة – المرجع السابق – ص ٥٥.

[٢] المرجع السابق – ص ٥٩.

توفر أهم شروطها وهو عدم وجود ثمة خطأ من الإدارة المتعاقدة كما لا تستلزم وجود عقد إداري فيمكن في هذه الحالة لكل من أصابه الضرر مطالبة الإدارة الممتنعة عن اتخاذ الإجراء النظامي بالتعويض وفقاً لقواعد المسئولية التقصيرية.

وجدير بالتنويه هو أن المحكمة الإدارية العليا في مصر عنيت مؤخراً في حكمها الصادر بجلسة ١٦ من ديسمبر ١٩٩٧ بتلخيص شروط تطبيق هذه النظرية. إذ جاء بأسبابه الآتي : ((... القضاء بأحقية المتعاقد مع الإدارة بالتعويض بناءً على نظرية عمل الأمير مرهون بتوافر شروط انطباق تلك النظرية وهي:

١- أن يكون ثمة عقد من العقود الإدارية.

٢- أن يكون الفعل الضار صادراً من جهة الإدارة المتعاقدة.

٣- أن ينشأ عنه ضرر للمتعاقد.

٤- افتراض أن الإدارة المتعاقدة 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 (مخالفة) الإجراء العام [١].

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الشروط المتقدمة هي ذاتها الشروط التي حددتها المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ٢٠ مايو ١٩٦١، وقد سبقت الإشارة إليه باستثناء أن حكمها في عام ١٩٦١م كان يضيف إلى جانب الشرط الثالث (شرط الضرر) عبارة لا يشترط فيه درجة معينة من الجسامة.

---

[١] المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ١٧٤٩ لسنة ٣٧ ق منشور في مؤلف د./ محمد ماهر أبو العنين الكتاب الثاني – المرجع السابق ص ٤٢٣ والكلمة بين القوسين (مخالفة) في الشرط السادس هي كما وردت بالمصدر وظاهر أنه خطأ مطبعي، والراجح أن صحة الشرط هو أن يلحق بالمتعاقد ضرر خاص لا يشاركه فيه من مسه الإجراء العام.

المبحث الثالث

أساس التعويض بموجب نظرية عمل الأمير:

لقد اختلف الفقهاء في تحديد أساس التعويض في نظرية عمل الأمير، فمنهم من يرى بأن الأساس القانوني للتعويض وفقاً لهذه النظرية يكمن في المبدأ الدستوري القاضي بوجوب مساواة الجميع، أمام التكاليف والأعباء العامة؛ لأن الضرر الخاص الذي يتحمله المتعاقد والذي يصيب موضوعاً جوهرياً في العقد الإداري يشكل عبئاً استثنائياً، وعندئذٍ يجب إعادة التوازن المختل بدفع تعويض كامل عن الخسارة والربح الذي فات [1] .

في حين يرى بعض الفقهاء أن أساس التعويض وفقاً لهذه النظرية يستند على نظرية الإثراء بلا سبب، فهم يرون بأن الإدارة وقد أنقصت بقرار صادر منها المزايا المالية التي اتفقت عليها مع المتعاقد معها، وبهذا تكون قد أثرت دون أن يستند هذا الإثراء على سبب في هذا العقد، ويعاب على هذا الرأي أنه يقصر التعويض على حالة إثراء الإدارة، أما إذا لم يصب الإدارة أي إثراء فلا تعويض، ويعاب عليه أيضاً أنه يحدد قيمة التعويض بقدر الإثراء بينما الواقع أنه عند تحديد التعويض لا يدخل إثراء الإدارة في الاعتبار، وإنما يؤخذ في الاعتبار ما أصاب المتعاقد من ضرر وما فاته من كسب [2].

---

[1] د./ إبراهيم طه الفياض – المرجع السابق – ص ٢٦١. ويرى د./ علي عبد المولى بأنه يمكن تأسيس حق التعويض عن عمل الأمير على أساس فكرتي التوازن المالي والمسئولية التعاقدية معاً، فكل منهما تكمل الأخرى، ولذلك فهو يرى أنه من المغالاة استبعاد فكرة التوازن المالي للعقد – كما ذهب البعض –.ومن المغالاة أيضاً رفض فكرة المسئولية التعاقدية كأساس للتعويض عن عمل الأمير. وأن فكرة المسئولية التعاقدية دون خطأ تعتبر ((الأداة الفنية القانونية)) التي بمقتضاها يتم منح التعويض للمتعاقد. كما أن فكرة التوازن المالي للعقد تبرر هذا التطبيق. فالمسئولية عن عمل الأمير ما هي إلاّ مسئولية تعاقدية على أساس التوازن المالي للعقد، وهذه المسئولية هي التي تفسر التعويض، ومبدأ التوازن المالي للعقد هو الذي يبرر المسئولية دون خطأ. د./ علي محمد علي عبد المولى – المرجع السابق- ص ٥٠٠ وص ٥٠١.

[2] د./ محمود حلمي – العقود الإدارية – المرجع السابق – ص ١٢٠ وص ١٢١.

إلاّ أن الرأي الراجح هو أن نظرية التوازن المالي للعقد هي أساس التعـويض فـي نظرية عمل الأمير، فجمهور الفقهاء وأحكام القضاء الإداري في فرنسا ومصر، وأيضاً المشرع المصري يرون أن أساس التعويض الذي يحصل عليه المتعاقد مع الإدارة استناداً إلى نظريـة فعل الأمير، هي فكرة التوازن المالي للعقد [1] .

كما يلاحظ الفقيه الفرنسي/ لوبادير أنه لا خلاف بين الفكرتين، فالمسئولية عن عمل الأمير هي مسئولية تعاقدية، على أساس التوازن المالي للعقد [2]، وهذا يفسر اشتراط مجلس الدولة الفرنسي أن يكون عمل الأمير من فعل جهة الإدارة المتعاقدة، ورفض التعويض علـى هذا الأساس إذ ما كان عمل الأمير من فعل سلطة عامة أخرى غير جهـة الإدارة المتعاقـدة، ومسئولية الإدارة هنا هي مسئولية تعاقدية بلا خطأ، فأساس المسئولية عن عمل الأمير، هـو التوازن المالي للعقد[3]، وفي ذلك تقول محكمة القضاء الإداري في مصر ((إن طبيعة العقـود الإدارية أنها تحقق بقدر الإمكان توازناً بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مـع الإدارة وبـين المزايا التي ينتفع بها اعتباراً بأن نصوص العقد تؤلف في مجموعها كلا من مقتضاه الـتلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين، فإذا ترتب على تعديل التزامات المتعاقد مع الإدارة زيادة فـي أعبائه المالية،فإنه ليس من العدل ولا من المصلحة العامة نفسها أن يتحمل المتعاقد وحده تلك الأعباء، بل يكون له في مقابل ذلك أن يحتفظ بالتوازن المالي للعقد تأسيساً على أن هذا العقد ينظر إليه كوحدة من حيث تحديد الحقوق المالية للمتعاقد، فإذا ما انتهى تدخل الإدارة في العقد بالتعديل إلى الإخلال بهذه الحقوق كما حددت عند إبرام العقد، فيجب إعادة التـوازن المـالي

---

[1] د./ مصطفى عبد المحسن الحبشي – المرجع السابق – ص ٤٤٩.

[2] وفي هذا الشأن تقول د./ عزيزة الشريف في المرجع السابق الإشارة إليه – ص ٢٢٦- ((يجمع الفقيـه الفرنسـي دي لوبادير بين فكرتي التوازن المالي للعقد والمسئولية العقدية على أساس أنه لا خلاف بـين الفكـرتين فكلاهمـا تكمـل الأخرى فالمسئولية بموجب نظرية عمل الأمير مسئولية تعاقدية على أساس التوازن المالي للعقد)).

[3] د./ سليمان محمد الطماوي – الأسس العامة للعقود الإدارية – المرجع السابق ص ٦٥٠ وما بعدها.

للعقد على ما كان عليه، كما أنه إذا كان حق الإدارة في التعديل أمر يفترض قيامه في ذهن المتعاقد مع الإدارة عند إبرام العقد، فإنه يجب أن يقابل هذه السلطة حق آخر للمتعاقد هو أنه يقدر من جانبه هو أيضاً أن جهة الإدارة ستعوضه عما يلحقه نتيجة لممارستها سلطة التعديل)) [1].

---

[1] حكم محكمة القضاء الإداري بجلسة ٣٠ يونيو ١٩٥٧م سبقت الإشارة إليه في صفحة (٢٦).

المبحث الرابع

الآثار المترتبة على تطبيق نظرية عمل الأمير:

عندما تتوفر الشروط المتقدمة فإنه وفقاً لهذه النظرية، يجب تعويض المتعاقد مع الإدارة عن كامل الأضرار التي أصابته نتيجة تصرف الجهة الإدارية المتعاقدة.

وغالباً ما يظهر عمل الأمير في صورة إجراء عام أو خاص مشروع يوجه إلى المتعاقد مع الإدارة، يؤدي إلى زيادة أعبائه، لما للإدارة من سلطة استثنائية في تعديل عقدها سواء بزيادة أو نقص التزامات المتعاقد معها، أو بتغيير مواصفات الأعمال في عقود الأشغال العامة، في مقابل هذه السلطة ولغرض تحقيق التوازن المالي للعقد الإداري فإنه يحق للمتعاقد في أن يعوض تعويضاً عادلاً عن أية أضرار تلحق به نتيجة هذه التعديلات ومن المستقر عليه فقهاً وقضاءً، أن يشمل التعويض ما لحق المتعاقد من خسارة، وما فاته من كسب نتيجة هذا الإجراء لإعادة التوازن المالي للعقد.

وقد يحدث أن يكون الإجراء الذي تتخذه الإدارة المتعاقدة غير مؤثر بطريقة مباشرة على شروط العقد، إلاّ أنه يؤثر على ظروف تنفيذ العقد، محملاً المتعاقد أعباءً جديدة غير متوقعة عند التعاقد، مثل رفع الحد الأدنى للأجور، أو زيادة الرسوم الجمركية، أو إنقاص ساعات العمل، أو إصدار إجراء تنظيمي من شأنه زيادة أعباء المتعاقد، كالبناء والترميم في عقار من عقاراتها، فإن سبب هذا الإجراء ضرراً للمتعاقد، فإنه يحق له المطالبة بالتعويض عنه، وفقاً لهذه النظرية كما يمكنه أيضاً المطالبة بالإعفاء عن غرامات التأخير إذا تسبب هذا الإجراء التأخير في التنفيذ دون خطأ من المتعاقد، علاوةً على ذلك فإن للمتعاقد الحق وفقاً لهذه النظرية طلب فسخ العقد إذا زادت أعباءه بدرجة كبيرة لا تتحملها إمكانياته المالية أو

الفنية بسبب التشريعات أو الإجراءات الجديدة غير المتوقعة الصادرة من الجهة الإدارية المتعاقدة.

ويستطيع المتعاقد الحصول على أكثر من وسيلة لمواجهة ذلك مثل التعويض عن الأضرار والإعفاء ومن الغرامات والفسخ في آنٍ واحدٍ إذا توفرت شروط تطبيق هذه النظرية.

ويستحق المتعاقد حسب هذه النظرية، التعويض الكامل عن الإجراء الذي اتخذته الإدارة بعنصريه كامل الخسارة، والربح الفائت، وبهذا تختلف هذه النظرية عن نظرية الظروف الطارئة في كون التعويض في النظرية الأخيرة لا يشمل كامل الضرر، وإنما جزء منه يتحمله المتعاقد مع الإدارة، والجزء الأكبر تتحمله الإدارة.

وقد جاء في حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في تحديد التعويض وفقاً لهذه النظرية ما يلي ((.... إن القاعدة بالنسبة للتعويض على أساس التوازن المالي للعقد أنه إذا لم يكن مقدراه متفقاً عليه في العقد، فإن جهة الإدارة لا تملك أن تستقل بتقديره، بل يقدره قاضي العقد اعتباراً بأنه ينشأ عن تكاليف غير متوقعة، وأن كل ما هو غير متوقع يعتبر خارجاً عن نطاق العقد، فلا تطبق عليه شروطه [1].

والمحكمة تقدر هذا التعويض بعنصريه الأول: ما لحق المتعاقد من خسارة والعنصر الثاني: هو ما فاته من كسب.

ويجدر التنويه هنا إلى أن مجلس الدولة الفرنسي لا يحكم بالتعويض عن الربح الفائت إذا فسخ العقد من جانب الإدارة في حالة الحرب، وإنما يقتصر على التعويض عن الأضرار الفعلية للمتعاقد.

---

[1] محكمة القضاء الإداري حكمها الصادر في ٣٠ يونيو ١٩٥٧م أشار إليه د./ جابر جاد نصار- المرجع السابق- ص ٢٥٦.

وبديهي إذا ساهم المتعاقد بخطئه في إحداث بعض الأضرار الناتجة عن سير المرفق،

فإن هذا الخطأ سوف يؤخذ بالاعتبار حين تقدير التعويض عن الأضرار التي تناسب مقدار خطئه، وقاضي الموضوع هو المختص بتحديد قيمة التعويض في مثل هذه الحالة.

غير أن تقدير التعويض يكون في غاية اليسر إذا كان سببه فرض رسوم جمركية، أو زيادة الرسوم القديمة حيث يجري مجلس الدولة الفرنسي في مثل هذه الحالات على الحكم للمتعاقد بالفرق بين سعر الضريبة القديم والسعر الجديد [1].

ويثار هنا سؤال عن موقف القضاء حينما يتضمن العقد شرطاً مفاده عدم مسئولية الإدارة قبل المتعاقد عن الأضرار المترتبة على الإجراء المفاجئ الصادر منها ؟

والجواب على ذلك بأن الفقه الفرنسي يتجه إلى عدم مشروعية شرط الإعفاء المطلق من المسئولية، وقد تبنت محكمة القضاء الإداري في مصر هذا المبدأ في حكمها الصادر في ٣٠ من يونيه ١٩٥٧م (وقد أوردنا فقرات منه فيما سبق) بقولها: (من المقرر في العقود الإدارية أن جهة الإدارة لا تملك أن تضع فيها نصاً عاماً بعدم مسئوليتها 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) [2].

أما إذا كان الشرط ينصرف على الإعفاء من إجراء معيّن، فإن الفقه يعتبر مثل هذا الشرط مشروعاً فقد يتوقع المتعاقد أن فرض ضريبة، أو زيادتها مثلاً ورضي أن يتحملها المتعاقد في العقد فإن مجلس الدولة الفرنسي يعتبر هذا الشرط مشروعاً [3].

---

[1] د./ سليمان محمد الطماوي- المرجع السابق - ص ٦٥٥.

[2] منشور في مؤلف د./ وهيب عياد سلامة - المرجع السابق - ص ٦٦.

[3] المرجع السابق- ص ٦٦.

وقد يتم تحديد التعويض عن طريق المشرع خاصة عندما يكون الإجراء المكون لعمل الأمير صادراً منه كقانون رقم ٥ سبتمبر علم ١٩٤٠م الفرنسي الخاص بفسخ العقود المبرمة لتوفير حاجات فريق الدفاع الوطني والذي حدد كيفية تعويض المتعاقدين الذين أضيروا من جراء فسخ عقودهم بقوة القانون [١] .

---

[١] د./ مصطفى عبد المحسن الحبشي – المرجع السابق – ص ٤٥٤.

الفصل الثالث

نظرية الظروف الطارئة "Theorie de l'imprevision"

المبحث الأول:

نشأة النظرية ومدلولها وتطورها:

خروجاً على القاعدة القانونية الراسخة في القانون الخاص (العقد شريعة المتعاقدين) التي تلزم الطرفين بتنفيذ نصوص العقد، وعدم قابليته للتعديل، إلاّ برضا طرفيه، ظهرت هذه النظرية لمواجهة الظروف الطارئة غير المتوقعة التي تحدث أثناء تنفيذ العقد الإداري، وخاصة العقود الطويلة الأجل، كعقود التزام المرافق العامة، وعقود التوريدات عند حصول حرب، أو زلزال أو فيضانات غير عادية، أو أزمات اقتصادية، مسببة ارتفاع الأسعار بشكل حاد، أو إضراب مفاجئ تؤدي هذه الأحداث إلى أن يصبح عندئذٍ التزام المتعاقد مع الإدارة شاقاً وأكثر كلفة مما توقعه الطرفان عند التعاقد، ففي مثل هذه الظروف يجب على المتعاقد الاستمرار في تنفيذ التزاماته لضمان استمرار تسيير المرافق العامة خدمة للصالح العام، ولتفادي اختلال التوازن المالي للعقد تلزم جهة الإدارة في معاونة المتعاقد بأن تشاركه في تحمل جزء من الخسائر الناتجة عن هذه الظروف الطارئة، وبالتالي يتمكن المتعاقد من تجاوز هذه الظروف، ويتسنى له الاستمرار في تنفيذ العقد، وتتحقق أهداف الإدارة في استمرار خدمات المرافق العامة بانتظام واضطراد [1].

---

[1] وفي هذا الصدد يقول د./ محمد أبو زيد: ((الحقيقة أن التمسك بالقاعدة القائلة أن العقد شريعة المتعاقدين أدى إلى معاملة المدين معاملة قاسية، ومن أجل ذلك كان مُنطلق العقل أن يخرج عن القواعد المدنية إلى قواعد أخرى أكثر عدالة تنظر لمصلحة المدين بعين الاعتبار دون أن تضحي بمصلحة الدائن؛ لكي يبقى التماسك قوياً في علاقة الأفراد بعضهم ببعض، أو في علاقتهم بالإدارة، وكان مجلس الدولة الفرنسي هو صاحب الفضل في خلق هذه القواعد حيث تقدم بنظرية جديدة مكملة لنظرية القوة القاهرة، وإن كانت مشتقة من مبدأ سير المرافق العامة باستمرار تسمى بنظرية الظروف الطارئة)) د./ محمد عبد الحميد أبو زيد – دوام سير المرافق العامة – مكتبة كلية الحقوق – جامعة القاهرة – ص ٢٢٠.

ولمّا كانت هذه النظرية تقوم على مبادئ الأخلاق الفاضلة والعدالة المجردة بأن تمد يد العون والمساعدة للمتعاقد المنكوب بسبب ظروف غير متوقعة أدت إلى خسارته، وأخلت بالتوازن الاقتصادي للعقد، وأضاعت التعادل بين التزامات وحقوق الطرفين القائم وقت التعاقد، فلم يكن للنظرية صدى في القوانين القديمة التي يغلب عليها طابع التقيد بالشكليات والتمسك بالقوة الملزمة للعقد، ولم يشار إلى النظرية إلاّ في قول الفيلسوف شيشرون عندما يتغير الزمن يتغير الواجب وقول سبينك التغيير الذي يطرأ على أمر واحد يجعلني حراً في أن أناقش التزامي من جديد[1].

وفي العصور الوسطى أخذت النظرية مكاناً ملحوظاً في التشريعات المستمدة من أصل ديني، فنادى بها فقهاء القانون الكنسي باعتبارها تقوم على مبادئ العدل الذي يجب أن يسود العقد منذ تكوينه حتى الانتهاء من تنفيذه، ونهت الكنيسة عن الإثراء غير المشروع والغبن، وعن كل ما يخل بالتساوي في العقد، واسترجاع الثمن العادل أو الأجر العادل، (وقد استنتجوا من فقرة وردت في مدونة جستنيان أنه يفترض في جميع العقود بقاء ما كان على ما كان، وفهموا من هذا النص أن هناك شرطاً ضمنياً في كل عقد مفاده أن المتعاقد يلتزم بعقده متى ظلت الظروف على ما كانت عليه) [2]، ومقتضاه أن كل من المتعاقدين يبقى ملتزماً بأحكام العقد طالما بقيت الظروف الاقتصادية التي عقدت في ظلها على حالها، (فإذا ما تغيرت الظروف بحيث يصبح تنفيذ العقد جائراً بالنسبة إلى أحد المتعاقدين، وجب تعديل العقد؛ ليزول الحيف الناشئ من هذا التغيير المفاجئ في الظروف الاقتصادية) [3] .

---

[1] الأستاذ/ فاضل شاكر النعيمي – نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون – ص ٢٥ وص ٢٦.

[2] المرجع السابق – ص ٢٧.

[3] د./ عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – طبعة ١٩٦٤ – دار النهضة العربية – الجزء الأول ص ٧٠٧ فقرة ٤١٦.

وقد أخذ الفقهاء الإيطاليون والألمان بهذه القاعدة حتى القرن الثامن عشر كما أخذ بها بعض قدامى الفقهاء الفرنسيين، ولكن فقهاء القرن السابع عشر رفضوا قبولها في فرنسا متأثرين في ذلك بالقانون الروماني، وقد قضى عليها نهائياً في القرن التاسع عشر واختفت أمام مبدأ سلطان الإرادة إلى أن ظهرت مجدداً في أوائل القرن العشرين، ولم تكن الدول على قدرٍ واحدٍ في قبول النظرية، فقد رفض القضاء المدني في فرنسا الأخذ بها [1]، بينما أقرها القضاء الإداري- كما سوف يرد مفصلاً فيما بعد - وسلمت بها بعض الدول كسويسرا وألمانيا عن طريق الاجتهاد في تفسير العقد، وأقرتها بولونيا وإيطاليا واليونان بنص صريح [2].

وقد وجدت هذه النظرية تطبيقات لها في الشريعة الإسلامية الغراء لكونها تقوم على مبادئ العدل والإنصاف.

حيث اعتنى فقهاء الشريعة الإسلامية في بيان الأعذار في عقد الإيجار، إذ اعتبر فقهاء المذهب الحنفي أن العذر يعتبر مسوغاً لفسخ العقد مستندين في ذلك على قاعدة (أنه لو لزم العقد عند تحقق العذر، للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزم به في العقد، فكان الفسخ في الحقيقة امتناعاً عن التزام الضرر) كما بيّنوا أسباب الأعذار التي ترجع

---

[1] استمرت محكمة التمييز الفرنسية في موقفها الرافض لنظرية الظروف الطارئة في قراراتها الأكثر حداثة منها مثلاً: القرار الصادر في ٣١/آيار ١٩٨٨م بصدد دعوى قائمة بين شركة تجارية طلبت كمية من المنسوجات من أحد التجار على أساس السعر السائد في كانون الثاني ١٩٨٢م على أن يتم التسليم اعتباراً من كانون الثاني ١٩٨٣م إلاّ أن التاجر حرر فواتيره بالثمن الرائج بتاريخ التسليم غير آبه لاعتراض الشركة، وتمكن من ربح الدعوى استئنافاً إلاّ أن محكمة التمييز نقضت الحكم على أساس أن العقد لا يجيز إعادة النظر في الثمن (مؤلف بيار طوبيا - الظروف الطارئة في اجتهادات المحاكم اللبنانية - المؤسسة الحديثة للكتاب - طرابلس لبنان - الطبعة الأولى ١٩٩٨م ص ١٥.

[2] د./ عبد السلام الترمانيني - نظرية الظروف الطارئة - دار الفكر - ص ١٢ وص ١٣.

إلى المستأجر، وتلك التي ترجع إلى المؤجر، وأسباب أخرى ترجع إلى المأجور وفصلوا حكم كل منها، وموجبات فسخ أي منها.

كما أن فقهاء المذهب المالكي، والمذهب الحنبلي أجازوا إنقاص الثمن للجوائح في بيع الثمار، والمقصود بالجائحة هي كل ما يصيب الثمر من السماء كالبرد، أو من آفة كالعفن والعطش، وفي فعل الأدمي خلاف، وفي كل ذلك تفصيل سوف أتطرق إليه في موضعه من هذه الرسالة بإذن الله.

إلاّ أن تغلغل النزعة الفردية وضعف نفوذ الكنيسة، أديا إلى سيادة مبدأ سلطان الإرادة (العقد شريعة المتعاقدين)، مرحلة كرَّس القانون المدني الفرنسي القديم وتقنين نابليون (القانون المدني الفرنسي الحديث)، هذا المبدأ باعتباره يحافظ على العقد، وقوته الملزمة، مهما كانت الظروف، ما لم تصل إلى استحالة التنفيذ (القوة القاهرة).

وكما تقدم فقد سارت المحاكم الفرنسية وعلى رأسها محكمة التمييز على هذا المبدأ، فلا تعديل على العقد إلاّ باتفاق طرفيه، مهما كانت درجة الضرر وشدة الإرهاق [1].

هذا فيما يخص قواعد القانون الخاص، إلاّ أن نظرية الظروف الطارئة قد أخذت طريقها إلى التطبيق في مجال القانون العام، ذلك لأن حالة القوة القاهرة لا تكفي لمعالجة بعض الظروف التي تواجه جميع العقود، خصوصاً العقود الإدارية التي تخدم المرافق العامة، فقد تطرأ ظروف غير متوقعة خارجة عن إرادة الطرفين، تؤدي إلى صعوبات التنفيذ لا تصل إلى

---

[1] رفض القضاء الفرنسي التسليم بنظرية الظروف الطارئة وتطبيقاتها في العقود المدنية والإدارية، واستند في ذلك إلى أن مهمة تعديل العقد من اختصاص المتعاقدين وليس من اختصاص قاضي العقد الذي تقتصر مهمته على فسخ العقد، أو وقف تنفيذه وليس تعديله، ويبرر جمهور الفقهاء في فرنسا ومصر رفض القضاء العادي الفرنسي تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود القانون الخاص التي تكون الإدارة طرفاً فيه، عدم اشتراك المتعاقد في هذه العقود في مهمة سير المرفق العام، واختصاص القضاء الإداري بنظر المنازعات الخاصة بها وتطبيقه قواعد القانون الخاص التي تجيل نظرية الظروف الطارئة. انظر د./ عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد – أثر الظروف الطارئة والصعوبات المادية على تنفيذ العقد الإداري – طبعة ١٩٩٠م – مكتبة كلية حقوق جامعة القاهرة – ص ٣٢ وص ٣٣.

درجة استحالته، وإنما تسبب عنت وإرهاق شديد للمتعاقد، يضطره إلى التوقف عن التنفيذ لتجنب الخسائر التي تلحق من جراء هذه الظروف، وهنا يتعطل سير المرفق العام. لذلك تدخل مجلس الدولة الفرنسي لمعالجة هذا الوضع، وهي حالة لا تصل إلى استحالة التنفيذ (القوة القاهرة)؛ ولكنها حالة تجعل التنفيذ أكثر كلفة ومشقة على المتعاقد، وليست مثل الحالة الاعتيادية للتنفيذ كما توقعها المتعاقدان عند إبرام العقد الإداري، إذن هذه الحالة هي حالة وسط بين القوة القاهرة، وحالة التنفيذ في ظل الأوضاع الاعتيادية مطلقاً عليها (نظرية الظروف الطارئة) [1].

كان ذلك عندما أصدر مجلس الدولة الفرنسي حكمه الشهير في قضية غاز مدينة بوردو الفرنسية الصادر بتاريخ ١٩١٦/٣/٣٠م والذي يعتبر بحق أنه أرسى قواعد هذه النظرية، وملخص هذه القضية هو أن بلدية بوردو قد تعاقدت عام ١٩٠٤م مع الشركة العامة لإنارة بوردو على امتياز توريد الغاز والكهرباء لمدينة بوردو مدة (٣٠) عاماً.

وبسبب احتلال الجزء الأكبر من مناطق إنتاج الفحم في أوربا أثناء الحرب العالمية الأولى، ولصعوبات النقل بالبحر التي تزداد جسامتها بسبب أعمال الحرب البحرية فقد نتج عن ذلك ارتفاع طارئ في أسعار الفحم وهو المادة الأولية في صناعة الغاز بنسبة استثنائية، بل أدى ذلك إلى ارتفاع تكلفة صناعة الغاز لدرجة أخلت بكل الحسابات وجاوزت بالتأكيد كل الأسعار التي توقعها الطرفان عند إبرام العقد فقد ارتفع سعر طن الفحم من (٣٥) فرنكاً في يناير ١٩١٥م إلى (١١٧) فرنكاً في مارس ١٩١٦م [2]، وأضحت الشركة مهددة بخسارة جسيمة قد تعيقها عن تقديم خدماتها إلى الجمهور، وحينما تقدمت الشركة بشكوى إلى بلدية

---

[1] د./ محمد أنس قاسم جعفر – العقود الإدارية – الطبعة الثامنة – دار النهضة العربية ص ١٨٦. ويرى الدكتور/ أنور أحمد رسلان (أن نظرية الصعوبات غير المتوقعة وإن كان يمكن اعتبارها المصدر التاريخي لنظرية الظروف الطارئة إلاّ أن كلاً منهما متميزة عن الأخرى، وينبغي أن تظل متميزة عنها) د./ أنور أحمد رسلان – نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة – مجلة القانون والاقتصاد – العددان الثالث والرابع السنة الثامنة والأربعون طبعة ١٩٨٠م ص ٨٤٠.

[2] أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي ترجمة د./ أحمد يسري – الطبعة العاشرة – دار الفكر الجامعي- ص ٢٣٦ وص ٢٣٧.

بوردو صبة تعويضها عن هذا الارتفاع الفاحش بأسعار الفحم، رفضت الاستجابة لطلبها، وهكذا أيضاً رد مجلس المحافظة وذلك بحجة القوة الملزمة للعقد، وطلب من الشركة الاستمرار في تنفيذ العقد باعتبار أن الأمر لم يصل إلى درجة القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً.

وحينما عرض الموضوع على مجلس الدولة الفرنسي، تبنى المجلس مبدأ جديداً، هو أول تطبيق لهذه النظرية في العقود الإدارية، معتبراً أن ارتفاع أسعار الفحم الذي واجهته شركة غاز بوردو، نتيجة ظروف طارئة غير متوقعة من الطرفين، أدت إلى اختلال اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً، يبرر مساهمة الإدارة، ولو بجزء منه مع المتعاقد لحين زوال تلك الظروف، لوضع حد للصعوبات الوقتية لتمكين الشركة من الاستمرار في المرفق محل الالتزام مراعاة لمصالح العام محيلاً الطرفين إلى مجلس المحافظة للاتفاق على مقدار هذا التعويض، وفعلاً تم الاتفاق بين الشركة ومحافظة بوردو على رفع سعر الغاز بنسبة الزيادة غير المعتادة الخارجة عن التوقعات وبصورة اشترك الطرفان بتحمل مضارها.

وبالرغم من الخطة التي يجري عليها مجلس الدولة الفرنسي من صياغة أحكامه بصورة مختزلة للغاية، فإنه التزم خطة مغايرة في حكمه الصادر في قضية غاز بوردو، إذ إنه ضمَّن حكمه معظم الأحكام الرئيسية والتفصيلة التي تقوم عليها نظرية الظروف الطارئة، بحيث يمكن اعتبار هذا الحكم هو دستور هذه النظرية [1].

---

[1] د./ سليمان محمد الطماوي – المرجع السابق – ص ٦٥٧.

ثم توالت أحكام مجلس الدولة الفرنسي ومن بعده الفقه والقضاء الإداري عموماً في ترسيخ هذه النظرية والتسليم بأفكارها وبيان مفهومها وخصائصها وشروط تطبيقها وأساسها القانوني والآثار التي تترتب عليها [1].

على أن نظرية الظروف الطارئة قد وجدت قبولاً ونمواً وازدهاراً خلال القرن الماضي حتى في مواد القانون الخاص، فقد تبناها المشرع في الكثير من الدول كالتقنين البولندي والإيطالي والمدني المصري الجديد [2]. فهذه التقنينات بعد أن أقرت بقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) أضافت لها استثناء في حالة إذا ما طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك، بمعنى أن المشرع قصد لاعتبارات العدل والإنصاف ومقتضى حسن النية في العقود، تطبيق هذه النظرية في كل الأحوال حتى أنه اعتبرها من قواعد النظام العام التي لا يجوز أن يتفق الطرفان على مخالفتها.

وفي مصر تبنى المشرع هذه النظرية في مادته (١٤٧) من القانون المدني الجديد رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨م أما فيما يخص العقود الإدارية فإن هذه النظرية قد قننت بنص المادة السادسة من قانون التزام المرافق العامة رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧م على أنه: ((إذا طرأت ظروف

---

[1] وكان مجلس الدولة الفرنسي يشترط لتطبيق هذه النظرية استمرار المتعاقد في تنفيذ العقد طالما كان ذلك ممكناً أي لم يصل الظرف الطارئ إلى درجة استحالة التنفيذ أي القوة القاهرة باعتبار أن هدف النظرية الأساسي هو تأمين استمرار وفعالية المرفق العام، وفي حكم لمجلس الدولة صادر عام ١٩٥٢م أكد على أن الشركة طالبة التعويض لا يمكنها الاستفادة من هذه النظرية؛ لأن هدفها الوحيد هو تأمين استمرار المرفق العام وبالتالي، فإنها غير قابلة أبداً للتطبيق على عقد أقيل أو انفسخ. د./ عبد الإله الخاني – القانون الإداري – المجلد الرابع العقود الإدارية – ص ٤٩٣.

[2] د./ عبد الرزاق السنهوري – المرجع السابق- ص ٧١٦ فقرة ٤١٩. ويشبه الدكتور/ السنهوري نظرية الظروف الطارئة بنظريتي الاستغلال والإذعان فهي مثل نظيرتيها تصلح اختلال التوازن فالأخيرتان تصلحان التوازن عن طريق الضرب على يد المتعاقد القوي أثناء تكوين العقد، والأولى تصلح التوازن عن طريق الأخذ بيد المتعاقد الضعيف أثناء تنفيذ العقد – المرجع السابق – ص ٧٠٦.

لم يكن من المستطاع توقعها ولا يد لمانح الالتزام أو الملتزم فيها، وأفضت إلى الإخلال بـالتوازن المالي للالتزام، أو إلى تعديل كيانه الاقتصادي عما كان مقرراً وقت منح الالتـزام، جـاز لمـانح الالتزام أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله، وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر في استغلاله أو لخفض الأرباح الباهظة إلى القدر المقبول))، وبهذا النص أصبح عقد الالتزام هـو أول العقود التي قرر المشرع المصري تطبيق نظرية الظروف الطارئة عليها [1].

وقد عرفت المحكمة الإدارية العليا في مصر نظرية الظروف الطارئة وشـروط وآثـار تطبيقها في حكمها الصادر ١٩٦٨/٥/١١م بقولها: (... أن تطبيق نظرية الحوادث الطارئة فـي 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 حسبان المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك لها دفعاً، ومن شأنها أن تنزل به خسائر فادحة، تختل معها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً. ومؤدي تطبيق هذه النظرية بعد توافر شروطها إلزام جهة الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في تحمل نصيب من الخسارة التي أحاقت به طوال فترة الظرف الطارئ، وذلك ضماناً لتنفيذ العقد الإداري، واستدامة لسير المرفق العام الذي يخدمه، ويقتصر دور القاضي الإداري على الحكم بالتعويض المناسب، دون أن يكون له تعديل الالتزامات العقدية) [2].

---

[1] لم يتعرض القانون المدني المصري القديم - أسوة بالتقنين الفرنسي - لنظرية الظروف الطارئة، ولم يأخـذ القضـاء المصري بهذه النظرية في ظل القانون المذكور، وتعيّن على المحاكم، والحالة هذه أن تحترم القوة الملزمة للعقد وعـدم التعرض له؛ بسبب الظروف الطارئة ما لم يصبح التنفيذ مستحيلاً استحالة مطلقة لقوة قاهرة، ولم يقتصر رفض تطبيق النظرية على عقود الأفراد، بل أيضاً على العقود الإدارية، وبعد خلاف بين الفقه والقضاء المصري بشأن هذه النظرية جاء التشريع المصري الجديد مقرراً الأخذ بها. انظر د./ محمد عبد الحميد أبو زيد - المرجع السابق - ص ٢٢٥.

[2] منشور في مؤلف د./ نعيم عطية والأستاذ/ حسن الفكهاني - الموسوعة الإدارية الحديثة الطبعة الأولى ١٩٨٦م - الدار العربية للموسوعات الجزء الثامن عشر - ص ٨٩٣.

المبحث الثاني

شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة:

من المستقر عليه فقهاً وقضاءً بأن شروط تطبيق هذه النظرية هي ستة شروط حسب الآتي:

١- وقوع حادث طارئ.

٢- أن يكون الحادث غير متوقع.

٣- أن يكون الحادث خارج عن إرادة الطرفين.

٤- أن يقع الحادث بعد إبرام العقد وأثناء التنفيذ.

٥- أن يترتب على الظرف الطارئ إرهاق المدين [١] .

٦- أن يكون الحادث عاماً [٢].

وقد حددت المحكمة الإدارية العليا في مصر شروط هذه النظرية بجلسة ١٩٨٢/١/١٢م فيما يلي: ((... تطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الإدارية وروابط القانون العام أمر رهين بأن يطرأ خلال تنفيذ العقد الإداري حوادث، أو ظروف طبيعية، أو اقتصادية أو سياسية ولو كانت من عمل جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة، أو من عمل شخص آخر- لم تكن في حسبان المتعاقد مع الإدارة، ولا يملك لها دفعاً أو علاجاً، ولا كان في وسعه توقعها، أو التحوط لها، وأن تكون هذه الحوادث استثنائية وعامة ومن شأنها أن تجعل تنفيذ التزام المتعاقد مع الإدارة مرهقاً يتهدد المتعاقد بخسارة فادحة دون أن يكون هذا التنفيذ مستحيلاً - بحيث تختل اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً)) [٣].

وسوف نتناول فيما يلي كل شرط من هذه الشروط لبيان مضمونه، وضوابطه.

---

[١] د. / سليمان محمد الطماوي - الأسس العامة للعقود الإدارية- ص ٦٨٨.

[٢] أضافت لجنة مراجعة القانون المدني بمجلس الشيوخ المصري هذا الشرط؛ لتضييق نطاق تطبيق النظرية حتى لا تزعزع كثيراً من القوة الملزمة للعقد، وينبغي ألاّ تكون الحوادث الاستثنائية خاصة بالمدين كإفلاسه، أو موته، أو حريق محصوله، وإنما يجب أن تكون عامة شاملة لطائفة من الناس كفيضان، أو وباء. انظر د./ عبد الرزاق السنهوري- المرجع السابق ص ٧٢١.

[٣] الموسوعة الإدارية الحديثة - المرجع السابق- ص٩٠٣ وص ٩٠٤.

المطلب الأول

وقوع حادث طارئ:

والمقصود بذلك وقوع حادث استثنائي عام غير متوقع بعد إبرام العقد الإداري وأثنـــاء تنفيذه، ومثال ذلك قيام حرب، أو فيضانات، أو زلزال، أو وباء، أو جفاف، وقد يتمثل هذا الأمر في إجراء عام تتخذه سلطات الدولة – غير الإدارة المتعاقدة – وذلك كالتشريعات التـــي مـــن شأنها أن تقلب الوضع الاقتصادي للعقد، كزيادة الرسوم الجمركية والتسعير الجبري، وخفض قيمة العملة [1] .

وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي من قبيل الظروف الطارئة الإجراءات العامة التي تصدر من سلطات الدولة المختلفة مثل القوانين، واللوائح، التي تزيـــد قيمـــة الضـــرائب، أو تفرض ضرائب جديدة، أو تخفض سعـــر العملة، أو تمنع تداول عملة معيّنة [2].

ويفترض هنا أن العقد الإداري من العقود المتراخية التنفيذ، أو عقود المـــدة، كعقـــد التزام المرافق العامة، والأشغال العامة، أو عقود التوريد المؤجلة التنفيذ، ففي مثل هذه العقود يوجد فاصل زمني بين توقيع العقد وتنفيذه، فيقع الحادث الطارئ غير المتوقع، فيؤدي ذلك إلى أن يجعل تنفيذ العقد على المتعاقد مرهـــقاً ويهدده بخسارة فادحة.

ولكن السؤال الذي يثار هنا هو مدى أحقية المتعاقد بالتعويض إذا تسبب هو بالتأخير في التنفيذ وحصل أثناء ذلك الحادث الضار ؟ والجواب بأنه لا مجال لتطبيق هذه النظرية فـــي حالة انفراده بالتسبب في التأخير، ما لم تكن الإدارة قد ساهمت في هذا التأخير، وعندها تكون مسئولة بهذا القدر تجاه المتعاقد، ويتم مراعاة ذلك عند تقدير التعويض.

---

[1] د./ ماجد راغب الحلو – المرجع السابق – ص ٦٠٠.

[2] د./ جابر جاد نصار – المرجع السابق – ص ٢٦٥

ولقد ذهب الفقه التقليدي في البداية إلى القول بوجوب أن يكون الحادث المفاجئ اقتصادياً، باعتبار أن نظرية الظروف الطارئة قصد بها حماية المتعاقد عند تعرضه لمخاطر اقتصادية، إلاّ أنه نتيجة للاتجاهات الحديثة في مجال الاقتصاد الموجه الذي شهده العالم، فقد هجر مجلس الدُّولة الفرنسي الفكرة التقليدية عن الطبيعة الاقتصادية للظرف الطارئ، وشمل مفهومها كافة المخاطر الاقتصادية، والطبيعية، والإدارية، طالما نتج عنها اختلال في اقتصاديات العقد الإداري، وعلى هذا النهج سار أيضاً مجلس الدولة المصري في أحكامه، مطبقاً النظرية أياً كان سبب الظرف الطارئ اقتصادياً، أو طبيعياً، أو إدارياً مصدره الجهة الإدارية غير المتعاقدة.

غير أنه يوجد رأي فقهي يعارض هذا المسلك، ويدعو إلى تطبيق هذه النظرية حتى في حالة كون مصدر الظرف الطارئ الجهة الإدارية المتعاقدة [1]

المطلب الثاني

أن يكون الحادث غير متوقع:

ويلزم لتطبيق هذه النظرية أن يكون الحادث طارئاً، غير متوقع، وقت التعاقد، ويعتبر هذا الشرط من أهم شروط هذه النظرية، وقد سميت باسمه، ومعيار عدم التوقع هو

---

[1] يرى الدكتور/ محمد عبد العال السناري وجوب تطبيق نظرية الظروف الطارئة حتى إذا كان مصدر الظرف الطارئ الجهة الإدارية المتعاقدة خاصة إذا لم تتوافر شروط تطبيق نظرية عمل الأمير إذ إن ذلك يعني استحقاق المتعاقد للتعويض إذا كان مصدر الظرف الطارئ الجهة الإدارية غير المتعاقدة، بينما يتعذر تعويضه إذا كان مصدر الظرف الطارئ الجهة الإدارية المتعاقدة. انظر مؤلفه – الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة – مرجع سابق – ص ٥٢ وص ٥٣.

وعلى ما يبدو، فإن هذا الأمر ينحصر في حالة عدم ثبوت إن الإدارة المتعاقدة هي من أصدرت الإجراء الضار في حين قد توفرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وفيما عدا ذلك فإن شروط تطبيق النظرية الأخيرة هي أكثر صعوبة فيما يخص شرط الخسارة إذ تتطلب قدراً من الجسامة أكثر مما هو عليه الحال في نظرية عمل الأمير، فالأخيرة لا يشترط فيها قدراً معيناً من الجسامة في الضرر الحادث للمتعاقد في حين أن نظرية الظروف الطارئة تستلزم أن يسبب الظرف الطارئ اختلالاً جسيماً في توازن العقد ناتجاً عن خسارة استثنائية فادحة اصطلح على وصفها بأنها تقلب اقتصاديات العقد إضافة إلى أن نظرية عمل الأمير أفضل في التطبيق للمتعاقد كونها تقرر تعويضه عن كامل الضرر الحادث بفعل الجهة الإدارية المتعاقدة، وليس جزءاً منه كما هو الحال في نظرية الظروف الطارئة.

معيار موضوعي وليس شخصياً، [1] والمقصود به أن كل عقد يحمل في طياته قدراً متوقعاً من المخاطر، وأن على المتعاقد الحذر أن يقدر هذه المخاطر ويزنها عند إبرام العقد، فإن قصّر في ذلك فعليه وزر تقصيره، أما إذا كان الحادث يفوق كل تقدير يمكن أن يتوقعه الطرفان المتعاقدان، فيكون من النوع الذي يتطلبه تطبيق هذه النظرية، والعبرة في توافر شرط عدم التوقع أن لا يكون في مقدور الشخص العادي توقع مثل هذا الحادث الطارئ.

((ويعتبر عنصر المفاجأة أحد الخصائص الأساسية التي تتميّز بها فكرة عدم التوقع سواء في مجال العلاقات التعاقدية، أو خارج نطاق هذه العلاقات، ولقد أشار مجلس الدولة الفرنسي في العديد من الأحكام إلى عنصر المفاجأة، والذي يبدو أكثر وضوحاً في نطاق الظواهر الطبيعية كالفيضانات والأعاصير غير المتوقعة في حدتها والتي تحدث بصفة مفاجئة غير منتظرة. وأشارت محكمة القضاء الإداري المصرية إلى عنصر المفاجئة كأحد خصائص شرط عدم التوقع بقولها: (هذا الشرط ينطوي إلى حدٍ كبير على معنى المفاجأة في صورة معينة)...)) [2]

وقد اشترط المشرع المصري في العقود الإدارية، والمدنية، توافر شرط عدم التوقع لإعمال هذه النظرية، وأيضاً تضمنت أحكام مجلس الدولة في فرنسا ومصر هذا الشرط.

وشرط عدم التوقع في هذه النظرية ينصرف إلى الحادث الطارئ، أو آثاره على حدٍ سواء [3].

---

[1] يأخذ الفقه والقضاء في تحديد شرط عدم التوقع بمعيار موضوعي قوامه الرجل المعتاد وليس معياراً ذاتياً قوامه نفس المتعاقد الذي يتمسك بتطبيق النظرية، وهو ما أكدت عليه محكمة النقض المصرية بتاريخ ١٩٧٨/١/١١م في الطعن رقم ٤٤٨ – المرجع السابق ص ٦٠.

[2] د./ علي محمد علي عبد المولى – المرجع السابق– ص ٢٧٠ وص ٢٧١. غير أنه يوجد رأي فقهي يرى عدم قصر تطبيق النظرية على حالة الظروف غير المتوقعة ذلك أن ثمة حالة من عدم الاستقرار العقدي نتيجة لما يتسم به الاقتصاد المعاصر من تقلبات سريعة في الأسعار مما يعطي مضموناً جديداً لنظرية الظروف الطارئة مؤداه أن تطبيقها يمنح المتعاقد مع الإدارة ميزة كبرى في مواجهة تلك التقلبات، وبالتالي لا يمكن أن يقتصر دور نظرية الظروف الطارئة على الحوادث غير المتوقعة باعتبار أن حق المتعاقد مستمد من العقد في إعادة التوازن المالي، وليس مستمداً من أي ظرف خارجي آخر. انظر في تفصيل ذلك د./ مصطفى محمود عفيفي – المرجع السابق – ص ٤٣٠.

[3] أنظر د./ سليمان الطماوي – المرجع السابق – ص ٦٧٤ وما بعدها. وأنظر د./ جابر جاد نصار – المرجع السابق– ص ٢٧١.

أما في القضاء، فقد تطور قضاء مجلس الدولة الفرنسي ومن بعده نظيره المصري فيما يتعلق بتحديد محل عدم التوقع فبعد أن كان يشترط أن يكون الظرف الطارئ غير متوقعٍ عدل عن ذلك، واكتفى في كثير من الحالات بأن تكون آثار الظرف الطارئ هي التي لم يكن في الإمكان توقعها، وهكذا فعل مجلس الدولة المصري في أحكامه الحديثة حيث اعتبر شرط عدم التوقع للحدث ذاته أو لآثاره [1]، فقد سبق وأن جاء في الفتوى الصادرة من الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم (٣٦٠) في ١٩٥٤/٧/١٧م قولها: ((يعتبر قرار مجلس الوزراء الصادر بتخفيض قيمة الجنيه المصري بالنسبة إلى الدولار حادثاً استثنائياً عاماً في حكم المادة ٢/١٤٧ من القانون المدني، إذ لم يكن في وسع المتعاقدين توقعه حين إبرام العقد. ومع التسليم الجدلي بأنه كان مفروضاً على المتعهد أن يتوقع اتجاه الحكومة إلى خفض قيمة العملة المصرية فإن مدى هذا التخفيض لم يكن من المستطاع التكهن به، ومن ثم فإنه يحتمل أن تكون نتائج هذا الإجراء، ومدى تأثيره في التوازن المالي للعقد قد جاوزت ما كان مفروضاً أن يتوقعه المتعهد حين إبرام العقد، وفي الحالتين إن كانت خسارة المتعهد من هذا الإجراء قد جعلت تنفيذ التزامه أمراً مرهقاً، مهدداً له بخسارة فادحة، كان على الطرف الآخر أن يشاركه في تلك الخسائر، بالقدر الذي يحد منها ويردها إلى الحد المعقول، بمعنى أن الخسارة المتوقعة يتحملها المتعهد، أما الخسارة غير المتوقعة فيشاركه فيها الطرف الآخر بالقدر الذي يخفف من فداحتها. أما تقدير كون خسائر المتعهد فاقت ما كان مفروضاً أن يتوقعه أم لا، فأمر متروك بحثه على ضوء ما يتبيّن من عناصر التقدير)) [2].

---

[1] في البداية وبسبب ظروف الحرب العالمية الأولى اشترط مجلس الدولة الفرنسي أن ينصب عدم التوقع على الظرف نفسه (الحرب) بصرف النظر عن توقع، أو عدم توقع آثاره لذلك قضى المجلس بعدم تطبيق النظرية على العقود التي أبرمت بعد الحرب لانتفاء شرط عدم التوقع إلاّ أن المجلس عدل مسلكه فيما بعد، وأصبح يكتفي بأن يكون أثر الظرف الطارئ هو الذي لم يكن بالإمكان توقعه. راجع د./ عادل عبد الرحمن خليل – المرجع السابق – ص ٣١٢.

[2] الموسوعة الإدارية الحديثة – المرجع السابق ص ٨١٦.

وفي المعنى ذاته قضت المحكمة الإدارية العليا بمصر في حكم لها بجلسة ١٩٦٢/٦/٩م بقولها: ((إن الارتفاع الباهظ في أسعار الزنبق – إن صح أنه متوقعاً في العقد الثاني – فإن مدى هذا الارتفاع لم يكن في الوسع توقعه بالنسبة لذلك العقد، فقد كان السعر وقت التعاقد بالنسبة للعقد الثاني ٢ جنيه و٨٨٠ مليماً ثم وقت الشراء على حساب الشركة المدعية ٤ جنيهات و ٥٠ مليماً، ومن ثم فإن نظرية الحوادث الطارئة تنطبق في هذه الحالة)) [١].

وثمة مسألة هامة تثار هنا تتعلق بالتاريخ المعتد به لتقدير شرط عدم التوقع، فكما هو معلوم فإن الوقت يطول في العقود الإدارية بين الإعلان عن المناقصة وترسيتها ومن ثَّم تنفيذها إذ أن الجهة الإدارية ملزمة بإتباع العديد من الإجراءات، بما تتطلبه من فترة زمنية لدراسة العروض، ومن ثَّم اختيار أفضلها ثم ترسيتها وتنفيذها، فإذا حصل حادث طالب بسببه المتعاقد التعويض عن الأضرار التي لحقت به، فإن شرط التوقع يتطلب تحديد وقته. وعقود القانون الخاص أيسر في تحديد هذا الشرط إذ يعتبر تاريخ التوقيع على العقد هو التاريخ المعتمد لشرط التوقع، أي أنه لم يكن متوقعاً من الطرفين عند توقيع العقد حصول مثل هذا الحدث الطارئ.

أما في العقود الإدارية فإن شرط التوقع يؤخذ فيه بالاعتبار الإجراءات الإدارية المطولة منذ الإعلان عن المناقصة وحتى رسوها، ومجلس الدولة الفرنسي وآراء الفقهاء يحددون وقت بدء عدم التوقع منذ تاريخ تقديم المتعاقد للعطاء الذي لا يجوز الرجوع فيه، وليس تاريخ توقيع العقد، فإذا كان الحدث تالياً لذلك، فإنه يعتبر غير متوقع بالنسبة للمتعاقدين وحتى فترة الانتهاء من تنفيذ العقد [٢].

---

[١] المرجع السابق ص ٨١٧.

[٢] وقد رفض مجلس الدولة الفرنسي في حكم له بتاريخ ٢٠ ديسمبر ١٩٦١م في قضية (Lapomme de terre) التعويض بناءً على نظرية الظروف الطارئة للشركة المدعية المتعاقدة مع الحكومة الجزائرية على توريد كميات من البطاطس في المدة من أول أبريل ١٩٥٨م حتى أول أبريل ١٩٥٩م عما تكبدته نتيجة ارتفاع الأسعار ارتفاعاً فاحشاً، بسبب أحداث مايو سنة ١٩٥٨م لكون ارتفاع الأسعار قد حصل قبل التصديق على العقد، وقد اعتبر المجلس أن شرط عدم التوقع قد تخلف في هذه الحالة، إذ كان بإمكان المدعية سحب عطائها خلال المدة من تاريخ التقديم إلى حين التصديق على العقد. د./ محمد السناري – الضوابط القانونية – المرجع السابق – ص ٦٥.

المطلب الثالث

أن يكون الحادث خارجا عن إرادة الطرفين:

كان الفقه التقليدي يشترط أن يكون الظرف الطارئ أجنبياً أي لا علاقة لأي من الطرفين به [1] إلاّ أن هذا الشرط لا يعمل به الآن على إطلاقه، فقد جرى العمل على الحكم للمتعاقد بالتعويض بموجب هذه النظرية إذا كان الحدث قد سببته الجهة الإدارية بتصرفها كسلطة عامة، في صورة إجراءات، أو أعمال أخلت في اقتصاديات العقد إخلالاً خطيراً، وهددت بوقف سير المرفق العام سواءً أكانت الجهة الإدارية المتعاقدة هي التي سببت هذا الحدث، أم غيرها من الجهات الإدارية، مع أن نظرية عمل الأمير تطبق في حالة كون الإجراء صادر من الجهة الإدارية المتعاقدة، ومن تطبيقات ذلك في مصر حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ ١٩٦٨/٥/١١م (سبقت الإشارة إليه) [2] ورد فيه ((... بأن تطرأ خلال تنفيذ العقد الإداري حوادث وظروف طبيعية كانت أو اقتصادية، أو من عمل جهة إدارية غير الجهة المتعاقد)). غير أن هناك من يرى عدم قصر مصدر الإجراء الضار على غير الجهة الإدارية المتعاقدة [3]

---

[1] وبرأي د./ سعاد الشرقاوي ((أن هذا الاتجاه ليس صحيحاً وسليماً بشكل مطلق. كما أن القول بأن الظرف الطارئ لا يشترط أن يكون أجنبياً على الإدارة هو أمر يؤدي إلى تناقض، بل إلى شيء من العبث فكيف يمكن أن نقول للمتعاقد مع الإدارة لا يمكن إثارة نظرية الظروف الطارئة إذا كان الظرف من عملك، ولكن يمكنك إثارته إذا كان من عمل الإدارة وسبب الغموض الذي يحيط بهذا الشرط هو أن الإدارة المتعاقدة، أو الإدارة بصفة عامة عندما تتخذ إجراءات تؤدي إلى انقلاب اقتصاديات العقد، فإن المتعاقد يمكنه أن يثير نظرية عمل الأمير التي تعتبر أفضل له، ومجلس الدولة الفرنسي يعطي للمتقاضي فرصة إثارة نظرية عمل الأمير، ونظرية الظروف الطارئة الواحدة تلو الأخرى، فإذا لم تكتمل شروط نظرية عمل الأمير كان للمتعاقد أن يطالب بتطبيق نظرية الظروف الطارئة.)) انظر مؤلفها سابق الإشارة إليه – ص ٥١٨.

[2] انظر الصفحة رقم ٧٣.

[3] اعتبر د./ مطيع جبير أن استقرار قضاء مجلس الدولة المصري على اشتراط صدور الإجراء الضار من غير الجهة الإدارية المتعاقدة، هو نكوص في شروط تطبيق النظرية ويرى تطبيق النظرية إذا توفرت شروطها أيضاً في حالة كون الإجراء الضار صادر من الجهة الإدارية المتعاقدة عندما لا يتمكن المتعاقد من الحصول على التعويض على أساس نظرية عمل الأمير، انظر مؤلفه سابق الإشارة إليه – ص ٥٨١. ولا نوافقه على هذا الرأي؛ لكون شروط انطباق نظرية عمل الأمير أيسر فيي لا تتطلب الخسارة الجسيمة، كما أنها تعوض المتعاقد عن كامل أضراره فضلاً عن أن مصدر السبب الضار ليس أجنبياً، وإنما تم بإرادة الجهة الإدارية المتعاقدة.

أما إذا كان ناتجاً عن عمل المتعاقد أو تقصيره، ولم يبذل الجهد اللازم لتحاشيه، فإنه لا يستحق التعويض. على أن مقدار مساهمة المتعاقد في حصول الحدث، ينعكس على مقدار التعويض الذي يستحقه بموجب هذه النظرية إن كان له مقتضى.

المطلب الرابع

أن يقع الحادث بعد إبرام العقد وأثناء التنفيذ:

سبق وأن أوضحنا في المطلب الثاني الخاص بشرط عدم التوقع كيفية تحديد وقت التوقع في العقود المدنية إذ اعتمد فيها تاريخ توقيعها وهو التاريخ الذي يجب فيه عدم توقع الحدث الضار من المتعاقدين.

بينما اعتمد تاريخ تقديم العطاء غير القابل للرجوع فيه كتاريخ لشرط التوقع في العقود الإدارية للحدث الضار، بسبب التزام المتعاقد حينذاك بموازنة العقد الإداري بعنصرية الحقوق والالتزامات ولا يؤثر في ذلك المدة الزمنية الطويلة اللاحقة لحين توقيع العقد بسبب طول الإجراءات الإدارية اللازمة لاعتماده.

ويثار سؤال هنا عن مدى انطباق هذه النظرية حين حصول الظرف الطارئ بعد انتهاء المدة العقدية للتنفيذ، والجواب يتوقف على معرفة المتسبب في التأخير، فإن كان المتعاقد قد تسبب بمفرده ونتيجة لخطأ منه، فلا وجه لمطالبته بالتعويض حسب هذه النظرية، إذا أنه لو أوفى بالتزامه بوقته المحدد، لكان بوسعه تجنب الآثار الضارة لهذا الظرف المفاجئ.

ومن التطبيقات القضائية لما تقدم، حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر بجلسة ١٩٨٢/١١/٢٠م حيث ورد فيه قولها ((... إذ يتعيّن في المقام الأول أن تطرأ الحوادث الاستثنائية العامة خلال مدة تنفيذ العقد الإداري وأن تكون خلال تلك المدة وليس بعدها – مؤثرة في التزامات المتعاقد مع الإدارة بحيث تهدده بخسارة فادحة وتجعل تنفيذ التزاماته مرهقاً له، ولم يثبت من الأوراق أن الأسعار ارتفعت فيما بين إبرام العقد مع المدعى عليه ونهاية مدة التنفيذ المتفق عليها

فيه في يوم ١٩٧٣/١٢/٣١م على نحو يتهدد المدعى عليه بخسارة فادحة ويخل باقتصاديات العقد معه ويجعل تنفيذ التزاماته مرهقاً له وكان المعروف لدى الكافة أن الأسعار لم ترتفع من جراء حرب أكتوبر سنة ١٩٧٣م إلاّ بعد مضي أكثر من سنة كاملة على انتهائها – لذلك فإنه يتعيّن الحكم بأن ظروف حرب أكتوبر سنة ١٩٧٣ لا تشكل بالنسبة للعقد محل المنازعة حوادث استثنائية عامة تهدد المدعى عليه بخسائر فادحة وتوجب على الحكومة تعويضه عنها)) [١].

بينما إذا كان امتداد مدة تنفيذ العقد قد حصل بناءً على طلب المتعاقد وموافقة الجهة الإدارية المتعاقدة، وحصل الظرف الطارئ خلال المدة الإضافية للتنفيذ، فهنا يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

وفي ذلك تقول محكمة القضاء الإداري المصرية بجلسة ١٩٦٢/٦/٩م ((إذا كانت الوزارة وافقت على امتداد المدة المحددة في العقد للتنفيذ ووقع الحادث الطارئ خلال الامتداد الذي سبق وأن وافقت عليه الوزارة فحكمه حكم المدة المحددة في العقد)) [٢].

أما إذا تسببت الإدارة في تأخير تنفيذ العقد وحصل الظرف الطارئ، فإن الإدارة تلتزم بتعويض المتعاقد عن الأضرار المترتبة على ذلك، وفقاً لنظرية عمل الأمير عند تحقق شروطها [٣].

المطلب الخامس

أن يترتب على الظرف الطارئ إرهاق المدين:

يشترط الفقه والقضاء لتطبيق هذه النظرية أن يكون الحدث الطارئ قد جعل تنفيذ العقد بالغ الإرهاق للمدين ويهدده بخسارة فادحة، وهذا الشرط يتعلق بالعقد ذاته، بينما الشروط الأخرى تعتبر خارجة عن العقد، وعلى القاضي أن يتحقق أولاً من أن العقد قد أصبح مختلاً

---

[١] مجموعة المبادئ القانونية في العقود الإدارية في أربعين عاماً – المرجع السابق– ص ٤٦٠.

[٢] المرجع السابق– ص ٤٤٥.

[٣] د./ عبد العزيز عبد المنعم خليفة – المرجع السابق ص ٢٠٨ وص ٢٠٩.

بدرجة ترهق المتعاقد، وهو ما يسميه مجلس الدولة الفرنسي (العبء غير التعاقدي، أو الخارج عن حدود العقد).

فنظرية الظروف الطارئة لا تطبق إلاّ إذا أصبح استمرار المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد أشبه بالكارثة التي أحاطت به من كل جانب. فلا يكفي أن يفقد ما عساه أن يجنيه من أرباح كلها أو بعضها، وإنما علاوة على ذلك أحاطت به خسارة ماحقة تؤدي إلى الأضرار بموقفه المالي مما يؤثر على استمراره في تنفيذ العقد الإداري [1].

وفي فرنسا ومصر نرى القضاء يستلزم لتحقق الإرهاق أن يتجاوز ارتفاع الأسعار الحد الأقصى بأن يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب.

وقد عرفت المادة (١٤٧) في فقرتها الثانية من القانون المدني المصري شرط الإرهاق بقولها: (إن تنفيذ الالتزام التعاقدي وأن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة).

ويعتبر الإرهاق حاصلاً متى تجاوزت الخسارة الحدود المعقولة المألوفة ولو كان المتعاقد غنياً يمكنه تحمل الخسارة، وذلك وفقاً للمعيار الموضوعي الذي ينظر إلى العقد مجرداً من أطرافه، لتحديد درجة الإرهاق في التنفيذ بتحديد قيمة الالتزام وقت توقيع العقد ومقدار الفروقات في الأسعار عند التنفيذ، على خلاف المذهب الفردي الذي يحدد درجة الإرهاق على أساس النظر إلى حالة المتعاقد، ومدى تأثيره على إمكانياته المالية عموماً، وليس وفقاً لالتزاماته العقدية المتوقعة عند التعاقد.

ويبدو من الأحكام التي يرددها مجلس الدولة الفرنسي أنه لا يكفي أن تؤلف حالة خسارة الاستثمار وحالة تجاوز السعر المحدد، لإمكان إثارة نظرية عدم التوقع (الظروف الطارئة)

---

[1] د./ جابر جاد نصار – المرجع السابق – ص ٢٧٢.

وبالتالي الاحتجاج بها، بل يلزم أن يؤدي ذلك إلى حصول انقلاب في اقتصاديات العقد، بمعنى أن يحدث هذا الانقلاب حالة تأثير عميقة في العقد وغير طبيعية [1].

والجدير بالذكر هو أن تعبير (قلب اقتصاديات العقد) معيار نسبي لدى مجلس الدولة الفرنسي بحسب ظرف كل عقد على حده، ويراعى فيه عدة عوامل منها على سبيل المثال مقدار احتياطات الشركة المتعاقدة، ومدى سهولة حصولها على الأموال اللازمة لممارسة نشاطها، وكذلك ما تحصل عليه الشركة ذاتها من أرباح إذا كانت تسهم في شركة التزام أخرى مماثلة، وكذلك مراعاة ما تحصل عليه الشركة من أرباح بيع منتجات ثانوية مرتبطة بموضوع الاستغلال الأصلي، وعندها تراعى الأنشطة الفرعية برمتها ككل لا يتجزأ من النشاط الأصلي موضوع العقد [2].

وفي حكم لمحكمة القضاء الإداري المصرية بجلسة ١٩٩٣/٤/٤م حددت فيه مفهومها لحالة انقلاب اقتصاديات العقد بقولها: ((ومن حيث أن 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 إدارية غير الجهة المتعاقدة، أو من عمل إنسان آخر 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 فإذا ما توافرت هذه الشروط مجتمعة التزمت جهة الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في تحمل نصيب من خسائره ضماناً لتنفيذ العقد على الوجه الذي يكفل حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، فنظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجردة التي هي قوام القانون الإداري كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة فرائد الجهة الإدارية هو كفالة حسن سير المرافق العامة باستمرار وانتظام وحسن أداء الأعمال والخدمات

---

[1] د./ محمود عبد المجيد المغربي – المرجع السابق ص ١٦١.

[2] لمزيد من التفصيل انظر د./ وهيب عياد سلامة – المرجع السابق– ص ١٠٣ وما بعدها .

المطلوبة وسرعة إنجازها كما أن هدف المتعاقد مع الإدارة وهو المعاونة في سبيل المصلحة العامة وذلك بأن يؤدي التزامه بأمانة وكفاية لقاء ربح أو أجر عادل وهذا يقتضي من الطرفين التساند والمشاركة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات وما يصادفه من عقبات، ويكون من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسارة التي تحملها فيعوضه عنها تعويضاً جزئياً، وهذا التعويض لا يشمل الخسارة كلها ولا يغطي إلاّ جزءاً من الأضرار التي تصيب المتعاقد وليس له أن يطالب بالتعويض بدعوى أن أرباحه قد نقصت أو لفوات كسب ضاع كما أنه يجب أن تكون الخسارة واضحة متميزة.

ومن ثَّم يجب لتقدير انقلاب اقتصاديات العقد واعتبارها قائمة أن يدخل في الحساب جميع عناصر العقد التي تؤثر في اقتصادياته واعتبار العقد في ذلك وحدة ويفحص في مجموعة لا أن ينظر إلى أحد عناصره فقط، بل يكون ذلك بمراعاة جميع العناصر التي يتألف منها إذ قد يكون بعض هذه العناصر محسوباً ومعوضاً عن العناصر الأخرى التي أدت إلى الخسارة)) [1].

وتجدر الإشارة إلى أن النظرية تتطلب أن يكون التزام المتعاقد مرهقاً ويهدد بخسارة فادحة بسبب الظرف الطارئ، ولكنه ممكن التنفيذ، وهذا ما يميّز هذه النظرية عن نظرية القوة القاهرة التي تجعل التنفيذ مستحيلاً، وتؤدي إلى فسخ العقد لتعذر تنفيذ الالتزام، لذا فإن تكييف الحدث يتوقف على معرفة ما إذا كان أثره هو صعوبة تنفيذ الالتزام، أم استحالة تنفيذه، مع ملاحظة أن شروط تطبيق النظريتين واحدة، فكلتاهما تنشأ بسبب حادث مفاجئ طارئ غير متوقع، ولا يمكن دفعه، ولكنهما يختلفان في الآثار المترتبة عليهما، فالقوة القاهرة تجعل من المستحيل تنفيذ الالتزام وبالتالي ينقضي هذا الالتزام ولا يسأل المتعاقد عن عدم تنفيذه، أما الظرف الطارئ فهو يجعل الالتزام مرهقاً ولكن ممكن التنفيذ، وعلى الجهة الإدارية المشاركة في تحمل أعبائه، بمد يد العون للمتعاقد للاستمرار في تنفيذ عقده.

---

[1] مجموعة المبادئ القانونية في العقود الإدارية في أربعين عاماً - المرجع السابق - ص ٤٥٣.

وقد استبعد مجلس الدولة المصري تطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا لم يترتب على الظرف الطارئ سوى مجرد نقص في الأرباح، أو نقص في الإيرادات، أو مجرد خسائر عادية متوقعة، وقد اشترط للحكم بالتعويض بموجب هذه النظرية أن يلحق المتعاقد خسائر فادحة واستثنائية تجاوز الخسائر العادية، وقد قضى في هذا الصدد أنه لو انحسر كل أثر الظرف الطارئ في تفويت فرصة الربح على المتعاقد، فإنه لا يكون ثمة مجال لإعمال أحكام هذه النظرية حيث إن هذه الأمور من مخاطر التعاقد العادية التي يتعيّن على المتعاقد وحده تحمل وطأتها، ما دامت لا تؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد [1].

ومثال ذلك ما قررته محكمة القضاء الإداري في حكمها بتاريخ ١٩٨٧/٥/١٦م الذي قالت فيه: ((وفي تقدير مدى الاختلال الحادث في العقد بسبب الظرف الطارئ، يجب أن يدخل في الحساب جميع عناصره المؤثرة في اقتصادياته، ومنها كامل قيمته ومدته، فيفحص في مجموعة كوحدة دون الوقوف على أحد عناصره، فقد يكون في العناصر الأخرى ما يجزي، والتعويض وفقاً لهذه النظرية لا يستهدف تغطية الربح الضائع أياً كان مقداره، أو الخسارة العادية المألوفة في التعامل، وإنما أساسه تحمل الجهة الإدارية المتعاقدة لجزء من خسارة محققة وفادحة، تندرج في معنى الخسارة الجسيمة الاستثنائية الواضحة والمتميزة، وذلك بغرض إعادة التوازن المالي للعقد بين طرفيه في سبيل المصلحة العامة)) [2].

---

[1] د./ عبد العزيز عبد المنعم خليفة - المرجع السابق - ص ٢١١.

[2] مجموعة المبادئ القانونية في العقود الإدارية في أربعين عاماً - المرجع السابق- ص ٤٩٩.

وقد جرت محاولة فقهية لاستخلاص ضوابط لتقدير مدى توفر شرط الإرهاق من واقع أحكام القضاء الإداري في فرنسا ومصر يمكن الاسترشاد بها لتحديد هذه الحالة [1].

المطلب السادس

هو كون الحادث الطارئ عاماً

والمقصود بذلك هو أن يكون الحادث المفاجئ غير المتوقع، والذي لا يمكن دفعه، المسبب للخسارة الفادحة، من المخاطر غير العادية التي تخرج عن المألوف، حادثاً عاماً، كالمخاطر الاقتصادية، مثل ارتفاع الأسعار، أو الأجور ارتفاعاً فاحشاً، أو مخاطر طبيعية كحصول حرائق عامة، أو فيضانات، أو زلازل، أو انتشار أوبئة أو مخاطر سياسية مثل قيام حرب، أو اضرابات أو إغلاق حدود، أو صدور قوانين، أو لوائح ترفع الرسوم الجمركية، أو تخفض العملة، أو تنقص ساعات العمل.

وكافة الأحداث السابقة هي عامة تصيب عدداً كبيراً من الناس تؤدي إلى تطبيق النظرية في حين أن الحادث الذي يصيب المتعاقد لوحده كتعرضه لحادث سير أو لإجراءات الإفلاس، أو الموت لا يعتبر مبرراً للمطالبة بالتعويض بموجب هذه النظرية.

---

[1] تمثل ذلك فيما قام به د./ محمد عبد العال السناري من استخلاص عدة ضوابط لتقدير مدى توفر شرط الإرهاق الذي يتعرض له المتعاقد مع الإدارة بسبب الظرف الطارئ يمكن تلخيصها فيما يلي: ١- عدم النظر إلى شخص المتعاقد وظروفه الخاصة بل النظر بمعيار موضوعي للنشاط ذاته. ٢- الأخذ بالاعتبار المبالغ المالية والتيسيرات التي يحصل عليها المتعاقد بناءً على العقد في مواجهة الظرف الطارئ. ٣- ما حصل عليه المتعاقد من مبالغ بناءً على شروط مراجعة أسعار التعاقد. ٤- الأخذ في الاعتبار جميع العناصر المؤثرة في العقد مثل قيمته ومدته ٥- الأخذ في الاعتبار جميع النشاطات الأخرى التي يمارسها المتعاقد التي ضمن عقده وليس النشاطات الخارجة عنه. ٦- عند وجود عدة عقود للمتعاقد، فإن تقدير شرط الإرهاق يتم لكل عقد على انفراد. ٧- استبعاد أية أرباح سابقة حققها المتعاقد قبل حصول الظرف الطارئ، أو من المحتمل تحقيقها بعد انتهاء الظرف الطارئ عند تقدير شرط الإرهاق، ولمزيد من التفصيل انظر مؤلفه السابق الإشارة إليه ص ٩٤ وما بعدها.

واشتراط كون الحادث عاماً لإمكان تطبيق النظرية قد أورده المشرع المصري بنص صريحٍ في الفقرة الثانية من المادة (١٤٧) من القانون المدني (سبقت الإشارة إليها) وهي تنص على أنه: ((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 ...)).

وقد اعتبر مجلس الدولة المصري في بعض فتاويه اللوائح من المخاطر الإدارية العامة. ومن ذلك فتوى قسم الرأي في ١٩٥٤/٧/١٧م المتضمن اعتبار قرار مجلس الوزراء بتخفيض قيمة الجنيه المصري بالنسبة إلى الدولار حادثاً استثنائياً عاماً في حكم المادة ٢/١٤٧ من القانون المدني إذا لم يكن في وسع المتعاقد من توقعه حين إبرام العقد[١].

ومن التطبيقات القضائية في مصر أيضاً حكم محكمة النقض الصادر في ١٩٦٥/٢/١٨م باعتبار نظام الإصلاح الزراعي حادثاً استثنائياً عاماً في مدلول الفقرة الثانية من المادة (١٤٧) من القانون المدني [٢].

---

[١] سبقت الإشارة لهذه الفتوى في ص ٧٨.

[٢] د./ عادل عبد الرحمن خليل – المرجع السابق ص ٣٠٩.

المبحث الثالث

الأساس القانوني المبرر للتعويض بموجب نظرية الظروف الطارئة:

احتدم الخلاف بين الفقهاء حول الأساس القانوني الذي يبرر التعويض بموجب نظرية الظروف الطارئة، فمنهم من يرى بأن فكرة التوازن المالي للعقد الإداري هي أساس النظرية وغايتها، وقد انتقد هذا الرأي لكون النظرية تشترط قلب اقتصاديات العقد وليس مجرد الإخلال بالتوازن، والتعويض بناءً على هذه النظرية جزئي ومؤقت، ولا يشمل كل الأضرار التي تصيب المتعاقد، وبالتالي لا يمكن القول بأن هذا التعويض يعيد التوازن المالي للعقد كما كان عند التعاقد، فضلاً عن أنها لا تبرر حالة طلب المتعاقد فسخ العقد قضائياً، عندها لا يمكن القول بإعادة التوازن إلى عقد تم يعد موجوداً.

ويرى آخرون بأن فكرة النية المشتركة تصلح أساساً للتعويض الذي يحكم به القاضي عند تحقق شروط هذه النظرية، ذلك أن نية الطرفين المشتركة قد اتجهت عند التعاقد على أن يتحملا معاً ما يترتب من آثار ضارة نتيجة الظروف الطارئة، وقد انتقدت هذه الفكرة لكونها تقوم على أساس الافتراض، وهو أمر لا يمكن أن يكون أساساً للقواعد القانونية الإدارية، فضلاً عن أن المشرع يستبعد الاتفاق الصريح على استبعاد تطبيق النظرية باعتبارها من قواعد النظام العام فكيف يسوغ القول باستبعاد شرط متفق عليه صراحة واللجوء إلى نية مفترضة غير مؤكدة.

وقال بعض فقهاء القانون الإداري، إن العدالة لا تقبل إلزام المتعاقد حسن النية الذي قبل التعاون مع الإدارة في تسيير المرفق العام، بتنفيذ التزام أصبح مرهقاً إلى حد تجاوز توقع المتعاقدين دون مشاركة الجهة الإدارية بتحمل جزء من هذه الأضرار، كما أن العدالة تبرر تعويض المتعاقد حتى بعد انتهاء تنفيذ العقد.

ويعاب على هذا الرأي أنه تجاهل كون التعويض جزئي، ومؤقت، عن الأضرار عند تطبيق هذه النظرية، كما أن فكرة العدالة فضفاضة لا تصلح لتبرير قواعد العقد الإداري.

وقد رددت هذا المبدأ محكمة القضاء الإداري في مصر في حكمها بتاريخ ١٩٧٢/٦/١٧م بقولها: (إن نظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجردة التي هي قوام القانون الإداري، كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة، فرائد الجهة الإدارية هو كفالة حسن سير المرافق العامة باستمرار وانتظام، وحسن أداء الأعمال والخدمات المطلوبة، وسرعة إنجازها، كما أن هدف المتعاقد مع الإدارة هو المعاونة في سبيل المصلحة العامة، وذلك بأن يؤدي التزامه بأمانة وكفاية، لقاء ربح وأجر عادل وهذا يقتضي من الطرفين التساند والمشاركة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات وما يصادفه من عقبات. فمفاد نظرية الظروف الطارئة أنه إذا طرأت أثناء تنفيذ العقد الإداري ظروف، أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد فقلبت اقتصادياته، وإذا كان من شأن هذه الظروف، أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً، بل أثقل عبئاً وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول، وكانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة المألوفة العادية التي يتحملها أي متعاقد إنما خسارة فادحة استثنائية وغير عادية، فإن من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسارة التي تحملها فيعوضه عنها تعويضاً جزئياً) [١].

ويرى أستاذنا د./ ثروت بدوى أن تغير الظروف هو أساس التعويض في حالة تحقق شروط نظرية الظروف الطارئة. كما يمكن أن تكون أساساً للتعويض المقرر للمتعاقد في حالة استخدام الإدارة سلطتها في تعديل العقد [٢].

---

[١] حكم المحكمة الإدارية العليا – طعن رقم ٤٦ لسنة ١٤ ق منشور في الموسوعة الإدارية ص ٨٩٤.

[٢] أستاذنا د./ ثروت بدوي – المرجع السابق – ص ١٤٢.

ومن الفقهاء من يرى أن حق التعويض بموجب هذه النظرية يقوم على أساس تحقيق المصلحة العامة عن طريق ضمان سير المرافق العامة بانتظام واضطراد[1].

ورغم أن هذا المبدأ قد تكرر ذكره في أحكام مجلس الدولة الفرنسي وكذلك مجلس الدولة المصري، إلاّ أن بعض الفقهاء لا يرى أن هذا المبدأ كافياً بمفرده لتأسيس هذه النظرية، لأن التعويض بموجبها يتم أحياناً حتى بعد انتهاء تنفيذ العقد، وبالتالي سوف لا يكون له تأثير على سير خدمات المرافق العامة، ويرد على ذلك بأن الاستمرارية قد تحققت في فترة سابقة وقت التنفيذ.

إلاّ أن مجلس الدولة الفرنسي أخذ بمبدأ سير المرافق العامة كأساس لحق التعويض في العديد من أحكامه، وبهذا الرأي أيضاً أخذت محكمة القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا في مصر.

ومن ذلك ما ورد في حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (٨٧٧) لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٨٤/١/٢١م [2] بأن ((مقتضى تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة هو إلزام جهة الإدارة بمشاركة المتعاقد في هذه الخسائر ضماناً لتنفيذ العقد الإداري تنفيذاً سليماً)).

فيما يرى آخرون أن أساس حق التعويض في نظرية الظروف الطارئة هو أساس مزدوج فهو وليد اعتبارات العدالة والطبيعة الذاتية للعقد الإداري، وصلته بالمرفق العام،

---

[1] د./ محمود عبد المجيد المغربي – المرجع السابق– ص ١٣٠. وراجع أيضاً د./ عبد الغني بسيوني عبد الله – النظرية العامة في القانون الإداري – الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية طبعة ٢٠٠٣م – ص ٥٧٨. وبرأي د./ حسين عثمان محمد عثمان ((أن أساس هذه النظرية هو اعتبارات العدالة المجردة وهدفها الأعلى هو تحقيق المصلحة العامة بناءً على فهم صحيح لطبيعة العلاقة بين الإدارة، ومن يتعاقد معها من الهيئات والأفراد في شأن من شئون المرافق العامة)) انظر مؤلفه في أصول القانون الإداري دار المطبوعات الجامعية – طبعة ٢٠٠٤م – ص ٦٠٣.

[2] الموسوعة الإدارية الحديثة – المرجع السابق – ص ٩٠٨.

فهدف الإدارة هو استمرار المرافق العامة في تأدية خدماته للجمهور دون توقف، فإذا طرأت ظروف غير متوقعة أدت بالمتعاقد إلى خسائر جسيمة، وهددته بالتوقف، فإن على الإدارة أن تهب لنجدته وذلك بمشاركته بتحمل جزء من هذه الالتزامات الجديدة، وبذلك تضمن استمرار سير المرفق العام، وهذا الأساس يصلح حينما يطلب المتعاقد التعويض بعد نهاية العقد؛ لأنه في هذه الحالة سوف يطمئن إلى أن الإدارة سوف تقف معه عند مواجهته مثل هذه الظروف فيقدم على التعاقد مع الإدارة، ويتحقق الهدف من الفكرة وهو استمرار سير المرافق العامة بانتظام واضطراد [1].

وقد أخذ القضاء الإداري في فرنسا، ومصر، بالمعيار المزدوج كأساس للتعويض بموجب نظرية الظروف الطارئة، يتمثل في مبدأ سير المرفق العام بانتظام واضطراد، إلى جانب قواعد العدالة، والتي تعتبر كأساس تكميلي يصلح في حالة التعويض بعد انتهاء العقد، وهو ما أدى إلى استمرار المتعاقد في تنفيذ العقد في الفترة السابقة رغم وجود الظرف الطارئ ويطلق على ذلك عبارة (الاستمرارية المرتدة إلى الماضي).

وكما تقدم فإن الرأي الراجح يرجع أساس التعويض إلى الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية، وصلتها بالمرافق العامة، وضرورة استمرار خدماتها. وقد تواترت أحكام القضاء، وكذلك آراء الفقهاء، على أن المصلحة العامة التي ترمي إلى استمرار المرافق العامة في تقديم خدماتها للجمهور بيسر وانتظام، وكذلك قواعد العدالة هما الأساس القانوني الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة.

---

[1] وقد رجح هذا الرأي الأستاذ د./ سليمان محمد الطماوي في مؤلفه الأسس العامة للعقود الإدارية سابق الإشارة إليه ص ٦٩٣، كما يؤيد هذا الرأي د./ محمد عبد العال السناري – مبادئ وأحكام العقود الإدارية – المرجع السابق ص ٣١٢، وكذلك د./ محمد أنس قاسم جعفر المرجع السابق – ص ١٧٠.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بمصر بتاريخ ١٧ يونيو ١٩٧٢م بأن نظرية الظروف الطارئة تقوم على (فكرة العدالة المجردة التي هي قوام القانون الإداري كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة، فرائد الجهة الإدارية هو كفالة حسن سير المرافق العامة باستمرار وانتظام وحسن أداء الأعمال والخدمات ...) [١].

وقد سبق لمحكمة القضاء الإداري أن أكدت على هذه المبادئ باعتبارها أساس التعويض في النظرية بقولها ((.... ليس من العدل والإنصاف وحسن النية في المعاملات، أن يترك المتعاقد فريسة لظروف لا دخل له فيها وبدون أي تعويض استناداً إلى نصوص العقد الحرفية، أو لمجرد الحرص على تحقيق الوفر المالي والرغبة الملحة في الحصول على المهمات والأدوات وإنجاز الأعمال المطلوبة بأرخص الأسعار؛ لأن معنى ذلك استباحة الإضرار به وهو أمر لا يتفق والمصلحة العامة إلى جانب مجافاته للعدالة)) [٢].

ومجال تطبيق النظرية في فرنسا شمل جميع العقود الإدارية دون العقود المدنية سواء أكانت هذه العقود مبرمة بين الأفراد بعضهم والبعض الآخر، أو بينهم وبين الإدارة.

وفي مصر صدر قانون التزامات المرافق العامة والقانون المدني الجديد، (وقد سبقت الإشارة لهما) طبقت بموجبها هذه النظرية على عقود الإدارة، وعقود الأفراد على السواء.

إلاّ أنه ثار خلاف بين الفقهاء بشأن مدى تطبيق النظرية على بعض العقود الإدارية غير المتعلقة بنشاط تجاري، وصناعي، باعتبار أن النظرية تفترض تعرض المتعاقد إلى خسائر مادية غير متصور حصولها في العقود الأخرى، مثل عقود الاستخدام، وواقع الأمر يؤيد

---

[١] حكم المحكمة الإدارية بتاريخ ١٩٧٢/٦/٢٧م منشور في الموسوعة الإدارية الحديثة – المرجع السابق- ص ٨٩٤.

[٢] حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ ٣٠ يونيو ١٩٥٧م وقد أوردت عدة فقرات منه في ص ٢٦ وما بعدها.

هذا الرأي، إذ أن أحكام مجلس الدولة في فرنسا ومصر تقصر تطبيق هذه النظرية على العقود المتعلقة بالنشاط التجاري والصناعي[1].

كما يرى الفقيه الفرنسي (والين) أن مجال تطبيق النظرية هو في العقود التي يتطلب تنفيذها مدة طويلة من الزمن، بينما لا يمكن تطبيق النظرية على العقود الفورية مثل عقد البيع، لأن من طبيعتها أداء الالتزامات المتولدة عنها فور إبرامها.

ويرى غالبية الفقه الفرنسي والمصري، أن نظرية الظروف الطارئة يمكن تطبيقها على العقود الفورية شأنها شأن العقود التي يتراخى تنفيذها متى توافرت شروط تطبيق النظرية، وهذا ما سارت عليه أحكام مجلس الدولة في فرنسا ومصر. وإذا كان من المسلم به أن نظرية الظروف الطارئة تطبق على جميع العقود الإدارية، فإن تطبيقها في العقود الإدارية الكبرى (الالتزام والأشغال العامة والتوريد) أكثر لكونها في الغالب تتطلب وقتاً طويلاً في التنفيذ [2].

على أن العقد غير المتراخي التنفيذ إذا طرأت حوادث استثنائية بعد إبرامه مباشرة (وإن كان ذلك نادر الحدوث) فليس يوجد ما يمنع من تطبيق النظرية [3]

---

[1] وللمزيد من التفصيل بشأن قصر تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود الإدارية المتعلقة بنشاط تجاري وصناعي راجع مؤلف د./ محمد السناري (الضوابط القانونية) – المرجع السابق – ص ٣٧.

[2] د./ جابر جاد نصار – المرجع السابق – ص ٢٦٦.

[3] د./ عبد الرزاق السنهوري – المرجع السابق – ص ٧١٧ و ص ٧١٨.

المبحث الرابع

آثار نظرية الظروف الطارئة في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري:

من المعلوم بأن نظرية الظروف الطارئة تستهدف مواجهة الأزمات المؤقتة التي تواجه المتعاقد مع الإدارة بغرض تمكينه من مواصلة تنفيذ التزاماته العقدية من خلال التعاون بين أطراف العقد على تحمل أعباء الحادث الطارئ كوسيلة عادلة لضمان سير المرافق العامة، وسوف أتناول آثار هذه النظرية في المطالب الأربعة التالية:-

المطلب الأول

التزام المتعاقد بالاستمرار بالتنفيذ:

الظروف الطارئة تؤدي إلى زيادة التزامات المتعاقد إلى درجة الإرهاق وتعرضه لخسارة جسيمة، وتقلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب، في الوقت الذي يلتزم فيه المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد، رغم وجود هذه الظروف الاستثنائية تحقيقاً للصالح العام في استمرار سير المرافق العامة، لذلك لم يكن من العدل ترك المتعاقد بمفرده في مواجهة هذه الصعوبات المادية، وكان هدف هذه النظرية هو إعادة التوازن المالي للعقد، بأن تمد الجهة الإدارية يد العون والمساعدة للمتعاقد معها، للتغلب على هذه الظروف الاستثنائية لحين انتهائها.

وبناءً على ذلك فإن أثر نظرية الظروف الطارئة هو أثر مؤقت فالهدف من النظرية هو مواجهة ظروف طارئة بمقتضاها تتمكن الإدارة والمتعاقد معها من تخطي عقبات في مواجهة تنفيذ العقد الذي يخدم المرفق العام، فإذا زال الظرف الطارئ وزال ما أحدثه من انعدام توازن العقد، حينئذ يزول التزام الإدارة بمساندة المتعاقد وتعويضه برد العقد إلى توازنه المعقول [1].

---

[1] د./ عزيزة الشريف – المرجع السابق – ص ٢٤٣.

وبناءً على ما تقدم فإن المتعاقد ملزم حسب هذه النظرية بالاستمرار في تنفيذ التزاماته العقدية مقابل التزام الإدارة بمعاونته بتحمل جزء من الأعباء التي رتبها الظرف الطارئ لتحقيق المصلحة العامة في تأمين سير المرافق العامة الذي هو غاية ما تسعى إليه الإدارة من خلال إبرام العقود الإدارية.

ومما يجدر ذكره أن الظرف الطارئ المسبب للضرر الجسيم للمتعاقد مع أنه يكون أحياناً نتيجة إجراء صادر من غير الجهة الإدارية المتعاقدة فإن الإدارة المتعاقدة هي التي تتكفل بهذا التعويض وليست الجهة الإدارية التي أصدرت الإجراء المسبب للظرف الطارئ ولا تستطيع الجهة الإدارية المتعاقدة الرجوع عليها إلاّ إذا كان ثمة خطأ من جانب تلك الإدارة.

وقد استقر الرأي في القضاء الفرنسي والمصري على أن الظرف الطارئ لا يعد مبرراً لامتناع المتعاقد عن تنفيذ العقد، بل أن توقفه قد يؤدي بالجهة الإدارية إلى إيقاع غرامات التأخير عليه طالما كان التنفيذ ممكناً ولم يصل إلى درجة القوة القاهرة التي تجعل التنفيذ مستحيلاً.

وفي ذلك تقول الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري بجلسة ١٩٨٠/٢/٦م ((... فإذا توقف المتعاقد عن تنفيذ العقد المبرم بينه وبين جهة الإدارة بعد أن نفذ جزء منه فإن دواعي تطبيق الظروف الطارئة تتخلف بالنسبة له، إذ كان يتعين عليه أن يستمر في التنفيذ حتى يحتفظ بحقه في المطالبة بتطبيق تلك النظرية إن توافرت شروط إعمالها)) [1].

إلاّ أن مجلس الدولة الفرنسي، وكذلك مجلس الدولة المصري، قد اتبعا سياسة مرنة في هذا الشأن، ففي بعض الحالات يحكم برفض طلب التعويض استناداً لهذه النظرية، بسبب

---

[1] ملف رقم ٧٠٢/٢/٣٢ والفتوى منشورة في مؤلف د./ خميس السيد إسماعيل – المرجع السابق– ص ٢٤١.

توقف المتعاقد عن تنفيذ التزاماته عندما يكون التنفيذ ممكناً. وفي حالات أخرى حكم بالتعويض استناداً إلى هذه النظرية، رغم توقف المتعاقد عن التنفيذ، مقدراً الظروف الصعبة التي تعرض لها المتعاقد، إلاّ أنه احتسب على المتعاقد غرامات التأخير التي أوقعتها الإدارة عن فترة التوقف.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بتطبيق نظرية الظروف الطارئة والحكم للمتعاقد بالتعويض بناءً عليها رغم توقف المتعاقد عن تنفيذ التزاماته التعاقدية، وذلك في حكمها بتاريخ ٩ يونيو ١٩٦٢م حيث ورد فيه (ذلك أن الشركة المتعاقدة قد توقفت عن توريد الزئبق لارتفاع أسعاره.. ولكن الإدارة تولت الشراء على حسابها بالأسعار المرتفعة)، فقضت المحكمة بأن هذا الشراء على حساب الشركة، يفترض استمرار العقد منتجاً لآثاره، فيقع على عاتق الشركة غرامة التأخير، والمصاريف الإدارية التي تكبدتها الوزارة في عملية الشراء وذلك مع تطبيق نظرية الظروف الطارئة [1].

وكما تقدم ذكره آنفاً فإن هذه النظرية تفترض أن تعاون الإدارة مع المتعاقد في مواجهة الصعوبات هو تعاون مؤقت، يزول حال انتهاء تلك الظروف ويعود التوازن المالي للعقد كما كان عند التعاقد، فيستمر كل طرف بتنفيذ ما التزم به بموجب العقد، أما إذا تبيّن بأنه لا أمل في عودة العقد إلى توازنه وأن هذا الظرف سوف يستمر قالباً اقتصاديات العقد بشكل نهائي، وأنّ المتعاقد لن يتمكن من القيام بالتزاماته إلاّ بمعاونة الإدارة بصفة دائمة، فإنه في هذه الحالة يمكن للقاضي فسخ العقد بناءً على طلب أحد الطرفين، وهو ما حكم به مجلس الدولة الفرنسي لأول مرة بتاريخ ١٩٣٢/١٢/٩م في قضية ترام مدينة شربورج، وتتلخص وقائع القضية في أن الشركة الملتزمة بنقل الركاب بالترام في مدينة شربورج، واجهت عجزاً

---

[1] د./ سليمان محمد الطماوي – المرجع السابق – ص ٦٨٦ وص ٦٨٧.

مالياً خلال ثمان سنوات ابتداءً من سنة ١٩١٦ بسبب انتشار وسائل النقل الحديثة ورغم أن المدينة اتفقت مع الشركة في ثمان اتفاقيات على زيادة التعرفة، وفي السنة الأخيرة (سنة ١٩٢٢) فوضت المدينة الشركة تفويضاً كاملاً في تحديد السعر، إلاّ أنها – أي الشركة – رأت رغم كل ذلك أن تجاوز الحد المعقول لتعرفة الركوب سيؤدي إلى فقدانها لزبائنها وخسارة المشروع، وعندما طلبت تعويضاً من مجلس الإقليم رفض ذلك الطلب، وعند نظر مجلس الدولة للموضوع استئنافاً ذكر مفوض الحكومة (جوس) أن وجود عجز خطير يقلب اقتصاديات العقد، يحول حالة الطوارئ إلى قوة قاهرة،[1] عليه قضى مجلس الدولة أن ثمة حالة من حالات القوة القاهرة تجيز فسخ العقد[2].

المطلب الثاني

حق المتعاقد في الحصول على معاونة الإدارة لمواجهة الظرف الطارئ:

يستطيع القاضي المدني أن يحكم بتعديل العقد عند مواجهة المتعاقد في العقد المدني بظروف استثنائية طارئة إذا أصبح الالتزام التعاقدي مرهقاً ويهدده بخسارة فادحة فيتدخل القاضي بتعديل شروط العقد بما يحقق إعادة التوازن للعقد المدني، هذه السلطة يستمدها القاضي المدني من نصوص تشريعية في العديد من الدول ومنها مصر وليبيا والعراق ولبنان وغيرها من الدول، إلاّ أن هذه الصلاحيات غير متاحة للقاضي الإداري وفقاً لهذه النظرية، فلا يجوز للقاضي تعديل العقود الإدارية في مثل هذه الحالات، وإنما له فقط أن يحكم بتعويض المتعاقد مع الإدارة، بجزء من خسارته وإضراره، عند تحققه من توفر شروط نظرية الظروف الطارئة على العقد الإداري.

---

[1] أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي – المرجع السابق– ص ٣٥٦ وص ٣٥٧.

[2] وضمن تعليقه على هذا الحكم، قال المفوض (Pellux) ((أن مجلس الدولة قد طبق نظرية القوة القاهرة الإدارية، والتي تختلف اختلافاً بيّناً عن القوة القاهرة التقليدية في القانون المدني)) د. محمد السناري – الضوابط القانونية – المرجع السابق – ص ١٠٩.

لغرض إيضاح مبررات مجلس الدولة الفرنسي في عدم تعديل العقد والاقتصار على التعويض عند تحقق نظرية الظروف الطارئة هو كون أن الأصل العام في مهمة القاضي هو تطبيق أحكام العقد دون أن يتجاوزها إلى تعديل شروطه وهذا الأمر يصدق على العقود المدنية والإدارية العامة للقيام بعمل معيّن، فإذا تدخل القاضي الإداري بتعديل العقد فإنه يكون قد أصدر أمراً للإدارة وهو غير جائز قانوناً، بالإضافة على أن الإدارة تُضمّن عقودها الإدارية شروطاً ترمي من خلالها إلى تحقيق المصلحة العامة فإذا ما تدخل القاضي بتعديلها فإنه يُعرِّض هذه المصلحة العامة إلى الخطر[1] .

ولمّا كانت الغاية الأساسية التي يستهدفها مجلس الدولة في فرنسا، عند ابتداع هذه النظرية هو الحرص على ضمان سير المرافق العامة في مثل هذه الحالات، فقد توصل المجلس إلى سياسة قضائية سليمة لتحقيق هذا الهدف، متوخياً المصلحة العامة مع تطبيق القواعد القانونية الصحيحة، بدعوة الطرفين المتعاقدين للتفاوض فيما بينهم لتعديل شروط العقد بما يناسب الظروف الجديدة، فإذا تعذر الوصول إلى اتفاق، عندها ليس أمام القاضي إلاّ سبيل الحكم بالتعويض باعتبار أنه ليس للقاضي الإداري أن يعدل شروط العقد التي قبلها الأطراف المتعاقدة بإرادتهم الحرة [2].

أما في مصر فقد التبس الأمر في البداية لدى القضاء مقرراً أن دور القاضي الإداري أوسع من ذلك، حيث أنه رغم عدم وجود نص قانوني صريح يعطيه حق تعديل العقد في حالة الظرف الطارئ، إلاّ أن أحكام محكمة القضاء الإداري المصرية قد قضت في العديد منها بحق القاضي الإداري في تعديل العقد بإنقاص الالتزام المرهق للمتعاقد إلى الحد المعقول بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين.

---

[1] د./ وهيب عياد سلامة – المرجع السابق- ص ١١٠ وص ١١١.

[2] د./ محمود عبد المجيد المغربي – المرجع السابق- ص ١٧٣ وما بعدها

إلا أن الفقه والقضاء قد استقرا فيما بعد على أن صلاحية القاضي الإداري في مصر تنحصر في تعويض المتعاقد ولا تصل إلى درجة تعديل العقد، وأن العبارات التي وردت في بعض الأحكام الإدارية، لا تعدو أن تكون هفوة في صياغة الحكم، بعد أن حسمت المحكمة الإدارية العليا هذا الأمر بجلسة ١٩٦٨/٥/١١م وقضت بإلغاء حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٤ يوليو ١٩٦٠م (السنة ١٤ ص ٩٤) [١] الذي تضمن تعديل شروط العقد وحكمت بالتعويض الجزئي إعمالاً لأحكام نظرية الظروف الطارئة، وقد ورد في حكمها (.. ويؤدي تطبيق هذه النظرية بعد توافر شروطها إلزام جهة الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في احتمال نصيب من الخسارة التي أحاقت به طوال فترة قيام الظرف الطارئ وذلك ضماناً لتنفيذ العقد الإداري واستدامة سير المرفق العام الذي يخدمه ومرضاته للصالح العام، ويقتصر دور القاضي الإداري على الحكم بالتعويض المناسب دون أن يكون له تعديل الالتزامات العقدية) [٢].

المطلب الثالث

حق المتعاقد في التعويض بناءً على نظرية الظروف الطارئة:

وكما أسلفنا فإن للقاضي المدني في العقود المدنية الحق في تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة، بالتخفيف من التزامات المتعاقد، أو زيادة مزاياه العقدية؛ لمواجهة هذه الصعوبات، لما له من صلاحيات نصت عليها التشريعات المدنية، إلاّ أن الأمر يختلف فيما يخص القاضي الإداري عند معالجة حالات الظروف الطارئة، فهو لا يملك حق تعديل العقد،

---

[١] تقول المحكمة في الحكم المذكور ((لما كانت الظروف، أو الحوادث الطارئة التي أجاز القانون بالاستناد إليها للقاضي تعديل الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين تصلح سبباً للادعاء بتعديل العقد أثناء تنفيذه...)) أشار إلى هذا الحكم د./ سليمان الطماوي – المرجع السابق – ص ٦٩١ وفيه مزيد من التفاصيل عن موقف القضاء المصري في هذا الخصوص. كذلك انظر د./ محمد السناري – مبادئ وأحكام العقود الإدارية – المرجع السابق – ص ٣٨٢.

[٢] طعني رقم ١٥٦٢ لسنة ١٠ق، ٦٧ لسنة ١١ ق – جلسة ١٩٦٨/٥/١١ الموسوعة الإدارية الحديثة – المرجع السابق – ص ٨٩٣.

تعرفها سلطات استثنائية، تخرج عن المألوف وتتعارض مع المصلحة العامة التي تهدف لها الإدارة المتعاقدة والقواعد الأساسية في القوة الملزمة للعقد، ومبدأ احترام إرادة الطرفين، ما لم يكن هناك نص قانوني صريح يخوله ذلك.

ولا مناص للقاضي الإداري في هذه الحالة سوى الحكم بالتعويض للمتعاقد في حالة الظروف الطارئة، وعلى المتعاقد الاستمرار في تنفيذ التزاماته رغم وجود هذا الظرف، فإن توقف عن التنفيذ، فإنه سوف يكون عرضة لتوقيع الجزاءات عليه من الجهة الإدارية، إذا كان التنفيذ ممكناً ولم يصل إلى درجة استحالة التنفيذ التي تجعله في مواجهة حالة القوة القاهرة [1].

ويثار هنا سؤال عما إذا كان المتعاقد ملزماً بتقديم طلب التعويض عن أضرار الظرف الطارئ أثناء التنفيذ، أو أنه بإمكانه تقديم هذا الطلب حتى بعد انتهاء تنفيذ عقده ؟. وقد أجابت محكمة القضاء الإداري المصرية على هذا التساؤل في حكمها الصادر في القضية رقم ٨٢ لسنة أق بتاريخ ١٩٦٠/٤/١٤م (دائرة دمشق) بأنه ((يستوي أن يطالب المتضرر بالتعويض خلال تنفيذ العقد، أو بعد وفائه بالتزامه التعاقدي)) ويقول د./ محمد فؤاد عبد الباسط: بأن المحكمة تناقض نفسها إذ تقرر في حكم آخر بأن الحوادث الطارئة التي أجاز القانون الاستناد إليها لتعديل الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين تصلح سبباً للادعاء بتعديل العقد أثناء تنفيذه، وليست تصلح سبباً للادعاء بعد تنفيذ العقد بالتعويض عن خسائر نتجت بسبب ارتفاع الأسعار. ويضيف الدكتور عبد الباسط بأن عبارة الحكم المتعلقة بسلطة القاضي الإداري في تعديل العقد تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة غير سليمة وتجاوز

---

[1] لمزيد من التفصيل يراجع مؤلف د./ علي محمد على عبد المولى – المرجع السابق- ص ٤٠٨ وما بعدها.

اختصاصاته ذلك؛ لأنه في العقود الإدارية يقتصر دور القاضي على الحكم بالتعويض المناسب دون أن يكون له تعديل الالتزامات العقدية [1].

ولكن عند احتساب الخسائر الناجمة عن الظرف الطارئ هل يوضع في الاعتبار الفرق بين الأسعار الفعلية وقت التعاقد والأسعار الطارئة؟، أم الفرق بين أقصى سعر يمكن توقعه وبين الأسعار الطارئة؟ والإجابة على ذلك هو أن مجلس الدولة الفرنسي قرر الأخذ بالأسعار الفعلية وقت التعاقد متوخياً في ذلك اعتبارات العدالة ومصلحة المرفق العام في التيسير على المتعاقد للتغلب على الظروف الطارئة لضمان سير المرفق العام [2].

ولتحديد مقدار ارتفاع الأسعار يجب أن تتم المقارنة على أساس الأسعار التي كانت سائدة وقت التعاقد، وليس على أساس الأسعار التي تم التعاقد بموجبها [3].

ويجدر التنويه إلى أن استمرار حالة الظرف الطارئ، تجيز لأي من الطرفين طلب فسخ العقد.

وكما قدمنا فقد أخذ مجلس الدولة الفرنسي في حكمه في قضية شربورج، بفسخ العقد بعد أن تبيّن له بأن العقد قد اختل اختلالاً جسيماً، وأنه لا أمل في عودة التوازن الاقتصادي له [4].

وقد أوضحت المحكمة الإدارية العليا في مصر مفهومها للخسارة الناشئة عن الظروف الطارئة المؤدية إلى قلب اقتصاديات العقد بقولها ((... كما أنه يجب أن تكون تلك

---

[1] د./ محمد فؤاد عبد الباسط – أعمال السلطة الإدارية – مكتبة كلية الحقوق جامعة الإسكندرية طبعة ١٩٨٩م ص ٤٧٧ وما بعدها

[2] د./ محمد سعيد حسين أمين – المرجع السابق – ص ٤٣٧.

[3] د./ عبد الله العمران – دروس في القانون الإداري (العقود والقرارات الإدارية) ص ٨٩.

[4] سبقت الإشارة إليه في الصفحة ٩٧.

الخسارة واضحة متميزة، ومن ثَّم يجب لتقدير انقلاب اقتصاديات العقد واعتبارها قائمة أن يدخل في الحساب جميع عناصر العقد التي تؤثر في اقتصادياته واعتبار العقد في ذلك وحده ويفحص في مجموعه لا أن ينظر إلى أحد عناصره فقط، بل يكون ذلك بمراعاة جميع العناصر التي يتألف منها، إذ قد تكون بعض العناصر مجزية ومعوضة عن العناصر الأخرى التي أدت إلى الخسارة، ومن ثَّم فإن انقلاب اقتصاديات العقد مسألة لا تظهر، ولا يمكن التحقق من وجودها إلاّ بعد إنجاز جميع الأعمال المتعلقة بالعقد)) [1].

وليس التعويض الذي تقدمه الإدارة للمتعاقد معها في حالة الظروف الطارئة تعويضاً عن ضرر هي مسئولة عنه، لكن مساهمة منها في إقالة عثرة المتعاقد معها لتجاوز صعوبات لا يد لأحد الطرفين فيها، وبالتالي لا يكون التعويض بقدر الضرر، وإنما يكون أقل منه دون تحديد نسبة معينة فيه، فالخسارة التي أصابت المتعاقد ليست سوى عنصر من عناصر التقدير يشترك مع عناصر أخرى في تحديد مقدار التعويض[2] .

ولغرض تحديد التعويض المناسب للمتعاقد في هذه الحالات، فإن على القاضي الإداري التحقق أولاً: من توفر شروط نظرية الظروف الطارئة على الحالة المعروضة، ثم يحدد بداية ونهاية الظرف الطارئ، ولغرض تحديد بداية الظرف الطارئ عليه الاستعانة بالخبراء إذا لزم الأمر ذلك، لتحديد الزيادة غير المتوقعة الخارجة عن الحد المعقول في الأسعار، لتحديد العبء غير التعاقدي نتيجة هذا الظرف، ثم يتم تحديد الخسائر التي لحقت بالمتعاقد، منذ بدء الظرف الطارئ وحتى تاريخ زواله، ولا يدخل في حساب الخسارة التي

---

(1) حكمها الصادر في ١٩٧٢/٦/١٧م منشور في مؤلف د./ محمد سعيد حسين أمين – المرجع السابق– ص ٤٣٨.

(2) يرى أستاذنا د./ ثروت بدوي بأن العنصر الرئيسي في تحديد مقدار التعويض هو ضمان يُمكّن المتعاقد من الاستمرار في تنفيذ التزاماته؛ حتى لا يتوقف سير المرفق العام – يراجع مؤلفه مبادئ القانون الإداري طبعة ١٩٦٨م ص ١٣٤ وما بعدها.

تحملها، الأرباح التي حققها المتعاقد قبل الظرف الطارئ أو المحتمل تحققها بعد الظرف الطارئ، وهو المبدأ الذي أكده مجلس الدولة الفرنسي في حكمه في قضية شركة الغاز والكهرباء لمدينة نيس [1] .

وعرفت المحكمة الإدارية العليا في مصر التعويض الذي يحصل عليه المتعاقد عند تحقق توفر الظرف الطارئ بالقول ((إن التعويض الذي تلتزم به جهة الإدارة لا يستهدف تغطية الربح الضائع أياً كان مقداره، أو الخسارة العادية المألوفة في التعامل وإنما أساسه تحمل الجهة الإدارية المتعاقدة لجزء من خسارة محققه وفادحة [2].

وليس من مقتضى هذه النظرية تحقيق ربح للمتعاقد مع الإدارة، وإنما هو تحمل جزء من خسارته، وهو المبدأ الذي سبق وأن قررته المحكمة الإدارية العليا بمصرفي حكمها بجلسة ١٩٧٢/٦/١٧م (المشار له في الصفحة السابقة)، كما حددت أيضاً نطاق التعويض في حكم لها إذ ورد فيه قولها: (... ولمّا كان التعويض الذي يدفع طبقاً لهذه النظرية لا يشمل الخسارة كلها، ولا يغطي إلاّ جزءاً من الأضرار التي تصيب المتعاقد فإن المدين ليس له أن يطالب بالتعويض بدعوى أن أرباحه قد نقصت، أو لفوات كسب ضاع عليه، كما يجب أن تكون الخسارة واضحة) [3].

وعلى العموم تكون الإدارة ملزمة بموجب هذه النظرية بمساعدة المتعاقد معها بتحمل الجزء الأكبر من الأعباء غير التعاقدية التي فرضتها هذه الظروف. ومع أنه لا توجد قواعد محددة في هذا الشأن، إلاّ أن الغالب أن تتحمل الإدارة نسبة ٩٠% من جملة الخسائر التي تترتب على

---

[1] د./ سليمان الطماوي – المرجع السابق – ص٦٨٨.

[2] حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر ١٩٨٧/٥/١٦م ولمزيد من التفصيل انظر ص ٨٦.

[3] الموسوعة الإدارية الحديثة – المرجع السابق – ص ٨٩٤. طعن رقم ٤٦ لسنة ١٤ ق – جلسة ١٩٧٢/٦/١٧م.

الظرف الطارئ، وأحياناً تزيد هذه النسبة، أو تقل وفقاً لظروف العقد [1] وغني عن القول أن موقف المتعاقد وجهوده لإنهاء الظرف الطارئ، أو إهماله أو تقصيره، وكذلك مدى معاونة الإدارة له كلها عوامل مهمة في هذه المعادلة.

والقضاء الفرنسي يدعو المتعاقدين للتفاوض مباشرة بينهما لإعادة توازن العقد ومثال ذلك ما تم في قضية غاز بوردو السابق الإشارة إليها فإن فشلا في ذلك لجأ إلى الحكم بالتعويض [2].

---

[1] د./ محمد السناري – مبادئ وأحكام العقود الإدارية – المرجع السابق– ص ٤٢٤.

[2] المبحث الأول من هذا الفصل ص ٧٠

المبحث الخامس

آثار انتهاء الظروف الطارئة على العقد الإداري

من المسلم به أن هذه النظرية تعالج حالة مؤقتة تعترض المتعاقد أثناء تنفيذه العقد لم تكن في الحساب وقت التعاقد، تؤدي إلى اختلال توازن العقد اختلالاً خطيراً عندها تمد الإدارة يد التعاون؛ لتمكين المتعاقد من اجتياز هذه الصعوبات بهدف ضمان سير المرافق العامة. وبمجرد انتهاء هذه الحالة فإن الوضع يعود لحالته السابقة وتسود شروط العقد وبنوده، وعندها يلتزم الطرفان باستئناف التنفيذ.

وتعتبر نهاية الظروف الطارئة حال عودة العقد إلى اتزانه بنزول الأسعار إلى مستوياتها العادية وقت التعاقد، أو انتهاء الحرب، وعودة تكاليف الشحن إلى ما كانت عليه قبل الحرب، أو إلغاء التشريع الذي يحظر استيراد المادة الأولية، المسبب للظرف الطارئ أو انحسار الفيضانات ... إلخ.

كما تنتهي حالة الظروف الطارئة على العقد إذا ثبت استحالة عودة التوازن المالي للعقد، وأن أثرها سوف يستمر ويستديم، ولا أمل في انتهائها، عندها وكما سبق وأن قدمنا يقوم القضاء بفسخ العقد (قضية شركة ترام مدينة شربورج) ويحكم للمتعاقد في هذه الحالة بالتعويض إذا كان له ما يبرره، وفي هذا الأمر تختلف نظرية الظروف الطارئة في القانون الإداري عنها في القانون المدني، حيث أن الأخير لا يحكم بالتعويض في حالة استحالة التنفيذ وهو ما يسمى بحالة القوة القاهرة.

ويعتبر مجلس الدولة الفرنسي حالة استمرار الظرف الطارئ من قبيل القوة القاهرة حيث إن النتيجة في الحالتين هي فسخ العقد، إلاّ أن حالة استمرار الظرف الطارئ تعد قوة قاهرة من نوع خاص اصطلح على تسميتها (بالقوة القاهرة الإدارية) [1].

---

[1] د./ محمد سعيد حسين أمين – المرجع السابق – ص ٤٤٢.

ومن المعلوم إن قاضي الموضوع هو من يملك تقرير ما إذا كانت الحالة المعروضة تعتبر من قبيل القوة القاهرة أم لا، وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا بمصر ((تقرير ما إذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر قوة قاهرة هو تقدير يملكه قاضي الموضوع في حدود سلطته التقديرية، فإذا كان الحكم المطعون فيه قد نفى قيام القوة القاهرة بما قرره من أن الطرفين كانا يتوقعان وقت إبرام العقد عدم إمكان الحصول على إذن استيراد لشحن البضاعة إلى مصر فنص صراحة فيه على أنه إذا لم يحصل الطاعن على الإذن في الموعد المتفق عليه تباع البضاعة في الخرطوم لحسابه، وكان المعنى الظاهر لهذا الشرط أنه يشمل جميع حالات عدم الحصول على إذن الاستيراد، فإن الحكم إذ اعتمد هذا المعنى الذي تحمله عبارة العقد الظاهرة ورتب على ذلك قضاءه لا يكون قد خالف القانون)) [1].

ونؤكد مرة أخرى بأن الغاية من هذه النظرية هي سد العجز المالي المؤقت الذي ينشأ في ظل الظروف الطارئة والتي يتوقع زوالها بعد حين – فإذا استمرت تلك الظروف التي أحدثت حالة العجز ولم يوجد ثمة أمل في انتهائها، وعودة العقد إلى توازنه الطبيعي، فعندها نكون أمام حالة القوة القاهرة ويكون للطرفين الحق في طلب الفسخ، لانتهاء حالة الظرف الطارئ والحد من الخسائر التي سببها في إخلاله للتوازن المالي للعقد الإداري، مع حق المتعاقد أيضاً بالتعويض عن الخسائر التي تكبدها (الأعباء الخارجية أو غير العقدية) إن كان لذلك مقتضىً.

ويثار سؤال هنا عن مدى قانونية الشرط الذي تضمنه الجهة الإدارية في عقدها، الذي يحرم المتعاقد من حقه في طلب التعويض، في حالة الظروف الطارئة، ولغرض الإجابة يفرق الفقهاء هنا بين حالتين: الأولى وهي حالة ما إذا كان الشرط يرد بشكل مطلق، أي دون تحديد

---

[1] لطعن رقم (٢٥٨) سنة ٣١ ق – جلسة ١٩٦٦/٢/٢٢ منشور في مؤلف د./ خميس السيد إسماعيل – المرجع السابق – ص٢٥٤.

لنوع حالة الظرف المفاجئ، فيعتبرون أن هذا الشرط غير جائز لكونه يخالف القواعد العامة، وله نتائج سلبية على الصالح العام، وقد ورد في القانون المدني في مصر، وغيرها من الدول، حظر مثل هذا التنازل في نصوص تشريعية واضحة وصريحة حسب التفصيل السابق ذكره [1].

وبناءً على ذلك لا يجوز للجهة الإدارية أن تعمد إلى تضمين عقودها شرط بقضي بإعفائها من المسئولية عن الظروف الطارئة حتى لو تم قبول هذا الشرط من المتعاقد، وقد سار قضاء مجلس الدولة الفرنسي على عدم الاعتداد بمثل هذا التنازل [2].

كما أن محكمة القضاء الإداري بمصر أوردت هذا المبدأ في حكمها الصادر في ٣٠ يونيه ١٩٥٧م (سبقت الإشارة إليه في ص ٢٦) والذي جاء بأسبابه ((من المقرر في العقود الإدارية أن جهة الإدارة لا تملك أن تضع فيها نصاً عاماً بعدم مسئوليتها 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)) وأكدت هذا التوجه في حكمها الصادر بجلسة ١٤ أبريل ١٩٦٠م، حينما قررت عدم شرعية الشرط الذي أدرجته الإدارة بعقودها، هذا الشرط المتمثل بحرمان المتعاقد من حق التمسك بالقوة القاهرة أو الظروف الطارئة لتنافي ذلك مع طبيعة العقود الإدارية [3].

أما الحالة الثانية: وتفترض أن المتعاقدين قد افترضا حصول الحالة الطارئة، ووضعا تعويضاً متفقاً عليه، فهنا يلتزم القاضي الإداري باعتماد هذا الشرط والحكم بموجبه.

---

[1] أنظر ص ٦٤.

[2] الأستاذ/ عبد الرحمن سعود الهويمل – نظرية الظروف الطارئة، وضوابط تطبيقها في المملكة العربية السعودية – بحث مقدم لمعهد الإدارة العامة- بإشراف د./ أنور رسلان – ص ٦٤.

[3] د./ وهيب عياد سلامة – المرجع السابق- ص ٦٦.

جدير بالذكر أن مجلس الدولة الفرنسي، يعتبر الاتفاق الذي يتم بين الإدارة والمتعاقد، بقصد تنظيم آثار الظرف الطارئ مشروعاً، بل أنه وفقاً لما سبق ذكره في المبحث الرابع من هذا الفصل يحث الطرفين عند عرض النزاع إلى الوصول لاتفاق فيما بينهما لتنظيم آثار الظرف الطارئ، والاتفاق على التعويض المناسب، لرفع الضرر عن المتعاقد، والحد من الإرهاق والخسارة التي تواجهه نتيجة اختلال توازن العقد بسبب هذا الظرف، فإذ تعذر وصولهما إلى اتفاق، أصدرت المحكمة الإدارية حكمها بالتعويض بما يكفل تحقيق ذلك، وعودة التوازن المالي للعقد.

وفي كثير من الأحيان تعمد الإدارة إلى تضمين عقودها مع الأفراد نوعاً من التحديد الاتفاقي المعد سلفاً لمواجهة حالة الظرف الطارئ مثل النص في العقد على الحالات التي تجيز إعادة النظر في المقابل المالي المستحق للمتعاقد و النص على ذلك في دفاتر الشروط العامة الملحقة بالعقود الإدارية [1].

وقد يتبادر إلى الذهن سؤال هو ماذا لو أصدرت الحكومة قانوناً أو نظاماً كان من شأنه زيادة أعباء البنية مثلاً وتوجب عليها لصاحب الامتياز التعويض المقرر وفقاً لأحكام هذه النظرية فهل يجوز للإدارة المتعاقدة الرجوع على الدولة بما دفعته من مبالغ التعويض لأصحاب الامتياز بسبب الإجراءات التشريعية التي أصدرتها فزادت في تكاليفها المالية؟. يجيب القضاء الإداري بالسلب ويحظر الرجوع على الدولة سوى في حالة واحدة فقط هي عند ارتكابها خطأ، أما في غير هذه الحالة فلا يتوجب عليها شيء؛ لأنها قصدت بإصدار التشريع المصلحة العامة، وقد تأكد هذا الأمر في قرار مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٤٩/٧/١٥م [2].

---

[1] د./ محمد الصغاري – الضوابط القانونية – المرجع السابق – ص ١٣٠.

[2] الأستاذ/ زهدي يكن – كتاب القانون الإداري – المكتبة العصرية بيروت – ص ٤٤١.

الفصل الرابع

نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

Les sujetions Impreuves

المبحث الأول

مفهوم النظرية ونشأتها وتطورها:

هذه واحدة من النظريات الثلاثة التي ابتكرها الفقه والقضاء الإداري لإعادة التوازن المالي للعقد الإداري.

وترجع نشأة هذه النظرية إلى منتصف القرن التاسع عشر حيث شيد دعائمها قضاء مجلس الدولة الفرنسي حرصاً على مصلحة المتعاقد مع الإدارة، وتحقيقاً لاعتبارات العدالة بحكمه في قضية دوشي الصادر في ١٨٦٤/٦/٢٤م وانتهى المجلس في هذا الحكم إلى تعويض المتعاقد مع الإدارة عن أية صعوبات مادية غير متوقعة واجهته أثناء تنفيذ العقد؛ لكي يتمكن من الاستمرار في التنفيذ[١] .

وقد اعتمد مجلس الدولة الفرنسي في البداية على نظرية القوة القاهرة واتخذها مصدراً لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة. وقد صدر هذا الحكم تفسيراً لنص المادة ٢٨ من كراسة الشروط والمواصفات العامة لعقود الطرق والكباري في فرنسا [٢]، 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 وطبقه في حالة القوة القاهرة أي حالة الإنفاق غير المتوقع الذي يتكبده المتعاقد نتيجة للقوة القاهرة، وفي حالة عدم إمكان تطبيق هذا النص، فيعطي المجلس للمتعاقد الحق في

---

[١] د./ محمد أنس قاسم جعفر – المرجع السابق ص ١٨٣. ويعرفها جورج فوديل وبيير دلفولفويه بأنها نظرية خاصة في مقاولات الأشغال العامة تفترض صعوبات مادية لا يستطيع الفريقان توقعها ترمي بثقل أعباء خطيرة، وغير طبيعية على عاتق المقاول مثل مواجهة طبقات مائية غير متوقعة في حفر نفق، وحق التعويض معترف به للمقاول عن كامل الضرر. أنظر مؤلفهما سابق الإشارة إليه – ص ٣٥٧.

[٢] راجع في هذا الشأن د./ أنور أحمد رسلان – نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة – المرجع السابق- ص ٨٢٤

التعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة دون خطأ من جانبه ودون أن يكون للإدارة دور في حصول هذه الصعوبات ولكنه ما لبث أن حدد معالم النظرية بحيث غدت نظرية مستقلة لها أحكامها المتميزة في حكمه الشهير (فيري) الصادر في ١٨ مارس ١٨٦٩م مقرراً حق المتعاقد في الحصول على تعويض عن الأضرار التي أصابته نتيجة الصعوبات المادية غير المتوقعة شريطة ألا يوجد خطأ من جانب أحد الطرفين[١].

وتفترض هذه النظرية، أن المتعاقد مع الإدارة يفاجأ بصعوبات مادية استثنائية غير متوقعة عند إبرام العقد تجعل تنفيذه أكثر كلفة، وغالباً ما تكون هذه الصعوبات المادية تتعلق بطبيعة الأرض، فتكون صخرية، أو غزيرة المياه أو تكون الأرض هشة تتخللها فجوات، خلاف ما هو متوقع عند توقيع العقد، تحتاج مواجهتها إلى مزيد من التكلفة والوقت – معدات أخرى أو من نوع خاص – زيادة عدد العمال – وقت إضافي فيكون بموجب هذه النظرية للمتعاقد الحق في التعويض عن كامل خسائره بسبب ذلك.[٢]

---

[١] لقد رأي مجلس الدولة الفرنسي عدم كفاية المادة المذكورة المتعلقة أساساً بحالة القوة القاهرة في معالجة الصعوبات المادية غير المتوقعة التي يواجهها المتعاقد أثناء التنفيذ وخاصة عقود الأشغال العامة ويقول JEZE في هذا الصدد لقد أدخلنا حالة الصعوبات المادية في حالة القوة القاهرة، وهذا خطأ حيث إن القوة القاهرة تجعل من المستحيل مادياً تنفيذ العمل، ولكن ليس الفعل الذي يجعل التنفيذ أكثر صعوبة، ولذلك اضطر مجلس الدولة إلى ابتداع نظرية جديدة لمعالجة آثار الصعوبات المادية التي يواجهها المتعاقد أثناء تنفيذ العقد الإداري أطلق عليها اسم نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة. لمزيد من التفصيل انظر د./ عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد – المرجع السابق – ص ١٠٨. وفي هذا الشأن يذكر الأستاذ/ فالين ((أن أول حكم صدر في هذا الشأن هو حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٨ مارس ١٨٦٩م في قضية " Veyret " وموضوعها عقد إنشاء طريق تم تحديد ثمن الأشغال المتعاقد عليها على افتراض أن طبيعة الأرض تتراوح بين الرخاوة والصلابة، اعتماداً على قاعدة معينة تحدد نسبة كل من الأرض الصلبة والرخوة لمجموع الأشغال، ثم اتضح أن نسبة الأرض الصلبة لمجموع الأشغال في الجزء الذي تم من الطريق، أكبر ضخامة مما قدر عند تحديد ثمن العقد، وإزاء ذلك قضى مجلس الدولة بأن هناك ما يدعو إلى تعديل الثمن المتفق عليه)) أشار إلى هذا الحكم د./ علي محمد عبد المولى – المرجع السابق – ص ٢٠.

[٢] د. عبد الفتاح حسن – دروس في القانون الإداري طبعة ١٣٩٤ الموافق (١٩٧٤م) ص ٢٣١.

والفارق الجوهري بين كل من نظريتي الظروف الطارئة ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، أنه يكمن في أن الفعل الذي تتحقق به المسئولية في نطاق النظرية الأولى إنما يطرأ أثناء مرحلة تنفيذ الالتزامات العقدية، أي أنه يفترض أن هذا الفعل لم يكن قائماً وقت نشوء العقد، بل حدث عند تنفيذه.

في حين أن الفعل في نطاق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يكون متحققاً بالفعل أثناء مرحلة إبرام العقد وقبل بدء مرحلة تنفيذه، ولكنه لم يكن معروفاً لأطراف العقد [1].

على أن هذه النظرية تتطلب من المتعاقد لكي يستحق الحصول على التعويض عن الصعوبات المادية التي تصادفه أثناء التنفيذ، أن يتحرى بنفسه قبل التعاقد عن طبيعة الأرض، والصعوبات التي تحيط بها، والظروف المحلية الأخرى المؤثرة على التنفيذ.

وتلزم القوانين الجهة الإدارية في كثير من البلدان، على تقديم كافة المعلومات الضرورية والصحيحة عن طبيعة الأرض وظروف التنفيذ للمتعاقد، ويعتمد القضاء الإداري على معيار الرجل العادي الحريص لتحديد مسئولية المتعاقد فيما إذا قصر في بذل العناية اللازمة لمعرفة الصعوبات المادية قبل التعاقد، وتكون الجهة الإدارية مسئولة عن تعويض المتعاقد معها إذا ثبت تقصيرها في مد المقاول بالمعلومات الضرورية عن هذه الصعوبات في الوقت المناسب، وهذا ما جرى عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي، وهو ما قرره المنظم السعودي في نظام المناقصات والمزايدات على التفصيل الذي سوف يرد لاحقاً في موضعه بإذن الله.

ورغم أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أسبق في الظهور في أحكام مجلس الدولة الفرنسي بعدة عقود من نظرية الظروف الطارئة، إلاّ أنها لا زالت نظرية قضائية لم تقنن

---

[1] د./ علي محمد علي عبد المولى – المرجع السابق ص ٣٢١.

سواء في فرنسا أو مصر بخلاف نظرية الظروف الطارئة التي قننتها التشريعات في مصر والعديد من دول العالم، وهو أمر يلقي على الفقه تبعة تحديد مضمونها وشروط تطبيقها وماهية الآثار التي تترتب عليها [1].

وقد أقرّ الفقه الفرنسي هذه النظرية واعترف بها مؤيداً بذلك مجلس الدولة في هذا الصدد، وحدد مضمونها بدقة [2]، 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 للمقاولة أن المدعي قد شكا 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 ثَّم لا يجوز تحميل المدعي جميع النفقات التي تكبدها بسبب ذلك، بل العدالة تقتضي تحمل الحكومة نصف قيمة التكاليف...)) ويلاحظ أن هذا الحكم خلط بين نظرية الظروف الطارئة والصعوبات غير المتوقعة في مقدار التعويض المترتب على أي منها [3].

---

[1] د./ مصطفى عبد المحسن الحبشي – المرجع السابق – ص ٣٩٤.

[2] من تطبيقات مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن: ١- الطبيعة الصخرية للأرض التي تكلف المتعاقد نفقات غير عادية لتنفيذ الأعمال المتفق عليها. ٢- حدوث انهيارات في الأرض يتخلف عنها كميات ضخمة من الأتربة تكلف المتعاقد نفقات غير عادية لرفعها. ٣- ظهور منابع مياه تتدفق منها كميات ضخمة من المياه تكلف المتعاقد نفقات غير عادية. ٤- حدوث برد شديد مصحوب بسقوط ثلوج مما أدى إلى عدم التمكن من استخدام الطرق ٥- سقوط أمطار بكميات غير عادية جعلت الوصول إلى مكان العمل مستحيلاً لمدة عدة أيام. لتفصيلات أوفى انظر د./ أنور أحمد رسلان – المرجع السابق – ص ٨٥٠.

[3] د./ محمد أنس قاسم جعفر – المرجع السابق- ص ٢٠٧ وص ٢٠٨.

وقد اختلف الفقهاء في فرنسا ومصر بشأن نطاق تطبيق هذه النظرية، فيرى العميد "Gorge Vedel" بأن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يقتصر تطبيقها من الناحية العملية على عقود الأشغال العامة، وبهذا الرأي أيضاً يرى الأستاذ "Flamme" بأن النظرية تظل محددة في هذا المجال دون سواه، إلاّ أن غالبية الفقه في فرنسا ومصر يرى أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة نظرية عامة تطبق على كافة العقود الإدارية [1].

ونرى بأنه من الممكن أن يواجه المتعاقد صعوبات مادية في عقود إدارية أخرى مثل عقود التوريد المتراخية المدة وعقود التشغيل والصيانة وبالتالي يمكن عند توفر شروط هذه النظرية تعويض المتعاقد عنها.

أما فيما يخص عقود الأشغال الجزافية فقد ((ذهب غالبية الفقه على ضوء أحكام مجلس الدولة الفرنسي إلى القول بأن الصفة الجزافية لعقود الأشغال العامة لا تمنع من تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة)) [2]

---

[1] د./ إبراهيم محمد علي – المرجع السابق – ص ٣٠٩.

[2] د./ عبسي عبد القادر الحسن – التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقود الأشغال العامة – رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة القاهرة – ١٩٩٧م ص ٢٥٣.

المبحث الثاني

شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة :

ورد في حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في ١٩٩٧/١٢/٣٠م شروط تطبيق هذه النظرية بقولها: ((.. يلزم للقضاء بأحقية المقاول بالتعويض طبقاً لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة توافر الشروط الآتية:

أولاً : ((أن تكون الصعوبات مادية وغير عادية أي استثنائية.

ثانياً : أن تكون الصعوبات طارئة غير متوقعة، أي بما لا يمكن توقعه، أو لم يكن في الوسع توقعها عند التعاقد.

ثالثاً : أن ترتب على التنفيذ نفقات تجاوز الأسعار المتفق عليها في العقد وتزيد في أعباء المتعاقد مع الإدارة)) [١].

والراجح أنه يلزم لتطبيق هذه النظرية خمسة شروط هي أن تكون هذه الصعوبات ذات طبيعة مادية وأن تكون استثنائية وليست من المخاطر العادية، كما يجب أن تكون هذه الصعوبات غير متوقعة للطرف المتعاقد وليست ناتجة من عمل أحد الطرفين المتعاقدين وأخيراً أن يكون من شأنها الإخلال باقتصاديات العقد، وسوف أتناول كل شرط من هذه الشروط في مطلب مستقل.

المطلب الأول

أن تكون هذه الصعوبات ذات طبيعة مادية

المقصود بهذا الشرط هو كون الصعوبات التي تواجه المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقد بصورة مفاجئة ترجع في الغالب إلى طبيعة الأرض، كأن تكون صخرية قاسية خلاف ما هو متوقع، أو أن تتخللها فجوات أو مياه سطحية، بشكل مفاجئ خلافاً لما هو ظاهر في مخططات ومستندات المشروع.

---

[١] طعن رقم ١٩/٤٥٦٧ منشور في مؤلف د./ محمد ماهر أبو العنين – العقود الإدارية – الكتاب الثاني – ص ٥١٧.

ومثال الصعوبات المادية غير المتوقعة هو وجود طبقات غزيرة من المياه تحتاج إلى نفقات غير عادية لسحبها وتجفيف الأرض لمباشرة التنفيذ، أو أن تحدث انهيارات في الأتربة بكميات ضخمة تستلزم جهوداً غير عادية لرفعها.

وقد اعتبرت المحكمة الإدارية العليا في مصر من قبيل الصعوبات المادية غير المتوقعة وجود أساسات خرسانية وخرسانات مجاري تحت أرض موقع الأشغال موضوع العقد، وذلك أثناء قيام المقاول بتنفيذ عقد يتضمن ردم خنادق وبناء حجرات تفتيش خاصة بسنترال العباسية [1].

وقد توجد بعض الصعوبات المادية التي لا ترجع إلى الظواهر الطبيعية إنما يكون مصدرها فعل الغير، ولا علاقة له بالطرفين مثل ظهور تمديدات مياه مجاورة لموقع العمل لم تشر لها مخططات المشروع تتطلب نفقات إضافية لتفادي الإضرار بها للبدء في المشروع – إلاّ أن أغلب تطبيقات القضاء الإداري لهذه النظرية هو لمواجهة صعوبات تعود إلى ظواهر طبيعية غير عادية تزيد من التزامات المتعاقد وتخل بتوازن عقده.

المطلب الثاني

أن تكون هذه الصعوبات غير متوقعة عند التعاقد

ولغرض تطبيق هذه النظرية يلزم أيضاً أن تكون الصعوبات المادية الاستثنائية غير متوقعة قبل توقيع العقد، وهذا هو جوهر النظرية، وهو عدم التوقع وبه سُميت، ويتطلب القضاء من المتعاقد أن يبذل الحرص والجهد والعناية التي يبذلها الرجل العادي لتوخي هذه الصعوبات قبل التعاقد، أما إذا كانت هذه الصعوبات من النوع المتوقع وجوده فإن الفقه والقضاء يرفض التعويض بموجب هذه النظرية.

---

[1] المحكمة الإدارية العليا ، جلسة ١٩٦٩/٦/١٤ انظرد./ عبد العزيز عبد المنعم خليفة المرجع السابق – ص ٢٢١.

وشرط التوقع يتحقق عند إبرام العقد، أي أن المتعاقد لا يتوقع مثل هذه الصعوبات رغم ما بذله من جهد وتقصي وحيطة عند توقيع العقد، ويتخذ القضاء هنا معيار الرجل العادي، للتحقق من وجود شرط عدم التوقع، لإمكان الحكم للمتعاقد بالتعويض بموجب هذه النظرية.

ويهتم مجلس الدولة الفرنسي عند دراسة شرط عدم التوقع، في المعلومات التي توفرها الجهة الإدارية للمتعاقد عن المشروع، ويحكم بالتعويض للمتعاقد طالما يثبت لديه تقصير الإدارة في مد المتعاقد بالمعلومات الضرورية، التي تساعده في الوصول إلى هذه الغاية [1].

وتلزم الكثير من التشريعات ومنها اللائحة التنفيذية لنظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها في المملكة العربية السعودية (كما سوف نفصله في موضعه) الإدارة المتعاقدة بتقديم كل ما لديها من معلومات وبيانات عن طبيعة العمل والظروف المحيطة به للمتعاقد قبل تقديم عرضه للإحاطة بمخاطر التزاماته وتحديد أسعاره على ضونها وذلك للحد من عنصر المفاجئة في تنفيذ الأعمال، وقد أبرزت محكمة القضاء الإداري في مصر بحكمها الصادر بتاريخ ٢٠ يناير ١٩٥٧م شرط عدم التوقع للصعوبات المادية إذ قالت: ((... ومن حيث إنه فضلاً عما تقدم فإن الشرط الخاص بوجوب أن تكون الصعوبات طارئة أي غير متوقعة أو مما لا يمكن توقعه أو ليس في الوسع توقعها ... هذا الشرط ينطوي إلى حد كبير على معنى المفاجأة في صورة معينة، كأن يجد المتعاقد مع الإدارة نفسه إزاء حالة لم يكن يتوقع حدوثها، لا بناءً على دفتر الشروط ولا عند دراسته الأولية للمشروع، أو بالرغم مما نبه إليه، أو اتخذه من حيطة لا تفوت على الشخص البصير بالأمور قبل الإقدام على المساهمة في تسيير المرفق العام والتعاقد بشأنه...)) وانتهت المحكمة إلى رفض طلب المتعاقد التعويض طبقاً لهذه النظرية لعدم تحقق شرط عدم التوقع في هذه القضية [2].

---

[1] د./ محمود عبد المجيد المغربي – المرجع السابق– ص ٦٧.

[2] د./ سليمان الطماوي – المرجع السابق – ص ٧٢١ وص ٧٢٢.

المطلب الثالث

أن تكون هذه الصعوبات ذات طابع استثنائي بحت:

والمقصود بهذا الشرط، هو كون الصعوبات المادية التي يواجهها المتعاقد، هي من النوع غير المألوف، وليست من نوع المخاطر العادية التي قد يتعرض لها المتعاقد عادة عند التنفيذ.

ويقع عبء الإثبات، على المتعاقد المتضرر من أن الصعوبات المادية التي واجهته هي من النوع غير العادي والاستثنائي وغير المتوقع، وللقاضي الإداري سلطة تقدير ما إذا كانت هذه الصعوبات ذات طابع استثنائي غير عادي، أم أنها من الصعوبات العادية التي لا تدخل ضمن نطاق هذه النظرية، وأنها من المخاطر العادية التي عادة ما يتعرض لها المتعاقد عند التنفيذ.

وقد شخصت فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع معالم هذه الصعوبات بقولها: ((ومتى انتهى الأمر إلى ما تقدم وبان منه أن الزيادة في حجم كميات الأتربة المستخرجة من الأرض الصلبة، مما لا يمكن إجراؤها إلاّ بكراكات ذات قاطع خاص، تعتبر القدر الذي بلغته مما شهدت الهيئة بأنه يفوق أضعافاً مضاعفة كل ما كان متوقعاً ومقدراً على أساس الاختبارات التي أجرتها الهيئة، والتي أجرتها الشركة، وأن ذلك مما لم يكن في مقدور أحد أن يتكهن به أو يكشف عنه قبل التعاقد، لرجوعه إلى طبيعة التربة في ذاتها – أن الزيادة المشار إليها، مما يعد من قبيل الصعوبات المادية غير المتوقعة، التي تقتضي أن تعوض الشركة عما تكلفته بسببها من نفقات تجاوز ما قدرته على أساس الأسعار المتفق عليها، مجاوزة من شأنها أن تخل باقتصاديات العقد. متى انتهى الأمر إلى ما تقدم وبان منه ما سلف تقريره – فإنه بعدئذٍ يجب تحديد الزيادة التي يجري التعويض عما ترتب على مواجهتها من نفقات)) [1].

المطلب الرابع

---

[1] فتوى رقم (٩٥) في ١٩٦٤/٢/٤ منشورة في مجموعة المبادئ القانونية في العقود الإدارية في أربعين عاماً – المرجع السابق ص ٤٦٨ و ٤٦٩.

ألا تكون هذه الصعوبات بسبب أحد المتعاقدين:

يلزم أن لا تكون الصعوبات المادية الاستثنائية التي تواجه المتعاقد أثناء التنفيذ حسب هذه النظرية من فعل أحد الطرفين، فإذا كانت هذه الصعوبات نتيجة تقصير المتعاقد، أو إهماله في دراسة طبيعة الأرض، والظروف المحيطة بتنفيذ العقد، فعندها سوف لا يلوم إلاّ نفسه، وعليه تحمل عبء خطئه، وإهماله، وهذا الأمر يتفق مع القواعد العامة في المسئولية، كذلك يتفق مع القاعدة الشرعية في المسئولية، ((المفرِّط أولى بالخسارة)) إذ يكون المتعاقد قد قصّر وفرط في القيام بواجباته تجاه نفسه، في دراسة أرض المشروع والظروف المحيطة به.

وقد رفضت محكمة القضاء الإدارية المصرية طلب تعويض لإحدى الشركات بموجب هذه النظرية معللة ذلك بعدم تحقق هذا الشرط بقولها: ((ومن حيث أن الشركة الطاعنة تبرر طلباتها السالفة بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، فإن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن مناط أعمال هذه النظرية التي تخول المتعاقد حقاً في طلب التعويض من الإدارة المتعاقد معها هو أن يصادف المتعاقد صعوبات مادية غير عادية واستثنائية لم يكن من الممكن توقعها بحال من الأحوال عند إبرام العقد وتؤدي إلى جعل تنفيذه مرهقاً للمتعاقد.

ومن حيث إنه في ضوء وقائع النزاع الماثل التي سبق سردها تفصيلاً لا يمكن القول بأن الشركة الطاعنة قد صادفت عند تنفيذ العقد المبرم مع الهيئة المطعون ضدها - والسالف الإشارة إليه - أية صعوبات مادية غير متوقعة جعلت تنفيذها لالتزاماتها مرهقاً، وحمّلها بخسائر على نحو يخولها حق المطالبة بالتعويض، وذلك لأن جميع مزادات وملابسات المشروع تحت نظر الشركة على علم بها أولاً بأول وبمراحل تنفيذه)) [1].

---

[1] حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٨٠٠ لسنة ٣٤ جلسة ١٩٩٢/٥/١٩م منشور في مجموعة المبادئ القانونية في العقود الإدارية في أربعين عاماً - ص ٤٦٥ وص ٤٦٦.

أما إذا كانت هذه الصعوبات ناشئة عن فعل الإدارة دون خطأ منهـا، فإننـا نكـون والحالة هذه أمام واقعة عمل الأمير، وينطبق عليها نظرية عمل الأمير في تعويض المتعاقـد عن الخسارة التي تعرض لها نتيجة هذه الصعوبات [1]، ومما لا شك فيه أن الجهة الإداريـة تكون مسئولة وفقاً لقواعد المسئولية التعاقدية، عن التعويض، إذا كانت هذه الصعوبات ناتجة عن خطأ الإدارة.

وقد بيّنا في المطلب الثاني من هذا المبحث، كيف أن التشريعات غالباً ما تلزم الجهة الإدارية بتوفير كافة البيانات اللازمة عن طبيعة الأرض وظروف التنفيذ للمتعاقد قبـل تقـديم عرضه، وتحملها مسئولية التعويض عند تقاعسها عن ذلك.

وعلى العموم فإن هذه النظرية تفترض أن تكون الصعوبات أجنبية عن طرفي العقد، ولا يد لأي منهما في إحداثها أو زيادة آثارها، وأن يكون المتعاقد قد بذل كل ما فـي وسـعه لتلافيها، وأن يكون قد التزم بكافة شروط العقد [2].

وقد يتبادر إلى الذهن هنا سؤال عن الحكم في حالة ما إذا تضـمنت شـروط العقـد الإداري نصاً بموجبه تعفى الإدارة من التعويض عن أية صعوبات استثنائية غير متوقعة تواجه المتعاقد معها تجعل التنفيذ أكثر إرهاقاً وأشد وطناً عليه من الناحية المالية؟ والجواب على ذلك

---

[1] د./ علي محمد عبد المولي – المرجع السابق– ص ٣١٤.

[2] ومن التطبيقات القضائية في هذا الصدد حكم المحكمة الإدارية العليا الذي تضمن ((.. وإن كان المدعي قـد أخطأ حينما تقدم بعطائه قبل دراسة تصميمات المشروع، واسـتطلاع آراء الخبـراء الفنيـين، ودون إبـداء تحفظاته الفنية إلى جهة الإدارة في الوقت المناسب، إلاّ أنه من الناحية الأخرى، فإن جهة الإدارة قد أسـهمت هي الأخرى في خلق الصعوبات التي اعترضت تنفيذ المشروع بقدر من الخطأ يتمثل في وضع تصـميمات المشروع على أساس لا يتفق من الناحية الفنية مع أوضاع حوض التخزين ويناسب المياه فيـه وقـد كـان مفروضاً عليها قبل وضع الرسومات والتصاميم أن تقوم بالأبحاث والتجارب اللازمة...)) وقد انتهت المحكمة إلى أنه يتعيّن على كل طرف أن يتحمل تبعة ما وقع فيه من خطأ، وبالتالي لا يحق للمدعي المطالبة بتعويض عن الصعوبات التي واجهته. الحكم صدر في ١٩٦٩/١٢/١٥م في القضية رقم ٧٠١ لسنة ١٧ ق منشور في مؤلف د./ مطيع علي حمود جبير – المرجع السابق– ص ٦٠٠.

هو أن مجلس الدولة الفرنسي قد استقر في العديد من أحكامه على تفسير مثل هذه الشروط بالصعوبات العادية فقط، أما الصعوبات غير العادية، أو الاستثنائية فإن من حق المتعاقد مع الإدارة المطالبة بالتعويض عنها إذا توفرت شروط تطبيق النظرية، وهكذا قضى المجلس أيضاً في العقود الجزافية معتبراً أن تحديد الثمن جزافاً لا يحول دون تطبيق النظرية [1].

وفي ذلك تقول الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري بجلسة ١٩٦٤/١/٢٩م: ((... مما يجب التنبيه إليه بالنسبة للعقود الجزافية، وهي التي تتضمن تحديد أجر لكمية الأعمال المطلوبة تحديداً إجمالياً لما تلتزم الجهة الإدارية بدفعه من ثمن يقابلها، فإن هذا الطابع الجزافي في تحديد الثمن، لا يحول، دون تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة على أن يكون من شأن الصعوبات المادية في هذه الأحوال، أن تخل باقتصاديات العقد تبعاً لانهيار الأسس التي قام عليها تقدير الثمن المتفق عليه فيه [2] .

وما تقدم هو نتيجة طبيعة للمبادئ المقررة في القانون الإداري من ثبوت حق المتعاقد مع الإدارة في التعويض طبقاً للنظريات السائدة في مجال العقود الإدارية، ومنها حقه في التوازن المالي للعقد وهو الأمر الذي ورد صراحة في حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في ١٩٥٧/٦/٣٠م [3] والحكم الصادر في ١٩٦٠/١٢/٢٥م [4].

---

[1] د./ عادل عبد الرحمن خليل – المرجع السابق – ص ٢٨٧.وتجدر الإشارة هنا إلى أن قضاء ديوان المظالم في المملكة يسير في نفس الاتجاه إذ يفسر تنازل المتعاقد عن التعويض في حالة مواجهته بصعوبات مادية بأنها تقتصر على الصعوبات العادية فقط، أما غير العادية.فقد قضى بأن هذا التنازل لا يشملها ولمزيد من التفصيل راجع ص ٣٤٩ من هذه الدارسة.

[2] فتوى رقم (٩٥)، في ١٩٦٤/٢/٤ ، جلسة ١٩٦٤/١/٢٩م مجموعة المبادئ القانونية في العقود الإدارية في أربعين عاماً – ص ٤٦٤.

[3] سبق وأن ذكرت بعض فقرات هذا الحكم في ص ٢٦ وما بعدها.

[4] أشار إلى هذا الحكم د./ محمد فؤاد عبد الباسط – أعمال السلطة الإدارية – طبعة ١٩٨٩م ص ٤٨٣.

المطلب الخامس

أن يكون من شأن هذه الصعوبات الإخلال باقتصاديات العقد

ولعل هذا من أهم شروط النظرية، بل هي التي جعلتها ضمن منظومة نظريات التوازن المالي للعقد؛ لأنها تهدف في المقام الأول، إلى معالجة هذا الإخلال، بالتعويض عن الأضرار لتحقيق التوازن المالي للعقد الإداري.

ووفقاً لهذه النظرية، فلا بد أن تؤدي هذه الصعوبات الاستثنائية إلى أن يكون تنفيذ العقد مرهقاً، وأكثر كلفة من الناحية المالية، مع إمكان الاستمرار في تنفيذ العقد، أي لا تصل هذه الصعوبات إلى درجة استحالة التنفيذ، وهو ما يسمى بحالة القوة القاهرة، وإنما قدر معين من الصعوبات لا يشترط فيها درجة معينة من الجسامة، أي حصول حالة قلب اقتصاديات العقد كما هو الحال في نظرية الظروف الطارئة، ويرجع تقدير درجة هذه الصعوبات للقضاء، حيث يحدد مقدار التعويض المناسب عن هذه الأضرار.

إلاّ أنه يجدر التنويه إلى ضرورة أن تكون هذه الصعوبات غير المتوقعة من نوع المخاطر غير العادية، الاستثنائية، وليست مجرد عقبات تواجه المتعاقد أثناء التنفيذ، أي أن تسبب خسارة تخل باقتصاديات العقد، وهذه مسألة تقديرية يرجع تقديرها لقاضي الموضوع لمعرفة مدى إخلال هذه الصعوبات بتوازن العقد[1].

---

[1] ذكر د./ عبسي الحسن أنه من خلال استعراض بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسي يبدو للوهلة الأولى أنه غير واضح فيما إذا كان يتطلب أن تؤدي الصعوبات المادية غير المتوقعة إلى الإخلال باقتصاديات العقد، أو أن تكون تلك الصعوبات من عمل الإدارة، وهو ما يميل إليه مجلس الدولة الفرنسي في أحكامه الحديثة. بينما يتطلب المجلس في أحكام أخرى قلب اقتصاديات العقد فقط، دون أن يشير إلى عمل الإدارة. د./ عبسي عبد القادر الحسن – التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة – رسالة دكتوراه – ١٩٩٧م جامعة القاهرة – ص ٢٥٣.

الإخلال باقتصاديات العقد بقولها: ((وبالبناء على ما تقدم فإنه إذا ما بدا أثناء التنفيذ أن حجم التربة الصلبة قد زاد زيادة كبيرة عن القدر المتوقع أو عن المدى الذي قدر ابتداءً وفقاً لعناصر وبناءً على مقومات سليمة، فإن ذلك يقتضي أن يتفق الطرفان على تقدير ما يترتب على هذه الزيادة من نتائج من شأنها أن تجعل تنفيذ العقد أشد وطأة وأكثر كلفة، وبخاصة إذا ما بلغ مدى ذلك حد الإخلال باقتصاديات العقد، وقلبها رأساً على عقب، بسبب انهيار الأسس التي أقيمت عليها ويكون تقدير الأثر المترتب على النتائج المشار إليها، بالاتفاق على أداء مبالغ إضافية إلى الشركة زيادة عما كان متفقاً عليه من قبل وذلك تعويضاً لها عما تحملته بسبب الصعوبة غير المتوقعة التي صادفتها من نفقات وذلك تطبيقاً لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة التي سبق بيانها)) [1].

---

[1] فتوى رقم ٩٥ في ١٩٦٤/٢/٤ منشورة في مجموعة المبادئ القانونية في العقود الإدارية - المرجع السابق - ص٤٦٧ وص ٤٦٨.

المبحث الثالث:

أساس التعويض بموجب نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

اختلف الفقه الإداري في تحديد أساس هذه النظرية فمنهم من يرى أنها النية المشتركة للمتعاقدين، فيما يرى آخرون أنها المسئولية التقصيرية وترى فئة ثالثة أن أساس هذه النظرية يستند على مبدأ العدالة بينما يذهب بعض الفقهاء إلى أن هذا الأساس يكمن في اعتبارات العدالة والطبيعة الذاتية للعقد الإداري[1] وأفصّل ذلك في أربعة مطالب.

المطلب الأول

النية المشتركة للطرفين:

يرى أصحاب هذا الرأي في النية المشتركة للطرفين، أساساً قانونياً يبرر حق المتعاقد في الحصول على تعويض عن كامل الأضرار التي تلحق به نتيجة ظهور صعوبات مادية غير متوقعة أثناء تنفيذ عقده، معللين ذلك أن السعر المتفق عليه أثناء التعاقد، قصد به مواجهة التنفيذ في ظروف عادية، وليست استثنائية، غير متوقعة، لذا وجب تعويضه عن فارق السعر لمواجهة هذه الصعوبات، وينتقد هذا الرأي لكونه قد أغفل كون التعويض يحكم به في كل الأحوال سواء في حال سكوت العقد، أو في حالة وجود شرط التنفيذ في مواجهة كل الصعوبات.

وبرأي الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي بأنه رغم أن مجلس الدولة الفرنسي قد تبنى هذا الأساس في بعض أحكامه إلاّ أن هذا الأساس منتقد في كثيرٍ من الحالات، لا سيما وأن

---

[1] يضيف البعض مبدأ التعاون بين الإدارة والمتعاقد كأساس تقوم عليه هذه النظرية نتيجة لارتباط العقد الإداري بالمرفق العام، وهو المبدأ الذي يسيطر على فكرة العقد الإداري مما يستلزم التعاون بصفة دائمة ومستمرة ويظهر بوضوح حال وجود صعوبات مادية غير متوقعة، فالتعاون يتطلب من المتعاقد الاستمرار في التنفيذ مقابل قيام الإدارة بتعويضه؛ حتى يتم تنفيذ العقد في موعده، وينتقد هذا الرأي؛ لأن التعاون مبدأ أوسع لدرجة كبيرة يمكن أن يفسر حالات التعويض في نطاق العقد الإداري دائماً بيد أنه لا يصلح كأساس له، وأضيف على ذلك أن هذا المبدأ في حقيقته يدخل ضمن النية المشتركة للطرفين في تنفيذ العقد بحسن النية. للمزيد من التفصيل راجع د./ عبد العليم عبد المجيد مشرف – الوجيز في القانون الإداري – الجزء الثاني – دار النهضة العربية – ٢٠٠١ – ٢٠٠٢م ص ٣٤٩.

مجلس الدولة الفرنسي يطبق هذه النظرية رغم احتواء العقد على شرط صريح باستبعادها [1]. كما أن هذا الأساس إذا كان مقبولاً عند ظهور النظرية في البداية حيث سجل القضاء ما كان يسير عليه التطبيق العملي بين الطرفين المتعاقدين، إلاّ أنه أصبح الآن أقل قبولاً؛ لأن التعويض بموجب هذه النظرية يطبق في جميع الحالات أي دون أن يستند إلى أساس اتفاقي، بل له صفة الإلزام [2].

المطلب الثاني

المسئولية التقصيرية

يرى فريق آخر أن مسئولية الإدارة عن تعويض المتعاقد معها بموجب هذه النظرية يقوم على مبدأ المسئولية التقصيرية، وذلك لوجود علاقة بين هذه الصعوبات وخطأ الإدارة لكونها هي من أعدت العقد، ودرست خطة التنفيذ، وقد وثق المتعاقد بدقة هذه المعلومات أما وقد ظهر عدم صحتها فعلى الإدارة تحمل هذه المضار.

ولكن هذا الرأي أيضاً منتقد لكون الصعوبات المادية يلزم أن تكون أجنبية عن إرادة طرفي العقد، أما إذا كانت الصعوبات ناتجة عن عمل الإدارة أو خطئها فإننا هنا لا نكون بصدد نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وإنما بصدد نظرية عمل الأمير، أو التعويض بناءً على قواعد المسئولية التعاقدية حسب الأحوال.

المطلب الثالث

العدالة:

ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن العدالة هي أساس التعويض بموجب نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة مستندين في ذلك إلى أن القضاء في فرنسا وفي مصر قد تضمنت أحكامه ما يؤيد هذا الرأي مستشهدين بحكم محكمة القضاء الإداري المصري في ٥ مايو سنة ١٩٥٣م وقد ورد فيه ما يلي: ((... ومن حيث إن العدالة تقتضي بأن تشاطر الحكومة المدعية في تحمل

---

[1] د./ سليمان محمد الطماوي- الأسس العامة للعقود الإدارية - المرجع السابق- ص ٧١٣.

[2] د./ محمد أنس قاسم جعفر - المرجع السابق- ص ٢٠٤.

نصف زيادة التكاليف الناشئة من تكتل الأثر به.... الخ))، ويلاحظ على هذا الحكم بأنه لم يقض للمتعاقد بتعويض كامل الخسارة كما هو مقرر بموجب هذه النظرية وإنما جزء منها يماثل ذات الأثر الناتج عن الظرف الطارئ.

في حكم آخر لها وبعد أن عرفت فيه نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، في حكمها بتاريخ ٢٠ يناير ١٩٥٧ قالت: ((الصعوبات غير المتوقعة من النظريات التي ابتكرها الفقه والقضاء الإداري ومقتضاها أنه عند تنفيذ العقود الإدارية، وبخاصة عقود الأشغال العامة قد تطرأ صعوبات عند التعاقد، وتجعل التنفيذ أشد وطأة على المتعاقد مع الإدارة وأكثر كلفة، فيجب – من باب العدالة – تعويضه عن ذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد زيادة تغطي جميع الأعباء والتكاليف التي تحملها اعتباراً بأن الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسري إلا على الأعمال العادية المتوقعة فقط، وأن هذه نية الطرفين المشتركة ...[٢].

المطلب الرابع

العدالة والطبيعة الذاتية للعقود الإدارية:

وهو الرأي الراجح، وقد نادى به الفقيه الفرنسي أندرية دي لوبادير ومواطنه الفقيه فالين حيث يريان بأن أساس النظرية يرجع إلى اعتبارات العدالة والطبيعة الذاتية للعقد الإداري لأن المتعاقد يتعاون مع الإدارة لتسيير المرفق المتعلق به العقد الإداري، لذلك فإن العدالة تقتضي تعويض المتعاقد عند توفر شروط النظرية [٣].

ويؤيد هذا الرأي الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي معتبراً أن هذه النظرية وليدة اعتبارات العدالة، والطبيعة الذاتية للعقود الإدارية للعلاقة الوثيقة بين العقود الإدارية والمرافق العامة [٤].

---

[٢] أوردت فقرات من الحكم المذكور في ص ١١٧.

[٣] د./ وهيب عياد سلامة – المرجع السابق – ص ١٣٦، وأيضاً د./ محمد أنس قاسم جعفر– المرجع السابق – ص ٢٠٧

[٤] د./ سليمان محمد الطماوي– المرجع السابق– ص ٧١٣.

المبحث الرابع

الآثار التي تترتب على نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

عند توفر شروط هذه النظرية، فإن المتعاقد مع الجهة الإدارية، يستحق تعويضاً كاملاً عن كافة خسائره نتيجة الصعوبات الاستثنائية غير المتوقعة التي واجهته أثناء التنفيذ، وبهذا تشابه هذه النظرية نظرية عمل الأمير، باستحقاق المتعاقد التعويض عن كامل الأضرار وتختلف كلتاهما عن نظرية الظروف الطارئة، التي تقرر تعويضاً جزئياً للمتعاقد عن الأضرار التي أصابته نتيجة الظرف الطارئ.

وفي هذا الصدد تقول محكمة القضاء الإداري في مصر في حكمها الصادر في ٢٠ يناير ١٩٥٧م ((والتعويض هنا (في تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة) لا يتمثل في معاونة مالية جزئية تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد معها، بل يكون تعويضاً كاملاً عن جميع الأضرار التي يتحملها المقاول، بدفع مبلغ إضافي له على الأسعار المتفق عليها))، إلاّ أن المحكمة الإدارية العليا شككت في مبدأ التعويض الكامل بإلغائها الحكم المذكور في حكمها الصادر في ١٤ يونيو١٩٦٩م بقولها ((أن الصعوبات التي استندت إليها محكمة القضاء الإداري للحكم بالتعويض الكامل لا ترقى إلى مستوى الحوادث الطارئة الموجبة لإلزام الإدارة بتحمل نصيب من الخسارة الفادحة، التي تختل معها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً وذلك ضماناً لتنفيذ العقد الإداري، واستدامة سير المرافق العامة التي تخدمه))، وينتقد الدكتور الطماوي هذا الوصف بقوله أنه: ((يصدق تماماً على نظرية الظروف الطارئة، ولكنه بعيد تماماً عن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة التي لا يشترط فيها خسارة من نوع ما أشارت إليه المحكمة الإدارية العليا ويترتب عليها التعويض الكامل)) [1].

---

[1] د./ سليمان محمد الطماوي- المرجع السابق – ص ٧٢٧.

إلاّ أن المحكمة الإدارية العليا عدلت عن ذلك فيما بعد بأن حكمت للمتعاقد مع الإدارة بكافة الأعباء، والتكاليف التي واجهته نتيجة الصعوبات المادية غير المتوقعة، ودون اشتراط خسارة فادحة للحكم بتوفر شروط النظرية، في حكمها بتاريخ ١٩٩٧/١٢/٣٠ حيث جاء فيه ((... وبالتالي يكون الثابت من الأوراق أن هناك صعوبات مادية لم تكن متوقعة لدى طرفي العقد، قد صادفت تنفيذ الأعمال الإضافية التي قامت الإدارة بإسنادها إلى المطعون ضده خارج نطاق العقد، وأن تلك الصعوبات غير عادية، وترجع إلى طبيعة الأرض، والأتربة، وأنه ما كان بإمكان طرفي العقد توقعها، وهو ما يفيد توافر شروط انطباق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، بما يتعيّن معه تعويض المقاول عن التكاليف التي تحملها باعتبار الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسري إلاّ على الأعمال العادية المتوقعة، وإذ ذهب الحكم المطعون عليه هذا المذهب حيث قضى بإلزام الإدارة بجميع الأعباء والتكاليف التي تحملها المطعون ضده عند تنفيذ الأعمال الإضافية، بما يجاوز نسبة ٢٥% من الأعمال الأصلية – فإنه يكون قد صادف صحيح حكم القانون جديراً بالتأييد [١].

وبموجب نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، يلتزم المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد وهي بذلك تشابه نظريتي عمل الأمير، والظروف الطارئة، مع ملاحظة أن هذه الصعوبات إذا أدت إلى استحالة التنفيذ، فإننا نصبح عندئذٍ أمام حالة القوة القاهرة التي تؤدي إلى فسخ العقد، وتحلل المتعاقد من التزاماته.

ولا يفوتني أن أذكر أن الصعوبات المادية التي يتعرض لها المتعاقد تؤدي إلى إعفاءه من غرامات التأخير عند تجاوز التنفيذ مدة العقد، إذا كان التأخير بسببها ولم يكن

---

[١] سبقت الإشارة إلى هذا الحكم في ص ١١٥ من هذه الرسالة عند استعراضنا لشروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وذكرنا فقرة منه باعتبارها تطبيق عملي لشروط النظرية وفقاً لما حددها مجلس الدولة المصري.

للمتعاقد الحق في ذلك، وعلى المتعاقد عند مصادفته لهذه الصعوبات المادية، عدم التوقف عن التنفيذ؛ لكي لا يقع تحت طائلة جزاءات غرامة التأخير، أو الحرمان من حقه في التعـويض، عن اختلال اقتصاديات العقد.

على أن مبدأ التعويض الكامل للمتعاقد، لا يحول دون تحميله قيمة ما يُنسب إليه من خطأ، وعدم تبصر، تسبب في زيادة آثار الصعوبات المادية، ويقدر التعويض بقدر يتناسب مع مسئولية المتعاقد في الإسهام بهذا الضرر وهو أمر يقرره قاضي الموضوع.

مقارنة بين النظريات الثلاث للتوازن المالي للعقد الإداري

تشترك النظريات الثلاثة في الكثير من الصفات والأهداف، إلاّ أن هذه النظريات تختلف الواحدة عن الأخرى في بعض الأمور.

وقد سبق وأن تناولت في الفصول السابقة، ماهية نظريات التوازن المالي للعقد الإداري، وكيف نشأت في كنف ورعاية القضاء الإداري الفرنسي، بدءاً من منتصف القرن التاسع عشر الميلادي، وكيف تطورت مفاهيمها، وآثارها فقهاً وقضاءً خلال النصف الأول من القرن العشرين، وقد كان هدف مجلس الدولة الفرنسي في سعيه الدؤوب لابتكار هذه النظريات، هو لمواجهة ما تتمتع به الإدارة من سلطات خطيرة في مقابل المتعاقد معها، فأراد أن يوازن بين هذه الصلاحيات بمنح حقوق للمتعاقد؛ لكي يشجع الأفراد على الارتباط مع الجهات الإدارية لتنفيذ مشاريعها بقصد ضمان سير المرافق العامة، فإذا ما اختل توازن العقد الإداري نتيجة ظروف طارئة، أو استثنائية غير متوقعة، أو أصدرت الإدارة تشريعات، أو لوائح، أو قرارات أو تصرفات غير متوقعة، ونتج عن هذه أو تلك أضرار للمتعاقد مع الإدارة، لا يد له فيها، فهنا تلزم الجهة الإدارية دون خطأ منها بمد يد العون للمتعاقد لتمكينه من الاستمرار في تنفيذ العقد، بتعويضه عن الخسائر التي مني بها بسبب ذلك؛ لكي يعود العقد إلى توازنه تحقيقاً للعدالة، وحسن سير المرافق العامة.

ومن المعلوم أن النظريات الثلاثة تتفق فيما بينها في الأمور التالية:-

١- إن مصدر هذه النظريات هو القضاء الإداري، حيث بدأ في تطبيقها في أحكامه، فاتحاً الطريق للفقه الإداري في تحديد مضمونها، وأسسها، وأهدافها وآثارها، ومن ثَم بلورتها بالصورة التي هي عليها في الوقت الحاضر.

- جعلها تعتبر المتعاقد شريكاً للإدارة معاوناً لها في تحقيق غاياتها في العمل على ضمان حسن أداء المرافق العامة، واستمرار خدماتها لجمهور المنتفعين.

٣- تستلزم هذه النظريات وجود عقد إداري غرضه إنشاء، أو تسيير مرفق عام.

٤- تهدف جميعها إلى هدف واحد هو إعادة توازن العقد الإداري المختل إلى ما كان عليه عند التعاقد بقصد انتظام سير المرافق العامة.

٥- النظريات الثلاثة تمثل خروجاً على القاعدة الأساسية في القانون وهي (العقد شريعة المتعاقدين) أو ما يسمى (بالقوة الملزمة للعقد).

٦- أساس النظريات الثلاثة يرجع إلى فكرة العدالة، والمصلحة العامة التي توجب سير المرافق العامة بانتظام واضطراد.

٧- أن يكون الحدث مفاجئ وغير متوقع، ولا يمكن دفعه، ويولّد صعوبات مادية للمتعاقد.

٨- يجب ألا تصل الصعوبات المادية إلى درجة استحالة التنفيذ.

٩- للقاضي الإداري سلطة تقديرية في الحكم بالتعويض، وتحديد مقداره.

١٠- الصعوبات يجب أن تكون مؤقتة، وليست مستمرة لتطبيق هذه النظريات.

١١- أيضاً تتفق بأن التعويض الذي يحكم به للمتعاقد، هو تعويض بلا خطأ من الإدارة.

١٢- ألاّ يكون لأي من الطرفين أي دور في قيام الحادث المفاجئ باستثناء نظرية عمل الأمير.

١٣- أن يكون الحادث وقع بعد تقديم المتعاقد عطاءه غير القابل للرجوع فيه، أو بعد توقيع العقد وأثناء التنفيذ فيما عدا نظرية الصعوبات المادية الاستثنائية إذ تكون الصعوبات موجودة قبل التعاقد، ولكن اكتشافها تم بعده.

١٤- أن يستمر المتعاقد بتنفيذ شروط العقد، وأن يستمر وأن يواصل التنفيذ رغم حصول الحادث المفاجئ، أو الصعوبات المادية أو الإجراء الإداري.

١٥- أن يسبب الحادث المفاجئ، أو الإجراء الإداري إرهاق المتعاقد، والإخلال باقتصاديات العقد مع ملاحظة أن الظرف الطارئ يستلزم جسامة الضرر وقلب اقتصاديات العقد.

١٦- أن يكون الحادث أو الإجراء المفاجئ استثنائياً وعاماً وليس خاصاً بالمتعاقد أو فئة محددة من الناس.

١٧- عبء إثبات الظرف الطارئ، أو الصعوبات الاستثنائية أو الإجراء المسبب للضرر يقع على عاتق المتعاقد وكذا مقدار الضرر الذي أصابه.

وتختلف كل نظرية من النظريات الثلاثة للتوازن المالي للعقد فيما يلي:-

١- تختلف كل منهما عن الأخرى في نوع الحدث المفاجئ، فنظرية الظروف الطارئة وهي أقدم هذه النظريات تفترض حصول حادث طبيعي مفاجئ، مثل الزلازل والفيضانات والسيول والجفاف والعواصف، وهي ما يسمى بالمخاطر الاقتصادية، بينما تفترض نظرية عمل الأمير صدور قوانين، أو لوائح أو إجراءات حكومية من أي نوع تؤثر في اقتصاديات العقد، وهي ما يسمى بالمخاطر الإدارية، في حين أن نظرية الصعوبات المادية الاستثنائية تشترط حصول صعوبات تتعلق بطبيعة أرض المشروع على الغالب، كوجود طبقات صخرية قاسية تحتاج إزالتها إلى أعباء مالية إضافية لم تكن متوقعة أثناء التعاقد، أو وجود مياه بكميات كبيرة تحت أرض المشروع يلزم إزالتها من المتعاقد بكلفة إضافية غير متوقعة... الخ. وهذه المخاطر يطلق عليها المخاطر الطبيعية.

٢- تختلف أيضاً من حيث جسامة الضرر، فيجب أن يكون جسيماً أي يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب في نظرية الظروف الطارئة، على خلاف النظريتين الأخريين إذا لا يلزم أن يكون الخطر جسيماً، وإنما يكفي أن يكون الضرر متحققاً نتيجة هذه الصعوبات إلى درجة تؤدي إلى الإخلال باقتصاديات العقد.

٣- تختلف نظريتا الصعوبات المادية الاستثنائية وعمل الأمير عن شقيقتهما نظرية الظروف الطارئة في مقدار التعويض، فيكون التعويض شاملاً للضرر الذي يصيب المتعاقد في النظريتين المتقدمتين، بينما في نظرية الظروف الطارئة يكون التعويض جزئياً، تشارك الإدارة المتعاقد بتحمل معظم الأضرار التي أصابت المتعاقد معها نتيجة الظرف الطارئ.

٤- تختلف النظريات الثلاثة بكون نظرية الظروف الطارئة لها وجود في القانون الخاص وقد نصت عليها الكثير من القوانين المدنية، بل إن دور القاضي فيها يتجاوز الحكم بالتعويض، إذ بإمكانه تعديل العقد بما يكفل إعادة التوازن له بإنقاص التزامات المتعاقد، أو زيادة حقوقه في حين لا وجود للنظريتين الأخريين في القانون الخاص.

٥- تختلف نظرية الصعوبات المادية الاستثنائية، عن نظريتي الظروف الطارئة وعمل الأمير، في كون الصعوبات المفاجئة التي تفاجئ المتعاقد بموجبها لا يتصور حصولها إلاّ في بعض العقود الإدارية، مثل عقد الأشغال العامة وعقود التوريد متراخية المدة، في حين أن نظرية الظروف الطارئة ونظرية عمل الأمير تهدد مخاطرها كافة أنواع العقود الإدارية.

٦- تدخل المُشْرِع في العديد من الدول ومنها المملكة العربية السعودية، بوضع نصوص قانونية تلزم المتعاقد قبل التعاقد من التحري بنفسه عن طبيعة العمل، والظروف المحيطة به، بما في ذلك فحص التربة، ودراسة مستندات العقد، وإلزام الجهة الإدارية تقديم كافة المعلومات للمتعاقد عن المشروع، وافتراض علم المتعاقد بكافة التفاصيل عن العمل، والأسعار، وطبيعة الأرض، لغرض الحد من حالات الصعوبات المادية الاستثنائية كإجراء وقائي فعال، وهو أمر لا يمكن تطبيقه على نظريتي الظروف الطارئة، وعمل الأمير.

الباب الثاني

التوازن المالي للعقد الإداري في الفقه الإسلامي والنظام والقضاء الإداري السعودي المعاصر

تمهيد : الشريعة الإسلامية كأساس للأنظمة السعودية

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على نبيه محمد وعلى آله وصحبه وتابعيه وبعد،

لقد كرَّم الله سبحانه وتعالى المملكة العربية السعودية بأن جعل أرضها مهبط الوحي على النبي صلى الله عليه وسلم، ومهد الإسلام، وفيها أطهر بقاع الأرض وأقدسها ((الحرمين الشريفين))، ومنها انطلقت الدعوة الإسلامية، وشُيِّدت دولة الإسلام في عهد المصطفى عليه الصلاة والسلام خاتم الأنبياء والمرسلين، الذي أرسله الحق سبحانه وتعالى هادياً ومبشراً لتعاليم الدين القويم للناس أجمعين، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِنَّا أَرْسَلْنَاكَ شَاهِداً وَمُبَشِّراً وَنَذِيراً ﴾ [1] وقوله تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ ﴾ [2].

والإسلام دين الحق والعدل، والمساواة والإخاء والإحسان والفضيلة، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ومحاربة الجهل، والظلم والعدوان، والمحافظة على الضرورات الخمس، مصداقاً لقوله تعالى ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا كَافَّةً لِّلنَّاسِ بَشِيراً وَنَذِيراً وَلَكِنَّ أَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَعْلَمُونَ ﴾[3]. وقوله جل جلاله: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا مُبَشِّراً وَنَذِيراً ﴾ [4]. وقوله سبحانه وتعالى: ﴿وَإِنَّكَ لَعَلَى خُلُقٍ عَظِيمٍ ﴾[5].

فالإسلام دين ودولة، وهو عقيدة وشريعة، وحث على الفضيلة، والتسامح، والتعاون والمساواة، والوفاء بالمواثيق والعهود، والتحلي بالمثل العليا لخير وسلامة الفرد والمجتمع

---

[1] سورة الأحزاب آية (٤٥)

[2] سورة الأنبياء آية (١٠٧).

[3] سورة سبأ آية (٢٨).

[4] سورة الفرقان آية (٥٦).

[5] سورة القلم آية (٤).

في العبادات والمعاملات، قال صلى الله عليه وسلم: (إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق) [1] كما قال عليه الصلاة والسلام: (لا ضرر ولا ضرار) [2].

لذلك سادت الحضارة الإسلامية، وعمت أرجاء المعمورة منذ فجر الإسلام بما تحمله من تعاليم دينية، ودنيوية كلها خير، وأمن وسلام، للبشرية جمعاء، فهي حضارة تقدر طاقات الإنسان، وتحرص على استغلالها لخيره، وتخطط لتوجيهها، يقودها في ذلك دين يعتمد على الوحي من الخالق جل وعلا، ينظم هذه الطاقات ويشرع لها، في أسلوب معجز، وبيان مقنع، يخاطب العقل ويثير الوجدان، ويصقل النفس ويهذب الحس، مستهدفاً رقي المجتمع البشري، وقيادته إلى شاطئ الخير والأمان.

ولعل الحرية الفكرية التي أقرها القرآن الكريم، وشرع لها في كثير من آياته، من حيث فهم النصوص، والإفادة بما يصل إليه المتفهم من معانيها، في حل مشكلات الحياة وتوجيه سيرها، وإمدادها بما تحتاج إليه من ألوان التشريع، كانت السمة المميزة لهذه الحضارة، بل إنها هي التي وسعت آفاق التشريع، وسددت نشاطه، وبعثت فيه الحيوية المتجددة، مما أعانه على مواجهة هذه المشكلات، والاحتكام له في تطورها فلم يفلت منه زمام قيادها، ولم يعش أثراً تتداوله الكتب، أو نصوصاً حبيسة لا تمارس نشاطها كاملاً ذلك؛ لأن هذا التشريع استأثر بمكانة مميّزة في ضمائر الناس وعقولهم، ورافق حياتهم في كل شأن منها، وخالط شعاب تفكيرهم في كل اتجاه [3].

---

[1] الإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني – فتح الباري بشرح صحيح الإمام البخاري – المجلد السادس– مكتبة الرياض الحديثة – ص ٥٧٥.

[2] الإمام الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني – سنن ابن ماجة – دار بن حزم للطباعة والنشر بيروت – الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ ٢٠٠١م. – ص ٣٤٨.

[3] د./ السيد أحمد خليل – في التشريع الإسلامي – دار المعارف طبعة ١٩٦٦م– ص ٦.

ومع أن التنظيم الإداري في الإسلام يرتكز على فلسفة تتسم بالأصالة والثبات، فإن ذلك لا يعني على الإطلاق أنه جامد لا يعرف المرونة والقدرة على المواءمة، أو التكييف مع المستجدات والأحداث، أو مع ما يطرأ على الحياة الإدارية من تطور وتغير، وإنما يعني فقط أن هذا التنظيم، مع مرونته وقابليته للتكيف والتلاؤم مع كل ما هو جديد، ومع قدرته على التغير بتغير الزمان والمكان، فإن حركته تظل في إطار وفلك الفلسفة الإسلامية وما تنطوي عليه من أصول وكليات ثابتة [1]

فمن المعلوم أن الشريعة الإسلامية إلى جانب كونها نظمت علاقة العبد بربه، فإنها قد نظمت جميع شئون حياته الدنيوية، وأمرت بالمحافظة على الضروريات الخمس التي هي: حفظ الدين والنفس، والعقل، والمال، والنسل.

ومن أجل المحافظة على المال الذي هو عصب الحياة بلا منازع، وقوامها بلا مدافع، كما قال الله تبارك وتعالى في محكم تنزيله: ﴿وَلاَ تُؤْتُواْ السُّفَهَاء أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللّهُ لَكُمْ قِيَاماً وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُواْ لَهُمْ قَوْلاً مَّعْرُوفاً﴾[2]، فإنها شرّعت أحكاماً من شأنها أن تحفظ حقوق أرباب الحقوق بكل وسيلة، وتسد الطرق المفضية إلى إضاعتها، وذلك في قواعد عامة شيدت على العدل وجلب المصالح، ودرء المفاسد، وتتميز بالشمولية، والدقة والعمق، والصلاحية لكل زمان ومكان، لا سيما في مجال التطبيق قال تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الإِسْلاَمَ دِيناً﴾[3].

---

[1] أستاذنا الدكتور/ رمضان محمد بطيخ – أصول التنظيم الإداري في النظم الوضعية والإسلامية طبعة ١٩٩٣م – دار النهضة العربية – ص ٣٨٨.

[2] سورة النساء – آية (٥).

[3] سورة المائدة – آية (٣).

والقرآن الكريم هو كتاب الله المنزل على رسوله محمد صلوات الله عليه وسلامه وهو أول وأهم مصدر للتشريع، فقد نزل القرآن خلال ثلاث وعشرين سنة، هي فترة بعثة الرسول، ونزل تبعاً لحاجات المجتمع المسلم، ويتألف القرآن من مئة وأربع عشرة سورة تشتمل على ٦٢٣٦ آية وتتعرض آياته لمختلف الموضوعات سواء ما يتعلق بالعقيدة أو بالعبادات أو المعاملات[١].

وتأتي السنة النبوية المطهرة في المرتبة التالية إذ تعتبر المصدر الثاني للتشريع وهي ما صدر عن النبي صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير قال تعالى: ﴿ وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ ﴾[٢] والسنة متممة للقرآن ومفصلة له.

أما المصدر الثالث للتشريع الإسلامي فهو الإجماع وهو ((اتفاق المجتهدين من أمة محمد صلى الله عليه وسلم على أمر من الأمور في عصر بعد وفاته)) ومعناه في اللغة الاتفاق والعزم وهو مشترك بينهما [٣] لقوله تعالى: ﴿وَمَن يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِن بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَى وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّى وَنُصْلِهِ جَهَنَّمَ وَسَاءتْ مَصِيراً ﴾[٤].

وعن أنس بن مالك رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: (إن أمتي لا تجتمع على ضلالة، فإذا رأيتم اختلافاً، فعليكم بالسواد الأعظم) [٥].

---

[١] د./ عبد العزيز عبد الرحمن الشلهوب – النظام الدستوري في المملكة العربية السعودية – الطبعة الأولى سنة ١٩٩٩م – ص ٩٠.

[٢] سورة الحشر الآية ٧.

[٣] أبو حامد الغزالي – المستصفى – جزء ١ – ص ١٧٣، طبعة دار الكتب العلمية ١٤٠٣هـ الموافق (١٩٨٣م).

[٤] سورة النساء الآية ١١٥.

[٥] سنن ابن ماجة – المرجع السابق – ص ٥٩٦.

ثم يأتي دور القياس وهو إلحاق واقعة لم يرد نص على حكمها بواقعة ورد نص في حكمها بالحكم لاتحاد العلة فيما بينهما، يليه الاستصحاب وهو قاعدة إثبات استمرار ما كان ثابتاً، أو نفي ما كان منفياً وبعدها يأتي دور الاستحسان والعرف ثم الاستصلاح.

ويعد القضاء في المملكة العربية السعودية امتداداً للقضاء في العصور الإسلامية المختلفة منذ بزوغ فجر الإسلام على أرض الجزيرة العربية في عهد النبوة، فقد اعتنى المسلمون بولاية القضاء في عصورهم المتتالية بما يتفق مع كل عصر ومتطلباته، مجتهدين في استنباط الأحكام من القواعد الكلية، وإيجاد الحلول المناسبة لأداء هذه المهمة العظيمة والخطيرة على الوجه الأكمل، ويعد القضاء في الإسلام أحد أهم مسئوليات الحاكم لتحقيق العدل بين الرعية، فالعدل أساس الملك، وتعددت الآيات الكريمة التي تحث على إقامة العدل، لذلك برزت أهمية القضاء في الإسلام، ومسئولية القاضي الخطيرة في الفصل في الخصومات والتحذير من تهاونه فيها، قال صلى الله عليه وسلم في ذلك: (من ولي القضاء فقد ذبح بغير سكين) [1] وقال صلى الله عليه وسلم:(القضاة ثلاثة اثنان في النار، وواحد في الجنة رجل عرف الحق فقضى به، ورجل قضى للناس على جهل فهو في النار. ورجل جار في الحكم فهو في النار) [2].

وكان المصطفى عليه الصلاة والسلام، أول قاضٍ في الإسلام في المدينة المنورة، فهو إمام المسلمين، والمرجع الوحيد لتلقي الأحكام الشرعية، كان يقوم بالحكم والقضاء والإفتاء [3] وبعد اتساع الدولة الإسلامية، عيّن بعض صحابته رضوان الله عليهم، قضاة في مختلف أنحاء الدولة، موجهاً، ومرشداً لهم، ومفوضاً إياهم سلطاته القضائية، ومن توجيهاته

---

[1] الإمام الحافظ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني بن ماجة – سنن ابن ماجة –الطبعة الثانية ١٤٠٤هـ ١٩٨٤م – شركة الطباعة العربية السعودية المحدودة – الجزء الثاني – ص ٣٨.

[2] سنن ابن ماجة – المرجع السابق – ص ٣٩.

[3] د./ شوكت محمد عليان – السلطة القضائية في الإسلام – دار الرشيد للنشر والتوزيع – الرياض الطبعة الأولى – ١٤٠٢هـ ١٩٨٢م ص ٥٠

لهم قوله لمعاذ بن جبل حينما أرسله قاضياً على اليمن (كيف تقضي إن عرض لك قضاء؟ قال : أقضي بكتاب الله، قال: فإن لم تجد في كتاب الله؟ قال: فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال: فإن لم تجد في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا في كتاب الله؟ قال: أجتهد برأي ولا ألو جهداً، قال: فضرب رسول الله صدره وقال: الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله) [1].

ومما يروى عن قضائه صلى الله عليه وسلم في المظالم ما رواه ابن سعد عن محمد بن عمر وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد كتب إلى العلاء بن الحضرمي أن يقدم عليه بعشرين رجلاً من عبد القيس، فقدم عليه بعشرين رجلاً على رأسهم عبد الله بن عوف الأشج، واستخلف العلاء على البحرين المنذر بن ساوي فشكى الوفد العلاء بن الحضرمي فعزله رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وولى مكانه أبان بن سعيد بن العاص وقال له (استوصِ بعبد القيس خيراً وأكرم سراتهم) [2].

وفي خطاب الخليفة عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) لقاضيه أبي موسى الأشعري أرسى فيه أسس العدل وقواعد القضاء، وأرشد إلى سبل تحقيقه، وهذا الخطاب يعد من أول الأصول الإجرائية المدونة في فقه الشريعة الإسلامية وهو يعد كذلك؛ لأنه ذكر فيه عدداً من الإحكام الإجرائية التي تعين القاضي على الفصل في الدعوى وفيما يلي نص الخطاب:-

إلى أبي موسى الأشعري أما بعد، (فإن القضاء فريضة محكمة، وسنة متبعة، فافهم إذا أدلى إليك، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له، وآس بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك، حتى لا يطمع شريف في حيفك، ولا ييأس ضعيفٌ من عدلك، البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، الصلح جائز بين المسلمين إلاّ صلحاً أحل حراماً، أو حرم حلالاً، ولا يمنعنك قضاء قضيته أمس فراجعت اليوم

---

[1] سنن أبي داود - صنفه وجمعه الإمام الحافظ أبو داود بن الأشعث بن اسحاق - الجزء الثاني - الطبعة الثانية - مطبعة البابي الحلبي وأولاده بمصر طبعة ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م ص ٢٩٧.

[2] ابن سعد - الطبقات الكبرى - الجزء الرابع - طبعة ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م - دار صادر - بيروت ص ٣٦٠ وص ٣٦١.

فيه عقلك وهديت فيه لرشدك أن ترجع إلى الحق فإن الحق قديم، ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل، الفهم الفهم فيما تلجلج في صدرك مما ليس في كتاب الله تعالى ولا سنة نبيه، ثم اعرف الأمثال والأشباه وقس الأمور بنظائرها، واجعل لمن ادعى حقاً غائباً أو بينة أمداً ينتهي إليه، فمن أحضر بينة أخذت له بحقه، وإلاّ استحللت القضية عليه فإن ذلك أنفى للشك، وأجلى للعمى، والمسلمون عدول بعضهم على بعض، إلاّ مجلوداً في حد أو مجرباً عليه شهادة زور، أو ظنيناً في ولاء أو نسب، فإن الله عفا عن الأيمان ودرأ بالبينات. وإياك والقلق والضجر والتأفف بالخصوم فإن الحق في مواطن الحق يعظم الله به الأجر ويحسن به الذكر والسلام) [1].

وقد اهتم بهذا الخطاب العلماء والأدباء والمحدثون، ونشروه في مؤلفاتهم واهتم عدد من الفقهاء بشرحه، ومنهم ابن القيم فقد شرحه شرحاً مطولاً في كتابه (إعلام الموقعين) [2]، بل إن هذا الكتاب اهتم به غير المسلمين، فترجم إلى عدد من اللغات الأجنبية الإنجليزية والفرنسية والألمانية، وضاق به أحد المستشرقين ذرعاً فأخذ يطعن فيه ويشكك في ثبوته عن عمر رضي الله عنه. وما ذلك إلاّ أنه وجد فيه من القواعد الإجرائية المحكمة ما استكثره هذا المستشرق على المسلمين، ولا غرو فمن عرف أصول الشريعة ومقاصدها العامة، لا يستكثرون أن يخرج ذلك من المسلمين. وقد اشتمل هذا الكتاب على أصول إجرائية كثيرة منها أن يعدل القاضي بين المتخاصمين لديه حتى في المجلس، وأيضاً توجيه البيّنة على المدعي واليمين على من أنكر، وعرض الصلح على من يتخاصم، وإذا وقع خطأ في الحكم فإن على القاضي أن يرجع عنه مهما كان ذلك، وأيضاً فهم القاضي لكلام الخصوم الذين يلقونه إليه من الدعوى والإجابة والدفوع، وفهم شهادة الشهود، وفهم النصوص والقواعد الموضوعية والإجرائية التي يطبقها على موضع النزاع، وإمهال من ادعى بيّنة وطلب مهلة يمهل المدة المناسبة في نظر الحاكم، ولكنها مدة تكون أيضاً إلى وقت محدد وليست مطلقة، فإن رأى منه

---

[1] أبو الحسن علي بن محمد الماوردي- الأحكام السلطانية – ص ٩١.

[2] شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية – إعلام الموقعين عن رب العالمين – الجزء الأول – دار الجيل للنشر والتوزيع – بيروت – طبعة ١٩٧٣م ص ٨٥ وما بعدها.

المطل واللدد، حكم عليه، وأيضاً في إثبات البيّنة هل عند الخصم طعن في الشهود، أو مطعن في الشهادة، عندها يفسح له القاضي الوقت اللازم لذلك، وهذه من الأصول الإجرائية وأيضاً ما يجب على القاضي من التؤدة في الحكم، والرفق بالخصوم والمساواة بينهم، وأن يسعى القاضي إلى إخلاص نيته فيما بينه وبين الله عز وجل فإنه يثاب على ذلك[1].

ويروى عن عمر بن عبد العزيز (رحمه الله) أنه اجتهد في مدة ولايته، مع قصرها حتى رد جميع المظالم، وصرف إلى كل ذي حقٍ حقه [2].

وقامت الدولة السعودية منذ بواكيرها الأولى في قلب الجزيرة العربية في الدرعية قرب مدينة الرياض عام ١١٥٧هـ الموافق (١٧٤٤م) تحمل رسالة الإسلام، وتحكم بشريعته بقيادة الإمام محمد بن سعود، وبمساندة ومباركة من الداعية المجدد شيخ الإسلام في عصره الإمام محمد بن عبد الوهاب – رحمهما الله– ليعم الخير والأمان أرجاء الجزيرة، ومن ثَم توالت الجهود من أبنائهما ومؤيديهما الغيورين على الدين والوطن، حتى سادت الدعوة، وانتشر التوحيد، وتألف الناس تحت ظلال الشرع الحنيف.

ولكون الجزيرة العربية قد خضعت في سالف الزمن، لأنواع متباينة من الحكم، فقد اختلفت تبعاً لذلك أنماط وصيغ القضاء، من منطقة إلى أخرى حسب ظروف كل منطقة وعادات أهلها، ومستوى وعيهم الثقافي ومتطلبات أنشطتهم وحاجاتهم. فظهر في منطقتي الحجاز والإحساء بعض

---

[1] من محاضرة ألقاها فضيلة القاضي /عبد الله بن محمد آل خنين القاضي بمحكمة التمييز في غرفة تجارة وصناعة الرياض بعنوان المرافعات الشرعية في التطبيق العملي مساء الاثنين ١٤٢٤/١١/٦هـ الموافق (٢٠٠٤/١/٨م) ومقال نشر لفضيلته في مجلة – المدخل إلى فقه المرافعات – دار العاصمة – الرياض الطبعة الأولى سنة ١٤٢٢هـ – ٢٠٠١م ص ٢٣٩ وما بعدها.

[2] كان مناديه في كل يومٍ ينادي: ((أين الغارمون؟ أين الناكحون؟ أين المساكين؟ أين اليتامى؟ حتى أغنى كلاً من هؤلاء...)) بدأ بنفسه حتى أنه رد فص خاتم كان في يده، قال: أعطانيه الوليد من غير حق، وخرج من جميع ما كان من النعيم في الملبس والمأكل والمتاع، وظن أن ما جمعه أبوه وآل بيته لم يكن بطريقٍ مشروع فعزم على التخلص مما ورثه ورده على من أخذ منه. انظر د./ وهبة الزحيلي – الخليفة الراشد العادل عمر بن عبد العزيز – دار قتيبة للطباعة والنشر والتوزيع – بيروت ص ١٥٦.

مظاهر التنظيم الإجرائي والتوثيقي، بخلاف أنحاء أخرى مثل منطقة نجد ومنطقة عسير اللتين تميزتا بالنظام القبلي المستند إلى الأعراف والعادات والتقاليد، دون اهتمام بالجوانب الشكلية والإجرائية.

ومنذ تأسيس المملكة العربية السعودية على يد المغفور له الملك المؤسس عبد العزيز بن عبد الرحمن آل سعود، بعد أن هيأ الله على يديه توحيد الجزيرة العربية في دولة واحدة شعارها التوحيد فقد عمل ولاتها، وعلماؤها وقضاتها، ليصبح الحكم والسيادة للشريعة الإسلامية وحدها في جميع مناحي الحياة ونشاطاتها، امتثالاً لقوله تعالى: ﴿فَلاَ وَرَبِّكَ لاَ يُؤْمِنُونَ حَتَّىَ يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لاَ يَجِدُواْ فِي أَنفُسِهِمْ حَرَجاً مِّمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّمُواْ تَسْلِيماً﴾[1].

وقد بدأ الملك عبد العزيز (طيّب الله ثراه) بترتيب وتنظيم أوضاع المحاكم، وعين لها القضاة من العلماء لتختص دون غيرها في نظر الخصومات بين الناس، وفقاً لأحكام الشرع الحنيف، دون محاباة أو مراوغة، وفي ١٣٤٤/١/١٦هـ الموافق (١٩٢٥/٨/٥م) أصدر أمره بتحديد مصادر الأحكام المؤسسة على تعاليم الشرع المطهر على الرأي الراجح لدى أهل العلم دون التقيد بمذهب معيّن، مراعاة لمصلحة القضاء بما يتناسب مع أنواع الحوادث والنوازل، مع اعتبار مذهب الأمام أحمد قاعدة عامة للأحكام؛ ولكنها (أي المحاكم) غير مقيدة به، إذ يجوز الاستناد في الأحكام إلى آراء وأقوال المذاهب الإسلامية الأخرى، وأخذ الراجح من أقوال العلماء مع ذكر الدليل.

ثم صدر أول تنظيم لعمل المحاكم في ١٣٤٤/٩/٥هـ الموافق (١٩٢٦/٣/١٨م) بعنوان (مواد إصلاحية مؤقتة للمحاكم الشرعية) وبتاريخ ١٣٤٦/٢/٢١هـ الموافق (١٩٢٧/٨/١٩م)

---

[1] سورة النساء آية (٦٥).

صدر أمر ملكي بإنشاء العديد من المحاكم في مكة المكرمة، وجدة، والمدينة المنورة، ومؤسساً هيئة إشرافية للقضاء باسم (هيئة المراقبة القضائية).

ثم توالت الأنظمة والأوامر والتعليمات لتنظيم المحاكم وكتابات العدل والإعلان عنها في حينها في الجريدة الرسمية للمملكة (جريدة أم القرى)، وكان من الطبيعي في دولة أسست تحت راية التوحيد، وشعارها لا إله إلاّ الله محمد رسول الله أن يكون شرع الله سبحانه وتعالى وأحكامه، هو أساس الحكم، والسلطان، ومصدر التشريع، وهو أمر في يقين، ووجدان كل فرد في المجتمع المسلم، عبرت عنه العديد من أنظمة الدولة ولوائحها، في مقدمتها النظام الأساسي للحكم الصادر عام ١٤٢١هـ الموافق (٢٠٠٠م) الذي يعتبر بحق أنه دستور البلاد بالمفهوم القانوني، إذ جاء في المادة (٧) منه، (يستمد الحكم في المملكة العربية السعودية سلطته من كتاب الله وسنة رسوله وهما الحاكمان على هذا النظام وجميع أنظمة الدولة) وتكرر هذا المبدأ في المواد (٢٣، ٤٨، ٦٧) من ذات النظام، وفيها تم التأكيد على حماية الدولة للعقيدة، واعتماد المحاكم على الشريعة السمحاء في أحكامها، وإصدار الأنظمة واللوائح وفقاً لها.

كما رددت هذا المبدأ باعتباره المصدر الرئيسي للتشريع العديد من الأنظمة [1]

---

[1] على سبيل المثال وليس الحصر نظام كتاب العدل عام ١٣٦٤هـ - ١٩٤٥م المادة (٧)، ونظام الإذاعة عام ١٣٧٤هـ الموافق (١٩٥٥م) المادة (٨)، ونظام الأوراق التجارية عام ١٣٨٣هـ الموافق (١٩٦٣م) المادة (٦)، ونظام العمل والعمال عام ١٣٨٩هـ الموافق (١٩٦٩م) المادة (١٨٥)، ونظام القضاء عام ١٣٩٥هـ الموافق (١٩٧٥م) المادة (١)، ونظام التحكيم عام ١٤٠٣هـ الموافق (١٩٨٣م) المادة (٢٠)، نظام مجلس الشورى الصادر عام ١٤١٢هـ الموافق (١٩٩١م) المواد (١، ٢)، ونظام المطبوعات والنشر عام ١٤٢١هـ الموافق (٢٠٠٠م) المواد (٩، ٣٦)، ونظام المرافعات الشرعية عام ١٤٢١هـ الموافق (٢٠٠٠م) المادة (١).

الفصل الأول

موقف الفقه الإسلامي من التوازن المالي للعقد الإداري

المبحث الأول:

التوازن المالي للعقد الإداري من خلال قواعد الفقه الإسلامي الكلية:

بعد أن استعرضت في الباب الأول من هذه الرسالة نظريات التوازن المالي للعقد الإداري في فرنسا ومصر باعتبارهما دولتين رائدتين في التطبيق العملي، وتبيّن كيف أنها بدأت في الظهور في منتصف القرن التاسع عشر تقريباً، وأنها وليدة اجتهادات القضاء الإداري في فرنسا(مجلس الدولة)، الذي يمتلك صلاحيات واسعة، وأفكار جريئة وخلاقة، ومتحررة من قيود النصوص القانونية، التي تكبل القاضي المدني عند تصديه لنظر منازعات العقود الإدارية التي تنفرد بكون الجهة الإدارية تتمتع فيها بميزات وسلطات استثنائية، لا نظير لها في عقود القانون الخاص، فهي تستطيع بإرادتها المنفردة ورغم إرادة المتعاقد معها أن تُعدّل شروط عقدها بزيادة التزامات المتعاقد، أو إنقاصها، بالإضافة إلى حقها في الرقابة والإشراف على المتعاقد أثناء تنفيذ التزامه، وحق التنفيذ المباشر، بفرض الجزاءات إذا أخلّ بأي من التزاماته العقدية، وحقها في إنهاء العقد دون خطأ منه .

لمّا كان الأمر كذلك وكان نتيجته ضعف مركز المتعاقد معها الذي يهدف في تعاقده إلى تحقيق عائدٍ مجزٍ وربحٍ، وفي ذات الوقت يعتبر معاوناً للإدارة في تسيير المرفق العام، من خلال التزامه بتنفيذ العقد المبرم معه، وعلى ذلك فإن أي زيادة في أعباء المتعاقد نتيجة استخدام الإدارة لسلطاتها، في تعديل التزاماته يرتب حقاً أساسياً له، في تغطية تلك الأعباء، على نحو يعيد التوازن المالي للعقد للحالة التي كان عليها عند إبرامه.

فالقاعدة هي أنه كلما زادت التزامات المتعاقد مع الإدارة زادت حقوقه أيضاً، الأمر الذي سوف يُمكّنه من الاستمرار في تنفيذ عقده المتصل بنشاط مرفق عام، أساس ذلك العدالة المجردة، وتحقيق المصلحة العامة، وكفالة حسن سير المرافق العامة، ومبدأ المساواة بين

الإدارية، وقد تم شرح ذلك مفصلاً فيما سبق.

ثم بان كيف أن هذه الفكرة تطورت بسبب الأهداف، والغايات، التي ترمي إليها في استمرار سير المرافق العامة، بظهور نظريات التوازن المالي، مستندة في ذلك إلى مبررات وأسباب عديدة، لعل أهمها النية المشتركة للطرفين، واعتبارات العدالة، وحسن النية، والطبيعة الذاتية للعقود الإدارية، وضمان سير المرافق العامة، بانتظام واضطراد، لتحقيق المصلحة العامة.

لذلك امتدت تطبيقات نظريات التوازن المالي للعقد الإداري، لتشمل العديد من أنواع العقود الإدارية، وأيضاً لم تقتصر على مواجهة (المخاطر الإدارية)، وهي حالة نظرية عمل الأمير وحدها، وإنما أيضاً لتشمل أية أضرار تنتج بسبب ظروف ومفاجآت غير متوقعة للطرفين، ولا يمكن دفعها، وهما حالتا (المخاطر الاقتصادية)، و(المخاطر الطبيعية)، المتمثلة في نظريتي الظروف الطارئة، والصعوبات المادية غير المتوقعة.

هذه النظريات كما أسلفت في مقدمة هذه الرسالة، تجد صدىً طيباً، وقبولاً في الفقه والقضاء الإسلامي، بالنظر إلى الأهداف والغايات المتوخاة منها، والتي تتفق تماماً مع مقاصد الشريعة السمحاء، وروحها العامة، التي تهدف إلى تحقيق الخير والمساواة للناس [1]، ومنع الضرر ورفع الظلم عنهم، فالشريعة الإسلامية الخالدة، شريعة الحياة والواقع والفطرة، صالحة للتطبيق في كل زمان ومكان، وهي عدل كلها، ورحمة كلها ومصالح كلها، وحكمة كلها، كما قال العلامة ابن قيم الجوزية [2].

---

[1] والإسلام لا يحقق المساواة بين المسلمين فقط أمام القانون، أو حيال القضاء، أو في شغل الوظائف العامة، وإنما يحققها أيضاً في تحمل أعباء التكاليف العامة ووسيلته الأساسية هي الزكاة التي تعني (البركة والنماء والطهارة والإصلاح) فهي تطهر النفس والمال كما هي واجب ديني واجتماعي. انظر أستاذنا الدكتور/ رمضان محمد بطيخ – المرجع السابق – ص ١١١.

[2] ابن قيم الجوزية – إعلام الموقعين– المرجع السابق – الجزء الثالث ص ٣.

ومن مظاهر رعاية الشريعة لأصل رفع الحرج عن النـــاس ((تشـــريعها للـــرخص مراعاة لأعذارهم ورفع المشقة عنهم، والرخصة هي ما شرع بناءً علـــى أعـــذار النـــاس وظروفهم الطارئة)) [1].

وسوف أتناول فيما يلي تعريف القاعدة الفقهية، ومصدرها، وتطورها في لمحة سريعة تمهيداً لبيان أثر هذه القواعد، وغاياتها على العقود الإدارية، وما تقرره من أحكام، عند اخـــتلال التوازن المالي لها.

والقاعدة في اللغة هي الأساس [2]، وكل ما يرتكز عليه الشيء فهو قاعـــدة، وتُجمـــع قواعد، وهي أسس الشيء وأصوله، حسياً كان ذلك الشيء كقواعد البيت، أو معنويـــاً كقواعـــد الدين ودعائمه، وعرفت القاعدة الفقهية بأنها: ((أمر كلي ينطبق على جزيئـــات موضـــوعه)) [3] والقاعدة تحيط بالفروع والمسائل في أبواب فقهية كقاعدة (الأمور بمقاصدها) فإنها تطبق علـــى أبواب العبادات، والجنايات، والعقود، وغيرها من أبواب الفقه.

ويجدر التنويه إلى الفرق بين النظرية الفقهية، والقاعدة الفقهية، فالأولى عبارة عـــن طائفة الآراء تفسر بها بعض الوقائع العلمية أو الفنية، بينما القاعدة الفقهية هي بمثابة ضـــوابط بالنسبة إلى النظريات، فقاعدة (العبرة في العقود للمقاصد) مثلاً ليست سوى ضابط مـــن ناحيـــة مخصوصة من نظرية العقد، وهكذا سواها من القواعد[4]، ويلزم أن تكون القاعدة الفقهية موافقة لمقصود الشارع، ومراعية لمصالح العباد، وتتسم بطابع التيسير والتسهيل.

---

[1] أستاذنا د./ عبد الكريم زيدان – حالة الضرورة في الشريعة الإسلامية – مؤسسة الرسالة بيروت – الطبعة الثانية ١٩٨٨ ص ٧.

[2] ابن منظور – لسان العرب – المجلد الثالث – دار صادر بيروت الطبعة الثالثة ١٤١٤هـ ١٩٩٤م – ص ٣٦١.

[3] الشيخ/ منصور البهوتي – كشاف القناع عن متن الإقناع – عالم الكتب – الجزء الأول – ص ١٦.

[4] انظر في ذلك د./ صالح بن غانم السدلان – القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها الطبعة الثانية ١٤٢٠هـ ص ١٥ وص ١٦.

وقد بدأت القواعد الفقهية بالظهور إبان عصر الرسالة، ومنبع التشريع، وكانت الأحاديث النبوية الشريفة، بمثابة القواعد العامة التي تنطوي تحتها الفروع الفقهية الكثيرة، كقوله صلى الله عليه وسلم: (الخراج بالضمان) و(لا ضرر ولا ضرار) وما سواها من مواقع الكلم. ثم استمرت الحركة الفقهية في عهد الصحابة، والتابعين وتابعيهم، من الأئمة والمجتهدين، باستنباط الأحكام الفقهية من المصادر الشرعية من الكتاب، والسنة، ومصادر الاجتهاد الأخرى، فأوجدوا الحلول لكل مسألة من المسائل، حتى برزت مجموعة ضخمة من الأحكام، والقواعد الفقهية، والقاعدة الفقهية يحتج بدليلها من الكتاب والسنة ومصادر الفقه المعتبرة.

وقبل الحديث عن القواعد الفقهية موضوع هذا المبحث يلزم الإجابة على سؤال هام يبرز هنا هو: هل الأصل في الأشياء والأفعال الإباحة أو التحريم ؟.

لقد بحث علماء المسلمين في الأشياء والأعيان والأفعال والتصرفات، التي لم يرد في الشريعة نص في شأنها فهل هي مباحة أم محظورة؟ فقال بعضهم: أن الأصل فيها الحظر والمنع، وقال آخرون أن الحكم عليها يتوقف حتى يظهر الدليل. بينما قال البعض: ينظر إلى أصل الشيء فإذا كان نافعاً فهو مباح، وإذا كان ضاراً فهو محرم. والراجح عند جمهور الفقهاء، هو أن الأصل في كل الأشياء والأفعال التي لم يرد نص بشأنها هو الإباحة [1]. مستشهدين في قوله تبارك وتعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُم مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعاً﴾[2] وقوله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمُ الطَّيِّبَاتُ﴾ [3].

---

[1] د./ وهبة الزحيلي – نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي – دار الفكر العربي المعاصر – الطبعة الرابعة ١٤١٨هـ الموافق (١٩٩٨م) – ص ٣١ وما بعدها.

[2] سورة البقرة الآية ٢٩.

[3] سورة المائدة الآية ٥.

وبدأ تدوين القواعد الفقهية باعتباره علماً قائماً بنفسه، في مطلع القرن الرابع الهجري

فقد روي أن الإمام أبو طاهر الدباسي جمع أهم قواعد مذهب أبي حنيفة في سبع عشرة قاعدة، وردّه إليها ونقل عنه أبو سعيد الهروي سبعاً من تلك القواعد ومعها القواعد الأساسية التالية:

١- اليقين لا يزال بالشك. ٢- المشقة تجلب التيسير.
٣- الضرر يزال. ٤- العادة محكّمة.

ويعتبر القرن الثامن الهجري العصر الذهبي في تدوين القواعد الفقهية ونهضتها على أيدي كبار الأئمة فقد اتسعت رقعتها واعتنت المؤلفات فيها.

ومن المؤلفات في هذا العصر، نجد كتاب (القواعد) لتقي الدين الحصني، وهو يعد من أجود المؤلفات في هذا الفن، اعتنى فيه المؤلف بذكر القواعد، وأدلتها وتحليلها، وبدأ بالقواعد الخمس الكبرى حسب الترتيب التالي:

١- الأمور بمقاصدها

٢- اليقين لا يزول بالشك.

٣- المشقة تجلب التيسير.

٤- الضرر يزال .

٥- اعتبار العادة بالرجوع فيها [1].

---

[1] أبو عبد الرحمن عبد المجيد جمعة الجزائري – القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب إعلام الموقعين العلامة ابن قيّم الجوزية – الطبعة الأولى – دار ابن القيم للنشر – الدمام – ١٤٢١هـ الموافق (٢٠٠٠م) – ص ١٧٩ وما بعدها، وقد ورد في المدخل الفقهي العام أبيات شعر نظمها بعض الشافعية لهذه القواعد نوردها فيما يلي:-

خمس مقررة قواعد مذهب للشافعي فكن بهن خبيرا
ضرر يزال، وعادة قد حكمت وكذا المشقة تجلب التيسيرا
والشك لا ترفع به متيقناً والقصد أخلص إن أردت أجورا

انظر د./ مصطفى أحمد الزرقا – المدخل الفقهي العام – المجلد الثاني – الطبعة العاشرة ١٩٦٨م – ص ٩٥٤.

على أنه يلزم في هذا المقام، تسليط الضوء على بعض من القواعد الفقهية المتقدمة، التي تفسح المجال رحباً، للأخذ بنظريات التوازن المالي الحديثة نسبياً، والتي انطلقت من بيئة غربية، تركز جل اهتمامها على مصالح دنيوية مادية، قصرت في مضامينها عن الوصول إلى غايات ومقاصد تلك القواعد السامية، التي ترمي إلى اجتناب المفاسد، وجلب المصالح في الدنيا، والفوز بالثواب والنجاة من العذاب في الآخرة.

ولا ريب فإن هذا يدل دلالة قاطعة على أن المسلمين لا يعجزهم أن يجدوا في شريعتهم لكل جزئية، أو حادثة تستجد حكماً يفهم من كتاب الله، أو سنة رسوله صلى الله عليه وسلم، أو يستنبط بطريق التأمل في روح الشريعة، كيف لا وكتاب الله سبحانه وتعالى قد تضمن لكل حالة ظهرت، أو ستظهر مستقبلاً، حكماً يتوصل إليه العلماء المتخصصون في دراسة أصول الأحكام الشرعية وقواعدها الكلية.

وأتطرق فيما يلي إلى القواعد الفقهية المتقدمة، لبيان المقصود من كل منها، ومصدرها، وما يتفرع منها من قواعد، على النحو التالي :-

1. « **قاعدة الأمور بمقاصدها**»

ومعناها، أن الأحكام الشرعية التي تترتب على أفعال المكلفين، منوطة بمقاصدهم من تلك الأفعال، فالقصد والنية والاعتقاد، يجعل الشيء حلالاً، أو حراماً، صحيحاً، أو فاسداً.

وأصل القاعدة، ما رواه الخليفة عمر بن الخطاب – رضي الله عنه– عن النبي صلى الله عليه وسلم قوله: ((إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى)) [1] وشواهد هذه القاعدة كثيرة في الكتاب والسنة، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿فَاعْبُدِ اللَّهَ مُخْلِصاً لَّهُ الدِّينَ ﴾[2]، فالشارع قصد من المكلف، أن يكون مقصده في العمل موافقاً لقصده في التشريع، من جلب المصالح ودرء المفاسد.

---

[1] الإمام النووي – رياض الصالحين– دار المأمون للتراث – ص ٤.

[2] سورة الزمر الآية ٢.

ونستنتج من هذه القاعدة، فيما يخص موضوع البحث بأنها تتفق مع الرأي الذي نادى به بعض فقهاء القانون الإداري، من أن نظريات التوازن المالي للعقد الإداري، تؤسس على النية المفترضة لأطراف العقد، من أن التزاماتهم العقدية، رهينة استمرار الظروف المؤثرة على العقد أثناء التنفيذ، كما هي عليه دون تغيير منذ إبرامه، أما إذا تغيرت هذه الظروف، وأخلّت بالتوازن، فإنه يتعيّن تعديل الالتزامات بما يعيد للعقد توازنه، ذلك أن المتعاقد مع الإدارة كان يقصد من تعاقده تحقيق عائد مالي مجزٍ له، بالإضافة إلى ربح معقول عند إقدامه على التعاقد، أما وقد واجهته صعوبات مادية غير متوقعة، أو ظروف طارئة، أو إجراءات من الجهة الإدارية المتعاقدة، عرضته إلى خسائر مالية فادحة، فإن على الإدارة تعويضه عن هذه الأضرار، بما يُمكّنه من تنفيذ التزاماته خدمة للصالح العام.

ويتفرع عن هذه القاعدة، قاعدة أن الاعتبار في العقود والأفعال لحقائقها ومقاصدها دون ظواهر ألفاظها وأفعالها. أو كما يقول الحنفية: (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني) ولقد اتضح فيما تقدم خلال بحث موقف مجلس الدولة الفرنسي، من تفسير العقود الإدارية، كيف أنه يأخذ في البحث عن النية الحقيقية التي اتجه إليها الطرفين، حين التعاقد لترتيب الالتزامات العقدية [1].

٢. ((**قاعدة المشقة تجلب التيسير**)):

ومعناها أن العسر والحرج منتفيان شرعاً وأصل القاعدة قوله تعالى: ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴾[2] ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلَّا وُسْعَهَا ﴾[3] إلى غير ذلك من الآيات الكريمة، التي تحث على رفع الحرج، والعسر، وتدعو إلى التيسير، والتخفيف على الناس.

---

[1] انظر الصفحة (٢٤).

[2] سورة البقرة – الآية ١٨٥.

[3] سورة البقرة – الآية ٢٨٦.

وهي قاعدة عظيمة تواتر النقل من الأئمة في تعظيم قدرها، وبيان منزلتها في الفقه الإسلامي، وأجمعت عليها كتب القواعد الفقهية، وهي من الدعائم والأسس لصرح الفقه الإسلامي وأصوله. قال الإمام الشاطبي (رحمه الله): إن الأدلة على رفع الحرج في هذه الأمة بلغت مبلغ القطع [1].

والشريعة الغراء في أصولها وفروعها تدعو إلى رفع الحرج، والتيسير عن الأمة في العبادات، والمعاملات، والحقوق والقضاء، وليس أدل على ذلك أن الرسول صلى الله عليه وسلم وصف هذا الدين (بالحنيفية السمحة)، وفي الحديث ((بعثت بالحنيفية السمحة)) [2].

وروى الإمام البخاري عن النبي صلى الله عليه وسلم قوله: ((إن الدين يسر ولن يشاد هذا الدين أحد إلاّ غلبه)) [3]، ومن القواعد التابعة لهذه القاعدة، قاعدة ((الضرورات تبيح المحظورات)) وكذلك ((ما جاز للضرورة يقدر بقدرها)) وقاعدة ((إذا ضاق الأمر اتسع)) [4] ، وقاعدة ((ما جاز لعذر بطل بزواله)) وقاعدة ((الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة)) وقاعدة ((الاضطرار لا يبطل حق الغير)) وقاعدة ((الميسور لا يسقط بالمعسور)) [5].

((وعُرِّفت الضرورة في الشريعة بتعريفات عدة، ولعل أجودها التعريف القائل بأنها الحالة الملجئة لتناول الممنوع شرعاً)) [6].

---

[1] أبو إسحاق الشاطبي – الموافقات في أصول الشريعة المجلد الأول – دار المعرفة – بيروت ص ٣٤٠.

[2] المرجع السابق – المجلد الثاني – ص ١٢٢.

[3] صحيح البخاري المكتبة الإسلامية – تركيا طبعة ١٩٨١م – المرجع السابق – ص ١٥.

[4] علي أحمد الندوي – القواعد الفقهية – دار القلم – دمشق – الطبعة الخامسة ١٤٢٠هـ ٢٠٠٠م – ص ٣٠٢ وما بعدها.

[5] د./ صالح بن غانم السدلان – المرجع السابق – ص ٢٤٥.

[6] د./ محمود محمد عبد العزيز الزيني – الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي – مؤسسة الثقافة الجامعية للطبع والنشر والتوزيع طبعة ١٩٩٣م ص ٢٥.

ولا جدال في أن هذه القاعدة الفقهية، التي جاء بها الشرع المطهر، منذ بدء دعوة المصطفى عليه الصلاة والسلام، منذ ما يزيد عن أربعة عشر قرناً، هي سبب وعلة ابتكار نظريات التوازن المالي للعقد الإداري، الذي نادى بها الفقه والقضاء، وطبقها في أقضيته، عند نظر منازعات العقود الإدارية، بعد ذلك بقرون عديدة، مستهدفاً رفع الحرج والضيق الذي صادف المتعاقد مع الإدارة، بسبب ظروف طارئة، أو إجراءات، أو صعوبات مادية لا يد له فيها، وليس بإمكانه دفعها، أدت إلى الإخلال بتوازن العقد الإداري، مسببة خسائر فادحة، وأضرار يتعيّن على الجهة الإدارية، عندها مد يد العون والمساعدة لهذا المتعاقد المنكوب، بتعويضه عن هذه الأضرار كلياً أو جزئياً، تبعاً لنوع مسبباتها، بهدف التيسير، ورفع المشقة عن المتعاقد، ليتسنى له الاستمرار في تنفيذ العقد خدمة للصالح العام.

وبناءً على ما تقدم، نقول بكل ثقة واطمئنان: إن هذه القاعدة العظيمة هي علة وجوهر نظريات التوازن المالي للعقد الإداري، وهي فضلاً عن أنها سبقتها بما يزيد عن أربعة عشر قرناً من الزمان، هي أكثر شمولاً في نطاقها، إذ تستوعب العبادات، والمعاملات، وتحقق العدل والخير في الدنيا، والأجر والثواب، في يوم لا ينفع فيه مال ولا بنون.

٣. « **قاعدة الضرر يزال**» :

هذه من أهم القواعد وأجلّها شأناً في الفقه الإسلامي، ولها تطبيقات واسعة في مختلف المجالات الفقهية، ويعبر عنها بعضهم تحت عنوان، (لا ضرر ولا ضرار) [١] نسبة إلى مصدرها وهو حديث النبي صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار) [٢] ويشهد لهذا الأصل نصوص كثيرة من الكتاب والسنة فيها قوله تعالى:﴿مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَآرٍّ﴾ [٣]

---

[١] د./ صالح بن غانم السدلان – المرجع السابق– ص ٤٩٤ وما بعدها.

[٢] سنن ابن ماجة في الأحكام – المرجع السابق– باب من بنى في حقه ما يضر بجاره (رقم ٢٣٦٣) ص ٤٤.

[٣] سورة النساء آية ١٢.

وقوله سبحانه وتعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ﴾[1] وأهمية هذه القاعدة هي للحد من نوازع الشر لدى الإنسان، ومنعه من التعدي على حقوق الآخرين، وزعزعة الأمن، وذيوع الشحناء، لذا تعتبر هذه القاعدة هي الحصن الحصين لمنع الفعل الضار، وميزان القاضي في تقرير القضايا والحكم فيها بالعدل والإنصاف، كما أنها السند القوي لمبدأ الاستصلاح في جلب المصالح ودرء المفاسد، وهي عدة الفقهاء وعمدتهم وميزانهم في تقرير أحكام الشريعة في مواجهة سيل الحوادث والمنازعات.

والضرر هو إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً، أما الضرار فهو مقابلة الضرر بالضرر لا على وجه الجزاء المشروع، ويبنى على هذه القاعدة أبواب كثيرة في الفقه منها، الرد بالعيب لإزالة الضرر عن المشتري، وجميع أنواع الخيار، والحجر بأنواعه، والشفعة والقسمة، وفسخ النكاح بالعيوب، إلى غير ذلك من أبواب القصاص والحدود والكفارات.

ويتفرع من هذه القاعدة قاعدة الضرر يدفع بقدر الإمكان، وقاعدة الضرر لا يزال بمثله، وقاعدة درء المفاسد أولى من جلب المصالح، وقاعدة الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف، وقاعدة يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام [2].

فالإمام المازري قال معلقاً على حديث من احتكر فهو خاطئ)) أصل هذا مراعاة الضرر، فكل ما أضر بالمسلمين وجب أن ينفى عنهم، فإذا كان شراء الشيء في البلد يغلي سعر البلد ويضر المسلمين، منع المحتكر من شرائه نظراً للمسلمين وحاجتهم إليه، كما قال العلماء: ((أنه إذا احتيج إلى طعام رجل واضطر الناس إليه ألزم ببيعه لهم، مراعاة الضرر هي الأصل في هذا)) [3].

---

[1] سورة البقرة آية ٢٣١.

[2] د./ صالح بن غانم السدلان- المرجع السابق- ص ٤٩٣.

[3] انظر علي أحمد الندوي - المرجع السابق - ص ٢٩٢.

وبتأمل هذه القاعدة، يسهل إدراك ما ترمي إليه من خير للفرد والمجتمع، وكبح لنوازع الشر، والفتنة، والاختلاف، والمحافظة على المصالح والحقوق المشروعة، وجلب المنافع، ودرء المفاسد فهي بحق رغم قدمها، تتمثل فيها كل معاني وغايات النظريات الحديثة نسبياً، التي ترمي إلى إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، عند اختلاله بسبب ظروف خارجية لا يد للمتعاقدين فيها، إذا لا شبهة في كون هذه الظروف قد نتج عنها أضرار، وخسائر مادية لم تكن متوقعة عند إبرام العقد، ولا يستطيع المتعاقد الخلاص منها إلاّ بتقرير تعويضٍ مجزٍ له، لرفع هذا الضرر عنه، فهذه النظريات التي ابتكرها القضاء الإداري، منذ مطلع القرن العشرين، تهدف في حقيقتها إلى جبر الضرر عن المتعاقد المنكوب، ورفع الحيف عنه، وهو الأمر الذي يتطابق تماماً مع روح وغايات هذه القاعدة الفقهية العظيمة، التي نادى بها رسول الإنسانية، – صلى الله عليه وسلم – منذ فجر الإسلام، مبشراً وهادياً مستبقاً الفكر البشري بأزمنة طويلة، وتمتاز هذه القاعدة بالعمومية والشمولية، بما يكفل لها التطبيق على كافة التصرفات البشرية، في مختلف نشاطاتهم الدينية، والدنيوية في كل زمان ومكان، ولا غرابة في ذلك، فمصدرها الوحي من عالم الغيب والشهادة الذي من المحال أن يدرك البشر قدرته، وحكمته، ورحمته في أي حال.

وقاعدة فقهية هامة أخرى هي ((الأصل في العقود العدل)) هذه القاعدة تدخل في جميع أبواب المعاملات من المبايعات والإجارات والوكالات والمشاركات والوقوف والوصايا والهبات ونحو ذلك من المعاملات المتعلقة بالعقود والقبوض، فإنّ العدل فيها هو قوام العالمين، لا تصلح الدّنيا والآخرة إلاّ به، فإنّ الله أرسل رسله وأنزل كتبه؛ ليقوم الناس بالقسط، وهو العدل الذي قامت به السموات والأرض، وأسست عليه الشريعة. قال الإمام بن القيّم –

رحمه الله ((والأصل في العقود كلّها إنما هو العدل الذي بعثت به الرسل وأنزلت به الكتب)) [1]. - قال تعالى - :﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ﴾ [2].

والواقع أن الشريعة الإسلامية قد أفسحت في قواعدها مجالاً رحباً لمبادئ الأخلاق والعدالة، فكان طابع الرفق بالناس، والتسامح، والتعاون على البر، ومحاربة الشر، والتأي عن الضرر، هو الغالب فيها، لذا وجدت النظريات الحديثة تأييداً من علماء المسلمين؛ لأنها تستهدف مبادئ عليا حثت عليها العقيدة، وبشرت بها لخير الإنسانية، منذ عهد النبي صلى الله عليه وسلم، ثم خلفائه وتابعيه إلى يوم الدين.

وخير مثال يبرز لإثبات سمو هذه القواعد وصلاحيتها لكل زمان ومكان، قرار مجلس المجمع الفقهي، في دورته الرابعة المنعقدة في سنة ١٤٠٢هـ الموافق (١٩٨٢م)، بشأن الظروف الطارئة وتأثيرها في الحقوق والالتزامات العقدية، الذي أجاز للقاضي الأخذ بنظرية الظروف الطارئة، بناءً على القواعد الفقهية الإسلامية السابق ذكرها، والتي أشير إليها في مواضع عديدة، باعتبارها دليل شرعي يبرر إقرارها، ولأهميته فقد رأيت إيراده كاملاً فيما يلي:

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده سيدنا ونبينا محمد وآله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً. أما بعد:

فقد عرض على مجلس المجمع الفقهي الإسلامي مشكلة ما قد يطرأ بعد إبرام عقود التعهد ونحوها من العقودات ذات التنفيذ المتراخي، في مختلف الموضوعات، من تبدل مفاجئ في الظروف والأحوال ذات التأثير الكبير في ميزان التعادل، الذي بنى عليه الطرفان المتعاقدان

---

[1] أبو عبد الرحمن عبد المجيد جمعة الجزائري - المرجع السابق - ص ٥٣٩.

[2] سورة الحديد الآية (٢٥)

حساباتهما، فيما يعطيه العقد كلا منهما من حقوق وما يحمله إياه من التزامات، مما يسمى اليوم في العرف التعاملي بالظروف الطارئة.

وقد عرضت مع المشكلة أمثلة لها من واقع أحوال التعامل وإشكاله توجب التفكير في حل فقهي مناسب عادل يقضي على المشكلة في تلك الأمثلة ونظائرها الكثيرة. فمن صور هذه المشكلة الأمثلة التالية:-

١- لو أن عقد مقاولة على إنشاء بناية كبيرة يحتاج إنشاؤها إلى مدة طويلة تم بين طرفين، وحدد فيه سعر المتر المكعب من البناء وكسوته بمبلغ مئة دينار مثلاً، وكانت كلفة المواد الأولية من حديد وأسمنت وأخشاب وسواها وأجور عمال تبلغ عند توقيع العقد للمتر الواحد ثمانين ديناراً، فوقعت حرب غير متوقعة، أو حادث آخر خلال التنفيذ قطعت الاتصالات والاستيراد وارتفعت بها الأسعار ارتفاعاً كبيراً يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً جداً.

٢- لو أن متعهداً في عقد توريد أرزاق عينية يومياً من لحم وجبن ولبن وبيض وخضروات وفواكه ونحوها إلى مستشفى أو إلى جامعة فيها أقسام داخلية، أو إلى دار ضيافة حكومية، بأسعار اتفق عليها في كل صنف لمدة عام. فحدثت جائحة في البلاد، أو طوفان أو زلزال، أو جاء جراد جرد المحاصيل الزراعية، فارتفعت الأسعار إلى أضعاف كثيرة عما كانت عليه عند عقد التوريد، إلى غير ذلك من الأمثلة المتصورة في هذا المجال.

فما الحكم الشرعي الذي يوجبه فقه الشريعة في مثل هذه الأحوال التي أصبحت كثيرة الوقوع في العصر الحاضر الذي تميّز بالعقود الضخمة بقيمة الملايين، كالتعهد مع الحكومات في شق الطرق الكبيرة وفتح الأنفاق في الجبال، وإنشاء الجسور العظيمة، والمجمعات لدوائر الحكومة أو للسكنى والمستشفيات العظيمة، أو الجامعات. وكذا المقاولات التي تعقد مع مؤسسات أو شركات كبرى لبناء مصانع ضخمة، ونحو ذلك مما لم يكن له وجود في الماضي البعيد.

فهل يبقى المتعاقد الملتزم على حدود عقده وأسعاره قبل تبـدل الظـروف وطـروء التغييرات الكبيرة المشار إليه مهما تكبد في ذلك من خسائر ماحقة أو ساحقة، تمسكاً بمقتضى العقد وحدوده في الأسعار والكميات، أو له مخرج وعلاج من فقه الشريعة الحكيمة السـمحة العادلة يعيد كفتي الميزان إلى التعادل، ويحقق الإنصاف بقدر الإمكان بين الطرفين؟!

وقد نظر مجلس المجمع في النظائر الفقهية ذات الصلة بهذا الموضـوع مـن فقـه المذاهب واستعراض قواعد الشريعة ذات العلاقة مما يستأنس به ويمكن أن يوصـى بـالحكم القياسي والاجتهاد الواجب فقهاً في هذا الشأن كما رجع إلى آراء فقهاء المذاهب فوجـد مـا يلي:

١- إن الإجارة يجوز للمستأجر فسخها بالطوارئ العامة التي يتعذر فيهـا اسـتيفاء المنفعـة كالحرب والطوفان ونحو ذلك، بل الحنفية يسوغون فسخ الإجارة أيضاً بالأعذار الخاصـة بالمستأجر، مما يدل على أن جواز فسخها بالطوارئ العامة مقبول لديهم أيضـاً بطريقـة الأولوية فيمكن القول أنه محل اتفاق وذكر ابن رشد في بداية المجتهـد (ج٢ ص /١٩٢ من طبعة الخانجي الأول بالمطبعة الجمالية بمصر) تحت عنوان: (أحكام الطوارئ) أنـه: (عند مالك أن أرض المطر – أي البعلية التي تشرب من ماء السماء فقـط – إذا كريـت فمنع القحط من زارعتها، أو إذا زرعها المكتري فلم ينبت الـزرع لمكـان القحـط – أي بسببه – أن الكراء ينفسخ، وكذلك إذا استعذرت بالمطر حتى انقضى زمن الزراعـة فلـم يتمكن المكتري من زرعها) انتهى كلام ابن رشد.

٢- وذكر ابن قدامة المقدسي في كتاب الإجـارة من المغني (المطبوع مع الشرح الكبير ج٦ ص /٣٠) إنه: (إذا حدث خوف عام يمنع من سكنى ذلـك المكـان الـذي فيـه العـين المستأجرة، أو تحصر البلد فامتنع الخروج إلى الأرض المستأجرة للزرع أو نحـو ذلـك،

فهذا يثبت للمستأجر خيار الفسخ؛ لأنه أمر غالب يمنع المستأجر من استيفاء المنفعة. فأمّا إذا كان الخوف خاصاً بالمستأجر، من أن يخاف وحده لقرب أعداءه... لم يملك الفسخ؛ لأنه عذر يختص به لا يمنع استيفاء المنفعة بالكلية فأشبه مرضه.

٣- وقد نص الإمام النووي رحمه الله في روضة الطالبين (٥ ج ص /٢٣٩)، أنه لا تنفسخ الإجارة بالأعذار، سواءً أكانت إجارة عين أو ذمة، وذلك كما إذا استأجر دابة للسفر عليها فمرض، أو حانوتاً لحرفة فتهدم، أو هلكت آلات تلك الحرفة أو استأجر حماماً فتعذر الوقود. قال النووي وكذا كان العذر للمؤجر بأن مرض وعجز عن الخروج مع الدابة، أو أكرى داره وكان أهله مسافرين فعادوا واحتاج إلى الدار أو تأهل قال: فلا فسخ في شيء من ذلك، إذ لا خلل في المعقود عليه. آهـ.

٤- ما يذكره العلماء رحمهم الله في الجوائح التي تجتاح الثمار المبيعة على الأشجار بالأساليب العامة كالبرد والجراد وشدة الحر والأمطار والرياح ونحو ذلك مما هو عام حيث يقررون سقوط ما يقابل الهالك بالجوائح من المثمن وهي قضية الجوائح المشهورة في السنة والفقه.

٥- ذكر شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله في مختصر الفتاوى ص / ٣٧٦ أن من استأجر ما تكوّن منفعة إجارته لعامة الناس، مثل الحمام والفندق والقيسارية، فنقصت المنفعة لقلة الزبون، أو لخوف أو حرب، أو تحول سلطان ونحوه، فإنه يحط عن المستأجر من الأجرة بقدر ما نقص من المنفعة.

٦- وقال ابن قدامة أيضاً في الصفحة (٢٩) من الجزء السابق الذكر نفسه (ولو استأجر دابة ليركبها أو يحمل عليها إلى مكان معين، فانقطعت في الطريق إليه لخوف حادث أو اكترى إلى مكة فلم يحج الناس ذلك العام من تلك الطريق فلكل واحد منهما فسخ الإجارة وأن أحب إبقاءها إلى حين إمكان استيفاء المنفعة جاز).

وقال الكاساني من فقهاء الحنفية في الإجارة من كتاب بدائع الصنائع (ج ٤ ص/١٩٧) (إن الفسخ في الحقيقة امتناع من التزام الضرر، وإن إنكار الفسخ عند تحقق العذر خروج عن العقد والشرع؛ لأنه يقتضي أن من اشتكى ضرسه، فاستأجر رجلاً لقلعها، فسكن الوجع يجبر على القلع، وهذا قبيح عقلاً وشرعاً).

هذا وقد ذكر فقهاء المذاهب في حكم الأعذار الطارئة في المزارعة والمساقاة والمغارسة شبيه ما ذكروا في الإجارة.

٧- قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه من بعده، وقرر كثير من فقهاء المذاهب في الجوائح التي تجتاح الثمار ببرد أو صقيع، أو جراد، أو دودة، ونحو ذلك من الآفات، أنها تسقط من ثمن الثمار التي بيعت على أشجارها ما يعادل قيمة ما أتلفته الجائحة، وإن عمَّت الثمر كله تسقط الثمن كله.

٨- قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما ثبت عنه (لا ضرر ولا ضرار) وقد اتخذ فقهاء المذهب من قوله هذا قاعدة فقهية اعتبروها من دعائم الفقه الكبرى الأساسية، وفرعوا عليها أحكاماً لا تحصى في دفع الضرر وإزالته في مختلف الأبواب.

ومما لا شك فيه أن العقد الذي يعقد وفقاً لنظامه الشرعي يكون ملزماً لعاقديه قضاء عملاً بقوله تعالى في كتابه العزيز: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [١]

ولكن قوة العقد الملزمة ليست أقوى من النص الشرعي الملزم للمخاطبين به كافة وقد وجد المجمع في مقاييس التكاليف الشرعية، ومعايير حكمة التشريع أن المشقة لا ينفك عنها التكليف عادة بحسب طبيعته، كمشقة القيام في الصلاة، ومشقة الجوع والعطش في الصيام، لا تسقط التكليف، ولا توجب فيه التخفيف؛ ولكنها إذا جاوزت الحدود الطبيعية للمشقة

---

[١] سورة المائدة الآية (١).

المعتادة في كل تكليف بحسبه. أسقطته أو خففته، كمشقة المريض في قيامه في الصلاة ومشقته في الصيام وكمشقة الأعمى والأعرج في الجهاد فإن المشقة المرهقة عندئذٍ بالسبب الطارئ الاستثنائي توجب تدبيراً استثنائياً يدفع الحد المرهق منها، وقد نص على ذلك وأسهب في بيانه، وأتى عليه بكثير من الأمثلة في أحكام الشريعة الإمام أبو إسحاق الشاطبي رحمه الله في كتابه (الموافقات في أصول الشريعة).

فيتضح من ذلك أن الخسارة المعتادة في تقلبات التجارة، لا تأثير لها في العقود؛ لأنها من طبيعة التجارة وتقلباتها لا تنفك عنها؛ ولكنها إذا جاوزت المعتاد المألوف كثيراً بمثل تلك الأسباب الطارئة الآنفة الذكر توجب عندئذٍ تدبيراً استثنائياً.

ويقول ابن القيم رحمه الله في كتابه (إعلام الموقعين):

(إن الله أرسل رسله وأنزل كتبه بالعدل الذي قامت به السموات والأرض وكل أمر أخرج من العدل إلى الجور، ومن المصلحة إلى عكسها فليس من شرع الله في شيء وحيثما ظهرت دلائل العدل وسفر وجهه فثم شرع الله وأمره) (إعلام الموقعين) وقصد العاقدين إنما تكشف عنه وتحدده ظروف العقد، وهذا القصد لا يمكن تجاهله والأخذ بحرفية العقد مهما كانت النتائج فمن القواعد المقررة في فقه الشريعة أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.

ولا يخفى أن طريق التدخل في مثل تلك الأحوال المعروضة آنفاً في العقود المتراخية التنفيذ لأجل إيجاد الحل العادل الذي يزيل الجور إنما هو من اختصاص القضاء ففي ضوء هذه القواعد والنصوص المعروضة التي تنير طريق الحل الفقهي السديد في هذه القضية المستجدة الأهمية، يقرر الفقه الإسلامي ما يلي:

١- في العقود المتراخية التنفيذ (كعقود التوريد والتعهدات والمقاولات) إذا تبدلت الظروف التي تم فيها التعاقد تبدلاً غير الأوضاع والتكاليف والأسعار تبدلاً كبيراً بأسباب طارئة عامة لم تكن متوقعة حين التعاقد، فأصبح بها تنفيذ الالتزام العقدي يلحق بالملتزم خسائر جسيمة غير معتادة من تقلبات الأسعار في طرق التجارة، ولم يكن ذلك نتيجة تقصير أو إهمال من الملتزم في تنفيذ التزاماته، فإنه يحق للقاضي في هذه الحال عند التنازع وبناء على الطلب تعديل الحقوق والالتزامات العقدية بصورة توزع القدر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة على الطرفين المتعاقدين، كما يجوز له أن يفسخ العقد فيما لم يتم تنفيذه منه إذا رأى أن فسخه أصلح وأسهل في القضية المعروضة عليه، وذلك مع تعويض عادل للملتزم له صاحب الحق في التنفيذ، يجبر له جانباً معقولاً من الخسارة التي تلحقه من فسخ العقد بحيث يتحقق عدل بينهما دون إرهاق للملتزم ويعتمد القاضي في هذه الموازنات جميعاً رأي أهل الخبرة الثقات.

٢- ويحق للقاضي أيضاً أن يمهل الملتزم إذا وجد أن السبب الطارئ قابل للزوال في وقت قصير، ولا يتضرر الملتزم له كثيراً بهذا الإمهال.

هذا وأن مجلس المجمع الفقهي يرى في هذا الحل المستمد من أصول الشريعة تحقيقاً للعدل الواجب بين طرفي العقد، ومنعاً للضرر المرهق لأحد العاقدين بسبب لا يد له فيه، وأن هذا الحل أشبه بالفقه الشرعي الحكيم وأقرب إلى قواعد الشريعة ومقاصدها العامة وعدلها. والله ولي التوفيق. وصلى الله على نبينا محمد وآله وصحبه [1] .

---

[1] صدر هذا القرار بالدورة الخامسة لمجمع الفقه الإسلامي في رابطة العالم الإسلامي برقم (٧) (١٤٠٢هـ) الموافق (١٩٨٢م) ويحمل توقيع نائب الرئيس فضيلة الشيخ/ محمد علي الحركان، والأعضاء أصحاب الفضيلة الشيخ/ عبد العزيز بن عبد الله بن باز، والشيخ/ محمد بن عبد الله السبيل، والشيخ/ مصطفى أحمد الزرقا، والشيخ/ محمد رشيد قباني، والشيخ/ محمد محمد الصوفا، والشيخ/ عبد القدوس الهاشمي، والشيخ/ أبو بكر محمود جومي، والشيخ/ صالح بن عثيمين، والشيخ/ محمد الشاذلي، والشيخ/ محمد رشيدي، والشيخ/ محمد سالم عدود، وكان رئيس المجلس قد اعتذر عن الحضور لمرضه.

وإذا كان الفقه الإسلامي لم يضع نظرية عامة للظروف الطارئة ولم يفرد لهـا أحكامـاً خاصة بها كمثل غيرها من الأمور، إلاّ أنه يعالج المسائل مسألة مسألة، ويضع لها حلولاً عمليـة عادلة، ينساب فيها تيار خفي من المنطق القانوني المنسق، هذا من جهة ومن جهة أخرى فـإن الفقه الغربي، اضطر إلى وضع نظرية عامة للحوادث الطارئة لمواجهة الغلو في مبـدأ سـلطان الإرادة، وما نتج عنه من التمسك بالقوة الملزمة للعقد، إلاّ أن اعتبارات العدالة وتـأثير مـذهب التضامن الاجتماعي، أديا إلى الخروج في بعض الحالات، عن هذا المبدأ كمـا هـو الحـال فـي موضوع هذا البحث.

أما في الفقه الإسلامي، حيث مقتضيات العدالة تسود عند تعارضها مع القـوة الملزمة للعقد، فقد أمكن في ضوء هذه المقتضيات، فتح ثغرات مختلفة في القوة الملزمة للعقد دون أن يرى الفقهاء دواعي لصياغة نظرية يرجع إليها لتبرير ذلك، مـا دامـت مقتضيات العدالة هي التي يلجأ إليها لتبرير الخروج على نصوص العقد [1] كما سـوف أعرضه في موضعه لاحقاً.

---

[1] انظر الأستاذ/ فاضل شاكر النعيمي المرجع السابق – ص ١٨، وفي ذلك أيضاً يقـول د./ فـؤاد محمـود معوض: (ولقد عرّف الفقهاء المسلمون فكرة الظروف الطارئة ومدى تأثيرها في الالتزام العقدي وعبـروا عنها بالأعذار أي تعذر الوفاء بالالتزام في العقود المتراخية في التنفيذ لأسباب لا دخل لإرادة المـدين فيهـا كارتفاع الأسعار، أو لظروف طبيعية من إعصار، أو فيضان، أو آفات سماوية، وقد ناقش فقهاء الإسلام قوة الظروف الطارئة، أو الأعذار من وجهين أولهما: فسخ الإجارة بالأعذار وثانيهما: وضع الجوائح فـي بيـع الزروع والثمار...) لمزيدٍ من التفصيل انظر مؤلفه (دور القاضي في تعديل العقد) الطبعة الأولـى ١٩٩٩م ص ١٨٢.

المبحث الثاني

التوازن المالي للعقد الإداري من خلال نظرية الضرورة

تهدف الشريعة الإسلامية إلى تحقيق مقصد عام ألا وهو سعادة الفرد والجماعة، وحفظ النظام، وتعمير الدنيا بكل ما يوصلها إلى أوج مدارج الكمال والخير والحضارة قال تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾ [1] .

ومن المبادئ الأساسية في الإسلام، رفع الحرج ودفع الضرر، ووجوب العدل والتشاور، والمحافظة على الحقوق، وردها لأصحابها، وأداء الأمانات لأهلها، وسماع رأي العلماء فيما يطرأ من حوادث، وقد اعتنى الإسلام بتهذيب الفرد خاصة، حتى يكون مصدر خير للجماعة؛ لأنه إذا صلح الفرد صلحت الجماعة، وحرَّم الإسلام كل نواحي الضرر، والشر، والفساد، وأكل أموال الناس بالباطل، ومنع كل ما يؤدي إلى ذلك، من قمار، وربا. وغش، وتدليس في المعاملات، وغلب مقتضيات المصلحة العامة، على المصلحة الخاصة، فمنع الاحتكار، والتعسف في استعمال الحق، والغبن في المعاملات، وأجاز تسعير السلع والحاجيات، فأقرّت الشريعة كل ما هو فيه خير للعباد، ومنعت كل ما فيه ضرر لهم، وأجازت تغيير الأحكام الاجتهادية، من قياسية ومصلحية، بتغير الزمان وعُرف الناس.

وكغيرها من الشرائع السماوية، حافظت شريعتنا السمحاء على أمور خمسة عرفت بالكليات الخمسة هي، الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال، (وهي ما سبقت الإشارة إليها) [2] إلاّ أن وسيلة المحافظة على هذه الضروريات، تندرج في ثلاث مراتب هي الضروريات، ثم الحاجيات، ثم التحسينات، بقدر المصلحة التي قدرها الشارع عز وجل لكل

---

[1] سورة الأنبياء الآية ١٠٧.

[2] انظر ص ١٣٦ من هذا البحث.

واحدة منها، وقد اعتنى العلماء بتحديد هذه القواعد، ومصدرها والغرض الشرعي منهـا، وضوابطها، وشروطها.

على أنه يلاحظ، أن القواعد الفقهية ليست بمثابة نظريات تكون لها حاكمية مطلقة، على نظام موضوعي من أنظمة الفقه، وإنما هي مبادئ يندرج تحتهـا زمـرة مـن الأحكـام الشرعية، أي أنها تتسم بصفة الأغلبية في التطبيق، وليست الصفة الشمولية[1].

وأهم قواعد الضرورة حسبما وردت في مجلة الأحكام العدلية [2] هي:

١- المشقة تجلب التيسير. م/١٧.
٢- إذا ضاق الأمر اتسع. م/١٨.
٣- لا ضرر ولا ضرار م/ ١٩.
٤- الضرر يزال م/٢٠.
٥- الضرورات تبيح المحظورات. م/٢١
٦- الضرورة تقدر بقدرها. م/٢٢
٧- ما جاز لعذر يبطل بزواله. م/٢٣.
٨- إذا زال المانع عاد الممنوع م/٢٤.
٩- الضرر لا يزال بمثله م/٢٥.
١٠- يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام م/٢٦.
١١- الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف م/٢٧.
١٢- الحاجة تنزل منزلة الضرورة ((عامة أو خاصة)) م/٣٢
١٣- الاضطرار لا يبطل حق الغير.م/٣٣

والمراد بالضرورة ما يطرأ على الإنسان مما في ترك القيام به هلاك، أو ضـرر شديد، يلحق بالضروريات الخمسة المتقدم ذكرها. وسواء كانت الضرورة فـي الغـذاء، أم

---

(١) د./ وهبة الزحيلي – المرجع السابق – ص ١٨٤ وما بعدها.

(٢) سليم رستم باز – شرح مجلة الأحكام العدلية –الطبعة الثالثة – المطبعة الأدبية – بيروت سـنة ١٩٢٣ ص ٢٧ وما بعدها ومجلة الأحكام العدلية قد صيغت موادها وفقاً للمذهب الحنفي لتطبيقها في القضاء المـدني فـي عهـد الدولة العثمانية، وكانت نافذة على بعض الدول العربية، ومنها العراق والشام ونجد والحجاز ومصـر والسـودان وغيرها من البلاد العربية.

الدواء، أم الانتفاع بمال الغير، أم القيام بالفعل تحت تأثير الإكراه، أم الدفاع عن النفس ونحوها، أم ترك الواجبات الشرعية المفروضة، فكل هذه الحالات تسوغ للمكلف ترك الأحكام الجزئية المقررة لعموم المكلفين نصاً، أو استنباطاً، ليدخل بحسب ما طرأ عليه في العمل بالأحكام الجزئية المقررة للضرورة من الوجوب، أو الحرمة إلى الإباحة، أو من الإباحة إلى الوجوب، أو الحرمة أو تأخير الواجب من أمر أو نهي، عن وقته دفعاً للضرورة في غالب ظنه. ودليل مشروعية مراعاة الضرورة قوله تعالى: ﴿وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾[1] .

وضوابط الضرورة، هي أن تكون داخلة ضمن المقاصد التي جاء الشرع لتحقيقها، وحفظها، أو دفعها، وأن تكون الضرورة محققه لا متوهمة، حسب أغلب ظن المضطر وألاّ يؤدي إزالتها إلى ضرر مثلها أو أكبر منها وإنما بقدر أقل من مثلها [2].

وقد فرق بعض العلماء بين الحاجة والضرورة فقالوا: إن الضرورة لا يمكن الاستغناء عنها بينما الحاجة هي ما يمكن الاستغناء عنها وهي تلحق بالضرورة، لذا قرروا قاعدة فرعية هي ((الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أم خاصة)).

وقاعدة الضرورات تبيح المحظورات تصلح نظرية شاملة لكل نواحي النشاط الإنساني.

---

[1] سورة الأنعام الآية ١١٩.

[2] يقول الدكتور/ محمد بن حسين الجيزاني بأن ((الضرورة تندرج تحت قاعدتين كبيرتين من القواعد الفقهية، أولهما: المشقة تجلب التيسير، حيث أن الضرورة من المشاق التي تستدعي التيسير والتخفيف، وثانيهما: الضرر يزال حيث إن العمل بالضرورة في حقيقته إما أن يكون منعاً للضرر قبل وقوعه، وإما رفعاً له بعد وقوعه)). انظر بحثه تحت عنوان حقيقة الضرورة الشرعية، منشور في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة – العدد السبعون السنة الثامنة عشرة – محرم – صفر – ربيع أول ١٤٢٧هـ الموافق (مارس – أبريل – مايو ٢٠٠٦م) ص ١٢٥.

يقول الإمام الشاطبي ((إن الأدلة على رفع الحرج في هذه الأمة بلغت مبلغ القطع كقوله تعالى (وما جعل عليكم في الدين من حرج) وسائر ما يدل على هذا المعنى كقوله (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر) (يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفا) [1].

ومن التطبيقات القضائية التي روعي فيها حالة الضرورة الإعفاء من خلل يسير في العقد ترجيحاً لمصلحة تقرير العقود التي يحتاجها المتعاملون.

ولا ريب في أن هذه القاعدة تبرر الخروج عن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين والقوة الملزمة للعقد المتمثلة في قوله تعالى: ((يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)) وحديث خاتم الأنبياء عليه الصلاة والسلام ((المسلمون عند شروطهم إلاّ شرطاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً)) وهذا الاستثناء هو في حالة الضرورة وفق ما تم تفصيله أعلاه والتي يجب أن تقدر بقدرها بقصد تلافي المضار الناتجة عنها من مشقة ومعاناة وخسائر لأسباب أجنبية لم تدر في خلد المتعاقدين عند العقد، فيتم تقدير التعويض المناسب للطرف المضار اتفاقاً، أو قضاءً، لإعادة التوازن للعقد، فتتحقق مصلحة الفرد، والمجتمع، برفع الظلم، وإقامة العدل، وتطيب مصلحة الأمة باستمرار تنفيذ أعمال المرافق العامة ومن ثَّم تقديم خدماتها لجمهور المنتفعين بها[2].

ونظرية الضرورة لها تأثير واسع لدى فقهاء المسلمين على الحقوق العامة والخاصة وهي تقدم مصلحة المجتمع على مصلحة الفرد، عند تعارضهما فالضرر العام يجب أن يزال في حدود الضرورة مع وجوب التعويض عليه كما في حالة ارتفاع سعر الطعام إلى درجة الغبن الفاحش فيسعره الإمام بسعر معتدل. وفي حالة منع احتكار الطعام بتوزيعه جبراً مع ضمان ثمنه لمالكه، أو هدم المنازل المجاورة للطريق عند الضرورة.

---

[1] الشاطبي – الموافقات في أصول الشريعة – المرجع السابق– المجلد الأول – ص ٣٤٠.

[2] وبرأي الدكتور/ عبد السلام الترمانيني أن نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي بتطبيقاتها تتسع لنظرية الظروف الطارئة، بل تعد من جملة تطبيقات نظرية الضرورة، ما دامت النظريتان قائمتين على أساس واحد هو مبدأ العدالة. انظر مؤلفه المشار له سابق – ص ٨٧.

وقد أشاد الفقيه الفرنسي (لامبير)، بهذه القاعدة بقوله: ((تعتبر نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي، أكثر حزماً وشمولاً من فكرة وجد أساسها في القانون الدُّولي العام، في نظرية الظروف المتغيرة (شرط بقاء الحال على ما هو عليه)، وفي القضاء الإداري الفرنسي، في نظرية الظروف الطارئة، وفي القضاء الإنجليزي فيما أدخله، من المرونة على نظرية إيقاف تنفيذ الالتزام تحت ضغط الظروف الاقتصادية، التي نشأت بسبب الحرب، وفي القضاء الدستوري الأمريكي في نظرية الحوادث المفاجئة)) [1].

ولا شك أن هذه شهادة تقدير، من خبير متميّز عبر بتجرد عن حقيقة لها مدلولاتها، تكشف عن دقة القاعدة وتفوقها على العديد من القواعد القانونية الإقليمية والدولية على التفصيل المتقدم.

والواقع أن الفقه الإسلامي قد عالج نظريات التوازن المالي قبل القانون الوضعي، بما يزيد عن الألف عام، وذلك كحلول عملية لمسائل مختلفة، وإن سميت بأسماء متنوعة حسب الأحوال مثل، (فسخ الإيجار بالأعذار) و (وضع الجوائح في بيع الثمار) و (تعديل العقد في حالة تقلب قيمة النقود)، وهي في حقيقتها تضاهي ما وصلت إليه أحدث القوانين من تطور في معالجة حالات الظروف الطارئة والاستثنائية، وأثرها على الالتزام، وأصولها في الفقه الإسلامي، ما أشارت إليه النصوص المجملة في القرآن الكريم، وفي السنة النبوية الشريفة، وما استنبط منهما من قواعد فقهية [2].

وأحسب أن في هذا بياناً قاطع الدلالة، ورداً حاسماً لكل مكابر، حاول النيل من قواعدنا الفقهية، متهماً إياها بالقصور عن مواكبة متطلبات الحضارة، في حين أنها وبالدليل الحاسم الذي

---

[1] انظر د./ وهبة الزحيلي – المرجع السابق – ص ٢٩٧.

[2] د./ جمال الدين محمد أحمد عطوة – المسئولية التعاقدية في الفقه الإسلامي – رسالة دكتوراه جامعة الأزهر ١٩٧٩م ص ٤٥٨ وص ٤٥٩.

يلمسه كل منصف، بأنها وبصفاتها ومصادرها الجليلة، قد سبقت أحدث ما وصل إليه المنظرون الغربيون، بأزمان طويلة. ولا يسعنا إلاّ أن نقول الحمد لله وحده على نعمة الإسلام، وصدق عز من قائل ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الإِسْلاَمَ دِيناً﴾ [1].

أما تطبيقات نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي فهي حالة الأعذار في فسخ عقود الإيجار في الفقه الحنفي وسوف أخصص لها المطلب الأول، وحالة تقلب قيمة النقد، سيكون محله المطلب الثاني من هذا المبحث، أما حالة الجوائح التي تصيب الثمار والزروع على الأشجار، فسوف تكون موضوع المطلب الثاني من المبحث الرابع [2] إن شاء الله .

المطلب الأول

التوازن المالي للعقد الإداري من خلال الأعذار التي تجيز تعديل أو فسخ العقد

العذر هو: عجز العاقد عن المضي في موجب العقد إلاّ بتحمل جزء زائد لم يستحق بالعقد، أو هو ما يطرأ على عقد الإجارة من ظروف يترتب عليها ضرر يلحق بأحد المتعاقدين عند تنفيذ العقد، سواءً أكان هذا العذر من جانب المستأجر أو المؤجر أو العين المؤجرة [3].

ومع أن المذاهب الفقهية الإسلامية متفقة على أن عقد الإيجار عقد لازم لا يستقل أحد العاقدين بفسخه عملاً بأمر القران الكريم بلزوم الوفاء بالعقود [4].

إلاّ أن بقاء هذا العقد على اللزوم في المذهب الحنفي مبني على شرط ألاَّ يحصل فيه ضرر للعاقدين، وينقسم هذا الشرط إلى قسمين :

١. سلامة المأجور من حدوث عيب فيه يخل بالانتفاع.

٢. عدم حصول عذر يمنع من استيفاء المنفعة إلاّ بضرر.

---

(١) سورة المائدة الآية ٣.

(٢) راجع الباب الثاني ص ٢٠٣ وما بعدها.

(٣) د./ عبد الحميد عبد القادر بيومي – أحكام تعديل الاتفاق العقدي وأثره في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري – المجلد الثاني – مكتبة كلية الشريعة والقانون – جامعة الأزهر – ص ٥٨١.

(٤) الآية الكريمة (يا أيها الذين امنوا أوفوا بالعقود) سورة المائدة الآية ١.

بين النوعين فرق كبير إذ إن الأول: يتعلق بعين المأجور وهو متفق عليه في كل المذاهب الفقهية الإسلامية، وأما ثانيهما: فيتعلق بأشخاص العقد، وقد انفرد به المذهب الحنفي [1].

قال ابن عابدين: ((كل عذر لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلاّ بضرر يلحقه في نفسه أو ماله، يثبت له حق الفسخ)) [2].

ومثال الأعذار التي من جانب المؤجر إفلاسه، أو انتقاله من حرفة الصناعة إلى الزراعة أو إلى التجارة مثلاً، لأن المفلس أو المنتقل إلى عمل آخر لا ينتفع به إلاّ بضرر فلا يجبر عليه، أما العذر من جانب المؤجر فمثاله أن يلحق بالمؤجر دين فادح لا يستطيع وفاءه إلاّ ببيع الشيء المأجور والتسديد من ثمنه، فيجوز له الفسخ إذا كان الدين ثابتاً بالبيّنة.

أما العذر الذي يرجع إلى العين المؤجرة فمثاله أن من استأجر حماماً في قرية ليستغله مدة معلومة، ثم هاجر أهل هذه القرية، فلا يجب عليه الأجر للمؤجر[3].

وقد أخذت مجلة الأحكام العدلية بنظرية العذر وأوردتها في المادة (٤٤٣) التي نصت على أنه: ((لو حدث عذر مانع لإجراء موجب العقد تنفسخ الإجارة)) وقد تضمنت المادة أمثلة عملية لتوضيح النص على غرار أسلوب تحرير المجلة، كما عرّفت المادة (٥١٤) العيب بالأمثال وهو ما يكون سبباً لفوات المنفعة المقصودة أو إخلالها كفوات المنفعة المقصودة من الدار بالكلية بانهدامها، وكالإخلال بالمنفعة بهبوط سطح الدار.

والواقع أن تطبيقات العذر الطارئ في عقد الإجارة وأثره في إنهاء العقد أو تعديله كثيرة في كل المذاهب ولم ينفرد بها مذهب دون آخر، وإن كان المالكية والشافعية والحنابلة أقل في الأخذ بالأعذار من الأحناف[4]، فالمنفعة في الإيجار عند هذه المذاهب وإن كانت معدومة عند

---

[1] د./ عبد السلام الترمانيني – المرجع السابق – ص ٤٧.

[2] رد المحتار على الدر المختار – حاشية ابن عابدين – الجزء الخامس دار إحياء التراث العربي – ص ٥٠.

[3] د./ وهبة الزحيلي – المرجع السابق – ص ٣٠٢ وص ٣٠٣.

[4] د./ عبد الحميد عبد القادر بيومي – المرجع السابق – ص ٥٨٨ وص ٥٨٩.

العقد إلاّ أنها مستوفاة في الغالب ونزلت منزلة الأعيان الموجودة حكماً فلذلك فإن العقد لازم، لا ينفسخ إلاّ بما تنفسخ به العقود مثل وجود العيب، أو تعذر استيفاء المعقود عليه، أو حصول ما يمنع استيفاءه شرعاً.

فالآفات التي تصيب الزرع وتهلكه كالسيل والجراد وشدة الحر والبرد، فإنها لا تجيز في المذهب الشافعي فسخ العقد؛ لأنها لحقت مال المستأجر، ولم تلحق منفعة الأرض، وهي المعقود عليها؛ ولكن لو أنها أفسدت الأرض لثبت الرد وجاز الفسخ.

ولدى المالكية، فإن أرض المطر إذا أكريت فمنع القحط من زراعتها، فلم ينبت الزرع، فينفسخ الكراء لتعذر استيفاء المعقود عليه [1].

أما الحنابلة فإنه إذا جاء أمر غالب يحجز المستأجر عن منفعة ما وقع عليه العقد لزمه من الأجر بمقدار مدة انتفاعه، ومثاله تلف العين المستأجرة كدابة تنفق، فإذا كانت قبل القبض فإن الإجارة تنفسخ؛ لأن المعقود عليه تلف قبل قبضه، أما إذا تلفت بعد القبض، فإن الإجارة تنفسخ ويسقط الأجر عن المدة التي لم تستوفِ عنها المنفعة [2].

وقد نصت المواد من (٥٤٩- ٥٥٣) وكذلك المادة (٥٥٩) والمواد من (٦٨٢- ٦٨٧) من مجلة الأحكام الشرعية المبنية على المذهب الحنبلي على الأحكام التي تجيز فسخ الإجارة وهي الحالات التي تنقص من قيمة المعقود عليه أو تفوّت منفعته [3].

---

[1] د./ عبد السلام الترمانيني – المرجع السابق – ص ٥٤ وما بعدها.

[2] ابن قدامة المقدسي – المغني – ص ٤٥٣.

[3] أحمد عبد الله القاري – مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل الشيباني – دراسة وتحقيق د./ عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان ود./ محمد إبراهيم أحمد علي – الطبعة الأولى ١٤٠١هـ (الموافق ١٩٨١م) – مطبعة تهامة – الرياض – ص ٢١٣ وما بعدها.

مما تقدم يتضح أن الحنابلة سلكوا مسلكاً وسطاً وطبقوا القاعدة الفقهية القائلة: ((ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها)) فلم يأخذوا بالمذهب الواسع الذي ذهب إليه الحنفية في فسخ عقد الإجارة بالأعذار الطارئة، ولم يسلكوا مسلك الشافعية والمالكية في تضييق هذه الأعذار، وإنما سلكوا مسلكاً وسطاً فقالوا بالفسخ عند تعذر استيفاء المنفعة ووجود الخوف العام والمانع الشرعي[1].

المطلب الثاني

التوازن المالي للعقد الإداري من خلال أحكام حالة تقلب قيمة النقود

وتعد هذه الحالة من حالات تطبيق نظرية الضرورة التي تجيز فسخ، أو تعديل العقد استثناءً من القواعد العامة التي توجب التزام المتعاقدين بما تعاقدا عليه.

تطلق النقود على الوحدات النقدية سواء كانت معدنية أو ورقية، أو غيرها مما يستعمل مقياساً للقيم وواسطة للتبادل والادخار [2].

ولم يكن نظام النقد مستقراً في الممالك الإسلامية، وكان كل إقليم يسك له عملة، كالدراهم البخارية المسكوكة في بخارى، وكان لولاة الإقليم حق سك هذه العملات وتنسب لهم، وكان التعامل بين الناس يجري بنقود مختلفة المصادر والأجناس والقيم، فمنها من كانت له قيمة بذاته، كالنقود المسكوكة من الذهب، أو الفضة ويكون فيها مقدار المعدن الرخيص قليلاً، ومنها العكس إذ يكون فيها المعدن الرخيص كثيراً وهي النقود الغالبة الغش وهذه كثيراً ما يغلى سعرها، أو يرخص أو يفقد من الأسواق ويكسد لتوقف الناس عن التعامل به، ولذا كان يطرأ على العقود المبنية عليها طارئ لم يكن في حسبان المتعاقدين يخل بتوازن عقودهم.

---

(1) د./ منصور نصر عبد الحميد قموح – نظرية الظروف الطارئة – رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة الأزهر في ١٦ يناير ٢٠٠٥م – ص ٢٤٠.

(2) النقود ثلاثة أنواع: أولاً: نقود ورقية ثابتة، وقيمتها تمثل كمية من الذهب، أو الفضة مودعة بمصرف معين تصرف عند الطلب. ثانياً: نقود ورقية وثيقة وهي صكوك تحمل تعهداً من الموقع عليها أن يدفع لحاملها عند الطلب مبلغاً معيناً. ثالثاً: النقود الورقية الإلزامية، وهي على نوعين: حكومية تصدرها الحكومات في أوقات غير عادية تجعلها نقوداً رئيسية لا تستبدل بالمعدن النفيس، وليس لها رصيد معدني، والنوع الثاني نقود ورقية مصرفية (بنكنوت) يصدر بشأنها قانون، مضمونة، ومأمونة ينتفع بها الجمهور وهو ما اتبعته معظم الدول بعد الحرب العالمية الأولى. لمزيد من التفصيل راجع د./ عبد الحميد عبد القادر بيومي – المرجع السابق – المجلد الثاني – ص ٥٧٤.

وقد عالج أئمة المذاهب الإسلامية وفقهاؤها هذا الأمر، واختلفت فيه آراؤهم اختلافاً شديداً حتى اضطر بعضهم إلى تأليف رسائل خاصة في أحكام النقود كرسالة ابن عابدين المسماة (تنبيه الرقود على مسائل النقود) [1].

وحالة تقلب قيمة النقود شرحها ابن عابدين شرحاً وافياً في رسالته آنفة الذكر وهو يجيز تعديل العقد في حالة تقلب قيمة الدراهم (الفلوس) بسبب كسادها أو رواجها أو تغيير سعرها بأمر السلطان. إلاّ أنه لا يجيز تعديل العقد في حالة النقود المصنوعة من الذهب والفضة، ويبدو أن السبب في ذلك هو ثبات قيمتها، بينما الدراهم عرضة للتقلب السريع [2].

والاحتمال الأول هو أن يؤدي تغير الظروف إلى انعدام قيمة النقود تماماً وفي هذه الحالة يرى الإمام أبو حنيفة أن انعدام قيمتها أو كسادها يؤدي إلى بطلان عقد البيع لانتفاء الثمن، أما أبا يوسف فيتجه وجهة أخرى حيث يرى ضرورة إلزام المشتري وفاء قيمتها بحسب ما كانت عليه يوم إبرام العقد. بينما يرى محمد طريقاً ثالثاً هو إلزام المشتري بالسداد بقيمة النقود في التعامل قبل زوال قوتها الشرائية أو اختفائها [3].

ويتضح من الآراء الفقهية المتقدمة أن الإمام أبا حنيفة ومحمداً يُقران بأثر تغير قيمة النقود للظروف الطارئة في انقضاء عقد البيع، أو تعديل شروطه بحسب الأحوال، على خلاف أبي يوسف الذي لم يلتفت إلى ما طرأ من ظروف غيرت من قيمة النقود، بل نادى بإلزام المشتري بالوفاء بالقيمة التي كانت عليها عند التعاقد [4].

---

[1] د./ عبد السلام الترمانيني – المرجع السابق – ص ٧٣.

[2] فاضل شاكر النعيمي – المرجع السابق – ص ١٧٧.

[3] د./ حسبو الغزاري – أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن – رسالة دكتوراه – مطبعة الجيزة بالإسكندرية – ١٩٧٩ – ص ٥٤ وص ٥٥.

[4] د./ منصور نصر عبد الحميد قموح – المرجع السابق – ص ٢٦٢ و ص ٢٦٣.

الاحتمال الثاني، فهو أن يترتب على تغير الظروف ارتفاع أو انخفاض قيمة النقـود دون أن تذهب قيمتها كلياً بسبب الكساد كما هو في الحالة الأولى، فقد ذهب الإمام أبو حنيفة إلى إلزام المقترض في عقد القرض رد ما قبض من عدد النقود دون أي اعتبار لما تكون عليه قيمته، أما أبا يوسف فقد ألزم المقترض برد قيمة القرض بالذهب بما يعادل القيمة يوم إبرام العقد، بينما محمد أوجب رد القرض حسب قيمة النقود يوم اختلال القيمة [1]

وجمهور الفقهاء من الحنفية ومذهب المالكية والشافعية والحنابلة يرون أن الواجب هو رد مثل المال المقترض، أو الثمن المؤجل، لأن رخص السعر أو زيادته لا يمنع ردها، وعند بعض الحنفية تجب قيمة النقود يوم تم البيع، فلا فرق عندهم بين الكساد والانقطاع والرخص والغـلاء، لعدم إمكان ضبط الزيادة، أو النقص في قيمة النقود التي بها يتحول من المثل إلى القيمة وحتى لا يكون ذريعة للتعامل بالربا خاصة في القرض [2].

ويرى ابن عابدين في رسالته في النقد في مسألة العقود التي تنعقد بالقروش وتـوفى بالعملة الرائجة كالريال والذهب، ويوجد منها في السوق عدة أنواع ثم هبطـت قيمتهـا هبوطـاً مختلفاً، فرأى أنه في هذه الحالة يجب الصلح على الأوسط منها لئلا يختص بالضـرر مـن هـذا الهبوط أحد العاقدين معتمداً على ذلك على حديث (لا ضرر ولا ضرار) [3].

أما مجلة الأحكام العدلية فقد جاء في المادة (٢٤٢) منها النص التالي ((إذا بيّن وصف الثمن وقت البيع لزم المشتري أن يؤدي الثمن من نوع النقود التي وصفها. مثلاً لو عقـد البيـع على ذهب مجيدي أو إنكليزي أو فرنساوي أو ريال مجيدي أو عمودي لزم المشـتري أن يـؤدي الثمن من النوع الذي وصفه وبيّنه من هذه الأنواع سواء رخصت هذه النقود بعد العقد، أو غلت

---

[1] د. حسبو الغزاري – المرجع السابق – ص ٥٥ وص ٥٦.

[2] د./ عبد الحميد بيومي – المرجع السابق – ص ٥٧٧.

[3] د./ عبد السلام الترمانيني – المرجع السابق – ص ٧٧.

مثل ذلك إذا اشترى داراً بمئة ذهب مجيدي وقبل نقد الثمن رخص هذا النوع من النقود فلا يحق للبائع أن يمتنع عن قبض المئة ذهب المذكورة وليس له أن يطالب بقيمتها يوم البيع)).

واختلف شراح المجلة في تحديد نطاق هذه النقود، فمنهم من يرى أن النص يسري على كل أنواع النقود، وخالفه آخرون معتبرين أن النص ينحصر في النقد الخالص أي غالب الفضة والذهب. وليس في المجلة حكم لحالة كساد النقد أو انقطاعه ولذلك رجع الشراح إلى الأقوال الفقهية في ذلك [1].

يقول ابن قدامة ((إن المستقرض يرد المثل في المثليات سواء رخص سعره أو غلا أو كان بحاله، ولو كان ما اقترضه موجوداً بعينه فرده من غير عيب يحدث فيه، لزم قبوله سواء تغير سعره أو لم يتغير، وإن حدث به عيب لم يلزمه قبوله، وإن كان القرض فلوساً أو دراهم مكسرة فحرمها السلطان: وتركت المعاملة بها. كان للمقرض قيمتها. ولم يلزمه قبولها سواء أكانت قائمة في يده أو استهلكها؛ لأنها تعيبت في ملكه [2].

في هذا الشأن ورد في المادة (٧٥٠) من مجلة الأحكام الشرعية ما نصه: ((إذا كان القرض فلوساً أو دراهم مكسورة أو أوراقاً نقدية فغلت، أو رخصت أو كسدت ولم تحرم المعاملة بها وجب رد مثلها، أما إذا حرم السلطان التعامل بها فتجب قيمتها يوم القرض ويلزمه الدفع من غير جنسها إن جرى فيها ربا الفضل، وكذا الحكم في سائر الديون وفي ثمن لم يقبض وفي أجرة وعوض خلع وعتق ومتلف وثمن مقبوض لزم البائع رده)) [3].

---

(١) المرجع السابق – ص ٧٨ وص ٧٩.

(٢) المغني – المرجع السابق – الجزء ٤ – ص ٣٦٠.

(٣) مجلة الأحكام الشرعية – المرجع السابق – ص ٢٧٣.

وقال القاضي – أبو يعلى– ((هذا إذا اتفق الناس على تركها فأما إن تعاملوا بها مع تحريم السلطان لها لزم أخذها)) [1].

وجمهور الباحثين من الفقهاء والاقتصاديين يرون أن ترد الديون، أو القروض، ونحوها بأمثالها، ولا يلتفت إلى طروء الغلاء أو الرخص في قيمتها [2].

وهذا ما قرره مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورته الخامسة في دولة الكويت من ١ إلى ٦ جمادى الأولى ١٤٠٩هـ الموافق (٩ إلى ١٤ ديسمبر ١٩٨٨م) إذ جاء فيه ((العبرة في وفاء الديون الثابتة بعملة ما، هي بالمثل وليس بالقيمة؛ لأن الديون تقضى بأمثالها، فلا يجوز ربط الديون الثابتة في الذمة– أياً كان مصدرها – بمستوى الأسعار)) [3].

وذهب البعض إلى القول برد القيمة ولهم وجهات نظر هي كما يلي :

١. قال د./ وهبة الزحيلي، ود./ نزيه حماد، ود./ عجيل النشمي: إن القول برد قيمة النقد الذي طرأ عليه الغلاء أو الرخص هو الأولى بالاعتبار، وهو الأقرب للعدالة، ولذا يجب رد قيمته يوم ثبوته في الذمة.

---

[1] وقال ناظم المفردات:

والنص بالقيمة في بطلانها	لا في ازدياد القدر، أو نقصانها
بل إن غلت فالمثل فيها أحرى	كدانق عشرين صار عشرا
وشيخ الإسلام فتى تيمية	قال : قياس القرض عن جليّة
الطرد في الديون والصداق	وعوض الخلع والإعتاق
والغصب و الصلح عن القصاص	ونحو ذا طراً بلا اختصاص

وقال الشارح: ((يعني أن النص في رد القيمة إنما ورد عن الإمام أحمد فيما إذا أبطلها السلطان فمنع المعاملة بها، لا فيما إذا زادت قيمتها، أو نقصت مع بقاء التعامل بها، وعدم تحريم السلطان لها، فيرد مثلها سواء غلت أو رخصت، أو كسدت...؛ لأنه لم يحدث فيها شيء إنما تغير السعر، فأشبه الحنطة إذا رخصت، أو غلت)) انظر مقالة د./ حمزة بن حسين الفعر الأستاذ في كلية الشريعة جامعة أم القرى بعنوان مدى اعتبار التضخم عيباً في العملة يبيح التعويض عنه ص ١٦٠ من مجلة البحوث الفقهية المعاصرة العدد السابع والخمسون – شوال ذو القعدة وذو الحجة لعام ١٤٢٣هـ الموافق (٢٠٠٢– ٢٠٠٣م).

[2] بحث بعنوان موقف الشريعة الإسلامية من ربط القروض والديون بمستوى الأسعار للدكتور صالح بن زابن المرزوقي الأستاذ بكلية الشريعة بجامعة أم القرى منشور في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة العدد الثاني والثلاثون – رمضان ١٤١٧هـ الموافق (١٩٩٧م) – ص ٥٧ و ٥٨.

[3] مجلة مجمع الفقه الإسلامي – الدورة الخامسة – العدد الخامس الجزء الثالث ١٤٠٩هـ الموافق (١٩٨٩م) – ص ٢٢٦١.

٢. وذهب الشيخ/ ابن بيه ود./ الفرفور ود./ ناجي عجم إلى وجوب تعديل العقد الملتزم به من تلك العملة في الحقوق والالتزامات الآجلة بالرجوع إلى قيمتها وما كانت تعادل من الذهب يوم الثبوت في الذمة، سواءً أكان منشأ الالتزام بها قرضاً أو بيعاً مؤجل الثمن أو غير ذلك.

٣. وذهب الشيخ الزرقا إلى وجوب تعديل الديون والالتزامات المالية بذلك النقد أياً كان منشأها، مداينات سابقة – أو عقود متراخية التنفيذ، كعقود التوريد والمقاولة، وذلك بتنصيف فرق العملة الفاحش، وتحميله على الطرفين معاً على كل واحد منهما نصفه، بشرط أن يكون ذلك الهبوط حاصلاً بعد التعاقد بصورة مفاجئة لم تكن في حسبان العاقدين وقت التعاقد.

٤. وذهب الشيخ عبد الله بن منيع إلى وجوب تعديل نقص القوة الشرائية إذا نقص سعر العملة الورقية المجعولة ديناً في الذمة، وهبطت قوتها الشرائية بعد امتناع المدين عن سداد ما عليه من دين مع القدرة واليسار.. ففي هذه الحالة يلزم المدين بأن يضمن للدائن ما فاته من نقص نتيجة ذلك المطل بالباطل ولا يعد ذلك من الربا في شيء؛ لأن مطله هذا من باب الغصب وتطبق عليه أحكام الغصوب [١]

ومما تقدم، يمكن القول بكل ثقة، أن نظرية الضرورة الشرعية في الفقه الإسلامي، هي تطبيق فقهي وقضائي، في واقع الأمر، يضاهي ما تستهدفه نظريات التوازن المالي للعقود الإدارية، في القوانين الوضعية، من حلول للمتعاقد المضار، بل هي أكثر شمولية، من حيث انطباقها على كافة مناحي الحياة، ومنازعاتها في القانون الخاص والعام، وهي أكثر فاعلية وتأثير أيضاً على العقود بأنواعها المدنية والتجارية والإدارية، ذلك أنها تصل إلى حالة فسخ العقد للأعذار عند استحالة التنفيذ فيما يسميه الفقه والقضاء بحالة القوة القاهرة، وتعديل الالتزامات في حالات أخرى كما هو مفصل أعلاه.

---

[١] هذا الرأي منشور ضمن مقالة للدكتور صالح بن زابن المرزوقي – المرجع السابق – ص ٨د.

المبحث الثالث

التوازن المالي للعقد الإداري من خلال أحكام الغرر:

من المعلوم شرعاً أن بيع الغرر من البيوع الفاسدة، وهو بيع مـا لا يعلـم قـدره ولا صفته، وقد يكون مبنياً على الغش والخداع، وبيع الغرر هو كل بيع احتـوى جهالـة أو تضـمن مخاطرة أو قماراً، وقد نهى الشارع عنه ومنعه. قال النووي: (النهي عن بيع الغرر أصـل مـن أصول الشرع يدخل تحته مسائل كثيرة جداً ومن أمثلة ذلك بيوع الجاهلية كبيع الحصاة [١]، وبيع ضربة الغواص [٢]، وبيع النتاج [٣]، وبيع الملامسة [٤]، وبيع المنابذة [٥] وبيع المحاقلة [٦] وبيع المزابنة [٧] وبيع المخاضرة [٨]، وبيع الصوف في الظهر، وبيع السمن في اللـبن، وبيـع حبـل الحبلة. فهذه البيوع وأمثالها، نهى عنها الشارع لما فيها من غرر، وجهالة بالمعقود عليه [٩].

روى مسلم والترمذي وأبو داوود والنسائي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسـول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر وبيع الحصاة [١٠].

---

[١] هو العقد على الأرض التي لا تتعيّن مساحتها، ثم تقذف الحصاة حتى إذا استقرت كان ما وصلت إليـه هـو منتهـى مساحة البيع.

[٢] كان أهل الجاهلية يبتاعون من الغواص ما قد يعثر عليه من لقطات البحر حين غوصه ويلزمون المتبـايعين بالعقـد فيدفع المشتري الثمن، ولو لم يحصل على شيء، ويدفع البائع ما عثر عليه، ولو أبلغ أضعاف ما أخذ من الثمن.

[٣] هو العقد على نتاج الماشية قبل أن تنتج، ومنه بيع ما في ضروعها.

[٤] أن يلمس كل من المتعاقدين ثوب صاحبه، أو سلعته فيجب البيع بذلك دون علم بحالها، أو تراضٍ عنها.

[٥] أن ينبذ كل من المتعاقدين ما معه، ويجعلان ذلك موجباً للبيع دون تراضٍ منهما.

[٦] بيع الزرع بكيل من الطعام معلوم.

[٧] بيع ثمر النخيل بأوساقٍ من التمر.

[٨] بيع الثمرة الخضراء قبل بدو صلاحها.

[٩] السيد سابق – فقه السنة – المجلد الثالث – دار الكتاب العربي – بيروت طبعة ١٩٧١ ص ٧٩ وما بعدها.

[١٠] وهذه البيوع المُنهي عنها هي استثناء من الأصل وهو جواز البيع بالإجماع لقوله تعالى: (وأحل الله البيع وحرم الربا) ولفعله صلى الله عليه وسلم، وإقراره أصحابه عليه والحكمة تقتضيه؛ لأن حاجة الإنسان تتعلق بما في يد صاحبه، ولا يبذله بغير عوض غالباً، ففي تجويز البيع وصول لغرضه ودفع حاجته كما ورد في كشاف القناع عن متن الإقناع للشيخ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي – المرجع السابق – الجزء الثالث – ص ١٤٥. وجاء في لسان العرب لابن منظور تعريف البيع لغة بأنه ضد الشراء، وبعت الشيء أي شريته وهو مقابلة شيء بشيء، فمقابلة السلعة بالسعلة تسمى بيعاً لغة كمقابلتها بالنقد ويقال لأحد المتقابلين مبيع والآخر ثمن.

ومن بيوع الغرر بيع الشيء غير المقدور على تسليمه، فلم يجز بيع الطير في الهواء، فإن حصل في يد إنسان جاز بيعه لإمكان تسليمه، ولا السمك في الآجام، وهو قول أكثر أهل العلم. روي عن ابن مسعود أنه نهى عنه، قال: إنه غرر، وكره ذلك الحسن والنخعي، ومالك وأبو حنيفة، والشافعي وأبو يوسف وأبو ثور ولا نعلم لهم مخالفاً [1].

((ولا يصح بيع مستور في الأرض يظهر ورقه فقط، كلفت وفجل، وجزر، وبصل، وثوم، ونحوه، قبل قلعه ومشاهدته، للجهالة بما يراد منه، ويصح بيع ورقه أي ورق الفجل، ونحوه الظاهر المنتفع به لعدم المنافي)) [2].

وقد نهى الشارع عن بيع الغرر، والنهي يقتضي الفساد، والغرر ما طوي عنك علمه، وخفي عليك باطنه، أو كان متردداً بين الحصول وعدمه، فكل بيع كان المقصود منه مجهولاً، أو معجوزاً عنه، غير مقدور عليه هو غرر[3].

وقد ذكر فقهاء المذاهب، تعريفات للغرر بعضها قريب من بعض، وحاصلها أن بيع الغرر يتضمن خطراً يلحق أحد المتعاقدين، فيؤدي إلى ضياع ماله، ذلك أنه بيع ما لا يعلم وجوده وعدمه، أو لا تعلم قلته وكثرته، أو لا يقدر على تسليمه [4]

ومن النصوص الفقهية المتقدمة يبدو جلياً، بأن شرعنا الحنيف نهى عن بيع الغرر، في الأمثلة المتقدمة، لانطوائه على جهالة في المعقود عليه، تؤثر في الركن الجوهري، والأساسي للعقد، ألا وهو صحة الرضا، وسلامته، فيندفع الشخص إلى التعاقد على شيء غير

---

[1] ابن قدامة – المغني – تأليف أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة على مختصر أبي القاسم عمر بن حسين ابن عبد الله بن أحمد الخرقي – مكتبة الرياض الحديثة – الجزء الرابع – ص ٢٢٢ وما بعدها.

[2] كشاف القناع – المرجع السابق – ص ١٦٦

[3] حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع – جمع عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي الحنبلي – المجلد الرابع الطبعة السابعة – ١٤١٧ الموافق (١٩٩٧م) – ص ٣٥٠.

[4] د./ أحمد موافي – الضرر في الفقه الإسلامي – المجلد الأول – دار بن عفان – الخبر الطبعة الأولى ١٤١٨ الموافق (١٩٩٨م)– ص ١٩٢.

موجود أو غير مقدور على تسليمه، أو يتعاقد وهو يجهل نوع، أو كمية، أو صفة، أو قيمة المعقود عليه، الذي يغبن فيه، فيبيع بأقل من ثمن السوق، أو يشتري بأكثر من ثمن السوق، وفي ذلك ضرر وظلم، اقتضت المصلحة والعدالة بحظر التعامل في هذه البيوع، وإبطالها لما تسببه من اختلال في الحقوق المتقابلة في العقد، فيثرى أحد الأطراف على حساب الطرف الآخر، دون وجه حق وفي ذلك ظلم بيّن تأباه الشرائع السماوية، والعقول السليمة، ومصالح الأفراد والجماعات، لذلك نهى عنها الإسلام حماية لحقوق معتبرة، ومنعاً للمقامرة أو الغبن في البيوع، وتأمين سلامتها وصيانتها من العبث ومنع النزاعات بين الناس.

ولما كان النهي عن البيوع المتقدمة، يقضي ببطلانها للغرر، رفعاً للضرر، وكان من المستحيل على المتبايعين أن يتجنبوا الغرر اليسير في بيوعهم، التي هم في حاجة للتعامل بها، لذا اعتبر العلماء أن الغرر الممنوع هو الكثير الفاحش، لا القليل اليسير؛ لأن في تحريمه على المتبايعين ضرر يجاوز ما قد يكون فيه مصلحة لهما [1].

وقد اتجه الفقهاء مستأنسين بقواعد الشريعة إلى التفرقة بين الغرر المفسد للعقود، (وهو المقصود في أحاديث النهي) والغرر المتسامح فيه، تطبيقاً لقواعد الشريعة في رفع الحرج وإلغاء الضرر، وفق ضوابط ثلاثة هي أن يكون الغرر يسيراً، وأن يكون الناس في حاجة إلى هذا التعامل، وألاَّ يمكن الاحتراز عن الغرر إلاّ بمشقة معتبرة [2].

يقول الإمام ابن تيمية – يرحمه الله – إن ما كان من المعاوضات التي من جنس البيوع في مقصودها المال فإنه يعفى من الغرر اليسير الذي يحتمل في العقود، وتدعو

---

[1] مجموعة الفتاوى – المرجع السابق – ص ٥٥.

[2] د./ أحمد موافي – المرجع السابق – ص ١٩٤ وص ١٩٥.

حاجة الناس إليه، وفي تحريمه على المتبايعين من الضـرر ما يربو على المتصـور أنـه مصلحة لهما [1].

وبناءً على ما تقدم فإن علماء المسلمين قد تسامحوا في إجازة العديد مـن العقـود التي تتضمن بعض حالات الغرر اليسير لحـاجة الناس للتعـامل بهـا ومـن ذلـك عقـود الاستصناع، (المقاولات))) وهي عقود تتم على بيع عين موصوفة في الذمة، مطلوب صنعها، كما إذا اتفق شخص مع آخر ليصنع له دولاباً مثلاً)) والاستصناع عقد على معدوم، والقيـاس على رأي الجمهور منعه؛ ولكنه جاز استحساناً لتعامل الناس به في جميع العصور[2]. وهو ما سوف أتناوله مفصلاً في موضعه لاحقاً في المبحث الرابع من هذا الباب بإذن الله .

ومن البيوع التي أجازها العلماء عقود توصف اليوم بكونها عقـود إداريـة، أحـد أطرافها جهة إدارية تمثل الدولة بما لها من سلطات استثنائية غير مألوفة في نطاق القـانون الخاص، تمارسها من خلال ما توفره لها شروط العقد أو القوانين، واللوائح المنظمة للنشـاط موضوع العقد مثل حق تعديل العقد والإشراف عليه، والتنفيذ المباشر في توقيـع الغرامـات والجزاءات والتنفيذ على الحساب، ومثال تلك العقود عقود التوريدات، وعقـود الإنشـاءات، وعقود التصنيع، وهذه العقود وإن احتوت على قدر يسير من الغرر أي الجهالة في المعقـود عليه لعدم وجوده عند التعاقد في غالب الأحوال لكونها متراخية التنفيذ وأسعار موادها وأجور خدماتها عرضة للتقلبات وفقاً لسعر السوق وقت التنفيذ وظروفه المؤثرة في وجـود السـلع والخدمات كثرةً، أو ندرةً، ومن ثَم فقد تزيد التزامات المتعاقد بصورة مفاجئة، مؤدية لخسارة

---

[1] مجموعة الفتاوى المرجع السابق – ص ٥٥.

[2] الأستاذ/ ناصر عبد العزيز الثويني بحث في ((الغرر وأثره في العقود)) قدمه لمعهد الإدارة العامـة فـي الريـاض بإشراف د./ بهاء الدين العلايلي، عام ١٤٠٦ – ١٤٠٧ الموافق (١٩٨٧م) – ص ٦١.

فادحة له، إلاّ أنه وفقاً للقواعد الشرعية المعتبرة، فإن الضرر يزال، والمشقة تجلب التيسير، كما سبق عرضه في المبحث الثاني[1].

وبتأمل ما سبق، يظهر التشابه في الأهداف قائماً بين حالة الغرر، ونظريات التوازن المالي للعقد الإداري، في الحالة التي يوجد فيها المتعاقد المتضرر، لكونه لا يعلم وقت التعاقد، ولم يتوقع هذه الصعوبات المادية أثناء التنفيذ، مثل ارتفاع في الأسعار، أو صعوبة في توفير المواد، نتيجة إجراءات إدارية، أو ظروف طبيعية، أو صعوبات غير متوقعة، بسبب طبيعة أرض المشروع، وهذه وغيرها من المفاجئات التي تسبب له ضرراً شديداً، فإن الأمر يستدعي حينها تدخل الإدارة المتعاقدة، بمد يد العون للمتعاقد المنكوب، لحصولها أثناء تنفيذ عقده. وقد سبق في الباب الأول من هذه الدراسة عند استعراضنا للنظريات المعروفة في التوازن المالي للعقد الإداري أن رأينا بأن غالبية الفقه والقضاء يؤسسونها على اعتبارات العدالة والنية المفترضة للعاقدين، ومد يد العون للمتعاقد المضرور للمصلحة العامة في استمرار المرافق العامة بانتظام واضطراد وهي ذات الأهداف التي قصدها الشارع في أحكام الغرر، بل إن الأثر في بعض حالات الغرر الفاحش، يتجاوز التعويض إلى حالة اعتبار العقد باطلاً، مما يعني عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد.

وقد تأكد هذا المبدأ في قرار مجمع الفقه الإسلامي، حيث أجاز للقاضي تعديل الحقوق والالتزامات العقدية، بصورة توزع القدر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة، على الطرفين المتعاقدين، إذا جاوزت هذه الخسائر القدر المعتاد المألوف، لأسباب طارئة غير متوقعة، بل إنه أجاز للقاضي فسخ العقد إذا وجد أن الفسخ أصلح وأسهل في حسم القضية.

---

[1] انظر ص ١٦٤وما بعدها.

وهذا يعني بأن الأضرار المترتبة عن الغرر اليسير، في العقود المتراخية التنفيذ، نتيجة ظروف طارئة، أو إجراءات إدارية، أو صعوبات مادية استثنائية، فإن القواعد الشرعية تجيز في هذه الحالات للمتعاقد، الحكم بتعويضه، عن طريق تعديل الأسعار، أو تمديد مدة العقد، كما ورد في قرار مجمع الفقه بقوله: ((ويحق للقاضي أيضاً أن يمهل الملتزم، إذا وجد أن السبب الطارئ، قابل للزوال في وقت قصير، ولا يتضرر الملتزم كثيراً بهذا الإمهال)) [1].

وتأسيساً على ما تقدم، يمكن القول أن أحكام الغرر، تساندها القواعد الفقهية في رفع المشقة، والتيسير، والعدل ومنع الضرر، وجلب المصالح، تلتقي في مقاصدها وفي آثارها ونتائجها، مع النظريات الحديثة في التوازن المالي للعقد الإداري، وكلتاهما تقرران حق المتعاقد في التعويض العادل، عن الخسائر التي تواجهه، نتيجة اختلال اقتصاديات العقد لأسباب مفاجئة، وغير متوقعة، وخارجة عن إرادة المتعاقد، ولم تكن ناتجة بسبب تقصيره، أو إهماله، ولا يملك وسيلة لتجنبها، مع الاختلاف بينهما في مقدار التعويض، ونسبة مشاركة كل طرف على التفصيل الوارد، في نظريات التوازن المالي السابق بيانه، في حين أن التعويض، وفقاً للقواعد الشرعية، يتحدد بمقدار الضرر الذي أصاب المتعاقد، باعتبار أنها تهدف إلى جبر ضرره، امتثالاً لحديث المصطفى عليه الصلاة والسلام ((لا ضرر ولا ضرار)) وقاعدة الضرر يزال، وأيضاً تجنباً لأكل أموال الناس بالباطل، التي نهى البارئ عز وجل عنها في قوله تعالى:

﴿ وَلاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُواْ بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُواْ فَرِيقاً مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ [2].

---

[1] قرار مجمع الفقه الإسلامي الصادر في عام ١٤٠٢هـ الموافق (١٩٨٢م) بشأن الظروف الطارئة المنشور في ص ١٥٥ وما بعدها من الباب الأول من هذه الدراسة.

[2] سورة البقرة آية (١٨٨).

المبحث الرابع

التوازن المالي للعقد الإداري من خلال بيوع الاستصناع وبيوع الثمار والزرع قبل بدو صلاحها

في هذا المبحث، سوف أتناول بشيءٍ من التفصيل – بمشيئة الله – وبقدر ما تـدعو إليه الحاجة، بيوع الاستصناع، وبيوع الثمار، والزرع قبل بدو صلاحها، في مطلبين هما:-

المطلب الأول

التوازن المالي للعقد الإداري من خلال بيوع الاستصناع:

وفيه عدة فروع، الأول منها أتعرض فيه لتعريف بيوع الاستصناع لغة، واصطلاحاً، ورأي العلماء فيها، وأتطرق في الفرع الثاني، إلى التكييف الفقهي والقانوني للاستصناع، وفي الفرع الثالث، سوف أتحدث فيه عن أركان وشروط بيوع الاستصناع، وفـي الفـرع الرابـع، أخصصه للحديث عن آثار عقد الاستصناع، أما الفرع الخامس، فهـو لعـرض أهميـة عقـد الاستصناع وأثره في تنشيط الحركة الاقتصادية، وأخيراً أتناول في الفرع السادس، التـوازن المالي للعقد الإداري في بيوع الاستصناع.

الفرع الأول: تعريف بيوع الاستصناع لغةً واصطلاحاً ورأي العلماء فيها.

الاستصناع في اللغة: هو طلب الصنعة، جاء في لسان العرب ((اصطنع فلاناً خاتمـاً إذا سأل رجلاً أن يصنع له خاتماً، واصطنع الشيء دعا إلى صـنعه)) [1] والصـناعة حرفـة الصناع، وهم من يعملون بأيديهم، وروى ابن عمر أن رسول الله صـلى الله عليـه وسـلم: (اصطنع خاتماً من ذهب كان يجعل فصه في باطن كفه إذا لبسه فصنع الناس ثم أنه رمى به) [2] فقوله:(اصطنع) أي أمر أن يصنع له.

---

[1] لسان العرب – المجلد الثامن – المرجع السابق- ص ٢٠٩.

[2] صحيح البخاري – الجزء السابع والثامن – المرجع السابق- ص ٥١.

أما في اصطـلاح الفقهاء، فإن معظم الأحناف يعتبرونه عقداً مستقلاً وقد عرفه ابن عابدين في حاشيته ((طلب العمل من الصانع في شيء خاص علـى وجـه مخصـوص)) [1] ، وعلى ضوء ذلك فإن عقد الاستصناع يقوم على مستصنع، وصانع ومال مصـنوع، وثمـن، فالمستصنع هو طالب الصنعة والصانع من أحضر المادة وصنعها والمال المصنوع هو محـل العقد ويسمى المستصنع والثمن هو ما يدفعه المستصنع للصانع نظير عمله ومادته الخام[2].

والاستصناع عند عامة مشايخ الحنفية هو بيع، لا وعد بالبيع، وهو عقد من العقود أجازوه استحساناً لا قياساً (باستثناء زفر الذي يعتبره من السلم كجمهور الفقهاء) وتناولوه في كتبهم من حيث حقيقته، وصفته وشروطه وحكمه، بينما انتهى الرأي في المذاهب الأخرى إلى القول بالمنع، لكونه بيع لمعدوم حسبما يرون، ملحقينه بالسّلم في الصناعات[3].

يقول السرخسي فى الاستصناع: وإذا استصنع الرجل عند الرجل خفين أو قلنسـوة، أو آنية من أواني النحاس، فالقياس ألاّ يجوز ذلك؛ لأن المستصنع فيه مبيع، وهـو معـدوم، وبيع المعدوم لا يجوز لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الإنسان، ثم هذا فـي حكم بيع العين ولو كان موجوداً غير مملوك للعاقد لم يجز بيعه، فكذلك إذا كان معـدوماً، بـل أولى ولكنا نقول نحن تركنا القياس لتعامل الناس في ذلك فإنهم تعاملوه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا، من غير نكير منكر، وتعامل الناس من غير نكير أصل من الأصول كبير، لقوله صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسـن وقـال

---

[1] حاشية ابن عابدين – المرجع السابق – الجزء الرابع – ص ٢١٢.

[2] د./ أحمد جابر بدران – عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي بين النظرية والتطبيق- إصدار بنك الكويـت الصـناعي مارس ٢٠٠٣ العدد ٧٢ صفحة ١٧.

[3] د./ محمد أحمد الصالح – عقد الاستصناع ودوره في تنشيط الحركة الاقتصادية الطبعة الأولـى مكتبـة العبيكـان – ١٤١٧هـ الموافق (١٩٩٧م) – ص ٣٥

صلى الله عليه وسلم: (لا تجتمع أمتي على ضلالة) وهو نظير دخول الحمام بأجر فإنه جائز لتعامل الناس وإن كان مقدار المكوث فيه وما يصب من الماء مجهولاً) [1].

ويقول ابن عابدين: (فالصنعة عمل الصانع في صناعته أي حرفته؛ وأما شرعاً فهو طلب العمل منه في شيء خاص على وجه مخصوص) [2] .

وعرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة (١٢٤) بأنه:(عقد مقاولة مع صاحب الصنعة على أن يعمل شيئاً).

قال علاء الدين السمرقندي في تحفة الفقهاء هو ((عقد على مبيع في الذمة وشرط عمله على الصانع)) وقال صاحب العناية الاستصناع هو أن يجئ إنسان إلى صانع فيقول اصنع لي شيئاً صورته كذا وقدره كذا ويسلم إليه جميع الدراهم، أو بعضها أو لا يسلم [3].

وبناءً على ما سبق فإن عقد الاستصناع يقوم على مستصنع وصانع ومال مصنوع وثمن، ويرى جمهور الحنفية أن الاستصناع جائز استحساناً، ووجه الاستحسان عندهم هو التعامل بين الناس بهذا العقد وحاجتهم الماسة له.

وعلى خلاف ما تقدم فإن جمهور (المالكية والشافعية والحنابلة) يرون عدم الاعتراف بالاستصناع كعقد مستقل مسمى كما جاء في المذهب الحنفي، بل أدمجت مسائله في عقد السلم، فالمالكية اعتبروه سلماً لا يجوز إلاّ بوصف العمل، والمصنوع، وضرب الأجل، وتقديم رأس المال

---

(١) شمس الدين السرخسي – المبسوط – المجلد السادس – دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت ١٤٠٩ الموافق (١٩٨٩م) – ص ١٣٨ وص ١٣٩.

(٢) ابن عابدين – المرجع السابق – ٢١٢.

(٣) د./ علي أحمد السالوسي – موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة – الطبعة السابعة ١٤٢٦- ٢٠٠٥ – دار الثقافة – الدوحة ص ٨١٨ وما بعدها.

وهكذا هو الحال لدى الشافعية، أما الحنابلة فقد جعلوه في باب بيع ما ليس لدى الإنسان على وجه غير السلم لذلك قالوا بمنعه وأجازوا السلم بالصناعات [1].

ورغم أن عقد الاستصناع يقوم أساساً على بيع شيء غير موجود (أي معدوم) وقت التعاقد وبيع المعدوم الذي فيه غرر غير جائز إلاّ أن الشرع صحح بيع المعدوم في بعض المواضع، فقد أجاز بيع الثمر بعد بدو صلاحه، والحب بعد اشتداده، وعلة منع بيع المعدوم)) كما قرر بن تيمية هي الغرر وهي علة مضطردة لا تحوجنا إلى استثناءات أو مخالفة القياس، والغرر في بيع المعدوم لا يتحقق إلاّ في حالة ما إذا كان المبيع مجهول الوجود؛ لأنه إذا كان المبيع محقق العدم فلا غرر في هذا، والبيع باطل بداهة لاستحالة التنفيذ، وإن كان المبيع محقق الوجود، فلا غرر أيضاً.. والبيع صحيح، وإذا تتبعنا الشارع فيما منعه في بيع المعدوم، وما أجازه فيه.. نجد أن كل ما منعه المبيع فيه مجهول الوجود.. وأن كل ما أجازه منه، المبيع فيه محقق الوجود عادة وإن كان معدوماً وقت العقد... فالقاعدة في بيع المعدوم هي أن كل معدوم مجهول الوجود في المستقبل لا يجوز بيعه، وأن كل معدوم محقق الوجود في المستقبل بحسب العادة يجوز بيعه)) [2]، والغرر في بيع المعدوم، يتحقق إذا كان المبيع مجهول الوجود.

ويستند من يرى إجازة عقد الاستصناع إلى أنه لا يوجد نص شرعي صريح في منعه وقد أجازته السنة والإجماع، وقد تعارف عليه الناس، والرسول صلى الله عليه وسلم لم يبطل العقود التي جرى تعارف الناس عليها والتعامل بها وفيها مصلحة للمسلمين ورفع

---

[1] د./ أحمد جابر بدران – المرجع السابق – ص ١٧ وص ١٨.

[2] د. كاسب عبد الكريم البدران – عقد الاستصناع دراسة مقارنة – ص ٤٥ وموضوع البحث رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير من المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض لسنة ١٣٩٧هـ الموافق (١٩٧٧م) إشراف د./ أحمد محمد الحضري.

للضرر عنهم[1]، كما أن المعقود عليه في الاستصناع لا غرر فيه فهو موصوف، معلوم الجنس والقدر والصفة والثمن، ومقدور التسليم، ويقول الحنفية في ذلك أن الاستصناع ليس بيعاً معدوماً مطلقاً أو عدماً محضاً، بل هو معدوم في حكم الموجود [2].

الفرع الثاني: التكييف الفقهي والقانوني لعقد الاستصناع:

حصل اختلاف بين فقهاء الأحناف في طبيعة الاستصناع، هل هو عقد، أم وعد، ويترتب على تحديد أي منها فرق كبير في الأثر، ومعلوم أن العقد في الأصل يكون لازماً للعاقدين، أما الوعد فلا يترتب عليه التزام، وإنما إثم يلحق من أخلّ بوعده ولا ضمان عليه.

ويرى جمهور فقهاء الأحناف أن الاستصناع عقد وليس بوعد، مستندين في ذلك إلى أن الصانع يملك الدراهم بقبضها، وليس الأمر كذلك للمواعد، ويثبت خيار الرؤية والتقاضي، في حين أن هذين الخيارين لا وجود لهما في الوعد، وأيضاً فإن الصانع في عقد الاستصناع يجبر على عمله في بعض الأحوال، كما يجبر المستصنع على أخذ الشيء المصنوع المستوفي لشرائطه بينما خلا الوعد من الإلزام.

ومن يخالفهم معتبراً الاستصناع هو وعد يستند في ذلك إلى أن الصانع له ألاّ يعمل، وللمستصنع عدم تقبل ما يأتي به الصانع من مصنوع.

---

[1] وفي ذلك يقول د./ الخادمي ((الشرع أباح هذا التعامل (عقود الاستصناع) استحساناً بالإجماع، أي على خلاف القياس إذ القياس يقتضي تقابل الموجودين، أو العوضين، وقد أجمع العلماء على مصلحة هذا التعامل، وذلك لحاجة الناس إليه، حاجة الصانع إلى "مال، وحاجة المستصنع إلى الشيء المصنوع، وحاجة الجميع إلى إقامة الصنائع والحرف والوظائف، تحقيقاً لمصالح الناس وجلباً لما ينفعهم، ودرءاً لما يوقعهم في الحرج والضيق)) انظر بحث للدكتور/ نور الدين الخادمي منشور في مجلة العدل – تصدرها وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية العدد الرابع عشر السنة الرابعة ربيع الآخر ١٤٢٣هـ الموافق (٦/٢٠٠٢م) – ص ١٤٠.

[2] د./ ناصر أحمد إبراهيم النشوي – أحكام عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي – دراسة مقارنة – دار الجامعة الجديدة للنشر طبعة ٢٠٠٥ ص ١٨٢ وما بعدها. وكذلك د./ كاسب البدران – المرجع السابق– ص ٤٥.

ويرجح د./ أحمد جابر بدران رأي الجمهور القائل بأن الاستصناع عقد لقوة أدلتهم، وقد سلمت من كل ما وجه إليها من نقد وما ورد بها من مآخذ، فضلاً عن ضعف أدلة الرأي الثاني، وعلى هذا فإن الاستصناع عقد لا وعد عند الأحناف [1] وبمثل هذا الرأي أيضاً د./ النشوي [2].

وفيما عدا الأحناف فإن المذاهب الثلاثة الأخرى أجمعت على عدم جواز الاستصناع إلاّ بشرط السلم، غير أن المالكية أجازوا استصناع أي شيء مما يعمل الناس في أسواقهم عند الصناع، على حين لم يُجز الشافعية والحنابلة من هذه الأشياء ما جمع أجناساً مقصودة لا تتميّز [3].

أما التكييف القانوني لعقد الاستصناع، فقد أثار اختلافاً بين فقهاء القانون، فالبعض منهم قال: إن عقد الاستصناع هو عقد مقاولة واقع على العمل، فيما قال آخرون: هو عقد مقاولة إن كانت المادة أقل قيمة من العمل، وعقد بيع إذا كان العمل أقل قيمة من المادة فهو يكون مزيجاً من بيع ومقاولة، ومن هذا الرأي الأستاذ د./عبد الرزاق السنهوري[4].

وعقد الاستصناع، يعد داخلاً ضمن عقد المقاولة، في القانون حسبما ورد تعريفه في القانون المدني المصري في الفقرة الثانية من المادة ٦٤٧ إذ نصت على ((كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً)).

يقول د./ كاسب البدران أن النظم الوضعية غربية كانت، أو عربية لم تولِ للاستصناع أهمية كبرى، فهو في المدني المصري الجديد ضمن عقد المقاولة، إلاّ أن المدني العراقي قد أولى عقد الاستصناع بعض الاهتمام؛ لكونه أخذ أكثر جزيئات مواده من الفقه الحنفي، ومن

---

[1] د./ أحمد بدران – المرجع السابق – ص ٢٣ وما بعدها.
[2] د./ النشوي – المرجع السابق – ص ٢٧٤.
[3] د./ علي أحمد السالوسي – المرجع السابق – ص ٨٢٧.
[4] د./ عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – المجلد الأول – البيع والمقايضة – طبعة ١٩٦٠م – ص ٣١.

الذين اهتموا بالاستصناع الفرنسي دافيد فرانسكو في رسالته عقد الاستصناع وقد عرفه بأنه: ((العقد الذي بمقتضاه يتعهد مقاول بأن يصنع شيئاً بالمادة التي يقدمها.. وأن يسلم هذا الشيء عندما ينتهي في مقابل ثمن إلى من طلبه)). وينتقد د./ البدران هذا التعريف باعتبار أن به إطناب وكان بالإمكان اختصاره [1].

وفي ذلك يقول د./ مغاوري السيد أحمد بخيت: ((إنني أرى وجوب العمل بعقد الاستصناع وعقد العمل معاً؛ وذلك تيسيراً للناس ورفع الحرج عنهم، وخاصة أن هذا يتفق مع العرف والعادة، وما جرى ويجري به التعامل المحلي والدُولي، وخاصة في الصفقات التجارية بين البلاد والجهات المصنعة، والجهات المستوردة للمصنوعات والمنتجات وأن من أهداف الشريعة رفع الحرج والمشقة)) [2].

الفرع الثالث : أركان وشروط بيع الاستصناع :

أركان عقد الاستصناع في الفقه الحنفي، هو ركن واحد هو الصيغة، ويراد بها كل ما يتلفظ به المتعاقدان من عبارات، تفيد رضا الطرفين بالتعاقد، وهي ما تعارف عليه الفقهاء بالإيجاب والقبول، ومثال ذلك قول المستصنع اعمل لي أو اصنع لي، فيجبه الصانع قبلت ورضيت، أو أي لفظ تعارف عليه الناس، ما دام يدل على الرضا [3].

أما شروط عقد الاستصناع، فقد ظهر فيما تقدم، بأن فقهاء الحنفية يعتبرون أن الصيغة هي الركن الوحيد في عقد الاستصناع، أما ما يخص العاقدان والمعقود عليه فإنهم يعتبرونها شروطاً للعقد، وليست ركناً فيه بالمخالفة لجمهور الفقهاء.

---

[1] د./ كاسب عبد الكريم البدران – المرجع السابق- ص ٧٤.

[2] د./ مغاوري السيد أحمد بخيت- السلم وأثره في تحويل المشروعات والتبادل التجاري والصناعي وفقاً للشريعة الإسلامية – دار فاتن للطباعة والنشر – شبرا مصر سنة ١٩٩٠م ص ٢١٠.

[3] د./ محمد أحمد الصالح – المرجع السابق – ص ١١٧ وما بعدها وكذلك د./ كاسب عبد الكريم البدران – المرجع السابق- ص ١٤٥ وما بعدها.

أما الشروط العامة للاستصناع، فهي التي تشترط في عقود المعاوضات، كالبيع، والسلم، والإجارة، وغيرها من العقود، ووجودها لازم لانعقاد عقد الاستصناع، وهي أربعة: والأولى تشترط أهلية المتعاقدين، أي أن يكون كل من العاقدين بالغاً عاقلاً متصفاً بالرشد.

والشرط الثاني: أن يكون كل من العاقدين متصفاً بالاختيار، فلو كان أحدهما مكرهاً لم ينعقد الاستصناع.

الشرط الثالث: التعدد، أي أن الاستصناع لا ينعقد إلاّ من طرفين وأكثر.

الشرط الرابع: هي الشروط الخاصة بالمعقود عليه.

أولاً : أن يكون المراد صنعه مما يجري فيه التعامل.
ثانياً: ألاّ يكون فيه أجل.
ثالثاً : أن يكون المعقود عليه معلوماً.
رابعاً: أن يكون المعقود عليه موجوداً.
خامساً: أن يكون البدلان في عقد الاستصناع مقدوري التسليم.
سادساً: أن يكون المعقود عليه مملوكاً لمن يملك.
سابعاً: أن يكون البدلان في عقد الاستصناع مالاً متقوماً [1]

أما الشروط الخاصة بالاستصناع فهي:

١- أن يكون المعقود عليه معلوماً، فيحدد بالعقد جنسه، ونوعه، وقدره، وصفته منعاً للجهالة، وهذا ما أكدته مجلة الأحكام العدلية في مادتها (٣٩٠) بقولها ((يلزم في الاستصناع وصف المصنوع وتعريفه على الوجه الموافق للمطلوب)).

٢- أن يكون المصنوع مما يجري فيه التعامل بين الناس.

---

[1] للمزيد من التفصيل انظر د./ ناصر أحمد إبراهيم النشوي - أحكام عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة - دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية - طبعة ٢٠٠٥م ص ٣٨٧ وما بعدها. وفي هذا الصدد يقول د. محمد السالوسي ((ومن هذا نرى أن الحنفية يشترطون لجواز الاستصناع ما يأتي: ١- بيان جنس المستصنع، ونوعه وقدره وصفته؛ لأنه لا يصير معلوماً بدون هذا البيان. وهذا الشرط لا ينفردون به حيث إنه من شروط السلم. ٢- أن يكون مما يجري فيه التعامل بين الناس. ٣- ألاّ يكون فيه أجل - وهذا قول أبي حنيفة - وخالفه الصاحبان، وفي المذهب أقوال تتصل بهذا الشرط كما يظهر مما نقل من كتبهم. انظر د./ محمد علي السالوسي - المرجع السابق - ص ٨٣٦.

٣- اشتراط ضرب الأجل، وهو الراجح في المذهب الحنفي خلاف رأي أبي حنيفة، الذي يرى أنه يلزم لصحة عقد الاستصناع أن يخلو من الأجل.

٤- أن يكون محل العقد في الأشياء التي تصنع، وليس في المنتجات الطبيعية.

٥- وأن يكون محل الاستصناع هو الشيء المستصنع وليس عمل الصانع.

أما أركان عقد الاستصناع في القوانين الوضعية فإن القانون المدني المصري قد اعتبر عقد الاستصناع يندرج تحت عقد المقاولة، وبرأي د./ السنهوري إن أركان عقد المقاولة كأركان سائر العقود هي ١- التراضي ٢- المحل ٣- السبب، ويتميّز ركن المحل في عقد المقاولة عن غيره من العقود بأنه مزدوج فهو بالنسبة إلى التزامات المقاول: العمل الذي تعهد بتأديته، وبالنسبة إلى التزامات رب العمل، هو الأجر الذي يدفعه للمقاول، مقابل هذا العمل [١].

الفرع الرابع : آثار عقد الاستصناع :

وكما تقدم فإن عقد الاستصناع.. هو عقد لا يدخل فيه شيء مما نهى الله عنه، فقد شرع هذا العقد لسد حاجات الناس ومتطلباتهم، فالصانع تحصل له المنفعة في بيع ما يبتكر من صناعة وفقاً لرغبة المستصنع من مواصفات ومقاييس، والمستصنع يحصل على المنفعة بسد حاجته فيما يناسبه من حاجات لنفسه، وبدنه، وماله. وعندها تقضى حاجات الناس فرادى أو جماعات ودول، وتحل مشاكلهم على نهج شرع الله تعالى ومقاصده.

أما آثار عقد الاستصناع على العاقدين فهي:

١-ثبوت حق الصانع في الثمن المتفق عليه مع المستصنع منذ التعاقد، إلاّ أنه لا يدخل في ملكه إلاّ بعد قبضه، ولا يحق له المطالبة به إلاّ بعد تسليم الشيء المصنوع وفق المواصفات، وقبول المستصنع له.

---

[١] انظر د./ عبد الرزاق أحمد السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – المجلد الأول – الجزء السابع مطبعة دار أحياء التراث العربي – بيروت – لبنان – ١٩٦٤م – ص ٣٦ وما بعدها.

٢- ثبوت الملك للمستصنع في الشيء المصنوع إذا كان مطابقاً للمواصفات المطلوبة، ورآه المستصنع وقبله.

٣- أن يقوم الصانع بعمل الشيء المستصنع حسب المواصفات المطلوبة، لا أن يشتري الشيء من السوق؛ لأن عقد الاستصناع يقتضى العمل والعين.

٤- لا يجوز فسخ عقد الاستصناع إلاّ برضا الطرفين، على الرأي الراجح بأنه عقد ملزم للطرفين.

٥- خيار الرؤيا للمستصنع إذ يكون له الخيار في الشيء المراد صنعه بعد تمام صنعه، فإن كان مطابقاً للمواصفات لزمه دفع الثمن المتفق عليه، وإن كان مخالفاً للمواصفات فله الخيار في رده واستعادة ما دفعه من ثمن له.

٦- عدم إنفساخ العقد بموت أحد الطرفين ما دام التنفيذ ممكناً بأن يحل الوارث محل المتوفى، إلاّ إذا نص العقد على خلاف ذلك خاصة إذا كان للصانع شخصية معنوية مستقلة مثل الشركات والمصانع ما لم يكن لشخصية الصانع الاعتبار في التعاقد من حيث خبرته، ومهارته عندها فإن عقد الاستصناع ينتهي بموته [١].

الفرع الخامس : أهمية الاستصناع وأثره في تنشيط الحركة الاقتصادية :

لغرض التيسير ودفع المشقة عن الناس، وهو مقصد الشرع الحنيف، فقد ترك علماء المسلمين القياس في منع بيع المعدوم، لذا أجازوا عقد الاستصناع استحساناً ولم يقتصر هذا الجواز على ما ذكره فقهاء الأحناف من مواد وآلات، فما ذكروه من أواني وخفاف ولجم الحديد وما إلى ذلك من مواد مصنوعة في عصرهم، زيد عليه في العصور التالية استحساناً للأسباب ذاتها ولتعامل الناس بها، فقد ورد في مجلة الأحكام العدلية أنواعاً من

---

[١] لمزيد من التفصيل يراجع مؤلف د./ محمد أحمد الصالح - المرجع السابق - ص ١٣٨ وكذلك مؤلف د./ أحمد جابر بدران - المرجع السابق - ص ٤٨ وص ٤٩.

المواد يجوز الاستصناع فيها؛ لأنه متعامل بها في وقت الدولة العثمانية كالبندقية والسفن الحربية والتجارية وبناء عليه، فإنه يجوز التعامل في كل ما يصنع بشرط تنطبق عليه أحكام هذا العقد مما ليس بممنوع شرعاً، إذ الأصل جواز التعاقد في الشريعة الإسلامية ما لم يرد نصاً أو إجماعاً بتحريمه [1].

وقد شهد الاقتصاد المعاصر تزايد الأهمية للمنتجات الصناعية، وذلك لاشباع الحاجات المتنامية، والتطور الإنساني في هذا العصر، وللأعداد المتزايدة من البشر، وساهم التقدم العلمي المتسارع الذي فاق كل التوقعات، في توسيع مجالات وأنواع التصنيع خلال القرن المنصرم مؤدياً ذلك إلى نمو عدد وحجم المبادلات الصناعية بين الأفراد والدول، فأصبحت تلك المنتجات تشكل الجزء الأكبر من التجارة في الأسواق المحلية والدولية وغدا تقدم الدولة، ومكانة اقتصادها يقاس بمقدار ما لديها من قدرات في إنتاج السلع الصناعية وتصديرها للخارج.

وإن كان للاستصناع دور هام في حياة الناس في الماضي، فإن دوره قد تعاظم وانتشر انتشاراً واسعاً في العصر الحديث، وشمل صناعات متطورة جداً، ومهمة في الحياة المعاصرة كالطائرات، والسفن، والسيارات، والمصانع، والمنشآت العمرانية المدنية منها، والعسكرية، مسهماً ذلك بشكل واضح في تقدم ورقي المجتمعات، وتأمين حاجيات الدول والأفراد، وتحقيق مصالحها شاملاً بذلك حقولاً بالغة الأهمية في حياة الإنسان، ومتطلباته مثل الطب، والهندسة، والزراعة، والدفاع.

---

[1] شرح مجلة الأحكام العدلية – المرجع السابق– الفصل الرابع ص ٢١٩.

ومن هنا فقد برزت أهمية الاستثمار التجاري لعقد الاستصناع بطريقه الاستثمار الإسلامي السليم، بعيداً عن شبهة الربا، وما تنطوي عليه من مضار في الدنيا والآخرة، وهذا ما قرره مجمع الفقه الإسلامي، [1] بشأن عقد الاستصناع، حيث جاء ما نصه: ((إن مجلس الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية من ٧ إلى ١٢ ذي القعدة ١٤١٢هـ الموافق (٩ إلى ١٤ مايو ١٩٩٢م)، بعد إطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع (عقد الاستصناع) واستماعه للمناقشات التي دارت حوله، ومراعاة لمقاصد الشريعة في مصالح العباد والقواعد الفقهية في العقود والتصرفات، ونظراً؛ لأن عقد الاستصناع له دور كبير في تنشيط الصناعة، وفي فتح مجالات واسعة للتمويل والنهوض بالاقتصاد الإسلامي قرر ما يلي : -

أولاً : إن عقد الاستصناع – هو عقد وارد على العمل والعين في الذمة- ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الأركان والشروط:

ثانياً : يشترط في عقد الاستصناع ما يلي :

(أ) بيان جنس المستصنع، ونوعه، وقدره، وأوصافه المطلوبة.

(ب) أن يحدد فيه الأجل.

ثالثاً : يجوز في عقد الاستصناع تأجيل الثمن كله، أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لآجال محددة.

رابعاً : يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً بمقتضى ما اتفق عليه العاقدان، ما لم تكن هناك ظروف قاهرة)) .

ويجدر التنويه إلى أن عقد الاستصناع يحقق الفوائد التالية:-

---

[1] القرار رقم ٦٧ منشور في مجلة مجمع الفقه الإسلامي – العدد السابع – الجزء الثاني ١٤١٢هـ ١٩٩٢م ص٧٧٧ وص ٧٧٨.

١- القضاء على البطالة المنتشرة في العالم، وذلك بتوفير التمويل الصناعي وبالتالي تشغيل الأيدي العاملة العاطلة بمشاريع صناعية

٢- العمل على استقرار الأوضاع الاقتصادية بتوفير الحاجات المصنعة بما يلبي الحاجة لها، وهو من شأنه العمل على استقرار الاقتصاد الوطني.

٣- تلبية حاجة طالبي الصنعة بأن يشتري مواد التصنيع، بثمن مؤجل لحين حلول الأجل.

٤- تجنب كساد السلع، بأن يصنع الصانع ما يتفق على صناعته.

٥- تضمن عقود الاستصناع للمصانع الاستقرار والنمو، وتجنبها مخاطر الخسارة والإفلاس، لكون عقود الاستثمار الصناعي تضمن لها التمويل اللازم، واستقرار التعامل، والنمو والنأي بها عن المنافسة غير المشروعة، وحرب الأسعار، والكساد في الأسواق بسبب كثرة العرض وقلة الطلب [١].

ومن التجارب التطبيقية لعقود الاستصناع، تجربة البنك الصناعي السوداني في تمويل القطاع الصناعي وفق عقد الاستصناع، وقد بدأ نشاطه التمويلي عام ١٩٦٢م وهدفه هو تقديم العون المالي، وإنشاء صناعات جديدة، وتحديث الصناعات القائمة، وتقديم المشورة الفنية والمهنية للمنشآت الصناعية، والترويج لها، مع تمويل رأس المال الثابت والتشغيلي لهذه المشروعات، مستبدلة التمويل الربوي، بالتمويل وفق الصيغ الإسلامية، وقد تحول هذا البنك في مارس عام ١٩٩٣م إلى ما يسمى الآن بمجموعة بنك النيلين للتنمية الصناعية، وهو يقدم تسهيلاته المصرفية وفق الصيغ الإسلامية، من خلال المرابحة والمشاركة والمضاربة

---

[١] د./ أحمد محمد الصالح – المرجع السابق – ص ١٥٣ وما بعدها.

والاستصناع. وفي عام ١٩٩١م تبنى بنك التنمية التعاوني الإسلامي أيضاً التمويل عن طريق عقود الاستصناع. كما طبق بنك قطر عقد الاستصناع بنفس الشروط التي ذكرها الحنفية [١].

وفي المملكة العربية السعودية تطبيقات عديدة لعقود الاستصناع، ومن ذلك عقود استصناع لبناء مرافق تعليمية تنفذها شركة مصرفية كبرى (الصانع) بالبناء بطريق الاستصناع لحساب المستصنع (شخص معنوي أو طبيعي)، على أرض خصصتها وزارة المالية، لإقامة مرفق تعليمي حسب المواصفات الفنية، والرسومات الهندسية والمخططات، على أن تدفع تكاليف البناء إلى الصناع من المستصنع، على أقساط ميسرة لمدة عشر سنوات موزعة على أربعين قسطاً [٢]

---

[١] د./ أحمد جابر بدران – المرجع السابق – ص ١٢٩ وما بعدها.

[٢] وفيما يلي نموذج لهذه العقود ((عقد استصناع)) الحمد لله وحده والصلاة والسلام على نبينا محمد وآله وصحبه، وبعد إنه في يوم .... الموافق .../.../ ١٤٢هـ،.../.../ ٢٠٠م بمدينة الرياض حرر هذا العقد بين كل من:

أولاً :..... ويمثلها في هذا العقد.....بصفته.....ص.ب. رقم ..... رمز بريدي.....هاتف عمل ..... (طرف أول)

ثانياً :شركة .....ويمثلها المكرم ..... بصفته .....وعنوانها مقر الإدارة العامة الرياض ص.ب. رقم ..... رمز بريدي..... هاتف عمل..... (طرف ثان)

ثالثاً : وزارة المالية والاقتصاد الوطني كطرف ضامن للوفاء بالتزامات الطرف الأول وفق مقتضى القاعدة الخامسة من القواعد المنظمة لإنشاء المرافق التعليمية التي صدرت بها الموافقة السامية رقم ١٠٩٣ في ١٤١٢/١/٢٣هـ وبموجب ما ورد بالمادة الثالثة من هذا العقد. (طرف ثالث)

حيث إنه قد خصص للطرف الأول قطعة أرض فضاء – صالحة للبناء- من أملاك الدولة المخصصة للمرافق التعليمية برقم .... مخطط .... واقعة .... بمدينة ..... ومساحتها الإجمالية .....متر مربع (فقط ..... متر مربع لا غير) وذلك بموجب القرار الصادر من ..... برقم .... وتاريخ / / ، ويحدها من الشمال ..... بطول ..... متر ومن الجنوب..... بطول ..... متر ومن الشرق ..... بطول ..... متر ومن الغرب..... بطول ..... متر.

وقد استصدر الطرف الأول من أمانة مدينة ..... رخصة البناء على الأرض برقم ..... في تاريخ / / ، وقد قدم إلى الطرف الثاني طوزة ضوئية طبق الأصل موقعة منه بذلك، وأحيث إن الطرف الأول بكفالة وزارة المالية والاقتصاد الوطني يرغب في بناء وتشييد المباني المصرح بإقامتها على قطعة الأرض المذكورة، وقد أسند إلى الطرف الثاني القيام بذلك بطريق الاستصناع وبما أن المباني المراد إقامتها عبارة عن..... وذلك وفقاً للمواصفات الفنية والرسومات الهندسية والمخططات.

فقد اتفق الأطراف – عن رضا وكل منهم بكامل الحالة والصفة المعتبرة شرعاً مع انتفاء الموانع – على إبرام هذا العقد بالشروط التالية:

--

--أولاً: التمهيد السابق ومجموعة القواعد الممثلة للإطار العام المنظم لإنشاء المرافق التعليمية من قبل شركة .....الواردة بمحضر الاجتماع المؤرخ ١٤١٢/١٢/٠٢هـ والموافق عليها بالأمر السامي رقم /١٠٩٣/ في ١٤١٣/١/٢٣هـ، والرسومات والتصاميم الهندسية والمواصفات الفنية والمخططات، وجداول الكميات، ورخصة البناء وجميع ما ألحق بهذا العقد موقعٌ من أطرافه وهو جزء لا يتجزأ من العقد ومكمل له فيما لا يتعارض مع أحكامه.

ثانياً: يقوم الطرف الثاني ببناء ..... حسب المواصفات الملحقة بهذا العقد.

ثالثاً: يدفع الطرف الأول للطرف الثاني جميع تكاليف البناء البالغة ..... ريال (فقط ..... ريال سعودي لا غير) موزعة على أربعين قسطاً قيمة كل منها ..... ريال سعودي تدفع على أساس أقساط ربع سنوية، يبدأ سدادها من تاريخ الاستلام الابتدائي للمشروع، أو من تاريخ انقضاء مدة عقد التنفيذ – أيهما أبعد.

رابعاً: يقوم الطرف الثاني بالتعاقد مع مقاول التنفيذ من بين المقاولين المقبولين والمتقدمين للمناقصة على أن يراعي في ذلك القواعد والأصول التي تضمن العدالة بين المناقصين باختيار صاحب العطاء الأنسب في العروض المقدمة ويجوز للطرف الثاني في أي مرحلة من مراحل إجراءات التعاقد، أو تنفيذ المقاولة دعوة الطرف الأول بوصفه مشاركاً في الرقابة والإشراف على التنفيذ للتوقيع على العقود والمحاضر والمستخلصات التي تستلزم ذلك. وأن يصدر شهادات معتمدة منه عند إنجاز مراحل التنفيذ، بشرط عدم مخالفتها للشروط، والمواصفات والمخططات الأصلية، ويجوز للطرف الأول أن يطلب من الطرف الثاني زيادة حجم الأعمال بنسبة ١٠% و إنقاصها بنسبة ٢٠% من مجموع قيمة العقد على أن يجري تعديل قيم العقد بالزيادة، أو الإنقاص تبعاً لذلك.

خامساً: من المعلوم أن الحصر النهائي للمشروع يمكن أن يظهر فارقاً بين المنفذ على الطبيعة وبين المخططات وجداول الكميات المتعاقد عليها بسبب عدم الدقة في تحديد جداول الكميات، أو بناء على تكليف من الطرف الأول بالزيادة، أو النقص خلال مرحلة التنفيذ وفي كل الأحوال فإن تكاليف البناء وقيمة الأقساط المشار إليها في المادة (ثالثا) أعلاه سيتم تعديلها بالزيادة، أو النقص بنسبة تساوي الفرق بين المنفذ على الطبيعة وبين ما هو متعاقد عليه.

سادساً: يلتزم الطرف الأول بتقديم جميع الفسوحات وتصاريح البناء اللازمة، ومنع تعرض الغير للطرف الثاني ، أو المقاول من الباطن، كما يلتزم الطرف الأول بتسليم الطرف الثاني كامل مساحة الأرض موقع البناء عند التوقيع على هذا العقد خالية من أية شواغل وصالحة للبدء في أعمال البناء ويتعهد بعدم القيام بأي تصرفات ، أو إجراء من شأنه عرقلة ، أو تأخير تنفيذ هذا العقد ، أو أن يؤثر في شيء على كامل حيازة الطرف الثاني للأرض وما عليها من مبانٍ وخلافه.

سابعاً: يتعهد الطرف الثاني بتسليم المباني محل العقد للطرف الأول خلال مدة أقصاها..... يوماً (فقط..... لا غير) تبدأ من تاريخ / / (.....) وذلك بشرط وفاء الطرف الأول بكافة التزاماته، وعدم وقوع أية حوادث طارئة، أو أمور استثنائية من شأنها أن تؤدي إلى تجاوز المدة المذكورة في الحالات التي لا يكون فيها الطرف الثاني سبباً للتأخير لا تحتسب غرامة تأخير عليه في حالة تأخر تسليم المشروع عن فترة التنفيذ المحددة، (وفقاً لما تقضي به القاعدة السادسة من مجموعة قواعد المحضر الرباعي المتخذ بهذا الشأن من الأطراف المعنية).

ثامناً: يلتزم الطرف الثاني بتنفيذ أية أعمال صيانة ناشئة عن خلل في التنفيذ وذلك خلال سنة الصيانة الواقعة بين تاريخ التسليم الابتدائي وحتى تاريخ الاستلام النهائي لأية مرحلة من مراحل المشروع على ألاّ يشمل ذلك ما ينجم عن استعمال، أو استهلاك ما تم تسليمه كما يضمن الطرف الثاني ما يحدث من تهدم كلي، أو جزئي للمباني محل هذا العقد خلال عشر سنوات من تاريخ تسليمه المشروع متى كان ذلك ناشئاً عن عيب في التنفيذ في الوقت الذي يتحمل فيه الطرف الأول خلال العشر سنوات مسئولية صيانة المباني محل هذا العقد وأمنها وحمايتها بكل وسائل الحماية الممكنة من تعرضها للكوارث الطبيعية، أو أفعال الغير الضارة، أو سوء الاستخدام، أو أي أخطار أخرى مما لا علاقة للطرف الثاني به لن تتأثر عملية سداد جميع مستحقات الطرف الثاني في مواعيدها المحددة بما يحدث للمبنى من هذا القبيل.

الفرع السادس: التوازن المالي للعقد الإداري في بيوع الاستصناع.

من العرض السابق لبيوع الاستصناع، تبيّن بأن فقهاء الحنفية أجازوه استحساناً، رغم أنه يقوم أساساً على بيع شيء غير موجود، إلاّ أنه محقق الوجود في المستقبل، ولا يوجد نص شرعي صريح في منعه، وقد أجازته السنة والإجماع وتعارف عليه الناس، والمعقود عليه موصوف، معلوم الجنس والقدر والصفة والثمن، ومقدور التسليم فهو معدوم في حكم الموجود، لذلك اعتبروه عقداً وليس وعداً، وعرفوه بأنه ((بيع عين موصوفة في الذمة لا بيع عمل)).

-تاسعاً: العنوان المبيّن بصدر هذا العقد لكل طرف هو عنوانه النظامي، ويتم تبلغه عليه بجميع المكاتبات والإخطارات المتعلقة بتنفيذ العقد وكل ما يختص به، أو يترتب عليه، ولا يعتد بتغير هذا العنوان إلاّ بموجب إخطار كتابي سابق ومسجل يسلم عن طريق البريد الممتاز لباقي الأطراف.

عاشراً: طبقاً للقاعدة الثانية عشرة من مجموعة القواعد المعتمدة من قبل أطراف العقد في المحضر المؤرخ في ١٤١٢/١٢/٢هـ يكون البت في أي نزاع ، أو خلاف ينشأ عن تنفيذ هذا العقد عن طريق اللجنة المشار إليها في القاعدة الثانية عشرة من المحضر المتخذ بهذا الشأن، فإن لم تتمكن اللجنة من التوصل إلى حل فعندئذ تحيل الموضوع إلى مكتب استشاري؛ ليكون قراره ملزماً لهما.

حادي عشر : شروط خاصة : الشروط العامة والخاصة الواردة في عقد الأشغال العامة الموحد ، أو التي تطرحها الجهة الإدارية في المنافسة العامة هي المرجع الأساسي للفصل في أي خلاف يحدث بين الطرفين إلاّ ما يتعارض منها مع هذا العقد.

ثاني عشر : وثائق العقد :

١-محضر القواعد المعتمدة من أطراف العقد بتاريخ ١٤١٢/١٢/٠٢هـ . كإطار عام منظم لإنشاء المرافق التعليمية وتمويلها.

٢-وثيقة العقد الموقعة مع الجهة المستفيدة لتنفيذ المشروع.

٣-المخططات ورخصة البناء.

٤-الرسوم الهندسية.

٥-التصاميم والمواصفات الفنية.

٦-جداول الكميات.

وفي حالة وجود تعارض فيما بينها تكون الأولوية في التطبيق للوثيقة السابقة على اللاحقة.

ثالث عشر : حرر هذا العقد من ثلاث نسخ متطابقة موقعة من أطرافه مع وثائق العقد وقد تسلم كل طرف نسخة للعمل بموجبها.

بينما يرى علماء المالكية والشافعية بأن الاستصناع ليس بعقد مستقل، بل أدمجت مسائله في عقد السلم باعتباره عقد بيع بالصفة للعمل والمصنوع، وضرب الأجل، أما الحنابلة فقد قالوا بمنعه وأجازوا السلم بالصناعات.

ثم إنه نتيجة للتطورات الحديثة، في الصناعة، والتجارة، والمواصلات، والتبادل التجاري المتنامي بين الدول والشعوب في العصر الحاضر، في مختلف المجالات العلمية، والصناعية، والزراعية، والاجتماعية، فقد تعاظم دور عقد الاستصناع وأهميته للمجتمع الإسلامي، ليسير في ركب الحضارة المعاصرة، وفق قواعد وتعاليم الشرع الحنيف، وبما يشبع حاجة الفرد والمجتمع، وما تعارفوا عليه مما فيه مصلحة للمسلمين، ورفع الضرر عنهم، طالما انجلى عن المعقود عليه أي غرر بوصفه من حيث الجنس، والقدر، والصفة، والثمن، مستوفياً أركانه وشروطه الشرعية، وهو الأمر الذي انتهى بمجمع الفقه الإسلامي، إلى أن يصدر قراره المنشور في الفرع الخامس من هذا المطلب، بإجازة عقد الاستصناع، مراعاة لمقاصد الشريعة في مصالح العباد، وما تقرره القواعد الفقهية في العقود والتصرفات، ودوره في تنشيط وتمويل الصناعة.

وحيث إن الكثير من العقود الإدارية، موضوعها التصنيع والتشييد، بل أن الدول اتجهت مؤخراً في عقودها الإدارية، إلى عقود البوت "BOT" [1] فقد تزايدت أهمية

---

[1] وترمز للحرف الأول للكلمات اللاتينية Build Operate, Transfer وتعني البناء، والتشغيل ونقل الملكية. وقد راج استخدام هذا النوع من العقود في دول العالم بعد أن تبنت نظام الاقتصاد الحر، لا سيما بعد انهيار النظام الاشتراكي وتفكك قلعته، (الاتحاد السوفيتي)، فبدلاً من قيام الدولة بجميع الأعباء العامة، ولا سيما البنية التحتية من محطات وشبكات للكهرباء والمياه، والهاتف والغاز، والقطارات والموانئ والطرق السريعة التي تكلف البلايين من موازنة الدول، ولتفادي أسلوب الاقتراض لتمويل تلك المشاريع، وما سوف يؤدي إليه من زيادة الدين العام، وفوائده عبر السنين وصعوبات تسديده مما قد يعرض اقتصادها، بل واستقلالها للخطر خاصة الدول حديثة الاستقلال كما نرى في الأرجنتين هذه الأيام، لذا فقد اعتمد العمل بهذه العقود لكونها توفر التمويل المطلوب من القطاع الخاص وفقاً لشروط وأوضاع معنية تنظم وتضمن حسن سير المرفق العام وتلبي حاجة منتفعيه. انظر د./ عادل الطبطبائي في مراجعته لكتاب - التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام الـ B.O.T - دراسة مقارنة ٢٠٠١م - تأليف د./ عمرو أحمد حسبو المقال منشور في مجلة الحقوق التي يصدرها مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت - العدد الثالث - السنة السادسة والعشرون - رجب ١٤٢٣هـ وسبتمبر ٢٠٠٢م - ص ٣٩٩ وما بعدها.

عقد الاستصناع هذه الأيام، وكثر لجوء الدول لإشباع حاجتها من مواد وأعمال وإنشاءات، وتجهيزات، في مرافقها العامة، إلى التعاقد مع المؤسسات والشركات الخاصة والعامة، ممن لها خبرة ودراية، وإمكانيات مادية وإدارية، وبأسعار منافسة، تخضع لرقابة وإشراف الإدارة، وبموجب أنظمة ولوائح وشروط تحدد من هو أهل للتعاقد مع الإدارة، لإنجاز مشروعاتها، ويتم ترسية كل مشروع بموجب عقد يتضمن التزامات وحقوق كل طرف، بعد بيان موضوع التعاقد، وآليته ومستنداته ومواصفاته، والاستحقاقات المالية للمتعاقد، مقابل مواده وعمله، ومواعيد دفعها وطريقة العمل حسب المخططات، والمواصفات، والالتزام بما تصدره الجهة المشرفة على العمل من تعليمات، وجزاء مخالفة مواصفات العمل، وعدم الالتزام بمواعيد إنهائه، وما يرتبه ذلك من غرامات تأخير وحسميات، ومصادرة ضمانات، وسحب العمل وتنفيذه على حساب المتعاقد، إلى آخر تلك التفاصيل التي تهدف في مجملها إلى إزالة كل غموض، أو لبس في بنود العقد، ومتطلباته، وتضمن إنجازه في مواعيده، ووفقاً لما هو مخطط ومرسوم؛ لتحقيق الغرض منه. ولا ريب في أن ما تقدم من أمور تحدد صفة ونوع وحجم وكمية الأعمال، والمواد وجداول الأسعار والكميات وطريقة العمل وتحديد الثمن المقابل لها، كلها أمور تنأى بالعقود الإدارية عموماً من الوقوع في الغرر والجهالة التي نهى عنها الشرع الحنيف، ودليلنا على ذلك هو قرار مجمع الفقه الإسلامي [1] والذي حسم كل خلاف بين الفقهاء عندما أجاز عقود الاستصناع تحقيقاً لمصالح البلاد والعباد مراعاة لمقاصد الشريعة، وقواعدها الفقهية[2]، ولدور عقود الاستصناع في تنشيط

---

[1] انظر ص ١٩٤ من هذه الدراسة.

[2] عرّفت دائرة التدقيق الأولى ماهية عقود الاستصناع في حكم لها موضوعه عقد توريد كتب مدرسية بالقول بأنه لا يتوقف التزام المتعاقد فيه على توريد الكتب بل يقوم بإخراج النصوص والمواد العلمية التي تقدمها له جهة الإدارة في صورة كتب تضع الجهة الإدارية نماذجها ومواصفاتها ومن ثَم يكون العقد في حقيقته من عقود الاستصناع المعروفة في الفقه الإسلامي. – حكم دائرة التدقيق رقم ١٢٢/ت/٢ لعام ١٤١٣هـ الموافق (١٩٩٣م) المستشار/ حسونة توفيق حسونة – مجموعة مبادئ هيئة التدقيق بديوان المظالم للفترة من ١٤١٠هـ إلى ١٤١٤هـ الموافق (١٩٩٠م إلى ١٩٩٤م) – ص ٢٣٩.

الصناعة، وفتح مجالات واسعة للتمويل للنهوض بالاقتصاد الإسلامي، كما ورد في ديباجة القرار المذكور، بل أن هذا القرار قد أجاز شرطاً لا يخلو منه أي عقد من عقود القانون الخاص، أو العام وهو الشرط الجزائي الذي يرتب غرامات التأخير، أو الجزاءات على المخالفات الناتجة عن خرق بنود العقد، علماً بأنه سبق للمجمع المذكور أن أصدر قراراً أجاز فيه الشرط الجزائي في العقود، باعتباره تعويضاً متفق عليه بين الطرفين، على تقدير قيمة الضرر الذي يتحقق نتيجة مخالفة محددة بالعقد (الشرط الجزائي) ما لم يكن السبب ظرفاً طارئاً خارجاً عن إرادة المتعاقد [1].

وخلاصة ما تقدم هي أن عقود الاستصناع، كما حددها الفقهاء المسلمون، هي وصف ينطبق تماماً على عقود الأشغال العامة [2]، التي يكون المعقود عليه خليطاً من مادة وعمل، وهي كما سبق بيانه، محددة بالوصف، والنوع، والعدد، والحجم والطول، والشكل،

---

[1] قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ١٠٩ (١٢/٣) مجلة المجمع العدد الثاني عشر الجزء الثاني ص ٩١. وتجدر الإشارة هنا إلى أن هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية سبق وأن أصدرت قراراً برقم (٢٥) وتاريخ ١٣٩٤/٨/٢١هـ بدورتها الخامسة المنعقدة في الفترة من ٥ – ١٣٩٤/٨/٢٢هـ (الموافق ١٩٧٤/٨/٢٣م) في مدينة الطائف أجازت فيه الشرط الجزائي. انظر مجلة البحوث الإسلامية عدد شوال ١٣٩٥هـ (الموافق أكتوبر ١٩٧٥م) المجلد الأول – العدد الثاني. ومن التطبيقات العملية لهذا القرار ما ورد بحكم دائرة التدقيق قولها: ((الثابت من الأوراق أن المقاول كان يعجز عن تأمين كمية المياه المطلوبة في كل مرة الأمر الذي يشكل فواتاً لمنفعة وجلباً لمضرة تستوجب إعمال الشرط الجزائي – على الدائرة المختصة أن تحقق مدى تقصير المتعاقد في توريد المياه بالكيفية الواجبة طبقاً لشروط العقد وتحقيق مدى اعتبار هذا الشرط شرطاً جزائياً محضاً ومن ثَم إخضاعه لفتوى هيئة كبار العلماء، وعلى ضوء ذلك يتحدد مدى وجوب إعماله، أو تحقيق مبتغاه بخفض قيمته إلى الحد الذي يتفق مع العدالة حسبما جاء بالفتوى والنصوص النظامية الخاصة بالغرامات. (حكم دائرة التدقيق رقم ٤٧/ت/١ لعام ١٤١٢هـ الموافق ١٩٩٢م) المستشار/ حسونة توفيق حسونة – المرجع السابق – ص ١٧٩.

[2] عرفت محكمة القضاء الإداري في مُصر هذا العقد بأنه ((عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام، وفرد، أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء و الترميم، أو الصيانة في عقد لحساب هذا الشخص المعنوي العام، وتحقيقاً لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد بالعقد)) حكمها في ١٩٥٦/١٢/١٣م مجموعة السنة الحادية عشر ص ١٠٤ أشار إلى ذلك د./ عبد الغني بسيوني عبد الله – المرجع السابق – ص ٥٨١.

واللون ...إلخ من الصفات التي تجلو عنها الجهالة والغرر. كما أنها تخضع مثل غيرها من العقود إلى شروط الصحة، والنفاذ واللزوم، إضافة إلى خضوعها للقواعد الفقهية، السابق تفصيلها في المبحث الأول من هذا الباب، ومنها قاعدة المشقة تجلب التيسير، ولا ضرر ولا ضرار، والضرر يزال، والأمر إذا ضاق اتسع، أمتثالاً لقوله تعالى: ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴾ [1] - والقواعد الشرعية الأخرى مثل درء المفاسد أولى من جلب المصالح، وعدم أكل أموال الناس بالباطل، ومصلحة الجماعة مقدمة على مصلحة الفرد، وغيرها كثير من القواعد الفقهية الإسلامية التي تفتح الباب على مصراعيه؛ للأخذ بما تقرره النظريات الحديثة في التوازن المالي للعقود الإدارية، لسلامة هدفها، وسمو غاياتها، وعموم فوائدها على المجتمع، وما تحققه من ضمان استمرار المرافق العامة، في تقديم خدماتها لجمهور المنتفعين، رغم ما يواجه المتعاقدون على تنفيذها من صعوبات مادية قاسية، نتيجة ظروف استثنائية ومفاجئة غير متوقعة، ولا يد للمتعاقد في حصولها، وليس بإمكانه دفعها، أو تلافي مضارها، تهدده بخسارة فادحة، ما لم تمد الجهة الإدارية له يد العون، بتحمل هذه الخسائر عنه، أو مشاركته بتحمل جزء منها لحين تجاوز أزمته هذه، أو فسخ عقده، وإعفاءه من التزاماته عند استمرار هذه الصعوبات، وتحولها إلى حالة القوة القاهرة، أياً كان مصدر هذه الصعوبات، ظروف طبيعية، أو اقتصادية، أو إجراءات إدارية، أو بسبب صعوبات استثنائية غير متوقعة في طبيعة التربة، أو عوائق خافية في أرض المشروع ودون ثمة خطأ ينسب إلى الجهة الإدارية تسبب في هذه الصعوبات.

وبالتأسيس على ما تقدم، فإنه لا توجد أية صعوبة تواجه القاضي المسلم، في الحكم بالتعويض، أو الإعفاء عن غرامات التأخير، والجزاءات الأخرى للمتعاقد المضار، نتيجة اختلال التوازن المالي للعقود عامة، بسبب الظروف المتقدم ذكرها عند توفر شروط الأخذ بهذه النظريات. أياً كان نوع تلك العقود مدنية كانت، أو إدارية، بما في ذلك عقود الاستصناع المعروفة لدى فقهاء

---

[1] سورة البقرة الآية ١٨٥.

المسلمين، فعلاوة على أن القواعد الفقهية وتعاليم الشريعة عامة، تدعو إلى الأخذ بغايات نظـــريات التوازن المالي، عند توافر أسبابها، فإن الفتاوى الفقهية من مجمع الفقه الإسلامي، ونظيره المجمـــع الفقهي لرابطة العالم الإسلامي [1]، وهيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية، وغيرهـــا مـــن الهيئات الإقليمية، والدولية، والقوانين، والأنظمة، اللوائح والتعليمات، كما سوف نتطرق إليه لاحقـــاً، كلها توفر لهذه النظريات الغطاء الشرعي، والنظامي، للعمل بها أمام الجهات القضائية المختلفة، أيـــاً كانت مسمياتها وتشكيلها، فهي جميعاً ترمي إلى تحقيق العدل، والإنصـــاف وإقالـــة عثـــرة المقـــاول المنكوب، لأسباب خارجية استثنائية، وغير متوقعة، تهدده بخسارة فادحة، وتعـــرض المرفـــق العـــام لخطر التوقف عن تقديم خدماته للجمهور، ومن ثَّم الإضـــرار بالصـــالح العـــام، ونفـــور المقـــاولين المؤهلين، من الدخول في مشاريع الدولة، خشية عدم الوقوف إلى جانبهم في تحمل خسائر مفاجئـــة، ليست بالحسبان فيهجر الأكفاء هذا النشاط، ويترك لغير المؤهلين والمقاولين الذين يحاولون تعـــويض فارق الأسعار عن طريق المواد، والأعمال الأقل جـــودة، وفي هذا كل الضرر على الصالح العام.

وهكذا كان التشريع الإسلامي – في نصوصه – وفي فكر واجتهاد فقهائه، شريعة الإنســـان في كل العصور، والأزمان، واختلاف الظروف، تعاليم كلها رحمة وعدل ويسر، سلامة فـــي الغايـــات وترغيب لأعمال الخير، ونهي عن المنكر، وحث على التراحم والتعاون بين الأفراد والجماعات.

المطلب الثاني

التوازن المالي للعقد الإداري من خلال بيوع الثمار والزرع قبل بدو صلاحها:

وسوف أتناولها بالبحث في ثلاثة فروع:

الفرع الأول: النهي عن بيع الثمار والزروع قبل بدو صلاحها:

((لا يصح بيع الثمر قبل بدو صلاحها، لحديث ابن عمر قال: (نهى النبي صـــلى الله عليه وسلم عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها، نهى البائع والمبتاع)) متفق عليه والنهي يقتضي

---

[1] انظر الصفحة رقم (١٥٥) وما بعدها المتضمنة نص قرار مجلس المجمع الفقهي بشأن تأثير الظروف الطارئـــة علـــى الحقوق والالتزامات العقدية.

الفساد ولا يصح بيع الزرع قبل اشتداد حبه لحديث ابن عمر: أن النبي صلى الله عليه وسلم ((نهى عن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة)) رواه مسلم. وعن أنس مرفوعاً ((أنه نهى عن بيع الحب حتى يشتد)) رواه أحمد والحاكم، وقال على شرط مسلم إلاّ إذا باع الثمرة قبل بدو صلاحها، والزرع قبل اشتداد حبه، بشرط القطع في الحال فيصح، وروى أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم ((نهى عن بيع الثمار حتى تزهى، قال أرأيت إذا منع الله الثمرة بما يأخذ أحدكم مال أخيه؟)) رواه البخاري [1] والمنع هنا لخوف التلف، وحدوث العاهة قبل الأخذ، وهذا مأمون فيما يقطع فيصح بيعه، كما لو بدأ صلاحه إن انتفع بهما أي بالثمرة والزرع المبيعين بشرط القطع، فإن لم ينتفع بهما كثمرة وزرع الترمس، لم يصح، إما إذا كانا مشاعين بأن باعه النصف ونحوه، بشرط القطع لم يصح؛ لأنه لا يمكنه قطعه إلاّ بقطع ملك غيره، فلم يصح اشتراطه [2].

وقد اتفق علماء المسلمين على عدم جواز بيع ما لم يبدو صلاحه من الثمار والزروع، لنهي النبي عليه الصلاة والسلام عن بيع ما لم يخلق؛ لأن هذا البيع من باب بيع السنين. والمعلومة التي كان معروفاً في الجاهلية، ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عنه، وأساس هذه القاعدة هي أن المبيع يجب أن يكون موجوداً، مقدور التسليم، وليس كذلك ما لم يخلق بعد. وقد أجاز فقهاء المذاهب الأربعة، بيع الثمار والزروع، بعد بدو صلاحها بشرط قطعها، ولم يجيزوا بيعها بشرط التبقية؛ لتجنب خلافات المتبايعين، وكثرة خصوماتهم، أما البيع مطلقاً دون شرط، فقد أجازه أبو حنيفة مع إلزام المشتري القطع، ولم يجزه الأئمة الآخرون؛ لأن الإطلاق عندهم يتضمن التبقية، وهي غير جائزة. وقد أجازت مجلة الأحكام العدلية في

---

(1) كشاف القناع عن متن الإقناع- المرجع السابق - ص٢٨١ وص ٢٨٢.

(2) شرح منتهى الإرادات - المجلد الثاني - لذات الفقيه رحمه الله - عالم الكتب بيروت ص ٨٤

المادة (٢٠٦)، بيع الثمرة التي برزت جميعها وهي على شجره، سواء أكانت صالحة للأكل، أم لا، ولم توجب القطع، مما يدل على أنها أجازت شرط التبقية، وكذلك أجازت المجلة في المادة (٢٠٧)، بيع الفواكه والخضروات، التي لا تبرز دفعة واحدة، بل شيئاً فشيئاً، وهكذا يتضح أن الضرورة قضت بالخروج على مبدأ عدم جواز بيع المعدوم، وإقرار بيع ما هو غير موجود، تبعاً للموجود للحاجة والتعامل [١].

والخلاصة: فإن بيع الثمار والزروع قبل أن تخلق، فجميع العلماء متفقون على منع ذلك؛ لأنه من باب النهي عن بيع ما لم يخلق، وهو بحكم المعدوم، أما بيعها بعد الصرام، فلا خلاف في جوازه، أما بيعها قبل الصرام، فبيعها قبل الزهو، وبشرط القطع جائز، وبيعها بعد الزهو، وبشرط القطع جائز، وبيعها قبل الزهو بشرط التبقية، فلا خلاف في أنه لا يجوز، وجميع الفقهاء متفقون على أن التلف قبل التمكن من القبض يكون من ضمان البائع، واختلفوا في تلف الثمر قبل كمال صلاحه، هل هو تلف قبل التمكن من القبض أم لا ؟، والأحناف لا يقرون إنقاص الثمن للجوائح، في بيع الثمار حيث يعتبرون البيع الواقع على الثمار قبل بدو الصلاح، بيعاً فاسداً، وذلك أمناً للعاهة والفساد؛ لأن القبض عندهم يتم بالتمكين، والتخلية، وارتفاع الموانع [٢].

الفرع الثاني : الجوائح التي تصيب الثمار والزروع :

والجائحة لغة: هي آفة تجتاح الثمر [٣] يقال جاحت الآفة المال تجوح جوحاً إذا أهلكته وجمعها جوائح. أما تعريفها في اصطلاح الفقهاء فهي الآفة السماوية التي لا يمكن معها تضمين أحد مثل الريح، البرد، الحر، المطر، الجليد، الصاعقة ونحو ذلك، ومعنى وضع الجوائح هو الحط من الثمن مقابل التلف الذي سببته الجائحة للثمار والزروع [٤].

---

[١] د./ عبد السلام الترمانيني – المرجع السابق– ص ٦١ وص ٦٢

[٢] فاضل شاكر النعيمي – المرجع السابق – ص ١٧٥ وما بعدها.

[٣] لسان العرب – المرجع السابق – ٤٣١.

[٤] د./ جمال الدين محمد عطوة – المرجع السابق – ص ٤٦٤ وما بعدها.

وفي تحديد ماهية الجائحة ومصدرها خلاف بين فقهاء المذاهب الإسلامية من حيث السعة والضيق، ويمكن تعريف الجائحة - بالجمع بين تعريفها عند الفقهاء بأنها ((ما لا يستطاع دفعه، ولا تضمينه لأحد، إذا اتلف أو انقص العوض قبل تمام قبضه))، فيدخل في هذا التعريف الآفة السماوية، وما يشابهها من فعل الإنسان، الذي لا يمكن دفعه، أو تضمينه، إذا أهلك أو أنقص المثمن أو الثمن قبل إنهاء التسليم [1]

من طبيعة الثمار والزروع، التي تباع قبل جنيها، أن تصاب بآفات تقلل من قيمتها، أو كميتها، وقد تكون الخسارة كبيرة، تخرج عن المألوف، فمن يلتزم بالضرر هل هو البائع أم المشتري؟ اختلفت المذاهب الفقهية، فمنها من أوجب التزام المشتري بالضرر، كالمذهبين الحنفي، والشافعي، تبعاً لاتجاههما في عدم جواز بيع المعدوم، وما جاز بيعه من الثمار على الشجر، إذا استلمه المشتري فهلاكه عليه؛ لأن التلف حصل بعد القبض، وقد أخذت المجلة بأقوال الإمام محمد الشيباني، في جواز بيع ما تتلاحق أضراره من الثمار، والخضروات، والبقول، (مخالفاً أستاذه أبو حنيفة في هذا الأمر) إذ ورد في شرح المادة ٢٦٩، ((أن المشتري الذي أذن له البائع بالقبض، يلتزم بالخسارة الناشئة عن الآفة التي تصيب الثمر وهو على الشجر، وتتلفه كلاً أو بعضاً)).

أما المذهبان المالكي، والحنبلي، فقد أخذا بوضع الجوائح استناداً إلى قول النبي عليه الصلاة والسلام: (إذا بعت من أخيك ثمراً فأصابته جائحة فلا يحل أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟) . وأساس ذلك لديهم، هو أن قبض الثمار وهي على أشجارها، ليس كاملاً، فسلامة الثمار يجب أن تكون في ضمان البائع [2].

---

[1] د./ عبد الحميد عبد القادر بيومي - المرجع السابق- المجلد الثاني - ص ٥٥٤.

[2] د./ عبد السلام الترمانيني - المرجع السابق - ص ٦٥ وما بعدها. وفي هذا الصدد يقول: ((أن نظرية الجوائح في الفقه الإسلامي تخالف نظرية الظروف الطارئة في أنها لم توجب إزالة الإرهاق وتوزيع الضرر بين المتعاقدين، كما قرر القانونان المصري والسوري، ولا الفسخ كما ورد في القانونين الإيطالي والبولوني، وإنما حملت الضرر لأحد المتعاقدين وهو البائع)). - المرجع السابق - ص ٨٥.

وقد اتفق فقهاء المذهبين المالكي، والحنبلي، على أن (الآفات والنوازل السماوية) تعتبر جوائح، مثل البرد، والقحط، والعفن، والعطش، والجراد، والنار، والطير الغالب، والدود، والسموم، وانقطاع ماء العيون، والسماء. والمقصود بالحوادث أو النوازل، ذات المصدر السماوي، أي تكون بفعل لا يمكن الرجوع فيه إلى الفاعل. وتوسع بعض فقهاء المذهب المالكي في مفهوم الجائحة، فأدخل فيه بالإضافة إلى الجوائح ذات المصدر السماوي، الجوائح التي يكون مصدرها الفعل الغالب للإنسان، كأعمال الجيوش التي لا يمكن دفعها مع عدم إمكانية الرجوع على الفاعل، وينتقد هذا الرأي كون أعمال الآدميين ستظل خاضعة للقواعد العامة في المسئولية [1].

أما مقدار الجائحة التي تستوجب الحط من الثمن، فهي على ثلاثة أنواع حسب جنس الثمر.

١- ثمار التين والتمر والعنب والتفاح وما شابهها، فإذا بلغت الجائحة فيها الثلث فأكثر، فإنها توضع على المشتري وإلاّ فلا.

٢- البقول وفيها رأيان، أولهما: يشترط أن تبلغ الجائحة الثلث فأكثر؛ لكي توضع. وثانيهما: لا يشترط الثلث، وإنما أن تكون الخسارة تزيد عن المألوف، مما جرت العادة أن يلتقطه الطير عندها توضع الجائحة.

٣- أما إذا كانت الثمار أجناس مختلفة، مثل عنب وتين وياسمين وورد، وأصيب جنس منها بجائحة، فإنها توضع عن كل جنس بلغت فيه الثلث، أما إذا نقصت عنه فلا توضع [2].

---

[1] بحث إعداد / ناصر حمد الدوسري بعنوان نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي مقدم إلى معهد الإدارة العامة بالرياض بإشراف د./ عبد الرحمن عياد سنة ١٤٠١هـ (الموافق ١٩٨١م) - ص ٢٢ وما بعدها.

[2] فاضل شاكر النعيمي – المرجع السابق- ص ٢٠٩.

والجوائح لا تحصل إلاّ في العقود المتراخية التنفيذ، وهي الفتـــرة بين إبرام العقد فـــي بيع الثمار وحتى نضوجها، وفترة التراخي في المذهب المالكي تمتد من حين انعقاد العقـــد إلـــى حين استيفاء الثمر طيبه أي تمام نضجه، غير أن طائفة من فقهاء المذهب ترى أن تراخي العقد يمتد إلى الوقت اللازم للمحافظة على نظارة الثمار، أما في الفقه الحنبلي فـــإن فتـــرة التراخي تمتد إلى وقت الحصاد والجذاذ [1].

ويبدو مما تقدم أنه لا خلاف بين فقهاء المالكية والحنابلة في وضع الجـــوائح، وإنمـــا الخلاف بينهم في المقدار التي تجب فيه الجائحة، فبينما يرى المالكية أنه الثلث، ويرى الحنابلـــة أنها توضع في القليل والكثير إلاّ ما لا ينضبط، وعندهم رأي يقول بالثلث كالمالكية.

والحنابلة قصروا الجائحة على الآفة السماوية فقط، أما الجائحة عند المالكية فقد تكون بآفة سماوية أو بفعل آدمي [2].

الفرع الثالث : آثار أحكام بيوع الثمار والزروع قبل بدو صلاحها على التوازن المالي للعقد الإداري:

مما سبق عرضه، من آراء الفقهاء بشأن بيوع الثمار، والزرع، قبل بدو صلاحها، تبيّن أن علة المنع هى لخوف من التلف، وحدوث العاهة، ولأن القاعدة الشرعية هي أن البيع يجب أن يتم على موجود ومقدور التسليم، وقد اتفق فقهاء المذهبين المالكي والحنبلي علـــى أن الآفـــات والنوازل السماوية تعتبر جوائح، تستوجب الحط من الثمن عن المشتري، إذا حصلت قبل نضوج الثمار، وإن اختلفوا في مقدار الجائحة، التي تستوجب الحط، ومصدرها إذ توسع في ذلك بعـــض فقهاء المالكية، فأضافوا إلى مصدرها السماوي أيضاً الجوائح التي يكون مصدرها الفعل الغالـــب للإنسان، كأعمال الجيوش التي لا يمكن دفعها.

---

(1) ابن قدامة – المغني- المرجع السابق – الجزء الثاني – ص ٨٤ .

(2) د./ منصور نصر عبد الحميد قموح – المرجع السابق- ص ٢٥٧.

ولا يخفى بأن آراء فقهاء الأمة المتقدمة وهي تستند إلى القواعد الفقهية الإسلامية مثل قاعدة لا ضرر ولا ضرار، والضرر يزال، والمشقة تجلب التيسير، ومبدأ رفع الظلم وتحقيق العدالة بين الناس، ومنع الغرر والغبن وقاعدة درء المفاسد أولى من جلب المصالح، وهذه وتلك وغيرها كثير من المبادئ الإسلامية السامية التي تهدف إلى إسعاد البشرية وتأمر بالمعروف وتنهى عن المنكر، وتحث على الفضيلة، وصيانة الضرورات الخمس في الإسلام، وهي تصلح لكل زمان ومكان، والأدلة على ذلك كثيرة ومنها موضوع هذا البحث، فإن نتيجة ما تقدم بشأن ما ينتج من عاهات تصيب الثمار، وتسبب خسائر للمشتري بقدر كبير من الجسامة ينأى كاهل المشتري عن تحملها، ولم تكن متوقعة، ولا يستطاع دفعها، أو ضمانها، عندها أجاز الفقهاء بناء على القواعد الشرعية المعتبرة، إنقاص الثمن الذي التزم به المشتري بقدر ما نقص عليه من الثمار بسبب الآفات، وصدق المصطفى عليه أفضل الصلاة والسلام حينما قال: ((أرأيت إذا منع الله الثمر بما يأخذ أحدكم مال أخيه)) رواه البخاري وما ذلك إلاّ امتثالاً لأمر الشارع الحكيم في النهي عن أكل أموال الناس بالباطل.

وهكذا يبدو جلياً، أن غاية المبدأ الشرعي ودواعيه، تتفق تماماً مع ما ظهر في العصور الحديثة، من نظريات قانونية، ترمي إلى إعادة التوازن المالي للعقد عند اختلاله لأسباب مفاجئة لم تكن متوقعة، ولا يمكن دفعها تؤدي إلى خسارة جسمية بأحد المتعاقدين، سواء كان ذلك بمناسبة عقد من عقود القانون الخاص، أو عقد أبرمته سلطة الدولة مع فرد أو جهة، فعندئذ تعمل هذه المبادئ السامية على إعادة التوازن للعقد المختل بما يكفل إزالة الضرر عن المتعاقد المنكوب، تحقيقاً للمبادئ والمصالح العليا ومن هنا أيضاً يظهر دليل إضافي على سمو هذه الشريعة وعدالتها وشموليتها، لكون مصدرها الخالق سبحانه وتعالى، جلت قدرته، العليم الخبير.

المبحث الخامس

التوازن المالي للعقد الإداري من خلال سلطات قاضي المظالم:

وسأتناول في ثلاثة مطالب قضاء المظالم في الإسلام، الأول منها: سوف استعرض فيه بإيجاز هذا القضاء، منذ عهد الرسول صلى الله عليه وسلم، ومن بعده خلفاءه الراشدين، مروراً بالعصر الأموي، يليه العصر العباسي، ثم العصر الحديث.

أما في المطلب الثاني: فسوف أتناول فيه اختصاصات قاضي المظالم الواسعة، والتي تفوق بكثير الاختصاصات المعهودة للقاضي الإداري في الوقت الحالي.

وفي المطلب الثالث: أبيّن فيه مدى الارتباط في الأهداف والغايات بين قضاء المظالم في الإسلام ونظيره القضاء الإداري الحديث، وعلى وجه الخصوص، الارتباط بين فكرة التوازن المالي للعقد الإداري وهذا القضاء وفقاً لما يلي:-

المطلب الأول

قاضي المظالم في عصر الرسالة والعصور الإسلامية التالية:

إن الحكم بين الناس وإقامة العدل بينهم من أعظم الأولويات، وأسمى المهمات في الإسلام، وقد فصل نبينا محمد صلى الله عليه وسلم، في النزاعات امتثالاً لأمر ربه عز وجل في قوله تعالى: ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ﴾ [1].

وكان المصطفى عليه أفضل الصلاة والسلام هو القاضي الأول في الإسلام إذ باشر بنفسه النظر في المنازعات والمظالم، وعهد إلى أصحابه ولاية القضاء فيما بعد، لسد حاجة الناس بعد اتساع الدولة نتيجة الفتوحات الإسلامية.

---

[1] سورة المائدة آية ٤٩.

وعلى نهجه سار الخليفة الصديق أبو بكر، ثم من بعده الخليفة الفاروق عمر بن الخطاب رضي الله عنهما، وعرف عن الأخير شدة التحري عن عماله، والتحقيق بنفسه في كل شكوى ترفع إليه.

وفي العهد الأموي أنشأ الخلفاء داراً سميت دار المظالم، وهكذا فعل خلفاء الدولة العباسية، إذ خصصوا مكاناً يجلسون فيه لنظر المظالم والفصل فيها، حتى أصبح قضاء المظالم مبدأ راسخاً في الدول الإسلامية، في كل العصور للنظر في المظالم والتعديات، وللفصل في المنازعات التي تثور بين الأفراد والدولة، ممثلة في إدارتها ومرافقها وعمالها، ومع تطور الدولة الإسلامية، واتساع رقعتها، أصبح الولاة يعهدون ولاية المظالم إلى غيرهم من القضاة، وهكذا وجد الفرد إلى جانب قاضيه العادي قاضياً متخصصاً للفصل في المظالم الموجهة ضد الولاة، وأصبح قاضي المظالم مظهراً أساسياً في نظام الدولة الإسلامية [1].

يقول الماوردي في وصف قضاء المظالم وشروط توليه: ((ونظر المظالم هو قود المتظالمين إلى التناصف بالرهبة، وزجر المتنازعين عن التجاحد بالهيبة، فكان من شروط الناظر فيها أن يكون جليل القدر، نافذ الأمر، عظيم الهيبة ظاهر العفة. قليل الطمع، كثير الورع؛ لأنه يحتاج في نظره إلى سطوة الحماة وثبت القضاة، فيحتاج إلى الجمع بين صفات الفريقين، وأن يكون بجلالة القدر نافذ الأمر في الجهتين، فإن كان ممن يملك الأمور العامة كالوزراء والأمراء لا يحتاج النظر فيها إلى تقليد وكان له بعموم ولايته النظر فيها، وإن كان ممن لم يفوض إليه عموم النظر احتاج إلى تقليد وتولية إذا اجتمعت فيه الشروط المتقدمة [2].

---

[1] د./ عبد الرزاق علي الفحل – القضاء الإداري قضاء المظالم وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية – دار النوابغ للنشر والتوزيع ص ١٠٦.

[2] العلامة أبي الحسن علي بن حمد الماوردي – الأحكام السلطانية – المرجع السابق – ص ٩٧.

ولم تكن سلطة قاضي المظالم تتوقف على طلب يقدم إليه من المتظلم كما هو الحال في قضاء العصر الحالي، وإنما يجوز له أن يباشرها في حالات معينة، من تلقاء نفسه بمجرد علمه بها، بأية وسيلة، كما أن سلطات قاضي المظالم أوسع مدى من سلطات القاضي، إذ إن للأول من فضل الهيبة وقوة اليد ما ليس للقضاة في كف الخصوم عن التجاحد، ومنع الظلم، وله من الوسائل ما تمكنه من كشف الأسباب بالأمارات وشواهد الحال، ليصل لمعرفة الحق من الباطل، وتقويم وتهذيب من بان عدوانه [1].

ومن استقراء أحكام الفقه الإسلامي، يبين أن للسلطان أن يخصص للقضاء زمان ومكان وخصومة، ولذا فإنه من المؤكد أن الفقه الإسلامي قد عرف القضاء الإداري، وخصه في منازعات تعدي الولاة وعمالهم على الرعية، وجعل له صلاحية النظر والفصل في منازعات التجاوزات، والانحرافات بالسلطة، أو إساءة استعمالها [2].

وقد أقرّ نظام الحكم الإسلامي مبدأ مسئولية الحاكم، من أول عهد الإسلام، وأناط بجهة قضائية خاصة هي (ولاية المظالم) أو (ديوان المظالم) الفصل في هذه المنازعات، وبذلك تكون

---

[1] د./ محمد محمد هاشم – القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية – الناشر جامعة الملك سعود – الرياض – طبعة ١٤٠٨هـ (الموافق ١٩٨٨م) ص ٣١ وبرأي د./ ماجد راغب الحلو فإن قضاء المظالم يختلف عن القضاء الإداري في نواحٍ متعددة، إذ لا يتقيد هذا القضاء بإجراءات معينة، ولا ينعقد إلاّ بإرادة الخليفة، أو الحاكم الذي يمتلك رفع المظالم دون شكوى، أو دعوى ترفع إليه من جانب المظلوم، ويوجد في بعض البلاد العربية الآن قضاء للمظالم، وذلك كما هو الشأن في المملكة العربية السعودية حيث يتضمن اختصاصه الإلغاء والتعويض. راجع مؤلفه القانون الإداري – المرجع السابق- هامش ص ٨٥.

[2] يرى بعض فقهاء القانون بأن قضاء المظالم عرف في كثير من الشرائع التي عاصرت الإسلام، أو انقرضت قبل ظهوره ويحتمل أن بعض ملوك البابليين مارس بنفسه الإشراف على القضاء فكان له نواب في المدن يكتبون له بالنوازل والمزاعم فيرسل إليهم بالقرار الذي ينبغي العمل به ، وحدث المؤرخون عن وجود صورة من قضاء المظالم لدى الصينين كما ذكر المسعودي في مروج الذهب، ولدى الساسانيين وأشير إلى والي المظالم في (الدايجست) في ظل الشريعة الروحية . ورد ذلك في كتاب القانون في العراق القديم للدكتور/ عامر سليمان ص ٩٧ كما أشار إلى ذلك د./ شوكت عليان في مؤلفه قضاء المظالم في الإسلام – الطبعة الثانية – جامعة الرياض – ١٤٠٠هـ (الموافق ١٩٨٠م) – ص ٧.

الشريعة الإسلامية قد أقرّت مبدأ خضوع الحاكم للقانون ولسلطة القضاء، وأنها سبقت غيرها من الشرائع في تقرير مسئولية الحاكم، وبالتالي تقرير مسئولية الحكومة [1] .

وقد باشر الخلفاء الراشدون النظر في المظالم بعد الرسول عليه الصلاة والسلام، وكان أبو بكر الصديق يكشف عن أحوال عماله، ويختار أكثرهم علماً وعملاً، وهكذا كان عمر بن الخطاب يراقب عماله، في خلوتهم وجلوتهم، وكان علمه بمن نأى عنه من عماله ورعيته، كعلمه بمن بات معه على وساد واحد، كان يستدعي الولاة في مواسم الحج ليفضح الجائر منهم على رؤوس الأشهاد، أو يبعث من يتحرى عنهم، ويحقق بنفسه كل شكوى ترفع إليه، مهما كانت مرتبة الوالي، ويصادر لصالح بيت المال كل ما يطرأ على ذمة الولاة من مال، ويمنع عودتهم إلى بلدانهم ليلاً حتى يعرف الناس ماذا يحملون [2].

ومن التطبيقات الرائعة والتي يظهر فيها بوضوح ممارسة الرسول صلى الله عليه وسلم، لسلطة القاضي الإداري، في نظر منازعات الموظفين المتعلقة باستخدام سلطتهم وجورهم على أفراد الشعب، ما جاء في الطبقات الكبرى لابن سعد: أن الرسول صلى الله عليه وسلم كان يستمع إلى كل شكوى تأتيه عن أي عامل من عماله، ومن ذلك أنه عزل العلاء بن الحضرمي عامله على البحرين؛ لأن وفد عبد القيس شكاه وولى بدلاً منه إبان بن سعيد وقال له: (استوص بعبد القيس خيراً وأكرم سراتهم) [3]

ومن تطبيقات قضاء المظالم في عهد الخلفاء الراشدين ما ورد في خطبة الفاروق عمر بن الخطاب رضي الله عنه إلى ولاته في موسم الحج فقال: (أيها الناس إني لم أبعث عمالي

---

[1] د./ داوود الباز – أصول القضاء الإداري في النظام الإسلامي – دار الفكر جامعي سنة ٢٠٠٤م ص ١٤ وما بعدها.

[2] د./ شوكت محمد عليان – السلطة القضائية في الإسلام- رسالة دكتوراه ١٣٩٣هـ (الموافق ١٩٧٣م) – دار الرشيد للنشر – الرياض – ص ٤٠٢ وص ٤٠٣.

[3] راجع الصفحة ١٣٩.

عليكم ليصيبوا من أبشاركم ولا من أموالكم، إنما بعثتهم ليحجزوا بينكم، وليقسموا فيئكم بينكم، فمن فعل به غير ذلك فليقم، فما قام إلاّ رجل واحد، فقال: إن عاملك فلاناً ضربني مئة سوط، قال فيم ضربته قم فاقتص منه، فقام عمرو بن العاص فقال: يا أمير المؤمنين إنكم إن فعلت هذا يكثر عليكم ويكون سنة يأخذ بها من بعدك، فقال: أنا لا أقيد وقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم، يقيد من نفسه، قال: فدعنا فلنرضه، قال دونكم فارضوه، فافتدى منه بمائتي دينار كل سوط بدينارين وقال: من ظلمه عامله بمظلمة فلا إذن له على ألاّ يرفعها إلى حتى أقصه منه، فقيل له أرأيت أن أدب أمير رجلاً من رعيته أتقصه منه، فقال: ومالي لا أقصه منه وقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقص من نفسه) [1].

وفي العصر الأموي روي عن الخليفة عمر بن عبد العزيز رحمه الله أنه خرج ذات يوم إلى الصلاة فصادفه رجل ورد من اليمن متظلماً فقال (من البسيط):

تَدعُونَ حَيْرَانَ مَظْلُوماً بَبَابِكُمُ فَقَدْ أَتَاكَ بَعِيدُ الدَّارِ مَظْلُومُ

فقال: ما ظلامتك؟ فقال: غصبني الوليد بن عبد الملك ضيعتي، فقال: يا مراجم ائتني بدفتر الصوافي فوجد فيه أصفى عبد الله الوليد بن عبد الملك ضيعة فلان، فقال أخرجها من الدفتر وليكتب برد ضيعته إليه ويطلق له ضعف نفقته [2].

وقد ذكر الأستاذ د./ الطماوي مما قاله أستاذي الشيخ/ محمد أبو زهرة (رحمهما الله) في تعريف له لولاية المظالم نشرت في بحث له في هذا الشأن قوله (ولاية المظالم كولاية القضاء، وكولاية الحرب، وكولاية الحسبة، جزء مما يتولاه ولي الأمر الأعظم، ويقيم فيه نائباً عنه، من يكون فيه الكفاية والهمة لأدائه، ويسمى المتولي لأمر المظالم ناظراً، ولا يسمى قاضياً،

---

(1) هذه الفقرة من خطبة الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه – منشورة في مؤلف د.شوكت محمد عليان – المرجع السابق – ص ٤٠٣.

(2) الماوردي – الأحكام السلطانية – ص ١٠٣.

وإن كان [illegible] مثل سلطان القضاء ومثل سلطان إجراءاته في كثير من الأحوال؛ ولكن عمله ليس قضائياً خالصاً، بل هو قضائي وتنفيذي، فقد يعالج الأمور الواضحة بالتنفيذ، أو بالصلح أو بالعمل الخيري يرد لصاحب الحق حقه، فهو قضاء أحياناً وتنفيذ إداري أحياناً) [1] .

ومن أقضية ولاة المظالم في العصر العباسي، حكي أن المأمون رضي الله عنه كان يجلس للمظالم في يوم الأحد فنهض ذات يوم من مجلس نظره فلقيته امرأة في ثياب رثة فقالت (من البسيط):

يَا خير مُنتَصِفٍ يُهدَى لَهُ الرَّشَدُ ... وَيَا إماماً بِهِ قَدْ أشْرَقَ البَلَدُ

تَشْكُو إِلَيْكَ عَمِيدَ المُلْكِ أرْمَلَةٌ ... عَدَا عَلَيْهَا فَمَا تَقْوى بِهِ أَسَدُ

فَايْتَزَّ مِنْهَا ضِيَاعاً بَعْدَ مَنْعَتِها ... لَمَّا تَفَرَّقَ عَنْهَا الأهْلُ وَالوَلَدُ

فأطرق المأمون يسيراً ثم رفع رأسه وقال: (من البسيط):

مِنْ دُونِ مَا قُلْتِ عِيلَ الصَّبرُ والْجَلَدُ ... وَأَقْرَحَ القَلْبَ هذَا الحُزْنُ وَالْكَمَدُ

هَذَا أَوَانُ صلاة الظُّهْرِ فَانصَرِفِي ... وَأَحْضِرِي الخَصمَ في اليَوْمِ الَّذي أعِد

المَجْلِسُ السَّبْتُ إِنْ يُقَضَ الجُلُوسُ لَنا ... أَنْصِفْكِ مِنْهُ وَ إِلاَّ المَجْلِسُ الأحَدُ

فانصرفت وحضرت يوم الأحد في أول الناس، فقال لها المأمون من خصمك؟ فقالت القائم على رأسك العباس بن أمير المؤمنين، فقال المأمون لقاضيه يحيى بن أكثم وقيل لوزيره أحمد بن أبي خالد أجلسها معه وانظر بينهما، فأجلسها معه ونظر بينهما بحضرة المأمون وجعل كلامها يعلو، فزجرها بعض حاجبه، فقال له المأمون دعها فإن الحق أنطقها والباطل أخرسه وأمر برد ضياعها إليها، ففعل المأمون في النظر بينهما حيث كان بمشهده، ولم يباشره بنفسه لما اقتضته السياسة من وجهين: أحدهما أن حكمه ربما توجه لولده، وربما كان

---

[1] د./ سليمان الطماوي – عمر بن الخطاب وأصول السياسة والإدارة الحديثة – دراسة مقارنة – ص ٣٤٣.

عليه وهو لا يجوز أن يحكم عليه، والثاني أن الخصم امرأة يجل المأمون عن محاورتها. وابنه من جلالة القدر بالمكان الذي لا يقدر غيره على إلزامه الحق، فأراد النظر بمشهد منه إلى من كفاه محاورة المرأة في استيفاء الدعوى واستيضاح الحجة، وباشر المأمون رضي الله عنه تنفيذ الحكم وإلزام الحق [1]

أدلة مشروعية قضاء المظالم :

يستمد قضاء المظالم مشروعيته من كتاب الله سبحانه وتعالى وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم وإجماع علماء الأمة على التفصيل التالي:

١- ورد في القرآن الكريم الكثير من الآيات التي تحث على إقامة العدل، ورفع الظلم ومحاربته، ونصرة المظلومين، دون تمييز بين الناس في الجنس، أو العرق أو الدين، اعتبرها العلماء دليل على مشروعية، بل وجوبية إقامة قضاء المظالم، ومثال لما تقدم الآيات التالية:

قال تعالى: ﴿إِنَّا أَنزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ بِمَا أَرَاكَ اللَّهُ وَلَا تَكُن لِّلْخَائِنِينَ خَصِيمًا﴾[2]. وقال عز من قائل: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [3]. وقال الحق تبارك وتعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾ [4]. وقال جل وعلا: ﴿وَلَا تَحْسَبَنَّ اللَّهَ غَافِلًا عَمَّا يَعْمَلُ الظَّالِمُونَ﴾[5]. وقال

---

[1] الماوردي – الأحكام السلطانية – ص ١٠٧.
[2] سورة النساء – الآية ١٠٥.
[3] سورة المائدة – الآية ٢.
[4] سورة النساء – الآية ٥٨.
[5] سورة إبراهيم – الآية ٤٢.

سبحانه تعالى: ﴿وَتِلْكَ الْقُرَى أَهْلَكْنَاهُمْ لَمَّا ظَلَمُوا وَجَعَلْنَا لِمَهْلِكِهِم مَّوْعِداً﴾ [1] وقال جل جلاله: ﴿إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ وَيَبْغُونَ فِي الْأَرْضِ بِغَيْرِ الْحَقِّ أُوْلَئِكَ لَهُم عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾ [2].

فضلاً عن الكثير من الآيات الكريمة التي تأمر بالعدل والأنصاف، ورفع الظلم وتحريم أكل أموال الناس بالباطل، وتحث على الأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر.

٢- ومن السنة المطهرة العديد من الأدلة على أن النبي محمد صلى الله عليه وسلم قد مارس هذا القضاء بنفسه أول الأمر ثم عين الولاة والقضاة في أرجاء دولة الإسلام لرفع الظلم، والحكم بالعدل والإنصاف بين الناس، كبيرهم وصغيرهم، غنيهم وفقيرهم، ويؤخذ الحق منه أياً كان مركزه في المجتمع، أو سلطانه، أو جاهه، أو نسبه، عظيماً كان أو وضيعاً، هم جميعاً أمام الحق والعدل سواء، لا يرجون سوى رضا المولى (جل وعلا) وغفرانه.

قال عليه أفضل الصلاة والتسليم: ((والذي نفسي بيده لتأمرنّ بالمعروف ولتنهون عن المنكر أو ليوشكن الله أن يبعث عليكم عقاباً ثم تدعونه فلا يستجاب لكم)) [3]. وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((اتقوا الظلم فإن الظلم ظلمات يوم القيامة)) [4].

والأحاديث المتقدمة وغيرها كثيرة، تضمنت نهي الشريعة الإسلامية وتحريمها لكافة أنواع الظلم والعدوان، والحث على المحافظة على ضروريات الإنسان الخمس، في الدين، والعقل، والنسل والمال، والنفس.

ومن أقوال العلماء: ظلم الرعية استجلاب البلية، والعدل يعز السلطان ويرفعه، والجور يذله ويضعه، وإن الله يقيم الدولة العادلة وإن كانت كافرة، ولا يقيم الدولة الظالمة وإن كانت مسلمة [5].

---

[1] سورة الكهف – الآية ٥٩.

[2] سورة الشورى – الآية ٤٢.

[3] الإمام النووي – رياض الصالحين – دار المأمون للتراث – ص ١٠٤.

[4] المرجع السابق – ص ١١٢.

[5] د./ داوود الباز – المرجع السابق – ص ٢٩ وص ٣٠.

المطلب الثاني

اختصاصات قضاء المظالم:

نشأ قضاء المظالم واستقل بذاتيته، كولاية متميزة عن القضاء وإن كانت مكملة لـه، وقـد سبق بيان شروط توليه [1]، أما اختصاصاته فهي:-

١- النظر في تعدي الولاة على الرعية دون اشتراط ما تقرره الأنظمة الوضعية من اشتراط الصـفة في رفع الدعوى، بأن تكون للمدعي مصلحة شخصية مباشرة فيهـا، وقـد ورد فـي الحـديث الشريف ما يؤكد المعنى السابق، بقول الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم: ((أبلغـوني حاجـة من لا يستطيع إبلاغها، فإن من بلغ سلطاناً حاجة من لا يستطيع إبلاغها ثبت الله قدميه يوم القيامة)) [2].

٢- النظر في جور العمال فيما يجبونه من الأموال.

٣- تصفح أحوال كتاب الدواوين؛ لأنهم أمناء على أموال المسلمين.

٤- النظر في تظلمات الموظفين من نقص أرزاقهم، أو تأخير صرفها لهم.

٥- رد المغصوب من الأموال سواء التي يغتصبها الولاة ظلماً، أو الوجهاء وذوي السلطان والأقوياء من الضعفاء.

٦- النظر في منازعات الأوقاف بنوعيها، الأوقاف ذات المصارف العامة والأوقاف الخاصة، وجعـل هذا الاختصاص لقاضي المظالم لضعف المستحقين أمام سطوة نظار الوقف.

٧- الإشراف على تنفيذ الأحكام التي يعجز القضاء العادي عن تنفيذها.

٨- معاونة ناظر الحسبة في القيام باختصاصاته، كالمجاهرة في منكر ضعف عن دفعه، والتعدي فـي طريق عجز عن منعه.

٩- مراعاة العبادات الظاهرة من التقصير فيها، أو الإخلال بشروطها، كالجُمَع، والأعيـاد، والحـج، والجهاد.

---

[1] انظر ص ٢١٢ من هذه الدراسة.

[2] سنن أبي داوود – كتاب باب الآداب – حديث ٥١٢٩.

١٠- النظر بين المتشاجرين والحكم بين المتنازعين. فلا يخرج في النظر بينهم عن موجب الحق ومقتضاه [١] .

وخلاصة ما تقدم أن قضاء المظالم وإن كان لم يستخدم الاصطلاحات الشائعة لدى فقه القانون العام، وقضاءه وهي ولايته في إلغاء القرارات الإدارية، عند الطعن فيها بسبب وجود عيب من العيوب، التي توصمه بعدم المشروعية، وهي عيب الاختصاص، وعيب الشكل والإجراءات، وعيب مخالفة القانون، والسبب والانحراف بالسلطة وولاية التعويض (القضاء الكامل)، وهي حق القضاء بالتعويض للمدعي المتضرر، بسبب تصرف أو عمل من الإدارة.

وولاية التأديب (قضاء الزجر والعقاب)، وهي الولاية التي تخول مجلس الدولة سلطة توقيع العقوبات التي يقررها القانون لبعض المخالفات التي تقع من الأفراد، وتشكل اعتداء على القوانين واللوائح التي تحمي المال العام، ويطلق عليها أيضاً قضاء التأديب، أو مجالس التأديب [٢]، إلاّ أنه كان يمارس بالفعل الولايات الثلاثة إذ أن والي المظالم وحسبما مرّ من أمثلة، وما تضمنته كتب الاختصاص من حوادث وقضايا، كان يتصدى لها بالإلغاء تارة، والتعويض والتأديب تارة أخرى، بل إن ولاية المظالم تشمل التعازير أيضاً وهو اختصاص غير متاح للقاضي الإداري حسبما تقتضيه الحالة، وتمليه المصلحة العليا، في إقامة العدل ورد الحقوق، ورفع الظلم، وزجر الظالم [٣].

---

[١] الماوردي – الأحكام السلطانية – ص ١٠١ وما بعدها. والفرق بين قاضي المظالم والقاضي العادي برأي الدكتور/ شوكت عليان بأن للأول من الهيبة وقوة اليد ما ليس للثاني مما يعينه في كف الخصوم عن التجاحد ومنع الظلمة من التغالب، وقاضي المظالم أفسح مجالاً وأوسع مقالاً وله سلطات أوسع للوصول إلى الحق ومعرفة المبطل وله تأديب من بان عدوانه وظهر ظلمه وله تأخير الحكم بين الخصوم عند اشتباه أمرهم وردهم إلى الصلح وله تحليف الشهود عند ارتياب أمرهم وليس ذلك للقاضي العادي. انظر مؤلفه السلطة القضائية في الإسلام – المرجع السابق – ص ٤١٠ وص ٤١١.

[٢] د./ داوود الباز – المرجع السابق – ص ٨٥ وص ٨٦.

[٣] الأستاذ/ محمد عبد الله محمد الأمين الشنقيطي – ولاية المظالم في الإسلام ودورها في الرقابة على أعمال السلطة – رسالة ماجستير – بإشراف د./ عبد العال عطوة – مقدمة للمعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية عام ١٤٠٧هـ ص ١١٨.

المطلب الثالث

أثر سلطات قاضي المظالم على توازن العقد الإداري:

من العرض السابق، تبيّن بأن قضاء المظالم في الإسلام يضاهي أحدث ما توصل لـه فقـه وقضاء القانون العام، في تنظيم القضاء الإداري، في العصر الحالي مـن حيـث مقاصـده وأهدافـه، واختصاصاته الواسعة، وشروط توليه، ونفاذ أحكامه، فهو يسمو على كل قضاء، ويقتص من كل ظالم وعابث، مهما علا مركزه الوظيفي، أو الاجتماعي، بل أنه يستهدف ذوي السلطان والجاه، من الـولاة وعمالهم، ويتعقب ممارساتهم، ويكبح جماحهم، بإعادتهم إلى جادة الصواب، بـل وبـدون إجـراءات شكلية في إقامة الدعوى، ودون قصر حق إقامتها على المتظلم، أو المتضرر، وإنما هو حق لكل فـرد في المجتمع الإسلامي.

وصفوة القول في هذا الأمر، أن قاضي المظالم بماله من هيبة، وسلطة، ونفاذ لأحكامه، في مواجهة الجميع في دولة الإسلام، هو يمثل القضاء الإداري المعاصر في دول العالم المتمـدن، ومـن ذلك قضاء مجلس الدولة في فرنسا، ومصر، وغيرها من الدول التي تأخذ بمبدأ القضاء المزدوج، القضاء العادي، (في منازعات الأفراد مع بعضهم البعض، أو مع جهة حكومية، في العقود التي لا تظهر فيها سلطات استثنائية لها أي لا تمارس فيها أسلوب القانون العام)، والقضاء الإداري، في منازعات العقود التي تكون فيها الإدارة طرفاً لها امتيازات استثنائية، باعتبارها سلطة عامة.

وفي الوقت الراهن، نجد تطبيقات عملية لقضاء المظالم في العديد من الدول الإسلامية، وإن اختلفت المسميات، ومنها المملكة العربية السعودية، إذا يتمثل ذلك بـديوان المظـالم الـذي صاحب تكوين الدولة السعودية الحديثة، كما سبق بيانه في فصلٍ سابق من هـذا البـاب، وكمـا سوف أتناوله مفصلاً إن شاء الله في الفصل التالي، عند استعراض أحكامه، التي تضمنت تطبيقات عملية لإعادة التوازن المالي للعقد الإداري، بسبب الصعوبات المادية والأزمات غير المتوقعة التي تواجه المتعاقدين مع الدولة موضوع هذه الدراسة.

على أن المهم هنا هو معرفة مدى تأثير سلطات قاضي المظالم على نظريات التوازن المالي للعقد الإداري وعليه، أجيب بأنه: من الميسور جداً الإجابة على هذا التساؤل عند الأخذ بالاعتبار غايات وأهداف هذا القضاء وسلطاته الواسعة، فهو يهدف إلى إحقاق الحق، وإقامة العدل، ومنع الظلم والعدوان، وإزالة الضرر، والتعويض عنه ورفع المشقة عن الناس، والتيسير عليهم، وتحقيق المصلحة العامة، وهي كلها أهداف يسعى أيضاً القضاء الإداري عموماً للوصول لها عبر تنظيماته الحديثة، بإجراءاته، وبدرجتي التقاضي المقررة له، من خلال قواعده ونظرياته الحديثة، ولا ريب في أن قاضي المظالم، عندما تعرض له قضية من القضايا، التي اختل بها التوازن المالي للعقد الإداري، وقد توفرت شروط انطباق إحدى نظرياته على الواقعة كما سبق شرحه مفصلاً في الباب الأول من هذه الدراسة، واختل التوازن المالي للعقد، مهدداً أحد الطرفين بخسائر فادحة، ينوء كاهله عن حملها، أو استحال على المتعاقد القيام بالتزاماته، نتيجة ظروف لا يد له فيها، ولم تكن متوقعة، وهي عامة استثنائية، فإن قاضي المظالم سوف يصدر حكمه بإزالة الضرر عن هذا المتعاقد المنكوب، وتعويضه عما لحقه من أضرار، أو الحكم بفسخ عقده وإعفاءه من التزاماته، إذا كان ذلك الالتزام مستحيل التنفيذ، أو إعطاءه المهل الزمنية اللازمة لتنفيذ التزامه، مع إعفاءه عن غرامات التأخير، عندما يتحقق القاضي بأنه لا يد للمتعاقد في التأخير، ولم يكن بإمكانه تلافيه، لاسيما وقد صدرت فتوى من مجمع الفقه الإسلامي تجيز للقاضي تعديل العقد أو فسخه للظرف الطارئ [1] لذا يمكن القول بحق، أن غايات نظريات التوازن المالي للعقد الإداري موجودة فعلاً، ضمن أهداف وصلاحيات قضاء المظالم، بل أن وجودها فيه أكثر فاعلية، وتأثير، في قضاة ومتقاضين، يهدفون في المقام الأول إرضاء الله؛ ليحقق لهم سعادة الدارين في الدنيا والآخرة.

---

[1] نص قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي ص ١٥٥ وما بعدها.

المبحث السادس

التوازن المالي للعقد الإداري من خلال أحكام خيار الغبن والتدليس وخيار العيب

سوف أتناول في هذا المبحث التوازن المالي للعقود في الفقه الإسلامي من خلال أحكام خيار الغبن، والغرر، والتدليس، وخيار العيب، وما تستهدفه من علاج أي ضرر يلحق بأحد الطرفين، مما يستوجب التعويض العادل؛ لإصلاح الخلل الحادث في العقد، وسوف أتحدث عن ذلك في ثلاثة مطالب هي:

المطلب الأول

نظرية الغبن في الفقه الإسلامي:

ويعرف الغبن بأنه النقص في البيع والشراء[1] . وفي الاصطلاح الشرعي يعرفه الأحناف بأنه البيع والشراء بما لا يدخل تحت تقويم المقومين أي أهل الخبرة في السلعة المباعة.

ويعرفه المالكية بأنه بيع، أو شراء السلعة بأكثر مما جرت العادة، أن الناس لا يتغابنون بمثله وقيل بأنه الجهل بقيمة المبتاع.

أما الحنابلة والظاهرية فيعرفونه بأنه البيع أو الشراء بأكثر أو أقل مما تعارف عليه الناس [2].

وفي الاصطلاح القانوني الغبن هو ((عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه)).

---

(1) الغَبْنُ بالتسكين في البيع، والغَبَنُ بالتحريك في الرأي وغَبِنتُ رأيك أي نسيته وضيَّعته. غَبِنَ الشيء و غَبِنَ فيه غَبناً وغَبناً: نسيه وأغفله وجهله. انظر لسان العرب – المرجع السابق – ص ٣٠٩.

(2) محمد عبد العزيز المهيزع – الغبن في العقود – بحث مقدم إلى معهد الإدارة العامة في الرياض بإشراف د./ بهاء الدين العلايلي عام ١٤٠٧هـ (الموافق ١٩٨٧م) – ص ٩.

وعرفه د./ محمود جمال زكي في الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري بأنه ((اختلال التوازن الاقتصادي في عقد المعاوضة نتيجة عدم التعادل بين ما يأخذه كل عاقد فيه وما يعطيه)) [1].

والغبن هو زيادة الثمن، أو نقصه قدراً خارجاً عن العادة وعرف البلد [2]، والبيع والشراء مشروع؛ ليربح الناس من بعضهم، فأصل المغابنة لا بد منها، لأن كلا من البائع والمشتري يرغب في ربح كثير، والشارع لم ينه عن الربح في البيع والشراء، ولم يحدد له قدراً، وإنما ينهى عن الغش والتدليس، ومدح السلعة بما ليس فيها، وكتم ما بها من عيب ونحو ذلك، فمن فعل بسلعة شيئاً من ذلك، كان لمن أخذها الحق في ردها، وقد شرع الخيار؛ ليكون للبائع والمشتري فرصة في التأمل حتى لا يغبن أحدهما، ولا يندم على ما تقدم، ولكن ما الحكم إذا وقع الغبن دون غش أو تدليس ، وما هو الحد الذي يغتفر منه وما لا يغتفر؟ في ذلك تفصيل في المذاهب [3].

الحنابلة : يثبت خيار الغبن عندهم في ثلاث صور:-

الأولى: تلقي الركبان – والمراد بهم القادمون من السفر بجلوبة قال في الرعاية: يكره تلقي الركبان وقيل: يحرم وهو أولى، ولو كان تلقيهم بغير قصد التلقي لهم، واشترى منهم، أو باعهم شيئاً، فلهم الخيار إذا هبطوا السوق، وعلموا أنهم قد غبنوا غبناً يخرج عن العادة، لقوله عليه الصلاة والسلام: (لا تلقوا الجلب فمن تلقاه فاشترى منه فإذا أتى السوق فهو بالخيار) رواه مسلم من حديث أبي هريرة، وثبوت الخيار لا يكون إلاّ في صحيح، والنهي لا يرجع لمعنى في البيع، وإنما لضرب من الخديعة يمكن استدراكه بالخيار وهو أشبه بالمصراة.

---

[1] المرجع السابق – ص ١٠.

[2] مجلة الأحكام العدلية – المرجع السابق– المادة ٢٠٩ ص ١١٣.

[3] عبد الرحمن الجزيري – كتاب الفقه على المذاهب الأربعة – ج ٢ قسم المعاملات – توزيع دار الفكر ١٩٧٢م.

الثانية: في النجش وهو أن يزيد في السلعة من لا يريد شراءها، وهو حرام لما فيه من تغرير للمشتري، وخديعته، فهو في معنى الغش، ويثبت للمشتري بالنجش الخيار إذا غبن الغبن المذكور، كالصورة الأولى، ولا بد أن يكون المشتري جاهلاً. فلو كان عارفاً واغتر بذلك، فلا خيار له لعجلته وعدم تأمُّله، ولو كانت زيادة من يريد شراء بغير مواطأة من البائع لمن يزيد فيها، أو كان البائع زاد في الثمن بنفسه والمشتري لا يعلم ذلك، لوجود التغرير، فيخير المشتري بين رد المبيع أو إمساكه.

الثالثة : المسترسل والمراد هنا الجاهل بالقيمة، أي أن يكون البائع، أو المشتري لا معرفة لهما بالأسعار، ولا يحسنان المماكسة فلمن غبن الخيار إذا غبن الغبن المذكور، أي الذي يخرج عن العادة ويقبل قوله مع يمينه أنه جاهل بالقيمة؛ لأنه الأصل، ما لم تكن قرينة تكذبه في دعوى الجهل فلا تقبل منه، وأما من له خبرة بسعر المبيع ويدخل على بصيرة بالغبن، ومن غبن لاستعجاله في البيع، ولو توقف، ولم يستعجل لم يغبن، فلا خيار لهما لعدم التغرير وكذا الإجارة يثبت فيها خيار الغبن إذا جهل أجرة المثل، فإن فسخ المغبون في أثنائها كان الفسخ رافعاً للعقد من أصله، والغبن محرم؛ لأنه تغرير وغش، والعقد صحيح فيهن – أي في الحالات الثلاثة المتقدمة [1].

وروي عن الرسول صلى الله عليه وسلم ((أن رجلاً ذكر له أنه يخدع في البيع فقال له: إذا بايعت فقل لا خلابة)) متفق عليه. [2]

يقول شيخ الإسلام أحمد بن تيمية: ((في الجملة نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن البيع والشراء الذي جنسه حلال؛ حتى يعلم البائع بالسعر، وهو ثمن المثل، ويعلم المشتري

---

[1] كشاف القناع عن متن الإقناع – المرجع السابق – الجزء الثالث – ص ٢١١ وما بعدها – عالم الكتب – بيروت.
[2] المرجع السابق– ص ٢١٣.

بالسلعة. والشارع رأي المصلحة العامة، فإن الجالب إذا لم يعرف السعر كان جاهلاً بثمن المثل فيكون المشتري غاراً له، ولهذا الحق مالك وأحمد بذلك كل مسترسل. والمسترسل الذي لا يماكس والجاهل بقيمة البيع فإنه بمنزلة الجالبين الجاهلين بالسعر فتبيّن أنه يجب على الإنسان ألاّ يبيع إلاّ بالسعر المعروف وهو ثمن المثل)) [1].

والعلماء المسلمون يقسمون الغبن إلى نوعين هما الغبن اليسير والغبن الفاحش.

ويرى الحنفية أن الغبن الفاحش هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين (أي أصحاب الخبرة). وحكم الغبن الفاحش أن المبيع لا يرد به إلاّ في حالة الغرر[2].

وقد عرفت مجلة الأحكام العدلية في المادة ١٦٥ منها الغبن الفاحش بأنه ((غبن على قدر نصف العشر في العروض والعشر في الحيوانات والخمس في العقار أو زيادة)) بينما ورد في مجلة الأحكام الشرعية في المادة ٤٠٧ منها بأنه ليس للغبن حد شرعاً. فالمرجع فيه العرف، فما يتعارفه التجار غبناً في العادة يوجب الخيار. أما اليسير الذي لا يخرج عن العادة فلا خيار فيه. وقد خصصت المواد من ٤٠٨ إلى ٤١٦ لبيان أحكام الغبن في بيع الركبان وبيع المسترسل، وبيع النجش، وبيع التغرير، وأثبتت حق المغبون (بائعاً أو مشترياً) في خيار الفسخ أو الإمساك [3] .

والمالكية قالوا: المشهور في المذاهب أنه لا يرد المبيع بالغبن في الربح ولو كان كثيراً فوق العادة إلاّ في ثلاثة أمور هي:

---

(١) مجموعة فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي الحنبلي (رحمهما الله) – المجلد الثامن والعشرون – الجزء الثامن من كتاب الفقه – مطبعة دار عالم الكتب – الرياض – ١٤١٢ (الموافق ١٩٩٢م) ص ١٠٣.

(٢) عبد الرحمن الجزيري – المرجع السابق – ص ٢٨٥.

(٣) مجلة الأحكام الشرعية – المرجع السابق – ص ١٧٣ وص ١٧٤.

١- أن يكون البائع، أو المشتري بالغبن الفاحش وكيلاً، أو وصياً، فللموكل في هذه الحالة، أو المحجور عليه أن يرد المبيع.

٢- أن يستسلم المشتري للبائع كأن يقول له: بعني هذه السلعة كما تبيع الناس، أو أن يقول البائع للمشتري: اشتريني كما تشتري من الناس، فإذا غبن البائع، أو المشتري غبناً فاحشاً كان لهما الحق في رد المبيع.

٣- أن يستأمن البائع المشتري، أو العكس كأن يقول له: ما تساوي هذه السلعة من الثمن لأشتري به أو أبيعها به ؟ فإذا أخبره بنقص، أو زيادة كان له الحق في رد السلعة.

وقد اختلف علماؤهم في تحديد مقدار الغبن الفاحش فمنهم من اعتبره فاحشاً بزيادة الثلث عن قيمتها، أو نقص الثلث، ولكن المعتمد أن الغبن زيادة السلعة عن قيمتها زيادة بينة، أو نقصاً بيناً فمتى كانت الزيادة، أو النقص ظاهرين كان ذلك غبناً فاحشاً.

أما الشافعية فقالوا: الغبن الفاحش لا يوجب رد المبيع متى كان خالياً من التلبيس، سواء أكان كثيراً أو قليلاً، على أن السنة ألاّ يتشدد البائع، أو المشتري حتى يغبن أحدهما صاحبه [١].

أما في القانون فقد نصت المادة ٤٢٥ من التقنين المدني المصري على ما يأتي:-

١- ((إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان في البيع غبن يزيد على الخمس، فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل)).

٢- ((ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد على الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع)).

وتنص المادة ٤٢٦ على ما يأتي :

((١. تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن، إذا انقضت ثلاث سنوات من وقت توافر الأهلية، أو من اليوم الذي يموت فيه صاحب العقار المبيع)) .

وتنص المادة ٤٢٧ على ما يأتي:

---

[١] عبد الرحمن الجزيري – المرجع السابق – ص ٢٨٤.

" لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم كنص القانون بطريق المزاد العلني [1].

والشروط الواجب توافرها لتحقق الغبن الفاحش في القانون المدني المصري هي أربعة استخلصها د./ السنهوري من المواد ٤٢٥ – ٤٢٧ وهي:

١– أن يكون صاحب العين المبيعة غير كامل الأهلية ٢– أن تكون العين المبيعة عقاراً ٣– وألاّ يكون البيع في مزاد علني تم وفقاً لأحكام القانون ٤– وأن يقل الثمن عن قيمة العقار وقت البيع بأكثر من الخمس [2] .

وإذا كانت القاعدة في الفقه الإسلامي أن الغبن المجرد لا يؤثر بوجه عام في العقود، إلاّ أن لهذه القاعدة استثناءات فيما يلي :-

١–كون المغبون قاصراً أو محجوراً عليه وتصرف وليه بالبيع، أو الشراء بغبن فاحش فقد اتفق الفقهاء على رفع الغبن واختلفوا في كيفية رفعه فمنهم من أبطل البيع، ومنهم أجازه بشرط أن يكمل الغابن الثمن، ومنهم من أعطى الخيار للمغبون فله الإمضاء، أو الفسخ، أما الحنابلة فإن البيع لديهم صحيح ويلزمون الأولياء، أو الأوصياء بدفع فرق الثمن؛ لأنهم مفرطون، أو متساهلون في مال اؤتمنوا عليه.

٢–إذا كان الغبن في مال الدولة أو الوقف وكان فاحشاً، فإن الحنفية والمالكية والشافعية يبطلون هذه البيوع، أما الحنابلة، فإنهم يجيزونها على أن يضمن الحاكم أو الناظر النقص [3].

---

[1] د./ عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني– المجلد الأول – البيع – مطابع دار النشر للجامعات المصرية – القاهرة طبعة ١٩٦٠ ص ٣٨٧.

[2] المرجع السابق – ص ٣٩٠.

[3] محمد عبد العزيز المهيزع – المرجع السابق – ص ١٧٠ وما بعدها.

المطلب الثاني

التوازن المالي للعقد الإداري من خلال التدليس

التدليس لغة: هو كتمان عيب السلعة عن المشتري، والدلس بالتحريك الظلمة [1].

والتدليس هو الغش المنهي عنه شرعاً، ويحرم تعاطي أسبابه وهو القسم الرابع من خيارات البيع، وخيارات البيع عند فقهاء المسلمين هي خيار المجلس، وخيار الشرط، وخيار الغبن، ثم موضوع هذا المطلب وهو خيار التدليس، يليه خيار العيب، وخيار تخيير الثمن متى بان أقل أو أكثر مما أخبر به ويثبت في (التولية، الشركة، المرابحة، المواضعة) ثم خيار اختلاف المتبايعين في الثمن، أو المستأجر في الأجرة ولا بينة لاحدهما، أو تعارضت بيّنتهما تحالفا، والخيار الثامن هو خيار الخلف في الصفة [2].

(وخيار التدليس) من الدلسة وهي الظلمة، وفعله تدليس وهو حرام للغرر، والعقد معه صحيح، لحديث المصراة حيث جعل له الخيار وهو يدل على صحة البيع، ولا ارش فيه، إذا أمسك؛ لأن الشارع لم يجعل فيه أرشاً في غير كتمان العيب [3].

والتدليس نوعان، الأول كتمان العيب، والثاني فعل يزيد به الثمن وهو المراد هنا، وأصول الشريعة توجب الرد بالتدليس والغش، والرد بهما أولى من الرد بالعيب، فإن المشتري إنما بذل ماله في المبيع، بناء على الصفة التي أظهرها له البائع، ولو علم أنه على خلافها، لما بذله، والبائع يظهر صفة المبيع بقوله، وتارة بفعله ومثاله جمع ماء الرحى، أي الماء الذي تدور به الرحى، وإرساله عند عرضها للبيع، فإذا أرسله بعد حبسه اشتد دوران الرحى،

---

[1] القاموس المحيط تصنيف مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي – دار الفكر للطباعة والنشر بيروت – طبعة ١٤١٥هـ ١٩٩٥م – ص ٤٩١

[2] حاشية الروض المربع – المرجع السابق – الجزء الرابع ص ٤١٣ وما بعدها.

[3] كشاف القناع – المرجع السابق – الجزء الثالث – ص ٢١٣.

حين ذلك فينخدع المشتري ظاناً أن قوة الدوران هذه تكسب دائماً في حين أن الغش والتدليس أظهر الرحى على غير حقيقتها، فإذا ثبت التدليس بنقصان دوران الرحى ثبت له الخيار بأن يرجع المشتري في الثمن على الأصح.

وكذا تصرية اللبن في ضرع بهيمة الأنعام، لحديث أبي هريرة (لا تصروا الإبل، والغنم، فمن ابتاعها فهو بخير النظيرين بعد أن يحلبها، إن شاء أمسك، وإن شاء ردها وصاعاً من تمر) متفق عليه. وخيار التدليس على التراخي إلا المصراة، فيخير ثلاثة أيام منذ علم، بين إمساك بلا أرش، ورد مع صاع تمر سليم إن حلبها. فإن عدم التمر فقيمته، ويقبل رد اللبن بحاله [1].

والتصرية في الإبل والغنم تدليس في البيع على المشتري. وهو حرام بالاتفاق وفيه الخيار للمشتري عند جمهور الفقهاء فيما عدا أبي حنيفة، فمن حلب المصراة فهو بالخيار، إن شاء أمسكها، وإن شاء ردها وصاعاً من تمر، فيما قال أبو يوسف وابن أبي ليلي : يرد معها قيمة اللبن [2].

والشافعية – قالوا إذا اشترى المصراة فحلبها فإن له ردها مع رد صاع من تمر معها، وكذا إذا استهلك لبنها بغير الحلب، كأن ترك ولدها يرضعها، وإذا علم أنها مصراة قبل أن يتلف لبنها، فإن له ردها بدون أن يكون ملزماً برد شيء معها، كما لا يلزم برد صاع التمر بخصوصه، إذا اتفق المتعاقدان على غيره، فيصح أن يرد بدل اللبن نقوداً، أو براً وغيرهما مع الاتفاق.

---

(1) حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع – المرجع السابق – ص ٤٣٧ وما بعدها.

(2) شمس الدين الأسيوطي – جواهر العقود – الجزء الأول الطبعة الثانية– ص ٦٨.

أما المالكية- قالوا إذا اشترى المصراة فحلبها فإن له ردها، بشرط أن يرد معها صاعاً من غالب قوت بلده، ولا يشترط رد صاع التمر بخصوصه، ويحرم أن يرد اللبن فقط، إنما له رده مع رد الصاع، وكذا يحرم رد بدل الصاع من نقود أو غيرها، وإذا لم يحلبها ثم علم بأنها مصراة، فله ردها بدون أن يلزم بالصاع.

بينما قال الحنابلة: إذا اشترى المصراة فإن له ردها بذلك العيب، وعليه أن يرد معها صاعاً من تمر، عملاً بالحديث المذكور ويسمون هذا خيار التدليس [1].

وجاء نص المادة ٤١٧ من مجلة الأحكام الشرعية ليقرر مبدأ خيار الرد للتدليس إذ ورد فيها: ((للمشتري إذا اطلع على التدليس، الخيار بين الرد والإمساك بلا أرش)) . أما المادة ٤١٨ فقد حددت مدة الخيار للتدليس في المصراة بثلاثة أيام. أما في غيرها على التراخي، كما أوجبت المادة ٤١٩ عند رد المصراة من بهيمة الأنعام بعد حلبها أن يرد اللبن إن كان بحاله وإلاّ رد صاعاً من تمر فإن عدم فقيمته [2]

ولا يختلف التدليس في الاصطلاح الشرعي، عنه في الاصطلاح القانوني، إذ يعتبر القانون المدني المصري في المادة ١٢٥ من التقنين الجديد، أنه حيلة يلجأ لها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة، بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد، كما اعتبر السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة تدليساً، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة، أو الملابسة. وفي الحالتين المتقدمتين يجيز القانون المصري إبطال العقد للتدليس. ويستفاد من النص القانوني المتقدم، أن للتدليس عنصرين هما: ١- موضوعي، وهو استعمال

---

[1] عبد الرحمن الجزيري – المرجع السابق – ص ٢٠١ و ٢٠٢

[2] مجلة الأحكام الشرعية – المرجع السابق – ص ١٧٥.

طرق احتيالية ٢- نفسي وهو كون الطرق الاحتيالية هي التي تحمل المتعاقد على الإقدام على إبرام العقد أي هي الدافع للتعاقد.

كما يرى الأستاذ د./ السنهوري، أن التدليس يجعل العقد قابلاً للإبطال للغلط الذي يولده في نفس المتعاقد، وهو بهذا التحديد يختلف عن الغش، لأن التدليس يحصل أثناء تكوين العقد، أما الغش فقد يكون بعد تكوين العقد، أو يقع خارج عن دائرة العقد، كذلك يختلف التدليس المدني عن التدليس الجنائي وهو النصب الذي تكون فيه الطرق الاحتيالية عنصر مستقل بذاته، وأشد جسامة من الطرق الاحتيالية المستعملة في التدليس المدني. [١]

ويرى د./ محمد المغربي، أن التدليس هو الغبن المصحوب بالتغرير، وهو من العيوب التي تؤثر على صحة الرضا، وسلامته في التعاقد، كأن يبيع بأقل من ثمن السوق، أو يشتري بأكثر من ثمن السوق، وقد تكلم عن التغرير، والغبن في موضوع واحد لارتباطهما الشديد، ولكون الغبن نتيجة التغرير، فالخداع والتدليس، هما الدافعان إلى التعاقد، وإلى وقوع المتعاقد في غبن، فالمتفق عليه أن الغبن وحده لو لم يكن سببه التغرير والتدليس، لا يعد عيباً مؤثراً في التعاقد، إلاّ في حالات مستثناة وفرّ لها الشارع حماية خاصة [٢].

المطلب الثالث

التوازن المالي للعقد الإداري من خلال خيار العيب

الأصل في البيوع أن تكون لازمة متى استكملت شروطها وأركانها، إلاّ أن الشارع أباح الخيار فيها، لحكمة جليلة هي دفع الضرر، والضغائن بين الناس، فأجاز الخيار في البيع، والإيجار، بأن يكون للمتعاقد في بعض الأحوال، حق الرجوع عن العقد، واستعادة ما قد يكون دفعه من ثمن.

---

[١] د./ عبد الرزاق السنهوري – مصادر الالتزام – الجزء الأول – المرجع السابق ص ٣٤٢ وما بعدها.

[٢] د./ نجيب عوضين المغربي – نظرية العقد في الفقه الإسلامي – دار النهضة العربية طبعة ١٤٢٢هـ (الموافق ٢٠٠١م)- ص ١٥٤ وما بعدها.

ومن هذه الخيارات: خيار العيب، فمن اشترى معيباً لم يعلم حال العقد عيبه، ثم علم بعيبه، فله الخيار، سواء علم البائع بعيبه فكتمه عن المشتري، أو لم يعلم بعيبه، أو حدث العيب بعد العقد وقبل القبض، فيما ضمانه على البائع كمكيل، وموزون. ومعدود، ومزروع، بيع بذلك، وكثمر على شجر ونحوه، كبيع بصفة، أو رؤية متقدمة، خُيِّر المشتري بين رد استدراكاً لما فاته، وإزالة لما يلحقه من ضرر في بقائه في ملكه ناقصاً عن حقه، لحديث النبي صلى الله عليه وسلم ((على اليد ما أخذت حتى تؤديه)) وإذا رده أخذ الثمن كاملاً [1].

(وعن عقبة بن عامر قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: ((المسلم أخو المسلم، لا يحلُّ لمسلم باع من أخيه بيعاً وفيه عيب إلاّ بيّنَه)) رواه أحمد وابن ماجة والدار قطني والحاكم والطبراني) [2].

والشافعية يرون أنه يلزم لرد المبيع أن يكون فور العلم بالعيب، وإن كان بعض المبيع فاسداً لا ينتفع به، وبعضه غير فاسد ينتفع به كان للمشتري الحق في رده، وأخذه ثمنه كاملاً، بدون أن يلزم بشيء مما أحدثه فيه من التغيير؛ لأنه معذوراً بعدم معرفته إلاّ بالكسر.

أما المالكية، فعلى خلاف الشافعية، فلا يجيزون للمشتري رد الشيء الذي لا يعرف عيبه، إلاّ بعد كسره، إلاّ إذا اشترط الرد، أو جرى العرف على رد المبيع في مثل هذا العيب [3].

ويرون أن الرد بالعيب يجب أن يكون على الفور أي خلال يومين، ويقسمون العيوب إلى ثلاثة أنواع، الأول: غير مؤثر وليس فيه خيار رد أو أرش، والثاني: عيب يسير يرجع فيه المشتري بنقصان الثمن، والثالث: عيب فاحش يكون المشتري فيه بالخيار بين الرد والإمساك، فإن أمسك فليس له الرجوع بنقصان الثمن وفي هذا يتفقون مع الحنفية [4].

---

[1] كشاف القناع عن متن الإقناع – المرجع السابق – ص ٢١٨.

[2] السيد سابق – فقه السنة – المرجع السابق – ص ١١٢.

[3] عبد الرحمن الجزيري – المرجع السابق – ص ٢٠٢ وما بعدها.

[4] د./ يوسف عبد الفتاح المرصفي – الخيارات في العقود في الفقه الإسلامي مقال منشور بمجلة البحوث الفقهية المعاصرة – السنة الثامنة – العدد الحادي والثلاثون – الشركة السعودية للتوزيع – ص ١٧٩ وص ١٨٠.

أما الحنفية فلا يشترطون أن يكون الرد بالعيب على الفور عند العلم بالعيب، فإنه إذا أعلم المشتري البائع بالعيب وسكت ثم بعد مدة طلب الرد فله ذلك، وإذا كان المبيع الذي لا يعرف عيبه إلاّ بإحداث تغيير في ذاته، من كسر أو شق، فإن كان جميعه فاسداً لا ينتفع منه أصلاً فإن بيعه يكون باطلاً، أما إذا كان باطنه فاسداً وقشره ينتفع به كجعله علفاً للدواب فلا يكون للمشتري في هذه الحالة رده؛ ولكن يمسكه مع حقه في عوض النقص[1].

أما مجلة الأحكام العدلية فقد تضمن الفصل السادس منها خيار العيب ونصت المادة ٣٣٦ على الآتي: ((البيع المطلق يقتضي سلامة المبيع من العيوب يعني أن بيع المال بدون البراءة من العيوب، وبلا ذكر أنه معيب أو سالم يقتضي أن يكون المبيع سالماً خالياً من العيب)).

والمادة ٣٣٧ جاء نصها كالآتي ((ما بيع مطلقاً إذا ظهر فيه عيب قديم يكون المشتري مخيراً فيه إن شاء قبله بثمنه المسمى وإن شاء رده)) [2].

والعيب لدى الحنابلة هو ((ما ينقص قيمة المبيع عادة فما عده التجار في عرفهم منقصاً أنيط الحكم له وما لا فلا، وإن كل ما يوجد في المبيع مما ينقص العين، أو القيمة نقصاً يفوت به غرض صحيح، يثبت الرد إذا كان الغالب في جنس المبيع عدمه)) [3].

ومن العيب فقد عضو من أعضاء الحيوانات، كإصبع و يد أو رجل، وكذلك العيب كالمرض وخرس وطرش والبرص والفالج، والجار السوء عيب، ولا خيار إذا كان المرض يعرض كثيراً ويزول، والحمى، والحرارة فإذا كان قليلاً فلا يضر، وكذا الصداع اليسير لا خيار فيها، فإذا علم المشتري بالعيب بعد العقد أمسكه بأرشه إن شاء، وإن علم المشتري قبل العقد بعيب المبيع، أو حدث العيب بعد العقد فلا خيار له لدخوله على بصيره. وإن اشترى ما لم يعلم عيبه إلاّ بعد

---

[1] عبد الرحمن الجزيري – المرجع السابق – ص ٢٠٢ وما بعدها.

[2] مجلة الأحكام العدلية – المرجع السابق – ص ١٧٩ وما بعدها.

[3] المرجع السابق – ص ١٩٩ وما بعدها.

كسره فوجد فاسدا فله أرشه. وإن رده رد أرش كسره (كبيض دجاج أو جوز) وخيار العيب متراخ أي متسع وقته؛ لأنه لدفع ضرر متحقق. فلم يبطل بالتأخير [1].

وللمشتري رد المبيع أو أخذ أرش العيب وهو الفرق بين ثمنه سليما وثمنه معيباً. وفي حالة تلف السلعة أو تعذر الرد فله أرش العيب [2].

وتحت عنوان الفصل الخامس جاءت المواد من ٤٢٣ إلى ٤٤٦ من مجلة الأحكام الشرعية متضمنة أحكام خيار العيب وفقا للمذهب الحنبلي وقد نصت المادة ٤٢٣ على أن العيب الحادث عند البائع بعد العقد في حكم العيب القديم ((إذا كان المبيع من ضمان البائع كالمقدرات والثمار على الأشجار والمبيع بصفة أو برؤية متقدمة و إلاّ فهو في حكم الحادث)). أما المادة ٤٢٤ فقد أعطت المشتري الخيار بعد إطلاعه على عيب قديم فله الرد، أو الإمساك مجاناً أو مع أرش العيب [3].

وفي القانون يسمى هذا الخيار بضمان العيوب الخفية نصت المادة ٤٤٧ من القانون المدني المصري على:

١- ((يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفاد مما هو مبين في العقد، أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء، أو الغرض الذي أعد له، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده)).

---

[1] حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع – المرجع السابق – ص ٤٤١ وما بعدها.

[2] بهاء الدين عبد الرحمن المقدسي – العدة في شرح العمدة – الناشر مكتبة الرياض الحديثة – ص ٢٢٩ وص ٢٣٠.

[3] مجلة الأحكام الشرعية – المرجع السابق – ص ١٧٧.

٢- ((ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع. أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، إلاّ إذا ثبت أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه))

وضمان العيوب الخفية كضمان التعرض والاستحقاق يجاوز نطاقه عقد البيع إلى كل عقد ناقل للملكية، بل وإلى كل عقد ينقل الانتفاع، وبخاصة إذا كان من عقود المعاوضات، ذلك أن من ينقل حيازة مفيدة تمكن من انتقلت إليه من الانتفاع بالشيء فيما أعد له، ومن ثَّم يجب أن يضمن العيوب الخفية التي تعوق هذا الانتفاع [١].

---

[١] د./ عبد الرزاق السنهوري – المرجع السابق – الجزء الرابع – ص ٧١٢ وما بعدها.

المطلب الرابع

آثار أحكام خيار الغبن والتدليس وخيار العيب على العقد الإداري

من القواعد الأساسية في الإسلام الوفاء بالعقد ما لم يتضمن مخالفة للكتاب والسنة وكان مستوفياً للأركان والشروط المطلوبة لصحته امتثالاً لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [1] ولقوله تعالى : ﴿وَأَوْفُوا الْكَيْلَ إِذَا كِلْتُمْ وَزِنُوا بِالْقِسْطَاسِ الْمُسْتَقِيمِ﴾ [2] وقوله جل وعلا : ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالإِحْسَانِ ﴾[3] فالعدل هو الأساس الذي تقوم عليه أحكام الشريعة الإسلامية عموماً وأحكام المعاملات خصوصاً، وهو المحور الذي تدور حوله تلك الأحكام.

والظلم هو وضع الشيء في غير موضعه، والتعدي عن الحق إلى الباطل ومجاوزته بالنقصان، أو الزيادة وغصب حقوق الآخرين، ولقد حذر الله سبحانه وتعالى من الظلم في كتابه الكريم في مواضع كثيرة وجعله نذير الهلاك منها قوله تعالى: ﴿وَلَقَدْ أَهْلَكْنَا الْقُرُونَ مِن قَبْلِكُمْ لَمَّا ظَلَمُوا﴾[4].

ولقد شددت السنة النبوية المطهرة بكل فروعها القولية والفعلية والتعزيرية على إقامة العدل والتحذير من الظلم، قال عليه الصلاة والسلام: ((السابقون إلى ظل الله يوم القيامة الذين إذا أعطوا الحق قبلوه، وإذا سئلوا بذلوه، وإذا حكموا بين الناس حكموا كحكمهم لأنفسهم)) [5].

وحتى تتحقق العدالة المطلقة في المعاملات فلا بد من التكافؤ بين العوضين في عقود المعاوضات المالية، ولهذا كان تحريم التدليس، والربا، والغرر، والغبن؛ لكي تنتفي

---

[1] سورة المائدة الآية ١.

[2] سورة الإسراء الآية ٣٥.

[3] سورة النحل الآية ٩٠.

[4] سورة يونس الآية ١٣.

[5] الإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني -- نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخيار شرح منتقى الأخبار- الجزء التاسع دار الجيل – بيروت طبعة ١٩٧٣م- ص – ١٦٥.

المنازعة بين المتعاقدين، وبناءً عليه قرر الفقهاء بأن المعقود عليه يجب أن يكون مقدوراً على تسليمه، وأن يكون معلوماً وخالياً من العيوب.

لذا فإن رحمة الله ورأفته بالمتعاقدين شرعت لهم الخيارات استثناءً من قاعدة لزوم العقد، تجنباً للغبن، والظلم في المعاملات، فيزول الضيق والحرج، عن المتعاقد المضرور، وتتم حمايته من الضرر نتيجة الغش أو التدليس، أو جهله بالأسعار لقلة خبرته، فشرع الخيار للموازنة بين الغنم والغرم ولتحقيق العدل والتوازن في عقود المعاوضات التي تتطلب ألاّ يأخذ المتعاقد أكثر مما يستحق، بأن يكون العقد متوازناً مالياً دون ضرر ولا ضرار، فإذا وقع الضرر وجبت إزالته كما هو الحال عند اختلال توازن العقد بسبب الغبن أو التدليس، أو الغرر أو العيب الخفي، أو الجوائح، وقد يكون ذلك بتغيير جزئي في التزامات العقد، أو في بعض آثاره لإزالة الخلل الذي طرأ عليه [1] .

وقد شرع خيار الغبن؛ ليكون للبائع والمشتري فرصة للتأمل حتى لا يغبن أحدهما ولا يندم على تعاقده، كما هي حال من يجلب سلعته للمدينة دون معرفة بالأسعار (تلقي الركبان)، وفي حالة من يزيد في سعر سلعة دون قصد الشراء، وإنما للتغرير بالمشتري وهو ما يسمى بـ (بيع النجش)، وكذلك من يغبن بقيمة سلعة وهو جاهل بالأسعار فيما سمي بـ (بيع المسترسل).

وكذلك في حالة التدليس وهو الغش المنهي عنه شرعاً، وهو حرام للغرر مثل كتمان عيب السلعة، والغش في صفة المبيع، أو أي قول أو فعل من شأنه غبن المشتري بأن يدفع للسلعة ثمناً يزيد عن المألوف في التعامل. ومن اشترى معيباً لم يعلم حال العقد

---

[1] د./ عبد السميع عبد القادر بيومي – المرجع السابق – ص ١٢٥.

عيبه ثم علم بعيبه، أو حدث العيب بعد العقد وقبل القبض ففي هذه الأحوال أباح الشارع للمغبون خيار رد المبيع على التفصيل السابق شرحه، من حيث مقدار الغبن ومدة الخيار وحكم إتلاف جزء من المبيع قبل اكتشاف العيب وحكم الإمساك مع الارش ، إلى غير ذلك من الأمور التي عالجها فقهاء المذاهب الإسلامية بتفصيل واف.

ومقصود الشارع في هذا هو منع الضرر المتمثل بخسارة البائع بأن يدفع أكثر مما يأخذ عوضاً من ماله أو أن يستلم المشتري سلعة أقل قيمة مما دفعه لها، فيختل التوازن المالي بين المتعاقدين، لذا تقررت أحكام خيارات الغبن والتدليس وخيار العيب لإعادة التوازن المختل إلى مستواه العادل، وهو الأمر الذي ينسجم مع تعاليم الدين الحنيف في رفع الظلم ومنع الضرر وإقامة العدل بين الناس، وهذه الأحكام تلتقي مع نظريات التوازن المالي للعقد الإداري في النتائج، إذ إن أثرها على المتعاقدين المتضررين عند توفر أسباب هذه الحالات متماثلة في كون كل منها يرفع الظلم والمشقة عن المتعاقد المضرور ويزيل عنه الغبن، ويعيد له توازن عقده، ففي الحالات المتقدمة، وبناء على القواعد الشرعية المعتبرة اعتنى العلماء في أمهات الكتب الفقهية ببيان الأحكام التفصيلية لها، والخيارات التي تجيز للمشتري رد السلعة، أو التعويض عن نقص في منفعة المبيع، دفعاً للضرر وتحقيقاً للعدل ومنعاً للظلم، وتخليصاً لهم من المشقة والحرج، وللحيلولة دون المنازعات والتباغض بين الناس.

ومما سبق يتبيّن وجود تشابه أيضاً في الغايات والنتائج بين خيارات الغبن والتدليس والعيب الخفي ونظريات التوازن المالي للعقد الإداري الحديثة فجميعها تهدف إلى تحقيق العدل ورفع الضرر عن المتعاقد ودفع المشقة عنه، رعاية للمصلحة لعامة بالحفاظ

على حقوق الأفراد ومصالحهم، والتشابه قائم أيضاً في آثارهما على العقود فكما هو الحال في الحوادث الفجائية والاستثنائية غير المتوقعة التي تثقل كاهل المتعاقد وتعرضه لخسائر مالية جسيمة دون ثمة خطأ منه محدثة خللاً في توازن العقد من حيث حقوق والتزامات طرفيه، بل قد يصل إلى حالة انعدام التوازن فيتم التدخل اتفاقاً، أو قضاءً لإعادة التوازن، بتقرير تعويض مجزٍ لمواجهة هذه الخسائر، وأحياناً فسخ العقد عند استحالة التنفيذ، أو تعذره لفترة طويلة، وها هي الخيارات الشرعية موضوع هذا المطلب، تنتج نفس الآثار السابقة على العقد إذ تؤدي إلى فسخ العقد في حالة الغبن الفاحش والتدليس والعيب الخفي، عند توفر شروطها، أو تقرر التعويض عن فارق السعر (الأرش) في أحوال معينة مما يعني تعديل التزام المتعاقدين لإعادة توازن عقدهم المختل.

إلاّ أن التشابه القائم بين هذه الخيارات الشرعية للبيع ونظريات التوازن المالي للعقد الإداري لا يعني عدم وجود اختلاف في مسبباتها، حيث إنها في النظريات القانونية تستلزم أن تكون هذه الأسباب خارجة عن إرادة الطرفين فيما عدا نظرية عمل الأمير، ولا يد لهما في نشوئها، فقد ترجع إلى عوامل الطبيعة، أو إجراءات عامة استثنائية تتخذها الإدارة، أو ظروف اقتصادية أو طبيعية غير متوقعة، ولا يمكن للمتعاقد الذي مني بخسارة من جرّائها أن يتفاداها إلاّ بمد يد العون له من الطرف الآخر، وعلى النقيض من ذلك فإن أحكام خيارات الغبن والتدليس، تفترض أن أسبابها عائدة للمتعاقد الذي مارس الغش والتدليس فيما يخص صفة المبيع ومنفعته، أو تصرف بالقول، أو بالفعل ليؤثر في رضاء المتعاقد، ويدفعه لشراء سلعته بثمن مرتفع عن سعر مثلها، أو يفوت على المشتري غرضاً صحيحاً ومنفعة معتبرة في هذا التعاقد، أو يتعمد إخفاء عيب قديم على المشتري مؤثراً في

المبيع، أو أنه يحدث تغيير في الشيء المراد بيعه ليظهره على غير حقيقته ففي كل هذه الحالات، كان أحد المتعاقدين هو المتسبب في ثبوت الخيار، فتارة كان بسبب أقواله وأفعاله، وتارة أخرى كان بسبب جهله بالأسعار وتسرعه في اتخاذ قرار البيع، أو الشراء قبل معرفة المبيع وثمنه، إلاّ أنه مع ذلك فإن الصفة الغالبة هي تشابهها في الغايات والنتائج، وهي على العموم إزالة الضرر، وتحقيق العدل خدمة للصالح العام مجتمعاً وأفراداً.

ولا شك في أن أحكام الخيارات تتميز على نظريات التوازن المالي للعقد الإداري في كونها تتسع لحالات يقع فيها المتعاقد بالخطأ نتيجة جهله بحالة للمعقود عليه وصفته وسعره، أو نتيجة للتغرير به والتدليس عليه بفعل أو قول من تعاقد معه أو وثق به أحياناً، وليس بالضرورة أن تكون مسبباتها عائدة لسبب خارجي ودون خطأ من الجهة الإدارية المتعاقدة كما تتطلبه شروط تطبيق النظريات القانونية، رغم أن الأسباب الخارجة عن إرادة الأطراف معتبرة شرعاً في تعديل الالتزامات، والإعفاء منها في حالات عديدة كوضع الجوائح في الثمار، والأعذار في فسخ العقود في حالات معينة، وتبدل سعر العملة، وكذلك حالة العيب الخفي على البائع الذي يجهل عيب سلعته، وهنا أيضاً تتجلى شواهد سمو القواعد الشرعية وشموليتها، وحكمتها، وعدلها وسماحتها، وصلاحيتها في كل زمان ومكان، وليس ذلك بخافٍ ولا مستغرب فهي من عند الله سبحانه وتعالى لخير البشرية وصلاحها، وشتان بين ما هو من وحي الخالق جل وعلا وبين ما هو اجتهاد مخلوقيه.

المبحث السابع

التوازن المالي للعقد الإداري بين الفكر الإداري المعاصر والفكر الإسلامي

الإسلام دين عام شامل، ومتكامل يتناول أمور الحياة جميعها، ويعالج مشاكل الأفراد والجماعات ويحقق لهم السعادة والأمان، ولقد تبيّن من الفصل الأول من هذا الباب أن أحكام الشريعة الإسلامية المستمدة من الكتاب والسنة وإجماع الفقهاء، وما استخرج منها من قواعد كلية للأحكام، وما بني عليها من قواعد وضوابط فرعية أدرج الفقهاء ما لا يتناهى من الجزئيات والفروع توضيحاً لمعناها وفوائدها، وهكذا فيما يخص عقود المعاوضات، فقد اعتنوا في بيان الأحكام الخاصة لمواجهة الأضرار التي تصيب أحد المتعاقدين بسبب ما يتعرض له من غش، أو تدليس، أو استغلال جهله بالثمن أو المثمن، وما ينتج عن ذلك من غبن فيما يسمى بأحكام الغرر، أو حالة الضرورة التي تجيز الخروج عن قاعدة الوفاء بالعقود في حالات معينة، بناء على ما ورد في كتاب الله قوله تعالى: ﴿ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلاَ عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ [1] وقد بني على هذا النص القرآني الكريم العديد من القواعد الفقهية منها قاعدة (الضرورات تبيح المحظورات) وقاعدة (المشقة تجلب التيسير) وقاعدة (الضرورة تقدر بقدرها)، وغيرها من القواعد التي تستهدف رفع الحرج والترخيص للمضطر في تناول المحظور، كما سبق تفصيله في المبحث الأول من هذا الفصل، والتي يصل تأثيرها على العقود إلى الحد الذي يمكن المتعاقد من فسخ العقد، وهكذا الأمر أيضاً في أحكام وضع الجوائح في بيع الثمار قبل القبض أو التخلية، وأيضاً عند عجز العاقد عن تنفيذ العقد إلاّ بضرر يلحقه لم يلتزم به عند إبرام العقد بسبب عذر في المعقود عليه أو العاقدين، على تفصيل لدى المذاهب وهي حالة (الفسخ للأعذار) والهدف هنا هو منع الضرر المفاجئ الذي لم يكن متفقاً عليه بين العاقدين ثم حالة تقلب قيمة النقود، وهي تجيز تعديل العقد عند تقلب قيمة الفلوس والدراهم بسبب كسادها، أو رواجها أو تغيير سعرها بأمر

---

[1] سورة البقرة الآية ١٧٣.

السلطان وقد مر بنا من يرى أن يتحمل العاقدان الضرر بينهما مناصفة، وهو حل يقرب من الحل الذي تقرره نظرية الظروف الطارئة [1].

كما أن أحكام الغرر في الفقه الإسلامي تهدف إلى منع الضرر عن المتعاقد، وما تحريم الشارع لبيع الغرر إلاّ لكونه يحتوى على جهالة في مبيع غير موجود، وقد يكون غير مقدور على تسليمه كبيع الطير في الهواء، وفي هذا وذاك كل الضرر على المتبايعين ومدعاة للضغائن والشقاق والأحقاد بسبب ما يتولد عنها من غبن ونزاع.

أما عقد الاستصناع فقد تبيّن من العرض السابق في المبحث الرابع من هذا الباب، بأن علماء المسلمين قد أجازوا عقد الاستصناع استحساناً، وهو مقصد الشرع للتيسير ودفع المشقة عن الناس، في حين أن القياس هو منع بيع المعدوم لكون الاستصناع عقد وارد على العمل والعين في الذمة، أي أن المصنوع غير موجود عند العقد، إلاّ أنه أجيز لحاجة الناس الماسة للتعامل به، وللفوائد العديدة التي تعود على المنتفعين به كما سبق بيانه، وعقد الاستصناع اليوم يزخر به عالم المال، والأعمال، والصناعة والتجارة في القطاعين العام والخاص لما يمثله من أهمية قصوى في الحياة المعاصرة ومن صوره بعض العقود الإدارية في الإنشاءات والتوريدات.

وظهر من استقراء قضاء المظالم أن المسلمين منذ عصر الرسالة والعصور اللاحقة عليها قد اهتموا به أيُما اهتمام، واعتنوا بتخصيص قضاة له، وتحديد زمان ومكان له، واختص من بين ما اختص به في منازعات تعدي الولاة وعمالهم، على الرعية، ومجازاتهم على التجاوزات والانحرافات بالسلطة، أو إساءة استعمالها، ولم تقتصر سلطاته على إصدار الأحكام، وإنما تنفيذها بما لديه من هيبة وسلطان.

---

[1] انظر الصفحة (١٧٦).

فكان بذلك أول قضاء إداري يفوق في اختصاصاته ومزاياه القضاء الإداري الحديث، مستهدفاً في ذلك إقامة العدل بين الناس، ومنع التعديات والضرر والظلم بينهم، مهما علت مكانة الخصم أو جبروته وقوة نفوذه، فهو قضاء يستطيع فسخ العقد أو تعديله، والحكم بالتعويض المناسب الذي يجبر الضرر بل والتعزير أحياناً [1].

وفي أحكام الغبن في البيوع ونحوها وهو زيادة الثمن، أو نقصه قدراً خارجاً عن العادة وعرف البلد، إذا نتج عن غش أو تدليس، فإنه حسب رأي أهل العلم يجوز للمغبون فسخ العقد أو طلب فرق السعر في بعض الحالات، لإعادة توازن البدلين في عقود المعاوضات.

وهكذا الأمر عند شراء معيباً لم يعلم عيبه-فللمشتري الخيار عند علمه بالعيب بين الإمساك أو الرد، وسواء أكان هذا العيب ينقص من قيمة الشيء، أو يفوت على المشتري غرضاً صحيحاً، وبعض العلماء أجازوا الأرش وهو تعويض عن النقص في العين عند عدم الرد.

وفي عقود المعاوضات تناول العلماء أحكام البيوع عامة من حيث أنواعها، وأركانها وشروطها. الصحيح منها والفاسد والمكروه، وهي في دقتها وتحريرها لكل ما فيه ضمان رضاء المتعاقد، وإقدامه على التعاقد وهو على بصيرة وعلم بالمبيع وسلامته من كل عيب، وتهيئة كل ما يدعو إلى اطمئنانه، وتنفيذ التزامه عن قناعة كاملة ورضاء تام.

ومن خلال ما تم عرضه في الباب الأول عن نظريات التوازن المالي للعقود الإدارية في العصر الحديث، تبيّن أن هذه الفكرة بدت مقبولة في منتصف القرن التاسع عشر الميلادي في فرنسا، في قضية دوشي، ثم تطورت تدريجياً في كنف القضاء الإداري وما يتمتع به من

---

[1] انظر الصفحة (٢١٩) وما بعدها المتضمنة اختصاصات قاضي المظالم في الإسلام وهي تفوق بكثير اختصاصات القاضي الإداري المعاصر.

حرية لا تعرف قيود نصوص القانون الخاص (في ظل ازدهار الحياة الاقتصادية ورجحان أفكار المذاهب الاجتماعية) مكنته من ابتكار حلول أصبحت فيما بعد قواعد قضائية راسخة لمواجهة مشكلات وظروف عامة، واستثنائية مفاجئة خارجة عن إرادة المتعاقدين، في العقود التي تنشئ أو تدير مرافق عامة تؤدي إلى الإخلال بتوازن العقد الاقتصادي، ملحقة صعوبات مالية للمتعاقد مع الإدارة، تثقل كاهله وتهدده بخسارة جسيمة إذا ما استمر في تنفيذ العقد تحت ظل هذه الظروف مما يعرض المرفق العام إلى خطر التوقف، وبالتالي حرمان المنتفعين من خدماته وفي هذا أشد الضرر على الصالح العام، ليس فقط في هذا المرفق وحده، بل سوف يؤدي إلى نفور المتعاقدين من الدخول في تعاقدات مع الإدارة، لكثرة ما تتضمنه عقودها من سلطات استثنائية في تعديل العقد والإشراف عليه، وفرض الجزاءات والتنفيذ على الحساب، بل والتنفيذ المباشر على المتعاقد دون حاجة إلى اللجوء للقضاء، وكذلك خطر مواجهة إجراءات وظروف غير متوقعة، تؤدي بالمتعاقد مع الإدارة إلى خسائر فادحة، إزاء ذلك ابتكر قضاء مجلس الدولة الفرنسي حلولاً عملية عند نظر مثل هذه المنازعات بأن تشارك الإدارة المتعاقد الواقع تحت ضغط هذه الظروف تحمل كامل الخسائر في بعض الحالات و جزء من هذه الخسائر في حالات أخرى رغم عدم وجود أي خطأ منها، لمساعدته على اجتياز هذه الصعوبات، وبالتالي يتمكن من الاستمرار في تنفيذ عقده، مما يكفل استمرار خدمات المرفق العام، وبذلك تتحقق المصلحة العامة للمجتمع.

ولا شك في أن تطبيق هذه النظريات، فيه خروج على القاعدة الراسخة في القانون المدني وهي قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) التي توجب الالتزام بتنفيذ بنود العقد المتفق عليها بين طرفيه دون أي تعديل، ما لم يكن بناء على اتفاق جديد بين المتعاقدين.

وقد سبق التنويه إلى أن هذه الأفكار وإن كانت معروفة في المجتمع الإسلامي - نادى فقهاء القانون الكنسي بتعديل العقد عند تغيير الظروف تجنباً للغبن والإثراء غير المشروع، إلاّ أن طغيان المذهب الفردي (وهو يدعو للأخذ بمبدأ سلطان الإرادة) كان حائلاً دون انتشارها [1]، إلاّ أنه بعد الثورة الصناعية في أوربا وازدهار المذهب الاجتماعي، وتغليب مصلحة المرافق العامة، والحرص على استمرار خدماتها بانتظام واضطراد، وتبلور واستقرار قواعد القانون الإداري بفعل جهود قضاء مجلس الدولة الفرنسي، المتمثل بقضاء متحرر من قيود النصوص القانونية، ومبتكر ومتطور في مواجهة ما يستجد من وقائع وظروف ومتطلبات للصالح العام كان حصيلته الأحكام والفتاوى التي فتحت الآفاق واسعة للفقه والقضاء في العالم أجمع لينهل منها الكثير ويبنى عليها قواعده وقوانينه ولوائحه ومن ثَّم أحكامه القضائية ودراساته الفقهية.

وقد بزغ فجر هذه النظريات بحكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية (دوشي) في ١٨٦٤/٦/٢٤م بتعويض المتعاقد مع الإدارة عن صعوبات مادية غير متوقعة لتمكينه من الاستمرار بالتنفيذ [2]. وفي ١٩١٦/٣/٣٠م أرسى مجلس الدولة الفرنسي قواعد نظرية الظروف الطارئة في حكمه الشهير في قضية غاز بوردو مع الشركة العامة لإنارة مدينة بوردو، معتبراً زيادة الأسعار غير المتوقعة للمادة الأولية لتنفيذ العقد وما تسببه من خسائر فادحة تهدد بتوقف الشركة، مبرراً لتدخل الإدارة بالمساهمة بتحمل جزء من قيمة فارق الأسعار.

---

[1] راجع (٦٦) وما بعدها من الفصل الثالث من الباب الأول.

[2] راجع (١١٠) الفصل الرابع من الباب الأول، وفيها المبحث الأول عن مفهوم نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

ثم توالت أحكام مجلس الدولة، ومن بعده جهود الفقه والقضاء الإداري عموماً، في ترسيخ هذه المبادئ والتسليم بأفكارها، حتى وصلت إلى الصورة التي عليها الآن بنظرياتها الثلاثة: وهي نظرية الظروف الطارئة، ونظرية عمل الأمير، ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، التي يجمعها قاسم مشترك واحد هو تقديم العون والمساعدة من الجهة الإدارية المتعاقدة للمتعاقد الذي يفاجأ بهذه الظروف أو الإجراءات، ولا يستطيع دفعها، وتهدده بخسائر فادحة، قد تؤدي إلى توقفه عن التنفيذ، عندها تقوم الجهة الإدارية بتعويضه جزئياً أو كلياً، دون خطأ منها وتبعاً لنوع الظروف والمسببات وتكييف الحالة، على ضوء شروط نظريات التوازن المالي وقواعد القانون الإداري في هذا الشأن.

كما يجمعها عنصر مشترك آخر هو الأساس والهدف، فأساس النظريات الثلاثة يكمن في الطبيعة الذاتية للعقد الإداري، وصلته بنشاط المرفق العام، وهذا الأمر يفرض على الإدارة مد يد العون للمتعاقد معها، كلما تعرض لصعوبات جعلت التنفيذ أكثر كلفة، وهددته بخسارة جسيمة تعرض المرفق العام لخطر التوقف، وكذلك مبدأ حسن النية المفترض في التعاون لتجاوز هذه الصعوبات، وتحقيق العدالة للحفاظ على التوازن المالي للعقد، عند تغير ظروف التنفيذ عما كان سائداً وقت التعاقد.

وهكذا نجد أن غايات النظريات الحديثة في التوازن المالي للعقد الإداري، تتفق تماماً مع غايات ومقاصد الشارع الحكيم منذ نزول الرسالة على النبي صلى الله عليه وسلم هادياً ومبشراً بتعاليم الدين الحنيف، ومن ركائزه إقامة العدل، ومنع الظلم، وتحقيق مصلحة الفرد والجماعة، كما سبق تفصيله في الفصل الأول من هذا الباب، على أن ذلك لا يعني عدم وجود اختلاف في بعض العناصر وسوف أتناول فيما يلي أوجه الشبه بين هذه النظريات ونظائرها في أحكام الفقه الإسلامي في المبحث الأول ثم أستعرض في المبحث الثاني أوجه الخلاف بينها على النحو التالي:

المطلب الأول

أوجه الشبه بين نظريات التوازن المالي للعقد الإداري
ومثيلاتها من أحكام الفقه الإسلامي التي تجيز فسخ العقد أو تعديله

١- منع الضرر هو هدف وغاية تطبيقات أحكام الفقه الإسلامي في الأعذار التي تجيز فسخ الإيجار والجوائح التي تصيب الثمار، والوفاء عند تقلب قيمة النقود، وخيارات البيع ومنع الغبن والتدليس والغرر على التفصيل المتقدم، وهذه الأحكام تتشابه مع نظريات التوازن المالي الحديثة في أن كل منها تشترط لتطبيقها على الواقعة ضرر يلحق بأحد المتعاقدين من جراء تنفيذ العقد.

٢- كما تتشابه هذه النظريات الحديثة مع أحكام الفقه الإسلامي في أنها على الغالب تفترض وجود فترة بين إبرام العقد وتمام تنفيذه، أي أن التنفيذ ليس فورياً وإنما على التراخي، كما هو الحال في حصول الجوائح بعد بيع الثمار على الأشجار، والأعذار التي تجيز فسخ عقود الإيجار، وحالة تقلب سعر النقد وخيار العيب قبل القبض واستيفاء المنفعة بالمدة كالإيجار، وإن كان عنصر التراخي غير لازم في كل الحالات للفسخ بالعذر أو لوجود العيب في المبيع.

٣- والتشابه قائم أيضاً بينهما في أن كلاً منهما يفترض وقوع أمر لم يكن متوقعاً عند العقد وعلى أن هذا الأمر لا يجعل التنفيذ مستحيلاً، بل مرهقاً مع بعض الاستثناءات كما هي في حالة شفاء المريض الذي اتفق مع طبيب لعلاجه.

٤- الأوامر التي تصدر من الحاكم، أو السلطان بالاستيلاء على المحال أو بإغلاق الحوانيت، أو بتعديل قيمة النقود تعد أعذاراً تنفسخ فيها العقود، أو يتعدل فيها الالتزام المادي وهذه الأحكام الفقهية تشابه في الأسباب والآثار نظرية عمل الأمير في الفكر المعاصر.

٥- وفي الأثر المترتب على تطبيق نظريات التوازن الحديثة والأحكام الفقهية الإسلامية التي تعالج الحالات المشار إليها آنفاً نجد أن ذات الأثر يترتب على تطبيق أحكامها عند توفر شروطهما، وهو التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه وهو مطلب تفرضه الأديان السماوية وتقره القوانين الوضعية والعقول السليمة، وهو ما تهدف إليه عموم التشريعات.

٦- الظرف الطارئ في القوانين الوضعية يشابه في مضمونه الأسباب المؤدية إلى حالتي الجوائح وتغيير قيمة النقود التي تستلزم وجود فعل غالب كالجفاف، وكثرة المطر والريح والجراد والعفن وغيرها من الأمراض، وهكذا في حالة تغير القيمة فهو غلاء المثل، أو رخصه في الوقف والحكر، أو عدم الرواج أو الانقطاع، أو زيادة القيمة أو انخفاضها بالنسبة للنقود[1].

٧- حالة الجوائح ترجع أسبابها إلى عمل الطبيعة أو عمل الإنسان وإن كان أكثرها ناتج من أعمال الطبيعة، وهو حادث يعجز الإنسان عن دفعه يصيب محل العقد، وهو الثمار والخضار المبيعة، وهو حادث خارج عن المألوف، وغير متوقع من شأنه قلب اقتصاديات العقد، وفي هذا تتفق مع النظريات الحديثة في التوازن المالي للعقد الإداري.

٨- الضرر عند حصول الأعذار التي تجيز فسخ عقد الإيجار يجعل المضي في موجب العقد ضرراً على المتعاقد لم يستحقه بالعقد، وكذا الجائحة تسبب تلفاً في المبيع يلحق ضرراً للمشتري إذا ما ألزم على دفع الثمن كاملاً وهذا حرام شرعاً، وبذا تتشابه مع الحادث الطارئ الذي يجعل تنفيذ الالتزام مخلاً بتوازن العقد المالي في النظريات الثلاثة للتوازن المالي للعقد الإداري.

٩- كما تتشابه هذه النظريات مع أحكام الفقه الإسلامي في سبل معالجتها وفي أثرها قضاءً وفقهاً وهو تعديل الالتزامات لإعادة التوازن المالي للعقد وفي فسخه في حالة عسر المدين، أو استحالة التنفيذ، أو زوال المنفعة من العقد.

---

[1] د./ حسبو الغزاري - المرجع السابق - ص ٣٩١ وص ٣٩٢.

١٠- بعض فقهاء المسلمين مثل الإمام أبي يوسف وابن عابدين يجيزون تعديل العقد في حالة تقلب قيمة الدراهم بسبب كسادها، أو رواجها أو تغيير سعرها بأمر السلطان، وبذلك تماثل هذه الحالة ما تقتضيه نظرية الظروف الطارئة عند حصول الظرف المفاجئ. وقد رأينا أن ابن عابدين في رسالته قرر بأنه في العقود المعقودة بالقروش، إذا هبطت قيمة العملات التي يلزم بها الوفاء، فإنه لا يجوز أن يتحمله أحد العاقدين وحده، وإنما يجب أن يتحمل الفرق الاثنان معاً، وقد بنى رأيه على نية المتعاقدين، وهو يتفق في الأساس مع الأثر المترتب على نظرية الظروف الطارئة[1].

١١- والتشابه قائم أيضاً بين هذه النظريات وأحكام الفقه الإسلامي فيما يخص مقدار أو حجم الضرر الذي يصيب الثمار والخضار بسبب الجوائح إذا يقول بن قدامة ((وإن كان قليلاً كالتي تسقط على وجه الأرض وما أكله الطير لا يؤثر في العادة ولا يسمى جائحة فلا يدخل في الجبر، ولا يمكن التحرز منه فهو معلوم الوجود بحكم العادة، فكأنه مشروط)) [2] وهذا الأمر يصدق أيضاً في نظريات التوازن التي تشترط أن تكون الخسارة غير عادية، بل إن تطبيق نظرية الظروف الطارئة يستلزم أن يكون الضرر على قدر من الجسامة بأن يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد.

المطلب الثاني

أوجه الخلاف بين نظريات التوازن المالي الحديثة وأحكام الفقه الإسلامي في الحالات التي تجيز فسخ العقد أو تعديله

١- لا شك أن أهم فارق بين أحكام الفقه الإسلامي ذات الصلة في موضوع البحث ونظريات التوازن المالي للعقد الإداري، بأن الأولى: من تعاليم وأحكام الشرع الحنيف من كتاب وسنة وإجماع فقهاء الأمة وآراء علمائها، المستنبطة من القواعد الأصولية الكلية التي

---

[1] د./ عبد السلام الترمانيني – المرجع السابق- ص ٣٩١ و ٣٩٢.

[2] المغني – الجزء الرابع – المرجع السابق – ص ٩٦.

تبنى عليها الأحكام الجزئية على الوقائع والنوازل على مر العصور والأزمان، في حين أن الثانية: هي من اجتهادات وأبحاث فقهاء القانون، وأحكام القضاء وفتاويه على المنازعات المعروضة عليه، وكذلك الدراسات والأبحاث الفقهية والقانونية التي ترصد المبادئ القضائية، وتعمل على تطويرها لإيجاد الحلول العادلة والمناسبة لما يستجد من منازعات ومشاكل تعوق القائمين على تنفيذ أعمال المرافق العامة.

٢- ليس في الفقه الإسلامي ما يماثل نظريات التوازن المالي للعقد الإداري بمفهومها الحديث، بل أن أحكام الفقه الإسلامي في حالات الظرف المفاجئ، كالأعذار والجوائح وتقلب قيمة النقود تناولها علماء المسلمين مسألة مسألة، مستنبطين أحكامها من القواعد الشرعية المستمدة من الكتاب والسنة والإجماع، وبرأي الأستاذ/ السنهوري ((بأن الفقه الغربي، اضطر إلى وضع نظرية عامة للظروف الطارئة؛ لأن قوة العقد الملزمة فيه قد بولغ فيها مبالغة دعت إلى تلمس الوسائل للتخفيف منها، نزولاً على مقتضيات العدالة، وكانت المبالغة تحت تأثير المذاهب الفردية، والتخفيف تحت تأثير مذاهب التضامن الاجتماعي. أما في الفقه الإسلامي حيث مقتضيات العدالة تسود دائماً عند تعارضها مع القوة الملزمة للعقد، فقد أمكن في ضوء هذه المقتضيات فتح ثغرات مختلفة في القوة الملزمة للعقود، دون أن يرى الفقهاء داعياً لوضع نظرية يرجع إليها في تبرير ذلك)) [١]

٣- وتختلف نظريات التوازن المالي للعقد الإداري عن نظيراتها من أحكام الفقه الإسلامي التي تؤدي إلى تعديل أو فسخ، العقد في بعض الحالات كون الأولى تشترط وجود عقد إداري لإنشاء مرفق عام أو تشغيله، يواجه المتعاقد خلال مرحلة تنفيذه ظروف أو صعوبات مفاجئة، لم تكن في حسبان المتعاقدين ولا يمكن تفاديها، وتهدد بخسارة جسيمة للمتعاقد مع

---

[١] د./ السنهوري مصادر الحق في الفقه الإسلامي – ج ٦ ص ٩٥ وص ٩٦ كما هو مشار له في هامش د./ عبد السلام الترمانيني – المرجع السابق – ص ٨٢.

الإدارة، عندها وفقاً للنظريات الثلاثة وحسب نوع الظرف المسبب للصعوبات يكون على الإدارة المتعاقدة مد يد العون للمتعاقد بتعويضه (دون ثمة خطأ منها) عن كل خسارته كما في حالة الصعوبات المادية غير المتوقعة، ونظرية عمل الأمير أو جزء من خسائره كما في نظرية الظروف الطارئة. وهذا الشرط لا وجود له ضمن متطلبات وشروط حالات التعويض والفسخ السابق بيانها في أحكام الفقه الإسلامي إذ إنها تشمل كافة العقود والمبادلات، وتهدف إلى جبر الضرر بالكامل.

٤- كما تختلف نظريات التوازن المالي للعقد الإداري مع أحكام الفقه الإسلامي في حالات الفسخ والتعويض في عقود المعاوضات في كون الأولى تعالج منازعات العقود الإدارية ويتم الفصل في منازعاتها أمام محاكم إدارية متخصصة، وهي ما يسمى في بعض الدول مجالس الدولة بدرجتي التقاضي وهي محكمة القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا، كما هو الحال في جمهورية مصر العربية وتطبق على منازعاتها القوانين واللوائح الإدارية، بينما يختص القضاء العادي في نظر منازعات عقود المعاوضات أيّاً كانت من عقود القانون العام والخاص ويتم حسمها وفقاً للراجح من أقوال العلماء المستنبطة أحكامها من القواعد الفقهية الكلية في الشريعة الإسلامية، ولا يعني ذلك عدم نظر هذه المنازعات في العصر الحديث أمام قضاء إداري إسلامي مختص في حالة كون أحد أطراف العقد جهة إدارية كما هو الحال في اختصاصات ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية.

٥- أحكام الفقه الإسلامي المتعلقة بفسخ العقد، أو تعديله لا تشترط لتطبيق العقد أن يكون من عقود المعاوضات فقد يكون من عقود الهبة أو الإعارة، فيجوز فيها رجوع الواهب، أو المعير وفقاً لرأي بعض المذاهب لكون الملك فيها غير لازم في الأصل لعدم وجود عوض مقابله[1].

---

[1] د./ حسبو الغزاري – المرجع السابق – ص ٣٨٩.

٦- لا خلاف في أن أسباب وأهداف أحكام الفقه الإسلامي التي تجيز فسخ العقود أو تعديلها هي تحقيق العدالة المطلقة التي تحث عليها تعاليم الدين الحنيف في حين أن أسباب وأهداف الأخذ بنظيرات التوازن المالي للعقد الإداري هي الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية، باعتبارها متصلة بنشاط مرفق عام في المقام الأول مع وجود بعض الفقهاء الذين يرجعون أسبابها وغاياتها إلى النية المفترضة للمتعاقدين بالتعاون فيما بينهما لاجتياز أية صعوبات مادية عند تغير الظروف أثناء التنفيذ لدرجة الإخلال بتوازنه المالي.

ويرى بعض الفقهاء أن مبدأ العدالة هو سبب نشوء هذه النظريات، بينما يرى آخرون أن فكرة التوازن المالي للعقد الإداري، أو المصلحة العامة هي الدافع لتبني هذه النظريات، إلاّ أن القضاء الإداري في فرنسا ومصر قد أخذ بالمعيار المزدوج كأساس للتعويض بموجب نظرية الظروف الطارئة [١].

٧- في الفقه الإسلامي ليس هناك ما يمنع من الاتفاق على استبعاد أحكام فسخ العقد أو تعديله عند وجود الأعذار، أو الجوائح أو تقلب قيمة النقود باستثناء حالة أن يكون المضي في موجب العقد مع تحقق العذر مخالفاً لمقتضى الشرع، كمن استأجر رجلاً ليقلع له ضرساً فسكن الألم، أو ليقتص له فعفا عنه إذ يعتبر هذا الاتفاق باطلاً لإتيانه على فعل محظور شرعاً.

وعلى خلاف ذلك فإن القوانين المدنية، وكذلك أحكام القضاء الإداري استقرت على عدم جواز الاتفاق مسبقاً على عدم مسئولية الإدارة عن تعويض المتعاقد في حالة الظرف المفاجئ [٢]

---

[١] انظر ص٩٢.

[٢] انظر ص ١٠٨.

٨- العذر في الفقه الإسلامي أوسع نطاقاً من الحادث المفاجئ، أو الظرف الطارئ في القانون، لكونه في القانون يتعلق بالضرر الذي سببه الإرهاق من الناحية الاقتصادية التي تهدد المدين بخسارة فادحة، في حين أنه في الفقه الإسلامي يهدف العذر إلى دفع الضرر سواء أصاب النفس أو أصاب المال كمرض، أو خوف أو لرفع الإثم، أو عيب يؤدي إلى نقص المنفعة.

٩- العذر ورفع الضرر في الفقه الإسلامي مقياسهما أكثر مرونة من شرط الإرهاق في القانون، فلا يشترط فيه وصف الاستثنائية العامة، فإن أي حادثة عادية قد تصل إلى مرتبة العذر الذي يؤثر على الالتزام العقدي فخوف الطريق، أو الانتقال من حرفة إلى حرفة هي إن كانت مألوفة في التعامل، لم ينكر أحد صفتها، كأعذار أو ظروف تنفسخ بها العقود، أو تتعدل لذا فإن الأعذار قد روعي الأخذ بالمعيارين الموضوعي والشخصي لتحديد الضرر الذي يصيب المدين ويجعله عاجزاً عن المضي في موجب العقد بسبب المانع الشرعي، أو المانع الحسي الذي يتعذر معه الانتفاع بالمعقود عليه وهو بهذه الصفة أكثر مرونة وأسهل في التعرف عليه في الفقه الإسلامي منه في تقدير درجة الإرهاق في القانون.

١٠- من حيث الأثر فإن أحكام الفقه الإسلامي أكثر فاعلية، وأوسع مدى تجاه العقد، إذ إنها تؤدي في حالة توفر أسبابها إلى فسخ العقد في حين أن أحكام القضاء الإداري، قلما تصل إلى هذه الحالة، بل يكون للقاضي فيها حق تعويض المتعاقد المتضرر بغرض إعادة التوازن المالي للعقد، وهو الأمر الذي نص عليه المشرع في مصر المادة (١٤٧) من القانون المدني والمادة (١٤٨) من القانون المدني السوري والمادة (١٤٦) من القانون المدني العراقي وغيرها من القوانين.

١١- لا يشترط في حالة العذر عدم توقع الظرف الطارئ كما هو في النظريات القانونية الثلاثة، مثال ذلك، لو أجر الولي الحدث الذي يدخل في ولايته، فإذا بلغ رشيداً انفسخت الولاية، وقد

قرر الفقهاء أنه في هذه الحالة تبطل الإجارة لبلوغه السن ومع أن بلوغه أمر متوقع، إلاّ أنه مع ذلك فسخ العقد مما يعني أن شرط عدم التوقع ليس مطلوباً دائماً لتطبيق نظرية العذر[1]

١٢- وثمة فرق آخر بين أحكام الفقه الإسلامي المؤدية إلى فسخ أو تعديل العقد، وبين النظريات الثلاثة لتوازن العقد الإداري يتمثل في المحل الذي يتضرر من الظرف الطارئ، إذ إنه في النظريات القانونية يستهدف بالذات محل العقد، كارتفاع أسعار سلع تم التعاقد على توريدها، أو صعوبات تواجهه في طبيعة الأرض، أو اختلال توازن العقد بسبب إجراءات السلطة العامة أو الجهة الإدارية المتعاقدة تؤدي إلى زيادة تكلفة تنفيذ المشروع، وتهدد بخسائر جسيمة، أما في حالة العذر فإن المحل ليس دوماً ما يقع عليه الظرف الطارئ، وإنما أي حادث يسبب ضرراً لأحد المتعاقدين مع بقاء محل العقد سليماً، فالمؤجر الذي لحقه دين، أو المستأجر الذي أفلس أو الذي رغب في التحول عن حرفة لا تليق به، يحق لهم الفسخ بالعذر مع أن محل العقد ظل سليماً، بل على العكس فإن فقهاء المذهب الحنفي يرون في ارتفاع بدلات الإيجار أو انخفاضها ضرراً مستحقاً بالعقد التزم به العاقدان واعتبروا أن ما يعيب محل العقد من الحوادث التي تزيل الانتفاع منه أو تقلل منفعته في باب العيوب كانهدام الدار أو جزء منها، أو انقطاع الماء ليست من الأعذار وإنما تعالج في باب العيوب[2].

---

[1] د./ حسبو الغزاري - المرجع السابق - ص ٣٩٤.

[2] د./ عبد السلام الترمانيني - المرجع السابق - ص ٨٤.

الفصل الثاني

التوازن المالي للعقد الإداري في النظام السعودي

ولغرض دراسة توازن العقد الإداري في النظام السعودي لا بد في البداية من إلقاء الضوء على مراحل تطور نظام ديوان المظالم باعتباره المختص ولاتيهاً بالفصل في القضايا الإدارية [1]، مخصصاً لذلك المبحث الأول كما سوف أتناول في مبحث ثانٍ التوازن المالي للعقد الإداري في الأنظمة السعودية .

المبحث الأول

تطور ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية بوصفه قضاءً إدارياً

تمهيد:

الحمد لله الذي أنعم علينا بنعمة الإسلام، وأمرنا بالعدل والإحسان، وحذرنا من أكل الأموال بالباطل والعدوان، وكما سبق تفصيله في المبحث الخامس من هذا الباب، فإن قضاء المظالم هو من المبادئ الراسخة في الدولة الإسلامية في كل العصور للنظر في المظالم والتعديات التي تحصل من الدولة أو أحد عمالها أو المتنفذين بها من أصحاب الجاه والسلطان أو النسب، ومع اتساع رقعة الدولة الإسلامية أصبح الولاة يعهدون ولاية المظالم إلى غيرهم من القضاة ممن تتوفر فيهم شروط تولي القضاة وشروط خاصة أخرى هي أن يكون جليل القدر، نافذ الأمر، عظيم الهيبة، ظاهر العفة، قليل الطمع، كثير الورع، كما يقول الماوردي في الأحكام السلطانية [2].

---

[1] يوجد في كل دولة معاصرة جهاز إداري يتولى إشباع الحاجات العامة للمواطنين وفقاً لقواعد قانونية محددة على أن يلتزم بهذه القواعد احتراماً لمبدأ الدولة القانونية التي يخضع فيها الجميع للقانون إدارةً، أو أفراداً، ولا تأخذ الدول المعاصرة بأسلوب واحد في هذا الشأن حيث ذهب بعضها إلى إخضاع الإدارة إلى ذات القواعد القانونية التي يخضع لها الأفراد، ويخضع الجميع للقضاء العادي، وهي تسمى بدول القضاء الموحد. بينما أخضعت دول أخرى ومنها المملكة العربية السعودية الإدارة لقواعد تختلف عن تلك التي يخضع لها الأفراد وتخضع الإدارة لقضاء خاص بها هو القضاء الإداري، وتسمى دول القضاء المزدوج. راجع د./ أنور أحمد رسلان – القانون الإداري السعودي – معهد الإدارة العامة بالرياض – طبعة ١٤٠٨هـ (الموافق ١٩٨٨م).

[2] انظر الصفحة ٢١١ من هذه الدراسة.

وقد باشر الخلفاء الراشدون النظر في المظالم بعد الرسول عليه الصلاة والسلام وعلى نهجهم سار خلفاء بني أمية والعباس ومن خلفهم فيما بعد، فخصصوا لقضاء المظالم زماناً، ومكاناً، وخصومة، هادفين من ذلك محاربة الظلم، وتحقيق العدل بين الناس، امتثالاً لأمر الله سبحانه وتعالى في تحذير عباده من الظلم الذي قرنه بالشرك في قوله تعالى ﴿ . . .إِنَّ الشِّرْكَ لَظُلْمٌ عَظِيمٌ ﴾[1] وقوله تعالى: ﴿فَتِلْكَ بُيُوتُهُمْ خَاوِيَةً بِمَا ظَلَمُوا﴾ [2]، وقد تضمن المبحث المشار له أعلاه العديد من الأمثلة المأخوذة من كتب الفقه والتاريخ على وقائع تم نظرها وحسمها من قاضي المظالم في العصور الإسلامية في عهد الرسول عليه الصلاة والسلام والعصور التالية عليه.

ولا بد في بداية هذا المبحث كتمهيد لدراسة فكرة التوازن المالي للعقد الإداري في المملكة العربية السعودية من تسليط الضوء أولاً على تطور نظام ديوان المظالم منذ بداية تأسيس المملكة على يد المغفور له الملك عبد العزيز في بداية القرن الماضي باعتباره يماثل ما يسمى حالياً بالقضاء الإداري في الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج.

حيث صدر بتاريخ ١٢ جمادى الأول سنة ١٣٤٣هـ الموافق (٩ نوفمبر ١٩٢٤م) الأمر السلطاني بأن الأمر في البلاد المقدسة شورى بين المسلمين، وأن مصدر التشريع والأحكام لا يكون إلاّ من الكتاب والسنة والفقه [3].

---

[1] سورة لقمان الآية ١٣.

[2] سورة النمل الآية ٥٢.

[3] جريدة أم القرى العدد الأول جمادى الأولى ١٣٤٣هـ (الموافق ديسمبر ١٩٢٤م) كما ورد في مؤلف د.أنور أحمد رسلان – المرجع السابق – ص ٣٣. وذكر معقباً على ذلك في الصفحة ٣٨ قائلاً: يلتزم ديوان المظالم بأحكام الشريعة الإسلامية في كل ما يعرض عليه من منازعات، وذلك إعمالاً لأصل عام مقرر بالمملكة العربية السعودية، وهو الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية، واعتبارها المصدر الأول للتشريع، فالشريعة تعلو ولا يُعلى عليها، ومن ثم يكون لها أولوية التطبيق أمام جميع المحاكم في كل الحالات، ثم يطبق ديوان المظالم الأنظمة واللوائح المتعلقة بالنشاط الإداري بحيث تأتي في سلم تدرج القواعد القانونية بعد الشريعة الإسلامية.

وقد كان من الطبيعي وقد تأسست الدولة السعودية الحديثة على قواعد وتعاليم الشرع الحنيف أن يعتني ولاة الأمر فيها بقضاء المظالم، بل كانوا القدوة في ممارسته بأنفسهم وعلى كائن من كان دون تمييز أو استثناء، فقد جعل الملك عبد العزيز بابه مفتوحاً لجميع الناس يستمع إلى مطالبهم ومظالمهم، فينصف المظلوم، ويحاسب الظالم، وقد دعا كل من له مظلمة، أو شكاية أن يرفعها إليه إذ أصدر مرسوماً ملكياً نشر في جريدة أم القرى في عددها الصادر في ١٣٤٤/١٢/٢٦هـ الموافق (١٩٢٦/٧/٦م) نصه:-

((إن صاحب الجلالة يعلن للناس كافة أن من كانت له ظلامة على كائن من كان موظفاً أو غيره، كبيراً أو صغيراً، ثم يخفي ظلامته فإثمه على نفسه، وأن من كانت له شكاية فقد وضع على باب دار الحكومة صندوقاً للشكاوى، مفتاحه لدى جلالة الملك، فليضع صاحب الشكاية شكايته في ذلك الصندوق، وليثق الجميع أنه لا يمكن أن يلحق المشتكي أي أذى بسبب شكايته المحقة من أي موظف كان.

ويجب أن يراعي في الشكاية ما يلي :-

١- ينبغي تجنب الكذب في الشكاية، ومن ادعى دعوى كاذبة جوزي بكذبه.

٢- لا تقبل الشكاية المغفلة من الإمضاء، ومن فعل ذلك عوقب على عمله، وليعلم الناس كافة أن باب العدل مفتوح للجميع والناس كلهم، كبيرهم، وصغيرهم أمامه واحد، حتى يبلغ الحق مستقره والسلام[1].

وخطب الملك عبد العزيز في المدينة المنورة قائلاً:

---

[1] نص هذا المرسوم ورد في بحث لمعالي الشيخ/ منصور بن حمد المالك رئيس ديوان المظالم سابقاً تم تقديمه إلى مؤتمر المملكة في مائة عام بعنوان الفصل في المظالم في المملكة العربية السعودية الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ (الموافق ١٩٩٩م) ص ٥.

(إن خطتي التي سرت ولا أزال أسير عليها هي إقامة الشريعة السمحة، كما أنني أرى من واجبي ترقية جزيرة العرب والأخذ بالأسباب التي تجعلها في مصادف البلاد الناهضة مع الاعتصام بحبل الدين الإسلامي الحنيف.

إنني أعتبر كبيركم بمنزلة الوالد، وأوسطكم أخاً، وصغيركم ابناً، فكونوا يداً واحدة، وألّفوا بين قلوبكم لتساعدوني على القيام بالمهمة الملقاه على عاتقنا.

إنني خادم في هذه البلاد العربية لنصرة هذا الدين، وخادم للرعية، الملك لله وحده، وما نحن إلاّ خدم لرعايانا، فإذا لم ننصف ضعيفهم، ونأخذ على يد ظالمهم، وننصح لهم، ونسهر على مصالحهم، فنكون قد خنّا الأمانة المودعة إلينا، إننا لا تهمنا الأسماء والألقاب، وإنما يهمنا القيام بحق الواجب لكلمة التوحيد، والنظر في الأمور التي توفر الراحة والاطمئنان لرعايانا، إن من حقنا عليهم النصح لنا، فإذا رأيتم خطأ من موظف أو تجاوزاً من إنسان فعليكم برفع ذلك إلينا للنظر فيه، فإذا لم تفعلوا ذلك فقد خنتم أنفسكم ووطنكم وولاتكم) [1].

ونقل بعض المؤرخين عن الملك عبد العزيز لمّا توفى والده (رحمهما الله) جاءه رجل في صلاة الفجر يدعي أن له في ذمة والده ديناً، وليس له بيّنة، ودعاه إلى القاضي فأجابه الملك عبد العزيز في نفس الوقت وذهبا إلى القاضي في بيته، ولمّا طرق الملك باب القاضي عرف صوته فقال له: هل أنت يا عبد العزيز ضيف أم خصم ؟ فقال له : خصم فقال له القاضي أجلس مع خصمك على الأرض فجلسا، وجلس القاضي على عتبة الباب، وبعد أن حكم القاضي بينهما قال : يا عبد العزيز أنت الآن ضيف فأدخل، فدخلا وتناولا القهوة معاً [2].

---

[1] كما وردت في بحث أعدته لجنة البحوث الاستشارية بالمعهد العالي للقضاء – جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية – الرياض بعنوان الجهات القضائية وشبه القضائية في المملكة العربية السعودية للعام الجامعي ١٤٢١- ١٤٢٢هـ (الموافق ٢٠٠٠م- ٢٠٠١م) ص ٥٥.

[2] المرجع السابق – ص ٢٢.

وفيما تقدم أروع مثال على تواضع الملك عبد العزيز وحرصه على رفع الظلم وبسط العدل والمساواة دون تمييز بين كبير وصغير، أو غني و فقير، أو حاكم ومحكوم، وفيها أيضاً تقدير للقاضي ورسالته، ودعم لحيدته فيما يصدره من أحكام.

وقد التزم الملك عبد العزيز رحمه الله، وأبناؤه من بعده، بهذا النهج القويم في تحكيم الشريعة الإسلامية، وإرساء قواعد العدل والمساواة ورفع الظلم والعدوان[1]، وتحقيق الأمن والرخاء في سائر أنحاء البلاد للمواطنين والمقيمين، وللحجاج والمعتمرين[2]، وفي ذلك تحول كبير ونقلة نوعية عما كان عليه الحال قبل تأسيس المملكة من نهب وسلب، وسفك دماء، وانتهاك أعراض وظلم وعدوان وأعمال سلب ونهب بين القبائل وخوف واضطراب، قاسى منه الجميع بما فيهم حجاج بيت الله الحرام الذين كانوا هدفاً لأعمال السلب والقتل من قطاع الطرق، وفي ذلك يقول الأستاذ/ محمد أبو النجا: كنت أسمع وأنا صغير أن المتوجه لحج بيت الله، وروضة

---

[1] يصف الأديب الرحالة أمين الريحاني ما لمسه من أمن في نجد أثناء رحلته إليها في العشرينات من القرن الماضي بالقول: ((الأمن أول مظهر من مظاهر العدل، وفي نجد اليوم من الأمن ما لا تجده في بلادنا، أو في أي بلاد متمدنة)) ويستشهد بما حصل له في رحلته التي استمرت خمسة أشهر من الإحساء إلى الرياض ومن القصيم إلى الكويت، وكانت حقائبه وما فيها من مال مفتوحة بعيدة عنه طوال النهار، فلم يفقد من حوائجه وأوراقه شيئاً منها. انظر مؤلفه ملوك العرب – الجزء الأول – الطبعة الثامنة – دار الجيل بيروت – ص ٥٥٨. مع العلم بأنه ألّف هذا الكتاب في ١٥ صفر ١٣٤٣هـ الموافق ١٤ أيلول سنة ١٩٢٤م. كما يقول في موضع آخر أحكام الشرع تنفذ بلا تردد ولا محاباة، ولا مرافعات طويلة، فحكم ابن سعود لا يعرف في سبيل العدل كبيراً أو غنياً، وكل الأعمال الأثيمة عند الحاكم سواء، وكل الرؤوس سواء عند السياف. – المصدر السابق – ص ٥٥٧.

[2] ومن صور تطبيقات قضاء المظالم في بداية عهد الملك عبد العزيز طيّب الله ثراه يذكر أمين الريحاني واقعة جلد الأمير عبد الله بن جلوي أمير منطقة الاحساء لابنه الذي شتم وضرب رجل من العامة بعد أن أقرّ بذنبه، وتردد الرجل في تنفيذ أمر الأمير بجلده اقتصاصاً منه، فما كان من الأمير إلاّ أن باشر جلد ابنه بنفسه قائلاً: ((إذا كنا لا نُبدأ بأنفسنا، فكيف نعدل في غيرنا)) – المرجع السابق – ص ٥٦١. وشكا أهل مكة للملك عبد العزيز – رحمة الله – من قسوة ابن لؤي وابن بجاد فعزلهما عن حكم مكة، وأن ابن لؤي منع الأئمة الأربعة من إمامة الصلاة بالمسجد الحرام وقصرها على إمام واحد هو الإمام الحنبلي، فأمر بإعادة الأئمة الممنوعين ليصلوا بالناس، وسيّر منادياً في الأسواق يعلن ذلك. انظر أحمد عبد الغفور عطار – صقر الجزيرة – الجزء الرابع – الطبعة الثالثة – مطبعة الحرية – بيروت ١٣٩٢هـ – ١٩٧٢م ص ٨٠٧.

رسوله، يعد أكفانه بين طيات زاده، ويترك وصيته، ويودع أهله وأصحابه، خشية عدم رجوعه [1].

وهكذا عمت النهضة المباركة أرجاء المملكة شاملة كافة الميادين، صاحبها تطوير أجهزة الدولة ومرفقاتها ومؤسساتها، فصدرت الأنظمة واللوائح الخاصة بكل منها لضمان تقديم خدماتها على أفضل وجه وبما يحقق الصالح العام، وكان قضاء المظالم من المرافق التي أوليت اهتماماً خاصاً تمثل في دعم الدولة له بما أصدرته من أنظمة أعطته الاختصاص بادئ الأمر في التحقيق في القضايا الإدارية، ورفع تقرير بما يراه بشأنها لأولي الأمر، ثم تدرجت هذه الصلاحيات بموجب الأنظمة اللاحقة حتى غدت اختصاصاته إصدار الأحكام النهائية ليس في القضايا الإدارية وحسب بل شمل أيضاً العديد من الأنواع الأخرى من القضايا منها التجارية والجزائية وطلبات الحجز والتنفيذ للأحكام الأجنبية.

ويمكن تقسيم التطور الذي مرّ به الديوان إلى مرحلتين، الأولى: هي عند صدور أول تنظيم بإنشائه وهو موضوع المطلب الأول، أما المرحلة الثانية: فهي فترة نفاذ نظام الديوان الحالي والتي تمتد حتى وقتنا الحاضر وسوف تكون موضوع المطلب الثاني.

المطلب الأول :

صدور أول تنظيم بإنشاء ديوان المظالم:

وقد شهد عام ١٣٧٣هـ الموافق (١٩٥٤م) تطوراً هاماً في قضاء المظالم في المملكة حيث صدر في الثاني عشر من شهر رجب ١٣٧٣هـ الموافق (١٩٥٤/٣/١٦م) نظام مجلس الوزراء مستحدثاً شعبة خاصة للمظالم هي الشعبة الرابعة من شعب المجلس التي

---

[1] وصف الشاعر محمد بن عثيمين هذا الكرب بقوله:

فقد كان في نجد قبيل ظهوره من الهرج ما يبكي العيون تفاصله
تهارش هذا الناس في كل بلدة ومن يتعد السور فالذئب آكله
فما بين مسلوب وما بين سالب وآخر مقتول وهذاك قاتله

انظر معالي الشيخ/ منصور حمد المالك – المرجع السابق – ص ٢٣ وما بعدها.

نصت عليها المادة التاسعة عشر من النظام المذكور، ونصت المادة السابعة عشر منه علـى أن (يشكل بديوان مجلس الوزراء إدارة عامة باسم ديوان المظالم، ويشرف على هذه الإدارة رئـيس يُعيّن بمرسوم ملكي وهو مسئول أمام جلالة الملك [1].

وقد حددت المادة الثانية عشرة اختصاصات شعبة المظالم بما يلي:-

أ) قبول جميع الشكاوى المقدمة إليها وتسجيلها.

ب) التحقيق في كل شكوى قدمت أو أحيلت إليها، وإعداد تقرير عنها مشفوع بالإجراء المقتـرح اتخاذه بشأنها.

ج) رفع التقرير المذكور إلى جلالة الملك ليصدر أمره فيه.

كما نصت المادة الحادية والعشرون من النظام نفسه على أن يكون للرئيس ومن ينتدبهم من موظفي ديوان المظالم الصلاحيات الكاملة في البحث والتعقيب فـي الـوزارات والمصـالح المختلفة، لحصر المسئوليات، وله سؤال الوزارات، والمصالح في هذا الشأن واستدعاء الموظفين المسئولين للتحقيق معهم بعد إخطار الوزير أو رئيس المصلحة التي ينتمون إليها.

وسرعان ما أنشئ ديوان مظالم مستقل عن مجلس الوزراء، وذلك عندما صدر المرسوم الملكي رقم ٨٧٥٩/١٣/٢ وتاريخ ١٣٧٤/٩/١٧هـ الموافـق (١٩٥٥/٥/٨م) [2]، واسـتمر

---

[1] المذكرة الإيضاحية لنظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكـي رقـم م/٥١ تـاريخ ١٤٠٢/٧/١٧هـ الموافـق (١٩٨٢/٥/١٠م) وهو النظام النافذ حالياً.

[2] نشر هذا المرسوم بجريدة أم القرى في عددها رقم ١٥٧٧ الصادر بتاريخ ١٣٧٤/١٢/٢٣هـ الموافق (١٩٥٥/٨/١١م) وقد شبه د./ عبد الرزاق علي الفحل ديوان المظالم بمجلس الدولة الفرنسي من حيث التنظيم والصلاحيات بقوله: ((لقد أخذ كل من ديوان المظالم ومجلس الدولة الفرنسي بالقواعد والأسس التنظيمية التي أدت إلى استقرار التنظيم، ونزاهـة القضاء، وتحقيق أهدافه، وبالفعل تم إيجاد قضاة متخصصين يمكنهم مباشرة مهامهم القضائية، وابتكار الحلول المناسبة فيما هم بصدده من قضايا ومنازعات إدارية، وكذلك كفل حياد القضاء واستقلاليته ونزاهته، فالقضاة مستقلون لا سلطان عليهم إلاّ سلطان العدل، وهكذا يتمتع القضاء بسلطة اجتهادية واسعة لا تخرج عن نطاق المشروعية، وبذلك فقد اسـتند ديوان المظالم في تأسيسه على قضاء المظالم ذلك لأن القضاء الإسلامي الذي نظم على نسق مميّز كفل تحقيق العـدل ورفع الظلم)) د./ عبد الرزاق علي خليل الفحل – ديوان المظالم في المملكة العربية السـعودية والقضـاء الإداري – رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة عين شمس عام ١٤١٠هـ - ١٩٩٠م ص ٥٤٠ وص ٥٤١.

الارتباط الإداري لديوان المظالم بعد استقلاله عن مجلس الوزراء بجلالة الملك مباشرة كما كان ذلك حين كانت شعبه في المجلس، ويضم النظام عشر مواد نصت مادته الأولى على إنشاء ديوان مستقل باسم ديوان المظالم بإدارة رئيس من درجة وزير يعيّن بمرسوم ملكي، والملك هو المرجع الأعلى له، وبموجب المادة الثانية منه فقد اختص بتسجيل جميع الشكاوى المقدمة له والتحقيق فيها وإعداد تقرير عن وقائعها والإجراء الذي يقترحه بشأنها ثم يرسل التقرير إلى الوزير المختص وصورة منه إلى ديوان جلالة الملك وصورة إلى رئيس الوزراء، وعلى الوزير المختص خلال أسبوعين من استلامه التقرير أن يبلغ الديوان بتنفيذ الإجراء المقترح، أو معارضته له مع الأسباب، عند ذلك يرفع رئيس الديوان التقرير إلى جلالة الملك ليصدر أمره في موضوع التقرير.

وتضمنت المادة الثالثة تعيين العدد الكافي من المستشارين والموظفين المختصين بالتحقيق إلى جانب تعيين الموظفين الإداريين والكتاب مع بيان طريقة تعينهم. كما ألزمت المادة الرابعة رئيس الديوان بتقديم تقرير إلى الملك يرفع كل ستة أشهر عن أعمال الديوان وما أسفرت عنه التحقيقات وما يقترحه من إجراءات، أمّا المادة الخامسة فقد أعطت لرئيس الديوان ولمن ينتدبهم من موظفي الديوان الصلاحيات في البحث والتحقيق في الوزارات والمصالح المختلفة لتحديد المسئولية والمسئولين مع حق استدعاء الموظفين للتحقيق معهم، وعند اللزوم تفتيشهم وتفتيش منازلهم مع مراعاة حرمة المساكن حسب النظام.

وبناءً على المادة السابعة من هذا النظام فقد أصدر رئيس ديوان المظالم النظام الداخلي للديوان [1] وهو مكون من أربع عشرة مادة تضمنت إنشاء مركز رئيسي للديوان في مدينة الرياض وفرع في مدينة جدة وفروع أخرى عند الحاجة لها، وتشكيلات الديوان الإدارية واختصاصات موظفيه، كما تضمنت الفقرة (و) من المادة الرابعة تكوين لجنة لتدقيق القضايا تتألف من نائب رئيس الديوان ومستشارين، أحدهما شرعي والآخر قانوني بالإضافة إلى من يرى انتدابه من المحققين

---

[1] هذه اللائحة صدرت بقرار رئيس الديوان رقم ١/٣٥٧٠ وتاريخ ١٣٧٩/١١/١هـ الموافق (١٩٦٠/٤/٢٦م).

للعضوية عند اللزوم وأمين سر، وحددت المادة الخامسة منه اختصاصات الديوان بسماع جميع الشكاوى التي تقدم إليه من الأشخاص المتظلمين، أو التي تحال إليه ويجري التحقيق فيها، وفيما يخص الشكاوى الموجهة إلى وزير أو رئيس مسئول فعلى رئيس الديوان قبل إجراء أي تحقيق فيها أن يرفعها إلى جلالة الملك ليصدر أمره فيما يجب اتخاذه بشأنها من التدابير.

أمّا المادة السادسة فهي خاصة بالشكاوى التي يطعن فيها في حكم صادر من المحاكم الشرعية في المملكة (المحاكم العامة) اكتسب القطعية، أو كانت موجهة ضد مصدر الحكم بسبب تحيزه لجهة خصمه، أو ارتكابه أخطاءً فادحة مقصودة أضاعت على المتظلم حقه أو الطعن في الإجراءات المخالفة للنظام التي اتخذها القاضي المذكور، فهذه الشكاوى يمكن لرئيس الديوان قبولها والإيعاز بإجراء التحقيق فيها، أو رفضها إلاّ إذا كانت واردة عن طريق جلالة الملك فيجب قبولها وإجراء التحقيق فيها. إلاّ أنه قد أوقف العمل بهذه المادة بالأمر السامي رقم ٣٩١ وتاريخ ١٣٨٤/١/٦هـ الموافق (١٩٦٤/١٠/٧م) القاضي بعدم النظر في الشكاوى التي تتعلق بالأحكام أو القضاة لوجود محاكم عليا متخصصة بالنظر في مثل هذه المنازعات وهي التابعة لجهة القضاء المتظلم منه أو القضاة [1].

يتضح مما سبق أن نظام الديوان ولائحته قد قصرت اختصاصاته على تحقيق الشكاوى، وإعداد التقارير بشأنها وإرسالها للوزير المختص، أو رئيس الدائرة الذي عليه تنفيذ الإجراء، أو إبداء معارضته عليه، عندها يرفع رئيس الديوان تقريره إلى جلالة الملك؛ ليصدر أمره في موضوع النزاع. ويلاحظ هنا أن صلاحيات ديوان المظلم في هذه المرحلة مقيدة، بل هو أقرب إلى كونه جهة تحقيق إداري من كونه قضاء إداري، ذلك أن قراراته ليست نهائية وملزمة، وإنما هو يصدر

---

[1] لمزيد من التفاصيل عن هذا النظام انظربحث أعده فضيلة القاضي بديوان المظالم/ عبد الكريم بن يحيى المحمد اليحيى للمعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية للعام الجامعي ١٤٠٢- ١٤٠٣هـ الموافق (١٩٨٢-١٩٨٣م) بعنوان ولاية المظالم في الإسلام وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية – ص ١٣٩ وما بعدها، وراجع أيضاً د./ محمد عبد القادر شيبة الحمد – الولاية القضائية لديوان المظالم في المملكة العربية السعودية رسالة دكتوراه مقدمة إلى المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية – الجزء الثاني ص ٥٦٣.

اقتراحات وتوصيات في الأمور التي تدخل في اختصاصه، ويعتبر أنه يؤدي دوراً استشارياً وفقاً لنظامه[1].

ويجدر التنويه إلى أن اختصاصات الديوان في هذه المرحلة قد توسعت تدريجياً إذ شملت اختصاصات أخرى إلى جانب اختصاصاته ذات الطابع الإداري الواردة في نظامه الأساسي ولائحة نظامه الداخلي إذ توالت الأنظمة والمراسيم الملكية وقرارات مجلس الوزراء، والأوامر السامية، على منح ديوان المظالم اختصاصات جديدة ومتنوعة، وذلك وفقاً لما ظهر من التطبيقات العملية للديوان بما يتماشى مع النهضة الشاملة للمملكة العربية السعودية في مختلف الميادين [2].

ومن الأمثلة على القضايا التي يحقق الديوان فيها:

١- التحقيق في شرعية الأعذار التي يقدمها أصحاب المرتبات والمعاشات والمكافآت المستحقة للموظفين، أو ورثتهم في حال تأخرهم عن المطالبة [3].

٢- التظلمات التي يقدمها ذوو الشأن بالطعن في القرارات الإدارية النهائية [4] الصادرة بالتعيين في الوظائف العامة، أو الترقية أو منح العلاوة.

---

[1] يشبه الدكتور/ السيد خليل هيكل هذه المرحلة من القضاء الإداري السعودي بمرحلة نشوء مجلس الدولة الفرنسي فيقول: ((في بداية نشأة مجلس الدولة الفرنسي لم يكن المجلس يملك تنفيذ قراراته بل كان يرفعها إلى رئيس الدولة للتصديق عليها، وهو بهذا الوصف كان مجرد جهاز استشاري للإدارة في ذلك الوقت، ولقد استطاع مستشارو مجلس الدولة الفرنسي بلباقتهم وحصافتهم في تقرير الأحكام مما جعل المجلس يستقل بإصدار أحكامه دون حاجة للتصديق عليها من جهة أخرى))، ورد ذلك في مؤلفه القانون الإداري السعودي – مطبعة جامعة الملك سعود – ١٤١٥هـ الموافق (١٩٩٥م) ص ٢٨٥.

[2] فضيلة القاضي عبد العزيز بن محمد الزين – ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية ومراحل تطوره طبعة عام ١٤١٩هـ (الموافق ١٩٩٨م) ص ٢٨.

[3] قرار مجلس الوزراء رقم ١٦ وتاريخ ١٣٨٣/١/١٦هـ الموافق (١٩٦٣/٦/٨م).

[4] يعرّف القرار الإداري سواء في الأنظمة المقارنة، أو النظام السعودي بأنه ((عمل قانوني يصدر بالإرادة المنفردة للإدارة، ويعد في حكم القرار الإداري رفض السلطة الإدارية، أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه طبقاً للأنظمة واللوائح، والنظام الإداري السعودي يتبنى المعيار الشكلي للتعرف على القرار الإداري)) للمزيد انظر مؤلف القاضي بديوان المظالم بالرياض/ صالح بن علي بن عبد الرحمن الربيعة – دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري، وتطبيقاتها القضائية في المملكة العربية السعودية – الناشر مركز الملك فيصل للبحوث الإسلامية – الطبعة الأولى – ١٤٢٦هـ – ٢٠٠٥م ص ٣٥.

٣- التظلمات التي يقدمها الموظفون بإلغاء القرارات الإدارية بإحالتهم إلى المعاش، أو فصلهم بطريق إداري أو تأديبي إذا كان صادراً من غير هيئة التأديب.

٤- التظلمات من القرارات النهائية الصادرة من الجهات الإدارية في منازعات الضرائب والرسوم.

٥- أجازت المادة (٤) من نظام المناقصات والمزايدات[١] للمستبعدين من التعاقد مع الإدارة من المفلسين ومن ثبت اتجاههم إلى الغش في أعمالهم ومقاولاتهم مع الهيئات العامة ومن قيدت أسماؤهم في سجل الممنوعين من التعامل مع هذه الهيئات التظلم من قرارات اللجنة الصادرة بإدانتهم أمام ديوان المظالم خلال شهرين من تاريخ تبلغهم بالقرار.

بالإضافة إلى العديد من القضايا الأخرى التي يقوم الديوان بالتحقيق فيها بناءً على أوامر سامية [٢].

ويشارك الديوان في عضوية اللجنة المشكلة بموجب قرار مجلس الوزراء رقم ١٦ في ١٣٨٢/٣/٧هـ الموافق (١٩٦٢/٨/٧م) في محاسبة الموظفين عن مصادر ثرواتهم وثروات أولادهم القصّر والبالغين الذين لم يعرف عنهم التكسب وثروات زوجاتهم. وللجنة أن توصي بمصادرة نصف الأموال المشكوك في مصدرها وترفع توصياتها بذلك إلى مجلس الوزراء.

ووفقاً للنظام ولائحته الداخلية فإنه يلزم اتخاذ العديد من الإجراءات في هذه التظلمات، بأن يتم تسجيل الشكاوى في سجل متسلسل خاص، وتعرض على الرئيس الذي عليه أن يحيلها إلى أحد المحققين، ثم يتم التحقيق بإجراء كل ما يوصل إلى الحقيقة من الوسائل المشروعة، كالاستعانة بالخبرة واستجواب أطراف النزاع والشهود وتفتيش المشكو

---

[١] المرسوم الملكي رقم م/٦ وتاريخ ١٣٨٦/٢/٢٤هـ الموافق (١٩٦٦/٦/١٣م)

[٢] د./ سعود بن سعد آل دريب – التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية في ضوء الشريعة الإسلامية ونظام السلطة القضائية – رسالة دكتوراه طبعة ١٤٠٣هـ (الموافق ١٩٨٣م) – مطابع حنيفة – الرياض ص ٤٩٨.

منه، ودخول داره، ومركز عمله، مع المحافظة على الأنظمة وحرمات البيوت بعد أخذ الإذن من الرئيس إن كان ذلك خارج مقر عمل المحقق، ومكان التحقيق. وعلى المحقق التزام وضوح الخط وذكر رقم الدعوى وبياناتها وتلاوة الضبط على المستجوب قبل توقيعه عليه مع الإشارة إلى ما يقدمه من مذكرات مع توقيعه على كل صفحة، ثم تعرض ضوابط التحقيق وما يصاحبها من مستندات وتقارير المحقق على لجنة التدقيق لاتخاذ قرار في القضية، بعدها يتم إرساله إلى الوزير، أو الرئيس المختص وصورة منه إلى ديوان جلالة الملك، وصورة إلى ديوان رئاسة مجلس الوزراء وعلى الوزير، أو الرئيس المختص أن يبلغ الديوان خلال أسبوعين من تسلمه التقرير بتنفيذ الإجراء المقترح أو بأسباب معارضته، لترفع مع التقرير لجلالة الملك ليصدر أمره العالي في موضوع التقرير [1].

كما صدرت مراسيم ملكية وأوامر سامية أسند فيها للديوان في هذه المرحلة اختصاصات التحقيق والحكم في بعض القضايا الجنائية والإدارية، ومثال ذلك صدر نظام مكافحة الرشوة [2] وجاء نص المادة السابعة عشر ليقرر وجوب اشتراك الديوان في التحقيق والحكم في قضايا الرشوة. ثم صدر قرار مجلس الوزراء رقم ٧٣٥ وتاريخ ١٣٩١/٩/٩هـ الموافق (١٩٧١/١٠/٢٨م) و قرار مجلس الوزراء رقم ١٢٣٠ وتاريخ ١٣٩٣/١٠/٢٣هـ الموافق (١٩٧٣/١١/١٨م) ليشمل اختصاص الديوان الاشتراك والتحقيق والحكم في قضايا التزوير، كما شمل اختصاصه في ذلك الوقت الحكم في الجرائم المنصوص عليها في نظام مقاطعة إسرائيل، والفصل في الطعون التي تقدم في القرارات الجزائية الصادرة من بعض الجهات

---

[1] معالي الشيخ/ منصور بن حمد المالك – المرجع السابق – ص ٣٣ وص ٣٤.

[2] صدر بالمرسوم الملكي رقم (١٥) وتاريخ ١٣٨٢/٣/٧هـ الموافق (١٩٦٢/٨/٧م).

الإدارية، إعمالاً لأحكام بعض الأنظمة، والنظر في طلبات تنفيذ الأحكام الأجنبية، والنظر في الأعذار المقدمة عن تأخير المطالبة بالاستحقاق لدى الخزانة العامة [1].

وكان الديوان يشارك في مجالس التأديب الخاصة بمحاكمة موظفي المرتبة الثانية فما فوق عدا الوزراء ومن لهم في مرتبتهم بموجب المادة ٨٨ من نظام الموظفين [2]، ثم أنشئت هيئة التأديب بنظام تأديب الموظفين بالمرسوم الملكي رقم م/٧ وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ الموافق (١٩٧١/٤/١٧م) [3].

وكما تقدم فإنه منذ صدور المرسوم الملكي رقم م/٨٧٥٩/٣ في ١٣٧٤/٩/١٧هـ الموافق (١٩٥٥/٥/٨م) باعتبار ديوان المظالم جهازاً مستقلاً عن مجلس الوزراء، يرأسه رئيس بدرجة وزير يعين بمرسوم ملكي فقد توالت الأنظمة، والمراسيم الملكية وقرارات مجلس الوزراء التي أسندت إلى الديوان المزيد من الاختصاصات القضائية في مجالات أخرى عديدة لنظر المنازعات الإدارية والفصل فيها ومثال ذلك الآتي:-

١- قرار مجلس الوزراء رقم ٩٩٠ بتاريخ ١٣٩٦/٦/١٥هـ الموافق (١٩٧٦/٦/١٣م) تخويل ديوان المظالم النظر في إقرار العذر المشروع في الحالات التي يتأخر أصحابها عن المطالبة بصرفها لأكثر من سنتين إن كان راتباً وما في حكمه، وثلاث سنوات فأكثر فيما عدا ذلك[4].

---

[1] معالي الشيخ/ منصور بن حمد المالك – المرجع السابق – ص ٣٢.

[2] صدر بالمرسوم الملكي رقم ٤٢ وتاريخ ١٣٧٧/١١/٢٩هـ الموافق (١٩٥٨/٦/١٦م) ثم ألغي هذا النظام بالمرسوم الملكي رقم م/٥ وتاريخ ١٣٩١/٢/١هـ الموافق (١٩٧١/٣/٢٨م).

[3] القاضي/ عبد العزيز بن محمد الزبن – المرجع السابق – ص ٣٢. ويجدر التنويه إلى أن هذه الهيئة قد تم ضمها إلى ديوان المظالم بموجب المادتين الرابعة والخامسة من المرسوم الملكي رقم م/٥١ تاريخ ١٤٠٢/٧/١٧هـ الموافق (١٩٨٢/٥/١٠م) بإصدار نظام ديوان المظالم الحالي.

[4] القاضي/ عبد الكريم بن يحيى اليحيى – المرجع السابق – ص ١٥٦.

٢- بموجب مرسوم ملكي أجاز للمنشأة التي سحب ترخيصها للاستثمار، أو صُفيت نهائياً بقرار من وزير التجارة لمخالفتها لأحكام نظام استثمار رأس المال الأجنبي، التظلم من القرار خلال شهر من تاريخ صدوره أمام ديوان المظالم ويكون حكم الديوان نهائياً في التظلم [١]. وقد تأكد هذا الاختصاص في المادة العاشرة من نظام آخر للاستثمار صدر بالمرسوم الملكي رقم م/٤ تاريخ ١٣٩٩/٢/٢هـ الموافق (١٩٧٩/١/١م).

٣- طبقاً للمادة (٢٠) من نظام مصلحة الخدمات الكهربائية يجوز للشركة التي صدر بحقها عقوبة بموجب هذا النظام التظلم منه خلال (٣٠) يوماً من تاريخ إعلامها به أمام ديوان المظالم ويكون قراره في هذا الشأن نهائياً [٢].

٤- كذلك فقد اختص الديوان بنظر التظلمات المقدمة من أصحاب الشأن على قرارات وزير التجارة المتضمنة توقيع الجزاءات الواردة في نظام المؤسسات الفندقية العامة وذلك خلال شهر من تاريخ التبلغ بالقرار، ويكون قرار الديوان نهائياً [٣].

٥- اختص الديوان في نظر التظلمات لكل من صدر بحقه قرار بتوقيع جزاء وذلك وفقاً لنص المادة الخامسة من نظام الموانئ والمنابر البحرية على أن يقدم التظلم خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تبلغه بالقرار[٤].

٦- إلاّ أن التطور الأهم في هذه المرحلة هو صدور قرار مجلس الوزراء رقم ٨١٨ وتاريخ ١٣٩٦/٥/١٧هـ الموافق (١٩٧٦/٥/١٦م) باختصاص ديوان المظالم في نظر قضايا الجهات الحكومية والمتعاقدين معها في التعويضات عما يصيبهم من خسائر وأضرار بسبب

---

[١] المرسوم الملكي رقم (٣٥) وتاريخ ١٣٨٣/١٠/١١هـ المبني على قرار مجلس الوزراء رقم ٦٩١ وتاريخ ١٣٨٣/٩/٢٦هـ الموافق (١٩٦٤/٢/٩م).

[٢] صدر بالمرسوم الملكي رقم م/١٢ وتاريخ ١٣٩٢/٣/٢٠هـ الموافق (١٩٧٢/٥/٣م).

[٣] صدر بالمرسوم الملكي رقم م/٢٧ وتاريخ ١٣٩٤/٤/١١هـ الموافق (١٩٧٤/٥/٣م).

[٤] صدر بالمرسوم الملكي رقم م/٢٧ وتاريخ ١٣٩٤/٦/٢٤هـ الموافق (١٩٧٤/٧/١٤م).

تقصير الإدارة. وجاء في الفقرة الثانية من هذا القرار بأن قرارات ديوان المظالم في هذه القضايا نهائية بعد اعتمادها من رئيس ديوان المظالم.

٧- اختص الديوان بنظر القضايا المتعلقة بتوقف بعض المقاولين الذي سبق وأن أبرمت معهم عقود لتنفيذ بعض الطرق عن العمل لينظرها طبقاً للعقود المبرمة معهم[١].

٨- وفقاً للائحة تنظيم المكاتب العقارية في فقرتها الثالثة من المادة السابعة بأنه يجوز التظلم من قرار وزير التجارة الصادر بغرض عقوبة بموجب هذا النظام، أمام الديوان في فترة لا تتجاوز ثلاثين يوماً [٢].

٩- ويبرز هنا الاختصاص الأصيل لديوان المظالم باعتباره قضاء إداري فيما قرره مجلس الوزراء بقراره رقم ٤٨٧ وتاريخ ١٣٩٨/٨/٥هـ الموافق (١٩٧٨/٧/١٠م) بإحالة العقود المبرمة بين بعض الوزارات والمقاولين المتضمنة نصوصاً تخالف نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها إلى ديوان المظالم للبت فيها بما يحقق العدالة.

١٠- صدر الأمر السامي رقم ٧/ف/١٤٧٥٨ وتاريخ ١٤٠٢/٦/٢١هـ الموافق (١٩٨٢/٤/١٥م) المتضمن تعميد ديوان المظالم بالاستمرار في نظر القضايا المتعلقة بتظلمات الموظفين والمتعاقدين وفقاً لما تقضي به الأنظمة والتعليمات المتبعة في الموضوع [٣].

بالإضافة إلى ما تقدم فقد صدرت العديد من الأنظمة والقرارات والأوامر التي خولت للديوان النظر في المنازعات الإدارية، وكما سبق وأن أشرت إلى صدور قرار مجلس الوزراء رقم

---

[١] بموجب الأمر السامي رقم ٣/أ/٢٠٦٤٩ وتاريخ ١٣٩٦/٨/٢٧هـ الموافق (١٩٧٦/٨/٢٤م).

[٢] صدرت بقرار مجلس الوزراء رقم ٣٣٤ وتاريخ ١٣٩٨/٣/٧هـ - ١٩٧٨/٢/١٤م.

[٣] تم استقاء هذه المعلومات وبتصرف من الدراسة التي أعدتها لجنة البحوث والاستشارات بالمعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بعنوان الجهات القضائية وشبه القضائية في المملكة العربية السعودية للعام الجامعي ١٤٢١- ١٤٢٢هـ الموافق (٢٠٠٠ - ٢٠٠١م).

٨١٨ وتاريخ ١٣٩٦/٥/١٧هـ الموافق (١٩٧٦/٥/١٦م) حيث قرر اختصاص الديوان بالفصل بصفة نهائية في طلبات التعويض المقدمة من المقاولين المتعاقدين مع جهات حكومية في الحالات التي يستند فيها المقاولون على حدوث تقصير من الجهة الحكومية، ينتج عنه إلحاق خسارة أو ضرر بالمقاول.

كما أجازت العديد من الأنظمة لذوي الشأن حق التظلم من القرارات التي تصدرها الإدارة بسبب مخالفات منسوبة لهم بموجب تلك الأنظمة، التظلم أمام الديوان على هذه القرارات، ومثال ذلك ما ورد في المادة الحادية عشرة من نظام مرفق الهاتف الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٦ وتاريخ ١٣٩٨/٣/١٦هـ الموافق (١٩٧٨/٢/٢٣م) وما قررته المادة (٦٥) من نظام مهنة الصيدلة والاتجار بالأدوية والمستحضرات الطبية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٨ وتاريخ ١٣٩٨/٣/١٨هـ الموافق (١٩٧٨/٢/٢٥م)، والمادة (٢١) من نظام الغابات والمراعي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٢٢ وتاريخ ١٣٩٨/٥/٣هـ الموافق (١٩٧٨/٤/١٠م)، وأيضاً ما نص عليه في المادتين الرابعة والخامسة من قرار مجلس الوزراء رقم (١١) وتاريخ ١٤٠٠/٢/٢٦هـ الموافق (١٩٨٠/١/١٤م) بالقواعد الخاصة بمن يمنع تعامله مع الحكومة. وما قررته المادة (١٠) من نظام المحافظة على مصادر المياه الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٣٤ وتاريخ ١٤٠٠/٨/٢٤هـ الموافق (١٩٨٠/٧/٧م) وكذلك ما نصت عليه المادة (٤١) من نظام المطبوعات الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٧ وتاريخ ١٤٠٢/٤/١٣هـ الموافق (١٩٨٢/٢/٧م) وآخر ما صدر في ظل نظام الديوان السابق في هذا الشأن الأمر السامي رقم ٧/ف/١٤٧٥٨ وتاريخ ١٤٠٢/٦/٢١هـ الموافق (١٩٨٢/٤/١٥م) المتضمن تعميد ديوان المظالم بالاستمرار في نظر قضايا تظلمات الموظفين والمتعاقدين وفقاً لما تقضي به الأنظمة المتعلقة بها [١].

---

[١] القاضي/ عبد العزيز بن محمد الزبن – المرجع السابق – ص ٣٤ وما بعدها.

ويظهر من الاختصاصات التي حددتها الأوامر والقرارات آنفة الذكر لديوان المظالم في المرحلة السابقة على نفاذ نظام ديوان المظالم الحالي بأنها ذات طبائع وأشكال مختلفة فهي قد تتعلق بمنازعة مدنية أو إدارية أو بجرائم جنائية، وقد يشكل الديوان معظم أعضاء اللجنة أو يكون تمثيله فيها محدوداً، وقد يتولى مهمة التحقيق والفصل أو إحداهما، وقد يشترك في الحكم الابتدائي أو يختص في نظر التظلم المقدم منه، وقد يصدر توصية، أو حكماً، وقد يكون قراره نهائياً أو يحتاج إلى تصديق من رئيس مجلس الوزراء [1].

ويلاحظ على ديوان المظالم في ظل نظامه الملغي، الصادر بتاريخ ١٣٧٤هـ الموافق (١٩٥٤م) بأنه شبيه بولاية المظالم في الإسلام من حيث عدم تحديد اختصاصاته وحصرها، وإن اختلف عنه بأنّ والي المظالم في الخلافة الإسلامية كان يقوم بأعمال مختلفة من تفتيش، وتحقيق، وقضاء إداري، وقضاء عادي، وتأديب [2].

وغني عن القول بأن الديوان، وقد منح هذه الاختصاصات والصلاحيات وهي واسعة وشاملة، كان بهدف إحقاق الحق وإقامة العدل دون النظر إلى كون النزاع بين أشخاص طبيعيين أو معنويين، كالشركات والمؤسسات، أو أن يكون النزاع ذا صفة إدارية، أو جنائية، أو تأديبية، أو تجارية، وسواء قدمت له الشكوى من المتظلم ذاته أو أحيلت إليه من الوزير المختص، أو المقام السامي، وسواء كانت المنازعة بصدد عقد إداري، أو تظلم من قرار إداري، أو مطالبة بالتعويض، أو التحقيق والفصل في حالة الاتهام بارتكاب جناية الرشوة، أو التزوير [3] وبالتالي لم

---

[1] د./ عبد الفتاح حسن – دروس في القانون الإداري – طبعة ١٣٩٤هـ -١٩٧٤م ص ٣٨٢.

[2] د./ محمد بن عبد القادر بن شيبة الحمد – المرجع السابق – ص ٥٦٣.

[3] المادة (١٧) من نظام مكافحة الرشوة الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٥ وتاريخ ١٣٨٢/٣/٧هـ – ١٩٦٢/٨/٧م، وقد أحال قرار مجلس الوزراء رقم ٧٣٥ وتاريخ ١٣٩١/٩/٩هـ – ١٩٧١/١٠/٢٨م التحقيق في قضايا التزوير للمادة المذكورة من نظام مكافحة الرشوة ثم صدر قرار مجلس الوزراء رقم ١٢٣٠ وتاريخ ١٣٩٣/١٠/٢٣هـ الموافق (١٩٧٣/١١/١٨م) بأن يتبع بشأن قضايا التزوير ما يتبع في قضايا الرشوة، وأن تكون الأحكام فيها نهائية بعد تصديق رئيس مجلس الوزراء.

يكن مقتصراً على الصلاحيات التي حددها الفقه والقضاء الحديث للقضاء الإداري، بحيث تكون واضحة ومحددة ولا تتداخل مع اختصاصات الجهات الأخرى [1].

والجدير بالذكر هو أن قرارات ديوان المظالم في هذه الفترة حسبما جاء في نظامه (المادة الثامنة) لا تتمتع بقوة ذاتية، بل تستمد الزاميتها إمّا من موافقة الوزير المعني أو رئيس الجهة الإدارية، أو إقرار الملك لها وهو وضع شبيه (بالقضاء المحجوز) الذي عرفه مجلس الدولة الفرنسي في فترة من تاريخه [2].

ونظراً للنهضة المباركة التي عمت أرجاء المملكة خلال هذه الحقبة من الزمن بفضل الله وما حباها من خيرات وفيرة مما جادت به أرضها من بترول ومعادن وموارد طبيعية واقتصادية، وقدرات بشرية أحسنت استغلالها، فقد أدى ذلك إلى تطور هائل في كافة المجالات، وحرص ولاة الأمر على النهوض بهذه البلاد ورقيها وإلحاقها بركب الحضارة والتقدم العلمي لتأخذ مكانها المرموق بين دول العالم المتقدمة. فأعدت الخطط الاقتصادية الخمسية وفتحت المدارس والجامعات وبُنيت السدود والطرق، والمصانع، وأنشئت المستشفيات والمراكز الصحية، وأنفقت الأموال بسخاء للعمل على تطوير البنية التحتية للدولة في الميادين الاجتماعية والتجارية، والصناعية، والزراعية، وصاحب ذلك نهضة إدارية، وتنظيمية شاملة واكبها صدور المئات من الأنظمة والقرارات واللوائح متضمنة القواعد والإجراءات والجزاءات لكل مرفق ونشاط في أجهزة الدولة، شاملاً تعاملات المواطنين بعضهم مع بعض، أو مع أجهزة الدولة المختلفة في تعاقداتهم معها سواء كمواطنين عاديين أو متعاقدين في تنفيذ مشروعاتها المختلفة.

وقد نتج عن ذلك ظهور اختصاصات جديدة تسند لديوان المظالم في التحقيق والفصل في كثير من القضايا بأنواعها المختلفة إدارية كانت أو جزائية، أو تأديبية أو حقوقية، وبإجراءات متعددة.

---

[1] د./ محمد بن عبد القادر بن شيبة الحمد – المرجع السابق – ص ٥٦٠.

[2] د. فهد بن محمد بن عبد العزيز الدغيثر – دروس في القضاء الإداري السعودي – جامعة الملك سعود – ص ٨.

المطلب الثاني

فترة نفاذ نظام الديوان الحالي

وإزاء هذا التطور السريع، وتنامي وتنوع اختصاصات الديوان كماً ونوعاً ومصدراً نظراً لتعدد الأنظمة، والقرارات التي أضافت اختصاصات جديدة إلى الديوان منذ إنشائه، وعلى نحوٍ مستمر، ((ولكي تكون اختصاصات ديوان المظالم محددة وواضحة، وكذلك الإجراءات الواجب إتباعها للفصل في القضايا التي يختص بنظرها، ولتوقع إضافة اختصاصات جديدة إلى الديوان مصاحبة لتنفيذ الخطط الطموحة للمملكة، فقد أصبح من الضروري العمل على إصدار نظام متكامل لديوان المظالم يشمل تحديد الاختصاصات، وبيان الإجراءات الواجبة الإتباع للفصل في القضايا التي يختص الديوان بنظرها، ولم يخفَ هذا الأمر على ولاة الأمر حيث أشاروا بإعداد هذا المشروع لتطوير الديوان بحيث يساير التقدم الذي حققته المملكة في جميع الاتجاهات)) [1].

ومما يؤكد الدور الهام الذي يقوم به ديوان المظالم كقضاء إداري مستقل هو ما ورد نصه في المذكرة الإيضاحية للنظام بقولها ((... تقدم الدولة يصاحبه دائماً زيادة عدد المرافق العامة التي تدار بواسطة عدد من الموظفين العموميين، ويكون على رأس كل مرفق رئيس مسئول عن تسييره ورعاية موظفيه ليؤدي كل عمله وفق ما يقتضيه الصالح العام، والنظم التي تضعها الدولة لتسيير تلك المرافق، ويلزم عادة لتسيير المرفق العام إصدار قرارات إدارية، والتعاقد لتنفيذ ما يلزم المرفق من منشآت، أو توريد ما يلزمه من أدوات، أو مواد حسب الخدمة التي يؤديها المرفق، وقد تصدر قرارات مخالفة للنظم والتعليمات من المسئولين في الجهة الإدارية التي تدير المرفق العام، أو ينشأ نزاع بسبب تنفيذ العقود الإدارية التي تكون هي طرفاً فيها، ولذلك كان لا بد أن يُعهد صراحة إلى ديوان المظالم بالفصل في المنازعات التي تثار بين الجهات الإدارية والأفراد)).

---

[1] المذكرة الإيضاحية لنظام ديوان المظالم الصادر في ١٤٠٢/٧/١٧هـ الموافق (١٩٨٢/٥/١٠م).

وقد تم إصدار نظام جديد لديوان المظالم [1] مؤكداً ولايته كجهة قضاء إداري مستقل للفصل في المنازعات الإدارية بموجب نص المادة الثامنة منه، كما صدرت لائحة قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم، وقد تميّز بصفات وخصائص لا مثيل لها في الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج، وهو أقرب أنموذج معاصر لولاية المظالم في الإسلام، إذ انفرد بكونه إلى جانب اختصاصه بنظر القضايا الإدارية بما فيها قضايا الطعون في القرارات الإدارية وقضايا تأديب الموظفين، اختص أيضاً بالنظر في أنواع عديدة من القضايا التجارية والجنائية (قضايا الرشوة والتزوير) وطلبات تنفيذ الأحكام الأجنبية [2] وقد فصّلت المادة الثامنة منه اختصاصاته على النحو التالي:

١- يختص ديوان المظالم بالفصل فيما يأتي:

(أ) الدعاوى المتعلقة بالحقوق المقررة في نظم الخدمة المدنية، والتقاعد لموظفي ومستخدمي الحكومة، والأجهزة ذات الشخصية المعنوية العامة المستقلة، أو ورثتهم والمستحقين عنهم.

(ب) الدعاوى المقدمة من ذوي الشأن بالطعن في القرارات الإدارية متى كان مرجع الطعن عدم الاختصاص، أو وجود عيب في الشكل، أو مخالفة النظم واللوائح، أو الخطأ في تطبيقها، أو تأويلها، أو إساءة استعمال السلطة، ويعتبر في حكم القرار الإداري رفض السلطة الإدارية، أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه طبقاً للأنظمة واللوائح.

(ج) دعاوى التعويض الموجهة من ذوي الشأن إلى الحكومة والأشخاص ذوي الشخصية العامة المستقلة بسبب أعمالها.

---

[1] صدر بالمرسوم الملكي رقم م/٥١ وتاريخ ١٤٠٢/٧/١٧هـ الموافق (١٩٨٢/٥/١٠م) ونشر بالجريدة الرسمية (أم القرى) بعددها رقم ٢٩١٨ وتاريخ ٢٨ رجب ١٤٠٢هـ الموافق (١٩٨٢/٥/٢١م). وبموجب المادة السابعة منه فقد ألغى هذا النظام، النظام السابق.

[2] إن ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية يعد – بلا شك – أوضح نموذج على التطوير العصري لولاية المظالم في صدر الإسلام، ولا يقلل من ذلك عدم مباشرته لاختصاصات ذكرها العلماء مثل الرقابة على القضاة، واختصاصه في الفصل بمستجدات لم تظهر إلاّ مع اتساع أرجاء ومهام الدولة الحديثة. القاضي عبد الكريم بن يحيى المحمد اليحيى – المرجع السابق – ص ١٨٨

(د) الدعاوى المقدمة من ذوي الشأن في المنازعات المتعلقة بالعقود التي تكون الحكومة أو أحد الأشخاص المعنوية طرفاً فيها [1].

(هـ) الدعاوى التأديبية التي ترفع من هيئة الرقابة والتحقيق.

(و) الدعاوى الجزائية الموجهة ضد المتهمين بارتكاب جرائم التزوير المنصوص عليها نظاماً، والجرائم المنصوص عليها في نظام مكافحة الرشوة، والجرائم المنصوص عليها في المرسوم الملكي رقم ٤٣ وتاريخ ١٣٧٧/١١/٢٩هـ الموافق (١٩٥٨/٦/١٦م) والجرائم المنصوص عليها في نظام مباشرة الأموال العامة الصادر بالمرسوم الملكي رقم ٧٧ وتاريخ ١٣٩٥/١٠/٢٣هـ الموافق (١٩٧٥/١٠/١٥م).

وكذلك الدعاوى الجزائية الموجهة ضد المتهمين بارتكاب الجرائم والمخالفات المنصوص عليها في الأنظمة إذا صدر أمر من رئيس مجلس الوزراء إلى الديوان بنظرها.

(ز) طلبات تنفيذ الأحكام الأجنبية.

(ح) الدعاوى التي من اختصاص الديوان بموجب نصوص نظامية خاصة.

(ط) طلب المحاكم الأجنبية إيقاع الحجز التحفظي على ممتلكات أو أموال داخل المملكة [2].

---

[1] لم يعرف الفقه الإسلامي معياراً لتمييز العقد الإداري، كما أن البحث عن معيار لتمييزه ليس له حاجة ملحة بعد أن تلافى النظام السعودي مشكلة الاختصاص بنظر المنازعات التي تتعلق بالعقود التي تبرمها الإدارة وذلك بإسناده اختصاص نظر المنازعات التي تكون الحكومة طرفاً فيها إلى القضاء الإداري. انظر د./ عبد الله بن حمد المشعل – انتهاء العقد الإداري في الفقه والنظام وتطبيقاته القضائية في ديوان المظالم– رسالة دكتوراه مقدمة إلى المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية للعام ١٤٢٤ – ١٤٢٥هـ الموافق (٢٠٠٣– ٢٠٠٤م) – ص ٧٠.

[2] أضيفت هذه الفقرة إلى هذه المادة، وذلك بالمرسوم الملكي رقم (٥) وتاريخ ١٤٢١/١٢/١١هـ الموافق (٢٠٠١/٣/٦م).

٢- مع مراعاة قواعد الاختصاص المقررة نظاماً يجوز لمجلس الوزراء إحالة ما يراه من مواضيع وقضايا إلى ديوان المظالم لنظرها [١].

وقد حظرت المادة (٩) من نظام الديوان النظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة أو النظر في الاعتراضات المقدمة من الأفراد على ما تصدره المحاكم أو الهيئات القضائية من أحكام، أو قرارات داخلة في ولايتها [٢].

ومما جاء في المذكرة الإيضاحية لنظام ديوان المظالم بأن نظام الحكم في الدولة الإسلامية، عُرف تنظيماً مميزاً أطلق عليه ولاية المظالم وبدأ هذا التنظيم في عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم- وتطور مع اتساع رقعة الدولة الإسلامية وتعدد وظائفها.

فقد كان عمر- رضي الله عنه- يستدعي الولاة في موسم الحج، ليحاسبهم، ويحقق في كل شكوى ترفع إليه مهما كانت مرتبة الوالي وانشأ الأمويون داراً أسموها دار المظالم. ولمّا جاءت الدولة العباسية افرد خلفاؤها مكانا كانوا يجلسون فيه للفصل في المظالم.

ومع اتساع الدولة الإسلامية كان الولاة يكلون ولاية المظالم إلى غيرهم من القضاة، وهكذا وجد الفرد إلى جانب قاضيه العادي قاضيا متخصصا للفصل في المظالم التي يرفعها الأفراد ضد الولاة، وأصبح قاضي المظالم مظهراً أساسيا في نظام الدولة الإسلامية.

---

[١] ومثال ذلك قرار مجلس الوزراء رقم ٢٤١ تاريخ ١٤٠٧/١٠/٢٦هـ الموافق (١٩٨٧/٦/٢٣م) وبموجبه ألغيت هيئة حسم المنازعات التجارية، وأسند اختصاص النظر في القضايا التجارية لديوان المظالم.

[٢] وتضمن الباب الثاني منه نظام أعضاء الديوان من حيث شروط العضوية ودرجاتها إلى جانب النصوص الخاصة بالتعيين والترقية والمزايا والمكافآت وإجراءات النقل والندب والإعارة والإجازات.
وحددت المادة (٢٢) قواعد التفتيش على أعمال أعضاء الديوان، ومنها أن يتم كحد أدنى مرة في السنة، أو مرتين في السنة كحد أعلى مع بيان درجات التقدير، وطريقة التظلم منه، ونصت المادة (٢٧) منه على إصدار لائحة تبيّن قواعد وإجراءات التفتيش، أما المادة (٣٠) فقد قررت تشكيل لجنة من خمسة أعضاء تختص بتأديب الأعضاء، وأبانت المواد التالية عليها إجراءات رفع الدعوى التأديبية والتحقيق فيها وحضور المتهم وتوقيفه وسرية جلسات التأديب وشمول الحكم للأسباب التي بُني عليها، وأنواع العقوبات إلى غير ذلك من المواد الإجرائية الخاصة بأسباب انتهاء خدمة العضو وتحديد صلاحيات رؤساء الفروع.
كما نصت المادة (٤٧) على أن يقوم رئيس الديوان برفع تقرير سنوي إلى جلالة الملك عن أعمال الديوان متضمناً ملاحظاته ومقترحاته، وأن يتم في نهاية كل عام تصنيف الأحكام التي أصدرتها دوائر الديوان وطبعها ونشرها في مجموعات.

إن المملكة العربية السعودية نشأت نشأة إسلامية وعملت على إرساء قواعد العدالة بالنسبة للمواطنين كافة، واقتضى ذلك الاهتمام بولاية المظالم، حيث جعل المغفور له الملك عبد العزيز بابه مفتوحا لأصحاب المظالم ودعا الناس أن يأتوه بمظالمهم، وأن يضعوا شكواهم في صندوق الشكايات المعلق على دار الحكومة.

هذا وقد صدرت بموجب قرار من مجلس الوزراء قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم [1] تضمنت القواعد الإجرائية في رفع الدعوى الإدارية ومتطلباتها والمدة اللازمة لرفعها، محدداً مدة خمس سنوات لسماعها، وكذلك إجراءات سماع أقوال طرفي الخصومة وإصدار الأحكام وتنفيذها، وفي الباب الثاني تناول القرار في مادته الثامنة إجراءات رفع الدعاوى الجزائية والتأديبية بموجب قرار اتهام من هيئة الرقابة والتحقيق، وكيفية تنظيم الموقوف احتياطياً، والممنوع من السفر، وانقضاء هذه القضايا بوفاة المتهم، وخصص الباب الثالث لبيان إجراءات النظر في الدعوى أمام دوائر مشكلة من رئيس وعضوين بحضور ممثل الادعاء العام في القضايا الجزائية، وأن تكون الجلسات علنية ما لم تقرر الدائرة جعلها سرية لأسباب تتعلق بمراعاة الآداب والنظام العام، وحالات شطب الدعوى وإصدار الأحكام الغيابية والحضورية وأسباب رد أي عضو من النظر في النزاع، وإجراءات سير الدعاوى والحكم فيها، وطرق الاعتراض على الأحكام أمام دوائر التدقيق[2].

---

[1] قرار مجلس الوزراء رقم ١٩٠ تاريخ ١٤٠٩/١١/١٦هـ الموافق (١٩٨٩/٦/١٩م) نشر بالعدد رقم ٣٢٦٦ وتاريخ ١٤٠٩/١٢/٤هـ الموافق (١٩٨٩/٤/٢٩م)

[2] بتأمل نصوص نظام ديوان المظالم يمكن القول أن أنواع الدعاوى الإدارية التي يختص بنظرها الديوان يمكن إرجاعها إلى نوعين رئيسيين هما: قضاء الإلغاء، والقضاء الكامل، وهو مسلك القضاء الإداري في العصر الحاضر، وقضاء الإلغاء يهدف إلى إلغاء القرارات الإدارية غير المشروعة، أو مما يسمى بدعوى تجاوز السلطة، وهو قضاء موضوعي يوجه إلى ذات القرار من حيث مشروعيته والحكم بإلغائه، ولا يمتد سلطان القاضي إلى أكثر من ذلك بينما يمارس القضاء الكامل عن طريق دعوى يرفعها من أصابه ضرر، أو اعتداء على حق من حقوقه الشخصية بقصد الحصول على التعويض العادل، وهو قضاء شخصي موجه إلى الإدارة لمطالبتها بحق للمدعي قبلها، ولا يقتصر دور القاضي على مجرد إلغاء القرار غير المشروع بل له تعديله، أو استبداله بغيره، أو الحكم بتعويض المتضرر عن الأضرار الناجمة عنه. راجع د./ محمد عبد القادر شبة – المرجع السابق – ص ٥٨٩ وما بعدها.

المبحث الثاني

التوازن المالي للعقد الإداري في الأنظمة السعودية

تمهيد وتقسيم :

سبق وأن تناولت بشيء من التفصيل في بداية الفصل الثاني من الباب الثاني من هذه الدراسة بأن الشريعة الإسلامية هي مصدر التشريع والأحكام منذ بداية تأسيس المملكة العربية السعودية في أوائل القرن العشرين، وقد نصت على ذلك المراسيم الملكية ذات الصفة التنظيمية واللائحية، (أشرت إلى بعضها)، وأن هذا المبدأ تكرر فيما بعد في الكثير من الأنظمة التي استهدفت وضع القواعد والحلول لممارسة النشاطات التجارية والصناعية والمهنية وغيرها.

ومن المسلم به أن أحكام الشريعة الغراء غير قابلة للتبديل، وهي بمثابة الإطار والدستور للحياة العامة في كل زمان ومكان.

وبموجب المادة (٦٧) من النظام الأساسي للحكم [١]، فإن هدف التشريع هو تحقيق المصلحة العامة ودفع المفسدة وفقاً لقواعد الشريعة، وتختص السلطة التنظيمية بوضع الأنظمة واللوائح، وتمارس اختصاصاتها وفقاً للنظام الأساسي للحكم ونظام مجلس الوزراء ونظام الشورى [٢]

وحددت المادة (١٨) من نظام مجلس الوزراء لسنة ١٣٧٣هـ الموافق (١٩٥٣م) [٣] الإطار العام الأساسي لإدارة جميع أجهزة الدولة بما فيها الجهاز التشريعي بالنص على الآتي: ((يرسم مجلس الوزراء السياسة الداخلية والخارجية، والمالية والاقتصادية، والتعليمية والدفاعية وجميع الشؤون العامة للدولة، ويشرف على تنفيذها ويملك السلطة التنظيمية والسلطة التنفيذية

---

[١] صدر هذا النظام بالمرسوم الملكي رقم ٩٠/١ وتاريخ ١٤٢١/٨/٢٧هـ الموافق (٢٠٠٠/١١/٢٤م).

[٢] الأداة التشريعية في المملكة هي: ١- المرسوم الملكي ٢- قرار مجلس الوزراء ٣- الأمر السامي ٤- القرار الوزاري ٥- التعميم الوزاري.

[٣] نشر هذا النظام في جريدة أم القرى العدد رقم (١٣٨٥) وتاريخ ١٣٧٣/٢/٨هـ الموافق (١٩٥٣/١٠/١٦م) وتم إلغاؤه بالنظام الصادر عام ١٣٧٧هـ الموافق (١٩٥٧م) ثم ألغي بالنظام النافذ حالياً الصادر بالأمر الملكي رقم أ/١٣ في ١٤١٤/٣/٣هـ الموافق (١٩٩٣/٨/٢٠م) منشور بجريدة أم القرى العدد رقم (٣٤٦٨) تاريخ ١٤١٤/٣/١٠هـ الموافق (١٩٩٣/٨/٢٧م).

والسلطة الإدارية، وهو المرجع للشئون المالية ولجميع الشؤون المرتبطة في سائر وزارات الدولة والمصالح الأخرى وهو الذي يقرر ما يلزم اتخاذه من إجراءات في ذلك..))

كما قررت المادة (٢٢) من النظام المذكور بأن ((لكل وزير الحق بأن يقترح على المجلس مشروع نظام يدخل ضمن أعمال وزارته لغرض إقراره ...)).

ويستعين مجلس الوزراء بهيئة الخبراء وهي ضمن تشكيلات المجلس لمده بالرأي الفني ويحدد المجلس عدد الخبراء بحسب الحاجة ودور الهيئة إبداء النظر فيما يطلب إليها من رئيس مجلس الوزراء أو المجلس، أو إبداء الرأي فيما تحال من الوزارات المختصة من مسائل تتطلب إبداء الرأي الفني فيها.

وبناءً على الصلاحيات المخولة لمجلس الشورى فإن له: (أ) حق المناقشة وإبداء الرأي في السياسات العامة للدولة التي تحال عليه في مجلس الوزراء، وعلى وجه الخصوص مناقشة الخطة العامة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية، وإبداء الرأي نحوها. (ب) دراسة الأنظمة واللوائح، والمعاهدات والاتفاقيات الدولية والامتيازات، واقتراح ما يراه بشأنها. (ج) تفسير الأنظمة [1].

ويدرس المجلس مشروعات الأنظمة واللوائح المعروضة عليه ويصوّت عليها حسب الإجراءات المحددة في نظامه الداخلي.

ولمّا كان من المستقر عليه فقهاً وقضاءً أن القانون الإداري هو ذلك الفرع من القانون العام الداخلي الذي يحكم النشاط الإداري في الدولة، ولمّا كانت قد صدرت العديد من الأنظمة الإدارية في المملكة مثل نظام المزايدات [2]، ونظام المناقصات[3] ونظام المناقصات والمزايدات [4]، ونظام الخدمة المدنية [5] وغيرها

---

[1] المادة (١٥) من نظام مجلس الشورى الصادر المرسوم الملكي رقم أ/٩١ وتاريخ ١٤١٢/٨/٢٧هـ الموافق (١٩٩٢/٣/١م).

[2] صدر بموجب الأمر السامي رقم ٥٥١٠ في ١٣٦١/٤/١٧هـ الموافق (١٩٤٢/٥/٣م).

[3] صدر بموجب الأمر السامي رقم ٨٤٢٧ في ١٣٦١/٧/٣هـ الموافق (١٩٤٢/٧/١٦م)

[4] صدر بموجب المرسوم الملكي رقم م/٦ في ١٣٨٦/٢/٢٤هـ الموافق (١٩٦٦/٦/١٣م) وألغي بنظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها رقم م/١٤ في ١٣٩٧/٤/٧هـ الموافق (١٩٧٧/٣/٢٧م).

[5] صدر بموجب المرسوم الملكي رقم م/٤٩ في ١٣٩٧/٧/١٠هـ الموافق (١٩٧٧/٦/٢٦م).

ولمّا تحوّل ديوان المظالم بموجب نظامه الصادر عام ١٤٠٢هـ الموافق (١٩٨٢م) إلى جهة قضاء إداري مستقل بالمعنى الاصطلاحي الحديث أصبحت الإدارة السعودية بالإضافة إلى خضوعها من حيث المبدأ لسلطان الشريعة الإسلامية والأنظمة واللوائح، لديها قضاء إداري أنيط به رقابة أعمال تلك الإدارة [١] لذا يمكن القول بوجود قانون إداري بالمعنى الفني الدقيق، أو الضيق في المملكة العربية السعودية كما هو في اصطلاح فقهاء القانون الإداري، كما يمكن تصنيف المملكة بأنها من الدول ذات القضاء المزدوج.

ولغرض دراسة موقف المنظم السعودي تجاه نظريات التوازن المالي ومدى أخذه بها من خلال تأمل النصوص النظامية التي سنها في أنظمة المزايدات والمناقصات الحكومية والتي هي تمثل جوهر موضوع بحثنا، لكونها هي المنظمة في الأساس للقواعد والأحكام الخاصة بالعقود الإدارية وهي المرجع الأول للإدارة والمتعاقدين معها، بل هي التي تضفي على تصرفات الإدارة صفة المشروعية عند مباشرة نشاطاتها في هذا الميدان [٢].

---

[١] د./ فهد بن محمد بن عبد العزيز الدغيثر – المرجع السابق – ص ٩.

[٢] بدأت القواعد الخاصة المنظمة للعقود الإدارية في المملكة العربية السعودية منذ عام ١٣٦١هـ الموافق (١٩٤٢م) حين صدر نظاما المناقصات والمزايدات وتعدلت هذه القواعد بموجب نظام الممتلين المالبين الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٨٥) في ١٣٨٠/٩/٢٠هـ الموافق (١٩٦١/٣/٧م) واستقرت أحكام المناقصات والمزايدات بصدور المرسوم الملكي رقم (٦) وتاريخ ١٣٨٦/٢/٢٤هـ الموافق (١٩٦٦/٦/١٣م) الذي نظم بصورة شاملة كيفية اختيار الإدارة للمتعاقد معها وطرق إبرام عقودها وأحكام وآثار هذه العقود. وهناك أحكام أخرى تحكم العقود التي تبرمها الإدارة، منها ما جاء في نظام مجلس الوزراء مثل عدم جواز بيع أموال الدولة، أو إيجارها، أو التصرف فيها إلاّ وفق النظام، وعدم جواز منح انحصار أو امتياز، أو استثمار مورد من موارد البلاد إلاّ حسب نظام خاص ومراعاة المصلحة العامة، وعدم جواز عقد القرض دون موافقة مجلس الوزراء، وصدور مرسوم ملكي يتضمن الإذن للحكومة بذلك، وعدم جواز تعاقد الإدارة، أو التزامها بمبالغ معينة إلاّ إذا وجد الاعتماد المالي اللازم، ومنها ما ورد في نظام إيجار أملاك الدولة انظر د./ مطلب عبد الله النفيسة – مقدمة العقود الإدارية – بحث منشور في النشرة الدورية التي يصدرها معهد الإدارة العامة – العدد الخامس – رمضان ١٣٨٦هـ ديسمبر ١٩٦٦م.

وحيث تعاقبت منذ تأسيس المملكة حتى وقتنا الحاضر عدة أنظمة لذا سوف أتناول في المطلب الأول النظريات من خلال الأنظمة السابقة، ثم في مطلبٍ ثانٍ سوف أتلمس ملامح الأخذ بالنظريات في النظام الحالي للمناقصات المسمى بنظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها، وفي مطلبٍ ثالث أخصصه لبيان موقف مجلس الوزراء تجاه نظريات التوازن المالي للعقد الإداري وذلك على النحو التالي:-

المطلب الأول

التوازن المالي من خلال الأنظمة السعودية السابقة :

يجب التنويه بداية إلى أن ديوان المظالم آنذاك لم يكن يملك الصلاحية الكاملة في نظر منازعات العقود الإدارية، إذ إن دوره بموجب نظامه الصادر في ١٣٧٤/٩/١٧هـ الموافق (١٩٥٥/٥/٨م) جهة تحقيق إداري واستشاري، ويصدر قرارات في المسائل التي تعرض عليه، إلاّ أن قراراته ليست نهائية، وإنما تحتاج إلى مصادقة من جلالة الملك في حالة عدم الموافقة عليها من الوزير، أو رئيس الدائرة المختصة [١].

مع العلم أن المحاكم الشرعية وهي صاحبة الاختصاص في نظر كافة أنواع الدعاوى إلاّ ما استثني بنص خاص [٢]، وباعتبارها صاحبة الولاية العامة في نظر النزاعات، كانت تنظر وتفصل نهائياً في قضايا تكون الجهة الإدارية طرفاً فيها، سواءً اكان العقد قد تضمن سلطات استثنائية لها، أو كانت الجهة الإدارية فيه تمارس نشاطاً مدنياً، كما هو مألوف في العلاقات بين أفراد القانون الخاص، ومرد ذلك عدم وجود قضاء إداري مختص ومفوض آنذاك.

---

[١] المادة (٢) من نظام ديوان المظالم السابق الصادر عام ١٣٧٤هـ الموافق (١٩٥٤م).

[٢] المادة (٢٦) من نظام القضاء الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٦٤ وتاريخ ١٣٩٥/٧/١٤هـ الموافق (١٩٧٥/٧/٢٢م).

إلاّ أنه صدر فيما بعد أمر سامي إلى رئيس القضاء طلب فيه توجيه رئيس المحكمة الكبرى بعدم نظر أي دعوى مقامة على جهة حكومية قبل العرض على المقام السامي والاستئذان منه، وقد تأكد هذا الحظر بالأمر السامي رقم ١٤٧٨/م وتاريخ ١٤٠٧/٩/٧هـ الموافق (١٩٨٧/٥/٥م) [١].

وإزاء هذا الوضع وبناء على المواد (١٨ و ٢٨ و٣٦) من نظام مجلس الوزراء الصادر في عام ١٣٧٧هـ الموافق (١٩٥٧م) التي تعطي الاختصاص للمجلس في الأمور المالية للدولة ومنها عدم صرف أي مبلغ من أموال الدولة إلاّ بموجب النظام، أو بقرار من مجلس الوزراء. والمادة (٢٦) التي تنص على أن مجلس الوزراء هو السلطة المباشرة لإدارة البلاد وله الهيمنة التامة على كافة قضايا الإدارة، فقد كانت قضايا ومطالبات تعويض المقاولين مع الجهات الحكومية ترفع لمجلس الوزراء ويبت فيها بموجب قرارات صدر العديد منها باستحقاق المقاولين لتعويضات عن الأضرار بمناسبة ما تعرضوا له من خسائر ناتجة عن ظروف طارئة، أو إجراءات إدارية غير متوقعة، أو صعوبات مادية مفاجئة، ويقصد المجلس من ذلك إعادة التوازن المالي للعقد المختل بسبب هذه الظروف ابتغاء تحقيق العدل والمصلحة العامة بتأمين استمرار سير المرافق العامة وهو ما سوف أتناوله لاحقاً في المطلب الثالث من هذا المبحث.

وكان أول تنظيم للمزايدات قد صدر بالأمر السامي رقم ٥٥١٠ في ١٣٦١/٤/١٧هـ الموافق (١٩٤٢/٥/٣م)، ثم صدر نظام المناقصات العلنية بالأمر السامي رقم ٨٤٢٧ في ١٣٦١/٧/٣هـ الموافق (١٩٤٢/٧/١٦م)، وقد نصت المادة (٢١) من نظام المزايدات على أنه ((إذا تم الحجز على أصوله القانونية (المزايد) ، أو جرى استلام مبلغ التأمين المنوه عنهما في المادة (١٦) من هذا النظام وتأمنت أقساط المصلحة تأميناً صحيحاً، فعلى الدائرة صاحبة

---

[١] الأمر السامي برقم ١١١٦٦ وتاريخ ١٣٨٧/٦/١٩هـ الموافق (١٩٦٧/٩/٢٣م) وقد أشار لهما الأستاذ/ عبد الله بن حمد الوهيبي – المرجع السابق – ص ٣٨٣.

المصلحة أن تسلم الملتزم المصلحة حالاً وإذا تأخرت عن ذلك فتكون ملزمة بالتعويض عن كل ضرر، أو عطل ينشأ بسبب هذا التأخير)). ومن عموم هذا النص يمكن القول بإطلاق حق المتعاقد في التعويض عن أية خسائر يتعرض لها نتيجة تأخير تسليمه المصلحة محل التعاقد (المرفق العام) سواء كان هذا التأخير ناتجاً بسبب خطأ من الإدارة، أو بدون خطأ منها.

كما نصت المادة (٢٥) من نظام المزايدات بأنه ((لا تكلف الدائرة صاحبة المصلحة بقبول الاعتذار من الملتزم نحو خسارته في المصلحة بأي حال من الأحوال...)) [١].

ويفهم من هذا النص أن أي خسارة تلحق المتعاقد حتى وإن كان سببها ظروف مفاجئة خارجة عن إرادته تؤدي إلى الإخلال في توازن العقد لن تكون مقبولة؛ لتخلي المتعاقد عن التزامه، ولكن السؤال الذي يبرز هنا هو هل هذا الحظر ينسحب أيضاً على حقه في المطالبة بالتعويض عما لحقه من خسائر؟

والجواب بأني أرى أن النص قاصر على حالة الاعتذار عن التنفيذ أي (طلب الفسخ) ذلك أنه حسب مفهوم المخالفة فإن النص لم ينفِ حق المتعاقد في طلب التعويض وأيضاً حسب الحديث الشريف (لا ضرر ولا ضرار) والقاعدة المستنبطة منه (الضرر يزال) وأيضاً حسب القواعد العامة للمسئولية.

وحملت المادة (٣٨) من نظام المناقصات[٢] الجهة الإدارية مسئولية التعويض عن الأضرار التي تصيب المتعاقد معها بسبب تأخر الجهة الإدارية في دفع الأقساط المستحقة عن الأعمال المنجزة في مواعيدها المحددة، بل أجازت للمتعاقد وكفيله التخلي عن التزاماته مع تحميل الدائرة نفسها ما ينشأ عن سوء تصرفها من أضرار تلحق ذلك المتعاقد.

ويبين مما تقدم أن المنظم السعودي بموجب النظامين السابقين قرر حق المتعاقد في التعويض عند إخلال الجهة الإدارية بالتزاماتها العقدية، ولم يتطرق إلى حالات التعويض بدون

---

[١] تكرر هذا النص في المادة (٢٥) من نظام المناقصات العلنية المشار له آنفاً.

[٢] صدر بموجب الأمر السامي رقم ٨٤٢٧ في ١٣٦١/٧/٣هـ الموافق (١٩٤٢/٧/١٦م)

خطأ منسوب للجهة الإدارية المتعاقدة لسبب بسيط هو أن مبادئ نظريات التوازن المالي في ذلك الوقت لم تكن متبلورة وشائعة في بلد نشأتها، لذا من غير المتصور وجود تطبيقات لها في الدول الأخرى.

وبعد نحو عقدين ونيف من الزمان صدر نظام جديد باسم نظام المناقصات والمزايدات [1] فهل تبلورت في هذا النظام فكرة التوازن المالي للعقد، هذا ما سوف نتعرض له فيما يلي:-

بداية فقد أجازت المادة (٥) من هذا النظام النص عند التعاقد على تعديل الأثمان المتفق عليها بنسبة ما يطرأ أثناء التنفيذ على أسعار بعض المواد، أو أجور العمال من ارتفاع، وقيدت ذلك بوضع حد أقصى لنسبة الزيادة مع حفظ حق الجهة الإدارية في الاستفادة مما يطرأ على الأسعار والأجور من انخفاض.

ولا ريب في أن المنظم هنا قد أخذ بمبدأ التوازن المالي للعقد بإجازة الاتفاق على تعديل الأسعار بما يتماشى مع أسعار السوق وقت التنفيذ، وأن قيده بحد أقصى بما لا يتفق مع ما تقضي به نظرية الظروف الطارئة من إطلاق في هذا الشأن، اللهم إلاّ فيما يخص حجم الخسارة التي تلحق بالمتعاقد فلم يشترط النص أن تكون جسيمة، مع التنويه إلى أن القاضي الإداري عند حصول نزاع يؤسس حكمه في هذه الحالة على نص اتفاقي رضائي وليس على مبادئ وأفكار نظرية الظروف الطارئة.

إلاّ أن المنظم السعودي أعلن موقفه صريحاً تجاه الأخذ بنظرية عمل الأمير في المادة (٢٧) من هذا النظام بإثبات حق المتعاقد مع الإدارة في احتساب فرق الرسوم والضرائب التي دفعها فعلاً في حالة ما إذا حصل تغيير في التعرفة الجمركية، أو الرسوم الأخرى في المدة بين تقديم عطاءه، وآخر موعد للتوريد، وكان قد تم التوريد في مواعيده، عندها يستحق المتعاقد تعويضاً مساوياً للزيادة التي طرأت على هذه الرسوم. أمّا إذا كان التغيير بخفض الرسوم فإن الفرق يخصم من قيمة العقد.

---

[1] صدر بموجب المرسوم الملكي رقم م/٦ وتاريخ ١٣٨٦/٢/٢٤هـ الموافق (١٩٦٦/٦/١٣م) ونشر بالجريدة الرسمية (أم القرى) بتاريخ ١٣٨٦/٣/٨هـ الموافق (١٩٦٦/٦/٢٦م).

وهنا نجد أن النظام قد قرر حق المتعاقد في التعويض عن ارتفاع الرسوم الحكومية أثناء تنفيذ العقد وهو المبدأ الذي قررته نظرية عمل الأمير، وبناءً عليه فإن مرجع القاضي الإداري عند الحكم بالتعويض عن دفع فرق الرسوم، هو نص النظام المتوافق مع مبادئ النظرية المذكورة، كما يلاحظ أيضاً أن النص لم يقصر التعويض على رفع الرسوم والضرائب الناتج عن فعل الجهة المتعاقدة وإنما ورد مطلقاً، وبذا يتفق مع المفهوم الواسع لنظرية عمل الأمير الذي يدعو إلى تطبيق النظرية حتى في حالة كون الإجراء الحكومي صادراً من غير الجهة المتعاقدة.

أما المادة (٢٩) من النظام ذاته فقد قننت حق الإدارة في أحد أهم وأبرز السلطات الاستثنائية لها فى العقود الإدارية حينما أجازت لها حق تعديل كمية المناقصة، أو أي صنف منها بالزيادة أو النقص بنسبة لا تزيد عن ٢٠% من قيمة العقد [١]، وهو حق للإدارة مسلم به في الفقه والقضاء الإداري عند مباشرتها لمهامها من خلال العقود الإدارية بناءً على قاعدة تغير الظروف ومتطلبات المرفق العام وتغليب حاجة المصلحة العامة، ذلك أن الواقع يثبت أن مستلزمات المصلحة العامة لا تكون دائماً ثابتة، بل إنها تتعرض للتغييرات والتقلبات الاقتصادية والاجتماعية، في ظل التطورات العلمية المتسارعة وما تفرزه من مستجدات على الواقع من حاجات ووسائل حديثة لإشباعها [٢].

إلاّ أن هذا الحق ليس مطلقاً فقد قيدته المادة (٤٥) في عقود التوريد في الحالات التي يستكمل المتعاقد توريد كميات العقد الأصلية، وتتم موافقة الجهة الإدارية عليها نهائياً،

---

[١] صدر التعميم السامي رقم ٢١٩٠٩ وتاريخ ١٤٠٣/٩/١٥هـ الموافق (١٩٨٣/٦/٢٥م) بتخفيض النسبة المشار إليها في حالة الزيادة لتصبح ١٠% بدلاً من ٢٠%.

[٢] وقد عرفت هذا الحق لجنة تدقيق القضايا في قرارها رقم ٢٦/ت لعام ١٣٩٩هـ الموافق (١٩٧٩م) إذ ورد فيه قولها ((من الخصائص الأساسية للعقود الإدارية، والتي تميزها عن غيرها من العقود الخاصة أن للإدارة حق التدخل في شروط العقد بالزيادة، أو النقص طالما أن ذلك يستهدف الصالح العام دون أن يكون للطرف الثاني حق الاعتراض، وله المطالبة بالتعويض إن كان له وجه...)) هذا القرار صدر في القضية رقم ١١٣/ق لعام ١٣٩٧هـ الموافق (١٩٧٧م) – مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية ١٣٩٧ – ١٣٩٩ الموافق (١٩٧٧م – ١٩٧٩) المرجع السابق – ص ٥٤٠.

فإنه لن يكون لها الحق في زيادة الكمية في هذه الحالة، بعد انقضاء ثلاثة أرباع مدة العقد إذا يعتبر العقد منتهياً ويرد تأمين المتعاقد بأكمله.

وقد حرص المنظم في المادة (٣١) من النظام المذكور على تجنيب المتعاقد مع الإدارة من الوقوع في حالة تندرج تحت نظرية الصعوبات المادية الاستثنائية غير المتوقعة إذ أوجب على المتعاقد التحري بنفسه قبل تقديم عطاءه عن طبيعة العمل والظروف المحلية، وأن يحصل بنفسه على المعلومات الكاملة الكافية عن كل الأمور التي يمكن بأي كيفية أن تؤثر على فنات، أو أثمان أو مخاطر، أو التزامات العقد، كما ألزمت المادة في فقرتها الأخيرة الجهة الإدارية تقديم كل ما يطلب منها المتعاقد من بيانات في هذا الشأن قبل تقديم العطاء.

ويستفاد من مفهوم المخالفة لهذه المادة بأن النظام يسلم بوجود نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة لذا فقد أوجب على المتعاقد التحري بنفسه عن طبيعة الأرض والحصول على المعلومات الكاملة ومعرفة ظروف التنفيذ قبل تقديم عطاءه، كما ألزم الجهة الإدارية تقديم كل ما يطلبه من بيانات مما سوف يحول دون حصول عنصري المفاجأة وعدم التوقع اللازمان لتحقق شروط النظرية، وبالتالي توفير الوقت والجهد والمال للجهة الإدارية والمتعاقد على حد سواء والنأي بهما عن أتون المنازعات القضائية وضمان سير المرافق العامة بانتظام واضطراد.

ويظهر من نص المادة (٨٥) من نظام المناقصات السابق بأن المنظم قد أجاز إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير إذا ثبت أن التأخير نشأ من حادث قهري، وأنه لم يلحق بجهة الإدارة ضرر أو عطل بطريقة مباشرة، أو غير مباشرة واقتنعت الجهة الإدارية بذلك ووافقت وزارة المالية والاقتصاد الوطني على هذا الإعفاء.

ولا جدال في أن هذا النص يشير صراحة إلى حالة توفر شروط نظرية الظروف الطارئة نتيجة لحادث قهري باستثناء أن النص المتقدم يشترط عدم حصول ضرر للإدارة من هذا التأخير

وهو شرط لا يتفق مع جوهر هذه النظرية وفقاً لما حددها الفقه والقضاء الإداري من شروط [1]. فضلاً عن كون النص يقتصر على الإعفاء من غرامة التأخير دون تعويض الأضرار الناتجة عنه.

ونجد أن المادة (٩٥) من النظام قد أجازت للجهة الإدارية النظر في تخفيض الغرامة، أو الإعفاء منها، إذا أثبت المتعاقد بالمستندات والأدلة المقنعة أن سبب التأخير كان خارجاً عن إرادته ولم يكن في إمكانه توقعه وقت التعاقد.

ومضمون نص المادة المتقدم هو تطبيق كامل لمتطلبات نظرية الظروف الطارئة من حيث كون السبب في التأخير خارجاً عن إرادة المتعاقد ولم يكن بالإمكان توقعه.

وجاءت المادة (١٠٢) من نظام المناقصات بنص مماثل لنص المادة (٣١) سالف الإشارة، حيث ألزم المقاول بأن ((يتحرى بنفسه طبيعة الأرض والقيام على حسابه الخاص بالاختبارات اللازمة وذلك للتأكد من صلاحية التربة للتأسيس عليها طبقاً للرسومات المعتمدة ...)) ويقصد المنظم بهذا النص أيضاً الحد من حالات المطالبة بالتعويض بناءً على نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

وفي المادة (١٠٦) من النظام ذاته ما يفيد الأخذ بنظرية عمل الأمير فهي وإن أوجبت على المقاول أن ينهي جميع الأعمال الموكلة إليه بما في ذلك أية زيادات، أو تغييرات تصدر بها تعليمات من الجهة صاحبة المقاولة بمقتضى ما يكون مخولاً لها من حقوق في العقد بحيث تكون كاملة وصالحة للتسليم في المواعيد المحددة، وقد جاء التفسير الرسمي لهذه المادة في خطاب سمو

---

[1] في خطاب وكيل وزارة المالية والاقتصاد الوطني رقم ٢/١٢/١٣٧٠٣ في ١٣٨٦/١/٢٥هـ الموافق (١٩٦٦/٥/١٥م) عدد شروط الإعفاء في مثل هذه الحالة وأضاف قوله ((... بعد أن يقدم المتعهد كافة الأدلة والمستندات التي تثبت بأن سبب التأخير خارج عن إرادته، ولم يكن في إمكانه توقعه وقت التعاقد))، وكان أكثر وضوحاً في إمكانية النظر في تعويض المتعاقد بناءً على نظرية الظروف الطارئة في خطابه رقم ٢/١٢/٥١٨٠ في ١٣٨٧/٤/٢٩ الموافق (١٩٦٧/٨/٥م) إذ جاء فيه ((ويلتزم المتعاقد المدين بالالتزام بتنفيذ العقد وفقاً لشروطه وإذا ما لحقته نتيجة الظروف الطارئة خسارة كما حددتها هذه النظرية، فإنه يمكن لوزارة المالية والاقتصاد الوطني بموجب المادة (٨٥، ٩٥) من نظام المناقصات والمزايدات النظر في الموضوع)).

وزير المالية والاقتصاد الوطني الذي أوجب على الجهة الإدارية إضافة مدة للتنفيذ مساوية للمدة التي تسببت فيها الوزارة بتأخير المقاول عن العمل [1].

وأرى أن هذا الخطاب يتماشى مع نظرية عمل الأمير للتوازن المالي للعقد الإداري بإعطاء المقاول وقتاً إضافياً مقابل ما فرضته عليه الإدارة بإرادتها المنفردة من التزامات إضافية أثناء التنفيذ كما هو وارد في النص.

وقد تكررت تعاميم وزارة المالية والاقتصاد الوطني التي تستثني المتعاقد من غرامة التأخير إذا كان التأخير بسبب خارج عن إرادته ولم يكن في إمكانه توقعه عند التعاقد، أو دفعه أثناء التنفيذ واشترطت لهذا الإعفاء موافقتها عليه[2].

المطلب الثاني

التوازن المالي من خلال نصوص نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها [3]

صدر النظام النافذ حالياً بالمرسوم الملكي رقم م/١٤ وتاريخ ١٣٩٧/٤/٧هـ الموافق (١٩٧٧/٣/٢٧م)، وسمي نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها، وبموجب المادة (١٤) منه فقد ألغى هذا النظام كل ما يتعارض معه، وبالتالي يكون قد ألغى من نظام المناقصات والمزايدات الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٦ وتاريخ ١٣٨٦/٢/٢٤هـ الموافق (١٩٦٦/٦/١٣م)، النصوص التي تتعارض مع أحكامه فقط مع استمرار سريان نصوصه الأخرى.

وفيه أكد المنظم السعودي على موقفه تجاه الأخذ ببعض أفكار ومبادئ نظريات التوازن المالي للعقد الإداري نتعرف عليها فيما يلي:-

---

[1] رقم الخطاب هو ١٣٨ وتاريخه ١٣٨٨/١/٢٦هـ الموافق (١٩٦٨/٤/٢٤م).

[2] مثال ذلك تعميم وزارة المالية والاقتصاد الوطني رقم ١/٤/١٤٤٥٩ تاريخ ١٣٨٦/١٢/٢١هـ الموافق (١٩٦٧/٤/١م) وتعميمها رقم ١/٤/١٦٣٠٣ في ١٣٨٨/١٢/٢٩هـ الموافق (١٩٦٩/٣/١٨م) وتعميمها رقم ٤٢٢٦/٤ في ١٣٩٠/٣/١١هـ الموافق (١٩٧٠/٥/١٩م).

[3] صدر مؤخراً نظام جديد باسم نظام المناقصات والمشتريات الحكومية سوف يطبق اعتباراً من ١٨صفر ١٤٢٨هـ الموافق (٢٠٠٧/٣/٧م) للمزيد من التفاصيل أنظر ص ٤٢٣.

تحت عنوان القواعد الأساسية لهذا النظام ألزمت الفقرة (ب) من المادة الأولى، الإدارة بتوفير المعلومات الكاملة والموحدة عن العمل المطلوب للمتنافسين مع تمكينهم من الحصول على هذه المعلومات في وقت واحد مع تحديد ميعاد واحد لتقديم عروضهم.

ونستنتج من هذا النص حرص المنظم على توفير كافة المعلومات عن العقد، وظروف التنفيذ، وطبيعة الأرض، وكل ما يحيط به ظاهراً، أو باطناً من مؤثرات على التزامات المتعاقد بحيث يقدم على التعاقد، وهو عالم بكافة التفاصيل، مدركاً مشاقها وأعباءها، منتفية عنه حالة الغرر والجهالة شرعاً ونظاماً، وأن تكون تلك المعلومات متاحة للجميع، وفي مواعيد موحدة ومعلنة لهم في وقت واحد تأكيداً لمبدأ المساواة بينهم.

وتأسيساً على النص المتقدم فصّلت اللائحة التنفيذية هذه المادة بما يتوافق مع ما ورد في نصوص النظامين السابقين من حيث إلزام مقدم العرض في مقاولات الأعمال والصيانة والتشغيل على التحري بنفسه قبل تقديم عرضه عن طبيعة العمل والظروف المحلية وأن يحصل على كافة البيانات الكافية عن كل الأمور التي يمكن بأي كيفية أن تؤثر على فئات عرضه ومخاطر التزاماته.

كما ألزم النص الجهة الإدارية بأن تقدم كل ما يطلب منها من بيانات في هذا الشأن وأن تكون متوفرة لديها قبل ميعاد تقديم العرض [1].

وبديهي أن المنظم يهدف من النص المتقدم الحيلولة دون وقوع المتعاقدين مع الإدارة في مفاجآت وصعوبات ناتجة بسبب طبيعة الأرض، أو ظروف التنفيذ، والعوامل المؤثرة فيه وبالتالي تجنب مطالبة المتعاقدين مع الإدارة التعويض بموجب نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة حيث لا يوجد عنصري المفاجأة، أو عدم التوقع فيما سوف يواجههم من صعوبات وتكاليف مالية غير معتادة أثناء التنفيذ بعد تمكينهم من الإطلاع التام على طبيعة العمل، وظروف المشروع، والعلم الكامل بمتطلباته قبل تقديم عروضهم.

---

[1] المادة (٨) من اللائحة التنفيذية لنظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها.

وبذلك يتوفر الإجراء الوقائي لضمان التوازن المالي للعقد ابتداءً، وتجنيب الإدارة والمتعاقد معها الخلافات والمنازعات القضائية عند مباشرتها لمهامها في إنشاء وتشغيل المرافق العامة، وتضمن الإدارة عندها تحقيق غاياتها في استمرار المرافق العامة وتقديم خدمتها لجمهور المنتفعين منها والنأي بنفسها عن مضار الدخول في منازعات قضائية مع المتعاقدين معها تأخذ الكثير من الجهد والوقت وتستنزف المال العام وتعرقل مشاريعها المخصصة للنفع العام [1].

وكرر المنظم في (المادة التاسعة فقرة أ) من هذا النظام موقفه في الأنظمة السابقة في إثبات حق المتعاقد بالإعفاء من غرامة التأخير إذا كان التأخير ناتجاً عن القوة القاهرة أو الحدث الطارئ أو بسبب لا دخل لإرادة المتعاقد فيه سواءً أكان ذلك في عقود الأشغال العامة أو عقود التشغيل والصيانة وعقود الأعمال الاستشارية.

---

(١) مضمون هذا النص قد تضمنه النموذج المعتمد لعقد الأشغال العامة مادة (٢٢) من الشروط والمواصفات الخاصة والعامة، كما أن نص المادة الحادية عشرة منه افترض علم المتعاقد قبل تقديم عرضه بكافة التزاماته، وأن الأسعار التي دونها في عرضه تكفي لتغطية جميع التزاماته العقدية وغيرها من الأمور اللازمة لتغطية جميع الأعمال والخدمات بشكل متقن.

ويلاحظ على هذا النص أنه ينقل عبء الإثبات على المقاول في عدم حصوله على المعلومات الكافية عن العمل وظروفه، وطبيعة الأرض وملاءمتها للأعمال، وغير ذلك من المعلومات الضرورية لإنجاز العمل. ويوفر النص المتقدم الحماية اللازمة للجهة الإدارية من سيل المطالبات والدعاوى الناشئة بسبب الصعوبات والنفقات المالية أثناء تنفيذ العقد فضلاً عن أن من شأن هذا النص التقليل من حالات توقيف العمل في مثل هذه المشاريع بحكم أنه يحد من الخلافات لما يولده الإقرار الضمني من المتعاقد بعلمه وإطلاعه على كافة ظروف ومتطلبات العمل من شعور لديه عند مواجهة الصعوبات والخسائر بأنه كان ينبغي عليه توقعها قبل تعاقده وأنها جزء من التزاماته العقدية.

كما عالجت هذه المادة حالة مواجهة المتعاقد (أية صعوبات مادية، أو عقبات غير عادية لم يكن في إمكان أي مقاول مجرب توقعها عقلاً، فإن عليه أن يقوم فوراً وفي ميعاد لا يتجاوز عشرة أيام من تاريخ اكتشاف هذه الصعوبات والعقبات بإخطار المهندس، أو ممثل المهندس خطياً بذلك، وعلى المهندس في هذه الحالة أن يقدم تقريراً في الموضوع إلى صاحب العمل متضمناً رأيه في التكاليف الإضافية التي تكبدها المقاول بسبب تلك الصعوبات والعقبات إذا تأكد من وقوعها، وذلك للنظر فيه من قبل صاحب العمل وتقرير ما يراه مناسباً بشأنه على أنه إذا لم يتقدم المقاول خلال العشرة أيام المذكورة بإخطار المهندس والمطالبة بالتعويضات سقط حقه في هذه المطالبة).

ونلمح في النص المتقدم تشخيص لحالة الظروف الطارئة ووسيلة علاجها، وحدد النص معيار عدم التوقع للصعوبات والعقبات هو معيار ((المقاول المجرب)) في قدرته على توقع حصول الصعوبات من عدمها وهذا توجه جيد لتحديد عنصر عدم التوقع إذ يكفي أن يكون المقاول المجرب سبق له الدخول في مثل هذه التعاقدات لقياس هذه الحالة، ولم يشترط صفة أخرى كالخبرة الطويلة في مجال العمل، أو درجة عالية من الحرص والكفاءة.

والنص المتقدم واضح بما فيه الكفاية بإقرار حق المتعاقد بالإعفاء من غرامة التأخير في حالة الظروف الطارئة غير المتوقعة، وهذا النص من نصوص النظام العام الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

ويعتبر هذا النص أول نص نظامي في المملكة العربية السعودية يتعلق بنظرية الظروف الطارئة إذ يجوز للإدارة بموجبه إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير إذا كان التأخير ناتجاً عن أسباب لا دخل للمتعاقد فيها [1].

وفي الفقرة (ب) من هذه المادة نجد أنها أجازت للوزير، أو رئيس الدائرة تمديد مدة العقد إذا كان التأخير ناتجاً بسبب تكليف المتعاقد بأعمال جديدة، أو إذا صدر أمر من الجهة الإدارية بوقف الأعمال لأسباب لا دخل للمتعاقد فيها.

ويستفاد من مضمون النص في فقرتيه أعلاه بأن النظام السعودي قد حرص على إنصاف المتعاقد بإعادة التوازن للعقد حينما أجاز تمديد العقد مدة إضافية مساوية لفترة التأخير التي لا يد للمتعاقد في حصولها وبالطبع فإن ذلك يقرر ضمناً إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير في هذه الحالات.

وتناولت اللائحة التنفيذية للنظام في مادتها الخامسة والعشرين حق الجهة الإدارية في تعديل عقودها بالزيادة، أو النقص في حدود نسبة ٢٠% من مجموع قيمة العقد [2]، وهذا النص يماثل النص الوارد في المادة (٢٩) من النظام السابق، وكما سبق القول فإن هذا النص هو

---

[1] من هذا الرأي د./ عبد العزيز محمد المتيهي – دعاوى التعويض الناشئة عن المسئوليتين التقصيرية والعقدية وتطبيقاتها في الفقه والقضاء الإداري – رسالة دكتوراه مقدمة للمعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية – ١٤٢٤هـ الموافق (٢٠٠٣م) المجلد الثاني ص ٦٨٠.

[2] تم تعديل هذه النسبة فيما بعد راجع– ص ٢٩٣ من هذه الدراسة.

كاشف لحق ثابت للإدارة فقهاً وقضاءً، بل هو السمة المميزة للعقود الإدارية فيما تتمتع به من سلطات استثنائية غير معروفة في عقود القانون الخاص [1].

وكما تقدم فإن حق الإدارة في تعديل العقد ليس مطلقاً، وإنما ترد عليه قيود يجب عليها عدم تجاوزها، ومن ذلك ألاّ يؤدي هذا التعديل إلى تغيير جوهري في طبيعة المشروع، وألاّ يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد، أو تجاوز نسب التعديل بالزيادة، أو النقص المحددة نظاماً وقد ورد هذا القيد في حكم هيئة تدقيق القضايا رقم ١٥٤/ت/١ لعام ١٤٢١هـ الموافق (٢٠٠٠م) [2] بقولها ((من المسلم به حق الإدارة في تعديل مخططات المشروع طبقاً لما تقتضيه المصلحة العامة، ما لم يؤد تعديلها إلى تغيير جوهري في طبيعة المشروع، أو يتجاوز الزيادة والنقص النسبة المحددة نظاماً، وبتطبيق ذلك، فإن التعديل المدعى به لم يخرج بالمشروع عن طبيعته، ولم تقف الهيئة على زيادة في الكميات عن النسبة النظامية)).

كما يجب ألاّ يؤدي تعديل العقد بناءً على ما تخوله المادة (٢٥) سالفة الذكر للجهة الإدارية إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب وهو الأمر الذي أكده قرار ديوان المظالم رقم ١٧/ت لعام ١٣٩٨هـ الموافق (١٩٧٨م) في القضية رقم ١٠٩/ق لعام ١٣٩٧هـ الموافق (١٩٧٧م).

وقد حدد قرار لديوان المظالم عناصر التعديل الممكن للجهة الإدارية إجرائها على العقد الإداري بموجب النص النظامي المتقدم بقوله: ((... إن تعديل التزامات المتعاقد مع الإدارة يمكن أن يرد إلى ثلاثة عناصر هي كمية الأعمال، أو الأشياء محل العقد، وكذلك شروط التنفيذ

---

[1] المادة (٤٣) من أنموذج عقد الأشغال العامة والمادة (٣٣) من أنموذج عقد التشغيل والصيانة والنظافة أعطت الحق للإدارة بإجراء التعديلات والإضافات والإلغاءات ومنها زيادة الأعمال المتعاقد عليها بنسبة ١٠% أو تخفيضه بنسبة ٢٠% على ألا يؤدي هذا إلى التغيير في محل العقد وهو أمر يتفق مع ما هو سائد فقهاً وقضاءً في العقود الإدارية.

[2] هذا الحكم منشور في بحث للأستاذ/ عبد الله بن سعد السعد بعنوان سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية، مقدم إلى معهد الإدارة بالرياض في عام ١٤٢١هـ (الموافق ٢٠٠٠م) بإشراف الدكتور فؤاد محمد موسى ص ٣٦

المتفق عليها، وأخيراً مدة التنفيذ، فإذا عمدت الإدارة إلى التعديل خارج هذا النطاق، أو كانت قد التزمته ولكن جاوزت بالتعديل حدود المألوف كان ذلك منها مخالفة لإحكام النظام)) [1].

وقد صدر تعديل لنص المادة (٢٥) من اللائحة التنفيذية للنظام بموجب الأمر السامي رقم ٢١٩٠٩ وتاريخ ١٤٠٣/٩/١٥هـ الموافق (١٩٨٣/٦/٢٥م) بتعديل حق الإدارة في زيادة التزامات المتعاقد معها وذلك بإنقاص النسبة المئوية إلى ١٠% بدلاً من ٢٠% من قيمة العقد مع بقاء نسبة تخفيض الأعمال كما هي عليه، أي ٢٠% من قيمة العقد، وقد كان الداعي إلى إنقاص نسبة التعديل هذه كما ورد في الأمر السامي هو ((أن أغلب الأجهزة الحكومية تعتبر هذا الحق في الزيادة أمراً طبيعياً، يتم في أغلب العقود بالرغم من أن النظام قد أشار إلى ذلك من باب الجواز فقط، وأن الاستمرار في هذه القاعدة أصبح يمثل عبئاً مالياً يحسن النظر في الحد منه....)) لا سيما أن ما يعتمد للمشاريع هو في حدود تكاليفها الضرورية فقط الأمر الذي يترتب عليه المطالبة باعتمادات إضافية، أو النقل من مشاريع أخرى بالإضافة إلى أن تلك الزيادة تجعل الأجهزة الحكومية، والمكاتب الاستشارية المشرفة على التنفيذ أقل دقة عند وضع الشروط والمواصفات، أو خلال التنفيذ لعملها أنه بالإمكان تصحيح أي خطأ، أو نقص يظهر باستخدام صلاحيتها بإضافة نسبة ٢٠%. [2]

وتجدر الإشارة على أن المادة (٢٧) من أنموذج عقد التشغيل والصيانة والنظافة ومثيلتها المادة (٣٢) من أنموذج عقد الأشغال العامة أعفت الإدارة في حالة إيقافها العمل عن تعويض المقاول عن التكاليف الإضافية الناجمة عن هذا التوقف في حالات ثلاث هي:-

١- إذا كان منصوصاً عليه في العقد.

---

[1] قرار ديوان المظالم رقم ٢٢/ت لعام ١٣٩٨ (الموافق ١٩٧٨م) في القضية رقم ٣٠٤/ف مشار إليه في المرجع السابق - ص ٣٨.

[2] نص الأمر السامي منشور في بحث الأستاذ/ عبد الله بن مشاري بن عياف المقرن - المرجع السابق - ص ٥٣.

٢- إذا كان ضرورياً للقيام بالعمل بصورة أصولية، أو بسبب تقصير المقاول.

٣- إذا كان ضرورياً لسلامة الأعمال، أو أي جزء منها.

وقد أضيف في أنموذج عقد الأشغال العامة للحالة الثانية بإعفاء الإدارة من تكاليف المقاول الإضافية بسبب التوقف إذا كان بسبب الأحوال الجوية. ومع التسليم بموافقة الحالات الثلاثة للتوقف فيما يخص التكلفة الإضافية للقواعد العامة للمسئولية إلاّ أنني لا أرى وجاهة لتحميل المتعاقد لهذه التكاليف بسبب التوقف الناتج عن الأحوال الجوية، إذ إن هذه الحالة تندرج ضمن حالات نظرية الظروف الطارئة التي تتطلب من الجهة الإدارية مشاركة المتعاقد معها في تحمل معظم هذه التكاليف.

ونستنتج أيضاً من هذا النص عن طريق تفسيره حسب مفهوم المخالفة استحقاق المقاول للتعويض عن التكاليف الإضافية لفترة التوقف في غير الحالات المذكورة وهو الأمر الذي يسير في نفس الاتجاه الذي تقرره نظريات التوازن في هذا الشأن.

وتحت عنوان المخاطر الخاصة تكفلت المادة الأربعون من أنموذج عقد التشغيل والصيانة والنظافة ومثيلتها المادة الخامسة والخمسون من أنموذج عقد الأشغال العامة بتحديد مفهوم المخاطر الخاصة بأنها الحرب، وأعمال الغزو من قوات معادية، والأعمال العسكرية وما شابهها معفية المقاول عن مسئولية تعويض أي تخريب، أو تدمير للأعمال والممتلكات الخاصة بصاحب العمل أو الغير، أو أي عطل أو ضرر يلحق بالغير أياً كان بالأرواح أو بالأموال، إذا كان ناشئاً بسبب المخاطر الخاصة، بل قررت حق المقاول في أن يعوضه صاحب العمل عن الأعمال والمواد التي خصصها للعمل إذا أصابها تخريب، أو تدمير في هذه الأحول، كما تضمن النص حق المقاول في الحصول على تعويض من الجهة الإدارية على أساس سعر الكلفة مضافاً إليه الربح المعقول كما يحدده المهندس.

وقد أضاف النص للمخاطر الخاصة أي خراب، أو ضرر أو خسارة في الأرواح نتيجة انفجار، أو ضغط في أي مكان، أو زمان بسبب لغم أو قنبلة أو قذيفة أو ذخيرة، أو متفجرات أو أية مواد حربية يعتبر ناشئاً من المخاطر الخاصة ويطبق عليه حكمها، ما لم يكن ذلك ناشئاً عن إهمال المقاول، أو مقاولين من الباطن أو مستخدمين.

والنص المتقدم ما هو إلاّ تعريف اتفاقي للمخاطر غير المتوقعة التي تندرج تحت نطاق نظرية الظروف الطارئة وهو نص جيد يكشف عن موقف المنظم السعودي وحرصه على تحقيق التوازن المالي للعقد الإداري.

وأجازت هذه المادة في نهايتها للجهة الإدارية في كل وقت بعد نشوب الحرب إنهاء العقد بموجب خطاب كتابي للمقاول.

وفي المادة (٤١) ونظيرتها المادة (٥٦) من النموذجين سالفي الذكر على التوالي تم إلزام صاحب العمل (الجهة الإدارية) بأن يدفع للمقاول جميع الحقوق المستحقة له عن الأعمال التي قام بها بالإضافة إلى قيمة المواد والبضائع التي تم توريدها للموقع.

وحالة الحرب هذه التي تجيز فسخ العقد الإداري السعودي، وإن كانت تستمد قوتها تجاه الطرفين بموجب النصوص العقدية الرضائية، إلاّ أنها أيضاً تساير الاتجاه الفقهي والقضائي المستقر في نطاق القانون الإداري الذي يعطي الحق للإدارة في فسخ العقد عند قيام الحرب.

المطلب الثالث

التوازن المالي للعقد الإداري من خلال قرارات مجلس الوزراء السعودي:

مع أن النظام السعودي لم يتضمن نصوصاً مباشرة تقضي بتطبيق نظريات التوازن المالي للعقد الإداري عند توفر شروطها على منازعات العقود الإدارية، إلاّ أنه وكما سبق وأن استعرضت في المطلبين السابقين من هذا المبحث هنالك العديد من نصوص نظام المناقصات والمزايدات السابق التي تشير بصورة غير مباشرة إلى جواز الأخذ بشروط وآثار هذه

النظريات كنص المادة الخامسة التي تجيز النص في العقد على تعديل الأثمان المتفق عليها في العقد إذا طرأ على أسعار المواد، أو أجور العمال ارتفاع أثناء التنفيذ، والمادة (٢٧) التي أعطت الحق للمتعاقد في احتساب فرق الرسوم والضرائب عند زيادتها خلال مدة العقد، بينما أجازت المادة (٨٥) إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير إذا ثبت أن التأخير كان ناتجاً عن حادث قهري، والمادة (١٠٢) تلزم المتعاقد بالتحري بنفسه عن طبيعة الأرض وصلاحية التربة بغرض الحد من حالات مفاجآت وخسائر الصعوبات المادية غير المتوقعة. كما التزم المنظم السعودي هذا الاتجاه في مواد نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها ولائحته التنفيذية (النافذ حالياً) حسب التفصيل المتقدم.

ولكون ديوان المظالم في ظل نظامه السابق لا يملك صلاحية القضاء المفوض، إذ يختص بموجب المادة الثانية من نظامه في تسجيل الشكاوى المقدمة إليه والتحقيق فيها، وتقديم تقرير للوزير أو رئيس المصلحة، يتضمن الإجراء الذي يقترحه وعلى الوزير أو رئيس المصلحة تنفيذه خلال أسبوعين، أو إبداء معارضته، ثم يرفع الأمر لجلالة الملك ليقرر ما يراه بشأنه، ومن ثَّم تكون قرارات الديوان ليست نهائية، وإنما قرارات مقيدة في تلك الفترة من الزمن.

ولمّا كانت المواد ١٨، ٢٨، ٣٦ من نظام مجلس الوزراء الصادر عام ١٣٧٧هـ الموافق (١٩٥٧م)، تعطي الاختصاص للمجلس في الأمور المالية للدولة، وعدم صرف أي مبلغ من أموال الدولة إلاّ بموجب النظام، أو بقرار منه فضلاً عن أن المادة (٢٦) من نظام المجلس تنص على هيمنته على كافة قضايا الإدارة.

لذا فقد اختص مجلس الوزراء بنظر طلبات التعويض، وإصدار العديد من القرارات بالموافقة على تعويض المتعاقدين مع الدولة عن الأضرار التي لحقت بهم أثناء تنفيذ عقودهم،

بسبب ظروف خارجية طارئة، أو إجراءات حكومية، أو صعوبات مادية غير متوقعة، وبدون خطأ من الإدارة المتعاقدة، وغالباً ما كان التعويض يغطي كامل خسارة المتعاقد، وهذا التوجه ينسجم تماماً مع خطة الدولة في التنمية الشاملة، في دعم قطاع المقاولات، باعتباره شريكاً في إنشاء وتنفيذ وإدارة وصيانة المرافق العامة للدولة، وبالتالي تقديم العون للمتعاقد عند الحاجة لاجتياز الصعوبات المالية غير المتوقعة التي لا يد له فيها، الأمر الذي يضمن استمرار سير المرافق العامة، ورفع مستوى خدماتها.

ولغرض الوقوف على مدى تطبيق النظريات الثلاث للتوازن المالي للعقد الإداري في قرارات مجلس الوزراء سوف أعرض فيما يلي بعض من هذه القرارات مصنفة وفقاً لهذه النظريات في فروع ثلاث هي:-

الفرع الأول: قرارات المجلس بشأن طلبات التعويض بموجب نظرية عمل الأمير:

قرر المجلس الموافقة على طلب وزارة الزراعة والمياه بتعويض أحد المقاولين عن مدة التأخير المترتبة عليه في عملية مشروع مياه الشرب في مدينة عنيزة وهي ثلاثة أشهر وتسعة عشر يوماً عن الخسارة التي لحقته لقاء أجور عمال ومعدات أثناء مدة توقفه عن العمل وذلك من أجل تغيير المخططات وجعلها مطابقة لمخطط مدينة عنيزة الأمر الذي سبب تعطيل معدات المقاول وعماله [1].

---

[1] قرار مجلس الوزراء رقم ٩٧١ وتاريخ ٨٧/١٢/٢٨ هـ (الموافق ١٩٦٨/٣/٢٧م) وفي قضية أخرى عدلت الجهة الإدارية المواصفات المتفق عليها للمواد المطلوب توريدها، ملخصها أن وزارة الزراعة والمياه تعاقدت مع إحدى الشركات على إنشاء مشروع المختبر المركزي ومركز التدريب الصناعي بمنطقة المصانع بجنوب الرياض، وكان من مستلزمات الشركة توريد وتركيب معدات وأجهزة للمشروع صممت من قبل إحدى الشركات الاستشارية على ضغط كهربائي ١١٠ فولت، ٦٠ سيكل، وخلال مدة التنفيذ صدرت تعاميم من وزارة التجارة والصناعة إلى البنوك بعدم فتح خطابات اعتماد لمعدات تعمل بالكهرباء إلاّ إذا كانت مصممة على أن تعمل ١١٠ أو ٢٢٠ فولت ٥٠/٦٠ سيكل. كذلك جرى التعميم على الجمارك بعدم فسح أية معدات تشتغل بالكهرباء إلاّ إذا كانت تتلاءم مع الضغط والذبذبة المشار إليها، واتضح أن توريد المعدات مصممة؛ لتعمل على التيارين معاً سوف يزيد في تكاليف المشروع، ويؤخر التنفيذ، كما ان نسبة الأعمال الكهربائية التي تم تنفيذها بحسب التصميم كان ٤٣% تقريباً، وعلى ذلك قرر مجلس الوزراء استثناء المعدات التي تم تصنيعها من تغيير الضغط الكهربائي، وليس تلك التي لم تصنع بعد (القرار رقم ١١٠٢ في ١٣٩١/١٢/٢٤هـ). الموافق ١٩٧٢/٢/٩م ذكرها د./ عبد الفتاح حسن انظر مؤلفه المشار له سابقاً ص ٢٣٥.

كما قرر الموافقة على طلب وزير الحج والأوقاف بصرف مبلغ عشرة آلاف ريال للمقاول الذي قام بعملية إنشاء مسجدي الفريعة ومصلى العيد بالوجه بسبب قيام الوزارة بإيقاف المقاول عن العمل فترة من الزمن، وملخص القرار هو ما رفعه وزير الحج والأوقاف من أن من بين عمليات إنشاء المساجد بالمنطقة الغربية، عملية إنشاء مسجدي الفريعة ومصلى العيد بالوجه، وبعد ترسية هاتين العمليتين على المقاول وأثناء مباشرته العمل، تقدمت للوزارة إخبارية مفادها أن هناك تواطؤ وتقديم رشوة، وشكلت لجنة للتحقيق من الوزارة وديوان المظالم والمباحث العامة، وتوقف المقاول عن العمل مدة تبلغ حوالي عشرة شهور ثم لم يثبت أمام التحقيق ما يؤيد صحة الاتهام، وكلف المقاول بمعاودة العمل وإتمامه حسب العقد المبرم معه، ولكنه ادعى الخسارة، والعطل والضرر، وشكلت لجنة لتقدير ذلك الضرر فقدر الضرر بما قيمته ٢,٤٠٠ ريال ولم توضح قيمة المواد التالفة، ثم كلف مدير عام الوزارة والمستشار القانوني لدراسة الشكوى، فقدما رأيهما بإنهاء الخلاف صلحاً بين الوزارة والمقاول نظير مبلغ عشرة آلاف ريال عن جميع طلباته [1].

حالة أخرى قرر المجلس فيها الموافقة على طلب وزير المالية بإجازة صرف مبلغ ٢١١٧٩,٥٧ ريال لإحدى الشركات تعويضاً عن الخسارة التي لحقتها نتيجة توقف العمل في المجمع الحكومي في المدينة المنورة، المكون من أربعة أدوار بسبب أنه عندما شرع المقاول في تأسيس المبنى رأت الوزارة إضافة دورين فأبرقت للمقاول باعتماد إيقاف العمل وذلك في ٨٧/٤/٢٢هـ الموافق (١٩٦٧/٧/٢٩م) من أجل دراسة الأساسات والأعمدة، وقد قررت الوزارة تشكيل لجنة من أملاك الدولة ومصلحة الأشغال ومكتب اتحاد المهندسين الباكستانيين بمكة ومندوب عن المقاول لدراسة الموضوع، فاتخذت اللجنة محضراً بذلك وكتبت الوزارة للمقاول في ٨٧/٨/٢٨هـ الموافق (١٩٦٧/١١/٣٠م) تعمده باستئناف العمل، ثم طالب

---

[1] قرار مجلس الوزراء رقم ١١٧٥ في ١٣٨٨/٩/٤هـ الموافق (١٩٦٨/١١/٢٤م)

[illegible] تعويض بمبلغ ٢١,١٧٩,٥٧ ريال وقد وافق المجلس على طلب سمو وزير المالية والاقتصاد الوطني إجازة صرف مبلغ ٢١,١٧٩,٥٧ ريال كتعويض عن فترة توقف العمل بالمشروع بناءً على طلب الوزارة [١].

الفرع الثاني: قرارات المجلس بشأن طلبات التعويض للظروف الطارئة:

لعل القرار الأول الصادر في هذا الشأن هو قرار المجلس[٢] تعويض مقاول تعاقد مع الإدارة على إنشاء مبنى مستشفى الملك سعود في الدمام قبيل حرب السويس عام ١٩٥٦م، وأثناء التنفيذ حدثت أزمة حرب السويس وترتب على ذلك غلق القناة مما أدى إلى ارتفاع فاحش في الأسعار وبوجه خاص مواد البناء الأمر الذي سبب للمتعاقد مع الإدارة خسائر فادحة أثقلت كاهله، فجاء القرار ليعيد التوازن المالي للعقد المختل بسبب هذه الظروف الطارئة وليجبر الضرر الذي لحق بالمتعاقد المضرور، ويبدو من القرار أن التعويض قد شمل كامل الخسارة وقد ورد في حيثيات القرار ما يلي:

((وحيث إن ارتفاع الأسعار بسبب أزمة السويس لم يكن من الخسائر المتوقعة المحتمل حصولها في الظروف العادية، وحيث إن المقاول قد أتم ما يعادل ٧٠% من كامل العملية أثناء أزمة حرب السويس ولهذا قرر المجلس تعويضاً للمقاول عن الخسائر التي لحقته نتيجة لارتفاع الأسعار)) [٣].

كما صدر قرار مجلس الوزراء رقم ٢٩٢ تاريخ ١٣٨٦/٥/٢٢هـ الموافق (١٩٦٦/٩/٧م) متضمناً تعويض مقاول سد وادي العقيق عن الخسائر التي لحقت به، نظراً لأن

---

[١] قرار مجلس الوزراء رقم ١٢٥٥ في ١٣٨٨/٩/١٨هـ الموافق (١٩٦٨/١٢/٠٨م)

[٢] القرار هو برقم (٥٨٠) في ١٣٨١/٨/٢هـ (الموافق ١٩٦٢/١/٨م).

[٣] نص الفقرة أعلاه من قرار مجلس الوزراء كما ورد في بحث الأستاذ/ محمد علي اليمني – المرجع السابق – ص ٧٨.

السيول داهمت الموقع وأتلفت معداته وجرفت فتحة التصريف السفلى من السد مما أدى إلى إعادة بنائها [1].

والقرار التالي [2] صدر بمناسبة تقدم بعض المقاولين، ومتعهدي الإعاشة بالتماس إلى المقام السامي مضمونه أن ظروفاً غير متوقعة حدثت بعد تقديم عطاءاتهم أدت إلى ارتفاع أسعار بعض المواد المطلوب تأمينها من قبلهم أو التي تدخل في أعمال مسئولين عن تنفيذها بشكل كبير ومفاجئ مما ألحق أضراراً مادية بهم وأخل بالتقديرات المالية لعقودهم مع الدولة.

ومما ورد في القرار ((...ولقد درست الوزارة الموضوع وتبيّن من واقع الإحصائيات المتوفرة بأن أسعار بعض المواد ارتفعت فعلاً وبشكل ملحوظ ابتداءً من أوائل عام ٩٣هـ الموافق (١٩٧٣م) واستمر هذا الارتفاع إلى وقت صدور القرار، والسبب الرئيسي يعود إلى النقص في عرض المواد عن طلبها في الأسواق الدولية مما يعطي قناعة بأن بعض المقاولين ومتعهدي الإعاشة قد تضرروا فعلاً نتيجة ارتفاع الأسعار وبالتالي فإن من العدالة أن تقوم الدولة برفع بعض الإرهاق عمن تضرر منهم عن طريق التعويض.

وبعد الإطلاع على التقرير النهائي لقواعد تعويض المقاولين والموردين المتأثرين بارتفاع الأسعار المرافق لهذا تقرر ما يلي:-

١- الموافقة على قواعد تعويض متعهدي مواد الإعاشة.

٢- تشكيل لجنة وزارية من كل من معالي وزير الدولة للشئون المالية والاقتصاد الوطني ومعالي وزير التجارة والصناعة للبت في أي مشكلة أو التباس قد يحدث أثناء التطبيق.

---

[1] مضمون هذا القرار مشار إليه في بحث الأستاذ/ عبد العزيز بن عبد الله السالم بعنوان الظروف الطارئة في مجال العقود الإدارية مقدم للحصول على دبلوم دراسات الأنظمة في معهد الإدارة العامة بالرياض عام ١٣٩٣هـ الموافق (١٩٧٣م) ص ٦٥.

[2] قرار مجلس الوزراء رقم ٥٢ في ١٣٩٤/١/٢٥هـ الموافق (١٩٧٤/٢/١٧م) بشأن تعويض بعض المقاولين ومتعهدي الإعاشة نظراً لارتفاع أسعار المواد.

٣- تفوض اللجنة الوزارية المذكورة في البند (٢) بالنظر في الأسس التي تضمنها التقرير لتعويض متعهدي الإعاشة لرفعها إلى الحد المعقول للتعويض)).

إلاّ أن مجلس الوزراء رفض التعويض عن الظرف الطارئ في حالة أخرى لعدم تحقق الخسارة الجسيمة كما هو ثابت في القرار[١] التالي: -

((إن مجلس الوزارة بعد إطلاعه على المعاملة المرافقة لهذه الواردة من ديوان رئاسة مجلس الوزراء رقم ٤٦٩٧ في ١٣٨٦/٢/١٨هـ الموافق (١٩٦٦/٦/٧م) المرفوعة من وزارة الدفاع والطيران بشأن تظلم متعهدي توريد السكر لوزارة الدفاع والطيران لعام ١٣٨٣/٨٢هـ الموافق (١٩٦٣/٦٢م) من ارتفاع سعره ومطالبتهم بالتعويض، وما أوضحه سموه من أن الوزارة قامت بطرح تأمين الإعاشة المطلوبة للوحدات العسكرية بعد رسوها، تقدم المذكوران مشتكين من الزيادة التي حصلت في أسعار السكر أثناء تلك الفترة وطلبهم النظر في هذا الموضوع وفق المادة ١٨٥ من عقد الإعاشة، وبالتالي تعويضهم عن الخسارة، وإفادتهم بأنه شكلت لجنة وبعد التأكد من المذكورين بأنهم ليسوا من مستوردي السكر حسب الشهادات المرفقة الصادرة من الغرفة التجارية تبيّن استحقاقهم للمبالغ الآتية حتى نهاية العقد.

وبعد الإطلاع على خطاب وزارة المالية رقم ١٢/٦ في ١٣٨٧/٥/٢٤هـ الموافق (١٩٦٧/٨/٢٩م)، المتضمن بأنه اتضح بأن ارتفاع سعر السكر لم يؤثر على أسعار الإعاشة، إذ قبل أحد المقاولين أن يورد الإعاشة في السنة التالية بنفس السعر الذي كان يقدم به الإعاشة قبل ارتفاع سعر السكر، الأمر الذي يقطع بأن هذا الارتفاع لم يؤثر على أرباح التوريد وقد تأيدت هذه النتيجة بقبول أحد المتناقصين في السنة التالية، توريد الإعاشة بأسعار أقل من أسعار السنة محل التظلم.

---

[١] قرار مجلس الوزراء رقم ٥٦٦ في ١٣٨٧/٧/١٢هـ (الموافق ١٩٦٧/١٠/١٥م) بشأن تظلم متعهدي السكر من ارتفاع سعره وطلبهم التعويض.

وبما أنه قد ثبت أن ارتفاع الأسعار لم يؤثر تأثيراً يذكر على سعر الإعاشة وكان طلب التعويض في غير محله فلذلك ترى الوزارة عدم أحقية المتظلمين في التعويض.

وبعد إطلاعه على توصية اللجنة الإدارية تقرر: تأييد رأي وزارة المالية والاقتصاد الوطني المشار إليه أعلاه في عدم أحقية المتعهدين للتعويض)).

الفرع الثالث: قرارات المجلس بشأن طلبات التعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة:

بالرغم من أن المنظم السعودي قد حث المتعاقد مع الإدارة على أن يتحرى بنفسه عن طبيعة الأرض، والقيام على حسابه الخاص بالاختبارات اللازمة، وذلك للتأكد من صلاحية التربة للتأسيس عليها، بقصد الحد من حالات الصعوبات المادية غير المتوقعة [1]، بل أن النظام الحالي (نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها) نص في مادته الثامنة بالإضافة إلى إلزام المتعاقد بالتحري عن طبيعة الأرض، أن يتحرى بنفسه قبل تقديم عرضه طبيعة العمل والظروف المحلية، وأن يحصل على كافة البيانات التي قد تؤثر على فئات عرضه، ومخاطر التزاماته، كما الزم النص المذكور الجهة الإدارية تقديم كل ما يُطلب منها من بيانات في هذا الشأن، تكون متوفرة لديها قبل ميعاد تقديم العرض، وقد تأكد هذا المعنى في المادة الثامنة من اللائحة التنفيذية لهذا النظام، ونص المادة الحادية عشرة من أنموذج عقد التشغيل والصيانة المعتمد من مجلس الوزراء، ورغم تكرار هذه النصوص بغية تلافي وقوع المتعاقد في مفاجآت الصعوبات المادية غير المتوقعة، وما ينتج عنها من خسائر ومشقة، إلاّ أن ذلك لم يحول دون عرض العديد من طلبات تعويض المقاولين التي تستند إلى قيام مثل هذه الصعوبات، (وما خلفته

---

[1] المادة (١٠٢) من نظام المناقصات والمزايدات رقم م/٦ في ١٣٨٦/٢/٢٤هـ الموافق (١٩٦٦/٦/١٣م) علماً بأن النظام الحالي، وهو نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها قد ألغى من النظام السابق ما يتعارض مع أحكامه، وبالتالي فإن نصوص النظام السابق التي لا تتعارض مع النظام الحالي تظل سارية المفعول ومنها نص المادة (١٠٢) المشار لها آنفاً. إلاّ أنه صدر حديثاً نظام جديد أنظر ص (٤٢٣).

من خسائر غير عادية) على مجلس الوزراء، وقد أصدر العديد من القرارات بالموافقة على التعويض بعد التحقق من توفر الشروط اللازمة لذلك، ومنها على سبيل المثال :-

قرار موضوعه أن وكالة شؤون البلديات قد تعاقدت مع إحدى شركات المقاولات على تنفيذ مشروع مجاري ومياه مدينة الخبر ومحطة مياه الدمام، وبعد مباشرة الشركة لأعمال التنفيذ فوجئت بصعوبات مادية هي غزارة المياه بسبب ارتفاع منسوب المياه الجوفية عن المستوى المتوقع وهو أمر غير طبيعي أي استثنائي الأمر الذي جعل التنفيذ أكثر مشقة وكلفة واضطرت الشركة إلى استيراد أجهزة ومعدات خاصة لشفط المياه الجوفية قبل مد الأنابيب مؤدياً ذلك إلى تأخير العمل وزيادة تكلفته.

وقد وافق المجلس على إعفاء الشركة من غرامة التأخير، وتعويضها عن الخسارة التي لحقت بها نتيجة الصعاب التي قابلت الشركة أثناء تنفيذ المشروع، وقد استبعدت اللجنة التي درست الموضوع جميع بنود الخسارة الناتجة من غير تدخل طرف ثالث، أو الخسارة التي سببها سوء فهم في تفسير المواصفات الفنية [1].

والقرار التالي ملخصه أن وزارة المعارف قد تعاقدت مع أحد المقاولين لبناء مدرسة القرية في الإحساء وأثناء التنفيذ فوجئ بصعوبات مادية غير متوقعة في طبيعة الأرض اضطر إزاءها إلى القيام بردميات مسببة له مشقة وخسارة غير عادية، وبعد إتمام المقاول للعمل طالب بصرف تعويض له عن هذه الخسارة وبعد عرض الموضوع على مجلس الوزراء وافق على تعويضه عن خسائره الناتجة عن أعمال الردميات التي اقتضتها طبيعة الأرض[2].

---

[1] قرار مجلس الوزراء رقم ٨٦١ في ١٣٨٨/٥/١٠هـ الموافق (١٩٦٨/٨/٤م).

[2] قرار مجلس الوزراء رقم ٩٦٩ في ١٣٩١/٩/٦هـ الموافق (١٩٧١/١٠/٢٥م).

وفي القرار الأخير وافق مجلس الوزراء على ما عرضه وزير الزراعة بتعويض أحد المقاولين عن خسائره الناجمة عن صعوبات مادية غير متوقعة بسبب طبيعة الأرض، وتتلخص وقائع هذه القضية بأن وزارة الزراعة تعاقدت مع أحد المقاولين على إقامة شبكة لمياه الشرب لبلدة المبرز بالإحساء، وعند بدء التنفيذ تبيّن للمقاول وجود بيارات مجاري كثيرة بالشوارع اعترضت أعمال الحفر وتمديد المواسير، وقد اقترحت الشركة المشرفة على المشروع معالجة الموضوع بواسطة ضخ مياه البيارات، وإحداث فتحات للمواسير بجانب البيارات، وتغليف أجزاء المواسير التي تمر عبر تلك البيارات بمواسير أخرى أكبر حجماً لصيانتها وحمايتها، وقد اعتبرت هذه الحالة استثنائية وغير عادية بسبب أنه وإن كان من المتوقع وجود مثل هذه البيارات، إلاّ أنه من غير المتوقع وجود هذا العدد الكبير منها في الموقع. وبناءً على ذلك فقد اعتبرت هذه الحالة من الصعوبات المادية غير المتوقعة التي واجهت المقاول أثناء التنفيذ جعلته أشد صعوبة وأكثر كلفة يستحق تعويض خسائره الناجمة عنها [1].

وبعد أن عرضت بعض من قرارات مجلس الوزراء ذات العلاقة بنظريات التوازن المالي موضوع البحث، اتضح أن مجلس الوزراء عند نظر طلبات تعويض المقاولين عن الخسائر الناتجة عن أسباب لا يد لهم فيها، وسواءً أكانت هذه الصعوبات طبيعية أو إدارية أو اقتصادية، ودون وجود ثمة خطأ منسوب لجهة الإدارة المتعاقدة، قد انتهى في قراراته إلى تعويض المتعاقد مع الجهة الإدارية عن خسائره، بالإضافة إلى إعفائه من غرامة التأخير إذا كان التأخير بسبب هذه الظروف والصعوبات المفاجئة. وبذلك يكون مجلس الوزراء قد أخذ بما تقرره النظريات الحديثة للتوازن المالي للعقد، بل إنه فيما يخص الظروف الطارئة قد

---

[1] قرار مجلس الوزراء رقم ٧٦٤ في ١٣٩٣/٦/١٢هـ الموافق (١٩٧٣/٧/١٢م) ومضمونه كما ورد في بحث الأستاذ سعيد العيد المقدم إلى معهد الإدارة في الرياض ص ٧٧.

قضى بتعويض كامل خسارة المتعاقد وليس جزءً منها كما تقرره هذه النظرية ودون اشتراط قدراً معيناً من الخسارة.

وغني عن القول بأن المجلس في ذلك يستهدف تحقيق العدل، والإنصاف ورفع المشقة، وإزالة الضرر عن المتعاقد المنكوب، وتحقيق الصالح العام، امتثالاً لقواعد الشرع الحنيف الذي هو مصدر التشريع، كما يقضي بذلك النظام الأساسي للحكم، وأنظمة وتوجيهات ولاة الأمر، فضلاً عن أن مجلس الوزراء في قراراته هذه يستهدف أيضاً دعم وتشجيع قطاع المقاولات في البلاد، باعتباره سند الدولة في تحقيق طموحاتها في النهضة الشاملة، وأداتها التنفيذية في إنشاء وتشغيل وصيانة المرافق العامة للدولة، ولكونه أحد أهم عناصر البناء والتنمية في المملكة ، فكانت قرارات المجلس المرآة الحقيقية لهذه المبادئ السامية والآمال الطموحة وهي مد يد العون للمتعاقد الذي اختل توازن عقده دون خطأ منه، وتحمل خسائر أثقلته مشقةً وعناءً، فإذا هي تعيد التوازن لعقده بتعويضه عن خسائره، وكان لذلك أفضل الأثر في جذب المقاولين للعمل في مشاريع الدولة، وتطوير مرافقها.

الفصل الثالث

التوازن المالي للعقد الإداري في القضاء الإداري السعودي

لمّا كانت ولاية ديوان المظالم في ظل نظامه السابق لا تخوله الفصل في قضايا المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، كما أن قراراته ليست نهائية، وإنما تصبح كذلك بعد موافقة الوزير المعني عليها أو رئيس الجهة الإدارية، وإلاّ فلا بد من التصديق عليها من جلالة الملك كما سبق تفصيله في المبحث السابق فضلاً عن صدور أمرين ساميين بعدم قبول أي ادعاء من المقاولين والموردين السعوديين، والأجانب بزيادة أسعار عقودهم الجارية أو تعويضهم عن أعمال سابقة [1].

فقد تأكد بصدورهما الحظر الوارد على عدم اختصاص الديوان في نظر قضايا التعويض التي يتقدم بها المقاولون مع الجهات الحكومية.

ثم حصل تطور هام بتاريخ ١٣٩٦/٥/١٧هـ الموافق (١٩٧٦/٥/١٦م) حين منح مجلس الوزراء بقراره رقم ٨١٨ ديوان المظالم، صلاحية نظر قضايا تعويض المقاولين مع الجهات الحكومية، التي تستند على حدوث تقصير من الجهة الحكومية، نتج عنه إلحاق خسارة، أو ضرر بالمقاول، ونص القرار هو ((بعد الإطلاع على توصية اللجنة التحضيرية رقم ٢٧٥ في ١٣٩٦/٤/٢٧هـ الموافق (١٩٧٦/٤/٢٧م) وبالنظر لورود طلبات تعويض من المقاولين المتعاقدين مع جهات حكومية ولكثرة المراجعة في مثل هذه الحالات يقرر ما يلي:-

١- يقتصر النظر في طلبات التعويض من المقاولين مع جهات حكومية على الحالات التي يستند فيها المقاول على حدوث تقصير من الجهة الحكومية ينتج عنه إلحاق خسارة، أو ضرر بالمقاول، وذلك على سبيل المثال لا الحصر، مثل تأخر الجهات الحكومية في تسليم

---

[1] الأمر السامي رقم ٣/٧١٢٦/س في ١٣٩٦/٣/٣٠هـ الموافق (١٩٧٦/٣/٣١م) والأمر السامي رقم ٣/م/٩٣٧٣ في ١٣٩٧/٤/١٢هـ الموافق (١٩٧٧/٤/١م).

الموقع، أو إصدارها أمر التوقف عن العمل لأسباب لا ترجع إلى المقاول، أو إحداث تغيير في المواصفات.

٢- يوكل النظر في هذه القضايا إلى ديوان المظالم، وتكون قراراته نهائية بعد اعتمادها من رئيس ديوان المظالم.

٣- تحال الطلبات الموجودة لدى الجهات الحكومية، أو لدى الأمانة العامة لمجلس الوزراء، أو لدى شعبة الخبراء إلى ديوان المظالم)).

ومع أن هذا القرار ما هو إلاّ تطبيق لما تقرره القواعد العامة في المسئولية من التزام المتسبب في الضرر بتعويض المتضرر، وهو كما جاء وصفه في العديد من قرارات ديوان المظالم ((بأن مضمون القرار لا يخرج عن القاعدة العامة في المسئولية العقدية ومقتضاها أنه إذا أخل أحد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته كان مسئولاً عما ينتجه هذا الإخلال من أضرار تلحق بالمتعاقد الآخر...)) [١].

إلاّ أن هذا القرار كما سوف نرى فيما بعد هو الاستثناء الوحيد الذي يعطي الحق لديوان المظالم في نظر قضايا تعويض المقاولين عند تقصير الجهات الحكومية وأن القاعدة العامة هي عدم جواز نظر قضايا التعويض هذه إلاّ في حالة الإذن الخاص من مجلس الوزراء لديوان المظالم في نظرها والفصل فيها، وقد تضمنت العديد من قرارات وأحكام ديوان المظالم هذا المبدأ [٢].

---

[١] قرار ديوان المظالم رقم ٣/ت لعام ١٤٠١هـ الموافق (١٩٨١م) في القضية رقم ٢/٢٩١/ق لعام ١٣٩٥هـ الموافق (١٩٧٥م) منشور في مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية التي قررتها لجنة تدقيق القضايا لعام ١٤٠١هـ الموافق (١٩٨١م) ص ٣١.

[٢] على سبيل المثال قرار ديوان المظالم رقم ٣/ت لعام ١٣٩٧هـ الموافق (١٩٧٧م) في القضية رقم ٢٢٩/ق لعام ١٣٩٦هـ الموافق (١٩٧٦م) والقرار رقم ٤/ت لعام ١٣٩٧هـ الموافق (١٩٧٧م) في القضية رقم ٢١١/ق لعام ١٣٩٦هـ الموافق (١٩٧٦م) - ص ٩ وما بعدها من مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية التي قررتها لجنة تدقيق القضايا في الفترة من ١٣٩٧ حتى ١٣٩٩هـ الموافق (١٩٧٧ حتى ١٩٧٩م).

واستمر هذا الوضع حتى بعد صدور النظام الحالي للديوان، ورغم وجود نص صريح في المادة الثامنة منه باختصاصه حسب الفقرة (د) بالدعاوى المقدمة من ذوي الشأن في المنازعات المتعلقة بالعقود التي تكون الحكومة، أو أحد الأشخاص المعنوية طرفاً فيها.

وقد عزز هذا الحظر تعميم صاحب السمو الملكي النائب الأول لرئيس مجلس الوزراء بشأن قصر النظر في مطالبات التعويض على الحالات التي يستند فيها المقاول على حدوث تقصير من الجهة الإدارية فقط، وملخصه بأن معالي رئيس ديوان المظالم قد أشار في خطابه إلى ورود طلبات للديوان من بعض المقاولين، يطالبون بالتعويض عن الخسائر التي تلحق بهم بسبب ارتفاع الأسعار وحدوث ظروف بعد التعاقد، لم تكن متوقعة، وذلك بناء على ما تم الاتفاق عليه في العقد.

وقد ورد بالتعميم بأنه ((وحيث إن موضوع تعويض المقاولين بُحث أكثر من مرة وتبيّن أن ادعاء الخسارة أمر يصعب إثباته... والدخول في بحثه أمر بالغ الصعوبة.. ويتطلب جهداً غير عادي من قبل الجهات الحكومية لمناقشة الطلبات وتدقيقها والتوصل إلى القناعة بالأحقية بالتعويض، أو عدمها وفتح بابه يؤدي إلى صرف مبالغ طائلة. نخبركم بأننا نرى عدم تضمين العقود – مهما كانت – أية نصوص تقضي بأحقية المقاول في المطالبة بالتعويض عند حدوث أي تغيير طارئ في الأسعار والتكاليف، أو إيراد أية نصوص عامة في العقد يمكن أن يفهم منها ذلك وصرف النظر عن بحث مثل هذه الطلبات إطلاقاً على أن تقتصر أحقية المقاول في طلب التعويض على الحالات التي يحدث فيها تقصير من الجهة الإدارية وفق ما أشير إليه بقرار مجلس الوزراء رقم ٨١٨ لعام ١٣٩٦هـ الموافق (١٩٧٦م) [1].

وفحوى هذا التعميم أنه يحظر مبدأ التعويض بدون خطأ عند اختلال توازن العقد، ويقصره على حالات صدور خطأ من الإدارة المتعاقدة يتسبب في خسارة للمتعاقد، كما يأمر التعميم الجهات الإدارية بعدم تضمين عقودها أية نصوص تعطي للمقاول الحق في المطالبة

---

[1] تعميم رقم ٣/و/٨٩٠٠ تاريخ ١٤٠١/٤/١٣هـ الموافق (١٩٨١/٢/١٧م).

بالتعويض في مثل هذه الحالات، ويقصر التعويض عند وجود ثمة تقصير من الجهة الإدارية حسبما ورد بالقرار ٨١٨.

ويجدر التنويه هنا إلى أن من بين الحالات التي اعتبرها القرار المذكور تقصير من الجهة الإدارية يخول المتعاقد التعويض، وبالتالي نظر دعواه أمام الديوان حالتي إصدار أمر التوقف عن العمل لأسباب لا ترجع للمتعاقد، أو إحداث تغيير في المواصفات، وهاتين الحالتين تدخلان ضمن السلطات الاستثنائية التي تمارسها الجهة الإدارية المتعاقدة في عقودها الإدارية، بل هي السمة المميزة لهذه العقود، والتي تجيز للمتعاقد ضمن شروط محددة عندما تلحقه خسائر بسببها المطالبة بالتعويض بموجب نظرية عمل الأمير التي سبق وأن تناولتها مفصلاً في الفصل الثاني من الباب الأول من بحثنا هذا، فكما هو مستقر عليه فقهاً وقضاءً، فإن للجهة الإدارية المتعاقدة بما لها من سلطة ضبط أن تغلق الطرق المؤدية للمشروع، أو أن تصدر الأوامر للمتعاقد بالتوقف عن العمل فترات معينة، أو أن تطلب منه أن يتخذ من الاحتياطات والإجراءات التي لم ينص عليها العقد، إذا رأت بمحض إرادتها ودون حاجة إلى موافقة المتعاقد معها ضرورتها للمرفق العام، أو أنها أكثر مواءمة لذلك، وبناءً على ذلك يمكن القول أن القرار رقم ٨١٨ وخلافاً لظاهره يتضمن بعض صور حالات التعويض التي تقررها نظرية عمل الأمير.

بيد أنه من المؤكد أن هذه المرحلة من عمر الديوان قد تميزت بنمو صلاحياته واختصاصاته ليواكب التطور السريع في شتى الميادين، والنهضة الشاملة التي عمت أرجاء المملكة وما تطلبته من سن الكثير من الأنظمة واللوائح لتنظيم وضبط النشاطات العامة والخاصة سواء ما يخص تنظيم أجهزة إدارة الدولة ونشاطاتها أو ممارسات القطاع الخاص لأعمال التجارة والصناعة والزراعة وغيرها من الأعمال المهنية والاجتماعية، وذلك بغية إرساء مبدأ المشروعية على العمل الإداري والمساواة بين الأفراد ودعم عجلة التقدم والبناء،

كما تلا ذلك إسناد اختصاصات إضافية للديوان في نظر التظلمات المقدمة من الأفراد على قرارات الإدارة الصادرة بحقهم عند تنفيذها لهذه الأنظمة بعد أن لمس ولاة الأمر الكفاءة والحيدة في قضاة الديوان وحرصهم على الموازنة بين حقوق الأفراد والصالح العام لضمان حسن سير المرافق العامة[1].

لذلك تطور ديوان المظالم في هذه المرحلة، وأصبحت اختصاصاته أكثر سعة وشمولاً، فإلى جانب اختصاصه بنظر المنازعات الإدارية، اختص أيضاً بالنظر في المنازعات التجارية عموماً وكذلك بعض أنواع القضايا الجنائية (التزوير والرشوة)، كما أسندت له مهمة النظر في طلبات تنفيذ الأحكام الأجنبية، وإن كانت تنقصه صلاحية نظر منازعات التعويض في العقود الإدارية التي لا تستند على خطأ الإدارة.

وكان من نتيجة هذا التطور في اختصاص الديوان أن صاحبه نمو مستمر في أجهزة الديوان، ولذلك ازداد عدد قضاته ومستشاريه، ووفرت له الدولة الإمكانات البشرية، والمادية اللازمة لمباشرة مهامه، وكانت هذه الحقبة تمهيداً لدور جديد للديوان، تحوّل بعدها إلى قضاء إداري مستقل يصدر أحكاماً نهائية نافذة في كافة المنازعات الإدارية كما نص على ذلك نظامه الحالي الصادر عام ١٤٠٢هـ الموافق (١٩٨٢م).

---

[1] لقد جسدت هذه المبادئ والأهداف لجنة تدقيق القضايا في قرارها رقم ٤٠/ت لعام ١٤٠١هـ الموافق (١٩٨١م) بقولها: ((تتميز العقود الإدارية عن العقود المدنية بخصائص وطبيعة تجعل لها نظاماً قانونياً يختلف جد الاختلاف عن النظام الذي تخضع له العقود المدنية، ويضفي عليها طابعاً خاصاً قائماً بذاته وعلى رأس هذا النظام القانوني الخاص بالعقود الإدارية، تبرز قاعدة أساسية جوهرية تسود قواعد تفسير العقود الإدارية، وهي أن هذه العقود تقوم أولاً وقبل كل شيء على فكرة المصلحة العامة، وضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، فإذا ما دعت الحال إلى الكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين، فإنه يجب أن يتجه الرأي أول ما يتجه إلى أن هذه الفكرة ليست إلاّ لتحقيق المصلحة العامة وحسن سير المرفق، ومن هنا وصفت العلاقة بين طرفي العقد الإداري بأنها علاقة تعاضد وتساند ومعونة لتنفيذ العقد على أحسن وجه وبما ينبغي أن يتوافر في الطرفين من أمانة وثقة واحترام للعهد المقطوع، ووفاء بالالتزامات التي يفرضها...)) صدر هذا القرار في القضية رقم ١/٦٣٢/ق لعام ١٤٠٠- الموافق (١٩٨٠م) مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية لعام ١٤٠١هـ الموافق (١٩٨١م) ص ٢٩٩.

وبالتأسيس على ما سبق سوف أتناول بالتأمل والتحليل دور ديوان المظالم وموقفه تجاه قضايا تعويض المقاولين مع الجهات الإدارية عن الخسائر التي أصابتهم في حالات اختلال توازن عقودهم لأسباب غير متوقعة، ودون ثمة خطأ منسوب للجهة الإدارية المتعاقدة، وسيكون ذلك من خلال قرارات الديوان في ظل نظامه السابق، وهو ما سوف أخصص له المبحث الأول. ثم في مبحثٍ ثانٍ من خلال أحكامه الصادرة بعد نفاذ نظامه الحالي.

المبحث الأول

التوازن المالي للعقد الإداري من خلال قرارات ديوان المظالم

في ظل نظامه السابق حتى عام ١٤٠٢هـ الموافق (١٩٨٢م):

هذه الفترة هي تلك التي صدرت فيها قرارات الديوان المنشورة ضمن مجموعات ثلاث أعدها مشكوراً المكتب الفني لديوان المظالم امتدت من عام ١٣٩٧هـ الموافق (١٩٧٧م) حتى نهاية عام ١٤٠١هـ الموافق (١٩٨١)، ولست في حاجة للرجوع إلى قرارات سابقة عليها لسببين أولهما: كما أسلفت فإن صلاحيات الديوان إبان تلك الفترة بموجب نظامه الملغي لا تخوله إصدار أحكام نهائية في منازعات العقود الإدارية، وثانيهما: هو أن تفويض مجلس الوزراء للديوان بموجب قراره رقم ٨١٨ بإصدار قرارات نهائية في قضايا تعويض المقاولين الناتج عن تقصير الجهة الإدارية قد صدر بتاريخ ١٣٩٦/٥/١٧هـ الموافق (١٩٧٦/٥/١٦م)، أي منذ هذا التاريخ أصبح بإمكان الديوان نظر قضايا التعويض هذه، مع أنها تقتصر على حالة وجود خطأ ارتكبته الجهة الإدارية على التفصيل السابق ذكره أو إذن خاص من مجلس الوزراء بنظرها.

ويطالعنا بدايةً قرار ملخصه أن إحدى المؤسسات تعاقدت مع إحدى الوزارات للقيام بأعمال صيانة وتشغيل مرفق عام في مدن الرياض، وجدة والظهران، وتبوك وخميس مشيط والطائف، والخرج لمدة ثلاث سنوات، وبعد بدء التنفيذ ارتفعت الأسعار ومع ذلك استمرت المؤسسة في تنفيذ التزاماتها. وبناء على طلب المؤسسة تعديل أسعار العقد درست الوزارة هذا الطلب وتم اقتراح تعديل بعض شروط العقد ومنها تعديل الأسعار بنسبة ٥٠% بدلاً من النسبة التي تطالب بها المؤسسة وهي ٦١%، وبُعرض الموضوع على مجلس الوزراء أصدر القرار رقم ٨١٨ في ١٣٩٦/٥/١٧هـ الموافق (١٩٧٦/٥/١٦م) وحيث قررت المؤسسة المدعية أمام لجنة التحقيق، ومن ثَم أمام لجنة التدقيق في الديوان ((بأنه ليس ثمة نزاع بينها

وبين الوزارة وأن الوزارة لم يحدث أي تقصير من جانبها))، ومن حيث إن المادة الأولى من قرار مجلس الوزراء رقم ٨١٨ في ١٣٩٦/٥/١٧هـ الموافق (١٩٧٦/٥/١٦م) تنص على أن يقتصر النظر في طلبات التعويض المقدمة من المقاولين المتعاقدين مع جهات حكومية على الحالات التي يستند فيها المقاولون على حدوث تقصير من الجهة الحكومية ينتج عنه إلحاق خسارة، أو ضرر بالمقاول لذا فقد أصدرت لجنة التدقيق قراراها بتأييد ما ذهبت إليه لجنة التحقيق من أن طلبات المؤسسة المدعية تخرج عن نطاق تطبيق قرار مجلس الوزراء المذكور [١].

وعلى هذا النمط صدرت العديد من قرارات الديوان مؤسسة قناعتها على إقرار من المدعين على أنه ليس ثمة تقصير قد حدث من الجهة المتعاقد، وأن ما يستندون عليه في طلب التعويضات هو ارتفاع أسعار المواد وأجور الأيدي العاملة، أو أحدهما وقد خلصت لجان الديوان من ذلك بأن مطالباتهم هذه تخرج من نطاق تطبيق القرار ٨١٨ أي عدم اختصاصها في نظر المطالبات الواردة في تلك الدعاوى [٢].

وقد فسرت لجنة التدقيق القرار رقم ٨١٨ بالقول: (أنه لا ينظم مسألة الاختصاص بنظر منازعات العقود الإدارية بصفة عامة كما أنه لا يستهدف رسم الحدود لاختصاص ديوان المظالم في هذا المجال، وإنما هو يتعرض لمسألة محدودة هي طلبات التعويض المقدمة من المتعاقدين مع جهات حكومية.. ويضع ضوابط للفصل فيها من وجوب أن يكون الطلب مبنياً على أساس

---

[١] القرار رقم ٣/ت لعام ١٣٩٧هـ الموافق (١٩٧٧م) في القضية رقم ٢٢٩ لعام ١٣٩٦هـ الموافق (١٩٧٦م) منشور في مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية التي قررتها لجنة تدقيق القضايا في الفترة من عام ١٣٩٧هـ حتى عام ١٣٩٩هـ الموافق (١٩٧٧م حتى عام ١٩٧٩م) ص ٩ وما بعدها.

[٢] قرار لجنة التدقيق رقم ٤/ت لعام ١٣٩٧ الموافق (١٩٧٧م) في القضية رقم ٢١١/ق لعام ١٣٩٦هـ الموافق (١٩٧٦م) المرجع السابق – ص ١٢، وقرار لجنة الدقيق رقم ٥/ت لعام ١٣٩٧هـ الموافق (١٩٧٧م) في القضية رقم ٢٢٣/ق لعام ١٣٩٦ الموافق (١٩٧٦م) المرجع السابق – ص ١٥.
ومثال ذلك أيضاً قرار لجنة التدقيق رقم ٩ لعام ١٣٩٧ في القضية رقم ٢٠٣/ق لعام ١٣٩٦ الموافق (١٩٧٦م) (ص ٣٠ من مجموعة المبادئ)، وقرراها رقم ١٠/ت لعام ١٣٩٧ الموافق (١٩٧٧م) (ص ٣٣ من مجموعة المبادئ)، وغيرهما كثير في هذا الشأن.

المسئولية التعاقدية التي تستلزم وجود تقصير من جهة الإدارة في تنفيذ العقد، ثم من ثم سريان النهائية للقرار الصادر في طلب التعويض.. وذلك كله بغية إبعاد طلبات التعويض التي لا تستند على أساس من هذه المسئولية.. كتلك التي تبنى على النظريات المعروفة في مجال العقود الإدارية من نحو نظرية الظروف الطارئة وغيرها) [1].

وقد أوضح الديوان في العديد من قراراته المعنى المقصود بالتقصير المنسوب للجهة الإدارية عند تأخرها في تسليم موقع العمل للمتعاقد، الذي ورد كمثال للتقصير المبرر للتعويض في القرار ٨١٨ بالقول: (بأن عقد الأشغال العامة يلزم جهة الإدارة أول ما يلزمها بتسليم المقاول موقع العمل المخصص للمشروع محل التعاقد بحسبان ذلك صدى لالتزامها الأصيل بتمكين المقاول من البدء في التنفيذ فضلاً عن كونه الخطوة الأولى في تحقيق الغاية المستهدفة بالعقد، وذلك يقتضي البدء بتدبير موقع العمل والتحقق من صلاحيته من جميع الوجوه قبل الإقدام على التعاقد بحيث يتسنى تسليمه إلى المقاول فور الارتباط معه، أو على الأكثر خلال مدة معقولة من تمام العقد) [2] ومعتبرة أيضاً بأن من طبائع الأمور أن المقاول يبادر فور إخطاره بتحديد موعد تسليمه موقع العمل – إن لم يكن فور إبلاغه بترسية المشروع عليه – إلى تجهيز المعدات والعمالة التي تلزم للبدء في العمل، وطبيعي أن يتحمل تكاليف ذلك بغير فائدة تعود عليه[3].

---

[1] القرار رقم ٣٩/ت لعام ١٣٩٨هـ الموافق (١٩٧٨م) الصادر في القضية رقم ٢/١٨٨٧ لعام ١٣٩٧هـ الموافق (١٩٧٧م) المرجع السابق – ص ٣١١.

[2] قرار لجنة التدقيق رقم ٣١ لعام ١٣٩٨هـ الموافق (١٩٧٨م) في القضية رقم ٤٩١/ق لعام ١٣٩٧هـ الموافق (١٩٧٧م) المرجع السابق ص ١٨٧.

[3] ويطرح هنا سؤال، هو متى يعتبر العقد الإداري مبرماً لتحديد تاريخ بدء سريانه؟ لقد أجابت على ذلك لجنة تدقيق القضايا في قرارها رقم ١٥/ت لعام ١٣٩٧هـ الموافق (١٩٧٧م) بقولها: ((المعول عليه في تحديد وقت إبرام العقد الإداري هو التاريخ الذي تتم فيه ترسية العمل، أو العملية موضوع الاتفاق على المقاول، أو المؤسسة سواء أبرم بعد ذلك عقد أو لم يبرم، إذ إن إبرام العقد بعد تمام الترسية يعتبر كاشفاً لما تلاقت عنده إرادات المتعاقدين...)) صدر هذا القرار في القضية رقم ٣١٤/ق لعام ١٣٩٦هـ الموافق (١٩٧٦م) – مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية – المرجع السابق – الفترة من ١٣٩٧ – ١٣٩٩هـ الموافق (١٩٧٧م – ١٩٧٩م) ص ٤٤.

وعلى هذا الأساس فقد أصدرت لجان الديوان العديد من القرارات التي اعتبرت فيها الجهة الإدارية مقصرة؛ لكونها تأخرت في تسليم مواقع العمل لفترات تجاوز المألوف أو المعقول وفقاً لتقديرها، ومن ثَم طبقت على تلك الحالات القرار رقم ٨١٨ مقررة تعويض المتعاقدين عن خسائرهم الناجمة عن هذا التأخير بما في ذلك فروقات أسعار المواد والأجور الطارئة خلال تلك الفترة، والملاحظ أيضاً هو توسع تلك اللجان في تفسير مدلول التقصير المنسوب للجهة الإدارية لإمكان شموله بالقرار ٨١٨ حتى أن هذا التقصير تداخل أحياناً مع حق الإدارة في تعديل العقد بتغيير المخططات والمواصفات، أو وقف العمل لاعتبارات تراها أكثر ملاءمة للمرفق العام مبررة ذلك بقولها (لئن كان من المسلم به في المبادئ التي تنظم نظرية العقد الإداري أن لجهة الإدارة حق تعديل العقد من جانبها وحدها بتغيير الالتزامات الناشئة فيه زيادة، أو نقصاً وأن هذا الحق ينبعث من طبيعة العقد الإداري ذاته ويقوم على أساس من مقتضيات المرفق العام، أو المصلحة العامة، ولذلك تتمتع جهة الإدارة ولو لم ينص عليه العقد، دون أن تحاج بقاعدة الحق المكتسب، أو بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، ولئن كان ذلك كله مسلماً به إلاّ أن حق التعديل بحسبانه من أخطر الحقوق التي تتمتع بها الإدارة في هذا المجال، لا ينطلق من مداه إلى غير حد، وإنما يخضع في استعماله لضوابط وقيود اصطلح عليها الفقه وجرى بها القضاء ومجمل هذه القواعد أن تعديل التزامات المتعاقد مع الإدارة يمكن أن يرد إلى ثلاثة عناصر هي كمية الأعمال أو الأشياء محل العقد، وكذلك شروط التنفيذ المتفق عليها، وأخيراً مدة التنفيذ، فإذا عمدت الإدارة إلى التعديل خارج هذا النطاق، أو كانت قد التزمته؛ ولكن جاوزت بالتعديل حدود المألوف، كان ذلك منها مخالفة لأحكام العقد تخول المتعاقد الحق في طلب فسخه، والضابط المهيمن على استعمال هذا الحق ألاّ يؤدي إلى تغيير في طبيعة العقد، أو جوهره، كما روعي عند التعاقد، فلا يسوغ تعديل موضوعه، أو

إنشاء محل جديد له غير ما تم الاتفاق عليه، ولا شك أن تحديد موقع العمل المتفق عليه هو أحد العناصر الجوهرية في العقد، والتي تكون محل اعتبار المتعاقد، وعلى أساسها أجرى دراسته للمشروع وأقام تقديراته وحدد أسعاره) [1].

وفي قرار آخر لها وصفت عدم تزويد المقاول بفسح البناء للمشروع المتفق عليه بأنه إخلال جسيم من جهة الإدارة بقولها: (إن فسح البناء إجراء ضروري وشرط جوهري؛ لكي يتمكن المقاول من مباشرة العمل في المشروع المتعاقد عليه، وبدونه لا يستطيع نظاماً أن يبدأ، أو يستمر في تنفيذه، ولمّا كانت الوزارة ملزمة بمقتضى العقد بالقيام بكل ما من شأنه تمكين المقاول من البدء في العمل ومن المضي فيه حتى تمام إنجازه فإنها تنفيذاً لهذا الالتزام كان يتعيّن عليها تزويد المقاول بالفسح اللازم للعمل قبل الوقت المحدد للبدء فيه... ولا شك أن تخلف هذه النتيجة يعد إخلالاً جسيماً بمقتضى العقد...) [2]

ولمّا كان تأخر الجهة الإدارية في تسليم موقع المشروع للمقاول أحد حالات التقصير المنسوب للإدارة في القرار رقم ٨١٨ لذا فقد حددت لجنة التدقيق في أحد قراراتها المدة اللازمة لذلك بقولها: (ومن حيث إن العقد المبرم بين الطرفين في المنازعة الماثلة قد حدد مدة تنفيذ المشروع بثمانية أشهر ومن تاريخ تسليم المقاول موقع العمل، لكنه لم يحدد ميعاد لتسليمه، وليس معنى ذلك أن تصير الوزارة حرة في تسليم الموقع في أي وقت تشاء أو في أي وقت تسمح فيه ظروفها. تلك الظروف التي كان يتعين مراعاتها من قبل، فالقول بهذا يعني أن تتسبب

---

[1] قرار رقم ٢٢/ت لعام ١٣٩٨هـ الموافق (١٩٧٨م) في القضية رقم ٣٠٤/ق لعام ١٣٩٧هـ الموافق (١٩٧٧م) المرجع السابق – ص ٩٣.

[2] قرار رقم ٣٩/ت لعام ١٣٩٨هـ الموافق (١٩٧٨م) في القضية رقم ٢/١٨٨٧ لعام ١٣٩٧هـ الموافق (١٩٧٧م) المرجع السابق – ص ٣١٣. كما اعتبرت لجنة تدقيق القضايا في قرارها رقم ٢ لعام ١٤٠٠هـ الموافق (١٩٨٠م) إن التأخير في صرف المستحقات لمدة طويلة يعتبر سبباً أجنبياً يرفع عن المؤسسة المتعاقدة مسئولية التأخير في تنفيذ بعض التزاماتها، ويعتبر خطأ عقدياً تقوم به المسئولية العقدية للوزارة عند توافر أركانها – مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية لعام ١٤٠٠هـ الموافق (١٩٨٠م) ص ١٣.

الوزارة يتصرفها في إطالة مدد التنفيذ إلى ما يجاوز المدد المعقول وتضر بالمتعاقد معها الذي يحق له الاعتماد في تقديراته وتدبير شؤونه على أن الموقع معد للتسليم عند التعاقد، ومع ذلك تكون – في هذا النظر – بمنأى عن المسئولية عن هذا الضرر، ولذلك فإن إعمال مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود من ناحية، والاعتداد بحق المقاول في الاعتماد على وجود القدر الكافي من حسن الإدارة وما يقتضيه من عدم الارتباط بمشروع دون إعداد أهم عنصر من عناصره وهو موقع العمل من ناحية أخرى – ذلك كله يوجب القول بأن الوزارة تلتزم بتسليم الموقع خلال مدة معقولة بعد التعاقد، وأن هذا الالتزام إذا لم يرد في العقد شرطاً صريحاً، فإنه مقتضى لازم من مقتضياته ونتيجة حتمية لالتزام الوزارة يمكن المقاول من البدء في العمل، فإذا جاوزت الوزارة هذه المدة المعقولة، كان ذلك لا ريب – إخلالاً منها بالتزام جوهري يفرضه العقد وخروجاً على أول موجباته [1].

ومع أن تغيير الموقع لم يرد ذكره في القرار ٨١٨ كحالة من الحالات التي ينسب فيها التقصير للجهة الإدارية في حين أنها وفقاً للقواعد المقررة فقهاً وقضاءً في العقود الإدارية جاوز حدود حق الإدارة في تعديل العقد وتجيز للمتعاقد طلب فسخ العقد فإن قضاء ديوان المظالم اعتبر هذه الحالة من حالات الخطأ التي تسمح بتطبيق القرار ٨١٨ ومقتضاه تعويض المتعاقد عن الأضرار الناجمة عن تعديل الموقع كما هو في القرار التالي ((... ومن حيث إنه بالنسبة للتعويض الذي تطالب به الشركة، فالثابت أن جهة الإدارة لم تستطع تسليم المواقع المتفق عليها للمشروع، وإنما أحدثت بعد التعاقد تعديلاً في هذه المواقع أدى إلى تحمل الشركة المدعية أعمالاً إضافية لم تكن محلاً للتعاقد، ولا كانت في الحسبان وقت الاتفاق، وإنما تحملتها الشركة نتيجة عدم تنفيذ العقد بالصورة التي تم عليها بادئ الأمر، مما يندرج في نطاق قرار

---

[1] قرار رقم ٤٨/ت لعام ١٣٩٨هـ الموافق (١٩٧٨م) في القضية رقم ٢٨٤/ق لعام ١٣٩٦هـ الموافق (١٩٧٦م) المرجع السابق - ص ٣٧١.

مجلس الوزراء رقم ٨١٨ الصادر في ١٣٩٦/٥/١٨هـ الموافق (١٩٧٦/٥/١٧)، ومن ثَم تلتزم جهة الإدارة بتعويض الشركة عما ترتب على تعديل المواقع من أضرار ويتمثل ذلك فيما تحملته من تكاليف مد الكوابل على النحو المذكور)) [١].

ومن المستقر عليه في قضاء الديوان، أن قرار مجلس الوزراء رقم ٨١٨ وطبقاً لأحكامه لا بد من توافر أركان المسئولية للحكم بالتعويض، وهي تقصير جهة الإدارة، وضرر أصاب المتعاقد، وعلاقة سببية بينهما، وعندئذ يستحق المتعاقد تعويضاً كاملاً يغطي جميع الضرر الذي حاق به نتيجة هذا التقصير، بغير توقف على مواد معينة من عناصر العملية، ولا الالتزام لحدود زمنية لتقديم العطاء، أو تنفيذ المشروع كما هو الحال في القرار رقم ٥٢ لسنة ١٣٩٤هـ الموافق (١٩٧٤م) الذي هو في واقع الأمر تطبيق لنظرية الظروف الطارئة مساهمة من الدولة في تعويض المقاولين على أساس من العدالة، ويفترض مواجهة الأسعار التي تحملها المقاولون بصورة غير طبيعية، منذ ١٣٩٣/٣/١هـ الموافق (١٩٧٣/٤/٣م) ولم يقصد به التعرض لارتفاع الأسعار التي تتسبب فيه جهة الإدارة، وبناءً على ذلك، فإن لجنة التدقيق قررت عند نظر طلب تعويض مقاول لإنشاء مدرسة بنات أوقفته البلدية عن العمل قرابة تسعة أشهر نقض قرار الدائرة تعويضه عن ارتفاع الأسعار على أساس قرار مجلس الوزراء رقم ٥٢ المشار إليه معللة ذلك كون القرار المذكور ((ما هو إلاّ تطبيق لنظرية الظروف الطارئة التي تقرر تعويض المتعاقد دونما خطأ من جانب جهة الإدارة، ويقصر هذا التعويض على الحدود التي ترفع الإرهاق الذي لحق به، دون أن يمتد ليشمل جميع الخسارة التي أصابته، وذلك المعنى واضح تماماً من أحكام هذا القرار حيث تضمن أنه من العدالة أن تقوم

---

[١] قرار لجنة التدقيق رقم ٥٠/ت لعام ١٣٩٨هـ الموافق (١٩٧٨م) في القضية رقم ٢٧٧/ق لعام ١٣٩٧هـ الموافق (١٩٧٧م) - المرجع السابق - ص ٣٧٩ وص ٣٨٠.

الدولة برفع الإرهاق عمن تضرر من المقاولين الإنشائيين ومتعهدي الإعاشة، وحيث قصر مساهمة الدولة في حدود بعض المواد في نطاق زمني عينه)) [1]

وبناءً على ذلك قررت لجنة التدقيق إعادة القضية على الدائرة الثانية لإعادة نظرها طبقاً لأحكام قرار مجلس الوزراء رقم ٨١٨ لكون هذا القرار يقرر تعويض المتعاقد عن كامل خسارته في حين أن القرار ٥٢ الذي هو مؤسس على أحكام نظرية الظروف الطارئة لا يعوض عن كامل الخسارة وإنما جزء منها.

أمّا كيفية تقدير التعويض الذي تقرره لجان الديوان عند اقتناعها بوجود تقصير من الجهة الإدارية المتعاقدة ينطبق عليه قرار مجلس الوزراء رقم ٨١٨ فقد تكفل قرار صادر من لجنة التدقيق بتحديده حينما قالت: ((أن يكون الضرر مترتباً على تقصير الجهة الإدارية، أي أنه ينبغي أن تكون ثمة علاقة سببية بين التقصير والضرر، فيكون هذا نتيجة مباشرة لذاك والحال أن تقصير جهة الإدارة أدى مباشرة إلى تعطيل المعدات والعمالة وما إلى ذلك، فتعوض المدعية عن هذا التعطيل وحسب، أمّا القول بحساب ربح فائت على مبلغ التعويض ذاته فإنه مما يدخل في باب تسلسل النتائج، أو الأضرار غير المباشرة التي لا يشملها التعويض [2].

وعن نوع الضرر الذي يتم التعويض عنه بسبب تقصير الإدارة حددته لجنة التدقيق بأنه ((الضرر المباشر هو ما كان نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدثته الوزارة إذا لم يكن في استطاعة

---

[1] قرار لجنة التدقيق رقم ٦٠/ت لعام ١٣٩٨هـ الموافق (١٩٧٨م) في القضية رقم ٤٣٤ لسنة ١٣٩٧هـ الموافق (١٩٧٧م) – المرجع السابق – ص ٤١٩.

[2] قرار لجنة التدقيق رقم ٢١/ت لعام ١٣٩٨هـ الموافق (١٩٧٨م) في القضية رقم ٤٩١/ق لعام ١٣٩٧هـ الموافق (١٩٧٧م) – المرجع السابق – ص ١٩٢. كما أبانت لجنة تدقيق القضايا مقدار الأضرار التي يمكن التعويض عنها بالقول: (الأصل في التعويض أنه شرع لجبر الضرر، لا أن يكون مصدر إثراء للمضرور، ومن هنا وجب أن يكون مساوياً في مقداره لحجم الضرر الذي أصابه، وحيث لم يثبت أن المدعية قامت بتكسير الخرسانة المدفونة تحت الأرض، وبالتالي لم تتكبد نفقات الهدم، لذا لا يوجد ثمة ضرر يمكن أن تعوض عنه) قرار رقم ٣٨/ت لعام ١٤٠١هـ الموافق (١٩٨١م) في القضية رقم ٣٩٦/١/ق لعام ١٤٠٠هـ الموافق (١٩٨٠م) مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية لعام ١٤٠١هـ الموافق (١٩٨١م) – ص ٢٨٣.

المؤسسة أن تتوقاه ببذل جهد معقول، وما عدا ذلك من أضرار غير مباشرة فلا تسأل عنها الوزارة [1].

وفي قرار آخر لها حددت لجنة تدقيق القضايا نطاق الضرر الذي يعوض بأنه ((ومن حيث إن الأضرار التي تعوض عنها المؤسسة ينبغي أن تكون أضراراً محققه الوقوع أي وقعت فعلاً، أو ستقع حتماً، وأن تكون هذه الأضرار مباشرة لتقصير الوزارة أي نتيجة طبيعية لخطأ الوزارة ولم يكن في استطاعة المؤسسة المدعية توقيها ببذل جهد معقول، وأن تكون هذه الأضرار ثابتة على وجه الجزم واليقين بموجب مستندات كافية للإقناع)) [2].

ولمّا كان تحديد تاريخ بداية العقد الإداري في غاية الأهمية لمعرفة الفترة الزمنية التي يقع خلالها التقصير المنسوب للإدارة وفقاً لمتطلبات القرار رقم ٨١٨، فقد أبانت لجنة التدقيق في قرار لها ذلك بالقول: ((إن التقصير الذي يستدعي تطبيق القرار رقم ٨١٨ لسنة ١٣٩٦هـ الموافق (١٩٧٦)، هو ذلك الذي يقع من جهة الإدارة بعد إبرام العقد ومن المعلوم أن العقد الإداري يتم من تاريخ إخطار الإدارة لمقدم العطاء بترسية العملية عليه من هذا التاريخ – وليس قبله – يمكن تطبيق أحكام القرار سالف الذكر إذا حدث إخلال من الجهة الإدارية بتنفيذ العقد)) [3].

وفي قرار آخر لها أكدت رأيها هذا حينما قالت: ((من حيث إن القاعدة المسلمة أن العقد الإداري يتم بإخطار جهة الإدارة مقدم العطاء بترسية المشروع عليه، فذلك هو القبول الذي متى طابق الإيجاب (العطاء) انعقد العقد من تاريخ وصوله إلى علم الموجب، وقد أشار إلى هذه القاعدة المسلم بها خطاب وزارة المالية والاقتصاد الوطني رقم ١٢٥٢٠ في ١٣٨٧/٩/٢٠هـ الموافق

---

[1] قرار لجنة التدقيق رقم ٨/ت لعام ١٣٩٩هـ الموافق (١٩٧٩م) في القضية ١٢٩/ق لعام ١٣٩٧هـ الموافق (١٩٧٧م) مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية – المرجع السابق – ص ٤٦٧.

[2] قرار لجنة التدقيق رقم ١٨/ت لعام ١٣٩٩هـ الموافق (١٩٧٩م) في القضية رقم ٢/٧٩٠ لعام ١٣٩٧هـ الموافق (١٩٧٧م) – المرجع السابق – ص ٥٢١.

[3] قرار لجنة التدقيق رقم ١٩/ت لعام ١٣٩٨هـ الموافق (١٩٧٨م) في القضية رقم ٤٧٦/ق لعام ١٣٩٦هـ الموافق (١٩٧٦م) – المرجع السابق – ص ١٧٧.

(١٩٦٧/١٢/٢١م)، حيث تضمن ((أن الإبلاغ بالترسية هو المعول عليه بتلاقي الإيجاب والقبول وتمام العقد ويكون توقيع العقد (بعد ذلك) ليس إلاّ تأكيداً لتمامه ويكون ساري المفعول منذ تاريخ الإبلاغ بالترسية..)) وبناءً على هذه القاعدة، فإن إبلاغ المقاول بالترسية هو المعول عليه في تحديد بدء نفاذ العقد فمن هذا التاريخ يتعيّن على كل من طرفيه أن يبادر إلى تنفيذ ما يرتبه العقد في ذمته من التزامات ...)) [١].

وبتأمل قرارات ديوان المظالم الصادرة خلال هذه الفترة نجدها قد التزمت تماماً بحصر ولايته القضائية في نظر قضايا تعويض المقاولين عن الخسائر التي يدعون بحصولها أثناء تنفيذ عقودهم، على القضايا المدعى بها بوجود تقصير منسوب للجهة الإدارية المتعاقدة أدى إلى حصول الأضرار المدعى بها بناءً على ما قررته الأوامر السامية المشار لها فيما سبق، وفي قرار للديوان وصف التقصير المقصود بالقرار ٨١٨ بأنه يتسع ليشمل كل إخلال بالتزام يفرضه العقد على المدعى عليها إذ إن التقصير الذي تشير إليه المادة الأولى من هذا القرار يعني كل إخلال بالتزام تعاقدي [٢].

كما أن قضاء الديوان حينما يتبيّن له أثناء نظر قضية ما بأن الأضرار ناتجة عن أحد أسباب التعويض التي تقررها نظريات التوازن المالي كان يمتنع عن الفصل فيها بسند من القول عدم انطباق القرار رقم ٨١٨ على الواقعة، ما لم يكن قد حصل على إذن خاص من مجلس الوزراء بنظرها، مسبباً ذلك بأن طلبات المدعية تخرج عن نطاق تطبيق القرار المذكور[٣].

---

[١] قرار لجنة التدقيق رقم ٢٠/ت لعام ١٣٩٨هـ الموافق (١٩٧٨م) في القضية رقم ٣٠٠/ق لعام ١٣٩٧هـ الموافق (١٩٧٧م) – مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية – المرجع السابق – ص ١٨٣.

[٢] قرار لجنة التدقيق رقم ٣٥/ت لعام ١٤٠١هـ الموافق (١٩٨١م) في القضية رقم ٢٩٢/١/ق لعام ١٣٩٨هـ الموافق (١٩٧٨م) – المرجع السابق – ص ٢٥٦.

[٣] قرارات لجنة التدقيق رقم ٣/ت لعام ١٣٩٧ورقم ٤/ت لعام ١٣٩٧هـ، ورقم ٥/ت لعام ١٣٩٧هـ وقد صدرت جميعها خلال عام (١٩٧٧م) – المرجع السابق- ص (٩) وما بعدها، وعلى سبيل المثال أيضاً القرار رقم ٢٩/ت لعام ١٣٩٨ الموافق (١٩٧٨م) – المرجع السابق- ص ٢٥٤ وغيرها كثير.

ومثال الإذن الخاص من مجلس الوزراء لديوان المظالم بنظر منازعات إدارية بطلب تعويضات تستند على أحد الأسباب غير المتوقعة، مما يندرج تحت حالة تقررها نظرية من نظريات التوازن المالي الأمر الذي أصدره صاحب السمو الملكي نائب رئيس مجلس الوزراء رقم ٣/أ/٢٠٦٤٩ وتاريخ ١٣٩٦/٨/٢٧هـ الموافق (١٩٧٦/٨/٢٣م) بناء على خطاب معالي وزير المالية والاقتصاد الوطني، الخاص بتوقف بعض المقاولين الذين تعاقدوا على تنفيذ بعض الطرق عن العمل – بالموافقة على أن تحال هذه الحالات إلى ديوان المظالم لنظرها طبقاً للعقود المبرمة في هذا الشأن[1].

وقد كان سبب توقف المقاولين عن الاستمرار في تنفيذ الطرق موضوع عقودهم، كما يظهر من القرار المذكور، هو حصول زيادة طرأت على أسعار عقود إنشاء الطرق من عام ١٣٩٢ الموافق (١٩٧٢م) حتى عام ١٣٩٥هـ الموافق (١٩٧٥م)، وأنه بناء على دراسة أعدتها وزارة المواصلات لكافة عناصر التكلفة، تبيّن أن نسبة الزيادة خلال تلك الأعوام كحد أدنى هي نسبة ٨٧,٨%، وأن الحد الأعلى هي نسبة ١٣٩,٨%، وقد أصدرت لجنة التحقيق في الديوان قراراً ألزمت فيه وزارة المواصلات بتعويض المقاول بمبلغ يساوي نسبة ١١٣,٨% من قيمة الأعمال التي أنجزها في مشروع طريق طريف/ الحدود الأردنية، واستندت اللجنة في ذلك إلى ما استخلصته من توافر شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة في هذه الحالة، إلاّ أن لجنة التدقيق أعادت القضية للجنة المذكورة بطلب تحديد نسبة زيادة الأسعار في كل بند، وبيان كمية الأعمال المنجزة.

---

[1] قرار لجنة التدقيق رقم ٨/ت لعام ١٣٩٨هـ الموافق (١٩٧٨م) في القضية رقم ١٩٥خ، والقضية رقم ٢٣١/ق لعام ١٣٩٦ الموافق (١٩٧٦م) – المرجع السابق ص ١١٤.

وبتأمل ما سبق يتضح أن لجنة التدقيق أقرت مبدأ التعويض بموجب نظرية الظروف الطارئة، وإن أبدت ملاحظات على طريقة حساب نسبة الزيادة في الأسعار، وكمية الأعمال المنفذة، لاستكمال الحكم بالتعويض نهائياً في القضية، وهو اختصاص للديوان بالفصل النهائي في هذه القضية، يفوق بكثير ما كان يمارسه الديوان من اختصاصات أثناء سريان نظامه السابق.

وتكرر مثل هذا الإذن الخاص للديوان في نظر بعض قضايا التعويض التي لا يشوبها أي خطأ منسوب للجهة الإدارية، أي لا تنطوي تحت نطاق القرار ٨١٨، ومثال ذلك تطبيقها للأمر السامي السابق الإشارة إليه على قضايا مماثلة نظرها الديوان طبقاً للعقود المبرمة في هذا الشأن، علماً بأن هذه العقود غالباً ما تتضمن شروطاً تنظم طريقة معالجة ارتفاع أسعار المواد والأجور غير المتوقع والذي من شأنه إزالة الإرهاق عن كاهل المتعاقد، وإعادة توازن عقده المختل بسبب هذه الظروف، وهو ما تقرره نظرية الظروف الطارئة في مثل هذه الحالات، وبموجب هذا الإذن أمكن للديوان إصدار قرارات بإلزام وزارة المواصلات بتعويض مقاوليها المنفذين لمشاريع الطرق عن ارتفاع الأسعار للظروف الطارئة [1].

وفي قضية أخرى جاء الإذن من مجلس الوزراء صريحاً للديوان، بالفصل فيها طبقاً لأحكام نظرية الظروف الطارئة، في منازعة طلبت فيها إحدى الشركات المنفذة لعملية نقل وتركيب المواد والمعدات اللازمة لتوسعة مشروع الهاتف الآلي في مدن المملكة، تعويضها بزيادة أسعار العقد بنسبة ٥٠% من الأعمال التي تم تنفيذها، عما لحقها من خسائر تخل باقتصاديات العقد، بسبب ارتفاع أجور العمال على نحو لم يكن متوقعاً عند التعاقد، وقد أصدر

---

[1] قرار لجنة التدقيق رقم ٩/ت لعام ١٣٩٨هـ (الموافق ١٩٧٨م) - المرجع السابق - ص ١١٧.

الديوان قراراً تضمن الحكم بتعويض الشركة بناءً على هذه النظرية، على التفصيل الذي سوف أعرضه في موضعه [1].

كما استقر قضاء الديوان بأن مجرد إحالة النزاع له لنظره، والفصل فيه من مجلس الوزراء، أو من الوزارات المختصة، فإنها تجري عليه متطلبات القرار ٨١٨، فإذا لم يتوفر في النزاع ما يثبت تقصير الجهة المتعاقدة مما يقتضيه القرار المذكور، فإن الديوان يصدر قراره بعدم الاختصاص، بل إنه في إحدى القضايا أوصى القرار برفع الأوراق إلى المقام السامي مع التوصية بأخذ الأسباب التشجيعية، وروح العدالة والمساواة التي ذكرتها المؤسسة المدعية بعين العطف الملكي الكريم، وهو تعويضها عن خسائرها في المشروع التي بلغت ٥٠% من قيمة العقد أسوة بمقاول تم تعويضه في حالة مماثلة [2]. وهذا الاقتراح ما هو إلاّ تطبيق لنص المادة الثانية من نظام الديوان النافذ آنذاك التي تقرر اختصاصه في التحقيق، ودراسة الشكاوى، أو تقديم المقترحات بشأنها لجلالة الملك.

ومما يجدر ذكره هو أن طلبات تعويض المقاولين التي تعرض على مجلس الوزراء، بسبب ارتفاع الأسعار المفاجئ، أو غيره من أسباب اختلال توازن العقد الإداري بدون خطأ الإدارة، حينما لا يقتنع المجلس بأحقيتها يصدر قراره برفض طلب التعويض ضمناً حينما يحيله إلى ديوان المظالم لنظره بموجب قراره رقم ٨١٨ .. [3].

ويظهر تأثير القرار ٨١٨ على قضاء الديوان قبل نفاذ نظامه الحالي وبعده عندما يرفض أيضاً الفصل في قضايا تعويض المقاولين بسبب ارتفاع الأسعار حتى في حالة تضمن

---

(١) قرار لجنة التدقيق رقم ٥/ت لعام ١٣٩٩هـ الموافق (١٩٧٩م) المرجع السابق – ص ٤٥١. انظر ص ٣٤٠.

(٢) قرار لجنة التدقيق رقم ٩/ت لعام ١٣٩٧هـ الموافق (١٩٧٧م) المرجع السابق – ص ٣٠.

(٣) قرار لجنة التدقيق رقم ٢٠/ت لعام ١٣٩٧هـ الموافق (١٩٧٧م) في القضية رقم ٢٣١/ق لعام ١٣٩٦هـ – المرجع السابق – ص ٦٤.

العقد شرطاً يقضي بالتعويض في مثل هذه الأحوال [1]، بل إن تأثير القرار ٨١٨ في الحد من اختصاصات الديوان في نظر قضايا التوازن المالي للعقد امتد لعقدين من الزمان في ظل نظامه الحالي رغم وجود نص صريح في نظامه يعطيه الاختصاص بنظر كافة منازعات العقود الإدارية كما سوف أعرضه لاحقاً.

وقد عبر الديوان عن تمسكه بموقفه تجاه الاختصاص في قضايا التعويض التي لا تستند على خطأ، أو تقصير الإدارة بعد تمام العقد بين الطرفين بالقول: ((وإذا ما أريد النظر في تظلم المدعي المذكور، فإن الأمر يستدعي صدور أمر من المقام السامي إلى ديوان المظالم للنظر فيما يدعيه، ومن ثَّم يمكن إحالة دعواه إلى إحدى الدوائر بالديوان للنظر فيها بما يحقق العدالة بين الطرفين)) [2].

وفيما يلي أمثلة تطبيقية لما أصدره الديوان من أحكام في قضايا ألزم فيها الجهة الإدارية بتعويض المتعاقد معها عن خسائره، وأضراره الناشئة بسبب ظرف طارئ، أو إجراء غير متوقع، أو صعوبات مادية مفاجئة، وسيكون ذلك مصنفاً حسب نوع النظرية في ثلاثة مطالب وفقاً لما يلي:-

المطلب الأول:

تطبيقات ديوان المظالم لنظرية عمل الأمير في ظل نظامه السابق

يتطلب تطبيق هذه النظرية على النحو الذي حدده الفقه والقضاء الإداري عدة شروط تم تفصيلها في الفصل الثاني من الباب الأول من هذه الدراسة [3] ملخصها وجود عقد إداري

---

[1] قرار لجنة التدقيق رقم ٢٩/ت لعام ١٣٩٨هـ الموافق (١٩٧٨م) في القضية رقم ٢٢٢/ق لعام ١٣٩٦ الموافق (١٩٧٦م)- المرجع السابق – ص ٢٥٧.

[2] قرار لجنة التدقيق رقم ٣٦/ت لعام ١٣٩٩هـ الموافق (١٩٧٩م) في القضية رقم ٢/٢١٨٧ لعام ١٣٩٩ الموافق (١٩٧٩م) – المرجع السابق – ص ٥٧٥.

[3] انظر صفحة ٤٦ وما بعدها من هذه الدراسة.

صدر خلال تنفيذه إجراء مفاجئ من الجهة الإدارية المتعاقدة دون ثمة خطأ منها نتج عنه ضرر يسيرٌ كان أو جسيماً أصاب المتعاقد بصفة خاصة لا يشاركه فيه سائر من يمسه هذا الإجراء حسب التفصيل الوارد في موضعه.

وتستهدف النظرية إعادة التوازن المالي للعقد المختل، نتيجة مثل هذه الإجراءات بتعويض المتعاقد عن كامل خسارته، وما فاته من ربح حماية له من هذه المخاطر الإدارية.

((وفي ضوء أحكام الشريعة الإسلامية نجد أن كلاً من نظرية عمل الأمير والمسئولية عن العمل الإداري المشروع تجمعهما الطبيعة التشريعية، وليست الطبيعة القضائية، ذلك لأن الأساس الشرعي لهاتين النظريتين قد ورد في المصدر الثاني من مصادر التشريع الإسلامي ألا وهو السنة النبوية حيث ورد ذلك في الحديث النبوي المشهور (لا ضرر ولا ضرار) وكذلك القاعدة الشرعية أن الضرر يزال)) [1]

وبتأمل ما نشر من قرارات لجان تدقيق القضايا بديوان المظالم الصادرة أثناء فترة سريان نظامه السابق في الفترة بين عامي ١٣٩٧ الموافق (١٩٧٧م) و ١٤٠١هـ الموافق (١٩٨١م)، وقد تضمنتها مجموعة المبادئ الشرعية، والنظامية التي استقرت عليها لجان تدقيق القضايا في الديوان، احتوتها ثلاثة مجلدات[2]، تبيّن لي عرض العديد من قضايا طلبات تعويض المقاولين مع الدولة المشتملة على كافة شروط هذه النظرية بمعنييها الضيق والواسع، أي سواءً أكان ذلك الرأي يشترط صدور الإجراء المسبب للضرر من الجهة الإدارية المتعاقدة، أو الرأي

---

[1] د./ عبد السميع محمود – مسئولية الإدارة عن أعمالها المادية المشروعة – دراسة مقارنة في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية – دار النهضة العربية – طبعة ٢٠٠٢م ص ١٧٩ وص ١٨٠.

[2] مع أن المادة (٤٧) من نظام الديوان النافذ توجب أن يقوم الرئيس كل عام بتصنيف الأحكام التي أصدرتها دوائر الديوان، ومن ثم طبعها ونشرها في مجموعات إلاّ أنه وللأسف، توقف نشر الأحكام بعد صدور هذا النظام رغم الحاجة الملحة لذلك، وهو الأمر الذي تضمنته التوصية الثامنة للبنية التشريعية والقضائية في المملكة المقدمة للهيئة الاستشارية في المجلس الاقتصادي الأعلى من اللجنة المنظمة لمنتدى الرياض الاقتصادي في ١٤٢٤/١١/١٥هـ الموافق (٢٠٠٣/١٢/٩م)، ونصها ((المبادرة إلى نشر السوابق القضائية حتى يتم توحيد الأحكام)).

الأخير الذي يعمم هذا الإجراء بحيث إنه يكفي أن يكون صادراً من جهة حكومية دون خطأ منها، باعتبار أن أجهزة الدولة تمثل شخصاً معنوياً واحداً مهما تعددت مسميات أجهزته ومرافقه، وخدماته التي تلتقي، بكون مصدر سلطتها وهدفها واحد هو سعي الدولة لتحقيق الصالح العام.

ودرجت قرارات اللجان المذكورة على إقرار حق المتعاقد بتعويض عن كامل خسارته الناتجة عن صدور إجراء إداري أدى إلى وقفه عن التنفيذ لفترة من الزمن، وكذلك في الحالات التي انتهى الأمر بالمتعاقد إلى إلغاء عقده، أو فسخه دون ثمة خطأ منسوب إلى الطرفين.

وبدراسة هذه القرارات كما سيرد لاحقاً، وهي قليلة نسبياً، تبيّن بأنها أطلقت على أسباب الأضرار مسمى صعوبات مادية أحياناً وفي أحيان أخرى أغفلت تكييف الواقعة أو تصنيفها ضمن منظومة نظريات التوازن المالي، بل إن هذه اللجان اجتهدت في تلمس مواضع خطأ يمكن نسبته إلى الجهة الإدارية لينطوي تحت وصف التقصير المشمول بالقرار رقم ٨١٨ الذي يجيز التعويض في مثل هذه الحالات، باعتباره المنفذ الوحيد المتاح للديوان لإصدار قرار نهائي بالتعويض لصالح المتعاقد المضرور عن كامل خسائره آنذاك، وإن تعذر ذلك فقد يكون في القرار رقم ٢٠ آنف الذكر ما يمكن اللجان من إصدار قرار بالتعويض الجزئي لخسائر المتعاقد إذا تحققت شروطه من حيث الفترة الزمنية والمواد والنشاط لمواجهة ارتفاع الأسعار الذي تم بسبب أوامر الجهة الإدارية بإيقاف العمل.

وفيما يلي نماذج لهذه القرارات التي تحمل بصمات لمخاطر إدارية في مفهومها الضيق.

من ذلك ما صدر من لجنة التدقيق في قضية ملخصها أنه كان قد رسى على الشركة المدعية مناقصة إنشاء مدرستين ابتدائيتين بمدينة الرياض، وأخطرت بالترسية في ١٣٩٤/١٠/١٠هـ الموافق (١٩٧٤/١٠/٢٦م)، ثم حرر عقدين بين الطرفين في ١٣٩٤/١٠/٢٢هـ الموافق (١٩٧٤/١١/٧م) مدة تنفيذهما ثمانية عشر شهراً تبدأ من تاريخ تسليم الشركة موقع العمل، وبتاريخ ١٣٩٥/٢/١٦هـ الموافق (١٩٧٥/٢/٢٧م) تسلمت الشركة موقع العمل، وفور بدءها بالتنفيذ طلب منها المهندس المشرف على المشروع التوقف لأخذ عينات من التربة لتحليلها لمعرفة

مدى تحملها للأساسات ولتحديد منسوب الحفر اللازم، ومن ثَم توقف العمل اعتباراً من ١٣٩٥/٣/٦هـ الموافق (١٩٧٥/٣/١٨م)، وتبيّن من نتيجة تحليل التربة وجوب تعديل الأساسات، مما ترتب عليه أن ظل العمل متوقفاً إلى ١٣٩٥/٤/١١هـ الموافق (١٩٧٥/٤/٢٢)، وكذلك اقتضى هذا التعديل تكليف الشركة ببعض الأعمال الإضافية في حدود النسبة المقررة وهي ٢٠%من قيمة الأعمال، وأثناء تنفيذ المشروع تقدمت الشركة مع شركات ومؤسسات أخرى بتظلم إلى المقام السامي، تطلب فيه تعويضها عن الأضرار التي لحقت بها من جراء تعطيلها عن العمل، وما تعرضت له من ارتفاع الأسعار بسبب ذلك، فأحيل التظلم إلى الديوان لنظره على ضوء أحكام قرار مجلس الوزراء رقم ٨١٨ تاريخ ١٣٩٦/٥/١٧هـ الموافق (١٩٧٦/٥/١٦م).

وقد ادعت الشركة في مذكرتها أن جهة الإدارة تأخرت في تسليمها موقع العمل من تاريخ إخطارها بالترسية، كما أوقفتها عن العمل لتحليل التربة وتعديل الأساسات مدة ٣٠ يوماً، فتكون فترة التأخير خمسة أشهر واثني عشر يوماً، كما كلفتها بأعمال إضافية لا تزيد في حجمها على ٢٠% من قيمة العقد؛ ولكنها تتطلب وقتاً لإنجازها قدرته الإدارة بأربعة أشهر وثلاثة أيام، وعلى أساس هذا التقدير أعفتها من غرامة التأخير[1]. وخلصت إلى تقدير مدة تأخيرها عن العمل بتسعة أشهر وخمسة عشر يوماً، وذلك بأنها تعرضت خلال مدة التأخير لزيادة الأسعار قدرته بنسبة ٢١٧%من قيمة العقد

---

[1] وقد تكفلت لجنة التدقيق بتعداد الأسباب التي تعفي المتعاقد من المسئولية عن التأخير الخارج عن إرادته بالقول: ((إن المادة التاسعة من نظام تأمين مشتريات الحكومة، وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/١٤ وتاريخ ١٣٩٧/٤/٧هـ الموافق (١٩٧٧/٣/٢٧م) تناولت بالتنظيم أوضاع توقيع غرامة التأخير على المتعاقد مع الإدارة، وبينت الحالات التي لا يجوز فيها توقيع الغرامة، وهي الحالات التي يكون التأخير فيها ناتجاً عن قوة قاهرة، أو حادث طارئ، أو بسبب تكليف جهة الإدارة المتعاقد معها بأعمال جديدة في وقت متأخر لا يسمح بأدائها في باقي المدة المتفق عليها في العقد، أو إصدار أمر إليه بالتوقف عن العمل لأسباب لا دخل لإدارة المتعاقد فيها مما يقتضي تمديد العقد إلى ما بعد المدة المحددة أصلاً لتنفيذه، والتأخير في جميع الحالات سالفة الذكر يرجع إلى أسباب أجنبية عن المتعاقد مع الإدارة، ولا دخل لإرادته فيها ولا يحق لجهة الإدارة المتعاقدة أن توقع عليه الغرامة إذا ما قامت به أي من تلك الحالات، ولا شبهة في أن عدم مسئولية المتعاقد مع الإدارة عن التأخير الخارج عن إرادته تقضي به القاعدة العامة في تنفيذ العقود، وهي أن مسئولية المتعاقد تنتفي متى ثبت أن عدم تنفيذ العقد، أو التأخير في تنفيذه كان راجعاً إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، والسبب الأجنبي هو الحادث الفجائي، أو القوة القاهرة، أو فعل المتعاقد الآخر، أو فعل الغير الذي لا سلطان للمتعاقد عليه)). قرار رقم ٢١/ت لعام ١٤٠٠هـ الموافق (١٩٨٠م) في القضية رقم ١/ق لعام ١٣٩٨هـ الموافق (١٩٧٨م) - مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية لعام ١٤٠٠هـ الموافق (١٩٨٠م) ص ١٤٣.

على أساس أسعار مدارس مماثلة رست في فترة معاصرة، واستطردت الشركة قائلة: بأنها تحملت فروقات أسعار وتكاليف العمالة والمعدات وما فاتها من كسب نتيجة تأخيرها عن العمل ما يبلغ إجماليه ٨,٧٠٢,٨٧٥ ريال.

وبعد نظر القضية وسماع رد الجهة المدعى عليها، قررت الدائرة إثبات تقصير جهة الإدارة في تنفيذ العقد، بتأخيرها تسليم الموقع مدة أربعة اشهر وستة أيام، وكذلك وقفها العمل بعد ذلك مدة شهر وستة أيام، فتكون مدة التعطيل خمسة أشهر واثنا عشر يوماً، وثبت للدائرة أن هذا التقصير قد أدى إلى الإضرار بالشركة ضرراً تمثل في الارتفاع الشديد غير المتوقع في تكاليف البناء، واضطرارها إلى تنفيذ المشروع في ظل هذه الظروف، وقررت أحقية الشركة في تعويض مقداره ٥٨٠,٠٦٠ ريال ورد ما عدا ذلك من طلبات.

وقد رفعت القضية للجنة التدقيق التي أيدت قرار الدائرة في حدوث تقصير من جهة الإدارة في تنفيذ العقدين تسبب في تأخير المدعية عن العمل مدة خمسة أشهر واثنا عشر يوماً ومن ثَّم تكون مسئولة عن الأضرار التي ترتبت على هذا التقصير عملاً بقرار مجلس الوزراء رقم ٨١٨ لسنة ٩٦هـ الموافق (١٩٧٦م)، إلاّ أن لجنة التدقيق عدلت في طريقة احتساب مقدار الضرر الذي أصاب المدعية، بأن يكون احتساب زيادة الأسعار بمقدار مدة التأخير منسوبة على مدة تنفيذ العقد، وبالتالي يكون التعويض عن المدرستين معاً مساوياً لمبلغ ١,٧٤٠,٠٠٠ ريال.

أمّا بشأن مطالبة الشركة المدعية عن تعويضها عما فاتها من كسب، فقد اعتبرته اللجنة بأنه لا أساس له إذ أن الثابت من الأوراق أنها نفذت المشروع حتى سلمته ابتدائياً في ١٣٩٧/٠٢/٠٥هـ الموافق (١٩٧٧/١/٢٥م) ومن ثَّم فإن الكسب الذي أملته لم يمس من جهة الإدارة، ولم يترتب على هذا التقصير الذي وقع منها حرمانها من هذا الكسب أي تأخير فيه [١].

---

[١] قرار رقم ٣/ت لعام ١٣٩٩هـ الموافق (١٩٧٩م) في القضية رقم ٢٨٩/ق لعام ١٣٩٦هـ الموافق (١٩٧٦م)- المرجع السابق – ص ٤٤١.

ونلاحظ على القرار المذكور أعلاه بأنه صدر في نزاع ناشئ عن عقد إداري، وأن جهة الإدارة استخدمت حقها المقرر نظاماً (م ٢٥ من نظام المناقصات والمزايدات) وهو ما استقرّ عليه الفقه والقضاء الإداري بما لها من سلطات استثنائية في الإشراف والتوجيه أثناء التنفيذ في وقف العمل وتغيير المخططات بما يناسب التربة مستهدفة الصالح العام للمرفق دون خطأ منها، وأنه قد ثبت هذا التأخير ومدته، ومقدار الأضرار الناتجة عنه أمام القضاء.

كما ثبت قضاءً بأن هذا الإجراء المفاجئ من الجهة الإدارية قد تسبب بضرر خاص للمتعاقد معها ومع أن النزاع توفرت فيه شروط نظرية عمل الأمير إلاّ أن الدائرة وقد أيدتها لجنة التدقيق كيفت هذه القضية باعتبار إجراء الإدارة بإيقاف العمل وتغيير المخططات بناءً على اختبارات التربة تقصير مشمول بأحكام القرار رقم ٨١٨ يقضي بتعويض المقاول عن جميع خسائره الفعلية، وإذا كانت نتيجة القرار تتفق تماماً مع ما تقرره نظرية عمل الأمير من تعويض شامل للخسارة إلاّ أن أساس التعويض وسببه في القرار هو محل نظر.

وحالة أخرى تتحصل وقائعها في أن الوزارة المدعى عليها تعاقدت مع المؤسسة المدعية على إنشاء مبنى مصلحة الإحصاءات العامة في الرياض، ودرست العملية، ووقع العقد في ١٣٩٣/٥/٢٩هـ الموافق (١٩٧٣/٦/٢٦م)، وسلم الموقع في ١٣٩٣/٨/١١هـ الموافق (١٩٧٣/٩/٨م)، وبعد البدء في العمل اكتشفت المؤسسة أن الأرض التي سيقام عليها البناء لا تصلح لإقامته طبقاً للمواصفات، والتعميمات المعدة من قبل الوزارة، وقد أخطرت المؤسسة الوزارة بذلك، حيث وافقت على أن تقوم شركة استشارية متخصصة باختبار تربة الموقع، وإعادة تصميم الأساسات على ضوء ذلك، ثم توقف العمل فترة من الزمن لهذا الغرض، وقد طلبت المؤسسة المدعية من الوزارة حساب مدة التوقف عن العمل، ومحاسبتها على أساس الأسعار الحالية، وبناءً على طلب الوزارة قدمت المدعية مطالبتها عن فروق

الأسعار بين تاريخ الترسية، وتاريخ استئناف العمل، وما لحقها من خسائر أثناء التوقف عن العمل، تتمثل في أجور الموظفين والعمال والمصاريف الإدارية للمكتب الرئيسي، ومكتب المشروع، واستهلاك المعدات، وعمولات البنك عن خطابات الضمان، وقد أخطرت الوزارة المؤسسة بعدم موافقتها على زيادة الأسعار، استناداً إلى المادة (١٠٢) من نظام المناقصات والمزايدات، التي تلزم المقاول بأن يتحرى بنفسه طبيعة الأرض، والقيام على حسابه باختبارات التربة والتأكد من صلاحيتها للتأسيس عليها طبقاً للرسومات المعتمدة.

وقد أحيل الموضوع إلى ديوان المظالم بخطاب معالي وزير المالية والاقتصاد الوطني لنظره طبقاً لقرار مجلس الوزراء رقم ٨١٨ [١].

وبعد المرافعة واستكمال سماع أقوال الطرفين قررت الدائرة أحقية المؤسسة المدعية بتعويض قدره ١,١٥٢,٣١٣ ريال عن خسائرها في فترة التوقف، كما قررت تعويضها عن الخسائر؛ بسبب ارتفاع الأسعار. تقدر قيمته بفروق الأسعار وفقاً لقرار اللجنة المشكلة لهذا الغرض، ومما جاء في القرار ((إن التزام المقاول بتنفيذ الأعمال على الوجه الأكمل طبقاً للرسومات والمخططات التي وضعتها الوزارة، وقبل على أساسها الدخول في المناقصة، فإذا شرع في التنفيذ وتبيّن له أن هناك خطأ في التصميمات، أو ظهر له أن التربة لا تصلح للتنفيذ وفق تلك المخططات والرسومات، فإن عليه أن ينبه ويخطر الجهة صاحبة المقاولة بالوقت المناسب بملاحظاته، وهذا الإخطار يعفيه من مسئولية الاستمرار في التنفيذ وفق الرسومات والمخططات الموضوعة للمشروع إلى أن يعاد عمل غيرها بما يتناسب مع نوع التربة وأضافت اللجنة أن الوزارة المدعى عليها لم تعترض على ما نبهت إليه المؤسسة المدعية، بل

---

[١] قرار رقم ٧ لعام ١٣٩٨هـ الموافق (١٩٧٨م) في القضية رقم ٢٠٥/ق لعام ١٣٩٦هـ الموافق (١٩٧٦م) - المرجع السابق- ص ١٠٤.

أقرتها على إعادة فحص التربة وعمل تصميمات جديدة، وذلك فضلاً عن أنه يستفاد من خطاب الوزارة رقم ٣٣١٥/٢٥ وتاريخ ٩٥/٢/١٩هـ الموافق (١٩٧٥/٣/٢م) أن فحوص التربة كانت غير متوقعة كما أقرت الوزارة فترة توقف العمل التي بلغت أربعة عشر شهراً بسبب إعادة فحص التربة وتصميم الأساسات الجديدة، ومؤدى ذلك كله أن ما ظهر من عيوب في التربة لم يكن متوقعاً بالنسبة لطرفي العقد، مما لا يسوغ معه نسبة خطأ للمقاول في هذا الصدد)) واستطردت الدائرة قائلة: الثابت أن المدعية ظلت تستحث الوزارة لإنجاز إتمام فحص التربة وعمل الرسومات طوال فترة التوقف التي استطالت أربعة عشر شهراً، وهي مدة تجاوز الفترة المعقولة لهذا الغرض مستنتجة تراخي الوزارة في فحص التربة، أو إعداد المخططات في الزمن المعقول تكون قد أخطأت، وتكون هذه القضية من اختصاص الديوان بموجب القرار رقم ٨١٨، وبالتالي تستحق المؤسسة تعويضاً عن الخسائر التي لحقتها طوال فترة التوقف.

وبعرض القرار على لجنة التدقيق اعتبرت أن هذه القضية ((تثير ما يعرف في فقه وقضاء العقود الإدارية لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وأنه بلغ من الطابع الاستثنائي لهذه الصعوبات أن كلفت شركة متخصصة بفحص التربة، وتصميم الأساسات التي تتناسب مع نتائج الاختبارات مما لا يسوغ معه تحميل المدعية عاقبة هذه الصعوبات غير المتوقعة، وخلصت لجنة التدقيق إلى استحقاق المدعية للتعويض عن الأضرار التي لحقتها من جراء توقف العمل، سواء منها الناتجة من زيادة الأسعار خلال فترة التوقف، والخسائر جراء النفقات التي اضطرت إليها المدعية، والنقص الذي طرأ على معداتها أثناء فترة التوقف.

وأيضاً نجد أن اللجنة هنا قد جانبها الصواب حينما تجاهلت حق الجهة الإدارية بإجراء التعديلات على المخططات، والمواصفات مستهدفة المصلحة العامة، وسلامة الأسس التي يقام عليها المبنى، وحاجته إلى إجراء اختبارات ملاءمة التربة، وما استتبع ذلك من

إصدار أوامر التوقف عن العمل للمدعية، أمّا وصفها الواقعة بأنها تعتبر من قبل الصعوبات المادية غير المتوقعة، فلا نوافقها على هذا التكييف لسبب بسيط هو أن النظرية المذكورة تفترض أن المتعاقد يواجه الصعوبات المادية الطبيعية بنفسه، ويتحمل مشقتها وكلفتها لإنجاز مهمته المتفق عليها في مقابل أن تتحمل الجهة الإدارية بعد ذلك تعويضه عن كافة خسائره. علماً بأن موضوع القضية أساسه قرار الجهة الإدارية بوقف العمل لإعادة دراسة مخططات المشروع بما يلائم اختبارات فحص التربة، وهو إجراء مشروع وليس على المتعاقد سوى الانتظار وشتان ما بين الحالتين، ولعلنا نلتمس العذر للجنة لاختصاصها المقيد بموجب قرارات مجلس الوزراء في هذه الفترة، ومنها القرار رقم (٥٢) والقرار رقم (٨١٨) وغيرها من القرارات التي سبق وأن أشرنا لها في هذا المبحث.

أمّا الحالة التالية [١] فإن حاصل وقائعها أن الرئاسة العامة لتعليم البنات تعاقدت مع إحدى المؤسسات على بناء مدرستين ابتدائيتين تتكون كل منهما من (٢٣) فصلاً وبعد أن باشرت المؤسسة المدعية التنفيذ أوقفت عن العمل بناءً على اعتراض مدير مطار الرياض، الذي طلب التريث في إتمام المشروع، ريثما يتم تحديد ارتفاع البناء، لتأثيره على حركة الطائرات في هبوطها وإقلاعها، نظراً لقرب المكان من المطار، وبعد فترة من التوقف استلمت المخططات المعدلة، وترتب على هذه التعديلات، تغييرات جوهرية وإضافات مُنحت المؤسسة على إثرها مدداً إضافية للتنفيذ، ثم طالبت المؤسسة المدعية بتعويضها عن خسارتها بسبب ارتفاع الأسعار الذي أجبرت على التنفيذ في ظله، وتعطل معداتها خلال فترة التوقف، وقد قررت الدائرة ناظرة القضية تعويض المدعية بمبلغ ١,٢٠٩,٢٩٨,٨٦ ريال بسبب خطأ الإدارة المتعاقدة في إيقاف العمل في المشروع، وتعديل المخططات وإدخال تغييرات، وإضافات على المشروع، واعتباره تطبيقاً للقرار ٨١٨ وقد تم تأييد هذا القرار من لجنة التدقيق.

---

[١] القرار رقم ٣٣/ت لعام ١٣٩٩هـ الموافق (١٩٧٩م) في القضية رقم ٤٧٧/ق لعام ١٣٩٨هـ الموافق (١٩٧٨م) – المرجع السابق – ص ٥٦٦.

ولا ريب في أن وقائع القضية تشير إلى موضوع لا لبس فيه، هو أن الجهة الإدارية استخدمت سلطاتها الاستثنائية بإصدار أمر للمتعاقد بإيقاف العمل، ومن ثَم إجراء التعديلات والإضافات على المشروع، وإلزامه بتنفيذه لصالح المرفق العام وهو أمر يندرج تحت وصف عمل الأمير، وهو إجراء مشروع سبب ضرراً خاصاً يقتضي تعويض المقاول عن جميع خسائره الناتجة عنه ولا مجال للقول بوجود تقصير من الجهة الإدارية؛ لأن اعتراض إدارة المطار لم يكن معلوماً وقت دراسة المشروع، ولا وقت التعاقد، ثم أن استجابتها لطلب جهة إدارية أخرى في تعديل المخططات، يندرج تحت مبدأ المشروعية[1] والحرص على السلامة والمصلحة العامة، فأين هو التقصير المنسوب إلى الإدارة المتعاقدة ؟!.

أمّا إذا تأملنا قرارات اللجان المذكورة من خلال وجهة النظر القائلة بأن نظرية عمل الأمير تتحقق بصدور إجراء من السلطة العامة، أياً كانت وسواءً أكان الإجراء عاماً أو خاصاً يمس العقد الإداري مباشرة، أو يؤثر في الظروف العامة لتنفيذه، فقد تبيّن لي العديد من الحالات التي يمكن وصفها بأنها تطبيق عملي لهذه النظرية، ومثال ذلك القضية المنتهية بالقرار رقم ٦٠/ت لعام ١٣٩٨هـ الموافق (١٩٧٨م) [2] وملخصها أن الرئاسة العامة للبنات أرست بعض مشاريع المدارس على المدعي، ومن بينها مدرسة البنات في خميس مشيط، وأثناء سير العمل أخطرته بلدية خميس مشيط بعدم بناء السور الغربي للمدرسة إلاّ بعد إخطار البلدية لتحديده، ولذلك توقف العمل في هذا السور، ثم طالب المدعي بتعويضه عن خسائره عن تأخير تسليم الموقع، وخسائره عن توقيفه عن العمل تسعة أشهر حتى يتم تعديل مخطط السور، كما طالب بتعويضه عن ارتفاع الأسعار الذي طرأ خلال مدة التوقف.

---

(١) يقوم مبدأ المشروعية على أساس وجود قواعد صارمة تلتزم الإدارة باحترامها، ومراعاتها في تصرفاتها لصالح الأفراد غير أن حماية الحرية الفردية يجب ألاّ تحجب حاجة الإدارة إلى قدر من الحرية تضمن به حسن الإدارة. انظر د./ سليمان الطماوي – النظرية العامة للقرارات الإدارية – دراسة مقارنة – الطبعة الخامسة – دار الفكر العربي ١٩٨٤م – ص ٢٩.

(٢) القرار صادر في القضية رقم ٤٣٤/ق لعام ١٣٩٧هـ الموافق (١٩٧٧م) – المرجع السابق– ص ٤١٩ وص ٤٤٦.

عند عرض القضية على لجنة تدقيق القضايا، قررت بعد استعراضها لوقائعها بأن المنازعة الماثلة تقوم أساساً على ما نسبه المدعي لجهة الإدارة من تقصير في تنفيذ العقد، بتأخيرها تسليم موقع العمل، ثم بوقفه عن العمل في بناء السور الغربي للمدرسة؛ ولذلك فإنه وقد ثبت هذا التقصير فقد توافر إعمال القرار رقم ٨١٨ لسنة ١٣٩٦هـ الموافق (١٩٧٦م)، وانتهت بتعويض المدعي عن جميع الأضرار التي لحقته، بما في ذلك فروقات زيادة الأسعار خلال مدة التوقف.

وغني عن القول أن الحالة المتقدمة هي أيضاً تمثل إجراء من سلطة عامة، هي البلدية التي قررت وقف العمل في السور الغربي للمدرسة للمصلحة العامة، وبالتالي ينتفي عن الجهة الإدارية وصف التقصير الوارد بالقرار بامتثالها للأنظمة المرعية، وتعليمات الجهات الرسمية، ويمكن القول بأن هذه القضية هي من تطبيقات نظرية عمل الأمير.

وقضية أخرى رفعها مقاول تعاقدت معه جهة حكومية لإنشاء معهد مهني صغير بمدينة حائل، وأثناء التنفيذ قامت إمارة حائل بإسكان بعض الأهالي الذين تهدمت بيوتهم نتيجة هطول الأمطار وتجمع السيول، بمبنى المشروع، وكان المقاول قد أنجز حوالي نسبة ٨٣% من أعمال المشروع وبعد أن تم إسكان الأهالي لمدة ثمانية عشر يوماً، وإخلاء المبنى تبيّن وجود أضرار وتلفيات تم إعداد محضر بها، ثم قام المقاول بإصلاحها، وطالب بتعويض عن فترة الإيقاف عن العمل وقيمة التلفيات، وقد أصدرت الدائرة قرارها باعتبار واقعة إسكان الأهالي في المبنى بأمر إمارة حائل من الصعوبات المادية غير المتوقعة، وأن للمدعي الحق في الرجوع على إمارة حائل بقيمة الأضرار المذكورة، وعند رفع القضية للتدقيق قررت اللجنة أن إمارة حائل هي المسئولة عن تعويض المقاول؛ لأن أمرها كان صحيحاً، ويتفق مع المصلحة العامة التي تقضي بضرورة تدبير سكن للأهالي المذكورين، اتخذته الإمارة بوصفها سلطة ضبط إداري للمحافظة على الأمن العام، والسكينة العامة، والصحة العامة، واستمرت قائلة بأنه من المستقر عليه في القضاء والفقه الإداري أنه إذا ترتب على هذا الأمر الصحيح نظاماً ضرر خاص بأحد الأفراد فإنه يجب تعويضه، لا على أساس الخطأ فلا خطأ

في أمر الإمارة وإنما على أساس مبدأ إداري آخر أعم وأشمل من مبدأ المساواة على أساس الخطأ وهو مبدأ مساواة الأفراد أمام التكاليف العامة، وحيث إن إمارة حائل غير ممثلة في الدعوى لذا قررت إعادة القضية إلى الدائرة لتكليف المدعي بإقامة دعواه ضد الإمارة لمطالبتها بقيمة التعويض عن النفقات [1].

والملاحظة الأولى على هذه القضية: أن الدائرة كيفتها على أن أمر إمارة حائل بإسكان الأهالي في المبنى هو من قبيل الصعوبات المادية غير المتوقعة مع تخلف شرطين لهذه النظرية أولهما: عدم وجود عقد إداري بين الإمارة والمقاول، وثانيهما: طبيعة الصعوبة تختلف عما هو سائد في الفقه والقضاء من كونها تتعلق بطبيعة الأرض وصعوباتها المفاجئة غير المتوقعة التي يطلق عليها مسمى المخاطر الطبيعية وهي غير متوفرة أيضاً في هذه القضية.

أمّا الملاحظة الثانية: فهي خاصة بقرار لجنة التدقيق وهي اعتبار الحالة من التكاليف العامة التي يستحق عنها المتعاقد تعويضاً لمساواته مع الآخرين في تحمل التكاليف العامة وأحسب أن هذا الوصف قد نتج من حرص اللجنة على إيجاد وسيلة نظامية، يمكن من خلالها تعويض المتعاقد المضرور، والذي حالته بلا شك تخضع تماماً لنظرية عمل الأمير التي بموجبها يستحق تعويضاً عن مجمل أضراره من الجهة الإدارية المتعاقدة.

والحالة الثالثة عرضت أمام الديوان من خلال القضية ١٢٩/ق لعام ١٣٩٨هـ الموافق (١٩٦٨م)، وموضوعها أن مؤسسة تعاقدت مع إحدى الوزارات على تسوير أرضٍ تبلغ مساحتها ٢م٣٧٠,٠٠٠ في منطقة أم الحمام في الرياض، وبعد إتمام بناء السور الشمالي وقسم من سور الجهتين الغربية والشرقية أوقفتهما قوة الأمن الخاصة التابعة لوزارة الداخلية عن العمل في بعض الجهات، وبعد توقفات مرحلية أوقفت عن العمل نهائياً، ثم قامت قوة الأمن الخاصة بهدم أجزاء من السور ودفن الأخشاب والحديد والبطحاء والمواد المشوّنة بموقع العمل، وقامت ببناء

---

[1] قرار لجنة التدقيق رقم ٣٣/ت لعام ١٤٠٠هـ الموافق (١٩٨٠م) في القضية رقم ٥٨٨/ق لعام ١٣٩٨هـ الموافق (١٩٧٨م) - مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية الصادرة عام ١٤٠٠هـ الموافق (١٩٨٠م) ص ٢٢٠.

وحدات من المباني الجاهزة على ذات الأرض، وعند تظلمها لدى الوزارة أبلغتها بأنها قررت صرف نسبة ١٠% من قيمة الأعمال المنفذة بعد استحالة تكملة المشروع، وطالبت المدعية بتعويضها عن الخسائر التي تكبدتها خلال مدة التوقف وعن المواد المشوّنة. وقد ورد في قرار لجنة التدقيق بأن المقاول لم تمكنه الوزارة المتعاقدة من الاستمرار في تنفيذ العقد، إذ قامت قوة الأمن الخاصة بإيقاف المؤسسة عن العمل، ومنعتها من الاستمرار فيه وعليه فإن اللجنة قررت استحقاق المؤسسة تعويضاً عن الأضرار المباشرة الناتجة عن إخلال الوزارة لالتزاماتها التعاقدية، والضرر هو ما كان نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدثته الوزارة، لهذه الأسباب قررت اللجنة تأييد قرار الدائرة فيما انتهى إليه من أحقية المؤسسة المدعية في صرف نسبة ١٠% من قيمة العملية وكذلك تعويضها بنسبة ٥٠% من قيمة التشوينات.

ولا جدال هنا في أن قرار قوات الأمن الخاصة في إيقاف أعمال السور ومن ثَم هدمه فيما بعد هو من قبل إجراءات السلطة العامة الاستثنائية التي تؤدي إلى الأخذ بأحكام نظرية عمل الأمير عند توفر شروطها ويبدو أن مسألة الاختصاص التي حددتها قرارات مجلس الوزراء آنفة الذكر هي التي أدت باللجنة أيضاً إلى اعتبار الوزارة المتعاقدة قد أخلت بالتزاماتها في حين أن الإجراء الاستثنائي غير المتوقع قد صدر من السلطة الإدارية.

المطلب الثاني

تطبيقات ديوان المظالم لنظرية الظروف الطارئة في ظل نظامه السابق:

واضح للمتأمل بأن هذه النظرية أوفر حظاً في التطبيق في المملكة العربية السعودية خلال الفترة السابقة على نفاذ النظام الحالي للديوان من شقيقتيها النظريتين المعنيتين بإعادة التوازن المالي للعقد الإداري، عندما يطرأ ما يخل بتوازنه، ولا غرابة في ذلك لسببين أولهما: ما شهدته المملكة خلال العقد الأخير من القرن الهجري الماضي من نهضة شاملة عمت أرجاء البلاد في كافة الميادين، وما صاحبها من شح ونقص في المواد والأيدي العاملة بصفة عامة، وارتفاع

حاد في أسعار المواد والأجور والخدمات بصورة مفاجئة، تجاوزت كل التوقعات مطيحة بكل الحسابات والموازنات، ومحدثة خسائر جسيمة بالمقاولين لا قبل لهم عليها، ولاحت مبادئ هذه النظرية لهم بالأمل بعد الله لإنقاذهم مما هم فيه من ضنك، التي هي في حقيقتها تطبيق حقيقي للقاعدة الشرعية (الضرر يزال).

أمّا السبب الثاني: فهو إحساس قادة هذه البلاد بالمسئولية تجاه قطاع هام وعنصر أساسي في الاقتصاد الوطني وهم فئة المقاولون، الشريك الفعلي لأجهزة الدولة المختلفة في البناء والتعمير وتوفير الخدمات اللازمة لإشباع حاجاتها، الهادفة إلى خدمة الوطن والمواطنين، وما يستلزمه ذلك من تقديم العون، والمساعدة لهم لمواجهة ظروف عصيبة وتقلبات في الأسعار تعصف بموازناتهم، وتحملهم خسائر أثقلت كاهلهم، فكان أن بادرت الدولة رعاها الله، وفي مناسبات عديدة بإصدار العديد من قرارات مجلس الوزراء، حسب التفصيل السابق لتقديم العلاج، وتضميد الجراح لهم، في لمسة وفاء، وإنصاف وسعي متواصل لا يكل لتحقيق العدل ورفع المشقة، والتيسير وجبر الأضرار التي لا يد لهم فيها.

وعلى سبيل المثال وليس الحصر فقد توالى أيضاً صدور العديد من الأوامر السامية التي تهدف إلى تعويض المقاولين عن الارتفاع المفاجئ للأسعار والخدمات، مقررة اختصاص الديوان بنظر منازعات العقود الإدارية الناشئة عنها ومن ذلك الأمر السامي رقم ١٩٣٢٦وتاريخ ١٣٨٨/٩/١١هـ الموافق (١٩٦٨/١٢/١م) بإعطاء المقاولين التي أبرمت عقودهم في الفترة من ١٣٨٣/٧/١هـ الموافق (١٩٦٣/١١/١٧م)، حتى ١٣٨٧/٨/٦هـ الموافق (١٩٦٧/١١/٨م)، مدداً إضافية بلغت ١١٠% من مدة عقد كل مقاول مقابل تحضير معداته لموقع العمل، والظروف الاستثنائية التي نتجت عن طرح عدد كبير من مشروعات الطرق في المدة المذكورة وقرار مجلس الوزراء رقم (٥٢) لسنة ١٣٩٤هـ الموافق (١٩٧٤م) بشأن تعويض المقاولين ومتعهدي

الإعاشة عن ارتفاع أسعار بعض المواد، وقرار مجلس الوزراء رقم (٣٠٣) وتاريخ ١٣٩٨/٢/٢٩هـ الموافق (١٩٧٨/٢/٧م)، بنظر طلبات تعويض طبقاً لنظرية الظروف الطارئة [١].

لذلك فقد تعددت المناسبات التي تصدى فيها الديوان إلى وقائع تنبئ بتوفر مبررات تطبيق هذه النظرية، بل إنه تكفل في بعض قراراته في شرح وتفسير قواعد هذه النظرية وفقاً لما استقر عليه الفقه والقضاء الإداري المعاصر، من قواعد معتبرة في هذا الشأن سواء ما تعلق منها بمفهوم الظرف الطارئ المفاجئ، أو شروطه أو الأضرار وما تخلفه من خسائر فادحة، أو التعويض وما يشمله من خسائر وأرباح ومقدار مساهمة الإدارة فيه، إلى غير ذلك من قواعد مما تبرز واضحة للعيان في القرار التالي فقد ورد فيه ((مفاد نظرية الطوارئ غير المتوقعة أو الظروف الطارئة حسبما وضع أصولها وقواعدها فقه القضاء الإداري أنه إذا حدثت أثناء تنفيذ العقد الإداري أن طرأت ظروف، أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد فقلبت اقتصادياته، وكان من شأن هذه الظروف، أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً، بل أثقل عبئاً وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول، فنشأت عنها خسارة جسيمة تجاوز في فداحتها الخسارة المألوفة العادية التي يتحملها أي متعاقد – فإن من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسارة التي تحملها، فيعوضه عنها تعويضاً جزئياً، وبذلك يضيف إلى التزامات المتعاقد معه التزاماً جديداً لم يكن محل اتفاق بينهما ومؤدى هذه النظرية أنه يفرض على الدائن التزاماً ينشأ عن العقد ويخلقه وغالباً ما يكون الدائن هو جهة الإدارة وهذا الالتزام هو

---

[١] وقد أفصحت لجنة تدقيق القضايا في قرارها رقم (٥) لعام ١٣٩٩هـ الموافق (١٩٧٩م) المنشور في مجموعة المبادئ الشرعية الصفحة ٤٥٠ عما تضمنه قرار مجلس الوزراء من توجيه لنظر تلك القضية طبقاً لأحكام نظرية الظروف الطارئة بقولها ((... من حيث إن الثابت من قرار مجلس الوزراء رقم ٣٠٣ وتاريخ ١٣٩٨/٢/٢٩هـ الموافق (١٩٧٨/٢/٧م) الذي عرضت بموجبه هذه القضية على الديوان أن يتم الفصل فيها طبقاً لأحكام نظرية الظروف الطارئة، ومن ثم فإن أحكام هذه النظرية حسبما تواضع عليه الشراح هي مرد الفصل في المنازعة وذلك هو معتمد لجنة التدقيق في هذا القرار.))

أن يدفع الدائن تعويضاً لكفالة تنفيذ العقد تنفيذاً صحيحاً متى كان من شأن الظروف، أو الأحداث غير المتوقعة أن تثقل كاهل هذا المدين بخسارة يمكن اعتبارها قلباً لاقتصاديات العقد ومن هنا يجب لاستحقاق المتعاقد مع جهة الإدارة هذا التعويض عن الأعباء الخارجة عن العقد طبقاً لتلك النظرية توافر الشروط الآتية:-

أولاً : أن يكون الحادث أو الظرف الطارئ قد وقع بعد التعاقد وخلال المدة المحددة لتنفيذ العقد لا بعد ذلك.

ثانياً : أن يكون الحادث، أو الظرف أجنبياً عن المتعاقدين أي مستقلاً عن إرادتهما.

ثالثاً : أن يكون الظرف، أو الحادث غير متوقع، ولم يكن في حسبان المتعاقدين ونيتهما المشتركة عند إبرام العقد أي لم يكن في الإمكان توقعه.

رابعاً : أن التعويض لا يستحق إلاّ إذا انقلبت اقتصاديات العقد بمعنى أنه يترتب على تنفيذ العقد خسارة تجاوز في فداحتها الخسارة العادية المألوفة في التعامل التي يتحملها أي متعاقد وعلى هذا المقتضى إذا تخلف أي من تلك الشروط انتفى مناط إعمال نظرية الظروف الطارئة [1].

وفي توزيع عبء الخسارة بين طرفي العقد تُراعى اعتبارات متعددة منها النتائج النهائية للمشروع، ولا يدخل في حساب تلك الخسائر الأرباح المحتملة، في المستقبل وعبرت عن ذلك دائرة

---

[1] قرار لجنة تدقيق القضايا رقم ٣/ت لعام ١٤٠١هـ الموافق (١٩٨١م) – مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية لعام ١٤٠١هـ الموافق (١٩٨١م) المرجع السابق – ص ٢١ و ص ٢٢. وجدير بالذكر أن قضاء الديوان يشترط في هذه الحالة استمرار المتعاقد في التنفيذ أثناء مواجهته للظرف الطارئ، وقد عبرت عن ذلك لجنة التدقيق بقولها: ((إن الظرف الطارئ لا يحرر المتعاقد من التزاماته؛ لأن هذا الالتزام مع صيرورته مرهقاً إلاّ أنه ممكن، ويترتب على ذلك أنه يتعيّن على المتعاقد الذي يريد الاستفادة من نظرية الظروف الطارئة أن يواصل تنفيذ التزاماته رغم الظرف الطارئ ما دام التنفيذ في ذاته ممكناً ولم يتحول الظرف الطارئ إلى قوة قاهرة تحول دون التنفيذ، فإذا توقف المتعاقد عن الوفاء بالتزاماته استناداً إلى الظرف الطارئ، فإنه يتعرض لتوقيع الجزاءات المقررة، ولا يجديه نفعاً الاحتجاج بهذا الظرف الطارئ). القرار ٦/ت لعام ١٣٩٨هـ الموافق (١٩٧٨م) في القضية رقم ٤١٥/ق لعام ١٣٩٧هـ الموافق (١٩٧٧م) – مجموعة المبادئ – المرجع السابق – ص ٩٢.

التدقيق بقولها (... أن الإدارة لا تشارك المتعاقد معها إلاّ في الفرق بين الخسارة العادية المحتملة والخسارة التي تتجاوز الحد المعقول للأسعار دون أن تشاركه في كامل الخسارة أو تعويضه عما فاته من ربح، ومرد ذلك إلى أن نظرية الظروف الطارئة تقوم على أساس مبدأ جوهري هو توزيع أعباء الخسارة الفادحة المترتبة على الظرف الطارئ بين الإدارة والمتعاقد، وهذه الخسارة الفادحة والاستثنائية التي تصيب المتعاقد مع الإدارة من جراء الظرف الطارئ، وتقلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب، لا يمكن التحقق من وجودها إلاّ بعد إنجاز الأعمال وبهذه المثابة تكون العبرة في توزيع عبء الخسائر بين طرفي العقد بالنتائج النهائية للمشروع التي تحدد مقدار الخسارة وبالتالي ما يجب أن تتحمله جهة الإدارة منها) [1].

وكمثال على موقف الديوان من هذه النظرية من خلال ما عرض عليه من قضايا طلبات التعويض الناشئة بسبب الظروف الطارئة التي سببت أضراراً للمتعاقدين مع الجهات الإدارية والتي أمكن للديوان من التصدي لها بعد أن حصل على إذن خاص بنظرها استثناءً من القرار رقم ٨١٨ أسوق الأمثلة التالية:-

١- في القضية رقم ١٩٥ح [2] وقد كان موضوعها هو أن الشركة المدعية قد تعاقدت مع إحدى الوزارات على تنفيذ بعض الطرق وأنه طرأت على أسعار عقود إنشاء الطرق من عام ١٣٩٢هـ الموافق (١٩٧٢م) إلى عام ١٣٩٥هـ الموافق (١٩٧٥)، زيادات بلغت فيه زيادة الأسعار خلال تلك الأعوام في الحد الأدنى هو ٨٧,٨% والحد الأعلى ١٣٩,٨%، وطلبت التعويض عن فروقات الأسعار هذه فصدر أمر صاحب السمو الملكي نائب رئيس مجلس الوزراء رقم ٣/أ/٢٠٦٤٩ وتاريخ ١٣٩٦/٨/٢٧هـ الموافق (١٩٧٦/٨/٢٣)، الخاص بتوقف بعض المقاولين الذين تعاقدوا على تنفيذ بعض الطرق عن العمل - بالموافقة على أن تحال

---

[1] القرار رقم ١/ت لعام ١٤٠٠هـ الموافق (١٩٨٠م) في القضية رقم ١٢٩/ق لعام ١٣٩٨هـ الموافق (١٩٧٨م) مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية للجان تدقيق القضايا خلال عام ١٤٠٠هـ ص ٣ وص ٤ .

[2] قرار لجنة التدقيق رقم ٨/ت لعام ١٣٩٨هـ الموافق (١٩٧٨م) - المرجع السابق - ص ١١٤ وما بعدها.

هذه الحالات إلى ديوان المظالم لنظرها طبقاً للعقود المبرمة في هذا الشأن[1] ومن بين هـذه الحالات هذه القضية.

وقد قدمت الوزارة رفق خطابها الموجه إلى معالي رئيس ديوان مجلس الوزراء بيانـاً تحليلياً عن نسب الزيادة التي طرأت على أسعار عقود إنشاء الطرق بين عام ١٣٩٢هـ الموافق (١٩٧٢م) وعام ١٣٩٥هـ الموافق (١٩٧٥م)، أثبت نسب الزيادة المنوه عنهـا أعـلاه، إلاّ أن لجنة التدقيق قد أبدت ملاحظات على ما قررته الدائرة التي نظرت القضية بشأن طريقة حسـابها لنسب زيادة الأسعار معيدة القضية لها لاستكمالها بتحديد نسب زيادة الأسعار في كـل بنـد مـع إيضاح أسعار العقود المماثلة التي أبرمت في كل سنة من هذه السنوات، كما طلبت منهـا أيضـاً بيان عن كمية الأعمال التي أنجزتها الشركة المدعية في كل سنة، وما تستحقه عنها وفقاً لأسعار التعاقد معها، وذلك للتوصل إلى تحديد قيمة الخسارة التي لحقت بالشركة.

وفيما تقدم مثال واقعي على أن القضاء الإداري في المملكة يقرر إعادة التوازن المالي للعقد المختل بفعل ظرف طارئ غير متوقع، ولا يمكن دفعه، متفقاً في ذلك مـع القضـاء الإداري المعاصر في الحكم بالتعويض في مثل هذه الأحوال بعد أن ملك الاختصاص فـي نظـر القضـية بموجب الإذن المذكور.

٢- والمثال الثاني أعرضه من خلال هذه القضـية [2] وتتحصـل وقائعهـا فـي انـه بتـاريخ ١٣٩٣/١١/٢١هـ الموافق (١٩٧٣/١٢/١٥) تعاقدت إحدى الوزارات مع شركة على عملية نقل وتركيب المواد والمعدات اللازمة لتوسعة مشروع الهاتف الآلي في مدن المملكة، ومـدة تنفيذ العقد ستون شهراً ميلادياً من تاريخ التعاقـد، وبتـاريخ ١٣٩٥/٦/٢٦هـ الموافـق (١٩٧٥/٧/٥م)، تظلمت الشركة إلى الوزارة من أن أجور العمال قد ارتفعت على نحو لم يكن

---

[1] سبقت الإشارة إلى هذا القرار في الصفحة ٣٢٣ من هذه الدراسة.

[2] قرار لجنة التدقيق رقم ٥/ت لعام ١٣٩٩هـ الموافق (١٩٧٩م) في القضية رقم ١٢٩/ق لعـام ١٣٩٨هـ الموافـق (١٩٧٨م) - المرجع السابق - ص ٤٥٠ وما بعدها.

متوقعاً عند التعاقد، مما ألحق بها خسائر تخل باقتصاديات العقد، وطلبت تعويضها بزيادة أسعار العقد بنسبة ٥٠% من الأعمال التي تم تنفيذها في سنة ١٣٩٤هـ الموافق (١٩٧٤م) ونسبة ٩٠% عما تم تنفيذه في سنة ١٣٩٥هـ الموافق (١٩٧٥م)، وقد عرض الموضوع على مجلس الوزراء حيث قرر الموافقة على أن ينظر ديوان المظالم في مطالبة الشركة تعويضها عن ارتفاع الأجور، وتطبيق نظرية الظروف الطارئة عليها [١] وعند عرض القضية على الدائرة المختصة في الديوان أصدرت قرراها رقم ٣٢/د/٢ في ١٣٩٨/٨/١١هـ الموافق (١٩٧٨/٧/١٦م) قررت فيه أحقية المدعية لتعويض قدره ١٢٩مليون ريال. إلاّ أن لجنة التدقيق أبدت ملاحظات على القرار استدعت إعادته للدائرة التي خفضت قيمة التعويض بنسبة ضئيلة، وعند عرض القضية مجدداً على لجنة التدقيق تصدت لطريقة حساب خسائر الشركة المدعية التي تستحق التعويض عنها بموجب نظرية الظروف الطارئة، ومن ذلك دراسة تطور أجور العاملين لديها من عام ١٩٧٢م حتى عام ١٩٧٧م وذلك لغرض تحديد وحساب الخسائر بالوضع في الاعتبار الفرق بين الأسعار الفعلية وقت التعاقد والأسعار الجديدة، كما أن حساب الخسائر يبدأ من تاريخ تجاوز الأسعار للحد الأقصى الذي يمكن توقعه عند إبرام العقد، ثم أنهت اللجنة حساباتها لتحديد خسائر الشركة بتحديد نسب الزيادة في الأجور خلال سنوات تنفيذ الأعمال، ويجدر بالذكر أن اللجنة وبهدف تقدير الخسارة الخالصة للشركة استبعدت الأرباح التي كانت تدخل في حساب الشركة وقت التعاقد باعتبار أن فقد الأرباح لا يدخل في حساب الخسارة التي يعوض عنها طبقاً لنظرية الظروف الطارئة مقدرة هذه الأرباح بنسبة ١٥% من قيمة المشروع متوصلة إلى أن مبلغ الخسارة التي أصابت الشركة وهو ١٢٧,٨٥٩,٥٦٥ ريالاً معلقة على ذلك بقولها ((ومن حيث إنه لا شك تعتبر هذه الخسارة

---

[١] قرار مجلس الوزراء رقم ٣٠٣ وتاريخ ١٣٩٨/١٢/٢٩هـ، الموافق (١٩٧٨/١١/٢٩م) وفي هذا الصدد يقول د./ السيد خليل هيكل: ((أخذ القضاء الإداري في المملكة بهذه النظرية وطبقها في الكثير من أحكامه.)) راجع مؤلفه القانون الإداري السعودي – مطابع جامعة الملك سعود – ١٤١٥هـ الموافق (١٩٩٥م) ص ١٠٤.

فادحة تجاوز المألوف في التعامل، وتزيد كثيراً عما يمكن أن يدخل في حسبان أي متعاقد، وتؤدي بلا ريب إلى قلب اقتصاديات العقد، مما يتوفر بها مناط أعمال نظرية الظروف الطارئة، ومن ثَم مساهمة الحكومة في تعويض هذه الخسارة، وترى هذه اللجنة تحديد هذا التعويض بنسبة ٧٠% من قيمة الخسارة المذكورة)).

وقد قررت اللجنة تعويض الشركة عن خسائرها بمبلغ مقداره ٨٩,٥٠١,٦٩٥ ريال.

ونستنتج من القرار المذكور بأن قضاء الديوان على قدرٍ كبير من الكفاءة والتطور، في فهم وإدراك متطلبات هذه النظرية وغاياتها، بل تميز بالإطلاع الواسع والفهم الصحيح، لمبادئ وقواعد القضاء الإداري الحديث الذي يبرز واضحاً من خلال تسبيب أحكامه، وصياغة قراراته عند حصوله على الإذن الخاص بنظر مثل هذه المطالبات، وما أظهره القرار أعلاه من دقة متناهية في حساب الخسائر الفعلية للشركة المتضررة واستبعاد الأرباح المفترضة من هذه الخسائر، واعتبار أن دور الجهة الإدارية هو المشاركة الجزئية في الخسائر كما هو مستقر عليه القضاء والفقه في فرنسا ومصر.

٣- والمثال الثالث لتطبيق هذه النظرية تمثل في هذه القضية [١] وموضوع النزاع فيها يلخص بكون الشركة المدعية تعاقدت مع وزارة المواصلات لتنفيذ مشروع إنشاء طريق ينبع/ أملج بمسافة كلية قدرها ١٤١ كيلومتر تقريباً، ثم تعاقدت الشركة مع الوزارة على تنفيذ طريق جيزان أبو عريش وطريق أبو عريش/ سد وادي جيزان، وأثناء قيام الشركة بتنفيذ العمل شكت من أنه ترتب عليها منذ قيام حرب رمضان زيادة في الأسعار شملت المواد والآلات وقطع الغيار وجميع السلع المستوردة والمحلية بغير استثناء، وكذلك ارتفاع في أجور العمال وأجور الشحن وغير ذلك من الخدمات، ثم جاءت بعد ذلك موجة غلاء جديدة في أعقاب زيادة

---

[١] قرار لجنة التدقيق رقم ٤٧/ت لعام ١٣٩٨هـ الموافق (١٩٧٨م) في القضية رقم ٢٣١/ق - المرجع السابق - ص ٣٥٩.

الطلب على العرض في جميع عناصر الإنتاج نتيجة زيادة حجم المشروعات العامة في المملكة[1].. وقد تضافرت هذه العوامل على إلحاق خسائر جسيمة بالشركة قلبت اقتصاديات العقد رأساً على عقب وأخلت بتوازنه المالي والفني معاً.. وطلبت الشركة تعديل أسعار العقد حتى تتمكن من مواجهة التزاماتها.

وقد أحيلت هذه القضية إلى الديوان لنظرها بموجب أمر سامي بناء على دراسة أعدتها وزارة المواصلات تضمنت تحليلاً لكافة عناصر التكلفة انتهت فيه إلى أن الحد الأدنى لنسبة الزيادة التي طرأت على أسعار التكلفة من عام ١٣٩٢هـ الموافق (١٩٧٢م)، حتى الآن هو ٨٧,٨% أمّا الحد الأعلى للزيادة فهو ١٣٩,٨% وأنه من التحليل المذكور اتضح للوزارة مدى الخسارة التي لحقت بالمقاول أثناء التنفيذ بالأسعار السائدة. كما استشهدت الوزارة في دراستها هذه إلى ما أشار له وزير العمل والشؤون الاجتماعية في خطابه المؤرخ ١٣٩٧/٢/١٥هـ الموافق (١٩٧٧/٢/٤م)، إلى أن نسبة ارتفاع أجور العمال في سنة ١٣٩٥هـ الموافق (١٩٧٥م) تجاوز ١٠٠% وفي سنة ١٣٩٦هـ الموافق (١٩٧٦م) تقل الزيادة قليلاً عن ٢٠٠% وذلك بمقارنتها بالأجور في سنة ١٣٩٣هـ الموافق (١٩٧٣م).

وعند عرض القضية على الدائرة الأولى في الديوان اتخذت قراراً يقضي بتعويض الشركة المدعية بمبلغ يقدر بنسبة ١١٣,٨% من قيمة الأعمال المنجزة، وكذلك تعديل أسعار

---

[1] تجدر الإشارة إلى أن لجنة التدقيق اعتبرت أن شرط عدم توقع الظرف الطارئ قد تخلف بسبب ظهور بوادر ارتفاع الأسعار قبل التعاقد الأمر الذي يجعل المقاول الحريص يتوقع زيادة الأسعار، وقد عبرت عن ذلك بالقول: ((إذا كان طرح المشروعات قد أخذ في التزايد بصورة كبيرة بعد التعاقد مع الشركتين المذكورتين، فقد كان في إمكانهما توقع تلك الزيادة المطردة، وقد ظهرت بوادرها قبل ذلك إذ إن كل عقد يحمل في طياته بعض المخاطر والمفروض في كل متعاقد حذر أن يقدر هذه المخاطر ويزنها عند إبرام العقد فتأتي حساباته في إطار حسن تقدير المقاول الحريص الذي يزن الأمور ويقدر نتائجها، فإذا قصّر في ذلك، فعليه أن يتحمل وزر تقصيره، ولا يجديه نفعاً في مثل هذه الحالة التذرع بعدم توقع الحادث على هذه الصورة للادعاء بالتعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة)). قرار التدقيق رقم ٣/ت لعام ١٤٠١هـ الموافق (١٩٨١م) في القضية رقم ٢/٢٩١/ق لعام ١٣٩٥هـ الموافق (١٩٧٥م) مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية لعام ١٤٠١هـ الموافق (١٩٨١م) – ص ٢٢.

العقدين بالنسبة المذكورة عما لم يتم تنفيذه، كما قررت الدائرة إعفاء الشركة من غرامات التأخير وتحديد مدة جديدة لتنفيذ الأعمال الباقية.

وبعرض القضية على لجنة التدقيق أبدت على القرار بعض الملاحظات بشأن طريقة حساب الخسارة التي تستحق المدعية عنها التعويض، وأعادت القضية للدائرة لاستيفائها ومن ذلك تحديد نسبة زيادة الأسعار في كل بند عن كل سنة من عام ١٣٩٢هـ الموافق (١٩٧٢م)، إلى عام ١٣٩٧هـ الموافق (١٩٧٧م) من واقع الدراسة التي قامت بها وزارة المواصلات، ومن متوسط أسعار ما أبرم من عقود مماثلة خلال كل سنة من هذه السنوات.

ثم أبانت الدائرة وجهة نظرها فيما انتهت إليه من حسابات للوصول إلى تقدير التعويض المستحق للمدعية إلاّ أن لجنة التدقيق عادت مرة أخرى لإبداء عدة ملاحظات على ذلك منها قولها ((.. أن مقطع النزاع في هذه الدعوى هو تحديد حجم الخسارة التي لحقت بالشركة المدعية عند تنفيذ المشروعين المتعاقد عليهما بسبب الظروف الطارئة، وذلك لأن شرط تطبيق هذه النظرية أن تكون هذه الظروف قد أدت إلى إلحاق خسارة فادحة بالمتعاقد مع الإدارة، فلا يكفي أن يفقد أرباحه كلها أو بعضها، بل لا يعتبر الشرط متحققاً إذا أصابته خسارة من قبيل ما هو مألوف في التعامل، ويعبر الفقه الإداري عن ذلك بأن يكون من شأن هذه الخسارة أن تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب (الأسس العامة للعقود الإدارية الدكتور الطماوي – الطبعة الثانية – ص ٦٧٣)...)) ، كما أبدت اعتراضها على الدراسة التي اعتمدت عليها الدائرة لوجود اختلاف في مسميات البنود من مشروع إلى آخر واختلاف طريقة الدفع وظروف المقاولين واختلاف المشاريع ذاتها من منطقة إلى أخرى من حيث توفر المواد ومسافة النقل وطبيعة المنطقة وخلصت اللجنة من ذلك إلى ((أن دراسة الوزارة دراسة غير دقيقة، ولا توصل إلى نتائج حقيقية يعتمد عليها في تحديد الخسارة التي تلتزم الوزارة بتعويضها، ذلك أن الظرف الطارئ يختلف من حالة إلى أخرى تؤثر تأثيراً جوهرياً في أصل استحقاق التعويض ومداه.

فما ان معيار الإرهاق فقهاً وقضاءً مرن فما يكون مرهقاً لمدين، قد لا يكون مرهقاً لمدين آخر وهكذا فإن الفقه والقضاء يرى بأن انقلاب اقتصاديات العقد مسألة لا تظهر ولا يمكن التحقق من وجودها إلاّ من المستخلصات النهائية، كذلك فإن الخسارة التي تلحق بالمقاول لا توجب على الإطلاق تعويضه بهذه النسبة، لأن بعض هذه الخسارة تقابل الربح الذي كان يأمله المتعاقد كما أنه من الأحكام الجوهرية في نظرية الظروف الطارئة هو أن التعويض لا يكون إلاّ عن الخسارة الفادحة، ويتحدد مناط بردها إلى خسارة عادية مما يؤلف في التعامل)).

واستطردت اللجنة في ملاحظاتها على الدراسة التي أعدتها الوزارة بشان تعويض الشركة المدعية وغيرها من المقاولين، وعروض التسوية الودية ومقترحاتها التي لم تلقَ القبول، وختمت ملاحظاتها هذه بالطلب من الشركة المدعية إثبات ما لحقها من خسارة في تنفيذ المشروعين محل المنازعة، وذلك ببيان التكاليف التي تحملتها في تنفيذهما، مؤيدة ذلك بالمستندات اللازمة على أن تفحص هذه المستندات من لجنة من الخبراء تنتدب لهذا الغرض، وعلى أساس ما يتبيّن من نتائج فحص ميزانية كل من المشروعين يتم الفصل في المنازعة مؤسسةً قرارها هذا على أن هذه الدعوى تستند على نظرية الظروف الطارئة التي من المستقر عليه في تطبيقها على أن تقدير التعويض يتحدد بمقدار حجم الخسارة التي لحقت بالمقاول من جراء الظرف الطارئ.

وفيما تقدم دليل آخر على أن قضاء الديوان في المملكة العربية السعودية قد انتهج في معالجته لحالات الظروف الطارئة المفاجئة أحدث ما توصل إليه الفقه والقضاء الإداري من قواعد تهدف إلى إعادة التوازن للعقد المختل بسببها، بل أظهر القرار الماثل بحق مدى حرص واهتمام الدائرة واللجنة في مناقشة وقائع القضية ومستنداتها وأساتيدها وتسبيب قراراتهما مع بيان سندهما الشرعي والنظامي ومصدر كل منهما.

وأحسب أن في ذلك جهد متميّز وكفاءة يلمسها كل مطلع على ما تضمنته ثنايا قرارات الديوان هذه، مع حرص ملحوظ على المال العام، والإبقاء على التوازن الدقيق بين المصلحة الخاصة والعامة

القائمة على ركائز العدل [1]، ونبذ الظلم ورفع الضرر والمشقة عن المتعاقدين، والبحث عن النية المشتركة في تفسير العقد، وإرادتهما لحقيقة ومقتضيات حسن النية في تنفيذ العقود [2].

المطلب الثالث

تطبيقات ديوان المظالم لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في ظل نظامه السابق:

شهدت هذه الفترة من عمر ديوان المظالم عدة تطبيقات لهذه النظرية رغم حث النظام في المادة (٣١) من نظام المناقصات والمزايدات الصادر عام ١٣٨٦هـ الموافق (١٩٦٦م) ((الملغي)) المتعاقد مع الإدارة على أن يتحرى بنفسه قبل تقديم عطاءه عن طبيعة العمل والظروف المحلية، كما ألزمت هذه المادة الجهة الإدارية تقديم كل ما يطلب منها المتعاقد من بيانات في هذا الشأن وتكرر مثل هذا النص في المادة (١٠٢) من نظام المناقصات بإلزام المتعاقد بالتحري بنفسه عن طبيعة الأرض والقيام على حسابه بالاختبارات اللازمة ولم تخل أيضاً النماذج المعتمدة للعقود الإدارية من تضمينها مثل هذا النص، إلاّ أنه مع ذلك نظرت دوائر ولجان الديوان في قضايا

---

[1] أكدت هذا المعنى لجنة تدقيق القضايا في ديوان المظالم بقولها: ((إن ديوان المظالم حين يتصدى للفصل في المنازعات التي تثور بين جهات الإدارة المختلفة والأفراد إنما يفصل فيها ليس باعتباره قاضياً عادياً، وإنما باعتباره قاضياً إدارياً يفصل في نزاع بين طرفين ليسا على حدٍ سواء، فالإدارة تمثل المصلحة العامة والفرد يمثل المصلحة الخاصة، ويجئ قضاؤه الحاسم في المنازعة على نحو يحقق التوازن والانسجام بين مقتضيات النشاط الإداري، ومتطلبات المصلحة العامة، وكفالة حق الطرف الآخر، وله إذا لم تكن ثمة قاعدة نظامية تحكم النزاع أن يجتهد في وضع الحل المناسب الذي يوفق بين طرفي المنازعة بما يحقق العدالة غير مقيد في ذلك بأية قواعد، أو نظم تكون قد وضعت لتحكم العلاقات الفردية)). قرار لجنة التدقيق رقم ٧/ت لعام ١٤٠٠هـ الموافق (١٩٨٠م) في القضية رقم ١/٢٦٦/ق لعام ١٣٩٩هـ الموافق (١٩٧٩م) مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية لعام ١٤٠٠هـ الموافق (١٩٨٠م) ص ٦٢.

[2] تجلت هذه المعاني واضحة في قرار لجنة تدقيق القضايا بقولها: ((من المتعين في تفسير العقود الإدارية، البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، إذ العبرة بالإرادة الحقيقية على أن تكون الإرادة المشتركة للمتعاقدين لا بالإرادة الفردية لكل منهما؛ لأن هذه الإرادة المشتركة هي التي التقى عندها المتعاقدان وهي التي يؤخذ بها دون اعتداد بما لأيهما من إرادة فردية..)) ثم تقول كذلك: ((فإن من العوامل الخارجية في تفسير العقد الطريقة التي ينفذ بها وتكون متفقة مع ما يوجبه حسن النية في تنفيذ العقود، وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات والعدالة بحسب طبيعة الالتزام على أن يراعى في هذا كله ما تتميز به العقود الإدارية عن العقود المدنية من خصائص...)) القرار رقم ٤٠/ت لعام ١٤٠١هـ الموافق (١٩٨١م) منشور في مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية لعام ١٤٠١هـ الموافق(١٩٨١م) ص ٢٩٩.

توفرت في شروط النظرية معتبرة أن مبدأ حسن النية يقتضي اعتبار الشروط الواردة في العقد، التي تلزم المتعاقد بالتحري عن طبيعة الأرض خاصة بالصعوبات العادية، وليست الاستثنائية التي ينبغي ألاّ يتحمل مغبتها المتعاقد وبيان ذلك قولها في معرض تعريفها للنظرية ((... مجمل هذه النظرية أنه إذا ما صادف المتعاقد في تنفيذ التزاماته صعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية خالصة ولا يمكن توقعها بحال من الأحول عند إبرام التعاقد تؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مرهقاً فإن من حقه أن يطالب بتعويض كامل عما تسببه هذه الصعوبات من أضرار، وقد استقر الرأي تماماً لدى تطبيق هذه النظرية على تفسير ما تتضمنه العقود من شروط صريحة تُحمِّل المتعاقد مخاطر التنفيذ أياً كانت طبيعة الأرض، أو الصعوبات التي يصادفها عند التنفيذ، على أن هذه الشروط تعني الصعوبات العادية، أمّا بالنسبة للصعوبات غير العادية والاستثنائية فإن المتعاقد مع الإدارة لا يتحمل مغبتها رغم تلك الشروط وذلك استناداً إلى مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، وما يقتضيه ذلك من مساءلة المقاول عما يصادفه في التنفيذ من عقبات في الحدود المعقولة التي لا تفوت على الشخص البصير بالأمور والتي يمكن أن يتناولها التقدير العادي على هدي الاختبارات والفحوص الممكن إجراؤها عند وضع مثل هذا التقدير، أمّا ما جاوز هذه الحدود مما يكون ثمة تسليم بأنه لم يكن ليخطر ببال أي من المتعاقدين، أو مما لم يكن في مقدور أحد أن يتوقعه عند التعاقد، فإن تفسير العقد على أساس النية المشتركة للمتعاقدين مع الاستهداء بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوفر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات، يقتضي القول بأنه مما لم يتجه إليه قصد المتعاقدين، ولم يكن محلاً لتوقعهما، وطبيعي أن القاضي هو الذي يقدر في كل حالة على حدة ما إذا كانت الصعوبات غير المتوقعة التي صادفها المتعاقد مما يمكن اعتباره من قبل المخاطر العادية أو الاستثنائية)) [1].

---

[1] قرار لجنة التدقيق رقم ٧/ت لعام ١٣٩٨هـ الموافق(١٩٧٨م) في القضية رقم ٢٠٥/ق لعام ١٣٩٦هـ الموافق (١٩٧٦م) – المرجع السابق – ص ١٠٤ وص ١٠٥.

أمثلة على تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

وتتحصل وقائع هذه القضية [1] بالعقد الموقع بين وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية والمؤسسة المدعية على مشروع هدم وبناء مسجد أم السلم بطريق مكة المكرمة – جدة، إلاّ أن تسليم الموقع لم يتم إلاّ بعد مرور أكثر من عام على خطاب الترسية، وبعد أن هدمت المؤسسة المدعية البناء القديم، وشرعت في حفر الأساسات للبناء الجديد، اعترضتها مواسير المياه الموصلة لجدة، فأخطرت الوزارة المدعى عليها التي أوقفتها عن العمل حتى يتم اختيار موقع آخر، ودام توقفها أكثر من عام، ثم قامت الوزارة بإلغاء المشروع فطالبت المدعية بتعويضها عن الأضرار التي لحقتها من جراء ذلك فأصدرت الدائرة الرابعة بجدة قراراً يقضي بأحقية المؤسسة المدعية بقيمة الأعمال المنفذة من مشروع مسجد السلم.

كما قضت بتعويض لها عن جميع الأضرار التي لحقتها في تنفيذ المشروع، وتأيد ذلك القرار من لجنة التدقيق مؤسسةً ذلك على تقصير من جهة الإدارة مما يدخل ضمن القرار ٨١٨.

الواقعة موضوع القضية، هي في تكييفها الصحيح، صعوبة مادية استثنائية غير متوقعة، فاجأت المتعاقد، ترجع إلى طبيعة أرض المشروع، التي تخفي تحتها مواسير المياه الموصلة إلى جدة، وللصعوبة العملية في تحويل خط سير هذه المواسير، فقد تقرر إلغاء المشروع بسبب استحالة تنفيذه على الأرض المخصصة له، ولا نوافق الدائرة الرابعة ولجنة التدقيق فيما ذهبتا إليه من أن سبب استحقاق المدعية للتعويض هو خطأ الإدارة في تأخير تسليم الموقع، وإيقاف العمل في المشروع، وإلغاءه، والأرجح أن صحة التكييف هو الصعوبات المادية في طبيعة الأرض، التي لم تكن معلومة، أو متوقعة من الطرفين، والتي أدت إلى استحالة التنفيذ في الموقع، وبالتالي إلغاءه، وربما يكون السبب وراء تكييف الدائرة واللجنة

---

[1] القرار رقم ٣٩/ت لعام ١٣٩٩هـ الموافق(١٩٧٩م) في القضية رقم ٢١٦/ق لعام ١٣٩٩هـ الموافق(١٩٧٩م) المرجع السابق – ص ٥٨٢.

لهذا الموضوع هو اقتصار اختصاص الديوان في التعويض في مثل هذه الظروف على ما يخولها القرار ٨١٨ من نسبة التقصير للإدارة المتعاقدة؛ لإلزامها بتعويض المتعاقد معها مع عدم وجود ما يثبت ذلك التقصير ضمن حيثيات القرار.

في قضية أخرى [1] أكد الديوان على تطبيق هذه النظرية ملخصها أن المؤسسة المدعية تعاقدت مع إحدى الكليات على إنشاء سكن أفراد وقد قامت المؤسسة بعد تسليمها الموقع بهدم بناء كان قائماً فيه، ثم أخذت عينات من التربة وقدمتها إلى مختبر الأشغال العامة وظهر من نتيجة التحليل أن التربة لا تتحمل المبنى طبقاً لمخططاته، فعدلت المخططات وترتب على ذلك أعمال إضافية تم اعتمادها، ثم عمدت المؤسسة باستئناف العمل، بعدها تظلمت المؤسسة لمجلس الوزراء مدعية تعطلها عن تنفيذ الأعمال المذكورة بسبب إيقافها عن العمل من جهة الإدارة، وأشارت إلى أن أسعار المواد وأجور العمال قد ارتفعت في تلك الآونة ارتفاعاً هائلاً وبشكل مفاجئ مما كلفها خسائر كبيرة وطلبت التعويض عنها فأحيل طلبها إلى ديوان المظالم لنظره على ضوء قرار مجلس الوزراء رقم ٨١٨.

وبعد سماع الدعوى والإجابة والإطلاع على مستندات الطرفين، والمناقشة والدراسة، أصدرت الدائرة الثانية بالديوان قراراً بأحقية المؤسسة المدعية بتعويض عن خسارتها في تنفيذ المشروع، بسبب تعطيل عمالها ومعداتها خلال فترة التوقف عن العمل، وزيادة الأسعار خلال فترة التوقف، ثم أبدت لجنة التدقيق اعتراضها على قيمة التعويض الذي قررته الدائرة وطريقة حسابه محملة الجهة الإدارية المسئولية عن التعويض باعتبارها تأخرت في الحصول على فسح من البلدية لتنفيذ المشروع مما أدى إلى تأخير تسليم الموقع مدة ثلاثة

---

[1] قرار لجنة التدقيق رقم ٢٠/ت لعام ١٣٩٨هـ الموافق(١٩٧٨م) الصادر بجلسة ٢٠ - ٢١ /٤/١٣٩٨هـ الموافق (٢٩- ١٩٧٨/٣/٣٠م في القضية رقم ٣٠٠/ف لعام ١٣٩٧هـ الموافق(١٩٧٧م)- المرجع السابق - ص ١٨٠ وما بعدها.

في الحصول على قرض من البلدية لتنفيذ المشروع مما أدى إلى تأخير تسليم الموقع مدة ثلاثة وخمسين يوماً، ثم تأخرت في تعميد المؤسسة المدعية باستئناف العمل بعد ظهور نتيجة تحليل التربة، وتعديل المخططات مدة ثمانين يوماً معتبرة ذلك بيّنة على تقصير الجهة المتعاقدة يشمله القرار ٨١٨ مقررة استحقاق المؤسسة المدعية التعويض عن الأضرار والخسائر التي منيت بها في هذا المشروع.

ولا شك أن تصرف الإدارة حينما أوقفت المؤسسة عن تنفيذ المشروع بعد اكتشاف عدم صلاحية الأرض لتأسيس المبنى حسب المخططات المعدة لهذا الشأن هو إجراء سليم ومشروع لا يشوبه خطأ، بل يلزم اتخاذه منها لمواجهة صعوبة مادية غير متوقعة، واستثنائية تكمن في نوع التربة المستقرة في باطن أرض المشروع، وتحت مبنى قديم لم يتسنَ فحصها، إلاّ بعد إزالته وإجراء الحفريات اللازمة في هذه الحالة، وبالتالي لا يمكن مسايرة لجنة التدقيق فيما ذهبت إليه من تسبيب التعويض على وجود تقصير من الجهة الإدارية اللهم إلاّ إذا أخذنا في الاعتبار صلاحيتها المحددة بموجب القرار ٨١٨، وقد تأكد إلزامها به على وجه الخصوص ضمن خطاب إحالة هذه القضية من مجلس الوزراء حينما أوجب نظرها على ضوئه.

والمثال التالي هو الوحيد الذي جاء صريحاً بوجوب تطبيق هذه النظرية في القضية رقم ٥٨٨/ق لعام ١٣٩٨هـ الموافق (١٩٧٨م) وقد تضمن قرار لجنة التدقيق نقض قرار الدائرة الثالثة القاضي بعدم اختصاص ديوان المظالم بنظر القضية لاستنادها في تكييفها للواقعة بأنها تطبيقاً محضاً لمقتضيات العدالة ونظرية الصعوبات المادية التي تخرج عن اختصاص الديوان بموجب القرار رقم ٨١٨، وقد نبهت اللجنة الدائرة بأن المادة الثانية من النظام الأساسي لديوان المظالم الصادر عام ١٣٧٤هـ الموافق (١٩٥٤م)، تضمن اختصاص الديوان في التحقيق في كل شكوى تقدم، أو تحال إليه ليعد تقريراً عنها يتضمن الإجراء المقترح، وأن صدور القرار رقم

منهية توجيهها للدائرة بأن النظر والفصل في هذه الدعوى لا يتعارض مع ذات القرار، وقد أعادت المعاملة بكاملها للدائرة الثالثة لدراستها وإصدار قرار بما تراه محققاً للعدالة [1]

وقد تبيّن لي بأن موضوع القضية هو أمر إمارة حائل بإسكان الأهالي في مبنى تحت الإنشاء، (يخص مشروع حكومي تم التعاقد على تنفيذه بموجب عقد إداري) بسبب تهدم بيوتهم جراء الأمطار والسيول آنذاك، وهو القرار الذي أشرت له في الفرع الأول من هذا المطلب[2] وقد اعتبرت الدائرة حين نظر مطالبة المقاول بالتعويض عن الأضرار والتلفيات التي خلفها الأهالي في المبنى، بأنها من قبيل الصعوبات المادية وهو تكييف لا يستقيم مع ماهية وشروط النظرية كما سبق إيضاحه، إلاّ أنه إذا تجاوزنا عن الخوض في مسألة تكييف الواقعة فإنه يمكن الاستنتاج من هذا القرار وهو نادر في هذه الفترة بأنه وافق من حيث المبدأ على نظر القضية ودراستها وفقاً لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وتقديم تقرير بالإجراء المقترح بشأنها وذلك في حدود ما كان للديوان من اختصاص في نظامه السابق وبالتالي فإن مسألة الاختصاص هي التي حالت دون إصدار أحكام نهائية في تطبيق النظرية.

---

[1] قرار لجنة التدقيق رقم ٢٥/ت لعام ١٣٩٩هـ الموافق(١٩٧٩م) في القضية رقم ٥٨٨/ق لعام ١٣٩٨هـ الموافق(١٩٧٨م)- المرجع السابق - ص ٥٣٨.

[2] لمزيد من التفصيل عن هذه القضية انظر الفقرة الأخيرة من الصفحة ٣٣٥.

المبحث الثاني

التوازن المالي للعقد الإداري من خلال أحكام ديوان المظالم بعد نفاذ نظامه الحالي:

المطلب الأول:

وهي الفترة السابقة على تاريخ ١٤٢١/١/٢١هـ الموافق (٢٠٠٠/٤/٢٥م)

(تاريخ صدور قرار مجلس الوزراء بشأن القرار ٨١٨)

بعد أن أثبت قضاء الديوان كفاءة ومقدرة أثناء سريان نظامه السابق، وامتازت قراراته خلال عقود ثلاثة بالحيدة، والحكمة، في التصدي لعدد متزايد باضطراد لأنواع مختلفة من المنازعات الإدارية، وغيرها من المنازعات التي بات أمر إسنادها إليه ينمو بصورة متسارعة، متمشياً مع التطور السريع الذي صاحب كافة نشاطات ومرافق الدولة، فأصبح له الاختصاص الأصيل في نظر منازعات تدخل في نطاق القانونين العام والخاص، فشملت ولايته القضائية بالإضافة إلى المنازعات الإدارية، نظر بعض القضايا الجزائية، (التزوير والرشوة) والقضايا التجارية، وطلبات تنفيذ الأحكام الأجنبية، وطعون الأفراد على القرارات الإدارية المنظمة للنشاطات العامة والخاصة، على التفصيل المتقدم [1] لذا كان من الطبيعي أن يصدر ولاة الأمر حفظهم الله نظاماً جديداً للديوان، يراعي هذا الواقع ويستجيب لمتطلباته، ويحقق الطموح، بدعم كيانه وتوسيع اختصاصه، وترسيخ مبدأ استقلاله، ومنحه سلطة إصدار الأحكام النهائية فيما يدخل في ولايته من قضايا، وطعون، وقد كان ذلك متمثلاً في نظام ديوان المظالم الحالي الصادر بتاريخ ١٤٠٢/٧/١٧هـ الموافق (١٩٨٢/٥/١٠م)، مؤكداً ولاية الديوان كجهة قضاء إداري مستقل يصدر أحكاماً نهائيةً

---

[1] ص ٢٧٤ وما بعدها من الباب الثاني.

نافذة [1]، ومختصاً بصفة خاصة بالفصل في منازعات العقود الإدارية بموجب نص المادة الثامنة منه فقرة (د) .

إلاّ أن التفسير السائد لدى لجان الديوان بعد صدور نظامه الجديد استمر على أنه مقيد الاختصاص أيضاً بالقرار رقم ٨١٨، وبالتالي عدم ولايته في نظر قضايا تعويض المقاولين ما لم تكن مؤسسة على تقصير منسوب للجهة الإدارية المتعاقدة، ولم تشفع صراحة الفقرة الأخيرة من نص المادة (الخمسين) من النظام التي تنص على أنه ((ويلغى كل حكم يخالف أحكام هذا النظام)) في تغيير هذا الفهم الخاطئ، لمدة قاربت العقدين من الزمان، درجت فيها لجان الديوان على رفض النظر في قضايا تعويض المقاولين التي لا تستند إلى خطأ الجهة الإدارية المتعاقدة ما لم يكن ذلك بإذن خاص من مجلس الوزراء، لينظرها استثناءً من أحكام القرار المذكور، ولقد عبّر عن هذا الموقف قرار لجنة تدقيق القضايا [2] وقد صدر هذا القرار بعد سن نظام الديوان الجديد وقبل نفاذ أحكامه بنحو مائة يوم وملخص القضية هو مطالبة إحدى الشركات لإحدى الوزارات بالتعويض عن الأضرار والخسائر التي أصابتها لظروف غير متوقعة واجهتها أثناء تنفيذ مشروعي إسكان، الأول في مدينة جدة ويشمل بناء ٧٥٠ فيلا في طريق مكة، والثاني بناء ١٠٠٠ وحدة سكنية في طريق خريص بمدينة الرياض، وذكرت المدعية بأنه مرّ بها أثناء تنفيذ المشروعين

---

[1] في تقييمه لديوان المظالم يرجح الدكتور/ عبد الرزاق علي الفحل الرأي القائل بأن الديوان جهة قضاء إداري مميّز يستمد اختصاصاته وسلطاته من قضاء المظالم في الإسلام مع تعديل في الأسلوب، والإجراء وإضافة في الاختصاصات؛ لتواكب العصر الحالي مستشهداً بما ورد في نظام الديوان الحالي من كونه هيئة قضاء إداري، وأنه يتمتع بسلطات القضاء الإداري فضلاً عن بعض المهام المكلف بها. انظر مؤلفه السابق الإشارة له – ص ٦٣٥. كما يصف د./ بركات موسى الحواتي قضاء المظالم بالمملكة بأنه ((بمثابة قضاء كامل لا مجرد قضاء إلغاء، فهو اختصاص عام بالنسبة للأشخاص على تفاوت مواقعهم ومراكزهم وسلطاتهم، وهو فيما توصل له بعض الباحثين ليس قضاءً استئنافياً، وليس خاصاً بالأمور المستعجلة، ولكنه قضاء إداري كامل يلغي القرار الجائر، ويعوض من أصابه ضرر منه، فإذا استحال إلغاء القرار اقتصر دوره على كونه قضاء تعويض وهو ما نصت عليه صراحة المادة الأولى من المرسوم الملكي رقم (م – ٥١) تاريخ ١٤٠٢/٧/١٧هـ الموافق (١٩٨٢/٥/١٠م))) راجع مؤلفه أطر التطور التشريعي للنظام الإداري – الكتاب الأول – توزيع روائع مجدلاوي – عمان طبعة ٢٠٠١م ص ١٤.

[2] القرار رقم ٢٢/ت لعام ١٤٠٣هـ الموافق(١٩٨٣م) صادر في القضية رقم ١/٣٥٦/ق لعام ١٣٩٨هـ الموافق(١٩٧٩م) (غير منشور).

حوادث طارئة، وصعوبات مادية لم تتوقعها، إضافة إلى التعديل بالزيادة في كميات الأعمال، وحددت الظروف الاستثنائية التي مرت بها بأنها حرب العاشر من رمضان عام ١٣٩٣هـ الموافق (١٩٧٣/١٠/٦م) وما نتج عنها من ارتفاع شديد في الأسعار، والأجور، وازدحام الموانئ، والحرب الأهلية في لبنان، وإجراء التعديلات على المخططات ومواصفات بعض الأعمال، مما نتج عنها أعمال إضافية، إلى جانب ما واجهها من صعوبات مادية في تسوية أرض موقع إسكان جدة، ومن عواصف شديدة وسيول جارفة خلال تنفيذ المشروعين، وما سببه ذلك كله من إخلال بالتوازن المالي أصاب المشروعين بخسائر أثناء التنفيذ، والتأثير على سير العمل فيه، والتأخير في إنجازها للأعمال بسبب هذه الصعوبات. واستندت المدعية إلى نص المادة (١٢) فقرة (٢) من عقدها الذي ينص على أنه ((إذا اعترضت أثناء التنفيذ أية ظروف قاهرة، أو عقبات غير طبيعية لم يكن في إمكان أي مقاول ذو خبرة توقعها [١]، أو تجنبها، فعليه إخطار المستشار، أو ممثله خطياً بذلك وعلى الأخير تقديم تقرير إلى صاحب العمل بالتكاليف الإضافية التي تكبدها المقاول بسبب تلك الظروف والعقبات للنظر في تقدير ما يراه مناسباً بشأنه))، كما نصت المادة (١٢) من عقد المشروع أيضاً على ((... إذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها وخارجة عن إرادة الطرفين أفضت إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد، أو تعديل كيانه الاقتصادي كما كان

---

[١] انتهت دائرة التدقيق في حكم لها إلى تخلف شرط عدم التوقع، وبالتالي عدم أحقية المقاول في الإعفاء من غرامات التأخير الموقعة عليه؛ لأن ما بدا من أسباب للتأخير لا تنهض؛ لاعتبارها أسباباً أجنبية، أو قاهرة تعفيه من الغرامة، وذلك لأن الحصول على المتفجرات لأعمال الحفر الصخري يستغرق وقتاً، وإجراءات في العادة، وقد قصّر المقاول عندما لم يضع ذلك في اعتباره عند التعاقد، ولم يتعرف على طبيعة الأرض رغم أن النظام يلزمه بذلك، والأمطار والسيول لا تعد قوة قاهرة، ولا سبباً يعفي من المسئولية في منطقة معروف عنها أنها دائمة الأمطار والسيول، والأعمال الإضافية في الحفر، والخرسانة الناتجة عن اختلاف المنفذ على الطبيعة عما كان متوقعاً عند التعاقد تعد شيئاً عادياً في عمل المقاولات فضلاً عن أنها لم تزد عن نسبة الزيادة المسموح بها نظاماً، ولم يكن التكليف بها في وقت لا يسمح بأدائها. (حكم دائرة التدقيق رقم ١٤٨/ت/١ لعام ١٤١٣هـ الموافق ١٩٩٣م) وفقاً لما أشار له المستشار/ حسونة توفيق حسونة في – قضاء ديوان المظالم – الجزء الأول – القضاء الإداري في خمس سنوات (١٤١٠ – ١٤١٤) الموافق (١٩٩٠- ١٩٩٣م) ص ١٤٣، وقد تضمن مبادئ أحكام التدقيق التي جمعها أثناء عمله كمستشار في ديوان المظالم.

مقرراً مما ترتب عليه تهديد المقاول بخسارة فادحة كان لصاحب العمل أن يعدل قوائم الأسعار بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين وذلك برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بحيث يتحملان بالتساوي تبعة هذه الظروف الطارئة)). وأوردت المدعية في مذكرتها بأنها ورغم العقبات والصعوبات والظروف غير المتوقعة تمكنت من إنجاز ما نسبته ٨٥% من أعمال مشروع جدة وما يقرب من ٦٠% من مشروع الرياض وأنها تتطلع إلى قرار عادل من الديوان يعيد إلى عقديها التوازن المالي المفروض، حتى تتمكن من إتمام المشروعين وتسليمهما في أقرب وقت. وقد حددت المدعية الأسباب التي تستند عليها في طلب التعويض وعناصره، وهي في معظمها من الحالات التي تنظمها نظريات التوازن المالي للعقد الإداري.

وقد رفع معالي رئيس الديوان خطاباً إلى صاحب السمو الملكي نائب رئيس مجلس الوزراء مرفقاً به أوراق الدعوى، أشار فيه إلى أن طلبات المدعية لتمديد العقد، وتعويضها عما أنجز من أعمال، وطلب تعديل أسعار عقديها، لا يستند بصفة أساسية على قرار مجلس الوزراء رقم ٨١٨ وتاريخ ١٣٩٦/٥/١٧هـ الموافق (١٩٧٦/٥/١٦م)، وإنما هي تستند على ما تدعيه من أسباب غير متوقعة أثرت على اقتصاديات العقد، لذا اقتضى الأمر الرفع للمقام السامي للأمر بما يراه. فورد خطاب المقام السامي الموجه إلى الديوان لنظر القضية ورفع النتيجة.

ثم تلا ذلك نظر القضية بعدة جلسات قدم خلالها طرفا الخصومة ما عن لهما تقديمه من مذكرات ومستندات، على النحو المبيّن في قرار الدائرة، مجمله نفي الوزارة لجميع ادعاءات المدعية، باعتبارها هي من تسبب في بعضها، بسبب البطء في التنفيذ، وعدم دراستها للموقع، وإجراء التجارب اللازمة، وطلبت في نهاية دفاعها رفض الدعوى، فأصدرت الدائرة قرارها رقم ١٢/د/٢ لعام ١٤٠٢هـ الموافق (١٩٨٢م) بعدم جواز نظر الدعوى استناداً إلى أحكام نظرية الظروف الطارئة، عملاً بمقتضى نص المادة الأولى من قرار مجلس الوزراء رقم ٨١٨، وعدم أحقية الشركة المدعية في طلبات التعويض الأخرى عن هذين المشروعين على أسباب مجملها أن

الأمر السامي الموجه للديوان بالرغبة الكريمة في نظر القضية ورفع النتيجة، لم ينص صراحة على نظر الدعوى على أساس نظرية الظروف الطارئة، ومن ثَم فإن ولاية الديوان بنظرها تتحدد بالأنظمة والقرارات النافذة في شأن تحديد هذه الولاية، وخلصت الدائرة إلى أن مفاد حكم القرار ٨١٨ المذكور يقضي بمنع النظر في طلبات التعويض المستندة إلى أسباب لا ترجع إلى خطأ محدد مدعى به في حق جهة حكومية متعاقدة، ومن ثَم لا يجوز لديوان المظالم النظر في هذه المطالبات[1].

كما ورد في القرار قول الدائرة في معرض ردها على استشهاد المدعية بنصوص العقد التي تنظم حالات القوة القاهرة والعقبات غير الطبيعية والزيادة، أو النقصان في تكاليف التنفيذ والزيادة في الأسعار والأجور غير المتوقعة ((أنه لو تضمن العقد نصاً صريحاً بأحقية المقاول بالتعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة، فإن مفاد حكم المادة الأولى من قرار مجلس الوزراء رقم ٨١٨ لعام ٩٦هـ الموافق (١٩٧٦م) هو منع الديوان من النظر في طلبات التعويض المبنية على أحكام هذه النظرية، ومرد ذلك أن ديوان المظالم لا يستمد ولايته في نظر الدعاوى التي ترفع إليه من اتفاقات المتعاقدين وشروطهم، وإنما يستمدها من نظامه الأساسي ومن القرارات المكملة والمحددة لهذه الولاية ومنها قرار مجلس الوزراء المشار إليه وما حدده له من ولاية مانعة من نظر طلبات التعويض المبنية على نظرية الظروف الطارئة وهو ما أكده الأمر السامي رقم ٣/و/٨٩٠٠ وتاريخ ١٤٠٢/٤/١٣هـ)) الموافق (١٩٨٢/٢/٧م).

---

[1] استمر قضاء الديوان في عدم نظر قضايا التعويض التي لا تستند إلى خطأ الجهة الإدارية حتى وإن كان السبب أجنبياً عن الطرفين التزاماً بما نص عليه القرار ٨١٨، ومثال ذلك حكم دائرة التدقيق الذي انتهى إلى رفض التعويض عن فسخ الإدارة للعقد باعتبار أن ذلك تم لأسباب خارجة عن إرادتها، وهو اعتراض دولة أجنبية على إقامة المشروع مما لا يعد خطأ منها يوجب التعويض. (حكم دائرة التدقيق رقم ٤٣٥/ت/١ لعام ١٤١١هـ الموافق ١٩٩١م) – المرجع السابق– ص ٣٣.

وقد تحفظ أحد أعضاء الدائرة على ما انتهت إليه الدائرة في هـذا الخصـوص إذ يـرى أن موافقة المقام السامي على نظر القضية على ضوء نظرية الظروف الطارئة مستمدة من مفهوم خطابه الجوابي للديوان.

ثم تولت الدائرة مناقشة طلبات المدعية مفصلةً، وقد تبيّن لها عدم أحقية المدعية فـي معظمها لتنتهي إلى ما سلف بيانه.

وعند عرض القضية على لجنة التدقيق[1]، وبعد استعراضها لوقائع الدعوى ولمختلـف ظروفها، وملابساتها في ضوء شروط التعاقد، وأحكام النظام، وما قدم في القضية من مسـتندات وتقارير، رأت اللجنة تأييد قرار الدائرة فيما انتهى إليه من عدم جواز النظر في مطالبات الشركة المدعية، بالتعويض عما أصابها في تنفيذ مشروعي الإسكان موضوع القضية، استناداً إلـى مـا

---

[1] بموجب المادة (٣٩) من قواعد المرافعات والإجراءات ((تُنشأ برئاسة رئيس الديوان هيئة للتدقيق من عدد كـاف مـن الأعضاء يعينهم رئيس الديوان، ويكون بها دائرة، أو أكثر للتدقيق))، وتنص المادة (٤٠) من تلك القواعد علـى أنـه: ((إذا رأت دائرة التدقيق العدول عن اجتهاد رفعت إلى رئيس الديوان ليحيله إلى هيئة التدقيق، وتشكل من الرئيس مـع ثلاثة من رؤساء الدوائر يختارهم الرئيس)). وبموجب تعميم رئيس الديوان الصادر عام ١٤٠٦هـ الموافـق (١٩٨٦م) يكون مقر هيئة تدقيق القضايا مدينة الرياض، وتصدر أحكامها وقراراتها من دوائر تشكل كل منها من ثلاثة أعضـاء بدرجة مستشار على الأقل.

وبموجب تعميم رئيس الديوان رقم ٥١ تاريخ ١٤٠٨/١٠/٢٧هـ الموافق ١٩٨٨/٦/١٢م تختص دائرة التدقيق الأولـى بتدقيق ما يحيله إليها رئيس الديوان من الأحكام، أو القرارات الصادرة من الدوائر الإدارية، أو الفرعية في المنازعات الناشئة عن تنفيذ عقود الأشغال العامة، وعقود الصيانة والتشغيل، والنظافة التي تكون الحكومة طرفاً فيها بصفتها أحـد طرفي العقد دون ما سوى ذلك من حالات أو عقود أخرى، وتختص دائرة التدقيق الثالثة بتدقيق ما يحيله إليها رئـيس الديوان من أحكام، أو قرارات صادرة من الدوائر الإدارية أو الفرعية الأخرى. ثم صدر تعميم معالي رئيس الـديوان بالنيابة رقم ٢٤ وتاريخ ١٤١٠/٧/١٠هـ الموافق ١٩٨٧/٣/١٠م بإضافة اختصاص تدقيق الأحكام الخاصـة بنظـام التقاعد العسكري. انظر القاضي عبد العزيز محمد الزبن – المرجع السابق – ص ١٢٤ وص ١٢٥.

ويوجب النظام تدقيق الأحكام الإدارية المتعلقة بالتعويض، والمنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، إذا كانت في غيـر مصلحة الجهة الإدارية، أما غيرها من الأحكام فإن تدقيقها يتم بناءً على الاعتراض عليها (م٣٤) من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم.

وحسب المادة (٣٦) من قواعد المرافعات فإنه بعد قبول طلب التدقيق تقوم دائرة التدقيق بتأييد الحكم، أو نقضه وإعادته للدائرة التي أصدرته مع ملاحظاتها عليه، أو التصدي لنظر القضية، أما في حالة إعادة الحكم إلى الدائرة التي أصدرته، وأصرت تلك الدائرة على حكمها، ولم تقتنع دائرة التدقيق برأي الدائرة فعليها التصدي لنظر القضية ويعتبر حكم دائرة التدقيق نهائياً في جميع الأحوال.

ساقته المدعية من أسباب تعتبر تطبيقاً لأحكام نظرية الظروف الطارئة، وعدم أحقية الشركة في التعويض عن الطلبات التي تستند إلى شروط التعاقد، والأحكام العامة في المسئولية التعاقدية.

وأضافت اللجنة إلى الأسباب التي ذكرتها الدائرة ((أنه وإن كانت منازعات العقود الإدارية يدخل فيها بطبيعة الحال مطالبات المدعية القائمة على الادعاء بزيادة التكاليف نتيجة ما حدث من ظروف طارئة حسب ادعائها تدخل في الاختصاص العام للديوان طبقاً لنظامه الأساسي إلاّ أن القواعد المنظمة للفصل في نوع هذه المنازعات تقرر ضوابط معينة يتعيّن أن يلتزم الديوان بها فيما يعرض عليه بالنسبة لهذا النوع من المنازعات ومن هذه الضوابط ما تضمنته الأوامر السامية العديدة والصادرة منذ عام ١٣٩٦هـ الموافق (١٩٧٦م) وحتى الآن بعدم قبول أي ادعاء من المقاولين والموردين السعوديين، أو الأجانب بطلب زيادة أسعار عقودهم الجارية، أو تعويضهم عن أعمال سابقة، ومن تلك الأوامر على سبيل المثال لا الحصر الأمر السامي رقم ٧١٢٦/س وتاريخ ١٣٩٦/٣/١٠هـ الموافق (١٩٧٦/٣/١١م) والأمر السامي رقم ٣/٩٣٧٣/م وتاريخ ١٣٩٧/٤/١٢هـ الموافق (١٩٧٧/٤/١م)، والأمر السامي رقم ٢٣٢٥٦ وتاريخ ١٣٩٩/١٠/٢٤هـ الموافق (١٩٧٩/٩/١٦م)، والأمر السامي رقم ٧٢٠ وتاريخ ١٤٠١/١/١١هـ الموافق (١٩٨٠/١١/١٨م) والأمر السامي رقم ٣/و/٨٩٠٠ وتاريخ ١٤٠٢/٤/١٣هـ الموافق (١٩٨٢/٢/٧م)، وكلها انتهت إلى عدم الموافقة على تعويض الشركات الطالبة عما تدعيه من خسائر بسبب ارتفاع الأسعار والأجور وصرف النظر عن طلبات التعويض القائمة على الادعاء بحدوث أي تغيير طارئ في الأسعار والأجور، أو التكاليف كما هو الحال بالنسبة لمطالبات المدعية التي تستند إلى ما جد من ظروف طارئة)).

ثم واصلت اللجنة تأييدها لقرار الدائرة بالقول ((لا يتأتى للديوان النظر في أية مطالبة تقوم على الادعاء بالتعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة. <u>إلاّ إذا وافق المقام السامي صراحة على نظرها طبقاً</u> لأحكام تلك النظرية، أو لشرط العقد الذي يعتبر تطبيقاً لها.

ومن حيث إنه متى كان ذلك وكانت الشركة المدعية لا تستند في ادعائها محل المطالبات بالتعويض عن التكاليف الزائدة التي تحملتها بسبب الظروف الطارئة – على نسبة أي تقصير من جانب المدعى عليها وما ينطوي عليه من خطأ عقدي مما كان يجعل الدعوى في خصوصها مشمولة بقرار مجلس الوزراء رقم ٨١٨ لعام ١٣٩٦هـ الموافق (١٩٧٦م) ومقبولة، من ثَم للنظر فيها أمام قضاء الديوان طبقاً لأحكام هذا القرار، وإنما تستند المدعية في ذلك إلى ما تدعيه من ظروف طارئة أدت إلى تحملها بأعباء زيادة في التكاليف عما قدر لها وقت التعاقد – ومن ثَم تندرج مطالبات المدعية من هذه الناحية تحت الحظر المشار إليه، ولا يجوز قبول نظرها بالتالي إلاّ بمقتضى أمر سامي يقضي صراحة بنظرها على الأساس السالف بيانه.

ولمّا كان قد سبق للديوان أن رفع خطابه رقم ١/١١١١/٣ وتاريخ ١٣٩٧/٥/٥هـ الموافق (١٩٧٧/٤/٢٣م) إلى المقام السامي مرفقاً به أوراق الدعوى للأمر بما يراه المقام المعظم وورد للديوان الأمر السامي رقم ١٦٤٣٤ وتاريخ ١٣٩٨/٧/٨هـ الموافق (١٩٧٨/٦/١٣م)، بطلب النظر في القضية ورفع النتيجة دون أن يتضمن هذا الأمر صراحة ما يخول الديوان النظر في القضية من زاوية المطالبات القائمة على الادعاء بالظروف الطارئة – على أساس نظرية الظروف الطارئة أو على أساس شرط في العقد يعتبر تطبيقاً لها. فمن ثَم لا يجوز للديوان والحالة هذه قبول نظر مطالبات الشركة المدعية المستندة لأحكام تلك النظرية، أو إلى شرط العقد الذي يرددها إعمالاً لمقتضى الأوامر السامية التي تحظر على الديوان قبول نظر الدعاوى التي تستند إلى النظرية المذكورة. وهو ما سبق أن استقر عليه قضاء الديوان في القضايا التي تقوم على مطالبات مماثلة ومؤدى هذا القضاء أنه لا يجوز للديوان النظر في تلك المطالبات على أساس نظرية الظروف الطارئة إلاّ إذا صدر أمر سامي صريح بذلك الأمر الذي لم يقم في خصوص مطالبات المدعية القائمة على أساس من أحكام تلك النظرية، ومن شرط العقد الذي يعتبر ترديد لها. فلهذه الأسباب وبعد المداولة – قررت اللجنة عدم قبول مطالبات الشركة المدعية بالتعويض عن زيادة التكاليف التي تدعي تحملها بسبب ما واجهته من ظروف طارئة في تنفيذ عقدي مشروعي إسكان جدة – طريق مكة وإسكان الرياض طريق خريص (المرحلة الأولى). والتي تستند فيها المدعية إلى نظرية الظروف الطارئة، أو على شرط في العقد يعتبر تطبيقاً لهذه النظرية وذلك إعمالاً لمقتضى الأوامر السامية العديدة الصادرة في هذا الخصوص وصرف النظر تبعاً لذلك عن تلك المطالبات)).

وقد استمر تفسير قضاة الديوان للأثر المانع للقرار ٨١٨ من نظر قضايا التعويض لمقاولين مع جهات حكومية، إلاّ في حالة وحيدة هي وجود تقصير من الجهة المتعاقدة، تسبب ضرراً للمتعاقد [١]، رغم الصلاحيات الواسعة التي تقررت للديوان في العديد من مواد نظامه الجديد، وصراحة نص المادة الثامنة فيْ اختصاصه في نظر منازعات العقود الإدارية، إلاّ أنه امتنع عن النظر، أو الفصل في الكثير من قضايا التعويض المؤسسة على أسباب طارئة غير متوقعة، على سند من القول بأن هذه القضايا تتطلب إذناً خاصاً من مجلس الوزراء لنظرها أمام الديوان، بل لا تكفي مجرد إحالة القضية من المجلس للديوان ما لم تكن الإحالة تتضمن أمراً صريحاً لنظرها بموجب إحدى نظريات التوازن المالي، أو أن يتم الإشارة إلى استثناء الحالة من حكم القرار ٨١٨ عندها يمكن للديوان الفصل في النزاع والحكم بالتعويض عند تحقق شروطه.

ودام هذا الوضع قرابة العشرين عاماً كانت الصفة الغالبة في قضائه التزامه في قضايا التعويض بالامتناع عن الحكم فيها ما لم يكن ثمة تقصير يمكن نسبته للجهة الإدارية المتعاقدة تسبب في الأضرار التي حاقت بالمتعاقد، إلاّ أن هذه الفترة قد شهدت صدور بعض الأحكام في قضايا التوازن عند الحصول على الإذن الخاص بنظرها وحالات أخرى لم يشر فيها الحكم إلى صدور مثل هذا الإذن [٢].

---

[١] قضت دائرة التدقيق في حكم لها بأن ايقاف المقاول عن العمل لأسباب لا ترجع إليه من تغيير موقع البئر وحفر بئر أخرى يعتبر تقصيراً من الجهة الإدارية يلزمها بالتعويض عما أصابه من أضرار بنسبة تقديرية من قيمة العقد وفقاً لما تراه الدائرة المختصة (حكم رقم ٤٢/ت/١ لعام ١٤١٣هـ الموافق ١٩٩٣م). المستشار/ حسونة توفيق حسونة – المرجع السابق- ص ١٦١ وفي حكم آخر لها ألزمت جهة الإدارة بتعويض المدعي عما أصابه من أضرار بسبب تأخرها في تسليم الموقع بأكثر من المدة المعقولة (حكم رقم ٥١/ت/١ لعام ١٤١٣هـ الموافق ١٩٩٣م) المرجع السابق – ص ١٦١. كما قضت بأن إلغاء جهة الإدارة للعقد دون سبب من جانب المدعي يوجب تعويض المقاول عما يصيبه من أضرار نتيجة ذلك. (حكم الدائرة رقم ٨٠٠/ت/ لعام ١٤١١هـ الموافق ١٩٩١م) المرجع السابق – ص ١٦٦.

[٢] قرار لجنة تدقيق القضايا رقم ٣/ت لعام ١٤٠١ الموافق (١٩٨١م) جلسة ١٤٠١/٤ الموافق (١٩٨١/٢م) في القضية رقم ٢/٢٩١/ق لعام ١٣٩٥هـ الموافق (١٩٧٥م) – مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية – المرجع السابق – ص ٢١.

وحكم آخر بُني على ظرف طارئ هو رقم ٢/د/١/٣ لعام ١٤٢٣هـ الموافق (٢٠٠٢م) وفيه طالبت المؤسسة المدعية وزارة المعارف، بعد تنفيذها لمشروع مبنى مدرسة ثانوية صقلية بجدة بالتعويض عن عدة أمور، منها زيادة رسوم إدخال التيار الكهربائي للمدرسة الذي كان محدداً بمبلغ (خمسين ألف ريال) عند التعاقد ثم أصبح عند التنفيذ ٢٣٨,٥١٠ ريال تنفيذاً للمرسوم الملكي رقم ١٦٩ وتاريخ ١٤١٩/٨/١١هـ الموافق (١٩٩٨/١١/٣٠م)، القاضي بزيادة رسوم الكهرباء وقد انتهت الدائرة إلى الحكم بإلزام الوزارة بتعويض المؤسسة المدعية عن فرق الرسوم التي دفعتها لشركة الكهرباء.

وجاء في أسباب الحكم بأن المادة (٦٠) من شروط العقد قد نصت على أن يخضع المقاول لأنظمة المملكة المتعلقة بالضرائب والرسوم... وفي حالة تعديل الضرائب والرسوم في المملكة بالزيادة، أو النقص بعد تاريخ تقديم العطاء فتزاد قيمة العقد، أو تنقص حسب الأحوال بمقدار الفرق.

وقد تحققت اللجنة من واقع المستندات المقدمة في القضية من توفر هذا الشرط وبالتالي استحقاق المدعية للتعويض [1] .

ومع أن الأحكام المذكورة بُنيت على نص في العقد بالتزام صاحب المشروع بأن يدفع فرق رسوم إيصال التيار الكهربائي، ولكنه في الحقيقة حكم بتعويض للمتعاقد تدفعه جهة الإدارة في حالة من حالات المخاطر الاقتصادية دون ثمة خطأ من الجهة المتعاقدة، فهو إن كانت وقائعه تشير على حالة توفرت فيها شروط نظرية الظروف الطارئة، إلاّ أن قضاء الديوان أسس حكمه بالتعويض على وجود شرط في العقد معتبر وصحيح بين الطرفين نظم هذه المسألة، فالمسئولية هنا هي عقدية كما جاء في الحكم وليست على أساس من المسئولية العقدية بدون خطأ التي تقوم عليها نظرية التوازن المالي للعقد (الظروف الطارئة)، والسؤال الذي يطرح نفسه هنا هو أنه مع أن سبب الضرر، أو

---

[1] الحكم المذكور صدر في القضية رقم ١/١٧١٦/ق لعام ١٤٢١هـ الموافق (٢٠٠٠م) وقد صدر من نفس الدائرة حكم مشابه في الوقائع والأسباب قضى أيضاً بتعويض الشركة المدعية عن فرق رسوم إيصال التيار الكهربائي، وهو الحكم رقم ٤١/د/١/٣ لعام ١٤٢٣هـ الموافق (٢٠٠٢م) في القضية رقم ٢٩٦ /١/ق لعام ١٤٢٣هـ الموافق (٢٠٠٢م) والحكمان (غير منشورين).

المطالبة بالتعويض هو الإجراء الحكومي المفاجئ الذي طرأ بعد نفاذ العقد وهو زيادة الرسوم الجمركية بموجب قرار من مجلس الوزراء أدى إلى زيادة تكاليف رسوم إدخال التيار الكهربائي، وبذلك تتحقق في هذه الحالة شروط نظرية الظروف الطارئة إلاّ أن الدائرة لم تستند إلى أحكام هذه النظرية في حكمها بتعويض المؤسسة وإنما أسست حكمها على نص في العقد يلزم الجهة المتعاقدة بدفع فرق الرسوم، وأحسب أن الإجابة على ذلك هي أن النص في العقد صريح وملزم، وللحديث الشريف (المسلمون عند شروطهم إلاّ شرطاً أحلّ حراماً أو حرم حلالاً) وقد انتفى عن هذا الشرط ما يبطله ولقاعدة (إعمال الكلام أولى من إهماله) فقد رأت الدائرة الاستناد إلى هذا النص الرضائي في حكمها بالتعويض وعدم اللجوء إلى القواعد العامة في الفقه والقضاء التي تقرر المسئولية العقدية دون خطأ تجنباً من الدخول في مسألة الاختصاص[1]، طالما وجدت نص تعاقدي ينظم هذه المسألة بالتحديد، وبديهي أن توجه الدائرة هذا جاء في صالح المتعاقد أيضاً من ناحية كون التعويض عن فرق الرسوم قد شمل مبلغ الزيادة بالكامل، في حين أن أحكام نظرية الظروف الطارئة تلزم الجهة الإدارية في المشاركة بتحمل جزء من فروقات الأسعار، أي جزء من خسارة المتعاقد الناتجة من الظرف الطارئ وليس كلها.

ولا يغيب عن البال بأن مضمون هذا النص التعاقدي ما هو إلاّ تأكيد لما يقرره النظام في مثل هذه الحالات وهو نص المادة (٢٧) من نظام المناقصات والمزايدات الصادر بالمرسوم الملكي الصادر في ١٣٨٦/٢/٢٤هـ الموافق (١٩٦٦/٦/١٣م)، والذي يعتبر ساري المفعول لعدم

---

[1] وقضت دائرة التدقيق في حكم آخر لها بأن عدم تنفيذ العقد لأسباب لا ترجع إلى خطأ المتعاقد بسبب تكليفه بأعمال إضافية لم يتفق الطرفان على قيمتها، والقضاء بفسخ العقد وأحقية المقاول في التعويض عما أصابه من أضرار، وإلغاء ما قررته جهة الإدارة من غرامات تأخير على المقاول إذ لا يجوز لجهة الإدارة إكراه المقاول على تنفيذ أعمال إضافية ليس لها مثيل بالعقد بالأسعار التي تقررها، وبحق المقاول في الامتناع عن التنفيذ إذا لم يتفق الطرفان على أسعار هذه الأعمال، ولا يعد ذلك خطأ منه (حكم دائرة التدقيق رقم ٢٠٥/ت/١ لعام ١٤١٣هـ الموافق ١٩٩٣م) المستشار/ حسونة توفيق حسونة – المرجع السابق – ص١٦٧.

تعارضه مع أحكام نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها النافذ حالياً الـذي اقتصر على إلغاء ما يتعارض معه من أحكام فقط.

المطلب الثاني

وهي الفترة اللاحقة لصدور قرار مجلس الوزراء رقم ٢٥٨ في جلسته المنعقدة بتاريخ ١٤٢١/١/١٩هـ الموافق (٢٠٠٠/٤/٢٣م).

وكما سبق القول في المطلب الأول من هذا المبحث، فإن قضاء الديوان قد استقر علـى أن اختصاصه بنظر قضايا التعويض التي يتقدم بها المقاولون مع الجهات الحكومية ينحصـر فقط فيما حدده له القرار رقم ٨١٨ من تقصير منسوب للجهة الإدارية عند إخلالهـا بـالتزام عقدي لها مع المتعاقد نتج عنه خسارة، أو ضرر له، وقد أورد القرار على سبيل المثـال، لا الحصر ثلاث حالات هي: تأخر الجهة الحكومية في تسليم الموقع، أو إصدار أمر بالتوقف عن العمل؛ لأسباب لا ترجع للمقاول، أو أحداث تغيير في المواصفات [1]. ومع أن نظـام الـديوان الحالي صدر بعد هذا القرار بنحو ستة أعوام، وبنص صريح في مادته الثامنة يخول الـديوان الفصل في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية إلى جانب اختصاصاته الأخرى الواسعة، إلاّ أن دوائر الديوان استقرت أحكامها خلال عقدين على أن القرار ٨١٨ والقـرارات والأوامـر السامية اللاحقة عليه تمنع الديوان من نظر قضايا تعويض المقاولين ما لم تكن مؤسسة على تقصير من الجهة الإدارية معتبرة إيّاه نصاً خاصاً يقيد نص المادة الثامنة من النظام التي هي نص عام.

مع التنويه إلى أن هذا التفسير لم يكن محل اتفاق لدى دوائر الديوان سواء قبل صدور نظام الديوان الحالي، أو بعده حيث صدر قرار من هيئة تدقيق القضـايا بـرقم ٢٥/ت لعـام ١٣٩٨هـ الموافق (١٩٧٨م)، تضمن بـأن قـرار مجلـس الـوزراء رقـم ٨١٨ تـاريخ

---

[1] في حكم لدائرة التدقيق اعتبر أن تغيير الإدارة لموقع المشروع يبرر للمتعاقد طلب فسخ العقد على سند من القول: ((إن تنفيذ العقد يكون ملزماً لطرفيه طالما لم يتغير فيه شيء جوهري من أركانه، وتغيير جهة الإدارة لمحل العقـد بتسـليم المقاول موقعاً آخر يترتب عليه انقضاء العقد لاستحالة تنفيذه في الموقع المتفق عليه – إذا رفض المقاول التنفيـذ فـلا توقع عليه أية جزاءات، ولا ينسب إليه تقصير. (حكم دائرة التدقيق رقم ٥١/ت/١ لعام ١٤١٣هـ الموافق (١٩٩٢م)- المرجع السابق - ص ١١٩.

١٣٩٦/٥/١٧هـ الموافق (١٩٧٦/٥/١٦م)، لا يعتبر معدلاً، أو ملغياً للمادة الثانية لنظام الديوان الصادر عام ١٣٧٤هـ الموافق (١٩٥٤م)، وأنه يحق بالتالي للديوان التصدي والفصل في جميع القضايا التي لم يعهد بها إلى جهة إدارية أخرى.

ثم جرت محاولة أخرى لإعادة تفسير القرار في الحكم رقم ١٨/د/١/٣ لعام ١٤١٣هـ الموافق (١٩٩٢م)، إلاّ أنه تم نقض هذا الحكم بالحكم رقم ٣٣٦/ع/٢ لعام ١٤١٤هـ الموافق (١٩٩٣م) بما يفيد التمسك بالقرار ٨١٨ واعتباره نصاً خاصاً يقيد النص العام الوارد في نظام الديوان [١].

وقد مرّ بنا كيف أن الفترة السابقة على صدور القرار رقم ٢٥٨ في المطلب الأول من هذا المبحث قد شهدت صدور العديد من أحكام الديوان التي تضمنت مبادئ، وأحكام نظريات التوازن المالي، وقد تم نظرها أمام الديوان بموجب موافقات خاصة صادرة من مجلس الوزراء، وأحياناً أخرى بالاستناد إلى نصوص العقد التي تنظم هذه الحالات.

كما تميّزت هذه المرحلة بإرساء قضاء الديوان للكثير من المبادئ التي من شأنها إعادة التوازن المالي للعقود الإدارية المعروفة في الفقه والقضاء الإداري المعاصر [٢].

---

[١] الأستاذ/ عبد الله حمد الوهيبي – المرجع السابق – ص ٣٤١ وص ٣٤٢.

[٢] من هذه المبادئ على سبيل المثال ما ذكره المستشار/ حسونة توفيق حسونة في كتابه المشار له سابقاً ما يلي: ((يتعين تمديد العقد إذا كُلف المقاول بأعمال إضافية في ميعاد لا يسمح بتنفيذها، أو صدر إليه أمر من الجهة الإدارية بإيقاف الأعمال لأسباب لا دخل له فيها)) (حكم دائرة التدقيق رقم ٢٧/ت/١ لعام ١٤١٠هـ الموافق ١٩٩٠م) – ص ١٣٢.

((إلزام جهة الإدارة بإعادة ما حسمته من غرامات تأخير على المدعية طالما ثبت من الأوراق أن تأخرها في تنفيذ العقد يرجع لأسباب خارجة عن إرادتها تمثلت في غرق الرافعتين محل التعاقد وملحقاتهما، ولا يغير من ذلك النص في العقد على التزام المدعية باتخاذ كافة الاحتياطات إذ إن ذلك يعني التزامها ببذل العناية ولا ذنب لها في قوة قاهرة واجهتها أدت إلى تأخير التنفيذ)) (حكم دائرة التدقيق رقم ٢٨٢/ت/١ لعام ١٤١٠هـ الموافق ١٩٩٠م) ص ١٣٣.

((إنه وإن كان التعويض المستحق يخضع لتقدير القاضي المختص إلاّ أن ذلك التقدير يجب أن يقوم على أسباب وضوابط، وتلتزم الدائرة ببيان الأسباب التي استندت إليها في هذا التقدير والأضرار التي ثبتت لديها)) (حكم دائرة التدقيق رقم ٨٥/ت/١ لعام ١٤١٢هـ الموافق ١٩٩٢م) ص ١٦٩.

((عدم أحقية المقاول في الإعفاء مما وقع عليه من غرامات، وما حُسم منه مقابل التنفيذ على الحساب بسبب تقصيره طالما لم يثبت أنه يرجع إلى سبب أجنبي لا يغير من ذلك ما يستند إليه المدعي من التأخير في صرف المستخلصات حيث لم يثبت أنها السبب المباشر في التقصير، لا يستحق المقاول تعويضاً عن تأخير جهة الإدارة في صرف المستخلصات طالما انتفى عنصر الضرر المباشر، وإلاّ انطوى على فوائد تأخير، أو مطالبة بتوقيع غرامة تأخير على

ـنى أن التطور الهام والحدث الأشد تأثيراً في موضوع بحثنا هذا هو صدور قـرار من مجلس الوزراء باعتبار القرار رقم ٨١٨ ملغي بصدور نظام الديوان الحالي، والتأكيد على أن اختصاصاته تشمل كافة منازعات العقود الإدارية بما في ذلك طلبات التعويض القائمة على أسباب، أو ظروف طارئة غير متوقعة، وكان ذلك بسبب ما رفعته إحدى دوائر التـدقيق فـي ديوان المظالم، من أنها ترى أن نظام الديوان رقم م/٥١ وتاريخ ١٤٠٢/٧/١٧هـ الموافـق (١٩٨٢/٥/١٠م) نص بصيغة عامة على اختصاص الديوان بنظر دعاوى التعويض الموجهة ضد الجهات الحكومية، دون أن يقتصر هذا الاختصاص على الطلب المستند إلى خطأ، وهـذا يعني أن النظام نسخ ما قبله من قرارات، بما في ذلك قرار مجلس الوزراء رقم ٨١٨ وتاريخ ١٣٩٦/٥/١٧هـ الموافق (١٩٧٦/٥/١٦م)، ومع أن خطاب معالي رئيس الـديوان آنـذاك المرفوع لمجلس الوزراء بشأن رأي دائرة التدقيق هذا، طلب التوجيه بالإبقاء على التفسـير القائم على اعتبار أن اختصاص الديوان في منازعات العقود الإدارية الخاصة بطلبات التعويض مقصور على الحالات المحددة في القرار ٨١٨، أي ضرورة وجود تقصير مـن جهـة الإدارة سبب الخسارة و الضرر المطالب بتعويضه مبرراً ذلك بأن العدول عن هذا المبدأ الذي استقرت عليه أحكام الديوان في السنوات الماضية سوف يترتب عليه فتح الباب أمام طلبات التعويض، ومنازعات العقود المقدمة ضد بعض الجهات الحكومية، ولو لم تكن تستند إلى خطأ منها، مما سيؤدي إلى زيادة عدد القضايا المنظورة أمام الديوان، وقيام الديوان بالنظر في طلبـات ضـد الجهات الحكومية التي ظل يرفض قبولها حتى تاريخه.

جهة الإدارة لتراخيها في الوفاء وكلا الأمرين غير جائز)). (حكم دائرة التدقيق رقم ١١/ت/٣ لعام ١٤١٣هـ الموافق ١٩٩٣م) - ص ١٣٩.

وقد اتخذ مجلس الوزراء قراره بناء على دراسة متأنية من هيئة الخبراء انتهت فيه إلى اعتبار القرار ٨١٨ ملغياً بصدور نظام الديوان الحالي، وبالتالي إطلاق اختصاص الديوان بنظر كافة قضايا تعويض المقاولين، وأياً كانت الأسباب التي تقوم عليها، فأصبح قضاء الديوان مفوضاً ونهائياً في اختصاص أصيل له كشف عنه القرار الأخير، وأرجع منشأه إلى تاريخ صدور النظام الحالي، أي أنه قرار كاشف للاختصاص وليس منشئاً له.

على أنه يؤخذ على طلب معالي رئيس الديوان الاستمرار في التفسير السابق المفيد لصلاحيات الديوان، وتحذيره من كثرة قضايا تعويض المقاولين عند العدول عن هذا التفسير وما سوف يتبعه من نظر القضايا التي سبق رفضها، بأنه سوف يؤدي في حالة الأخذ به إلى حرمان المقاولين من التعويض عن خسائر مُنوا بها لأسباب، لا علاقة لهم بها وقد تهددهم بالتوقف عن تنفيذ عقودهم مع الدولة، وقواعد العدالة التي تحث عليها شريعتنا السمحاء، تدعو إلى رفع المشقة، والتيسير ودفع الضرر، وإزالته في عموم المعاملات وتحث على تقديم التعويض في هذه الحالات التي تنظمها وتقررها قواعد ونظريات التوازن المالي، وعلاوة على ذلك، فإن قواعد التفسير المعتبرة في المشروعية تمنح للنظام تفوقاً وسمواً على غيره من القواعد التنظيمية الصادرة بقرارات ولوائح، بالإضافة إلى أن القاعدة هي أن اللاحق في التاريخ ينسخ السابق عليه، ومؤدى ذلك هو تغليب مواد نظام الديوان والعمل بها، وهذه وتلك ينبغي الأخذ بها، دون أن يتم التركيز على كم القضايا الذي يمكن علاجه بسهولة دون التضحية بالمبادئ الأساسية وهو ما تم حسمه بوضوح في قرار مجلس الوزراء الذي تضمنه خطاب معالي الأمين العام لمجلس الوزراء[1] المتضمن الإشارة إلى المذكرة التي رفعتها إحدى

---

[1] الخطاب برقم ٢٥٨ تاريخ ١٤٢١/١/٢١هـ الموافق (٢٠٠٠/٤/٢٥م) وهو موجه لصاحب السمو الملكي رئيس ديوان رئاسة مجلس الوزراء.

دوائر التدقيق في الديوان التي ترى فيها أن نظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥١ وتاريخ ١٤٠٢/٧/١٧هـ الموافق (١٩٨٢/٥/١٠م) نص بصيغة عامة على اختصاص الديوان بنظر دعاوى التعويض الموجهة ضد الجهات الحكومية، وبنظر منازعات العقود التي تكون الجهة الحكومية طرفاً فيها دون أن يقتصر هذا الاختصاص على الطلب المستند إلى خطأ، وهذا يعني أن النظام نسخ ما قبله من قرارات، بما في ذلك قرار مجلس الوزراء رقم (٨١٨) وتاريخ ١٣٩٦/٥/١٧هـ الموافق (١٩٧٦/٥/١٦م)، ويتعين قبول كل الدعاوى المقدمة ضد جهات الإدارة والفصل فيها.

وإن مجلس الوزراء بحث هذا الموضوع خلال جلسته المنعقدة بتاريخ ١٤٢١/١/١٩هـ الموافق (٢٠٠٠/٤/٢٣م) واطلع في هذا السياق على محضري الاجتماع المعدين في هيئة الخبراء رقم ٢٣٠ وتاريخ ١٤١٨/١٠/١٤هـ الموافق (١٩٩٨/٢/١١م) ورقم ٢٣٣ وتاريخ ١٤١٩/١٢/٢٨هـ الموافق (١٩٩٩/٤/١٤م)، كما اطلع المجلس على مذكرة هيئة الخبراء رقم ١٤٣ وتاريخ ١٤١٦/١١/٨هـ الموافق (١٩٩٦/٤/٦م)، المعدة حول هذا الموضوع وعلى توصية اللجنة العامة لمجلس الوزراء المتخذة في هذا الصدد.

وقد انتهى بحث المجلس الموقر إلى أن قرار مجلس الوزراء رقم ٨١٨ وتاريخ ١٣٩٦/٥/١٧هـ الموافق (١٩٧٦/٥/١٦م) يعتبر ملغياً من الناحية النظامية اعتباراً من تاريخ العمل بنظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥١ وتاريخ ١٤٠٢/٧/١٧هـ الموافق (١٩٨٢/٥/١٠م).

وبصدور هذا القرار، فقد زال الحظر عن نظر مطالبات التعويض الخالية من الادعاء بوجود تقصير من الجهة الإدارية، وانفتح الباب واسعاً لتلقي مثل هذه الطلبات بعد أن زال القيد الذي حال بين الديوان ونظر وحسم مثل هذه القضايا، والتي تعتبر بحق عاملاً هاماً في طمأنة

المتعاقد مع الدولة في دعم الجهة الإدارية له ومشاركته تحمل المشاق والعقبات التي قد تواجهه دون تقصير منه، ودون أن تكون في تقدير، أو توقع الطرفين عند التعاقد، والتي قد تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد نتيجة ظروف طارئة، أو تلحقه بخسائر، وأضرار تخل بتوازن عقده المالي، مما يحفزه ذلك إلى الإقدام على التعاقد مع الجهات الإدارية في الدولة؛ لتنفيذ مشاريعها بأسعار مدروسة دون مبالغة فيها، أو إضافة مبالغ تقديرية لما قد يصادفه من عقبات، طالما تيقن بأن أية تكلفة مفاجئة غير محسوبة سيعوض عنها التعويض العادل الذي يجبرها، وبذلك تتحقق المصلحة العامة في تنفيذ، وتشغيل وصيانة المرافق العامة للدولة على أحسن وجه، وبأقل تكلفة لصالح الخزينة العامة للدولة، وللمقاول في نفس الوقت.

وفعلاً لقد رُفع الحظر عن نظر العديد من قضايا التعويضات هذه بعد تاريخ القرار الأخير، وبدأت أحكام ديوان المظالم في الصدور وهي تحمل بين ما تحمل الكثير من المبادئ والأحكام المقررة في نظريات التوازن المالي للعقد الإداري، لعل أول هذه الأحكام في القضية رقم ١/٤٥٠/ق لعام ١٤٢٢هـ الموافق (٢٠٠١م) [1]، وملخصها مطالبة تعويض رفعت من مؤسسة ضد الرئاسة العامة لتعليم البنات بمناسبة تنفيذ مدرسة نموذجية مكونة من (٢٧) فصل بالزلفي ومن بين مطالباتها تلك مبلغ ١٢٦,٨٥٠ ريالاً تمثل الزيادة في رسوم إيصال التيار الكهربائي للمدرسة حيث إن الرسوم كانت وقت التعاقد تبلغ ٥٢,١٥٠ ريالاً وقد تنازلت المؤسسة لشركة الكهرباء؛ لتقوم الرئاسة بحسم تلك الرسوم، ولعدم توفر المواد اللازمة لذلك لدى شركة الكهرباء، فقد قامت بتأمينها بناء على أمر صادر للمؤسسة من الرئاسة، وعمل التوصيلات اللازمة لذلك، فطالبت شركة الكهرباء بمبلغ الرسوم ١٧٩,٠٠٠ ريالاً بدلاً للمبلغ الأصلي، لذا طالبت المؤسسة بالفرق بين قيمة الرسوم قبل الزيادة وبعدها، وقد دفعت الرئاسة فيما يخص زيادة الرسوم على

---

[1] حكم رقم ٤٨/د/١/ع لعام ١٤٢٢هـ الموافق (٢٠٠١م) صادر من الدائرة الإدارية الرابعة في ١٤٢٢/١٢/٢٦هـ الموافق (٢٠٠٢/٣/١٠م) (غير منشور).

إيصال التيار الكهربائي بأن المؤسسة ملزمة بموجب العقد بإيصال التيار دون التطرق لمقدار رسمه. وأنه بسبب تأخر المدعي في التنفيذ فقد شملته الرسوم المرتفعة.

وقد اعتبرت الدائرة أن القضية من اختصاص الديوان بموجب المادة ١/٨/د من نظامه وبما أن تسليم المشروع تم بتاريخ ١٤٢٠/١/١٧هـ الموافق (١٩٩٩/٥/٢م) فإن الدعوى مقبولة شكلاً؛ لإقامتها قبل مرور خمس سنوات عليه وهي مدة عدم سماع الدعوى بمقتضى المادة الرابعة من قواعد المرافعات، والإجراءات أمام الديوان.

وفي موضوع الزيادة في الرسوم الكهربائية قالت إن من الثابت بموجب المستندات وإقرار الرئاسة، إن هذه الزيادة طرأت بعد توقيع العقد، كما ثبت أن المؤسسة تنازلت للرئاسة؛ لتقوم بحسم تلك الرسوم من مستخلصاتها لصالح شركة الكهرباء؛ لإيصال التيار قبل سنة كاملة من زيادة الرسوم، وإن الثابت أن المؤسسة وفرت المواد بعد أن عجزت شركة الكهرباء عن توفيرها، كما ثبت من حكم الدائرة رقم ١٨ لعام ١٤٢٢هـ الموافق (٢٠٠١م) تأخر الرئاسة الشديد في صرف مستحقات المؤسسة، وأن نسبة الإنجاز تفوق نسبة صرف المستحقات، وأن الرئاسة قصرت في تنفيذ التزاماتها العقدية، وانتهى الحكم بتحميل الرئاسة المسئولية عن التأخير.

وحيث نص العقد محل الدعوى في مادته (٦٠) الضرائب والرسوم على أنه ((في حالة تعديل الضرائب والرسوم في المملكة بالزيادة، أو النقص بعد تاريخ تقديم العطاء فتزاد قيمة العقد أو تنقص حسب الأحوال بمقدار الفرق)) فقد حكمت الدائرة بإلزام الرئاسة بأن تدفع للمؤسسة المدعية الفرق الناتج عن زيادة رسوم إيصال التيار الكهربائي لمشروع الرئاسة محل العقد.

كما جاء في حكم للدائرة الخامسة عشرة [1]، ملخصه أن المؤسسة المدعية تعاقدت مع إحدى الإدارات الحكومية في المنطقة الشرقية لإنشاء مدرسة أسامة بن زيد الابتدائية في الدمام وتقدمت المؤسسة بطلبات تعويض لرد غرامة التأخير، والإشراف، وقيمة المبنى الجاهز ومشتملاته،

---

[1] الحكم رقم ٣٨/د/١/١٥ لعام ١٤٢٣هـ الموافق (٢٠٠٢م) صدر في القضية رقم ٣/١٤٦/ق لعام ١٤٢٠هـ الموافق (١٩٩٩م) وقد تأيد بحكم التدقيق رقم ٣٤/ت/١ لعام ١٤٢٤هـ الموافق (٢٠٠٣م) (غير منشور)

من مولدات الكهرباء ومكيفات مركزية، ومضخات مياه، وكذلك طلب تعويض عن زيادة دهان المدرسة، وفرق الأسعار بنسبة ٥٠% من قيمة العقد بسبب ارتفاع أسعار العمالة، ومواد البناء، وكذا تعويضها عن إلغاء ملعب كرة السلة الذي وردت مواده ولم تصرف قيمتها، وتعويضها عن الأضرار التي لحقت بها من جراء تأخر الجهة المدعى عليها في صرف مستحقاتها، وعدم نظامية الحسميات التي أجرتها الوزارة على هذه المستحقات، وقد أجابت المدعى عليها بمذكرة انتهت فيها إلى طلب رفض الدعوى لعدم قيامها على سند من العقد، أو النظام.

ولكون المنازعة إدارية تتعلق بعقد أحد طرفيه الحكومة، كما أنها دعوى تعويض من ذوي الشأن (المؤسسة المدعية) على الحكومة، فقد قررت الدائرة اختصاص الديوان بنظرها وفقاً للفقرتين (ج ، د) من المادة (١/٨) من نظامه الصادر عام ١٤٠٢هـ الموافق (١٩٨٢م)، كما قررت بأنها تختص نوعياً ومكانياً بنظرها، وأن الدعوى استوفت أوضاعها الشكلية والإجرائية، من حيث التقدم بالدعوى خلال المهلة النظامية المحددة بخمس سنوات.

وبعد مناقشة طلبات المدعية، وردود المدعى عليها ثبت للهيئة تقصير الجهة الإدارية، وإخلالها بالتزاماتها التعاقدية فيما يتعلق بعدم صرف المستخلصات في وقتها المحدد، مما أدى إلى الإخلال باقتصاديات العقد لانعدام السيولة النقدية لدى المقاول، الذي نتج عنه الإخلال بالبرنامج الزمني المعد لسير تنفيذ الأعمال، لذ فقد حكمت الدائرة برفع غرامة التأخير والإشراف عن المدعية.

أمّا فيما يتعلق بالمطالبة بالتعويض عن ارتفاع الأسعار – وهو ما يهمنا هنا- فحيث لم تقدم المدعية ما يثبت شراءها لجميع المواد التي أوردتها في دعواها بتاريخ محدد يتضح منه أنها كانت بسعر مرتفع عن السعر السائد وقت التعاقد على فرض أن الارتفاع الطارئ كان كبيراً، وإنما اتضح للدائرة من البيان المقدم من مصلحة الإحصاءات العامة عن مستويات الأسعار لعدة سنوات مطلوبة، ((أن هذا الارتفاع في مجمله لا يصل إلى الحد المرهق الذي تنفك عنه التعاقدات، وإنما

هو ارتفاع عادي لا يقلب اقتصاديات العقد، أو تنشأ عنه خسارة جسيمة تتجاوز في فداحتها الخسارة العادية المألوفة التي يتحملها أي متعاقد، ومن ثَم فإنه لا يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة في مثل هذه الحالة لتخلف شرط أساسي من شروط تطبيقها وهو أن تكون الخسارة الناجمة عن تلك الظروف تتجاوز الخسارة المعتادة وتقلب اقتصاديات العقد)). وواصلت الدائرة حكمها قائلة : (.. وحول ارتفاع أسعار الأيدي العاملة، وما أورده المدعي من ارتفاع أجورها للمتر الواحد، فإنه من المفترض أن يكون المقاول لديه عمالة على كفالته في جميع التخصصات براتب شهري، وألاّ يحتاج إلى استئجار عمالة من السوق، وهذا هو النظام السائد من كون جميع من يعمل لدى المؤسسة على كفالتها، وبالتالي فإن المدعي لم يتأثر بارتفاع أجور العمل للمتر في أي تخصص، أمّا وقد قصر في توفير ذلك فإنه يتحمل آثاره وما ترتب عليه).

ويتبين مما تقدم بأن الدائرة لم يثبت لديها شرط أساسي كما صرحت بذلك وهو حصول خسارة جسيمة تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد، وهي صفة للخسارة يستلزم الفقه والقضاء الإداري توفرها لتطبيق نظرية الظروف الطارئة.

والحكم يفصح أيضاً عن إدراك كامل من الدائرة لماهية الظروف الطارئة وشروط تطبيقها على الواقعة المعروضة عليها، وفهم ومتابعة لأفكار ونظريات توازن العقد الإداري في القضاء الإداري المعاصر.

أمّا الحكم التالي فقد أعلن فيه صراحة تخلي الديوان عن مبدئه السابق في عدم نظر قضايا تعويض المقاولين التي لا تستند على تقصير من الجهة الإدارية امتثالاً لقرار مجلس الوزراء في هذا الشأن (السابق إيراد نصه) والحكم [1] صادر عن الدائرة الإدارية الثالثة وموضوعه أن الشركة المدعية قد تعاقدت مع المدعى عليها للقيام بالتشغيل الشامل لمستشفيات كل من تثليث، والنماص، وسراة عبيده، وبالسمر، والمجاردة، بقيمة إجمالية قدرها

---

[1] صدر هذا الحكم برقم ٢٢/د/٣ لعام ١٤٢٤هـ الموافق (٢٠٠٣م) في القضية رقم ١/١٢/ق لعام ١٤٢١هـ الموافق (٢٠٠٠م) وهو غير منشور.

٣٣٦,١٤٤,٩٩٣ ريالاً لمدة ثلاث سنوات، وقد تجدد العقد عدة مرات وما زال العمل مستمراً في هذه المستشفيات منذ عام ١٤١١هـ الموافق (١٩٩٠م)، وقد نص العقد على تزويد الشركة بمحطات توليد الطاقة بالديزل لكون هذه المستشفيات لم تدخلها خدمة الكهرباء العامة؛ وبسبب زيادة أسعار وقود الديزل بموجب المرسوم الملكي رقم م/٨ في ١٤١٥/٧/٢٥هـ الموافق (١٩٩٤/١٢/٢٧م)؛ ليصبح سعر اللتر ٣٣,٥ هللة بدلاً من ٨,٥ هللة بزيادة نسبتها ٣٩٦% عن السعر السابق وهي زيادة غير معقولة أدت إلى تحمل المدعية خسارة باهظة بلغت ١٥,٥٧٦,٩٩١,٧٥ ريالاً للمستشفيات الخمسة حتى تاريخ ١٤١٧/٧/٣هـ الموافق (١٩٩٦/١١/١٣م) ، ومع هذه الخسارة فإن المدعية واصلت تنفيذ كل التزاماتها دون تأخير آخذة في الاعتبار أن هذه المستشفيات مرافق حيوية يؤدي التوقف عن تزويدها بالديزل إلى نتائج سلبية ضارة بالمرضى والمراجعين.

وقد رد ممثل الوزارة على الدعوى بأن عقود المدعية مع موكلته ليست عقود توريد محروقات، وإنما هي عقود تشغيل شامل، وبند المحروقات يدخل ضمن بنود هذه العقود، والوزارة لم تكن السبب في رفع رسوم المحروقات، وبالتالي هي غير مسئولة عنها، والتعويض يتم حيث حدوث خطأ، أو تقصير من جانب الجهة طرف العقد، وهو ما لم يحدث من قبل الوزارة تجاه المدعية، كما أن بقاء الشركة مدة طويلة وقبولها بالتمديد بالرغم من علمها برفع الأسعار، يفصح عن قبولها تجديد العقود على السعر السابق، ويعني أنها لم تتأثر من الزيادة، علماً بأن الزيادة تمت بموجب مرسوم ملكي مبني على قرار مجلس الوزراء يقضي بتعديل رسم المنتجات البترولية المكررة التي تستهلك محلياً، وهذه الزيادة لا دخل للوزارة بها ولم يكن قصوراً أو خطأ منها، وهي تشمل الجهات الحكومية، وجميع المواطنين، والمحروقات لا تشكل عنصراً رئيسياً في العقد، ولا تؤثر على التوازن المالي للعقد، ولا تؤدي تلك الزيادة إلى قلب اقتصاديات العقد.

وكانت الدائرة قد أصدرت حكمها [١] برفض دعوى الشركة المدعية فاعترضت عليه فأحيل إلى دائرة التدقيق الدائرة الأولى [٢] فنقضت حكم الدائرة المشار إليه بناء على ما

---

[١] الحكم رقم ٢٨/د/أ/٣ لعام ١٤٢٢هـ الموافق (٢٠٠١م) المنقوض بحكم هيئة التدقيق- الدائرة الأولى رقم ١١٣/ت/١ لعام ١٤٢٣هـ الموافق (٢٠٠٢م) غير منشور.

[٢] تم إعادة تشكيل دوائر التدقيق وتحديد اختصاصاتها بتكوين خمس دوائر تختص الأولى منها بتدقيق الأحكام والقرارات الصادرة في قضايا الخدمة المدنية، والتقاعد لموظفي ومستخدمي الأجهزة الحكومية، وذوات الشخصية المعنوية العامة

أوردته من ملاحظات جاء فيها (أن الثابت من أوراق الدعوى أن المدعية تعاقدت مع المدعى عليها ابتداء بتاريخ ١٤١١/٩/٤هـ الموافق (١٩٩١/٣/١٩م)، على تنفيذ الأعمال المنصوص عليها فيه، ومن ضمنها تشغيل محطات توليد الكهرباء التي تعتمد وقود الديزل لهذا التشغيل، وأنه خلال فترة تجديده في ١٤١٤/٨/٢٦هـ الموافق (١٩٩٤/٢/٧م)، مدة ثلاث سنوات تنتهي في ١٤١٧/٧/٩هـ الموافق (١٩٩٦/١١/١٩م) حصلت الزيادة في سعر الديزل على النحو سالف الإيراد؛ لأن هذه الزيادة جاءت دون أن تحسب لها المدعية حساباً في زيادة قيمة العقد بقدرها؛ لأنها حصلت أثناء التنفيذ فإنها ولا شك تشكل عبئاً على كاهل المدعية، فقد زاد من إنفاقها على العقد دون أن يكون هناك مردوداً يقابل هذه الزيادة، ولم يكن بإمكان المدعية توقي هذه الزيادة، لانعدام حريتها في رفضها بكونها ملزمة بتنفيذ التزاماتها بموجب عقد مضى منه الكثير من الوقت. وفي تحميلها قيمة الزيادة دون مقابل إضرار بها لا يسوغ تحميلها إياه دون رضاها، مما يستوجب رفع الضرر عنها وإزالته لقول النبي صلى الله عليه وسلم: (لا ضرر ولا ضرار) وللقاعدة الشرعية المستنبطة منه (الضرر يزال). وأخذاً بهذا المبدأ العظيم من مبادئ الشرع المطهر في وجوب الإنصاف، وإزالة الضرر فقد راعى ولاة أمر هذه البلاد مقتضى الحديث الشريف، وإعماله فيما أفصحت عنه المادة الستون من أنموذج عقد الأشغال الموحد الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم ١٣٦ وتاريخ ١٤٠٨/٦/١٣هـ الموافق (١٩٨٨/٢/١م) بالنص على (أنه

المستقلة، وقضايا التعويض الموجهة من ذوي الشأن إلى الحكومة والأشخاص ذوي الشخصية العامة المستقلة بسبب أعمالها، والقضايا المتعلقة بالعقود التي تكون الحكومة، أو أحد الأشخاص المعنوية طرفاً فيها.

وتختص دائرة التدقيق الثانية بتدقيق ما يحال إليها من أحكام، أو قرارات صادرة في الدعاوى التأديبية التي ترفع من هيئة الرقابة والتحقيق والدعاوى الجزائية ضد المتهمين بارتكاب جريمتي التزوير والرشوة وجرائم الأموال العامة، والدعاوى التي اختص بها الديوان بموجب نصوص نظامية خاصة، وطعون اللجان الطبية الشرعية.

أما دائرة التدقيق الثالثة فتختص بتدقيق ما يحال إليها من أحكام، أو قرارات الدوائر التجارية، أو من الدوائر الفرعية في القضايا التجارية بينما تختص دائرة التدقيق الرابعة بتدقيق ما يحال إليها من أحكام، أو قرارات صادرة في دعاوى ذوي الشأن بالطعن في القرارات الإدارية.

وأخيراً تختص دائرة التدقيق الخامسة بتدقيق ما يحال إليها من أحكام وقرارات صادرة في قضايا طلبات تنفيذ الأحكام الأجنبية وقضايا ضم الخدمات المدنية والعسكرية. – تعميم رئيس الديوان رقم ١٠ وتاريخ ١٤١٩/٤/١٣هـ الموافق (١٩٩٨/٨/٦م). انظر القاضي عبد العزيز بن محمد الزبن – المرجع السابق – ص ١٣٧ وص ١٣٨.

في حالة تعديل الضرائب والرسوم الجمركية بالزيادة، أو النقص بعد تاريخ تقديم العطاء فتزاد قيمة العقد أو تنقص حسب الأحوال بمقدار الفرق... إلخ[1] .

وإذا كان الأمر ما ذكر فإنه لا محل لما أوردته الدائرة من تكييف للدعوى بغية الوصول إلى النتيجة التي انتهت إليها من كون الخسارة التي تدعيها المدعية غير كبيرة من شأنها قلب توازن العقد مالياً، ويكفي في نظر دائرة التدقيق ثبوت الخسارة بدفع المدعية مبالغ في أسعار وقود الديزل دون أن يكون لها مقابل في العقد خلال فترة تمديده أول مرة من حيث بدء الزيادة اعتباراً من ١٤١٥/٧/٢٩هـ الموافق (١٩٩٤/١٢/٣١م)، حتى نهاية العقد. وما عدا هذه الفترة فإن المدعية كما ذهب إليه الحكم محل التدقيق لم تتحفظ على الزيادة، أو تطالب بها عند تجديد العقد للفترات اللاحقة، ومن ثَّم تكون غير محقة في طلب التعويض عن هذه الفترات، فأحيلت الدعوى إلى هذه الدائرة بشرح معالي رئيس الديوان).

وبعد دراسة الدائرة أوراق الدعوى، وملاحظات دائرة التدقيق دراسة مستفيضة بعد الإطلاع على اعتراض المدعية على الحكم، قالت في أسباب حكمها: (بأن الشركة المدعية حصرت مطالبتها على المدعى عليها بتعويضها عن فروقات ارتفاع أسعار وقود الديزل في الفترة من ١٤١٥/٧/٢٩هـ الموافق (١٩٩٤/١٢/٣١م)، حتى ١٤٢١/٧/٣هـ الموافق (٢٠٠٠/١٠/١م)، بالإضافة للفترة اللاحقة لذلك وحتى انتهاء العمل.

---

[1] تتضمن أحكام الديوان رد أسباب الحكم إلى أصلها الشرعي تنفيذاً لتعميم رئيس الديوان رقم (٢) وتاريخ ١٤٠٢/٢/١٣هـ الموافق (١٩٨١/١٢/١٠م) ومما جاء فيه ((شاءت التفرقة بين الأحكام الشرعية والقواعد النظامية حتى حسب البعض أنهما نقيضان في حين أنه لا يخفى على كل ذي بصيرة أن أعظم ما تعتز به المملكة العربية السعودية هو أن الله سبحانه وتعالى قد منّ عليها وشرّفها بحمل لواء إعلاء شريعته متمثلة في تطبيق الأحكام الشرعية والأنظمة التنفيذية الصادرة إعمالاً لموجب أحكامها، وتحقيقاً لمقاصدها المعتبرة، فجميع الأنظمة السارية في المملكة قد صدرت تحقيقاً لمقاصد الشريعة من إقامة العدل، وتحقيق منفعة الجماعة، ودفع المضرة عنها، وهي في الوقت نفسه لا تتعارض مع نص شرعي... وإذا كان الأمر كذلك، فإنه يجدر كلما اقتضى المقام الحرص على التأكيد، أن ما يصدر عن الديوان من قضاء في مسائل نظامية ما هو إلاّ إعمال لموجب الأحكام الشرعية. وتحقيقاً لمقاصدها)) انظر القاضي عبد الكريم بن يحيى اليحيى – المرجع السابق – ص ١٨٩ وص ١٩٠.

وحيث إنه وفقاً للمادة ١/٨/د من نظام الديوان النافذ، فإن الدعوى تندرج تحت اختصاص الديوان، لكونها منازعة متعلقة بعقد أحد طرفيه الحكومة ممثلة بالمدعى عليها.

أمّا عن قبول الدعوى شكلاً من عدمه، فحيث كان قضاء الديوان قد استقر على عدم سماع دعوى التعويض عن ارتفاع أسعار المنتجات البترولية كالإسفلت، والديزل، والبنزين التي لا تستند على خطأ جهة الإدارة إلاّ بإذن خاص من المقام السامي، أو مجلس الوزراء إعمالاً لقرار مجلس الوزراء رقم ٨١٨ لعام ١٣٩٦هـ الموافق (١٩٧٦م)، الذي قصر اختصاص الديوان في نظر دعاوى التعويض على الحالات التي يحدث فيها تقصير من جانب الإدارة المتعاقدة، ومن ذلك حكم دائرة التدقيق [١]، واستمر العمل على هذا إلى أن ورد إلى الديوان خطاب سمو نائب رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٠٧/م في ١٤٢١/٢/٢٥هـ الموافق (٢٠٠٠/٥/٢٩م) متضمناً ((أن مجلس الوزراء بحث هذا الموضوع بجلسته المعقودة في ١٤٢١/١/١٩هـ الموافق (٢٠٠٠/٤/٢٣م)، وقرر فيها، أن قرار المجلس رقم ٨١٨ لعام ١٣٩٦هـ الموافق (١٩٧٦م) ملغي من الناحية النظامية اعتباراً من تاريخ العمل بنظام ديوان المظالم الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٥١ لعام ١٤٠٢هـ)) الموافق (١٩٨٢م) ، ويتبيّن مما سبق أنه لم يكن بإمكان المدعية أن ترفع الدعوى فتسمع إلاّ بعد ورود خطاب سمو نائب رئيس مجلس الوزراء المشار إليه بدليل أنها سبق لها أن رفعت دعواها هذه قبل ورود خطاب سموه، فأحيلت إلى هذه الدائرة فحكمت بعدم قبولها بالحكم [٢]، وذلك إعمالاً لقرار مجلس الوزراء رقم ٨١٨ لعام ١٣٩٦هـ الموافق (١٩٧٦م) ولما استقر عليه قضاء الديوان من عدم قبول مثل هذه الدعوى ورفعت الأوراق والحكم إلى دائرة التدقيق، وكان قد ورد إلى

---

[١] الحكم رقم ٦٦/ت/١ لعام ١٤١٧هـ الموافق (١٩٩٦م) غير منشور.

[٢] الحكم رقم ١/د/أ/٣ لعام ١٤٢١هـ الموافق (٢٠٠٠م) المنقوض بحكم هيئة التدقيق رقم ١١٧/ت/١ لعام ١٤٢١ في ١٤٢١/٦/١٥هـ الموافق (٢٠٠٠/٩/١٤م) غير منشورين.

الديوان خطاب سموه فنقضت حكم الدائرة المشار إليه للأسباب الواردة في خطاب سموه، وأعيدت القضية إلى هذه الدائرة لإعادة نظرها، ومما تقدم فإن الدائرة ترى أن المدة المحددة بالمادة الرابعة من قواعد المرافعات، والإجراءات أمام الديوان الصادرة بقرار مجلس الوزراء رقم ١٩٠ لعام ١٤٠٩هـ الموافق (١٩٨٩م)، لرفع هذه الدعوى قد انتهت بعد خمس سنوات من بدء العمل بزيادة أسعار الديزل في ١٤١٥/٧/٢٩هـ الموافق (١٩٩٤/١٢/٣١م)، أي أنها انتهت في ١٤٢٠/٧/٣٠هـ الموافق (١٩٩٩/١١/٨م) ، إلاّ أن المدعية معذورة بذلك بعدم رفع دعواها إلاّ بتاريخ ١٤٢١/١/٥هـ الموافق (٢٠٠٠/٤/٩م)، بسبب استقرار قضاء الديوان على عدم قبول مثل هذه القضية إلاّ بعد صدور خطاب نائب رئيس مجلس الوزراء رقم ٢٠٧/م في ١٤٢١/٢/٢٥هـ الموافق (٢٠٠٠/٥/٢٩م)، مما يجعل دعوى الشركة المدعية أصبحت مقبولة شكلاً، ويتعيّن على الدائرة سماعها؛ لأنها كانت موجودة بالديوان قبل صدور خطاب سموه، أمّا عن الموضوع: فحيث إن الشركة المدعية تعاقدت مع المدعى عليها في العقد الأول بتاريخ ١٤١١/٩/٤هـ الموافق (١٩٩١/٣/١٩م) على أن تبدأ المدعية العمل في المواقع بتواريخ مختلفة، كما ورد ذلك في المادة الثالثة من العقد ((التزامات المقاول وكان ضمن التزاماته تشغيل محطة توليد الطاقة الكهربائية التي تعتمد على وقود الديزل في تشغيلها)).

وإنه خلال فترة تجديد العقد للمرة الأولى بتاريخ ١٤١٤/٨/٢٦هـ الموافق (١٩٩٤/٢/٧م)، لمدة ثلاث سنوات أخرى تنتهي بتاريخ ١٤١٧/٧/٩هـ الموافق (١٩٩٦/١١/٢٩م)، حصلت زيادة في سعر وقود الديزل اعتباراً من ١٤١٥/٧/٢٩هـ الموافق (١٩٩٤/١٢/٣١م)، زيادة لم تأخذها المدعية بحسابها أثناء التجديد فتزيد في قيمة العقد بقدرها؛ لأنها حصلت أثناء التنفيذ، فإنها بذلك زادت على كاهل المدعية في الإنفاق على

العقد للحصول على وقود الديزل دون أن تحصل على مردود يقابل هذه الزيادة، كما إنه لم يكن بإمكان المدعية توقي هذه الزيادة؛ لانعدام حريتها في رفض تلك الزيادة، أو رفض الاستمرار بالعمل؛ لأنها ملزمة وفقاً للمادة (٢٩) من اللائحة التنفيذية لنظام تأمين مشتريات الحكومة، وبنود العقد بتنفيذ التزاماتها العقدية خاصة وأن العقد قد مضى الكثير من مدته، وفي تحميل المدعية قيمة تلك الزيادة زيادة في أعباء المدعية المالية بلا مقابل فلا يسوغ تحميلها إياها دون رضاها، وفيه إضرار بها يجب رفعه وإزالته عنها لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: (لا ضرر ولا ضرار) وللقاعدة الشرعية المستنبطة منه (الضرر يزال) ولا يزال الضرر إلاّ بتعويض المدعية عما دفعته بلا مقابل وحيث إنه أخذاً بمبدأ إزالة الضرر فقد راعى ولاة الأمر في هذه البلاد مقتضى هذا الحديث، وإعماله فيما نصت عليه المادة (٢٧) من نظام المناقصات والمزايدات الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٦ وتاريخ ١٣٨٦/٢/٢٤هـ الموافق (١٩٦٦/٦/١٣م)، وتعديلاته من أن (تقدم العطاءات عند توريد الأصناف على أساس التعرفة الجمركية، وغيرها من أنواع الرسوم والضرائب المعمول بها وقت تقديم العطاء، فإذا حصل تغيير في التعرفة الجمركية، أو الرسوم الأخرى في المدة الواقعة بين تقديم العطاء، وآخر موعد للتوريد وكان التوريد قد تم خلال المدة المحددة فيسوى الفرق تبعاً لذلك..))

واستطردت الدائرة قائلة: ((ومن المعلوم أن نظام المناقصات لم يلغ منه إلاّ ما يتعارض مع نظام تأمين مشتريات الحكومة، وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها وهذا النص لا يتعارض مع نظام المشتريات؛ لأنه قد سكت عنه وعلى مثل ذلك نصت المادة الستون من الشروط العامة للعقد الموحد للأشغال العامة الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم ١٣٦ لعام ١٤٠٨هـ الموافق (١٩٨٧م)، وعلى مثل ذلك أيضاً نصت المادة الرابعة والأربعون من

الشروط العامة للعقد الموحد للتشغيل والصيانة والنظافة الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم ٢٦٨ وتاريخ ١٤٢٢/١٠/٣٠هـ الموافق (١٩٨٧/٩/٢٣م).

وحيث إنه لا فرق بين زيادة الرسوم الجمركية، وزيادة أسعار المحروقات، فكلها صدرت وتصدر من الحكومة، والحكومة وحدة واحدة، والوزارات المتفرعة عنها تابعة لها، والوزارة المدعى عليها ما هي إلى فرع، أو جزء من الكيان العام للحكومة والدولة.

وكذلك بيت المال – أو خزينة الدولة – واحدة وما يطرأ من زيادات في الأسعار والرسوم التي تستفيد منها الدولة، كله يذهب إلى الخزينة العامة للدولة، والدولة هي المستفيدة من هذه الزيادات والمدعى عليها جزء من الدولة فستستفيد هي أيضاً من هذه الزيادات بطريق مباشر أو غير مباشر وبالجملة، فإنه لمّا كانت الزيادة قد صدرت بأمر من الحكومة والمدعى عليها جزء منها فإنه يلزمها تعويض المدعية عن هذه الزيادة بقدرها قلت أو كثرت.

وقد درج الديوان في عدد من الأحكام على التعويض عن زيادة أسعار المنتجات البترولية كالإسفلت والديزل وغيرها [1].

وتستأنس الدائرة في هذا الاتجاه أيضاً إلى ما قررته وزارة المالية والاقتصاد الوطني بخطابها رقم ٣٢٥٦٧/٤٢ في ١٤٢٢/٧/٧هـ الموافق (٢٠٠١/٩/٢٤م)، من تطبيق نص المادة (٦٠) من عقد الأشغال العامة على موضوع زيادة رسوم إيصال الخدمة الكهربائية، حيث انتهت الوزارة بخطابها هذا إلى الموافقة على زيادة قيمة العقد المبرم قبل حصول تلك الزيادة بمقدار الفرق في الرسوم بعد التأكد من سداد الفروقات). إ هـ

---

[1] الحكم رقم ١٦/د/أ/٢ لعام ١٤١٩هـ الموافق (١٩٩٨م) في القضية رقم ١/١٢٣٤/ق لعام ١٤١٧هـ الموافق (١٩٩٦م) المؤيد من هيئة التدقيق بالحكم رقم ٢٤٧/ت/١ لعام ١٤١٩هـ الموافق (١٩٩٨م). والحكم رقم ٢٣/د/أ/١ لعام ١٤٢٣هـ الموافق (٢٠٠٢م) في القضية رقم ١/٥٤٧/ق لعام ١٤٢٢هـ الموافق (٢٠٠١م) المؤيد من دائرة التدقيق بالحكم رقم ١٧٨/ت/١ لعام ١٤٢٣هـ الموافق (٢٠٠٢م) (غير منشورة).

كما تستأنس الدائرة أيضاً بخطابي وزارة المالية الموجهين إلى وزارة الصحة برقم ٧٣/١١ في ١٤٠٨/٤/٩هـ الموافق (١٩٨٧/١١/٣٠م) ورقم ١٤٧/١٧ في ١٤١٥/١١/١٥هـ الموافق (١٩٩٥/٤/١٤م) المتضمنين أنه (يجوز إضافة قيمة الرسوم في المنتجات البترولية على عقود توريد المحروقات... وقصر التعويض على العقود المبرمة قبل تعديل الرسوم...) إلخ وما دام أن مبدأ التعويض وارد في عقود توريد المحروقات فليس هناك ما يمنع من تطبيق هذا المبدأ على العقود الأخرى، كعقود التشغيل، والصيانة إذا اشتملت على توريد محروقات كما هو الشأن في عقد المدعية.

وبذلك يتبيّن استحقاق المدعية قيمة الزيادة في سعر الديزل عن المدة الواقعة، بين تاريخ تطبيق الزيادة في سعر الديزل اعتباراً من ١٤١٥/٧/٢٩هـ الموافق (١٩٩٤/١٢/٣١م) حتى نهاية مدة العقد الثاني للمدعية – أي التجديد الأول – في ١٤١٧/٧/٩هـ الموافق (١٩٩٦/١١/١٩م).

أمّا ما بعد هذه الفترة من التمديدات والتجديدات، فلا تستحق المدعية عنها قيمة الزيادة؛ لأنه كان بإمكان المدعية أن تمتنع عن تجديد العقد بعد نهاية العقد الذي حصلت فيه الزيادة، ولا تستمر بالعمل إلاّ بعد أن تزاد لها قيمة العقد بما يغطي زيادة أسعار الديزل؛ لأن التجديد عقد جديد باتفاق الطرفين عليه، والمدعية وافقت على التجديدات التالية للتجديد الأول وهي كلها بعد الزيادة في أسعار الديزل، ولم تعترض على أسعار الديزل المحددة بالعقد، فتطلب زيادتها، أو تتحفظ عليها، وبذلك تصبح غير محقة في طلبها قيمة الزيادة للفترات التالية للتجديد الأول – العقد الثاني –.

وحيث تبيّن للدائرة أن وجه الحق في غير ما حكمت به سابقاً، فإنها تعدل عما حكمت به إلى أحقية المدعية بقيمة لزيادة في سعر الديزل خلال الفترة من ١٤١٥/٧/٢٩هـ الموافق

(١٩٩٤/١٢/٣١م) حتى ١٤١٧/٧/٩هـ الموافق (١٩٩٦/١١/١٩م)، البالغة ٦,٧٦١,٦٤٦ ريالاً والتي ثبت من المستندات توريدها لمحطات المستشفيات، ورفض ما عدا ذلك من طلبات والله الموفق وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم)).

ويستفاد من هذا الحكم عدة أمور أولها: إثبات العدول عما استقر عليه العمل في قضاء الديوان من الاقتصار في نظر قضايا تعويض المقاولين على تلك الدعاوى التي تتضمن تقصير صادر من الجهة الإدارية المتعاقدة، أو إذن من المقام السامي، أو مجلس الوزراء خاص بنظرها، وقد أشار الحكم إلى قرار مجلس الوزراء القاضي باعتبار القرار ٨١٨ ملغياً من الناحية النظامية منذ العمل بنظام ديوان المظالم الحالي عام ١٤٠٢هـ الموافق (١٩٨٢م) وبناءً عليه فقد اعتبرت الدائرة أن المدعية معذورة في عدم تقديم دعواها ضمن المهلة النظامية بسبب استقرار الديوان على تفسيره السابق آنذاك بعدم النظر بدعاوى التعويض ما لم تكن مشمولة بالقرار ٨١٨ لذا احتسبت المدة النظامية للمدعية من تاريخ القرار الأخير لمجلس الوزراء ومن ثَم قبول دعواها شكلاً.

والأمر الثاني المستفاد من هذا الحكم، هو ملاحظة دائرة التدقيق على حكم الدائرة المنقوض بأن حصول الزيادة في أسعار الديزل أثناء تنفيذ العقد قد شكل عبئاً على كاهل المدعية زاد من إنفاقها على العقد دون مقابل، ولم يكن بإمكان المدعية توقي هذه الزيادة؛ لأنها ملزمة بتنفيذ العقد وفي تحميلها هذه الزيادة ضرر يستوجب رفعه لحديث النبي صلى الله عليه وسلم: (لا ضرر وضرار) والقاعدة المستنبطة منه (الضرر يزال) وقد تضمن أنموذج عقد الأشغال الموحد الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم ١٣٦ وتاريخ ١٤٠٨/٦/١٣هـ الموافق (١٩٨٨/٢/١م)، على أنه ((في حالة تعديل الضرائب، والرسوم الجمركية بالزيادة أو النقص بعد تاريخ تقديم العطاء فتزاد قيمة العقد، أو تنقص حسب الأحوال بمقدار الفرق ..)) وعليه فلا محل لما قررته الدائرة من

أن خسارة المدعية ليست كثيرة وليس من شأنها قلب اقتصاديات العقد وأنه يكفي في نظر هيئة التدقيق ثبوت الخسارة بدفع المدعية مبالغ الزيادة في أسعار الديزل دون أن يكون لها مقابل في العقد. ورأي دائرة التدقيق هذا يتوافق مع متطلبات نظرية عمل الأمير التي لا يشترط فيها درجة معينة من الخسارة كما هو الحال عليه في نظرية الظروف الطارئة فضلاً عن أنها تقضي بتعويض كامل الخسارة وفي هذا تتفق أيضاً مع ما حكمت به دائرة التدقيق، وبديهي فإن سبب الخسارة واحد أيضاً في الحالتين وهو إجراء عام مشروع صادر من السلطة الإدارية أدى إلى سوء مركز المتعاقد مع ملاحظة أن الهيئة أسست حكمها على قاعدة شرعية ونصوص لائحية وعقدية في مسئولية الجهة الإدارية دون الإشارة إلى النظرية المذكورة.

وأخيراً فقد استبعدت الدائرة الحكم بالتعويض عن الفروقات في الأسعار التي تمت بعد تجديد العقود باعتبار أن عنصر المفاجأة، وعدم التوقع قد تخلف بعلم الشركة المدعية بقرار رفع الرسوم وعدم الاعتراض عند تجديد العقد على ذلك، وهذا توجه سليم لا غبار عليه، ويتفق أيضاً مع الشروط اللازمة لتطبيق هذه النظرية.

وفي الحكم التالي [1] انتهت فيه الدائرة إلى عدم استحقاق الشركة المدعية للتعويض عن فرق أسعار البترول؛ لعدم توفر شرط أساسي لانطباق وصف الظروف الطارئة عليه ألا وهو شرط الخسارة الجسيمة على التفصيل التالي:

ملخص القضية أن الشركة المدعية تعاقدت مع الوزارة المدعى عليها على إدارة وتشغيل وصيانة مشروع مياه الشركة بالمنطقة الغربية الشمالية لمدة ثلاث سنوات اعتباراً من ١٤١٥/٤/٩هـ الموافق (١٩٩٤/٩/١٤م)، وقد طالبت المدعية بالتعويض عن تأخر صرف

---

[1] الحكم رقم ٥٥/د/١/٣ لعام ١٤٢٣هـ الموافق (٢٠٠٢م) في القضية رقم ١/١٠٦٦/ق لعام ١٤٢١هـ الموافق (٢٠٠٠م) وقد تأيد بحكم دائرة التدقيق رقم ٥٤/ت/١ لعام ١٤٢٤هـ وتاريخ ١٤٢٤/٣/٤هـ الموافق (٢٠٠٣/٥/٥م) (غير منشور)

المستخلصات وعن أضرارها الناشئة عن ارتفاع أسعار البترول وعمولات بنكية اضطرت إليها المدعية لتأخر صرف مستحقاتها. ويهمنا هنا الطلب الخاص بالتعويض عن ارتفاع الأسعار باعتباره ظرف طارئ مفاجئ لم يكن متوقعاً من الطرفين عند التعاقد، ولم يكن بإمكان المدعية تجنبه أو دفعه، أمّا رد الوزارة على هذه المطالبة فقد تلخص بأن زيادة أسعار المحروقات لا دخل لها به، وأن البند (٢٦) من العقد بين الطرفين نص على أن أسعار المقاول لن تتأثر بأية زيادة قد تحدث في ثمن المواد المستخدمة في تأدية العمل. وقد رد وكيل المدعية على ذلك بأن أسعار البترول قد تجاوز ارتفاعها نسبة ١٠٠% مؤدية إلى خسائر كبيرة لموكلته مستشهداً بقرار المجمع الفقهي الإسلامي بشأن إجازته للقاضي عند التنازع تعديل الحقوق والالتزامات بصورة توزع الضرر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة على الطرفين المتعاقدين، وذلك في العقود المتراخية التنفيذ إذا تبدلت الظروف التي تم فيها التعاقد، غير الأوضاع والأسعار تغييراً كبيراً بأسباب طارئة عامة لم تكن متوقعة حين التعاقد.

وبعد أن تحققت الدائرة من الاختصاص الولائي بكون المنازعة ناشئة عن عقد إداري وأن الدعوى قدمت في المواعيد النظامية التي نصت عليها قواعد المرافعات والإجراءات أمام الديوان وبذلك تكون الدعوى قد استوفت أوضاعها الشكلية والإجرائية. ناقشت الدائرة دعوى المدعية ومنها طلب التعويض الخاص بارتفاع أسعار البترول المفاجئ، وجاء في حكمها ((وبسؤال المدعية عما يثبت استهلاك المحروقات التي تطالب بقيمتها في المشاريع محل العقد وكذا نسبة الزيادة على قيمة العقد، قدمت بعض الفواتير عنها وادعت بأن بقية الفواتير فقدت أثناء السيول التي داهمت الموقع، وقد تبيّن للدائرة بأن الزيادة في المحروقات حتى نهاية العقد لا تشكل في مجموعها سوى نسبة ١% من قيمة العقد وأن ما قدمته المدعية هي فواتير المحروقات وليس فرق الأسعار، وحيث إن كامل قيمة المحروقات محملة على العقد وليس العقد للمحروقات فقط، وجاء في حكم الدائرة بأنه: (ولمّا كانت المدعية تبني مطالبتها على الظرف الطارئ ولمّا كان ارتفاع الأسعار يعتبر من الظروف الطارئة وإنما يلزم للتعويض عن الخسائر الناتجة عن الظروف

الطارئة توفر أربعة شروط، ولأن التعويض لتلك الظروف لا ينطبق بحق المدعية إذ يتطلب أن يكون العقد متراخياً، وأن يجد بعد إبرام العقد حوادث طارئة عامة مثل الحروب والزلازل وارتفاع الأسعار، وألا يكون بالوسع دفع هذه الحوادث ولا توقعها، وأن تجعل الحوادث تنفيذ الالتزام مرهقاً، بأن يتعرض الملتزم لخسارة فادحة خارجة عن عرف التجار، وهذا ما ورد بقرار مجمع الفقه الإسلامية التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الرابعة المنعقدة في عام ١٤٠٢هـ)) الموافق (١٩٨٢م) [1].

وانتهت الدائرة في حكمها بخصوص هذه المطالبة إلى (أن التعويض عن ارتفاع الأسعار المفاجئ لا يكون إلاّ عن خسارة جسيمة غير معتادة في عرف التجار والمقاولين، وهي التي تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد من الربح إلى الخسارة الكبيرة أمّا الخسارة المعتادة، فإنه لا يعوض عنها، والمدعية لم تخسر خسارة فادحة حسب ما قدمته من مستندات حيث بلغ ثمن المحروقات، وليس الزيادة في سعرها أقل من ١% من العقد مما يتعيّن معه رفض دعواها).

وغني عن القول أن الدائرة وبعد أن عددت شروط الظرف الطارئ وأسبابه ونوع الخسارة التي يتم التعويض عنها بأن تكون جسيمة غير معتادة تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد قد أخذت بالمعايير المسلم بها فقهاً وقضاءً للحكم بالتعويض وفقاً لمتطلبات تطبيق نظرية الظروف الطارئة، غير أن وقائع القضية تشير إلى أن الفعل الضار هو إجراء عام من السلطة العامة يتطلب تطبيق شروط نظرية عمل الأمير عليه وليس الظروف الطارئة.

وهذا حكم [1] رفضت فيه الدائرة طلب تعويض عن الأضرار الناتجة عن السيول التي غمرت المنطقة، وأفسدت الطريق الذي نفذته المدعية، وقد تم إصلاحه منها بتكاليف إضافية،

---

[1] سبق إيراد القرار المذكور كاملاً في ص ١٥٥ وما بعدها.

[1] صدر هذا الحكم برقم ٥٢/د/١ لعام ١٤٢٣هـ الموافق (٢٠٠٢م) في القضية رقم ١/١١٢٤/ق لعام ١٤٢٣هـ الموافق (٢٠٠٢م) وهو غير منشور، وقد تأيد بالحكم رقم ١/٢/٧٧ لعام ١٤٢٤هـ الموافق (٢٠٠٣م) الصادر من دائرة التدقيق.

وسبب رفض دعوى المدعية هو قيامها بالإصلاح دون حصر الأضرار مع المهندس المشرف من المدعى عليها، أو حتى خروجه للوقوف على حالة الطريق وتقدير الضرر ولم تقدم المدعية ما يثبت دعواها عن هذا الضرر، وحجمه ولا تكاليفه، مخالفة بذلك المادة (١١) من العقد إذ جاء فيها ((إذا اعترضت المقاول أثناء تنفيذ الأعمال أية صعوبات مادية، أو عقبات غير عادية لم يكن في إمكان أي مقاول مجرب توقعها عقلاً، فإن عليه أن يقوم فوراً وفي ميعاد لا يتجاوز عشرة أيام من تاريخ اكتشاف هذه الصعوبات والعقبات بإخطار المهندس أو ممثل المهندس خطياً بذلك، وعلى المهندس في هذه الحالة أن يقدم تقريراً في الموضوع إلى صاحب العمل متضمناً رأيه في التكاليف الإضافية التي تكبدها المقاول بسبب هذه الصعوبات والعقبات... وانتهت الدائرة إلى القول : ((وحيث إن المدعية باشرت الإصلاح دون حصر، أو انتظار تقرير الجهة، أو حتى اعتراض منها. كما إن القوة القاهرة إذا ثبت صحتها فهي لا تلزم المدعية بالإصلاح)).

ومن الأحكام الحديثة التي صدرت من ديوان المظالم ويستشف منها أخذ قضاءه بمبادئ وأفكار نظريات التوازن المالي الحديثة حكمه بتعويض الشركة المدعية بناء على رفع الدولة لأسعار الإسفلت أثناء التنفيذ بصورة غير متوقعة وهي صورة من حالات نظرية عمل الأمير، وتلخص وقائعها فيما يلي:-

تعاقدت الشركة المدعية مع المدعى عليها بتاريخ ١٤٠١/٤/١٩هـ الموافق (١٩٨١/٢/٢٣)، لتنفيذ مشروع تحسين طريق أبقيق – الظهران ومدة العقد ثمانية عشر شهراً، إلاّ أنه حصلت بعض العوائق الخارجة عن إرادة الشركة، أدت إلى تأخير تنفيذ أعمال الإسفلت عن الموعد المقرر لها حسب البرنامج الزمني، وقد أثبت تقرير اللجان التي درست الموضوع بعدم مسئولية المدعية، ووافقت الوزارة على تمديد مدة العقد بمقدار عشرة أشهر

وتسعة عشر يوماً أي بتأخير قرابة عام كامل من الموعد المحدد من الانتهاء من أعمال الإسفلت، وكان سعر الإسفلت عند توقيع العقد ما يعادل (٧٩) ريالاً للطن الواحد وكان ثابتاً على هذا السعر لسنوات طويلة ولم يتغير السعر إلاّ بعد أربعة عشر شهراً من توقيع العقد، وهو الموعد المفترض لإنهاء الأعمال الإسفلتية حسب جدول التنفيذ، حيث زادت الأسعار في جمادى الآخرة ١٤٠٢هـ الموافق (١٩٨٢/٣م)، فأصبح سعر الطن (مائة وخمسين ريالاً)، ثم في شعبان ١٤٠٢هـ الموافق (١٩٨٢/٦م)، زيد سعر الطن إلى مائتي ريال، وفي شعبان ١٤٠٣هـ الموافق (١٩٨٣/٥م)، ارتفع سعر الطن ليصبح (مائتين وخمسين ريالاً)؛ وبذلك تكون نسب الزيادة على التوالي ٩٠% ثم ١٥٣% بعد ثلاثة أشهر من الزيادة الأولى لتقفز بعد ثلاثة أشهر أخرى إلى نسبة ٢١٦% من السعر الأصلي.

كما ورد بالادعاء أن هذه الزيادة مفاجئة، ولم تكن متوقعة عند تقديم أسعار العطاء، ولا يد للمدعية في حدوثها، بل إن السبب هو التأخير في أعمال الإسفلتة، وهي غير مسئولة عنها وأنها تؤسس طلبها بالتعويض على نظرية الظروف الطارئة، ومسئولية الوزارة عما لحق بها من خسائر بسبب ارتفاع أسعار الإسفلت؛ لأنها هي التي تسببت بتأخير المشروع عن موعده المحدد، إضافة إلى أن قرار زيادة أسعار الإسفلت صادر من الدولة، ومن المعلوم أن الذمة المالية لوزارات الدولة، ومؤسساتها هي ذمة واحدة، وإن تعددت ميزانيات الجهات الحكومية إلاّ أن الأصل أن الذمة المالية للدولة واحدة، والوزارة المدعى عليها هي جزء من الكيان العام للدولة وأن فرق السعر الذي دفعته سوف يستقر في النهاية في خزينة الدولة، ومن ثَم فإن المدعى عليها هي المستفيدة بصورة مباشرة، أو غير مباشرة، من هذه الزيادة لذا عليها رفع الضرر عنها بتعويضها عن فرق الأسعار الذي سببه ارتفاع الإسفلت محددة طلبها بالتعويض بمبلغ ٣,٥٣٣,٣٢٣ ريالاً .

وذكرت المدعية بأنه سبق لها أن تقدمت بهذا الادعاء ضمن مطالبات أخرى في القضية رقم ١/١٤٢٣/ق لعام ١٤٠٨هـ الموافق (١٩٨٨م)، إلاّ أنه صدر حكم دائرة التدقيق الإداري الأولى رقم ٦٦/ت/١ لعام ١٤١٧هـ الموافق (١٩٩٦م) متضمناً عدم قبول الدعوى بالنسبة لهذا الطلب استناداً لقرار مجلس الوزراء رقم ٨١٨ لعام ١٣٩٦ الموافق (١٩٧٦م) الذي قصر اختصاص الديوان على الحالات التي يحدث فيها تقصير من الجهة الإدارية.

وجاء في الادعاء بأنه حيث انتهى مجلس الوزراء في جلسته المنعقدة في ١٤٢١/١/١٩هـ الموافق (٢٠٠٠/٤/٢٣م) إلى اعتبار هذا القرار ملغياً منذ نفاذ نظام ديوان المظالم عام ١٤٠٢هـ الموافق (١٩٨٢م) لذا تطلب إعادة النظر في مطالبتها هذه، ثم قدمت المدعية حساباً مفصلاً لزيادة أسعار الإسفلت ومشتقاته، يتضمن مقدار الكميات المنفذة ونوعها ومجموع كلفتها وفترة تنفيذ التعديلات الثلاثة التي حصلت فيها زيادة الأسعار.

ثم رد ممثل الوزارة المدعى عليها بالقول أن الأمر السامي الخاص باعتبار القرار ٨١٨ ملغياً يسري بأثر مباشر وليس بأثر رجعي، وبالتالي ينطبق على هذه الدعوى القرار ٨١٨، كما أن القرار الصادر من دائرة التدقيق برفض طلب الشركة المدعية، يعتبر نهائياً وحاز على حجية الشيء المقضي به، وبالتالي لا يجوز إعادة النظر فيما انتهى إليه، وأضاف من حيث الموضوع لم تقدم المدعية ما يؤيد دعواها فلم ترفق أساس فواتير الشراء للإسفلت بعد ارتفاعه، ولم تقدم ما يثبت الكميات المستخدمة في هذا المشروع ولم تقدم محاضر استلام كميات الإسفلت المستخدم في المشروع، كما أنها ضمنت الكميات كمية المادة اللاصقة (RCC) في حين أن هذه المادة محملة على باقي أسعار العقد. يضاف إلى أن المدعية استندت إلى نظرية الظروف الطارئة ومن شروطها الخسارة الفادحة التي تخل بالتوازن المالي للعقد في حين أن الزيادة في الإسفلت والبيوتمين التي تدعيها المدعية تمثل نسبة ٦,٢٧% من

قيمة الأعمال المنفذة في المشروع البالغة ٥٦,٣٢٣,٢١٢ ريالاً وبالتالي لم تسبب خسارة جسيمة حسب نظرية الظروف الطارئة.

أمّا عن التأخير فقد أجابت الوزارة على ذلك، بأنها كلفت الشركة المدعية بأعمال إضافية جرى منحها تمديداً لمدة العقد يتناسب مع حجم هذه الأعمال وطبيعتها، مقداره تسعة أشهر وتسعة عشر يوماً بيد أن الشركة لم تنه أعمالها إلاّ بعد تأخير بلغ شهراً ونصف الشهر بسبب الشركة المدعية، ثم طلبت رفض دعوى الشركة المدعية.

وكانت الدائرة قد أصدرت حكمها رقم ٣/د/١/٣١ لعام ١٤٢٢هـ الموافق (٢٠٠١م) يقضي برفض الدعوى لأسباب مجملها أن القضية تنطبق عليها نظرية الظروف الطارئة، وأنها ما دامت لم تخسر خسارة كبيرة تفوق المعتاد في عرف التجار، فإنها لا تستحق التعويض، إلاّ أن دائرة التدقيق نقضت هذا الحكم طالبة من الدائرة التحقق من ارتفاع أسعار الإسفلت في الفترات المذكورة بالادعاء، وأن المدعية قد أمنت الإسفلت بتلك الأسعار، فإذا ثبت ذلك فإن فرق السعر الذي تحملته المدعية هو لسبب تأجيل المدعى عليها تنفيذ المدعية لالتزاماتها، فيكون عدم التعويض عنه إضراراً بها تتحمل مسئوليته المدعى عليها لقول المصطفى- عليه الصلاة والسلام - (لا ضرر ولا ضرار) وإعمالاً للقاعدة الشرعية (الضرر يزال)، وفي مثل هذه الحالة يقدر ما خسرته المدعية زيادة عما كان مفترضاً دفعه في الوقت المقرر أصلاً للتنفيذ.

وتواصل دائرة التدقيق ملاحظاتها هذه على قرار الدائرة بقولها: ((وتأكيداً على أهمية الالتزام بهذا المبدأ الشرعي العادل في وجوب الإنصاف وعدم الإضرار بالغير، وفي حالة حصوله رفعه بما يجبر الضرر، فقد راعى ولاة الأمر في هذا البلد إعمال مقتضاه فيما نصت عليه المادة الستون من أنموذج العقد الموحد للأشغال الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم ١٣٦ وتاريخ ١٤٠٨/٦/١٣هـ الموافق (١٩٨٨/٢/١م)، من (أنه في حالة تعديل الضرائب والرسوم الجمركية بالزيادة أو النقص بعد تاريخ تقديم العطاء فتزاد قيمة العقد، أو تنقص حسب الأحوال بمقدار

الفرق... إلخ) ومن ثَم ترى دائرة التدقيق أنه لا محل لما أوردته الدائرة من أسباب في الحكم محل التدقيق بغية الوصول إلى النتيجة التي انتهت إليها كون الخسارة المدعى بها غير فادحة من شأنها قلب توازن العقد مالياً إذ يكفي ثبوت الخسارة بدفع المدعية الزيادة في أسعار الإسفلت على النحو المدعى به، ونخلص من ذلك إلى أن الحكم محل التدقيق بحاجة إلى إعادة نظر ومزيد من التحقق للدعوى للتثبت من تحمل المدعية للزيادة المشار إليها من عدمه، وبالتالي تقرر إعادته إلى الدائرة مصدرته لاستكمال ذلك، كما ترى دائرة التدقيق أن تكييف الدعوى بأنها تدخل تحت نظرية عمل الأمير له وجه من القبول)).

وقد أعيدت القضية للدائرة لنظرها مجدداً على ضوء ملاحظات دائرة التدقيق آنفة الذكر، وبعد دراسة القضية مجدداً أوردت في أسبابها، بأنه سبق وأن أصدرت حكماً في القضية وبعد عرضه على دائرة التدقيق نقضته فيما يخص هذا الادعاء بناءً على القرار رقم ٨١٨ لكون أن العمل لا زال سارياً به وفقاً لما استقرّ عليه قضاء الديوان قبل صدور الأمر السامي رقم ٢٠٧/م وتاريخ ١٤٢١/٢/٢٥هـ الموافق (٢٠٠٠/٥/٢٩م) باعتبار القرار ٨١٨ ملغياً منذ نفاذ نظام الديوان الحالي ولمّا زال المانع من نظر القضية رفعت المدعية هذه الدعوى مرة أخرى وهو عذر مقبول لدى الدائرة لسماع الدعوى شكلاً استثناءً من المواعيد النظامية المحددة بقواعد المرافعات والإجراءات أمام الديوان. وفي الموضوع فحيث إن المدعية تعاقدت مع الوزارة لتنفيذ مشروع تحسين طريق أبقيق الظهران وأنه حصل أثناء التنفيذ زيادات في أسعار البيتومين – والإسفلت ومشتقاته عدة مرات، فقد كان سعره عند توقيع العقد (٧٩) ريالاً ثم زاد عدة مرات حتى وصل إلى (٢٥٠) ريالاً للطن الواحد، وهو أمر لم يكن بحسبان المدعية وأثقل كاهلها في الحصول على الإسفلت دون مردود مادي مقابل هذه الزيادة، ولم يكن بإمكان المدعية التوقي منها، وهي ملزمة بموجب المادة (٩) من اللائحة التنفيذية لنظام تأمين مشتريات الحكومة وبنود العقد بتنفيذ التزاماتها، فلا يسوغ تحملها هذه الزيادة دون رضاها وفيه إضرار بها يجب رفعه وإزالته عنها

لقول الرسول صلى الله عليه وسلم: (لا ضرر ولا ضرار) والقاعدة الشرعية المستنبطة منه (الضرر يزال) ولا يزال الضرر إلاّ بتعويض المدعية عما دفعته زيادة على السعر المتفق عليه.

ثم قالت الدائرة: (راعى ولاة الأمر في هذه البلاد مقتضى هذا الحديث بإزالة الضرر بالنص في نظام المناقصات والمزايدات الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٦ وتاريخ ١٣٨٦/٢/٢٤هـ الموافق (١٩٦٦/٦/١٣م) وتعديلاته على أنه إذا حصل تغيير في التعرفة الجمركية، أو الرسوم الأخرى في المدة الواقعة بين تقديم العطاء وآخر موعد للتوريد، وكان التوريد قد تم خلال المدة المحددة فيسوى الفرق تبعاً لذلك. ونظام المناقصات هذا لم يلغِ إلاّ مع ما يتعارض مع نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها من أحكام، وقد انتفت المعارضة في النص المتقدم وبالتالي يكون نافذاً واجب التطبيق، ومثل هذا النص (المادة الستون) من الشروط العامة للعقد الموحد للأشغال العامة المعتمد من مجلس الوزراء (والمادة الرابعة والأربعون) من الشروط العامة للعقد الموحد للتشغيل والصيانة والنظافة).

واستطردت الدائرة قائلة: (إنه لا فرق بين زيادة الرسوم الجمركية وزيادة أسعار الإسفلت فكلها صدرت وتصدر من الحكومة، والحكومة وحدة واحدة والوزارات المتفرعة عنها تابعة لها والمدعى عليها ما هي إلاّ فرع، أو جزء من الكيان العام للحكومة والدولة، وكذلك بيت المال ((أو خزينة الدولة)) واحدة، وما يطرأ من زيادات في الأسعار والرسوم التي تستفيد منها الدولة كله يذهب إلى الخزينة العامة للدولة، والدولة هي المستفيدة من هذه الزيادات بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، وبالجملة لمّا كانت الزيادة قد صدرت بأمر من الحكومة والمدعى عليها جزء منها فإنه يلزمها تعويض المدعية عن هذه الزيادات بقدرها قلت أو كثرت، وقد درج الديوان في عدد من الأحكام على التعويض عن زيادة المنتجات البترولية كالإسفلت والديزل وغيرهما...) [1] واستشهدت الدائرة أيضاً بحكم آخر مماثل وقرار وزارة المالية والاقتصاد

---

[1] الحكم رقم١٦/د/٢/١ لعام ١٤١٩هـ الموافق (١٩٩٨م) في القضية رقم ١٢٣٤/ا ق/ لعام ١٤١٧هـ الموافق (١٩٩٦م) المؤيد من دائرة التدقيق بالحكم رقم ١/٧/٢٤٧ لعام ١٤١٩هـ الموافق (١٩٩٨م) (غير منشور).

الوطني تطبيق نص المادة (٦٠) من عقد الأشغال العامة على موضوع زيادة رسوم استعمال الخدمة الكهربائية، بموافقتها على زيادة قيمة العقد بمقدار الفرق في الرسوم المدفوعة بالزيادة الطارئة بعد العقد. وكذلك إجازتها إضافة قيمة الرسوم في المنتجات البترولية على عقود توريد المحروقات، وقصر التعويض على العقود المبرمة قبل تعديل الرسوم. وقياساً على ذلك رأت الدائرة بأنه لا يوجد ما يمنع من تطبيق هذا المبدأ على العقود الأخرى، كعقود الأشغال والصيانة، وغيرها إذا اشتملت على توريد منتجات بترولية كالإسفلت والمحروقات، وبذلك تبيّن لها استحقاق المدعية للتعويض عن زيادة سعر الإسفلت، وأن الحق في غير ما حكمت به سابقاً، لذا فإنها عدلت عنه وحكمت بإلزام الوزارة بدفع تعويض للمدعية قدره ٣,٥٣٣,٣٧٥ ريالاً مقابل الزيادة في أسعار الإسفلت أثناء تنفيذ المدعية للمشروع المتعاقد عليه [١].

ويكشف هذا الحكم عن توجه ديوان المظالم للأخذ بنظرية عمل الأمير، وهو ما صرحت به دائرة التدقيق ضمن ملاحظاتها على حكم الدائرة، بل إن إجراءات الدائرة وما توصلت إليه من نتيجة يسير في نفس الاتجاه (وإن لم تسمها باسمها) باعتبار القضية في حقيقة الأمر تطبيق عملي لنظرية عمل الأمير سواء في السبب المنشئ للحالة، وهو الإجراء الحكومي غير المتوقع برفع أسعار الإسفلت المفاجئ، وهو عمل من أعمال السلطة العامة تملكه بمحض تقديرها لتحقيق المصلحة العامة للدولة، وأيضاً تعويض المدعية عن كامل الفرق في الأسعار الناشئة من هذا الإجراء المسبب للضرر الخاص، وهو ما تقرره النظرية لإعادة توازن العقد إضافة إلى أن الدائرة في حكمها هذا بالتعويض عن كامل الضرر الناشئ عن إجراء حكومي لا يشوبه خطأ عقدي، أو تقصير تكون قد انتهت إلى ذات الشروط والآثار الناتجة عن تطبيق نظرية عمل الأمير.

ويسجل أيضاً للدائرة تأصيلها الشرعي السليم لهذه الحالة عندما أبانت بأن مشروعية التعويض هنا ترتكز على حديث المصطفى- عليه الصلاة والسلام: (لا ضرر ولا

---

[١] الحكم رقم ٩٣/د/١/٣ لعام ١٤٢٤هـ الموافق (٢٠٠٣م) في القضية رقم ١/١٦٩٣/ق لعام ١٤٢١هـ الموافق (٢٠٠٠م) وقد تأيد بحكم التدقيق رقم ٧/ت/١ لعام ١٤٢٥هـ الموافق (٢٠٠٤م) (غير منشور).

ضرار) والقاعدة المتفرعة عنه (الضرر يزال) وأن زوال الضرر لن يتم إلاّ بتعويض المدعية عن كل ما دفعته زيادة عن السعر المتفق عليه، ولا ينال من هذا الرأي استشهادها أيضاً ببعض النصوص النظامية التي تؤيد وجهة نظرها هذه إذ إن هذه النصوص في حقيقتها قد تم سنها امتثالاً وإعمالاً للحديث الشريف ذاته فضلاً عن أنها تتوافق مع أحكام وغاية هذه النظرية.

ويجدر التنويه أيضاً إلى ما ورد ضمن أسباب الدائرة من اعتبار ما يصدر من الحكومة أياً كان مسمى الجهة التي أصدرت فهو إجراء صادر من حكومة واحدة وأن الوزارات المتفرعة عنها ما هي إلاّ جزء من الكيان العام للدولة، وأن الزيادات في الرسوم تعود في النهاية إلى خزينة الدولة، وهي المستفيدة من هذه الزيادات بطريق مباشر، أو غير مباشر، هذا التوجه ينسجم تماماً مع الرأي الفقهي والقضائي الذي يأخذ بالمفهوم الواسع لنظرية عمل الأمير بشمولها كافة الإجراءات الرسمية الصادرة من الإدارة وعدم قصرها على إجراءات السلطة المتعاقدة، وسواء أكان هذا الإجراء عاماً أو خاصاً ذا أثر مباشر على العقد، أو ظروف تنفيذه، أو كان أثره غير مباشر.

كما تجدر الإشارة إلى أن الدائرة لم تلتفت إلى دفع ممثل الوزارة بشأن عدم سريان القرار الأخير لمجلس الوزراء رقم ٢٠٧/م وتاريخ ١٤٢١/٢/٢٥هـ الموافق (٢٠٠٠/٥/٢٩م) الذي قضى باعتبار القرار ٨١٨ لاغياً منذ تاريخ العمل بنظام الديوان الحالي بقوله إن القرار لا يشمل هذه الوقائع، أي ليس له أثر رجعي، وهذا دفع واهن غير صحيح، حيث إن القرار الأخير لم ينشئ حكماً جديداً، وإنما هو كاشف لوضع قانوني سابق هو أن نظام الديوان الحالي قد ألغى منذ نفاذه القرار٨١٨ كما نص على ذلك صراحة قرار المجلس الأخير[1]

---

[1] تاريخ نفاذ نظام ديوان المظالم بموجب المادة السابعة من النظام هو مرور سنة على تاريخ نشره الذي تم في ٢٨ رجب ١٤٠٢هـ الموافق (١٩٨٢/٥/٢١م).

أمّا الدفع الآخر الذي التفتت عنه الدائرة أيضاً فهو احتجاج ممثل الوزارة بحكم دائرة التدقيق السابق القاضي برفض الدعوى لكون المطالبة بالتعويض خارجة عن اختصاص الديوان وفقاً للقرار ٨١٨، معتبراً إن هذا الحكم قد حاز على حجية الأمر المقضي لا يجوز بعده إعادة نظر القضية، ولا شك فإن هذا الاحتجاج أيضاً في غير محله إذ إن الحكم السابق بني على أمر شكلي هو عدم الاختصاص الولائي لكون القرار ٨١٨ قد حدد اختصاص الديوان بنظر مطالبات تعويض المؤسسة على التقصير من جهة الإدارة فقط، وقد كان ذلك وفقاً لما استقر عليه العمل آنذاك من تفسير للقرار المذكور، وحجبه الاختصاصات الأخرى للديوان في قضايا تعويض المقاولين، أمّا وقد تبيّن عدم صحة هذا التفسير بقرار من مجلس الوزراء بناء على نصوص نظام الديوان الصادر عام ١٤٠٢هـ الموافق (١٩٨٢م)، فإنه والحالة هذه لا شبهة في سريان مفعوله منذ تاريخ نفاذ النظام، فالقرار المذكور هو كاشف لحق سابق للمقاولين مع الدولة في المطالبة بالتعويض أمام الديوان ومؤكداً اختصاص ثابت للديوان في كافة قضايا التعويض، لذا فإن الدائرة اعتبرت المدة النظامية لرفع الدعوى تبدأ منذ تاريخ صدور القرار رقم ٢٠٧/م باعتبار الفترة السابقة عليه، وهي فترة التفسير السائد في الديوان بالحظر بموجب القرار ٨١٨ عذراً للمدعية، وحسناً فعلت الدائرة في موقفها هذا لضمان حقوق المتعاقدين مع الجهات الحكومية، وعدم حرمانهم بناء على تفسير ((تبيّن عدم صحته)) من المطالبة بالتعويض في حالات اختلال توازن عقودهم السابقة تحقيقاً للعدالة التي هي مراد الجميع، وغايتهم حكاماً ومحكومين.

وجدير بالذكر أن الدائرة بنت قناعتها باستحقاق المدعية للتعويض على قاعدة شرعية، ونصوص لائحية. وعقدية تجيز التعويض عند حصول مثل هذه الظروف التي ينتج عنها خسارة، أو ضرر للمتعاقدين مع الجهات الحكومية، وهذا دليل من شأنه أن يدعم وجهة

نظرنا السابق بيانها بشأن موقف المنظم السعودي من نظريات التوازن المالي للعقد الإداري التي تؤدي إلى الوصول لنفس الآثار التي ترتبها نظرية عمل الأمير بالتعويض عن كامل خسارة المتعاقد الناجمة عن هذا الإجراء الحكومي، ودون اشتراط قدر معيّن من الجسامة في الخسارة، للقول بتحقق الظرف الطارئ، ومن ثَم التعويض عنه.

وهذه قضية أخرى [1] انتهت بالحكم للمدعي بالتعويض عن الظروف الطارئة وكانت قد رفعت مجدداً بعد صدور قرار مجلس الوزراء الأخير باعتبار القرار رقم ٨١٨ ملغياً منذ نفاذ النظام الحالي للديوان وبالتالي شمول اختصاصه نظر قضايا تعويض المقاولين.

وكان قد سبق للمدعي أن رفع دعوى بشأن طلب إعفائه من غرامة التأخير وضمنها طلب تعويضه عن الأضرار التي لحقت به من جراء حرب الخليج، إلاّ أن الدائرة وبحسب التفسير السائد آنذاك التزمت بأحكام القرار ٨١٨ فيما يخص قضايا التعويض فقد أصدرت حكمها متضمناً رفض طلب التعويض؛ لعدم الاختصاص بناء على القرار المذكور.

وبعد أن زال المانع المشار له آنفاً قررت الدائرة قبول الدعوى شكلاً متصدية لها على النحو التالي :-

تتلخص وقائع هذه القضية أن إحدى الوزارات قد أسندت للمدعي أعمال الرفع المساحي بما فيها تنزيل بعض المخططات التنظيمية المعتمدة وتبتير نقاط الحدود الخارجية الخاصة، والمخططات والثوابت الأرضية، والبلوكات وقطع الأراضي السكنية، والمرافق العامة وعمل مخطط تنظيمي لما تم تنزيله على الطبيعة لكل وحدة سكنية، وإعداد مخططات تفصيلية لكل قطعة سكنية، ومرفق عام وذلك في منطقة حفر الباطن، وجاء في الادعاء بأن المدعي

---

[1] الحكم رقم ١٦٦/ت/١ لعام ١٤٢٣هـ الموافق (٢٠٠٢م) في القضية رقم ٥٠٦ ق لعام ١٤٢١هـ الموافق (٢٠٠٠م).

استلم موقع العمل في ١٤٠٩/١١/٢١هـ الموافق (١٩٨٩/٦/٢٦م) ونفذ ما نسبته (٣٥%) من العمل. ثم وقعت كارثة غزو العراق للكويت، وما تلا ذلك من نزوح سكان الكويت إلى حفر الباطن، وتواجد القوات المشتركة في المنطقة بدباباتها، ومعداتها الثقيلة، وتحركاتها المكثفة، مؤدياً ذلك إلى إزالة وإتلاف الأعمال التي نفذها سواء ما كان يتعلق بتنزيل المخططات، أو تبتيرها، وأنه أشعر البلدية والوزارة بذلك، ووضح لهم كافة المشكلات والعوائق، والظروف الطارئة، وأنه بسبب الحرب غادر موظفوه وعماله المنطقة، مؤدياً ذلك إلى توقف العمل وتحمله رواتب الموظفين والعمال، وأجور سكنهم ومصاريف إدارية أخرى، وكذلك اضطراره لإعادة تنفيذ الأعمال التي أتلفت بسبب هذه الظروف، وما نتج عنها من إزالة البتر والمراسيم التي قام بتنفيذها، كما طلب التعويض عن أضرار شخصية لحقت به من جراء توقف العمل في المشروع، ونفقاته في مطالبته الرسمية التعويض عن هذه الأحداث.

ومما جاء في أسباب الحكم بأنه من الثابت أن مكان العقد مدينة حفر الباطن، وهذه المدينة تأثرت بلا شك بغزو دولة الكويت، وما أعقبه من قيام الحرب التي أثرت سلباً على تنفيذ العقد، إذ إن مدة العقد ثمانية عشر شهراً تبدأ من تاريخ استلام الموقع في ١٤٠٩/١١/١١هـ الموافق (١٩٨٩/٦/١٤م)، وكان غزو العراق للكويت بتاريخ ١٤١١/١/١١هـ الموافق (١٩٩٠/٨/٢م) وهو ما يوافق قبل نهاية العقد الافتراضية بحوالي أربعة أشهر، والثابت أن المدعي نفذ قبل الغزو ما نسبته ٣٥% من إجمالي الكميات تقريباً، وأزيل ذلك العمل بسبب هذه الظروف، كما أدى به الظرف الطارئ إلى التوقف عن العمل، وأن المدعي بعث خطاباً للمدعى عليها بتاريخ ١٤١١/٧/٦هـ الموافق (١٩٩١/١/٢١م)، مفاده أن إسكان الأسر النازحة من دولة الكويت في مخيمات بالأرض مكان المشروع، قد أدى إلى إزالة أغلب المراسيم المعدة للمخططات، وتحطيم أغلب البتر، وقد استدلت الدائرة على أن

المدعي قد أنجز من الأعمال ما نسبته ٣٥% قبل بدء الغزو حتى تاريخ ١٤١١/٤/١٥هـ الموافق (١٩٩٠/١١/٣م) بناء على ما ورد بحطابين صادرين من المدعى عليها، للديوان رقم ١/٦٢٥٢ في ١٤١٧/١/٢٩هـ الموافق (١٩٩٦/٦/١٥م).

وحيث تضمن محضر لجنة حصر الأعمال المنجزة حتى تاريخ ١٤١٣/١/١٨هـ الموافق (١٩٩٢/٧/١٨م) عدم وجود أعمال منفذة، أمّا المنفذ بعد ذلك التاريخ فنسبته ١٠% فقد استنتجت الدائرة من ذلك أن الأعمال السابقة قد أزيلت بسبب هذه الظروف، يؤيد ذلك المحضر المعد من لجنة شكلت من مهندسين، ومساح من البلدية، بالاشتراك مع مهندس المقاول بتاريخ ١٤١٣/٥/١٧هـ الموافق (١٩٩٢/١١/١٢م) الذي أثبت أن المخططات قد خلع منها عدد كبير من المراسيم خصوصاً الواقعة بأرض ترابية، وأن مسار السيارات عرض المراسيم والبتر للتلف، ويتطلب الأمر إعادة تثبيتها من جديد، كما أن الظروف التي مرت بها مدينة حفر الباطن سببت إرباكاً لبعض الأعمال بسبب الحرب، وما سبقها من استعداد، وتحركات للمعدات العسكرية، وتخوف بعض العاملين من العمل في المنطقة، وأن من ضمن الأعمال التي تأثرت بشكل مباشر مشروع التبتير؛ لأن مكان تنفيذه مسح بسبب التحركات المكثفة، وأضافت اللجنة بأنه حدث شق بعض الطرق غير المرتبطة بشوارع نظامية مما أحدث تلفاً وخلعاً للمراسيم والبتر في مخططات قد انتهى المقاول من ترسيمها وتبتيرها بسبب عبور المعدات ... إلخ.

وتم اعتماد هذا المحضر من رئيس بلدية حفر الباطن هذا بالنسبة لإتلاف الأعمال التي نفذها المدعي مما أدى به إلى إعادة تنفيذها بالإضافة إلى توقفه عن العمل بسبب هذه الأحداث.

وقد اتضح للدائرة أن توقف المدعي عن العمل كان بسبب الغزو من واقع الخطابات المتبادلة بينه وبين البلدية أثناء الأحداث سالفة البيان.

وبعد أن ثبت للدائرة أن أضراراً قد لحقت بالمدعي أدت إلى إعادة تنفيذ بعض أعمال عقده، والتي أتلفت أثناء تنقلات المعدات العسكرية، وإقامة مخيمات إسكان اللاجئين بسبب الظروف الطارئة التي نتجت عن غزو العراق للكويت، وما أعقبه من عمليات عسكرية. اقتنعت الدائرة بأن هذه الظروف قد أثرت على تنفيذ العقد، وأخلّت بتوازنه مما يتعين معه على جهة الإدارة المدعى عليها تعويض المدعي بنسبة قدرها بـ ١٥% من إجمالي قيمة العقد ورفضت ما عدا ذلك من طلبات.

ومن المثال المتقدم لتطبيقات قضايا التوازن المالي في قضاء ديوان المظالم بعد زوال حظر الاختصاص الناشئ عن تفسير القرار ٨١٨، تبيّن أن الدائرة قد تصدت لنظر هذه الدعوى باعتبار هذه الحالة هي من الظروف الطارئة غير المتوقعة، والتي لا يد لأي من الطرفين في حصولها، ولم يكن في وسع المدعي تلافيها، وقد تحققت بداية من الاختصاص الشكلي في نظر الموضوع بعد زوال المانع الذي أدى إلى رفض نظر هذه المطالبة في حكمها السابق، ثم بحثت في مسألة توقيت الظرف الطارئ، وقد تبيّن لها أنه تم أثناء تنفيذ المدعي للعقد وبعد إنجازه جزءً منه. وكما هو معلوم فإن هذا هو شرط أساسي في نظرية الظروف الطارئة، وهو أن يحدث الظرف الطارئ أثناء تنفيذ العقد في الفترة من توقيع العقد حتى انتهاء مدة التنفيذ، كما تبدأ هذه الفترة من تاريخ تقديم العطاء في حالة كونه غير قابل للرجوع حتى انتهاء مدة تنفيذ العقد، ثم ناقشت الدائرة آثار الحدث الطارئ المتمثل بالتحركات العسكرية الكثيفة على أرض المشروع، وإقامة المخيمات وما نتج عنه من تخريب وإزالة للبتر والمراسيم التي نفذها المدعي، مما اضطره إلى إعادة تنفيذها، وقد استندت الدائرة في إثبات التلف الذي أصاب أعمال المدعي أثناء الظرف الطارئ إلى محضر لجنة حصر الأعمال

المنجزة، ومحضر لجنة أخرى شكلت من مهندسين ومساح من البلدية ومهندس من المدعي تم اعتماده من رئيس البلدية.

كما استندت الدائرة أيضاً على الخطابات المتبادلة بين طرفي الدعوى؛ لإثبات الأعمال المنفذة من المدعي، ونسب الإنجاز، وتواريخها السابقة واللاحقة للظرف الطارئ، وإخطارات المدعي للجهة الإدارية عما سببه الظرف الطارئ من توقف العمل، ومغادرة موظفوه وعماله، وإشغال موقع العمل بسبب هذه الأحداث، لتستدل على الأضرار الجسيمة التي أصابت المدعي وأخلت بتوازن عقده المالي، ومن ثَّم التوصل إلى القناعة باستحقاق المدعي لتعويض من الجهة الإدارية عن خسارته هذه بسبب الظروف الطارئة قدرته بنسبة ١٥% من قيمة العقد.

وبناءً على ما تقدم يمكن القول أن الدائرة في نهجها هذا قد أعملت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة بدءاً من توقيت الظرف الطارئ من حيث نشوئه أثناء التنفيذ، وخلال المدة العقدية، وأنه كان ظرفاً مفاجئاً غير متوقعاً، وكونه خارج عن إرادة الطرفين، ودون خطأ أو تقصير منهما، وأنه خلّف خسائر جسيمة للمتعاقد الذي استمر في تنفيذ العقد رغم هذه الظروف، لذا فقد ألزمت الجهة الإدارية بمد يد العون للمدعي بتعويضه نسبة ١٥% من عقده عن هذه الأضرار، غير أن الدائرة لم تبيّن في حكمها الطريقة التي بموجبها تم التوصل إلى تقدير تعويض المدعي النسبة المذكورة، وهل هي لتغطية جميع خسائره عن الظرف الطارئ أم إنها تغطي جزءاً منها حسبما تقرره النظرية كمشاركة من الإدارة للمتعاقد معها في مواجهة مثل هذه الظروف[1].

---

[1] تأيد هذا الحكم من دائرة التدقيق الأولى بقرارها رقم ١٦٦/ت/١ في ١٤٢٣/١٢/٣هـ الموافق (٢٠٠٣/٢/٤م) (غير منشور).

أمّا الحكم التالي[٢] فقد جمع العديد من المطالبات منها: ما يمكن تصنيفه بأنه يعزى لظروف طارئة والأخرى تصنف بأنها ناتجة عن أعمال الأمير، وغيرها من المطالبات التي لا تستند إلى أحد أسباب نظريات التوازن المالي.

و تتلخص وقائعه في أن رئاسة الطيران المدني تعاقدت على صيانة وتشغيل لمطارات المجموعة الثالثة في عرعر، والجوف، وطريف، والقريات، ورفحة، والقيصومة، ومدينة الملك خالد العسكرية مع الشركة المدعية لمدة ثلاث سنوات تبدأ من ١٤٠٩/٥/١هـ الموافق (١٩٨٨/١٢/٩م) وحتى ١٤١٢/٤/٣٠هـ الموافق (١٩٩١/١٠/٩م) وجاء في الادعاء أن الشركة قامت بكامل التزاماتها العقدية بشهادة المدعى عليها ومديري تلك المطارات إلاّ أن المدعى عليها أجرت حسميات وحذفيات وغرامات مجموعها ٤٣,٥% من قيمة العقد مخالفة أحكامه ونظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها وقد بلغت نسبة الحذف (تخفيض أعمال العقد) ١٠,٧٧% من قيمة العقد، كما تطالب بسداد مستحقاتها كاملة بنسبة ١٠٠% مقابل صيانة وتشغيل المرافق الجديدة في مطار القيصومة، وتعويضها عن الإصلاحات التي قامت بها في مطاري رفحة، والقيصومة بسبب العيوب الإنشائية، كما طالبت المدعية بإلغاء غرامة عدم تأمين قطع الغيار وقدرها ١٠% وبإعادة مبلغ ٤٠٤,٧٤٨ الذي حسمته المدعى عليها من مستحقاتها بزعم أنه مقابل إلغاء دورات تدريبية، كما طالبت بدفع تكاليف صيانة المدرجات الرئيسية في مطارات الجوف، والقيصومة، ورفحة وعرر، وطالبت أيضاً بمبلغ ٧٨٨,٢٩٠ ريالاً المبلغ المقر به من المدعى عليها عن الأضرار التي لحقت بها

---

[٢] الحكم صادر من الدائرة الإدارية التاسعة في جدة برقم ٤/د/١/٩ لعام ١٤٢٥هـ الموافق (٢٠٠٤م) في القضية رقم ٢/٥٣٧/ق لعام ١٤١٤هـ الموافق (١٩٩٤م) وتأيد بالحكم رقم ١٤/ت/١ لعام ١٤٢٥هـ الموافق (٢٠٠٤م) (غير منشور).

عن فترة حرب الخليج بالإضافة إلى مطالبتها بمبالغ أخرى قالت: إنها حسميات أجريت عليها وجزاءات أوقعت عليها وتعويض عن تأخير صرف المستخلصات.

وبتأمل هذه المطالبات تبيّن بأن مطالبتها بالتعويض عن إلغاء بعض الأعمال المتعاقد عليها ومطالبتها بالتعويض عن الأضرار الناشئة لها عن حرب الخليج تدخلان تحت منظومة نظريات التوازن المالي للعقد الإداري لذا سوف أقصر بحث ما تقرر في هذا الحكم على هاتين المطالبتين.

ففيما يخص تخفيض الأعمال، فقد أجاب ممثل المدعى عليها بأن الحذف كان بسبب عدم اكتمال مشاريع التطوير لهذه المطارات، وقد تم حذف ما نسبته ٢٩,٠٢% قبل توقيع العقد وبدء سريانه بأكثر من شهرين، وفي المقابل تمت إضافة نسبة ٧,١٩% بعد اكتمال بعض المشاريع، والحذف جاء موافقاً للمادة (٢٥) من اللائحة التنفيذية لنظام تأمين مشتريات الحكومة كما أن المدعية رضيت بهذا الحذف بخطاب صادر عنها. أمّا بشأن المطالبة بتعويض عن أضرار حرب الخليج، فقد أجاب بأن بند القوى العاملة يحكم هذا الجانب وخطابات الطرفين المتبادلة في هذا الخصوص، وأضاف أن طلبها هذا لا يقوم على أساس صحيح من العقد والنظام.

وبعد عدة جلسات تبودلت فيها المذكرات واستمعت الدائرة إلى ما لدى الطرفين من طلبات ودفوع قررت إحالة القضية إلى الدار السعودية للخدمات الاستشارية لدراستها على ضوء المهمة المحددة لها من الدائرة، وتقديم تقرير بما تنتهي إليه بشأن مطالبات المدعية.

وبتاريخ ١٤١٩/٣/٢٦هـ الموافق (١٩٩٨/٧/٢٠م) ورد للدائرة تقرير الخبرة، وقد تضمن رأيها في المطالبتين سالفتي الذكر استحقاق المدعية لمبلغ ٣,٣١٥,٨٣٥ ريالاً عن تجاوز النسبة النظامية للحذفيات واستحقاق المدعية أيضاً للمبلغ المطالب به عن فترة حرب الخليج من غرامات وحسميات.

وفي ١٤٢٠/١٢/١٧هـ الموافق (٢٠٠٠/٣/٢٢م) أصدرت الدائرة حكمها في الموضوع إلاّ أن دائرة التدقيق نقضت الحكم وأعادته إلى الدائرة لنظره على ضوء الأسباب التي أبدتها عليه، ثم أعادت الدائرة نظر القضية، وعقدت عدة جلسات أخرى، وبعد أن اكتفى الأطراف وطلبوا حجز القضية للحكم، أصدرت الدائرة حكماً، نقض مرة ثانية من دائرة التدقيق، وأعاد الدائرة لنظره مجدداً وفقاً لملاحظات التدقيق. وقد استوضحت الدائرة من الطرفين عن عدة بنود من الدعوى وبعد عدة جلسات انتهت فيها إلى الحكم للمدعية بمبلغ ٣,٣١٥,٨٣٥ ريالاً عن تجاوز الحذفيات النسبة النظامية بنسبة ١٣,٢٦% وكذلك الحكم للمدعية بمبلغ ٧٨٨,٢٩٠ ريالاً وهو المبلغ المقر به من قبل المدعى عليها عن الأضرار التي لحق بالمدعية عن فترة حرب الخليج، وقد تحفظت المدعية على حقها بتأجيل طلب التعويض عن الأضرار الأخرى لحين استكمال مستنداتها.

ومما جاء في أسباب الحكم بشأن المطالبة الأولى، أنه ثبت من التقرير الفني إنقاص المدعى عليها للعقد أكثر من النسبة النظامية المسموح بها وهي ٢٠%، وهذا الإنقاص من المدعى عليها أخل بالعقد الذي بنت عليه المدعية عطاءها وعلى ضوئه قدرت أرباحها عن المشروع، وهو ما أقرت وأكدت عليه وزارة المالية في نهاية العقد على عدم جواز تخفيض التزامات المتعاقد بأكثر من ٢٠% حتى لا يؤدي ذلك إلى اختلال التوازن المالي للعقد، وانتهت وزارة المالية باستحقاق المدعية للتعويض، لكون الضرر الذي لحقها يعود للجهة الإدارية وبسببها. وقالت الدائرة إن الضرر الذي لحق بالمدعية يستوجب تعويضها عنه بقدره، حتى لا يكون هناك إخلال بالتوازن المالي للعقد، ولا تتحمل المدعية الأضرار المترتبة على تجاوز المدعى عليها في استعمال حقها باعتبار المصلحة العامة، وعلى القاضي إنصاف المتعاقد مع الإدارة بما تقتضيه العدالة، بقدر الضرر الذي لحقه، وهو مقدار الضرر المتيقن الذي لحق بالمدعية من جراء تجاوز الحذفيات للنسبة النظامية، ومن العدالة ألاّ تتحمل المدعية لوحدها الظروف التي حدثت بالمشروع لسبب أنه لا دخل لها فيه، بل إن الثابت وهو ما أكدته الخبرة تعويضها بنسبة مقبولة تغطي تكلفة أعمال محملة لم يرد لها في جدول

الأسعار والكميات قيمة معلومة تتم المحاسبة عليها، بل حملت على الأسعار الافرادية للمرافق الواردة في جدول الكميات، عندما حذفت المدعى عليها بعضها، لم تخفض من الشروط والمواصفات ما يقابل تلك الأعمال، ومطلوب تنفيذها بموجب بنود العقد.

أمّا عن المطالبة الثانية فقد ورد تسبيب الدائرة بشأنها قولها: ((الثابت أن المدعى عليها قدرت بعض التلفيات والأضرار بموجب خطابها رقم ٤٨٢ وتاريخ ١٤١٢/٢/١هـ الموافق (١٩٩١/٨/١١م) الناتجة عن استعمال المطارات بمبلغ ٧٨٨,٢٩٠ ريال وبالتالي تحكم به الدائرة للمدعية)) .

ويبدو جلياً بأن المطالبة الأولى ناشئة بسبب ممارسة المدعى عليها حقاً مقرراً فقهاً وقضاءً للجهة الإدارية في تعديل عقدها في الزيادة والنقصان وفقاً لمتطلبات المرفق العام [1].

وحيث اقتصر تعديل الجهة الإدارية على تخفيض كمية الأعمال بعد التعاقد، مما أدى ذلك إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد بسبب قيام المدعية بأعمال محملة بالعقد لم يرد في جدول الأسعار والكميات قيمة لها، كما أن المدعية بنت عطاءها وقدرت أرباحها عن المشروع بناء على كمية الأعمال، والشروط والمواصفات، المحددة لها عند ترسية المشروع، فقد حكمت الدائرة للمدعية بالتعويض عن قيمة الأعمال المحملة على العقد التي نفذتها باعتباره تعويضاً مقبولاً ((كما ورد في الحكم)) عن هذه الأضرار. ولا جدال في أن ما تقدم هو تطبيق عملي لنظرية عمل الأمير سواءً من حيث وجود العقد الإداري، أو من الإجراء الصادر من الجهة المتعاقدة بتخفيض كميات العقد، وأيضاً من جهة كونه إجراءً خاصاً مشروعاً من الجهة الإدارية غير متوقع، ولا يمكن دفعه، وسبب ضرراً خاصاً للمدعية وهي ملتزمة بموجب العقد بإنهاء الأعمال، وأخيراً الحكم بتعويض كامل الضرر المتيقن حصوله، ولا ينال من هذا التكييف كون الدائرة قد أسست التعويض هنا على خطأ الجهة الإدارية بتجاوز حدود التعديل في العقد المقرر نظاماً وهو ألاّ يزيد التخفيض عن ٢٠%

---

[1] من المستقر عليه أن حق الجهة الإدارية في تعديل العقد ليس مطلقاً بلا حدود، وإنما هو مقيد بحدود هي أن يرد التعديل على واحد من عناصر ثلاثة هي كمية الأعمال، أو الأشياء محل العقد وشروط التنفيذ المتفق عليها، والعنصر الثالث هو مدة التنفيذ، فإن كان التعديل خارج هذا النطاق، وجاوزت الجهة الإدارية حدود المألوف كان هذا مخالفة منها لأحكام العقد. (راجع ص ٢٩٢).

وتأسيسه أيضاً على أنه مقابل الأعمال المحملة بالعقد التي نفذتها المدعية فهي في واقع الأمر تتفق مع ما تقرره النظرية من شروط ونتائج على وقائع القضية، وما تستهدفه من غايات وأهداف.

والمطالبة الثانية للمدعية: أسستها على ما تعرضت له من أضرار بسبب حرب الخليج. هذه الأضرار نتجت عن حرب غير متوقعة، ولا يد لأي من الطرفين فيها، ولا يمكن للمدعية دفعها مسببة لها وهي بصدد تنفيذ عقد إداري أضراراً وخسائر نتيجة استخدام المطارات بصورة استثنائية خلال الحرب نتج عنها تلفيات في بعض بنود عقد المدعية اضطرت إلى إصلاحها بكلفة إضافية، وقد أقرّت المدعى عليها ببعض هذه الأضرار، ومن ثَّم حكمت الدائرة بإلزامها بدفعها للمدعية، بينما تحفظت المدعية بحقها في المطالبة بأضرار أخرى لم تتمكن حينها من توفير مستنداتها للمطالبة بها لاحقاً.

وربما يبدو للوهلة الأولى أن هذه المطالبة قد نشأت من ظرف طارئ غير متوقع، وهو قيام حرب نتج عنها أضرار المدعية، ومن ثم الإخلال بتوازن عقدها الإداري وربما تندرج بهذا الوصف تحت أحكام نظرية الظروف الطارئة، غير أنه سرعان ما يدرك المتأمل لهذه الوقائع حقيقة أخرى هي أن من قام بالفعل اضار هو الجهة الإدارية المتعاقدة حينما استخدمت طائراتها بصفة استثنائية (أثناء الحرب) المدرجات الرئيسية التي لا زالت في مرحلة تنفيذ المدعية لعقدها هو صيانة وتشغيل المطارات المذكورة، وبالتالي تكون شروط نظرية عمل الأمير قد توفرت، ويرجح ذلك النتيجة التي انتهت إليها الدائرة وهي استحقاق المدعية للتعويض عن كامل الأضرار التي أقرت المدعى عليها بها وهي الأثر الذي ترتبه النظرية، أي استحقاق المتعاقد للتعويض عن كامل أضراره التي سببها الإجراء الصادر من الجهة الإدارية المتعاقدة، ولا ينال من هذا الرأي كون الدائرة لم تحكم عن كامل أضرار المدعية إذ إن المدعية ذاتها تحفظت على حقها في المطالبة بها لحين استكمال مستنداتها الثبوتية.

ويلزم التنويه هنا إلى أن حكم الدائرة هذا ما هو إلى تطبيق للقاعدة الشرعية (الضرر يزال) بعد أن ثبت بإقرار المدعى عليها تضرر المدعية، ومقداره وسببه، وهذه نتيجة تطابق ((كما سبق القول)) ما تقرره القواعد الفقهية من أحكام تنادي بها نظريات التوازن المالي للعقد الإداري في العصر الحديث.

والجدير بالذكر أن هذه المرحلة من عمر الديوان شهدت تطوراً كبيراً ليس في اختصاصاته المتنامية باستمرار، وإنما أيضاً بعدد ما عُرض عليه من قضايا إدارية وما حسمه منها، وكذلك في زيادة عدد قضاته ودوائره القضائية المختصة. وخير دليل نسوقه في هذا الشأن الإحصائيات التالية التي تضمنتها تقارير الديوان السنوية تطبيقاً للمادة (٤٧) من نظامه.

القضايا	عام ١٤٢١هـ	عام ١٤٢٢هـ	عام ١٤٢٣هـ	عام ١٤٢٤هـ	عام ١٤٢٥هـ	نسبة الزيادة في العام ١٤٢٥هـ عن العام ١٤٢١هـ
الواردة	٥٨٥٤	٦٨٦٦	٨٢١٣	١١٨٩٧	١٤٨٥٤	%٢٥٤
المنظورة	٨١٧٩	٩٢٤٦	١٠٦٣٨	١٥٠٦٥	٢٠٨٥٦	%٢٥٥
المنجزة	٥٧٩٩	٦٧١٧	٧٤٧٠	٩٠٦٣	١٢١٣٦	%٢٠٩

وقد بلغ عدد الدوائر الإدارية للديوان في مدن المملكة حتى شهر شوال ١٤٢٧هـ الموافق أكتوبر ٢٠٠٦م كما يلي:-

المدينة	دوائر التدقيق	الدوائر الإدارية	الدوائر الفرعية
الرياض	٤	٨	١١
جدة		٥	٣
الدمام		٢	
أبها		٢	٣
المدينة المنورة		٢	٢
الجوف		١	

كما بلغ عدد قضاة دوائر التدقيق (١٤) قاضياً بدرجة قاضي تمييز، في حين بلغ عدد قضاة الدوائر الإدارية (٧٩) قاضياً.

الخاتمة

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده وعلى آله وأصحابه وسلم.

وبعد فإنه وإن كان موضوع بحثنا هو التوازن المالي للعقد الإداري في المملكة العربية السعودية، إلاّ أن متطلبات البحث وغايته استلزمت تقصي مبادئ نظرياته والإحاطة بكافة جوانبها بالدراسة والتحليل، لمعرفة أهدافها ومصدر نشأتها ومراحل تطورها، وما جد من اجتهادات الفقه والقضاء، لبلورة مضمونها وشروط تطبيقها وآثارها على العقد الإداري وأطرافه، الذي هو في تطور دائم، مواكباً في ذلك نشاط الدولة الإداري الذي يزداد يوماً بعد يوم، نتيجة اتساع مهام الدولة من ناحية، وإدخال أحدث الأساليب في علم الإدارة من ناحية أخرى، ولن يتأتى ذلك إلاّ بدراسة نظريات التوازن المالي الثلاثة وهي نظرية عمل الأمير، ونظرية الظروف الطارئة، ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، من ميدان انطلاقتها ومبتكر أفكارها وراعي نموها، ألاّ وهو قضاء مجلس الدولة الفرنسي الذي أثرى هذه النظريات ومبادئها بحثاً وتطبيقاً زخرت بها أحكامه الشهيرة التي لا يزال يردد صداها القضاء والفقه الإداري في الكثير من بلدان العالم المتحضر بعد أن تبنت تشريعاتها في نصوص واضحة الكثير من قواعده ومبادئ أقضيته.

ولأهمية دور القضاء والفقه الإداري المصري، وفاعليته في دعم هذه النظريات وتطبيقها في منازعات العقود الإدارية منذ منتصف القرن الماضي، وباعتباره أنموذجاً عربياً رائداً في هذا المجال فقد تطلبت الدراسة أيضاً الغوص في أحكامه، واستخلاص المبادئ منها؛ لتكون خير معين في فهم هذه النظريات، وإدراك مقاصدها، فكانت بحق كنزٌ لا ينضب بما تحمله من حلول عادلة للمتعاقدين مع الدولة ومنافع جلية للصالح العام على حدٍ سواء مستهدفة ضمان سير المرافق العامة وحسن أدائها.

و عليه فقد تضمن هذا الجهد المتواضع في الباب الأول منه، التعريف بالعقد الإداري ومعيار تمييزه عن عقود القانون الخاص، ثم عرض للتوازن المالي للعقد الإداري في الفكر المعاصر وفيه تم التعرف على نظرياته نشأةً وتطوراً، وكيف أنها جاءت لتوازن بين حقوق المتعاقد والتزاماته تجاه الإدارة التي تتمتع في العقود الإدارية بامتيازات واسعة، بهدف تسيير المرافق العامة، بانتظام واضطراد، وهي سلطة الرقابة والإشراف على تنفيذ العقد، وسلطة فرض الجزاءات على المتعاقد، وسلطة تعديل العقد. لذا فإن التوازن المالي للعقد الإداري ارتبط ارتباطاً وثيقاً بحق الإدارة في تعديل عقدها، وهو حق ليس له وجود في عقود القانون الخاص، ويعني التوازن العادل للالتزامات والحقوق في العقد الإداري، ومع تعدد آراء الفقهاء بشأن الأساس الذي تقوم عليه هذه النظريات، إلاّ أنها تنبع جميعها من مبادئ أخلاقية وعملية هي العدالة وحسن النية، والنية المشتركة، والطبيعة الذاتية للعقد الإداري وصلته بنشاط المرفق العام، وفي ذلك كله تحقيق للمصلحة العامة.

وفي الباب الثاني تناولت التوازن المالي للعقد الإداري في النظام والقضاء السعودي الذي يعتمد في قواعده وأحكامه، على الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي منذ بداية تأسيس المملكة العربية السعودية في أوائل القرن المنصرم، وظهر لنا بالدليل القاطع أن الشرع الحنيف، بنصوصه القرآنية الكريمة، وسنة نبيه الأمين - صلى الله عليه وسلم -، وإجماع علمائه، وبما استنبطوه من قواعد فقهية صالحة لكل زمان ومكان، يتسع أفقها ليشمل مبادئ نظريات التوازن وغاياته، بل تفوقت عليها في عموميتها وشموليتها، في جبر الأضرار ورفعها مثل قاعدة الضرر يزال، والمشقة تجلب التيسير، وقاعدة العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، وغيرها كثير من الأحكام والقواعد الشرعية التي تحث على العدل، ومنع الظلم ورفع الضرر وعدم الاعتداء، أو أكل أموال الناس بالباطل التي بمراعاتها توصف الأعمال

والتصرفات بالشرعية والجواز، وأنه بناءً على هذه القواعد فقد أجاز مجلس مجمع الفقه الإسلامي للقاضي تعديل الالتزامات العقدية، أو تأجيلها وتعويض المتعاقد، أو فسخ عقده حسب الأحوال، عند مواجهته ظروف طارئة غير متوقعة زادت أعباءه وتكاليفه، مؤدية إلى خسائر جسيمة غير معتادة، بسبب تقلبات الأسعار دون تقصير أو إهمال منه، وقد أبانت الدراسة بأن الفقه الإسلامي قد عالج نظريات التوازن المالي قبل القانون الوضعي بما يزيد على الألف عام، كحلول عملية لمسائل عديدة وإن سميت بأسماء مختلفة مثل (فسخ عقد الإيجار للأعذار، ووضع الجوائح في بيع الثمار، وتعديل العقد في حالة تقلب قيمة النقود) مع تفصيل لآراء المذاهب في كل حالة.

ولكون القضاء الإداري في المملكة يضطلع به ديوان المظالم وهو تطبيق معاصر لولاية المظالم في الإسلام، فقد تضمنت الدراسة إلقاء الضوء على هذه الولاية العظيمة، وتطورها التاريخي منذ عهد الرسول – صلى الله عليه وسلم- وخلفائه الراشدين والعصور الإسلامية التالية لهم، مع بيان شروط توليها وصلاحياتها، كذلك استشهدنا ببعضٍ من آيات الذكر الحكيم والسنة النبوية الشريفة لإثبات سند مشروعيتها، وذكرنا بعض مما روي من حوادث تطبيقاً لقضائها.

ولمّا كان القاضي الإداري يمتثل ويطبق الأحكام والقواعد الشرعية التي تأمر بالعدل وتحرّم الظلم، لذا يكون من اليسير عليه إنصاف المتعاقد في مواجهة الإدارة بإعادة التوازن لعقده عند تعرضه لحادث مفاجئ، أو صعوبات، أو ظروف غير متوقعة، وهو ما ظهر واضحاً للعيان عند دراسة أحكام الديوان المتعلقة بنظريات التوازن في الفصل الأخير من هذه الدراسة.

وفي المبحث السادس من الباب الثاني تعرضت بإيجاز إلى أحكام الفقه الإسلامي فيما يخص ثلاث مسائل تؤثر سلباً في رضاء المتعاقدين، وتجيز تعديل العقد، أو فسخه تحقيقاً للعدل وتوازن الالتزامات والحقوق بين المتعاقدين، وهي الغبن والتدليس وخيار العيب.

ثم جاء دور المهمة الأساسية للبحث وهي دراسة فكرة التوازن المالي للعقد الإداري في النظام والقضاء السعودي، وقد استلزمت مني الإطلاع على كافة الأنظمة واللوائح والتعليمات ذات العلاقة النافذ منها والملغي منذ تأسيس المملكة العربية السعودية على يد المغفور له الملك عبد العزيز في بداية القرن العشرين الميلادي، وكذلك قرارات مجلس الوزراء الصادرة بشأن العقود الإدارية، وعلى وجه الخصوص ما صدر منها بشأن تعويض المتعاقدين مع الدولة لأسباب خارجة عن إرادة المتعاقدين، وهي الحالات التي تقرر فيها نظريات التوازن المالي استحقاق المتعاقد لتعويض من الجهة الإدارية المتعاقدة، وتبرز أهمية هذه الفترة كون قضاء ديوان المظالم حسب نظامه السابق كان قضاءً مقيداً يلزم تصديق قراراته من جلالة الملك عند عدم موافقة الجهة الإدارية المعنية عليها، وقد انتهت هذه الفترة بصدور نظام ديوان المظالم الحالي عام ١٤٠٢هـ الموافق (١٩٨٢) إذ أصبح بموجبه قضاءً إدارياً مستقلاً ومفوضاً في إصدار أحكام نهائية.

وفيما يخص موقف المنظم السعودي من أحكام نظريات التوازن المالي للعقد الإداري، فقد اطلعت على نظامي المزايدات والمناقصات الصادرين عام ١٣٦١هـ الموافق (١٩٤١م) ووجدت في بعض نصوصهما إشارات غير مباشرة تمكن من تعويض المتعاقد مع الإدارة في حالات تعرضه لأضرار لأسباب مفاجئة وغير متوقعة لا يد له فيها ودون خطأ من الإدارة.

وبعد مرور نحو خمسة وعشرين عاماً صدر نظام جديد للمناقصات والمزايدات، أجاز تعديل الأسعار بعد التعاقد بما يتماشى مع أسعار السوق وقت التنفيذ، كما أقر هذا النظام حق المتعاقد مع الإدارة في احتساب فرق الرسوم والضرائب التي دفعها فعلاً عند تغير التعرفة الجمركية أو الرسوم الأخرى.

ثم صدر فيما بعد نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها، وهو (النظام النافذ حالياً) وقد ألغى كل ما يتعارض معه من أحكام مع استمرار نفاذ الأحكام التي لا تتعارض معه من النظام السابق، وفيه أكد المنظم السعودي على موقفه السابق من الأخذ ببعض أفكار ومبادئ نظريات التوازن المالي مثل إثبات حق المتعاقد في الإعفاء من غرامة التأخير في حالة القوة القاهرة، أو الحدث الطارئ في عقود الأشغال العامة وعقود التشغيل والصيانة وعقود الأعمال الاستشارية، وأجاز تمديد العقد إذا كان التأخير بسبب تكليف المتعاقد بأعمال جديدة، كما أكد النظام موقفه تجاه توفير المعلومات الكاملة للمتعاقد، بل أضاف نصاً يلزم الإدارة بتقديم هذه المعلومات لجميع المتنافسين وفي وقت واحد؛ لتحقيق العدل والمساواة بينهم، كما ألزم المتعاقد بالتحري بنفسه قبل تقديم عرضه عن طبيعة العمل وظروفه، وأثبت حق الإدارة في تعديل العقد بالزيادة، أو النقص في حدود ٢٠% من قيمة العقد في المادة (٢٥) من لائحته التنفيذية، وهي تماثل نص المادة (٢٩) من النظام السابق، ثم صدر تعديل لهذه المادة بإنقاص نسبة حق الإدارة في زيادة الأعمال بعد التعاقد من ٢٠% إلى ١٠% لتجنيب ميزانية الجهة الحكومية أعباء إضافية، ولتحفيز الجهات القائمة على إعداد المشروع وتخطيطه، في حساب التكاليف بصورة دقيقة قبل ترسية المشروع.

ونظراً لكون ديوان المظالم في ظل نظامه السابق لا يملك صلاحية القضاء المفوض، كما أن نظام مجلس الوزراء يخول المجلس الهيمنة الكاملة على قضايا الإدارة والاختصاص في الأمور المالية للدولة، فقد أصدر المجلس العديد من القرارات التي تضمنت تعويضات لمقاولين مُنوا بخسائر نتيجة ظروف طارئة أو إجراءات إدارية، أو صعوبات مادية غير متوقعة لم يكن لهم دور في حصولها، ولم يكن بإمكانهم تجنبها.

ثم قمت بتصنيف ثلاثة نماذج من هذه القرارات لكل حالة من حالات نظريات التوازن المالي الثلاثة.

وبدراسة أحكام ديوان المظالم الصادر في قضايا تعويض المقاولين في حالات اختلال توازن العقد الإداري، لأسباب مفاجئة، وغير متوقعة من الطرفين، تبيّن لي وجود عاملين مؤثرين تعذر على الديوان بوجودهما إصدار أحكام نهائية في هذه المنازعات، أولهما: كون الديوان بموجب نظامه السابق لا يملك اختصاص إصدار أحكام نهائية فيما يعرض عليه من منازعات سوى تلك الصادر بها نظام خاص، أو قرارات من مجلس الوزراء تضمنت منحه هذه الصلاحية، ولم تكن قضايا التوازن المالي منها. وثانيها: صدور قرار مجلس الوزراء رقم ٨١٨ في ١٣٩٦/٥/١٧هـ الموافق (١٩٧٦/٥/١٦م) بقصر اختصاص الديوان في إصدار أحكام نهائية في قضايا تعويض المقاولين على تلك التي يثبت فيها تقصير الجهة الإدارية فقط، بالإضافة إلى صدور قرارات سامية تالية تؤكد هذا الحظر.

وبما أن ديوان المظالم قد منح بموجب نظامه الحالي الصادر عام ١٤٠٢هـ الموافق (١٩٨٢م) صلاحية إصدار أحكام نهائية في منازعات العقود الإدارية، وفقاً للمادة الثامنة فقرة (١/د) منه، لذا فقد تطلب الأمر تقسيم دراسة هذه الأحكام إلى فترتين، الأولى: هي تلك الصادرة أثناء سريان نظامه السابق، والثانية: للأحكام الصادرة بعد نفاذ نظامه الحالي.

وبتأمل الأحكام الصادرة في الفترة الأولى تبيّن لي بأنها التزمت بتطبيق القرار ٨١٨ على ما تضمنته من منازعات بأن يكون طلب التعويض مبنياً على الادعاء بوجود أضرار ناشئة عن تقصير الجهة الإدارية.

ويجدر التنويه هنا إلى أمرين أولهما: بأن اللجان تقتصر في حكم التعويض على الأضرار المباشرة فقط، أمّا الأضرار غير المباشرة والربح الفائت، فإنها لا تعوض عنها؛ لأنها برأيها من قبيل تسلسل النتائج، وغير محققة الوقوع وبدون مستندات كافية للإقناع. وثانيهما: هو أن اللجان قد توسعت في تفسيرها للتقصير المقصود في القرار ٨١٨ ليشمل بين ما يشمل

حالات عديدة تدخل في نطاق حق الإدارة وسلطاتها في التعديل، والإشراف والتوجيه على عقودها الإدارية، حتى بات من المألوف توصيف بعض أحكامها بأكثر من وصف، ففي حين تكيف الواقعة من اللجنة باعتبارها خطأ من الإدارة أوجب التعويض، يجد المتأمل لهذه الأحكام بأنها تندرج تحت وصف إحدى نظريات التوازن المالي على التفصيل الوارد في موضعه.

وبعد دراسة ما أصدره الديوان من أحكام خلال بضع سنوات سابقة على صدور نظامه الحالي مما تم نشره ضمن مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية التي قررتها لجنة تدقيق القضايا أمكن تصنيف ثلاث مجموعات تُكيّف كل مجموعة منها على أنها تطبيق لإحدى نظريات التوازن المالي حسبما دلت عليه من وقائع.

ثم حصل تطور هام بصدور قرار مجلس الوزراء رقم ٢٥٨ بجلسته المنعقدة في ١٤٢١/١/١٩هـ الموافق (٢٠٠٠/٤/٢٣م) منهياً مرحلة التفسير الخاطئ بحصر اختصاص الديوان في قضايا تعويض المقاولين بتلك التي تنطوي على خطأ منسوب للإدارة تسبب في الإضرار، مقرراً اعتبار القرار رقم ٨١٨ ملغياً منذ نفاذ النظام الحالي وإطلاق اختصاص الديوان بأثر رجعي وفقاً لما هو مقرر في نظامه بإصدار أحكام نهائية في منازعات العقود الإدارية.

وبديهي أن هذا القرار هو كاشف لاختصاص الديوان وليس مقرراً له، وقد زال على أثره الحظر السابق، وبدأت تصدر الأحكام التي تحتوى على مبادئ، وأفكار نظريات التوازن المالي.

نتائج البحث وتوصياته

من خلال استعراضنا للنصوص النظامية الصادرة بشأن الحالات والظروف المفاجئة التي تجيز إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير، وتعويضه عن خسائرها تبيّن أن المنظم السعودي قد قَنّن بعض أفكار نظريات التوازن المالي للعقد الإداري منذ ما يزيد على الأربعين عاماً انطلاقاً من تعاليم وأحكام الشرع الحنيف التي تتوافق معها أهداف النظريات الحديثة موضوع البحث، وقد عزز هذا التوجه قرارات مجلس الوزراء والتعاميم واللوائح والنماذج المعتمدة لعقود الأشغال العامة والتشغيل والصيانة والنظافة التي تضمنت ملامح لهذه الأفكار.

ولأسباب تتعلق بالاختصاص، فقد شهدت الفترة السابقة على صدور نظام الديوان الحالي تولي مجلس الوزراء مهمة البت في مطالبات تعويض المتعاقدين مع الجهات الإدارية بسبب ظروف طارئة، أو إجراءات إدارية مفاجئة، أو صعوبات مادية أدت إلى خسائر، قرر فيها المجلس التعويض عنها (كما تم تفصيله في موضعه).

ولعدم منح الديوان صلاحية إصدار أحكام نهائية في نظامه السابق، واستمرار مشكلة الاختصاص في قضايا التوازن المالي بعد صدور نظامه الحالي، ((رغم وجود نص صريح يعطيه هذا الحق)) بسبب تفسير الديوان للقرار رقم ٨١٨ باعتباره الاستثناء الوحيد الذي يعطيه اختصاص إصدار أحكام نهائية في قضايا التعويض عند ثبوت تقصير من الجهة الإدارية، أما فيما عدا ذلك فلا بد من صدور إذن خاص من المقام السامي للديوان بنظر تلك المطالبات، لذا فقد ظهر نقص ملحوظ في عدد أحكام الديوان التي انتهت بتعويض المقاولين عن أضرارهم عند اختلال الميزان المالي لعقودهم لأسباب طارئة غير متوقعة دون ثمة خطأ منسوب للإدارة .

إلاّ أن مسألة الاختصاص المعقد للديوان انتهت حتماً بالتفسير الرسمي لنص ديوان المظالم النافذ بصدور قرار مجلس الوزراء الأخير بجلسة ١٤٢١/١/١٩هـ الموافق (٢٠٠٠/٤/٢٣م) فاتحاً الباب لنظر قضايا التعويض الناشئة عن اختلال توازن العقد المالي لأسباب غير متوقعة، للفصل فيها بأحكام قضائية من الديوان بدأت طلائعها في الصدور خلال السنوات الثلاثة الأخيرة.

ومع وجود النصوص النظامية ذات التأصيل الشرعي والتي تتوافق مع نظريات التوازن المالي إلى جانب ما أظهرته العديد من الأحكام القضائية من دراية وسعة إطلاع قضاتها على آراء الفقه والقضاء الإداري المعاصر بشأن هذه النظريات وغاياتها، وحسم مسألة الاختصاص مؤخراً، فإنه يمكن القول بأن المرحلة القادمة سوف تشهد صدور الكثير من الأحكام التي تصب في صالح المقاولين المتضررين من ظروف، أو إجراءات، أو صعوبات مفاجئة، وغير متوقعة ولا يد لهم فيها أدت إلى تحملهم خسائر، وأضرار أثناء تنفيذ عقودهم الإدارية، تقرر لهم التعويض العادل عنها لتعيد التوازن المالي إلى عقودهم، وتعينهم على مواجهة أعبائهم المالية، ولتحفزهم على الاستمرار في الوفاء بالتزاماتهم التعاقدية في إنشاء وتشغيل وصيانة المرافق العامة، وبأسعار وأجور مناسبة، خالية من المبالغة، أو الاحتياط للظروف والمفاجآت، بعد أن ضمنوا وقوف الجهة الإدارية المتعاقدة معهم ومشاركتهم في تحمل الأضرار المادية الناتجة عن هذه الحالات.

وبدراسة أحكام الديوان ذات العلاقة بفكرة التوازن المالي للعقد فقد ظهر لي عدة أمور أوجزها فيما يلي :-

١- أولها استقرار قضاء الديوان على عدم الحكم بالتعويض عن الربح الفائت للمتعاقد بسبب الظروف الطارئة، أو الصعوبات والإجراءات غير المتوقعة، عند احتساب التعويض عن الخسائر التي مني بها المتعاقد نتيجة لها، باعتبار أن هذا الربح هو أمر غير مؤكد

الحـ ـل، وهو من باب تسلسل النتائج التي لا يمكن التحقق من مقداره، وأساس ذلـك أن الأحكام تبنى على اليقين والقطع، وأن الظن لا يغني عن الحق شيئاً، والقاعـدة هـي إذا تطرق الشك إلى الاحتمال سقط به الاستدلال. وهذا اتجاه حسـن يتماشـى مـع القواعـد الشرعية، وينسجم مع غايات نظريات التوازن المالي التي يقصد بها مساعدة المتعاقد على إقالة عثرته، بسبب ظروف مفاجئة ليتمكن من الاستمرار في خدمة المرفق العام، فضـلاً عن أن هذه النظريات تعالج حالات استثنائية نادرة، غرضها التخفيف على المتعاقـد مـن آثار هذه الظروف، بالحد من خسائره دون تقرير أرباح احتمالية له لا وجـود لهـا فـي الواقع، ولا أدل على ذلك من اقتصار تعويض المتعاقد في نظرية الظروف الطارئة بـإلزام الجهة الإدارية في مشاركته بتحمل جزء من أضراره الناتجة عن الظرف الطارئ فقط.

٢- والأمر الثاني خاص بالصعوبات المادية غير المتوقعة، فقد تبيّن ممـا سـبق أن قضـاء الديوان لا يحرم المتعاقد من التعويض عن هذه الحالة حتى عند وجود نص تعاقدي يقضي بعدم المطالبة بالتعويض عند حصولها، معتبراً أن هذا النص قصد فيه الطرفان الصعوبات المادية العادية، أمّا تلك الصعوبات الاستثنائية، فإن حق المتعاقد في الحصول على تعويض عن أضرارها ثابت، لا ينال منه وجود مثل هذه النصوص؛ لأنهـا لـم تكـن معروفـة أو متوقعة، بل لا يتأتى للطرفين معرفة ذلك إلاّ بعد اكتشافها. وأرى أن تفسير الديوان هذا في محله إذ إنه يتفق مع موقف القضاء الإداري المعاصر، وينسجم مع أحكام الشريعة التـي تمنع الغرر والغبن، وهو يصب في مصلحة المتعاقد، ويرفع الضرر عنه في مواجهة هذه الصعوبات، ومن شأنه أن يعيد التوازن للعقد المختل، وفـي ذلـك درء مفسـدة، وجلـب مصلحة وتحقيق للعدل وخدمة للمرفق العام.

٣- والأمر الثالث هو أنه كما هو معلوم فإن نظرية الظروف الطارئة تنفرد عن نظريات التوازن المالي الأخرى بأنها تتطلب من بين ما تتطلب من شروط أن يلحق المتعاقد خسارة جسيمة من شأنها قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب في حين أن نظريتي عمل الأمير والصعوبات الاستثنائية غير المتوقعة لا تتطلب هذا القدر الكبير من الخسائر، وإنما يكفي لتطبيقهما أن يحدث الضرر أياً كان حجمه من جراء الظرف، أو الصعوبة المادية، أو إجراء السلطة غير المتوقع، خسارة تؤدي إلى الإخلال باقتصاديات العقد، وقد أدى شيوع معيار الضرر الجسيم إلى تضمن بعض من أحكام ديوان المظالم ما يفيد عدم انطباق نظرية الظروف الطارئة؛ لتخلف هذا الشرط مع أنه قضى بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالمتعاقدين مع جهات إدارية مؤسساً ذلك على قواعد شرعية ونصوص نظامية وعقدية[1] .

وهذا الشرط بحاجة لإعادة النظر فيه لعدة أسباب هي أولاً: صعوبة الاتفاق على تحديد معيار واضح للخسارة الجسيمة، وثانيهما: هو أن مشاركة الإدارة في التعويض عن الخسارة عند تحقق هذا الشرط هي جزئية لا تشمل كل الأضرار، وبالتالي فإن التمسك بهذا الشرط من شأنه تحميل المتعاقد كافة الأضرار الناشئة عن الظرف الطارئ عند عدم إثبات الخسارة الجسيمة أمام القضاء، وفي أحسن الأحوال بعد إثبات جسامة الضرر سوف يتحمل المتعاقد جزءاً منها. والسبب الثالث: الذي يرجح عدم الأخذ بمعيار الخسارة الجسيمة هو أن القول بارتباط التعويض بالخسارة الجسيمة سوف يفوت الغرض الذي تستهدفه النظرية وهو مد يد العون للمتعاقد المنكوب لتجاوز الصعوبات التي خلفها الظرف الطارئ وأثر ذلك على ديمومة واستمرار المرفق العام بحجة واهية هي كون الخسارة غير جسيمة (وربما تكون أقل منها بقليل) وهو أمر لا يتفق مع مبدأ التوازن المالي، وما يرمي إليه من إعادة

---

[1] ص ٣٩٠ من هذه الدراسة.

التكافو والتوازن للعقد المختل بفعل مثل هذه الظروف فضلاً عن أن هذا الشرط لا يتفق مع القواعد الشرعية في إزالة الضرر، ومبادئ العدل، وحسن النية في تنفيذ العقود، وما تقره ايضا نظريات التوازن الأخرى في هذا الشأن. وبرأينا أنه يكفي في هذه الحالة أن يكون مقدار الخسارة الناشئة عن الظرف الطارئ خسارة استثنائية غير عادية وبقدر ملموس على غرار المعيار المعتمد للخسارة الناشئة بسبب إجراء السلطة الإدارية والصعوبات المادية الاستثنائية.

٤- اما الأمر الرابع: فهو يتعلق بتحديد الجهة الإدارية مصدرة الإجراء المسبب للفعل الضار لإمكان تطبيق نظرية عمل الأمير عليه، فقد رأينا انقسام الفقه والقضاء ما بين موسع يعممه على كل أجراء صادر من سلطة عامة، ومضيق يقصره على الجهة الإدارية المتعاقدة، بل لم يسلم من ذلك قضاء مجلس الدولة في كل من فرنسا ومصر، فبعد أن كانا يأخذان بالمفهوم الواسع للنظرية، تخليا سريعاً عنه بقصر الإجراء المسبب للضرر على ذلك الصادر من الجهة الإدارية المتعاقدة، وهو أمر يدعو للتأمل والمراجعة، إذ لا مبرر لهذه التفرقة إزاء حقيقة مسلم بها فقهاً وقضاءً، هي أن الدولة بكل وزاراتها وإداراتها ومؤسساتها وأجهزتها كيان واحد مستقل لشخص معنوي واحد، وذمة مالية واحدة، مهما تعددت مسمياته [1] وأياً ما كان مصدر الإجراء فإن ما يبرر التعويض هو الضرر الخاص ذاته الذي أصاب المتعاقد الذي لا يشاركه فيه غيره ممن مسهم الإجراء الإداري، وأهداف النظرية تتطلب عدم قصره على الجهة الإدارية المتعاقدة فقط، ولا ينال من هذا الرأي القول بأن العلاقة التعاقدية في العقد الإداري قائمة بين الجهة الإدارية التي أبرمت العقد

---

[1] ورد مثل هذا الرأي في حكم الدائرة الإدارية رقم ٣/د/١/٩٣ لعام ١٤٢٤هـ الموافق (٢٠٠٣م) ص ٣٩٢ وما بعدها من هذه الدراسة.

والمتعاقد إذ إن الشخصية المعنوية الواحدة للدولة وذمتها الماليـــة تجعـــل مـــن أعضـــاء الحكومة ورؤساء الهيئات والمؤسسات العامة، ومعاونيهم هم من يباشرون أعمال الدولة بالنيابة القانونية عنها وفقاً لصلاحياتهم، وفي نطاق مبدأ المشروعية، والعقد الإداري في حقيقته أحد أطرافه الدولة وإن تعددت أسماؤها، أو صفات من يمثلها فيه وبالتالي فإن أعمال السلطة أياً كان مصدرها هي بمثابة إجراء صادر من الجهة الإدارية المتعاقدة فـــي واقـــع الأمر.

التوصيات

١- ضرورة الإسراع في اتخاذ الإجراءات النظامية اللازمة لتفرغ الديوان لمهمته الأساسية باعتباره قضاءً إدارياً مستقلاً يختص بإصدار أحكام قضائية نهائية ونافذة في القضايا الإدارية عموماً، بعد أن تشعبت اختصاصاته، وتنوعت في مسائل عديدة لا تمت بصلة لاختصاصه الأصيل مثل القضايا التجارية، والجنائية، وغيرها ليتسنى له القيام بمهامه على خير وجه، لاسيما وقد تراكمت عليه القضايا كماً ونوعاً، وامتدت مواعيد جلساتها لعدة شهور، واستغرق نظر بعضها السنوات، فأرهق ذلك القاضي والمتقاضي، ولاح الأمل في إنهاء هذه المعضلة في الأمر الملكي الكريم رقم أ/١٤ وتاريخ ١٤٢٦/٢/٢٣هـ الموافق (٢٠٠٥/٤/٣م) الموقع من الملك فهد بن عبد العزيز آل سعود (يرحمه الله) بالموافقة على الترتيبات التنظيمية لأجهزة القضاء، وفض المنازعات التي أوصت بها اللجنة الوزارية للتنظيم الإداري، وتشمل هذه الترتيبات من بين ما تشمل إنشاء محاكم تجارية ومحاكم جزائية متخصصة، ومحاكم عمالية، ومحاكم للأحوال الشخصية ومحاكم استئناف... إلى غير ذلك من تنظيمات من شأنها سحب الاختصاصات المؤقتة المسندة حالياً للديوان وبالتالي تخفيف العبء عنه، وتمكينه من مباشرة مهامه الأصلية.

٢- دعم الديوان بالعدد الكافي من القضاة والإداريين المؤهلين للاضطلاع بمهامهم على الوجه الأكمل، وتكثيف عقد الدورات التدريبية والندوات والمحاضرات الدورية لأعضائه ومدهم بالمعلومات الضرورية عن أحدث التطورات والمبادئ في فقه وقضاء القانون الإداري المعاصر واستضافة أساتذة القانون والقضاة المختصين من البلاد التي تتميّز بتجربتها القضائية في هذا الشأن، لإلقاء المحاضرات والاستفادة من معلوماتهم وتجاربهم في هذا الميدان.

٣- إقرار مبادئ نظريات التوازن المالي وتقنينها في نصوص نظامية ملزمة رغم ما قد يبدو للبعض من أن الأخذ بما تقرره نظريات التوازن المالي للعقد الإداري من تعويضات للمتعاقدين تدفعها الدولة، من شأنه زيادة الأعباء المالية على ميزانية الدولة، في حين أنه على العكس من ذلك فإن ترسيخ مبادئ وأفكار هذه النظريات سوف يؤدي إلى تحقيق الوفر المالي لأموال الدولة، ذلك أنه فضلاً عن العديد من القواعد الشرعية السابق بيانها التي تحث على الأخذ بها، فإن اعتبارات عملية وواقعية، تجعل منها ضرورة لازمة للنهج الاقتصادي السليم، علاوة على أنها سوف تؤدي بقطاع المقاولات عموماً إلى الإحساس بالاطمئنان الكامل من موقف الجهة الإدارية المتعاقدة في دعمه مادياً، عند مواجهته للمفاجئات الضارة غير المتوقعة التي تقررها نظريات التوازن المالي، حيث تغطي خسائره غير العادية، بحكم النظام، وبالتالي سوف يكون في مأمن من هذه المخاطر، ولن يوجد لديه أي مبرر لاحتساب أية مبالغ احتياطية في عطاءه لهذه الظروف، مهيئاً ذلك للدولة الحصول على أسعار أقل للمواد وأجور الخدمات في مشاريعها العامة، مما يمكنها من تنفيذ عقودها الإدارية بكلفة معقولة ومناسبة خالية من أية مبالغات في الأسعار والأجور، بل تقي الدولة من مخاطر توقف مشاريعها وما يتبعه من منازعات تبذل فيها الجهة الإدارية الجهد والوقت والمال علاوة على تعطيل مشاريعها وتوقف مرافقها العامة وخدماتها وبالتالي حرمان المنتفعين منها عند حصول تلك الظروف، والمفاجئات الضارة وما يتبعها من مطالبات وقضايا.

كما سوف يساهم ذلك في جذب وتشجيع المقاولين الجادين من أصحاب الخبرات والإمكانيات المادية، والبشرية للمشاركة في دفع عجلة التنمية، بالدخول في تعاقدات مع الدولة بأسعار مدروسة وملائمة لواقع السوق ومتطلباته.

وتعزيزاً لهذا التوجه ودعماً له في الوصول لهذا الهدف السامي، فإنه ينبغي عند تقنين أفكار ومبادئ نظريات التوازن المالي، تأكيد ما ورد في بعضها من استفادة الجهة الإدارية في حالة خفض الضرائب والرسوم، وأن يشمل ذلك حالة انخفاض الأسعار والأجور من الوفورات الناتجة عنها لصالح مالية الدولة إذا كانت بقدر ملموس وواضح.

٤- أوصي بإجراء تعديل على نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها يتم فيه الأخذ بمبادئ وأحكام نظريات التوازن الثلاثة لتطبيقها على العقود، الإدارية وأن يحدد مضمونها وقواعد التعويض عنها والحالات التي تجيز تمديد العقود والإعفاء من غرامات التأخير عند تحقق شروطها، وأن يتم ذلك بعد دراسة فنية متخصصة تراعى فيها مقاصد وأفكار هذه النظريات وضوابطها الشرعية في ضوء تطورات الفقه والقضاء الإداري المعاصر. علماً أن المنظم السعودي قد قنّن العديد من أحكام نظريات التوازن المالي للعقد الإداري كما مرّ بنا عند بحث النظريات في النظام السعودي مما كان له الأثر الوقائي في الحد من حالات الصعوبات المادية غير المتوقعة التي تواجه المقاولين مع الدولة، وبعد أن اتضح من دراسة وتحليل نظريات التوازن، بأنها تتوافق مع تعاليم الإسلام من حيث المضمون والأثر والغاية، ولغرض تحقيق العدل والمساواة للمواطنين أمام القضاء، وتجنيبهم مخاطر اجتهادات قضائية فردية من حيث استحقاق التعويض ومداه، الأمر الذي من شأنه أن يساهم بإذن الله في تحسين سير المرافق العامة وتحقيق الصالح العام.

٥- تفعيل نص المادة (٤٧) من نظام الديوان التي تنص على أن يقوم الرئيس في نهاية كل عام بتصنيف الأحكام التي أصدرتها دوائر الديوان، ومن ثَم طبعها ونشرها في مجموعات. ولقد افتقد المختصون والمهتمون هذا المصدر الهام للمعلومات منذ ما يزيد على العشرين عاماً رغم الحاجة الملحة له، والتي لا غنى عنه للقضاة والمستشارين

والمحامين، وأساتذة الجامعات وطلاب العلم، من الرجوع إليها والاستفادة منها فيما يواجهونه من قضايا ومعضلات وأبحاث ودراسات، فهي خير زاد ومعين للباحث، ودعم وإثراء للمكتبة السعودية، بل وللمكتبة العربية والعالمية أيضاً التي تفتقر للمعلومة الصحيحة عن قضائنا الإسلامي، وركائزه القائمة على العدل، ومحاربة الظلم، ومنع الاعتداء وجبر الضرر، والمساواة بين جميع البشر، دون تمييز للون، أو عرق أو معتقد؛ امتثالاً لأوامر الشرع الحنيف. ويكتسب هذا الأمر أهمية خاصة في الوقت الحاضر لمواجهة الحملات الظالمة التي تهدف إلى الإساءة للإسلام في العديد من البلدان.

ولنا وطيد الأمل بأن تحظى هذه التوصيات بالاهتمام والدراسة من الجهات المختصة في عهد خادم الحرمين الشريفين الملك عبد الله بن عبد العزيز حفظه الله لما عرف عنه من عمل دؤوب متواصل لكل ما من شأنه خدمة الوطن، وتلبية حاجات أبنائه ورفعة شأنهم، وبذل كل جهد ومال للنهوض بالأمة وتحقيق آمالها. والمستقبل الواعد يتمثل في إنجازاته المتلاحقة التي أصبحت من السمات المميزة لهذا العهد الزاهر أذكر منها (ما له علاقة بموضوع دراستنا على سبيل المثال)، أوامره السامية في إعادة تنظيم القضاء بإنشاء محاكم متخصصة مع تعدد درجات التقاضي لتأمين وصول الحقوق لأصحابها، وتيسير إجراءات التقاضي وتذليل الصعاب والعقبات أمام القضاة والمتقاضين للحكم بشرع الله، ونشر العدل والأمان في ربوع الوطن، وأوامره الكريمة التي حملت بشائر الخير بدعم ميزانيات صندوق التنمية العقاري وبنك التسليف وصندوق التنمية الصناعية وغيرها من المرافق العامة ذات العلاقة بخدمة المواطنين بمبلغ ثلاثين مليار ريال لرفع كفاءتها وتمكينها من القيام بمهامها جزاه الله كل خير وأيده بنصره وتوفيقه.

ملحق

بشأن نظام المنافسات والمشتريات الحكومية

بعد أن أنهيت كتابة هذه الرسالة صدر نظام جديد سُمي بنظام المنافسات والمشتريات الحكومية بموجب قرار مجلس الوزراء رقم (٢٢٣) وتاريخ ١٤٢٧/٩/٢هـ الموافق (٢٠٠٦/٩/٢٤م) وقد نصت المادة الحادية والثمانون منه على أن يحل هذا النظام محل نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها، ويلغي كل ما يتعارض معه من أحكام، ويعمل به بعد مرور مئة وعشرين يوماً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية. وقد تم نشره في العدد رقم (٤١٢٢) من جريدة أم القرى الصادر في ١٩ شوال ١٤٢٧هـ الموافق (٢٠٠٦/١١/١٠م) وبالتالي سوف يُطبق اعتباراً من ١٨ صفر ١٤٢٨هـ الموافق (٢٠٠٧/٣/٧م).

ولم يأتِ هذا النظام بجديد فيما يخص موضوع البحث باستثناء أنه أجاز في الفقرة (ج) من المادة (٥٢) منه للوزير المختص، أو رئيس الدائرة المستقلة تمديد العقد إذا كانت الاعتمادات المالية السنوية للمشروع غير كافية لإنجاز العمل في الوقت المحدد، ويعني ذلك إعطاء المتعاقد مع الإدارة وقتاً إضافياً للتنفيذ في حالة عجز الإدارة عن صرف مستحقاته في مواعيدها بسبب عدم توفر السيولة لديها مما سوف يقلل من مخاطر اختلال توازن العقد. وكذلك تضمن النظام في المادة (٣٦) منه حق الإدارة في تعديل العقد بالزيادة ١٠% والتخفيض ٢٠% بعد أن اقتصر وجوده على اللائحة التنفيذية في النظام السابق. كما تميّز النظام الجديد بما ورد في الفقرة (ب) من المادة الثلاثين منه التي ألزمت الإدارة بتسليم موقع العمل للمتعاقد خلال ستين يوماً من تاريخ اعتماد الترسية، أما المادة (٤٣) منه فقد نصت على زيادة، أو تخفيض قيمة العقد عند تعديل التعرفة الجمركية، أو الرسوم أو الضرائب، أو المواد أو الخدمات المسعرة رسمياً بالزيادة أو النقص بعد تاريخ تقديم العرض، وهو ما يشابه نص المادة (٢٧) من نظام المناقصات لعام

١٣٨٦هـ الموافق (١٩٦٦م) (النظام الأسبق)، ومع أن النظام السابق خلا من هذا النص، إلاّ أنه كان معمولاً به لكونه لم يلغِ من أحكام النظام الأسبق إلاّ ما يتعارض مع أحكامه بالإضافة إلى أن المادة الستين من أنموذج عقد الأشغال الموحد الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم ١٣٦ تاريخ ١٤٠٨/٦/١٣هـ الموافق (١٩٨٨/٢/١م) قد تضمن مثل هذا النص، غير أن النظام الجديد امتاز بأن أضاف إلى جانب تعديل التعرفة الجمركية والرسوم والضرائب، المواد أو الخدمات المسعرة رسمياً، وبهذا فقد أصبح النص أوسع بأن شمل مواد وخدمات لم يكن يشملها النص السابق مثل الكهرباء والماء والمحروقات البترولية والغاز... إلخ، وفيما عدا ذلك فقد وردت مواده ذات الصلة بالبحث شبيهة بمثيلاتها من مواد النظام السابق على النحو التالي:

المادة الأولى والرابعة من النظام الجديد تُلزم كل منهما الجهة الإدارية المتعاقدة بتوفير المعلومات العادلة الكاملة عن العمل المطلوب في وقت واحد للمتعاقدين تحقيقاً لمبدأ تكافؤ الفرص وهو يماثل ما ورد في الفقرة (ب) من المادة الأولى من النظام السابق. والمادتان الحادية والخمسون والثانية والخمسون أجازتا للإدارة تمديد العقد والإعفاء من الغرامة إذا كان التأخير ناتجاً عن ظروف طارئة، أو سبب أجنبي خارج عن إرادة المتعاقد وهما بخلاف الفقرة (ج) المنوه عنها أعلاه يماثلان نص المادة التاسعة من النظام السابق.

غير أنه يؤخذ على النظام الجديد إغفاله النص على الأحكام التي تكفل التوازن المالي للعقد الإداري، ومن ذلك ما كانت تقضي به المادة الخامسة من نظام المناقصات الأسبق من جواز النص في العقد على تعديل الأثمان المتفق عليها بنسبة ما يطرأ أثناء التنفيذ على أسعار المواد وأجور العمال من ارتفاع، مع أن هذا النص لا زال يعتبر نافذاً حيث إنه لم يخالف ما ورد في النظاميين اللاحقين عليه من أحكام، ولعل اللائحة التنفيذية للنظام المنصوص عليها في مادته الثمانين سوف تتدارك هذا القصور.

قائمة المراجع والمصادر

■ **القران الكريم:**

■ **كتب الحديث:**

- سنن ابن ماجة - الحافظ أبي عبد الله محمد القزويني – حققه محمد مصطفى الأعظمي -الجزء الثاني – شركة الطباعة العربية السعودية المحدودة - الطبعة الثانية ١٤٠٤هـ /١٩٨٤م.
- سنن ابن ماجة – الحافظ أبي عبد الله محمد القزويني - دار ابن حزم للطباعة والنشر – بيروت الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ ٢٠٠١م.
- سنن أبي داوود - صنفه وجمعه الإمام الحافظ أبو داود بن الأشعث بن إسحاق -الجزء الثاني - الطبعة الثانية - مطبعة البابي الحلبي و أولاده بمصر طبعة ١٤٠٣ه – ١٩٨٣م.
- صحيح البخاري - أبو عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري - المكتبة الإسلامية استانبول – تركيا.
- مختصر صحيح مسلم – للإمام أبي الحسين مسلم بن الحجاج - حققه محمد ناصر الألباني - دار الكتب العلمية الجزء السادس عشر - المكتبة الإسلامية – استانبول – تركيا طبعة ١٩٨١م.
- فتح الباري بشرح صحيح الإمام البخاري - الإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني –المجلد السادس - مكتبة الرياض الحديثة.

■ **معاجم:**

- القاموس المحيط –مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي –دار الفكر بيروت – طبعة ١٤١٥هـ ١٩٩٥م.
- لسان العرب لابن منظور – المجلد الثالث – دار صادر بيروت – الطبعة الثالثة ١٤١٤هـ ١٩٩٤م.

■ **كتب الفقه وأصوله:**

- ابن سعد – الطبقات الكبرى – الجزء الرابع طبعة ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م – دار صادر بيروت.
- أبو إسحاق الشاطبي - الموافقات في أصول الشريعة -المجلد الأول – دار المعرفة - بيروت.
- أبو الحسن علي بن محمد الماوردي – الأحكام السلطانية – دار الكتب العلمية – بيروت لبنان.
- أبو حامد الغزالي - المستصفى الجزء الأول - طبعة دار الكتب العلمية ١٤٠٣هـ -١٩٨٣.
- الإمام أبو زكريا يحيى بن شرف النووي –رياض الصالحين - دار المأمون للتراث – الرياض -١٤٠٢هـ ١٩٨٢م
- أبو عبد الرحمن عبد المجيد جمعة الجزائري - القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب إعلام الموقعين العلامة ابن القيم الجوزية - الطبعة الأولى – دار ابن القيم للنشر – الدمام – ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م.
- أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المغني–على مختصر أبي القاسم عمر بن حسين بن عبد الله ابن أحمد الحزقي –الجزء الرابع - مكتبة الرياض الحديثة.

- د./ أحمد جابر بدران – عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي بين النظرية و التطبيق - إصدار بنك الكويت الصناعي العدد ٧٢ - مارس ٢٠٠٣م.
- أحمد عبد الله القاري – مجلة الأحكام الشرعية علي مذهب الإمام أحمد بن حنبل الشيباني – دراسة و تحقيق د./ عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان و د./ محمد إبراهيم أحمد علي – الطبعة الأولى – مطبعة تهامة - الرياض.
- د./ أحمد موافي -الضرر في الفقه الإسلامي - المجلد الأول – دار بن عفان - الخبر الطبعة الأولى ١٤١٨هـ الموافق (١٩٩٧م).
- د./ السيد أحمد خليل – التشريع الإسلامي - دار المعارف طبعة ١٩٦٦.
- السيد سابق - فقه السنة - المجلد الثالث – دار الكتاب العربي - بيروت طبعة ١٩٧١ م.
- بهاء الدين عبد الرحمن المقدسي –العدة في شرح العمدة - الناشر مكتبة الرياض الحديثة.
- سليم رستم باز – شرح مجلة الأحكام العدلية –الطبعة الثالثة – المطبعة الأدبية – بيروت سنة١٩٢٣م.
- شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية –إعلام الموقعين عن رب العالمين - الجزء الأول – دار الجيل للنشر و التوزيع – بيروت – طبعة ١٩٧٣م.
- شمس الدين الأسيوطي – جواهر العقود –الجزء الأول - الطبعة الثانية.
- شمس الدين السرخسي – المبسوط المجلد السادس – دار المعرفة للطباعة و النشر بيروت ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م.
- د./ شوكت محمد عليان - السلطة القضائية في الإسلام - دار الرشيد للنشر و التوزيع – الرياض الطبعة الأولى – ١٤٠٢هـ ١٩٨٢م.
- د./ شوكت محمد عليان – قضاء المظالم في الإسلام –الطبعة الثانية – جامعة الرياض – ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م.
- د./ صالح بن غانم السدلان - القواعد الفقهية الكبرى و ما تفرع عنها - الطبعة الثانية ١٤٢٠ هـ - ٢٠٠٠م.
- عبد الرحمن الجزيري - الفقه علي المذاهب الأربعة –الجزء الثاني - قسم المعاملات – توزيع دار الفكر ١٩٧٢ م.
- عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي الحنبلي –حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع – المجلد الرابع الطبعة السابعة – ١٤١٧هـ -١٩٩٧م.
- عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي الحنبلي (رحمه الله)مجموعة فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيميه – المجلد الثامن و العشرون – الجزء الثامن من كتاب الفقه – مطبعة دار عالم الكتب – الرياض.
- د./ عبد الكريم زيدان – حالة الضرورة في الشريعة الإسلامية - مؤسسة الرسالة بيروت – الطبعة الثانية ١٩٨٨م.

- د./ علي أحمد السالوسي – موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي –الطبعة السابعة – مؤسسة الريان – الدوحة – ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م.
- علي أحمد الندوي –القواعد الفقهية - دار القلم – دمشق – الطبعة الخامسة ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م.
- د./ علي محمد علي قاسم –عقد التوريد في ميزان الفقه الإسلامي - دار الجامعة الجديدة للنشر – الإسكندرية – طبعة ٢٠٠٥ م.
- د./ محمد أحمد الصالح –عقد الاستصناع و دوره في تنشيط الحركة الاقتصادية - الطبعة الأولى مكتبة العبيكان ١٤١٧ هـ.
- محمد بن أمين بن عابدين (حاشية أبن عابدين) – رد المحتار على الدر المختار –الجزء الخامس – دار إحياء التراث العربي.
- محمد بن علي الشوكاني – نيل الأوطار - دار الجيل بيروت – لبنان - الجزء التاسع – طبعة ١٩٧٣م.
- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي - شرح منتهى الارادات –المجلد الثاني عالم الكتب بيروت.
- د./ وهبة الزحيلي –الخليفة الراشد العادل عمر بن عبد العزيز - دار قتيبة للطباعة و النشر والتوزيع – بيروت.
- د./ وهبة الزحيلي – نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي - دار الفكر العربي المعاصر – الطبعة الرابعة ١٤١٨ هـ - ١٩٩٨م.

■ كتب قانونية:

- د./ إبراهيم طه الفياض - العقود الإدارية - مكتبة الفلاح طبعة ١٩٨١م.
- د./ إبراهيم محمد علي – العقود الإدارية - الطبعة الثانية – دار النهضة العربية - سنة ٢٠٠٣م .
- د./ إبراهيم محمد علي و د./ جمال عثمان جبريل - العقود الإدارية - طبعة ١٩٩٥ - ١٩٩٦.
- د./ أحمد عبد القادر الجمال – القانون الإداري المصري المقارن - الجزء الأول – الطبعة الأولى – مكتبة النهضة المصرية – ١٩٥٥م.
- د./ أنور أحمد رسلان القانون الإداري السعودي – طبعة ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م.
- د./ السيد خليل هيكل – القانون الإداري السعودي –الجزء الثاني – مطابع جامعة الملك سعود ١٤١٥هـ الموافق (١٩٩٥م).
- بيار طوبيا - الظروف الطارئة في اجتهادات المحاكم اللبنانية –المؤسسة الحديثة للكتاب – طرابلس لبنان – الطبعة الأولى ١٩٩٨م.
- د./ ثروت بدوي – القانون الإداري - دار النهضة العربية – طبعة عام ٢٠٠٢م.
- ثروت بدوي – مبادئ القانون الإداري - المجلد الأول – دار النهضة العربية طبعة ١٩٦٨ م.
- د./ جابر جاد نصار – الوجيز في العقود الإدارية - الطبعة الثانية – دار النهضة العربية.
- جورج فوديل و بيير دلفولفيه - القانون الإداري - الجزء الأول – ترجمة منصور القاضي – الطبعة الأولى – المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر – بيروت ٢٠٠١م.

- د./ حسين عثمان محمد عثمان – أصول القانون الإداري - دار المطبوعات الجامعية – طبعة ٢٠٠٤م.
- د./ خالد خليل الظاهر – القانون الإداري - دراسة مقارنة - الكتاب الثاني - دار المسيرة للنشر والتوزيع - الطبعة الأولى - ١٩٩٧م.
- د./ خميس السيد إسماعيل - الأصول العامة والتطبيقات العملية للعقود الإدارية - طبعة ١٩٩٤م.
- د./ داوود الباز – أصول القضاء الإداري في النظام الإسلامي - دار الفكر جامعي سنة ٢٠٠٤م.
- د./ رمضان محمد بطيخ – الوسيط في القانون الإداري - دار النهضة العربية ١٩٩٧م.
- د./ رمضان محمد بطيخ – أصول التنظيم الإداري في النظم الوضعية والإسلامية – طبعة ١٩٩٣م.
- د./ رمضان محمد بطيخ . الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية . دار النهضة العربية . طبعة ١٩٩٦م
- الأستاذ / زهدي يكن – كتاب القانون الإداري – المكتبة العصرية بيروت.
- د./ سعاد الشرقاوي – العقود الإدارية – دار النهضة العربية.
- د./ سليمان محمد الطماوي - الأسس العامة للعقود الإدارية - الطبعة الثالثة سنة - دار الفكر العربي ١٩٧٥م.
- د./ سليمان محمد الطماوي – القضاء الإداري – الكتاب الأول قضاء الإلغاء - دار الفكر العربي طبعة ١٩٨٦م
- د./ سليمان محمد الطماوي – النظرية العامة للقرارات الإدارية – دراسة مقارنة – الطبعة الخامسة – دار الفكر العربي ١٩٨٤م.
- د./ سليمان محمد الطماوي – الوجيز في القضاء الإداري - دراسة مقارنة - مطبعة دار الفكر العربي ١٩٨٥م.
- د./ سليمان محمد الطماوي – عمر بن الخطاب و أصول السياسة و الإدارة الحديثة - دراسة مقارنة.
- القاضي/ صالح بن علي بن عبد الرحمن الربيعة – دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري وتطبيقاتها القضائية في المملكة العربية السعودية – الناشر مركز الملك فيصل للبحوث والدراسات الإسلامية - الطبعة الأولى ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م
- د./ طعيمة الجرف - القانون الإداري - مكتبة القاهرة الحديثة طبعة ١٩٧٠م.
- د./ عادل عبد الرحمن خليل – آثار العقود الإدارية و مشكلات تنفيذها - دار الثقافة الجامعية طبعة ١٩٩٧.
- د./ عادل عبد الرحمن خليل – عقود الإدارة الإدارية و المدنية –مطبعة الإيمان.
- د./ عبد الإله الخاني – العقود الإدارية - المجلد الرابع العقود الإدارية.
- د./ عبد الرزاق أحمد السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - المجلد الأول - الجزء السابع مطبعة دار إحياء التراث العربي – بيروت – لبنان – ١٩٦٤م.
- د./ عبد الرزاق السنهوري – مصادر الحق في الفقه الإسلامي - الجزء السادس.

- د./ عبد السميع محمود – مسئولية الإدارة عن أعمالها المادية المشروعة - دراسة مقارنة في القانون الوضعي و الشريعة الإسلامية – دار النهضة العربية – طبعة ٢٠٠٢م.
- فضيلة القاضي عبد العزيز بن محمد الزبن – ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية و مراحل تطوره - طبعة عام ١٤١٩هـ الموافق (١٩٩٩م).
- د./ عبد العزيز عبد الرحمن الشلهوب – النظام الدستوري في المملكة العربية السعودية - الطبعة الأولى سنة ١٩٩٩م.
- د./ عبد العزيز عبد المنعم خليفة الأسس العامة للعقود الإدارية– مطبعة منشأة المعارف بالإسكندرية ٢٠٠٤م.
- د./ عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد – أثر الظروف الطارئة والصعوبات المادية على تنفيذ العقد الإداري– مكتبة كلية الحقوق – جامعة القاهرة – طبعة ١٩٩٠م.
- د./ عبد العليم عبد المجيد مشرف – الوجيز في القانون الإداري – الجزء الثاني النشاط الإداري – دار النهضة العربية – طبعة ٢٠٠١ – ٢٠٠٢م .
- د./ عبد الغني بسيوني عبد الله – النظرية العامة في القانون الإداري - الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية طبعة ٢٠٠٣م.
- د./ عبد الفتاح حسن – دروس في القانون الإداري– معهد الإدارة – الرياض - طبعة ١٣٩٤هـ - ١٩٧٤م.
- د./ عبد الله العمران - دروس في القانون الإداري (العقود و القرارات الإدارية) - معهد الإدارة – الرياض.
- د./ عزيزة الشريف – دراسات في نظرية العقد الإداري - دار النهضة العربية.
- د./ عمر حلمي - معيار تمييز العقد الإداري - طبعة ١٩٩٣م.
- د./ فؤاد محمود معوض - دور القاضي في تعديل العقد - الطبعة الأولى ١٩٩٩م.
- د./ فاضل شاكر النعيمي - نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة و القانون .
- د./ فهد بن محمد بن عبد العزيز الدغيثر – دروس في القضاء الإداري السعودي –جامعة الملك سعود.
- د./ فهد محمد الدغيثر – رقابة القضاء علي قرارات الإدارة ولاية الإلغاء أمام ديوان المظالم – دار النهضة العربية.
- د./ ماجد راغب الحلو – القانون الإداري - دار المطبوعات الجامعية طبعة ١٩٩٩م.
- د./ مازن ليلو راضي – العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن –دار المطبوعات الجامعية.
- الأستاذة /ماوسولون، بروسيرفي،جي بريبان، بيير دلفولفيه، برونو جينفوا – ترجمة د./أحمد يسري -أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي الطبعة العاشرة - دار الفكر الجامعي سنة ٢٠٠٤م.
- د./ محمد أنس قاسم جعفر – العقود الإدارية - دار النهضة العربية – طبعة ٢٠٠٠.

- د./ محمد رفعت عبد الوهاب و د./ حسين عثمان محمد عثمان – مبادئ القانون الإداري - دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠١م.
- د./ محمد سعيد حسين أمين – الأحكام العامة لالتزامات و حقوق طرفي الرابطة العقدية في تنفيذ العقد الإداري - طبعة ١٩٩٨م.
- د./ محمد سعيد حسين أمين – دراسة وجيزة في فكرة العقود الإدارية وأحكام إبرامها – دار الثقافة الجامعية – ١٩٩٢م.
- د./ محمد عبد العال السناري – مبادئ و أحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق - دار النهضة العربية.
- د./ محمد عبد العال السناري - الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود – دار النهضة العربية.
- د./ محمد عبد العال السناري . القرارات الإدارية في المملكة العربية السعودية . مطابع معهد الإدارة العامة طبعة١٤١٤هـ .١٩٩٤م.
- د./ محمود عبد المجيد المغربي – المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وآثارها القانونية – المؤسسة الحديثة للكتاب طرابلس – لبنان - الطبعة الأولى ١٩٩٨م.
- د./ محمد فؤاد عبد الباسط – أعمال السلطة الإدارية - مكتبة كلية الحقوق جامعة الإسكندرية طبعة ١٩٨٩م.
- د./ محمد فؤاد عبد الباسط – القانون الإداري – دار الفكر الجامعي – بدون تاريخ الطبع.
- د./ محمد ماهر أبو العنين – العقود الإدارية وقوانين المزايدات و المناقصات –الكتاب الثاني.
- د./ محمد محمد هاشم – القضاء و نظام الإثبات في الفقه الإسلامي و الأنظمة الوضعية - الناشر جامعة الملك سعود – الرياض – طبعة ١٤٠٨م – ١٩٨٨م.
- د./ محمود حلمي - العقد الإداري– دار الفكر العربي – طبعة ١٩٧٧م.
- د./ محمود عاطف البنا – العقود الإدارية - دار العلوم للطباعة و النشر – ١٤٠٥هـ – ١٩٨٤م.
- د./ محمود محمد عبد العزيز الزيني الضرورة في الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي - مؤسسة الثقافة الجامعية للطبع و النشر و التوزيع طبعة ١٩٩٣م.
- د./ مصطفي عبد المحسن الحبشي - التوازن المالي في عقود الإنشاءات الدولية - طبعة ٢٠٠٢م.
- د./ مصطفى محمود عفيفي – الوسيط في مبادئ القانون الإداري المصري والمقارن – الكتاب الثاني – الطبعة الرابعة – مطبعة جامعة طنطا.
- د./ مغاوري السيد أحمد - السلم و أثره في تحويل المشروعات و التبادل التجاري و الصناعي وفقا للشريعة الإسلامية – دار فاتن للطباعة و النشر - شبرا مصر سنة ١٩٩٠م.
- د./ موريس نخلة – العقود الإدارية التزامات الأشغال العامة والامتيازات - طبعة ١٩٦٨م.
- د./ ناصر أحمد النشوي – أحكام عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي – دار الجامعة الجديدة للنشر – الإسكندرية – طبعة ٢٠٠٥م .
- د./ نجيب عوضين المغربي – نظرية العقد في الفقه الإسلامي – دار النهضة العربية - طبعة ١٤٢٢هـ.

- د./ نواف كنعان – دراسة مقارنة في تنظيم و نشاط الإدارة العامة - القانون الإداري – مكتبة القاهرة الحديثة طبعة ١٩٧٠م.
- د./ نرمين محمد محمود صبح – مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود الواردة عليه في علاقات التجارة الدولية – الطبعة الأولى ٢٠٠٢م .
- د./ هيام مروه – القانون الإداري الخاص – المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع – طبعة ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.
- د./ وهيب عياد سلامة – دروس في العقود الإدارية مع التعمق - طبعة ٢٠٠٠.

■ رسائل ماجستير و دكتوراه:

- د./ أحمد عثمان عياد – مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية – رسالة دكتوراه – مكتبة كلية الحقوق – جامعة القاهرة.
- د./ أحمد منازع علي أحمد – ضوابط اختصاص القضاء الإداري - دراسة مقارنة رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة أسيوط عام ١٤٢٢هـ ٢٠٠١م.
- د./ بركات موسى الحواتي – أطر التطور التشريعي للنظام الإداري – رسالة دكتوراه – توزيع روائع مجدلاوي – عمان الأردن – طبعة ٢٠٠١م
- د./ جمال الدين محمد أحمد عطوة – المسئولية التعاقدية في الفقه الإسلامي - رسالة دكتوراه جامعة الأزهر ١٩٧٩م.
- د./ حسبو الغزاري – أثر الظروف الطارئة علي الالتزام العقدي في القانون المقارن –رسالة دكتوراه – مطبعة الجيزة بالإسكندرية ١٩٧٩م.
- د./ سعود بن سعد آل دريب – التنظيم القضائي في المملكة العربية السعودية في ضوء الشريعة الإسلامية و نظام السلطة القضائية رسالة دكتوراه طبعة ١٤٠٣هـ – ١٩٨٣م - مطابع حنيفة – الرياض.
- د./ عبد الحميد عبد القادر بيومي – أحكام تعديل الالتزام العقدي وأثره في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري – رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الشريعة والقانون – جامعة الأزهر – المجلد الثاني – عام ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م .
- د./ شوكت محمد عليان – السلطة القضائية في الإسلام –رسالة دكتوراه ١٣٩٣هـ – ١٩٧٣م -دار الرشيد للنشر – الرياض.
- د./ عبد الرزاق علي الفحل - القضاء الإداري قضاء المظالم و تطبيقاته في المملكة العربية السعودية – رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة عين شمس – دار النوابغ للنشر و التوزيع.
- د./ عبد السلام الترمانيني – نظرية الظروف الطارئة – رسالة دكتوراه - دار الفكر.
- د./ عبد العزيز محمد المتيهي – دعاوى التعويض الناشئة عن المسئوليتين التقصيرية و العقدية وتطبيقاتها في الفقه و القضاء الإداري – المجلد الثاني - رسالة دكتوراه مقدمة للمعهد العالي للقضاء لجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية – ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م.
- د./ عبد الله بن حمد المشعل – انتهاء العقد الإداري في الفقه والنظام و تطبيقاته القضائية في ديوان المظالم - رسالة دكتوراه مقدمة إلى المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد الإسلامية للعام ١٤٢١ - ١٤٢٥هـ.

- د./ عبسي عبد القادر الحسن - التزامات و حقوق المتعاقدين في تنفيذ عقود الأشغال العامة – رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة القاهرة ١٩٩٧م.
- د./ علي محمد علي عبد المولي – الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري –رسالة دكتوراه طبعة ١٩٩١م.
- د./ كاسب عبد الكريم البدران – عقد الاستصناع دراسة مقارنة - رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير من المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض - إشراف د./ أحمد محمد الحضري ١٣٩٧هـ - ١٩٧٧م.
- د./ محمد عبد الحميد أبو زيد – دوام سير المرافق العامة – رسالة دكتوراه مقدمة لجامعة القاهرة – مكتبة كلية الحقوق – جامعة القاهرة.
- د./ محمد عبد القادر شيبة الحمد – الولاية القضائية لديوان المظالم في المملكة العربية السعودية رسالة دكتوراه مقدمة إلى المعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.
- الأستاذ/ محمد عبد الله محمد الأمين الشنقيطي – ولاية المظالم في الإسلام و دورها في الرقابة علي أعمال السلطة – رسالة ماجستير بإشراف د./ عبد العال عطوة مقدمة للمعهد العالي للقضاء ١٤٠٧هـ.
- د./ مطيع علي حمود جبير – العقد الإداري بين التشريع والقضاء – دراسة مقارنة بين النظام الفرنسي والمصري واليمني – رسالة دكتوراه – دار النهضة العربية – ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م.
- د./ منصور نصر عبد الحميد قموح – نظرية الظروف الطارئة –رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة الأزهر في ١٦ يناير ٢٠٠٥م.

■ أحكام وأنظمة ولوائح وقرارات فقهية:

- أحكام الدوائر الإدارية ودوائر التدقيق بديوان المظالم صادرة قبل وبعد سريان نظامه الحالي.
- أنظمة و لوائح صادرة بمراسيم ملكية و أوامر سامية و قرارات وزارية و تعاميم رسمية.
- قرار مجلس الفقه الإسلامي رقم (٦٧) المنعقد في دورة مؤتمره السابع بالمملكة العربية السعودية من ٧ – ١٢ ذي القعدة ١٤١٢هـ. بشأن عقد الاستصناع - منشور في مجلة مجمّع الفقه الإسلامي – العدد السابع – الجزء الثاني ١٤١٢هـ - ١٩٩٢م
- قرار مجمّع الفقه الإسلامي – الدورة الخامسة – بشأن تغيير قيمة العملة - مجلة مجمع الفقه الإسلامي –العدد الخامس – الجزء الثالث ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م.
- قرار مجمع الفقه الإسلامي في رابطة العالم الإسلامي بالدورة الخامسة برقم (٧) ١٤٠٢هـ -١٩٨٢م بشأن الظروف الطارئة – نشرة قرارات المجمّع الفقهي – منشور أيضاً في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة السنة الأولى العدد الثامن.
- قرار هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية رقم (٢٥) وتاريخ ١٣٩٤/٨/٢١هـ الموافق (١٩٧٤/٩/٨م) بدورتها الخامسة المنعقدة في الفترة من ٥ -٢٢ /١٣٩٤/٨هـ. بشأن الشرط الجزائي - مجلة البحوث الإسلامية عدد شوال ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م - المجلد الأول – العدد الثاني.

■ مراجع عامة و بحوث و مقالات:

- أحمد عبد الغفور عطار – صقر الجزيرة - الجزء الرابع – الطبعة الثالثة – مطبعة الحرية – بيروت ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م .
- الأستاذ/ أمين الريحاني - ملوك العرب – الجزء الأول – الطبعة الثامنة – دار الجيل بيروت - في ١٥ صفر ١٣٤٣هـ الموافق ١٤ أيلول سنة ١٩٢٤م.
- التوصية الثامنة المقدمة للهيئة الاستشارية في المجلس الاقتصادي الأعلى من لجنة البيئة التشريعية والقضائية لمنتدى الرياض الاقتصادي المنعقد في مدينة الرياض بتاريخ ١٤٢٤/١١/١٥هـ الموافق ٢٠٠٣/١٢/٩م.
- د . / حمزة بن حسين الفعر – الأستاذ في كلية الشريعة – جامعة أم القرى مقال بعنوان مدى اعتبار التضخم عيباً في العملة يبيح التعويض عنه - مجلة البحوث الفقهية المعاصرة العدد السابع والخمسون – شوال ذو القعدة و ذو الحجة لعام ١٤٢٣هـ، مقالة
- د . / صالح بن زابن المرزوقي – الأستاذ بكلية الشريعة بجامعة أم القرى - موقف الشريعة الإسلامية من ربط القروض و الديون بمستوي الأسعار، بحث منشور في مجلة البحوث الفقهية المعاصرة - العدد الثاني و الثلاثون – رمضان ١٤١٧هـ.
- عبد الرحمن سعود الهويمل – نظرية الظروف الطارئة وضوابط تطبيقها في المملكة العربية السعودية – بحث مقدم لمعهد الإدارة العامة بإشراف د./أنور رسلان.
- فضيلة الشيخ / عبد الكريم بن يحي المحمد اليحيي القاضي بديوان المظالم - ولاية المظالم في الإسلام و تطبيقاتها في المملكة العربية السعودية – بحث أعده للمعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية للعام الجامعي ١٤٠٢ – ١٤٠٣هـ.
- فضيلة الشيخ / عبد الله بن محمد آل خنين – القاضي بمحكمة التمييز - المرافعات الشرعية في التطبيق العملي – محاضرة في غرفة تجارة و صناعة الرياض و مقال نشر لفضيلته في مجلة المدخل إلى فقه المرافعات – دار العاصمة – الرياض – الطبعة الأولى سنة ١٤٢٢هـ.
- عبد الله بن سعد السعد - سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية، بحث من إعداده مقدم إلى معهد الإدارة بالرياض في عام ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م بإشراف الدكتور فؤاد محمد موسى.
- عبد الله عايض العوصي بحث في نظرية عمل الأمير - إشراف د./محمد السناري – معهد الإدارة العامة سنة ١٩٩٢م .
- لجنة البحوث الاستشارية بالمعهد العالي للقضاء – جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية - بحث بعنوان الجهات القضائية و شبه القضائية في المملكة العربية السعودية للعام الجامعي ١٤٢١ – ١٤٢٢هـ - ٢٠٠٠ - ٢٠٠١م
- محمد عبد العزيز المهيزع – الغبن في العقود – بحث مقدم إلى معهد الإدارة العامة في الرياض بإشراف د./ بهاء الدين العلايلي عام ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م .
- معالي الشيخ / منصور بن حمد المالك - رئيس ديوان المظالم سابقا الفصل في المظالم في المملكة العربية السعودية – بحث تم تقديمه إلى مؤتمر المملكة في مائة عام – الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ .

- ناصر حمد الدوسري - نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني و تطبيقاتها في الفقه الإسلامي، بحث مقدم إلى معهد الإدارة العامة بالرياض بإشراف د./ عبد الرحمن عياد سنة ١٤٠١هـ.
- ناصر عبد العزيز الثويني – الغرر و أثره في العقود – بحث قدمه لمعهد الإدارة العامة في الرياض بإشراف د./ بهاء الدين العلايلي عام ١٤٠٦ -١٤٠٧.
- ورقة عمل مقدمة من ديوان لمظالم لندوة العقود الإدارية في المملكة العربية السعودية المنعقدة في ١١ جمادى الأولى ١٤١٠هـ الموافق (١٩٨٩/١٢/٩م)

■ دوريات و موسوعات:

- د. / أنور أحمد رسلان – نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة – مجلة القانون والاقتصاد - العددان الثالث والرابع سبتمبر – ديسمبر السنة الثامنة والأربعون – ١٩٧٨م.
- المستشار/ حسونة توفيق حسونة - قضاء ديوان المظالم - الجزء الأول – القضاء الإداري في خمس سنوات من (١٤١٠هـ إلى ١٤١٤هـ) الموافق (١٩٩٠م إلى ١٩٩٤م).
- د./ عادل الطبطبائي في مراجعته لكتاب د./ عمرو أحمد حسبو - التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام الـ B.O.T – منشور في مجلة الحقوق – الصادرة عن مجلس النشر العلمي – جامعة الكويت – العدد الثالث – السنة السادسة والعشرون – رجب ١٤٢٣هـ وسبتمبر ٢٠٠٢م
- د./ محمد بن حسين الجيزاني – حقيقة الضرورة الشرعية - مجلة البحوث الفقهية المعاصرة – العدد السبعون – السنة الثامنة عشرة.
- مجموعة المبادئ الشرعية و النظامية التي قررتها لجنة تدقيق القضايا بديوان المظالم من عام ١٣٩٧هـ حتى عام ١٣٩٩هـ ١٩٧٧ - ١٩٧٩م.
- مجموعة المبادئ الشرعية و النظامية التي قررتها لجنة تدقيق القضايا بديوان المظالم حتى عام ١٤٠٠هـ -١٩٨٠م.
- مجموعة المبادئ الشرعية و النظامية التي قررتها لجنة تدقيق القضايا بديوان المظالم حتى عام ١٤٠١هـ - ١٩٨١م .
- مجموعة المبادئ القانونية التي أصدرها المكتب الفني لمجلس الدولة في العقود الإدارية في أربعين عاما.
- د. / مطلب بن عبد الله النفيسة – بحث في مقدمة العقود الإدارية منشور في النشرة الدورية لمعهد الإدارة العامة بالرياض العدد الخامس رمضان ١٣٨٦ الموافق ديسمبر ١٩٦٦م.
- الميزانية العامة للمملكة للسنة المالية ١٤٢٦ – ١٤٢٧هـ - مجلة تجارة الرياض العدد ٥٢٠ الصادر في ذي الحجة ١٤٢٦هـ الموافق ٢٠٠٦م .
- د. / نعيم عطية و الأستاذ/ حسن الفكهاني – الموسوعة الإدارية الحديثة – الجزء الثامن عشر – إصدار الدار العربية للموسوعات - طبعة ١٩٨٦ – ١٩٨٧م
- د. / نور الدين الخادمي بحث عن عقد الاستصناع منشور في مجلة العدل – تصدرها وزارة العدل في المملكة العربية السعودية العدد الرابع عشر السنة الرابعة. رسالتنا هامش ص ١٨٧ .
- د. / يوسف عبد الفتاح المرصفي -الخيارات في العقود في الفقه الإسلامي – مقال منشور بمجلة البحوث الفقهية المعاصرة - السنة الثامنة – العدد الحادي و الثلاثون - الشركة السعودية للتوزيع.

الفهرس

الموضوع — الصفحة

فكرة التوازن المالي للعقد الإداري في المملكة العربية السعودية

المقدمة – أهمية الموضوع وأسباب اختياره ١

الباب الأول : التوازن المالي للعقد الإداري في الفقه والقضاء الإداري المعاصر ١١

فصل تمهيدي: ماهية العقود الإدارية ومضمون التوازن المالي للعقد الإداري ١١

الفصل الأول: نشأة وتطور نظريات التوازن المالي للعقد الإداري والأسس التي ترتكز عليها ٣٠

المبحث الأول: نشأة وتطور نظريات التوازن المالي للعقد الإداري ٣٦

المبحث الثاني: الأسس التي ترتكز عليها نظريات التوازن المالي للعقد الإداري ٤١

الفصل الثاني : نظرية عمل الأمير "Theorie de fait du prince" ٤٦

المبحث الأول: مفهوم نظرية عمل الأمير ونشأتها وتطورها ٤٦

المبحث الثاني: شروط تطبيق نظرية عمل الأمير ٥١

المبحث الثالث : أساس التعويض بموجب نظرية عمل الأمير ٥٩

المبحث الرابع : الآثار المترتبة على تطبيق نظرية عمل الأمير ٦٢

الفصل الثالث: نظرية الظروف الطارئة "Theorie de l'imprevision" ٦٦

المبحث الأول : نشأة النظرية ومدلولها وتطورها ٦٦

المبحث الثاني : شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة ٧٤

المطلب الأول: وقوع حادث طارئ ٧٥

المطلب الثاني: أن يكون الحادث غير متوقع ٧٦

المطلب الثالث: أن يكون الحادث خارجاً عن إرادة الطرفين ٨٠

المطلب الرابع: أن يقع الحادث بعد إبرام العقد وأثناء التنفيذ ٨١

المطلب الخامس: أن يترتب على الظرف الطارئ إرهاق المدين ٨٢

المطلب السادس: هو كون الحادث الطارئ عاماً ٨٧

المبحث الثالث : الأساس القانوني المبرر للتعويض بموجب نظرية الظروف الطارئة ٨٩

المبحث الرابع : آثار نظرية الظروف الطارئة في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري ٩٥

المطلب الأول: التزام المتعاقد بالاستمرار بالتنفيذ ٩٥

المطلب الثاني: حق المتعاقد في الحصول على معاونة الإدارة لمواجهة الظرف الطارئ ٩٨

المطلب الثالث: حق المتعاقد في التعويض بناءً على نظرية الظروف الطارئة ١٠٠

المبحث الخامس: آثار انتهاء الظروف الطارئة على العقد الإداري ١٠٦

الفصل الرابع : نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة Les sujetions Impreuves ١١٠

المبحث الأول: مفهوم النظرية ونشأتها وتطورها ١١٠

المبحث الثاني : شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ١١٥

المطلب الأول : أن تكون هذه الصعوبات ذات طبيعة مادية ١١٥

المطلب الثاني : أن تكون هذه الصعوبات غير متوقعة عند التعاقد ١١٦

المطلب الثالث : أن تكون هذه الصعوبات ذات طابع استثنائي بحت ١١٨

المطلب الرابع : ألا تكون هذه الصعوبات بسبب أحد المتعاقدين ١١٩
المطلب الخامس: أن يكون من شأن هذه الصعوبات الإخلال باقتصاديات العقد ١٢٢
المبحث الثالث : أساس التعويض بموجب نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ١٢٤
المطلب الأول: النية المشتركة للطرفين ١٢٤
المطلب الثاني: المسئولية التقصيرية ١٢٥
المطلب الثالث: العدالة ١٢٥
المطلب الرابع: العدالة والطبيعة الذاتية للعقود الإدارية ١٢٦
المبحث الرابع : الآثار التي تترتب على نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ١٢٧
الفصل الخامس : مقارنة بين النظريات الثلاث للتوازن المالي للعقد الإداري ١٣٠
الباب الثاني: التوازن المالي للعقد الإداري في الفقه الإسلامي والنظام والقضاء الإداري السعودي المعاصر ١٣٤
تمهيد : الشريعة الإسلامية كأساس للأنظمة السعودية ١٣٤
الفصل الأول : موقف الفقه الإسلامي من التوازن المالي للعقد الإداري ١٤٤
المبحث الأول : التوازن المالي للعقد الإداري من خلال قواعد الفقه الإسلامي الكلية ١٤٤
قاعدة الأمور بمقاصدها ١٤٩
قاعدة المشقة تجلب التيسير ١٥٠
قاعدة الضرر يزال ١٥٢
المبحث الثاني : التوازن المالي للعقد الإداري من خلال نظرية الضرورة ١٦٣
المطلب الأول: التوازن المالي للعقد الإداري من خلال الأعذار التي تجيز تعديل أو فسخ العقد. ١٦٨
المطلب الثاني: التوازن المالي للعقد الإداري من خلال أحكام حالة تقلب قيمة النقود ١٧١
المبحث الثالث: التوازن المالي للعقد الإداري من خلال أحكام الغرر ١٧٧
المبحث الرابع: التوازن المالي للعقد الإداري من خلال أحكام بيوع الاستصناع وبيوع الثمار والزرع قبل بدو صلاحها ١٨٣
المطلب الأول: التوازن المالي للعقد الإداري من خلال بيوع الاستصناع ١٨٣
الفرع الأول: تعريف بيوع الاستصناع لغةً واصطلاحاً ورأي العلماء فيها ١٨٣
الفرع الثاني: التكييف الفقهي والقانوني لعقد الاستصناع ١٨٧
الفرع الثالث : أركان وشروط بيع الاستصناع ١٨٩
الفرع الرابع : آثار عقد الاستصناع ١٩١
الفرع الخامس: أهمية الاستصناع وأثره في تنشيط الحركة الاقتصادية ١٩٢
الفرع السادس: التوازن المالي للعقد الإداري في بيوع الاستصناع ١٩٨
المطلب الثاني: التوازن المالي للعقد الإداري من خلال بيوع الثمار والزرع قبل بدو صلاحها ٢٠٣
الفرع الأول: النهي عن بيع الثمار والزروع قبل بدو صلاحها ٢٠٣
الفرع الثاني: الجوائح التي تصيب الثمار والزروع ٢٠٥
الفرع الثالث: آثار أحكام بيوع الثمار والزروع قبل بدو صلاحها على التوازن المالي للعقد الإداري ٢٠٨

المبحث الخامس: التوازن المالي للعقد الإداري من خلال سلطات قاضي المظالم ٢١٠
المطلب الأول: قاضي المظالم في عصر الرسالة والعصور الإسلامية التالية..... ٢١٠
أدلة مشروعية قضاء المظالم..... ٢١٦
المطلب الثاني: اختصاصات قضاء المظالم..... ٢١٨
المطلب الثالث: أثر سلطات قاضي المظالم على توازن العقد الإداري ٢٢٠
المبحث السادس: التوازن المالي للعقد الإداري من خلال أحكام خيار الغبن والتدليس وخيار العيب..... ٢٢٢
المطلب الأول: نظرية الغبن في الفقه الإسلامي..... ٢٢٢
المطلب الثاني: التوازن المالي للعقد الإداري من خلال التدليس..... ٢٢٨
المطلب الثالث: التوازن المالي للعقد الإداري من خلال خيار العيب..... ٢٣١
المطلب الرابع: آثار أحكام خيار الغبن والتدليس وخيار العيب على العقد الإداري ٢٣٦
المبحث السابع: التوازن المالي للعقد الإداري بين الفكر الإداري المعاصر والفكر الإسلامي..... ٢٤١
المطلب الأول: أوجه الشبه بين نظريات التوازن المالي للعقد الإداري ومثيلاتها من أحكام الفقه الإسلامي التي تجيز فسخ العقد أو تعديله..... ٢٤٧
المطلب الثاني: أوجه الخلاف بين نظريات التوازن المالي الحديثة وأحكام الفقه الإسلامي في الحالات التي تجيز فسخ العقد أو تعديله..... ٢٤٩
الفصل الثاني: التوازن المالي للعقد الإداري في النظام السعودي..... ٢٥٥
المبحث الأول: تطور ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية بوصفه قضاءً إدارياً..... ٢٥٥
المطلب الأول : صدور أول تنظيم بإنشاء ديوان المظالم ٢٦٠
المطلب الثاني فترة نفاذ نظام الديوان الحالي ٢٧٣
المبحث الثاني: التوازن المالي للعقد الإداري في الأنظمة السعودية..... ٢٧٨
المطلب الأول: التوازن المالي من خلال الأنظمة السعودية السابقة ٢٨١
المطلب الثاني: التوازن المالي من خلال نصوص نظام تأمين مشتريات الحكومة وتنفيذ مشروعاتها وأعمالها..... ٢٨٨
المبحث الثالث: التوازن المالي للعقد الإداري من خلال قرارات مجلس الوزراء السعودي..... ٢٩٥
الفرع الأول: قرارات المجلس بشأن طلبات التعويض بموجب نظرية عمل الأمير..... ٢٩٧
الفرع الثاني: قرارات المجلس بشأن طلبات التعويض للظروف الطارئة ٢٩٩
الفرع الثالث: قرارات المجلس بشأن طلبات التعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة ٣٠٢
الفصل الثالث: التوازن المالي للعقد الإداري في القضاء الإداري السعودي..... ٣٠٦
المبحث الأول: التوازن المالي للعقد الإداري من خلال قرارات ديوان المظالم في ظل نظامه السابق حتى عام ١٤٠٢هـ الموافق (١٩٨٢م) ٣١٢
المطلب الأول: تطبيقات ديوان المظالم لنظرية عمل الأمير في ظل نظامه السابق..... ٣٢٥
المطلب الثاني: تطبيقات ديوان المظالم لنظرية الظروف الطارئة في ظل نظامه السابق..... ٣٣٧
المطلب الثالث: تطبيقات ديوان المظالم لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في ظل نظامه السابق..... ٣٤٨

أمثلة على تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة..... ٣٥٠

المبحث الثاني: التوازن المالي للعقد الإداري من خلال أحكام ديوان المظالم الصادرة بعد نفاذ نظامه الحالي..... ٣٥٤

المطلب الأول: وهي الفترة السابقة على تاريخ ١٤٢١/١/٢١هـ الموافق (٢٠٠٠/٤/٢٥م) (تاريخ صدور قرار مجلس الوزراء بشأن القرار (٨١٨)..... ٣٥٤

المطلب الثاني: وهي الفترة اللاحقة لصدور قرار مجلس الوزراء رقم (٢٥٨) في جلسته المنعقدة بتاريخ ١٤٢١/١/١٩هـ الموافق (٢٠٠٠/٤/٢٣م)..... ٣٦٥

الخاتمة ٤٠٦

نتائج البحث وتوصياته..... ٤١٣

التوصيات..... ٤١٩

ملحق بشأن نظام المنافسات والمشتريات الحكومية..... ٤٢٣

قائمة المراجع والمصادر ٤٢٥

الفهرس..... ٤٣٥

جامعة البحرين
المكتبة