

كلية الحقوق

نظرية التوازن المالي للعقد الادارى

(دراسة مقارنة)

جامعة القاهرة
المكتبة
Library
University of Cairo

رسالة مقدمة من الباحث

رياض إلياس عيسى الجريسات

لنيل درجة الدكتوراه فى الحقوق

تحت إشراف

الأستاذ الدكتور/ رمضان محمد بطيخ

أستاذ ورئيس قسم القانون العام

مدير مركز الدراسات القانونية والاقتصادية السابق

كلية الحقوق – جامعة عين شمس

لجنة المناقشة والحكم :

الأستاذ الدكتور / رمضان محمد بطيخ (مشرفاً ورئيساً)

أستاذ ورئيس قسم القانون العام

مدير مركز الدراسات القانونية والاقتصادية السابق

كلية الحقوق – جامعة عين شمس

الأستاذ الدكتور / ربيع أنور فتح الباب (عضواً)

أستاذ القانون العام – وكيـــل كليـــة الحقـوق

جامعة عين شمس

الأستاذ المستشار الدكتور / أحمد عبد اللطيف إبراهيم (عضواً)

نائب رئيس مجلس الدولة

٢٠٠٧ م

جامعة البحرين
المكتبة
LIBRARY
University of Bahrain

بسم الله الرحمن الرحيم

"وعلمك ما لم تكن تعلم
وكان فضل الله عليك عظيماً"

صدق الله العظيم
(سورة النساء آية ١١٣)

جامعة البحرين
المكتبة
University of Bahrain

إهـــداء

أهدي هذا الجهد المتواضع :

... إلى روح والدي العزيز رحمه الله ووسع قبره

... إلى والدتي الحنونة أطال الله في عمرها وأبقاها

... إلى من عانت الكثير وضحّت بالأكثر ... إلى رفيقة دربي وشريكة حياتي حلوها ومرها ... التي كانت ومازالت الشمعة التي احترقت لتضئ لي الدرب ... زوجتي الحبيبة ديانا

... إلى الإنسانة التي منحتني الأمل وأهدتني المستقبل وأنارت لي طريق العلم والمعرفة ... أختي الغالية نهاد

... إلى قرة عيني ومهجة قلبي ... إلى أمل المستقبل أولادي الأحباء شاكر ورند وفقهما الله .

الباحث

شكر وتقدير

تقديراً منى ، وعرفاناً بالجميل فإننى اتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى من قدم لي يد العون فى إعداد هذا البحث وإظهاره إلى حيز الوجود الأستاذ الدكتور **رمضان محمد بطيخ** أستاذ ورئيس قسم القانون العام – مدير مركز الدراسات القانونية والاقتصادية السابق – كلية الحقوق – جامعة عين شمس ، والذى قبل متواضعاً الإشراف على هذه الرسالة بكل رحابه صدر وطيب خاطر . ومع أن الكلمات تعجز عن إعطاء الرجل حقه فقد غمرنى بفضله وغزير علمه وأفادنى بخبرته الطويلة ، رغم كثرة انشغاله وعبء مسؤولياته فله من الله الجزاء وحسن الثواب ، ومني عظيم الشكر والامتنان والتقدير .

كما يسعدنى أن أتقدم بجزيل الشكر والامتنان إلى الأستاذين الجليلين الأستاذ الدكتور **ربيع أنور فتح الباب** أستاذ القانون العام – وكيل كلية الحقوق – جامعة عين شمس ، والأستاذ المستشار الدكتور **أحمد عبد اللطيف إبراهيم** نائب رئيس مجلس الدولة على تفضلهما بقبول المناقشة والحكم على هذه الرسالة وإخراجها إلى حيز الوجود ، لهما منى كل الشكر والتقدير ومن الله الجزاء وحسن الثواب .

الباحث

المقدمـــة

المقدمـــة

إن المبدأ الأساسى الذي يقوم عليه القانون الإدارى ، هو استقلاله عـــن القانون المدني حيث أصبحت له ذاتية خاصة . وهو مـــا يعنـــي أن القـــاضي الإداري يبتدع بكل حرية وحسب حاجة الحياة اليومية ، قواعد قانونيـــة دون أن يكون مرتبطاً بذلك بنصوص القانون المدني .

وبالرغم من ذلك يمكننا القول إن روابط القانون العام تلتقى مع روابـــط القانون الخاص ، وفى الحالتين يمكن للقاضى الأخذ بما تمليه الأمور ومقتضيات العدالة المجردة . والقانون الإدارى قانون قضائى ، أى مـــن خلـــق القضـــاء ، ويرجع الفضل فى ذلك إلى مجلس الدولة الفرنسى .

وما يهمنا بهذا الصدد هو نظام العقود الإدارية القانوني بعيداً عن النظام القانوني للعقود المدنية ، حيث إن العقد الإدارى يلعب دوراً هاماً فـــى تســـيير النشاط الإدارى ويُمكّن الإدارة من إنشاء واستغلال وصيانة المرافـــق العامـــة ، حتى تستطيع أن تؤدى خدماتها للمنتفعين بها بصورة منتظمة ودائمـــة تحقيقـــاً للمصلحة العامة .

ونظراً لقيام فكرة العقد الإدارى على تغليب الصالح العـــام فـــى حالـــة التعارض بينه وبين الصالح الخاص ، فإن الإدارة تتمتع وهى بصـــدد إبرامـــه وتنفيذه بسلطات واسعة يختل معها الحفاظ على التـــوازن المـــالى للعقـــد ، لأن الإدارة بصفتها سلطة عامة يمكنها التعديل فى شروط العقد الإدارى بعد إبرامـــه ويمكنها أيضاً أن تشرف على المتعاقد معها وتوجهه أثناء تنفيذ العقـــد ، ولـــها أيضاً أن توقع جزاءات مختلفة على المتعاقد معها – وبإرادتها المنفردة – تصل إلى حد فسخ العقد إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك .

وبالمقابل فإن الإدارة ملزمة تجاه المتعاقد معها أن تقوم بتعويضه تعويضاً مناسباً عما أصابه من ضرر جراء استعمال الإدارة المتعاقدة لسلطاتها لأنه لا يجوز التضحية بالمصلحة الفردية فى سبيل تحقيق المصلحة العامة كلية.

إضافة إلى ذلك فإن الإدارة المتعاقدة تلتزم فى مواجهة المتعاقد معها فى ضمان التوازن المالى للعقد الإدارى ، وذلك حتى لا يكون هذا العقد سبباً فى إصابة المتعاقد بخسائر فادحة تفوق فى جسامتها ما يتحمله من مخاطر التعاقد العادية الأمر الذى لا يمكنه من الاستمرار فى الوفاء بالتزاماته التعاقدية ، ويدفعه لعدم الإقدام على التعاقد مع الإدارة مستقبلاً .

إن فكرة التوازن المالى للعقد الإداري كانت قد برزت سنة ١٩١٠ لأول مرة أمام مجلس الدولة الفرنسي حيث أكد : " أن العقد يتضمن حقوقاً والتزامات ، والعدالة تقتضى أن يتحقق قدر الإمكان توازن شريف بين الالتزامات المفروضة على المتعاقد والحقوق المقررة له " .

ونظراً لأهمية هذا الموضوع فى مجال العقود الإدارية فى مصر وفرنسا وافتقار البيئة القانونية الأردنية لمؤلفات فى مجال نظرية التوازن المالى للعقد الإدارى ، وندرة المبادئ القانونية فى القضاء الأردني التى تحكم المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية ، فقد ارتأيت أن يكون موضوع دراستى هو " **نظرية التوازن المالى للعقد الإدارى وتطبيقاتها القضائية فى كل من الأردن ومصر وفرنسا كدراسة مقارنة** " .

أهمية البحث :

إن نظرية التوازن المالي من النظريات المسلم بها بصفة عامة وقد أصبح من الضرورى الأخذ بها وتطبيقها لضمان حقوق والتزامات أطراف العقد الإدارى ، وتتبلور الأهمية القانونية للبحث فى أن تكون هذه الدراسة حافزاً

للمشرع الأردنى لمسايرة الدول الأخرى التى أخذت بهذه النظرية وطبقتها منذ زمن بعيد .

صعوبة البحث :

لقد واجه البحث عدة صعوبات منها عدم توفر مراجع حديثة وافتقار المراجع والمؤلفات القانونية الأردنية إلى هذا الموضوع ، بالإضافة إلى عدم وضوح اتجاه المشرع الأردنى بشأن الأخذ أو عدم الأخذ بالنظريات والصعوبات التى تواجه العقد الإداري والتى تعيد التوازن المالى للعقد الإدارى ، وكما بيناه من خلال البحث .

منهج البحث :

لتحقيق غايات البحث كان المنهج المتبع فى هذه الدراسة هو المنهج التحليلى المقارن حيث إن الدراسة تعتمد على تحليل النصوص القانونية الخاصة بالموضوع ، سواء فى القانون الفرنسي أو المصرى أو الأردنى ، وعرض الآراء الفقهية وموقف القضاء فى هذا الشأن .

كذلك فإن البحث لم يقتصر على تناول موضوع الدراسة فى ظل نظام قانونى واحد ، وإنما تناولته فى العديد من القوانين مثل مصر وفرنسا والأردن .

وتجدر الإشارة إلى أننى حاولت بقدر الإمكان توخى البساطة والوضوح والمعالجة الموضوعية أثناء إعداد هذه الدراسة .

خطة البحث :

ترتيباً لما تقدم ومن أجل تحقيق أهداف هذه الدراسة اقتضت الحاجة تقسيمها إلى ثلاثة أبواب رئيسية ، يسبقها فصل تمهيدى نتعرف من خلاله على مفهوم العقد الإداري وتطوره والالتزامات المترتبة عليه وذلك فى المبحث الأول

من خلال دراسة تعريف العقد الإدارى ونشأته والمعايير المميزة له فى المطلب الأول ودراسة الالتزامات المترتبة على العقود الإدارية من حقوق والتزامات طرفى العقد فى المطلب الثانى .

أما فى المبحث الثانى فسنتعرض إلى توضيح مفهوم نظرية التوازن المالى للعقد الإدارى ، وذلك فى المطلب الأول ، ثم توضيح نشأتها وتطورها فى المطلب الثانى .

وسوف نعالج فى الباب الأول من هذه الدراسة دور فكرة التوازن المالي للعقد الإداري من خلال المفاهيم الخاصة بتنفيذ العقد الإداري ، حيث قسمنا هذا الباب إلى فصلين رئيسيين : الفصل الأول التوازن المالى ومبدأ التعويض بلا خطأ ، وسنوضح فى هذا الفصل مفهوم مبدأ التعويض بلا خطأ فى المبحث الأول من خلال التعريف بمبدأ التعويض بلا خطأ فى المطلب الأول وبيان موقف الفقه والقضاء من التعويض بلا خطأ فى المطلب الثانى . أما المبحث الثانى سوف نبين الشروط المتعلقة بمبدأ التعويض بلا خطأ ، من خلال التطرق إلى شروط الحق فى التعويض بلا خطأ فى المطلب الأول ، وبيان موقف الفقه والقضاء من فكرة الضرر فى المطلب الثانى .

أما الفصل الثانى من هذا الباب فجاء عن التوازن المالى وسلطة الإدارة فى تعديل العقد الإدارى ، حيث تم تقسيمه إلى مبحثين : المبحث الأول : الأساس القانوني لسلطة الإدارة فى تعديل العقود الإدارية ، وقد تطرقنا فيه إلى توضيح الأساس القانوني لسلطة الإدارة فى تعديل العقد الإدارى بإرادتها المنفردة فى المطلب الأول ، ثم توضيح سلطة التعديل فى عقود الامتياز والأشغال العامة والتوريد فى المطلب الثانى . أما المبحث الثانى : نطاق سلطة التعديل الانفرادي للعقد الإداري وآثاره ، فقد استعرضنا نطاق سلطة التعديل للعقد الإدارى فى المطلب الأول ، ثم آثار تعديل العقد الإداري والجزاءات المترتبة عليه فى المطلب الثانى .

أما الباب الثانى من هذه الدراسة فقد خصصناه لدراسة التطبيق القضائى والقانونى لنظرية التوازن المالى للعقد الإداري فى الأردن ومصـــر وفرنســا ، حيث قسمنا هذا الباب إلى ثلاثة فصول :

الفصل الأول : التوازن المالى للعقد الإدارى بالاستناد إلى نظرية فعل الأمير وقد قسم هذا البحث إلى خمسة مباحث : المبحث الأول : مفهوم نظريـــة فعل الأمير ، وفى المبحث الثانى : الأساس القانوني لنظرية فعل الأمير ، وفـــى المبحث الثالث : شروط تطبيق نظرية فعل الأمير وصورها ، وفـــى المبحـــث الرابع : الآثار المترتبة على تطبيق نظرية فعل الأمير ، وأخيراً فـــى المبحـــث الخامس : نظرية فعل الأمير فى التشريع والقضاء الأردنى .

أما الفصل الثانى فجاء عن التوازن المالى للعقد الإدارى بالاستناد الـــى نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة . وقد تناولنا فيـــه اربعـــة مبـــاحث : المبحث الأول : نشأة نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، وفـــى المبحـــث الثانى : مفهوم نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، وفى المبحث الثـــالث : شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، وأخيراً فـــى المبحـــث الرابع : النتائج المترتبة على نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة .

أما الفصل الثالث : فجاء عن التوازن المالي للعقد الإدارى بالاستناد إلى نظرية الظروف الطارئة. وقد استعرضناه فى خمسة مباحث : المبحـــث الأول : مفهوم نظرية الظروف الطارئة ، وفى المبحث الثانى : نشأة نظرية الظـــروف الطارئة ، وفى المبحث الثالث : شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، وفـــى المبحث الرابع : الآثار والنتائج المترتبة على تطبيق نظرية الظروف الطارئـــة، وأخيراً فى المبحث الخامس : نظرية الظروف الطارئة فى التشريع والقضـــاء الأردني .

وأخيراً كان لابد لنا من إظهار دور التحكيم فى مجال العقود الإدارية في الباب الثالث ، وقد تم تقسيمه إلى فصلين : الفصـــل الأول : المدلـــول العـــام

للتحكيم فى العقود الإدارية ، حيث عملنا على توضيح مفهوم التحكيم وأنواعه فى المبحث الأول ، ثم عملنا على بيان شروط جواز التحكيم فى العقود الإدارية فى المبحث الثانى ، مع التركيز على إظهار موقف الفقه والقضاء من جواز أو عدم جواز اللجوء للتحكيم فى العقود الإدارية .

أما الفصل الثانى والأخير، فقد تناولنا أثر التحكيم فى تحقيق التوازن المالي للعقد الإدارى ، وقد تم تقسيمه إلى مبحثين : المبحث الأول : اختيار القانون الواجب التطبيق وتحقيق التوازن المالى للعقد الإداري ، وقد بينا أثر اختيار القانون الواجب التطبيق على التحكيم فى العقود الإدارية ، وذلك فى المطلب الأول ، ثم بينا أثر اختيار القانون الواجب التطبيق فى تحقيق التوازن المالي للعقد الإداري فى المطلب الثانى .

أما المبحث الثانى من هذا الفصل فجاء عن نطاق سلطات المحكمين فى تحقيق التوازن المالى للعقد الإدارى وتم تقسيمه إلى مطلبين : المطلب الأول : نطاق سلطات المحكمين فى تحقيق التوازن المالى للعقد الإدارى وفى المطلب الثانى : حجية حكم المحكمين .

وفى ختام هذه الدراسة جاءت الخاتمة موضحاً بها النتائج والتوصيات التى أفضت إليها الدراسة .

الفصل التمهيدي

حـــول فكـــرة التـــوازن المالـــي للعقـــد الإداري

الفصل التمهيدي

حول فكرة التوازن المالي للعقد الإداري

تمهيـــد :

أن القانون الإداري، بالرغم من أنه حديث النشـــأة، إلاّ أن موضوعاتـــه متعددة ونظرياته ليست على درجة واحدة من التجانس، وليس لها صفة محددة.

وفي هذا الإطار، فإن ما يتعلق بالعقود الإدارية، يتأكد عملياً، بأنه أهـــم جوانب القانون الإداري على الإطلاق. وعلى هذا الأساس، يتضح لنا أن اكـــثر الأحكام الرئيسية التي تهيمن وتسيطر على تلك المادة، يشوبها الغمـــوض فـــي أغلب الأحوال ويلفها الشك، وهذه حقيقة برزت بشكل واضح وصريح في العديد من الدول، وعلى وجه الخصوص في فرنسا، أما في جمهورية مصر العربيـــة مقارنة بذلك فإن الأحكام الرئيسية للقانون الإداري أوضح من أن تحتـــاج إلـــى دليل، ومن خلال اطلاعنا ، علي جملة من الكتابات والمؤلفات، التي خاضت في موضوع العقود الإدارية، فقد وجدنا أن هذه المؤلفات ليست ذات نســـق واحـــد. ونجد في الأردن – رغم ندرة المؤلفات التي وجـــدت بـــهذا الموضـــوع – أن المشرع لم يعترف بالطبيعة الخاصة للعقود الإدارية ولم ينص على عقود معينـــة يضفي عليها الصفة الإدارية بحيث تعتبر عقوداً إدارية ؛ استناداً للنص القـــانوني ، وانما اعترف القضاء الإداري بالطبيعة الخاصة للعقود الإداريـــــة وبنظامـــها لتعلقها بإدارة المرفق العام وتسييره ، وقد أنـــــاط الاختصـــاص بـــالنظر فـــى المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية للمحاكم العادية .

وبما أن موضوع العقود الإدارية، يعد من الموضوعات الهامـــة التـــي تغري الباحث الجاد، للخوض فيها، فقد ارتأينا الخوض في هذا الموضوع، علـــى الرغم من كثرة ما كتب في هذا الجانب، وذلك انطلاقاً من رغبتنا الجامحة فـــي إبراز المكانة الهامة، التي تحتلها العقود الإدارية في نصوص القـــانون الإداري.

فى مصر وفرنسا ، وفى دعوة المشرع الأردنى لمسايرة هذه الدول التى تعتبر المهد الأول للنظريات المختلفة فى القانون الإدارى .

فإذا كان العقد المدني، يمثل الأسلوب الأساسي، للتعامل في نطاق علاقات القانون الخاص بين الأفراد، بعضهم ببعض، فإن العقود في نطاق القانون العام تختلف، حيث نجد أن أهمية العقد الإداري، في تزايد مستمر، باعتبار أن العقد الإداري، أسلوب مهم من الأساليب، التي تلجأ إليها الإدارة لممارسة نشاطها المرفقي، وهذا يؤكد ضرورة تميز العقد الإداري، وانفراده بنظام قانوني مختلف، عن ذلك الذي يخضع له القانون المدني.

وفي ضوء ما تقدم، ولتحقيق الأهداف المتوخاة من هذا البحث، فإننا سوف نبرز أهمية العقود الإدارية وفكرة التوازن المالى للعقود الإدارية فى مبحثين هامين :

المبحث الأول : مفهوم العقد الإدارى وتطوره والالتزامات المترتبة عليه .

المبحث الثانى : التعريف بفكرة التوازن المالى للعقد الإدارى (نشأتها وتطورها).

المبحث الأول
مفهوم العقد الإداري وتطوره والالتزامات المترتبة عليه

تمهيد :

هناك حقيقة لا يختلف عليها اثنان ، فحواها، أن دراسة العقد الإداري، تحتل مكانة هامة وبارزة فى موضوع القانون الإدارى ومردُّ ذلك، إلى أن العقد الإداري، يمتاز بطبيعة قانونية خاصة، وبأحكام خاصة، تختلف عن طبيعة الأعمال الإدارية الأخرى وأحكامها مثل (القرارات الإدارية، الأعمال الإدارية، التنفيذ المباشر) ويمتاز أيضا بأن الإدارة لا تنفرد في إنشاء العقد الإداري لوحدها، بل إنه ينشأ بتوافر إرادتين (إرادة الإدارة، وإرادة المتعاقد معه) من جهة أخرى.

كما أن العقد الإداري، وإن كان يشترك مع العقد المدني، من حيث العناصر الأساسية لتكوينه، والتي تقوم على التراضي بين الطرفين، ومن حيث إنه، يرتب التزامات متبادلة بينهما، إلا أنه يتميز عنه، بأنه لا يوجد مساواة بين طرفي العقد الإداري، وهذا يعني بأننا نستطيع بل ومن المفروض علينا، تقسيم عقود الإدارة إلى قسمين: أحدهما يتمثل في العقود التي تبرمها الإدارة، وفقاً للأسلوب المدني، وتحاكيه فيها تصرفات الأفراد، فتعد هذه العقود مدنية وتخضع لدائرة القانون الخاص، وبالتالي يختص بها القضاء العادي . والآخر يظهر في العقود، التي تبرمها الإدارة بوصفها سلطة عامة، وتهدف بها إلى تنظيم مرفق عام، وتسييره، وهذا النوع يطلق عليه اسم (العقود الإدارية) وبذلك، تخضع هذه العقود لقواعد خاصة، هي أحكام القانون الإداري، ويختص بها القضاء الإداري. ولإبراز هذا الخلط وتوضيحه، بهدف تبيان المكانة التي تحتلها العقود الإدارية،

فإننا سنعمل هنا، في هذا المبحث، على توضيح مفهوم العقد الإداري، وتطوره، والالتزامات المترتبة عليه، من خلال مطلبين :

المطلب الأول : مفهوم العقد الإداري وتطوره، والمعايير المميزة له .

المطلب الثاني : الالتزامات المترتبة على العقد الإداري، والتي تتولد عنه.

المطلب الأول
مفهوم العقد الإداري وتطوره

—

لا جدال بأن وسيلة التعاقد، هي الوسيلة الطبيعية للإدارة، في سبيل تحقيق أغراضها، والقيام بمشروعاتها، ولا يشترط فيما تبرمه الإدارة، من عقود أن تكون عقوداً إدارية، وذلك أن للإدارة (وهي تفصح عن إرادتها) أن تختار في تصرفاتها، بين أسلوبي القانون الخاص أو القانون العام، فالتمييز بين هذين النوعين، من العقود، من الأمور الهامة، لمعرفة، قواعد الاختصاص بمنازعات كل نوع منها، ومن ثم، تحديد القانون الواجب التطبيق، على تلك المنازعات.

ومن هذا المنطلق ولما لذلك من أهمية كبيرة، فإنه لزاماً علينا، إيضاح، مفهوم العقد الإداري وتطوره في هذا الجانب. فنجد أن فكرة العقد الإداري، لم تظهر بصورة مبتورة عن تطور المجتمع، بل ارتبطت بمتغيراته إلى حد كبير. ذلك أن أي تطور، يصيب هذا الأخير، لابد له من أن يؤثر بشكل أو بآخر على أية عناصر تنتمي إليه. كما أن التأثير بينهما متبادل باستمرار، وهذا هو الحال بالنسبة إلى مفهوم العقد الإداري، إذ إنه يتأثر بالعوامل الاجتماعية والاقتصادية المختلفة التي شهدها المجتمع الإنساني، ولم يظهر أو يتطور إلا في ظلها. وكذلك كان الأمر بالنسبة لفكرة العقد ذاتها، حيث لم يكن لها أن تتواجد ما لم تتطلبها الحاجة البشرية ، وخاصة أن القوة أصبحت لا تمثل الوسيلة الوحيدة لحسم كثير من الصراعات ، وذلك نتيجة للتطور الرهيب الذي شهدته البشرية ،

وأدت إلى إن تتزايد الحاجة لوجود طرق ووسائل ودية وقد توافق ذلك مع تطور مفهوم الدولة وظهور الحاجة الملحة لوجود وسائل أخرى غير تلك التي تتسم بالطابع السلطوي المحض كالقرار الإداري الذي تفرض الدولة من خلاله إرادتها المنفردة دون سواها. وقد تمثلت بوجود روابط قانونية بينها وبين الأفراد أو الشركات التي تتعامل معها ، أي أنها استعانت بالتعاقد القائم على إرادات الأطراف أثناء قيامها بوظائفها ومهامها المختلفة.

ولم يقف الأمر عند هذا الحد، بل شاءت ظروف الحياة ومتغيراتها المختلفة، واتساع دور الدولة عن ذي قبل إلى ولادة فكرة (التعاقد الإداري)، على يدي القضاء الإداري الفرنسي، والذي رأى فيه وسيلة مثلى في إدارة الدولة لمرافقها العامة، نظراً للخصوصية التي ينفرد بها مقابل أسلوب التعاقد المدني، الذي لا يحقق للدولة مطالبها في الظروف المختلفة. وقد أشار بعض الفقهاء الفرنسيين إلى أن (نظرية العقود الإدارية) في القانون الإداري الفرنسي، لم تنشأ إلا في تاريخ متأخر، لا يكاد يتجاوز مطلع القرن العشرين، حيث كان المعيار المتبع في توزيع الاختصاص بين المحاكم القضائية من ناحية، والقضاء الإداري من الناحية الأخرى، يرتكز على فكرة السيادة أو السلطة[1]. وهذا بدوره يؤكد بما لا يدع مجالاً للشك أن العقد الإداري شأنه شأن سائر العقود التي تخضع لأحكام القانون الخاص يتم بتوافق إرادتين تؤديان إلى إنشاء التزامات متقابلة، فهو ليس عملاً شرطياً يتضمن إسناد مراكز قانونية عامة موضوعية لأحد من طرفيه[2]. ونجد أن العقد الإداري يستمد قواعده إما من نصوص تشريعية من أجل تنظيم أغلب جوانبه ، وإما من أحكام القضاء الإداري الذى

---

(1).Saroite Badaui : Théorie de fait de prince dars. Les. Contrats administratif thése de paris, 1955. p.22.

(٢) د. سليمان محمد الطماوي : الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الرابعة، جامعة عين شمس ، سنه ١٩٨٤ ، ص ٣٢.

يؤدى القاضى من خلالها دوراً هاماً في استخلاص المبادئ القانونية التي تنظم هذا العقد[1] .

ونستخلص مما سبق أن نظرية العقد هي نظرية واسعة وتحتاج إلى دراسة مطولة يصعب تناولها في هذا البحث لذلك فأننا سنقوم بالتركيز على الجوانب المرتبطة بالعقد الإداري حيث سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين الفرع الأول تعرف العقد الإداري ونشأته فى كل من الأردن وفرنسا ومصر وفي الفرع الثاني سنبين معيار تمييز العقد الإداري .

الفرع الأول
تعريف العقد الإدارى ونشأته

أولاً : تعريف العقد الإدارى :

ان المسلم به فقهاً وقضاءً أن عقود الإدارة لا تخضع لنظام قانونى واحد فمنها عقود تخضع للقانون الخاص وهذا خارج نطاق بحثنا . ومنها عقود إدارة تخضع لأحكام القانون العام وهى التى يطلق عليها اسم العقود الإدارية وهذا النوع هو ما يعنينا فى هذه الدراسة .

أن العقود الإدارية تعتبر من صنع القضاء الإدارى وخاصة القضاء الإدارى الفرنسى ، وقد عرف قضاء مجلس الدولة الفرنسي العقد الإدارى بانه : (ذلك العقد الذى يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه وتظهر فيه نية الإدارة فى الأخذ بأحكام القانون العام حيث يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص[2] .

---

(١) يراجع فى ذلك د. ثروت بدوي : النظرية العامة فى العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ١٩٩١ ، ص ١٢ .

(٢) د. سليمان الطماوى " الأسس العامة للعقود الإدارية ، دراسة مقارنة ، الطبعة الخامسة ، ١٩٩١ ، مطبعة جامعة عين شمس ، ص ٥٤ .

وفى مصر استقرت أحكام القضاء الإدارى على الأخذ بفكـــرة العقـود الإدارية . وهذا ما أنتهت إليه محكمة القضاء الإدارى المصريـــة فـــى حكمـــها الصادر بتاريخ ٩ ديسمبر ١٩٥٦ حيث تقول : " بعد ان اســـتعرضت مختلـف المراحل التى مر بها اختصاص مجلس الدولة المصرى فـــى مجـــال العقـود الإدارية فلم يعد هذا الاختصاص مقصوراً على عدد معين من عقود الإدارة بـــل انطوى على كافة العقود الإدارية وامتد إلى مختلف المنازعات المتعلقـــة بتلـك العقود فقد أصبحت العقود الإدارية فى مصر عقوداً إداريـــة بطبيعتـــها ووفقـــاً لخصائصها الذاتية لا بتحديد القانون ولا وفقاً لإرادة المشرع[١] .

حيث أن المشرع المصري حينما حدد اختصـــــاص محكمـــة القضـــاء الإدارى فى بداية إنشائها عام ١٩٤٦ لم يتطرق للعقود الإدارية وبقى هذا الحـال حتى صدور القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ حيث استحدث النص فى المادة الخامسة منه على اختصاص محكمة القضاء الإدارى بالفصل فى المنازعـــات الخاصـــة بعقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريد الإدارية .

وهكذا نجد ان القضاء الإداري المصرى استقر علـــى تعريـــف العقـد الإداري بأنه : " العقد الذى يبرمه شخص معنوي من أشخاص القـــانون العـــام بقصد إدارة مرفق عام أو تسييره وأن تظهر نيته فى الأخذ بأسلوب القانون العام من خلال تضمينه شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخـــاص"[٢] . ونجد أيضا أن قضاء محكمة النقض يدور حول نفس المعنى بالنســـبة لتحديـــد معنى العقد الإداري.

---

(١) محمود خلف الجبوري : العقود الإدارية ، الطبعة الثانية ، الإصدار الأول ، دار النهضة للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ١٩٩٨ ، ص ١٧ .

(٢) المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم ٣١٢٨ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٩٥/١/٢٤ مجموعـــة من المبادئ فى العقود الإدارية ، إصدار المكتب الفني بمناسبة اليوبيل الذهبـــى لمجلـس الدولة ، ص ٩٨ .

ونستنتج من الأحكام القضائية السابقة أن العقد لا يكـون إداريـاً إلا إذا توافرت فيه عناصر ثلاثة تكاملية فيما بينها ، بحيث لو تخلف أحدها فلا يمكـن أن يكون هناك عقد إدارى ، أولها : هى أن تكـون الإدارة طرفـاً فـى العقـد .وثانيها : أن يتصل العقد بمرفق عام . وثالثها : أن تتبع الإدارة أسلوب القانون العام متضمنة فى ذلك شروط استثنائية غير مألوفـة . حيـث سـنعطى هـذا الموضوع حقه تفصيلاً فى الفرع الثانى من هذا المبحث "معايير تمييز العقـد الإدارى" .

ثانياً : نشأة العقود الإدارية :

من المعروف والمسلم به فى العقد الإداري بأنه قضائي المولد – شـأنه فى ذلك شأن القانون الإداري – حيث اقترن فى البداية بظروف تاريخية فى كل من فرنسا ومصر ، بحيث يرجع بداية ظهوره فى فرنسا إلى مجلـس الدولـة الفرنسى . وفى مصر فقد مرّ بمرحلتين : الأولى قبـل نشـأة مجلـس الدولـة المصري والثانية بعد نشأة مجلس الدولة المصري . وسيتم شرح ذلـك علـى النحو التالى :

١ – نشأة العقود الإدارية فى فرنسا :

لقد أدى قيام الثورة الفرنسية إلى الأخذ بتفسير خاص لمبدأ الفصل بيـن السلطات وإخراج المنازعات الإدارية عن اختصاص المحاكم العادية ، وذلـك حماية للإدارة ، ومن هنا تم إنشاء مجلس الدولة الفرنسى ليختص بـالنظر فـى المنازعات الإدارية، ولكن كان اختصاص المجلس مرتبطاً بالمعيار الشكلى فـى إطار تحديد اختصاصه بنظر المنازعات التى تكون الإدارة طرفاً فيها أياً كـان موضوعها ، وهنا اختلط الأمر، واتضح بأن ذلك يؤدى إلى اختصاص القضـاء الإدارى بكافة المنازعات التى تكون الإدارة طرفاً فيها على الرغم من أن بعض

المنازعات يجب، خضوعها للقضاء العادي نظراً لغياب عنصر السلطة فيـــها . ومن هنا أخذ بتطبيق معيار السلطة العامة [١] . فعندما تستخدم الإدارة سـلطتها، فإنها تستطيع أن تأمر وأن تنهى ، وعندما لا تستخدم الإدارة هذه السلطة، فإنـها تنزل إلى منزلة الأفراد العاديين .

ويترتب على ذلك أن العقود الإدارية جميعها تعتبر من أعمـــال الإدارة العادية ، حيث إن العقود لا تتضمن من مظاهر السلطة شيئاً وأدت إلى اسـتبعاد منازعات العقود الإدارية من نطاق اختصاص القضاء الإدارى، وهو مـــا أدى بالمشرع الفرنسى للتدخل وإضفاء الصبغة الإدارية على بعـض العقـود التـى تبرمها الإدارة[٢] . وعلى ذلك فإن العقود الإدارية صُبغـت بالصفـة الإداريـة بتحديد القانون .

وقد استمر هذا الحال إلى أن ظهرت فكرة المرفق العام ، والتى أشارت إلى أن كل عمل تقوم به الإدارة ومرتبط بالمرفق العام يعتبر عملاً إدارياً[٣] .

وفى بداية القرن العشرين قام مجلس الدولة الفرنسي بالأخذ بمعيار جديد بعد صدور حكم Terrier سنة ١٩٠٣[٤] ، وهو أن الإدارة يجب أن تلجأ فـــي إبرام عقودها إلى أساليب القانون العام . أى أن تتعاقد بوصفها سلطة عامة على أن اتصال العقد بنشاط مرفق عام لم يكن وحده العـــامل الحاسـم فـى تحديـد اختصاص القضاء الإداري بنظر المنازعات العقود الإدارية ، وجاء ذلـك فـي تقرير مفوض الدولة روميو متضمناً : (أن اختصاص القضاء الإدارى يتنـاول كل ما يتعلق بتنظيم وسير المرافق العامة قومية أو محلية سواء أكانت وســيلة

---

(١) د. ثروت بدوى : النظرية العامة فى العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص ١٢٨ .

(٢) هذه العقود مثل عقود القروض العامة (قانون رقم ١٧ يولية سنة ١٧٨٠ و ٢٦ سـبتمبر سنة ١٧٩٣ الخاص بعقد القرض العام الذى تبرمه الدولة) .

(٣) انظر فى ذلك حكم روتشليد الصادر فى ٦ سبتمبر ، ١٨٥٥ وذلـك فـى مجـال المسؤولية الإدارية غير التعاقدية .

(4) C.E.6 Fov. 1903, Terrier, Rec. p. 94

الإدارة في ذلك عمل من أعمال السلطة أو تصرفاً عادياً ، وبالتالى فإن العقود التى تبرمها الإدارة بهذا الخصوص هى أعمال إدارية بطبيعتها ويختص القضاء الإداري بالفصل في كل ما يثار بشأنها من منازعات)[1] .

٢ – نشأة العقود الإدارية فى مصر :

مما لا شك فيه أن فكرة العقود الإدارية وتطورها فى النظام القانوني الفرنسي ، نشأت ضمن نظام الازدواج القضائي بسبب وجود قضاء إداري مستقل عن القضاء العادي ، ونظراً لأن القضاء المصري لم يعرف القضاء المزدوج قبل عام ١٩٤٦ فقد مر تنظيم العقود الإدارية فى مصر بمرحلتين ، الأولى قبل إنشاء مجلس الدولة المصري ، والثانية بعد إنشاء مجلس الدولة المصري .

ففى المرحلة الأولى فإن المحاكم المختلطة والأهلية كانت تختص بنظر المنازعات الناشئة عن عقود الإدارة على أساس أنها عقود عادية ، ولم توجد في هذه المرحلة نصوص توضح ماهية العقود الإدارية . ولم يعرف القضاء المصرى آنذاك نظرية الظروف الطارئة ، حيث رفض القضاء العادي تطبيق هذه النظرية . ففي حكمها الصادر ٣١ مارس ١٩٢٤ أنكرت محكمة الاستئناف المختلطة بالإسكندرية على شركة مياه الإسكندرية حقها فى طلب زيادة بالمقابل التى تتقاضاه من المشتركين بسبب ارتفاع التكاليف ارتفاعاً كبيراً ، وقررت أن السبيل الوحيد أمام الشركة هو الاتفاق الودي مع الإدارة ، وأنه ليس للقضاء أن يعتدي على حق الإدارة فى هذا الخصوص[2] .

---

(١) د. أحمد سلامة بدر : العقود الإدارية وعقد البوت ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ٢٠٠٣، ص٣ .

(٢) مجموعة التشريع والقضاء المختلطة ، السنة ٣٦ ، ص ٢٨١ .

أما المرحلة الثانية فقد بدأت عند صدور القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزام المرافق العامة ، ومن قبله أنشأ المشرع القضاء الإدارى بالقانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ وبدأت رحلة القضاء الإداري بنظر المنازعات الإدارية تتسع حتى بلغت مداها بصدور دستور ١١ سبتمبر سنة ١٩٧١ ومن بعده قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ليصبح المجلس صاحب الولاية العامة بنظر المنازعات الإدارية) [١] . وبذلك أصبح القضاء الاداري هو المختص ببيان العقود الإدارية والقواعد التى تنظمها[٢] .

٣ - نشأة العقود الإدارية فى الأردن :

أما فى الأردن فقد نشأ القضاء الإداري سنة ١٩٥٢ ، حيث نجد أن دستور عام ١٩٥٢ نص على إنشاء محكمة عدل عليا تختص بقضاء الإلغاء ، لكن قانون تشكيل المحاكم النظامية تضمن إشارة أن لمحكمة التمييز الأردنية ثلاث صفات ، ومنها صفتها كمحكمة عدل عليا ، وذلك للنظر فى المنازعات المتعلقة بطلب إلغاء القرارات الإدارية بصفة أساسية ، وبقى الأمر كذلك حتى صدور القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٢[٣] والذى حدد حصرياً اختصاصات محكمة العدل العليا فى المادة التاسعة منه ونجد أنه لم يرد من بينها الاختصاص بالمنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية ، وعلى ذلك فقد استقر اجتهاد محكمة العدل العليا الأردنية على اعتبار هذه المنازعات من اختصاص المحاكم العادية وليس من اختصاص محكمة العدل العليا ، وهذا ما أكدته فى عدة أحكام لها[٤] .

---

(١) د. جابر جاد نصار : العقود الإدارية ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ٢٠٠٥، ص ٢١ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بجلسة ١٩٦٨/٤/٢٤ ، مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة فى خمسة عشر عاماً ١٩٦٥ - ١٩٨٠ ، ص ٥٥٧ وما بعدها .

(٣) د. محمد وليد العبادى : الوجيز فى القضاء الإداري ، "دراسة مقارنة" ، دار المسار للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، عمان ، سنة ٢٠٠٤ ، ص ١٧٨ وما بعدها .

(٤) د. نواف كنعان : القانون الإداري ، " الوظيفة العامة والأموال العامة" ، مطبعة الجامعة ، الكتاب الثانى ، عمان ، سنة ٢٠٠٣ ، ص ٣١٦ .

وبالرغم من أن القضاء الإداري الأردني ليس مختصاً بالنظر في المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية، إلا أنه أخذ بالنظريات الحديثة في هذا المجال، وأوضح مثال أخذه بنظرية الأعمال القابلة للانفصال عن العقد الإداري وإخضاعها لاختصاص القضاء الإداري باعتبارها قرارات نهائية . ومن هنا نجد أن القضاء الأردني اعترف بالطبيعة الخاصة للعقود الإدارية وبنظامها القانوني الخاص لتعلقها بإدارة مرفق عام ، إلا أنه أناط الاختصاص بالنظر في المنازعات المتعلقة بها إلى المحاكم العادية[1] .

وهذا ما يتضح من بعض أحكام محكمة العدل العليا ، حيث أكدت ذلك في حكم لها في هذا المجال : (لقد انعقد إجماع الفقه والقضاء على أن المنازعة الخاصة بانعقاد العقد الإداري أو صحته أو تنفيذه أو انقضائه أو فسخه أو إلغائه هي منازعة حقوقية تختص بنظرها المحاكم العادية)[2] .

وقضت المحكمة في أحد أحكامها بقولها : (إن العقود الإدارية إذا أبرمت لا يصح أن تكون محل طعن بالإلغاء ذلك لأن قانون المحكمة قد أورد على سبيل الحصر القرارات الإدارية التي تخضع للطعن بالإلغاء ولم يجعل العقود الإدارية قابلة للطعن لدى محكمة العدل العليا)[3] .

كما قضت في حكم آخر لها بقولها : (إن النزاع على الحقوق يعود للمحاكم العادية ولو كان متعلقاً بعقود إدارية ذلك لأن اختصاصات محكمة العدل العليا قد وردت على سبيل الحصر ولا تشمل المنازعات المتعلقة بالعقود على اختلاف أنواعها[4] .

---

(١) حكم محكمة العدل العليا الأردنية رقم ٨١/٩٦ ، مجلة نقابة المحامين ، سنة ١٩٨٠ ، ص ٢٠٩ وحكم المحكمة رقم ٨٢/٦ ، مجلة نقابة المحامين ، سنة ١٩٨٢ ، ص ٩٥٦ .

(٢) حكم محكمة العدل العليا الأردنية ، رقم ٧٩/٤٠ ، مجلة نقابة المحامين الأردنيين ، سنة ١٩٨٠ ، ص ٢٧٥ .

(٣) حكم محكمة العدل العليا الأردنية ، رقم ٨٢/٦ ، مجلة نقابة المحامين الأردنيين ، ١٩٨٢، ص ٩٥٦ .

(٤) حكم محكمة العدل العليا الأردنية رقم (٧٨/١٠٦) مجلة نقابة المحامين ، سنة ١٩٧٨، ص ٩٠٣.

ويرى الباحث هنا أن المشرع الأردنى حدد حصرياً اختصاص محكمة العدل العليا بموجب المادة رقم ٩ من قانون المحكمة رقم ١٢ لسنة ١٩٩٢ ولم يتطرق فى اختصاص المحكمة بنظر المنازعات الناتجة عن العقد الإدارى . وهذا يعتبر ثغرة تشريعية فى قضائنا الإدارى ويجب أن يعطي المحكمة الاستقلالية الكاملة في الاختصاص بنظر كافة المنازعات المتعلقة بالعقد الإدارى، طالما أن الفقه والقضاء الإداريين استقرا على الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية وبنظامها القانوني الخاص وخصائصها الذاتية المميزة لتعلقها بإدارة المرافق العامة .

ولذلك يتساءل الباحث هنا ؟ لماذا اعترف القضاء الإدارى الأردني بالطبيعة الخاصة للعقود الإدارية وبنظامها القانونى الخاص ولم يعط نفسه حق الاختصاص بالنظر فى المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية ؟؟

يأمل الباحث من المشرع الأردنى أن يسلك مسلك المشرع المصري والفرنسي فى إظهار قضاء إدارى مستقل فى الأردن بنظره فى كافة المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية ، وأعتقد بان محكمة العدل العليا الأردنية هى الأقدر مهنياً وفنياً بالنظر فى هذه المنازعات باعتبارها محكمة ذات صلاحية عليا وشاملة .

الفرع الثاني
المعايير المميزة للعقد الإداري

لقد استقر الفقه والقضاء الإداري وقضاء المحكمة الدستورية العليا فى مصر على أن هناك نوعين من عقود الإدارة ، هما عقود الإدارة المدنية وعقود الإدارة الإدارية ، حيث إنه ليس كل العقود التى تبرمها الإدارة هى بالضرورة

عقوداً إدارية ويختص بنظر المنازعات المتولدة عنها قضاء متميز ، وهذا مـــا أكدته المحكمة الدستورية العليا بوصفها محكمة تنازع .

(إن العقود التى تكون الإدارة طرفاً فيها لا تعتبر جميعها من العقـــود الإدارية ولا هى من العقود المدنية بالضرورة ، وإنما مردّ الأمر فـــى تكييفـــها القانونى إلى مقوماتها ، وخاصة إذا كانت شروطها تدل على انتهاجها لوســـائل القانون الخاص أو العام) [١] .

إن الفقه والقضاء الإدارى فى مصر[٢] وأيضاً فى فرنســـا[٣] ، ســـعوا لوضع معيار دقيق لتمييز عقود الإدارة الإدارية عن عقودها المدنية التى تخضع لقواعد القانون الخاص . وقد ساعد على بلورة معيار تمييز العقد الإدارى فـــى مصر الدور الكبير الذى يقوم به القضاء الإدارى المصرى[٤] .

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ٢ لسنة ١٥ قضائية ، " صدر فى جلســة ١٩٩٤/١٢/١٧ ، منشور فى مجموعة الأحكام التى أصدرتها المحكمة مـــن أول يوليـــو ١٩٩٣ حتى آخر يونيو ١٩٩٥ ، الجزء السادس ، ص ٩١١ ، ٩١٦ .

(٢) راجع د. على الفحام : سلطة الإدارة فى تعديل العقد الإدارى ، دراسة مقارنـــة ١٩٧٦ ، دار الفكر العربى ، القاهرة ، ص ٣٩ . وأيضا د. محمد فؤاد مـــهنا : مبـــادئ وأحكـــام القانون الإدارى ، القاهرة ، ١٩٧٢ ، ص ٢٧٧ . وأيضا د. أحمد عثمان عياد : مظـــاهر السلطة العامة فى العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٣ ، ص ١٧ .

(3) Louren Richer: Droit des contrats administratifs , 4ᵉed, L.G.D.J. 2004. P. 88.

- Amstltk (p.) : la qualification des contrats de l'administration, A.J.D.A, 1983, P.3.
- WTIL (P.) : le criterre du contrat administratife an crise, me'l. waline 1974 p. 831.
- lamARQue (J.): les difficultes pre'sente's et les pers pectives d'avenir de la distinction entre les contrats administratifs et les contrats prive, A.J.D.A. 1961. P.123

(٤) وفى ذلك تقول الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع (ان العقود الإدارية تختلـــف بطبيعتها عن العقود المدنية ، ذلك لأنها تعقد بين شخص من أشـــخاص القـــانون العـــام وشخص من أشخاص القانون الخاص بقصد تحقيق مصلحة عامة ، ومركـــز المتعـــاقدين فيها غير متكافئ إذ يجب أن يراعى فيها دائما تغليب الصـــالح العـــام علـــى الصـــالح=

ومن هنا تظهر أهمية البحث فى وضع معيار دقيق للتمييز بين العقود المدنية للإدارة وعقودها الإدارية ، وذلك لتحديد مضمون الالتزامات الناشئة عن هذه العقود والنظام القانونى الذى يحكمها . فهل هى قواعد القانون الخاص أم قواعد القانون العام ؟ وأيضا لتحديد الجهة القضائية المختصة بنظر المنازعات الناشئة عنها حيث تخضع العقود المدنية لاختصاص القضاء العادي وتخضع العقود الإدارية لاختصاص القضاء الإداري[1] .

وهكذا نجد أن العقود التى يبرمها الشخص الإداري تعد عقوداً إدارية إذا نص المشرع على ذلك صراحة أو نص على اختصاص القضاء الإدارى ، وهذا يعنى أن العقد يعد إدارياً ويخضع لأحكام القانون الذى يطبقه هذا القضاء. ونجد أن حالات النص على تحديد العقود الإدارية من قبل المشرع هى فى الواقع حالات استثنائية[2] .

=الخاص. وهذا الهدف يجب أن يسود شروط العقد وعلاقة المتعاقدين عند تطبيقه وتفسيره)، فتوى رقم ٦٣٧ الصادرة فى ١٩٥٦/١٠/٢٣ ، مجموعة أبو شادى ١٩٧٦ ، ص ٧٥١ وعكس ذلك يرى الأستاذ ديجى ، أنه لا يوجد اختلاف من حيث الموضوع بين العقد المدنى والعقد الإدارى، فالعقد أياً كان نوعه تكون له نفس الخصائص والآثار مادامت أركان العقد متوفرة .

للمزيد راجع: – Duguit, Traite elementaire de droit constitutionnel, 2ed, T.3 P.42 ets,

راجع فى نقد هذا الرأي : د. طعيمة الجرف، القانون الإداري ، " دراسة مقارنة فى تنظيم ونشاط الإدارة العامة ، سنة ١٩٨٥ ، ص ٢٠٠ .

(١) وتظهر أهمية ذلك فى دول القضاء المزدوج كما هو معمول به فى مصر وفرنسا ، حيث يوجد قضاء إداري مستقل وأيضا يعتبر ضرورياً فى الدول التى لا تعرف نظام القضاء المزدوج كالأردن ، وذلك حتى يتسنى تحديد القانون الواجب التطبيق فى المنازعات الناشئة عن العقد بغض النظر عن القاضى الذى يقوم بتطبيق هذا القانون .

راجع فى ذلك د. ثورية لعيوني : معيار العقد الإدارى ، رسالة دكتوراه ، ١٩٨٧ ، ص٥.

(٢) د. محمد فؤاد مهنا : القانون الإدارى العربى فى ظل النظام الاشتراكى الديمقراطى ، الجزء الثانى ، طبعة ١٩٦٣ ، ١٩٦٤ ، ص ١١٧١ ،

– الدكتور ماجد راغب الحلو : القانون الإدارى، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ١٩٨٧ ، ص ٥٦٢ .

إن المعيار المميز للعقد الإدارى يرتكز على ثلاثة عناصر ، وقد جـــاء ذلك فى أحكام القضاء الإدارى فى فرنسا ومصر وهى على النحو التالى[١] :

١ - أن يكون أحد طرفى العقد من أشخاص القانون العام .

٢ - أن يكون العقد متصلاً بمرفق عام .

٣ - أن تتبع الإدارة بشأنه أساليب القانون العام وذلك بتضمين العقد شـــروط استثنائية غير مألوفة[٢] .

أولاً : وجود أحد أشخاص القانون العام طرفاً فى العقد :

يعد هذا الشرط أمراً شكلياً ومفترضاً فى كافة العقـــود التـــى تبرمـــها الإدارة، وتكون الإدارة طرفاً فى العقد ، لأن العقود الإدارية هى طائفة من عقود الإدارة وتكون الإدارة طرفاً فى العقد من خلال أحد الأشـــخاص المعنويـــة[٣] ، مثل المحافظة أو المدينة أو القرية (المجلس التنفيذى) ، أو الأشخاص المعنويـــة

---

(١) راجع على سبيل المثال :

- T.C.8Juillet 1963, ste enterprise peyrot, R.D.P. 1963, P.776. D. 1963 . P.534, noteJOsse, concl. Lagry
- C.E.24 Avril 1968, J.C.A., 1968, P.478
- T.C.24 Juin 1968, Set Distilleries Bretonnes, D. 1969, P.116
- C.E.30 may 1975, Set dequipment de la Region mont. Prellieraine R.D.P.1975, P.1729

وراجع على سبيل المثال : حكم محكمة القضاء الإدارى المصرى ، الصـــادر فـــى ٢٤ فبراير ١٩٥٧ ، فى القضية رقم ٧٧٩ لسنة ١٠ قضائية ، وراجع أيضا حكمها فـــى ٢٥ يونية ١٩٦١السنة ١٥ ، المجموعة ص ٢٦٩ ، كما أخذت المحكمة الدســـتورية العليـــا بنفس الضوابط المشار إليها باعتبارها المعيار المميز للعقد الإدارى فى حكمها الصادر فى ١٩٨٠/١/١٩ فى القضية رقم ٧ لسنة ١ قضائية ، المجموعة ، ص ٢٤٤ .

(٢) انظر د. سليمان الطماوي : الأسس العامة للعقود الإداريـــة " دراســـة مقارنـــة " ، دار النهضة العربية ، الطبعة الخامسة ، القاهرة ، ١٩٩١ ، ص ٥٩ وانظر أيضاً فى ذلـــك حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم ٢٣٨١ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٩٣/٥/١٦ .

(٣) المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم ١٣٨٦ لسنة ٣٣ ق عليـــا جلســـة ١٩٩٤/١/١٨ الموسوعة الإدارية الحديثة ، الجزء ٤٩ ، ص ٤٦ .

المرفقية كالهيئات العامة مثل (الجامعات) ، كما ينطبق وصف العقد الإدارى على ما تبرمه النقابات المهنية من عقود ونجد أن القضاء اعترف لها بالشخصية المعنوية العامة ، وكذلك القانون خول هذه النقابات حقوقاً تختص بها الهيئات الإدارية العامة[١] . ومن المسلم به أن من فقهاء القانون العام من يعتبر شركات القطاع العام " الشركات المساهمة العامة " من أشخاص القانون العلم[٢] ، إلا أن الرأى الراجح اعتبارها من أشخاص القانون الخاص إلا إذا أرادت هذه الشركات أن تستعمل وسائل القانون العام .

وفى الأردن اعترف المشرع الأردني لبعض المؤسسات المهنية بالصفة العامة مثل النقابات المهنية كنقابة المحامين والمهندسين ... إلخ ، كذلك الجامعات الرسمية ، ومنحها بعض السلطات العامة لتسيير المرافق التى تشرف عليها وتنظمها ، وعليه فإن العقود التى تبرمها هذه المؤسسات تعتبر عقوداً إدارية. وبالتالى فإن العقد الذى لا يكون أحد أطرافه شخصاً من أشخاص القانون العام لا يمكن اعتباره عقداً إدارياً [٣] . والعبرة بتوافر صفة الشخص المعنوى العام بوقت إبرام العقد بمعنى أن العقد ، يبقى عقداً إدارياً فيما لو قام أحد أشخاص القانون العام بإبرام عقد وبعد ذلك تحول هذا الشخص بعد إبرام العقد إلى شخص خاص .

ومن هنا نجد أن العقود التى يكون أطرافها أشخاص القانون الخاص، كالأفراد والشركات والجمعيات والمؤسسات الخاصة وأيضاً العقود التى يبرمها مقاول الأشغال العامة مع بعض الأفراد لمعاونته فى تنفيذ المشروع لا تعتبر من قبل العقود الإدارية حتى لو خضعت هذه العقود قبل إبرامها لمراجعة شخص عام[٤] .

---

(١) محكمة القضاء الإدارى ، قضية رقم ٣٩٩ لسنة ٧ ق ، جلسة ١٩٥٧/١/٢٩ ، مجموعة الخمسة عشرة عاماً ، ص ٢٥١ .

(٢) د. محمد فؤاد مهنا : مبادئ وأحكام القانون الإدارى ، مرجع سابق ، ص ١٧٨ .

(٣) د. سليمان الطماوى : الأسس العامة للعقود الإدارية ، ١٩٨٤ ، مرجع سابق ، ص٥٤ .

(٤) انظر د. فؤاد العطار : القانون الإدارى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ١٩٧٢ ، ص ٥٧٢ .

=

ومن هنا وعلى الرغم من وضوح هذا الشرط فإن ثمة مشكلات مهمة تتعلق أساساً بمدى الاعتراف بالصفة الإدارية للعقود التى يبرمها أشخاص القانون الخاص والتى تقوم بنشاط اقتصادى عام ولمصلحة الدولة . مثال ذلك :(العقود التى تبرمها شركات الاقتصاد المختلط فى فرنسا وهى شركات تخضع لرقابة الدولة وتساهم فى رأسمالها أموال عامة ، وقد استقر القضاء الإدارى الفرنسى على اعتبارها من أشخاص القانون الخاص وأخضعها لاختصاص القضاء المدنى باستثناء ما قررته محكمة التنازع الفرنسية فى حكمها الشهير بتاريخ ٨ يوليو ١٩٦٣ فى حكم Peyrot حيث قضت المحكمة أن عقد الأشغال العامة المبرم بين شركة اقتصاد مختلط ومنشأة خاصة للمعاونة فى إنشاء طريق عام يعد عقداً إدارياً ، رغم أن كلاً من طرفيه من أشخاص القانون الخاص، وقد جاء هذا الاستثناء مراعاة لاعتبارات الملاءمة التى تقضى بتجنب إضفاء الصفة الخاصة على الأشغال العامة الكبرى للدولة)[1] .

ونجد أيضا فى مصر حيث طبقت المحكمة الإدارية العليا فكرة التعاقد باسم ولمصلحة الإدارة من أجل أن تعطى الصفة الإدارية على العقود التى تبرمها الأشخاص الخاصة لحساب الإدارة ، وذلك فى حكمها الصادر بتاريخ ٧

= - انظر د. زكى النجار : نظرية البطلان فى العقود الإدارية ، رسالة دكتوراه ، سنة ١٩٨١ ، ص ١٧ .

للمزيد راجع :

- T.C. 10 Janvier 1983, Centre d'action Pharmaceutiane, R.D.P., 1984, P.1080

(١) راجع فى ذلك د. محمد سعيد أمين : المبادئ العامة فى تنفيذ العقود الإدارية ، دار الثقافة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٩ ، ص ٢٩ - ٣٣ .

- راجع أيضا د. أحمد عثمان عياد : مظاهر السلطة العامة فى العقود الإدارية ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٧٣ ، ص ١٢٣ .

وراجع على سبيل المثال :

- T.C. 17 Janvier 1972, S.N.C.F., A.J.D.A. 1972, P. 353 note Dufau

وإزاء هذا الموقف ينبغى عدم التوسع فى الاعتراف بالطبيعة الإدارية لعقود وشركات الاقتصاد المختلط ، ولمزيد من التفاصيل راجع :

- G.VEDEL, Droit adminitratif, 1973, PP238-239

مارس ١٩٦٤ . وهنا يثور تساؤل فى هذا الصدد وهو : ما حكم تعاقد شخص خاص بوصفه وكيلاً عن الشخص المعنوى أو تعاقد لحساب هذا الشخص . فهل يعد هذا العقد إدارياً ؟

يعتبر العقد الذى يبرمه أحد أشخاص القانون الخاص إدارياً فى حالتين رغم أن الإدارة لم تكن طرفاً فيه . فالحالة الأولى هو إذا كان الشخص وكيلا عن الإدارة فى إبرام العقود [١] ، والحالة الثانية إذا تعاقد الشخص الخاص لحساب شخص عام .

نستخلص مما تقدم أنه يشترط لكى يعتبر العقد إداريّاً أن يكون أحد طرفيه شخصاً من أشخاص القانون العام ، أما العقد الذى يبرمه شخص من أشخاص القانون الخاص فلا يعتبر عقداً إداريّاً إلا إذا تعاقد هذا الشخص لحساب ولمصلحة جهة الإدارة ، ومن هنا نجد أن هذا الشرط وحده لا يكفى لاعتبار العقد إدارياً حيث يجب أن يتصل العقد أيضاً بمرفق عام ، وهذا ما سيتم شرحه فيما بعد .

ثانياً : اتصال العقد بمرفق عام :

لقد ذكرنا سابقاً بأن العقد لا يعد إدارياً بمجرد أن الإدارة طرف فيه . لأن أساس تمييز العقد الإدارى عن غيره من العقود هو اتصاله بمرفق عام ويهدف إلى تسييره بانتظام . وعلى ذلك فلا تعتبر العقود التى تبرمها الإدارة لاستغلال أموالها الخاصة عقوداً إدارية، [٢] مثل عقود إيجار المبانى أو

---

(١) د. محمد أنس جعفر : العقود الإدارية ، دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات مع دراسة للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ الخاص بالمزيدات والمناقصات فى مصر ولائحته التنفيذية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ٢٠٠٠ ، ص ١٩ .

(٢) راجع على سبيل المثال حكم محكمة القضاء الإدارى فى ٢ مايو ١٩٥٨ السنة ١٢-١٣ق ، ص ١١٤ ، وحكم المحكمة الإدارية العليا فى ٢٤ فبراير ١٩٦٨ ، السنة ١٣ ، ص ٥٥٧ ، ويلاحظ مع ذلك أن القضاء الفرنسى يميل إلى اعتبار العقود الواردة على=

الأراضى المملوكة للدولة ، إذ نجد أن هذه العقود ليس لها علاقة بتسيير مرفق عام . وبذلك نجد أن المرفق العام هو عبارة عن أى مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على إدارته ويعمل بانتظام واستمرار وتستعين فى إنشائه وتسييره بسلطات الإدارة لتزويد المواطنين بالحاجات العامة[١] ، ويهدف هذا المشروع إلى خدمة المصالح العامة فى الدولة والمساهمة فى حماية النظام العام ، ولا يقصد منه تحقيق أية أرباح مقابل تقديمه للمتعاملين معه بالحاجات اليومية[٢] .

إن القضاء الفرنسى يعتبر الأساس فى تطبيق معيار المرفق العام فى مجال العقود الإدارية ويعتبر حكم مجلس الدولة فى قضية Terrier [٣] هو أبرز ما أظهر المرفق العام كضابط للعقد الإدارى . ويعتبر هذا الحكم الأساس الذى قامت عليه نظرية العقود الإدارية وأدى ذلك إلى ظهور أحكام عديدة فى هذا الموضوع تستند إلى فكرة المرفق العام كمعيار لتمييز العقد الإدارى[٤] كما نجد أن القضاء المصرى أكد صراحة بأن العقود الإدارية تتميز عن العقود الخاصة

=الدومين الخاص للدولة عقوداً إدارية إذا تضمنت شروطاً غير مألوفة فى القانون الخاص. للمزيد راجع :

- .CE. 17 dec. 1954, Grosy, D. 1956, P.127
- T.C. 22 nov. 1965, Calmette, D 1966, 258

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى ، جلسة ١٩٥٧/٦/٢، مجموعة السنة السادسة ، ص ٥٣٤.

(٢) انظر فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة رقم ٣٥٣ ، جلسة ١٩٦٥/٣/٣١ ، الموسوعة الإدارية الحديثة ، جزء ٢٢ ، ص ١٠٩٧.
انظر د. عزيزة الشريف : دراسات فى نظرية العقد الإدارى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ١٩٨١ ، ص ٥٠ .

(٣) سبق الإشارة إليه - C.E. 6 Fev. 1903, Terrier, Rec. P. 94.

(٤) راجع على سبيل المثال :

- C.E. 31 Juillet 1912, set. Des grarties des vosges R.D.P, 145.C.E 6mai 1931, Hertz, Rec. P.489
- C.E 4 Juin 1954 Affortit et vingtain, Rec P.432
- C.E 20 Avril 1956, Epoux Bertin, D. 1956, 433, note De laubadere

وتجدر الإشارة إلى أن مجلس الدولة الفرنسى قد اتجه فى هذا الحكم الأخير إلى الاعتراف بالصفة الإدارية للعقد متى كان موضوعه تنفيذ وتسيير المرفق العام ذاته .

بطابع معين مناطه احتياجات المرفق العام الذى يهدف لتقديم مصلحة عامة وتغليبها على مصالح الأفراد الخاصة[1] .

وقد استقر حكم القضاء الأردنى على ضرورة اتصال العقد بالمرفق العام من خلال حكم محكمة العدل العليا الذى تقول فيه : (يتسم العقد الإدارى بطابع خاص يجعله مستقلاً عن العقد المدني إذ إنه يقوم على إشباع احتياجات المرافق العامة حتى تسير بانتظام ، فإذا قصر المتعاقد فى تنفيذ التزاماته التعاقدية فإن حق الإدارة أن تتخذ الإجراءات اللازمة التى تكفل تنفيذ العقد وفقاً للمصلحة العامة ..)[2] .

ويرى الباحث أن مسألة اتصال العقد بالمرفق العام هى مسألة موضوعية يعود للقاضى الإدارى مراعاتها وتقديرها فى كل حالة على حدة . وهنا تجدر الإشارة إلى أن هذا الشرط ليس كافياً لإضفاء الصفة الإدارية على العقد ، حيث يجب أن يتوافر شرط آخر وهو اتباع الإدارة لأساليب القانون العام ، وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة فى القانون الخاص .

ثالثاً : استخدام الإدارة لأساليب القانون العام (فكرة الشروط الاستثنائية)

كما ذكرنا سابقاً بأنه ليس كافياً أن تكون الإدارة طرفاً فى العقد أو أن يتصل العقد بمرفق عام ، بل يجب أن يكون هناك شرط ثالث لوصف العقد بأنه عقد إدارى حيث ينبغى على الإدارة أن تتبع أساليب القانون العام فى العقد الإدارى وذلك بتضمينه شروطاً استثنائية غير مألوفة ، و هذه الشروط تمنح

---

(١) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا فى ٣ يناير ١٩٦٥ السنة ١٠ ، ص ٣١٦ ، وحكمها فى ٢٤ فبراير سنة ١٩٦٨ ، والسابق الإشارة إليه .

(٢) د. محمد عبد حمود : إنهاء العقد بالإرادة المنفردة ، الطبعة الأولى ، الإصدار الأول ، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٢ ، ص ٢٣ . وقد أشار الى هذا الحكم بنفس المرجع ونفس الصفحة .

الإدارة امتيازات فى مواجهة المتعاقد معها مثل حق تعديل شروط العقد وتوقيع جزاءات على المتعاقد أو إنهاء العقد بإرادتها المنفردة ، وكذلك ليس من الضرورى أن يكون فى العقد أكثر من شرط استثنائى واحد لكى يصبح عقدا إداريا[١] . ويرى آخرون أن الشرط الاستثنائى قد لا يتضمن بالضرورة منح امتيازات للإدارة ، بل قد يضع قيودا عليها إذا اقتضت المصلحة العامة[٢] .

ونجد أن الهدف من تضمين العقد الإدارى شروطا استثنائية هو من أجل تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للمتعاقد مع الإدارة . من أجل تسيير النشاط المرفقي بالدولة[٣] ، وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا ضرورة توافر الشروط الاستثنائية غير المألوفة فى العقد الإدارى كطابع مميز له[٤] .

ونستخلص مما سبق أن الفقه والقضاء فى كل من مصر والأردن أكدوا بأنه لابد من توافر الشروط الثلاثة التي تؤلف جميعا أركان العقد الإداري باعتبارها الشروط التى تميزه عن غيره من العقود ، أما فى فرنسا فأن الأمر يختلف من حيث أن العقد الإدارى يعتبر عقدا إداريا إذا توافر أحد الشروط المذكورة وهى أما أن يتم اتصاله بمرفق عام أو استخدام الإدارة لأساليب القانون العام . وهذا ما استقرت عليه أحكام القضاء الأردنى ، حيث تقول محكمة

---

(١) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا ، جلسة ٩٦٢/٣١ ، مجموعة أحكام السنة السادسة ، ص ١٠١٢ ، وللمزيد راجع حكم مجلس الدولة الفرنسى :

- C.E. 20 oct. 1950, stein Rec. P.,505.
- T.C. 19 Juin 1952, ste des combustiblesat carburants nationaux Rec. P.628

(٢) يراجع فى ذلك د. مصطفى عبد المقصود سليم : معيار العقد الإدارى وأثره على اختصاص مجلس الدولة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ١٩٩٥ ، ص ١٠٤ وما بعدها .

(٣) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم ١٣٨٣ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٩٥/١/٨ الموسوعة الإدارية الحديثة ، جزء ٤٩ ، ص ٥٩ .

(٤) حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بجلسة ١٩٨٠/١/٩ ، وقد سبق الإشارة إليه .

التمييز الأردنية فى حكمها رقم ٢٠٠١/١٥٠٥ تاريخ ٢٠٠١/٧/٣٠ : (أن الفقه والقضاء قد استقروا على أن لمحكمة الموضوع كامل السلطة فى تفسير العقود وتأويلها واستخلاص ما تراه مناسباً بحقوق عاقديها مستعينة فى ذلك بجميع وقائع الدعوى وظروفها ..)[١] .

ونجد أيضا فى حكم لمحكمة العدل العليا الأردنية رقم ١٨١/ ٩٩٨ تاريخ ١٩٩٧/٩/٢٤ حيث يقول : (أن جهة الإدارة وهى تضع الجزاءات على المتعاقد معها عند الإخلال بشروط العقد تهدف المصلحة العامة وكفالة حسن سير المرفق العام ..)[٢] .

---

(١) منشورات مركز عدالة عمان .

(٢) المجلة القضائية / المعهد القضائى الأردنى ، سنة ١٩٩٧ ، عمان ، ص ٤٩٣ .

المطلب الثانى
الالتزامات المترتبة على العقود الإدارية

انطلاقاً مما سبق فإن العقـد الإدارى رغم كل شئ ، هو عقـد كسـائر العقود وأنه من المتعين أن يرجع إلى نية الطرفين المشتركة لتحديد التزامات كل من المتعاقدين فى العقود الإداريـــة كما هو الشأن فى باقى العقود .

ويعتبر العقد في الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية أهم مصدر لإنشـاء الالتزام سواء كان التزاماً بدين أو بعين أو بعمل ، وكذلك جـاء العقـد حسـب تصنيف القانون المدني الأردني من أهم مصادر الالتزام ، وهذا معناه أن العقـد الإداري وبما أنه يخضع لنظام قانوني خاص ومستقل عن القواعد التي تحكـم العقود الخاصة وكونه يمثل اتفاقاً بين إرادتين وقبول كل منهما هذا الاتفاق، فإنه يجدر ترتيب التزامات على كل من الطرفين حسب الالتزامات المنصوص عليها في العقد وهذا هو جوهر الرابطة العقدية[1].

لذا فإنه لزاماً علينا توضيح حقوق والتزامات طرفي العقد مـن خـلال فرعين رئيسيين: يخصص أولهما حقوق والتزامات الإدارة المتعاقدة ، أما الثاني فسنفرده لبيان حقوق والتزامات المتعاقد مع الإدارة.

---

(١) د. إبراهيم طه الفياض : العقود الإدارية ، نشر جامعة الكويت ، مكتبة الفلاح ، ١٩٨١ ، ص ١١٦ .

الفرع الأول
حقوق والتزامات الإدارة المتعاقدة

أولاً : حقوق الإدارة :

ان العقد كما نعلم من خلال المبادئ المستقرة فى القانون المدنى أنه شريعة المتعاقدين ولذلك لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، وهذه قاعدة أساسية مسلم بها بالقانون الخاص، ومؤداها أن العقد ما دام قد نشأ صحيحاً ملزماً، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين المتعاقدين أو للأسباب التي يقررها القانون ، وإذا كان مفهوم التعاقد يتمثل في القاعدة السابقة وهي أن (العقد شريعة المتعاقدين) فإن هذه القاعدة تكاد لا تجد لها مكاناً في المفهوم الإداري ، فبينما مصالح الطرفين في العقد المدني متساوية ومتوازنة فإننا نجد مصالح المتعاقدين بالعقود الإدارية غير متكافأة تغليباً للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة[1] ونتيجة لهذه الفكرة الجوهرية التي تسيطر على أحكام العقود الإدارية، فقد اعترف القضاء الإداري الفرنسي والمصري في مجال تنفيذ العقود الإدارية بمجموعة من السلطات الاستثنائية غير المألوفة في مواجهة متعاقديها لضمان تنفيذ العقد الإداري[2] . وهكذا نجد أن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص، مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة. أضف إلى ذلك أن نظرية العقود الإدارية تتميز بأنها تتضمن – بالإضافة إلى القواعد والأحكام المتميزة، التي لا

---

(١) راجع : حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية ، السنة الثانية قضائية ، مجموعة أحكامها، ص٩٣٧ .

(٢) انظر فى ذلك : د. مصطفى كمال وصفى : سلطة الإدارة فى تعديل شروط العقد الإدارى ، بحث منشور فى مجلة العلوم الإدارية ، القاهرة ، العدد الثانى ، سنة ١٩٨٠ ، ص ١٤٣ .

مقابل لها بالقانون الخاص – قواعداً وأحكاماً لا تختلف "إن لم تتطـــابق" مـــع قواعد القانون الخاص نفسها.

ومعنى ذلك أن العقود الإدارية تتفق مع العقـــود المدنيـــة مـــن حيـــث المضمون، فهي عبارة عن تلاقي إرادتين أو أكثر وتطابقهما على ترتيب آثـــار قانونية معينة تتمثل عادة في إنشاء التزامات متقابلة في ذمة كل مـــن الجهـــة الإدارية والمتعاقد معها . لذا فإنه من أهم السلطات التي تتمتع بها الإدارة، أثناء تنفيذ العقد الإداري، موافقتها تنفيذ شروطه وتوجيه أعمال التنفيذ، وسلطتها فـــي تعديل شروط العقد الإرادة المنفردة، حسب ما تقتضيه المصلحة العامة، دون أن يدفع الآخر بقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)، كما تتمتع الإدارة بسلطة توقيـــع الجزاءات على المتعاقد ، معها في حال إخلاله بالتزاماته، والتي قد تصل إلـــى حد فسخ العقد بالإرادة المنفردة، كما تتمتع أيضاً بسلطة إنـــهاء العقـــد الإداري بإرادة منفردة ، ودون رضاء المتعاقد وحتى بدون صدور أي خطأ من جانبـــه لدواعي ضرورات المصلحة العامة، وحسن سير المرفـــق العـــام، بانتظـــام واضطراد.

وقد قررت محكمة القضاء الإداري المصرية انتهاءه بانتـــهاء الأجـــل المحدد فيه وحق الإدارة في إنهاء العقد الإداري حتى قبل حلول أجلـــه – وأن تمسك المتعاقد بامتداد عقده طبقاً للقانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ مرده أن هـــذا القانون خاص بعقود الإيجار المدنية دون العقود الإدارية ، وقد جاء فـــى هـــذا المبدأ الذى قررته المحكمة :-

(إن العقد الإداري ينقضي بانتهاء المدة المحددة له حسب طبيعته، فمتـــى كان العقد محدداً بمدة معينة فإن انتهاء هذه المدة يستتبع انتهاء العقد، فمثلاً فـــى العقود المدنية يتعين على المدعى عليه وقد انتهت مدة عقده أن يقوم بتنفيذ مـــا التزم به من وجوب تسليم الدار للطرف الأول عند انتهاء مدة هذا الـــترخيص، وهذا ما ورد به النص صراحة في البند الثالث والعشرين من العقد. فإذا امتنـــع المستغل ولم ينفذ هذا الشرط وظل شاغلاً للدار بعد التاريخ المحدد ، فإن بقـــاءه

في العين بعد ذلك يكون بلا سند من القانون، ولا وجه لما يتمسك به المدعى عليه من أن عقده يمتد طبقاً لأحكام القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ ذلك أن الامتداد المنصوص عليه في ذلك القانون إنما هو خاص بعقود الإيجار المدنية دون العقود الإدارية التي يحكمها نظام قانوني يختلف اختلافاً تاما عن النظام القانوني المدني الذي تخضع له العقود المدنية، وتتمتع الإدارة بمقتضاه بامتيازات تخرج على مبدأ المساواة بين المتعاقدين منها حق الإدارة في إنهاء العقد بناء على سلطتها التقديرية في ذلك مناطها عدم الانحراف بالسلطة لأن السلطة المخولة للإدارة في هذا الصدد تقوم أساساً على فكرة المرفق العام) .

ويخلص مما تقدم أن للإدارة الحق في إنهاء العقد الإداري حتى قبل حلول أجله-ما دام ذلك يقتضيه الصالح العام- فمن باب أولى يكون لها الحق في إنهاء العقد عند نهاية أجله والتمسك بعدم إطالة مدته أو تجديده دون أن يكون للمتعاقد معها أي حق في الامتداد أو في التجديد .

ومما سبق نستخلص أن حقوق وسلطات الإدارة المتعاقدة هي:-

أولها : سلطة الإدارة في رقابة المتعاقد معها أثناء تنفيذ العقد[١]. وثانيها : أن للإدارة الحق في توقيع جزاءات على المتعاقد معها[٢] . وثالثها : سلطة الإدارة

---

(١) لمزيد من الإطلاع بخصوص سلطة الرقابة وصورها فى الطوائف المختلفة للعقود الإدارية راجع :

د. أحمد عثمان عياد : مظاهر السلطة العامة فى العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص ٣٠٦ وما بعدها .

د. محمد سعيد أمين : المبادئ العامة فى تنفيذ العقود الإدارية ، دار الثقافة العربية، القاهرة ، سنة ١٩٩٠ ، ص ١٦٩ وما بعدها .

د. محمود أبو السعود حبيب : سلطة الإدارة فى الرقابة على تنفيذ العقد الإدارى، ١٩٩٧، ص ٧٤ وما بعدها وأيضاً راجع مؤلفه فى القانون الإدارى " وسائل وامتيازات الإدارة ، جامعة عين شمس ، سنة ٢٠٠٦ ، ص ١٤٣ .

(٢) د. سليمان الطماوى : الأسس العامة ، ١٩٨٤ ، مرجع سابق ، ص ٤٩٧ وما بعدها .

في تعديل العقد بالإرادة المنفردة[1]. وأخيراً سلطة الإدارة في إنهاء العقد بدون خطأ من المتعاقد الآخر[2]

وقد استقر الفقه والقضاء الإداري في مصر وفرنسا، على أن حقوق وسلطات الإدارة في العقد الإداري متأصلة في طبيعة العقد ذاته، وأصبحت من المبادئ الراسخة في القانون الإداري، ولا يحتاج ممارستها إلى النص عليها صراحة في العقد أو القوانين واللوائح. فعدم النص عليها لا يحول دون ممارسة الإدارة لها. كما أن الإدارة المتعاقدة لا تستطيع التنازل عن استعمال كل أو بعض هذه السلطات أو التقيد معها في ممارستها، وأي اتفاق على ما يخالف هذا المبدأ لا يعتد به ويعد باطلاً[3].

وإذا كانت العقود الإدارية نادراً ما تخلو من مظاهر سلطات الإدارة المشار إليها آنفا، وكانت القوانين واللوائح تنص على تلك المظاهر باستمرار، فإن المسلم به أن طبيعة العقد الإداري واتصاله بالصالح العام يجعل من تلك

---

(١) راجع على سبيل المثال :

- C.E. 17 Nov 1944 Ville d'Avallon Rec. P.294

- C.E. 3 Avril 1948, Ville de Nantes, Rec. P.188

(٢) تمنح هذه الحقوق والسلطات الممنوحة للإدارة المتعاقدة في معظم المنازعات العديدة في العقود الإدارية التي اختلف الفقهاء القانونيون عن تحديد جهات الاختصاص في البت فيها، ففي فرنسا ومصر مثلاً يؤكد الفقهاء بأن منازعات العقود الإدارية من اختصاص القضاء الإداري ، أما في المملكة الأردنية الهاشمية فالوضع مختلف، فالمشرع الأردني لم يمنح القضاء الإداري ممثلاً بمحكمة العدل العليا في جميع مواد القوانين المتعلقة بها صلاحية الفصل في منازعات العقود الإدارية ؛ لذا فإن القضاء المختص بالنظر في منازعات العقود الإدارية هو القضاء العادي باعتباره صاحب الولاية العامة بالنظر في منازعات العقود (للاطلاع راجع م / ١٠ من قانون تشكيل المحاكم النظامية لسنة ١٩٥٢، م/٩من قانون محكمة العدل العليا رقم ١٢ لسنة ١٩٩٢. حيث حددت هذه المواد ، المسائل الداخلة في اختصاص محكمة العدل العليا ، ولم يرد في أي منها أي شيء يتعلق باختصاصها بمنازعات العقود الإدارية) .

(٣) انظر د. سليمان الطماوي : الأسس العامة للعقود الإدارية ، سنة ١٩٨٤ ، مرجع سابق، ص ٤٥٣.

المظاهر حقاً أصيلاً للإدارة، تتمتع بها دون حاجة إلى النص على ذلك في العقد. ويترتب على هذه القاعدة نتائج بالغة الخطورة منها:-

- أن عدم النص على أي مظهر من تلك المظاهر لا يعني أن الإدارة لا تستطيع أن تمارس تلك الحقوق ، لأن مرجع حق الإدارة في ذلك إلى طبيعة العقد. فإذا كان العقد إدارياً كان للإدارة أن تمارس من الحقوق السابقة بقدر ما تدعو إليه الحاجة، ذلك أن تلك الحقوق - كما ذكرنا - تستمدها الإدارة لا من اتفاق الطرفين عليها صراحة أو ضمناً، ولكن من مبادئ القانون الإداري مباشرة ؛ ولهذا كان النص على تلك المظاهر في العقد من الأدلة القاطعة على طبيعة العقد الإدارية .

- إذا تضمن العقد المبرم بين الإدارة والأفراد النص على بعض مظاهر تلك السلطات دون بعضها الآخر، فإن للإدارة أن تستعمل السلطات المنصوص عليها والتي لم ينص عليها أيضاً للأسباب السابقة.

- لا تستطيع الإدارة أن تتفق في عقد تبرمه بينها وبين الأفراد على التنازل عن استعمال تلك الحقوق بعضها أو كلها، ولا حتى على تقييد حقها في استعمال تلك السلطات، لأن تلك السلطات تتعلق باختصاصات الإدارة التي لا يمكن أن تكون محل تعاقد أو تصالح بينها وبين الأفراد، وكل اتفاق يتم على خلاف ذلك فهو باطل[1].

---

(١) هذه الأحكام مستقرة في قضاء كل من مجلس الدولة المصري والفرنسي وللمزيد :
- راجع د. عادل عبد الرحمن خليل : المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنه ١٩٩٤-١٩٩٥ ص ٢٩٠ وما بعدها.
- راجع د.سليمان محمد الطماوى : الأسس العامة .... ، سنة ١٩٨٤ ، مرجع سابق، ص ٤١١ وما بعدها.

ثانياً : التزامات الإدارة :

كما نعلم أن العقد الإدارى بما يتمتع به فى قوة ملزمة بوصفه عقداً رضائياً يتم بتوافق إرادتين [١] لا يتعارض مع حق الإدارة فى تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة ، ومن هنا فإن الإدارة مطالبة باحترام العقد وما يولده فى ذمتها من التزامات معينة ، ويجب على الإدارة أن تلتزم بتنفيذ العقد مع احترام كافة الشروط والبنود الواردة فيه .

وكذلك على الإدارة أن تبذل أقصى جهد ممكن فى سبيل أداء التزاماتها التعاقدية ، وهى فى ذلك تخضع لرقابة القضاء الذى يضع فى اعتباره عند تقدير مسلك الإدارة كافة الملابسات التى تحيط بتنفيذ العقد[٢] .

وتلتزم الإدارة أيضا بعدم اتخاذ أى إجراء يتعارض مع التزاماتها المقررة فى العقد ، فلا يجوز لها أن تمنح أى شخص غير المتعاقد حقوقاً تتعارض مع الحقوق المقررة للمتعاقد فى العقد[٣] .

ونجد هنا وفى حالة إخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية يكون للمتعاقد الحق فى التعويض عن الضرر الذى أصابه ويتوقف مقدار التعويض على درجة الضرر وعلى دور كل من الطرفين فى ارتكاب الخطأ ويجوز للقاضى أيضا أن يفسخ العقد بناء على طلب المتعاقد ، وذلك فى حالة وجود خطأ جسيم من قبل الإدارة ، مثال ذلك عدول الإدارة دون سبب معقول عن المشروع موضوع العقد[٤] أو تأخرها فى بدء تنفيذ العقد[٥] .

---

(١) حول مبدأ الرضائية والقوة الملزمة فى العقد الإدارى : راجع د. محمد سعيد أمين : المبادئ العامة فى تنفيذ العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص ١١ .

(2) A.de Laubader : les Contrats Administratife, 2e Bartie, 1956 P. 186-187.

(٣) د. محمد فؤاد مهنا : القانون الإداري العربى .... ، مرجع سابق ، ص ١٢٢٣ .

(4) C.E. 3 Mars 1951, Ville de Poissv, Rec. P.774

(5) C.E. 16 Mai 1923 Glaenger Rec. P.405

الفرع الثانى
حقوق والتزامات المتعاقد مع الإدارة

أولاً : التزامات المتعاقد مع الإدارة :

ان العقد الإدارى ، وكما نعلم ، هوعقد بمعنى الكلمة لا يختلف عن أى عقد من العقود الأخرى حيث إنه يرتب حقوقاً والتزامات فى مواجهة طرفيه، وبالتالى فإنه يقع على عاتق المتعاقد مع الإدارة التزامات معينة ، وفى المقابل يتمتع بالعديد من الحقوق .

والمتعاقد مع الإدارة يجب أن يلتزم بما تقضى به القوانين واللوائح التى تحكم سير المرافق العامة بانتظام ، ويجب أن يلتزم بنصوص العقد الصريحة التى تشير إلى التزاماته فى تنفيذ العقد . وكذلك يجب أن يلتزم بقواعد العرف والعادة وذلك فى العقود ذات الصلة بالأوضاع التجارية مثل عقد التوريد[1] . وعلى المتعاقد أن يقوم بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد بنفسه شخصياً لأن المقدرة الفنية والمالية وحسن السمعة تعتبر من الصفات الشخصية التى تكون عادة محل اعتبار عند إبرام العقد وتنفيذه .

وكذلك لا يجوز للمتعاقد التنازل عن العقد للغير أو أن يقوم بتنفيذ العقد عن طريق أفراد آخرين من الباطن إلا بموافقة خطية من جهة الإدارة . ولا يجوز للمتعاقد أن يتوقف عن تنفيذ العقد بحجة أن الإدارة أخلّتْ بالتزاماتها لوجود ظرف طارئ ، لأن الأصل العام فى مجال العقود الإدارية ، عدم الاعتراف بحق الدفع بعدم التنفيذ من أجل الاستمرار بنشاط المرفق العام، وبالمقابل يجب على المتعاقد أن يستمر فى التنفيذ ثم يطالب الإدارة بالتعويض.

---

(١) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا فى ٥ يولية ١٩٦٩ المجموعة ، س ١٤ ، ص ٩٣٢ .

ثانياً : حقوق المتعاقد مع الإدارة :

إن حقوق المتعاقد مع الإدارة واجبة وملزمة لجهة الإدارة عند تنفيذ العقد الإدارى ، وكما بينا سابقاً بأن للإدارة حقوقاً والتزامات عقدية ، كذلك المتعاقد معها له حقوق والتزامات واجبة التطبيق من الطرفين وتتمثل فى احترام الإدارة لالتزاماتها العقدية ، وحصول المتعاقد على المقابل المالى ، وحق المتعاقد فى إعادة التوازن المالى للعقد . ونحن نعلم أن الإدارة وبإرادتها المنفردة تستطيع فرض وتعديل شروط العقد الإدارى وتتحكم بالتزاماتها فى العقد بالزيادة أو النقصان ؛ لذلك نجد أن هناك التزامات على الإدارة تجاه المتعاقد معها باعتبارها طرفاً فى العقد ومنها :

١ - لا يحق للإدارة أن تفسخ العقد لمجرد التحلل من التزاماتها وإلا تعرضت للمسؤولية العقدية ، ولا يجوز لها إنهاء العقد الإدارى بإرادتها المنفردة إلا إذا اقتضى الصالح العام ذلك .

٢ - يجب على الإدارة مراعاة كافة الشروط الواردة بالعقد عند تنفيذه[١] .

٣ - يجب على الإدارة أن تنفذ التزاماتها العقدية بطريقة سليمة وحسب مقتضيات حسن النية .

٤ - تلتزم الإدارة بتوفير كافة الإمكانيات لتمكين المتعاقد معها من تنفيذ العقد كاملاً مثل تسليم أماكن العمل وكذلك أداء دفعة مقدمة من المال لتغطية مصروفات المواد التى يتم إحضارها إلى موقع العمل .

٥ - التزام الإدارة بعدم التعاقد مع آخرين لمنافسته من أجل قيام المتعاقد بالتزاماته على أفضل وجه[٢] .

---

(١) انظر حكم مجلس الدولة الفرنسى : C.E. 21 Mars 1950, Nuncie. Rec. P. 568
وقد أشار إليه د. سليمان الطماوى : مؤلفه فى العقود ، ١٩٩١ ، ص ٥٦٨ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا ، جلسة ١٩٥٧/٤/٢٠ ، مجموعة أحكام السنة الثانية ، ص ٩٣٧ .

٦ - تلتزم الإدارة باحترام المدد المقررة فى العقد إذا نص عليها صراحة سواء كان ذلك بالمدد الاجمالية لتنفيذ العقد بأكمله أو المدد الجزئية لتنفيذ الالتزامات الجزئية مثل المدد المقررة للبدء بالتنفيذ أو المدد المقررة كموعد لتسليم الموقع لملتزم الأشغال العامة أو المدد المحددة لتسليم الثمن بالنسبة لما يتم إنجازه من عمل أو ما يورد من بضائع . وفى الأردن نجد أن القضاء الزم الإدارة بتنفيذ التزاماتها العقدية مع مراعاة ما يقتضيه طبيعة العقد الإدارى[1] .

أما فى حالة إخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية فإنها تخضع لتوقيع الجزاء عليها نتيجة هذا الإخلال وذلك عن طريق قيام المتعاقد باتخاذ طريق التقاضى وحسب القواعد التى يمتلكها القاضى ؛ ولذلك فأنه يحق للمتعاقد المطالبة بالتعويض ، وكذلك فإن القاضى يملك الحكم بفسخ العقد تأسيساً على خطأ الإدارة .

ونجد أيضاً من حقوق المتعاقد مع الإدارة حصوله على المقابل المالى المتفق عليه فى العقد ، ويختلف صور هذا المقابل بحسب نوع العقد ، فهو ثمن فى حالة عقد التوريد والأشغال والنقل ، وهو مرتب فى حالة عقد التوظيف ، وهو فائدة فى حالة عقد القرض ، وهو رسم فى حالة عقد الالتزام يحصله المتعاقد من المنتفعين ، ويتم تحديد ذلك باتفاق الطرفين ، ولا يجوز للإدارة أن تنفرد بتعديله ومن المسلم به فقهاً وقضاء ان الشروط التى تتعلق بتحديد المقابل المالى هى من قبل الشروط العقدية حيث لا تستطيع الإدارة بإرادتها المنفردة أن

---

(١) حكم محكمة التمييز الأردنية رقم ١٩٩٦/٨٢٥ تاريخ ١٩٩٦/٦/١٩ والذى ألزمت فيه الإدارة احترام المدد المقررة فى العقد ومنعتها من فرض غرامة التأخير على المتعاقد معها لتأخره فى التنفيذ بسبب خطأ الإدارة . وهذا الحكم جاء فيه : (إذا تضمن عقد التوريد أنه فى حالة تأخير تبلغ الاعتماد المستندي المصدر لمدة تزيد عن عشرة أيام من تاريخ توقيع عقد التوريد فأن مدة التأخير تنسحب على مواعيد الشحن دون غرامات وطالما أن هذا الشرط وضع لمصلحة المحال عليه عطاء التوريد ولا يخالف القانون أو النظام العام فهو ملزم للإدارة وعليه ...) مشار إليه فى مجلة نقابة المحامين الأردنيين سنة ١٩٩٨ ، ص ١٤٢٨ .

تعدل فيها إلا باتفاق الطرفين باستثناء الرسم والمرتب حيث تعتبر الشروط المتعلقة بالرسم والمرتب من قبل الشروط اللائحية .

وأساس عدم قدرة الإدارة على تعديل شروط المقابل النقدى فى العقد الإداري يعود لاعتبارين أولهما : اعتبار عملي وذلك من أجل إلا ينفر الأفراد من التعاقد مع الإدارة والثانى : اعتبار قانونى وذلك أن سلطة الإدارة فى التعديل تنص على الشروط المتعلقة بسير المرافق العامة .

وإذا كانت الإدارة لا تستطيع التعديل بإرادتها المنفردة هذه الشروط فلن المشرع قد يمنح الإدارة سلطات خاصة فيما يتعلق بتنفيذ التزاماتها التعاقدية فيمكنها من تعديل تلك الشروط أو أن يتدخل ويصدر قانوناً خاصاً بعقد معين أو طائفة معينة من عقود الإدارة متضمناً تعديل أحكامها أو يصدر قانوناً عاماً يعدل العقود بطريق غير مباشر .

والغالب أن تقوم الإدارة بدفع المقابل المالى للمتعاقد معها بعد أداء الخدمة المطلوبة ، أو أن تقوم الإدارة بدفع جزء مقدماً أثناء تنفيذ العقد .

وأخيراً حق المتعاقد بإعادة التوازن المالى للعقد . فقد تزداد التزامات المتعاقد مع الإدارة لأسباب أخرى غير تدخل الإدارة وتكون ظروف خارجة عن إرادتها فيختل نتيجة لذلك التوازن المالى للعقد ، وهنا تقتضى العدالة مصالح المرفق العام تعويض المتعاقد عما يناله من ضرر[1] فإذا طرأت بعد إبرام العقد

---

(١) د . محمود عاطف البنا : العقود الإدارية ، دار العلوم للطباعة والنشر، سنة ١٩٨٤ ، ص ٢٢٥ . وللمزيد راجع :

- Concl-Blum Sous / C.E 11 mars 1910 compagnie general franciase des tran ways Gronds arretes P. 98et 99
- Concl-Carmeill, Sous. / C.E 3 decembre 1920 Framasol. R.D.P 1921 P.80
- Concl-Latoumerie, Sous / C-E 9 Mars 1928 Ciedes scieries africaines R.D.P 1998 P.326
- Concl – Andrieux sous / C.E 10 avril 1935 ville, de Toulon R. D.P 1935 P.783

وقد أشار إليه د. على عبد العزيز الفحام : سلطة الإدارة فى تعديل العقد الإدارى ، "دراسة مقارنة " ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، سنة ١٩٧٥، ص ٣٠٨.

وأثناء تنفيذه بعض الظروف والأحداث غير المتوقعة والتى من شأنها أن تزيد من أعباء المتعاقد فيجب على الإدارة أن تقوم بتعويض المتعاقد معها .

وفى النهاية تجدر الإشارة إلى أنه يحق للمتعاقد المطالبة بإقامة التوازن المالى للعقد نظراً للأسباب التى حلت به والتى تعترض تنفيذ العقد الإدارى وتجعل أمر تنفيذه صعباً وهو ما سيتم تناوله بالتفصيل عن النظريات الثلاث وهى : نظرية الظروف الطارئة، ونظرية فعل الأمير ، ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وفى الباب الثانى من هذه الدراسة وننتقل الآن الى التعريف بنظرية التوازن المالى للعقد الإدارى.

المبحث الثاني
التعريف بنظرية التوازن المالي للعقد الإداري
(نشأتها وتطورها)

لقد أشرنا في طيات المبحث الأول من هذه الدراسة، إلى إن المتعاقد مع الإدارة يتعرض أثناء التنفيذ لتدخل الإدارة التي تملك وفي حدود ما تم الإشارة إليه سابقاً، زيادة التزاماته أو إنقاصها، ولما كانت التزامات المتعاقد في هذه الظروف تتسم بالمرونة، فإن من الضروري إضفاء هذه الصفة على حقوقه المستمدة من العقد أيضاً، نظراً للعلاقة الوثيقة بين التزامات المتعاقد وحقوقه. وبالتالي فالمتعاقد إنما يضع نصب عينيه التزامات معينة يعول عليها، وما دامت الالتزامات قابلة للزيادة أو النقص فيجب أيضاً أن يكون هذا هو شأن الحقوق المقابلة لها. وهذا هو ما يعبر عنه بصفة عامة بفكرة التوازن المالي للعقد الإداري (la notion d'equilibre Financier) ، أو التوازن الشريف بين حقوق المتعاقد والتزاماته[1] (l'equivalence honnete des Prestations). ولأهمية ذلك في مسار بحثنا هذا فإننا سنعمل هنا على تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : مفهوم نظرية التوازن المالي للعقد الإداري .
المطلب الثاني : نشأة نظرية التوازن وتطورها.

---

(١) د. محمود عاطف البنا : العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص ٣٢٥ .

المطلب الأول
مفهوم نظرية التوازن المالي للعقد الإداري

إن التوازن المالي للعقد الإداري يعتبر من الخصائص المميزة للعقود الإدارية[1]، وبالتالى فانه يجب أن تكون حقوق والتزامات الأطراف وقت إبرام العقد قد نشأت بطريقة تجعلها متوازنة مالياً، ونتيجة الإرادة المشتركة للمتعاقدين منذ لحظة إبرام العقد إلى استمرار هذا التوازن المالي حتى إتمام تنفيذ العقد[2]، وبناء على ذلك إذا حدث زيادة أو خفض في أداء معين فإنه بالضرورة يستوجب أن تسير الإدارة في الاتجاه الذي يحتفظ معه ذلك التوازن المالي للعقد، ولا يسري ما تقدم إذا كان الاختلال بسيطاً أو كان متوقعاً وقت إبرام العقد.

ويجب الأخذ بعين الاعتبار هنا، أن التوازن المالي ليس نوعاً من الضمان للمتعاقد ضد العجز المحتمل للاستغلال، وإنما هو في حقيقته معادلة تستهدف الإبقاء على طبيعة العقد على النحو الذي اتفق عليه المتعاقدان وقت التعاقد؛ لذلك يعتبر حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد حقاً أساسيا له، ويمثل امتداداً طبيعياً لحقه الثابت والأصيل في المقابل المالي المتفق عليه في العقد[3].

---

(١) راجع د. رأفت فوده: دروس في القانون الإداري "العقود والأموال"، مكتبة النصر، سنة ١٩٩٥ ص ١٠٧.

(2) Dominique Pouyoud: la nullite des controls administratifs paris, L.G.D.J. 1991, P.252

(٣) انظر فى ذلك : د. محمد سعيد حسين أمين: الأحكام العامة لالتزامات وحقوق طرفي الرابطة العقدية في تنفيذ العقد الإداري، دار الثقافة الجامعية، القاهرة ، سنة ١٩٨٥ ، ص ٤٠١ .

- د. موريس صادق : قانون تنظيم المناقصات والمزايدات في العقود الإدارية، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة ، سنة ١٩٩٩، ص ٢٨.

وعلى هذا الأساس، فإن فكرة التوازن المالي التي تجمع حولها الفقهاء فكرة ملازمة لحق التعديل[1]، ولما كان مثل هذا الحق لا وجود له في القانون الخاص، فإن فكرة التوازن المالي للعقد هي فكرة لا مقابل لها في ذلك القانون، وذلك باعتبارها إحدى القواعد الأساسية التي تحكم آثار إبرام العقد الإداري، فسلطات الإدارة في تعديل التزامات المتعاقد معها بإرادتها المنفردة يقابلها من الجهة الأخرى التزام جوهري يتمثل في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري للحالة التي كان عليها لحظة إبرام العقد.

فمما لا شك فيه، أن المتعاقد مع الإدارة، وإن كان يقبل معاونة جهة الإدارة المتعاقدة في تسيير المرفق العام بانتظام واستمرار، من خلال تنفيذ العقد الإداري المبرم بينهما، إلا أن دافع الربح يكون هو الدافع الأساسي لقبوله التعاقد، وعلى هذا الأساس فإن أي زيادة في أعباء المتعاقد نتيجة استخدام الإدارة لسلطتها في تعديل التزاماته، يرتب حقاً أساسيا للمتعاقد في تغطية تلك الأعباء على نحو يعيد التوازن المالي للعقد للحالة التي كان عليها لحظة إبرامه ، وهذا معناه أن فكرة التوازن المالي كتعبير صريح وواضح عن ضرورة مراعاة التعادل في الادعاءات المتقابلة في العقد، إعمالاً لقواعد العدالة، وهي فكرة ليست غريبة في عالم القانون[2].

فالقانون المدني بحرصه على المساواة بين طرفي العقد وتحقيق العدالة بينهما، يبرز هذه الفكرة من خلال نظريتي الغبن والاستغلال في العقود المدنية. ولكن الجديد في الأمر هنا، أن فكرة التوازن المالي في العقد الإداري لا تجد

---

(١) لمزيد من الاطلاع راجع :

- (V.) A.de Laubader : Trait aux Contrats administratife 3ᵉd Tome, 1956 P.219.
- Bh. Bonnard: Précis de Droit administratife . 3ᵉd Tome, 1970. P.620.
- G.pequigno : Contribution a la Théorie Generale du contrat administratife, Thése De Montpellier 1945 P. 363.

(٢) د. سليمان الطماوى : الأسس العامة فى العقود ،١٩٩١، مرجع سابق ، ص ٦١٠ .

سندها في قواعد العدالة فحسب، وإنما من الخصائص الذاتية في العقود الإدارية، فتحقيق النفع العام كغاية تسعى إليها الإدارة من خلال إبرام عقودها الإدارية، يحتم عليها تقديم معاونتها للمتعاقد معها من أجل ضمان السير المنتظم والمستمر للمرفق العام الذي أبرم من أجله العقد الإداري. ولا شك أن زيادة أعباء المتعاقد خلال مدة تنفيذ العقد على نحو لم يكن يتوقعه لحظة إبرامه، ورفض جهة الإدارة لمعونته على تغطية تلك الأعباء، سيصل بالإدارة إلى نتيجة مزدوجة تتمثل في نفور الأفراد المتعاقدين معها [1]، ومن ناحية أخرى فإن خدمات المنتفعين بالمرفق العام تكون مهددة بالتوقف نتيجة عجز المتعاقد عن الوفاء بالتزاماته الناشئة عن العقد الإداري[2].

نخلص من ذلك إلى أن التوازن المالى أمر مفترض فى كل عقد إدارى، ومن حق المتعاقد مع الإدارة أن يعوض على مقتضاه دون حاجة إلى النص على ذلك فى العقد ، لأنه ليس من المصلحة العامة والعدالة أن يتحمل هذا المتعاقد وحده عبء الظروف التى تطرأ على العقد . وتنقسم الظروف أو الأسباب التى تخل بتوازن العقد المالى إلى قسمين :

الأول : يؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد وهو ما يعرف بالقوة القاهرة[3] .

والثانى : يتمثل فى كل ما يعوق تنفيذ العقد ويجعل أمر تنفيذه صعباً .

وانطلاقاً من ذلك لزاماً علينا هنا، تحديد المفهوم القانوني والواقعي لفكرة التوازن المالي وإلقاء المزيد من الضوء عليها باعتبار ذلك مدخلاً أساسياً

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر بجلسة ١٩٥٧/٦/٣٠فى القضية رقم ٩٨٣ لسنة ٩ق ، ص ٧١٢ .

(٢) د. رياض عيد عيسى الزهيرى : مظاهر سلطة الإدارة فى تنفيذ مقاولات الأشغال العامة، رسالة ماجستير ، كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد، سنة ١٩٧٥ ، ص ٢٤٩.

(٣) للمزيد راجع د. عزيزة الشريف : دراسات فى نظرية العقد الإدارى ، مرجع سابق ، ص ٢١٣.

وطبيعياً لإيضاح حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، وهنا يمكننا القول بأن كثيراً من الفقهاء توصلوا إلى تحديد مفهوم نظرية التوازن المالي للعقد الإداري وشروط تطبيقها وذلك على النحو التالي :

- يطبق التوازن المالي للعقد الإداري بالتعويض على المتعاقد إذا كانت الإدارة قد سببت الضرر بفعل منها، وذلك ضمن نطاق نظرية فعل الإدارة[1] . أما إذا كان مرد الخلل في التوازن المالي للعقد لا علاقة له بالإدارة، فلا تطبق نظرية التوازن المالي للعقد ويتوجب بعد ذلك ضمن نطاق نظرية التوازن المالي تلجأ إلى مبدأ التعويض بلا خطأ، حتى يتناول كافة التعويضات التي يستحقها المتعاقد بدون خطأ الإدارة أو من المتعاقد نفسه.
- كما يطبق التوازن المالي إذا تضمن صراحة نصاً خاصاً بضمان الإدارة للتوازن المالي للعقد حينئذ نكون أمام تنفيذ شروط العقد.
- تطبق هذه النظرية في غير حالة النص صراحة بضمان الإدارة للتوازن المالي والاقتصادي ، وذلك بالاستناد إلى المبدأ الأساسي الذي تستند عليه الحقوق الإدارية برمتها وهو مبدأ " العدالة " فالعدالة توجب على الإدارة التعويض على المتعاقد عن كل ضرر يحدث له من جراء تصرفاتها المخالفة لنصوص العقد[2].

وبالإضافة لمبدأ العدالة في هذا المجال يستند تطبيق النظرية إلى ضمان الإدارة مبدأ التوازن المالي والاقتصادي للعقد الإداري، وهو في حقيقة الأمر

---

(١) د. سليمان الطماوى : الأسس العامة فى العقود ، سنة ١٩٩١ ، مرجع سابق ، ص ٦١٤. وانظر أيضاً د. محمد سعيد حسين أمين : الأحكام العامة للالتزامات ... ، مرجع سابق ، ص ٤٠٢.

(٢) د. عادل عبد الرحمن خليل : المبادئ العامة فى آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها ، ص ١٧١ وما بعدها .

لمصلحة المرافق العامة لأنه يمكن التعاقد معها من الاستمرار بالوفاء في التزاماته ، وبالتالي تأمين استمرار المرافق العامة على أداء الخدمات العامة المنوطة بها ويشجع المواطنين القادرين على التعاقد مع الإدارة[1].

ولذلك نجد أن التوازن المالى للعقد يفرض نفسه فى حالة وجود صعوبات غير متوقعة أو ظرف طارئ خارج عن إرادة المتعاقدين ، وبالتالى قد تبقى التزامات المتعاقد رغم وجود الصعوبات غير المتوقعة ويكون للمتعاقد الحق فى التعويض الكامل يعادل ما تحمله لمواجهة الصعوبات غير المتوقعة[2].

ومتى توافرت شروط نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة فيتوجب على الإدارة في مثل هذه الحالة أن تتحمل كافة النفقات الإضافية التي تحملها المتعاقد لمواجهة الصعوبات المادية غير المتوقعة ويستعين القضاء الإداري لتحديد النفقات الإضافية للسعر المتفق عليه في العقد المنظم بين المتعاقد والإدارة[3] .

وقد طبق القضاء الإداري المصري هذه النظرية في الحكم الصادر بتاريخ ٢٠ مارس ١٩٥٧ وجاء في هذا الحكم : (والتعويض لا يتمثل في معاونة مالية جزئية تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد معها ، بل يكون تعويضاً كاملاً عن جميع الأضرار التي يتحملها المتعاقد بدفع مبلغ إضافي له على الأسعار المتفق عليها...) .

---

(١) د. عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد : أثر فعل الأمير على تنفيذ العقد الإدارى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ١٩٨٩ ، ص ٨٨ ومابعدها .

(٢) راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي :

- C.E. 9 Juillet 1905, Comune de Duingt, Rec. P. 914.

(٣) راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي :

- C.E. 10 ,ai 1938, Gouvernment general de I Indochine, Rec., P. 937.

وكذلك راجع :

- Note Souto, Dalloz , 1950, Rec. P. 455.

ونجد أيضا أن الاتفاقات الدولية نصت على مبدأ التوازن المالى للعقد[1].

وقد نص فى هذه الاتفاقات على شرط ثابت على أنه (فى حالة مـــا إذا حدث بعد تاريخ السريان " تغير فى التشريعات أو اللوائح القائمة والمطبقة على تنفيذ البحث عن الغاز وتنميته وانتاجه ، مما يكون له تأثير هام على المصـــالح الاقتصادية لهذه الاتفاقية فى غير صالح المقاول أو تفرض على المقاول التزاماً بأن يحول إلى جمهورية مصر العربية المبالغ الناتجة عن بيع غـــاز المقـــاول حينئذ يخطر المقاول الهيئة بهذا التشريع أو اللائحة . وفى هذه الحالة تتعـــارض الأطراف بشأن التعديلات الممكنة لهذه الاتفاقية والتى تهدف الى إعادة التـــوازن الاقتصادى للاتفاقية الذى كان موجوداً تاريخ السريان)[2] .

---

(١) اتفاقات البحث عن البترول المبرمة بين جمهورية مصر العربية وشركات أجنبية ونذكـــر من هذه الاتفاقيات : الاتفاقية المبرمة بين جمهورية مصر العربيـــة والهيئـــة المصريـــة العامة للبترول وشركة ايوك كوانك وهيئة التمويل الدولية - المنشورة فى الجريدة الرسمية - العدد ١٨ تابع (ب) فى ١٩ مايو سنة ١٩٩٦ م .

(٢) وقد ورد نص هذه الاتفاقية على النحو التالى :

(in case of changes in existing legislation or regulation applicable to the conduct of exploration, development and production of gas which take place after the effective Dat, and which significantly affect the economic interest of this agreement to the determinet of contractor or which imposes on contractor an obligation to remit to the A.R.E the proceeds from sales of contractor's Gas contractor shall notify Egype o f hesubject legislative or regulatory measure in such case, the parties shall negotiate possible modifications to this agreement deigned to restore the economic balance there of which existed on the effective date.

The parties shall use their best efforts to agree on amendments to this agreement within ninety (90) from aforesaid notice. These amendments to this agreement shall not in any every diminish or increase the rights and obligations of contractor as these were agreed on the Effective date

failing agreement between the parties during the period referred to above in this article XXIII, the dispute may be submitted to arbitration, as frovided in article XXIII of this Agreement).

ونجد هنا أن المقاول له الحق فى طلب إعادة التوازن المالى للعقد بعد سريان الاتفاقية من حيث الزمان فى حالة أى تغيير فى اللوائح والتشريعات القائمة والمتعلقة بمحل الاتفاقيـــة واشترطت الاتفاقية بأنه لا يجوز بأى حال من الأحوال أن تؤدى أية تعديلات فى الاتفاقية إلى زيادة فى حقوق والتزامات المقاول عما تم الاتفاق عليه وتحت سريان الاتفاقية .

مما سبق يتضح لنا أنه وعلى الرغم من تعدد المحاولات الفقهية[1] في كل من فرنسا ومصر لتحديد مفهوم التوازن المالي في العقد الإداري، إلا أننا نتصور أن ما انتهى إليه رأي الدكتور سليمان الطماوي في هذا الجانب يعد وبحق أكثر الآراء اتفاقاً مع الاعتبارات القانونية والواقعية في هذا الصدد، ونحن بدورنا نميل بل وننحاز إلى وجهة النظر هذه التي أشار إليها الدكتور الطماوي ، وذلك لأن الحلول التشريعية والاتجاهات القضائية في كل من فرنسا ومصر تتفق مع هذا الرأي في هذا الجانب ، حيث يؤكد الدكتور الطماوي أن فكرة التوازن المالي للعقد الإداري هي مجرد توجيه عام تستهدف الإبقاء على طبيعة العقد كما كان عند التعاقد، ومعاملته كظاهرة طبيعية. وكذلك العقد الإداري ، فقد تزيد الإدارة من الالتزامات المترتبة عليه إلا أنها تحتفظ بتوازن العقد الاقتصادي إبقاء على خواصه الأصلية[2] .

ولا شك أن هذا التوجيه في غاية الفائدة للقاضي وسيجد نفسه مسوقاً إلى الاستهداء في تقدير التعويض (فالالتزام بدفع الدائن للمدين 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 فإنه يجب لاستحقاق المتعاقد مع جهة الإدارة هذا التعويض عن الأعباء الخارجة عن العقد توافر شروط ثلاثة هي:-

أ - أن يكون الحادث أو الظرف أجنبياً عن المتعاقدين أي مستقلاً عن إرادتهما ولا دخل لهذه الإرادة في وقوعه.

---

(١) ومن أبرز هذه المحاولات في فرنسا :

- G. Péquigno : Contribution a la Théarie genérlé du Contrat admunistratife, Thése de Mantpellier, 1945. P. 49.
- Souto, Dalloz , op. Cit. P. 456.

(٢) د. سليمان محمد الطماوى : الأسس العامة .. ، ١٩٩١ ، مرجع سابق ، ص ٦١٥ وما بعدها .

ب – أن يكون الظرف أو الحادث مما لا يمكن توقعه عادة ولم يكن في حسبان المتعاقدين ونيتهما المشتركة عند إبرام العقد. ويقتضي هذا الشرط البحث في عناصر ثلاثة أولها: طبيعة الحادث أو الظروف نفسها كأن يكون مثلاً من الأمور الاقتصادية كارتفاع الأجور وأثمان المواد الأولية. والثاني: أهمية الحادث أو الظرف الاستثنائي لأن التعويض لا يستحق إلا إذا جاوز ارتفاع الأثمان أو الأجور الحد الذي يطيقه المتعاقد أو ما لا يستطيع مواجهته ويترتب عليه أعباء إضافية لا يستطيع احتمالها. والثالث : عنصر الزمن أي تحديد الوقت الذي أبرم فيه العقد للتحقق مما إذا كان المتعاقدان يتوقعان في هذا التاريخ أنه ستنقلب اقتصاديات العقد أم لا[1] .

جـ- أن التعويض لا يستحق إلا إذا انقلبت اقتصاديات العقد، بمعنى أن يترتب على تنفيذ العقد خسارة تجاوز في فداحتها الخسارة العادية المألوفة التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة .

وخلاصة القول في هذا الصدد، إن اختلال التوازن المالي للعقد الإداري، هو المبرر والسبب في تقرير مبدأ التعويض المستحق للمتعاقد في جميع الأحوال، ولا شك أن هذا يتفق مع تصوير فكرة التوازن المالي على أنها مجرد توجيه عام تستهدف الإبقاء على طبيعة العقد كما كان عند التعاقد، أما وسيلة التعويض، فإنها تختلف باختلاف الظروف المؤثرة[2] في اختلال التوازن المالي للعقد، ففي ظل الظروف المتوقعة تمثل وسيلة التعويض في النصوص الواردة بالعقد أو بدفاتر الشروط الملحقة به خصوص مراجعة المقابل المالي المستحق للمتعاقد. أما في ظل الظروف غير المتوقعة، فإن وسيلة الحكم للتعويض تتمثل في الاستناد إلى إحدى النظريات الثلاث التي اعتمدها القضاء

---

(١) د. موريس صادق : قانون تنظيم المناقصات والمزايدات فى العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ٢٩ وما بعدها .

(2) Compagnic generale d' Eclairage de brodeaux R.D.P.. 1916 P.206 etc Rec 1916 P.125.

والفقه في هذا الصدد ، ونعني بها في هذا المقام نظريات فعل الأمير، الظـروف الطارئة، والصعوبات المادية غير المتوقعة.

• **مدى الارتباط بين فكرة التوازن المالي والنية المشتركة للطرفين المتعاقدين:-**

يرجع كثير من الفقهاء[١] أساس فكرة التوازن المالي للعقد الإداري إلـى النية المشتركة للطرفين المتعاقدين، كما إن العديد من أحكـام مجلـس الدولـة الفرنسي تشير إلى هذه الفكرة [٢]ولكن هذا الأمر لا يعتبر إلا فى حالة النـص صراحة في العقد على ضمان الإدارة لتوازنه المالي. وهذا هو بالفعل المضمون الحقيقي للشروط الواردة بالعقد في خصوص مراجعة المقابل المالي المسـتحق للمتعاقد، حينئذ فإننا نكون بصدد تفسير شروط العقد الخاصة بإعـادة التـوازن المالي له .

أما في حالة النص صراحة في العقد على ضمان الإدارة لتوازنه المالي، فإن مرجع هذه القاعدة يعود إلى العدالة وصالح المرفق العام، وليـس لـلإدارة الحق في تعويض المتعاقد عن كل ضـرر ينالـه مـن جـراء تدخـل الإدارة واستعمالها لسلطاتها في هذا الشأن. ومن ناحية أخرى فإن هـذا الحـق مقـرر لصالح المرفق العام لأنه يمكن المتعاقد من الوفاء بالتزاماته كمـا أنـه يشـجع الأفراد على التعاقد مع الإدارة[٣].

---

(١) يراجع في هذا الصدد بصفة خاصة :

- Bh. Bonnard: Précis de Droit administratife 4 ed 1943 P. 461.
- Jez : Leregime Juridique de Contrat administratife, R.D.P. 1945 P.681.

(٢) د. على محمد على عبد المولى : الظروف التى تطرأ أثنـاء تنفيـذ العقـد الإدارى ، "دراسة مقارنة " ، رسالة دكتوراه، القاهرة ، سنة ١٩٩١ ، وقد أشار إلى هذه الأحكام فى ص ٥٠٤ .

(٣) يراجع في هذا الصدد مؤلف د. سليمان الطماوي : الأسس العامة في العقود الإداريـة ، المرجع السابق، ص ٦٠٩ ، كما يراجع حكم مجلس الدولة الفرنسي :

- C.E. 10 Avro; 1935 Ville Tolon, R.D.P., P.783.

وهكذا نجد أن المتعاقد مع الإدارة له الحق في ضمان التوازن المـــالي للعقد الإداري باعتبار ذلك حقه في احترام حقوقه المالية بحيث تكون مستحقات المتعاقد متوازنة ومتعادلة مع أعبائه ونفقاته. ومن ثم إذا طرأت بعد إبرام العقـد وأثناء تنفيذه ظروف أو أحداث تؤدي إلى زيادة أعباء المتعاقد أو انفـلات فـي اقتصاديات العقد ، فمن الواجب هنا على الإدارة تعويضه والمساهمة في خسائره حتى يعود التوازن المالي من جديد. وتأسيس الحق في التعويض هنا كما سـبق وأشرنا استناداً إلى فكرة التوازن المالي للعقد في حالة تطبيـق نظريـة عمـل الأمير[1] باعتبار ذلك الأساس الذي سلم به غالبية الفقه الفرنسي والمصري مـع بعض الخلاف في التفاصيل التي يجب إبرازها حتى يمكن أن نصل إلى الفـهم السليم لمضمون فكرة التوازن المالي.

فمبدأ التوازن المالي يؤدي دوراً أساسيا كمبرر للتعويض فـي مجـال المسؤولية العقدية دون خطأ. بمعنى أن مبدأ التوازن يفسر التعويض الذي يتقرر للمتعاقد إذا ما كان مرجع الضرر إلى فعل الإدارة، وبالتالي يمكـن أن يكـون أساساً للتعويض في نظرية عمل الأمير. أما في خارج التوازن المـالي للعقـد وحده لا يمكن أن يبرر التعويض .

ولهذا فإنه يمكن الربط بين مبدأ التوازن المـالي للعقـد والمسـؤولية العقدية دون خطـأ، دون أي تناقض فلسفي في هذا الشأن . وقد سبق أن ذكرنـا أن مسؤولية الإدارة في نطاق نظرية عمل الأمير هي مسـؤولية تعاقديـة دون خطـأ من جانبها.

أما مسؤوليتها في نطاق كل من نظريتي الظروف الطارئة والصعوبـات المادية غير المتوقعة فهي وإن كانت مسؤولية دون خطأ، إلا أنها ليست مسؤولية عقدية . وهذه الأخيرة هي المجال الخصب لفكرة أو مبدأ التوازن المالي للعقـد

---

(١) د. سليمان الطماوي : الأسس العامة للعقود الإدارية ، ١٩٨٤، مرجع سابق ، ص ٦٠٨ وما بعدها.

الإداري وقد أصدر مجلس الدولة الفرنسى بعد حكمه الصادر فى ١٩١٦/٣/٣٠ عدة أحكام بشأن نظرية الظروف الطارئة أدت إلى تطور هذه النظرية[١] .

وعلى ذلك فإنه إذا كان من الفقهاء من يجعل لمبدأ التوازن المالي صبغة عامة، بحيث تلتزم الإدارة بضمان التوازن المالي للعقد في كل حالة يختل فيها هذا التوازن، سواء أكان ذلك بفعل الإدارة أو خارج عن إرادتها ، فإننا نرى أن هذا التعميم في غير موضعه وتوسيع لنطاق فكرة التوازن المالي دون مبرر، فهذه الفكرة لا تصلح وحدها لتبرير منح تعويض للمتعاقد إذا كان الاختلال الذي أصاب العقد راجعاً إلى غير عمل الإدارة ومن جهة أخرى، فإنها لا تصلح لتبرير التعويض الذي يحكم به القاضي في حالة الظروف الطارئة على سبيل المثال. حيث لا تطبق هذه النظرية إلا إذا أدت إلى قلب اقتصاديات العقد وليس مجرد اختلال التوازن المالي له فقط .

وهنا فى هذه الحالة فإن فكرة التوازن المالي للعقد تؤدي إلى تعويض المتعاقد تعويضاً كاملاً وليس مجرد تعويض جزئي. كما أن الإدارة لا تلتزم في حالة تطبيق نظرية الظروف الطارئة بإعادة التوازن الأصلي للعقد وإنما فقط بمد يد المساعدة للمتعاقد لكي يمكنه تجاوز الظروف التي اعترضت تنفيذ العقد.

وهناك اتجاه في الفقه، مع تسليمه بأن أساس حق التعويض في نطاق نظرية عمل الأمير يرتكز على فكرة التوازن المالي للعقد، إلا أن هذا الاتجاه يرى أن فكرة التوازن المالي للعقد ترجع إلى النية المشتركة للطرفين المتعاقدين. بمعنى أن إعادة التوازن المالي للعقد ناتج عن تطبيق شرط تعاقدي ضمني للنية

---

(١) انظر أحكام مجلس الدولة الفرنسى :

- C.E 27 Juin 1919 Gaz, De nice 1920, 3. P.25 et .
- C.E 24 Jul 1981 socie le generale d'entre prise R.D.P 1982 P.533

وقد أشار إليها د. عبد العظيم عبد السلام : أثر فعل الأمير على تنفيذ العقد الإدارى، المرجع سابق ، ص ٢٩ .

المشتركة لأطراف العقد، وإن حق التعويض عن عمل الأمير يؤسس فقط على فكرة التوازن المالي في إطار هذا المفهوم المحدد بالنية المشتركة[1] .

إلا إنه يؤخذ على هذا التفسير، الذي يربط بين فكرة التوازن المالي للعقد والنية المشتركة للطرفين المتعاقدين، إنه لا يصدق في جميع الحالات؛ ولذلك فإن تعميم هذه الفكرة وفرضها في غير حالة النص عليها في العقد، ينطوي على قدر كبير من التعسف فإذا تم النص في العقد، صراحة على ضمان الإدارة للتوازن المالي للعقد، فإن الأمر لا يخرج عن كونه تفسيراً لشروط العقد . أما إذا لم ينص في العقد صراحة على ذلك، فإن أساس فكرة التوازن المالي تواجه السلطات الاستثنائية التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد، ومن جهة أخرى فإنه بالنظر إلى أن المتعاقد ما هو إلا معاون لجهة الإدارة، فإنه يجب -لصالح المرفق العام- الحفاظ على التوازن المالي للعقد وإعادة هذا التوازن في كل مرة يختل فيها نتيجة تدخلات جهة الإدارة أثناء تنفيذ العقد .

وهذا ما أكده أستاذنا الكبير الطماوى حيث قال : (إنه من المسلم به أن تسلم بفكرة التوازن المالى للعقد دون إرجاعها إلى نية الطرفين باعتبارها من خصائص العقد الإدارى)[2] .

وأخيراً يجب أن نوضح أن فكرة حماية التوازن المالي للعقد لمصلحة المتعاقد لا ترتبط بخطأ الإدارة أو من باب أولى بخطأ المتعاقد وإنما مبعثها ومنشأها هو ضرورة حماية المصلحة المالية الخاصة للمتعاقد إذا ما طرأت أحداث تخرج عن إرادته وتزيد من أعبائه إلى حد بعيد.

---

(١) يراجع لمزيد من التفاصيل عن فكرة النية المشتركة لأطراف العقد راجع :

- Saroite. Badaui : Thérie de Faitde Prince dans les Contrats administratife, Pre, face de M. George & Vedel, L.G.D.J., Paris, 1955 P, 205.

(٢) د. سليمان المطاوي : الأسس العامة ، مرجع سابق ، ص ٥٩٧ وانظر عكس ذلك:

- M.A Flamme , Traite theorique et partique des marches publics, t. 2, Op. Cit., p. 637: " L idée d equilibre financier... correspond d ailleurs ncontestablement a I intention des parties..".

فحماية مصلحة المتعاقد الخاصة وحقه في التوازن المالي للعقد تتضمن أيضا حماية المصلحة العامة ومصلحة المرافق العامة ؛ لأن إهدار مصالح المتعاقد المشروعة تضر بالمصلحة العامة من حيث إنها لا تشجع الأفراد والشركات الكبيرة على الإقبال على التعاقد مع الإدارة ، وأكثر من ذلك المرفق العام الذي انعقد العقد لتلبية احتياجاته ومتطلباته ولتسييره، هذا المرفق سيصاب بضرر بليغ إذا ما توقف المتعاقد عن التنفيذ بسبب ظروف طارئة[1] تقلب اقتصاديات العقد وتجعل تنفيذه مرهق للغاية للمتعاقد من الناحية المالية. وهذا يعني بعبارة أخرى إنه وبما أن العقد الإداري بوصفه تلاقياً وتطابقاً بين إرادتين يولد التزامات في ذمة المتعاقد مع الإدارة فإنه في نفس الوقت تنشأ التزامات على عاتق الإدارة، ومن حق المتعاقد معها أن يتمسك بتنفيذها انطلاقاً مما معناه ضرورة توفر مبدأ التوازن المالي للعقد الذي كان لنشوئه وتطوره أهمية كبيرة في مجرى تطور العقود الإدارية.

وبذلك نكون انتهينا من تعريف فكرة التوازن المالى للعقد وننتقل إلى دراسة نشأة فكرة التوازن المالى للعقد وتطورها .

---

(١) نظرية الظروف الطارئة من إبداعات القضاء الإداري الفرنسي لضمان سير المرافق العامة بانتظام واضطراد ، وخاصة بعد التوسع في إنشاء المرافق العامة التجارية والصناعية ومساهمة الأفراد في عملية التسيير بالكامل مثل عقد الامتياز والأشغال العامة أو بالمساعدة من خلال عقود النقل والتوريد والتموين والتوظيف ، لمزيد من الاطلاع في هذا الجانب :

- راجع د. عدنان عمرو: مبادئ القانون الإداري الفلسطيني، المطبعة العربية الحديثة، القدس ، سنة ٢٠٠٢، ص ١٨٨ وما بعدها.
- د. عادل عبد الرحمن خليل : المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها، مرجع سابق، ص ٢٤٠ وما بعدها.
- د. محمد رفعت عبد الوهاب: القانون الإداري ، الطبعة الأولى ، الدار المصرية الحديثة، الإسكندرية، سنة ١٩٨١، ص ١٧٨ وما بعدها.

المطلب الثاني
نشأة نظرية التوازن المالي للعقد الإداري وتطورها

يتضمن هذا المطلب نشأة فكرة التـــوازن المـــالى وتطورهـــا حيـــث سنوضحه فى فرعين هما :

الفرع الأول : نشأة نظرية التوازن المالى للعقد الإداري .

الفرع الثانى : تطور نظرية التوازن المالى للعقد الإدارى .

الفرع الأول
نشأة نظرية التوازن المالي للعقد الإداري

إن فكرة التوازن المالي للعقد الإداري كانت قد برزت وصيغـــت لأول مرة في عام ١٩١٠ على لسان مفوض الدولة الفرنسي (ليون بلوم) أمام مجلـس الدولة[١]. حين أكد أن العقد يتضمن حقوقاً والتزامات، والعدالة تقتضي أن يتحقق قدر الإمكان توازن شريف بين الالتزامات المفروضة على المتعـــاقد والحقـــوق المقررة له ، ومن هنا نستخلص أنه إذا حدث خلل -- أدى إلى قلـــب التـــوازن المالي – ناتج عن فعل الإدارة يجب عليها أن تعوض له عن الأضرار كافة التي لحقت به . وذلك من أجل إعادة التوازن المالي للعقد.

ومن خلال ما تم استعراضه حول التوازن المالي للعقد ومفهومه وجدنـــا أن المتعاقد مع الإدارة يتعرض أثناء التنفيذ لتدخل الإدارة التي تعمل على زيـــادة

---

(١) يرجى الرجوع إلى موسوعة (de Laubader) فى العقود :

- (V) A.de Laubader:Trait aux Contrats administratife3ᵉd Tome 1956 P.268 .

حيث أورد الأحكام التالية :

- C.E . 11 Mars . 1910 Cie Francaise des Tram ways du Rec. p : 218.
- C. E 9 mars . 1928 " Cie des sueries Africaines " R . D P.,P 236.
- C . D 3 dec 1920 " Fromassol " R . D . P 1921, P. 80.

الالتزامات المفروضة بموجب العقد أو تنزيلها وهو أمر يضعه المتعاقد مع الإدارة نصب عينيه، وما دامت الالتزامات في العقود الإدارية قابلة للزيادة أو النقص فيجب أن يقع ذلك بالنسبة لحقوق المتعاقد معها زيادة أو نقصاً وهو ما يطلق عليه في عقود الامتياز بالنزاع الشهير المعروف باسم (قضية الشركة الفرنسية للترام) والذي صدر بها حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١١ مارس ١٩١٠ [١] حيث عرض المفوض بلوم (هذا المبدأ وهو إذا انهار اقتصاد العقد من الناحية المالية وإذا كان استعمال السلطة مانحة الالتزام لسلطتها في التدخل قد أخل بهذا التوازن بين المزايا والأعباء، أو بين الالتزامات والحقوق، فلا شيء يحول بين الملتزم والالتجاء إلى قاضي العقد ليثبت إن التدخل رغم كونه مشروعا في حد ذاته وملزماً له ، إلا إنه قد أصابه بضرر يستوجب التعويض).

وبعد أن عرض المفوض بلوم بأنه إذا كان مانح الالتزام يستطيع عند الاقتضاء – الضرورة– أن يفرض على الملتزم في سبيل المصلحة العامة زيادة في الالتزامات الملقاة على عاتقه لضمان سير المرفق العام من ناحية، ومن ناحية أخرى فإنه يؤكد مبدأ التوازن الشريف في المقابل لحق مانح الالتزام بزيادة التزامات حق الملتزم في إعادة التوازن المالي لعقده[٢].

وجسد ذلك ما ورد في تقرير مفوض الدولة لدى محكمة القضاء الإداري في فرنسا، فقد أصبحت تلك العبارات فيما بعد اصطلاحات تستعمل في كل مناسبة تقع في نظرية التوازن المالي للعقد (..... إنه لمن أسس كل عقد امتياز أن يحقق بقدر الإمكان المساواة بين المزايا التي تمنح للمتعاقد والالتزامات التي يتحملها بحيث يكون هنالك توازن بين الأرباح المحتملة والخسائر المرتقبة والتي قد يتعرض لها. إذ في كل عقد امتياز يتوجب كما هو

---

(١) انظر التقرير : - C.E. 11 mars, 1910, "Leon Bluom" Rec. P. 216.

(٢) د. على عبد العزيز الفحام : سلطة الإدارة فى تعديل العقد الإدارى ، مرجع سابق ، ص ٣٠٧ – ٣٠٨ .

الأمر في كل عملية حسابية جعل توازن شريف بين الالتزامات التي تفرض على صاحب الامتياز وبين المزايا التي تمنح له من الإدارة.... وهذا ما يسمى بالتعادل المادي والتجاري أو المعادلة الحسابية في عقد الامتياز)[1].

وهكذا نجد أنه مجرد ظهور فكرة التوازن المالي للعقد على النحو المتقدم في فرنسا، أصبحت مبدأ من المبادئ التي تحكم العقد الإداري، ومن تطبيقات مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن حكمه الصادر في ٢ فبراير ١٩٨٣ في قضية اتحاد النقل العام الحضري والإقليمي، والذي قرر فيه صراحة "حق الإدارة المتعاقدة في تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة تطبيقاً للقواعد العامة المطبقة على العقود الإدارية، يقابل هذا الحق للإدارة حق التوازن المالي للعقد"[2].

وفي هذا الاتجاه يحق لنا ، بل لزاما علينا أن نتساءل: هل أخذت الدول العربية بفكرة التوازن أم لا؟ ولمن كانت الأسبقية أو الأولوية في هذا الجانب ؟

هنا نجد أن السبق كان لجمهورية مصر العربية، فقد أخذ مجلس الدولة المصري منذ بداية عهده بفكرة التوازن المالي للعقد واستمر أخذه بهذه الفكرة حتى اليوم حيث قضت محكمة القضاء الإداري في أحد أحكامها على أنه (ان 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 وحده تلك الأعباء، بل يكون له في مقابل ذلك أن يحتفظ بالتوازن المالي للعقد تأسيساً على أن هذا العقد ينظر

---

(١) راجع آراء مفوضى الحكومة أمام مجلس الدولة الفرنسى فى رسالة د. على عبد العزيز الفحام : سلطة الإدارة فى تعديل العقد الإدارى ، مرجع سابق ، ص ٣٠٩ .

(٢) د. عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد: أثر فعل الأمير على تنفيذ العقد الإداري، القاهرة، سنة ١٩٨٩، ص ٩١- ٩٢.

إليه كوحدة من حيث تحديد الحقوق المالية للمتعاقد، فإذا انتهى تدخل الإدارة في العقد بالتعديل إلى الإخلال بهذه الحقوق كما حددت عند إبرام العقد، فيجب إعادة التوازن المالي للعقد إلى ما كان عليه، كما أنه إذا كان حق الإدارة في التعديل أمراً يفترض قيامه في ذهن المتعاقد مع الإدارة عند إبرام العقد، فإنه يجب أن يقابل هذه السلطة حق آخر للمتعاقدين وهو أن جهة الإدارة ستعوضه عما يلحقه من ضرر نتيجة لممارستها سلطة التعديل، وهذا التعويض يقوم على أنه لا يتصور أن المتعاقد مع الإدارة يقبل بمعاونتها في تسيير المرفق بالمجان وبغير مقابل، بل الطبيعي أنه قرر طبقاً لتقديراته إنه 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) .

ومن ناحية أخرى، فإنه إذا قام في الاعتبار أنه من الأمور المسلم بها ، إن يحقق المتعاقد مع الإدارة مصلحته الخاصة، مقابل إن تحقق الإدارة المصلحة العامة، فإنه لا يكون للمتعاقد حق الشكوى – في حالة التعديل– إذا عوضته الإدارة بما يتناسب مع ما كان يقدره لنفسه من ربح أو فائدة عند إبرام العقد.

وبهذه الضوابط تكون العقود الإدارية قائمة على وجود تناسب بين الالتزامات التي تفرضها والفوائد التي يجنيها المتعاقدون منها، فإذا قامت جهة الإدارة بإجراء تعديل أو تغيير في هذه الالتزامات، فإن الفائدة تتغير هي الأخرى وبطريقة آلية تبعاً لذلك، حتى يظل التوازن المالي للعقد قائماً، إذ إنه يعوض على مقتضاه، دون الحاجة إلى النص على ذلك في العقد، ولأنه ليس مما يتفق مع العدالة والمصلحة العامة أن يتحمل هذا المتعاقد عبء التعديل ويحرم عليه الاحتفاظ بالتوازن المالي للعقد. كما أن أيثار مصلحة المرفق العام على المصالح الخاصة للمتعاقد مع الإدارة ليس معناه التضحية بهذه المصالح بحيث يتحمل المتعاقد وحده جميع الأضرار الناشئة عن التعديل، ولو أن الأمر جرى على

خلاف ذلك، وأبيح للإدارة حق التعديل، دون أن تلتزم مقابل ذلك بالتعويض لإعادة التوازن المالي للعقد، لانتهى الأمر من الناحية العملية إلى أن أحداً من الناس لن يقبل المجازفة، فيبرم مع الإدارة عقداً يخضع لمحض تحكم سلطتها العامة، ويتعرض فيه إلى خسارة محققة لا سبيل إلى تعويضها[1] .

وعن موقف المحكمة الإدارية العليا فإنها لم تحد عن هذا المبدأ الذي أقرته محكمة القضاء الإداري، بل أخذت به واستمر أخذها به حتى اليوم، حيث أكدت على الأخذ بفكرة التوازن المالي للعقد، حيث حكمت في أحد أحكامها على أن (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) [2] .

وقد أفتت الجمعية العمومية للقسم الاستشاري بمجلس الدولة المصري بمبدأ التوازن المالي واستمر أخذها بهذا المبدأ حتى اليوم ، حيث أفتت في إحدى فتاواها على أن : (تعديل الشروط اللائحية لعقد الالتزام في أي وقت وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة، دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم..... على إنه وإن كان استعمال مانح الالتزام لحقه في تعديل التعريفة بتخفيضها أو تعديل شروطها لصالح المنتفعين أمراً مشروعاً في ذاته، إلا إن إيثار الصالح العام على الصالح الخاص للملتزم وليس معناه التضحية بهذه المصالح بحيث يتحمل الملتزم وحده جميع الأضرار، فإذا ترتب على إنقاص التعريفة خسارة، فعلى مانح

---

(١) يراجع في هذا الشأن حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٩٨٣ لسنة ٠٩ ق الصادر بجلسة ١٩٥٧/٦/٣٠ م ، وقد سبق الإشارة إليه .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٥٦٢ لسنة ١٦ ق الصادر في ١٥ / ٤ / ١٩٧٨م.

الالتزام إن يعوضه عن هذه الخسارة ؛ إذ من المسلم أن للملتزم حقاً في التوازن المالي المشروع، وإن السلطة مانحة الالتزام ملزمة برد هذا التوازن إذا اختل نتيجه لتدخلها بتخفيض التعريفة مثلاً، وأن لها وحدها اختيار الوسيلة التي تتبع لتعويض الملتزم....) .[1] .

وهكذا نجد أن القضاء المصرى أخذ بفكرة التوازن المالى للعقد وغير أن المشرع المصرى أخذ أيضا بفكرة التوازن المالى للعقد فى القانون المدنى[2].

أما فى الأردن فإن المشرع لم يلجأ إلى تحديد مفهوم التوازن المالى للعقد الإدارى ولم يتطرق إلى إظهار هذه النظرية إلى حيز الوجود وإنما يمكن أن نجد أساساً لتطبيق نظرية الظروف الطارئة فى بعض نصوص تعليمات إجراءات العطاءات فى المادة (٨٣ ، ٨٤) من هذه التعليمات عن إعفاء المتعهد أو المقاول من الأضرار المترتبة على تأخيره فى تنفيذ العقد أو عدم الوفاء به إذا ثبت أن سبب التأخير القوة القاهرة المؤقتة وهو أقرب لمفهوم الظروف الطارئة ، ومن هنا نجد أن التشريع والقضاء الإدارى لم يتطرق لفكرة التوازن المالى قطعاً[3] .

الفرع الثانى
تطور نظرية التوازن المالي للعقد الإداري

ان نظرية التوازن المالي للعقود الإدارية من النظريات المسلم بها بصفة عامة، لكن نجد أن الصعوبة كلها تكمن في تحديد مدلولها وشروط تطبيقها ، ذلك أن مجلس الدولة الفرنسي (بما عرف عنه من روح واقعية عملية تستهدف الحكم على كل حالة فردية وفقاً لظروفها الخاصة، دون الاهتمام بالاعتبارات

---

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة ، الصادرة بجلسة ١٩٥٦/٢/٤م.

(٢) يراجع فى هذا الشأن نص م ١٤٧ / ٢ من القانون المدنى المصرى .

(٣) د. نواف كنعان : القانون الإدارى ، مرجع سابق ، ص ٢١٢ .

النظرية) لم يكلف نفسه عناء تحديد مدلول فكرة التوازن المالي للعقود الإدارية ولا توضيح شروط استعمالها. ومن ثم فقد اختلف بشأنها الفقهاء وذلك على النحو التالي:-

أ - من الفقهاء من يجعل النظرية ذات صفة عامة، بمعنى أن الإدارة تلتزم بضمان التوازن المالي للعقد في كل حالة يختل فيها توازن العقد، سواء أكان ذلك بفعل الإدارة أو لأمر خارج عن إرادتها.

ب - ذهب رأي آخر إلى ضرورة التخلص من فكرة التوازن المالي للعقد، ذلك إنه يؤخذ على هذه الفكرة إنها خطرة كما إنها غير صحيحة ؛ أما خطورتها عند انصار هذا الرأى [1] أن فكرة التوازن المالى عاجزة عن تبرير التعويض .

أما عدم صحتها فمرده إلى كيفية تطبيقها : ذلك إن الدكتور ثروت بدوى يرى إن التعويض الذي يحكم به للمتعاقد نتيجة لاختلال الإدارة باقتصاديات العقد لا ينطبق في جميع الحالات مع التوازن المالي للعقد كما روعي عند التعاقد . ويقدم الدكتور ثروت بدوى فرضين لتصوير تلك الحالة :

أ - فقد يحدث أن يقبل المتعاقد عند إبرام العقد أسعاراً غير مجزية نتيجة خطأ من جانبه ، فإذا تدخلت الإدارة في تنفيذ العقد بعد ذلك ، فإن القضاء يحكم بالتعويض الكامل ، لا على أساس السعر الذي قبله المتعاقد عند إبرام العقد ، ولكن على أساس السعر الحقيقي وقت تدخل الإدارة في التنفيذ ، ويصدق هذا الفرض أيضا في حالة ارتفاع الأسعار بعد التعاقد ، إذ يضع القضاء نصب عينيه عند الحكم بالتعويض الأسعار الجديدة لا تلك التي أبرم العقد على أساسها.

---

(1) Saroite Baduie : Thérie de Faitde Prince dans les Contrats administratife Op.Cit., P.129.

ب - أما الحالة الثانية ، فهي حالة إنهاء الإدارة للعقد بلا خطا ، ففكرة التوازن المالي لا يمكن أن تبرر التعويض الذي يحكم به القضاء للإدارة ، حيث إنه لا يمكن بالفرض التحدث عن التوازن المالي لعقد غير موجود.

ولكن رغم كل هذا النقد ، فقد اعترف الدكتور ثروت بدوي بأن فكرة التوازن المالي للعقد ، تصلح لتفسير تعويض المتعاقد في بعض الصور[1] .

ويرى الباحث أن فكرة التوازن المالي للعقد لا تكفي-على الأقل وحدها- لتبرير التعويض في جميع الحالات التي يحكم فيها القضاء الإداري بتعويض 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 مواجهة الإدارة. ومن المتوقع أن تتناسب حقوق المتعاقد مع التزاماته زيادة ونقصاً، على الأقل إذا كانت هذه الزيادة أو النقص بفعل الإدارة.

وبغض النظر عن هذا التعارض، وعن اختلاف وجهات النظر حول صحة فكرة التوازن المالي للعقد الإداري من عدمها إلا أننا نجد أن الدول العربية ، وعلى وجه الخصوص جمهورية مصر العربية ، قد أخذ التشريع والقضاء فيها بفكرة التوازن المالي للعقد ، كما استقر الفقه على تطبيقها سواء في مجال العقود الإدارية أو المدنية .

وهنا نجد أن المشرع المصرى قد طبق فكرة التوازن المالي للعقد على عقد التزام المرافق العامة. فالمادة السادسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧

---

(1) Saroite Baduie : Thérie de Faitde Prince dans les Contrats administratife. Op.Cit., P.133.

حيث جاء فى صفحة ١٣٣ من رسالته قوله :

(la notion d'equilibre financier est tropeuse et prete a confusion.

L' expression traduit mal l ' economie du contrat administratife . si elle peut expliquer l' indemnite accordee dans certain cas, elle en laisse beaueoup d'auttres sans explication...Il dangereux de continure de parler de l' equiliber financier du contrat)administratif....)

المنظم لهذه العقد تنص على أنه[1] : (إذا طرأت ظروف لم يكن في المستطاع توقعها، ولا بد لمانح الالتزام أو الملتزم فيها وأفضت إلى الإخلال بالتوازن المالي للالتزام أو إلى تعديل كيانه الاقتصادي كما كان مقدراً وقت منح الالتزام، جاز لمانح الالتزام أن يعدل قوائم الأسعار، وإذا اقتضى الحال أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله، وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر في استغلاله أو لخفض الأرباح الباهظة إلى القدر المقبول) .

وأما القضاء الإداري المصري فإنه قد استقر في أحكامه وخاصة أحكام محكمة القضاء الإداري على العمل بهذه النظرية منذ أمد طويل. كما أن المحكمة الإدارية العليا اعتمدت في كثير من أحكامها على فكرة التوازن المالي والاقتصادي للعقد. على أن أفضل وأبسط توضيح لهذه النظرية تضمنه حكم محكمة القضاء الإداري المطول والصادر في ٣٠ يونيو سنة ١٩٥٧ م . ويتميز هذا الحكم بسلاسة التعبير والفهم العميق للأسس العامة التي تقوم عليها فكرة التعاقد الإداري، والدور الخطير الذي تلعبه فكرة التوازن المالي للعقد الإداري في تأمين سير المرافق العامة وبانتظام واطراد وقد جاء فيه :

- إن الفقه والقضاء الإداري، قد خلق ... نظرية التوازن المالي للعقد الإداري وغيرها من النظريات والقواعد التي تحقق بقدر الإمكان توازناً بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة، وبين المزايا التي ينتفع بها، على اعتبار إن العقد الإداري هو الأساس الذي تعتمد عليه مصالح الطرفين المتعاقدين،

---

(١) تنص المادة ١٤٧ من القانون المدني المصري على ما يلي:-

١- العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين ، أو للأسباب التي يقررها القانون.

٢- ومع ذلك إذا طرأت ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة – جاز للقاضي – تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين إن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك .

ويتعادل بذلك 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. وأيا كانت الأسانيد التي قامت عليها هذه النظريات والقواعد واختلاف الرأي في مبرراتها، فإنه مما لا شك فيه أنها ترتد في الحقيقة إلى أصل واحد والعدالة المجردة التي هي قوام القانون الإداري. كما أن هدفها الأعلى هو تحقيق المصلحة العامة بناء على فهم صحيح لطبيعة العلاقة بين من يتعاقد معها من الهيئات والأفراد في شأن من شؤون المرافق العامة .

- إن المتعاقد مع الإدارة-مع حسن وزنه للأمور وسلامة تقديره واتخاذ 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 معين، فتعوضه تعويضاً عادلاً عما يصيبه من أضرار ولو لم يكن هناك خطأ من جانب الجهة الإدارية التي تعاقد معها .
- إن 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، لذلك 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 .

- تكون العقود الإدارية قائمة على وجود تناسب بين الالتزامات التي تفرضها، والفوائد التي يجنيها المتعاقدون منها. فإذا قامت جهة الإدارة بإجراء تعديل أو تغيير في هذه الالتزامات، فإن الفائدة تتغير هي الأخرى بطريقة تبعاً لذلك، حتى يظل التوازن المالي للعقد قائماً، إذ إن هذا التوازن المالي أمر مفترض في كل عقد إداري، ومن حق المتعاقد مع الإدارة أن يعوض على مقتضاه، دون حاجة إلى النص على ذلك في العقد، لأنه ليس مما يتفق مع العدالة والمصلحة العامة أن يتحمل هذا المتعاقد وحده عبء التعديل ويحرم عليه الاحتفاظ بالتوازن المالي للعقد، كما أن إيثار ضرورة المرفق العام على المصالح الخاصة للمتعاقد مع الإدارة ليس معناه التضحية بهذه المصالح بحيث يتحمل المتعاقد وحده جميعاً الأضرار الناشئة عن التعديل.... ولو أن الأمر جرى على خلاف ذلك وأبيح للإدارة حق التعديل دون أن تلتزم مقابل ذلك بالتعويض على أساس التوازن المالي للعقد، لانتهى الأمر من الناحية العملية إلى أن أحداً من الناس لن يقبل المجازفة فيبرم مع الإدارة عقداً يخضع لمحض تحكم سلطتها العامة ويتعرض فيه إلى خسارة محققة لا سبيل إلى تعويضها .

وفى نهاية فصلنا التمهيدى تجدر الإشارة إلى أنه على الرغم من الآراء المتباينة حول أهمية أو خطورة فكرة التوازن المالي للعقود الإدارية ؛ إلا أنها أصبحت مسألة مسلماً بها بصفة عامة كما سبق القول وهى حقيقة ثابتة يصعب إنكارها أو القول بخطورتها ولا أدل على ذلك من أن المشرع المصرى قد اعترف بفكرة التوازن المالى للعقد الإدارى واقترح بأن تقوم جميع الدول العربية ومنها الأردن باتخاذ المسلك الذى سلكه المشرع المصري فى إظهار أهمية هذه النظرية وتطبيقاتها القضائية وبذلك نكون انتهينا من التعريف بفكرة التوازن المالى للعقد الإدارى وننتقل الآن إلى دراسة دور فكرة التوازن المالى للعقد من خلال المفاهيم الخاصة بنظرية تنفيذ العقد الإدارى.

البـــاب الأول

دور فكرة التوازن المالي للعقد من خلال المفاهيم الخاصة بنظرية تنفيذ العقد الإدارى

الباب الأول

دور فكرة التوازن المالي للعقد من خلال المفاهيم الخاصة بنظرية تنفيذ العقد الإداري

تمهيد :

تبين لنا من خلال ما سبق استعراضه في الفصل التمهيدي أهمية ومكانة فكرة التوازن المالي للعقود الإدارية ، وذلك بعد استعراض لمفهوم العقد الإداري وتعريفه ونشأته وتطوره الأمر الذي يحتم علينا هنا إبراز مكانة التوازن المالي للعقد الإداري باعتباره مجرد توجيه عام يستهدف الإبقاء على طبيعة العقد كما روعي عند التعاقد للمحافظة على سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

وعموماً نجد وكما أكد على ذلك العديد من فقهاء القانون[1] إلى إن فكرة التوازن المالي للعقد يجب ألا ينظر على إنها تستهدف تحقيق التوازن المطلق بين التزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة ، وإنما هي مجرد توجيه عام يستأنس بها القاضي في تقدير التعويض المناسب المستحق للمتعاقد مع الإدارة في حالة اختلال التوازن المالي للعقد[2]. والتعويض فى مجال العقود الإدارية يأخذ عدة اتجاهات ومنها التعويض على أساس الخطأ من قبل الإدارة وأيضا التعويض بلا خطأ من قبل الإدارة حيث يحق للمتعاقد مع الإدارة مطالبتها بتعويض ما لحق به من أضرار أثناء وبسبب تنفيذ العقد الإداري ، وقد يكون أساس هذا التعويض إما خطأ الإدارة وإما على أساس نظرية الاثراء بلا سبب .

ويثور هنا تساؤل من خلال البحث : ما هو أساس التعويض بلا خطأ من قبل الإدارة ؟

---

(١) راجع على سبيل المثال وليس الحصر : د. محمود عبد المجيد المغربي : المشكلات التي تواجه العقود الإدارية وآثارها القانونية ، "دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق"، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس، لبنان، الطبعة الأولى سنه ١٩٩٨، ص ٢١١ .

(٢) د. سليمان الطماوي : الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص ٦١٤.

إن التعويض بلا خطأ هو حالة من حالات التعويض الذى تلـــتزم بـــه الإدارة لتعويض المتعاقد معها دون خطأ منسوب إليها وذلـــك للحفـــاظ علـــى التوازن المالى للعقد الإدارى ، ويتم ذلك وفقاً لنظريات ثلاث هى : عمل الأمير والظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة والتى ســـنعطيها أهميـــة خاصة في الباب الثاني من هذه الدراسة هذا من ناحية . ومن ناحيـــة أخـــرى . نجد أن للمتعاقد مع الإدارة أن يطلب فسخ العقـــد مـــع التعويـــض إذا تحققـــت عناصره ، وذلك إذا قامت الإدارة بإجراء تعديلات وبإرادتها المنفردة لشـــروط العقد ويؤدى هذا التعديل إلى قلب اقتصاديات العقد .

ومن هنا ونظرا لأهمية هذا الموضوع ارتأينا وبهدف توضيحه تقســـيم هذا الباب إلى فصلين رئيسيين :

الفصل الأول : التوازن المالي للعقد الإداري ومبدأ التعويض بلا خطأ .

الفصل الثانى : التوازن المالي وســـلطة الإدارة فـــي تعديـــل العقـــد الإدارى بإرادتها المنفردة.

الفصل الأول

التوازن المالي للعقد ومبدأ التعويض بلا خطأ

تمهيد :

أوجد مجلس الدولة الفرنسي نظام المسؤولية دون خطأ منذ عام ١٨٩٥ في حكمه الشهير (Games) في الوقت الذي لم يكن هذا النوع من المسؤولية معروفاً في القانون المدني الفرنسي .

وقد تعددت حالات المسؤولية دون خطأ فى القضاء الفرنسي إلا أن إحدى هذه الحالات هي المسؤولية العقدية بلا خطأ وذلك عندما تكون الإدارة طرفاً فى النزاع القائم نتيجة عقد إداري أثناء مزاولتها لنشاط مرفق عام . وفى هذه الحالة تكون الإدارة ملزمة بالتعويض عن الأضرار التى لحقت بالمتعاقد معها لأن التعويض هنا ينشأ عن علاقة عقدية بلا خطأ حيث أن أساس التعويض فى هذه الحالة هو تحقيق التوازن المالي للعقد الإدارى كحالة تضبط العدل وتجسده فى العلاقة القائمة بين المتعاقدين ، ونجد أن التوازن المالى يعترف دوماً بمبدأ التعويض بلا خطأ . ويرى الباحث تقسيم هذا الموضوع إلى مبحثين:

المبحث الأول : مفهوم مبدأ التعويض بلا خطأ .

المبحث الثانى : شروط مبدأ التعويض بلا خطأ .

المبحث الأول
مفهوم مبدأ التعويض بلا خطأ

إن نظرية التعويض فى العقود الإدارية تعتبر قريبة إلى حد كبير من النظرية المقابلة في القانون المدني ، إذ يجب لقيام المسؤولية العقدية أن يتوافر ثلاث شروط رئيسية هي الخطأ والضرر وعلاقة السببية المباشرة بينهما . وفى هذا تنص المادة (١٦٣) من القانون المدني المصري على أن : (كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكب الخطأ بالتعويض) . لكن الأمر يختلف فى مجال العقود الإدارية حيث إن المسؤولية التى تنشأ هنا للتعويض عنها هى مسؤولية تعاقدية بلا خطأ من قبل الإدارة ، وبالتالى فأن هذه المسؤولية هى مسؤولية تعويضية حتمية ، لذلك فالمسؤولية التى نتحدث عنها هنا هى مسؤولية تعاقدية بلا خطأ فمسؤولية الإدارة عن فعل الأمير هى مسؤولية تعاقدية بلا خطأ .

ونظراً لأهمية هذا الموضوع فإنه يحتم علينا أن نعرضه بشىء من التفصيل لذلك تم تقسيم هذا الموضوع إلى مطلبين :

المطلب الأول : التعريف بمبدأ التعويض بلا خطأ .

المطلب الثانى : موقف الفقه والقضاء من مبدأ التعويض بلا خطأ .

المطلب الأول
التعريف بمبدأ التعويض بلا خطأ

إن العقد الإداري يعتبر كغيره من العقود الأخـــرى ، حيـــث يحـــرص المتعاقدان على تضمينه كافة الشروط اللازمة والمتعلقة فى المقابل المتحقق مـــن العقد ومسألة الظروف الاقتصادية غير المتوقعة التى قد تطرأ على العقد أثنـــاء تنفيذه ، وتضمينها فى إطار الشروط العامة الملحقة بالعقود الإداريـــة . وذلـــك خلال إظهارها كأحكام منظمة لإعادة النظر بموضوع تحقيق التـــوازن المـــالى للعقد ويترك أساس وضوابط تطبيق هذه النظرية إلى ظروف كل عقد على حده. بحيث إنه إذا وجد الضرر فإن للمتعاقد الحق فى التعويض عن الأضرار الناجمة عن العقد . وهكذا نجد أن القضاء الإدارى أكد حق المتعـــاقد مـــع الإدارة فـــى ضمان التوازن المالى للعقد الإدارى[1] .

ومن المبادئ المستقرة في القضاء الإداري ، أن المتعاقد مع الإدارة لـــه حق في ضمان التوازن المالي للعقد بحيث تكون مستحقات المتعـــاقد متوازنـــة ومتعادلة مع أعبائه ونفقاته ، فإذا حدثت ظروف بعد إبرام العقد تزيد من أعبـــاء المتعاقد مع الإدارة فمن الواجب التعويض عن الخسائر التى لحقت به . وفكـــرة مراعاة التوازن المالى للعقد لمصلحة المتعاقد لا ترتبط بخطأ الإدارة أو بخطـــأ المتعاقد وإنما أساسها هو حماية مصلحة المتعاقد من الضرر الناجم عن العقـــد المبرم مع الإدارة ، وبالتالى حماية للمصلحة العامة ومصلحة المرافق العامة من حيث إنها تشجع الأفراد والشركات الكبرى على التعاقد مع الإدارة أكثر . وهـــذا ما يطلق عليه فكرة "التوازن المالى للعقد الإدارى" .

---

(١) د. محمد رفعت عبد الوهاب : القانون الإداري ، " أعمال السلطة فى العقود الإداريـــة" الجزء الثانى ، القاهرة ، سنة ١٩٨٩ ، ص ١٧٧ – ١٧٨ .

ومن هنا نستطيع القول بمسألة هامة وهو ما يتعلق بمبدأ التعويض بلا خطأ ، وذكرنا سابقاً أن فكرة حماية التوازن المالى للعقد لمصلحة المتعاقد لا ترتبط بخطأ ، لان الإدارة حين تلتزم بتعويض المتعاقد معها تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة أو الصعوبات المادية غير المتوقعة أو فعل الأمير إنما يكون قائماً على انتفاء ركن الخطأ من قبل الإدارة ، إلا أن التعويض على فعل الأمير يكون مختلفاً نظراً لحدوث الضرر نتيجة لتدخل الإدارة وليس خطأ منها .

وهنا وفى نطاق القانون العام نجد أن الضرر هو شرط أساسى ولازم لقيام المسؤولية بالتعويض سواء كان ناشئاً على أساس الخطأ أو بدون خطأ . وبالتالي يجب تكامل أركانها من فعل ، وضرر ، وعلاقة السببية المباشرة بينهما، ويجب على المتعاقد مع الإدارة أن يقدم الدليل على وجود الضرر الذى يطالب بالتعويض عنه[1] بغض النظر عن جسامته ، حيث إنه لا يشترط فى نطاق نظرية عمل الأمير والصعوبات المادية أن يكون الضرر على قدر من الجسامة ، بينما فى نظرية الظروف الطارئة فإنه يشترط فى الضرر أن يصل إلى وجه إرهاق المتعاقد وقلب اقتصاديات العقد[2] وهنا نجد أنه لابد من قيام القضاء الإدارى من فحص وتقدير كل حالة على حدة حسب ظروفها الواقعية لإثبات الضرر القابل للتعويض .

ويؤكد الأستاذ دى لوبادير (أن المتعاقد مع الإدارة لا يمكنه المطالبة بالتعويض إلا إذا ثبت أن هناك ضرراً مؤكدا ومباشراً قد إصابة وأن هذا الضرر ما هو إلا نتيجة الإجراء الذى سبب الخسائر التى يطالب بالتعويض عنها)[3] .

---

(1) Saroite Baduie : . Op.Cit., P.138.

(٢) د.سليمان الطماوى : الأسس العامة للعقود الإدارية ، ١٩٨٤ ، مرجع سابق ، ص ٦٧٠.

(3) (V.) A.de Laubader : Trait aux Contrats administratife 3°d Tome, 1956 P30.

ويراجع حكم مجلس الدولة الفرنسى :

C.E. 8 mars 1941, Amet, Rec., " Lepion " , P. 99.

ويشير الأستاذ ترايمر إلى أنه : يوجد العديد من أحكام مجلس الدولة الفرنسي قد رفضت التعويض لأن المتعاقد لم يتمكن من إثبات وجود الضرر حتى ولو كان الضرر ناتجاً عن تعديل الإدارة لشروط العقد بإرادتها المنفردة ، كما أن القضاء يرفض التعويض فى حالة عدم تمكن المتعاقد من إثبات أن الضرر الذي أصابه كان نتيجة لهذا التعديل .

ويشير الأستاذ بيكينو إلى أنه من الضرورى إثبات وجود الضرر ويجب أن تكون علاقة سببية بين الإجراء الصادر عن الإدارة والضرر الذى أصاب المتعاقد . والعقود هنا بالرغم من وضوح القاعدة بأنه فى مجال نظرية الظروف الطارئة فإنه يجب على المتعاقد أن يتبين أن الظرف الطارئ أدى إلى اختلال جسيم فى العقد ، ويجب أن تكون هناك صلة وثيقة بين الحادث الذى سبب الضرر وبين العناصر المختلفة للعقد ، بحيث يؤدى هذا الضرر إلى قلب اقتصاديات العقد وإلحاق خسائر كبيرة بالمتعاقد ، وذلك ضمن نطاق النفقات والتكاليف الجوهرية المتصلة بالعقد اتصالاً مباشراً [1] .

أما فى نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة فإنه يجب على المتعاقد أن يثبت أن هذه الصعوبات أدت إلى زيادة أعبائه وان النفقات التى تكبدها قد تجاوزت الأسعار المتفق عليها فى العقد[2] .

وفى ضوء ما سبق نستخلص أن القضاء الإداري سلم بتطبيق النظريات التى تؤدى إلى صعوبة تنفيذ العقد ، وذلك بخصوص موضوع التعويض عن الضرر. حيث يفترض أن يكون الفعل أو الحادث الذى سبب الضرر. غير متضمن أى خطأ من جانب الإدارة . وإذا كان الضرر الذى يلحق بالمتعاقد من

---

(1) G. pequigno : contribution a la theorie generale du contrat administratife, these de Montpellier 1945 p.55.

(٢) د. محسن شفيق : عقد تسليم مفتاح ، "، دار النهضة العربية ، "نموذج من عقود التنمية"، ص ١١٣ - ١١٤ .

الشروط الرئيسية لالتزام الإدارة بالتعويض فإنه لابد أن يتوافر بـــه خصـــائص معينة وسيتم شرحها تفصيلاً فيما بعد .

المطلب الثانى
موقف الفقه والقضاء من مبدأ التعويض بلا خطأ

يرجع كثير من الفقهاء إلى أساس فكرة التوازن المالي للعقد وهى النيـــة المشتركة للطرفين المتعاقدين ، حيث إنه لا يعمل أيٌ منهما ضد مصلحة الآخـــر فى النزاع القائم ؛ لأنه يمكن أن يتحول فى أى لحظة إلى دعوى تطـــرح أمـــام القضاء . ويجب على الإدارة أن تنظر إلى العلاقة بينها وبين المتعاقد معها مـــن زاوية تراعى فيها الكثير من الاعتبارات التى تسمو إلى مجرد الحرص علـــى المصلحة العامة للدولة وأن الهدف الأساسى هو ضمان حســـن ســـير المرافـــق العامة . باستمرار وانتظام[1] . ويجب على المتعاقد مع الإدارة أن ينظـــر إلـــى العلاقة التعاقدية ، من زاوية أنها مساهمة اختيارية منه ومعاونـــة فـــى ســـبيل المصلحة العامة . ويجب أن تؤدى بأمانة كاملة .

وهكذا نجد أنه يقتضى من الطرفين قيام الثقة المتبادلة بينـــهما وحســـن النية ، وتبادل وجهات النظر المختلفة للتغلب على أى ظرف يعترض تنفيذ العقد الإداري ، وبهذا تطمئن جهة الإدارة إلى حسن سير تنفيذ العقد وإنجـــازه فـــي المواعيد المتفق عليها ، ويطمئن المتعاقد معها إلى أنه سينال لقاء أمانته وحســـن قيامه بالعمل بالأجر. لذلك نجد أنه يجب ألا يكون هناك مصالح متعارضة ضـــد مصلحة الدولة ، لكن إذا كان هدف المتعاقد مع الإدارة الربح غير المشروع أيـــاً كانت وسيلة ذلك ، فعلى الإدارة أن تمنعه وتفسد عليه سعيه وتنزل من أرباحـــه إلى الحد المعقول الذى يتطلبه تنفيذ العقد بأحسن وجه .

---

(١) د. سليمان الطماوى : الأسس العامة ... ، ١٩٨٤ ، مرجع سابق ، ص ٦٦٠ .

ويقابل ذلك أن المتعاقد مع الإدارة يجب أن يتخذ الحيطة الواجبة على ما يصادفه عند تنفيذ العقد من ظروف استثنائية لم تكن فى حسبانه ، ولم يكن متوقعها ، وينشأ من ذلك التزامات وأعباء مالية تؤدى إلى الإخلال بالتوازن المالى للعقد ، وهنا يجب على الإدارة أن تتحمل معه جزءاً من الخسارة وتعوضه تعويضاً عادلاً حتى تحافظ على حسن سير المرفق العام ، وتحافظ على استمرار تعامل المقاولين مع الإدارة مستقبلاً من أجل الحصول على كل الإمكانيات المتوفرة لدى الشركات الكبرى بما لها من إمكانية فنية ، ومالية ، وإدارية . وذلك بالنسبة للأعمال الإنتاجية أو العمرانية لدى الدولة ، وعلى العكس من ذلك إذا امتنعت الإدارة عن مراعاة ظروف المتعاقد معها فإن المتعاقد سيمتنع عن الدخول فى هذه المشاريع الكبرى والمجازفة فى ذلك . ونجد أن ذلك يتوضح فى فقرة لحكم محكمة القضاء الإداري المصرى حيث أخذت المحكمة بالأفكار الراجحة فيما يتعلق بنظرية التوازن المالى للعقود الإدارية [1] .

---

(١) وفي فقرة واضحة لحكم محكمة القضاء الادارى المصرى حيث تقول المحكمة فى نفس المعنى ... (إن من طبيعة العقود الإدارية أنها تحقق بقدر الإمكان توازنا بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي ينتفع بها اعتبارا بأن نصوص العقد تؤلف في مجموعها كلا 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 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 الإحلال بهذه القوة كما حددت عند إبرام العقد . فيجب إعادة التوازن المالي للعقد إلى ما كان عليه ، كما أنه إذا كان حق الإدارة في التعديل أمراً يفترض قيمة له 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 أنه يقدر من جانبه هو أيضا 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 وبغيرمقابل بل الطبيعي أنه قرر طبقاً لتقديراته أنه سيظفر مقابل التزاماته العقدية بفائدة معينة -

وقد تأكد ذلك أيضا فى حكم للمحكمة الإدارية العليا الصادر ١٩٦٢ [١].

هذا ولقد أخذت الجمعية العمومية للقسم الاستشاري بذات المبدأ في فتواها الصادرة في ٤ فبراير سنة ١٩٥٦[٢] ، فبعد أن سلمت بحق الإدارة الأصيل في تعديل الشروط اللائحية لعقد الالتزام في أي وقت وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة . دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم استطردت تقول : (أن كان استعمال مانح الالتزام لحقه في تعديل التعريفة بتخفيضها أو تعديل شروطها لصالح المنتفعين أمراً مشروعاً في ذاته ؛ إلا أن إيثار الصالح العام

= 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 ، ومن ناحية أخرى فإنه إذا قام في الاعتبار إنه من الأمور المسلمة أن يحقق المتعاقد مع الإدارة في مصلحته الخاصة ، كما أنه من الأمور المسلمة كذلك تحقق الإدارة المصلحة العامة ، فإنه لا يكون للمتعاقد وجه للشكوى في حالة التعديل إذا عوضته الإدارة بما يتناسب مع ما كان يقدره لنفسه من ربح أو فائدة عند إبرام العقد ، وبهذه الضوابط تكون العقود الإدارية قائمة على وجود تناسب بين الالتزامات التي تفرضها والفوائد التي يجنيها المتعاقدون منها ، فإذا قامت جهة الإدارة بإجراء تعديل أو تغيير في هذه الالتزامات فإن الفائدة تتغير هي الأخرى وبطريقة آلية تبعاً لذلك حتى يتبقى التوازن المالي للعقد قائماً إذ إن هذا التوازن المالي أمر مفترض في كل عقد إداري ، ومن حق المتعاقد مع الإدارة أن يعوض على مقتضاه دون حاجة إلى النص على ذلك في العقد ، لأنه ليس مما يتفق مع العدالة والمصلحة العامة أن يتحمل هذا المتعاقد وحده عبء التعديل ويحرم عليه الاحتفاظ بالتوازن المالي للعقد . كما يثار ضرورة المرفق العام على المصالح الخاصة للمتعاقد مع الإدارة ليس معناه التضحية بهذه المصالح بحيث يتحمل المتعاقد وحده جميع الأضرار الناشئة عن التعديل، ولو أن الأمر جرى على خلاف ذلك وأبيح للإدارة حق التعديل دون أن = =تلتزم مقابل ذلك بالتعويض على أساس التوازن المالي للعقد لانتهى الأمر من الناحية العملية إلى أن أحدا من الناس لن يقبل المجازفة فيبرم مع الإدارة عقداً يخضع لمحض تحكم سلطتها العامة ويعترض فيه إلى خسارة محققة لا سبيل إلى تعويضها ...) .

(١) للمزيد : راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٩ يونية سنة ١٩٦٢(السنة ٧ ص ١٠٢٤) وقد جاء فيه: (وقد ترتب عليه زيادة السعر زيادة أعباء الشركة بتحملها خسائر فادحة إلى حد الاختلال بتوازن العقد إخلالاً جسيماً) .

(٢) سبقت الإشارة إليها.

على الصالح الخاص للملتزم ليس معناه التضحية لهذه المصالح بحيث يتحمل الملتزم وحده جميع الأضرار ، فإذا ترتب على إنقاص التعريفة خسارة فعلى مانح الالتزام أن يعوضه عن هذه الخسارة، إذ من المسلم أن للملتزم حقا في التوازن المالي للمشروع، وإن السلطة مانحة الالتزام ملزمة برد هذا التوازن إذا اختل نتيجة لتدخلها بتخفيض التعريفة مثلا .وأن لها وحدها اختيار الوسيلة التي تتبع لتعويض الملتزم) . ونجد ان المحكمة الإدارية العليا أشارت إلى فكرة التوازن المالى فى كثير من أحكامها[1] .

على إن فكرة التوازن المالي للعقد الإداري هي أساس عام ولا يكفي التسليم بها للحكم على مدى التعويض الذي يستحقه المتعاقد وأوضاعه وإنما يجب دراسة تطبيقات حالات التعويض التي جرى القضاء الإداري على التسليم به في غير حالة الخطأ المنسوب إلى الإدارة .

وبالرجوع إلى القضاء الإداري في هذا الخصوص نجد أن هناك ثلاث حالات يمنح فيها القضاء الإداري تعويضا للمتعاقد دون حاجة إلى إثبات خطأ في جانب الإدارة ، وهذه الحالات هي عمل الأمير والظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة التى يواجهها المتعاقد فى التنفيذ .

وإذا كان ظاهر التسمية قد يوحى باستقلال كل فكرة من الأفكار السابقة عن الأخرى فإن حقائق الأمور لاسيما في الوقت الحاضر تختلف، فقد تداخلت

---

(١) أنظر أحكام المحكمة الإدارية العليا :

أ- حكمها الصادر في ١١ مايو سنة ١٩٦٨ وقد جاء فيه:(...خفضت المحكمة الإتاوة المتعاقد عليها تحقيقا للتوازن المالي للعقد ، ومن شأن ما طرأ من ظروف أن تقلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب) .

ب- حكمها الصادر في ١٤ يونيه سنة ١٩٦٩ حيث تقول: (الصعوبات سالفة الذكر لا ترقى إلى مستوى الحوادث ... التي يختل معها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما).

ج- حكمها الصادر في ١٧يونية سنة ١٩٧٢ وقد تضمن قولها : إذا طرأت أثناء تنفيذ العقد الإداري ظروف أو أحداث ...قلبت اقتصادية.

الأفكار الثلاث إلى حد كبير بحيث أصبح الأمر الواحد يوصف بوصفين مختلفين أو على الأقل يتردد المرء طويلا قبل أن ينعته بوصفه الصحيح ولا غرابة في ذلك ، فهذه الأفكار والنظريات هي من خلق القضاء ، وأول صفات القضاء المرونة، ومن ناحية أخرى، فإن الأفكار الاشتراكية التي غدت الطابع المميز للدولة الحديثة قد تغيرت إلى حد كبير من الأفكار القانونية الأساسية في مجال القانون العام ، بل وفي نطاق القانون الخاص ذاته . وبهذا نكون قد وضحنا موقف الفقه والقضاء من مبدأ التعويض بلا خطأ ، وننتقل الآن إلى دراسة الشروط العامة المتعلقة بمبدأ التعويض بلا خطأ .

المبحث الثانى
الشروط العامة المتعلقة بمبدأ التعويض بلا خطأ

إن مبدأ التعويض بلا خطأ هو صورة من صور التعويض التى يحكم بها للمتعاقد مع الإدارة دون أن يكون هناك خطأ من جانب الإدارة، وأن فكرة التوازن المالى للعقد تفسر التعويض الذى يحكم به للمتعاقد فى نطاق نظرية عمل الأمير والتى سيتم توضيحها تفصيلاً [1] . أما خارج نطاق هذه النظرية وعلى الخصوص إذا كان مرد الاختلال إلى غير عمل الإدارة فإن فكرة التوازن المالى للعقد وحدها لا تكفى لتبرير التعويض ، لذلك يتم ذكر وإيجاد مبدأ التعويض بلا خطأ حتى يتم تناول جميع صور التعويض ، ومن هنا نرجع إلى أساس التعويض بلا خطأ وهو الضرر . لأن الفعل الضار قد يكون خطأ ، وقد يكون عملاً مشروعاً ، وبالتالى فهو متغير ، أما الضرر وعلاقة السببية فهما شرطان غير متغيرين بالضرورة .

ومن هنا جاء تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين أساسيين :

المطلب الأول : شروط الحق فى التعويض بلا خطأ .

المطلب الثانى : موقف الفقه والقضاء من فكرة الضرر .

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ ١٩٥٧/٣/٣ ، المجموعة س ١١ ، ص ٢٣٩ .

المطلب الأول
شروط الحق فى التعويض بلا خطأ

إن الحق فى التعويض عن الأضرار لا يمكن تقريره إلا إذا توافرت شروط المسؤولية ، سواء كانت مسؤولية عقدية أو غير عقدية ، بخطأ أو بدون خطأ ، فإن الحق فى التعويض ملزم للإدارة . وأساس هذا التعويض هو توافر شرطين هما : الضرر وعلاقة السببية .

١ - الشرط الأول : الضرر

إن الضرر هو شرط أساسى للمسؤولية الإدارية ، ومع ذلك فإن أهميته ترجع إلى طبيعة هذه المسؤولية بمعنى أنها مسؤولية تعويضية وليست جزائية فالضرر يحدد مقدار التعويض . وقد شهد موضوع الضرر تطورات حديثة تتعلق بأنواع الضرر القابل للتعويض . وقد أصبحت هذه الأنواع فى ازدياد مستمر .

إن الفقه قد بذل جهداً واضحاً لتحليل فكرة الخطأ إلا أنه لم يبذل جهداً مشابهاً لتحليل فكرة الضرر وربما تخلو الأعمال الفقهية[١] من وضع تعريف عام للضرر . وربما يرجع ذلك – كما يقول الفقه – إلى أن المنطق القانوني يقضي أو يفترض فكرة الضرر[٢] .

---

(1) Q.Viney, la responsabilite: conditions, L.G.D.J., Paris 1982 p.304 ets.

وللمزيد راجع أيضا :

- د. عبد الرزاق السنهورى : الوسيط فى شرح القانون المدنى ، الجزء الثانى ، "مصادر الالتزام" ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨١ ، ص ١١٩٥ .

(2) m.paillet : la responsabilite administrative, Dalloz 1996, P.. 420

ويعرف الفقه فى مصر الضرر بأنه : (الأذى الذى يصيب مال المضرور أو نفسه أي هو المساس بمصلحة المضرور)[1] سواء كانت المصلحة مالية أو معنوية .

أما فى فرنسا فأن اللغة القانونية تعرف الضرر بمصطلحين متميزين هما: (dommages) و (Prejudicc) وهنا يجد بعض الفقه تمييز بين هذين الاصطلاحين[2] . ووفقا لهؤلاء الفقهاء ، فإن اصطلاح (dommage) يعنى واقعة وهو عبارة عن اعتداء على سلامة شخص أو شيء أو نشاط أو مركز ويقابله باللغة العربية اصطلاح (ايذاء) . وأما اصطلاح (Prejudice) فأنه يعني الضرر الذى يعاني منه شخص معين وبالتالي فهو حادث سلبي قابل للتقدير بالمال . سواء وقع على الحقوق أو المصالح أو امتيازات شخص طبيعى أو معنوي وهذا الحادث ينشيء نتيجة فعل ضار ويقابله باللغة العربية اصطلاح (الضرر) .

وما يهمنا فى هذا البحث هو الضرر الذى يؤدى إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد الاداري والذى يكون سبباً فى التعويض للمتعاقد مع الإدارة وكما علمنا فأن الضرر يعتبر ركن فى المسؤولية الإدارية التى تلتزم بالتعويض للمتعاقد حقها ويشترط فى الضرر الموجب للمسؤولية دون خطأ . أن يكون الضرر خاصاً وغير عادى . والمقصود بالضرر الخاص هو الذى يتعلق بشخص محدد أو عدد محدود من الأشخاص [3] . والضرر غير العادى هو أن يصل الضرر إلى حد من الجسامة أو القوة غير أن الارتباط بين الصفة غير

---

(١) د. جميل الشرقاوى : النظرية العامة للإلتزام ، الكتاب الأول ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥، ص ٥٢٢ .

(2) j.f. Benoit, Essai sur les conditions de la responsabilite endirit. Public et prive (problemes de causalite et inputabilute)JCP, 1957 , P. 1351.

(٣) د. محمد محمد عبد اللطيف : قانون القضاء الإدارى ، مسئولية السلطة العامة ، الكتاب الثالث، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص ٤٠١ .

العادية وصفة الجسامة ليست حتمية دائماً . وهذا ما سيتم شرحه مفصلاً فيما بعد ونستخلص مما سبق بأن الضرر المتعلق بالعقود الإدارية يجب أن يكون الضرر مؤكداً ومحققاً[1] ولقد تعرض القضاء في العديد من أحكامه لتوضيح هذا الشـوط سواء فيما يتعلق بالضرر الذي يصيب الإدارة أو المتعاقد معها .

٢ – الشرط الثاني : علاقة السببية :

أن علاقة السببية هى العلاقة بين الضرر والفعل أو الحادث الذي يدعـى المتعاقد أنه سبب ما أصابه من ضرر، ونجد أن صعوبات تقدير تحقق السـببية المباشرة بين الفعل والضرر هي ذاتها التي نواجهها في مجال المسؤولية العقدية أو غير العقدية . وهي ذاتها في المسؤولية الإدارية والمدنية على حد سواء .

ونجد أن القضاء الإداري لا يسلم بوجود علاقة السـببية بيـن الفعـل والضرر إلا إذا كان هذا الضرر–موضوعياً – النتيجة الطبيعية للفعل المدعـى بكونه سبباً للضرر وقد رفض طلب التعويض في العديد من أحكام مجلس الدولة الفرنسية تأسيساً على أن الضرر المدعى به غير مباشر بما لا يعطى الحق فـي التعويض. وهنا يظهر تساؤل لدينا لمعرفة ما هو الضرر القابل للتعويض فـى نطاق الظروف غير المتوقعة ؟

فى الواقع أنه لا يشترط في الضرر الذي يبرر تطبيق نظريتـي عمـل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة أي قدر من الجسـامة ، فقـد يكـون الضرر جسيماً أو يسيراً وقد يتمثل في ضرر فعلي يصيب المتعاقد وقد يكـون مجرد إنقاص في الربح الذي عول عليه.

---

(١) ويلاحظ إن الضرر المحتمل (preju dice eventual) طبقاً للقواعد العامـة لا يعـوض عنه إلا إذا تحققت، وهو يختلف عن الضرر المستقبل (prejudice future) وهو المحقـق الوقوع في المستقبل. أنظر في التفاصيل د. عبد الرزاق السنهورى فى شرح القـانون المدنى ، مرجع سابق ، ص ٥٧١ .

أما فيما يتعلق بنظرية الظروف الطارئة فإنه يشترط لأعمال تلك النظرية إن يكون من شأن الظرف الطارئ أن يلحق بالمتعاقد خسائر فادحة واستثنائية، تجاوز الخسائر العادية المألوفة في التعامل بحيث يترتب عليها اختلال التوازن المالى للعقد وقلب اقتصادياته .

وعلى ذلك إذا كانت تلك الخسائر طفيفة بالنسبة لمجموع عناصر العقد ، أو كانت في حدود الخسارة العادية ، أو اقتصر أثر الظروف الطارئة على تفويت فرصة الربح على المتعاقد بإنقاص أرباحه كلياً أو جزئياً فإنه ليس ضرراً يستوجب تعويضاً في مفهوم تلك النظرية[1] .

إلا أنه في نطاق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وفيما يتعلق بالعقود الجزافية "les marches a for fait"وهي التي تتضمن تحديد أجر كمية الأعمال المطلوبة وتحديد إجمالية لما تلتزم الإدارة بدفعه من ثمن يقابله[2] فإن هذا الطابع الجزافي في تحديد الثمن له أثره في درجة جسامة الضرر التي يجب توافرها حتى يمكن إلزام الإدارة بالتعويض دون خطأ من جانبها فإذا كان الطابع الجزافي في تحديد ثمن يحول دون تطبيق نظرية الصعوبات غير المتوقعة طبقاً لقضاء مجلس الدولة الفرنسي ، إلا أنه يجب أن يصل الضرر إلى درجة الإخلال باقتصاديات العقد، وفي هذا تلتقي تلك النظرية مع نظرية الظروف الطارئة.

ومن الناحية العملية فإن الضرر المتمثل في قلب اقتصاديات العقد في نطاق نظرية الظروف الطارئة يرتبط بالتفرقة بين المخاطر العادية والمخاطر

---

(١) د. سليمان الطماوي: الأسس العامة، ... ، ١٩٨٤ ، مرجع سابق ، ص ٥٧١ .

(2) (V.) A.de Laubader : Trait aux Contrats administratife,. Op.Cit. P,17-18.

وللمزيد راجع حكم مجلس الدولة الفرنسى :

- C.E. 5 Jul . 1929 " Yaher," Rec. P. 671 .

غير العادية في تنفيذ العقود ، ولهذا فإن قلب اقتصاديات العقد مسألة نسبية تقدر في كل حالة على حدة، وتخضع لاعتبارات عديدة أهمها المقارنة بين النفقات التي يدعيها المتعاقد وعناصر العقد في مجموعة ، لتبين ما إذا كان لهذه النفقات خاصية الضرر الجسيم وقلب اقتصاديات العقد وهذا ما طبقه مجلس الدولة الفرنسي في العديد من أحكامه ففي حكمه الصادر في ٣ يوليو ١٩٨٢ في قضية "societe routiere colas" (قدر المجلس أن زيادة الأعباء الاجتماعية من ١% إلى ٢% من قيمة إجمالي مبلغ العقد النهائي ، والآثار المترتبة عليه توقف العمل لمدة ٤٨يوماً - نتيجة الاضطراب - من أشغال مدتها ٢٤شهراً ، لا تعتبر فيها التكاليف غير عادية ولا يمثلان قلباً للتوازن المالي للعقد واختلالاً لاقتصادياته ، وبالتالي عدم توافر خصيصة جسامة الضرر الذي يبرر تطبيق النظرية إذا كان لا يشترط في الضرر المترتب على عمل الأمير درجة معينة من الجسامة، فهل يشترط في هذا الضرر الذي يصيب المتعاقد أن يكون ضرراً خاصا ؟ (preudice specilal) . بداية يمكن أن نعرف الضرر الخاص بأنة الضرر الذي يصيب فرداً أو مجموعة من الأفراد بصفة ذاتية وكافية لأن يكون الإخلال بمبدأ المساواة واضحاً جلياً) [1] .

وفكرة خصوصية الضرر لا تُثار إلا في نطاق المسؤولية دون خطأ الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، أما مسؤولية المتعاقد تجاه الإدارة فهي لا تقوم إلا في حالة الامتناع عن تنفيذ التزاماته العقدية أي على أساس الخطأ ؛ ولذا لا تثار فكرة الضرر الخاص في هذه المسؤولية حيث إن كل خطأ عقدي يتضمن بالضرورة ضرراً خاصاً بالمتعاقد الآخر.ففي المسؤولية العقدية ، والمسؤولية غير العقدية ، على حد سواء، لا تُثار مسألة الضرر الخاص ، وغير العادي إلا

---

(١) يراجع من أحكام مجلس الدولة الفرنسي التي تعرضت لبيان حكم اقتصاديات العقد:

- C.E. 7 octobre 1970, Pierre lavigne, Re.p. 1097, 2 mars 1977, societe leflon et cie et Hoeltgen, Rec. p. 890.

في نطاق المسؤولية دون خطأ. ومع نهاية الحديث عن الضرر وأسبابه وشروطه فإننا ننتقل الآن إلى بيان موقف الفقه والقضاء من فكرة الضرر .

المطلب الثانى
موقف الفقه والقضاء من فكرة الضرر

لقد اتخذ الفقه والقضاء فى فرنسا ومصر عدة اتجاهات من فكرة الضرر حيث يرى بعض الفقهاء أن نظريه عمل الأمير لا تعطي الحق في التعويض إلا إذا كان الضرر الذي لحق بالمتعاقد ضرراً خاصاً. ومن أنصار هذا الاتجاه الأستاذ الدكتور ثروت بدوي، حيث يرى أن مجلس الدولة الفرنسي لا يعوض عن الضرر المترتب على الإجراءات العامة ألا إذا أثبتَ المتعاقد أن ضرراً خاصاً قد لحقه، وأن هذا الضرر الخاص لا يشاركه فيه سائر من يسلهم الإجراء العام . ولقد أخذت محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في ٣٠يناير ١٩٥٥ بفكرة خصوصية الضرر كشرط لقيام الحق في التعويض تأسيساً على نظرية عمل الأمير التي تثير مسؤولية الإدارة المتعاقدة دون خطأ[1]. ونجد أن المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ٢٠مايو سنة ١٩٦١ التزمت ذات المسلك الذي أخذت به المحكمة شروط تطبيق نظرية عمل الأمير ومن بينها "إن يلحق بالمتعاقد ضرراً خاصاً لا يشارك فيه سائر من يمسه الضرر العام ".

وفي فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري الصادر في ٣نوفمبر سنة ١٩٦٤ لم تفرق الجمعية في فتواها بين الإجراء الخاص والعام وأفتت بأنة

---

(١) مجموعة أحكام المحكمة، السنة التاسعة ص ٢٦٨ وقد جاء بهذا الحكم: " يشترط لقيام الحق في التعويض تأسيساً على نظرية عمل الأمير أن تصدر الحكومة تشريعاً عاما جديداً يمس مركز المتعاقد معها بضرر خاص" .

(يشترط لأعمال هذه النظرية صدور أجراء خاص أو عام من جانب الإدارة المتعاقدة، لم يكن متوقعاً وقت التعاقد، يترتب عليه إلحاق ضرر خاص بالمتعاقد لا يشاركه فيه سائر من مسّهم هذا الإجراء)[1] .

أما البعض الآخر من الفقهاء يؤكد على إن الضرر الذي يصيب المتعاقد بناءاً على الإجراء الصادر من الإدارة المتعاقدة هو دائماً ضرر خاص، نظراً للرابطة التعاقدية التي تربط المتعاقد بالسلطات العامة والتي تميزه عن سائر المضررين من تلك الإجراءات . ولقد نادى بهذا التفسير العميد "هوريو" في تعليقه على حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضيةُ (Zeilabadine) ومع تسليم أستاذنا الدكتور سليمان الطماوي بأن القضاء لا يؤيد تفسير هوريو، لأنه يرى إن هذا التفسير [هو وحده الذي يجعل للتعويض أساساً متميزاً في هذه الحالة، ويلحقهُ بنظرية عمل الأمير، كفكرة يقتصر تطبيقها على نطاق العقود الإدارية، أما استبعاد تفسيره، والاقتصار على فكره (الضرر الخاص) بمعناها المطلق فيجعل المسؤولية في هذه الحالة تخضع للقواعد العامة في مسؤوليتها عن الأضرار التي تلحق الأفراد من جراء التشريعات، سواء أكانت تربطهم بالإدارة رابطة تعاقدية أم لا][2]

ونرى أيضاً أن هناك اتجاها يتزعمه الأستاذ "ديلفولفي " حيث يرى : (أن شرط خصوصية الضرر لا يضيف شيئاً للشروط الأخرى للمسؤولية العقدية دون خطأ ؛ ولهذا فإن الآراء السابقة مبالغ فيها . فمن ناحية أن هناك حالات برغم الضرر الذى أصاب طائفة معينة من المتعاقدين مع الإدارة فإن هذه الطائفة لها مع ذلك الحق في التعويض وعلى سبيل المثال الفسخ الانفرادي لكل

---

(1) الفتوى رقم ٩٤١ في ١٩٦٤/١١/٣ ، مجموعة السنة ١٩ ص ٢١٨ وقد سبقت الإشارة إليها.

(2) د. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية ، ١٩٩١ ، مرجع سابق ، ص ٦٧٠ ومابعدها .

عقود هذه الطائفة (la resiliation unlaterale de toute une serise de contrat) ولذا لا تعد عقبة أمام هؤلاء المتعاقدين للمطالبة بالتعويض وذلك طبقاً لقضاء مجلس الدولة الفرنسي في النزاع المعروف باسم (Zeilabadine) . ومن ناحية أخرى فإنه على اعتبار أن المتعاقد تربطه بالإدارة علاقة تعاقدية فإنه يكون في وضع خاص يقتضي عدم تطلب أو تعطيل كل شروط متعلقة بخصوصية الضرر ، فيكفي إثبات أن الضرر الذي أصابه ناجم عن إجراء اتخذته الإدارة المتعاقدة لكي يتوافر شرط الخصوصية وهو ما عبر عنه الأستاذ ديلفولفي بقوله : (Considerer que par sa situation le concont ractant est dans une situation specile revient a supprimer tout condition de specialite) .

ويرى بعض الفقهاء[1] تأييد ما ذهب إليه الأستاذ "ديلفوفى "من أن شرط خصوصية الضرر لا يضيف شيئا للشروط المتطلبة لتقرير مسؤولية الإدارة العقدية دون خطأ في نطاق نظرية عمل الأمير استناداً على ما يلى :

١ - إن فكرة الضرر الخاص ذات مفهوم واسع فضفاض ولا تصلح أن تكون معياراً يستهدى به القضاء لأنها فكرة غير محددة بدرجة كافية كالتحديد الذي يؤخذ به المسؤولية خارج النطاق التعاقدي على أساس مبدأ المساواة أمام التكاليف العامة.ففي نطاق المسؤولية غير العقدية دون خطأ تتميز الشروط المتعلقة بالضرر بذاتية خاصة بالمقارنة مع الشروط المتطلبة لقيام المسؤولية غير العقدية بخطأ ، فالإجراء الذي يترتب عليه مسؤولية الإدارة دون خطأ على

---

(١) يراجع في ذلك د. سليمان الطماوي : الأسس العامة ...، المرجع السابق، ص٥٩١ وما بعدها، حيث يقول : إن الاقتصار على فكرة الضرر الخاص بمعناها المطلق يجعل المسؤولية في هذه الحالة تخضع للقواعد العامة في المسؤولية عن الأضرار التي تلحق الأفراد من جراء التشريعات سواء أكانت تربطهم بالإدارة رابطة تعاقدية أم لا مما وضع مجلس الدولة الفرنسي أساسه في حكمه المشهور في قضية " la fleurette " .

أساس مبدأ المساواة أمام التكاليف العامة يجب أن يؤدي إلى ضرر خاص واستثنائي[1].

وإذا كان الرابط بين المسؤولية العقدية وغير العقدية بدون خطأ هو انتفاء ركن الخطأ، فأن الشروط المتطلبة لقيام الأولى تختلف وتتميز عن تلك المتطلبة لوجود الثانية ، ولهذا فإن الأساس القانوني لكل منهما مختلف تماما ، فالعقد هو مصدر المسؤولية العقدية دون خطأ ، وفي غياب الرابطة التعاقدية فإن مبدأ المساواة أمام التكاليف العامة يؤدي دوره فيما يتعلق بالمسؤولية غير العقدية دون خطأ ويكون منطقيا أن نجد في المسؤولية العقدية، الشروط المتعلقة بهذا المبدأ وخاصة إن المساواة أمام التكاليف العامة مبدأ مستبعد في نطاق الروابط التعاقدية .

٢ – إذا كان الضرر الذي أصاب المتعاقد ناجما عن إجراء خاص بالعقد فإن مسألة خصوصية الضرر لا تتأثر ، حيث إنها في كل حالة سوف تندمج في خصوصية الإجراء ذاته الذي سبب الضرر الخاص بالعقد، وعلى ذلك فإن الضرر الذي يصيب المتعاقد هو الضرر ، وبالتبعية ضرر خاص .

وعندما يكون الضرر ناجما عن إجراء عام فإن المسألة تنحصر في الاعتبار المتعلق بنطاق هذا الإجراء ، فعندما يصيب الإجراء موضوع العقد ذاته أو على الأقل أحد عناصره الأساسية فإن للمتعاقد الحق في التعويض ، إذا توافرت بالطبع باقي الشروط دون أن يكون هناك حاجة إلى بحث ما إذا كان الضرر الذي أصابه خاصا أم لا، وخاصة إذا أفترض أن كل متعاقد مع الإدارة قد وجد في ذات الظروف وأصابه ذات الضرر ، فإن ذلك لا يعد عقبة أمام كل منهم للحصول على تعويض لهذا الضرر ، فالعامل الأساسي هو أن يكون

---

(١) يراجع في هذا الخصوص د. رمزي طه الشاعر: قضاء التعويض مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٠ ، ص ٩٤ وما بعدها.

الإجراء العام قد أصاب مسألة يمكن اعتبارها أساسية أو حاسمة في إبرام العقد، مسألة هي التي دفعت الفرد إلى أن يقرر الدخول في رابطة تعاقدية مع الدولة ، فعندما يبدو أن المتعاقد ما كان ليقبل أن يرتبط إلا من خلال اعتبارات وظروف معينة كانت موجودة لحظة إبرام العقد فإذا ما جاء إجراء عام ليعدل هذه الظروف التي قبل المتعاقد في ظلها ، فإن النتائج التالية لهذه التعديلات يجب أن تكون على عاتق الإدارة المتعاقدة .

وهذه الفكرة المتعلقة بمدى تأثير الإجراء على الغرض الأساسي للعقد "L objet essentiel du contrat" ومدى تعديله للظروف التي من أجلها قبل المتعاقد إبرام العقد ، وردت في العديد من أحكام مجلس الدولة الفرنسي ودافع عنها الفقيه (Tissier). والذي استخلص من أحكام مجلس الدولة الفرنسي أنه لكي تنشأ مسؤولية تعاقدية بمناسبة الإجراءات التشريعية يجب إن يكون القانون قد عدل شروط العقد ذاته والتي من اجلها أبرم العقد.

ومما له دلالته في هذا الخصوص أن مجلس الدولة الفرنسي قد التزم ذات المسلك بل وذات الصيغة التي يجري بها قضاؤه في هذا الشأن(١).

وقد أشار الأستاذ "Gaudemet" إلى عدة أحكام التي رفض المجلس فيها طلبات التعويض نظراً لأن الإجراءات التي سببت الضرر لم تؤثر على موضوع العقد حيث أن التعديلات التي أحدثتها ليس من شأنها إن تمنح الحق في التعويض في قضية "Societe du parking du square Boucicaut" ، وفي المقابل فإذا كان الإجراء العام لم يصب موضوع العقد ذاته أو أحد عناصره الأساسية، وإنما يصيب الضرر المتعاقد في ذات الظروف الخاصة بسائر المواطنين ، فإنه لا يعطي الحق في التعويض ، حقيقة أن الضرر المدعى به

---

(١) انظر فى ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسى :

- C.E., 7 mai 1982, "Societe paris parking"

وأيضاً حكمه الصادر فى ١٨ مارس ١٩٨٣ حيث جاء فيه :

- " Cocl Rivet L application du dit reglement constituait l 'un des elememnts essentiels du march"

ليس خاصاً ولكن رفض طلبات التعويض لا يرجع إلى عدم خصوصية الضرر، وإنما يعود إلى عدم تأثير اجراء على موضوع العقد أو أحد عناصره الأساسية. وعلى ذلك فإن مسألة خصوصية الضرر تلحق إذن بطبيعة الضـــرر وليســت إحدى خصائصه .

وإذا كانت الصعوبات غير المتوقعة لا تحرر المتعـــاقد مـــن الالـــتزام بالتنفيذ ولكن تفسح المجال أمامه للحق بالتعويض ، ولا يكون الأمر غير ذلك إلا عندما يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً ، وعندئذ وفي هذا الخصـــوص بـــالذات لا تكون في مواجهة صعوبات غير متوقعة ، بل نصبح أمام فكرة القوة القـاهرة ، وكل ما في الأمر أن اعتراض الصعوبات للتنفيذ قد يؤدي إلى إعفاء المتعاقد من غرامات التأخير وتحرره من الجزاءات التي تترتب عادة على مثل هذا التـأخير في تنفيذ الأشغال موضوع العقد ، ويترتب على ذلك ضرورة إن يستمر المتعاقد في تنفيذ الأعمال رغم مواجهة الصعوبات غير المتوقعة وإلا يعـــرض نفســه للجزاءات ، كما قد يسقط حقه بالمطالبـــة بـــالتعويض علـــى أســـاس نظريـــة الصعوبات المادية غير المتوقعة .

وبناء على ما تقدم تفتح الصعوبات غير المتوقعة أمام المتعـــاقد الحـــق بالتعويض تحت شكل رفع السعر المنصوص عنه في العقد ــ وكل ذلك يـــؤدي إلى خرق مبدأ ثبات الأسعار ، فإذا كان الأمر كذلـــك فمـــا هـــو أســـاس هـــذا التعويض؟ والجواب هنا يكمن في مبدأين :

– ما هو أساس التعويض بالاستناد إلى الصعوبات المادية غير المتوقعة

- **المبدأ الأول :**

إن المبدأ هو أن للمتعاقد الحق بالتعويض الكامل عن الأضـــرار التـــي نتجت عن الصعوبات غير المتوقعة ، أي أنه يجب أن يعوض هذا المتعاقد فـــي كل الحالات التي يصبح فيها تنفيذ العقد باهظا وأكثر كلفة .

من هنا فإن نظرية الصعوبات غير المتوقعة تستند إلى مبـــدأ تعويـــض يختلف كثيرا عما تعتمده نظرية عدم التوقع Theorie de l imprevision التي

من شأنها أن توزع عبء زيادة الكلفة بين الإدارة والمتعاقد (ولكن قد يحصل أحيانا أن بعض المحاكم تعتقد أنه يجب استيعاب النظريتين معاً حتى لا يحدث الخلط بين نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ونظرية عدم التوقع)لأجل تعويض الصعوبات غير المتوقعة بأن تشرك بشكل أو بآخر المتعاقد والإدارة في توزيع التعويض بينهما للخسائر الناجمة عن الصعوبات ، لقد اعتبر هذا الموقف خاطئا فلم يقبله مجلس الدولة الفرنسي ، بل كرس في أحكامه صراحة مبدأ التعويض الكامل. ومن الطبيعي الإشارة إلى أن هذا التعويض قد يخفض في حال صدور خطأ عن المتعاقد كان أهمل في التحقق عن عناصر السعر بتاريخ إعداد العقد. فزاد بخطئه الآثار الضارة للصعوبات المادية غير المتوقعة وهذا مجرد تطبيق للقواعد العامة في التعويض .

- **المبدأ الثاني :**

وما دام المبدأ قد اتفق عليه وهو التعويض الكامل فإن الأسلوب الفني لحساب التعويض هو طبعا المتعلق بالجزء الزائد عن السعر Supplement du prix هنا نشير إلى أن هذا التخبط بين النظريتين عند بحث مسألة التعويض عن الخسائر الذي أصيب بها المتعاقد، أصاب موقف الاجتهاد الإداري المصري في وقت من الأوقات قلنا إن مجلس الدولة الفرنسي صحح في قراراته اللاحقة موقف مجلس محافظة مرسيليا لناحية التعويض وبناء على أية نظرية هل هي نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أو نظرية عدم التوقع، علماً أن نتائجها القانونية مختلفة ، انتهى المجلس إلى الأخذ بمبدأ التعويض الكامل عند حصول الصعوبات المادية غير المتوقعة "sujetions imprevues" قرار المجلس بتاريخ ٣٠ يوليو ١٩٤٨ ولقد وقع ما يماثله في الاجتهاد الإداري المصري بين محكمة القضاء الإداري بتاريخ مايو ١٩٥١ وقد صححت موقفها بتاريخ ٢٠ كانون الثاني (يناير) ١٩٥٧ وبين المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٤ يونيو ١٩٦٩ وقد شككت في مبدأ التعويض الكامل .

ولأهمية الحيثيات التي وردت في القرارات المذكورة نضع أمام القارئ موقف كل من المحكمتين ، لا سيما وأن محكمة القضاء الإداري كانت المرة الأولى التي تنظر فيها مسألة تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في شقها الثاني أي مبدأ التعويض الكامل L 'indemnisation integrale وهنا ظهر الالتباس عند المحكمة عندما طبقت في مسألة التعويض ما تقضي به نظرية عدم التوقع Theorie de L imprevision وليس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة Theorie de sujetion imprevues في عام ١٩٥٣.

يعني أن المحكمة أرادت أن تشاطر الإدارة المدعي المتعاقد في تحمل نصف قيمة زيادة التكاليف لا جميع التكاليف ....ورجعت عن موقفها في حكمها الصادر في عام ١٩٥٧ وطبقت مبدأ التعويض الكامل .

(ومن حيث إن الأمر الثاني الخاص بالصعوبة التي تبدت للمدعي عند البدء في تنفيذ العملية بسبب الأتربة المتكتلة فإن الثابت من الاطلاع على الملف الإداري للمقاولة أن المدعي شكى من هذا الأمر مراراً وقد عني وكيل الوزارة بشكواه ففحصها ، وبعد أن انتقل كبير مهندسي المديرية فعاين وحصر التكاليف رفع الوكيل تقريراً إلى الوزير ذكر فيه أن الصعوبة التي صادفت المقاول في العمل أثناء حفر للأجزاء المتكتلة لم تكن متوقعة . ولم يكن في وسع المدعي ولا الحكومة توقعها وعلى الأخص لهذه النسبة الكبيرة التي تقارب ٢٥% من مجموع العملية فقد بلغ مقدار الأجزاء المتكتلة ٢١٧٤٥٠متراً مكعباً من مجموع العملية الكلي والذى يبلغ حوالي تسعمائة ألف متر مكعب ، ومن ثم لا يجوز التغيير بما ورد في المادتين (٥٢، ٦٢) من عقد المقاولة وتحميل المدعي بجميع النفقات التي يتكبدها بسبب ذلك ، إذ إن هاتين المادتين لا تواجه نصوصها مثل هذه الحالة وإنما هي تواجههما عادة في عمل المتاريس وأعمال التطهير

والتوسيع من حصى أو أحجار عن الفتحات ومباني السواقي وآلات الري الأخرى التي توجد عادة بالمساقي والمراوي والمصارف) .

يتضح من استعراض الفقرة السابقة إن الحكم يعني بما لا يدع مجالاً للشك نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة La the'ore des sujetions imprevues وعندما وصل الحكم إلى مبدأ التعويض طبق الأحكام الخاصة بنظرية عدم التوقع La the'ore des sujetions imprevision لقد دأبنا على استعمال عبارة نظرية عدم التوقع La the'ore des sujetions imprevision بدلا من عبارة نظرية الظروف الطارئة لعبارة LaLa the'ore des sujetions imprevues;lh كما يتبين من باقي سياق الحكم حيث يقول :

(ومن حيث إن العدالة تقضي أن تشاطر الحكومة المدعي في تحمل نصف قيمة زيادة التكاليف الناشئة عن تكتل الأتربة على الأخص بعد أن ذهبت المحكمة إلى تحميله ما زاد من أجور العمال إذ اعتبرته من الأمور المتوقعة كان المدعي في هذه القضية قد طالب بتعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة استناداً إلى صدور قرار يقضي برفع أجور العمال. ومن حيث إن الثابت من تقرير وكيل الوزارة السالف الذكر والذي تأخذ به المحكمة في هذا الشأن وتأخذ بالأسباب الواردة به أن الزيادة والتكاليف بسبب تكتل الأتربة تقدر بمبلغ ٢٨٨٠جنيها يتحمل المدعي نصفها وتتحمل الحكومة النصف الآخر وقدره ١١٤٠ جنيها وهو ما يتعين الحكم بإلزام الحكومة به) .

واضح أن المحكمة قد خلطت في هذه الخصوصية بين نظريتي الظروف الطارئة (نظرية عدم التوقع) Theorie de limprevision والصعوبات المادية غير المتوقعة theorioe des sujtions imprevues ولهذا حرصت المحكمة على التمييز بين النظريتين في حكمها الصادر في ١٩٥٧/١/٢٠وتقول :

(يعتبر التعويض هنا في تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة sujtion imprevues معاونة مالية جزئية تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد معها بل يكون تعويضا كاملاً عن جميع الأضرار التي يتحملها المقاول بدفع مبلغ إضافي له على الأسعار المتفق عليها ، وبذلك تختلف هذه النظرية من حيث أسبابها والنتائج المترتبة عليها عن نظرية الظروف الطارئة) - أي نظرية عدم التوقع).

ومن هنا يظهر بوضوح في هذا الحكم لعام ١٩٥٧ عودة المحكمة عن حكمها عام ١٩٥٣والتزامها بالشروط السليمة لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة . وقد عاد التردد في الاجتهاد الإداري المصري عندما عادت المحكمة الإدارية العليا مرة أخرى إلى التشكيك في مبدأ التعويض الكامل l'indemnisation integrale وذلك في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٦٩/٦/١٤ فبعد أن عرضت كل من محكمتي القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا لأحكام نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة theorie des imprevus بل وطبقتها محكمة القضاء الإداري كما سبقت الإشارة عمدت المحكمة الإدارية إلى إلغاء حكم محكمة القضاء الإداري وقالت في حكمها :(إن الصعوبات التي استندت إليها محكمة القضاء الإداري للحكم بالتعويض الكامل لا ترقى إلى مستوى الحوادث الطارئة الموجبة لإلزام الإدارة بتحمل نصيب من الخسائر الفادحة التي تخل معها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً ، وذلك ضماناً لتنفيذ العقد الإداري واستدامة سير المرفق العام الذي تخدمه فهذا الوصف يصدق تماما على الظروف الطارئة ولكنه بعيد عن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة التي لا يشترط فيها خسارة من نوع ما أشارت إلي المحكمة الإدارية العليا ويترتب عليها التعويض الكامل) [1] .

---

(١) ومن حيث إن نظرية الحوادث الطارئة تفترض أن الظروف الاقتصادية التي كان يقوم عليها توازن العقد وقت تكوينه قد تغيرت تغيراً كبيراً عند تنفيذه لحادث لم يكن في الحسبان ، فيختل التوازن الاقتصادي للعقد اختلالاً خطيراً بحيث يصبح تنفيذ المدين للعقد

وعموماً فإن مفهوم نظرية التوازن المالي للعقود الإدارية لا يكفي لوحده لتحديد التعويض الذي يستحقه المتعاقد ولا بد من تمحيص القضاء الإداري في ظروف الخلل والتحقق من الشروط الواجب توفرها لتطبيق نظرية التوازن المادي للعقود الإدارية ، وفي هذا الجانب حدد القضاء الفرنسي الشروط التي يجب أن تتوفر في الصعوبات التي يصادفها المتعاقد أثناء تنفيذ العقد الإداري وذلك لإمكان تطبيق نظرية التوازن المادي للعقود الإدارية ، وبالتالي تحديد التعويض المادي وهذه الشروط هي:

١ - يجب أن تكون الصعوبات التى يصادفها المتعاقد ذات طبيعة مادية ويقصد بذلك الصعوبات المادية التى تنشأ من طبيعة الأرض التى ينفذ بها الأشغال العامة أو أن يفاجأ المتعاقد بوجود مياه كثيرة تحتاج إلى مصاريف زائدة وغير عادية لسحبها ... الخ .

٢ - يجب أن تكون الصعوبات غير ناتجة عن أحد الطرفين .

يهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في خسائر التجار، ويبين في ذلك إنه يشترط لتطبيق هذه النظرية أن تجد بعد صدور العقد حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وينطبق هذا المبدأ في خصوصية الدعوى قالت : ومن حيث إن المدعي يرد الزيادة في أجور العمال إلى صدور الأمر العسكري الصادر في ٩ ديسمبر ١٩٤٢يفرض إعانة غلاء معيشة العمال مع أن عقد المقاولة قد تم توقيعه في ١٧ نوفمبر ١٩٤٢ أثناء قيام الحرب العالمية الثانية وبعد نشوبها بأكثر من ثلاث سنوات وكانت الأجور متجهة نحو الارتفاع باستمرار وإنه لما يقدره الشخص العادي إن الحرب يصحبها دائما غلاء في الأسعار وصعود في الأجور ، فإذا ما تقرر وضع حد أدنى لأجور العمال بمبلغ ٧٥ مليما يوميا بعد أن كان ٦٠ مليما على فرض الأخذ بسعر العامل في الأعمال الإضافية التي أشير إليها في شروط المنافسة ، فإن هذه الزيادة لا تخرج عن الحد المعقول، وتدخل ضمن حسن تقدير المقاول الحريص الذي يزن الأمور ويقدر نتائجها، ومن حيث إنه والحال على ما تقدم فإن المحكمة لا ترى محلا للأخذ بنظرية الحوادث الطارئة .

بمعنى أنه إذا كانت هذه الصعوبات ناتجة عن فعل الإدارة فتطبق المسؤولية الإدارية على أساس خطأ الإدارة وكذلك يشترط تقييد المتعاقد أصلاً بالتزاماته .

٣ - يجب أن تكون الصعوبات غير متوقعة عند إبرام العقد .

وهنا يجب على الإدارة مساعدة المتعاقد لوضع كافة المعلومات المتعلقة بالعقد وبحسن النية من أجل دراسة العقد دراسة صحيحة من قبل المتعاقد. فإذا ثبت عكس ذلك يمنح التعويض مباشرة للمتعاقد [١] .

وأما إذا ثبت تقصير المتعاقد وقت التعاقد فإن القضاء الإدارى يرفض التعويض [٢] .

٤ - يجب أن تكون الصعوبات ذات طابع استثنائي :

ويجب أن تكون الصعوبات ذات صفة استثنائية غير مألوفة ويترك تقدير تلك الصفة إلى القاضي الإداري الذي يتشدد في تحديد الصفة ، وبصورة خاصة عندما يحتوي العقد الإداري النافذ بين الطرفين المتعاقدين على نصوص تحمل المتعاقد مع الإدارة على تحمل كافة المخاطر والصعوبات عند التنفيذ[٣] .

(حكم مجلس الدولة الفرنسي commune de Meiss الصادر بتاريخ ١٩٥٣/٤/٢٩) .

---

(١) أنظر حكم مجلس الدولة الفرنسى :

- C.E. 29 Juillet, 1951, Secretaire d'Etat a la defense Debernady. Rec. P. 701.

(٢) أنظر حكم مجلس الدولة الفرنسى :

- C.E. 9 Juillet, 1929, La clainche, Rec, P. 706.

(٣) أنظر حكم مجلس الدولة الفرنسى :

- C.E. 29 Fevrier 1955 Communcole meiss Rec. P. 812.

٥ – وأخيراً ما يتعلق بالعقود الإدارية الجزافية (Marches a Forfait)

ويضيف الاجتهاد الإداري شرطا آخر يختص بالعقود الإدارية الجزافية وهو يتعلق بالصعوبات المادية التي تؤدي إلى الإخلال باقتصاديات العقد الإداري[١] .

وفى ختام هذا الفصل . وبعد أن بينا أهمية وجود التوازن المالى فى العقد الإدارى لضمان حسن سير المرافق العامة بالنسبة لطرفى العقد بشرط تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، وبينا أن أساس هذه النظرية يرجع إلى النية المشتركة للطرفين المتعاقدين ، وبالتالى وجدنا ان مفهوم نظرية التوازن المالى لا يكفى وحده لتحديد التعويض الذى يستحقه المتعاقد بل يجب على القضاء الإدارى البحث فى ظروف الخلل والتحقق من الشروط الواجب توفرها لإمكانية تطبيق هذه النظرية نكون بذلك قد انتهينا من دراسة التوازن المالى ومبدأ التعويض بلا خطأ وننتقل الآن لدراسة التوازن المالى وسلطة الإدارة فى تعديل العقد الإدارى .

---

(١) ويقصد بالعقود الجزافية تلك التى تتضمن تحديدا لكمية الأعمال المطلوبة وتحديدا إجماليا لما تلتزم الإدارة بدفعه من ثمن يقابلها فتعذر بالنظر المبالغ الإضافية التى يتحملها المتعاقد نتيجة الصعوبات المادية زيادة عن القيمة الاجمالية المحددة للعقد من قبل الإدارة .

وللمزيد راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر :

C.E. 10 Janvier 1938. Gouverement general de l'indochinc rec. P. 937.

قضية "Gouvernement general de L'indochinc" المجموعة ص ٩٣٧ .

الفصل الثاني
التوازن المالي وسلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة

تمهيد :

تعتبر سلطة الإدارة فى تعديل العقد الإدارى من أهم ما يميز هذه العقود عن غيرها من عقود القانون الخاص ، والذى تحكمها قاعدة قانونية بأن (العقد شريعة المتعاقدين) . والمبدأ الأساسى الذى يحكم العقود بشكل عام هو أنه لا يجوز أى تعديل فى العقد إلا باتفاق الطرفين إذا لم ينص على ذلك فى العقد . وذلك لعدم ترك المجال أمام أطراف العقد والعمل على تنفيذه بما يتناسب والظروف الواردة بالعقد .

إلا أن الواقع فى العقود الإدارية مختلف بحيث ان الإدارة باعتبارها طرف فى العقد الإدارى تتمتع بسلطات لا مقابل لها فى القانون الخاص . وذلك من أجل ضمان سير المرفق العام التى تقوم عليه الإدارة . وهناك أيضا امتيازات وسلطات استثنائية للإدارة ، منها حق التعديل بإرادتها المنفردة أثناء تنفيذ العقد .

وعلى ذلك فسلطة الإدارة فى تعديل العقد مستمدة لا من نصوص العقد فحسب بل من طبيعة اتصال العقد بالمرفق العام وضرورة الحرص على انتظامه واستمراره ، ويتعين على الإدارة أن تستخدم سلطتها فى التعديل فى الحدود الطبيعية والمعقولة وأن لا يكون من شأنها إرهاق المتعاقد أثناء تنفيذ

العقد بحيث لا يؤدى إلى اختلال التوازن المالى للعقد الإدارى لأن الإدارة فـــى هذه الحالة مطالبة بالتعويض العادل عن الأضرار التى لحقت بالمتعاقد[1] معها .

ونظرا لأهمية هذا الموضوع فى العقود الإدارية فإن الأمر هنـــا يحتـــم علينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين أساسيين :

المبحث الأول : الأساس القانونى لسلطة الإدارة فى تعديل العقود الإدارية .

المبحث الثانى : نطاق سلطة التعديل الانفرادى للعقد الإدارى وآثاره .

---

(١) سبقت الإشارة إلى هذا الحكم " وقد أكدت المحكمة المبادئ الواردة به، فـي ٣٠ يونيـة سنة ١٩٥٧ حيث تقول: " ومنها كذلك أنه إذا كان من شأن التعديل زيادة أعباء المتعـــاقد مع الإدارة، إلا أنه لا يصح أن تجاوز الأعباء الجديدة الحدود الطبيعية المعقولة من نوعها وفي أهميتها أو أن تفوق في قيمتها أو نتائجها ما أتفق عليه أصلاً في العقد بدرجة كبـيرة أو أن يكون من شأنها أن تقلب العقد [illegible] عرض جديد أو تغير في موضوع العقد أو محله أو أن تؤدي الأعباء الجديدة إلى إرهاقـه وتتجاوز إمكانياته الفنية أو المالية أو الاقتصادية وإلا جاز أن يمتنع عن التنفيذ، بل إن لـه أن يطلب فسخ العقد تأسيساً على أن التعويض الذي تلتزم به جهة الإدارة في مقابل حقـها في التعديل، لا يكفي لإصلاح الضرر الناشئ من هذا التعديل فلـــه أن يتفـادى النتـائج الخطيرة التي لا قبل له بها، وتقدير ذلك مما يخضع لرقابة محكمة القضاء الإداري".

المبحث الأول
الأساس القانونى لسلطة الإدارة في تعديل العقود الإدارية

مما لاشك فيه أن سلطة الإدارة فى التعديل من السلطات الخطيرة بالنسبة للإدارة فى العقود الإدارية ، وواضح بأن سلطة الإدارة هنا تبلغ أقصى مدى بالنسبة لهذا الحق لأنه يهاجم قاعدة التزام العقد لطرفيه فى الصميم ، وهو جوهر الرابطة العقدية كما هو معروف لدينا ، وكما قلنا بأن هذا الحق قد يرد صراحة فى العقد الإداري وفى دفاتر الشروط ويعتبر من قبيل الشروط الاستثنائية غير المألوفة والتى تميز العقود الإدارية عن غيرها .

ومن هنا لزم علينا البحث فى هذا الموضوع بكل دقة وموضوعية من أجل بيان أساسه القانونى والتشريعى وشروط ممارسة هذا الحق والقيود التى ترد عليه ، ومن ناحية أخرى يلزم البحث فى سلطات الإدارة فى التعديل لكافة العقود الإدارية ومنها عقد الامتياز والتوريد والأشغال العامة ؛ لذلك تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : الأساس القانوني لسلطة الإدارة في تعديل العقد الإدارى .

المطلب الثانى : سلطة التعديل فى عقود الامتياز والأشغال العامة والتوريد .

المطلب الأول
الأساس القانونى لسلطة الإدارة فى تعديل العقد الإدارى بإرادتها المنفردة

فى البداية يثور تساؤل لدينا قبل الخوض فى حق التعديل . هل تستند الإدارة فى تعديل العقد إلى بند من بنوده ؟ أم إلى نص صريح فى القانون ؟ أم أن هذه الجهة المخولة بالتعديل تملك الحق فى التعديل بدون أن يرد أى نص صريح سواء فى العقد أو فى القانون ؟

وللإجابة على هذا التساؤل يتحتم علينا التوسع قليلاً فى هذا الموضوع؛ حيث إن الأساس لحق الإدارة فى التعديل يرجع إلى أساس قضائى وأساس فقهي وأساس تشريعي وذلك على النحو التالى :

أولاً : القضاء وحق الإدارة فى التعديل :

إن القضاء الإدارى فى فرنسا أكد وذهب إلى تحديد أساس سلطة الإدارة فى تعديل العقد الإدراى بإرادتها المنفردة دون الحصول على موافقة المتعاقد معها ولو لم ينص على ذلك فى العقد أو دفاتر الشروط [1]. ونجد أن القضاء المصري قد ذهب إلى ما سار إليه القضاء الإدارى فى فرنسا بخصوص أساس سلطة الإدارة فى تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة وقد تعددت أحكام مجلس الدولة المصرى بشأن ذلك ، حيث تضمن حكم لمحكمة القضاء الإدارى (... أن الإدارة تملك من جانبها وحدها وبإرادتها المنفردة الحق فى تعديل العقد أثناء تنفيذه ، وتعديل التزامات المتعاقد معها على نحو وبصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد ، فتزيد من الأعباء الملقاة على عاتق الطرف الآخر أو تنقصها، وتتناول الأعمال والكميات المتعاقد عليها بالزيادة أو النقص على خلاف ما ينص عليه العقد ، وذلك كلما اقتضت حاجة المرفق هذا التعديل ،

---

(١) راجع على الخصوص :

- (A.). de Laubader : Op., Cit, P. 323.
- Saroit Badaoui : Op.Cit. P 58.

حيث استعرض قضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد بالنسبة إلى عقد الامتياز وغيره من العقود. وراجع على الخصوص رسالة د. ثروت بدوى ، المرجع السابق ، ص ٥٨ وما بعدها ، حيث أورد قضاء مجلس الدولة الخاص بزيادة عربات الـ ص٦١ ، وقد أورد قضاء مجلس الدولة الخاص بالإضاءة، وقضاء المجلس الخاص بالفسخ ص ٦٦، وأخيراً قضاءه الخاص بزيادة المقابل أو إنقاصه ص ٦٨.

ومن غير أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة " العقد شريعة المتعاقدين" فلا يجوز تعديله إلا باتفاق الطرفين ؛ وذلك لأن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة استمرار المرافق العامة ، تفترض مقدماً حدوث تغير فى ظروف العقد وملابساته وطرق تنفيذه تبعاً لمقتضيات سير المرفق ، وأن التعاقد فيها يتم على أساس أن نية الطرفين انصرفت عند التعاقد إلى ضرورة الوفاء بحاجة المرفق وتحقيق المصلحة العامة مما يترتب عليه أن الإدارة ، وهى صاحبة الاختصاص فى تنظيم المرفق وتحديد قواعد سيره ، تملك حق تعديل العقد بما يوائم هذه الضرورة ويحقق تلك المصلحة . ومن ثم كانت سلطة التعديل مستمدة لا من نصوص العقد فحسب بل من طبيعة المرفق واتصال العقد الإداري به وضرورة الحرص على سير وانتظام المرفق ووجوب استدامة تعهد الإدارة له وإشرافها عليه بما يحقق الصالح العام فإذا أشارت نصوص العقد إلى هذا التعديل فإن ذلك لا يكون إلا مجرد تنظيم لسلطة التعديل وبيان أوضاع وأحوال ممارستها وما يترتب على ذلك)[1] .

وهنا نجد أن القضاء المصري - وكما بينا - أيد هذا الرأى لدى المحكمة الإدارية العليا - الذى ذهبت فيه إلى ثبوت حق الإدارة فى تعديل العقد الإداري بغير حاجة إلى النص عليه فى العقد أو موافقة الطرف الآخر حيث يرتكز هذا الحق على السلطة الضابطة لناحية العقد المتصلة بالصالح العام[2] . وهذا الرأى فى اعتقادنا يتفق مع طبيعة العقد الإدارى ، لأن الهدف الأساسى منه تحقيق مصلحة المرفق العام الذى أبرم لأجله التعاقد .

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر بجلسة ١٩٥٦/١٢/١٦ فى الدعوى ١٦٠٩ لسنة ١١ ق مجموعة أحكام السنة العاشرة ، ص ٩٠ ، ومن ذلك حكمها بتاريخ ٣ يونيه سنة ١٩٥٧ فى القضية رقم ١٩٨٣ لسنة ٧ ق ، وقد سبقت الإشارة إليه .

(٢) المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم ٣٩٨٦ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٩٢/١١/١٥ ، وللمزيد راجع على سبيل المثال :

- M. Hariou note sous / C.E 27 Juin 1913 vilie de Toulouse 1913. P. 17

ومن هنا نستطيع القول إن سلطة التعديل تستند فى أساسها إلى قضاء مجلس الدولة الفرنسي ، ولكن هذا القضاء أصبح نادراً فى وقتنا الحاضر كما يقول الفقيه (دى لوبادير) نظراً لأن العقود الإدارية قد جرت بالنص على سلطة التعديل وعلى رسم الحدود العامة لها مما ضيق المجال أمام القضاء فى هذا الصدد[1].

وقد تأكد ذلك بقضاء المحكمة الإدارية العليا حيث أكدت بأن للإدارة الحق فى التعديل بما يتماشى ويتلاءم مع الظروف المتغيرة التى تحقق الصالح العام .

ثانياً : الفقه وحق الإدارة فى التعديل :

لقد اختلف فقهاء القانون الإداري فى كل من فرنسا ومصر حول الأساس القانوني لسلطة الإدارة فى التعديل ، وقد انقسم الفقه الفرنسي فى هذا الشأن إلى ثلاثة اتجاهات : الاتجاه الأول أيد إعطاء هذا الحق للإدارة ، والاتجاه الثاني أنكر إعطاء حق التعديل للإدارة ، والثالث كان وسطاً حيث أعطى حق التعديل للإدارة فى عقدى الأشغال العامة والتزام المرافق العامة فقط [2].

ونجد أن البعض[3] ذهب إلى أن سلطة الإدارة فى التعديل تأتى من فكرة السلطة العامة ، وبذلك فهو يشمل جميع العقود الإدارية دون أى تحديد لأن

---

(١) يراجع فى ذلك : د. سليمان الطماوى : الأسس العامة فى العقود، ١٩٩١، ص ٤٠٦ .

(٢) يراجع فى هذا الموضوع : د. أحمد عثمان عياد : مظاهر السلطة العامة فى العقود ، مرجع سابق ، ص ١٦٩ وما بعدها .

(٣) د. محمد كامل ليلة : نظرية التنفيذ المباشر ، رسالة دكتوراه ، القاهرة سنة ١٩٦٢ الصفحات ١١٥ ، ١١٦ ، ١٢٦ ، ١٢٧ وهو يرى : (أن سلطة الإدارة فى التعديل الانفرادى لعقودها تقوم على عنصرين عنصر سلبي هو تغليب الصالح العام على المصلحة الخاصة للمتعاقد ، وعنصر ايجابى هو فكرة السلطة العامة التى تتمتع بها الإدارة ، وقد سلم القضاء، بذلك فى أحكامه العديدة ، لكن د. كامل ليلة : يعتبر أن حق الإدارة فى التعديل يأتي من فكرة السلطة العامة) .

الإدارة تستعمل حقاً مقرراً وهذه السلطة مطلقة لا يمكن تحديدها لأنها من النظام العام[١]. لكن هذا الرأى يعاب لأنه يرثي الأثر نفسه لجميع العقود الإدارية التى تبرمها الإدارة دون تمييز بينها ويؤدى إلى الإضرار بالمتعاقد وحرمانه من حقوقه الأساسية فى العقد[٢] . ونجد أن البعض الآخر يرى أن الأساس القانوني لسلطة التعديل يكمن فى تحقيق سير المرفق العام بانتظام وتحقيق مقتضيات الصالح العام[٣] .

وهكذا نرى أن الرأى الراجح فى الفقه الفرنسي يقيم سلطة التعديل على أساس اعتبارات الصالح العام من ناحية ، وبين امتيازات السلطة العامة من ناحية أخرى ، وبالتالى فإن الغالب يؤيد وجود هذا الحق مستقلاً عن النص الوارد بخصوصه فى العقد حيث أن هذا الرأى يعترف للإدارة بهذا الحق ولكنه مقيد وغير مطلق حيث إن العقد الإدارى يتمتع بقدر من المرونة تستلزمه طبيعة العقد واتصاله بمرفق عام وقد أيد هذا الرأى فى الفقه المصرى حيث أعطى للإدارة حق التعديل بدون أن ينص على ذلك فى العقد أو فى دفاتر الشروط بشرط تقيد هذه السلطة ببعض القيود التى تتطلبها طبيعة العقد ومصلحة المتعاقد والمصلحة العامة أيضاً .

---

(١) راجع على سبيل المثال :

- Pequigno : contribution a la théorie generale du contrat administatif, thése, montpellier, 1945, p. 367-369.
- Brenie: le pouvoir de l,administration aux contrats du concession, et marches publiques, R.D.P., 1927 p. 477
- Delmas: (francois): Du pouvoir de l'administration de modifier lés previsions du marehe de travoil public thése, paris, 1945, p.44 et 109.

(٢) د. محمود عاطف البنا : العقود الإدارية مرجع سابق ، ص ٢١٤ .

(3) Dr. Saroat Badaui : le droir de L'administiation d' ajuster Ses Contrats, paris, 1963. Pp. 61-62.

ونحن بدورنا نؤيد هذا الرأي باعتبار أن طبيعة العقد وأهدافه تقوم على فكرة استمرار المرفق العام وكذلك حماية لسلطة الإدارة فى إداراتها لهذا المرفق والتى يكون الهدف منها تحقيق المصلحة العامة التى أبرم من أجلها العقد .

ثالثاً : الأساس التشريعى لسلطة الإدارة فى التعديل :

لقد نص المشرع المصرى على حق الإدارة فى التعديل وأسلوبه فى المادة (٧٨) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ والتى نصت على أنه (يحق للجهة الإدارية تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو النقص فى حدود ٢٥ % ، بالنسبة لكل بند بذات الشروط والأسعار دون أن يكون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق فى المطالبة بأى تعويض عن ذلك ، ويجوز في حالات الضرورة الطارئة وبموافقة المتعاقد تجاوز النسبة الواردة فى الفقرة السابقة ، ويجب فى جميع حالات تعديل العقد الحصول على موافقة السلطة المختصة ووجود الاعتماد المالى اللازم وأن يصدر التعديل خلال فترة سريان العقد وألا يؤثر ذلك على أولوية المتعاقد فى ترتيب عطائه) .

وأيضا نصت المادة الخامسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ على أن (لمانح الالتزام دائما – متى اقتضت ذلك المنفعة العامة – أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به)[1] .

وفى الأردن فقد حدد المشرع الأردنى نطاق وحدود سلطة الإدارة في تعديل بعض شروط العقد إذا اقتضت ظروف المشروع وتنفيذه ، فقد نص

---

(١) د. إبراهيم طه فياض : العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص ١٨٧ .

المشرع على : (وجوب مراعاة الإدارة المتعاقدة عدم إجـــراء أى تعديـــل أو إضافة أو تغيير فى شكل الأشغال أو نوعها أو كمياتها أو فى حجـــم الخدمـــات الفنية أثناء التنفيذ ، واعتبر عملاً إضافياً كل تعديل أو إضافة أو تغيير تقتضيـــه ظروف المشروع وتنفيذه إذا قدمت الإدارة مبررات القيام بالأعمـــال الإضافيـــة والأوامر التنفيذية وفقاً للصلاحيات الواردة بالنظام وبحسب حجم التجاوز فـــى قيمة الأعمال الإضافية)[1] .

كذلك نص المشرع الأردنى على أنه (يجوز للجنة العطاءات أن تنقص أو تزيد الكميات المطلوبة فى دعوة العطاء قبل الإحالـــة دون الرجـــوع إلـــى المناقص أو بعد الإحالة بموافقة المتعهد على أن لا يتجاوز مجموع الزيـــادة أو النقصان ٢٥ % سواء قبل الإحالة أو بعدها)[2] .

من خلال ما تطرق إليه المشرع المصرى والأردنى فإن حق الإدارة فى تعديل العقد الإداري موجود ومكفول بقوة القانون ولكنه ليس حقاً مطلقاً ، حيـث نجد أنه يوجد عدة قيود على استعمال الإدارة لحق التعديل منها قيود تشـــريعية. وقيود عامة يترتب على مخالفتها بطلان التعديل وأيضا قيـــود يـــترتب علـــى مخالفتها فسخ العقد مع المطالبة بالتعويض أن كان للمتعاقد حـــق بذلـــك حيـــث سنبينها بالتفصيل على النحو الآتى :

القيود التى ترد على سلطة الإدارة فى التعديل الإنفرادى :

وفقاً لنص المادة (٧٨) مـــن اللائحـــة التنفيذيـــة لقـــانون المزايـــدات والمناقصات فإن هناك قيود على استعمال الإدارة لحق التعديل ومنها :

---

(١) راجع المادة ٢٢/ أ من نظام الأشغال الحكومية رقم ٧١ لسنة ١٩٨٦ والمعدل بموجـــب نظام رقم ٨١ / لسنة ٢٠٠١ .

(٢) المادة ٥٥ من تعليمات العطاءات رقم ١ لسنة ١٩٩٤ وتعديلاتها .

١ - موافقة السلطة المختصة بمفردها كافى لتعديل العقد الإدارى بما لا يتجاوز ٢٥ % من الكميات المتعاقد عليها سواء بالزيادة أو بالنقصان . وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى تأكيد ذلك [١] .

٢ - يجب توافر الاعتماد المالي حيث يعتبر قيداً على تعديل العقد لأنه لابد من توافر تمويل مالي للزيادة التى تنشأ عن التعديل وذلك حتى لا يكون في التعديل إرهاق للخزانة العامة .

٣ - يجب أن يكون التعديل خلال مدة العقد . وهذا القيد منطقى ولا حاجة للنص عليه حيث إنه متى انتهى العقد تقضى التزامات المتعاقد مع الإدارة .

ونجد أيضاً أن هناك قيوداً عامة ترد على سلطة التعديل وهذه القيود يترتب على مخالفتها بطلان التعديل ومنها : -

١ - يجب استهداف المصلحة العامة لأن الإدارة منحت هذا الحق بهدف تحقيق سير المرفق العام[٢] .

٢ - يجب توافر مبرر للتعديل بحيث تستجد ظروف لاحقة تستوجب قيام الإدارة بهذا التعديل .

٣ - أن يتصل التعديل بموضوع العقد ولا يجوز تجاوزه ، وقد ذهبت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع لمجلس الدولة إلى ضرورة ألا يتضمن التعديل تغييراً فى موضوع العقد ومحله ، وإلا جاز للمتعاقد أن يطلب فسخ العقد[٣] .

---

(١) المحكمة الإدارية العليا طعن رقم ٨٤٥ لسنة ٣٩ ق ، جلسة ١٩٨٠/١/٢٢ الموسوعة الإدارية ، جزء ١٨ ص ٨٣٨ .

(٢) المحكمة الإدارية العليا ، جلسة ١٩٦٨/٣/٢ ، المجموعة السنة ١٣ ص ٦٢٥ ، وأيضاً حكم محكمة القضاء الإدارى ، جلسة ١٩٥٢/١٢/٢ ، مجموعة أحكام السنة السابعة ، ص ٧٦ .

(٣) فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بجلسة ١٩٧٣/١١/٢٨ ملف رقم ٣/٩/٧ .

٤ – صدور قرار التعديل فى حدود المبدأ العام للمشـــروعية الإداريـــة ؛ لأن قرار التعديل هو قرار إداري حيث يجب أن تتوافر فيه أركان القـــرار ، فإذا خرج هذا القرار عن مبدأ المشروعية يعتبر باطلاً[١] .

٥ – وقد أكدت ذلك محكمة القضاء الإدارى ، حيـــث اعتـــبرت أن اســـتعمال الإدارة لسلطتها التقديرية فى إنهاء العقود الإدارية هو عدم الانحراف فى استعمال السلطة[٢] .

وأخيرا يوجد قيود يترتب على مخالفتها فسخ العقد مع المطالبة بـــالتعويض إن كان له حق ومنها :

١ – إذا وصل التعديل إلى درجة يكون من شأنها قلب اقتصاديات العقد فـــإن للمتعاقد الحق فى طلب فسخ العقد مع التعويض. وقد أخذ بذلك القضـــاء المصري حيث أكدت المحكمة الإدارية العليا ذلك فى حكمها الصادر فـــى ١٩٥٧/٢/٢٠ والسابق الإشارة إليه [٣] .

٢ – إذا ترتب على التعديل فرض أعباء جديدة تؤدى إلى إرهـــاق المتعـــاقد، وتتجاوز إمكانياته الفنية أو المالية[٤] .

---

(١) د. عمر حلمى فهمى : آثار العقود الإدارية ، دار الفكر العربى ، القاهرة ، سنة ١٩٩٣، ص ٥٥.

(٢) راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي :

- C.E. 18 Juillet 1920, Cie PL. Metautes, R.D.P., 1932 Conclusion Josso.

وراجع حكم محكمة القضاء الإدارى ، جلسة ١٩٦١/٦/٢٥، مجموعة أحكام السنة ١٥ ، ص ٢٦٩.

(٣) لقد أشارت المحكمة الإدارية العليا إلى هذا الشرط صراحة فى حكمها الصادر فـــى ١١ أبريل سنة ١٩٧٠ ، س ١٥ ص ٢٦٤ حيث تقول : (إن الإدارة لها سلطة التعديل فـــى العقد بحيث لا يصل التعديل إلى الحد الذى يختل به التوازن المالى للعقد) ومن ذلك أيضاً على سبيل المثال حكمها الصادر فى ١٩٧٠/٤/١١ مجموعة المبادئ المؤقتة ص ٤٣.

(٤) راجع بالتفصيل د. محمد عبد العال السنارى : مبادئ وأحكام العقود الإدارية فى مجـــال النظرية والتطبيق ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص ٢٠٩ .

نخلص مما سبقت الإشارة إليه أن للإدارة الحق فى تعديل العقد الإدارى دون الحصول على موافقة صريحة من المتعاقد معها ودون أن يوجد نص فى العقد حيث إنه مكفول بقوة القانون وذلك بهدف سير المرفق العام واستمراره من أجل تحقيق المصلحة العامة . وهذا هو الأمر الثابت فى الفقه والقضاء الإداري ويترتب على ذلك بأن حق الإدارة فى التعديل حق ثابت وهو ترجمة لمسؤوليتها عن تنظيم المرفق العام .

أن سلطة الإدارة فى التعديل ليست متشابهة فى جميع العقود الإدارية حيث أن هذه السلطة تختلف من عقد لآخر ، فهى بالغة الاتساع فى عقود الالتزام وعقود الأشغال، وفى المقابل فإن السلطة تضيق فى عقد التوريد[1] وهذا ما سيتم شرحه تفصيلاً فى المطلب الثانى من هذا المبحث .

المطلب الثانى
سلطة التعديل فى عقود الامتياز والأشغال العامة والتوريد

لقد رأينا فيما سبق أن سلطة الإدارة فى التعديل تغطى جميع العقود الإدارية ، حيث إن أساس هذا الحق هو مقتضيات المصلحة العامة ، وبالتالى فإن سلطة التعديل تتراوح قوة أو ضعفاً تبعاً لمدى صلة العقد بالمرفق العام ؛ لذلك نجد أنه يتحتم علينا هنا أن نتناول حق الإدارة فى التعديل لأهم العقود الإدارية وهى عقود الامتياز والأشغال العامة والتوريد .

---

(١) للمزيد راجع :

- د . محمد سعيد حسين أمين : المبادئ العامة فى تنفيذ العقود الإدارية ، جامعة عين شمس ، سنة ٢٠٠٤ ، ص ٢٥ .
- د. فتحى فكرى : محاضرات فى العقود الإدارية ، القاهرة ، سنة ١٩٩٤ ، ص ٧١ .

أولاً : سلطة التعديل فى عقد الامتياز :

من أهم امتيازات عقد الالتزام هو أن موضوعه يرتكز على إدارة مرفق عام أى أن الملتزم (الفرد المتعاقد) يعتبر بمثابة النائب عن الإدارة فى تسيير المرفق العام[1] . ولذلك نجد أن عقد الالتزام ينشئ مركزاً لائحياً يتضمن إعطاء الملتزم حقوقاً مستمدة من السلطة العامة يقتضيها قيام المرفق العام واستغلاله أما من الإدارة تمس الالتزام ، ويمكن للإدارة أن تعدل هذا المركز اللائحى لأن هذا الاتفاق ليس عقداً ولا يترتب عليه التزامات دائنة أو مديونية لأنه متى كان الأمر أمرا مركزياً قانونياً أو لائحياً فإن الدولة وحدها تكفى أن تعدل هذا المركز وبإرادتها المنفردة مادام أن الهدف هو رعاية الصالح العام .

فالإدارة عندما تستعمل هذه الحقوق إنما تقوم بواجبها لضمان سير المرافق العامة فهي لا تخل بشروط عقدية وهى تملك مثلا تعديل قوائم الأسعار أو أركان تنظيم المرفق العام أو أن تنهي الالتزام نفسه متى اقتضت المصلحة

---

(١) (هنا لا خلاف بين الفقه والقضاء على ضرورة إخضاع الملتزم لأكبر قدر ممكن من رقابة الإدارة) ، وهذا ما أبرزه مفوضو الدولة أمام مجلس الدولة الفرنسي : ومن أشهر مذكراتهم فيما كتب بهذا الصدد ما كتبه المفوض ليون بلوم بمناسبة حكم مجلس الدولة الفرنسى :

- C.E. 11 mars 1910, Compagnie general francaise des tramsways.

وأيضا حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر فى ٢٧ يناير سنة ١٩٥٧ وقد سبقت الإشارة إليه وهو من أحكام المحكمة المطولة فى هذا الصدد والتى رسمت فيه العلاقة بشكل واضح بين الإدارة والملتزم ، فبعد أن استعرضت أحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بتنظيم التزام المرافق العامة قالت : (وظاهر من استعراض هذه النصوص.. أنها فى مجموعة ليست إلا ترديداً للمبادئ العامة للقانون الإداري في شأن التزامات المرافق العامة وهى أن الدولة وهي المكلفة أصلاً بإدارة المرافق العامة ، فإنها إذا عهدت إلى غيرها أمر القيام بها ، فإن ذلك يخرج الملتزم فى إدارته عن أن يكون معاوناً لها ونائباً عنها فى أمر هو من أخص خصائصها) .

العامة ذلك ، وقد طبق القضاء المصري هذه القواعد باعتبارها مستمدة من مبادئ القانون العام حتى قبل صدور القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٩ [١] .

وفى ضوء ما سبق يجب أن لا نهمل حق الملتزم في التوازن المالي للمشروع حيث إن السلطة مانحة الالتزام ملزمة برد هذا التوازن إذا اختل نتيجة لتدخلها بتخفيض التعريفة مثلا .. وهذا ما أكدته الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع [٢]ونجد أن محكمة القضاء الإدارى فصلت هذا الموضوع فى المادة رقم (٥) من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ حيث أكدت حق الملتزم فى التعويض إن كان له محل .

ولما كان القانون رقم (١٢٩) لسنة ١٩٤٧ قانوناً عاماً فإن القاعدة تسرى على جميع التزامات المرافق العامة، ولم يكتف بذلك فقط بل اهتم بكيفية تحديد أرباح الملتزم حتى لا يضر بالمنتفعين من المرفق العام .

نجد أن الإدارة لا تستطيع أن تتناول بالتعديل جميع شروط العقد، حيث ينصبُ التعديل على الشروط المتصلة بسير المرفق العام وهى التى يعبر عنها بالشروط اللائحية[٣] وأيضا تعتبر مدة الالتزام من الشروط التى لا تستطيع الإدارة أن تستقل بتعديلها لأن المدة المقررة فى القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧

---

(١) يسلك القسم الاستشارى للفتوى والتشريع ذات المسلك ومن ذلك :
فتوى قسم الرأى مجتمعاً رقم ٩٢ فى ١٩٥٦/٢/٤ والتى جاء فيها (من المسلم فقهاً وقضاء أن مانح الالتزام يملك بإرادته المنفردة تعديل الشروط اللائحية لعقد الالتزام فى أى وقت وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم .. الخ).

(٢) راجع فتوى القسم الاستشارى رقم ٤١٤ تاريخ ١٩٥٤/١١/١٤ والفتوى رقم ٧٧ فى ١٩٥٤/٣/٢ ، المجموعة السابعة ، ص ٥٥ .

(٣) يرى الفقيه (de laubadére) أن التلازم غير مطلق بين فكرة الشرط اللائحي، والشرط الذي يتصل بالمرفق العام، لأن فكرة الشروط اللائحية لا توجد إلا في عقود الالتزام، في حين أن سلطة التعديل تتناول جميع العقود الإدارية. ومن ثم فأنه يستعيض عن فكرة العقود اللائحية في هذا المقام بفكرة الشروط المتصلة بتسيير المرفق العام ، للمزيد راجع:
– (A.) de laubadere : Op. Cit., P. 206.

هى فى (حدود الثلاثين عاماً) مادام أن المرفق يدار بطريق الامتياز وأن الملتزم يوفى بالتزاماته على أتم وجه . ولكن شرط المدة لا يحول بين الإدارة وبين استرداد المرفق من الملتزم قبل نهاية المدة إذا رأت تغييراً فى طريقة إدارة الملتزم للمرفق ، فمثلا لو كان الالتزام ينصب على النقل بوساطة الترام أو الأتوبيس فإن السلطة لها أن تتدخل وتجبر الملتزم بفتح خطوط جديدة أو زيادة عدد القاطرات إذا زاد عدد السكان ، فى منطقة ما محددة ضمن الامتياز .

وفى عقود الامتياز يجب أن تقف الإدارة عند الحدود المعقولة بالتعديلات بحيث لو استهدفت الإدارة مضايقة الملتزم حتي يتنازل عن الالتزام أو لإعطائه إلى ملتزم آخر أكثر نفعاً فإن تصرفها يعتبر مشوباً بعيب الانحراف[1] . وقد أثير أمام مجلس الدولة الفرنسي عن حق الإدارة فى فرض تحسينات جديدة على الملتزم وإجباره على متابعة التقدم العلمى فى كيفية أداء الخدمة [2] .

وأخيرا نجد أن هناك مسألة يجب أخذها بعين الاعتبار وهي مدى وجود حق للمنتفع عن عقد الامتياز ، وهنا تنقسم هذه الحقوق إلى نوعين : أولاً حقوق المنتفعين تجاه الإدارة ، وثانياً : حقوق المنتفعين تجاه الملتزم . حيث تأخذ العلاقة بين المنتفعين والملتزم صورة التعاقد حيث إن للمنتفع الحق فى الحصول على الخدمة ، وبالمقابل يجب على الإدارة أن تراقب الملتزم فى كيفية أدائه للخدمة وتتدخل إذا أخل الملتزم بأداء الخدمة المطلوبة وحينئذ يكون للمنتفع أن

---

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسى :

- C.E. 18 juill. 1930, (Cie. P.I.M), Rec P. 118.

(٢) بدأ هذا القضاء بحكم مجلس الدولة الفرنسى :

- C.E. 10 Janier 1902, (Deville les- Rouen), Rec Sirey, 3'ed. P. 17.

يطالب الإدارة فى التدخل لإجبار الملتزم على احترام شروط العقد[1] وللمنتفعين أيضا الحصول على حكم بالتعويض إذا تبين أن الإدارة امتنعت عن التدخل وحصل ضرر للأفراد[2] .

ثانياً : سلطة التعديل فى عقد الأشغال العامة :

إن عقد الأشغال هو من العقود الإدارية وهذا العقد يقوم على أساس (إعداد مادى لعقار بقصد تحقيق مصلحة عامة) . حيث إن المتعاقد يتدخل مباشرة في شؤون المرفق ؛ ولذلك يجب أن يخضع لرقابة شديدة من جانب الإدارة[3] .

وهنا يتم تدخل الإدارة فى هذا المجال بمقتضى أوامر مصلحية[4] ويعتبر الأمر المصلحي بمثابة قرار إداري ويترتب عليه أن هذا الأمر ملزم للمقاول ويجب على المقاول احترامه، فإذا كان له أى اعتراض فعليه أن يسلك السبيل

---

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسى المشهور :

- C.E. 21 Decembre 1906, Synd, Croixde Sequey, Rec. Sirey 3' ed. P.33 Romicu, concl Hurruio.

(٢) حكم مجلس الدولة الفرنسى :

- C.E.2 Juillet 1923 (protectorat de I Annoa) 3'ed, Rec. p.69 "Concl Ablton" C.E.5 Nov, 1927, Caire, Rec. p.899.

(٣) هذا ما أبرزه حكم محكمة القضاء الإداري فى ٢٠ يونيه سنة ١٩٥٧ الذى سبقت الإشارة إليه أكثر من مرة حيث تقول : (وسلطة التعديل وإن كانت تشمل جميع العقود الإدارية بما فيها عقد الأشغال فإنها تبدو من أبرز مظاهرها فيما يتعلق بالعقد المذكور اعتباراً بأن جهة الإدارة هى صاحبة الاختصاص الأول والأصيل فيما يتعلق بعقد الأشغال..) .

(٤) تعرف الأوامر المصلحية بأنها (تلك الأوامر التى تصدرها الإدارة إلى مقاول الأشغال العامة بقصد تحديد أوضاع تلك الأوامر عادة من بعض الأعضاء الفنيين من الإدارة ولا سيما المهندسون المنوط بهم الإشراف على تنفيذ الأشغال العامة) .

القضائى[1]. ونجد أن التزام المقاول بالتنفيذ يقابله حقه في التعويض . والأمـــر المصلحي يجب أن يكون بصورة كتابية وليس شفهياً[2] ونجد أن العقود الإدارية تستطيع النص على إجازة الأمر الشفهى صراحة[3] . كما أن مجلـــس الدولـــة الفرنسي قد احترم الأمر الشفهي إذا اعـــترفت بـــه الإدارة ولا يلـــزم للأمـــر المصلحي أى شكل معين أو صورة كتابية معينة ، يلـــزم اتباعـــها . والقـــاعدة المطبقة فى فرنسا ومصر هى أن دفاتر الشروط الرئيسية تنص علـــى الشـــكل الكتابي للأوامر المصلحية كما ورد النص صراحة فـــى م / ٨٨ مـــن لائحـــة المناقصات والمزايدات الجديدة[4] .

ونستخلص مما سبق أن على الإدارة عندما تأمر بالتعديل سواء بالزيـــادة أو النقص أن تحترم طبيعة العقد الأصلي ، وهنا قام مجلس الدولـــة الفرنســـي بوضع بعض الضوابط لحق الإدارة فى تعديل شروط عقود الأشغال العامة حيث أنه ألزم الإدارة حينما تمارس حقها فى التعديل ألا تذهـــب إلى الحـــد الـــذى يؤدى إلى تغيير جوهر العقد أو قلب اقتصاديته كما روعى عند التعاقد فـــى أول مرة[5].

---

(١) للمزيد أنظر أحكام مجلس الدولة الفرنسى :

— C.E. 5 August 1927, " Minde Gucrre Rec. p. 966

— C.E. 18 Oct, 1935, Pasquelin, Rec. P. 952.

(2) C.E. 16 Nov 1926, (Crolle) , Rec, P.987.

(٣) انظر حكم مجلس الدولة الفرنسى :

- C.E. 20 décembre 1872 (Vidal) Rec., P. 745.

(٤) د. عزت فوزى حنا : المرفق الاقتصادى العام ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شـمس ، ١٩٩٢ ، ص ٤٦٩ .

(٥) انظر أحكام مجلس الدولة الفرنسي :

- C.E.1 Juillet, (Monia) 1914, Rec. 801.
- C.E. 27 Février 1925 (Dolp-ni) Rec, p.219
- C.E. 21 Décembre 1948 (Brlliard) Rec. p. 967

وكذلك يجب على الإدارة أن تلتزم بالعقد الأصلي ولا تدخل على العقد أية أعمال إضافية جديدة[1] من شأنها أن تزيد على المقاول أعباء جديدة غير متوقعة ، مثل أن تقوم الإدارة بتغيير مكان الأعمال الأصلية .

ثالثاً : سلطة التعديل في عقود التوريد :

إن عقد التوريد هو عقد إداري يتمتع المورد فيه بحرية التصرف إذا لم يوجد نص صريح يقيد المورد وخاصة فى عقد التوريد العادي .

أما فى عقود التوريد الصناعية فإن المورد يلتزم بنوع الصناعة التى يقدمها فيما لو كان موضوع التعاقد على توريد مواد ذات أهمية كبيرة ، مثل عقود التصنيع الحربية .

وهنا يتطلب من الإدارة أن تتابع المورد أثناء التنفيذ ، وذلك مثل قيام الإدارة بالرقابة الفنية أثناء عملية التصنيع والإشراف على المواد المستخدمة، وهناك الرقابة المالية وكذلك الرقابة الإدارية المتعلقة بسير العمل أثناء التنفيذ من أجل احترام مدد تنفيذ العقد ونجد أن هذه الإجراءات قد تضمنتها دفاتر الشروط الخاصة فى فرنسا ، أما فى مصر فقد جاء فى المادة ٨٧ من اللائحة الملغاة السابق ذكرها . ونجد أن لائحة المناقصات والمزايدات الجديدة لم تتضمن الأحكام التفصيلية السابقة ، لذلك أصبح الأمر متروكاً للقواعد العامة[2] .

---

(١) يعرفها الأستاذ (de laubadére) وهو التعريف الذي اعتمدنا عليه بقوله :

((L ouvarage nouveau est celui qui est etranger par son objet au travil prevu dans le contrat, sans rapport avec celui ci, ou encore qui quoique prevu en luijneme au contrat, serait execute dans des conditions entirement nouvelles et differentes de celles prevues)).

وراجع أحكام مجلس الدولة الفرنسي :

- C.E. 8 Février 1988, (corre), Rec, p.186
- C.E. 12 Juillet 1950, (Vituret), Rec., p.423

(٢) د. عزت فوزى حنا ، المرفق العام الاقتصادى ، مرجع سابق ، ص ٤٠٩ .

وبذلك نكون قد انتهينا من الأساس القانونى لسلطة الإدارة فـــى تعديـــل العقود الإدارية بإرادتها المنفردة وننتقل الآن إلى دراسة نطاق ســـلطة التعديـــل الأنفرادى للعقد الإدارى وآثاره مبينا فيه نطاق سلطة التعديـــــل للعقـــد الإدارى وآثار تعديل العقد الإدارى والجزاءات المترتبة عليه ثم نهاية العقد الإدارى.

المبحث الثانى
نطاق سلطة التعديل الانفرادى للعقد الإدارى وآثاره

تعرضنا فيما سبق لمدى وجود سلطة الإدارة في تعديل عقودها بإرادتها المنفردة، ورأينا أن هذه السلطة موجودة بصفة أكيدة حتى في خارج نصوص العقد ودفاتر الشروط. كما تعرضنا أيضاً للأساس القانوني الذي ترتكز عليه، وانتهينا إلى أنها مظهر من مظاهر السلطة العامة تباشرها الإدارة إعمالاً لامتيازها في التنفيذ المباشر. وهنا سوف نتناول نطاق مباشرة هذه السلطة، وهو يشمل حق الإدارة في تعديل التزامات المتعاقد معها من حيث مقدارها، أو من حيث طرق ووسائل التنفيذ، أو من حيث مدد التنفيذ ذاتها؛ إذ يحق للإدارة بإرادتها المنفردة تعديل شروط التنفيذ المتفق عليها في العقد في جميع هذه الحالات[1]. ونجد أيضا أن المتعاقد مع الإدارة يملك حق التعويض عن الأضرار الناجمة عن استعمال الإدارة لحقها فى التعديل وله أيضا الحق فى طلب فسخ التعاقد إذا خرجت الإدارة عن قيود التعديل ومن هنا يلزم فى هذا البحث بيان نهاية العقد الإدارى وتوضيح أنواع الفسخ بالنسبة لهذا العقد ولذلك أرتأينا تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب :.

المطلب الأول : نطاق سلطة التعديل للعقد الإدارى .

المطلب الثانى : آثار تعديل العقد الإدارى والجزاءات المترتبة عليه .

المطلب الثالث: نهاية العقد الإداري .

---

(١) انظر : د. سليمان الطماوي: " الأسس العامة ..... " ، المرجع السابق ، ص٤٥٠.

المطلب الأول
نطاق سلطة التعديل للعقد الإدارى

كما نعلم فإن سلطة الإدارة فى تعديل العقد الإداري بإرادتـــها المنفـــردة تختلف من عقد لآخر وذلك تبعاً لمدى ارتباطه بتنظيم المرفق العام .

فمن العقود ما تحتاج اشتراكاً فعلياً فى إدارة المرفق أو استغلاله من قبل المتعاقد مع الإدارة مثل عقد الامتياز والأشغال العامة وهناك عقود لا تحتاج إلى الاشتراك أو المباشرة فى الإدارة ويقتصر دور المتعاقد على تزويـــد المرفـــق باحتياجاته اليومية كما هو الحال في عقود التوريد ، ومن هنا نجـــد أن تعديـــل الإدارة للعقد يرجع فى نطاقه إلى إحدى الصور التالية :

١ - التعديل فى مقدار التزامات المتعاقد .

٢ - التعديل فى طرق ووسائل التنفيذ المنصوص عليها .

٣ - التعديل فى مدد التنفيذ .

١ - التعديل في مقدار التزامات المتعاقد:

للإدارة الحق في أن تعدل فى مقدار التزامات المتعـــاقد معـــها وذلـــك بزيادتها أو إنقاصها . حيث إن التعديل يرد على مقدار هذه الالتزامات وليـــس نوعها . فالإدارة يمكنها أن تزيد أو تنقص حجـــم الأشـــغال العامـــة أو كميـــة التوريدات المتفق على تسليمها ولذلك يكون هذا الحق ثابتاً فـــى كافـــة العقـــود الإدارية . ففي عقد التزام المرفق العام قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن للإدارة الحق في أن تفرض على ملتزم النقل تسيير عدد من العربات أكبر مـــن الحـــد الأقصى المتفق عليه في العقد[1] . وأن لها أن تفرض على الشركات الملتزمـــة

---

(١) راجع: حكم الشركة الفرنسية العامة للترام :

- C.E. 12 Mars, 1910. R.D.P., 1910, P. 270.

بالإضاءة بالكهرباء أو بتوزيع المياه زيادة الخدمات لمواجهة الزيادة في عدد السكان[1].

كما قضت محكمة القضاء الإداري بأن من حق الجهة مانحة الالتزام أن تأمر بزيادة عدد السيارات المستخدمة للوفاء بحاجة الجمهور[2].

وفي عقد الامتياز البترولي يجوز للجهة مانحة الالتزام أن تفرض حداً أقصى للناتج أو الصادر من النفط الخام متى اقتضت ذلك ضرورات المحافظة على الثروة البترولية، أو لمواجهة مناورات خفض الأسعار التي قد تلجأ إليها شركات النفط؛ كما أن لها أن تأمر بزيادة كمية النفط المعد للتصدير وتعيين حد أدنى لهذه الزيادة أو رفع الحد الأدنى المتفق عليه في العقد[3]. وفي عقد التوريد قضى مجلس الدولة الفرنسي بأنه يجوز للإدارة أن تطلب من الموردين زيادة مقدار التوريدات المتفق عليها أو إنقاصها[4]. كما قضت محكمة القضاء الإداري[5] في مصر بأن((للإدارة الحق في تعديل مدى التزامات المتعاقد معها،

---

(١) أنظر حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية فيت، بشأن زيادة الإضاءة :
- C.E. 26 Mai 1930. Vielte R. P.564.

(٢) انظر د. عمر حلمي فهمي :" آثار العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص ٣٩ وأيضا راجع في ذلك د. محمد عبد العال السناري : مبادئ وأحكام العقود الإدارية ... ، مرجع سابق ، ص ١٩١ - ١٩٢ .

(٣) انظر: مقال الأستاذ نبيل أحمد سعيد: ((عقد الامتياز البترولي)) المنشور بمجلة مجلس الدولة السنوات ١٣ ، ١٤ ، ١٥ .

(٤) انظر:فيما يتعلق بحق الإدارة في طلب زيادة التوريدات: حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٤ نوفمبر سنة ١٩٠٢ في قضية أولمر وهسبرت، المجموعة، ص ٦٦٤.
- C.E. 14 nov. 1902,Olmer & Hesbert, R.p. 66
وفيما يتعلق بالحق في طلب إنقاص التوريدات: حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٥١ في قضية شركة ستروين، المجموعة، ص ٥٠٧.
- C.E. 30 Oct 1951 (Stéwén) Rec. P. 507.

(٥) انظر حكمها الصادر في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٥٦، المجموعة، السنة ١١ رقم ٦٠ ص ٩٠. وحكمها الصادر في ١٩٦١/٦/٤، المجموعة، السنة ١٥ رقم ١٨٢ ص ٢٥٠، والذي قررت فيه أن من سلطة الإدارة إنقاص الكمية المتعاقد على نقلها أو زيادتها حسب حاجة المرفق . وللمزيد راجع د. أحمد عثمان عياد : مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص ٢٠٢ .

فتزيد الأعباء الملقاة على عاتقه أو تنقصها، وتتناول الأعمال أو الكميات المتعاقد عليها بالزيادة أو النقص)).

كما أن هذه السلطة مقررة تشريعياً للإدارة في مصر بنص المادة ٨٧ من لائحة المناقصات أو المزايدات. وفي عقد الأشغال العامة قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن من حق الإدارة أن تفرض على المقاول زيادة الأشغال المعهود إليه القيام بها[١].

٢ - التعديل في طرق ووسائل التنفيذ المنصوص عليها:-

قد يؤدى التقدم العلمي للتوصل إلى وسائل فنية متقدمة ، تساعد على التقليل من النفقات اللازمة لزيادة الإنتاج . وقد ترى الإدارة المتعاقدة تعديل طريقة وأسلوب تنفيذ التزامات المتعاقد معها وذلك من أجل حسن سير المرفق العام موضوع العقد .

ووفقاً لسلطتها فى التعديل فإنه يحق للإدارة تعديل الأساليب القديمة بأساليب حديثة لمسايرة هذا التقدم العلمى بشرط الا يؤدى ذلك إلى تجاوز الإمكانيات الفنية والمالية له والذى يؤدى إلى قلب اقتصاديات العقد . فمثلاً تستطيع الإدارة أن تطلب من المتعهد الذى يتولى طباعة مطبوعاتها أن يستعمل وسائل حديثة للطباعة والتجليد أكثر حداثة من الوسيلة التى تم الاتفاق عليها أو أن تطلب الجهة مانحة الالتزام من ملتزم النقل باجراء تغيير فى خطوط سير سيارات النقل أو تحسين نوع السيارات أو فرض استعمالها لوقود أقل إضراراً بالبيئة أو تركيب فلاتر لامتصاص عوادم السيارات أو تطلب من مقاول الأشغال

---

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسي : الصادر في ١٩ أكتوبر سنة ١٩٣٤ في قضية شركة الفريد هريك، المجموعة، ص ٩٣٨.

- C.E. 190 Oct, 1934, Rec., p. 938.

استعمال معدات حديثة للحفر أفضل من النوعية المتفق عليها[1] . وقد قضت محكمة القضاء الإداري فى مصر بأن الإدارة تملك تعديل قوائم الأسعار وأركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله متى اقتضت المصلحة العامة هذا التعديل[2].

ومما يجدر الإشارة إليه أن التعديل فى طرق أو وسائل التنفيذ فى عقد التوريد ليس له أهمية فيما يتعلق بعقود التوريد العادية أو الجارية . أما فيما يتعلق بعقود التوريد الصناعية كعقود تصليح الأسلحة ، فقد أقر مجلس الدولة الفرنسي سلطة الإدارة فى تعديل وسائل التنفيذ المنصوص عليها فيها[3].

٣- التعديل في مدد تنفيذ العقد :

للإدارة المتعاقد وبعد البدء فى تنفيذ العقد أن تقرر تعديل المدة المتفق عليها فى العقد سواء بتمديدها أو تقصيرها ، وكذلك إنهاء مدة العقد بفسخه فسخاً انفرادياً متى اقتضت المصلحة العامة ذلك[4] .

ففى عقود التوريد والأشغال العامة يمكن للإدارة إطالة مدة تنفيذها أو وقفها بسبب نفاد الاعتمادات المالية .

وأما بالنسبة لعقود الامتياز فإنه إذا كان الأصل ان مدة عقد الامتياز تعد من الشروط العقدية التى لا تستطيع الإدارة الانفراد بتعديلها ، إلا أن ذلك لا

---

(١) د. مصطفى كمال وصفي : حول سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري بإرادتها المنفردة ، مجلة العلوم الإدارية ، ١٩٧١ ، ص ١٤٣ ، ص ١٦١ .

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر فى ٢٧ يناير سنة ١٩٥٧ المجموعة السنة ١١ رقم ١٢ ، ص ١٦٢ وحكمها الصادر فى ٢٤ مارس سنة ١٩٥٧ المجموعة السنة ١١ رقم ٢٠٤ ، ص ٣٠٣ .

(٣) انظر فى ذلك د. محمد عبد العال السناري : مبادئ وأحكام العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص ١٩٤ . وقد أشار أستاذنا الجليل إلى حكم مجلس الدولة الفرنسي والخاص بتعديل وسيلة بناء إحدى السفن :

- C.E. 28 Dec. 1927. Societe Augustin Normand R.P. 1284.

(٤) انظر :

- G.pequiqno : Contribution a la théorié génerale ... op.cit p.23.

يحول دون قيامها باسترداد المرفق قبل نهاية مدته . دون خطأ من الملتزم مقابل حصوله على تعويض عادل[1] .

المطلب الثانى
آثار تعديل العقد الإداري والجزاءات المترتبة عليه

أولاً : الأثر المترتب على التعديل :

إن المتعاقد مع الإدارة يملك حق التعويض عن الأضرار الناجمة عن استعمال الإدارة لحقها فى تعديل العقد؛ لأن حق الإدارة فى تعديل شروط العقد أثناء تنفيذه يقابله حق للمتعاقد فى التعويض مع احتفاظه بحقه فى طلب فسخ العقد ما لم ينص العقد [2] على خلاف ذلك .

ويعتبر أساس التعويض هنا هو العدالة واستمرار المتعاقد في القيام بالتزاماته ، وهذا ما أكده نص المادة ٨٧ مع اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات كما سبقت الإشارة إليه ويشترط هنا لاستحقاق التعويض أن يكون له موجب بسبب الآثار الضارة التى يخلفها استعمال الإدارة لحقها فى التعديل .

ونجد هنا أن هذا النص لم يورد استثناء على حق المتعاقد فى التعويض، ولذلك مقتضى التعويض غير متوفر لأنه لم يلحقه ضرر من جراء هذا التعديل حسب نص المادة ٨٧ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات .

---

(١) انظر فى ذلك : د. محمد سعيد أمين : العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص ١٤٤ ومابعدها.
وأيضا انظر د. عمر حلمى فهمى : آثار العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص ٤٤ .

(٢) المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم ٤٣٩ لسنة ١١ ق ، جلسة ١٩٦٨/٥/١١ .

ثانياً : الجزاءات المترتبة على الإدارة عند خروجها على قيود استعمال حق التعديل :

كما علمنا بأن هناك ضوابط وقيودا تلزم الإدارة باستعمال حق التعديل بهدف تسيير المرفق العام وعدم الإضرار بالمتعاقد معها -كما أسلفت الذكر - فإذا خرجت عن قيود التعديل فإن قرارها يكون باطلاً ويحق للمتعاقد الامتناع عن تنفيذ العقد وفقاً لما جاء بقرار التعديل .

وهناك عدة حالات تعطي المتعاقد الحق فى طلب فسخ التعاقد فإذا تجاوزت الإدارة نطاق التعديل الذى حددته نصوص العقد أو دفاتر الشروط فيجوز طلب حق الفسخ كجزاء لهذا التجاوز .

وأيضا إذا نشأت التزامات جديدة على عاتق المتعاقد مع الإدارة تجاوزت إمكانياته الفنية أو المالية من جراء التعديل فيحق له طلب الفسخ[1] لأن المتعاقد كان فى اعتباره أوضاع معينة تتعلق بقدراته الفنية والمالية وجاء التعديل وأرهقه وحمّله بما يتجاوز هذه القدرات .

ونجد أيضاً إذا ترتب على التعديل اختلال للتوازن المالى للعقد وقلب اقتصادياته ، حيث ظهرت زيادة فى التزامات المتعاقد بصورة تفوق حقوقه بكثير مما يؤدى ذلك إلى إلحاق خسائر فادحة بالمتعاقد من جراء هذا التعديل، فيجوز له طلب فسخ العقد والمطالبة بتعويض إن كان لذلك موجب[2] .

ونجد أن حق المتعاقد فى طلب فسخ العقد الإداري لعدم مراعاة الإدارة لقيود التعديل يختلف عن حقه فى طلب إلغاء قرار التعديل المخالف لمبدأ المشروعية ؛ حيث إن الحكم بإلغاء قرار التعديل يبقى العقد صحيحاً ويلزم المتعاقد بالاستمرار فى تنفيذ العقد لأن الإلغاء ينصب على شرط التعديل فقط أما الحكم بالفسخ فيؤدى إلى إنهاء العقد بصورة كلية ويعتبر كما لو لم ينعقد أصلاً .

---

(١) سليمان الطماوى : الأسس العامة فى العقود ، ١٩٩١ ، ص ٤٦٠ .

(٢) المحكمة الإدارية العليا ، جلسة ١٩٥٧/١/٣٠ ، مجموعة أحكام السنة الثانية ، ص ٩٣٨.

وما يجدر ذكره بهذا الصدد أن المتعاقد مع الإدارة لا يستطيع التوقف عن تنفيذ التزاماته العقدية إلا بصدور الحكم القضائي بفسخ العقد وإلا كان مسؤولاً مسؤولية تعاقدية[1] .

---

(١) د. حسن درويش : النظرية العامة فى العقود الإدارية ، الجزء الثانى ، مكتبة الأنجلو المصرية ، سنة ١٩٥٨ ، ص ٥٧٣ .

الباب الثانى
التطبيق القضائى والقانونى لنظرية التوازن المالى للعقد الإدارى فى الأردن ومصر وفرنسا

الباب الثانى

التطبيق القضائى والقانونى لنظرية التوازن المالى للعقد الإدارى فى الأردن ومصر وفرنسا

تمهيد :

إن التوازن المالي للعقد الإداري كان قد ظهر بداية فى قضـــاء مجلـس الدولة الفرنسي كمبدأ أساسي يحكم التزامات وحقوق الطرفين. فقد تزيد الأعبـاء والالتزامات الملقاة على عاتق المتعاقد مع الإدارة إما بفعل الإدارة مباشرة حين تمارس سلطتها فى التعديل ، وقد تزيد التزامات المتعاقد لسبب آخر خارج عـن فعل الإدارة مثل الظروف الاقتصادية الخارجية فيختل التوازن المـــالي للعقـد الإدارى ، إلا أن العدالة وصالح المرفق العام يقتضيان تعويض المتعـــاقد مـع الإدارة عما ناله من ضرر .

وفكرة التوازن المالى للعقود الإدارية لا تطبق فى حالة استحقاق المتعاقد مع الإدارة التعويض ، فى حالة خطأ منسوب إلى جهة الإدارة . وإنمـا مجـال أعمالها هى حالات التعويض التى يستحقها المتعاقد دون خطأ منسوب به جهـة الإدارة حيث تطرأ أسباب أثناء تنفيذ العقد الإداري تخل بتوازنه المالي ، بحسب ما ترتبه من آثار إلى نوعين : الأول : يؤدى إلى استحالة تنفيذ العقد وهو مـــا يعرف بالقوة القاهرة . والثانى : يتمثل فى كل ما يعوق تنفيذ العقد ويجعل أمـر تنفيذه صعباً .

ونحن فى هذا الباب سوف نقصر الحديث على الصعوبات التي تواجـه تنفيذ العقد الإداري وتطبيقاتها القضائية والتشريعية فى كل من الأردن ومصـــر وفرنسا . وهى الحالات التي يستحق فيها المتعاقد مع الإدارة التعويض بـــدون خطأ من قبل الإدارة ، وهى حالات ثلاث : هى فعل الأمير والظروف الطارئـة

والصعوبات المادية غير المتوقعة . وسوف نبين أوجه الشبه والاختلاف بين هذه الحالات فى نهاية هذا الباب .

ويرى الباحث عرض هذه الحالات بشيء من التفصيل حيث تم تقسيم هذا الباب إلى ثلاثة فصول :

الفصل الأول : التوازن المالي للعقد الإداري بالاستناد إلى نظرية فعل الأمير.

الفصل الثانى : التوازن المالي للعقد الإداري بالاستناد إلى نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة .

الفصل الثالث : التوازن المالى للعقد الإدارى بالاستناد إلى نظرية الظروف الطارئة .

الفصل الأول
التوازن المالى للعقد الإدارى بالاستناد إلى نظرية فعل الأمير

تمهيد :

تعتبر نظرية فعل الأمير من صنع مجلس الدولة الفرنسى ، وهـــى أول النظريات التى أراد بها القضاء الإداري إقامة التوازن المالى للعقد الإداري بيـن التزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة .

وكما نعلم بأن العقد الإداري ينشئ سلطات لجهة الإدارة وعلى درجـــة كبيرة من الخطورة ويرجع ذلك لعدم تساوي المركز القانونى للمتعاقدين ومنـها: (حق الإدارة فى الإشراف والتوجيه ، حق الإدارة فى تعديل العقد أو إلغائه) .

وكما أن للإدارة حقوقاً وسلطات فإن المتعاقد مع الإدارة يتمتع بحقـــوق أيضا وهو الحق في الحصول على المقابل النقدي ، والحق فى الحصول علـــى تعويض يعيد له التوازن المالي للعقد في حالة تهديده وانهياره نتيجـــة لأســباب خارجة عن إرادة المتعاقد مع الإدارة وتؤدى إلى إصابته بـــأضرار جســيمة ، وتكون الإدارة سبباً في هذا الضرر ولكن بدون خطأ من الإدارة وهذا هو السبب الأول الذى يعيق تنفيذ العقد الإداري وهو ما يسمى بفعل الأمير. ويعتبر حكـــم مجلس الدولة الفرنسى بتاريخ ١٩٠٩/٤/١٩ من أوائل الأحكام الصـــادرة بـــهذا الخصوص لتطبيق نظرية فعل الأمير وقد أخذت مصر بعد نشأة مجلس الدولـــة المصري بنظرية فعل الأمير عن مجلس الدولة الفرنسى باعتبارها من الأحكـــام الرئيسية التى تقوم عليها فكرة العقد الإداري[1] .

---

(١) د. عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد : أثر فعل الأمير علـــى تنفيـــذ العقـــد الإداري ، مرجع سابق ، ص ١٣-١٤ .

وقد حرصت محكمة القضاء الإداري المصري على إرساء مضمون نظرية فعل الأمير ، حيث قضت بأن تدخل القضاء الإداري لتحقيق التوازن المالي للعقد الإداري ، تطبيقاً لنظرية فعل الأمير، مناطة بتوافر شروط هذه النظرية [1] .

وحتى نبين أهمية نظرية فعل الأمير وآثارها على تنفيذ العقد الإداري وأساس التعويض المستحق للمتعاقد مع الإدارة بسبب فعل الأمير . سوف نقسم هذا الفصل إلى خمسة مباحث :

المبحث الأول : مفهوم نظرية فعل الأمير .
المبحث الثاني : الأساس القانوني لنظرية فعل الأمير .
المبحث الثالث : شروط تطبيق فعل الأمير .
المبحث الرابع : الآثار المترتبة على تطبيق نظرية فعل الأمير .
المبحث الخامس : نظرية فعل الأمير في التشريع والقضاء الأردني .

---

(١) يراجع حكم ١٥٦٢ - ١٠ و ٦٧-١١(١٩٦٨/٥/١١) ٨٧٤/١١٧/١٣ من مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا ، والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً من أول أكتوبر ١٩٥٥ إلى آخر سبتمبر ١٩٩٥ ، ص ٤٢٤ .

المبحث الأول
مفهوم نظرية فعل الأمير

تعددت تعريفات الفقه والقضاء لفعل الأمير فى مصر وفرنسا . ونجد أن هذه التعريفات تدور حول شروط محددة ثابتة ومنها :

ذهب البعض[1] إلى تعريف فعل الأمير بأنه (عمل يصدر من سلطة عامة دون خطأ من جانبها ، ينجم عنه سوء مركز المتعاقد فى عقد إداري ويؤدى إلى التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضرور عن كافة الأضرار التى تلحقه من جراء ذلك بما يعيد التوازن المالي للعقد) .

ويرى البعض[2] أن فعل الأمير (هو كل إجراء تتخذه السلطات العامة من شأنه أن يزيد من الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة أو فى الالتزامات التى ينص عليها العقد مما يطلق عليه بصفة عامة المخاطر الإدارية) .

وذهب فريق آخر[3] ، حيث يقصد بفعل الأمير : (كل إجراء تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد أو فى الالتزامات التى ينص عليها العقد ، مما يطلق عليه بصفة عامة المخاطر الإدارية ، وهذه الإجراءات تصدر من الجهة الإدارية التى أبرمت العقد ، وقد تتخذ شكل قرار فردى خاص أو قواعد تنظيمية عامة ، وقد تؤثر على العقد تأثيراً مباشراً أو غير مباشر ، ويحدث التأثير المباشر عندما تستعمل الإدارة سلطتها فى تعديل العقد) .

---

(١) د. سليمان الطماوى : العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ١٩٩١ ، ص ٦٢٤ .

(٢) د. توفيق شحاتة : التزام المرافق العامة ، رسالة دكتوراه ، القاهرة ، سنة ١٩٥٥ ، ص٨١٥ .

(٣) د. محمود عاطف البنا : العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص ٢٢٦ .

ويذهب آخرون[1] ، إلى القول بأن المقصود بفعل الأمير هو (كل تصرف مشروع صادر من السلطة العامة المتعاقدة ، ويترتب عليه أن يجعل تنفيذ الالتزام من جانب المتعاقد أكثر صعوبة) .

وذهب البعض[2] إلى إعطاء فعل الأمير معنيين : (الأول واسع ويقصد به كل تدخل من جانب السلطات العامة يؤدى إلى التأثير بشكل أو بآخر على تنفيذ العقد. ومعنى ضيق ، وهو يتعلق بمصدر العمل فيجب أن يكون صادراً من الإدارة المتعاقدة وأن تكون نتيجة التأثير على تنفيذ العقد) .

ومن أنصار المعنى الواسع[3] ، ما يذهب إلى تعريف فعل الأمير بأنه : (كل إجراء تصدره السلطة العامة ويترتب عليه أن يكون من الصعب بل من المكلف أن يقوم المتعاقد بتنفيذ العقد) .

ويعرف القضاء الإداري المصرى فعل الأمير بأنه (كل إجراء تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة ، أو فى الالتزامات التى ينص عليها العقد مما يطلق عليه بصفة عامة "المخاطر الإدارية" وهذه الإجراءات التى تصدر من السلطات العامة قد تكون من الجهة الإدارية التى أبرمت العقد وقد تتخذ شكل قرار فردى خاص ، أو تكون بقواعد تنظيمية عامة)[4] .

---

(١) د. عزيزة الشريف : نظرية العقد الإداري ، مرجع سابق ، ص ٢١٥ .

(٢) د. سعاد الشرقاوى : العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٩٥، ص ٥٣٢ .

(3) A. de Laubader. (A.DE) moderne (f) Traite des contrats adminstratif, Tome 1984, T2 1986 P. 420.

- Michel Rousset et Olivier Rousset : Droit administrative "l'action administrative" 2'ed, P.U.G. 2004. P.191.

(٤) حكم محكمة القضاء الإداري رقم ٩٨٣ لسنة ٩٠ ق الصادر بجلسة ١٩٥٧/٦/٣٠ مشار إليه فى مؤلف د. عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد : أثر فعل الأمير .. ، مرجع سابق، ص ٢٣ .

وقد عرفت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع لمجلس الدولة فعل الأمير بأنه (كل إجراء تتخذه السلطات العامة ، ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقدين مع الإدارة أو الالتزامات التى ينص عليها العقد. ويشترط لإعمال هذه النظرية عدة شروط من بينها أن يكون الفعل الذى أدى إلى زيادة أعباء المتعاقد والتزاماته صادراً من جهة الإدارة المتعاقدة ، فإذا ما صدر هذا الفعل عن جهة إدارة أخرى غير التى أبرمت العقد ، تخلف أحد شروط نظرية فعل الأمير وامتنع بذلك تطبيقها)[1] .

أما عن موقف المحكمة الإدارية العليا ، فإنها لم تضع حتى الآن تعريفاً لنظرية فعل الأمير ، وإنما وضعت شروط هذه النظرية حيث قضت : (بأن تدخل القضاء الإدارى لتحقيق التوازن المالى للعقد طبقاً لنظرية فعل الأمير، مناطة ، توافر شروط هذه النظرية ومن بينها شرط أن يكون الفعل الضار صادراً من جهة الإدارة المتعاقدة ، فإذا ما صدر هذا الفعل عن شخص معنوى عام غير الذى أبرم العقد تخلف أحد شروط هذه النظرية وامتنع بذلك تطبيقها)[2].

ويرى الباحث أنه يستفاد من تعريفات الفقه والقضاء فى كل من مصر وفرنسا تعريف فعل الأمير على أنه : (صدور عمل من سلطة عامة بدون خطأ من جانبها ، ويترتب عليه ضرر على المتعاقد مع الإدارة يؤدى إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد الإداري ويستوجب تعويضه) .

---

(١) فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري رقم ٧٥٤ فى ١٩٧١/٧/١٣ جلسة (١٩٧١/٧/١١) ٤٥٠/١٤٤/٢٥ ، منشور فى مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا ، مرجع سابق ، ص ٤٣٠ .

(٢) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر فى ١٩٦٨/٥/١١ والمنوه عنه فى مجموعة المبادئ القانونية التى أقرتها هذه المحكمة من سنة ١٩٦٥ حتى ١٩٨٠ الجزء الثانى ، ص ١٨٧٥ ، ومشار إليه فى مؤلف د. عبد العظيم عبد السلام : أثر فعل الأمير... ، مرجع سابق ، ص ٢٤ .

المبحث الثاني
الأساس القانوني لنظرية فعل الأمير

إن الإدارة حين تتخذ إجراءات مشروعة بدون خطأ ، وتؤدى إلى اختلال التوازن المالي للعقد الإداري ، فإن ذلك يكسب المتعاقد مع الإدارة حقاً فى التعويض عن الأضرار التي تصيبه من هذا الفعل (فعل الأمير) .

وقد اجتهد الفقه والقضاء الإداري في مصر وفرنسا على إيجاد أساس قانوني يبرر التعويض . ولم يتفق الفقه والقضاء السابقان على تحديد أساس واحد متفق عليه لتبرير هذا التعويض ، ومن هذه الأسس :

١ - فكرة الإثراء بلا سبب .

٢ - المسؤولية التعاقدية للإدارة .

٣ - مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة .

وسوف نتعرض لكل أساس من هذه الأسس على حدة .

١ - فكرة الإثراء بلا سبب :

ذهب بعض الفقهاء[١] ، إلى رد مبررات حصول المتعاقد مع الإدارة على تعويض استناداً إلى فعل الأمير على أساس (فكرة الإثراء بلا سبب). وقد ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن الإدارة قد تسبب بإجراءاتها الخاصة وبإرادتها المنفردة ، إنقاص المزايا والامتيازات المالية المتفق عليها فى العقد أو زيادة الأعباء المالية بسبب هذا الإجراء المنفرد من قبلها وبذلك تكون الإدارة قد أثرت

---

(١) د. عزيز الشريف : نظرية العقد الإدارى ، مرجع سابق ، ص ١٢٢ وللمزيد راجع :

- Hiuriou Note sous C.6 19 november 1909 Zcilabadine S. 1910 p3.
- Pierre. laurent frier, Pre'cis de droit administratife, 3'cd montchresrien, 2004. p.349.
- Fustave peiser: Droit administratife general 2.ed. Dallaz 2000 P. 78.

على حساب المتعاقد دون أن يستند هذا الإثراء إلى سبب فـــى العقـــد[1] .ومـــن أنصار هذا الاتجاه (العميد موريس هوريو) والأستاذ الدكتور فؤاد العطار .

إلا أنه يؤخذ على هذا الاتجاه محاولة ، قصر تطبيق نظرية فعل الأمـير على إثراء الإدارة بلا سبب[2] فى حين أن نظرية فعل الأمير تطبق طالمـــا أن الإدارة قامت بإجراءات من شأنها الإخلال بالالتزامات المتفق عليها فى العقد مع المتعاقد معها دون أن يترتب على ذلك أى إثراء لصالحها .

٢ – المسؤولية التعاقدية للإدارة :

يستند أنصار هذا الاتجاه فى أساس التعويض إلى المسؤولية التعاقديـــة للإدارة ؛ وذلك أن المتعاقد مع الإدارة لم يقبل تحمل بعض الالتزامات إلا مقـابل تعويض معين ، وبناء على ذلك فإنه فى حالة زيادة الالتزامات الملقاة على عاتق المتعاقد مع الإدارة فإنه يتعين تعديل التعويض الذى يحصل عليه المتعـــاقد[3] . ومن أنصار هذا الأساس أستاذنا الجليل ثروت بدوى والعميد لوبادير حيـــث إن العميد لوبادير يفضل الجمع بين فكرتى التوازن المالى والمســـؤولية التعاقديـــة للإدارة كأساس للتعويض عن نظرية فعل الأمير .

---

(١) تنص المادة (١٧٩) من القانون المدني المصري على أنه : (كل شخص ولو غـــير مميز يثرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم فى حدود ما أثرى بـــه بتعويض هذا الشخص عما لحق به من خسارة ويبقى هذا الالـــتزام قائمـــاً ولـــو زال الإثراء فيما بعد).

(٢) د. عزيز الشريف ، دراسات فى نظرية العقد الإدارى ، مرجع سابق ، ص ٢٢١ .

(٣) د. على محمد على : الظروف التى تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري ، المرجع الســـابق ، ص ٤٩٦ ، وللمزيد :

- P Delvolve responsabilite contractuell imeney – chaped – Dalloz 1987 P. 5 etc .

أما الأستاذ ثروت بدوي فأكد أن الاستناد إلى فكرة المسؤولية التعاقدية للإدارة باعتبارها أساساً للتعويض عن نظرية فعل الأمير ، وحق المتعاقد في التعويض يعتبر نتيجة لازمة لسلطة التعديل التى تمتلكها الإدارة حيث إن الخطأ لم يعد ملزماً لقيام مسؤولية السلطة العامة والمسؤولية غير التعاقدية دون خطأ ، يقابلها المسؤولية التعاقدية للتعديل، التى تحدثها الإدارة منفردةً في عقودها ، وهذه هى المسؤولية التعاقدية دون خطأ .

ومن الأحكام التى أقر فيها مجلس الدولة الفرنسى حق المتعاقد مع الإدارة فى التعويض عن عمل الأمير استناداً لفكرة المسؤولية التعاقدية حكمه الصادر فى القضية (KERGUELEN)[1] .

وينتقد البعض هذه الفكرة على أساس عدم انسجام فكرة المسؤولية التعاقدية بلا خطأ مع المبادئ المسلم بها فى القانون الخاص ، لأن المسؤولية التعاقدية فى القانون المدني يفترض فيها إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته فى حين أن فعل الأمير لا يتضمن أى إخلال من جانب الإدارة بالتزاماتها التعاقدية.

٣ – مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة :

يفترض هذا المبدأ أن جميع الأفراد ملزمون بالمساهمة فى تحمل التكاليف العامة بقدر يتناسب مع مركزهم وإمكانياتهم .

ويرى أصحاب هذا الرأى أن المتعاقد مع الإدارة ملزم بالمساهمة فى نشاط الإدارة ويتحمل من جراء ذلك عبئا يزيد عما يتحمله غيره من الأفراد. ونجد هنا أنه إذا لم تقم الإدارة بتعويض المتعاقد معها عن زيادة هذه الأعباء ، فإنها تخل بمبدأ مساواة الأفراد أمام التكاليف العامة . أما إذا كان الإجراء الذى

---

(1) C.E 22-10-1937 (KERGUELEN) Rec P. 839

ألحق الضرر بالمتعاقد هو إجراء عام ينطبق على جميع المواطنين جميعاً فـــلا سبيل إلى تعويض المتعاقد وبالتالى فإنه يتعين لتعويض المتعاقد إعمـــالاً لمبـــدأ المساواة أمام الأعباء العامة أن يكون الضرر الذى لحق به ضرراً خاصـــاً وأن يؤدى هذا الضرر إلى إخلال بالتوازن المالى للعقد[1] .

ويرى الباحث تأييد الرأي الفقهى الذى يرى أن أساس التعويـــض فـــى نظرية فعل الأمير يرجع إلى المساواة أمام الأعباء العامة ؛ وذلك لأنـــه يحقـــق مبدأ العدالة والمساواة بين الأفراد .

---

(١) د. عزيز الشريف : نظرية العقد الإدارى ، مرجع سابق ، ص ٢٢١ - ٢٢٢ .

المبحث الثالث
شروط تطبيق نظرية فعل الأمير وصورها

أولاً : شروط نظرية فعل الأمير :

لقد استقر الفقه والقضاء الإدارى سواء فى مصر أو في فرنسا على ضرورة توافر عدة شروط لإمكانية حصول المتعاقد مع الإدارة على تعويض لإعادة التوازن المالى للعقد وفقاً لنظرية فعل الأمير . وقد تعددت هذه الشروط في حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٩٧/١٢/١٦ وقد أكد الفقه[١] هذه الشروط والتى سوف نعرضها بالتفصيل على النحو التالي :

١ - أن يتصل الإجراء بعقد إداري .

٢ - يجب أن يترتب على الإجراء الضار إلحاق الضرر بالمتعاقد ويكون هذا الإجراء صادراً من جهة الإدارة المتعاقدة بلا خطأ .

٣ - أن يكون هذا الإجراء غير متوقع[٢] .

وسوف نبحث هذه الشروط كلاً على حده وذلك على النحو التالى :

١ - أن يتصل الإجراء بعقد إداري :

إن نظرية عمل الأمير وكما نعلم لا تسرى إلا إذا تعلقت بعقد إدارى، ومن ثم فإنها لا تنطبق على عقود القانون الخاص حتى لو أبرمت من قبل

---

(١) د. سليمان الطماوى : العقود الإدارية ، ١٩٩١، مرجع سابق ، ص ٦٣٩-٦٤٠ .
للمزيد راجع :

- Reni Chapus : Droit administratif general, Tomel, 9'ed mantchres tien 1995 p. 1064.
- C.E 28-4-1939 Chemins Je fer J'onest RD.P 1940. P. 58.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١٧٤٩ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٩٧/١٢/١٦ م الموسوعة الإدارية الحديثة ، ٤٩ - ١٧٧ .

الإدارة طالما أن القواعد التى تحكم تلك العقود هي قواعد القانون الخاص .وهذا ما جاءت به محكمة القضاء الإدارى بقولها : (متى كان الأمر بين الشركة وبين الحكومة خارجاً عن نطاق الرابطة العقدية ..)[1] ونخلص مما جاء فى هذا الحكم إلى أنه : (لا مجال لإعمال نظرية عمل الأمير متى انعدمت رابطة العقد الإداري.. ولا مجال للتعويض عن هذه النظرية مادام العقد ليس إدارياً[2] .

٢ – أن يؤدى هذا الإجراء إلى إلحاق الضرر بالمتعاقد ويكون هذا الإجراء صادراً من جهة الإدارة المتعاقدة بلا خطأ .

بما أن المسؤولية الناتجة عن نظرية فعل الأمير هى مسؤولية عقدية وأنه يترتب لتطبيقها أن يترتب على الإجراء الصادر من جهة الإدارة المتعاقدة ضرر فعلي للمتعاقد معها [3] ولا يشترط أن يكون هذا الضرر على درجة معينة من الجسامة ويجب هنا أن يكون الإجراء الصادر من الإدارة دون خطأ قد قبلها حتى تطبق نظرية فعل الأمير التى تؤدى بالتالى إلى إعادة التوازن المالى للعقد الإدارى[4] .

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر بجلسة ١٩٥٧/٣/٣م فى القضية رقم ١٥٢٥ لسنة ٦ ق مجموعة أحكام السنة السادسة ، ص ٢٤٣ .

(٢) د. أحمد سلامة بدر : العقود الإدارية وعقد البوت ، مرجع سابق ، ص ٢٥٠ .

(٣) د. مصطفى الحبشى : التوازن المالى فى عقود الإنشاءات الدولية ، مرجع سابق ، ص ٤٣١ .

(٤) وهذا الأمر أخذت به الجمعية العمومية لقسم الفتوى والتشريع فى فتواها بتاريخ ١٩٧١/٧/١١ ملف ٤٦/١/٧٨ بقولها (ومن حيث إنه بتطبيق المبادئ المتقدمة على الحالات على البحث فإن الواضح أن زيادة الأعباء المالية للمقاولين نجمت عند رفع التسعيرة الجبرية للحديد والأسمنت وتسليمهم كميات من الحديد المستورد والذى لم تستلزم شروط التعاقد استخدامه بدلاً من الحديد المحلى وقد تم كل ذلك بإجراءات صادرة من غير الجهة المتعاقدة (وزارة الري) ومن ثم ينتفى شرط جوهري من شروط تطبيق نظرية فعل الأمير) .

ويعنى هذا الشرط وجود أشخاص معنوية عامة بجانب الدولة وأشخاص معنوية إقليمية[1] . والتى وردت فى قانون الإدارة المحلية رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٩ على سبيل الحصر (المحافظات والمراكز والمدن والأحياء والقرى أو أشخاص معنوية مصلحية مثل المؤسسات العامة أو من أشخاص القانون العام مثل النقابات المهنية والغرف التجارية).

٣ – أن يكون هذا الإجراء غير متوقع :

إن شرط عدم التوقع بالنسبة للإجراء الصادر من جهة الإدارة واضح ومفهوم فيما يتعلق بالإجراءات العامة ولكن فعل الأمير قد يصدر فى صورة إجراء خاص يؤدى إلى تعديل شروط العقد . وإذا كان للإدارة المتعاقدة الحق فى تعديل شروط العقد من غير الحصول على موافقة المتعاقد معها ، حتى ولو لم ينص العقد على ذلك الحق ، فكيف يمكن لنا القول بأن المتعاقد لم يتوقع التعديل؟

إن المقصود بعدم التوقع هنا ليس أصل الحق في التعديل، لأن هذا ثابت متوقع إلا أن المقصود بعدم التوقع هو حدود التعديل ومداه. وعلى هذا إذا نص العقد على كيفية التعديل وحدوده لا تطبق النظرية ، أما إذا لم ينص على ذلك تطبق النظرية [2] .

ثانياً : صور فعل الأمير :

إن الفعل أو الإجراء الذى يصدر من جهة الإدارة المتعاقدة والذى يستوجب تطبيق عمل الأمير قد يكون فى صورة إجراء خاص يؤدى إلى تعديل

---

(١) د. عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد : القانون الإداري ، الكتاب الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ١٩٩٠ ، ص ١٠٣ ومابعدها .

(٢) د. مصطفى الحبشى : التوازن المالى فى عقود الإنشاءات الدولية ، مرجع سابق ، ص ٤٣١ .

مباشر فى العقد وقد يكون فى صورة إجراء عام يؤدى إلى تعديل شروط العقد وذلك على النحو التالى :

١ – صدور عمل الأمير فى صورة إجراء خاص :

علمنا فيما سبق أن اتصال العقد بنشاط مرفق عام يؤدى إلى أن الإدارة لا تقف متساوية مع من يتعاقد معها ويكون لها مركز مميز حيث تستطيع من خلاله أن تصدر بإرادتها المنفردة قرارات يترتب عليها تعديل التزامات المتعاقد معها سواء بالزيادة أو بالنقص ويستوجب ذلك ضرورة تعويض المتعاقد معها .

وعلى ذلك فإذا تدخلت الإدارة المتعاقدة بإجراء خاص أدى إلى تعديل التزامات المتعاقد استوجب ذلك مع توافر باقى الشروط تطبيق نظرية عمل الأمير[١] . وللإجراء الخاص الذى تصدره الإدارة ويؤثر على التزامات المتعاقد معها صورتان :

– **الصورة الأولى** : الإجراءات التى تؤدى إلى تعديل شروط العقد .

– **الصورة الثانية** : الإجراءات التى تؤثر على ظروف تنفيذ العقد .

الصورة الأولى : الإجراءات التى تؤدى إلى تعديل شروط العقد :

إن للإدارة سلطة تعديل العقد الإداري بالزيادة أو النقصان فى التزامات المتعاقد معها وبإرادتها المنفردة ودون موافقته، وكل ما يحق له هو المطالبة بإعادة التوازن المالى للعقد عن طريق تعويضه ؛ لأن الإدارة تستمد سلطتها فى التعديل من وجوب استمرار سير المرفق العام. ويضرب الفقه[٢] أمثلة للإجراءات الخاصة المتعلقة بشروط العقد منها إجراءات تعديل الرسوم التى يتم تحصيلها من الأفراد عند تقديم خدمات المرفق العام .

---

(١) د. جابر جاد نصار : الوجيز فى العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، سنة ٢٠٠٠ ، ص٣١٦ .

(٢) د. عبد العظيم عبد السلام : أثر فعل الأمير على تنفيذ العقد الإدارى ، مرجع سابق ، ص ٢٧ ، ٢٨ .

الصورة الثانية : الإجراءات التى تؤثر على ظروف تنفيذ العقد :

أما فى هذه الصورة فإن الإجراء الذى صدر من قبل الإدارة أثر على الظروف المحيطة بتنفيذ العقد ولم يؤثر هذا الإجراء فى شروط العقد وأدى بطبيعة الحال إلى تحميل المتعاقد أعباء جديدة غير متوقعة عند التعاقد . ويضرب الفقه[1] أمثلة لتلك الإجراءات :

- القرارات التى تصدر من جهة الإدارة المتعاقدة إلى المتعاقد معها بمقتضى سلطتها فى الرقابة والتوجيه ، ولكنها تحمل المتعاقد أعباء جديدة .
- بعض إجراءات البوليس التى تصدر من جهة الإدارة المتعاقدة والتى تؤدى إلى زيادة أعباء المتعاقد (كالأمر الصادر من جهة الإدارة إلى الشركة المتعاقدة بنقل أسلاك الكهرباء إلى مكان آخر لدواعى المحافظة على سلامة المواطنين)[2] .
- قيام الإدارة بأشغال عامة تسبب للمتعاقد أضراراً فى تنفيذ العقد .
- قيام الإدارة المتعاقدة بأعمال مادية من شأنها أن تزيد من أعباء المتعاقد .

وهنا فى هذا المجال لا خلاف بين الفقه والقضاء على تعويض المتعاقد مع الإدارة تعويضاً كاملاً عن هذه الإجراءات الخاصة وفقاً لنظرية عمل الأمير لصدورها من الإدارة المتعاقدة كسلطة عامة وتأثيرها على التوازن المالى للعقد.

أما الإجراءات الخاصة التى تصدر من الإدارة كأى متعاقد عادى فلا يجوز التعويض عنها وفقاً لهذه النظرية .

٢ – صدور عمل الأمير فى صورة إجراء عام :

هذه الحالة تعنى أن تقوم الإدارة بإصدار إجراء عام مثل إصدار قوانين ولوائح تؤدى إلى الإخلال بمركز المتعاقد معها ويضر بمصالحه كأن تزيد من أعبائه أو تنقص من منافعه .

---

(١) د. سليمان الطماوي : العقود الإدارية ، ١٩٨٤ ، مرجع سابق ، ص ٦٣٢ ، ص ٦٣٣.

(٢) د. أحمد سلامة بدر : العقود الإدارية وعقد البوت ، مرجع سابق ، ص ٢٤٥ .

لكن هنا يثور التساؤل التالى : هل يحق للمتعاقد مع الإدارة التعويض عن هذا الإجراء العام ؟؟

ذهب تقرير مفوضى مجلس الدولة الفرنسي (لاتوريتري) إلى عدم أحقية المتعاقد فى التعويض استناداً على نظرية فعل الأمير طالما أن الإجراء الصادر لم يمسّه وحده ، وجاء فى تقريره أنه يشترط لتعويض المتعاقد ، فى هذه الحالة، أن ينص العقد صراحة على ذلك وأن يكون الإجراء العام غير متوقع وفى هذه الحالة يكون التعويض إعمالاً بنظرية الظروف الطارئة وليس فعل الأمير[1] .

ولم يؤيد مجلس الدولة الفرنسى هذا الرأى على إطلاقه حيث اتفق معه فى بعض الأحكام واختلف فى أمور أخرى . فقد اتفق معه على رفض التعويض استنادا لنظرية عمل الأمير بالنسبة للأضرار التى تصيب المتعاقد مع الإدارة بسبب فرض السلطة الإدارية المتعاقدة ضرائب جديدة ذات طابع عام أو إصدار تشريعات ولوائح اجتماعية يترتب عليها رفع الحد الأدنى للأجور ، واستند مجلس الدولة الفرنسى فى رفض التعويض عن تلك الحالات إلى عدم توفر وصف فعل الأمير فى تلك الإجراءات العامة وهو ما انتهت إليه الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع لمجلس الدولة المصرى فى فتواها الصادرة بجلسة ٢٤ فبراير سنة ١٩٦٥ - سالفة الذكر - بقولها : (عمل الأمير هو إجراء خاص أو عمل يصدر من جانب الجهة الإدارية المتعاقدة وقت التعاقد..).

ولم يتفق مجلس الدولة الفرنسي مع تقرير المفوض (لاتورتيرى) بالنسبة للضرائب المحلية التى تقررها السلطة الإدارية المتعاقدة ، مثل الرسوم والفوائد التى تجنيها البلديات ويترتب عليها زيادة أسعار المواد الأولية اللازمة

---

(1) C.E 9-3 1928 "Cie des scieries of mcanines" R.D.P 1928 P. 326

راجع د. على عبد العزيز الفحام : سلطة الإدارة فى تعديل العقد ، مرجع سابق ، ص ٣٥٥ ومابعدها .

لتنفيذ العقد[1] . والإجراء العام قد يؤدى إما إلى تعديل مباشر فى شروط العقد وإما إلى التأثير فى ظروف تنفيذ العقد .

فمن ناحية أولى قد يؤدى الإجراء العام إلى تعديل شروط العقد إما بزيادة التزامات المتعاقد مع الإدارة فيؤدى إلى خسارته أو إنقاصها فيؤدى إلى الإنقاص من الأرباح . ومن أمثلة ذلك صدور قانون يقلل من نفقات الدولة مما أثر على التزاماتها التعاقدية كما فى حكم مجلس الدولة الفرنسى والذى صدر فى ٢٨ أبريل ١٩٢٨ حيث صدر مرسوم .. يقضى بخفض نفقات الدولة بنسبة ١٠% مما أدى إلى أن تخفض الدولة نسبة الأقساط التى تلتزم بدفعها إلى المتعاقد معها فى عقد التزام مرفق سكك حديد بذات النسبة . وتظلم المتعاقد مع الإدارة من هذا الخفض فحكم له مجلس الدولة بالتعويض استناداً إلى توافر شروط نظرية فعل الأمير .

ومن ناحية ثانية قد يصدر الإجراء العام لكنه لا يمس شروط العقد ولكنه يؤثر على ظروف تنفيذ العقد الخارجية وفى هذا المجال يتطلب القضاء فى بعض أحكامه أن ينال المتعاقد مع الإدارة ضرر خاص حتى يتم الحكم له بالتعويض على أساس نظرية فعل الأمير. وفى ذلك تقول محكمة القضاء الإدارى (يشترط لقيام الحق فى التعويض تأسيساً على نظرية فعل الأمير أن تصدر الحكومة تشريعاً عاماً جديداً يمس مركز المتعاقد معها بضرر خاص ، والضرر الخاص ..)[2] .

---

(١) د. عبد العظيم عبد السلام : أثر فعل الأمير على تنفيذ العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص ٣٥ ، وما بعدها حيث أشار إلى الأحكام التالية :

- C.E 29-12-1905 "Earby" Rec. P. 1014 .
- C.E. 31-5-1918 "Degraeve" Rec. P. 527 .
- C.E. 12-1947 "Caisse de compensations" Rec. P. 457.
- CE 28 Avril 1939 Chemins Defer de ovest Rec. Dedreih 19ho P. 58 not jez.

(٢) حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ ٣٠ يناير ١٩٥٥ - المجموعة س ٩ ، ص ٢٦٨ ومشار إليه فى مؤلف د. جابر جاد نصار : العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص ٣٢٠.

المبحث الرابع
الآثار المترتبة على تطبيق نظرية عمل الأمير

عندما تتوافر شروط تطبيق نظرية فعل الأمير – على النحو السالف ذكره – يحق للمتعاقد المتضرر أن يطالب بالتعويض الكامل. وهذه هى النتيجة الرئيسية لنظرية فعل الأمير ، لكن نجد أن هناك عدة نتائج وآثاراً فرعية على النحو الآتى :

١ – للمتعاقد مع الإدارة أن يتحلل من التزامه تنفيذ العقد إذا ترتب على عمل الأمير استحالة تنفيذ العقد كأن تصدر الإدارة قراراً بإلغاء استيراد سلعة معينة يتعهد المتعاقد بتوريدها .

٢ – حق المتعاقد فى المطالبة بعدم توقيع غرامات تأخير عليه إذا ثبت أن السبب فى التأخير يرجع إلى عمل الأمير .

٣ – حق المتعاقد فى فسخ العقد إن ترتب على عمل الأمير استحالة تنفيذ المتعاقد لالتزامه فى العقد الإدارى .

وكما نعلم ، فإن التعويض هو النتيجة الرئيسية لفعل الأمير ومن هنا يثور تساؤل حول طرق تحديد هذا التعويض والذى سنوضحه على النحو التالى:

• طرق تحديد التعويض :

يتم تحديد التعويض الكامل الذى يحصل عليه المتعاقد مع الإدارة على أثر تطبيق فعل الأمير بإحدى الطرق التالية :

١ – الاتفاق العقدى أثناء تحرير العقد على مقدار التعويض الذى يمكن دفعه عن الضرر الذى قد يلحق بالمتعاقد من جراء تصرفاتها .

٢ - قد يحدد المشرع التعويض المناسب لتخفيف الضرر الناتج عن فعل الأمير، ومثال ذلك :

قانون ٥ سبتمبر عام ١٩٤٠ الفرنسى والخاص بفسخ العقود المبرمة لتوفير حاجات مرفق الدفاع الوطنى والذى حدد كيفية تعويض المتعاقدين الذين تضرروا من جراء فسخ عقودهم بقوة القانون . وهو ما طبقه مجلس الدولة الفرنسي فى قضية Pillard [1].

٣ - يمكن للمتعاقد مع الإدارة اللجوء للقضاء الإدارى طالبا الحكم له بالتعويض الكامل عن الأضرار التى أصابته نتيجة فعل الأمير وذلك فى حالة إذا لم يوجد نص سابق فى العقد يحدد التعويض سلفاً وفى حالة إذا لم يحدده المشرع كما ذكرنا سابقاً .

---

(1) C.E 1-9-1944 "Pillard" Rec. 240.

المبحث الخامس
نظرية فعل الأمير فى التشريع والقضاء الأردني

أولاً : نظرية فعل الأمير فى التشريع الأردني :

تعتبر نظرية فعل الأمير من أقدم النظريات التى أتى بها مجلس الدولة الفرنسي فى مجال العقود الإدارية ، كما ذكرت فى بداية هذا الفصل .

وقد تطرقت إلى أن جمهورية مصر العربية لم تعرف نظرية فعل الأمير قبل إنشاء مجلس الدولة المصرى عام ١٩٤٦ وإنما عرفتها بعد إنشاء مجلس الدولة ، حيث حرصت محكمة القضاء الإدارى المصرى على إرساء مضمون النظرية فى أحكامها المتعددة . إلى أن ازدهرت وتطورت هذه النظرية فى وقتنا الحالى باعتبارها من الأحكام الرئيسية التى تقوم عليها فكرة العقد الإدارى[١] .

أما فى المملكة الأردنية الهاشمية ، ومن خلال اطلاع الباحث على مختلف التشريعات الأردنية وخاصة التشريعات المتعلقة بالعقود الإدارية ، فوجد أن المشرع الأردنى لم يتطرق إلى وضع أى أساس للعمل بنظرية فعل الأمير، وقد استندت فى ذلك إلى حكم محكمة التمييز الأردنية[٢] جاء فيه : (**إن نظرية عمل الأمير غير معمول بها فى قوانين المملكة الأردنية الهاشمية إذ لا يوجد أى نص ممكن أن يستخلص منه أن المشرع كان حين وضعه للنصوص القانونية متأثراً بهذه النظرية أو أنه أجاز تطبيقها حتى إن القانون المدنى الأردنى الجديد لسنة ١٩٧٦ كان خاليا من أى نص يوجب تطبيق هذه النظرية**).

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى رقم ١٠/١٥٦٢ سنة ١٩٦٨ ، السابق الإشارة إليه .

(٢) حكم محكمة التمييز الأردنية رقم ١٩٧٨/٣٥٧ تاريخ ١٩٧٨/١١/٢٨ ، منشورات عدالة، مجلة نقابة المحامين الأردنيين ، لسنة ١٩٧٩ ، ٤١١ .

وفى حكم آخر للمحكمة[1] تقول فيه (إنه مهما يكن من عدالة ومرونة نظرية عمل الأمير إلا أن مجلة الأحكام العدلية والقانون المدنى رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦م لم يأخذا بها ، كما لم تجد محكمة التمييز فى النصوص ما يجيز الأخذ بها). وبما أن نظرية فعل الأمير تعتبر من أقدم النظريات التى تطرق إليها وأيدها القضاء فى الدول المتقدمة ومنها فرنسا ، المهد الأول لهذه النظرية، ولحق بها القضاء المصري الذى نهج نفس المنهج الفرنسي نظراً لأهمية هذه النظرية في مجال العقود الإدارية والمرافق العامة. وبناءً على ذلك يرى الباحث أنه لا يوجد مبرر لإغفال المشرع الأردنى للنص على هذه النظرية وعدم الأخذ بها لكونها سبباً من أسباب حماية مصلحة المتعاقد مع الإدارة وحماية سير المرفق العام بانتظام واضطراد ، لذلك يجب على المشرع الأردنى أن ينهج منهج المشرع المصرى والفرنسي فيما يخص نظرية فعل الأمير .

ثانياً : نظرية فعل الأمير فى القضاء الأردني :

إن نظرية فعل الأمير من صنع القضاء الإداري الفرنسي والمصري . فما هو موقف القضاء الأردني من هذه النظرية ؟ قبل أن نجيب عن هذا التساؤل. نبين حكماً لمحكمة العدل العليا الأردنية تقول فيه :

(لا تختص محكمة العدل العليا بالنظر فى العقود الإدارية وفسخها لأن اختصاص محكمة العدل العليا محدد بالمادة التاسعة من قانونها رقم ١٢ لسنة ١٩٩٢ والتى حدت من صلاحيتها برؤية الطعون المتعلقة بالعقود الإدارية أو فسخها)[2] .

---

(١) تمييز حقوق رقم ١١٧ – ١٩٧٩ تاريخ ١٩٧٩/٤/١٠ م ، منشورات عدالة ، مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة ١٩٧٨ م .

(٢) حكم رقم ٢٠٠١/٣٠٤ تاريخ ٢٠٠٢/٩/٤ ، منشورات عدالة ، مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة ٢٠٠٣ ، ص ٤٦ .

ويرى الباحث من خلال هذا الحكم أن تحديد اختصاص محكمة العدل العليا (حصراً) من قبل المشرع الأردني بموجب المادة التاسعة من قانونها رقم ١٢ لسنة ١٩٩٢ هو أمر منتقد من المشرع الأردني ، حيث نتمنى من المشرع الأردني تدارك هذه الثغرة التشريعية وسدها بتعديل هذا القانون بأن يطلق يد المحكمة ليمتد اختصاصها إلى جميع المنازعات الإدارية ومن ضمنها منازعات كافة العقود الإدارية لتحقق الحكمة من وجود قضاء إداري متخصص ومستقل.

ومع ذلك يعود قضاؤنا ويقر بأن نظرية عمل الأمير هي من صنع القضاء والفقه الإداريين وذلك في حكم لمحكمة التمييز تقول فيه : (إن الفقه والقضاء قد استقر على أنه يشترط لتطبيق نظرية عمل الأمير توفر الشروط التالية[١] :

١ - أن يكون التشريع الجديد الصادر بعد العقد الذي ارتبطت به الحكومة مع أحد الأفراد والذي زاد التكليف المالي غير متوقع الصدور .

٢ - أن يكون التشريع الجديد قد ألحق بالمتعاقد مع الحكومة ضرراً خاصاً من شأنه أن يقلب اقتصاديات العقد وأن يصيب هذا الضرر طائفة خاصة أو أفراداً محدودين ، فإن كان التشريع عاماً شاملاً لجميع السكان أو لعدد غير محدود منهم فلا تطبق هذه النظرية المذكورة[٢] .

وفي الحكم ذاته تستطرد المحكمة وتقول :

(بأن نظرية فعل الأمير نظرية مستقلة لا تدخل تحت مفهوم نظرية الحوادث الطارئة وأنه لا يستند إلى أساس القول بأن نظرية عمل الأمير لا تخرج عن كونها تطبيقا لنظرية الحوادث الطارئة المنصوص عليها في المادة

---

(١) د. محمد موسى إبراهيم : المخاطر التي تواجه تنفيذ العقد الإداري ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، جامعة عمان العربية ، عمان ، سنة ٢٠٠٥ ، ص ١٢١ - ١٢٢ .

(٢) تمييز حقوق رقم ١٩٧٩/١٧ تاريخ ١٩٧٩/٤/١٠ ، منشورات عدالة ، مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة ١٩٧٩ ، ص ١٢٣٤ .

٢٠٥ من القانون المدنى الأردنى وهنا يحق للمرء أن يتساءل ويحقق : لماذا يعزف القضاء الأردني). عن تطبيق نظرية فعل الأمير مادام أنه يقر بعدالة ومرونة هذه النظرية كما هو واضح من أحكام محكمة التمييز المشار إليها سابقاً .

وفى حكم حديث لمحكمة التمييز الأردنية نجد أن القضاء الأردنى النظام طبق نظرية فعل الأمير وإن كان تطبيقاً سلبياً بعدم الأخذ بها لتخلف شروطها حيث تقول المحكمة : (يشترط لتطبيق نظرية فعل الأمير على العقود الإدارية أن يصدر عن السلطة العامة المتعاقدة تصرف أو فعل من شأنه أن يجعل تنفيذ العقد من جانب المتعاقد أكثر صعوبة ويحمله أعباء وتكاليف تزيد عن الأعباء التى التزم بها فى مواجهتها، وأن تنشأ عن الفعل أضرار خاصة للمتعاقد ، وأن لا يكون هذا الفعل متوقعاً أو متفقاً عليه ، ولما كانت زيادة الرسوم الجمركية ليس من شأنها أن تلحق ضرراً خاصاً بالمدعية لوحدها بل إنه إجراء عام شامل ولا ينحصر مفعوله على طائفة معينة أو أفراد معينين إضافة إلى أن تعديل الرسوم الجمركية من قبل السلطة العامة بالزيادة أو النقصان هو أمر متوقع فى كل حين لمجاراة التغيرات الاقتصادية السريعة فلا مجال لتطبيق النظرية على موضوع الدعوى لتخلف هذين الشرطين) . وتحليلا لهذا النص تجد أن القضاء الأردنى أورد شروط تطبيق النظرية ولكنه لم يطبق هذه النظرية لتخلف شروطها وبالتالى فإن الباحث لم يعثر على حكم قضائى واحد يجيز تطبيق هذه النظرية علماً بأن مجلس الوزراء قد طبق نظرية[1] فعل الأمير بقراره الصادر بتاريخ ١٩٧٧/١/٢ عندما قدر التعويض عند الفرق الناتج برفع أسعار الأسمنت التى قررتها الحكومة مع أن محكمة التمييز الأردنية اعتبرت

---

(١) تمييز حقوق ، رقم ١٩٩٤/٣٢ تاريخ ١٩٥٤/٩/١٠ ، منشورات عدالة ، مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة ١٩٦٧ م ، ص ٩٧٦ .

ذلك من قبيل التبرع (هبـــة) بموجـــب قراراهـــا رقـــم ١٩٨٠/٣٤١ تـــاريخ ١٩٨٠/٢/١١م [١] وبذلك لم يعتبر هذا التعويض على أساس فعل الأمير .

وبذلك نكون قد انتهينا من دراسة نظرية فعل الأمير فى جميع الجوانـــب التى تهم النظرية، وننتقل الآن إلى الحديث عن نظرية الصعوبات المادية غـــير المتوقعة .

---

(١) مجلة نقابة المحامين الأردنية ، ١٩٨١ ، ص ٧٧٥ .

الفصل الثانى
التوازن المالى للعقد الإدارى بالاستناد
إلى نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

تمهيد :

تعتبر نظرية الصعوبات المادية كغيرها من نظريات القـــانون الإداري التى ابتكرها مجلس الدولة الفرنسي فى ظل أحكامه المتعاقبة . وبالتـــالى فـــهى نظرية قضائية كنظرية فعل الأمير من حيث النشأة .

فإذا صادف المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقـــد الإداري أى عـــارض مادي كان من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزامات التعاقدية صعبة ومرهقـــة ، ولـــم يكن من الوسع توقعها إطلاقاً وقت إبرام العقد ، فـــهذا العـــارض يكـــون مـــن الصعوبات المادية غير المتوقعة التى تواجه تنفيذ العقد الإدارى . وهنـــا يثـــور تساؤل من خلال البحث . هل يحق للمتعاقد مـــع الإدارة المطالبـــة بـــالتعويض الكامل عن الصعوبات المادية غير المتوقعة التى واجهت العقد أثنـــاء تنفيـــذه ؟ للإجابة على هذا التساؤل يلزمنا بحث هذا الموضوع وتقسيم هذا الفصل إلـــى أربعة مباحث:

المبحث الأول : نشأة نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة .

المبحث الثانى : مفهوم نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة .

المبحث الثالث : شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة .

المبحث الرابع : النتائج المترتبة على تطبيق نظرية الصعوبات الماديـــة غـــير المتوقعة .

المبحث الأول
نشأة نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

إن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة هى نظرية قضائية ابتدعها القضاء الفرنسي وامتدت بعد ذلك إلى مجلس الدولة الفرنسى، لذلك نجد أن غالبية الفقه الفرنسي والمصري يقر تطبيق هذه النظرية . وبناء على ذلك فإننا سنبين نشأة هذه النظرية فى فرنسا ثم نشأتها فى مصر مع العلم أن التشريع والقضاء الأردني لم يتطرق إلى نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة قطعياً .

أولاً : نشأة نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة فى فرنسا :

لقد نشأت نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة فى فرنسا ، وقد كان أول حكم قضائى ينشئ هذه النظرية هو حكم (Duche) الذى صدر بتاريخ ١٨٦٤/٦/٢٤ وقد كانت نتيجة هذا الحكم هى تعويض المتعاقد مع الإدارة عن الصعوبات غير المتوقعة التى واجهته أثناء تنفيذ العقد حتى يتسنى له الاستمرار فى تنفيذه[١] .

ونجد أيضاً أن الفقه الفرنسى قد أقر بتطبيق هذه النظرية إذا توافرت شروطها فى كافة العقود الإدارية ، فالفقيه جيز أشار إلى أن مجلس الدولة الفرنسي قد طبق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة فى عقود التوريد،

---

(١) د.أنور أحمد رسلان : نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد السنة ٤٨ ، العددان (٣ ، ٤) ، سنة ١٩٨٠م ، ص ٨٢٥ وما بعدها.
- د.محمد أنس قاسم جعفر : نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، " دراسة مقارنة تطبيقية " ، بحث منشور فى مقالات الأعمال المدنية ، طبعة مكتب الشلقانى للمحاملة ، القاهرة ، سنة ١٩٩٥ ، ص ١٨٦ .
- د محمد أحمد حسان الغندور : التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات ، رسالة دكتوراه ، كليه الحقوق جامعه القاهرة ، سنة ١٩٩٨ ، ص ٥٣٧ .

وأشار لتأكيد ذلك فى حكم المجلس الصادر فى أول أغسطس عام ١٩٢٥ فى قضية (Grene) حيث قبل المجلس تعويض المتعاقد عن الصعوبات المادية غير المتوقعة التى واجهها أثناء عملية فرز أخشاب متعاقد على توريدها[١].

ثانياً : نشأة نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة فى مصر :

لقد امتدت نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من القضاء الفرنسي إلى القضاء المصري ، وكانت أول أحكام محكمة القضاء الإداري الصادر بتاريخ ٥ مايو سنة ١٩٥٣ . وفى مجال التعليق على هذا الحكم فإن الفقه ذهب إلى أن هذا الحكم قد خلط بين نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ونظرية الظروف الطارئة حيث إن حق المتعاقد فى التعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة هو التعويض الكامل عن الضرر الذى أصاب المتعاقد أما فى الظروف الطارئة فإن التعويض يكون جزئياً إلى الحد الذى يرفع اختلال التوازن العقدى[٢] .

ونجد أن القضاء فى مصر أكد على تطبيق هذه النظرية على هدى من أحكام المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع[٣] . ففى عام ١٩٦٤ صدر إفتاء للجمعية العمومية عرفت فيه نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة على أنها (إذا ما صادف المتعاقد فى تنفيذ التزاماته صعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية خالصة ، ولا يمكن توقعها بحال من

---

(١) راجع د. عادل عبد الرحمن : المبادئ العامة فى آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها ، مرجع سابق ، ص ٢٢٢ .

(٢) د. محمد عبد المجيد إسماعيل : عقود الأشغال الدولية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة القاهرة ، سنة ٢٠٠٠ ، ص ٢٣٥-٢٣٦.

(٣) راجع أحكام المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ٢١١ لسنة ق عليا بتاريخ ١٩٦٩/٦/١٤ مجموعة الأحكام ص ١٧٨ والطعن رقم ٤٤٠ لسنة ١٣ ق بتاريخ ١٩٧٠/١/١٧ المجموعة ص ١٤٠ ومجموعة المبادئ التى قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى العقود الإدارية من أكتوبر ١٩٥٥ حتى ١٩٧٠م .

الأحوال عند إبرام العقد ، وتؤدى إلى جعل تنفيذ العقد مرهقاً ، فإن من حقه أن يطالب بتعويض كامل عما تسببه هذه الصعوبات من أضرار)[1] ونجد أن المشرع المصرى والفرنسى لم يقنن هذه النظرية ، بل ترك تحديد مضمون هذه النظرية وشروط تطبيقها إلى الفقه والقضاء[2] .

---

(١) د. مصطفى الحبشى : التوازن المالى فى عقود الإنشاءات الدولية ، مرجع سابق ، ص ٣٩٤.

(٢) د. أحمد حسان الغندور : التحكيم فى العقود الدولية للإنشاءات ، مرجع سابق ، ص ٥٣٨ .

المبحث الثانى
مفهوم نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

لقد تعددت تعريفات الفقه والقضاء فى مصر وفرنسا لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة . حيث عرفها البعض[1] (بأنها تلك الصعوبات التى تظهر أثناء تنفيذ العقد وتكون ذات طابع استثنائى بحيث لم يتوقعه المتعاقدان أثناء إبرام العقد ويكون من نتيجتها جعل العقد أكثر تكلفة ومن ثم فإنها تفتح أمام المتعاقد الحق فى أن يحصل على تعويض كامل فى شكل زيادة حقوقه المالية مقابل التزاماته العقدية) .

كما ذهب البعض[2] إلى تعريف النظرية بأنها : (إذا ما صادف المتعاقد فى تنفيذ التزاماته صعوبات ذات طبيعة استثنائية خالصة ولا يمكن توقعها بحال من الأحوال عند إبرام العقد وتؤدى إلى جعل تنفيذ العقد مرهقاً ، فإن من حقه أن يطالب بتعويض كامل عما تسببه هذه الصعوبات من أضرار) .

وقد عرّفت محكمة القضاء الإدارى الصعوبات غير المتوقعة بأنها (عقد تنفيذ العقود الإدارية وخاصة عقود الأشغال ، قد تطرأ صعوبات مادية استثنائية لم تدخل فى حساب طرفى العقد وتقديرهما عند التعاقد ، وتجعل التنفيذ أشد وطأة على المتعاقد مع الإدارة وأكثر تكلفة فيجب – من باب العدالة- تعويضه عن ذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها فى العقد زيادة تغطى جميع الأعباء والتكاليف التى تحملها اعتباراً بأن الأسعار المتفق عليها فى العقد لا تسرى إلا على الأعمال العادية المتوقعة فقط ، وأن هذه هى نية الطرفين المشتركة، والتعويض هنا لا يتمثل فى معاونة مالية جزئية تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد

---

(١) د. سعاد الشرقاوى : العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص ٥٤١ .

(٢) د. عادل عبد الرحمن : المبادئ العامة فى آثار العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص٢١٨.

معها بل يكون تعويضاً كاملاً عن جميع الأضرار التى يتحملها المقـــاول بدفـــع مبلغ إضافى له على الأسعار المتفق عليها ..)[1] .

وهو ما ذهبت إليه الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بقولـــها : (إن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة والتى يمكن أن تستند إليها مطاليـــة الشركة بمنحها مبالغ تزيد عما اتفق عليه فى العقد المبرم معها – تجمل فى أنه– إذا ما صادف المتعاقد فى تنفيذ التزاماته صعوبات مادية ذات طبيعة اســـتثنائية خالصة ، ولا يمكن توقعها بحال من الأحوال عند إبرام العقد وتؤدى إلى جعـــل تنفيذ العقد مرهقاً فإن من حقه أن يطالب بتعويض كـــامل عمـــا تســـببه هـــذه الصعوبات من أضرار)[2] .

وهكذا نجد أن المجال الأساسى لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غـــير المتوقعة هو عقود الأشغال العامة ، أكثر من العقود الأخرى [3] .

ونجد أن الصعوبات التى تواجهها هذه النظرية هى صعوبات موجـــودة قبل إبرام العقد ولكنها غير متوقعة على عكس الصعوبات التى تواجهها نظريـــة الظروف الطارئة وذلك مثل ظهور (طبيعة صخرية أمام عمليات الحفر .. الخ) وبالتالى تؤدى هذه الصعوبات إلى جعل تنفيذ العقد مرهقاً . وأخيراً يثبت حـــق المتعاقد مع الإدارة للمطالبة بالتعويض الكامل[4] .

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر بجلسة ١٩٥٧/١/٢٠ فى الدعوى رقم ٧٨٩٢ لسنة ٨ ق مجموعة أحكام السنة ١١ ، ص ١٥٢ .

(٢) فتوى الجمعية العمومية رقم ٩٥ الصادر بجلسة ١٩٦٤/٢/٤ .

(٣) د. عبد العظيم عبد السلام :" أثر الظروف الطارئة والصعوبات المادية على تنفيذ العقـــد الإدارى" ، القاهرة ، طبعة ١٩٩٩ ، ص ١١٦ ومابعدها ، وللمزيد :

- راجع د. محمد ماجد محمود : دور القواعد الدولية الحديثة فى المناقصات والمزايـدات فى الدول النامية ، القاهرة ، سنة ١٩٩٧ ، ص ١٦٤ .

(٤) د. أحمد سلامة بدر : العقود الإدارية وعقد البوت ، مرجع سابق ، ص ٢٦٠ .

المبحث الثالث
شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

أجمع الفقه على أن الصعوبات التى يواجهها المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقد المتعاقد عليه لا تخوله المطالبة بالتعويض الكامل ، إلا إذا اجتمعت شروط معينة ، وهى أن تكون الصعوبات مادية واستثنائية ، وغير متوقعة ، وأن تلحق ضرراً مرهقاً يؤدى إلى قلب اقتصاديات العقد ، وهذا الشرط أضافه مجلس الدولة الفرنسى ، وأخيراً أن تكون الصعوبات خارجة عن إرادة طرفى العقد[1] . وسوف نتناول كل شرط بشىء من التفصيل وعلى النحو الآتي :

أولاً : أن تكون الصعوبات مادية وغير عادية أو استثنائية :

إن تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يتطلب أن يعترض تنفيذ العقد صعوبة مادية – ذات طابع مادى – وتكون هذه الصعوبة المادية غير متوقعة من قبل طرفى العقد بحيث تكون غير عادية . وقد تكون هذه الصعوبات المادية، وهى فى أغلب الأحيان تعود إلى ظواهر طبيعية أو صعوبات مادية، غير متوقعة ترجع إلى فعل الإنسان. وقد تضمنت أحكام مجلس الدولة المصرى والفرنسى نوعين للصعوبات المادية غير المتوقعة[2] النوع الأول الظواهر الطبيعية ، فقد تكون طبقات غزيرة من المياه تظهر أثناء تنفيذ العقد ويتطلب

---

(١) د. عادل عبد الرحمن : المبادئ العامة فى آثار العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص ٢٢٦ ومابعدها ، وللمزيد :

- راجع د. أحمد سلامة بدر : نفس المرجع السابق ونفس الصفحة .
- راجع د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة : الأسس العامة للعقود الإدارية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية، ٢٠٠٤ ، ص ٢٢٠ ومابعدها .

(2) C.E 27-3-1903 "Commune de jeumont" REC P. 279.

سحبها نفقات غير عادية . أو قد تظهر طبقات صخرية عند حفر أحد الآبار الارتوازية[1] . وقد تكون ، سقوط أمطار غزيرة تؤدى إلى صعوبة الوصول إلى مكان العمل . وأيضا وجود زيادة فى حجم التربة الصلبة محل تنفيذ العقد أضعافاً مضاعفة يتجاوز التقديرات التى جرت عند التعاقد[2] .

وفى القضاء المصرى فقد اعتبرت المحكمة الإدارية العليا من قبل الصعوبات المادية غير المتوقعة (وجود أساسات خرسانية وخرسانات مجارى تحت أرض موقع الأشغال موضوع العقد وذلك أثناء قيام المقاول بتنفيذ عقد يتضمن ردم خنادق بناء حجرات تفتيش خاصة بسنترال العباسية)[3] .

أما النوع الثانى أن تكون الصعوبات المادية مصدرها أحد الأفراد الذين لا علاقة لهم بطرق العقد. وعلى سبيل المثال ، ترميم المتعاقد لطريق مجاور لموقع تنفيذ العقد لحاجته الماسة إليه فى الوصول إلى مكان محل العقد . أو قد يضطر المتعاقد لشراء وردم قناة خاصة مملوكة لأحد الأفراد ومجاورة لموقع العمل ، أو توقف المتعاقد مع الإدارة عن العمل قهرياً أثناء ترميمه إحدى الممرات المائية من أجل السماح لبعض البواخر بالمرور ، مما يؤدى إلى تعطيل العمال والشركات وغيرها[4] .

---

(1) C.E 7-2-1962 "Dome Sutra" Rec P. 1020.

(2) C.E 19-9-1973 "Caisse de Depets" Rec P. 172

وهذه الأحكام مشار إليها
فى كتاب د. أحمد سلامة بدر : العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص ٢٦١ .

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا ، جلسة ١٩٦٩/٦/١٤ مجموعة أحكام السنة ١٤ ، ص ٧٧٨ ومشار إليه فى كتاب د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة : الأسس العامة فى العقود ، مرجع سابق ، ص ٢٢١ .

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر فى القضية رقم ٣١١ لسنة ١١ ق المنشور عنه بمجموعة المبادئ القانونية التى أجرتها المحكمة من منتصف فبراير ١٩٦٩ إلى آخر سبتمبر ١٩٦٩ ، ص ٧٧٨ ومابعدها ، ص ٧٨٢ . وأيضا :

- راجع د. عبد العظيم عبد السلام : أثر الظروف الطارئة ، مرجع سبق ، ص ١١٩ ، وقد أشار إلى الحالات الثلاثة .

ثانياً : أن تكون الصعوبة المادية غير متوقعة وقت التعاقد :

هنا يشترط لإمكانية التعويض عن الصعوبات المادية أن تكون الصعوبات التى تواجه المتعاقد مع الإدارة غير متوقعة لحظة إبرام العقد من قبل طرفى العقد . ويجب على المتعاقد أن يقوم بإجراء كافة الإجراءات الاحتياطية التى تضمن التحرى ودراسة ظروف العقد من جميع الجوانب بحيث تكون الصعوبات المادية قد فاقت كل توقعاته بعد بذل هذا الجهد . وهو ما تضمنته المادة (٨٠) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات الحالى رقم (٩٨) لسنة ١٩٩٨ حيث نصت على أن (يلتزم المقاول بأن يتحرى بنفسه طبيعة الأعمال وعمل كل ما يلزم لذلك من اختبارات وغيرها للتأكد من صلاحية المواصفات والرسومات والتصميمات المعتمدة ، وعليه إخطار الجهة الإدارية فى الوقت المناسب بملاحظاته عليها ويكون مسؤولاً تبعاً لذلك عن صحة وسلامة جميع ما ورد بها كما لو كانت مقدمة منه) [١] .

وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإدارى فى حكمها المشار إليه سابقاً بتاريخ ١٩٥٧/١/٢٠ حيث تقول : (ومن حيث إنه فضلا عما تقدم فإن الشرط الخاص بوجوب أن تكون الصعوبات طارئة أى غير متوقعة أو مما لا يمكن توقعه أو ليس فى الوسع توقعها ..) وأيضا وهو ما تؤكده المحكمة الإدارية العليا فى حكمها بتاريخ ١٩٩٧/١٢/٣٠ والذى تقول فيه (ومن حيث إنه لما سبق وكانت الإدارة حسبما سلف لم تنف وجود اختلاف فى طبيعة التربة بالنسبة للأعمال الإضافية عن طبيعة الأرض والتربة بالنسبة للأعمال الأصلية والتى كانت محلاً للعقد الأصلى كما وأن الثابت ...)[٢] .

بالإضافة إلى ما سبق فإننا نجد أن اصطلاح عدم التوقع جاء فى حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ ١٩٠٥/٢/٣ حيث جاء فيه :

---

(١) راجع د. أحمد سلامة بدر : العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص ٢٦٢ .

(٢) راجع د. جابر جاد نصار : العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص ٣٥٠ .

(Le sieur ... est fond areclamer une indemnnite pour laggravation qu il a subi des sujetions tenant a la presence des eaux telles qu elle n avaient pu entrer dans la commune prevision des parteies lors de la passation du marche)

وهكذا نجد أن شرط عدم التوقع هو من الشروط الأساسية لتطبيق هـذه النظرية وفق ظروف معينة كما ذكرنا سابقاً. ومن هذا المنطلق فإن الإدارة تلتزم أيضا بمساعدة المتعاقد معها فى الوصول إلى الغاية التى تـؤدى إلـى تحديـد الظروف المحيطة بالعقد وذلك إعمالا لمبدأ حسن النية. وللقاضى سلطة تقدير ما إذا كانت الصعوبة التى واجهت المتعاقد عند تنفيذ العقد متوقعة أو كان بالإمكان توقعها لإمكانية تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة[1] .

ثالثاً : أن يترتب على الصعوبات المادية غير المتوقعـة ضـرر مرهـق للمتعاقد مع الإدارة ويؤدى إلى قلب اقتصاديات العقد :

إن الذى يبرر التزام الإدارة بدفع التعويض للمتعاقد معها فى هذه الحالـة أن يترتب على وجود هذه الصعوبات المادية غير المتوقعة ضرر للمتعاقد معـها وصورة الضرر هنا فى إطار هذه الصعوبات هو ارتفاع تكاليف العمليـة ، أو زيادة فى الأسعار المتفق عليها بصورة لم تكن متوقعة يترتب عليها إرهاق شديد للمتعاقد مع الإدارة[2] .

وفى ذلك ذهبت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى فتواهـا رقم ٩٥ بتاريخ ١٩٦٤/٤/٢ إلى أن : (وتحديد الزيادة مسألة فنية وذلـك مـع مراعاة أن يؤخذ فى الاعتبار فى هذا المقام أن كل زيادة لا يكون مـن شـأنها الإخلال باقتصاديات العقد ولا تؤدى ...) . ونجد أيضا أنه يستوى فى نظريـة الصعوبات المادية غير المتوقعة أن يكون ما أصاب المتعاقد من ضرر بسيطاً أو

---

(١) د. حسنى درويش : النظرية العامة فى العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص ١٣٤ .

(٢) د. جابر جاد نصار : العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص ٣٥٢ .

جسيماً[1] . ويستثنى من هذه الحالة لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة العقد المبرم من العقود الجزافية[2] . التى تتطلب لتطبيق نظرية الصعوبات المادية أن يكون الضرر أدى إلى قلب اقتصاديات العقد . وقد تأكد ذلك بفتوى القسم الاستشارى بمجلس الدولة سنة ١٩٦٤ السابق ذكرها .

رابعاً : يجب أن تكون الصعوبات المادية خارجة عن إرادة المتعاقدين :

إن الأساس هو أن لا يكون لطرفى العقد أى دخل فى وجود هذه الصعوبات ؛ حيث إنه إذا كانت الصعوبات ترجع إلى تدخل الإدارة طبقت نظرية فعل الأمير. ويجب أيضا أن تخرج هذه الصعوبات عن إرادة المتعاقد الذى يلتزم بإثبات أنه لم يكن بمقدوره أن يتوقى آثار هذه الصعوبات[3] . فإذا اعترض تنفيذ العقد أى صعوبة مادية كان بوسع المتعاقد تبينها لولا خطؤه أو إهماله، فلا يكون هناك مجال لتطبيق هذه النظرية وهنا يتحمل المتعاقد وحده المصاريف والنفقات[4] .

ويمكننا القول أيضا بأنه إذا نتجت الصعوبة المادية عن عمل الغير فإن هذا لا يمنع من تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة[5] .

---

(١) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة : الأسس العامة .. ، مرجع سابق ، ص ٢٢٦ ومابعدها.

(٢) العقود الجزافية : (هى تلك العقود التى تتضمن تحديداً لكمية الأعمال فى مقابل إجمالى تؤديه الإدارة لقاء تنفيذها) .

(٣) د. سعاد الشرقاوى : العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص ٥٤٩ ، للمزيد :
- د. عبد القادر عيسى الحسن : التزامات وحقوق المتعاقدين فى تنفيذ عقود الأشغال العامة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة القاهرة سنة ١٩٩٧ ، ص ٢٥٢.

(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعنين رقمى ٩١٦ ، ٩٤١ لسنة ٣٧ جلسة ٢٠٠١/١/٣١ .

(٥) د. أنور رسلان : نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، بحث منشور فى مجلة القانون والاقتصاد ، السنة ٤٨ العددان (٣،٤) ، سنة ١٩٨٠ ، ص ٢٧ .

المبحث الرابع
النتائج المترتبة على نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

استقر القضاء المصري والفرنسى على أن المتعاقد مع الإدارة يستحق تعويضاً كاملاً من الإدارة إذا توافرت شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وذلك لإعادة التوازن المالى للعقد ولكنه يترتب على ذلك وجود أمرين :

(١) استمرار المتعاقد فى تنفيذ العقد :

حيث إن الصعوبات المادية غير المتوقعة لا تؤدى إلى استحالة تنفيذ الالتزام ، وإنما تؤدى إلى أن يصبح التنفيذ أكثر إرهاقاً وكلفة ، فإن المتعاقد مع الإدارة يجب أن يستمر فى تنفيذ التزاماته العقدية رغم وجود الصعوبة المادية[١]. فإذا توقف المتعاقد عن تنفيذ التزاماته بسبب الصعوبة المادية فإنه لا يستحق التعويض عن الآثار الضارة التى لحقت به . إضافة إلى إعطاء الإدارة حقاً فى توقيع الجزاءات عليه[٢] .

(٢) حق المتعاقد فى الحصول على تعويض :

الأمر الثانى المترتب على تطبيق هذه النظرية ضرورة تعويض المتعاقد مع الإدارة عما أصابه من ضرر نتيجة ما أحدثته الصعوبات المادية من زيادة فى التكاليف أو الأسعار تعويضاً كاملاً[٣] .

---

(١) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة : الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص ٢٢٨ .

- وأيضا د. عادل عبد الرحمن : المبادئ العامة فى آثار العقود الإدارية ، مرجع سابق، ص ٢٣٤ .

(٢) د. محمد سعيد أمين : الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة فى تنفيذ العقد الإدارى ، "دراسة مقارنة" ، القاهرة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٤ ، ص ٨١ ومابعدها .

(٣) د. جابر جاد نصار : العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص ٣٥٣ ومابعدها .

وإذا كان مبدأ التعويض الكامل فى هذه الحالة متفقاً عليه وفقاً لأحكام مجلس الدولة الفرنسي والمصرى ، إلا أن نطاق التعويض مازال أمراً غير مستقر عليه من جانب المحكمة الإدارية العليا المصرية ؛ وذلك يرجع الى الخلط بين آثار نظرية الصعوبات المادية ونظرية الظروف الطارئة . ففى فرنسا نجد أن القضاء الفرنسى اتجه فى البداية إلى تطبيق مبدأ توزيع النفقات بين الإدارة والمتعاقد معها على أساس المشاركة فى تحمل الخسارة إلا أن مجلس الدولة الفرنسى استقر فى النهاية على تطبيق مبدأ التعويض الكامل[1] .

أما فى مصر فقد سارت بنفس الاتجاه ، حيث إن محكمة القضاء الإدارى قررت عدم تطبيق مبدأ التعويض الكامل وذلك فى حكمها الصادر فى ٥ مايو سنة ١٩٥٣ [2]. وبعد ذلك استقر قضاء المحكمة على تطبيق مبدأ التعويض الكامل وهو ما ذهبت إليه المحكمة فى حكمها الصادر فى ٢٠ يناير سنة ١٩٥٧ حيث قالت المحكمة بعبارات قاطعة : (والتعويض هنا ، تطبيقاً لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، لا يتمثل فى معاونة مالية جزئية تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد معها بل يكون تعويضاً كاملاً عن جميع الأضرار التى يتحملها المقاول بدفع مبلغ إضافى له على الأسعار المتفق عليها) .

وقد أيدت الجمعية العمومية للقسم الاستشارى لمجلس الدولة أيضاً مبدأ التعويض الكامل فى حالة الصعوبات المادية غير المتوقعة وقد جاء ذلك فى فتواها رقم ٩٥ الصادرة بتاريخ ٤ فبراير سنة ١٩٦٤ والمشار إليها سابقاً . ويبدو أن المحكمة الإدارية العليا المصرية لم تستقر على تطبيق مبدأ التعويض الكامل فى حالة الصعوبات المادية غير المتوقعة. والواضح أنها تعرضت لتطبيق هذه النظرية بأسلوب حيث خلطت بين آثار هذه النظرية وبين آثار

---

(١) د. على عبد المولى : الظروف التى تطرأ على العقد ، مرجع سابق ، ص ٥٦٠-٥٦١.

(٢) انظر مجموعة أحكام محكمة القضاء الإدارى ، السنة السابعة ، ص١٠٤٧ المشار اليها سابقاً .

نظرية الظروف الطارئة التى تقضى بتطبيق مبدأ المشاركة فى تحمل الأعباء ، ونجد ذلك فى حكمها الصادر فى ١٤ يونيو ١٩٦٩ فقد ألغت المحكمة حكم محكمة القضاء الإدارى الذى قضى بالتعويض الكامل حيث قررت : (أن الصعوبات التى استندت إليها المحكمة للحكم بالتعويض الكامل لا ترقى إلى مستوى الحوادث الطارئة ..) . ومن الواضح هنا أن العبارات التى استعملتها المحكمة الإدارية العليا تنطبق على نظرية الظروف الطارئة وليس على نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة . وعلى ذلك وفى حكم حديث للمحكمة الإدارية العليا عادت واستقرت على تطبيق مبدأ التعويض الكامل الذى يترتب على وجود الصعوبات المادية غير المتوقعة وهو ما ذهبت إليه فى حكمها بتاريخ ١٩٩٧/١٢/٣٠ السابق الإشارة إليه[١] . ونخلص إلى القول بأن الفقه والقضاء فى مصر وفرنسا استقرا على مبدأ التعويض الكامل فى حالة توافر جميع شروط نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ولكن يثور هنا تساؤل من خلال البحث وهو: ما أساس التعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة ؟

اختلف الفقه على ذلك . فالبعض[٢] يرى أن الأساس هو النية المشتركة للطرفين المتعاقدين على أساس أن السعر المتفق عليه فى العقد هو ما قصد به مواجهة ظروف عادية، أما الصعوبات المادية غير المتوقعة التى لم يتوقعها أحد فيفترض أن الطرفين قصدا أن تقدر الصعوبات بطريقة خاصة. ومن أنصار هذا الرأى الفقيه جيز.

أما البعض الآخر[٣] فذهب إلى أن أساس التعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة إنما يرجع إلى فكرة المسؤولية التقصيرية للإدارة . وهذا

---

(١) مشار إليه فى كتاب د. جابر جاد نصار : العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص ٣٥٤ .

(٢) د. سليمان الطماوى : الأسس العامة فى العقود الإدارية ، ١٩٩١ ، مرجع سابق ، ص ٧١٦ ومابعدها .

(٣) راجع د. على محمد على : الظروف التى تطرأ على تنفيذ العقد ، مرجع سابق ، ص ٥٢١ .

الأساس منتقد من الفقه ولا يتفق مع واقع الصعوبات المادية غير المتوقعة ، حيث تكون أمام فعل الأمير ويفترض أن الصعوبات المادية غير المتوقعة خارجة عن إرادة طرفى العقد ومن أنصار هذا الرأى (الفقيه بكينو) .

أما الاتجاه الراجح والذى يؤيده الباحث وهو إرجاع أساس التعويض فى نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة إلى اعتبارات العدالة أولاً وإلى الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية. وذلك يبين الصلة الوثيقة بين العقود الإدارية وبين المرافق العامة ومن أنصار هذا الرأى الأستاذ فالين والأستاذ لوبادير .

ونستخلص مما سبق أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة هى من النظريات التى تعيد التوازن المالى للعقد الإدارى ، وينتج عنها حق للمتعاقد مع الإدارة وهو التعويض الكامل عن الضرر الذى أصابه فى حال توافر جميع شروط نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة .

ومن خلال البحث فى هذا الموضوع تبين لنا أن المشرع المصرى والفرنسى لم يقنن هذه النظرية بل ترك تحديد مضمونها وتطبيقها إلى الفقه والقضاء وقد لاقت تأييداً من الفقه والقضاء فى كل من فرنسا ومصر .

أما فى الأردن فقد تبين لنا من خلال البحث فى النصوص التشريعية الخاصة بالعقود الإدارية أو فى القانون المدنى أو فى دفتر الشروط الموحد لسنة ١٩٩٦ الخاص بالعطاءات والأشغال العامة الحكومية ، أنه لا يوجد أى نص تشريعى واحد يثبت تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة فى الأردن كما أن القضاء الأردنى لم يتطرق فى أحكامه إلى تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ولم يوجد أى حكم لدى المحاكم المختصة بهذا الخصوص.

الفصل الثالث

التوازن المالى للعقد الإدارى بالاستناد

إلى نظرية الظروف الطارئة

تمهيد :

إذا كانت نظرية عمل الأمير ، تحقق التوازن المالى للعقد الإدارى نتيجة إجراءات صدرت من جهة الإدارة وأثرت على العقد الإدارى . والصعوبات المادية غير المتوقعة ، تحقق التوازن المالى للعقد الإدارى نتيجة صعوبات غير متوقعة وقت إبرام العقد وأثرت أيضا على تنفيذ العقد الإدارى . فإن نظرية الظروف الطارئة تحقق التوازن المالى للعقد الإدارى نتيجة ظرف طارئ وحوادث غير متوقعة ، تؤثر على العقد الإدارى ولكن هذه الظروف ليست من صنع الإدارة .

عندما تختل اقتصاديات العقد الإداري ، اختلالاً جسيماً نتيجة ظروف استثنائية لم يكن فى الوسع توقعها عند إبرام العقد الإدارى ، ويؤدى ذلك إلى جعل التنفيذ أكثر إرهاقاً للمتعاقد ، بما يترتب عليها من خسائر تتجاوز الخسائر العادية المألوفة ، فإن للمتعاقد الحق فى طلب مساعدة جهة الإدارة للتغلب على هذه الظروف ، ونكون أمام ظروف طارئة أدت إلى قلب اقتصاديات العقد ، ولكنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً[1] .

ولدراسة نظرية الظروف الطارئة فإننا سنتعرض إلى تحديد مفهومها ونشأتها وشروط تطبيقها وآثارها ونطاق تطبيقها فى التشريع والقضاء الأردنى وذلك فى خمسة مباحث على النحو التالى :

---

(١) د. نواف كنعان : القانون الإدارى الأردنى ، الكتاب الثانى ، عمان ، طبعة ١٩٩٦ ، ص ٣٦٧ ومابعدها .

المبحث الأول : مفهوم نظرية الظروف الطارئة .

المبحث الثانى : نشأة نظرية الظروف الطارئة .

المبحث الثالث : شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة .

المبحث الرابع : الآثار والنتائج المترتبة على تطبيق نظرية الظروف الطارئة .

المبحث الخامس: نظرية الظروف الطارئة فى التشريع والقضاء الأردنى.

المبحث الأول
مفهوم نظرية الظروف الطارئة

تعتبر نظرية الظروف الطارئة ، من الأسس التى تقوم عليها العقود الإدارية ، بحيث لا يجوز النص فى هذه العقود على استبعاد تطبيقها إذا توافرت شروطها ، حيث إن الهدف من تطبيق هذه النظرية مساعدة المتعاقد مع الإدارة على تنفيذ التزاماته العقدية التى قد يمنعه الظرف الطارئ من تنفيذها ، وذلك لضمان إعادة التوازن المالى للعقد الإدارى ، وضمان سير المرافق العامة بانتظام واستمرار . وهو هدف عام لأجل تحقيقه تم إبرام العقد[1] .

وقد تعددت التعريفات الفقهية لنظرية الظروف الطارئة ، دون اختلاف، فعرفها البعض[2] : (أنه إذا جدت أثناء تنفيذ العقد الإدارى ، أن طرأت ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد ، فقلبت اقتصادياته ، وإذا كان من شأن هذه الظروف أو الأحداث ، أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً ، بل أثقل عبئاً وأكثر كلفة ، ما قدره المتعاقدان التقدير المعقول ، وإذا كانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة المألوفة العادية التى يتحملها أى متعاقد ، إلى خسارة فادحة استثنائية وغير عادية ، فإن من حق المتعاقد المتضرر أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته فى هذه الخسارة التى تحملها فيعوضه تعويضاً جزئياً).

ويعرفها آخرون بأنها : (عندما تحدث ظروف مستقلة عن إرادة طرفى العقد ، ولم تكن متوقعة أثناء إبرام العقد الإدارى ، وتؤدى إلى قلب اقتصاديات العقد ، بحيث يصبح تنفيذ الالتزامات مرهقاً أو محدثاً عجزاً مالياً للمتعاقد ، فإن

---

(١) د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة : الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص ٢٠٠ .

(٢) د. سليمان الطماوى : الأسس العامة فى العقود الإدارية ، ١٩٩١ ، مرجع سابق ، ص ٦٦٦ .

العقد يبقى قائماً وملزماً ، وإنما يتعين على الإدارة أن تخفف من عسرة المتعاقد معها بمساعدته على تخطى الصعوبات بتغطية جزء من الخسارة)[1] .

كما يعرفها البعض[2] : (بأنها عبارة عن أحداث وظروف إدارية ، أو طبيعية أو اقتصادية ، تنشأ أثناء تنفيذ العقد ، ولم تكن فى حسبان المتعاقدين وقت إبرام العقد ، ولا يملكون دفعها ، ومن شأن هذه الأحداث وتلك الظروف أن تجعل تنفيذ العقد مرهقاً للمتعاقد ، بحيث تقلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب).

ومن هنا نجد ، أنه عندما تطرأ حوادث مستقلة عن إرادة المتعاقد ، وتكون هذه الحوادث غير متوقعة عند إبرام العقد الإدارى ، وتؤدى إلى قلب اقتصاديات العقد ، دون أن تجعل تنفيذه مستحيلاً ، وتؤدى إلى إلحاق خسارة بالمتعاقد ، فإننا نكون أمام نظرية الظروف الطارئة[3] .

---

(١) د. سعاد الشرقاوى : العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص ٥١٠ .

(٢) د. رأفت فوده : نظرية العقد الإدارى ، مرجع سابق ، ص ١١٤ .

(٣) د. محمد جمال الذنيبات : الوجيز فى القانون الإدارى ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٥ ، ص ٢٧٤ ومابعدها .

المبحث الثانى
نشأة نظرية الظروف الطارئة

تعتبر نظرية الظروف الطارئة ، من النظريات القضائية القديمة التى نشأت وأرسى دعائمها مجلس الدولة الفرنسي . ويعتبر الفقه ، أن حكم مجلس الدولة الشهير فى قضية غاز بوردو سنة ١٩١٦ ، هو دستور نظرية الظروف الطارئة[١] .وتتلخص وقائع هذه القضية فى أنه عقب نشوب الحرب العالمية الأولى ارتفعت أسعار الفحم ارتفاعاً فاحشاً ، لدرجة أن شركة الإضاءة لمدينة بوردو الفرنسية ، وجدت أن الأسعار التى تتقاضاها ، مقابل التزامها بإنارة المدينة ، أقل بكثير من أن تغطى نفقات الإنارة ، ولهذا تقدمت الشركة للسلطة مانحة الالتزام ، تطلب رفع الأسعار ، ولكن هذه السلطة رفضت ذلك ، وتمسكت بتنفيذ عقد الالتزام بناء على القاعدة (أن العقد شريعة المتعاقدين) . لأن التنفيذ ليس مستحيلاً بحيث إن الفحم موجود حتى ولو ارتفعت أسعاره ، وانتهى الأمر بالشركة والسلطة مانحة الالتزام إلى مجلس الدولة الذى قرر مبدأ جديداً مستمداً من قاعدة دوام سير المرافق العامة مفاده : (أنه إذا حدثت ظروف لم تكن فى الحسبان وكان من شأنها أن تزيد الأعباء الملقاة على عاتق

---

(١) راجع حكم مجلس الدولة الفرنسى : الصادر فى ٣٠ مارس سنة ١٩١٦ فى قضية :

- Compagnic Generale d'Eclairage de Bovdeaux Rec. P.125 cone. Chardent. D. 1916. P. 123 . S. 1916 P.317. (note Hauriou).

ومشار إليه فى رسالة د. محمد موسى إبراهيم : المخاطر التى تواجه تنفيذ العقد الإدارى ، مرجع سابق ، ص ١٢٦ ومابعدها .

وأيضا راجع د. محمد عبد المجيد المغربى : المشكلات التى تواجه تنفيذ العقود الإدارية، مرجع سابق ، ص ١٢٦ .

وراجع أيضا فى الفقه الفرنسى :

- A.de laubadere, f.moderne, P. Delvolve, T.C.A, L.G.D.J 2 edition 1984 T., 2, p 565 ex.

الملتزم إلى حد الإخلال بتوازن العقد إخلالاً جسيماً فللمتزم الحق فى أن يطلب من الإدارة – ولو مؤقتاً – المساهمة إلى حد ما فى الخسائر التى تلحق به) .

ونجد أن قضية غاز بوردو مازالت تحتفظ بقيمتها لغاية الآن بالرغم من أن مجلس الدولة الفرنسى ، قد أدخل تعديلات على تطبيق نظرية الظروف الطارئة من ناحيتين :

الناحية الأولى : من حيث نهاية الظروف الطارئة ، وكان ذلك فى قضية ترام شربورج ، حيث وضع حلولاً جديدة تكمل نظرية الظروف الطارئة فيما يتعلق بنهايتها[1] .

الناحية الثانية : تتعلق بمصدر الفعل الذى يتحقق به الظرف الطارئ .

حيث إن المسلم به بخصوص الحادث الطارئ الذى أدى إلى اختلال التوازن المالى للعقد ، بخصوص تطبيق نظرية الظروف الطارئة بعيد عن فعل الإدارة .لكن نجد أن مجلس الدولة الفرنسى قد وسع نطاق الظروف الطارئة . بحيث شملت الأفعال التى تصدر عن السلطات العامة[2] .

أما عن موقف الفقه المدنى الفرنسى فقد ظهر اتجاه من جانب الفقه إلى تأييد هذه النظرية من خلال بعض المحاولات الفقهية التى حاولت أن تجد لها سنداً فى المبادئ العامة للقانون .وقد اتجهت المحاكم المدنية فى فرنسا إلى الاتجاه الرافض تطبيق نظرية الظروف الطارئة[3] ، حيث أحبطت محكمة

---

(١) د. على محمد على : الظروف التى تطرأ على العقد ، مرجع سابق ، ص ٣١ .

(٢) د. سليمان الطماوى : العقود الإدارية ، ١٩٨٤ ، مرجع سابق ، ص ٦٠٤ .

(٣) للمزيد راجع د. محمد عبد العال السناري : " مبادئ وأحكام العقود الإدارية فى مجال النظرية والتطبيق " ، مرجع سابق ، ص ٢٩٧ وقد أشار أستاذنا الجليل فى ذات المرجع ص ٢٩٧ إلى أحكام المحاكم المدنية الفرنسية التى رفضت الأخذ بنظرية الظروف الطارئة ومنها:

- Cass.3 juill 1918 Sirey, 1918-1919-1-160 / cass 10 mars 1919, sivey, 1920-1-105, la note du na quet, / cass 6 jun 1921, sivey 1921-1-193, la note du Hugueney, / cass Dec. 1927, Sivey 1928-1-133.

النقض الفرنسية جميع المحاولات التى أقدمت عليها المحاكم المدنية [1] لتطبيق هذه النظرية فى مجال القانون الخاص متمسكة بالنص الذى يقرر (أن العقد شريعة المتعاقدين) .

أما فى مصر ، فقد مرت أطوار نشأة نظرية الظروف الطارئة بعدة مراحل إلى أن تم إقرارها بنص تشريعى . حيث إن القضاء الوطنى قد رفض الأخذ بهذه النظرية إلى أن بدأت محكمة الاستئناف الوطنية بتاريخ ١٩ ابريل ١٩٣١ إلى الأخذ بنظرية الظروف الطارئة ، ولكن محكمة النقض المصرية رفضت أن تسايرهم ونقضت الحكم – سالف الذكر – بحكم آخر صادر فى ١٤ يناير ١٩٣٢ [2] .

وقد بقى الحال على ذلك فيما يتعلق بالعقود المدنية إلى أن جاء التشريع المدنى المصرى الحالى بالنص على الأخذ بنظرية الظروف الطارئة فى الفقرة (٢) من المادة ١٤٧ من القانون المدنى المصرى [3] . وبهذا النص نجد أن مصر سبقت التشريع الفرنسى المدنى فى هذا المجال والذى مازال يطبق القواعد المدنية التقليدية .

---

(١) كذلك رفضت محكمة النقض الفرنسية الأخذ بنظرية الظروف الطارئة ومازالت مستقرة على رأيها حتى الآن للمزيد راجع مؤلف د. محمد عبد العال السنارى : مبادئ وأحكام العقود الإدارية ، مرجع سابق ص ٢٩٧ وقد أشار إلى الحكم الصادر فى ٨ أغسطس ١٩٠٣ بخصوص رفض محكمة النقض لتطبيق هذه النظرية فى ذات الصفحة.

(٢) مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة النقض الجزء الأول ، ص ٥٢ وأيضا راجع د.محمد عبد العال السنارى ، مبادئ وأحكام العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص ٣٠٢.

(٣) المادة ١٤٧ من القانون المدنى الجديد تقرر :

أ – العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون .

ب – إذا طرأت حوادث استثنائية عادة لم يكن فى الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى وإن لم يصبح مستحيلا ، جاء مرهقاً للمدين ، بحيث يهدد بخسائر فادحة ، جاز للقاضى تبعاً للظروف بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك .

أما القضاء الإدارى المصرى فقد أخذ بهذه النظريـــة منـــذ أن اختـــص بالنظر فى العقود الإدارية .

وقد ورد النص على نظرية الظروف الطارئة فى المادة السادســـة مـــن قانون التزامات المرافق العامة رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧[١] .

أما فى الأردن فتعتبر نظرية الظروف الطارئة من النظريـــات المقننـــة تشريعياً فى مجال القانون المدنى وهى قابلة للتطبيق على العقود المدنية وبعض العقود الإدارية كعقد امتياز المرافق العامة . وسنتطرق لهذا الموضوع بتوســـع فى المبحث الخامس من هذا الفصل[٢] .

---

(١) المادة السادسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ حيث جاء بها (إذا طرأت ظـروف لم يكن من المستطاع توقعها ولا يد لمانح الالتزام أو الملتزم فيها وأفضت إلى الإخـــلال بالتوازن المالى للالتزام أو إلى تعديل كيانه الاقتصادى عما كان مقـــدراً وقـــت منـــح الالتزام جاز لمانح الالتزام أن يعدل قوائم الأسعار ، وإذا اقتضى الحال أن يعدل أركـــان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر فى اســـتغلاله أو لخفض الأرباح الباهظة إلى القدر المقبول) ونجد أيضا أن نظرية الظروف الطارئة قـــد طبقت بكثرة على صعيد القضاء والرأى ومنها حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر فـــى ١١ مايو ١٩٦٨ وحكم محكمة القضاء الإدارى الصادر فى ٣٠ يونيو ١٩٥٧ ومشـــار إليه فى مؤلف د. سليمان الطماوى فى العقود الإدارية ، مرجع ســـابق ، ١٩٨٤ ، ص ٦٠٦ - ٦٠٩ .

(٢) راجع د. نواف كنعان : القانون الإدارى الأردنى ، مرجع سابق ، ص ٣٦٨-٣٦٩ .

المبحث الثالث
شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

إن شروط نظرية الظروف الطارئة تقترب فيما بينها على المستوى الفقهى والقضائى والتشريعى فى كل من الأردن ومصر وفرنسا . ففى مصر نجد أن المحكمة الإدارية العليا قد أوضحت فى العديد من أحكامها[1] شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة . وقد حددت هذه الشروط على النحو التالى[2] :

أولاً : يتعين حدوث ظرف طارئ خلال مدة تنفيذ العقد .

ثانياً : أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع ولا يمكن دفعه .

ثالثاً : أن يترتب على الظرف الطارئ أن يصبح العقد مرهقاً ومن شأنه قلب اقتصاديات العقد[3] .

وسوف نتناول هذه الشروط تفصيلاً على النحو التالى :

---

(١) مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى العقود الإدارية فى ٤٠ عاماً ، يراجع فى ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعنين ١٢٢٣/١٢٢٤ الصادرين بتاريخ ١٩٨٤/١٢/١٨ ص ٤٤٦ وأيضا حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٨٤٣ بتاريخ ١٩٨٢/١١/٢٠ لسنة ٢٦ ق المجموعة ، ص ٣١٩ .

(٢) يراجع فى ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم ١٧٤٩ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٩٧/١٢/١٦ الموسوعة الإدارية الحديثة ، جزء ٤٩ ص ١٧٤ .

(٣) د. محمد عبد العال السناري ، الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة فى مجال العقود ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص ٤٢ - ٤٣ .

أولاً : حدوث ظرف طارئ واستثنائي خلال مدة تنفيذ العقد[1] :

الظرف الطارئ فى مفهوم النظرية ، قد يكون ظواهر طبيعية مثل الفيضانات والزلازل وقد يكون اقتصادياً كارتفاع الأجور والأسعار بشكل كبير . ولتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، يجب أن تقع الحوادث الاستثنائية أثناء تنفيذ

---

(١) قررت المحكمة الإدارية العليا فى أحد أحكامها مايلى : (الثابت فى خصوص العقد محل هذه المنازعة أن المدعى عليه .. تعاقد فى ١٩٧٣/٩/١١ على إنشاء مبنى نقطة شرطة .. على أن يتم التنفيذ فى ميعاد أقصاه يوم ١٩٧٣/١٢/٣١ ، إلا أن المدعى عليه تأخر فى تنفيذ العملية المقرر لها ثلاثة أشهر ونصف شهر حوالى سنة وتسعة أشهر ولم يكن قد أنجز من العملية حتى يوم سحب العملية منه فى ١٩٧٥/٩/٢٢ إلا حوالى ٩٠% من مجموع الأعمال التى تتألف منها المقاولة . ولئن كان تنفيذ الأعمال المتبقية على حسابه بمعرفة المقاول .. قد أسفر عن زيادة فى الأسعار بلغت ١٩٥ % للأعمال العادية فرق قائمة الأسعار ، ٢٦٠% علاوة للأعمال الصحية فرق قائمة الأسعار ، و ٢٨٠% علاوة للأعمال الكهربائية فرق قائمة الأسعار - إلا أن هذه الزيادات لا تنسب إلى ظروف حرب أكتوبر سنة ١٩٧٣ ، إذ يتعين فى المقام الأول أن تطرأ الحوادث الاستثنائية العامة خلال مدة تنفيذ العقد الإدارى وأن تكون خلال تلك المدة - وليس بعدها - مؤثرة فى التزامات المتعاقد مع الإدارة بحيث تهدده بخسارة فادحة وتجعل تنفيذه لالتزامه مرهقا له . ولما كانت مدة التعاقد مع المطعون ضده تنتهى بنهاية سنة ١٩٧٣ فى ١٩٧٣/١٢/٣١ ولم يثبت من الأوراق أن الأسعار ارتفعت فيما بين إبرام العقد مع المدعى عليه ونهاية مدة التنفيذ المتفق عليها فيه فى يوم ١٩٧٣/١٢/٣١ على نحو يتهدد المدعى بخسارة فادحة ويخل باقتصاديات العقد معه ويجعل تنفيذ التزاماته مرهقا له ، وكان المعروف لدى الكافة أن الأسعار لم ترتفع من جراء حرب أكتوبر سنة ١٩٧٣ إلا بعد مضى أكثر من سنة كاملة على انتهائها - لذلك فإنه يتعين الحكم بأن ظروف حرب أكتوبر سنة ١٩٧٣ لا تشكل بالنسبة للعقد محل المنازعة حوادث استثنائية عامة تهدد المدعى بخسائر فادحة وتوجب على الحكومة تعويضه عنها . والقول بالنظر الذى اعتنقته محكمة القضاء الإدارى يسفر عن إثابة المدعى عليه عن تقصيره فى تنفيذ التزاماته العقدية وتراخيه فى ذلك إلى أن تم سحب العملية منه وتنفيذ ما تبقى منها على حسابه ، وهو أمر يخالف التطبيق السليم لأحكام القانون ، وعلى ذلك يكون الحكم المطعون فيه قد أخطأ فى تطبيق القانون فيما قضى به من إلزام الحكومة بالمساهمة فى تحمل فروق الأسعار بمقدار النصف .. ويتعين الحكم بإلغائه فى هذا الشق من قضائه : (الطعنان ٨٤٣ / ٩٢٢ لسنة ٢٦ ق - ١٩٨٢/١١/٢٠ : المجموعة - السنة ٢٨ - بند ١٨ - ص ٩٢ - ٩٣) والذى سبقت الإشارة إليه وانظر فى ان يكون الظرف الطارئ من الحوادث الاستثنائية نص م ٢/١٤٧ من القانون المدنى المصرى الحالى والتى تنص على أنه :
(ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة ، لم يكن فى الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلاً ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضى تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك) .

العقد الإدارى[1] ويقصد بالحادث الاستثنائى هو ذلك الحادث الذى يندر حصوله، ويعتبر غير مألوف مثل الزلازل أو وباء فاحش أو حرب طاحنة، أو ارتفاع أسعار[2] . وأيضا يشترط لتطبيقها وقوع هذه الظروف خلال تنفيذ العقد وليس قبل انعقاده أو بعد انقضاء تنفيذه .

وقد اقتصر تطبيق نظرية الظروف الطارئة الإدارية فى بادئ الأمر على الظروف ذات الطابع الاقتصادى ، حيث إن الهدف الرئيسى من ابتكار هذه النظرية هو حماية المتعاقد مع الإدارة من المخاطر الاقتصادية ، وذلك تمييزاً لهذه النظرية عن نظرية أفعال الأمير التى تغطى المخاطر الإدارية وعن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة التى تغطى المخاطر الطبيعية ، التى تعرض لها المتعاقد مع الدولة . وقد أخذ مجلس الدولة المصرى فى بداية الأمر بهذا المفهوم[3] . ولكن نجد أن المجلس تباطأ فى الأخذ بحالة إذا كان مصدر الظرف الطارئ ، الجهة الإدارية المتعاقدة حيث لا يطبق نظرية الظروف الطارئة بهذه الحالة[4] ، ثم عاد وأجاز ذلك بأحكامه الحديثة [5] حيث اتسع نطاق

---

(١) د. إبراهيم محمد على : آثار العقود الإدارية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة المنوفية ١٩٩٧، ص ٢٥٩ .

(٢) د. محمد عبد العال السنارى : مبادئ وأحكام العقود الإدارية، مرجع سابق ، ص ٣٢٦.

(٣) راجع حكم محكمة القضاء الإدارى بتاريخ ١٩٥٧/٦/٣٠ فى القضية رقم ٩٨٣ لسنة ٥٩ .

(٤) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٨٢/١١/٢٠ فى الطعنين رقم ٨٤٣ ورقم ٩٢٢ لسنة ٢٦ ق تاريخ ١٩٨٢/١١/٢٠ ومشار اليه فى مؤلف د. محمد عبد العال السنارى : مبادئ وأحكام العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص ٣٣٣ .

(٥) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٨٤/١٢/١٨ فى الطعن رقم ١٢٢٣ لسنة ٢٧ ق المجموعة ، س ٣٠ ، ص ٢٥٠ وقد إليه أشار الأستاذ الدكتور محمد عبد العال السنارى ، فى نفس المرجع ونفس الصفحة .

الظروف الطارئة لكى يشمل تقريباً كل صور المخاطر التى يمكن أن يتعرض لها المتعاقد مع الإدارة وذلك على النحو التالى :

١ – المخاطر الاقتصادية :

تعتبر المخاطر الاقتصادية التى يتعرض لها المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ التزاماته العقدية ، المجال التقليدى لتطبيق نظرية الظروف الطارئة[١] .

ومن أمثلة هذه المخاطر ارتفاع الأجور والأسعار ارتفاعاً فاحشاً سواء كان ذلك بسبب أزمة سياسية أو اقتصادية أو الهبوط الحاد فى الإيرادات وغير ذلك . وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا فى أحد أحكامها[٢] إلى عدم اعتبار

---

(١) أشار إلى هذا المعيار المفوض كورنيل فى تعليقه على حكم مجلس الدولة الفرنسى فى قضية (Fromasso) وتبناه بعض الفقهاء فى مصر ، راجع د. على عبد المولى ، مرجع سابق ، ص ٢٨٦ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم ٤٤١ -٤٤٣ لسنة ١٧ ق ومشار إليه فى مؤلف د.عبدالمجيد فياض : العقد الإدارى فى مجال النظرية والتطبيق ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، ١٩٨٣ ، وقد جاء بالحكم :

" أنه يجوز للإدارة المتعاقدة إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن صار تنفيذ التزام المتعاقد معها مرهقا ماليا وإن لم يصبح مستحيلا بحيث يهدد هذا المتعاقد بخسارة فادحة . ويجوز للإدارة تعويض المتعاقد معها على نحو يقيم التوازن المالى بين طرفى العقد الإدارى ، وفى خصوص هذه المنازعة لم يثبت من الأوراق أنه قد طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى وسع المدعى توقعها عند تعاقده مع الإدارة ، ولم يثبت أن تنفيذ المدعى التزاماته التنفيذية مرهق ماليا بما يهدد التوازن المالى فى العقد . لم يثبت شيئاً من ذلك . ولئن طرأت زيادات فى الأسعار خلال التنفيذ عما كانت عليه الأسعار وقت التعاقد فإن المدعى فى وسعه أن يتوقعها ويحسب حسابها ويدخلها فى اعتباره عند تحديده أسعار العمليات التفصيلية التى ينطوى عليها عقده مع الإدارة ، ولم يثبت من الأوراق أن الزيادة فى الأسعار كانت تهدد المدعى بخسارة فادحة إن مضى فى التنفيذ على مقتضى الأسعار المتفق عليها فى العقد . وعلى ذلك يكون الحكم المطعون فى قضائه بأن المدعى كان يتعين عليه أن يتوقع ارتفاع الأسعار عند التعاقد ويراعيها عند التقدم بعطائه . كما أن المدعى لم يقدم دليلا على أن ارتفاع الأسعار لم يكن متوقعا عند التعاقد .

ارتفاع الأسعار من قبيل الظروف الطارئـــة وذلك على أساس إمكان توقعـــه عند التعاقد.

٣ – المخاطر الطبيعية :

وهى التى يكون مصدر الظرف الطارئ ناتجاً عن ظاهرة من الظواهـر الطبيعية المفاجئة كالفيضانات والزلازل والأوبئة والجفاف ... الخ .

٤ – المخاطر الإدارية :

قد تتمثل المخاطر الإدارية فى تشريعات تؤدى إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب وهى تفيد إجراءات إدارية عامة أو إجراءات تؤثر على العقـــد الإدارى . وتعتبر مخاطر إدارية ناجمة عن إجراءات إدارية خاصة .

ولذلك نجد أن القضاء المصرى وسع من نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة حيث كان يعتبر المخاطر الإدارية من ضمن المخاطر الاقتصادية ولكن مع تطور دور الدولة وتدخل السلطات العامة فى رسم وتوجيه سياســـة الدولـــة الاقتصادية أصبح من الضرورى الفصل بين المخاطر الاقتصاديـــة والمخـــاطر الإدارية ، ومن أهم هذه المخاطر :

أ – مخاطر إدارية ناجمة عن إجراءات عامة :

مثل القوانين واللوائح كما فى حالة صدور قوانين اجتماعية ترتب عليها ارتفاع فاحش فى الأجور والأسعار أو فرض ضرائب جديدة أو زيـــادة فئـــات الضرائب القائمة أو صدور تشريعات تتعلق بالنقد كتخفيض العملة أو قيود علـــى تداولها أو تتصل بتنفيذ سياسة الاقتصاد الموجه[١] .

ومن أمثلة أخذ مجلس الدولة المصرى بهذا التوسع فتوى قســـم الـــرأى والتى تضمنت اعتبار اللوائح من المخاطر الإدارية العامة وقد جاء فيها : (يعتبر

---

(١) د. سليمان الطماوى : الأسس العامة للعقود الإدارية ، ١٩٩١ ، ص ٦٧٤ .

قرار مجلس الوزراء بتخفيض قيمة الجنيه المصرى فى مواجهة الدولار حادثاً استثنائياً عاماً تطبق بشأنه نظرية الظروف الطارئة)[1] .

ومن أحكام المحكمة الإدارية العليا فى هذا الشأن حكمها الذى تضمن : أن أحكام الشروط العامة للمناقصة تنص فى المادة ٢٠ على أنه: (تقدم العطاءات عن توريد أصناف على أساس التعريفة الجمركية ورسوم الإنتاج وغيرها من أنواع الرسوم والضرائب المعمول بها وقت تقديم العطاء فإذا حصل تغيير فى التعريفة الجمركية أو الرسوم الأخرى أو الضرائب فى المدة الواقعة بين تقديم العطاء . وآخر موعد للتوريد ، وكان التوريد قد تم فى غضون المدة المحددة ، فيستوى الفرق تبعاً لذلك بشرط أن يثبت أنه سدد الرسوم والضرائب عن الأصناف الموردة على أساس الفئات المعدلة بالزيادة . أما فى حالة ما إذا كان التعديل بالنقص فتخصم قيمة الفرق من العقد إلا إذا أثبت المقاول أنه سدد الرسوم على أساس الفئات الأصلية قبل التعديل)[2]. ويبين لنا الحكم السابق ، أن الحكم يختلف باختلاف السبب الطارئ المؤثر على قيمة العطاء فإذا كان السبب راجعاً إلى تقلب السوق وأسعار العملة ألزم المقاول بما يترتب عليه من آثار والتزامات ، أما إذا كان السبب يعود إلى تعديل الضرائب والرسوم الجمركية التزمت الوزارة بما يترتب على ذلك من آثار ، كما هو مبين فى المادة السابقة .

ب – مخاطر إدارية ناجمة عن إجراءات إدارية خاصة :

ويقصد بها الإجراءات التى يكون من شأنها التأثير على عقد إدارى معين فتؤدى إلى قلب اقتصادياته . ومن أمثلة ذلك صدور أوامر بنقل أعمدة

---

(١) فتوى قسم الرأى رقم ٣٦٠ بتاريخ ١٩٥٤/٧/١٧ ، الموسوعة الإدارية الحديثة ، الجزء ١٨ ، ص ٨٩٦.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٦٧/١١/٢٥ الطعن رقم ١١٨٦ لسنة ١٠ ق ومشار إليه فى رسالة د. إبراهيم محمد على : آثار العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص ٢٦٢ .

الكهرباء من موقع العمل لاعتبارات السلامة العامة[١] وأيضا تعتبر منافسة الملتزم بتسيير أتوبيس نهرى عن طريق تسيير أتوبيسات نهرية وبرية لخدمة ذات الخط يعد من قبيل الظروف الطارئة[٢] .

ونجد هنا أن المخاطر الناجمة عن الإجراءات الصادرة عن السلطات العامة تثير تساؤلاً هاماً ، عما إذا كان يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن تكون المخاطر الإدارية صادرة من جهة إدارية غير جهة الإدارة المتعاقدة ، أم أنها تشمل الإجراءات الصادرة من الجهة الإدارية المتعاقدة ؟

لقد اتجه قضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصري فى البداية إلى اشتراط أن يكون الظرف الطارئ مستقلا عن إرادة الأطراف كما سبق واشرنا .وبالتالى كان لابد من تطبيق النظرية على الإجراء الإدارى الضار الصادر من سلطة عامة غير متعاقدة[٣] وقد أخذت بهذا الاتجاه المحكمة الإدارية العليا ، الذى تمت الإشارة إليه سابقاً فى الحكم الصادر فى ١١ مايو ١٩٥٨. وقد تطور قضاء مجلس الدولة الفرنسى ، وذهب إلى إمكان تطبيق نظرية الظروف الطارئة سواء كان الفعل الذى سبب الضرر راجعاً لجهة الإدارة المتعاقدة أو غيرها[٤]. وبالتالى فإن للمتعاقد مع الإدارة أن يستفيد من نظرية الظروف الطارئة فى حالتين :

الأولى : إذا صدر الإجراء الإداري الضار من سلطة إدارية غير متعاقدة .

الثانية : إذا صدر الإجراء الإدارى الضار من سلطة إدارية متعاقدة ، وفشل المتعاقد المتضرر فى إثبات خصوصية الضرر كشرط لتطبيق نظرية أفعال الأمير[٥] .

---

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسى :

- C.E. 8 Decembre 1944, ste. L'energie industrielle, R.D.P. 1946, P. 317, concl. Detton, note Jeze.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر فى ١١ مايو ١٩٦٨ السنة ١٣ ، ص ٨٧٤ .

(3) C.E.15 Juillet 1949, "Ville d'Elbeuf," Rec P. 358.

(4) C.E.2 mars 1949, ministre des Travaux Publies, R.D.P. 1953, P. 309.

(٥) راجع د. عمر حلمى : آثار العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص ٢٥٨ .

أما قضاء مجلس الدولة المصرى فقد استقر على ضرورة أن يكون الإجراء الذى يؤدى الى تطبيق نظرية الظروف الطارئة من غير الجهة الإدارية المتعاقدة[1] . إلا أن جانبا من الفقه المصرى ذهب الى تأييد الاتجاه الحديث لمجلس الدولى الفرنسى ومن ذلك الجانب الدكتور فؤاد مهنا حيث أيد رأى الأستاذ دى لوبادير[2] .

ويرى الباحث تأييد هذا الاتجاه وذلك لتحقيق العدالة وتعويض المتعاقد المتضرر من إجراء بنسب الجهة الإدارية المتعاقدة . حيث يمكن للمتعاقد مع الإدارة فى حالة عدم توفر شروط نظرية فعل الأمير ، أن يطالب بالتعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة ، لأنه من البديهى أن المتعاقد سيحاول بكل وسيلة تطبيق نظرية فعل الأمير لأن التعويض عنها تعويض كامل ، على خلاف التعويض المستند إلى نظرية الظروف الطارئة وهو التعويض الجزئى .

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

يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع وغير داخل فى حسبان المتعاقدين ونيتهما المشتركة عند التعاقد.

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٩٣/٤/٤ الطعن رقم ٥٤٩ / ٨٠١ لسنة ٥٣٥ حيث جاء فيه : (ومن حيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة يستلزم أن تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية أو من عمل جهة إدارية غير الجهة المتعاقدة أو من عمل إنسان آخر لم تكن فى حسبان المتعاقد عند إبرام العقد).

(٢) يرى الفقيه (de laubadere) أن شرط وجود ظرف طارئ لا يرجع إلى إرادة المتعاقدين ولا يسرى بالنسبة للسلطة الإدارية التى أبرمت العقد . حيث يجوز تطبيق نظرية الظروف الطارئة فى الحالات التى تتخذ فيها الإدارة المتعاقدة إجراءات لا تتوافر فيها شروط نظرية فعل الأمير ولكن تتوافر شروط نظرية الظروف الطارئة .

ويشترط أيضا ألا يمكن تداركه أو دفعه بعد حدوثه أو تفاديه[1] . ويعد هذا الشرط من الشروط الأساسية لتطبيق هذه النظرية . وقد حددت محكمة القضاء الإدارى مضمون شرط عدم التوقع بقولها : (إن الشرط الخاص بوجوب أن تكون الصعوبة طارئة أى غير متوقعة أى ليس فى الوسع توقعها . وهذا الشرط ينطوى إلى حد كبير على معنى المفاجأة فى صورة معينة ، كأن يجد المتعاقد مع الإدارة نفسه إزاء حالة لم يكن يتوقع حدوثها لا بناء على دفتر الشروط ولا من دراسته الأولية للمشروع أو بالرغم مما اتخذه من حيطة لا تفوت على الشخص البصير بالأمور قبل الإقدام على المساهمة فى تسيير المرفق والتعاقد بشأنه) . وهنا يستقل القاضى فى تقدير شرط عدم التوقع وهو يقوم بتحديد عما إذا كان الحادث من المخاطر العادية التى يمكن توقعها أو غير العادية التى تستوجب تطبيق نظرية الظروف الطارئة[2] .

وقد تطور القضاء الفرنسى ومن بعده القضاء المصرى حول تحديد محل عدم التوقيع . فهل ينصب على الظرف الطارئ نفسه أم على آثاره ؟

فى البداية وبسبب ظروف الحرب العالمية الأولى اشترط مجلس الدولة الفرنسى أن ينصب عدم التوقع على الحادث نفسه (الحرب) بصرف النظر عن إمكانية توقع أو عدم توقع آثاره . وبذلك فقد قضى المجلس بعدم تطبيق النظرية على العقود التى أبرمت بعد الحرب لأن الحوادث المتعلقة بالعمليات الحربية أصبحت متوقعة بعد بدء الحرب حيث لم يقبل المجلس تطبيق النظرية إلا على العقود التى سبقت بداية الحرب . وفى مصر طبق مجلس الدولة المبدأ الجديد والذى أكدته المحكمة الإدارية العليا وذلك أن شرط عدم توقع الظرف الطارئ ينصرف إلى الظرف الطارئ وآثاره أو مدى هذه الآثار [3] .

---

(١) راجع د. عبد الرزاق السنهورى : الوسيط ... ، مرجع سابق ، ص ٦٤٤ .

(٢) عبد العزيز عبد المنعم خليفة : الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص ٢٠٣ وما يليها .

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر فى ٩ يونية ١٩٦٢ومشار إليه فى مؤلف د. إبراهيم محمد على : آثار العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص ٢٧٦ .

وقد بدأ مجلس الدولة الفرنسي التحول بهذا الاتجاه بحكمه الصادر فى ٤ نوفمبر ١٩٣٢ فى قضية "Ste. Eau et assainissament" ثم توالت بعد ذلك أحكام المجلس[١] . وبخصوص التاريخ الذى يعتد به لتقدير شرط عدم التوقع فإن القضاء الإدارى المصرى[٢] والقضاء الإدارى الفرنسى [٣] يعتد بتاريخ إبرام العقد .

ثالثاً : أن يترتب على الظرف الطارئ أن يصبح العقد مرهقاً ومن شأنه قلب اقتصاديات العقد :

يشترط فى تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، أن يترتب على الظرف الطارئ ، أن يصبح العقد مرهقاً للمتعاقد مع الإدارة ، بحيث يصبح أمر تنفيذ العقد الإدارى أمراً صعباً بسبب الخسارة التى لحقت بالمتعاقد تجعله يتوقف عن الاستمرار فى تنفيذ العقد . وشرط الخسارة هو الشرط الوحيد من شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة الذى ينتج عن العقد ذاته ، حيث إن باقى الشروط خارجة عن نطاق العقد[٤] .

والمقصود بإرهاق المتعاقد مع الإدارة فى شأن تطبيق نظرية الظروف الطارئة هو أن يؤدى الحادث إلى صعوبة تنفيذ التزاماته العقدية وإلى تحمل المتعاقد مع الإدارة خسائر كبيرة غير متوقعة بحيث تؤدى إلى الإخلال بالتوازن المالى للعقد ، أى قلب اقتصاديات العقد .

---

(١) راجع الأحكام القضائية لمجلس الدولة الفرنسى فى رسالة د. على عبد المولى ، مرجع سابق ، ص ٣٤٦.

(٢) راجع حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر فى ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ ، س ١١ ، ص ١٠٦ وحكم المحكمة سنة ١٩٨٤ فى الطعن رقم ٢٣٢٣ لسنة ٢٧ ق وقد سبق الإشارة إليه .

(3) C.E.13-7-1968, Societe "Etablissements serfati". A.I.D.A, 1986.P.582.

(٤) راجع فى ذلك د. محمد عبد العال السنارى : مبادئ وأحكام العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص ٣٥٣ .

ويتأكد ذلك فى أحكام مجلس الدولـــة المصـــرى[1] ومجلـــس الدولـــة الفرنسى[2]. وأيضا نص المادة (٢/١٤٧) من القانون المدنى المصرى : (حيث يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون قد لحق بالمتعاقد خسائر فادحة واستثنائية تجاوز الخسارة العادية وتؤدى إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً علـــى عقب)[3] .

ويقصد بقلب اقتصاديات العقد هو اختلال التوازن المالى للعقد بأن يلحق بالمتعاقد ضرر على قدر كبير من الجسامة ويؤدى إلى خسائر فادحة ، ويجـب على هذه الخسائر ألا تصل إلى منع المتعاقد من القيام بالتزامه ، وهو ما يمـيز نظرية الظروف الطارئة عن القوة القاهرة لأن الالتزام فى الأولى مرهق أما فى الثانية فهو مستحيل والذى يؤدى إلى إنهاء العقد. وقد حاولت محكمـــة القضـــاء الإدارى المصرى أن تحدد مدلول الخسارة كشرط لتطبيق النظرية ،وقـــد ورد بالحكم (إن مقتضى نظرية الظروف الطارئة أن يكون الظرف الطارئ أثقـــل وأشق كلفة عما قدره المتعاقدان تقديراً معقولاً ، بأن تكون الخسارة الناشئة عنـه والتى تلحق المتعاقد ، فادحة واستثنائية تجاوز الخسارة العادية بمعنى أنه إذا لم يترتب على الظرف الطارئ خسارة ما أو كانت الخسارة طفيفة بالنســـبة إلـــى عناصر الضرر فى مجموعة ، أو انحصر كل أثر الظرف الطارئ فى تفويـــت

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتـــاريخ ١٩٨٢/١١/٢٠ والحكـم الصـــادر فـــى ١٩٨٤/١٢/١٨ والمشار اليهم سابقاً .

وأيضا حكم المحكمة الإدارية العليا فى حكمها الصادر فـــى ١٧ يونيـــة ســـنة ١٩٧٢ المجموعة س ١٧ ، ص ٥٧٦ .

(٢) راجع أحكام مجلس الدولة الفرنسى :

- C.E 20-12-1985, Administration generale de l'assistance publique a paris R.D.P. 1986. P. 1727.
- C.E.10-10 1984, ent cottin Jonneaux, R.D.P, 1985, P. 223.
- C.E 12-5-1982. Societe des Travaux Publics et batiments, R.D.P. 1983 P.237.

(٣) د. محمد عبد العال السنارى : مبادئ وأحكام العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص ٣٦٩.

فرصة الربح على المتعاقد ، فإنه لا يكون ثمة سبيل لإعمال أحكام هذه النظرية)[1]. ومعيار قلب اقتصاديات العقد هو مسألة نسبية تقدر فى كل حالة على حده ووفقاً لظروف العقد. وقد أكد ذلك قضاء مجلس الدولة المصرى عند تحديده لمدى جسامة الضرر الذى يصيب المتعاقد بسبب ظرف طارئ حيث يدخل جميع عناصر العقد التى تؤثر فى اقتصادياته[2] .

نستخلص مما سبق ومن خلال دراسة أحكام محكمة القضاء الإدارى المصرى وأحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية أن شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة كانت محط أنظار الفقه والقضاء المصرى والذى بيناه فيما سبق . وكانت مركز اهتمام المشرع المصرى . رغم أن القانون المصرى القديم قبل صدور القانون المدنى الحالى ، لم يتضمن نصاً مماثلاً لنص المادة (٢/١٤٧).

وأعمالا لذلك فقد رفضت محكمة النقض المصرية[3] تطبيق نظرية الظروف الطارئة على إحدى الحالات المطروحة .

وقد قضت بأن نظرية الظروف الطارئة رغم أنها تقوم على أساس العدل والعفو والإحسان إلا أنه لا يجوز الأخذ بها فى غير الحالات التى نص القانون على تطبيقها فيها وأنه لا يجوز للقضاء أن يستبق المشرع إلى ابتداعه لنظرية عامة .

---

(١) حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر فى ١٩ يونيه سنة ١٩٦٠ السنة ١٤ ص ٢٦١ .

(٢) وفى ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ ١٧ يونيه ١٩٧٣ وقد سبق الإشارة إليها .

(٣) نقض مدنى صادر بجلسة ١٩٣٢/١/٢٤ - المجموعة الرسمية سنة ١٩٣٢ رقم ١١٠ ص ٢١٠ ومشار إلى هذا الحكم فى مؤلف : د. سلامة فارس عرب : وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية فى قانون التجارة الدولية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٩٨ ، ص ٣٣٥ .

وفى فرنسا وكما ذكرنا سابقاً فقد اشترط الفقه والقضـــاء الإدارى فـــى فرنسا توافر مجموعة من الشروط لإعمال وتطبيق نظرية الظـــروف الطارئـــة والمتمثلة بنفس الشروط التى أخذ بها الفقه والقضاء المصرى .

وأخيراً فقد كان لمحكمة التمييز الأردنية اتجاه لتحديد شـــروط تطبيـــق نظرية الظروف الطارئة وهذه الشروط :[١]

١ - يجب أن تكون الظروف الطارئة حوادث عامة وليست فرعيـــة كـــالحروب الداخلية والخارجية والفيضانات . فقد قضت محكمة التمييز (أن ما تدعيـــه الشركة من حصول تلف فى البضاعة التى استوردتها بسبب حادث فرعـــى وليس بسبب حوادث استثنائية عامة فلا تطبق أحكام الحوادث الطارئة فـــى هذه الحالة ويبقى الخلاف عليه بين الناقل والشركة ولا يحتج به على القيادة العامة)[٢] .

٢ - يجب أن تكون هذه الظروف خارجة عن إرادة طرفى العقد ومستقلة عنـــهما بحيث لا تكون بفعل أو خطأ أحدهما وإلا تحمل عبء ذلك ، وقـــد قضـــت محكمة التمييز (أن ما أنجزته الشركة من أعمال كان ينبغى حسب شـــروط العقد أن يتم قبل بداية سنة ١٩٧٧ أى قبل اســـتحداث نظريـــة الظـــروف الطارئة فى القانون المدنى ، فتراخيها فى إنجاز هذه الأعمال إلى مـــا بعـــد تاريخ العمل بهذه النظرية يفقدها حقها فى المطالبـــة بـــالتعويض المدعـــى به..)[٣] .

٣ - يتعين أن تكون هذه الظروف الطارئة غير متوقعة ولا يمكن توقعها وقـــت التعاقد ، وعليه يستبعد القضاء تطبيق هذه النظريـــة إذا كـــانت الحـــوادث متوقعة ، وقد قضت محكمة التمييز (أن تغير سعر الأسمنت كان متوقعـــاً نظراً لصدور أوامر الدفاع المتكررة قبل وبعد إحالة العطاء آنفاً)[٤] .

---

(١) د.على خطار شطناوي:الوجيز فى القانون الإدارى ، مطبعة الجامعة، عمان، ص ٧١١ .
(٢) تمييز حقوق ١٩٧٨/١/١٤ ، مجلة نقابة المحامين الأردنيين ، ١٩٧٨ ، ص ٣٩٤ .
(٣) تمييز حقوق ١٩٨٠/٢/١١ ، مجلة نقابة المحامين الأردنيين ، ١٩٧٩ ، ص ٧٧٥ .
(٤) تمييز حقوق ١٩٧٩/٤/٣٠ ، مجلة نقابة المحامين الأردنيين ، ١٩٧١ ، ص ١٢٤٦.

المبحث الرابع
الآثار والنتائج المترتبة على تطبيق
نظرية الظروف الطارئة

لما كانت نظرية الظروف الطارئة تستهدف مصلحة المرفق العام التى تقتضى تمكين المتعاقد من تنفيذ التزاماته ، فإن ذلك يستوجب على الإدارة أن تمد يد العون للمتعاقد معها لتمكينه من الاستمرار فى تنفيذ التزاماته العقدية[1] .

إن الإدارة فى هذه الحالة لا تقدم تعويضاً كاملاً عن الخسارة التى لحقت بالمتعاقد معها نتيجة الظروف الطارئة ، وإنما تقدم له عوناً مؤقتاً لتعينه على أداء التزاماته ، وعلى ذلك يترتب على تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، إذا توافرت شروطها . الآثار القانونية التالية :

أولاً : استمرار المتعاقد فى تنفيذ التزاماته العقدية .

ثانياً : حق المتعاقد فى الحصول على تعويض جزئى .

وسنتعرض لدراسة هذه الآثار وذلك على التفصيل التالى :

أولاً : استمرار المتعاقد فى تنفيذ التزاماته العقدية :

إن وجود ظرف طارئ استثنائى لا يؤدى إلى توقف المتعاقد مع الإدارة عن أداء الالتزامات المترتبة على العقد ، وذلك من أجل سير المرفق العام بانتظام لأن هذا الظرف يؤدى إلى إرهاق المتعاقد وأن الالتزام مازال ممكناً ، فلا يعفى المتعاقد من التزامه إلا عند حدوث القوة القاهرة ، وكل ما يستطيع أن يطالب به فى هذه الحالة مشاركة الإدارة فى تحمل بعض جوانب الخسارة التى لحقت به .

---

(١) د. عاطف البنا : العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص ٢٣٥ .

ومن ثم يترتب على ذلك ، أن المتعاقد مع الإدارة ، إذا توقف عن تنفيذ العقد فإنه يتعرض للجزاءات التى تملكها الإدارة ، سواء بحرمانه من المطالبة بالتعويض ، أو مد يد العون له ، أو يقلل من نسبة التعويض التى يمكن الحصول عليه من الإدارة نتيجة خصم المبالغ المستحقة عليه كغرامات تأخير من قيمة ما يستحقه من تعويض ، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا فى حكمها الصادر فى ٩ يونيه ١٩٦٢ حيث قالت : (إن مقتضى نظرية الظروف الطارئة إلزام جهة الإدارة بمشاركة الشركة المتعاقدة فى هذه الخسارة ضماناً لتنفيذ العقد الإدارى تنفيذا سليماً ، ويستوى أن يحصل التنفيذ من الشركة نفسها أو تقوم به جهة الإدارة نيابة عنها عند الشراء على حسابها ، كما أن تطبيق هذه النظرية لا يعفى الشركة من غرامة تأخير المصاريف الإدارية وفقاً لأحكام لائحة المخازن والمشتريات وأنه يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار عند توزيع الخسارة بين الشركة والوزارة الظروف التى أبرم فيها العقد من ارتفاع مفاجئ فى أسعار الزئبق بسبب تهافت الدول الكبرى على شرائه)[١] .

ثم إن المحكمة الإدارية العليا أكدت فى حكم آخر لها بأنه لا يعطى المتعاقد مع الإدارة أى مبرر للتحلل من التزاماته العقدية بقولها : (ليس مؤدى تطبيق هذه النظرية بعد أن تتوافر شروطها أن يمتنع المتعاقد فوراً عن تنفيذ التزاماته الواردة فى العقد)[٢] .

ومن ثم فإن المتعاقد المتوقف عن تنفيذ العقد ، إذا ما طرأ أثناء هذا التنفيذ ظرف طارئ جعله أكثر إرهاقاً ، لا يستطيع المطالبة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة للاستفادة بمشاركة الإدارة له فى تحمل جزء من الخسارة .[٣] وهذا ما قررته الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى فتواها بتاريخ ١٩٨٠/٢/٦.

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر فى ٩ يونية ١٩٦٢ وقد سبق الإشارة إليه أكثر من مرة .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم ٢٥٤١ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٨٥/١١/٣٠ .

(٣) فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة جلسة ١٩٨٠/٢/٦ ملف ٧٠٢/٢/٣٢ الموسوعة الإدارية الحديثة ، جزء ١٨ ، ص ٩٠٢ .

وتجدر الإشارة إلى القول بأنه إذا تحول الظرف الطارئ إلى قوة قاهرة خلال فترة قصيرة من الزمن ، عندئذ يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يتوقف عن التنفيذ خلال تلك الفترة ، ويتعين عليه أن يعاود التنفيذ متى زالت القوة القاهرة، وإلا امتنع عليه الاستناد إلى نظرية الظروف الطارئة[1] .

ثانيا : حق المتعاقد مع الإدارة فى الحصول على تعويض جزئى :

إن التعويض الذى يستحق للمتعاقد فى نظرية الظروف الطارئة هو تعويض جزئى ، يقتصر بالتعويض على جزء من الخسارة الحاصلة ، لأن هدف هذه النظرية هو مشاركة الإدارة للمتعاقد فى تحمل الخسارة الناتجة عن هذه الظروف وتوزيعها بينهما ، بهدف تمكين المتعاقد من الوفاء بالتزاماته العقدية حتى لا يضار المستفيدون من جراء العقد الإدارى ، فيما يخص المصلحة العامة.

ويتسم التعويض هنا بأنه مؤقت يرتبط بالظرف الطارئ وجوداً وعدماً حيث يتوقف بزوال هذا الظرف أو أن تتوقى الإدارة دفع التعويض وتقبل مختارة أن تعيد النظر فى شروط العقد بما يعيد إليه التوازن المالى . وبالتالى ينتهى هنا التعويض بانتهاء الظرف الطارئ[2] . ولكن ما هو الحل فى حالة استحالة عودة التوازن المالى للعقد بسبب استمرار الظرف الطارئ ؟

إن مجلس الدولة الفرنسي توصل إلى حل لمواجهة هذه الحالة فى قضية ترام شربورج والتى ذكرتها فى بداية هذا الفصل وقد كان مقتضى الحل : أنه فى حالة استمرار الظرف الطارئ يحق لطرفى العقد الطلب من القاضى تسجيلها وبالتالى تتحرر الإدارة من التزامها بالتعويض وكذلك يمكن للطرفين التفاهم على إعادة شروط العقد بما يتلاءم مع الأوضاع الجديدة أو الطلب من

---

(١) راجع د. إبراهيم محمد على : آثار العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص ٢٨٦ .
(٢) د. عبد العزيز عبد المنعم : الأسس العامة ، مرجع سابق ، ص ٢١٥ .

القاضى فسخ العقد أو المطالبة بالتعويض لأحد الطرفين إذا أثبت أحدهم أن الآخر كان سبباً فى عدم الوصول إلى اتفاق جديد[1] .

ويقتصر دور القاضى هنا على الحكم بالتعويض المناسب دون أن يكون له الحق فى تعديل الالتزامات العقدية[2] . ويقوم بتوزيع عبء الخسارة بين طرفى العقد لاعتبارات عدة منها : اعتبار موقف المتعاقد فى مواجهة الظرف الطارئ، ومدى ما بذله من جهد فى التغلب عليه وتوقى آثاره الضارة ، إضافة إلى الحالة الاقتصادية للمشروع ، ومدى تعاون الإدارة معه وبالتالى فإن تقدير التعويض من قبل القاضى لا يخضع لأسس ثابتة . وقد يستعين القاضى بخبراء مختصين ولكن يمكن حصر عملية تقدير التعويض فى أمرين :

الأول : تحديد بداية الظروف الطارئة وذلك منذ اللحظة التى يبدأ فيها الظرف الطارئ .

الثاني : تحديد الخسارة التى لحقت بالمتعاقد مع الإدارة ثم توزيع عبء الخسارة بين المتعاقد والإدارة .

وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا فى شأن أداء التعويض استناداً إلى نظرية الظروف الطارئة : (إذا طرأ أثناء تنفيذ العقد الإدارى ظروف أو أحداث غير متوقعة عند إبرام العقد ...)[3] .

ويتضح من هذا الحكم أن التعويض الذى يستحقه المتعاقد يشترط فيه أن يكون جزئياً وأن تكون الخسارة التى أوجدها هذا الظرف خسارة فادحة واستثنائية.

---

(١) راجع د. محمد إبراهيم على : آثار العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص ٢٩٠ .

(٢) د. عبد العزيز عبد المنعم : الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص ٢١٦ .

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم ٤٦ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٧٢/٦/١٧ .
وحكم المحكمة العليا ، طعن رقم ٥٩٥٥ لسنة ٤٣ ق جلسة ٢٠٠٦/٥/٨ ، مجلة المحاماة، العدد الثانى ، ص٥٢٥ .

ويثور هنا تساؤل عما هو الأساس القانونى للتعويض وفقاً لنظرية الظروف الطارئة ؟

لقد اختلف الفقه فى تحديد أساس التعويض تبعاً لنظرية الظروف الطارئة ولم يتم وضع أساس موحد يرجع إليه فى تبرير منح المتعاقد تعويضاً استناداً إلى هذه النظرية ، ويمكن رد الأسس التى اقترحها الفقه إلى النقاط التالية :

١ – فكرة النية المشتركة لأطراف العقد :

ذهب البعض إلى أن التعويض الذى يحكم به القاضى فى حالة تطبيق نظرية الظروف الطارئة يستند إلى الإرادة المشتركة لطرفى العقد ، أى أن العقود يجب أن تنفذ بحسن نية وأن القاضى يحكم بالتعويض وفقا للنية التى قصدها أطراف العقد لحظة إبرام العقد[١] .

٢ – فكرة التوازن المالى للعقد :

يذهب بعض الفقهاء مثل فالين[٢] ودى سوتو[٣] أن أساس التعويض الذى يحصل عليه المتعاقد مع الإدارة عند توفر شروط نظرية الظروف الطارئة هو فكرة التوازن المالى للعقد الإدارى والتى تفترض ضرورة تحقيق التوازن بين الالتزامات التى يفرضها العقد الإدارى على المتعاقد مع الإدارة وبين حقوقه بما ينتظره من ربح من وراء هذا العقد . وقد انتقد هذا الرأى بعض الفقه[٤] على أساس أن فكرة التوازن المالى تقتضى التعويض الكامل للمتعاقد عن الأضرار

---

(١) د. على محمد على : الظروف التى تطرأ أثناء تنفيذ العقد ، مرجع سابق ، ص ٥٠٤

(2) Valine: Traite elementaire de droit administratif, 4-edition P. 340.

(3) Desote: imprevision et economic diorigee, J.C.P. 1956 I. P 817 et.s.

(4) F. Llorens : "Contratd' entre Prise et marche de Travaux Publics, L.G.D.J, Paris 1981.P.291 .

– G. Pequignot. . Theorie general de contrats administratifs. J.C.A, Fasc 511, No 348.

التى أصابته بسبب الظرف الطارئ ، فى حين أن التعويض وفقاً لنظرية الظروف الطارئة هو تعويض جزئى وهذا ما أشارت إليه محكمة القضاء الإدارى[1] .

وأيضا نجد أن فكرة التوازن المالى لا تصلح لتبرير حق المتعاقد فى طلب التعويض للظروف الطارئة عندما يستخدم المتعاقد حقه فى طلب فسخ العقد قضائيا فى حالة قلب اقتصاديات العقد نهائياً حيث لا يجوز طلب إعادة التوازن المالى لعقد غير موجود .

٣ – الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية وصلتها بالمرافق العامة :

يذهب الرأى الراجح للفقه[2] إلى أن أساس تعويض المتعاقد مع الإدارة نتيجة الظروف الطارئة يرجع إلى الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية وصلتها بالمرفق العام ، فالأصل أن المرافق العامة يجب أن تؤدى خدمتها باستمرار وعلى الإدارة أن تعمل على تحقيق هذه القاعدة . فإذا طرأت ظروف استثنائية تؤذى إلى إرهاق المتعاقد فإن الإدارة يجب أن تساعد المتعاقد للتغلب على هذه الظروف حتى يستطيع الوفاء بالتزاماته . وهذا ما أشارت إليه المحكمة الإدارية العليا فى حكمها الصادر فى ١٩٧٢/٧/١٦ وقد سبقت الإشارة إليه .

ويرى الباحث أن أسباب حق التعويض فى نظرية الظروف الطارئة يرجع إلى أساس العدالة وتحقيق المصلحة العامة وذلك لضمان حسن سير المرفق العام باستمرار وانتظام .

وهكذا نكون انتهينا من الآثار المترتبة على نظرية الظروف الطارئة ، وننتقل إلى دراسة وضع هذه النظرية فى التشريع والقضاء الأردنى .

"(١) حكم محكمة القضاء الإدارى الصادر بجلسة ١٩٥٧/٦/٣٠ والذى يقول فيه (إن التعويض تأسيساً على نظرية التوازن المالى للعقد يكون تعويضا كاملاً عن جميع الأضرار) .

"(٢) د. سليمان الطماوى : الأسس العامة فى العقود الإدارية ، ١٩٩١ ، ص ٦٩٧ .

المبحث الخامس
نظرية الظروف الطارئة فى التشريع والقضاء الأردنى

أولاً : نظرية الظروف الطارئة فى التشريع الأردنى :

أخذ المشرع الأردنى بنظرية الظروف الطارئة ، ونص عليها فى القانون المدنى الأردنى وفى تعليمات العطاءات الحكومية على عكس ما فعل المشرع فى نظرية فعل الأمير .

فقد نص المشرع على مايلى : (إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلاً ، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك)[1] .

ونلاحظ من هذا النص أن المشرع الأردنى أرجع أساس التعويض إلى مبدأ العدالة ، مع أن الفقه والقضاء الإداريين أرجعا أساس التعويض بالنسبة لهذه النظرية إلى مبدأ حسن سير المرفق العام بانتظام إضافة إلى مبدأ العدالة رغم أن النص مقتبس من نص القانون المصرى .

وكذلك نص المشرع الأردنى على الأخذ بنظرية الظروف الطارئة فى تعليمات تنظيم إجراءات العطاءات رقم (١) لسنة ١٩٩٤ حيث تقول:

(يكون من المتفق عليه أن المتعهد لا يتحمل الأضرار المترتبة على التأخير فى تنفيذ العقد أو عدم الوفاء به إذا كان التأخير أو عدم الوفاء بسبب القوة القاهرة. وفى كل الأحوال – عند وجود القوة القاهرة – على المتعهد تقديم إشعار خطى وفورى إلى الجهة المختصة بالظروف والأسباب التى تمنع من

---

(١) المادة ٢٠٥ من القانون المدنى الأردنى ، رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ .

تنفيذ الالتزام أو التأخير فى الوفاء به وتقديم كل ما يثبت ذلك . وتكون القوة القاهرة المؤقتة من مبررات التأخير ويجب الوفاء بعد زوالها وتكون القوة القاهرة الدائمة من مبررات عدم الوفاء)[1] .

ونجد هنا أن المشرع الأردنى استعمل مصطلح القوة القاهرة للدلالة على الظروف الطارئة مع العلم أن نتيجة القوة القاهرة أن تجعل تنفيذ العقد مستحيلا ، ونتيجة الظروف الطارئة أن تجعل تنفيذ العقد مرهقاً، ولكنه عبر عن ذلك للدلالة على الظرف الطارئ بقوله " والأسباب التى تمنع تنفيذ الالتزام أو التأخير فى الوفاء به " وليس استحالة تنفيذه[2] .

ويلاحظ الباحث أن المشرع أخطأ فى استعمال الألفاظ والمصطلحات المعبرة بالنسبة للقوة القاهرة ويقصد بها الظروف الطارئة . وعلى العكس فهو استعمل لفظ الظروف الطارئة وقصد بها القوة القاهرة ، وياحبذا لو أن المشرع تدارك هذا التناقض فى المصطلحات ليوضح مضمون ما يقصد به المشرع بالتحديد، لأن فكرة القوة القاهرة تختلف فى آثارها ونتائجها عن فكرة الظروف الطارئة .

أما فى العقود الإدارية فنجد أن المشرع الأردنى لم ينص على تطبيق هذه النظرية صراحة كما نص عليها فى العقود المدنية . ولكن يمكن تطبيقها على العقود الإدارية ، وخاصة عقود الامتياز لأن المشرع لم يحدد فى نصه عقوداً معينة عند تطبيق هذه النظرية[3] .

"(١) المادة ٨٤/أ/ب/جـ من تعليمات تنظيم إجراءات العطاءات رقم (١) لسنة ١٩٩٤ .

"(٢) إن المشرع الأردنى نص عى القوة القاهرة تحت عنوان " التوقف القهرى" وذلك فى الشروط العامة ، الجزء الأول فى دفتر عقد المقاولة الموحد للمشاريع الإنشائية . حيث استعمل المشرع لفظ ظروف طارئة ويقصد بها القوة القاهرة التى تجعل التنفيذ مستحيلاً.

"(٣) راجع د. محمد موسى إبراهيم : المخاطر التى تواجه تنفيذ العقد الإدارى ، مرجع سابق، ص ١٣٥ .

ثانياً : نظرية الظروف الطارئة فى القضاء الأردنى :

إن نظرية الظروف الطارئة مرت بمرحلتين من التطبيق فى القضاء الأردنى . ففى المرحلة الأولى رفضت محكمة التمييز الأردنية تطبيق هذه النظرية بسبب عدم وجود نص قانونى عليها كما جاء فى حكمها الذى تقول به: (ليس فى المجله العدلية ما يمكن أن يستفاد منه أن واضع القانون قد أخذ بنظرية الظروف الطارئة وواجب تطبيقها)[1] .

أما المرحلة الثانية فقد بدأت بعد صدور القانون المدنى الأردنى رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ الذى نص على نظرية الظروف الطارئة ووضع شروطها وأقر تطبيقها كما أسلفت فيما سبق .

وبالرجوع إلى الأحكام القضائية العديدة الصادرة عن القضاء الأردنى بهذا الخصوص يتبين لنا بأن القضاء الأردنى أقر بأن نظرية الظروف الطارئة هى نتيجة ظروف لا يمكن توقعها وأن القانون المدنى الأردنى نص عليها صراحة ، كما أن القضاء يفرق بينها وبين نظرية عمل الأمير وذلك فى حكم آخر لمحكمة التمييز تقول فيه : (لا يستند إلى أساس القول بأن نظرية عمل الأمير لا تخرج عن كونها تطبيقاً لنظرية الحوادث الطارئة المنصوص عليها فى المادة ٢٠٥ من القانون المدنى، ذلك لأن نظرية الحوادث الطارئة هى نظرية مستقلة لا تدخل تحت مفهوم نظرية عمل الأمير لوجود اختلاف أساسى وجوهرى بين النظريتين من حيث شروط تكوينهما)[2] .

ويرى الباحث أن القضاء الأردنى استقرت أحكامه على تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود المدنية ، لكن نجد أن القضاء الإدارى الأردنى لم

---

(١) حكم محكمة التمييز رقم ٣٥٧ / ١٩٧٨ تاريخ ١٩٧٨/١١/٢٨ ، مجلة نقابة المحامين الأردنيين لسنة ١٩٧٨ ، ص ٤١١ .

(٢) حكم محكمة التمييز رقم ١٩٧٩/١١٧ تاريخ ١٩٧٩/٤/١٠ ، مجلة نقابة المحامين الأردنيين ، سنة ١٩٧٩ ، ص ١٢٣٤ .

يطبق النظرية على العقود الإدارية بالرغم من أنه لا يوجد ما يمنع من تطبيقها حتى ولو انعدم النص الخاص الواجب التطبيق فى العقـــود الإداريـــة ، وذلـــك تحقيقا للعدالة . وبما أن القضاء الإدارى فى الأردن هو القضاء العادى فهذا لا يمنع من تطبيق نظرية الظروف الطارئة على جميع العقود بما فيـــها العقـــود الإدارية .

- **أوجه الشبه والاختلاف بين نظرية فعل الأمير ونظرية الصعوبات الماديـــة غير المتوقعة ونظرية الظروف الطارئة :**

من خلال أحكام القضاء الإدارى المختلفة فى كل من مصر وفرنســـا . ومن اجتهادات الفقه الإدارى وبعض النصوص التشريعية فقد نبين لنا أن هنـــاك أوجه التقاء وأوجه خلاف بين هذه النظريات التى تؤدى الى صعوبة تنفيذ العقـــد الإدارى والتى سنبينها على الوجه التالى :

أولاً : أوجه الشبه :

١ - إن أوجه الشبه بين هذه النظريات يتمثل فى أن التعويض المقرر للمتعـــــاقد طبقاً لها جميعا يرتبط أساساً فى اعتبارات العدالة وصالح المرفق العام.

٢ - إن المسؤولية الناتجة عن النظريات الثلاث هى مسؤولية بلا خطأ . وتتحقق مسؤولية الإدارة فى مساعدة جهة الإدارة للمتعاقد معها بهدف التغلب علـــى العقبات التى تصادفه أثناء تنفيذ العقد حتى يتمكن من الوفاء بالتزاماته العقـــد من أجل الاستمرار فى تنفيذ العقد ، وتحقق خدمة دائمة للمنتفعين بـــالمرفق العام محل العقد .

٣ - تعتبر هذه النظريات من صنع القضاء الإدارى من أجـــل إعـــادة التـــوازن المالى للعقد ومجال تطبيقها هو العقود الإدارية . وبالتالى يشترط بالحـــادث الذى ألحق الضرر بالمتعاقد أن يؤدى الى اختلال التـــوازن المـــالى للعقـــد ويلحق خسارة فادحة بالمتعاقد .

٤ - سلطة القاضى فى هذه النظريات هى سلطة مفيدة حيث إنه لا يملك التعديل فى نصوص العقد وأنه يملك الحكم بالتعويض إن فشلوا فى الوصول إلى اتفاق ودى بينهما .

ثانياً : أوجه الخلاف :

١ - أما أوجه الخلاف بين النظريات الثلاث فهو حجم التعويض المقرر للمتعاقد. فهو تعويض جزئى مؤقت طبقاً لنظرية الظروف الطارئة وهو تعويض كامل يشمل حجم الأضرار التى لحقت بالمتعاقد مع الإدارة فى نظرية فعل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة إذا توافر شروط تطبيق كلتا النظريتين .

٢ - إن أوجه الخلاف أيضا فى فكرة الضرر الذى يلحق بالمتعاقد حيث إن الضرر فى الظروف الطارئة يجب أن يكون مرهقا ويؤدى الى قلب اقتصاديات العقد بينما يكفى حصول الضرر بغض النظر عن درجة جسامته لتطبيق نظرية عمل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة مع العلم أن القضاء الفرنسى اشترط جسامة الضرر فى نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة فى مجال العقود الجزافية .

ويرى الباحث وجود تقارب وتباعد بين هذه النظريات فتارة نجد أن نظرية فعل الأمير تقترب من الصعوبات المادية غير المتوقعة وتارة تبتعد عنها وكذلك بالنسبة للظروف الطارئة مع كلتا النظريتين . ومما لاشك فيه أن الفقه والقضاء الإدارى قد صنع هذه النظريات والقواعد التى تحقق بقدر الإمكان التوازن بين الأعباء التى يتحملها المتعاقد وبين المزايا التى يستفيد منها ووجه التلازم بين مصالح الإدارة ومصالح الأطراف المتعاقدة على حد سواء من أجل إعادة التوازن المالى للعقد الإدارى .

ومن هنا تبرز أهمية وجود هذه النظريات التى ابتدعها الفقه والقضاء الإدارى لمواجهة الظروف غير المتوقعة التى تواجه العقد أثناء تنفيذه وهو مدار بحثنا فى هذه الدراسة .

الباب الثالث

التوازن المالي والتحكيم فى مجال العقود الإدارية

الباب الثالث

التوازن المالي والتحكيم فى مجال العقود الإدارية

تمهيد :

إن القضاء هو الطريق الطبيعى لفض المنازعات ووسيلة لإقرار العدل فى المجتمع بين الأفراد ، لكن مع تطور أنماط العلاقات التجارية والتحول الاقتصادى الذى يشهده العالم اليوم ظهرت وسائل اختيارية أخرى إلى جانب القضاء وهى (التحكيم ، المصالحة ، التوفيق ، الوساطة وغيرها) إلا أن التحكيم هو الذى يحظى باهتمام بالغ على كافة المستويات[١] .

إن التحكيم باعتباره وسيلة لحل المنازعات الناشئة عن العقود ، وخاصة العقود الإدارية ، يقوم بدور حاسم فى هذه المنازعات خارج نطاق القضاء الإدارى ، وتأتى هذه الأهمية من وجود آلية قضائية يرتضيها الأطراف باختيارهم. حيث إنهم يختارونها مسبقاً لتسوية النزاع محل الخلاف الذى يكون قد نشأ أو الذى قد يكون من الممكن نشأته[٢] .

ولقد أصبح التحكيم فى العقود الإدارية الدولية الوسيلة الأساسية لفض تلك المنازعات حيث يكتسب شرعيته ومجاله فى التطبيق الداخلى بموجب انضمام الدولة الى اتفاقيات دولية تختص بالتحكيم ، ومن هذه الاتفاقيات اتفاقية نيويورك عام ١٩٥٨ [٣] واتفاقية جنيف عام ١٩٦١ واتفاقية واشنطن لتسوية

---

(١) د. عصمت عبد الله الشيخ : التحكيم فى العقود الإدارية ذات الطابع الدولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ٢٠٠٠ ، ص ٩ .

(٢) د. محمد عبد المجيد إسماعيل : عقود الأشغال الدولية ، سنة ٢٠٠٠ بدون ناشر ، ص ٢٨٣ .

(٣) د. كمال إبراهيم : التحكيم التجارى الدولى ، حتمية التحكيم وحتمية قانون التجارة الدولى ، دار الفكر العربى ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، سنة ١٩٩١ ، ص ١١٨ .

منازعات الاستثمار عام ١٩٦٥ وقد انضمت مصر إلى اتفاقية نيويورك عام ١٩٥٩ ووجدت تلك الاتفاقية مجالها فى التطبيق من جانب القضاء المصري منذ ذلك الوقت . وهذه الاتفاقيات وجدت من أجل الاعتراف وتنفيذ قرارات التحكيم الأجنبية .

أما فى إطار الجامعة العربية فقد عقدت عدة اتفاقيات بشأن التحكيم ومنها : اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار عام ١٩٧٤ ، والاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية فى الدول العربية عام ١٩٨١ ، واتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائى عام ١٩٨٥ وأخيرا اتفاقية عمان للتحكيم التجارى بين الدول العربية عام ١٩٨٧ ، ولقد حظى التحكم باهتمامات الدول جميعها منذ أوائل القرن العشرين[١] .وفى ضوء ذلك فقد أنشئت كثير من مراكز التحكيم ذات الطابع الدولى[٢] .

ازداد اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لتسوية النزاعات فى عقود التجارة الدولية ، وذلك بسبب أن العمل فى مجال التجارة الدولية يتسم بالسرعة والسرية، وهذا الهدف لا يمكن تحقيقه إلا عن طريق التحكيم ، وكذلك فإن القوانين والإجراءات التى ستتبع من قبل المحاكم الوطنية قد تكون غريبة عن أطراف النزاع .

---

(١) مشار إلى هذه الاتفاقيات فى مؤلف : د. أبو زيد رضوان : الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى ، دار الفكر العربى ، القاهرة ، ١٩٨١ ، ص ٣ -٦.

(٢) أهم مراكز التحكيم فى الوقت الحالى :

(غرفة التجارة الدولية فى باريس .I.C.C ، هيئة التحكيم الأوربية A.A.A ، محكمة لندن للتحكيم L.C.L.A ، المركز الدولى لحل المنازعات المتعلقة بالاستثمار G.S.L.D ، مركز القاهرة للتحكيم التجارى الإقليمى والدولى - غرفة التحكيم العربية، وغيرها ..) مشار إليها فى كتاب د. عصمت عبد الله الشيخ: "التحكيم فى العقود الإدارية "، مرجع سابق ، ص ١٠ .

ومن هنا نجد أن للتحكيم فى منازعات العقود الإدارية مبررات كثـــيرة تدفع إلى الأخذ به ، وهناك من الآراء ما يؤيده ويقف إلى جانبه وهنـــاك مـــن الآراء ما تعارضه وترفضه . وبما أن موضوع التحكيم من المواضيع الهامة فى وقتنا الحاضر، فإن الحديث عنه يطول ويقصر ومن هنا يرى الباحث أن يعطـى موضوع التحكيم فى مجال العقود الإدارية حقه ، وهو موضوع هذا البحث .

وعلى ضوء ما تقدم نرى تقسيم هذا الباب إلى فصلين رئيسيين :

الفصل الأول : المدلول العام للتحكيم فى العقود الإدارية .

الفصل الثانى : أثر التحكيم فى تحقيق التوازن المالى للعقد الإدارى .

الفصل الأول
المدلول العام للتحكيم فى العقود الإدارية

تمهيد :

أصبح التحكيم فى العصر الحديث الوسيلة المفضلة التى يلجأ إليها الأطراف لحسم المنازعات الناشئة فى إطار العلاقات الداخلية والدولية .وما يهمنا فى إطار هذا البحث هو المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية ، حيث أثار التحكيم فى هذه المنازعات جدلاً فقهياً واسعاً ، وذلك حول مدى جوازه فى ظل غياب نص تشريعى صريح يجيزه بقانون التحكيم الحالى فى المنازعات المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ . وقد حسم هذا الأمر بإجازة التحكيم فى منازعات العقود الإدارية بموجب التعديل التشريعى لقانون التحكيم الصادر بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ مع تقييد تلك الإجازة بعدة شروط سوف نبحثها لاحقاً . ويسرى على العقود الإدارية ذات الطابع الدولى ما يسرى على العقود الإدارية الداخلية من أحكام التحكيم وقيوده ، وذلك من أجل تشجيع الاستثمارات الأجنبية على مصر .

أما التحكيم فى فرنسا فقد آثار جدلاً فقهياً كبيراً أيضا . حيث اختلف الفقهاء حول مسألة التحكيم فى العقود الإدارية فمنهم من عارضها وأبرز سلبيات التحكيم ومنهم من أيدها وأبرز إيجابيات التحكيم فى العقود الإدارية وهذا ما سيتم توضيحه لاحقاً فى المبحث الثانى من هذا الفصل .

أما عن الوضع فى الأردن فإن القانون الأردنى أجاز صراحة أن يتخذ اتفاق التحكيم شكل شرط أو مشارطة التحكيم . وقد نصت المادة (٢) من قانون التحكيم الأردني رقم ١٨ لسنة ١٩٥٣ على ذلك[١] .

---

(١) قانون التحكيم : رقم (١٨) لسنة ١٩٥٣ نشر بعدد الجريدة الرسمية رقم (١١٣١) بتاريخ ١٩٥٣/١/١٧ ، المعدل بالقانون رقم (٧٤) لسنة ١٩٥٣ المنشور بعدد الجريدة الرسمية رقم (١١٥٨) بتاريخ ١٩٥٣/١٠/١ ، والمعدل بالقانون رقم (١٣) لسنة ١٩٦٢ بتاريخ ١٩٦٢/٣/١ بعدد الجريدة الرسمية رقم (١٦٠٣).

ونجد أن الأردن من الدول العربية التى أعطت التحكيم أهمية كبرى منذ أوائل الخماسينيات نظراً لأهمية التحكيم كوسيلة لتسوية النزاعات المختلفة ونجد أن المشرع الأردنى قد طور قانون التحكيم الأردنى رقم ١٨ لسنة ١٩٥٣ خلال السنوات الماضية حتى يواكب التطورات والتحولات الاقتصادية فى العالم التى تتسم بطابع العولمة فى التبادل التجارى [١]، إلى أن صدر قانون جديد للتحكيم إلغى القانون السابق بتاريخ ٢٠٠١/٧/١٦ وهو قانون التحكيم رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١[٢].

وقد أجاز قانون التحكيم الأردنى الجديد التحكيم فى العقود الإدارية حيث أن هذا القانون يسرى على أشخاص القانون العام والخاص كطرف فى النزاع وقد جاء ذلك فى المادة (٣) من هذا القانون حيث جاء فيه : " تسرى أحكام هذا القانون على كل تحكيم أتفاقى يجرى فى المملكة ويتعلق بنزاع مدنى أو تجارى بين أطراف أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التى يدور حولها النزاع عقدية كانت أو غير عقدية"[٣] .

وإذا كان هذا الاتجاه المتزايد نحو الالتجاء للتحكيم[٤] فى العقود بشكل عام وفى العقد الإداري بشكل خاص منذ زمن بعيد وحتى يومنا هذا فان الأمر يحتم علينا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين :

المبحث الأول : مفهوم التحكيم وأنواعه .

المبحث الثانى : شروط جواز التحكيم في العقود الإدارية .

---

(١) د. منير حنا سالم خضر : قوة التحكيم الإلزامية وتنفيذه فى القانون الأردني ، "دراسة مقارنة" ، رسالة ماجستير ، عمان ، ص ٤ .

(٢) قانون التحكيم رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ المنشور على الصفحة ٢٨٢١ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٤٤٩٦ بتاريخ ٢٠٠١/٧/١٦ .

(٣) المادة (٣) من قانون التحكيم الأردنى رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ .

(٤) أن التحكم ليس وليد اليوم أو الأمس القريب ، وإنما يضرب بجذوره في أعماق التـ فهو وابن الزمن كما يقولون ، والتحكيم سابق فى نشأته على قضاء الدولة بل وعلى الدولة ذاتها .

المبحث الأول
مفهوم التحكيم وأنواعه

إن التحكيم ومن خلال اطلاعنا على جملة من المؤلفات القانونية الخاصة بالتحكيم يعتبر من الموضوعات الحيوية التى استحوذت على اهتمام المختصين فى الأوساط القانونية والتجارية ، سواء كان ذلك محلياً أو دولياً [1] ومن هنا نجد أن هناك كثيراً من المحاولات الفقهية لتعريف التحكيم وبيان أهميته فى تشريعات الدول المختلفة ، والذى يلزمنا توضيح مفهوم التحكيم وتعريفاته المختلفة وأنواعه ويرى الباحث تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : مفهوم التحكيم .

المطلب الثانى : أنواع التحكيم .

المطلب الأول
مفهـــوم التحكيـــم

تعريف التحكيم :

التحكيم هو اتفاق على طرح نزاع على شـــخص معيـــن أو أشـــخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة .

ومن ثم فهو عملية قانونية مركبة ، تقوم على اتفاق أطراف نزاع معين على عرض خلافهم على محكم ، أو أكثر للفصل فيه فى ضوء قواعد القـــانون ومبادئه العامة التى تحكم إجراءات التقاضى أو على ضوء قواعد العدالة وفقـــاً

---

(١) د. حسين مصطفى فتحى : التحكيم وفقاً للشريعة الإسلامية ، بحث منشور فـــى مجلـــة التحكيم العربى ، العدد الأول ، مايو ١٩٩٩ ، ص ٩٥ .

لما ينص عليه الاتفاق مع تعهد أطراف النزاع بقبول الحكم الذى يصدر عن المحكمين والذى يحوز حجية الأمر المقضى به ، ويصدر بتنفيذه أمر من السلطة القضائية فى الدولة التى يراد تنفيذه بها .

وإذا كان هذا التعريف هو التعريف المقترح للتحكيم[١] إلا أن هناك محاولات عديدة للفقه والتشريع لوضع تعريف جامع للتحكيم .

فقد ذهب البعض إلى تعريف التحكيم على أنه : (وسيلة بديلة عن قضاء الدولة يؤسس على رضاء الأطراف، يعهد بمقتضاه إلى شخص خاص –المحكم– بمهمة الفصل فى نزاع بمقتضى قرار له قيمته القضائية[٢] .

وقد عرفه الفقه الفرنسى على أنه : (منظمة العدالة الخاصة بفضلها تسلب المنازعات من سلطان القانون العام لتحسم بواسطة أفراد ممنوحين مهمة قضائية) [٣] وقال عنه البعض : (إنه النظام الذى يسمح لشخص آخر غير طرفى النزاع ممارسة اختصاص قضائى فى نطاق ما هو مقرر له بوساطة هؤلاء)[٤] وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا فى أحد أحكامها الحديثة إلى تعريف التحكيم على أنه : (اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة) [٥] .

---

(١) د. يسرى محمد العصار : التحكيم فى المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ٢٠٠٢ ، ص ١٤ .

(٢) د. سلامة فكرى عرب : وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات العقدية فى قانون التجارة الدولية ، مرجع سابق ، ص ٥٦١ ، وأيضا راجع :

– Rene David I'arbitrage dans le commerce international, Paris, economics 1982, p.9.

(3) L'institutions d'une justice privee gracc a laquelle less litiges sont soustrats aux juridictions de droit commun pour etre resoles par des individus revetus pour la circonstance de la mission deles juger.

(4) (Ch) Varsosson Charles la notion d'arbitrage, Paris L.G. D.J. 1987. No. 785.

(٥) راجع حكم المحكمة الإدارية العليا طعن رقم ٨٨٦ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٩٤/٣/١٨م .

أما الفقه المصرى فقد عرفه على أنه (اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة به)[١] وذهب رأى آخر إلى أنه : (اتفاق أطراف علاقة قانونية معينة ، عقدية أو غير عقدية ، على أن يتم الفصل فى المنازعة التى صارت بينهم بالفعل أو التى يحتمل أن تثار عن طريق أشخاص يتم أختيارهم كمحكمين ..)[٢] . وذهب البعض إلى أنه : (إحدى وسائل تسوية المنازعات وملزم لأطرافها وهو اتفاق بمقتضاه يعهد إلى شخص أو أشخاص لا ينتمون إلى القضاء العادى مهمة الفصل فى هذه المنازعات)[٣].

وقد عرفته الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة على أنه : (اتفاق على عرض النزاع أمام محكم أو أكثر ليفصلوا فيه بدلا من المحكمة المختصة به وذلك بحكم ملزم للخصوم)[٤] .

وعرفته المحكمة الدستورية على أنه (عرض لنزاع معين بين طرفين على محكم من الغير يعيّن باختيارهما أو بتفويض منهما على ضوء شروط يحددانها ، ليفصل هذا المحكم فى هذا النزاع بقرار يكون نهائيا) [١] .

---

(١) د. أحمد أبو الوفا : التحكم الاختيارى والإجبارى ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، سنة ١٩٨٧ ، ص ١٥ .

(٢) د. مختار أحمد البريرى : التحكيم التجارى الدولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ١٩٩٥ ، ص ٥.

(٣) د. ناريمان عبد القادر : اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم فى المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ " دراسة مقارنة" ، الطبعة الأولى ، سنة ١٩٩٦ ، ص ٢٥ .

(٤) فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع رقم ٦٦١ الصادر بتاريخ ١٩٨٩/٧/١ جلسة ١٩٨٩/٥/١٧ ، من مجموعة المبادئ القانونية التى قررتها الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى العقود الإدارية فى أربعين عاماً من أول أكتوبر سنة ١٩٥٥ إلى آخر سبتمبر سنة ١٩٩٥ ، ص ١٤٣ .

وقد أتيحت الفرصة لمحكمة التمييز الأردنية لتعريف التحكيم فقد جاء بأحد قراراتها : (أن التحكيم هو طريق استثنائى لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضى العادية وما تكفله من ضمانات) [٢] .

ونجد أيضا أن المشرع الفرنسى لم يعرف التحكيم فى ذاته ، وإنما عرف شرط التحكيم[٣] .

وفى ضوء ما تقدم نلاحظ أنه برزت كثير من المحاولات الفقهية والتشريعية فى كثير من الدول لوضع تعريف جامع للتحكيم إلا أنهم لم يجتمعوا على اتفاق واحد لتعريف التحكيم .

ونحن من جانبنا نرى أنه يمكن تعريف التحكيم على أنه : (اتفاق بين طرفى النزاع على تسوية النزاع القائم حالياً أو مستقبلاً بوساطة شخص أو أكثر بهدف الوصول إلى تسوية ملزمة للطرفين) .

---

(١) يراجع فى هذا الشأن ، حكم المحكمة الدستورية العليا فى الدعوى الدستورية رقم ١٣ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٩٤/١٢/١٧ .

(٢) حكم لمحكمة التمييز الأردنية (تمييز حقوق رقم ١٩٩٤/١٧٧٤) ، (تمييز حقوق ١٩٧٢/٣٧) ، مجلة نقابة المحامين الأردنيين ، ص ٣٠٨ .

(٣) عالج المشرع الفرنسى التحكيم الداخلى فى المواد من ١٤٤٢ حتى ١٤٩٢ وقد وردت هذه المواد فى الأبواب الأولى من الكتاب الرابع من قانون المرافعات المدنية الجديد وذلك بمقتضى المرسوم الصادر فى ١٤ مايو ١٩٨٠ أما التحكيم الدولى فقد عالجه المشرع الفرنسى فى المواد من ١٤٩٢ - ١٥٠٧ الواردة فى الباب الخامس من الكتاب الرابع من قانون المرافعات المدنية الجديد بمقتضى المرسوم رقم ٨١/٥٠٠٠ الصادر فى ١٩٨٤/٥/١٢ .

المطلب الثانى
أنــواع التحكيـــم

للتحكيم أنواع عديدة. وأي تصنيف يمكن أن يعطى للتحكيم ، فإنه يعطى وفقاً للزاوية التي ننظر من خلالها إلى التحكيم ، ومعظم التشريعات لا تتطــرق لهذه التصنيفات باعتبار أن هذه هي مهمة الفقه وليست مهمة التشريع ، وكـــان قانون التحكيم الأردني منسجماً مع هذا القول حين لم يتطــرق لأي مــن هــذه التصنيفات.

ويمكن تقسيم التحكيم من حيث هيئة التحكيم إلى تحكيم خاص وتحكيـــم مؤسسي ، ومن حيث مدى تدخل إرادة الأطراف إلى تحكيم اختياري وتحكيـــم إجباري ، ومن حيث الإجراءات إلى تحكيم بالصلح وتحكيم بالقضاء ومن حيــث المكان إلى تحكيم داخلي وتحكيم دولي وذلك على النحو التالي :

أولاً: التحكيم الخاص والتحكيم المؤسسي:

التحكيم الخاص أو الفردي (Ad-HOC Arbiration) هو التحكيم الــذي يتم من قبل محكم أو أكثر يعينهم أطراف العلاقة ، ويحددون لهم مكان التحكيــم والقانون الواجب التطبيق على إجراءات وموضوع التحكيم ، ومن الممكن تــرك تحديد هذه الأمور أو بعضها للمحكمين أنفسهم[1].

أما التحكيم المؤسسي أو المنظم[2] (Institutional Arbitration) فـــهو التحكيم الذي يعهد فيه أطراف العلاقة حل النزاع إلى مؤسسة تحكيمية ، تفصــل

---

(١) د. عبد الحميد الشواربى : التحكيم والتصالح فى التشريعات المختلفة فى ضــوء الفقــه والقضاء ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ١٩٩٦ ، ص ٢٤ .

(٢) د. محسن شفيق : التحكيم التجارى الدولــى، دار النهضــة العربيــة، القــاهرة، ســنة ١٩٩٧،ص ١٣. وللمزيد راجع :

- LALIVE (P.A) (Problems relatifs a l'arbitrage international commercial Recueil Des Course 1967 vol, 1, Tome 120 de la Collectin P.664 ets.
- FOUCHARD (Ph) op cit p.267-Rubehin-Devioni (J) op.cit. P.141 ets.

في النزاع وفق الإجراءات التي تضعها هذه المؤسسة لنفسها ومن خلال محكمين يختارهم أطراف العلاقة أو المؤسسة نفسها، وتبقي المؤسسة مسؤولة عن تنظيم العملية التحكيمية والإشراف عليها حتى صدور القرار التحكيمي مقابل أجر معين. إن أغلب المنازعات التي تنشأ عن التعامل التجاري بين الدول النامية والدول الصناعية يصار إلى حلها عن طريق التحكيم المؤسسي ، وذلك نظراً لاختلاف الأنظمة الاقتصادية والقانونية للدول وتعقيد الإجراءات في مثل هذه القضايا.[١]

وإذا كان التحكيم الخاص قد سبق التحكيم المؤسسي في الظهور، إلا أنه قد أصبح أقل استعمالاً مقارنة بالتحكيم المؤسسي الذي أصبح منسقاً مع ظروف التجارة الدولية واكتسب ثقة المتعاملين فيها ، ومع ذلك فإن التحكيم الخاص لم يفقد رصيده من الثقة تماماً ، إذ كثيراً ما يلجأ إليه الخصوم لما يحققه من السرية المطلوبة في بعض المجالات التي تكثر فيها المنافسة مثل التحكيم بين الشركات وفي براءات الاختراع وعقود انتقال التكنولوجيا[٢] .

وقد أشار القانون النموذجي إلى وجود هذا التصنيف حين فسر التحكيم بأنه أي تحكيم سواء تولته مؤسسة تحكيم دائمة أم لا، وكذلك أشارت إليه اتفاقية نيويورك. وقد أخذ المشرع المصري في قانون التحكيم المصري الجديد بهذين النوعين من التحكيم[٣] .

---

(١) د. فوزى محمد سامى : التحكيم التجارى الدولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الطبعة الثالثة ، عمان ، ١٩٩٥ ، ص ٢٣ - ٢٤ .

(٢) د. أبو زيد رضوان: الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولي،مرجع سابق، ص ٢٢.

(٣) تنص المادة ١٥ من قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على أنه :
(تشكل هيئة التحكيم باتفاق الطرفين من محكم واحد أو أكثر فإذا لم يتفقا كان العدد ثلاثة وتنص المادة ١٧ من نفس القانون على أنه : لطرفى التحكيم الاتفاق على اختيار المحكمين وعلى كيفية ووقت اختيارهم ...) وأيضا المادة ٢٥ من نفس القانون أكدت ذلك .

ثانياً: التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري:

الأصل في التحكيم أن يكون اختيارياً ، لأن إرادة الأطراف هي قوام التحكيم ولبنته الأساسية ، إلا أن هناك حالات يكون فيها اللجوء إلى التحكيم مفروضاً بنص القانون وهذا هو التحكيم الإجباري. ففي هذا الأخير تستبعد إرادة المتخاصمين باللجوء إلى القضاء لفض النزاع بينهم. فبعض القوانين توجب على الأطراف الخضوع للتحكيم دون أن يكون لهم حق الرجوع إلى القضاء وقوانين أخرى لا تقبل اللجوء إلى القضاء إلا بعد حل النزاع عن طريق التحكيم[١]. ومن الأمثلة على التحكيم الإجباري في الأردن المادة (٣٦) من قانون الكهرباء العام رقم (١٦) لسنة ١٩٨٦[٢]

وعلى هذا يمكن القول أن من أوجه التمييز بين التحكيم الاختياري والإجباري أن التحكيم الاختياري يكون مستنداً لشرط أو مشارطة تحكيم في حين لا يتوافر مثل هذا الشرط أو المشارطة في حالة التحكيم الإجباري، حيث يحل النص القانوني محلهما.

ثالثا: التحكيم بالصلح والتحكيم بالقضاء:

يعني التحكيم بالصلح أن المحكم يكون مخولاً بالصلح ، وبالتالي فإنه يتحلل من القواعد القانونية الخاصة بإجراءات التقاضي[٣] ، وفي هذا النوع من التحكيم يجب أن تكون إرادة الأطراف صريحة وواضحة فيما ترمي إليه ويجب عدم تفسيرها إلا تفسيراً ضيقاً، ولا يكون الحكم الصادر فيه قابلاً للطعن.[٤]

---

(١) د. منير حنا سالم خضر : قوه التحكيم الإلزامية... ، مرجع سابق ، ص ٨ .

(٢) لكنه وبموجب المادة (١٤) من قانون الكهرباء العام الأردني الجديد رقم (١٠) لسنة ١٩٩٦ ، لم يعد التحكيم إجبارياً وإنما اختيارياً يتطلب موافقة الأطراف على الإحالة للتحكيم.

(٣) د. أحمد أبو الوفا : التحكيم الاختيارى والاجبارى ، المرجع السابق ، ص ٤٠.

(٤) د. فتحى والى : الوسيط فى قانون القضاء المدنى ، مؤسسة روزاليوسف ، القاهرة ، سنة ١٩٨١ ، ص ٩٢٧ .

أما التحكيم بالقضاء فيقصد به تفويض المحكمين بالفصل في النزاع ويتقيد المحكمون في مثل هذا النوع من التحكيم بالأصول المتبعة في المحاكمة ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك ، ويكون الحكم الصادر في هذا النوع من التحكيم قابلا للطعن ، إلا أنه في كلا النوعين من التحكيم يكون المحكم ملزما بالقواعد الخاصة بالتحكيم الوارد في قوانين التحكيم إضافة إلى الالتزام بالأسس العامة في التقاضي[1] . **أما قانون التحكيم الأردني رقم (٣١) لسنة ٢٠٠١ فانه لم يفرق بين التحكيم بالصلح والتحكيم بالقضاء حيث أشار إلى ذلك فى المادة (٩) منه "لا يجوز التحكيم فى المسائل التى لا يجوز فيها الصلح ... ".**

رابعا: التحكيم الكلي والتحكيم الجزئي:

إذا اتفق الأطراف على أن يكون أي نزاع ينشأ بمناسبة تنفيذ العقد الأصلي خاضعا للتحكيم فإن التحكيم يكون كليا، وعليه يجوز أن يرد قرار التحكيم على أية جزئية في هذا العقد ، أما إذا اتفق الأطراف على أن يكون جزءا معينا أو أكثر هو فقط الخاضع للتحكيم فإن المحكمين لا يستطيعون تجاوز هذا الجزء أو هذه الأجزاء والتعرض لمسائل لم يتفق الأطراف على شمولها بالتحكيم ، وإذا حصل وأن تعرض المحكمون لمسائل تخرج عن اتفاق الأطراف فإن هذا القرار يكون باطلا ، وهذا ما نصت عليه المادة (٤٩) من قانون التحكيم الأردني سنة ٢٠٠١ .[2]

---

(١) للمزيد راجع د. أبو زيد رضوان : الأسس العامة فى التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٢١.

(٢) تنص المادة (٤٩) فقرة ٦ منه على أنه يعتبر حكم التحكيم باطلا إذا فصل حكم التحكيم فى مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو تجاوز حدود هذا الاتفاق ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع البطلان الا على الأجزاء الأخيرة وحدها ...".

أما على صعيد التحكيم التجاري الدولي فقد نص القانون النموذجي على أنه يجوز للمحكمة أن تلغي أي قرار تحكيم إذا تناول نزاعاً لا يقصده أو يشمله اتفاق العرض على التحكيم أو أنه يشتمل على قرارات في مسائل خارجة عن نطاق الاتفاق ، لكن الجديد الذي أتى به القانون النموذجي أنه إذا كان بالإمكان فصل القرارات المتعلقة بالمسائل المعروضة على التحكيم عن تلك غير المعروضة عليه ، فإن الإلغاء ينصب فقط على الجزء المتعلق بالمسائل غير المعروضة على التحكيم.[1]

خامساً: التحكيم الداخلى والتحكيم الدولى :

فى البداية لابد من وضع معيار مميز لصفة الدولية فى العقود قبل أن يتم وضع تفرقة بين التحكيم الداخلى والتحكيم الدولى[2] .

فإذا كان التحكيم وفقاً لاتفاقية دولية تبين فى نطاقها معنى الدولية أو كان القانون الوطنى يحدد معياراً لدولية التحكيم فى هذا الوضع ، تكون التفرقة بين التحكيم الداخلى والتحكيم الدولى أمراً سهلاً ، أما إذا لم توجد اتفاقية تحدد معنى الدولية أو أن القانون الوطنى لم يحدد معياراً للدولية ، فإن التساؤل الذى يطرح نفسه هو متى يكون العقد دولياً ؟

وهنا نجد أن الفقه وضع ضوابط لتحديد معنى الدولية وهى :

١ – الاستناد إلى جنسية المحكم أو جنسية الخصوم .

---

(١) تراجع المادة (٣/١/٢/٣٤) من القانون النموذجي.

(٢) د. أبو زيد رضوان : الضوابط العامة فى التحكيم التجارى الدولى (القسم الثانى) ، دولية التحكيم التجارى ، بحث منشور فى مجلة الحقوق والشريعة ، جامعة الكويت ، السنة الثانية ، يونيو ١٩٧٨ ، ص ٣٤ .

٢ - المكان الذى يوجد فيه المركز الرئيسى للمنظمة التى تتولى التحكيم .

٣ - المكان الذى توجد به المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع أو وجود اتفاق تحكيم[١] .

ونجد أن قانون التحكيم المصرى يأخذ المعيار الجغرافى والمعيار الاقتصادى إذا كان موضوع النزاع يتعلق بالتجارة الدولية [٢] .

أما قانون التحكيم الأردني رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ فقد جاء فى المادة ٢٧ منه على أنه " لطرفى التحكيم الأتفاق على مكان التحكيم فى المملكة أو خارجها...". وبالتالى نجد هنا ان المشرع الأردني لم يحدد معيار الدولية بشكل واضح فى هذا القانون وإنما أجاز لطرفى التحكيم الاتفاق على مكان التحكيم فى المملكة أو خارجها .

---

(١) د. محسن شفيق : التحكيم التجارى الدولى ، مرجع سبقت الإشارة إليه ، ص ٢٣ .

(٢) تنص المادة ٣ من قانون التحكيم المصرى رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ على أنه : (يكون التحكيم دولياً فى حكم هذا القانون إذا كان موضوعه نزاعاً يتص بالتجارة الدولية فى الأحوال التالية :

أولاً : إذا كان المركز الرئيسى لأعمال كل من طرفى التحكيم يقع فى دولتين مختلفتين وقت إبرام اتفاق التحكيم فإذا كان لأحد الطرفين عدة مراكز للأعمال فالعبرة بالمركز الأكثر ارتباطاً بموضوع اتفاق التحكيم وإذا لم يكن لأحد طرفى التحكيم مركز أعمال فالعبرة بمحل إقامته المعتاد .

ثانياً : إذا أتفق طرفا التحكيم على اللجوء إلى منظمة تحكيم دائمة أو مركز تحكيم يوجد داخل جمهورية مصر العربية أو خارجها .

ثالثاً : إذا كان موضوع النزاع الذى يشمله اتفاق التحكيم يرتبط بأكثر من دولة واحدة .

رابعاً : إلا إذا كان المركز الرئيسى لأعمال كل من طرفى التحكيم يقع فى نفس الدولة وقت إبرام اتفاق التحكيم وكان أحد الأماكن التالية واقعاً خارج الدولة :

أ - مكان إجراء التحكيم كما عينه أتفاق التحكيم أو أشار إلى كيفية تعيينه .

ب - مكان تنفيذ جانب جوهرى من الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية بين الطرفين.

جـ- المكان الأكثر ارتباطاً بموضوع النزاع .

المبحث الثانى
شروط جواز التحكيم فى العقود الإدارية

إن من أهم شروط جواز التحكيم فى العقود الإدارية هو شرط إجرائى أتى به القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ المعدل لأحكام القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤. بشأن التحكيم المدني والتجارى ويتمثل فى الحصول على موافقة الوزير المختص أو من يقوم مقامه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة . كما نص قانون مجلس الدولة عند إبرام بعض العقود الإدارية المتضمنة لشرط أو مشارطة التحكيم .

كما نجد أن قانون المناقصات والمزايدات قد ذهب على إجازة التحكيم فى منازعات العقود الإدارية بشرط التزام كل طرف بالاستمرار فى تنفيذ التزاماته الناشئة عن تلك العقود . ومن هنا يلزم أن نقسم هذا البحث إلى مطلبين رئيسيين :

المطلب الأول : شروط جواز التحكيم فى العقود الإدارية .

المطلب الثانى : موقف الفقه والقضاء من جواز أو عدم جواز التحكيم فى العقود الإدارية .

المطلب الأول
شروط جواز التحكيم فى العقود الإدارية

هناك عدة شروط لجواز التحكيم فى العقود الإدارية . وقد اقتصرنا الحديث عن هذه الشروط على النحو التالى :

الشرط الأول : إذن باللجوء للتحكيم :

نصت المادة الأولى من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ على إضافة فقرة ثانية إلى المادة الأولى من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ليكون نصها كالآتى :

(وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض فى ذلك ...) .

ويتضح من هذا النص أن المشرع المصرى أجاز التحكيم فى العقود الإدارية بكافة صورها صراحة ولكنه وضع شرط قيد اللجوء إلى التحكيم فى تلك المنازعات بقيد إجرائى ، وهو الحصول على موافقة الوزير المختص ومنع التفويض فيه حيث إن التفويض يبطل التحكيم ، وحظر النص على الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة تفويض غيرهم وذلك لخطورة اللجوء إلى التحكيم فيما يخص منازعات العقود الإدارية، وذلك لأن اللجوء للتحكيم يستبعد القانون الوطنى من التطبيق . وهذا الشرط وجد أيضاً ضبطاً لاستعمال الموافقة ولاعتبارات الصالح العام[١] .

وقد انتقد بعض الفقه هذا الشرط حيث يؤدى ذلك إلى الإضرار بالدولة والتى تعتبرها هيئة التحكيم طرفاً فى النزاع حيث إن الوزير الذى يمثلها وقع على العقد محل النزاع بإجازته لتسويته عن طريق التحكيم . وقد حدث ذلك حينما وقع وزير السياحة المصرى على العقد المبرم عام ١٩٧٤ بين الهيئة العامة للسياحة والفنادق من ناحية وشركة ممتلكات الباسيفك من ناحية أخرى والمتعلق بإنشاء مركز سياحى بمنطقة الأهرامات وقد أدى التزام هيئة التحكيم

---

(١) انظر مرجع د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة : أوجه الطعن بإلغاء القرار الإدارى فى الفقه وقضاء مجلس الدولة ، دار الفكر الجامعى ، الإسكندرية ، سنة ٢٠٠٣ ، ص ٤٢٠.

للحكومة المصرية بأداء تعويض للشركة الأجنبية قـــدره ٢٧,٦ مليـون دولار أمريكى عام ١٩٩٢ عن الأضرار التى أصابتها من جراء إلغاء هذا المشـــروع توقياً لإضراره بالقيمة الأثرية لمنطقة الأهرامات[١] .

الشرط الثانى : أخذ رأى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع :

وفقاً لنص المادة ٥٨ من القرار بالقانون رقم ٤٧ لســنة ١٩٧٢ بشــأن مجلس الدولة فإنه (يتعين على وزارات ومصالح الدولة وهيئاتها العامــة أخــذ رأى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة قبل إبرام إجــازة أو تنفيذ قرار تحكيم فى عقد إدارى متى زادت قيمته عن خمســـة آلاف جنيــه حيث يتعين استفتاء الإدارة المختصة قبل الإقدام على ذلك)[٢] .

وهذا الالتزام والذي يتمثل بأخذ الموافقة من الجمعية العمومية هو مـــن قبيل الآراء الاستشارية التى يكون بوسع الإدارة مخالفتها دون أن يكون تصرفها باطلاً . ولكن لا يجوز التغاضى عن طلبه حيث يؤدى مثل هذا التغاضى إلـــى بطلان اتفاق التحكيم لأن طلب الرأى فى مثل هذه الحالة شكل جوهرى واجــب الاحترام ، لأن هذا الرأى يصدر عن جهة قضائية رفيعة المستوى . وقد وضــع المشرع نص المادة ٥٨ من القرار بقانون ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولــة الذى أوجب هذا الشكل .

ونجد أن المشرع الأردني لم يحدد أى شرط من الشروط الشكلية علـــى الالتزام بالتحكيم بالنسبة للعقود الإدارية وانما حدد سريان أحكام قانون التحكيــم على كل تحكيم أتفاقى يجرى فى المملكة ويتعلق بنزاع مدنى أو تجــارى بيــن أطراف أشخاص القانون العام أو الخاص ... " وهنا نجــد ان المشــرع أجــاز التحكيم فى العقود الإدارية ولكن لم يحدد أى شرط من الشروط الشــكلية علــى

---

(١) د. محيى الدين إسماعيل علم الدين : منصة التحكم التجارى الدولى ، الجـــزء الأول ، طبعة ١٩٨٦ ، ص ١٢٢ .

(٢) د. محمود السيد عمر التحيوى : التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختيارى فى العقــود الإدارية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ٢٠٠٣ ، ص ٨ .

التحكيم بالنسبة للعقود الإدارية وإنما حدد أشخاص القانون العام كطرف في النزاع[1] .

المطلب الثانى
موقف الفقه والقضاء من جواز أو عدم جواز اللجوء للتحكيم فى العقود الإدارية

إذا كان التحكيم هو الوسيلة الشائعة الاستعمال فى تسوية المنازعات بصفة عامة ، وفى العقود الإدارية بصفة خاصة ، فإن لهذا النظام من أيده ووقف إلى جانبه وذكر مميزاته وحسناته ومنهم من وجه إليه سهام النقد وعارضه بشدة وبين عيوبه[2] . وسنبين ذلك على النحو التالي :

أولا : موقف الفقه والقضاء المصري والفرنسي من جواز اللجوء للتحكيم فى العقود الإدارية :

١ – موقف الفقه والقضاء الفرنسي من جواز اللجوء للتحكيم فى العقود الإدارية .

على الرغم من اتخاذ الفقه والقضاء الفرنسي موقف خصوصية عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقد الإداري إلا إذا أجاز ذلك المشرع

---

(١) د. أحمد المومنى : التحكيم فى التشريع الأردني والمقارن ، الجزء الأول ، مطبعة التوفيق عمان ، الطبعة الأولى، ١٩٨٣ ، ص ٦٥ .

(2) Yahiel and Granston Arbitration and dispute Resoiution in The international Construction Industry (1985) ICIR P. 231-232.

ولمزيد من التفاصيل :

راجع د. ماجد راغب الحلو : العقود الإدارية والتحكيم ، دار الجامعة الجديدة ، سنة ٢٠٠٤ ، ص ١٩٠ وما بعدها .

بنص صريح، إلا أن هذا الاتجاه اقتصر في حقيقة الأمر على التحكيم في مجال منازعات المعاملات الداخلية دون أن يقيد الإدارة في حقها الخاص باللجوء إلى التحكيم الدولي.

فلقد استقر القضاء الفرنسي منذ عام ١٩٣٢ على أن القيود التي ترد في القوانين وتحظر دخول أشخاص القانون العام في التحكيم ، هي فقط في المعاملات الداخلية ، ولكنها لا تمنع هؤلاء الأشخاص من أن تكون طرفاً في اتفاق تحكيم دولي[١] .

ويبين من تحليل اتخاذ القضاء الفرنسي أن هدفه الأساسي والجوهري كان هو تحرير أشخاص القانون العام الاعتبارية من الحظر المقرر في القانون الفرنسي والذي يحول بينها وبين اللجوء إلى التحكيم ، ويقوم هذا الهدف على اعتبارين أساسيين:

---

(١) د. عصام الدين القصبي : خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار ، بدون دار نشر ، ١٩٩٣ ، ص ٤٣ هامش ٥١ حيث أشار في هذا المرجع إلى المبادئ التي أقرها قضاء محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بجلسة ١٤ ابريل سنة ١٩٦٤ وقد جاء فيه : (يجوز التحكيم في مجال المعاملات الدولية دون الوقوف أمام مسألة الأهلية لإبرام اتفاق التحكيم) .

وأيضا أشارت محكمة استئناف باريس بجلسة ١٩٥٧/٤/١٠ إلى : (أن عقد ايجار السفينة Tasis الذي أبرمته إدارة النقل البحري التابعة للحكومة الفرنسية مع مالكها Steamship Ste Myrtoon يتعلق بمصالح التجارة الدولية وبالتالي تتأكد سمعته كعقد من العقود الدولية. نتيجة لذلك فإن الحظر الوارد في القانون الفرنسي لا يسري في هذه الحالة ، لأن هذا الحظر وإن تعلق بالنظام العام في فرنسا ، فإن المقصود هو النظام العام الداخلي الذي يقتصر أعماله على العقود الوطنية وحدها).

وأيضا أكدت محكمة النقض الفرنسية في نفس الحكم السابق سنة ١٩٦٤ إلى : (إن الحظر الوارد في القانون الفرنسي يتعلق بالنظام الداخلي وليس النظام الدولي وبالتالي فإنه لا يقف عقبة أمام المؤسسة العامة وإخضاع الاتفاق الذي دخلت فيه طرفاً لقانون أجنبي يقبل بصحة شرط التحكيم طالما أن هذا الاتفاق قد توافرت له سمات العقد الدولي).

أ - قناعة القضاء بأسلوب التحكيم كوسيلة لفض المنازعات المتعلقة بالمعاملات الخاصة الدولية بحسبانها وسيلة تتفق ومقتضيات وأعراف هذه المعاملات.

ب - أن دخول الدولة والأجهزة التابعة لها في مضمار النشاط الخاص يجعلها تقف مع الخاصة أي الأشخاص الطبيعية وكيانات القانون الخاص الأخرى على قدم المساواة.

٢ - موقف الفقه والقضاء المصري من جواز اللجوء للتحكيم فى العقود الإدارية :

أما الاتجاه القائل بجواز الاتفاق على الالتجاء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية فقد وجد تأييداً من الفقه والقضاء في مواجهة الاتجاه الآخر. وفيما يلي نبرز أهم الأسانيد الفقهية المؤيدة لهذا الاتجاه في مصر ثم نتبعها بالأسانيد القضائية التي قررها قضاء مجلس الدولة وإفتاؤه في المراحل المتعاقبة.

❖ التحكيم جائز وفقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية.

المنازعة في مجال تنفيذ العقد الإداري بطبيعتها مثلها مثل غيرها من المنازعات ، وقد أجاز قانون المرافعات المدنية والتجارية في المواد (٥٠١) وما يليها الاتفاق على الالتجاء إلى التحكيم ولم يرد نص صريح يحظر على الجهات الإدارية ذلك ومن ثم لا يجوز تقييد النص أو تخصيصه بغير موجب.

❖ قانون مجلس الدولة يجيز لجوء الإدارة إلى التحكيم المحلي والدولي حيث إن قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ قد أورد بالمادة (٥٨) منه ما يقطع صراحة بجواز التجاء الإدارة إلى التحكيم في منازعاتها العقدية مدنية كانت أو إدارية حيث ألزمت الفقرة الثالثة من تلك المادة الوزارات والهيئات العامة وأي مصلحة من مصالح الدولة

بالإبرام أو تقبل أو تجيز أي عقد صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة ، وهذه المادة تكشف اتجاهات المشرع نحو إجازة اللجوء إلى التحكيم وإلا ما ألزم الإدارة عند رغبتها في ذلك اللجوء بعض اتفاقها في هذا الشأن على مجلس الدولة لمراجعته .

- ❖ الاتفاقيات الدولية كجزء من النظام القانوني المصري تجيز للدولة وأشخاص القانون العام الالتجاء إلى التحكيم.

إن انضمام مصر إلى العديد من الاتفاقيات الدولية كاتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية ، وكذا القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي (يونسترال) الذي يتناول جميع مراحل عملية التحكيم بدءاً من اتفاق التحكيم إلى إصدار قرار التحكيم والاعتراف به وتنفيذه والذي يعبر عن توافق الآراء في العالم بشأن ممارسات التحكيم الدولي والمنازعات الهامة المرتبطة به ، وغير ذلك من الاتفاقيات الأخرى التي يصدر بها تشريع يقرها فتصبح في قوة القوانين السارية المفعول الواجبة النفاذ ، وهو الأمر الذي يؤكد جواز التجاء الإدارة في منازعات العقد الإداري إلى التحكيم سواء كان محلياً أو دولياً.

- ❖ اختصاص مجلس الدولة دون غيره بنظر منازعات العقد الإداري لايستبعد إمكانية اللجوء إلى التحكيم:

إن نص المادة (١٠) من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ على اختصاص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالمنازعات الخاصة بالعقود الإدارية لا يعني استبعاد إمكانية اللجوء إلى التحكيم وإنما القصد منه هو التأكيد على استبعاد اختصاص محاكم

القضاء العادي في مجال توزيع الاختصاص بين كل من القضاء العادي والقضاء الإداري ، إذ إن اختصاص القضاء العادي ببعض منازعات العقود الإدارية كان قائماً في بعض القوانين السابقة على قانون مجلس الدولة وبذلك أراد المشرع أن يقطع الصلة بين القضاء العادي وهذه المنازعات نهائيا ، إلا أنه لم ينكر حق الأطراف قبل اللجوء إلى القضاء في إنهاء منازعاتهم بأي أسلوب يرتضونه سواء أكان الصلح أو التسوية الودية في ضوء الضوابط التي تراعى حماية ورعاية المال العام ، أو أسلوب التحكيم محلياً كان أو دولياً .

وقد أصدرت المحكمة الإدارية العليا حكماً هاماً فى الطعن رقم ٨٨٦ لسنة ٣٠ قضائية بجلستها المنعقدة فى ١٨ يناير ١٩٩٤ أرست به مبدأ هاماً أجازت فيه الاتفاق على شرط التحكيم فى منازعات العقود الإدارية.

وتأكيداً لجواز التحكيم فى منازعات العقود الإدارية اتجهت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع إلى تأييد الاتجاه القائل بجواز التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، وكان ذلك قبل موقفها الأخير بجلستها في ١٩٩٦/١٢/١٨ الذي اتجهت فيه إلى عدم جواز شرط التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، وقد تمثل اتجاهها المؤيد لجواز التحكيم في تلك المنازعات في فتواها الصادرة في ١٧ مايو ١٩٨٩ والفتوى الثانية المؤيدة للتحكيم لجلسة ٢٧ فبراير ١٩٩٣ [١] .

---

(١) فى هذا المعنى صدرت فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بجلستها المنعقدة ١١ مارس سنة ١٩٩٣ ، المؤيدة لاتجاه إجازة التحكيم فى منازعات العقد الإدارى.

ثانياً : موقف الفقه والقضاء الفرنسي والمصري من عدم جواز اللجـــوء للتحكيم فى منازعات العقود الإدارية :

١ – موقف الفقه والقضاء الفرنسي من عدم جواز اللجوء للتحكيم فـــي العقود الإدارية :

يتجه الفقه الفرنسي[١] بإجماع غالب إلى أنه لا يجوز لأشخاص القانون العام الالتجاء إلى التحكيم إلا إذا أجاز ذلك نص تشريعي صريح ، ومن ثـــم لا يجوز لهؤلاء الأشخاص اللجوء إلى التحكيم لحل المنازعات التي تنشأ عن تنفيـذ العقود الإدارية.

ومن أمثلة التشريعات التي أجازت استثناء لبعض الجـــهات الحكوميـــة الفرنسية فض منازعات عقودها الإدارية بطريق التحكيم التشريعات التالية:[٢]

١ – قانون ٩ يوليو سنة ١٩٧٥ بجواز اللجوء إلى التحكيم للهيئات ذات الطابع الاقتصادي أو التجاري عن طريق مرسوم مرخص لها بذلك.

٢ – قانون ٣٠ سبتمبر سنة ١٩٨٢ بالسماح لهيئة السكك الحديدية بالالتجاء إلى التحكيم.

وتأكيداً لعدم جواز اللجوء إلى التحكيم إلا بنص تشريعي فـــإن القضـــاء تشدد كثيراً في تفسيره لقانون ١٧ أبريل سنة ١٩٠٦ المشار إليه فلم يطبقه على (الهيئات العامة) لكونه لم يتضمنها بالنص الصريح ، وظل الأمر كذلك حتى تـم

---

(١) لمزيد من التفاصيل راجع د . محمد ماجد محمود : العقـــد الإداري وشـــرط التحكيـــم الدولي، مرجع سابق ، ص ١٢٦ . وأيضا راجع د. نجلاء حسن السيد : التحكيـــم فـــى المنازعات الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ ، ص ١١٨ وما يليها .

(٢) أنظر في ذلك ، د. محمد كمال منير ، تعليقه على حكم المحكمة الإدارية العليا الصـــادر بجلسة ١٩٩٠/٢/٢٠ ، مجلة العلوم الإدارية ، يونيه ١٩٩١ ص ٣٣٦ ومـــا بعدهـــا ، وأيضا اوبي ودارجر ، القضاء الإداري ، سنة ١٩٨٤ جـــ ١ ص ٥٢ ـــ والدكتـــور / محمد ماجد محمود ، العقد الإداري ... المرجع السابق ١٢٦.

تعديل القانون في سنة ١٩٦٠ بإضافة الهيئات العامة إلى الدولة والمحافظات الذين لهم حق اللجوء إلى التحكيم.

كما أن تشدد القضاء في ذات المجال بدأ أيضاً في عدم إجازته سحب أحكام القانون المشار إليه على أنه عقود إدارية أخرى للدولة أو المحافظات أو الهيئات العامة سوى عقود الأشغال العامة وعقود التوريد .

٢- موقف الفقه والقضاء المصري من عدم جواز اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية :

المسلم به أن قواعد الاختصاص القضائي هي قواعد آمرة ، فالمشرع هو الذي يحددها ، كما أنها تتعلق بالنظام العام . وبناء عليه فإن الإدارة لا تستطيع أن تعدل في قواعد الاختصاص عن طريق الاتفاق مع متعاقديها ، كما لا تملك ذلك بموجب قرارات إدارية تصدر منها ، بل يتضمن أن يتم ذلك بقانون، وكل تعديل بأداة أقل منه يصبح غير مشروع وفي كل الأحوال يتعين التمييز في شأن قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام بين قواعد الاختصاص النوعي الضابطة لتوزيع الاختصاص بين جهتي القضاء المادي والإداري أو في نطاق إحدى هاتين الجهتين وبين قواعد الاختصاص المكاني [١] .

والأصل العام في شأن الاختصاص القضائي أن جميع المنازعات الإدارية يختص بالفصل فيها دون غيره مجلس الدولة وفقاً للمادة (١٧٢) من الدستور . وقد أناط القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بمحاكم جهة القضاء الإدارية ولاية الفصل في المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقود الإدارية[٢].

---

(١) راجع د. جورجي شفيق ساري : التحكيم ومدى جواز آلية فض المنازعات في مجال العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ٢٠٠٥ ، ص ١٠٨ وما بعدها .

(٢) انظر في ذلك : د. محمد كمال منير . تعليقه على حكم المحكمة المشار إليه سابقاً ، ص ١١.

وقد خلا النظام القانوني المصري من نصوص صريحة تنظم إمكانية اللجوء إلى التحكيم في مجال منازعات العقود الإدارية .

فثار التساؤل حول مدى ضرورة وجود مثل هذا النص الصريح في التشريعات المصرية وهل يكفي عدم وجود نص يحظر الالتجاء إلى التحكيم في العقود الإدارية حتى يمكن الاتفاق على التحكيم الإختياري ؟ أم أنه يجب أن يكون هناك نص صريح يجيز الالتجاء إلى التحكيم في تلك المنازعات باعتبار أن الاتفاق على التحكيم في هذه الحالة من شأنه المساس بقواعد الاختصاص القضائي المقرة قانونياً بما يتبعه من سلب لولاية القضاء الإداري وإسناد الاختصاص إلى هيئات التحكيم الخاصة؟

انقسم الرأي فقهاً وقضاء حول الإجابة عن هذه التساؤلات إلى اتجاهين ذهب أولهما إلى عدم جواز الالتجاء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية إلا إذا وجد نص صريح يسمح للجهات الإدارية بالاتفاق على شرط التحكيم في عقودها .

بينما ذهب الاتجاه الثاني إلى أنه طالما لم يتضمن القانون نصاً صريحاً مانعاً من الالتجاء إلى التحكيم في تلك المنازعات فإن للإدارة الحق في تضمين عقودها شرط الالتجاء إلى التحكيم دون أن ينطوي ذلك منها على أية مخالفة. وهنا نعنى ببيان الاتجاه الأول القائل بعدم جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقد الإداري لعدم وجود نص صريح يسمح للجهات الإدارية بذلك فما حدود هذا الرأي ؟ وما هى التصنيفات القضائية القائلة به ؟ وما هي اتجاهات الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع التى حسمت الأمر ؟ وما هى الأسانيد الفقهية اتجاه ذلك ؟

أول هذه الأسانيد المؤيدة لعدم جواز التحكيم فى منازعات العقد الإدارى هو أن الالتجاء إلى التحكيم يتطلب إرادة المشرع والخصوم . بحيث إذا

تخلف أحدهما عن الآخر أصبح الاتفاق غير مشروع ويستند هذا الرأي إلى المبدأ القانونى ألذى قررته الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع[1] .

وثانى هذه الأسانيد هو أن قواعد الاختصاص القضائي من النظام العام ولا تملك الإدارة تعديلها بقرارها أو اتفاقها مع الغير . ومن المبادئ القانونية المؤكدة لحقيقة عدم جواز تعديل قواعد الاختصاص عن طريق القرارات الإدارية ومن باب أولى عن طريق الاتفاق وهذا المبدأ من قضاء مجلس الدولة الفرنسى[2] .

وثالث هذه الأسانيد فى عدم جواز الالتجاء إلى التحكيم فى منازعات العقد الإداري هو أن أهلية الأشخاص القانونية العامة مقيدة بما يمنحه القانون لها فاذا أقر لها القانون هذا الحق جاز لها ذلك ، وإذا حجب عنها هذا الحق ظلت مقيدة بحدود أهليتها التى خصصها القانون ، ويستند أصحاب هذا الاتجاه لتأييد حجتهم بأحد المبادئ التى قررتها الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع[3] وبالتالى فإن هذا القول يؤدى إلى مبدأ يكاد يكون مماثلا لما هو عليه الحال فى

---

(١) المبدأ الذى قررته الجمعية فى جلستها المنعقدة فى ٧ يناير سنة ١٩٧٠ والذي يتضمن (أن إرادة الخصوم لا تكفى وحدها لخلق نظام التحكيم بل يجب أن يقر المشرع اتفاقهم بحيث يمكن القول أنه لولا إجازه المشرع الالتجاء إلى التحكيم ونصه على تنفيذ أحكام المحكمين ما كانت إرادة الخصوم وحدها تكفى لخلقه) .

(٢) حكم مجلس الدولة الفرنسى : الصادر فى ١٩٤٩/٧/٣٠ المجموعة ، ص ٤٠٣ والذى يتضمن :

– C.E. 30 Jul. Rec P. 403 .

(أن الإدارة لا تستطيع تعديل قواعد الاختصاص القضائي عن طريق القرارات الإدارية وانما يتعين أن يتم ذلك بقانون وكل تعديل الاختصاص القضائي عن طريق القرارات الإدارية وانما يتعين أن يتم ذلك بقانون وكل تعديل الاختصاص بأداة اقل منه يصبح غير مشروع) راجع فى ذلك د. سليمان الطماوى ، الأسس العامة ١٩٩١ مرجع سابق ص ١٧١ .

(٣) فتوى الجمعية فى جلستها المنعقدة فى ٣٠ مارس عام ١٩٨٨ والذي يتضمن :
(أن أهلية الأشخاص القانونية العامة في التعرف والقيام بالأعمال اللازمة لتحقيق الأهداف المنوط بها تحقيقها ، انما هي أهلية محددة تنظمها القوانين والقرارات المنشئة لها) .

فرنسا حيث إنه لا يجوز للجهات الإدارية الالتجاء إلى التحكيم فـــى منازعـــات العقود الإدارية إلا إذا أجاز ذلك المشرع[1] .

أما رابع هذه الأسانيد هو أن الاتفاق على التحكيم ينطوى علـــى ســـلب للاختصاص القضائي ومن المبادئ القانونية التي يستدل عليها أصحـــاب هـــذا الرأي فى حجتهم[2] .

نجد أن آخر هذه الأسانيد هو عدم جواز التحكيم فى المســـائل المتعلقـــة بالنظام العام ومنها العقود الإدارية حيث إن قانون المرافعات المدنية والتجاريـــة لا يجيز التحكيم فى المسائل المتعلقة بالنظام العـــام وأنـــه فضـــلاً عـــن كـــون اختصاص مجلس الدولة هو من النظام العام فإن العقود الإدارية ذاتها تتعلـــق بالنظام العام ومن ثم لا يجوز التحكيم فى منازعاتها .

وقد تمت مواجهة أصحاب هذا الرأي بنص المادة (٣/٥٨) من قـــانون مجلس الدولة المصري الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ والذي أشار فـــي

---

(١) انظر فى ذلك : د. محمد كمال منير : تعليقه السابق الإشارة إليه ص ١١ ومـــا بعدهـــا وأيضا د. محمد ماجد محمود ، العقد الإدارى ، مرجع سابق ، ص ١٣١ .

(٢) حكم لمحكمة القاهرة الابتدائية فى جلستها بتاريخ ١٩٥٣/١/١٦ المنشور فـــى مجلـــس المحاماة السنة ٣ ث ١٤٦ والذى يتضمن :
(من المسلم به أن وجود شرط تحكيم عام فى عقد من العقود يتضمن تنـــازل أطـــراف العقد عن الالتجاء إلى القضاء فى المنازعات المتعلقة بذلك العقد ومن ثم فهو ينشأ دفعـــاً بعدم اختصاص المحكمة ويجوز إبداؤه ممن وقعت عليه الدعوى أمام القضاء ، وهـــذا الدفع يجب إبداؤه قبل التكلم فى هذا الموضوع أو في سائر الدفـــوع الشـــكلية) . وقـــد اتجهت محكمة النقض فى حكمها الصادر بجلسة ٢٥ فبراير سنة ١٩٦٥ إلى الاعتراف بالأثر المانع لأنفاق التحكيم إلا أنها حكمت بعد ذلك بعدم قبول الدعـــوى لرفعـــها قبـــل عرض النزاع على التحكيم وقد اتجه قضاء النقض إلى العدول عن هذا المسلك فى شأن تكييف الدفع بالتحكيم وأنهى على أنه دفع بعدم الاختصاص انظر حكم محكمة النقـــض الدائرة المدنية الطعن رقم ٣١/١٦٧ ق جلســـة ١٩٦٦/٥/٢٤ المجموعـــة س ١٧ ص ١٢٢٣ حتى ص ١٢٣٠ وحكمها الصادر بجلســـة ١٩٨١/٢/٢٦ فـــى الطعـــن رقـــم ٤٧/٦٩٨ ق.

السياق إلى جواز التجاء جهة الإدارة إلى التحكيم فى منازعاتها العقدية سواء كانت إدارية أو مدنية[1] .

وقد رد أصحاب هذا الاتجاه بقولهم إن هذا النص لا يفيد اتجاه نية المشرع إلى إقرار التجاء الإدارة للتحكيم الاختبارى في منازعات العقود الإدارية حيث إن هدف المشرع من هذا النص هو مجرد تعداد للجهات الإدارية التى تختص إدارات الفتوى لمجلس الدولة بإبداء الرأي فى الطلبات المقدمة منها وأن القول بغير ذلك يعنى أن جهة الإدارة تستمد جواز التجائها إلى الصلح في العقود الإدارية من النص المذكور ، وهذا هو ما قررته المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر فى ١٩٦٨/٢/١٠ .

من خلال ما تم التطرق إليه واستعراضه في طيات هذا الفصل يرى الباحث أن التحكيم هو من أفضل الوسائل الحديثة التي يلجأ إليها الأطراف لحسم المنازعات الناشئة عن العقود بشكل عام وعن العقود الإدارية بشكل خاص، حيث أن التجاء الأطراف إلى التحكيم فى إطار العلاقات الدولية مبعثه المزايا العديدة التى يتمتع بها التحكيم عن غيره بالإضافة إلى تمتع التحكيم بطبيعة قانونية خاصة . ونجد أن هناك العديد من الاتفاقيات الهامة التى عقدت فى مجال القانون والتحكيم على الصعيدين العربى والدولى بدرجة يصعب متابعتها والذى تم التطرق إليها فى بداية هذا البحث .

وربما كانت غزارة البحوث والدراسات وتواصل المؤتمرات واللقاءات المتعلقة بالتحكيم دليلاً إضافياً على ازدهار التحكيم وفعاليته على جميع

---

(١) نصت المادة (٣/٥٨) من قانون مجلس الدولة المصري على أنه (لايجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تغيل أو تجيز أى عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين فى مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة) .

المستويات ، وفى جميع الدول العربية وعلى وجه الخصوص جمهورية مصر العربية والتى أعطت التحكيم حقه من جميع جوانبه وكذلك المملكة الأردنية الهاشمية التى سعت منذ نشوء الدولة الى وضع قانون تحكيم متطور سنة ١٩٥٣ والذى انتهى هذا القانون بصدور قانون تحكيم جديد سنة ٢٠٠١ ونأمل من المشرع الأردنى مواصلة تطوير التحكيم باستمرار حسب التطورات السريعة فى الاقتصاد العالمى وإزالة كافة الحواجز التى تقف فى وجه حرية التجارة والصناعة .

الفصل الثانى
أثر التحكيم فى تحقيق التوازن المالى للعقد الإدارى

إن التحكيم فى العقود الإدارية أصبح وسيلة أساسية لفض تلك المنازعات وخاصة العقود الإدارية الدولية ، كبديل لقبول الدولة الخضوع للاختصاص القضائي لدولة أخرى عند إبرامها لعقد مع شخص معنوي أو طبيعى من رعايا تلك الدولة .

وللتحكيم خصوصية في هذا المجال حيث جاء ليلبى أغراضاً معينة تتجسد فى حفظ النظام والتوازن بين مصالح الأفراد ، وعند اختيار التحكيم فى مجال العقود الإدارية فإنه يحقق سرعة البت فى الخلاف والمرونة ، هذا الأمر يؤدى إلى تحقيق التوازن المالى للعقد الإدارى لأن تحقيق هذا التوازن ليس بالأمر السهل ، لذلك نجد أن التحكيم هو من أفضل الوسائل التي يلجأ إليها الأطراف .

ولإلقاء الضوء على أثر التحكيم فى تحقيق التوازن المالي للعقد الإداري يستوجب ذلك تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين :

المبحث الأول : اختيار القانون الواجب التطبيق وتحقيق التوازن المالى للعقد الإدارى .

المبحث الثانى : نطاق سلطة المحكمين فى تحقيق التوازن المالي للعقد الإدارى.

المبحث الأول
اختيار القانون الواجب التطبيق
وتحقيق التوازن المالى للعقد الإدارى

لدراسة أثر اختيار القانون الواجب التطبيق فى تحقيق التوازن المـــالي للعقد الإداري . علينا أن نتناول أولاً أثر اختيار القانون الواجب التطبيق[1] علـى التحكيم فى العقود الإدارية ، باعتباره المدخل الطبيعي والإطار العام الذي يمكننا من الإلمام بشمولية الفكرة .

ويجدر بنا الإشارة إلى أن هذا الأمر يتسم بالصعوبة وذلك فيما يتعلـق باختيار القانون الواجب التطبيق على التحكيم فى العقود الإدارية .

ومن هنا جاء تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : أثر اختيار القانون الواجب التطبيق على التحكيم فـــي العقـود الإدارية .

المطلب الثاني : أثر اختيار القانون الواجب التطبيق في تحقيق التوازن المـــالي للعقد الإداري .

---

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة : علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً ، الطبعة الأولى ، المنصورة ، مكتبة الجلاء ، سنة ١٩٩٦ ، ص ١٠٩٥ .

المطلب الأول
أثر اختيار القانون الواجب التطبيق على التحكيم في العقود الإدارية

إن موضوع اختيار القانون الواجب التطبيق في التحكيم على العقود الإدارية لم يكن في جدول اهتمامات الفقه والقضاء والجهات المعنية بالتحكيم ، لأن المشكلة الرئيسية التي احتلت الاهتمام في العديد من الدول هو مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ؟

وهكذا فإن هذه المسألة لم تظهر في دائرة الضوء إلا بعد أن أصبح الاتفاق على التحكيم فى العقود الإدارية جائزاً واحتل التحكيم مكانته كهيئة لفض المنازعات فى مجال العقود الإدارية(١) .

ولم يكن موضوع القانون الواجب التطبيق على العقود بصفة عامة مسألة اعتيادية وبسيطة ، بل على العكس حيث اتسم هذا الموضوع بالصعوبة سواء كان هذا القانون الواجب التطبيق يتعلق بالناحية الإجرائية أو الناحية الموضوعية ، وتثور هذه الصعوبة بصورة واضحة أمام المحكم الدولي الذي ليس له قانون اختصاص أو ما يطلق عليه (قانون القاضي) ليحدد على أساسه القانون الواجب التطبيق(٢) .

والحديث عن القانون الواجب لتطبيقه يجعلنا نستبعد فكرة القانون الواجب تطبيقه فى مجال التحكيم الداخلي ، إذ تقف فكرة السيادة حائلاً أمام

---

(١) لمزيد من التفصيل راجع د. جمال محمود الكردى : القانون الواجب التطبيق فى دعوى التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٥ ، ص ٩ .

(٢) د. على عوض حسن : التحكيم الاختيارى والإجبارى في المنازعات الإدارية ، دار الفكر الجامعى ، الإسكندرية ، سنة ٢٠٠٤ ، ص ٦٢ .

تطبيق أى قانون أجنبي على علاقة تحكيم وطنية وبالتالي فإن فكـــرة القـــانون الواجب التطبيق سوف يقتصر بحثها على التحكيم فى العقود الإدارية الدولية .

والواقع أن إجازة المشرع في كل من فرنسا ومصر للتحكيم في العقـــود الإدارية الدولية سيترتب عليه ولا شك ظهور مشاكل عمليه جديدة تتمثـــل فـــي البحث عن القانون الواجب التطبيق علـــى التحكيـــم مـــن الناحيـــة الإجرائيـــة والموضوعية وما تثيره هذه المسألة من مشاكل عملية في حالـــة عـــدم اتفـــاق الأطراف على القانون الواجب التطبيق أو في حالة اتفاقهم على قانون لا يعرف التفرقة بين المنازعة الإدارية والمنازعة المدنية ، مما يؤدي إلى إهمال مبـــادئ القانون العام التي تحكم نظريات القانون الإداري والتي تتمتع الدولة بمقتضاهـــا بامتيازات وسلطات خاصة في نظام العقود الإدارية مما يمس بالمصالح الحيوية التي تعمل العقود على تحقيقيها[1] . وسنتناول هنا في دراستنا القانون الواجـــب التطبيق على إجراءات التحكيم وعلى موضوع النزاع في العقود الإدارية .

أولاً : اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم فـــي منازعـــات العقود الإدارية[2] :

يقصد بإجراءات التحكيم مجموعة القواعـــد الإجرائيـــة التـــي يتبعـــها المحكمون في النزاع المطروح أمامهم حتى إصدار حكمـــهم بشـــأن الـــنزاع، وبعبارة أخرى هي القواعد الإجرائية التي تنظم إجراءات التقاضي وتحكم ســـير الخصومة أمام المحكمين. ويحظى موضوع القانون الواجـــب التطبيـــق علـــى إجراءات التحكيم بصفة عامة، بأهمية بالغة لدى أطراف اتفاق التحكيم. فالقواعد الإجرائية هي التي ستحكم سير الخصومة وكل ما يعد إجرائياً كتبادل المذكـــرات والمواعيد وسماع الشهود وتسبيب الحكم وإيداعه .... إلخ . ومما لا شك فيه أن

---

(١) د. جمال محمود الكردى : القانون الواجب التطبيق .. ، مرجع سابق ، ص ١١ .

(٢) د. أحمد عبد الكريم سلامة : علم قاعدة التنازع ... مرجع سابق ، ص ٨٩٦ .

مزاعاة هذه القواعد على وجه صحيح من شأنه الوصول إلى حكم تحكيم قابل للاعتراف به وتنفيذه. وعلى عكس ذلك فإن مخالفتها تفتح الباب أمام الطعن على قرار التحكيم بالبطلان ورفض الاعتراف به وبالتالي إعاقة تنفيذه.

وقد استقر الفقه والقضاء والمعاهدات الدولية ولوائح مراكز التحكيم الدائمة على مبدأ خضوع إجراءات التحكيم لقانون الإرادة، وتعتبر فرنسا ومصر من الدول التي تقر قوانين التحكيم فيها على هذه القاعدة . فاتفاقية جنيف الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة ١٩٦١م تقضي (في البند الثالث من الفقرة الثانية من مادتها الرابعة) بحرية أطراف اتفاق التحكيم في تحديد قواعد الإجراءات التي يتعين على المحكمين اتباعها، وكذلك الأمر بالنسبة للتحكيم الذي يدخل في إطار اتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى المبرمة في ١٨ مارس ١٩٦٥م حيث تنص في (مادتها الرابعة والأربعين) على خضوع إجراءات التحكيم لهذه المعاهدة ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

وفي فرنسا فإن المشرع في المادة ١٤٩٤م من قانون المرافعات قد أعطى الأطراف حرية تنظيم إجراءات التحكيم مباشرة أو بالإحالة إلى لائحة مركز تحكيم . كما قنن المشرع المصري مبدأ الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات في المادة ٢٥ من قانون التحكيم لعام ١٩٩٤م التي تنص على أن (لطرفي التحكيم الاتفاق على الإجراءات التي تتبعها هيئة التحكيم)[١].

---

(١) لمزيد من التفصيل راجع د. جمال محمود الكردي : القانون الواجب... ، مرجع سابق ص٥٢.

- د. أبو العلا علي النمر : القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية في التحكيم ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، (د.س) ، ص٢١.

وقد وضعت كافة المعاهدات الدولية المتعلقة بالتحكيم قاعدة مستقرة وهي خضوع إجراءات التحكيم لإرادة الأطراف ، وفي ظل الاختيار الإرادي للقانون الإجرائي في التحكيم أضحى لأطراف النزاع عدة طرق متاحة أمامهم لاختيار القواعد والإجراءات للتحكيم . فقد يتفق الأطراف على اختيار الإجراءات المنصوص عليها في قانون وطني أو تلك المنصوص عليها في لائحة مركز دائم من مراكز التحكيم . وقد يقوم الأطراف بأنفسهم بوضع إجراءات التحكيم أي استخدام ما يسمى " بإجراءات التحكيم العائمة " وقد يتفقون على ترك هذه المهمة لهيئة التحكيم لتتولى بالنيابة عنهم القيام بذلك، وهذا ما سوف نتناوله بصورة موجز على النحو التالي :-

١- إنه في حالة اتفاق أطراف النزاع على الأخذ بالإجراءات المنصوص عليها في قانون وطني أو المنصوص عليها في لائحة مركز دائم من مراكز التحكيم , فإنهم يقومون بذلك عملاً بمبدأ قانون الإرادة ، وبالتالي سوف يخضعون لقانون وطني معين أو لائحة مركز تحكيم. وفي هذا الاتجاه صاغت التشريعات موقفها، مؤكدة على فكرة الاختيار الإرادي.

فالمشرع الفرنسي ذهب إلى حد بعيد في إطلاق حرية الأطراف في اختيار إجراءات التحكيم ، حيث سمح للأطراف في حالة اختيارهم للقانون الفرنسي بإمكانية استبعاد كل أو بعض النصوص الآمرة فيه . إلا أن المشرع الفرنسي قد فرق في هذا الصدد بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي حيث احتوت المادة ١٤٦٠ من قانون المرافعات الفرنسي على بعض النصوص الإجرائية الآمرة التي يتحتم احترامها ولا يجوز للأطراف في التحكيم الداخلي مخالفتها والمتمثلة في احترام مبدأ المساواة وحقوق الدفاع . وقد سمح المشرع بإمكانية الخروج على هذه المبادئ في التحكيم الدولي، حيث سمحت المادة ١٤٩٥ من قانون المرافعات للأطراف في حالة اختيارهم للقانون الفرنسي بإمكانية استبعاد كل أو بعض النصوص الآمرة فيه، مما يمكّن أطراف النزاع

من تجزئة قواعد القانون الفرنسي الإجرائية واختيار ما يناسبهم منها ، وهذا ما يتيح للأطراف في النهاية إمكانية تجزئة القانون الفرنسي إلى قطع واختيار القطعة التي تحلو لهم واستبعاد ما عداها، حتى ولو كانت نصوصاً آمرة[1] .

وهذه المنهجية المتحررة التي قررها المشرع الفرنسي بشأن إجراءات التحكيم دفعت بعض الفقهاء إلى وصف القانون الفرنسي في هذا الشأن بأنه كان متحرراً إلى أقصى حد . وكان القضاء الفرنسي قد تبني منذ زمن بعيد مبدأ حرية أطراف التحكيم في اختيار القانون الذي يحكم إجراءاته[2] .

وبالنسبة للمشرع المصري فلم يكن صريحاً في إقرار مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم . وبالرغم من أن المشرع المصري لم يتخذ موقفاً صريحاً من مسألة خضوع إجراءات التحكيم لقانون أجنبي، إلا أنه يمكن استخلاص ذلك من مجموعة النصوص القانونية الواردة في قانون التحكيم، حيث تضمنت المادة (٢٥) منه على (مبدأ حرية أطراف التحكيم في اختيار إجراءاته) وإن كانت لم تشر إلى حقهم في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد المعمول بها في قانون أجنبي معين .

وقد أعطت المادة ٢٨ من القانون الحق للأطراف الاتفاق على مكان التحكيم في مصر أو في خارجها، بمعنى إخضاع إجراءات التحكيم للقواعد النافذة في منظمة أو مركز تحكيم في مصر أو خارجها. وإذا كانت هذه المادة لم تشر صراحة إلى حق الأطراف في إخضاع هذه الإجراءات للقواعد المعمول بها في قانون أجنبي معين، إلا أن جانباً من الفقه يستخلص من نص المادة (٢٨) من نفس القانون التي أعطت لطرفي النزاع الاتفاق على مكان التحكيم في مصر

---

(١) للمزيد راجع أبو العلا علي النمر : القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية، مرجع سابق ، ص ٢٢ .

(٢) راجع د. جمال محمود الكردي : القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم ، مرجع سابق ، ص ٥٤.

أو في خارجها، حيث يرى هذا الفريق أن إقرار المشرع بحرية الأطراف في اختيار مكان التحكيم وحريتهم في اختيار إجراءاته يعني بطريق غير مباشر حريتهما في اختيار القانون الذي يخضع اختيار التحكيم لقواعده[1] .

ويرى هذا الفقه بأنه يمكن للأطراف إخضاع التحكيم للقواعد الإجرائية السارية في قانون أجنبي معين ، حيث سيقتصر تطبيق القانون الأجنبي على حكم المسائل التي أورد لها القانون المصري أحكاماً مكملة دون الأحكام الآمرة التي تسري على كل تحكيم يجري في مصر كما نصت على ذلك المادة الأولى من قانون التحكيم المصري أو على المسائل التي لم يقم القانون المصري بتناولها أصلاً [2] .

أما بالنسبة للتحكيم الذي يجري في الخارج واختار أطرافه نصوص القانون المصري فإنه يمكن للأطراف تغيير نصوصه لتتلاءم مع مقتضيات وطبيعة النزاع ولا يحد من حريتهم في ذلك إلا النظام العام الدولي[3] .

وبناء على ما تقدم نجد أن المشرع في فرنسا وكذلك في مصر قد ترك لأطراف الخصومة الحرية التامة في الاتفاق على الإجراءات التي يتعين على هيئة التحكيم اتباعها في نظر النزاع الناشئ بينهما .فأطراف الخصومة وفقاً لذلك لهم حرية الاختيار في الاتفاق على القواعد الإجرائية التي تلتزم هيئة التحكيم باتباعها عند نظر الخصومة بينهم. وهذه القواعد قد تكون

---

(١) راجع د . مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال : التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية ، الجزء الأول ، الفتح للطباعة والنشر – سوتير – الإسكندرية ، سنة ١٩٩٨م ، ص٢٢٤وما بعدها .

(٢) راجع د. جمال محمود الكردي : القانون الواجب التطبيق في دعوى التحكيم ، مرجع سابق ، ص٥٣.

(٣) راجع د. نجلاء حسن السيد : التحكيم في المنازعات الإدارية ، مرجع سابق ، ص٥٠٥ .

قواعد إجرائية لهيئة دولية أو إقليمية أو وطنية، وقد تكون قواعد إجرائيـــة اتفقت الأطراف على وضعها للنظر في النزاع بينهم.

ويجدر الإشارة إلى أن اتفاق أطراف النزاع على إسناد التحكيم علـــى مركز دائم يعني ضمنيا الاتفاق على القواعد المتعلقة بالإجراءات في لائحـة هذا المركز، فمن جانب سيترتب على هذا الاختيار وضع المنازعة بين يدي المركز ليتم الفصل فيها وفقاً للوائحه التنظيمية وقوانينه الداخلية وهذا هـــو التحكيم المؤسسي .وفي الجانب الآخر اختيار لائحة هـــذا المركـز أو ذاك لتحكم سير المنازعة ، مع أنه تحكيم حر غير أن إجراءاته تخضع للضوابط الموضوعية من قبل المركز المختار من قبل الأطراف .

٢- قد يقوم أطراف النزاع بوضع إجراءات التحكيم بأنفسهم ، وهو مـا يطلـق التحكيم الحر .ويقصد بإجراءات التحكيم الحر قيام الأطراف بصياغة القواعد الإجرائية التي تحكم سير المنازعة بأنفسهم ، وبالتالي تحرر التحكيـم فيمـا يتعلق بإجراءاته من الخضوع لأي قانون وطني، ويطلق بعض الفقه. علـــى التحكيم الذي يعتمد على إجراءات يضعها أطراف النزاع أنفســهم التحكيـم الحر، لأنه يستند إلى بنود التحكيم ذاتها التي تستمد من عـــادات وأعـراف التجارة الدولية . وقد ذهب الفقه الفرنسي المؤيد لهذا النظام إلى أن أساســه يستند إلى المادة ١٤٩٤من قانون المرافعات الفرنسي التي تحدد عدم خضوع إجراءات التحكيم لقانون معين ، وبالتالي يكون للأطراف إمكانية انتقاء قواعد إجرائية من عدة قوانين وطنية[١] .

---

(١) للمزيد راجع د. جمال محمود الكردي : القانون الواجب التطبيق .....نفس المرجع ص٦٤ .

ثانياً : اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في العقود الإدارية :

يعتبر اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع في العقود الإدارية من أكثر الموضوعات أهمية في مجال التحكيم ، لكونها تعكس جوهر الغاية من التحكيم . ويقصد بالقواعد الموضوعية أنها تلك النصوص التي تحكم أصل النزاع بين طرفي الخصومة التحكيمية، والتي تتجسد في أحكام العقد التي تحكم العلاقة بين الطرفين وقانون الدولة الذي يختاره الطرفان أو أوجبته قاعدة تنازع القوانين ليحكم طبيعة المعاملات فيما بينهما والذي على ضوئه يفسر العقد والآثار المترتبة عليه في تحديد الحقوق والالتزامات ، هذا إلى جانب العرف التجاري والقواعد الدولية التجارية المتفق عليها .

إن إجازة المشرع لفكرة التحكيم في العقود الإدارية الدولية كما هو الحال في فرنسا ومصر سيترتب عليه دون شك البحث عن القانون الواجب التطبيق على الموضوع كونه من أهم القضايا المرتبطة بالتحكيم ، ذلك أن القانون المذكور هو الأساس في إصدار حكم التحكيم ، وبالتالي حسم النزاع وإنهائه . وقد عهد المشرع إلى طرفي النزاع حرية الاختيار للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع . وعلى هذا الأساس فقد استقر الفقه والقضاء على حرية طرفي التحكيم في اختيار القواعد الموضوعية التي يطبقها المحكم على النزاع المعروض عليه.

فأطراف النزاع في حالة اتفاقهم صراحة في العقد على القانون الواجب التطبيق على العقود الإدارية[1] ، فإن هذا الاختيار وفي هذه الحالة يلزم المحكم بتطبيق القانون الذي اختاره الأطراف ولا يملك أن يتجاهله أو يطبق قانوناً أخر.

---

(١) لمزيد من التفصيل راجع د. فوزى محمد سامى : التحكيم التجارى الدولى ، مرجع سابق، ص ٢٦٠ وما يليها .

وقد يقوم المحكم باستنباطه من خلال العقد والظروف المحيطة به لاختيار للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع ضمنيا ، وهذا ما يفرض على المحكم أن يستنبط هذا الاختيار من خلال العقد والظروف المحيطة به .

١- الاختيار الصريح من قبل الأطراف للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع[١] :

يؤكد الفقه والقضاء على حرية طرفي التحكيم في اختيار القواعد الموضوعية التي يطبقها المحكم على النزاع المعروض عليه ، كما تأخذ الاتفاقيات الدولية المتعلقة بالتحكيم ، وكذلك التشريعات الوطنية الصادرة حديثاً ، ولوائح العديد من مراكز التحكيم ، بل وأحكام التحكيم بمبدأ استقلال الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع المطروح أمام المحكم[٢] .

وبناء على أنه في مجال التحكيم الدولي في حالة اختيار الأطراف في مجال المنازعات الإدارية للقانون الواجب التطبيق يخضع العقد لقانون إرادة الأطراف، فإنه يجب على المحكم الالتزام بأحكام هذا القانون ، وبالتالي فلا يجوز له أن يطرح هذا القانون المتفق جانبا ليطبق قانوناً أخر، لأن اختيار طرفي النزاع صراحة للقواعد الموضوعية التي ستطبق على هذا النزاع يمثل الأساس الملزم للمحكم الذي لا طريق له سوى تجسيد إرادة طرفي العقد .

---

(1) The international Constriction law Review- Valume 70 part 4 October 1990. P. 421

- يتم تطبيق القانون الذي قد يختاره الأطراف ، ومع ذلك نجد أن هناك صراعاً في المصالح بين الدول النامية والدول المتقدمة ، إذ إن هناك تعارضاً بين مصالح المقاولين والمقاولين من الباطن والموردين وبين العملاء فى الدول الأقل تقدماً ويكون القانون الواجب التطبيق بصفة أساسية هو قانون الدولة التى تم اختيار قانونها ليطبق على النزاع أو على الأقل تم اختيار محاكمها للفصل فى النزاع .

(٢) للمزيد من التفصيل راجع د. جمال محمود الكردي القانون الواجب التطبيق ... ، نفس المرجع ، ص ١٢٣ وما بعدها .

وأساس هذه القاعدة أن المحكم يستمد سلطاته من اتفاق التحكيم الذي تم إبرامه بين طرفي النزاع، وهذا ما يميز التحكيم ويجعله يختلف من هذه الناحية عن القضاء. وهكذا يكون لكل من أطراف النزاع التعبير عن إرادته في اختيار القانون الواجب التطبيق . وهنا يكون أمام أطراف العقد في ظل الاختيار الإرادي الصريح عدة اتجاهات لاختيار القانون الواجب تطبيقه على موضوع النزاع .

قد يكون القانون الذي تم اختياره من قبل طرفي العقد هو من القوانين الوطنية التي لا علاقة لها بالعقد فلا هو قانون مكان الانعقاد ولا هو قانون مكان التنفيذ ، بمعنى اختيار قانون لبلد ما لا علاقة له بالعقد الذي نشأ عنه النزاع . إن هذا الاختيار يجسد إرادة طرفي العقد في أن يكون القانون الواجب التطبيق على موضع النزاع هو قانون محايد أو قانون متطور في أحكامه[1] .

كما قد يعبر الأطراف عن إرادتهم باختيارهم قانون الدولة التابع لها أحدهم ، وهذا الاختيار يكون في أغلب الحالات في العقود التي تبرم بين الدولة والمستثمر الأجنبي حيث تحرص الدولة لاعتبارات متعلقة بالسيادة أثناء إبرامها للعقد مع الطرف الآخر على ضرورة أن يتضمن العقد شرطا يتم وفقاً له تطبيق قانونها الوطني . وقد يتفق أطراف النزاع على عدم اختيار أي قانون ليطبق على النزاع ، فهم يرمون بذلك إلى إخضاع النزاع إلى قواعد العرف والعادة السائدة في التعامل التجاري الدولي وهي ما تسمى Lex Mercatoria . ومن الأمور المتعارف عليها أيضاً على صعيد التعامل الدولي اختيار أطراف النزاع

---

(1) Professor Kenneth counter The law Applicable to international Construction controcts, The international Construction law Revicw – Volunel, Port 4- July 1984- P.309.

حيث تنص الشروط العامة التى تضعها لجنة الأمم بأن يكون القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة محايدة ما لم يتفق على خلاف ذلك .

لتلك القواعد مع أحكام أحد القوانين الوطنية وفي الأغلب يختار الأطراف أيضاً قواعد عرفية ومبادئ العدالة[1] .

وقد أكدت العديد من القرارات التي صدرت من معهد القانون الدولي على مبدأ سلطان الإرادة، ومن هذه القرارات قراره الصادر في سنة ١٩٨٩م والمتعلق بالتحكيم بين الدول أو المشروعات التابعة لها من جهة وبين المشروعات الأجنبية من جهة أخرى ، حيث نصت المادة السادسة من هذا القرار على أن (للأطراف كامل الحرية في تحديد القانون المطبق على موضوع النزاع والذي ينبغي تطبيق أحكامه بواسطة المحكمين)[2] .

ولا تكاد تخلو لائحة من لوائح هيئات التحكيم الدائمة أو معاهدة دولية[3] متعلقة بالتحكيم وكذلك التشريعات الوطنية من نص على تطبيق قانون الاختيار

---

(١) د. فوزي محمد سامي : التحكيم التجاري الدولي ، نفس المرجع ، ص ١٨٦.

(٢) راجع د. نجلاء حسن السيد: التحكيم في المنازعات الإدارية ، نفس المرجع ، ص ٤٨٥.

(٣) لقد ذهبت المادة (١٣) من نظام محكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية في فقرتها الثالثة بأن " للطرفين مطلق الحرية في تحديد القانون الذي يتعين على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع فإذا لم يحدداه طبق المحكم قاعدة تنازع القوانين التي يراها ملائمة في هذا الخصوص .

كما جاء في المادة ٣ من اتفاقية إنتر – أميريكان الموقعة في بنما ١٩٧٥ والمعروفة باسم O. A . S بأن تكون الأسبقية للقانون المختار من قبل الأطراف في التطبيق . وكما تقضي المادة (٢٩) من نظام تحكيم مؤسسة التحكيم الأمريكية AAA بأن تطبق هيئة التحكيم القانون أو القوانين الموضوعية التي يختارها الأطراف لحكم النزاع، وعند عدم وجوده تطبق القانون الذى يكون ملائماً " .

ولا يختلف عن ذلك قواعد تحكيم غرفة التجارة الدولية إذ تقضي المادة (٣/١٣) بأن على الأطراف حرية تحديد القانون الذي يتعين على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع، فإذا لم يحدده الأطراف طبق المحكم قاعدة تنازع القوانين التي يراها ملائمة في هذا الخصوص .

الصريح الذي يتفق الأطراف عليه في شأن موضوع النزاع المعروض على التحكيم[1].

ونجد من المناسب هنا أن نذكر نموذجاً لقضية حديثة فصلت فيها محكمة التحكيم عام ١٩٩٧م وطبقت فيها سلطان الإرادة وهي القضية الخاصة في النزاع الذي نشب بين زائير والشركة الأمريكية حيث طبقت المحكمة الاتفاقية بين أمريكا وزائير بشأن تشجيع وحماية الاستثمار بين البلدين وهي الاختيار الصريح للأطراف في العقد المبرم بينهما[2].

يتضح لنا من خلال استعراضنا لبعض أنظمة هيئات التحكيم الدائمة أن الأصل هو اتفاق الأطراف، فإذا اتجه الاتفاق إلى اختيار قانون معين تقيد به المحكم ، بتطبيق القانون الذي تشير إليه قواعد الإسناد واجبة التطبيق [3].

---

(١) د. محمد عبد العزيز بكر : فكرة العقد الدولى عبر الحدود ، دراسة فى النظام القانونى للعقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة حلوان ، سنة ٢٠٠٠ ، ص ٣٣٢ .

(٢) لمزيد من التفصيل راجع :

- د. اشرف عبد العليم الرفاعي : القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام في العلاقات الخاصة الدولية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص١٠.
- د. نجلاء حسن السيد : التحكيم في المنازعات الإدارية ، نفس المرجع ، ص٤٨٨ .

(٣) للمزيد من التفصيل راجع د. جمال محمود الكردي : القانون الواجب تطبيقه... ، نفس المرجع ، ص ١٢٣ وما بعدها .

وأيضا نجد أن الأمر فى معاملات التحكيم لا يختلف عما رأيناه في قواعد تحكيم محاكم التحكيم فقد ذهبت اتفاقية جنيف لعام ١٩٦١م في مادتها السابعة الفقرة الأولى إلى حرية الأطراف في تحديد القانون الذي يجب على المحكمة تطبيقه على النزاع كما رأت اتفاقية واشنطن لسنة ١٩٦٥م تسوية منازعات الاستثمار التي تثور بين الدول ورعايا الدول الأخرى في المادة ٤٢ /١ والتي تضمنت النص على أن تفصل المحكمة وفق قواعد القانون الذي تقره أطراف النزاع.

وعلى مستوى التشريعات الوطنية فقد أكدت تشريعات مختلف الدول قاعدة خضوع موضوع النزاع لقانون الإرادة . ففي مجال التحكيم الدولي نصت المادة (١٤٩٦) من قانون المرافعات الفرنسي (بأن يتولى المحكم حل النزاع طبقاً لقواعد القانون الذي اختاره الأطراف أو طبقاً للقواعد التي يقدر ملاءمتها في حالة عدم اتفاقهم .وهذا النص يتفق مع حكم الفقرة الثالثة من المادة ١٣ من نظام تحكيم غرفة التجارة الدولية والتي تنص على أن للأطراف حرية تحديد القانون الواجب على المحكم تطبيقه على موضوع النزاع . فإذا لم يحدد الأطراف طبق المحكم القانون الذي تحدده قاعدة التنازع التي يراها ملائمة في هذا الخصوص) .

وبالنسبة للمشرع المصري فقد أقر في المادة ٣٩ من قانون التحكيم المصري الجديد رقم ٢٧ لعام ١٩٩٤ (بأن تطبق هيئة التحكيم القاعدة التي يتفق عليها الطرفان . وإذ اتفقا على تطبيق قانون دولة معينة اتبعت القواعد الموضوعية فيه دون القواعد الخاصة بتنازع القوانين ما لم يتفق على غير ذلك. وإذا لم يتفق الطرفان على القواعد الواجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي تراه أنه الأكثر اتصالا بالموضوع، على أن تراعي هيئة التحكيم عند الفصل في موضوع النزاع شروط العقد محل النزاع والأعراف الجارية في نوع المعاملة . كما أجاز القانون – إذا اتفق الأطراف صراحة على تفويضها بالصلح – أن تفصل في موضوع النزاع على مقتضى قواعد العدالة والإنصاف دون التقيد بأحكام العقد)[1].

والواضح أن المشرع المصري يفتح الباب أمام الأطراف لاختيار أي قانون ليطبق على موضوع النزاع دون إيراد أي تقييد لإرادتهما ودون اشتراط

---

(١) راجع د.أشرف عبد العليم الرفاعي : القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم ، نفس المرجع ، ص ١٣ .

وجود صلة تربط موضوع النزاع بالقانون الذي يتفق الأطراف على تطبيقـــه ، وهي الصلة التي أخذت بها تشريعات بعض الدول.

وقد حرص المشرع في هذا النص على تأكيد قاعدة أساسية طالما رددها في معظم نصوص القانون وهي حرية الطرفين في اختيار القواعد الموضوعيـة التي تنطبق على النزاع ، فقرر أن القانون الذي يطبق على موضوع النزاع هو قانون الإرادة الذى يختاره الطرفان بمطلق الحرية ، فإذا لم يتفقـا كـان لهيئـة التحكيم اختياره وفقاً لمدى ملاءمته للدعوى ، وهذا يؤيده الفقه الحديث ومن هـذا الفقه ما يؤخذ به على درجتين تختار هيئة التحكيم أولاً القانون الأنسب للدعـوى ولكنها لا تطبق قواعده الموضوعية وإنما تطبق قاعدة التنازع فيه ثم تقود هـذه القاعدة الهيئة إلى القانون الواجب التطبيق على الموضوع . وقد أخـذ القـانون النموذجي بهذا التدرج واستحسن المشرع الاختيار المباشر فأجاز لهيئة التحكيـم أن تطبق مباشرة القواعد الموضوعية في القانون الـذي تـرى أنـه الأنسـب للدعوى[1] .

وهكذا نجد أن هيئات التحكيم الدائمة والمعاهدات الدولية والتشـريعات الوطنية في كل من فرنسا ومصر قد تركت الباب مفتوحاً لأطـراف الـنزاع لاختيار أي قانون يطبق على النزاع دون إيراد أي تقييد لإرادتهم حيث أخـذت بمبدأ سلطان الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع الـنزاع، ولا يملك المحكم سوى أن يحترم هذا الاختيار ولا يجوز له أن يطرح القـانون الذي اتفق عليه الأطراف ليطبق قانونا آخر إلا في حالة التعارض مـع النظـام العام.

ويرى الباحث أن اختيار القانون الواجب التطبيق فى العقد الإدارى ليس بالأمر السهل لأن مصالح الطرفين متعارضة وفى الغالب يحاول كل طرف فـى

---

(١) د. عادل عوض حسن : التحكيم الاختياري والإجباري في المنازعات المدنية والتجارية، نفس المرجع ، ص ١٦٧ وما بعدها .

حالة الاختيار الصريح لقانون عقدهم اختيار القانون الذى يؤيده ويحقق رغباتـــه ومصالحه الخاصة .

٢- الاختيار الضمني للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع :

إن اتفاق الأطراف صراحة على إخضاع نزاعهم لقانون معين لا يثـير أيـة إشكالية ، وإنما الإشكالية تثور في حالة أن طرفي النزاع لم يقومـــا باختيـار القانون الواجب التطبيق بطريقة صريحة وصحيحة[١] . وفي حالة عدم الاختيار فإنه سيكون لزاما أن يستنتج أو يستشف تحديد القانون الواجب التطبيـق علـي النزاع المعروض أمام هيئة التحكيم من نصوص العقد ومن ملابسات القضيـة تحت مسميات متعددة، فتارة يبرر ذلك بفكرة الإرادة المفترضـة للأطـراف أو بتطبيق المبادئ العامة للقانون.

ففي حكم لمحكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية ICC سنة ١٩٧٦م ذهب المحكم إلى أن المؤشرات التي يجب أن تؤخذ في الاعتبار في العقود التي تـبرم بين دولة وطرف أجنبي في تحديد القانون الواجب التطبيق هي أن العقد أبـرم بواسطة الحكومة ويتعلق بأعمال يتم تنفيذها على إقليم تلك الدولة ، إلا أن ذلـك لا يؤدي بالضرورة إلى تطبيق قانون الدولة المتعاقدة إلا أنه عنصر له وزنـه[٢] ويرى بعض الفقه[٣] ، أن العقود التي تبرمها الدولة أو إحدى مؤسسـاتها

---

(١) للمزيد راجع د. هشام صادق : القانون الواجب التطبيق على عقود التجـارة الدوليـة ، دراسة تحليلية مقارنة للاتجاهات الحديثة فى التشريعات الداخلية ، والاتفاقيات الدوليـة ، وأحكام القضاء ، والمحكمين ، وتوصيات مجمع القانون الدولى ، الإسكندرية ، منشـأة المعارف ، سنة ١٩٩٥ ، ص ٣٥٨ .

- د. خالد عبد الفتاح محمد خليل : حماية المستهلك فى القانون الدولى الخاص ، رسـالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة حلوان ، سنة ٢٠٠٢ ، ص ٨٨ .

(٢) د. نجلاء حسن السيد : التحكيم في المنازعات الإدارية ، مرجع سابق ، ص ٤٩٤ .

(٣) راجع د.جمال محمود الكردي : القانون الواجب التطبيق.. ، نفس المرجع ،ص ١٦١ .

- د. فؤاد رياض و د. سامية راشد : الوسيط فى القانون الدولى الخاص، تنازع القوانين وتنـازع الاختصاص القضائى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ١٩٩١ ، ص ٣٢٤.

العامة مع الأشخاص الخاصة من رعايا الدول الأخرى تتضمن أحياناً بعض الشروط التي يرى فيها هذا الفريق من الفقه مؤشرات يمكن أن يستدل بها على اتجاه إرادة أطرافها في حالة غياب الاختيار الصريح للقانون الذي يحكم العقد. ومن هذه الشروط احتواء بنود العقد على احترام الطرفين في العلاقات القائمة فيما بينهم لقواعد الصدق والثقة المتبادلة والتبصر، وذلك فضلاً عن بنود الحصانة والتثبيت.

فالبنود الخاصة التي تحتويها عادة بعض عقود الاستثمار التي تبرم عادة بين دولة ومستثمر أجنبي والتي تتضمن عادة التزام الأطراف باحترام قواعد الصدق والثقة المتبادلة والتبصر تفسر على أنها اختيار سلبي يؤدي إلى استبعاد تطبيق النظام القانوني للدولة المتعاقدة على النزاع وأن نية الأطراف تتجه بموجبها إلى إحلال مبادئ العدالة والإنصاف وحسن النية .

وعلى خلاف ذلك فإن إدراج شرط الثبات التشريعي والحصانة والتي تعني منع الدولة المتعاقدة من تعديل الشروط التعاقدية بإرادتها المنفردة، وتأمين العقد من كل تغيير قد يطرأ على تشريع الدولة المتعاقدة ، وهذا يعني أن الطرف الأجنبي قد ارتضى الخضوع لقانون الدولة المتعاقدة الذى قد يتم تعديله، لهذا قام بإدراج هذا الشرط كمحاولة لحماية مصالحه من التقلبات التشريعية[1] .

وقد تعرض المشرع المصرى لحالة عدم وجود اتفاق صريح من قبل الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد ، ففى هذه الحالة نص القانون المدنى المصرى على تطبيق القانون الذى يتبين من الظروف المحيطة

---

(١) د. أحمد عبد الكريم سلامة : علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً، مرجع سبق الإشارة إليه ، ص ١١٠ .

- د. سلامة فارس عرب ، وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية ، مرجع سبق الإشارة إليه ، ص ٢٧١ .

اتجاه ما قصده المتعاقدان من تطبيقه حيث جعل المشرع المصـــرى الأولويـــة لاتفاق الطرفين على تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد سواء كان هـــذا الاتفاق صريحا أو ضمنيا . ويستدل على الاختيار الضمنى من خلال الأمـــور التى أشرنا إليها سابقا[1] .

ونجد أن البعض ذهب إلى أن إقرار المشرع المصرى للاختيار الضمنى للقانون الواجب التطبيق على العقد يستفاد من نص م (١٩) من القانون المدنـــى المصرى (وهذا ما لم يتفق المتعاقدان) وليس من عبارة (أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذى يراد تطبيقه)[2] .

ويتفق الباحث مع ما ذهب إليه البعض[3] حيث إن المشـــرع المصـــرى نص على الاختيار الضمنى من عبارة (أو تبين من الظروف أن قانونا آخر ..) حيث إن هذه العبارة توجب على المحكم البحث عن الإرادة الضمنية للمتعـــاقدين فى تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد .

وقد تضمنت الاتفاقات الدولية الاختيار الضمنى للقانون الواجب التطبيق على العقد[4] ونخلص إلى القول إن القانون الواجب التطبيـــق يخضـــع لرقابـــة

---

(١) يراجع فى ذلك نص المادة (١٩) من القانون المدنى المصرى .

(٢) يراجع د. سلامة فارس عرب : وسائل معالجة اختلال تـــوازن العلاقـــات التعاقديـــة ، مرجع سابق ، ص ٢٧١ - ٢٧٢ .

(٣) د. خالد عبد الفتاح محمد خليل : حماية المستهلك فى القانون الدولى الخاص ، مرجـــع سابق ، ص ٩٣ .

(٤) يراجع فى هذا الشأن نص المادة الثانية من اتفاقية لاهاى ١٥ مايو ١٩٥٥ بشأن القانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية ونص المادة ٣/ أ من اتفاقية رومـــا المبرمة فى ١٦ يونيو لسنة ١٩٨٠ الخاصة بالقانون الواجب التطبيق علـــى الالتزامـــات التعاقدية .

القانون الخاص بالعقد . أي القانون الداخلى للدولة التى يتم فيها التنفيذ، وبنـــاء على ذلك يكون القانون الذاتى هو قانون مكان التنفيذ ، فإذا لم يختر الأطـــراف صراحة القانون الواجب التطبيق على العقد يكون قانون مكان التنفيذ هو القانون الذى اختاره الأطراف ضمنياً .

المطلب الثاني
أثر اختيار القانون الواجب التطبيق
في تحقيق التوازن المالي للعقد الإداري

يعد التوازن الاقتصادي من العناصر الهامة في العقود بصفـــة عامـــة ، وتتعاظم أهميته في مجال العقود الإدارية بصفة خاصة، هذا التوازن يتأثر بـــلا شك بفعل التغيير في الظروف التي عاصرت إبرام العقد، تلـــك الظـــروف قـــد تعرض هذا التوازن للانهيار التام كما في حالات القوة القاهرة، وقـــد تصيـــب التوازن المالي بالخلل مما يدعو الأطراف إلى مراجعة العقد وإعادة التفـــاوض بشأنه .ونظراً لأهمية هذه الأحداث وأثرها على حياة العقد الإداري فقد جـــرى العمل على إدراج شرط التوازن المالي في العقود الإدارية[1] .

في الواقع فإن الغرض من إدراج شرط التوازن المالي – أيّاً كان ســـببه – سواء الظروف الطارئة أو الصعوبات المادية غير المتوقعة في مجال العقـــود الإدارية هو تحديد المقصود بها وبيان حالاتها ، وذلك ما سيقوم بتحديده القـــانون الواجب التطبيق على العقد نفسه .

والحقيقة أن أهمية القانون الواجب التطبيق في العقود الإدارية لا تكمـــن فقط فى تحديد المقصود بحالات التوازن ، وإنما أيضاً في تحديد الآثـــار التـــي تترتب عليها خاصة وأن العقود الإدارية لها خصوصيتها .

---

(١) راجع د. اشرف عبد العليم الرفاعي : القانون الواجب التطبيق على موضوع الـــنزاع ، نفس المرجع ، ص ٨ .

فإذا كانت القواعد العامة تقتضي مثلا بأن القوة القاهرة من شأنها انقضاء الالتزام وعدم تحمل المدين تبعة عدم تنفيذه، فإن الأمر يختلف في العقود الإدارية المسبوقة بتنظيم قانوني-القانون الواجب التطبيق- فقد لا يقف الأمر عند حد تقرير عدم مسؤولية من حالت تلك الأحداث دون قيامه بتنفيذ التزاماته ، وإنما قد يكون من آثار ذلك وقف العقد واستمرار هذا الإيقاف ما بقيت تلك الأحداث قائمة، أو منح مدة إضافية للاستمرار (كما هو الحال في عقود الامتياز المقيدة المدة). [1]

وبصفة عامة فإن تحديد أثر التوازن المالي على حياة العقد الإداري سيحدده القانون الواجب التطبيق على العقد حيث ستقوم هيئة التحكيم بإعادة العلاقة القانونية بين أطرافها وإعادة التوازن المالي للعقد مرة ثانية وفقاً للقانون الموضوعي الذي اختاره أطراف النزاع .

وتختلف الآثار المترتبة على اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق في تحقيق التوازن المالي للعقود الإدارية تبعاً للطريقة التي اختار بها الأطراف القانون الواجب التطبيق، فلجوء الأطراف وفقاً لقانون الإرادة إلى اختيار أحد القوانين الوطنية المعنية لتطبيقه على موضوع النزاع الهدف منه هو طرح النزاع على قانون محايد ومتطور في أحكامه . وبالتأكيد فإن اختيار الأطراف وفقاً لقانون الإرادة للقانون الواجب التطبيق سيجعلهم يحترمون إرادتهم وبالتالي سيحترمون ويلتزمون بالقانون الذي قاموا باختياره وفقاً لهذه الإرادة .

وسيتمثل هذا الالتزام بوفاء الدولة بما قطعته على نفسها ومثولها أمام هيئة التحكيم وموافقتها على تطبيق القانون الموضوعي على النزاع الذي شاركت في اختياره، كما أن الدولة لن تستطيع التهرب من إعادة التوازن المالي لأنها كانت طرفا مشاركا في اختيار القانون وفقاً لإرادتها .

---

(١) د. عصام الدين القصيبي : خصوصية التحكيم في مجال منازعات الاستثمار ، مرجع سابق ، ص ١٣٧.

إضافة إلى ذلك فإن تطبيق القانون الذي اتفق عليه الأطراف ميزة أخرى غير احترام إرادة الأطراف تتمثل في ضمان نفاذ الحكم التحكيمي. ومما لا شك فيه أن احترام الأطراف للقانون الواجب التطبيق سيترتب عليه استقرار المعاملات فلن يتوجس المستثمر خيفة في التعامل مع الدولة ، كما أنه من جهة أخرى سيؤدي إلى تحقيق أهداف الخطة الاقتصادية في البلاد النامية . وبناء عليه فإن التزام الأطراف بتطبيق القانون الواجب على موضوع النزاع الذي قاموا باختياره ستنعكس آثاره الإيجابية في تحقيق التوازن المالي للعقد الإداري وذلك من ناحيتين[1] :

أولاً : سيتحقق للمتعاقد مع الإدارة مصلحته المتمثلة في الحفاظ على حقوقه المالية وسيؤدي ذلك بالتالي إلى تشجيع الأفراد للتعاقد مع الإدارة . وهذا أمر يشكل أهمية بالغة في حياة الدولة تنموياً واقتصادياً واجتماعياً.

ثانياً : سيتحقق للإدارة مصلحتها المتمثلة في الحفاظ على مصلحة المرفق ذاته لأنه بتمكينه من الاستمرار في تنفيذ التزاماته رغم الظروف الصعبة التي طرأت على هذا التنفيذ يمكن ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد.

وقد تثير مسألة اختيار القانون الواجب التطبيق إشكالية على صعيد الممارسة مما قد ينعكس أثره على موضوع التوازن المالي للعقد ، وهو ذو أهمية بالغة بالنسبة للمتعاقد مع الدولة ، والذي يجعل في التحكيم سبيلا منطقيا يكفل له الأمان والطمأنينة لاستثماراته من المخاطر.

فمن جانب قد تحرص بعض الدول عند إبرام اتفاقيات التحكيم بأن يكون قانونها هو القانون الموضوعي الواجب التطبيق على النزاع لاعتبارات متعلقة بالسيادة، والواقع أن تطبيق هذه القاعدة يسبب صعوبات كثيرة عندما تكون هناك فجوة أو فراغ في قانون الدولة الطرف في العقد خاصة إذا كانت من الدول

---

(١) د. أحمد حسان الغندور : التحكيم فى العقود الدولية للإنشاءات ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ١٩٩٨ ، ص ٥٥٧ .

النامية،مما قد يؤدي بهيئة التحكيم إلى استبعاد تطبيق قانون هذه الدولة والبحث عن القواعد المناسبة في نظم قانونية أخرى مثل قانون دولة المستثمر أو قانون دولة ثالثة إذا كانت قواعد القانون الدولي لا تغطي المسألة محل النزاع[1] . والجانب الآخر من المشكلة ويتمثل في مشكلة التغييرات التشريعية عندما يكون قانون الدولة الطرف في العقد هو القانون الواجب التطبيق ، وفي هذه الحالة يكون من الصعب على المحكم أن يتغافل مثل هذه التغييرات التشريعية . فالقانون الواجب التطبيق يتعين النظر إليه بالحالة التي يكون عليها عند تطبقيه بصرف النظر عن مضمونه وفحواه لحظة إبرام اتفاق التحكيم، الأمر الذي يضع هذا الاتفاق في بؤرة التأثيرات الناجمة عن التغييرات التشريعية التي طرأت على هذا القانون[2] .

فمثل هذه التغييرات قد تزيد من مخاوف المستثمر في تعامله مع الدولة المضيفة وتساهم في زعزعة الاستقرار المنشود لمناخ الاستثمار بصفة عامة . مما دفع بعض الدول إلى الاستجابة لرغبات المستثمرين في تضمين اتفاقيات الاستثمار شرطا خاصا بالثبات التشريعي .

ومع ذلك فإن غالبية الفقه[3] لا يستشعر تفاؤلاً إزاء هذه الشروط التي توافق عليها الدولة الطرف في اتفاق الاستثمار إذ إنها لا تقف حائلاً دون مخاطر استخدام هذه الدولة لسلطاتها السيادية مستقبلاً وإقدامها على تغييرات تشريعية تؤثر في حياة هذا الاتفاق وتمكن الدولة من الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد .

---

(١) راجع د.جلال وفاء محمدين : التحكيم تحت مظلة المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ١٩٩٥م ، ص٦٢.

(٢) راجع د. عصام الدين القصيبي : خصوصية التحكيم في مجال عقود الاستثمار ، نفس المرجع ، ص١٦٠ .

(٣) راجع د. عصام الدين القصيبي ، نفس المصدر والصفحة .

كما أن المستثمر الأجنبي في الواقع لا يعنيه مردود استثماره على خطط التنمية الاقتصادية الخاصة بالدولة المضيفة وإنما يعتمد في قراره النهائي على مدى التوازن بين المخاطر المحتملة والعائد المتوقع، وبالتالي فهو ينظر إلى قدر المزايا والضمانات التي تلتزم بها الدولة في مواجهة المتعاقد معها ، هذا من جانب وفي الجانب الآخر، مدى ما تتمتع به الدولة المتعاقدة من استقرار سياسي واقتصادي واجتماعي .

ولهذا فإن الدولة المضيفة للاستثمار نفسها قد تجد أنه ليس من الأوفق تقديم منازعات الاستثمار وفقا لقانونها الوطني ، لأن توالي صدور أحكام لصالحها في مثل هذه المنازعات قد يؤدي إلى هلع المستثمرين الأجانب وعدم الإقدام على إبرام عقود الاستثمار مع هذه الدولة[1].

وبناء عليه فإن اختيار القانون الواجب التطبيق لحسم المنازعات الإدارية تكمن أهميته في مقدار ما يحققه من أثر لتحقيق التوازن المالي في العقود الإدارية التي يحكمها .وهو ما يعزز من مكانة التحكيم باعتبار تحقيق التوازن المالي في العقود الإدارية من أولوياته . فالمتعاقد مع الدولة وبخاصة في مجال الاستثمار ، يهمه في المقام الأول عند اختيار التحكيم كوسيلة لحسم المنازعات الناشئة عن العقد هو موضوع التوازن المالي .

فالمتعاقد مع الدولة بقدر ما يحرص على اعتماد التحكيم والاعتراف بمشروعيته كوسيلة لحسم منازعات العقود الإدارية نظراً لأهميته في جذب الاستثمارات الأجنبية ومساهمته في تحقيق التنمية الاقتصادية للدول النامية .فإنه أيضا يحرص بنفس القدر على اختيار القانون الذي يؤمن له الحماية من المخاطر في إطار مبدأ التوازن المالي للعقد . وهنا تكمن أهمية اختيار القانون الواجب التطبيق على المعروض على التحكيم .

---

(١) راجع د. جلال وفاء محمدين : التحكيم تحت مظلة المركز الدولي ..... ، نفس المرجع ، ص ١١ .

المبحث الثاني
نطاق سلطات المحكمين في تحقيق التوازن المالي للعقد الإداري

إذا كان المحكم يتمتع بسلطات كبيرة فى نطاق التحكيم وفى مجال العقود الإدارية فإن التساؤل المطروح هو : هل يتمتع المحكم بسلطات مطلقة ؟ أم أن هذه السلطات مقيدة ؟ وما مدى تأثير هذه السلطة فى تحقيق التوازن المالى للعقد الإدارى .

للإجابة على هذه الأسئلة يلزمنا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : نطاق سلطات المحكمين فى تحقيق التوازن المالى للعقد الإدارى

المطلب الثانى : حجية حكم المحكمين .

المطلب الأول
نطاق سلطات المحكمين فى تحقيق التوازن المالى للعقد الإدارى

أولاً : نطاق سلطات المحكمين :

للإجابة على التساؤلات السابقة سوف نتحدث عن نطاق سلطات المحكمين فى الإجراءات التحكيمية ونطاق سلطات المحكمين فى فض النزاع :

١ – نطاق سلطات المحكمين فى الإجراءات التحكيمية :

إذا حدد الأطراف فى دعوى التحكيم القواعد القانونية الذى تطبق على إجراءات التحكيم فإن دور المحكم يقتصر على تطبيق هذه القواعد . ولكن ما هو نطاق سلطات المحكم فى حالة عدم قيام الأطراف بتحديد هذه القواعد؟ هنا

فى هذه الحالة فإن المحكمين يمتلكون سلطات كبيرة وواسعة فى تنظيم الإجراءات التحكيمية ، ولكن .. هل هذه السلطة مطلقة أم مقيدة [1] ؟

❖ الاعتراف للمحكم بسلطة المبادرة :

هل يصلح التحكيم أن يكون طليقاً بدون قيد من كل القواعد الإجرائية فى حالة عدم قيام الأطراف بتحديد هذه القواعد ؟

فى هذه الحالة ينبغى السماح للمحكم بسلطات مرنة فى تحديد الإجراءات الملائمة لكل نزاع على حدة ، فيما يتعلق بالحجج والطريقة التى يقدم بها وغير ذلك من الإجراءات التحكيمية الأخرى ، إلا أن هذه المرونة التى يمتلكها المحكمون لا يعنى أن إجراءات التحكيم تدار فى ظل غياب كامل للقواعد الإجرائية[2] .

ونجد أن نظم مراكز التحكيم الدائمة تسمح للمحكمين بسلطة المبادرة حيث يقع على عاتق المحكمين دور فعال فى البحث عن الحجج للتوصل إلى حل للنزاع المعروض. وهذا يعنى امتلاك المحكمين سلطات واسعة فيما يتعلق بإجراءات التحكيم .

---

(١) د. محسن شفيق : التحكيم التجارى الدولى ، مرجع سابق ، ص ١٩٤ - ١٩٥ .

د. أبو زيد رضوان : الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى ، مرجع سابق ، ص ٨٣ .

د. أحمد مختار البربرى : التحكم التجارى الدولى ، مرجع سابق الإشارة إليه ، ص ٩ .

(٢) د. أحمد السمدان : القانون الواجب التطبيق فى التحكيم التجارى الدولى ، مقال منشور فى مجلة الحقوق، جامعة الكويت ، السنة ١٧ مارس - يونيو ١٩٩٣ ، ص ١٨٨ - ١٩٢.

وللمزيد راجع د. فوزى محمد سامي : القانون الواجب التطبيق فى التحكيم التجارى الدولى مقال منشور فى مجلة الحقوق التى يصدرها اتحاد الحقوقين العراقيين ، الأعداد من ١-٤ السنة التاسعة عشرة سنة ١٩٨٨ ، ص ١٧ - ٢٥ .

❖ حدود سلطة المبادرة :

إن تمتع المحكمين بسلطات واسعة فى إدارة إجراءات التحكيم لا يعنى أن هذه السلطة مطلقة وانما مقيدة ، وتأتى هذه القيود من الطبيعة القضائية للمهمة التى يقوم بها المحكمون فى حل النزاع . من أهم القيود التى ترد على سلطة المحكمين فى إدارة إجراءات التحكيم :

أ - وجوب احترام الضمانات الأساسية لحق التقاضى ، وهى احترام مبدأ المساواة بين الخصوم واحترام حقوق الدفاع لكل طرف ، واحترام مبدأ المواجهة . وحقوق كل خصم من الخصوم فى أن يستمع إليه المحكمون ومناقشة عناصر الواقع والقانون التى جمعها المحكم .

ب - احترام مبدأ التسبيب : يجب على المحكم التزامه بتسبيب حكمه إلا أن هذه القاعدة يرد عليها استثناءات : الأول فى حالة إعفاء الأطراف، المحكم من تسبيب حكمه. والثانى : إذا كان القانون واجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط تسبيب الحكم التحكيمى . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية فى أحد أحكامها الحديثة فيما يتعلق بمسألة تسبيب الحكم بأن غياب التسبيب لا يعتبر فى حد ذاته مخالفاً للنظام العام الدولى الفرنسى[1].

ج - وجوب احترام القواعد الآمره فى قانون دولة التحكيم والتى تعتبر من النظام العام[2] .

٢ – نطاق سلطات المحكمين فى حسم النزاع :

إن مهمة المحكم الأساسية هى الفصل فى النزاع ، وهذه المهمة قضائية فهل يعتبر المحكم مثل قاضى الدولة فى هذه الحالة ؟

---

(1) Cass-Civ –18 mars 1980, Clunet 1980, P. 874 note 109 Uin.

(٢) د. أحمد حسان غندور : التحكيم فى العقود الدولية .. ، مرجع سابق ، ص ٦١٣ .

إن المحكم يختلف عن قاضي الدولة فى أمرين وهما :

أ - أن المحكم يباشر مهمته باسم الأطراف المتنازعة حيث إنه غير معين من قبل الدولة ، ولا يصدر أحكامه باسم الدولة ويتمتع بسلطات خاصة بشأن تحديد القواعد الإجرائية، والقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع.

ب - امتلاك المحكم لسلطات استثنائية فى تطبيق قواعد القانون هى سلطة تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع .

وكما نعلم أن قاضى الدولة يقوم بتطبيق القانون الذى يختاره الأطراف المتنازعة فى العقود الدولية . أما فى حالة عدم الاختيار فإن القاضى يقوم بتطبيق قواعد التنازع فى دولته إلا أن المحكم يختلف دوره فى حالة اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق ، حيث إنه يقوم بتطبيق هذا القانون لكن المشكلة تبرز فى حالة عدم الاختيار للقانون الذى يطبقه على النزاع[1] . وهنا يقوم المحكم وحسب ما جاء بنص الاتفاقية الأوروبية لسنة ١٩٦١ بتطبيق القانون الذى اختارته الأطراف المحتكمة . وقد يكون القانون الوطنى هو القانون المختار من قبل الأطراف المحتكمة . حيث يوجد بعض القوانين الوطنية تتطلب ذلك . وهذا على عكس ما نصت عليه الاتفاقية الأوروبية[2]. فالقانون الوطنى قد يلزم المحكم بتطبيق قواعده فى هذه الحالة .

إذا كانت الأطراف المحتكمة فى دعوى التحكيم ، يملكون اختيار القانون الواجب التطبيق. فهل يعنى ذلك التزام الأطراف باختيار قانون دولة معينة

---

(١) نصت الاتفاقية الأوروبية فى المادة السابعة لسنة ١٩٦١ على أنه (أن المحكمين سيطبقون القانون الذى تحدده قاعدة الإسناد التى يرونها ملائمة فى هذه الحالة) .

(٢) نصت الاتفاقية الأوروبية فى المادة ١/٧ لسنة ١٩٦١ على أنه (يمتلك الأطراف الحرية الكاملة فى تحديد القانون الذى يتولى المحكمون تطبيقه على موضوع النزاع) .

ليطبق على موضوع النزاع ؟ أم أنهم يملكون الحرية فى اختيار قواعد دولية حقيقية ؟

فى الغالب نجد أن الأطراف يتفقون على إخضاع موضوع النزاع لقواعد دولية وقد نشأت واستقرت هذه الحالة على صعيد التجارة الدولية وذلك لاقتناع الأطراف بأن القواعد الدولية أكثر ملاءمة أو قيام أحد الأطراف بالضغط على الطرف الآخر لاختيار هذه القواعد . لكن إذا ظهر أن الأطراف لم يتفقوا على إخضاع النزاع إلى قواعد دولية حقيقية فما هو الاتجاه ؟

فى هذه الحالة يقوم المحكم بالبحث عن قواعد موضوعية دولية مثل عادات وأعراف التجارة الدولية لتطبيقه على النزاع المعروض عليه[1] .

أما فى حالة غياب عادات وأعراف التجارة الدولية ، فإن القاضى هنا يطبق قواعد التنازع فى قانون دولته. لكن ما هو دور المحكم فى هذه الحالة ؟ نصت الاتفاقية الأوروبية فى المادة السابعة المذكورة سابقاً أن للمحكم الحرية الكاملة أن يطبق قاعدة الإسناد التى يراها ملائمة للنزاع .

وقد نصت كثير من الاتفاقيات الخاصة بالتحكيم ، على ضرورة احترام النظام العام فى الدولة مكان تنفيذ حكم التحكيم[2] .

---

(١) قضت محكمة استئناف باريس (على أن قيام المحكمين بتحديد عادات وأعراف التجارة الدولية لكى يطبق على موضوع النزاع يعتبر بمثابة تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع) .

(٢) راجع أ٠ جاك يوسف الحكيم : القانون الذى يحكم الموضوع (آثار سكوت الطرفين أو تسرعهما فى اختياره) محاضرة ألقيت فى مؤتمر تحكيم الشرق الأوسط والبحر المتوسط حول المشكلات الأساسية فى التحكيم الدولى من منظور التطوير ، القاهرة فى الفترة ما بين ١٢-١٧ يناير ١٩٨٩ ، ص ١-٨ ، وللمزيد :

- د. فوزى محمد سامى : القانون الواجب التطبيق فى التحكيم التجارى الدولى ، مجلة الحقوق التى يصدرها اتحاد الحقوقيين العراقين ، الأعداد ١-٤ ، السنة التاسعة عشرة سنة ١٩٨٧ ، ص ٢٦ .

وفى نهاية الحديث يرى الباحث أن سلطات المحكمين فى تحديد القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع هى سلطات واسعة وكبيرة إلا أن هذه السلطات ليست مطلقة بل مقيدة بمجموعة من المبادئ والأعراف الدولية ومجموعة من القواعد القانونية الملائمة لموضوع النزاع بالإضافة إلى شروط العقد محل النزاع أمام هيئة التحكيم .

وأخيراً هناك تساؤل يطرح نفسه : هل سلطات المحكم المقيد بقواعد القانون هى نفس سلطات المحكم المفوض بالصلح أو المحكم الحرّ ؟

فى هذه الحالة : فإن المحكم المقيد بقواعد القانون يتمتع بسلطات ضيقة فى تطبيق هذه القواعد حيث يلتزم باحترام هذه القواعد أيّاً كان أصلها بحيث يطبق عادات وأعراف التجارة الدولية التى تعتبر بمثابة قواعد قانونية . حيث لا يستطيع المحكم أن ينشئ قواعد جديدة من تلقاء نفسه لأنه يعرض حكمه للبطلان وهذا الاتجاه نصت عليه الاتفاقية الأوروبية وعلى أنه (يجب على المحكم أن يأخذ باعتباره شروط العقد) وأيضا هذا ما أكدته أحكام التحكيم الصادرة من غرفة التجارة الدولية[1] .

ونرى أن المحكم المفوض بالصلح أو المحكم الحر فإنه يتمتع بسلطات واسعة وكبيرة فى تطبيقه قواعد القانون حيث يستطيع المحكم المفوض بالصلح التعديل فى تطبيقه قواعد القانون ، وقد تصل سلطة التعديل إلى حد مراجعة العقد .

= - د. محمود الكيلانى : عقود التجارة الدولية فى مجال نقل التكنولوجيا ، سنة ١٩٨٨ ص ٥٤١ - ٥٥٠ .

- د. إبراهيم أحمد إبراهيم : تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ، مقال منشور فى المجلة المصرية للقانون الدولى ، المجلد السابع والثلاثون سنة ١٩٨١ ، ص ٨٩ وما بعدها .

(1) L, affaire CCI No1512 Claret 1974 p. 905. Le Sentence No 2708 Claret 1977 P. 943. Le sentence No 2404 Claret 1976 p. 995. Le sentence No 2321. Claret 1995. P. 938. Le Sentence No 2119 Claret 1979. P. 997.

ونجد أن الموقف التحكيمى الدولى مازال يأخذ موقفاً عدائياً من سلطة المراجعة التى يباشرها المحكم المفوض بالصلح[1] ، حيث يذهب البعض إلى أن هذه السلطة يجب أن تقتصر على إعادة التوازن التعاقدى الأولى للعقد فى حالة احتلال هذا التوازن[2] .

ثانياً : أهمية التحكيم وسلطات المحكم فى تحقيق التوازن المالى للعقد الإدارى :

١ – أهمية التحكيم فى تحقيق التوازن المالى للعقد الإدارى :

إن من أهم سمات العقود الإدارية هو اتصالها بالمرافق العامة ، إضافة إلى أن هذه العقود تكون محكومة بمظاهر السلطة العامة لتسييرهذه المرافق[3] .

ومن هنا ينتفى عنصر المساواة بين طرفى العقد وذلك لما تتمتع به الإدارة من امتيازات وسلطات فى مواجهة المتعاقد معها ، وبالمقابل فإن المتعاقد مع الإدارة يسعى من وراء تعاقده مع الإدارة إلى تحقيق كسب مادى من وراء العملية التعاقدية[4] . ومن هنا نجد أن للمتعاقد حقوقاً من مقتضيات تنفيذ العقد بقدر ما تكون عليه التزامات ونجد أيضا أنه إذا حدثت ظروف أثناء تنفيذ العقد أدت إلى التأثير فى اقتصاديات العقد فإن العدالة تتطلب إعادة التوازن المالى للعقد الإدارى[5].

---

(1) L, affaire CCL sentence No 2694 Claret 1974 p. 985.
مشار إليه فى مؤلف د. أحمد حسان غندور : مرجع سابق ، ص ٦٢٢ .

(٢) د. نصيره بوجمعه سعدي : عقود نقل التكنولوجيا فى مجال التبادل الدولى ، الجزائر ، دار المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، سنة ١٩٩٢ ، ص ٤٣٤ .

(٣) د. أنور رسلان : نظرية الصعوبات غير المتوقعة ، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد ، السنة ٤٨ العدد (٣ ، ٤) ، القاهرة ١٩٧٨ ، ص ٨٢٣ .

(٤) د. عبد الحميد الشواربى : العقود الإدارية فى ضوء الفقه والتشريع ، مرجع سابق ، ص ٥١ .

(٥) راجع د. محمد الحسين : التوازن المالى فى حالة الظروف الطارئة وفعل الأمير ، بحث منشور بمجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد ١٣ العدد الثانى ١٩٩٧، ص ٦٧ .

والواقع أنه يجب أن يقوم التعاون بين طرفى العقد على حسن النية فى تنفيذ العقود، لذا فحق ضمان التوازن المالى للعقد هو أمر مفترض فى كل عقد إدارى ودون حاجة الى نص فى العقد كما تقرر بذلك محكمة القضاء الإدارى المصرى[1] .

وفى حالة إذا حدثت ظروف أدت إلى قلب اقتصاديات العقد فإن من حق الطرف المتعاقد مع الإدارة أن يطلب إعادة التوازن المالى ويطالب بالتعويض عن الاضرار التى لحقت به فأن لم يستوف المتعاقد حقوقه من الإدارة بالتراضى فله حق اللجوء إلى القضاء .

ومما لاشك فيه أن مصلحة الإدارة والمتعاقد معها تتمثل فى حل النزاع القائم بينهما بأسرع وقت ممكن من أجل الحفاظ على المصلحة العامة ومصلحة المتعاقد ، وبالتأكيد لن يتم حسم النزاع بهذه السرعة أمام القضاء ، وهذا ما يتعارض مع منطق الأعمال والاستثمار ، الذى يتطلب السرعة والمرونة والتوفيق بين المصالح ، ولهذا فإنه من المفيد للإدارة والمتعاقد معها اللجوء إلى التحكيم ، وهنا تكمن أهمية التحكيم ليبدو الوسيلة المناسبة لفض منازعات هذه العقود وخاصة الدولية منها .

فالمنازعات التى تدور حول التوازن المالى للعقد أيا كانت الظروف التى سببته يغلب عليها الطابع الفنى فى المقام الأول ، فالمنازعة قد تتعلق بتنفيذ غير مطابق للمواصفات وقد تتعلق بتحديد الضرر الذى لحق بالمتعاقد الآخر كما قد تدور المنازعة حول تقرير مبدأ التعويض ، ومن ثم فإن الفصل فى تلك الأحداث يحتاج إلى آلية خاصة يتوافر للقائمين عليها الخبرة العملية الكافية .

---

(١) حكم لمحكمة القضاء الإدارى رقم ٩٨٣ لسنة ٩ ق فى ٢٠ يونيو ١٩٥٧ ، ومشار إليه فى مرجع د. محمد فؤاد عبد الباسط : القانون الإدارى ، دار الفكر الجامعى ، الإسكندرية، ص ٨٧٩ .

وخلافاً عن الجانب الفنى الذى تتسم به منازعات التوازن المالى للعقد الإدارى ايّاً كانت الظروف التى سببته فإن المهمة الأساسية التى سيطلع بها المحكمون لن تقف عند حد التحقيق، بل ستمتد إلى جوهر المنازعة ذاتها والذي يتركز في غالبية الأحيان حول أثر ذلك على العقد الأصلي. ومن هنا تبرز أهمية فض المنازعات الإدارية بطريق التحكيم، ذلك أن أطراف العقد لا يودون في الغالب إنهاء رابطتهم العقدية بسبب هذه الظروف، وإنما قد يجدون من المناسب أكثر من ذلك أن يعيدوا النظر في هذه الرابطة لتصبح أكثر توافقاً مع الظروف الجديدة ولينطلق تعاونهم من جديد على أساسها في مثل هذا المناخ الذي لا يتسم بالندّية التي تسود الخصومات التي تشهدها ساحات القضاء ، وبالتالي سيكون التحكيم هو الطريق المناسب لتسوية هذه المنازعات . ومن هنا تظهر أهمية التحكيم في تحقيق التوازن المالي للعقد الإداري .

بل إن هناك جانباً من العقود الإدارية- يتسم بالطابع الدولي – حيث يكون التحكيم فيها هو المرجع الأساسي والأسلوب الأمثل لحسم الخلافات، سواء تم ذلك داخل البلاد التي وقع فيها إبرام العقد أو في بلد خارجي قد يكون محل الشركة المتعاقدة مثلاً – حسب اتفاق الأطراف- وصارت المحاكم القضائية تحتل المرتبة الثانية بعد التحكيم في حسمها للخلافات الناشئة عن هذه العقود. وأصبحت التوظيفات والاستثمارات متمسكة ومرتبطة به لا تخطو عبر الحدود إلا إذا كان التحكيم الدولي معها مقبولاً في العقود التي تبرمها[1] .

ويؤكد الواقع العملي بأن الدور الذي يلعبه التحكيم في هذه العقود أكثر أهمية من دوره في نطاق العقود الإدارية الداخلية . وهكذا أصبح التحكيم في العقود الدولية هو القضاء الأساسي ، ومن هنا تبدو أهمية ودور التحكيم الدولي

---

(١) د. عبد الحميد الأحدب : موسوعة التحكيم الدولي ، الجزء الثاني ، دار المعارف ، القاهرة ، ١٩٩٨م ، ص ٣ .

في العقود الإدارية الدولية . وبناء عليه فإن إعادة التوازن المالي للعقد الإداري بطريق التحكيم يتفق تماما مع طبيعة هذه المنازعات ومع رغبة أطرافها في الحفاظ على روابطهم، وهو ما نجده أكثر وضوحاً عندما يتعلق الأمر بضرورة مراجعة العقد أو إعادة التفاوض بشأنه ليصبح أكثر توافقاً مع مستجدات الظروف .

٢ – سلطة المحكم في تحقيق التوازن المالي للعقد الإداري :

سبق القول أن فكرة التوازن المالي تعني أن للمتعاقد الحق في طلب المقابل المالي نتيجة لما تعرض إليه من مخاطر إدارية أو اقتصادية أو صعوبات مادية غير متوقعة. ومن الطبيعي أن هذا الطلب سيقدم إلى المحكم كون النزاع الإداري حول العقد هو موضوع التحكيم استناداً إلى شرط التحكيم الوارد فيه، ويترتب على ذلك السؤال الآتي :

هل للمحكم الحكم للمتعاقد بما طلبه من تعويض استناداً إلى فكرة التوازن المالي، أو بمعنى آخر، هل له سلطة الحكم وتحقيق التوازن المالي؟

وللإجابة على ذلك سنحاول تحديد سلطات المحكم بصفة عامة، بحسب اتفاق التحكيم، فسلطات المحكم تنقسم إلى قسمين :

١ – تحكيم بالقانون ويسمى (تحكيم بالقضاء): وبالتالي تكون سلطاته مقيدة بتطبيق قواعد وأحكام القانون الموضوعي (تجاري – مدني – إداري .....الخ) على النزاع المعروض عليه.

٢ – تحكيم بالصلح ويسمى (التحكيم عن طريق التفويض) : وبموجبه لا يطبق المحكم (الطليق) على النزاع قواعد القانون الموضوعي، عدا ما تعلق منها بالنظام العام[١] .

---

(١) لمزيد من التفصيل راجع :

د . أحمد أبو الوفا : التحكيم الاختياري والإجباري ، مرجع سابق ، ص ٤٠.

ويبنى على هذا التقسيم أن المحكم بالقانون ملزم بتطبيق القانون شأنه في ذلك شأن المحكمة، أي أن المحكم بالقانون ملزم بتطبيق القواعد الآمرة للقانون الموضوعي، ولا يمكنه اقتراح تفسير للقانون مغاير للتفسير السائد في قضاء الدولة إلا إذا اتفق الأطراف على ذلك، فهو يطبق من تلقاء نفسه للأسباب القانونية البحتة أيا كان مصدرها أو تكييف الخصوم .

أما المحكم المصالح (الطليق) فيكون له سلطة حل النزاع وفقاً للعدالة والإنصاف ، ويترتب على ذلك إعفاؤه من تطبيق قواعد القانون الموضوعي، إلا ما كان منها متعلقاً بالنظام العام ومقيداً أيضاً بقواعد قانون التحكيم[1] ، أي أنه ملزم (المحكم الطليق) بتطبيق إرادة الأفراد الواردة في اتفاق التحكيم التي تفوضه وتعفيه من تطبيق قواعد القانون الموضوعي إذا كانت في نظرة تؤدي إلى العدل والإنصاف.

وإذا كان للمحكم بالقضاء أو بالقانون النظر في المنازعة المنظورة أمامه بالسلطات المخولة للقضاء، فيلتزم بتطبيق قواعد القانون الإداري ، والمبادئ المتعلقة بالعقد الإداري[2] ، وأهمها المبادئ التي تكفل العدالة لحقوق المتعاقد مع الإدارة والمساواة بينه وبين سائر الأفراد أمام الأعباء العامة التي تتطلبها سير المرافق العامة وهي : مبدأ الحصول على المقابل المالي وما يترتب عنه، فإذا كان الإخلال بهذه الحقوق ناتجاً عن الإدارة ، فللمحكم بالقضاء الحكم بالتعويضات المناسبة وفسخ العقد، أن للمحكم بالقضاء سلطة الحكم استناداً إلى فكرة التوازن المالي والتي على أساسها يكون للمتعاقد مع الإدارة الحق في احترام حقوقه المالية، بحيث تكون مستحقاته متوازنة مع التزاماته وأعبائه

---

(١) راجع د. أحمد أبو الوفا : التحكيم الاختياري والإجباري ، نفس المرجع ، ص٤١.

(٢) راجع د. جمال عياش أحمد عثمان : العقد الإداري وقضاء الإلغاء ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، سنة ٢٠٠١ ، ص٣٥٩ وما بعدها .

ونفقاته بصدد تنفيذ العقد ، كما يجوز للمحكم بالقانون استناداً إلى نظرية المخاطر الإدارية (نظرية الأمير) إذا كان يترتب على تصرفات السلطات العامة في الدولة إجراء من شأنه زيادة أعباء المتعاقد مع الإدارة ، ويكون حكم المحكم في هذه الحالة تحقيق التوازن المالي ، بأن يحكم بتعويض المتعاقد عن الأضرار الناجمة عن هذا الإجراء، وينبني على ذلك أن للمحكم بالقضاء أو بالقانون الحكم بتعويض كامل يغطي كل ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاته من كسب ، كما له الحكم باستحالة التنفيذ، ويتحرر المتعاقد من الالتزام وفسخ العقد .

كما يجوز له الحكم استناداً إلى فكرة التوازن من خلال تطبيقه لنظرية الظروف الطارئه على النزاع المعروض أمامه، وهذه الظروف غير المتوقعة من شأنها زيادة الأعباء على عاتق المتعاقد مع الإدارة إلى حد الإخلال بالتوازن المالي للعقد إخلالاً جسيماً، وبالتالي كان للمحكم بالقضاء سلطة تحقيق التوازن من خلال حكمه للمتعاقد بالخسائر التي تلحق به والتعويضات المناسبة نتيجة للظروف غير المتوقعة . أما إذا كان المحكم طليقاً وهو المحكم صاحب السلطات الواسعة، فإن سلطته تكون طليقة في حل النزاع وفقاً للعدالة والإنصاف. ويترتب على هذه السلطة الواسعة إعفاؤه من تطبيق قواعد وأحكام القانون الموضوعي، عدا ما تعلق منها بالنظام العام .

وإذا كانت فكرة التوازن المالي تقوم أساساً على التوازن المالي لحقوق المتعاقد نتيجة لنظرية المخاطر الإدارية (الظروف الطارئة)[1] ، وبالتالي هذه الحقوق- حقوق المتعاقد تتعلق بمال – فإنه يجوز له التنازل عنها أو الصلح بها أو إبراء جهة الإدارة منها ، ويجوز له تفويض المحكم أو منح المحكم سلطات واسعة حوله ، ويترتب على ذلك أنه يجوز للمحكم الطليق استناداً إلى تفويضه

---

(١) راجع د : جمال عياش أحمد : العقد الإداري وقضاء الإلغاء ، نفس المرجع ، ص٢٣٢

بذلك عدم تطبيق وتحقيق فكرة التوازن المالي السابقة، وبالتالي لا يكون حكمة المستند إلى إبعاد فكرة تحقيق التوازن المالي معيباً، ولكن يجوز له الحكم استناداً إلى فكرة التوازن المالي وتطبيق القواعد الملائمة للقانون الموضوعي ، ما دام يرى أنها عادلة ومنصفة، وإن اختلفت سلطات المحكم الممنوحة له ، إلا أن عمله ذو طبيعة قضائية، لأن التحكيم مضمونه عدالة خاصة ، تهدف إلى إيجاد التوازن بين الأطراف والتعايش السلمي بين الأفراد والهيئات، ونشر السلام أكثر ما يهدف إلى قطع العلاقات . فالتحكيم العادل يعطي حلولاً تحترم كل الأطراف ، كما أن له دوراً في التوازن بين الأطراف، لأن حل النزاع يستند إلى إزالة فتيل الصراعات في أغلب العلاقات، لأن المحكم يقوم بتصفيتها تصفية عدالة تهدئ النفوس الثائرة ، لضمان الاستمرار في التعامل معاً . فالمحكم يلتزم بأن يبحث عن الحلول الأكثر قبولاً من الأطراف مراعياً في ذلك **الإرادة الضمنية** وباستمرار التعاون والحيلولة دون انقطاع العلاقات حتى لو طرأت خلافات أو هبت رياح هزت هذه العلاقة .

المطلب الثانى
حجية حكم المحكمين

إذا كان حكم القضاء يتمتع بحجية الأمر المقضي به لكونه صادرا من هيئة تملك سلطه الجبر، فالسؤال الذي يثور هنا مدى تمتع حكم المحكمين بحجية الأمر المقضي به كما هو الشأن مع أحكام القضاء . وفي هذا الصدد لم يتفق الفقهاء إلى رأي موحد، حيث تباينت الآراء . فهناك اتجاه فقهي تشير المصادر على أنه المرجح ويرى بأن حكم المحكمين شأنه شأن الأحكام العادية الصادرة من القضاء يتمتع بالخصائص الأساسية للأحكام، وحكم المحكم يعد عملاً قضائياً بالمعنى الفني، ولذلك فإنه يكتسب أهم خصائص هذا العمل، وهو تمتعه بحجية

الشيء المحكوم فيه، فإذا كانت حجية الأحكام القضائية تمثل الحل الإجرائي، فحجية حكم المحكم هى النتيجة المنطقية للتحكيم[1].

وهنا ينبغي الإشارة أنه إذا كان تمتع أحكام القضاء بحجية الحكم المقضي به يعود إلى مكانة القضاء كسلطة في البنيان العام للدولة باعتباره الهيئة التي تملك سلطة الجبر، فإن أحكام المحكمين لا تتمتع بهذه الصفة على أساس مكانة هيئة المحكمين المحكم، لكونه فردا لا يملك سلطة الجبر، وإنما إلى التشريع الذي أمر بهذه الصفة .

أما الاتجاه الآخر، من الفقه ، فهو الذي يرى بعدم إضفاء صفة القضاة على المحكمين. وعلى هذا الأساس يقول هذا الاتجاه الفقهي والمؤيد من القضاء بأن المحكمين ليسوا قضاة ، وبالتالي فما يصدر عنهم من أحكام ليست أحكاماً قضائية. وإذا كان الأمر كذلك فإنه لا تحوز هذه الأحكام حجية الأحكام القضائية. واستند هذا الاتجاه إلى إنكار الطبيعة القضائية لنظام التحكيم، وهم يعتبرون أن المحكم فرد عادي وليس له سلطة الجبر. والقول بتمتع حكم المحكمين بحجية الأمر المقضي به كما يرى أصحاب الاتجاه الفقهي الراجح، يثير التساؤل حول ميعاد تاريخ حيازة هذا الحكم لقوة الأمر المقضي به، هل يتم ذلك فور صدور الحكم من المحكم، أم ربط نفاذ هذا الحكم بإجراء قانوني آخر ؟

وبالرغم من الرأي الثاني القائل بتمتع حكم المحكمين بحجية الأمر المقضي به ، إلا أن هناك تبايناً في الموقف في إطار هذا الرأي، حيث يرى اتجاه في هذا الفقه أن حكم المحكمين يحوز حجية الأمر المقضي به بمجرد صدوره، على الرغم من عدم قابليته للتنفيذ الجبري إلا بعد صدور الأمر بتنفيذه من رئيس المحكمة المختصة أصلا بنظر النزاع[2] .

---

(١) د. عبد الحميد الشواربي : التحكيم والتصالح فى التشريعات المختلفة فى ضوء الفقه والقضاء ، نفس المرجع ، ص ٥٩ .

(٢) راجع د. علي سالم إبراهيم : ولاية القضاء على التحكيم ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة عين شمس ، ١٩٩٥م ، ص ١٣٣ .

وقد أخذ الفقه الفرنسي والمصري بهذا الاتجاه حيث يرى بأن نظام التحكيم نظام قضائي، وأن أحكام المحكمين تحوز حجية الشيء المقضي به من تاريخ صدوره كما هو الشأن في الأحكام القضائية : وقد سار التشريع الفرنسي والمصري في هذا الاتجاه، حيث نصت التشريعات في هذه الدول على هذا الموقف . كما امتد الأخذ بهذا الرأي إلى القضاء الفرنسي والقضاء المصري، حيث تجسد هذا الموقف في حكم محكمة النقض الفرنسية الذي أكد على أن الحجية تثبت لأحكام المحكمين- وكذلك في حكم محكمة النقض المصرية الذي قضى بأن حكم المحكم له بين الخصوم جميع الآثار التي تكون للحكم القضائي، إذ تلحقه الحجية حتى لو لم يكن قد صدر الأمر بتنفيذه ، لأن صدور الأمر بتنفيذه من قاضي الأمور الوقتية إنما يتطلب من أجل التنفيذ لا من أجل قوة الثبوت .

أما الاتجاه الآخر من الفقه فهو الذي يربط حجية حكم المحكمين بصدور قرار تنفيذه، فيرى أن حكم المحكمين يكون له حجية الأمر المقضي به ولكن بعد صدور الأمر بتنفيذه . وجاء هذا الاتجاه كموقف فقهي وسطي بين الاتجاه الذي يقر لحكم المحكمين حجية الأمر المقضي به حتى لو لم يصدر الأمر بتنفيذه، أي بمعنى فور صدور حكم المحكم، وبين الاتجاه الرافض الاعتراف لحكم المحكمين بتمتعه بحجية الأمر المقضي به، بل وإنكار الطبيعة القضائية لنظام التحكيم نفسه .

ويرى هذا الاتجاه أن صدور أمر التنفيذ لحكم المحكم يؤكد مساعدة القضاء لنظام التحكيم، فالرقابة الظاهرة التي يقوم بها القاضي على عمل المحكم تهدف إلى أن يصدر حكم المحكم غير مشوب بعيب من العيوب التي تؤدي إلى بطلانه، لأن الحكم صادر من أفراد ليست لهم ولاية القضاء[1] . وعلى هذا

---

(١) راجع د. علي سالم إبراهيم : ولاية القضاء على التحكيم ، نفس المرجع ، ص٣٠٢.

الأساس فإن حكم المحكم لا يصبح عملاً قضائياً إلا بعد صدور الأمر بتنفيذه لأنه قبل صدور هذا الأمر يعتبر حكم المحكمين مجرد ورقة ليس لها أية حجية. وبعد صدور الأمر بالتنفيذ يكون القاضي قد تأكد من استيفاء حكم المحكم المفترضات القانونية، فمنحه حق النفاذ ، وهكذا يضفي عمل القاضي صفة الحجية على حكم المحكم . ويسير مع هذا الاتجاه الفقه الإيطالي وبعض من الفقه العربى .

وآياً كان التباين في المواقف الفقهية، فإن الواقع العملي يشير إلى قوة تأثير التحكيم ليستجيب للمتغيرات الاقتصادية والمالية التي أخذت تتحكم في سوق التجارة والمال والتنمية على الصعيد العالمي . هذا إلى جانب أن الرأي الراجح سواء كان الفقهي أو القضائي أو في التشريع يؤكد مكانة التحكيم كطريق قضائي تكون لأحكامه حجية الشيء المقضي . وإذا كان للقضاء دور في مواجهة أحكام المحكمين، فإن ذلك لا يتعلق بإضفاء قوة الثبوت على هذه الأحكام وإنما يتعلق بمرحلة مستقلة عن صدور حكم المحكمين، وهي مرحلة تنفيذ هذه الأحكام . فالقضاء عند إصداره لأوامر التنفيذ ، فهو لا يضفي صفة الحكم على حكم المحكم، لأن هذه الصفة يكون حكم المحكم قد اكتسبها بصدور هذا الحكم من هيئة التحكيم أي من المحكم ، فيحوز الحكم قوة الأمر المقضي به فور صدوره. فالقاضي ليس من مهامه البحث في الحكم من الناحية الموضوعية أو مدى مطابقته للقانون ، كما أن ليس من مهامه سلطة منح الحكم حق النفاذ ، فحكم المحكم يكتسب صيغة النفاذ بمجرد صدور حكم المحكم ، لأن بهذا الصدور يكون الحكم قد حاز حجية الأمر المقضي به . فالقاضي يصدر أمر التنفيذ للحكم الصادر عن المحكم من أجل تنفيذ هذا الحكم وليس من أجل قوة الثبوت .

وهنا يكمن الفرق بين اكتساب حكم المحكم صيغة النفاذ ، وهذا ما يتم فور صدور الحكم ، وبين تنفيذ هذا الحكم والذي يعني ترجمة هذا الحكم على صعيد

الواقع العملي أي الانتقال بحكم المحكم من صيغته المجردة لحكم حـــاز علـــى حجية الأمر المقضي به إلى الواقع التطبيقي، وبهذا يكون حق النفاذ قـــد منـــح للحكم من قبل هيئة المحكمين أي من المحكم الذي أصدر الحكم ، لينتقل الحكـــم إلى المرحلة التالية لتنفيذه ، وهذا ما يتولاه القضاء المختص أي قاضي الأمـــور الوقتية .

وقد تأكد ذلك فى قانون التحكيم الأردنى رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ وذلك فى المادة ٥٢ منه على أنه " تحوز أحكام المحكمين الصادرة طبقاً لـــهذا القـــانون حجية الأمر المقضى به وتكون واجبة النفاذ بمراعاة الأحكام المنصوص عليـــها فيه" .

وفى نهاية هذا الفصل وبعد أن أوضحنا تفصيلاً عن أثر التحكيـــم فـــى تحقيق التوازن المالي للعقد الإداري يرى الباحث أن التوازن الاقتصادي يعد من العناصر الهامة فى العقود بصفة عامة وتتعاظم أهميته في مجال العقود الإدارية بصفة خاصة ، وهذا التوازن يتأثر بلا شك بفعل التغير فى الظروف التى تطـرأ على العقد ونجد أيضاً أن المنازعات التى تدور حول التوازن المالي للعقد يغلـب عليها الطابع الفني ، وأيضاً فإن أمر التحكيم فى العقود الإدارية أمر لا مفر منـه حيث إن المهمة الأساسية التى سيضطلع بها المحكوم لن تقف عند حد التحقيـــق بل ستمتد إلى جوهر المنازعة ذاتها . ومن هنا تبرز أهمية فـــض المنازعـــات الإدارية بطريق التحكيم حيث إن أطراف العقد قد يجدون أنه من المناسب أكـــثر من الالتجاء إلى القضاء أن يعيدوا الرابطة بالصلح ليصبح أكـــثر توافقـــاً مـــع التطورات الجديدة ، وبالتالى سيكون التحكيم هو الطريق المناسب لتسوية هـــذه المنازعات لإعادة التوازن المالي للعقد الإداري .

الخاتمـــة

الخاتمـــة

هكذا نصل إلى المحطة الأخيرة من هذه الدراســـة التـــى خصصناهـــا لدراسة نظرية التوازن المالي للعقد الإداري كدراسة تحليلية مقارنة لإبراز مكانة هذه النظرية في تشريعات بعض الدول مثل الأردن ومصر وفرنسا ، وإبـــراز أهميتها بالنسبة للعقود الإدارية .

وتحقيقاً للغاية الرئيسية فى هذه الدراسة يرى الباحث لزاماً بيـــان أهـــم النتائج والتوصيات وعلى النحو التالى :

أولاً : النتائج :

١ - تبين لنا من خلال التحليل المتقدم لهذا البحث أن العقد لا يكون إداريـــاً إلا إذا كان أحد أطرافه شخصاً عاماً ، وكان يتعلق بمرفق عـــام واســـتعمل الشخص العام وسائل السلطة العامة سواء فى انعقاده أو فى تنفيذه أو فـــى إنهائه ، كما تبين لنا أن الشخص العام قد يكون طرفاً فى العقد ومع ذلـــك يكون العقد من عقود القانون الخاص إذا لم يكن متعلقاً بمرفق عـــام أو إذا قبل الشخص العام أن يكون فى مركز الشخص العادى بالنسبة إلى هـــذا العقد .

٢ - أوضحت الدراسة ، أن العقود الإدارية وحدها هى التـــى تدخـــل ضمـــن اختصاص القضاء الإدارى ، فى حين أن المنازعـــات المتعلقـــة بعقـــود القانون الخاص ، إنما تدخل فى اختصاص القضاء العادى ، حتـــى ولـــو كانت الإدارة طرفاً فيها .

٣ - تبين لنا أن اختصاص القضاء الإدارى فى نظر منازعات العقود الإدارية هو اختصاص شامل ، بمعنى أن القضاء الإدارى يملك ولاية التعويـــض

دون ولاية الإلغاء وذلك كقاعدة عامة ، وإن كان على سبيل الاستثناء يملك ولاية الإلغاء أيضاً فى العمليات المركبة التى ترد على العقد والتى يمكن فصلها عن العملية التعاقدية وكذلك فيما يتعلق بدعوى الغير . ونجد أن كثيراً من الدول العربية – ومنها سوريا ولبنان وعلى رأسها جمهورية مصر العربية – قد أخذت بنظام القضاء الكامل بخصوص العقد باستثناء الأردن التى لم تأخذ بنظام القضاء الكامل نظراً لعدم وجود قضاء إدارى مستقل للنظر فى المنازعات الناشئة عن العقد الإدارى .

٤ – أوضحت الدراسة أن التوازن المالى أمر مفترض فى كل عقد إدارى ، ومن حق المتعاقد مع الإدارة أن يعوض على مقتضاه دون حاجة إلى النص فى العقد ، لأنه ليس من المصلحة العامة والعدالة أن يتحمل هذا المتعاقد وحده عبء الظروف التى تطرأ على العقد .

ومن هنا نجد أن نظرية التوازن المالى للعقد الإدارى ، من النظريات المسلم بها ، رغم اختلاف آراء الفقهاء حول مدى خطورتها ، إلا أنه أصبح من الضرورى الأخذ بهذه النظرية وتطبيقها وفقاً لمفاهيم خاصة بها لتحقيق العدالة المتوخاه منها ، وفى هذا الاتجاه وجدنا أن جمهورية مصر العربية كان لها السبق فى الأخذ وتطبيق نظرية التوازن المالى منذ فترة طويلة ، أما فى الأردن فإن المشرع لم يلجأ إلى تحديد مفهوم التوازن المالى للعقد ولم يتطرق إلى تطبيق هذه النظرية بالرغم من وجود أساس لتطبيق نظرية الظروف الطارئة فى بعض نصوص إجراءات العطاءات .

٥ – لقد أوضح القضاء الإدارى من خلال أحكامه أن سلطة الإدارة الواسعة فى مواجهة المتعاقد معها ليست مطلقة وإنما مقيدة ، فهى تخضع للرقابة القضائية الإدارية . كما بينت الدراسة أن القضاء الإدارى الأردنى أقر

بأحكامه الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية وبخصائصها الذاتية ، وبنطاقها القانونى الخاص لتعلقها بإدارة مرفق عام إلا أن المشرع الأردنى حدد حصراً اختصاص محكمة العدل العليا بموجب المادة التاسعة من قانون محكمة العدل العليا رقم (١٢) لسنة ١٩٩٢ الذى جاء خالياً من النظر بالمنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية وقد جعل اختصاص النظر بهذه المنازعات من اختصاص القضاء العادى بالإضافة إلى أن التشريعات الأردنية جاءت خالية من أى نص تشريعى يعتبر عقداً معيناً عقداً إدارياً خاضعاً للرقابة القضائية الإدارية .

٦ - تبين لنا من خلال هذه الدراسة أن المحكمين يتمتعون بسلطات واسعة فى تحقيق التوازن المالى فى العقد الإدارى بحيث أن التوازن الاقتصادى يعد من العناصر الهامة فى العقود الإدارية ، ونجد أن المنازعات التى تدور حول التوازن المالى للعقد الإدارى يغلب عليها الطابع الفنى . وبما أن التحكيم أصبح من الوسائل الشائعة فى تسويه المنازعات بصفة عامة وفى العقود الإدارية بصفة خاصة ، فإن الالتجاء للتحكيم سيكون أكثر توافقاً مع التطورات الاقتصادية الحديثة فى العالم ، وبالتالى يعتبر التحكيم هو الطريق المناسب لتسوية جميع المنازعات عامة .

ثانياً : التوصيات :

فى ضوء ما تقدم مما أفضت إليه هذه الدراسة من نتائج فإن الباحث يوصى بما يلى :

١ - يرى الباحث ضرورة قيام المشرع الأردنى باتخاذ المسلك الذى أتخذه المشرع فى جمهورية مصر العربية ، وذلك فى الاعتراف وتوضيح مفهوم نظرية التوازن المالى للعقد الإدارى ، وإظهارها إلى حيز الوجود باعتبارها نظرية هامة فى مجال تنفيذ العقود الإدارية .

٢ - يتعين على القضاء الإدارى الأردنى ، ضرورة تطبيق نظرية فعل الأمير على العقود الإدارية ، وإن كان هناك من عذر لإغفال المشرع الأردنى النص عليها ، حيث إن هذه النظرية كغيرها من نظريات القانون الإدارى والتى تعتبر من صنع القضاء الإدارى وقد أقر القضاء الأردنى بذلك . مع العلم أن الإدارة فى الأردن قامت بتطبيق نظرية فعل الأمير وإن لم تشر إلى ذلك صراحة فى قرار مجلس الوزراء الصادر بتاريخ ١٩٧٧/١/٢٠ السالف الذكر .

٣ - يأمل الباحث من القضاء الأردنى تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود الإدارية أسوة بالقضاء الإدارى فى جمهورية مصر العربية وغيرها من دول العالم ، رغم أن المشرع الأردنى نص على الأخذ بهذه النظرية فى العقود المدنية ، كما أن القضاء الأردنى استقرت أحكامه على تطبيق القواعد العامة المدنية على العقود الإدارية ، وهذا لا يمنع من تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود الإدارية حتى ولو انعدم النص الخاص الواجب التطبيق فى العقود الإدارية .

٤ - دعوة المشرع الأردنى للأخذ بمبدأ القضاء الكامل فى مجال منازعات العقود الإدارية ، وذلك كما هو الحال فى الدول الأخرى التى تأخذ بنظام القضاء المزدوج .

٥ - يرى الباحث ضرورة وجود قضاء إدارى مستقل فى الأردن وتوحيد اختصاص النظر فى جميع منازعات العقود الإدارية لدى جهة واحدة وأفضل أن يعهد بهذه الصلاحية إلى محكمة العدل العليا كونها محكمة عليا وشاملة . كما أقترح بأن تمنح هذه المحكمة مهمة إبداء الآراء الاستشارية للإدارة ،وخاصة فى مجال العقود الإدارية ، بحيث يكون هذا الأمر ملزم للإدارة قبل إبرام العقد الإدارى .

وأخيراً فإن من اجتهد وأصاب ، فله أجران ، ومن اجتهد وأخطأ فله أجر واحد ، وحسبى أن يكون من حظى أدنى المنزلتين .

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولاً : المراجع العربية :

١ – المؤلفات العامة :

- إبراهيم طه الفياض : العقود الإدارية ، نشر جامعة الكويت ، مكتبة الفلاح، ١٩٨١ .
- إبراهيم محمد على : آثار العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ٢٠٠٣ .
- أبو العلا على النمر : القانون الواجب التطبيق على المسائل الإجرائية فى التحكيم ، دار النهضة العربية ، الطبعة الأولى ، القاهرة .
- أحمد أبو الوفا : التحكيم الاختيارى والإجبارى ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، سنة ١٩٨٧ م .
- أحمد المومني : التحكيم فى التشريع الأردنى والمقارن ، الجزء الأول ، مطبعة التوفيق ، عمان ، الطبعة الأولى ، سنة ١٩٨٣ م .
- أحمد حسان الغندور : التحكيم فى العقود الدولية للإنشاءات ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ١٩٩٨ م .
- أحمد سلامة بدر : العقود الإدارية وعقد البوت ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ٢٠٠٣ .
- د. أحمد عثمان عياد : مظاهر السلطة العامة فى العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٧٣ .
- أحمد عبد الكريم سلامة : علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولاً ومنهجاً ، الطبعة الأولى ، المنصورة ، مكتبة الجلاء ، سنة ١٩٩٦ .

- أبو زيد رضوان : الأسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى ، دار الفكر العربى ، القاهرة ، سنة ١٩٨١ م .
- رف عبد العليم الرفاعى : القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم والنظام العام فى العلاقات الخاصة الدولية ، دار الفكر الجامعى ، الإسكندرية ، ٢٠٠٣ م .
- توفيق شحاتة : مبادئ القانون الإدارى ، القاهرة ، سنة ١٩٥٥ م .
- ثروت بدوى : النظرية العامة فى العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ١٩٩١ .
- جابر جاد نصار : العقود الإدارية ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ٢٠٠٥ .
- _____ : الوجيز فى العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، سنة ٢٠٠٠ م .
- جلال وفاء محمدين : التحكيم تحت مظلة المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، سنة ١٩٩٥ م .
- جمال محمود الكردي : القانون الواجب التطبيق فى دعوى التحكيم ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ٢٠٠٥ م .
- جميل الشرقاوى : النظرية العامة للالتزام ، "مصادر الالتزام"، الكتاب الأول ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ١٩٩٥ م .
- جورجى شفيق سارى : التحكيم ومدى جواز آلية فض المنازعات فى مجال العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ٢٠٠٥ م .
- حسن درويش : النظرية العامة فى العقود الإدارية ، الجزء الثاني ، مكتبة الأنجلو المصرية ، سنة ١٩٥٨ م .
- رأفت فوده : دروس في القانون الإدارى " العقود الأموال " ، مكتبة النصر، سنة ١٩٩٥ م .

- رمزى طه الشاعر : قضاء التعويض مسؤولية الدولة عند أعمالها غير التعاقدية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ١٩٩٠ م.
- سعاد الشرقاوى : العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ١٩٩٥ م .
- سليمان محمد الطماوي : الأسس العامة للعقود الإدارية ، "دراسة مقارنة" ، دار النهضة العربية ، الطبعة الخامسة ، القاهرة ، سنة ١٩٩١ .
- _____ : الأسس العامة للعقود الإدارية ، " دراسة مقارنة "، الطبعة الرابعة ، جامعة عين شمس ، سنة ، ١٩٨٤.
- سمير صادق : العقد الإداري فى مبادىء الإدارية العليا ، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب ، القاهرة ، سنة ١٩٩١ .
- طعيمة الجرف : القانون الإدارى ، " دراسة مقارنة فى تنظيم ونشاط الإدارة العامة " ، بدون ناشر ، سنة ١٩٨٥ .
- عادل عبد الرحمن خليل : المبادئ العامة في آثار العقود الإدارية وتطبيقاتها ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ١٩٩٤ م – ١٩٩٥ م .
- عبد الحميد الأحدب : موسوعة التحكيم الدولى ، الجزء الثانى ، دار المعارف ، القاهرة ، سنة ١٩٩٨ .
- عبد الحميد الشواربى : التحكيم والتصالح فى التشريعات المختلفة على ضوء الفقه والقضاء ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، سنة ١٩٩٦ .
- _____ : العقود الإدارية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، سنة ٢٠٠٣ م .

- عبد الرزاق السنهورى : الوسيط في شرح القانون المدني ، " مصادر الالتزام"، الجزء الثانى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ١٩٨٣ م .
- عبد العزيز عبد المنعم خليفة : أوجه الطعن بإلغاء القرار الإدارى فى الفقه وقضاء مجلس الدولة ، دار الفكر الجامعى ، الإسكندرية ، سنة ٢٠٠٣ م .
- _____ : الأسس العامة للعقود الإدارية ، منشأة المعارف، الإسكندرية ، سنة ٢٠٠٤ م .
- عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد : أثر الظروف الطارئة والصعوبات المادية على تنفيذ العقد الإدارى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ١٩٩٩ .
- _____ : أثر فعل الأمير على تنفيذ العقد الإدارى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ١٩٨٩ م .
- _____ : القانون الإدارى ، الكتاب الأول ، دار النهضة العربية ، سنة ١٩٩٠ م .
- عبد المجيد فياض : العقد الإدارى فى مجال النظرية والتطبيق ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، سنة ١٩٨٣ .
- عدنان عمرو : مبادئ القانون الإدارى الفلسطينى ، المطبعة العربية الحديثة ، القدس ، (د.س) .
- عزيزة الشريف : دراسات فى نظرية العقد الإداري ، دار النهضة العربية، القاهرة ، سنة ١٩٨١ م .
- عصام الدين القصبي : خصوصية التحكيم فى مجال منازعات الاستثمار (د.ن)، سنة ١٩٩٣ .
- عصمت عبد الله الشيخ : التحكيم فى العقود الإدارية ، ذات الطابع الدولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ٢٠٠٠ .
- على الفحام : سلطة الإدارة فى تعديل العقد الإدارى ، دراسة مقارنة ، دار الفكر العربى ، القاهرة ، ١٩٧٦ .

- على خطار شطناوى : الوجيز فى القانون الإدارى ، مطبعة الجامعة عمان، (د.س) .
- على عوض حسن : التحكيم الاختيارى والاجبارى فى المنازعات الإدارية، دار الفكر الجامعى ، الإسكندرية ، سنة ٢٠٠٤ م .
- فتحى فكري : محاضرات في العقود الإداريـــة ، القـــاهرة (د.س) ســنة ١٩٩٤ م.
- فتحى والى : الوسيط فى قانون القضاء المدني ، مؤسسة روزاليوســـف ، القاهرة ، سنة ١٩٨١ م .
- فؤاد العطار : القانون الإداري ، دار النهضة العربية ، القـــاهرة ، طبعـــة ١٩٧٢ .
- فؤاد رياض وسامية راشد : الوسيط فى القانون الدولـــى الخـــاص تنـــازع القوانين وتنـــازع الاختصـــاص القضـــائى ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ١٩٩١ م .
- فوزى محمد سامى : التحكيم التجاري الدولي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة ، عمان ، ١٩٩٥ .
- كمال إبراهيم : التحكيم التجارى الدولي ، حتمية التحكيم وضحيـــة قـــانون التجارة الدولي ، دار الفكـــر العربـــى ، الطبعـــة الأولى، القاهرة ، سنة ١٩٩١ .
- عمر حلمي فهمي : آثار العقود الإدارية ، دار الفكر العربـــى ، القـــاهرة ، سنة ١٩٩٣ م .
- ماجد راغب الحلو : العقود الإدارية والتحكيم ، دار الجامعة الجديدة ، ســنة ٢٠٠٤ م .
- _____ : القـــانون الإدارى ، دار المطبوعـــات الجامعيـــــة ، الإسكندرية ، سنة ١٩٨٧ .
- محسن شفيق : التحكيم التجارى الدولى ، دار النهضة العربية ، القـــاهرة ، سنة ١٩٩٧ م .

- محسن شفيق : عقد تسليم مفتاح (نموذج من عقود التنمية) ، دار النهضة العربية ، (د.س) .
- محمد انس جعفر : العقود الإدارية ، " دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات مع دراسة للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ الخاص بالمزايدات والمناقصات فى مصر ولائحته التنفيذية . دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ٢٠٠٠ .
- محمد جمال الذنيبات : الوجيز فى القانون الإدارى ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٥ .
- محمد رفعت عبد الوهاب : القانون الإدارى (أعمال السلطة فى العقود الإدارية)، الجزء الثانى ، القاهرة ، سنة ١٩٨٩ م .
- _____ : القانون الإدارى ، الدار المصرية الحديثة ، الاسكندرية ، الطبعة الأولى ، سنة ١٩٨١ م .
- محمد سعيد أمين : الأحكام العامة لالتزامات وحقوق طرفي الرابطة العقدية في تنفيذ العقد الإداري ، دار الثقافة الجامعية ، القاهرة ، ١٩٨٥ م .
- _____ : الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة فى تنفيذ العقد الإداري ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٨٤ م .
- _____ : المبادئ العامة فى تنفيذ العقود الإدارية ، دار الثقافة العربية ، القاهرة ، طبعة سنة ١٩٩٩ .
- _____ : المبادئ العامة فى تنفيذ العقود الإدارية ، دار الثقافة العربية ، القاهرة ، طبعة ١٩٩١ .
- _____ : المبادئ العامة فى تنفيذ العقود الإدارية ، جامعة عين شمس ، سنة ٢٠٠٤ م .

- محمد عبد العال السناري : الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة فى مجال العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة (د.س) .
- _____ : مبادىء وأحكام العقود الإدارية فى مجال النظرية والتطبيق ، دار النهضة العربية ، القاهرة (د.س) .
- محمد عبد الله حمود : إنهاء العقد بالإرادة المنفردة ، الطبعة الاولى ، الإصدار الأول ، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٢ .
- محمد فؤاد مهنا : مبادئ وأحكام القانون الإدارى ، القاهرة ، ١٩٧٢ .
- _____ : القانون الإدارى العربى فى ظل النظام الاشتراكي الديمقراطى ، الجزء الثانى ، طبعة ١٩٦٣ – ١٩٦٤ .
- محمد ماجد محمود : دور القواعد الدولية الحديثة فى المناقصات والمزايدات والمزايدات فى الدول النامية ، القاهرة، سنة ١٩٩٧ م .
- محمد محمد عبد اللطيف : قانون القضاء الإدارى ، "مسؤولية السلطة العامة " ، الكتاب الثالث ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ .
- محمد وليد العبادى : الوجيز فى القضاء الإدارى ، " دراسة مقارنة " ، دار المسار للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، سنة ٢٠٠٤ .
- محمود أبو السعود حبيب : القانون الإدارى ، وسائل وامتيازات الإدارة ، جامعة عين شمس ، سنة ٢٠٠٦ .

- محمود ابو السعود حبيب : سلطة الإدارة فى الرقابة علـــى تنفيـذ العقـد الإدارى ، جامعة عين شـمس ، القـاهرة ، سـنة ١٩٩٧ .
- محمود السيد عمر التحيوي : التجاء الجهات الإدارية للتحكيم الاختيارى فى العقود الإداريـــة ، دار المطبوعـات الجامعيـة ، الإسكندرية ، سنة ٢٠٠٣ م .
- محمود الكيلانى : عقود التجارة الدولية فى مجال نقل التكنولوجيا ، ســـنة ١٩٨٨ م .
- محمود خلف الجبورى : العقود الإدارية ، الطبعة الثانية ، الاصدار الأول ، دار النهضة للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ١٩٩٨.
- محمود عاطف البنا : العقود الإدارية ، دار العلـــوم للطباعـة والنشـر ، ١٩٨٤م .
- محمود عبد المجيد المغربى : المشكلات التى تواجـه العقـود الإداريـة ، وآثارها القانونية (دراسة مقارنـة فـى النظريـة والتطبيق) ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، لبنان ، الطبعة الأولى ، سنة ١٩٩٨ م.
- محي الدين إسماعيل علم الدين : منصة التحكيم التجارى الدولى ، الجـزء الأول ، طبعة ، ١٩٨٦ م .
- مختار أحمد البريري : التحكيم التجاري الدولى ، دار النهضة العربيـة ، القاهرة ، سنة ١٩٩٥ م .
- مصطفى عبد المحسن الحبشى : التوازن المالي مـن عقـود الإنشـاءات الدولية، دراسة مقارنة ، دار النهضـة العربيـة ، القاهرة ، ٢٠٠٢ م .
- مصطفى عبد المقصود سليم : معيار العقد الإدارى وأثره على اختصـاص مجلس الدولة ، دار النهضة العربيـة ، القـاهرة ، سنة ١٩٩٥ .

- مصطفى محمد الجمال وعكاشة محمد عبد العال : التحكيم فـــى العلاقـــات الخاصة الدولية والداخلية ، الجزء الأول ، الفتـــح للطباعة والنشر – سوتير – الإســـكندرية ، ســـنة ١٩٩٨ .
- موريس صادق : قانون تنظيم المناقصات والمزايدات في العقود الإداريـة ، دار محمو- للنشر والتوزيـــع ، القـــاهرة ، ســـنة ١٩٩٩م .
- ناريمان عبد القادر : اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم فى المواد المدنيـــة والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ " دراسة مقارنـة "، الطبعة الأولى سنة ١٩٩٦ م .
- نجلاء حسن السيد : التحكيم فى المنازعات الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة ٢٠٠٣ م .
- نصيرة بوجمعة سعدى : عقود نقل التكنولوجيا فى مجال التبادل الدولـــي الجزائر ، دار المطبوعات الجامعية ، سنة ١٩٩٢.
- نواف كنعان : القانون الإداري ، " الوظيفة العامـــة والأمـــوال العامـــة" ، مطبعة الجامعة ، الكتاب الثانى ، عمـــان ، ســـنة ٢٠٠٣ .
- ـــــــــــ : القانون الإدارى الأردنى ، الكتاب الثانى ، عمان ، طبعـــة ١٩٩٦ :
- هشام صادق : القانون الواجب التطبيق على عقـــود التجـــارة الدوليـــة ، " دراسة تحليلية مقارنة للاتجاهـــات الحديثـــة فـــى التشريعات الداخلية والاتفاقيات الدوليـــة وأحكـــام القضاء والمحكمين وتوصيـــات مجمـــع القـــانون الدولى، الإسكندرية ، منشـــأة المعـــارف ، ســـنة ١٩٩٥م .
- يسرى محمد العصار : التحكيم فى المنازعات الإداريـــة العقديـــة وغـــير العقدية، دار النهضة العربيـــة ، القـــاهرة ، ســـنة ٢٠٠٢ م .

٢ – الرسائل العلمية :

- إبراهيم محمد على : آثار العقود الإدارية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة المنوفية ، ١٩٩٧ .
- أحمد عثمان عياد : مظاهر السلطة العامة فى العقود الإدارية ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٧٣ .
- توفيق شحاتة : التزام المرافق العامة ، رسالة دكتوراه ، القاهرة ، سنة ١٩٥٥ .
- ثورية لعيونى : معيار العقد الإدارى ، رسالة دكتوراه ، سنة ١٩٨٧ .
- جمال عياش أحمد عثمان : العقد الإدارى وقضاء الإلغاء ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية ، سنة ٢٠٠١ .
- خالد عبد الفتاح محمد خليل : حماية المستهلك فى القانون الدولى الخاص، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة حلوان ، سنة ٢٠٠٢ .
- رياض عيد عيسى الزهيرى : مظاهرة سلطة الإدارة فى تنفيذ مقاولات الأشغال العامة ، رسالة ماجستير ، كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، سنة ١٩٧٥ .
- زكى النجار : نظرية البطلان فى العقود الإدارية ، رسالة دكتوراه ، القاهرة ، سنة ١٩٨١ .
- سلامة فارس عرب : وسائل معالجة اختلال توازن العلاقات التعاقدية فى قانون التجارة الدولية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٩٨ ، ص ٣٣٥.
- عبد القادر عيسى الحسن : التزامات وحقوق المتعاقدين فى تنفيذ عقود الأشغال العامة ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٩٧ .

- عزت فوزى حنا : المرفق الاقتصادى العام ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، ١٩٩٢ .
- على سالم إبراهيم ، لاية القضاء على التحكيم ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، ١٩٩٥ .
- على عبد العزيز الفحام : سلطة الإدارة فى تعديل العقد الإدارى " دراسة مقارنة " ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، سنة ١٩٧٥ .
- على محمد على عبد المولى : الظروف التى تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإدارى "دراسة مقارنة " ، رسالة دكتوراه ، القاهرة ، سنة ١٩٩١ .
- محمد أحمد حسان الغندور : التحكيم فى العقود الدولية للإنشاءات ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ١٩٩٨ .
- محمد عبد العزيز بكر : فكرة العقد الدولى عبر الحدود ، دراسة فى النظام القانونى للعقود المبرمة بين الدولة والأشخاص الأجنبية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة حلوان ، سنة ٢٠٠٠ .
- محمد عبد المجيد إسماعيل : عقود الأشغال الدولية ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة ٢٠٠٠ .
- محمد كامل ليلة ، نظرية التنفيذ المباشر ، رسالة دكتوراه ، القاهرة ، سنة ١٩٦٢ .
- محمد موسى إبراهيم : المخاطر التى تواجه تنفيذ العقد الإدارى " دراسة مقارنة " ، رسالة دكتوراه ، جامعة عمان العربية ، عمان ، سنة ٢٠٠٥ .
- منير حنا سالم خضر : قوة التحكيم الإلزامية وتنفيذه فى القانون الأردنى "دراسة مقارنة " ، رسالة ماجستير ، عمان، (د.س).

٣ – الأبحاث والمقالات :

- إبراهيم أحمد إبراهيم : تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية ، مقال منشور فى المجلة المصرية للقانون الدولى ، المجلد السابع والثلاثون ، سنة ١٩٨١ .
- أبو زيد رضوان : الضوابط العامة فى التحكيم التجارى الدولى " القسم الثانى " دولية التحكيم التجارى ، بحث منشور فى مجلة الحقوق والشريعة ، جامعة الكويت ، السنة الثانية ، يونيو ١٩٧٨م.
- أحمد السمدان : القانون الواجب التطبيق فى التحكيم الدولي ، مقال منشور فى مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، السنة ١٧ مارس ، يونيو ١٩٩٣ .
- أنور أحمد رسلان : نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، بحث منشور، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة ٤٨ ، العددان (٣ ، ٤) سنة ١٩٨٠ .
- _____ : نظرية الصعوبات غير المتوقعة ، بحث منشور فى مجلة القانون والاقتصاد ، السنة ٤٨ ، العدد ٣ ، ٤ القاهرة ١٩٧٨ .
- جاك يوسف الحكيم : القانون الذى يحكم الموضوع (آثار سكوت الطرفين أو تسرعهما فى اختياره) محاضرة ألقيت فى مؤتمر تحكيم الشرق الأوسط والبحر المتوسط حول المشكلات الأساسية فى التحكيم الدولى تميز منظور التطوير ، القاهرة فى الفترة ما بين ١٢-١٧ يناير ١٩٨٩ .
- حسين مصطفى فتحى : التحكيم وفقاً للشريعة الإسلامية ، بحث منشور فى مجلة التحكيم العربى ، العدد الأول ، مايو ١٩٩٩ .

- مصطفى كمال وصفى : سلطة الإدارة فى تعديل شروط العقـــد الإداري ، بحث منشور فى مجلة العلوم الإدارية ، القـــاهرة ، العدد الثانى ، سنة ١٩٨٠ .
- فوزى محمد سامى : القانون الواجب التطبيق فى التحكيم التجارى الدولى ، مقال منشور فى مجلة الحقوق التى تصـــدر عـــن اتحاد الحقوقين العراقين ، الاعـــداد ١-٤ الســـنة التاسعة عشر سنة ، ١٩٨٨.
- محمد الحسين : التوازن المالى فى حالة الظروف الطارئة وفعل الأمـــير ، بحث منشور فى مجلـــة جامعـــة دمشـــق للعلـــوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد ١٣ العدد الثـــانى ، ١٩٩٧ .
- محمد انس قاسم جعفر : نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، دراســـة مقارنة تطبيقية ، بحث منشور فى مقالات الأعمـــال المدنية ، دراســـة لأهـــم الجوانـــب الاقتصاديـــة والقانونية ، طبعة مكتـــب الشـــلقانى للمحامـــاة ، القاهرة، ١٩٩٥ .
- محمد كمال منير ، تعليقه على حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بجلســة ١٩٩٠/٢/٢٠ ، المنشور فى مجلة العلوم الإدارية، ١٩٩١.
- نبيل أحمد سعيد : عقد الامتياز البترولى ، مقال منشور بمجلـــة مجلـــس الدولة ، السنوات ١٣ ، ١٤ ، ١٥ .

٤ – الدوريـــــات :

- مجلة نقابة المحامين الأردنية ، عمان ، سنة ١٩٧٨ – ١٩٩٣.
- مجلة العلوم الإدارية ، القاهرة، العدد الثانى سنة ١٩٨٠ .
- مجلة القانون العام المصرية، القاهرة سنة ١٩٨٢ .
- المجلة القضائية ، المعهد القضائى الأردنى ، عمان ، ١٩٩٧ .

- مجلة القانون العام الفرنسية لسنة ١٩٤٧ .
- مجلة القانون العام الفرنسية، العددين (٩،١٠) سنة ١٩٨٣ .
- مجلة البحوث الإسلامية التى تصدر عن رئاسة إدارة البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد، المجلد الأول، العدد الثانى الصادر بين الفترة من ١٣٩٥/١٢/١هـ - ١٣٩٦/٣/١هـ

٥ - المجموعات التشريعية والقضائية والاستشارية :

أ - التشريعية والقانونية

- القانون الأساسى الأردنى المنشور بعدد الجريدة الرسمية رقم ١٨٨ بتاريخ ١٩ أبريل سنة ١٩٢٨ .
- الدستور الأردنى الصادر سنة ١٩٥٢ .
- قانون تشكيل المحاكم النظامية الأردنية رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٢
- قانون محكمة العدل العليا فى الأردن رقم ١١ لسنة ١٩٨٩ .
- قانون أصول المحاكمات المدنية الأردنى رقم (٢٤) لسنة ١٩٨٨.
- القانون المدنى الأردنى رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ .
- قانون التحكيم الأردنى رقم ١٨ لسنة ١٩٥٣ المنشور بالجريدة الرسمية رقم ١١٣١ بتاريخ ١٩٥٣/١/١٧ المعدل بالقانون رقم ٧٤ ، ١٩٥٣ المنشور بالجريدة الرسمية رقم ١١٥٨ بتاريخ ١٩٧٣/١٠/١ المعدل بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٢ بتاريخ ١٩٦٢/٣/١ .
- تعليمات تنظيم إجراءات العطاءات الأردنى رقم (١) لسنة ١٩٩٤ .
- نظام الأشغال الحكومية الأردنى رقم ٧١ لسنة ١٩٨٦ والمعدل بموجب نظام رقم ٨١ لسنة ٢٠٠١ .
- قانون التحكيم رقم ٣١ لسنة ٢٠٠١ المنشور على الصفحة ٢٨٢١ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٤٤٩٦ بتاريخ ٢٠٠١/٧/١٦ .

- المذكرات الإيضاحية للقانون المدنى الأردنى ، الجزء الأول، إعداد المكتب الفنى لنقابة المحامين، مطبعة التوفيق ، عمان، الطبعة الثانية ١٩٨٥ .
- دفتر عقد المقاولة الموحد للمشاريع الإنشائية ، الجزء الأول .
- قانون مجلس الدولة المصرى رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ المنشور فى الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ ٥ تشرين أول أكتوبر سنة ١٩٧٢ العدد رقم ٤٠ والمعدل بمقتضى القانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٤٨
- قانون التحكيم المصرى رقم (٢٧) لسنة ١٩٩٤ .
- قانون التزامات المرافق العامة المصرى رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ .
- القانون النموذجى للتحكيم التجارى الدولى (يونسترال) .
- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى، الجزء الثانى، مطبعة دار الكتاب العربى، القاهرة.
- اللائحة التنفيذية لقانون تنفيذ المناقصات والمزايدات رقم (٩) ، لسنة ١٩٨٣.

ب – القضائية :

- مجموعة المبادئ التى أقرتها محكمة القضاء الإدارى العليا وموسوعة المبادئ القانونية التى أقرتها المحكمة فى الفترة من أكتوبر ١٩٨٥ إلى يونية ١٩٨٦ رقم ٢٥٤١ السنة ٢٦ قضائية .
- مجموعة المبادئ التى قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع فى العقود الإدارية فى أربعين عاماً والتى أعدها المكتب الفنى لرئيس مجلس الدولة من أول أكتوبر ١٩٥٥ إلى آخر سبتمبر ١٩٩٥ م .
- منشورات عدالة عمان .

جـ- الاستشارية :

- فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع رقم ٣٦٠ بتاريخ ١٩٥٤/٧/١٧ .
- فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة رقم ٩٢ الصادرة بتاريخ ١٩٥٦/٢/٤ .
- فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع ٦٣٧ الصادرة بتاريخ ١٩٥٦/١٠/٢٣ .
- فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع رقم ٩٤١ سنة ١٩٦٤
- فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع رقم ٩٥ بتاريخ ٤ فبراير سنة ١٩٦٤ .
- فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع رقم ٣٥٣ جلسة ١٩٦٥/٣/٣١ .
- فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع ملف رقم ٤٦/١/١٨ جلسة ١٩٧١/٧/١١ .
- فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع رقم ٧٥٤ ملف ٤٥٠/١٤٤/٢٥ بتاريخ ١٩٧١/٧/١٣ .
- فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع ملف رقم ٣/٩/٧ الصادرة بجلسة ١٩٧٣/١١/٢٨ .
- فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع ملف رقم ٧٠٢/٢/٣٢ بتاريخ ١٩٨٠/٢/٦ .
- فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع ملف رقم ١٢٢/١/٤٧ جلسة ١٩٨٨/٣/٣٠.
- فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع رقم ٦٦١ الصادرة بتاريخ ١٩٨٩/٧/١ .
- فتوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بالجلسة المنعقدة فى ١١ مارس ١٩٩٣ .

ثانيا : المراجع باللغة الفرنسية :

A- Ouvrages Généraux

- ***Aubie de Drago;*** la justice administrative, 9e éd., 1963.
- ***B.phillipe;*** Précis de droit adminsitratif, 3e Tome, 1956.
- ***B.phillipe;*** Précise de droit administraitf, 3e Tome, 1970.
- ***CH. René;*** Droit administrative general, 1e Tome, Montchrestien, 1995.
- ***F. Liorens;*** contrat entre paris et marché des travaux publiques, L.G.D.J., Paris, 1981.
- ***F. Pierre-Laurent;*** Précise de droit administrative, 3e éd, Montchrestien, 1995.
- ***F. Liorens;*** contrat entre Paris et marché des travaux publiques, L.G.D.J., Paris, 1981.
- ***F. Pierre-Laurent;*** Précis de droit adminsitratif, 3e éd., Montchrestien, 2004.
- ***L. Andrè;*** CL. Jean, G. Ives; Traité de droit adminsitratif, 1e Tome, 13e éd. L.G.D.J., 1994.
- ***L. André, Moderne F.,*** Tratie des contrats administrative. 4, Tome, 1984.
- ***L.Andrè;*** Traite aux contrats adminsitratifs, 3e Tome, 1956.
- ***L. Gille;*** Droit adminsitratif general, 2e éd., dalloz, 2000.

- *M. Paillet;* La responsabilité administrative, dalloz, 1996.
- *Q.Viney;* La responsabilité; Les conditions, L.G.D.J., Paris, 1982.
- *P.Dominique;* La nullité des contrats administratifs, Paris, L.G.D.J., 1999.
- *P. Gustave;* Droit administratif general, 20e éd., dalloz, 2000.
- *P. Delvolvé;* Responsabilité contractuelle, dalloz, 1987.
- *P.A. Lalive;* Problèmes relatif à l'arbitrage international commercial, Rec. des cours, 1967.
- *R. Jean;* Le droit adminsitratif, 4e éd., 1970.
- *R. Laurent;* Droit des contrats adminsiratifs, 4e éd., L.D.g.J., 2004.
- *R.Michel et R. Olivier;* Droit adminisratif "l'action administrative", 2e éd. P.U.G., 2004.
- *V.Geroges;* Droit administrative, 1973.
- *Waline;* Traité élémentaire de droit adminsitratif. 4 éd., 1974.

B- Ouvrages spécieux

- ***Brénie;*** Le pouvoir de L'adminsitration aux contrats du concession, et marches publiques, R.D.P., 1927.
- ***Delmas;*** (francois): Du Pguvoir de l'administration de modifier les previsions du marche de. Travail Public. Thése, Paris, 1945.
- ***Desot;*** Imprévision, et économie dirigiè, J.C.P., 1956.
- ***G. Péquigno;*** Contribution à la théorie générale du contrat adminsitratife, these De Montpellier, 1945.
- ***J.-F. Benoit;*** Essai sur les conditions de la responsabilité publique, et privé "Problimes de causalitè", J.C.P., 11, 1957.
- ***B.Saroite;*** Le droit de administration d'ajuster ses contrats Paris 1963. PP. 61-62.
- ***Jez;*** Le regime juridique de contrat administrative, R.D.P., 1945
- ***J. Lamarque;*** Les difficultés et les perspectives d'avenir de la distinction Entre les contrats adminsitratifs et les contrats privés, AJDA, 1961, P.5.
- ***J.M. Pantier;*** L'imprevisibilité, R.D.P., 1986, P.5.
- ***L. Jean;*** Si le contrat adminsitratif subsise au droit à l'égard de l'adminsitration Rec., dalloz, 1951.

- *L. André;* Pouvoir de l'administration à modifier unilatérale les conditions des contrats adminsitratives, R.D.P., 1956.
- **Le rapport mensuel le commissaire de gouvernement;** M. Leon Bloum à l'affaire De société française générale de Tram wayer, Rec. C.E.
- *P. George;* Théorite générale des contrats administratifs; Juris. Classeur, Fasc, 511, Ne 348, P.15.
- *P. Amselek;* La qualification des contrats de l'adminsitration, AJDA, 1983.
- *P.Weil;* Le crière du contrat adminsitratif en crise, Mel. Waline, 1974.
- *P.George;* Théorie générale des contrats administratifs, these de paris, 1945.
- *B.Saroite;* Théorie de fait de Prince dans les contrats administraifs, Thése de Paris, 1955.
- **Panner;** precisde Droit administrative 4 editon 1943.
- *Bonnard ®:* Precis de Droit administrative 4 edition 1943.
- **F. Llorens:** "Contratd" entre Prise et marche de Travaux Publics, L.G.D.J., Paris 1981.

C- Recueil des arrêts et jugements;

- C.E. 24 avr. 1968, J.C.A., 1968, P.478.
- C.E. 30 mai 1975, Set. Déquipment de la region mont., R.D; p. 1975, P. 1729.
- C.E.17 dec. 1954, Grosy, D. 1956, P.127.
- C.E. 6 fev. 1903, Ste., terrier, Rec., P.94.
- C.E. 31 juill. 1912, R.D.P., 145, C.E. 6 mai 1931, Hertz, rec., P. 489.
- C.E. 4 juin 1954, Affortit et Vingtain, Rec., P. 432.
- C.E. 20 avr. 1956, Epoux Bertin, D. 1956, 433, note de laubadere.
- C.E. 20 oct. 1950, stein, Rec. P. 505.
- C.E. 17 nov. 1944 ville d'avinion, Rec., P. 294.
- C.E. 3 avr. 1948, Ville de nantes, Rec., P. 188.
- C.E. 3 mars 1951, Ville de Poissev, Rec. P. 774.
- C.E. 16 mai 923 Ville de Glaenger, Rec. P.405.
- C.E. 11 mars 1910 compagnie generale francaise des Tramways, P.98-99.
- C.E. 3 dec. 1920, Framasol, R.D.P., 1921, P. 80.
- C.E. 9 mars 1928, Cie. Des societes africaines, R.D.P., 1998, P.326.
- C.E. 10 avr. 1935 Vile de Toulon, R.D.P., 1935, P.783.
- C.E. 9 juill. 1905, commune de Duingt, Rec., P. 914.
- C.E. 27 juin 1919, Gaz de Nice 1920, P. 25.
- C.E. 24 Juill. 1981, Scoiete generale, d'entreprise, R.D; p. 1982, P.533.
- C.E. 7 oct. 1970, Pierre lavigne, Rec., P. 1097.

- C.E. 2 mars 1977, Scoiete le flon, et Cie., et Hoetigen, Rec., p. 890.
- C.E. 29 juin 1951, secrtaire d'Etat à la defense, Debernady, Rec. P. 661.
- C.E. 9 juin, 1929, la clainche, Rec., P. 706.
- C.E. 29 fev. 1953 communcle, meiss. Rec P. 535.
- C.E. 10 janv. 1938. Gouvernement general de l'indochine, Rec., P. 937
- C.E. 27 juin 1913, Ville de Toulouse, Rec., P.17.
- C.E. 18 juill. 1920 Cie. PL. ? etoutes, R.D.P. 1932, concl. Josse.
- C.E. 8 fev. 1988, Corre, Rec. P.186.
- C.E. 12 juin, 1950, Vituret, P.423.
- C.E. 14 nov. 1920 Olmer et Hersert, Rec.; P. 664.
- C.E. 19 oct. 1934, Ste. Alfride hirique, Rec.; P. 938.
- C.E. 30 oct. 1951, Set. Struin, Rec. p. 507.
- C.E. 28 dec. 1927, Ste. Augustin Normand, R.D.P., 1284.
- C.E. 28 avr. 1939 Chemin de fer, R.D.P., 1940, P.58.
- C.E. 9 mars 1928 Cie societe of mecanique, R.D.P., 1928, P. 326.
- C.E.29 dec. 1950, Earby, Rec., P. 1014.
- CE. 31 mai 1918, Rec., P. 527.
- C.E. 12 mai 1947, Caisse compensations, rec., P. 457.
- C.E. 28 avr. 1939, Chemin fer, P. 58, not. Jez.
- C.E. 1 sep. 1944, Pillard, Rec., 240.
- C.E. 27, mar 1903, commune de jeumont, Rec. P.279.
- C.E. 19 sep. 1973, Caisse de dépagrne, rec., p. 172.

- T.C. 8 juill. 1963, Ste. Enterprise peyrot, R.D.P., 1963, P.776, D. 1963.
- T.C. 24 jin 1968, Set. Distillerie, Bretonnes m d.1969, P. 116.
- TC. 10 janv. 1983, Centre d'action phrmacetique, R.D.P., 1984, P.1080.
- T.C. 22 nov. 1965, colmett, D. 1956, P. 127.

الفهرس

الموضوع	رقم الصفحة
المقدمـــة	٣
أهمية البحث	٤
صعوبة البحث	٥
منهج البحث	٥
خطة البحث	٥
الفصل التمهيدى	
حول فكرة التوازن المالي للعقد الإدارى	١١
المبحث الأول : مفهوم العقـد الإدارى وتطـوره والالتزامـات	
المترتبة عليه	١٣
المطلب الأول : مفهوم العقد الإدارى وتطوره	١٤
الفرع الأول : تعريف العقد الإدارى ونشأته	١٦
الفرع الثانى : المعايير المميزة للعقد الإدارى	٢٣
المطلب الثانى : الالتزامات المترتبة على العقود الإدارية	٣٤
الفرع الأول : حقوق والتزامات الإدارة المتعاقدة ...	٣٥
الفرع الثانى : حقوق والتزامات المتعاقد مع الإدارة.	٤١
المبحث الثانى : التعريف بنظرية التوازن المالى للعقـد الإدارى	
نشأتها وتطورها	٤٦
المطلب الأول : مفهوم نظرية التـوازن المـالى للعقـد	
الإدارى	٤٧
المطلب الثانى : نشأة نظرية التوازن المالى للعقـد الإدارى	
وتطورها	٥٠

الفرع الأول : نشأة نظرية التـــوازن المـــالى للعقـــد الإدارى ٦٠
الفرع الثانى : تطور نظرية التـــوازن المـــالى للعقـــد الإدارى ٦٥

الباب الأول
دور فكرة التوازن المالى للعقد من خلال المفاهيم الخاصة بنظرية تنفيذ العقد الإدارى ٧٣

الفصل الأول : التوازن المالى ومبدأ التعويض بلا خطأ ٧٥

المبحث الأول : مفهوم مبدأ التعويض بلا خطأ ٧٦
المطلب الأول : التعريف بمبدأ التعويض بلا خطأ..... ٧٧
المطلب الثانى : موقف الفقه والقضاء من مبدأ التعويـــض بلا خطأ ٨٠
المبحث الثانى : الشروط العامـــة المتعلقـــة بمبـــدأ التعويـــض بلاخطأ..... ٨٥
المطلب الأول : شروط الحق فى التعويض بلا خطأ... ٨٦
المطلب الثانى : موقف الفقه والقضاء من فكرة الضرر ٩١

الفصل الثانى : التوازن المالى وسلطة الإدارة فى تعديل العقـــد الإدارى بإرادتها المنفردة ١٠٤
المبحث الأول : الأساس القانونى لسلطة الإدارة فـــى تعديـــل العقود الإدارية ١٠٦
المطلب الأول : الأساس القـــانونى لســـلطة الإدارة فـــى تعديل العقد الإدارى بإرادتها المنفردة . ١٠٦

المطلب الثانى : سلطة التعديل فى عقود الامتياز والأشغال العامة والتوريد ١١٥
المبحث الثانى : نطاق سلطة التعديل الانفرادى للعقد الإدارى وآثاره ١٢٣
المطلب الأول : نطاق سلطة التعديل للعقد الإدارى ١٢٤
المطلب الثانى : آثار تعديل العقد الإدارى والجزاءات المترتبة عليه ١٢٨

الباب الثانى
التطبيق القضائى والقانونى لنظرية التوازن المالى للعقد الإدارى فى الأردن ومصر وفرنسا ١٣٣

الفصل الأول : التوازن المالى للعقد الإدارى بالاستناد إلى نظرية فعل الأمير ١٣٥
المبحث الأول : مفهوم نظرية فعل الأمير ١٣٧
المبحث الثانى : الأساس القانونى لنظرية فعل الأمير ١٤٠
المبحث الثالث : شروط تطبيق نظرية فعل الأمير وصورها.. ١٤٤
المبحث الرابع : الآثار المترتبة على تطبيق نظرية فعل الأمير..... ١٥١
المبحث الخامس : نظرية فعل الأمير فى التشريع والقضاء الأردنى ١٥٣

الفصل الثانى : التوازن المالى للعقد الإدارى بالاستناد إلى نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ١٥٨
المبحث الأول : نشأة نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة..... ١٥٩

المبحث الثانى : مفهوم نظريـــة الصعوبـــات الماديـــة غـــير المتوقعة ١٦٢
المبحث الثالث : شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غـــير المتوقعة ١٦٤
المبحث الرابع : النتائج المترتبة علـــى نظريـــة الصعوبـــات المادية غير المتوقعة ١٦٩

الفصل الثالث : التوازن المالى للعقد الإدارى بالاستناد إلى نظريـــة الظروف الطارئة ١٧٣
المبحث الأول : مفهوم نظرية الظروف الطارئة ١٧٥
المبحث الثانى : نشأة نظرية الظروف الطارئة ١٧٧
المبحث الثالث : شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة ١٨١
المبحث الرابع : الآثار والنتائج المترتبة على تطبيـــق نظريـــة الظروف الطارئة ١٩٤
المبحث الخامس : نظرية الظـــروف الطارئـــة فـــى التشـــريع والقضاء الأردنى ٢٠٠

الباب الثالث
التوازن المالى والتحكيم فى مجال العقود الإدارية ٢٠٧

الفصل الأول : المدلول العام للتحكيم فى العقود الإدارية ٢١٠
المبحث الأول : مفهوم التحكيم وأنواعه ٢١٢
المطلب الأول : مفهوم التحكيم ٢١٢
المطلب الثانى : أنواع التحكيم ٢١٦
المبحث الثانى : شروط جواز التحكيم فى العقود الإدارية ٢٢٢
المطلب الأول : شروط جواز التحكيم فى العقود الإدارية ٢٢٢

المطلب الثانى : موقف الفقه والقضاء من جـواز أو عـدم جواز اللجـوء للتحكيـم فـى العقـود الإدارية..... ٢٢٥
الفصل الثانى : أثر التحكيـم فـى تحقيـق التـوازن المـالى للعقـد الإدارى ٢٣٧
المبحث الأول : اختيار القانون الواجـب التطبيـق وتحقيـق التوازن المالى للعقد الإدارى ٢٣٨
المطلب الأول : أثر اختيار القانون الواجب التطبيق علـى التحكيم فى العقود الإدارية ٢٣٩
المطلب الثانى : أثر اختيار القانون الواجب التطبيق فـى تحقيق التوازن المالى للعقد الإدارى... ٢٥٦
المبحث الثانى : نطاق سلطات المحكمين فى تحقيق التـوازن المالى للعقد الإدارى ٢٦١
المطلب الأول : نطاق سلطات المحكمين فى تحقيق التـوازن المالى للعقد الإدارى ٢٦١
المطلب الثانى : حجية حكم المحكمين ٢٧٣
الخاتمة ٢٨١
قائمة المراجع ٢٨٧