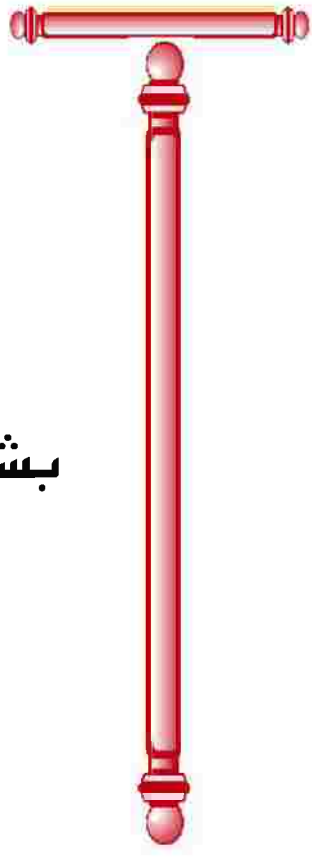
الفصل الثانى



رقابة القضاء
بشان اعادة التوازن المالى
للعقد

مفهوم و نشأة فكرة التوازن المالى للعقد الادارى

لئن كان المتعاقد مع الجهة الادارية قد يتعرض ابان تنفيذ العقد الادارى لتدخل الجهة الادارية، التى تتمتع فى حدود معينة بزيادة التزاماته او الانقاص منها . و كانت التزامات المتعاقد فى هذه الظروف متسمه بالمرونة، فانه من الضرورة إسباغ صفة المرونة ذاتها على حقوق المتعاقد المستمدة ايضاً من العقد، ازاء الرابطة العميقة بين التزامات المتعاقد و حقوقه . فالمتعاقد إذ يوافق على ان يلتزم، فان موافقته هذه تستهدف تمويله على الحصول على حقوق مقابلة لالتزاماته .

و ما دامت، التزامات المتعاقد مع الجهة الادارية قابلة و الحال هذه الزيادة أو النقصان، فيتعين من هنا خضوع الحقوق المقابلة لها بدورها للزيادة أو النقص . و هذا هو ما جرى ترجمته بصفة عامة على صعيد القضاء الإدارى الفرنسى بفكرة " التوازن المالى للعقد الادارى " أو " التوازن الشريف بين حقوق المتعاقد و التزاماته " .

و يسترعى الانتباه ان فكرة التوازن المالى للعقد الادارى انما هى فكرة مرتبطه ارتباطا وثيقاً بحق الادارة فى تعديل حقوقها و ملازمة لها .

و اذا كنا لا نصادف حق التعديل انف البيان فى مجال عقود القانون الخاص، فكان من الطبيعى عدم اخضاع العقود الاخيرة (عقود القانون الخاص) لفكرة التوازن المالى للعقد .

وواضح لأدنى تأمل أن فكرة التوازن المالى للعقد الإدارى، هى فكرة مقصورة على العقود الادارية، و لا نصادف لها نظيراً فى القانون الخاص، و من هنا يسوغ القول بأن هذه الفكرة تعد و بحق من الملامح

التى تجسد اصالة القانون الادارى و استقلاله فى مواجهة قواعد القانون الخاص .

و لقد ظهرت الفكرة بادئ الامر بمناسبة تدخل الجهة الإدارية فى عقد الامتياز، على النحو الذى سجله مفوض الحكومة فى تقريره المقدم فى قضية " CIE FRANSAISE DES TREAMWAYS" الصادر بشأنها حكم مجلس الدولة الفرنسى بتاريخ ١١ من مارس سنة ١٩١٠م بقوله إن من جوهر عقد الامتياز ان يتوخى قدر المستطاع ايجاد المساواة بين المزايا الممنوحة للملتزم و الاعباء الواقعة عليه، إذ يتعين أن تتوازن المزايا و الأعباء على نحو يشكل الموازنة بين المنافع المتوقعة والخسائر المنتظرة . فكل عقد إمتياز يتضمن، بمثابة مؤشر التوازن الشريف بين ما هو ممنوح للملتزم و بين ما هو متطلب منه .. و هذا ما يطلق عليه التوازن المالى و التجارى، و المعادلة المالية لعقد الامتياز.

و منذ عام ١٩١٠م غدا استخدام اصطلاح " التوازن المالى " واصطلاح التوازن الشريف " ذائعاً و مألوفاً فى تقارير مفوضى الدولة المقدمة لمجلس الدولة الفرنسى بمناسبة دعاوى العقود الادارية.

و إذ كان مجلس الدولة الفرنسى قد التزم موقف الاحجام من تحديد مدلول فكرة التوازن المالى للعقد الادارى على ما سلف بيانه، فان الفقه الفرنسى و جانب من الفقه المصرى، و مجلس الدولة المصرى لم يلتزما الموقف ذاته . الامر الذى يملى علينا بالضرورة محاولة التعرف على جهودهما فى هذا الخصوص . مخصصين لموقف الفقه و موقف مجلس الدولة المصرى حيال هذه المسألة فرعاً مستقلاً .

جهود الفقه بصدد تحديد مدلول فكرة التوازن المالى للعقد الادارى و الاساس الذى ترتكز إليه

لم يتلاق الفقه على مدلول موحد لفكرة التوازن المالى و بين شروط استخدامها . و يمكن ان نميز فى هذا الخصوص بين اتجاهن مختلفين:-

الاتجاه الاول : و يميل انصار هذا الاتجاه على راسهم الفقيه الفرنسى de soto إلى جعل فكرة التوازن المالى للعقد الادارى نظرية تتسم بالشمول و العمومية ، على نحو من شأنه التزام الادارة بضمان التوازن المالى للعقد فى كل حالة يختل فيها توازن العقد ، سواء كان ذلك راجعاً الى فعل الادارة أو كان راجعاً لامر خارج عن إرادتها.

الاتجاه الثانى : و يمثل هذا الاتجاه فى الفقه الدكتور ثروت بدوى معربا سيادته عنه فى رسالته عن فعل الامير المقدمة لجامعة باريس عام ١٩٥٤م . حيث ذهب إلى أنه يتعين التخلص من فكرة التوازن المالى للعقد ، بمراعاة خطورة هذه الفكرة من ناحية ، و عدم صحتها من ناحية أخرى .

اما عن خطورتها : فراجع الى طابع العمومية الذى اراد بعض انصار الاتجاه الاول اسباغه على فكرة التوازن المالى للعقد ، و محاولاتهم رد كل تعويض يستحقه المتعاقد مع الادارة حتى و لو كان اختلال التوازن المالى بغير فعل الادارة حسبما يرى الاستاذ de soto فى رايه السابق التنويه عنه ، رغم ان فكرة التوازن المالى تقتصر على تبرير التعويض حينما يكون اختلال التوازن المالى منبت الصلة بفعل الادارة .

اما عن عدم صحتها : فيرتد الى الكيفية التى يجرى على اساسها تطبيق تلك الفكرة (التوازن المالى للعقد) ، و ذلك أن التعويض الذى

يقضى به للمتعاقد مع الادارة نتيجة لاخلال الجهة الادارية المتعاقدة باقتصاديات العقد ،لا يتطابق فى سائ الاحوال مع التوازن المالى للعقد حسبما روعى وقت التعاقد . و يستطرد الدكتور ثروت بدوى مدللاً على سلامة النظر المتقدم بتقديم فرضين يؤكدان صدق تصوره .

الفرض الاول : يتحقق حينما يوافق المتعاقد عند إبرام العقد – نتيجة خطأ من جانبه – على اسعار غير مجزية ، فإذا تدخلت الجهة الادارية عقب ذلك بمواجهة بمناسبة تنفيذ هذا العقد ، فإن القاضى يقضى بالتعويض الكامل على اساس السعر الحقيقى عند تدخل الادارية بمناسبة التنفيذ ، بغض النظر عن السعر الذى ارتضاه المتعاقد وقت ابران العقد ، اذ يضع القاضى فى اعتباره عند القضاء بالتعويض الاسعار الجديدة ، ملتفتاً عن تلك التى ابرم العقد على اساسها .

الفرض الثانى : يستجد فى قيام الجهة الادارية بانهاء العقد من جانبها دون خطأ . و هنا لا يمكن لفكرة التوازن المالى للعقد أن تبرر التعويض الذى يحكم به القضاء للادارة ، حيث لا يسوغ فى ظل هذه المعطيات التحدث عن التوازن المالى لعقد غير موجود .

اياً كان الامر فرغم كل ما وجه الدكتور ثروت بدوى لانصار الاتجاه الاول من نقد ، فانه لم ينكر أمكان الاستعانه بفكرة التوازن المالى للعقد فى بعض الفروض كتفسير لتعويض المتعاقد فى الادارة .

تقويم الاتجاهين الفقهين السابقين : فى معرض هذا التقويم ذهب الدكتور سليمان الطماوى الى ان كلا الاتجاهين معيب ، إذ يرى سيادته أن فكرة التوازن المالى لا تكفى منفردة فى كل الحالات لتبرير التعويض الذى يحكم فيها القضاء الادارى بتعويض خطأ من جانب الادارة ، و فى

الوقت ذاته فإن فكرة التوازن المالى للعقد تتضمن حقيقة غير مذكورة لا يمكن تجاهلها ، فمرونة التزامات المتعاقد تستلزم مرونة حقوقه فى مواجهة الادارة ، و من هنا يكون من الطبيعى تناسب حقوق المتعاقد مع التزاماته زيادة و نقصاناً ، على الاقل ما دامت هذه الزيادة أو النقصان بفعل الادارة .

و استطرد الدكتور الطماوى موضحاً أن ذلك لا يعنى وضع نسبة حسابية صارمة بين الحقوق و الالتزامات على نحو ما ذهب الفقيه الفرنسى بيكينو ، الذى صاغ معادلة حسابية رد إليها فكرة التوازن المالى للعقد على النحو التالى : إذا فرضنا أن حقوق المتعاقد التى يستمدها من العقد عند إبرامه لاول مرة تساوى (أ) و إن إلتزاماته تساوى (ب) فإن نسبة حقوقه الجيدة – عقب الزيادة أو النقص – (أ) إلى إلتزاماته الجديدة (ب) يتعين أن تكون هى النسبة ذاتها بين حقوقه و التزاماته الأصلية فتصاغ المعادلة كما يلى :-

و أضاف الدكتور الطماوى أن هذا الجمود الحسابى ، هو الذى دعا أحد انصار الاتجاه الفقهى الثانى (الدكتور ثروت بدوى) لتوجيه النقد لفكرة التوازن المالى للعقود الادارية . هذا النقد الذى سلم سيادته بصحته فيما لو كان معنى التوازن المالى كما صورة بيكينو. و لكن إذا حملت فكرة التوازن المالى هذه على أنها مجرد توجيه عام هادف إلى الابقاء على طبيعة العقد حسبما روعى وقت التعاقد . و معاماته كظاهرة طبيعية ، شأن العقد الإدارى فى هذا شأن النبات و الحيوان اللذان يتمددان و ينكمشان رغم احتفاظهما و مظهرهما ، فقد تزيد الادارة من الالتزامات المترتبة على العقد او تنقص منها ، و ان كان عليها الاحتفاظ بتوازن العقد الاقتصادى حفاظاً على خواصه الأصلية ، و من غير المذكور أن لذلك التوجيه العام

فائدته القصوى بالنسبة للقاضى، الذى سيجد نفسه ميالاً إلى الاستهداء به في تقدير التعويض . و من هنا يضحى من الاسراف فى القول أن فكرة التوازن المالي لعقد فكرة خطيرة و غير صحيحة حسبما ذهب أنصار الاتجاه الثاني .

وينتهي الدكتور سليمان الطماوى الى ان اذا وضعت فكرة التوازن المالى للعقد في إطارها الصحيح كتوجيه عام على ما سلف بيانه، فإنه يتسنى إرجاع هذه الفكرة الى القواعد التالية :

١- لا تنصرف الفكرة الى التوازن الحسابى بمفهومه الجامد، وإنما تعنى – كما ترى جانب من الفقه – التوازن الشريف بين الالتزامات والحقوق

٢- يسوغ الاستعانة بفكرة التوازن المالي للعقد كمبرر للتعويض الذى يقضى به للمتعاقد فيما لو كان الضرر راجعا الى فعل الادارة – على الاقل فى اطار نظرية عمل الامير - على التفصيل الذى سيرد بيانه أما خارج اطار هذه النظرية خاصة ما اذا كان اختلال التوازن المالى غير راجع الى عمل الادارة فإن فكرة التوازن المالى للعقد لا تعسف وحدها لتبرير التعويض ولذا يمكن إلى جوار هذه الفكرة للاستعانة بمبدأ التعويض بلا خطأ حتى يتسنى تناول جميع صور التعويض التى يقضى بها المتعاقد دون خطا من جانب الادارة .

٣- يرد كثير من الفقهاء الفرنسيين اساس فكرة التوازن المالى للعقد إلى النية المشتركة للطرفين المتعاقدين كما ترددت فكرة النية ذاتها في العديد من احكام مجلس الدولة الفرنسي غير ان هذا

الاساس لا يصلح الا فى حالة النص صراحة فى العقد على ضمان الادارة للتوازن المالى للعقد حال وجودنا حيال تفسير شروط العقد.

أما حين لا يرد في العقد نص صريح على ضمان الادارة لتوازنه المالى او الاقتصادي فإن قاعدة التوازن المالى للعقد الادارى يمكن ردها الى العدالة وصالح المرفق العام . ذلك انه اذا كانت الادارة تستطيع – على ما سلف بيانه – تعديل التزامات المتعاقد معا بالزيادة او بالنقص فإن العدالة تملى تعويض المتعاقد عن كل ضرر ناجم عن تدخل الادارة حال استخدامها سلطة التعديل المنوه عليها .

كما لا يغرب عن البال من وجهة اخرى ان حق المتعاقد فى اقتضاء تعويض مقرر لصالح المرفق العام لانه لا يمكن للمتعاقد الوفاء بالتزاماته كما انه لا يجعل الافراد يحجمون عن التعاقد مع الجهات الادارية .

جهود مجلس الدولة المصري في تحديد مدلول فكرة التوازن المالي و أساسها

نتناول بيان هذه الجهود في أحكام القضاء الإداري وأيضا في الفتاوى الصادرة عن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ولك على النحو التالي :

أولا : في أحكام القضاء الإداري :

وسنعنى بإيضاح تلك الجهود في الأحكام الصادرة عن محكمة القضاء الإداري فإذا فرغنا من ذلك أشرنا إليها في الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا

أ - في أحكام محكمة القضاء الإداري :

كان لمحكمة القضاء الإداري فصل السبق والريادة إبان إن كانت العضو القضائي الوحيد – في مجال العقود الإدارية – في تناول فكرة التوازن المالي للعقود الإدارية بتحلل عميق وبصورة مسهبة، وذلك بحكمها الصادر في جلسة ٣٠ من يونيه ١٩٥٧ الذي جاء بأسبابه الآتي " أن الفقه والقضاء الإداري قد خلق .. نظرية التوازن المالي للعقد وغيرها من النظريات والقواعد التى تحقق بقدر الامكان توازنا بين الاعباء التى يتحملها المتعاقد مع الادارة وبين المزايا التى ينتفع بها، على اعتبار ان العقد الادارى يكون في مجموعة كلا من مقتضاه وجوب التلازم بين مصالح الطرفين وتعادل كفة الميزان بينهما، وذلك بتعويض المتعاقد في أحوال وبشروط معينة حتى ولو لم يصدر خطأ من جانب الإدارة مع اختلاف مقدار التعويض فتارة يكون التعويض كاملا يكون التعويض كاملا وتارة يكون يصدر جزئيا و أيا كانت الأسانيد التي قامت عليها نظريات والقواعد واختلاف الرأي في مبرراتها فانه مما لا شبه فيه أنها ترتد في الحقيبة إلى اصل واحد وهى العدالة المجردة التي هي قوام القانون الإداري . كما أن هدفها الأعلى وهو تحقيق المصلحة العامة على بناء على فهم صحيح لطبيعة العلاقة بين من يتعاقد معها من الهيئات والأفراد في شأن من شئون المرافق العامة . وبهذا الفهم أمكن حل اغلب مشكلات العقود الإدارية ووضحت معالم الطريق لعلاجها على الوجه الصحيح وفى موضع آخر من أسباب الحكم نفسه سجلت المحكمة المعنى ذاته بقولها "أن من طبيعة العقود الإدارية أنها تحقق بان 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 فانه 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 تأسيسا على أن هذا العقد إليه كوحدة من حيث تحديد الحقوق المالية للمتعاقد ، فإذا ما انتهى تدخل الإدارة في التعديل إلى الإخلال بهذه الحقوق كما حددت عند إبرام العقد فيجب إعادة التوازن المالي للعقد إلى ما كان عليه ، كما انه إذا كان حق الادارة فى التعديل امرا يفترض قيامه فى ذهن المتعاقد مع الادارة عند ابرام العقد بحيث يكون للادارة استعمال هذا الحق من غير ان ينص عليه فى العقد ،فإنه يجب ان يقابل هذه السلطة حق اخر للمتعاقد في انه يقدر من جانبه هو ايضا ان جهة الادارة عند ابرام العقد بحيث يكون للادارة استعمال هذا الحق من غير ان ينص عليه فى العقد ، فانه يجب ان يقابل هذه السلطة حق اخر للمتعاقد فى انه يقدر من جانبه هو ايضا ان جهة الادارة ستعوضه عما يلحقه من ضرر نتيجة لممارستها سلطة التعديل . وهذا التعويض يقوم على انه لا يتصور ان المتعاقد مع الإدارة يقبل معاونتها في تسيير المرفق بالمجان ويغير مقابل بل انه من الطبيعي انه قرر طبقا لتقديراته انه سيظفر مقابل التزاماته العقدية بفائدة معينة وربح معلوم ، فإذا سلم للإدارة بحق التعديل تحقيقا للمصلح العامة فان العدالة تأبى حرمان المتعاقد من حقه المشروع في الفائدة أو الربح الذي قدره عند إبرام العقد .. هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فانه إذا قام في الاعتبار انه من الأمور المسلمة ان يحقق المتعاقد مع الإدارة مصلحته الخاصة كما انه من الأمور المسلمة كذلك ان تحقق الإدارة المصلحة العامة فانه لا يكون للمتعاقد وجه للشكوى – في حالة التعديل – إذا عوضته الإدارة بما تناسبه مع ما كان يقدره لنفسه من ربح أو فائدة عند إبرام العقد .. وبهذه الضوابط تكون العقود الإدارية قائمة على وجود تأسيسات بين الالتزامات التى تفرضها ، والفوائد التى يجنبها المتعاقدون منها فإذا قامت جهة الادارة باجراء تعديل او تغير في هذه الالتزامات فان

الفائدة تتغير هي الأخرى وبطريق الية تبعا لذلك حتى يظل التوازن المالى للعقد قائما ، إذ أن هذا التوازن امر مفترض في كل عقد إداري ومن حق المتعاقد مع الإدارة أن يعوض على مقتضاه دون الحاجة الى النص على ذلك في العقد لانه ليس مما يتفق مع العدالة والمصلحة العامة ان يتحمل هذا المتعاقد وحده عبء التعديل ويحرم عليه الاحتفاظ بالتوازن المالى للعقد ، كما أن إيثار ضرورة المرفق العام على المصالح الخاصة مع الادارة ليس معناه التضحية بهذه المصالح بحيث يتحمل المتعاقد وحده جميع الاضرار الناشئة عن التعديل .. ولو أن الأمر جرى على خلاف ذلك وابيح للادارة حق التعديل دون ان نلتزم مقابل ذلك التعويض على اساس التوازن المالى للعقد ، لانتهى الامر من الناحية العملية إلا ان احدا من الناس لن يقبل المجازفة فيبرم مع الادارة عقدا يخضع لمحض تحكم سلطتها العامة ويتعرض فيه الى خسارة محققة لا سبيل الى تعويضها[1]

ب – في أحكام الادارية العليا :

١- حكم محكمة القضاء الادارى في القضية رقم ٩٨٣ لسنة ٧ ق في منشور بمجموعة المكتب الفنى ، السنة ١١

انظر ايضا من احكام محكمة القضاء الادارى التى اشارت الى نظرية فعل الامير عمل الحاكم فى اطار التوازن المالى للعقد حكمها بتاريخ ٢ يونو ١٩٥٣ منشور بمجموعة السنة السابعة ص ١٣٩٧ وفى ١٦ من يونيو ١٩٥٣ منشور بالمجموعة ذاتها ص ١٦٥٣

انظر ايضا المعنى ذاته حكمها الصادر بجلسة ١٩٨٥/١١/٣٠ في الطعن رقم ٢٥٤١ لسنة ٢٩ ق وفي ١٩٨٧/٥/١٦ في الطعن رقم ٥٤٩ لسنة ٣٥ منشورة بالموسوعة السابقة الجزء ٣٥ ص ٣٧٩ – ٣٩٣ قاعدة ١٢١-١٢٣ وفي ١٩٨٢/١/٢٠ في ١٩٨٤/١٢/١٨

تابعت المحكمة الادارية العليا فى العديد من احكامها – عقب انشائها بالقانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ م – تبنى فكرة التوازن المالى العقد الاداري سواء من خلال التسليم بالنظريات التى ترتكز عليها النظرية او من خلال اعمال النتائج والاثار التى تترب عليها .

وقد قضت المحكمة الادراية العليا فى العديد من أحكامها بجلسة ١٩٧٧/١٢/١٦ والذي جاء بأسبابه من المستقر عليه ان تطبيق الظروف الطارئة رهينة بان تطرأ خلال تنفيذ العقد الإداري حوادث طبيعية كانت أو اقتصادية لم تكن في حسبان المتعاقد عند إبرام العقد .. ومن شأنها ان تنزل به خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما

وفى حكم آخر بجلسة ١٩٩٧/١٢/٣٠ الذي ورد بأسبابه الآتي " إن مقتضى هذه النظرية جسيما استقر عليه قضاء هذه المحكمة انه عند تنفيذ العقود الإدارية وبخاصة عقود الأشغال العامة قد تطرأ صعوبات مادية استثنائية لم تدخل في حساب طرفي العقد وتقديرهما عند التعاقد وتجعل التنفيذ أشد وطأة على المتعاقد مع الإدارة واكثر كلفة فيجب (من باب العدالة) عن ذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد زيادة تغطى جميع الأعباء والتكاليف التي تحملها

ثانيا : في فتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع :

سجلت الجمعية العمومية في العديد من الفتاوى واعتناقها لفكرة التوازن المالى للعقد الادراى من ذلك فتواها الصادرة بجلسة ١٧ من يناير ١٩٩٣ والتى أقرت بها مبدأ مؤداه انه ليس للمقاول "حق استعادة فروق الاسعار الناجمة عن تطبيق قانون الضريبة العامة على المبيعات .. ولا تعينه ظروف الطارئة على استعادة المصروفات التى تكبدها بعد تقرير ضريبة

المبيعات إذ ان هذه الضريبة وإن زادت في التزامه وجعلت تنفيذه للعقد عسيرا الا انه ليس من شأنها باى حال من الاحوال ان تصيبه بخسائر فادحة تتجاوز كل تقديرات الخسارة مما يبرر التدخل لاقالته من هذه الخسائر "

كيفية إعادة التوازن المالى

للعقد الادارى في ظل الظروف المتوقعة

تحرص العقود الادارية عادة على تضمين بنودها شروطا تجيز إعادة النظر في المقابل المالى المستحق للمتعاقد وذلك على ضوء التغير المتوقع في الظروف الاقتصادية التى قد تطرأ خلال المدة المحددة لتنفيذ العقد ويترتب عليها اخلال فى التوازن المالى له حيث يكون من شان تطبيق الشروط إعادة التوازن المالى للعقد الادارى لحالته الاولى التى كان عليها لحظة ابرامه

كما تحرص أيضا دفاتر الشروط العامة للملحق بالعقود الإدارية على إبراز الأحكام المنظمة للشروط الخاصة بإعادة النظر في المقابل المالي المستحق للمتعاقد

هذا وقد يتدخل المشرع بصورة مباشرة حيث يضع الضوابط الخاصة باعادة النظر فى المقابل المالي المستحق للمتعاقد على نحو يقيد حرية المتعاقدين في هذا الصدد

بمعنى اخر فإن تدخل المشرع في مجال إعادة التوازن المالى للعقد الادارى في ظل التغيرات الاقتصادية المتوقعة يتخذ مظهرين اساسين نعرض لهما فى فرعين على التوالى في الفرع الاول نتناول فيه تقرير المشرع لمبدأ

اعـادة النظـر في المقابـل النقـدي المسـتحق للمتعاقـد في ضـوء الـتغيرات الاقتصادية المتوقعة و فى الفرع الثاني .. نلقى الضوء علي القيود التشريعية التي تحد من ارادة المتعاقدين في مجال إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ظل التقلبات الاقتصادية المتوقعة

تقرير المشرع لمبدأ إعادة النظر

في المقابل النقدي المستحق للمتعاقد

في ضوء المتغيرات الاقتصادية المتوقعة

قـرر المشـرع المصـري لمبـدأ إعـادة النظـر في الرسـوم الـتي يتقاضـاها الملتـزم مـن المنـتفعين فـى مجـال عقـود الامتيـاز وذلـك بمقتضـى القـانون رقـم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة ، حيث نصت المادة الثانية من هذا القانون على أن يكون لمانح الحق في إعادة النظر من قوائم الاسعار عقب كل فترة زمنية على الأسس التي تحدد في وثيقة الالتزام .

وفي مجال تبرير مبدأ إعادة النظر في قوائم الأسعار وفقا لاحكام المادة السابقة قررت المذكرة الإيضاحية للقانون بأنه مع طول المدة التي يستغرقها تنفيذ عقد الامتياز فإنه يصعب تحديد قوائم الأسعار منذ بدء الالتزام على وجه ثابت لا يتغير، فمن الجائز بعد مضي وقت معين ان تصبح الأسعار غير الملائمة للظروف الاقتصادية التي ابرم عقد الامتياز في ظلها إما لأنها لا تكون كافية كمقابل نقدي للمتعاقد يوازي التزاماته الناشئة عن عقد الامتياز، و أما لأنها تتقبل عبئا ثقيلا يبهط للمنتفعين بخدمات المرفق العام محل عقد الامتياز

وعلى ذلك فقد رأى المشرع أن ينص صراحة على مبدأ إعادة النظر بصفة دورية في الأسعار كقاعدة عامة مع ترك ضوابط تطبيق هذا المبدأ للظروف الخاصة بكل عقد على حده وذلك بهدف الحفاظ على التوازن المالي لعقد الامتياز في ضوء المتغيرات الاقتصادية المتوقعة [1]

إعادة النظر في الثمن المستحق وفقا لاحكام المدونة الفرنسية لعقود الإدارية :

أشارت مدونة العقود الإدارية في فرنسا إلي أهم الأحكام الخاصة بمراجعة الثمن المستحق للمتعاقد في ضوء المتغيرات الاقتصادية المتوقعة ، حيث قررت بمقتضى المادة السابقة منها على انه يدخل في اختصاص شعبة الثمن المنبثقة عن اللجنة المركزية للعقود (وهى الجهة المختصة في فرنسا برسم السياسة العامة للعقود الإدارية من النواحي الاقتصادية والمالية والإدارية والفنية) اقتراح الصيغ النمطية الخاصة بمراجعة الثمن المستحق للمتعاقد على ضوء الواردة بالعقد في هذا الصدد .

وانطلاقا من المفهوم التعاقدي للشروط الخاصة بمراجعة الثمن المستحق للمتعاقد ، قررت المدونة بمقتضى المادة ٧٨ منها ضرورة النص صراحة في العقد على شروط مراجعة الثمن المقرر للمتعاقد .

بأنه في حالة احتواء العقد على نص خاص بمراجعة الثمن المستحق للمتعاقد فان العقد ينبغي أن يشتمل على الأوضاع المحددة لمراجعة هذا الثمن .

١- الدكتور : محمد سعيد امبن ، المبادئ العامة المرجع السابق ، ص ٤٠٩

القيود التشريعية التي تحد من إدارة التعاقدين في مجال إعادة التوازن المالي للعقد الإداري

في ظل التقلبات الاقتصادية المتوقعة

إجراءات وقف ارتفاع الأسعار[1]

في ظل سياسية توجيه الأسعار التي تنهجها الدولة الحديثة حماية لجمهور المستهلكين، قد يصدر عن المشرع أو عن السلطة الإدارية المفوضة من قبل المشرع إجراءات معينة لوقف ارتفاع الأسعار حيث يتم تثبيت أسعار جميع المنتجات والخدمات حتى تاريخ معين .

وقد صدر عن المشرع الفرنسي في مناسبات عديدة إجراءات من هذا القبيل في ظل القانون الصادر في ٢١ أكتوبر ١٩٤٠ بشان تثبيت الأسعار .

ويرى الدكتور محمد سعيد أمين انه قد كان يبدو للوهلة الأولى أن هذه الإجراءات منبته الصلة عن الشروط التعاقدية الخاصة بإعادة النظر في المقابل النقدي المقرر للمتعاقد في وضوء المتغيرات الاقتصادية المتوقعة . كما أن جهة الإدارة في فرنسا قد ترددت من ناحيتها في تطبيق هذه الإجراءات في المجال التعاقدي . ولكن مجلس الدولة الفرنسي [2] افصح بوضوح عن ضرروة تطبيق الإجراءات التشريعية الخاصة بوقف ارتفاع الأسعار في مجال الأسعار الشروط التعاقدية المتصلة بإعادة النظر في المقابل النقدي المستحق للمتعاقد ، حيث انه لا يغيب عن البال مدى تأثير هذه

١- طبعة ١٩٧٨ مشار إليها لدى الدكتور : محمد سعيد أمين المبادئ العامة ، المرجع السابق ص٤٠٩

٢- دى لوبداير العقود ، المرجع السابق ، الجزءالثاني ص٣١٥ وما بعدها

الإجراءات من الناحية الواقعية في شل فاعلية الشروط الوارادة بالعقد في خصوص إعادة النظر في المقابل النقدي المستحق للمتعاقد على ضوء التغيرات الاقتصادية المتوقعة، فمن غير المتصور في ظل الإجراءات التشريعية لوقف ارتفاع الأسعار .

وإذا كانت الإجراءات التشريعية لوقف ارتفاع الأسعار تمثل قيدا على حرية المتعاقدين في مجال إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ظل التغيرات الاقتصادية المتوقعة وذلك على النحو السالف بيانه، فان ثمة تحفظا جوهريا ينبغي الإشارة إليه في هذا المقام، يتمثل في أن للمتعاقد الذي تلحقه من جراء تطبيق تلك الإجراءات التشريعية إيه خسائر أن يطلب التوازن المالي للعقد ، وذلك بالاستناد إلى أحكام نظرية الظروف الطارئة التي سنعرض لها في المطلب الثاني من هذا المبحث .

إحلال أسلوب أدارى لتغير المقابل النقدي

المستحق للمتعاقد بدلا من الأسلوب التعاقدي [1]

قد يقرر لمشرع أيضا إحلال أسلوب الإداري محل الأسلوب التعاقدي في مجال تغير المقابل النقدى المستحق للمتعاقد على ضوء التقلبات الاقتصادية المتوقعة بحيث لا يتغير المقابل النقدي تلقائيا طبقا للمعدلات الحسابية المنصوص عليها صراحة فى العقد، وانما يتغير وفقا لمعدلات حسابية أخرى تستقل جهة الإدارة بتحديدها . وهذا هو ما قرره المشرع الفرنسي بالفعل بموجب المرسوم الصادر في ٣٠٣٠يونيو ١٩٤٥ في خصوص

١- دى لوبادير : مطوله في العقود المرجع السابق الجزء الثاني ص٣١٦ وما بعدها

إحلال الأسلوب الأدرى بدلا من الأسلوب التعاقدي في مجال تغير المقابل النقدي المستحق للمتعاقد في ضوء التقلبات الاقتصادية المتوقعة .

هذا وقد اقر مجلس الدولة الفرنسي بمشروعية تلك الإجراءات التحكمية التي قررها مرسوم ٣٠ يونيو ١٩٤٥وبصفة خاصة في مجال عقود امتياز الإنارة .

وبرى الدكتور محمد سعيد أمين أن المجلس كان في اتجاهه هذا مدفوعا بحماية جمهور المنتفعين من مستهلكي الكهرباء / فلاشك أن هيمنه الإدارة على الرسوم التي يتقاضاها الملتزم من المنتفعين يعد آمرا جوهريا ، باعتبار أن جهة الإدارة هي القومي على تحقيق النفع العام[1]

يرى الفقيه " دى لوبادير " وبحق أن مرسوم يونيو سنة ١٩٤٥م وان كان من شانه وقف ريان الشروط التعاقدية الخاصة بتغير المقابل المقرر للمتعاد وهى الشروط التي يقتصر آثرها فقط على تقرير مبدا إعادة النظر في الثمن أو الرسم المستحق للمتعاقد ، دون إن تحدد سلفا معدلات حسابية يتم الثمن أو الرسم بصورة تلقائية وفقا لها .

فمن المتصور في ظل هذا المرسوم ان يتفق طرفا العقد على مبدأ إعادة النظر في المقابل النقدي المقرر للمتعاقد على ضوء المغيرات الاقتصادية المتوقعة ، على أن يتم تغير هذا المقابل وفقا للمعدلات الحسابية التي تستقل جهة الإدارة بتحديدها استنادا إلي ذلك المرسوم [2]

١- الدكتور: محمد سعيد أمين ،المبادئ العامة ، المرجع السابق ص٤١٣

٢- الدكتور : محمد سعيد أمين ،المبادئ العامة ،المرجع السابق ص٤١٤

سلطة القاضي بشأن إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ظل الظروف غير المتوقعة

قد تطرا بعد إبرام العقد الإداري وفى أثناء تنفيذه ظروف غير متوقعة يكون من شأنها التأثير في اقتصاديات العقد على نحو يختل معه التوازن المالي للعقد الإداري لحالته الأولى التي كان عليها لحظة إبرام العقد.

ومن اجل ذلك ابتدع القضاء الإداري [1] واقر الفقه نظريات ثلاث أساسية لمواجهة الظروف غير المتوقعة التي يترتب عليها اختلال التوازن المالي في العقد الإداري وهى نظريات فعل الأمير والظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة .

وإزاء تعدد الظروف غير المتوقعة التي تؤثر في اقتصاديات العقد ، فان الدور الذي تؤديه كل نظرية من النظريات السابقة في مجال إعادة التوزان المالي للعقد الإداري يختلف طبيعة الظرف غير المتوقع، فإذا هذا الظرف ناشئا عن فعل الإدارة فان المتعاقد يحصل على تعويض كامل وفقا لنظرية فعل الأمير، أما إذا كان الظرف غير المتوقع من طبيعة اقتصادية أو سياسية أو اجتماعية ولم يكن لجهة الإدارة المتعاقد دخلا في حدوثه فيبغي على الإدارة أن تساهم مع المتعاقد في تحمل جانب من الخسارة التي لحقت به وذلك بتعويضه جزئيا استنادا الى نظرية الظروف الطارئة ،واخيرا فان كان الظرف غير المتوقع متمثلا في صعوبات مادية واعترضت تنفيذ

١- الدكتور : محمد سعيد أمين ، المبادئ العامة ، المرجع السابق ص٤١٤

العقد الإداري فجعلته مرهقا ، فان المتعاقد يحصل على تعويض كامل وذلك وفقا لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة [1]

ولما كانت الدراسة التفصيلية للأحكام الخاصة بكل نظرية من النظريات السابقة تخرج عن موضوع دراستنا الأساسي في هذا المبحث – الذي يقتصر فقط على إبراز دور القاضي بشان تلك النظريات في مجال إعادة التوازن المالي للعقد الإداري – فأننا نكتفي هنا بالإشارة في عجالة سريعة لمضمون كل نظرية على حده

مضمون نظرية فعل الأمير :

تعنى نظرية عمل الأمير صدور عمل أو أجراء من سلطة عامة بصورة غير متوقعة وبدون خطأ من جانبها ويترتب عليه ضرر على المتعاقد مع الإدارة يؤدى إلي الإخلال بالتوازن المالي للعقد الإداري ويستوجب تعويضه .

وبهذا التعريف آخذت محكمة القضاء في حكمها بتاريخ ٣٠ يونيه ١٩٥٧ م حيث قررت . .. أن المقصود نظرية فعل الأمير . هو كل أجراء تتخذه السلطات العامة ويكون من شانه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة أو في التزامات التي ينص عليها العقد ،مما يطلق عليه بصفة عامة " المخاطر الإدارية " وهذه الإجراءات التي تصدر من السلطة العامة قد يكون من الجهة الإدارية التي أبرمت العقد ، وقد تتخذ شكل قرار فردى خاص بقواعد تنظيمية عامة [2]

١- افي خصوص النظريات الثلاث ، تراجع المؤلفات الفقهية ، ورسائل الدكتوراه والأبحاث والأحكام القضائية والتعليقات عليها المشار إليها في هامش ص١١، ١٢ وما بعدها .

٢- حكمها سالف الذكر

وفى فتواها عرفتها الجمعية لقسمي الفتوى والتشريع بأنها " أجراء خاص أو عام من جانب جهة الإدارة المتعاقدة لم يكن متوقعا وقت التعاقد عليه إلحاق ضرر خاص المتعاقد لا يشاركه فيه سائر من مسهم هذا الأجراء [1]

وفيما يتصل بمجال تطبيق فعل الأمير، فانه بتمثل أساسا في الإجراءات التي تتخذها جهة الإدارة المتعاقدة في مجال شروط العقد الإداري، فالإدارة تملك كما أوضحنا فيما سبق سلطة تعديل شروط العقد الإداري بارداتها المنفردة وفقا لضوابط معينة، فتتناول التزامات المتعاقد معها بالنقص أو الزيادة أو تعديل في نظام المرفق أو تعديل فى قائمة الأسعار المحددة في عقد الامتياز في مقابل ذلك ينبغي على الادارة حفاظا على لتوزان المالي للعقد الإداري تعويض المتعاقد تعويضا كاملا عما تسيبه التعديل من أضرار في هذا الصدد .

وإذا كانت سلطة التعديل المباشر للعقد الإداري من جانب الادارة تمثل المجال الطبيعي والواضح لتطبيق نظرية فعل الأمير، فان تدخل الادارة المتعاقدة بصورة غير مباشرة تؤثر فى ظروف تنفيذ العقد هو أمر متصور دائما ومن أمثلة الإجراءات التي تتخذها سلطة الضبط الإداري لصيانة النظام العام كالإلغاء لترخيص شغل طريق أو منع استخدام الأجانب في المصانع ... الخ

ويرى الدكتور محمد سعيد امين ان القضاء الادارى يميز بين ما اذا كان الاجراء الذى اثر بصورة غير مباشرة على العقد هو اجراء خاص حينئذ تطبق نظرية فعهل الامير ويستطيع المتعاقد ان يطالب بتعويض كامل

١- فتوى الجمعية العمومية بتاريخ ١٩٦٤/١١/٢٨ ص٥١

عن الأضرار التي أصابته . أما في حالة ما إذا كان هذا الأجراء عاما مثل تشريع او لائحة مالية تقتضي برفع الرسوم الجمركية فالمتعاقد كأصل عام يجوز له أن يطالب بالتعويض عن الأضرار التي أصابته حيث انه يتساوى مع سائر المواطنين في تحمل الأعباء العامة .

ومع ذلك يجوز للمتعاقد أن يطالب بالتعويض عن هذا الأجراء العام استنادا إلى نظرية فعل الأمير اذا كان من شان هذا الأجراء أن يؤثر في أمور جوهرية في العقد كانت أساسا للتعاقد بين الطرفين، أو آثرت على العقد ذاته بإلغائه أي أن مجلس الدولة الفرنسي لا يقر مبدأ التعويض عن الإجراءات العامة التي تؤثر على ظروف التعاقد آلا إذا نتج عنها ضرر خاص للمتعاقد .[1]

وانطلاقا من التعريف السابق لنظرية فعل الأمر، يمكن حصر الشروط الأساسية لتطبيقها في الأمور آلاتية :

١- يجب ان يكون صدد عقد من العقود الإدارية .

فنظرية فعل الأمير هي الأفكار الإدارية التي لا مقابل لها في القانون الخاص، ولهذا فلا محل لتطبيق النظرية ألا بصدد منازعة تتصل بعقد أدارى .

٢- يجب أن يكون الفعل الضار صادرا من جهة الادارة المتعاقدة فالتصرف من غير جهة الادارة المتعاقدة قد يكون محلا لتطبيق نظرية أخرى غير فعل الأمير وهى نظرية الظروف الطارئة .

١- الدكتور : محمد سعيد امين . المبادئ العامة ، المرجع السابق ص٤١٧ وما بعدها .

٣- يجب ان يترتب على تصرف جهة الادارة خاص للمتعاقد يختل معه التوازن المالي للعقد الإداري ولا يشترط في هذا الصدد أن يكون على درجة معينة من الجسامة، فقد يكون حسيما أو يسيرا وقد يتمثل في ضرر فعلى يصيب المتعاقد وقد يكون مجرد نقص فى الربح الذي عول عليه عند إبرام العقد .

٤- تفترض نظرية فعل الأميران جهة الادارة لم تخطى حين صدر عنها الفعل الضار ذلك أن التزم لإدارة بمقتضى العقد لا يمكن أن يقيد تصرفاتها كسلطة عامة تستهدف تحقيق اتصال العام، ترتب على تصرفها ضرر للمتعاقد . في حدود سلطتها المشروعية وترتب على تصرفها ضرر للمتعاقد، فان الادارة تسال في نطاق نظرية فعل الأمير بصرف النظر عن قيام خطأ في حياتها . ذلك أن المسئولية في نطاق تلك النظرية وان كانت مسئولية عقدية ألا أنها مسئولية عقدية بلا خطأ

٥- يجب أن يكون الإجراء الصادر من جهة الادارة غير متوقع . وهنا يمكن التساؤل كيف يتوفر عدم التوقع مع الاعتراف الادارة بسلطة بتعديل المنفردة لالتزامات المتعاقد معها على نحو بعلم معه المتعاقد سلفا بإمكانية استخدام الادارة لتلك السلطة فى أي وقت ؟

يتجه الرأي الراجح في هذا المقام إلي ان شرط عدم التوقع لا ينصرف إلي اصل الحق فى التعديل لان هذا الحق متوقعا دائما ويفترض علم المتعاقدين به ينصرف إلي حدود، استبعدت نظرية فعل الأمير أما إذا لم ينظم العقد كيفية ممارسة هذا الحق، فان النظرية تطبق .

٦- واخيرا . فلما كان الهدف من نظرية فعل الأمير هو تمكين المتعاقد من الاستمرار فى تنفيذ العقد الإداري دون ما ضرر يلحقه فان الأعباء الناشئة عن فعل الأمير يجب ألا يتجاوز حدودا معينة بمعنى انه يجب الا تؤدى تلك الأعباء إلي خلق ظروف جديدة فى العقد من شانها ان يصبح المتعاقد وكأنه أمام عقد جديد كان تحدث تلك الظروف تغييرا فى موضوع العقد او محله او تؤدى الى تجاوز فى الإمكانات الفنية او المالية او الاقتصادية للمتعاقد ، حينئذ قد لا يكفى المتعاقد المطالبة بالتعويض وانما يكون له الحق فى طلب فسخ العقد وإنهاء الرابطة التعاقدية