تطبيقات القضاء في مجال إعادة التوازن المالي للعقد الإداري ومدى تمييزه عن العقود المدنية

Applications of Judiciary in the Field of Financial Re-balancing For the Administrative Contract and the extent to which it is distinguished from civil contracts

الدكتور/ سالم أحمد مسلم حار الكثيري[1,2]

[1] **جامعة ظفار، (عمان)**

[2] **المؤلف المراسل:** saalkathiri@du.edu.om

تاريخ الاستلام: 2021/06/21 تاريخ القبول للنشر: 2021/09/14 تاريخ النشر: 2021/09/28

❖❖❖❖❖❖❖

مراجعة المقال: اللغة العربية: د./ محمد الصالح زغدي (جامعة الوادي) اللغة الإنجليزية: د./ رحمة بوسحابة (جامعة معسكر)

ملخّص:

تناولت هذه للدراسة بعض تطبيقات القضاء الإداري في مجال إعادة التوازن المالي للعقد الإداري من خلال محورين، فكان التركيز في بداية المحور الأول: على الإطار المفاهيمي بشأن ما هية مفهوم العقد الإداري، وكيفية تمييزه عن العقود الأخرى، بحيث أخذت بعين الاعتبار طبيعة هذا العقد ومفهومه في الفقه والقضاء الإداري من خلال التركيز على معيارين، الشكلي، والمادي، وما تم الحصول عليه من بعض التطبيقات القضائية التي تزكي ما تم تحليله وتؤيد ما ذهب إليه هذا البحث، بغية تمييز العقد الإداري عن غيره من عقود الأفراد الخاصة، في حين تناول المحور الثاني: موقف القضاء المقارن والعُماني، من خلال تطبيقاته العملية، فيما أثير أمامه من منازعات بشأن إعادة التوازن المالي للعقد، ومدى احترام الإدارة لحقوق المتعاقدين معها، عندما يحدث خلل نتيجة بعض الظروف غير الطبيعية، أو بناءً على تدخلات الإدارة نفسها، وما هو دور القضاء الإداري في معالجة هذه الاختلالات التي أثرت على العقد، حينما يصبح معها تنفيذ العقد غير ممكناً، بحيث يصعب تنفيذه دون إعادة توازنه المالي إلى ما كان عليه، ثم تم الوقوف على مدى استجابة الإدارة لدفع التعويضات المالية، والتزامها بتنفيذ مقررات أحكام القضاء بشأن ما يصدر عنه من مقررات قضائية لصالح المتعاقد من عدمها، وذلك لإعادة التوازن المالي للعقد أثر الاختلالات المالية التي قد تعترض تنفيذه، بالإضافة إلى رصد تدخل القضاء العادي في تعديل بعض الشروط التعسفية أو المجحفة حينما يكون العقد مرهقاً ويصعب التنفيذ، خروجا عن قاعدة، (أن العقد شريعة المتعاقدين باعتبار ذلك أمر لافت جدير بالاهتمام).

وأخيراً تناولت خاتمة البحث: العديد من الاستنتاجات والتوصيات التي يراها الباحث ضرورية، من خلال ما توصل إليها بصورة موضوعية ومجردة أثر هذا البحث، لعلها أن تنير الإدارة وتبني على ما هو

إيجابي منها، وتتجاوز السلبيات والأخطاء التي اعترضت تنفيذ التعاقدات، وما كلفت به خزينة الدولة من تعويضات كان بالإمكان تفاديها أو الحد منها.

الكلمات المفتاحية: إعادة التوازن المالي؛ العقد الإداري؛ اختلال التوازن؛ ظروف طارئة؛ صعوبات غير متوقعة؛ تدخلات الإدارة نفسها التزامها أو الزامها بدفع التعويضات؛ تنفيذاً لأحكام القضاء؛ أثر شروط مجحفة.

Abstract:

This study deals with some applications of the administrative judiciary in the field of financial re-balancing of the administrative contract through two axes. In the first axis, we focus on the conceptual framework in respect of the notion of the administrative contract and how it can be distinguished from other contracts. To this effect, I have taken into account, the nature of this contract and its concept in Jurisprudence and Administrative Judiciary by focusing on two criteria, the formal and the material one, as well as the results got from some judicial applications that support the issue of the present research, in order to distinguish the administrative contract from other private contracts of individuals, Whereas, the second axis addresses the attitude of the comparative and Omani judiciary through its practical applications in respect raising disputes concerning the financial re-balancing of the contract and the extent of respect on part of management towards the subcontractors when there is some defect as a result from unusual circumstances or as a result of the interference of the administration itself ; and the role of the administrative judiciary in addressing such defects affecting the contract when it becomes impossible to execute the contract without reinstitution of its financial balance. Then, to address extent of the administration response to make payment of financial compensations and the obligation to implement the provisions decisions of judiciary in connection with decisions being issued in favor or against of the contractor, in order to reinstitute the financial balance to the contract due to financial defects that may hinder its execution, as well as to monitor the judiciary normal interference in amending some arbitrary or unjust conditions when the contract is complicated and difficult to be implemented in a way to exceed the principle "Pacta sunt servanda" as it is an important issue.

Finally, the conclusion deals with the important several findings and recommendations that the researcher cite through an objective method. I hope such findings and recommendations could be useful to the administration by adopting the positive parts as well as avoiding the negative ones in the implementation of contracts which cost State treasury a lot of compensations.

***Key words**: Financial Re-balancing; the Administrative Contract; exigent circumstances; unexpected difficulties; unreasonable enrichment; management intervention or interference; its obligation or being obligated to pay compensations; in implementation of judiciary judgments; impact of unjust conditions.*

مقدّمة:

إنّ الالتزامات العقدية سواءً أ كانت إدارية أم مدنية؟، يستوجب أن تكون محل تنفيذ بما اشتملت عليه من شروط، بين طرفي العقد، وبما يتوافق ومبدأ حسن النية كأصل عام، فإذا كانت الإدارة تملك حق الرقابة على عمليات تنفيذ العقد من خلال وسائلها القانونية التي تمكنها من التدخل في تنفيذ العقد وتعديله، بحيث يمكنها من إدخال تعديل على العقد بتعديلات بالزيادة أو النقصان وفقا لما تقتضيه المصلحة العامة من جانب واحد دون حاجة موافقة الطرف المتعاقد معها، وذلك لكونها لا تستمد تلك السلطة من شروط العقد فحسب، بل أيضا من فكرة المرفق العام الذي تم أنشاء وإبرام العقد من أجله، وذلك بالنظر إلى احتياجات المرافق العامة على توفير المواد الأساسية والضرورية التي يقتضيها سير تقديم خدمتها لجميع محتاجيها.

إلا أنه مع ذلك من الضروري أن تأخذ بعين الاعتبار حقوق المتعاقد معها، والمتغيرات والظروف التي قد تنشأ أثناء تنفيذ العقد سواء أ كانت بفعل الإدارة نفسها، كنظرية فعل الأمير، أو لظروف طارئة لا دخل للأطراف المتعاقدة فيها، أو أثر صعوبات غير متوقعة تدخل على شروط تغيُّر من توازنه المالي مما يجعل العقد مختلاً ومرهقاً بالنسبة للمتعاقد فيستحيل تنفيذ التزاماته مالم تدخل الإدارة في إعادة توازنه، حتى لا تكون سبباً في تحميل المتعاقد وحده تلك الأعباء، ومن ثم يصبح العقد مرهقاً أثر اختلال توازنه المالي، بحيث قد يتسبب عدم تنفيذ العقد بتحميل المتعاقد أعباء إضافية نتيجة لأي متغير يطرأ على تنفيذه بفعل تدخلات الإدارة أو لظرف طارئ لا دخل لها فيها.

كما لا يمكن قبول المبررات التي قد يتذرع بها بعض المتعاقدين لتبرير إهماله وتقصيره الذي حدث من جانبه، أو لسبب عجزه المالي مرده لحسابات خاطئة أو تصرفات غير مسؤولة منه، مما ينتج عنه عدم الوفاء بالالتزامات التعاقدية في أوقاتها المحددة، بحيث إنَ مثل هذه الأفعال قد يتسبب عنها زيادة في النفقات تزيد من تكاليف العقد، مما قد ينتج عنها اختلال في التوازن المالي للعقد ويكون المتعاقد نفسه سبباً فيها، أثر الإهمال والتقصير الذي حدث من جانبه.

كما تقاس على ذلك أيضا عقود الإذعان التي تنتج عن شروط مجحفة ليس فيها تكافؤ بين الأطراف تملى من طرف واحد وبحجة القبول أو الرفض، مما يقبلها الطرف الأخر تحت ضغط الحاجة ودون استطاعته المشاركة في وضع شروطها، ولا حتى تعديلها وتجبره الظروف لتوقيع تلك العقود حتى ولو كانت ذات شروط تعسفية مجحفة ومذعنة ومثالها عقود البنوك أو عقود التأمين وغيرها من العقود المشابهة التي لا مفر منها.

ونظراً لهذا وإلى ما سلف بيانه، فليس من العدل ولا من الإنصاف، ولا حتى من المصلحة العامة، أن يتحمل المتعاقد وحده من التكاليف المالية دون أن يكون سببا فيها، أو أجبرته الظروف للتوقيع عليها تحت حاجة الضرورة أو لنظرة أنية وظرفية لا مفر منها، بل ولا بد من إعادة توازن العقد بمقابل مالي لتلك التدخلات أو للظروف الطارئة وتلك المادية غير المتوقعة، التي أحاطت بالعقد، بما يعيد له من التوازن المالي لعقده أو لبرهة من الوقت إلى ميسرة، تأسيساً على تلك التدخلات التي حدثت أثناء فترة

تنفيذ العقد ولا صلة للمتعاقد فيها، بحيث يتمكن من تنفيذ العقد والوفاء بالتزاماته العقدية، بما يحقق الصالح العام من ناحية وتمكين المتعاقد من الوفاء بالالتزامات التعاقدية من ناحية أخرى.

وهنا يبقى دور القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد الناتج لأسباب تكون مقبولة أثر ظروف وملابسات تعترض الالتزامات التعاقدية مما تحد من تنفيذها، والتي ساهمت فيها الأوضاع والمتغيرات التي أدّت إلى عدم القدرة في تنفيذها في وقتها المحدد، بحيث كان سبب استمرارها قد أدّى إلى غير ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين في الظروف العادية. ولكن السؤال الذي يطرح نفسه عن مدى قدرة القضاء القانونية على ملاءمة إرادة الأطراف المتعاقدة، بحيث تجعل تكييف تلك الظروف والملابسات حتى تتغير شدة القوة الملزمة للعقد وفقا لما يتناسب وطبيعة الظروف الطارئة التي المت بتنفيذ العقد وما سببته البنود التعسفيّة من ضرر أدّى إلى تأخير تنفيذ الالتزام، وهذا ما سيحاول البحث تناوله من خلال هذه الدراسة قدر المستطاع.

أهمية الدراسة: تكمن أهميّة الدراسة على تسليط الضوء على منازعات اختلال توازن العقد من خلال رقابة القضاء الإداري في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري وكيفية تمييزه عن عقود الأفراد المدنية بشأن ما قد يصيب تنفيذ الالتزامات العقدية من ظروف وملابسات قد تؤدي إلى تأخير التنفيذ، سواءً أكان ذلك أثر تدخلات الإدارة نفسها أو أثر ظروف طارئة أو صعوبات مادية غير متوقعة أو أثر إخلال وإهمال وتقصير من الملتزم نفسه، وذلك للوقوف على ما جسده هذا المبدأ من ضمانة للمتعاقد مع الإدارة وحمايته من أي تعسف في استعمال الحق إن وجد.

أهداف الدراسة: تهدف هذه الدراسة للتعرف عن مدى التزام واحترام الإدارة في تتبع تنفيذ مشاريعها وانجازها في وقتها المحدد، مع الحرص على حقوق المتعاقدين معها باعتبارهم شركاء الإدارة في التنمية التي تسعى نحو تحقيقها خدمة للصالح العام، وكذا مدى مراقبة القضاء الإداري أو العادي وتمكنه من تخفيف حدة الشروط التعسفية إن حدثت حتى يتمكن الملتزم من الوفاء بما عليه من التزامات عقدية تجاه الادارة.

إشكالية الدراسة: تنبع هذه الدراسة وتتمحور حول إشكالية رئيسية مفادها:

إلى أي حد تم احترام إرادة المشرع العُماني الإجرائية في تعاقد الإدارة والمتعاقد معها لتنفيذ مشاريعها، ووفاء هذا الأخير بالالتزامات التعاقدية المترتبة عليه من عدمه دون تعسف من الإدارة، وما هي كلمة القضاء المختص النهائية فيما يعرض عليه من منازعات هذه الأطراف بشأن إعادة التوازن المالي للعقد عند اختلاله؟

حدود الدراسة ونطاقها: ترتكز هذه الدراسة وتنحصر في مجال إعادة التوازن المالي للعقد الإداري وبعض عقود الاذعان ذات الشروط التعسفيّة المجحفة والتي قد يصعب تنفيذها لأي سبب من الأسباب وذلك من خلال الوقوف على بعض منازعات العقود الإدارية في القضاء الإداري والمقارن بصورة عامة، والعُماني بصورة خاصة، بشأن مبدأ إعادة التوازن المالي للعقد، وفقاً لما يصدر عن القضاء من أحكام بهذا الشأن لتمييز العقد الإداري، عن غيره من العقود المشابهة.

منهجية الدراسة: تم اعتماد المنهج، التحليلي، كدراسة تحليلية شبه مقارنه، وذلك للوقوف على ما يمكن الحصول عليه من الاتجاهات الفقهية، بالإضافة إلى التطبيقات العملية، لما يصدر عن المحاكم القضائيّة في مجال إعادة التوازن المالي للعقد، كذلك بعض الفتاوى الفقهية أو القانونية من جهات ذات اختصاص إن وجدت بما يؤيد ويدعم ما توصل إليه البحث، من خلال التحليل الموضوعي والمجرد لهذه الدراسة.

وانطلاقاً مما سبق، سوف يتم تقسيم البحث إلى مبحثين نخصص المبحث الأول: إلى (ماهية العقد الإداري)، بحيث سنركز من خلال تحليل موضوعي مجرد متابعة تنفيذ العقد، واختلالاته ومدى احترام الأطراف المتعاقدة بالوفاء بما عليها من التزامات تعاقدية تجاه الطرف الأخر، بينما نخصص المبحث الثاني: إلى (موقف القضاء المقارن والعُماني بشأن مبدأ إعادة التوازن المالي للعقود الإدارية) مركزين على الأحكام القضائية والفتاوى القانونية من أي مرجع موثوق وبما يعزّز من قيمة هذا البحث من الناحية المعرفية والعلمية.

المبحث الأول:

ماهيّة العقد الإداري

حتى يتسنى الوقوف على التوازن المالي للعقد من الناحية النظرية والفقهية يتحتم علينا تحديد مفهوم العقد الإداري، وذلك من خلال معرفة ما هو المعيار الذي به يتم تمييز إبرام الإدارة لعقودها الإدارية دون دخولها مجال الشك فيها بأنها عقود مدنية ومن ثم خضوعها للقانون الخاص، بحيث وضع الاجتهاد القضائي عدة معايير لتحديد الطبيعة الإدارية للعقود التي تبرمها الإدارة (بو عزواي، 2018)

عن العقود الأخرى المتشابهة في مجال إعادة التوازن المالي للعقد، ولتحديد مفهوم العقد الإداري وكيفية تمييزه عن غيره من العقود الأخرى، لا بد من مناقشة هذا المبحث من خلال مطلبين بحيث، نضع المطلب الأول: للمعيار الشكلي لتحديد العقد الإداري وتمييزه عما يشتبه به ونخصص المطلب الثاني: للمعيار المادي لتمييز العقد الإداري عما سواه، حتى نتمكن من تمييز العقد الإداري ومفهومه عن بقية العقود الأخرى التي تجريها الادارة في اطار القانون الخاص أو تلك التي تجرى بين الأفراد الخاصة.

المطلب الأول: مفهوم العقد الاداري

تقليدياً في الأصل أن العقود المدنية تقضي بأن القاعدة العامة لهذه العقود على اعتبار أن: "العقد شريعة المتعاقدين" وتأكيداً على هذا الطرح نص الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود المغربي على أن: "الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئيها" (قانون الالتزامات والعقود المغربي، 1913)، وبحسب هذا المعنى فإن هذه المادة تعتبر العقد بمثابة قانوناً يحكم العلاقة التعاقدية وملزماً لجميع أطرافه، ومن ثم في هذه الحالة يكون القاضي أيضاً ملزماً بما يقضي به العقد عندما يعرض عليه نزاع بشأن عقد ما من العقود المدنية بين أطراف العقد باعتبار

بنوده تدخل ضمن النشاط القانوني الذي يضع القاضي وحكمه محطة رقابة محاكم النقض (بو عزواي، 2018، صفحة 8).

وإذا ما تم النظر بصورة المقارنة البسيطة بين العقد الإداري والعقود الخاصة من حيث الإذعان فإن الفئة الأخيرة "قد تقترن عقود الإذعان فيها ابتداء بشروط قد تكون بعضها جائرة وفيها من العنت ما لا يتحمله الطرف المذعن الذي لا يرتضي العقد إلا نزولاً على حاجته الماسة للسلعة أو الخدمة التي يقدمها من فرض هذه الشروط، وهنا يتدخل القاضي للتخفيف من غلو هذه الشروط، مما قد يصل به الحال إلى إعفاء الطرف المذعن منها كليا أو التخفيف بالتعديل حتى تتوازن العلاقة العقدية" (قرني، 2018).

في حين قد يرى البعض أن العقد الإداري من عقود الإذعان ولكن هذا العقد الذي يحتوي شروط الإذعان من حيث القبول أو الرفض، فإنه يقوم في الأساس على استهداف تحقيق الصالح العام التي تختلف عن مصالح الافراد الخاصة، ثم أن القضاء الإداري قد أرسى لذلك مجموعة من النظريات التي تأخذ بعين الاعتبار ضرورة تدخل الإدارة لإعادة التوازن المالي للعقد عندما يصبح العقد مرهقاً بالنسبة للطرف المتعاقد معها، ولذا يتفق الباحث مع القول على إنه: "إذ من الثابت المقرر في القواعد القانونية والفقهية أن المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة، وأنه يتحمل الضرر الخاص لمنع الضرر العام" (قرني، 2018، صفحة 126).

بحيث يمكن القول بأن بعض العقود في القانون الخاص تنطوي على "عقود الإذعان التي قد يختل فيها ميزان العدل والمساواة بين طرفي العقد مما يسبب الإجحاف بحق الطرف الأضعف من خلال الشروط التعسفية التي يفرضها الطرف القوي ويرضخ لها الطرف الآخر، ولذا كان على القضاء أن يقوم بدوره في إعادة التوازن وتحقيق نوع من المساواة في منازعات هذه العقود" (قرني، 2018، صفحة 150)

كما أن العقد يضع القاضي عندما يُعرض عليه نزاعاً في إطار هذا العقد المنشئ أن يحدد بوضوح تام مضمون هذه البنود المتضمنة في العقد، ومن ثم الالتزام بمحتوى هذه البنود في الظروف العادية والشروط الواردة في العقد محل اعتبار وتنفيذ ما لم تكن شروطها ذات تعسّف وصعبة التنفيذ على الطرف المذعن لها، بحيث يستحيل تنفيذها نظراً للظروف التي حاقت به، وإلا وضع حكمه بكل بساطة محل نقض، كما لو كانت بنود العقد غامضة يستوجب عليه تفسيرها وتسبيبها واستبعاد أي غموض عنها حتى لا يتعرض حكمه للنقض.

وهو ما عمل عليه القاضي الإداري في كل من سلطنة عُمان والمغرب ومصر عند تكييفهما لبعض بنود العقود التي عرضت أمام أنظارهما بشأن بحث التفرقة ما إذا كان العقد إداريا أم مدنياً، آخذين بعين الاعتبار مبادئ التمييز التي تحكم كل من هذه العقود وتمييزها عن الأخر لاستبعاد الغموض بما يرتكز عليه كل عقد من هذه العقود على اعتبار العقد الإداري يقوم على مرتكزات ثابتة تميزه عما سواه بكونه يستهدف الصالح العام.

ولذا، فإن البحث عن العقد الإداري يجب أن يكون على الأقل أحد طرفيه شخصاً معنوياً من أشخاص القانون العام، أو متصلاً بتسيير مرفق عام وأن يحمل في ثناياه شروط غير مألوفة في عقود الافراد الخاصة، وهو ما أكدت عليه المحكمة الإدارية بالرباط في بحث إحدى نزاعات المتخاصمين والمعروض أمامها، حيث اعتبرت على أنه: "بالرجوع إلى وثائق الملف... فإن المدعي عليها شركة مجهولة الاسم، وبالتالي لا يمكن تصنيفها ضمن الأشخاص المعنوية العامة. كما لا يوجد من بين وثائق الملف ما يفيد أن بناء الفندق كان لحساب أحد الأشخاص المعنوية العامة، الشيء الذي يجعل العقد فاقداً لشرط وجود شخص معنوي عام طرف فيه وهو الشرط الذي في غيابه... يجعله (العقد) فاقداً لصبغته الإدارية" (بو عزواي، 2018، صفحة 15).

ولم يخرج القضاء الإداري العُماني عن نظيره المغربي في حكمه، إذ جاء في أحد المبادئ الصادرة عن محكمة القضاء الإداري العُماني على أن: "العقد الإداري هو ذلك العقد الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، وتظهر من خلاله نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين ذلك العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في مجال عقود القانون الخاص" (محكمة القضاء الإداري العماني دائرة الاستئناف، 2014).

ومع التسليم بما سار عليه الفقه والقضاء سابقاً ولزمنٍ طويل على اعتبار مبدئياً، أن العقد الإداري يجب أن يكون أحد أطرافه شخصاً من أشخاص المعنوية العامة، وأن يتصل العقد بتسيير مرفق عام، وأن يتوافر العقد على شروط غير مألوفة في عقود الأفراد الخاصة، حتى يعتبر العقد عقداً إدارياً، ولكن هذه الفرضية التي كان عليها الأمر حينما كان المرفق العام حكراً من حيث التسيير على الشخص المعنوي العام، إلا أنه مع ظهور الحكومة ودخول الأشخاص المعنوية الخاصة في تسيير المرافق العامة، بموجب عقود الامتياز التي تعقدها هذه الأخيرة مع الإدارة، فأصبح الأمر لا يمكن التسليم به على أن المعايير السابقة لازالت جميعها مستقرة وثابتة بعد عام 1995.

حيث أضحى مفهوم الشراكة بين القطاعين العام والخاص كما يقول الدكتور الشريف الغيوبي: على أن" التحولات التي طرحت على الدولة في ظروف اقتصادية ومالية..."سار" الحاجة إلى تدبير عقلاني فعال وملائم لتلك القائمة، انسجاما مع التوجه الاقتصادي -الذي يتسم باللجوء إلى منطق المردودية والتنافسية- بين القطاعين العام والخاص سعياً لبناء اقتصاد عصري ومتطلع للمستقبل لمواجهة رهانات المنافسة." (الغيوبي، 2009) ويضيف قائلا: إنه "شهد منتصف التسعينات توسيعا جديداً لسياسة تخلي الدولة عن قطاعات كانت تحتكر تسييرها كالطرق السيارة والكهرباء والماء والموانئ والنقل والمطارات...الخ" (الغيوبي، 2009، صفحة 99).

وانطلاقاً من هذه التحولات التي تم الإشارة إليها على سبيل المثال فإن الشخص المعنوي العام حاليا لم يعد محتكراً في إدارة وتسيير المرافق العامة، فإنه في اعتقاد الباحث المتواضع لم يبق معيار الشخص المعنوي العامة يستقيم مع عصر تخصيص المرافق العامة غير السيادية، التي يتم إدارة معظمها من قبل أشخاص معنوية خاصة، ولتأكيد هذا الطرح، فقد اعترفت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى

للقضاء المغربي للشركة الوطنية لتجهيز خليج طنجة ضد شركة البناء والاشغال العمومية "ميدي طراني" على أن: "العقود التي تبرمها الشركات المكلفة بتسيير المرفق العمومي والتي يتضمن شروطاً و جزاءات غير مألوفة في عقود القانون الخاص والتي تكشف عن عدم التكافؤ في الالتزامات تعتبر عقوداً إدارية تختص بالنظر فيها المحاكم الإدارية" (الحكم بين الشركة الوطنية لتجهيز خليج طنجة ضد شركة البناء والأشغال العمومية، 1995).

ويعتقد الباحث بأن هذا التوجه القضائي الجديد قد ساير المتغيرات التي طرأت على المرافق العامة، بحيث هذه المرافق وإن كانت في الأصل لا يتم تسييرها إلا من قبل الأشخاص المعنوية العامة، إلا أنه بعد التخصيص أصبح بإمكان الشخص المعنوي الخاص أن ينوب بموجب عقود الامتياز عن الإدارة، وبالتالي أصبح يتمتع بموجب هذا العقد ببعض امتيازات السلطة العامة أثناء سريان العقد، ومن ثم اعتبار العقود التي تبرمها فيما بينها بغية تسيير المرفق العام عقود إدارية باعتراف القضاء بها، وليس هذا الحكم وحده بل هناك العديد منها، ذكرها الدكتور "بوجمعة بعزاوي" (بو عزواي، 2018، صفحة 115).

كما أن القاعدة العامة التي تقول إن "العقد شريعة المتعاقدين" قد تحد منها بعض الموانع وخاصة إذا كانت شروط العقد مخالفة للقانون أو النظام العام أو الآداب حيث جاء في أحد المبادئ المستخلصة من حكم المحكمة العليا العمانية على أنه: "... هذا النعي غير سديد لأن الاتفاق الذي تم جاء مخالفاً للقانون، إذ قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ليست قاعدة مطلقة في كل الأحوال بل هذه قاعدة تقيّدها قواعد القانون والنظام العام والآداب" (مبدأ مستخلص عن المحكمة العليا العمانية، 2008).

وبالتالي إعادة التوازن المالي للعقد لم يبق تطبيقه حكرا على القضاء الإداري ونظرياته التي ابتدعها بل امتد تطبيقه حتى في عقود الأفراد، حيث نجد القضاء المدني قد تدخل في بعض الشروط التعسفية لعقود الإذعان بالتخفيف من وطأتها عندما تصبح مستحيلة التنفيذ بالشروط المتعاقد عليها، فقد يتدخل القضاء إما بتعديلها أو حتى إلغائها نظراً للظروف التي طرأت على العقد والتي سيتم استعراضها من خلال المعيار المادي التي به تستكمل تمييز العقد الإداري وكيفية إتمام إعادة التوازن المالي للعقد في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: معايير تمييزه عن غيره من العقود

استكمالاً للمعيار الشكلي الذي به تم تحديد العقد الإداري من حيث الشكل، كان لا بد من بحث العقد الإداري أيضاً من خلال العنصر المادي بشأن تأكيد معرفة طبيعة العقد الإداري وتمييزه عن غيره من العقود الأخرى، ولذا فإن الأمر هنا يتعلق بمدى اتصال العقد بإدارة وتسيير المرفق العام فيما يتضمنه شروط العقد، حيث لابد من اتصال موضوع العقد بتسيير المرفق العام من عدمه.

ووفقاً لهذا الإطار فقد عمل الاجتهاد القضائي الفرنسي على توسيع دور مفهوم المرفق العام باعتباره معيار لتحديد اختصاص القضاء الإداري، ومع ذلك ترك الباب مفتوحاً لأشخاص القانون العام لحرية اللجوء إلى التعاقد في إطار قواعد القانون الخاص حينما تراه الإدارة بأن تعاقدها في بعض الأحيان

وفق قواعد القانون الخاص إذا كان يعد الأقدر أو الأنسب نحو الوصول إلى مبتغى مصلحة تسيير المرفق العام.

بحيث يؤكد الدكتور، بوجمعة بوعزاوي على أنه" قد اعتمد للتمييز بين نوعي من العقود على مفهوم المشاركة في تنفيذ المرفق العام: فقد يكون العقد إدارياً حين يجعل المتعاقد يشارك في تنفيذ مرفق عام"CE,20 avr.1956 Epoux Bertin" (بو عزواي، 2018، صفحة 116).

كما يضيف بأن قضى المجلس الأعلى المغربي في قراره عدد 135 بتاريخ 17 أبريل 1961 على أنه: "وحيث إن العقد المبرم بين وزير التربية الوطنية والشبيبة والرياضة والسيد الحيحي يتم بصفة عقد إداري سواء من حيث العمل بمكتب الشباب بالرباط...الذي تم التوظيف الطاعن للعمل به أو من حيث القواعد التي تحدد واجباته والتزاماته بكيفية مماثلة للموظفين الرسميين" (بو عزواي، 2018، صفحة 116).

ولذا فالمفهوم المادي للمرفق العام، فإنه ينصرف إلى النشاط ومضمون العمل الذي يمارسه المرفق تحقيقا للمصلحة العامة كحماية المواطنين صحياً وتوفير الأمن...الخ ومجموعة الخدمات التي تقدمها الدولة للمواطنين (يحيا، المغرب الإداري -مبادئ التنظيم الإداري -مظاهر النشاط الإداري- وسائل النشاط الإداري، 2019، صفحة 277) وتفرض أهمية التمييز بين المعيار المادي والعضوي من خلال المفهوم العام للمرفق العام محل العقد بحيث يتجلى ذلك في الفرضيات التي يمارس فيه النشاط المرفقي مثلاً كهيئة خاصة: (L'organisme Prive)، والتمييز أيضا من الأهمية بمكان بخصوص تحديد القوانين الواجب الخضوع لها: القانون العام أو القانون الخاص. فالمرافق عضوياً تخضع عادة لهيئة ونشاط أحكام القانون العام، إذ تصبح خاضعة للدولة في جميع عناصرها تنظيما، وعمالاً وأموالاً. ولذا فإن النشاط موضوع المرفق هو الذي يخضع لمبادئ القانون العام. (يحيا، المغرب الإداري - مبادئ التنظيم الإداري - مظاهر النشاط الإداري - وسائل النشاط الإداري، 2019، صفحة 278)، أما من حيث المشرفين على المرفق فقد يكونوا من الأشخاص العامة عندما كانت الدولة محتكرة تسيير هذه المرافق لها أو لأحد الأشخاص الخاصة المتمتعين بعقود امتياز لتسييرها بحسب سريان العقد من عدمه.

ومن هنا فإن نظرية الظروف الطارئة أو النظريات المشار إليها سابقاً بحسب الزامية كل منها والتي بلورها القضاء الإداري في مجال العقود الإدارية مكنت المتعاقد مع الإدارة عندما تظهر أثناء تنفيذ التزامات العقد ظروف غير متوقعة للأطراف المتعاقدة يخل بالتوازن المالي للعقد ويصبح معه العقد مرهقاً أو عسير التنفيذ بالنسبة للمتعاقد، فإنه بحكم المتواتر عن أحكام القضاء الإداري والقانون الإداري فإن المتعاقد مع الإدارة بإمكانه المطالبة بالتعويض تحقيقاً للتوازن المالي للمشروع، مما تتحمل معه الدولة الخسائر جزءاً أو كلاً بسبب تلك الظروف بغية استمرار المرفق العام في توصيل خدماته للمنتفعين من المرفق، وهو ما أكد عليه القضاء الفرنسي بتاريخ 30/مارس 1916 في "قضية الشركة العامة لإنارة مدينة بوردو، التي حسم فيها مجلس الدولة الفرنسي متبنيا نظرية الظروف الطارئة" (يحيا، المغرب الإداري- مبادئ التنظيم الإداري -مظاهر النشاط الإداري - وسائل النشاط الإداري، 2019، صفحة 293).

المبحث الثاني:

موقف القضاء المقارن والعُماني بشأن مبدأ إعادة التوازن المالي للعقود الإدارية

لمناقشة هذا المبحث سوف يتم مناقشته من خلال مطلبين أولهما: تطور هذا المبدأ في الفقه والقضاء الإداريين المقارن، وثانيهما: تطبيقات هذا المبدأ في القضاء الاداري العُماني.

المطلب الأول: تطور هذا المبدأ وتطبيقاته في القضاء الاداري المقارن

بالنظر إلى هذا المبدأ فقد، بلور القضاء الإداري في مجال العقود الإدارية، (يحيا، المغرب الإداري - المبادئ التنظيم الإداري، المركزية، واللامركزية، السلطات المستقلة - مظاهر النشاط الإداري وسائل النشاط الإداري - أعمال الادارة (الصفقات العمومية - والأموال العامة)، 2006) العديد من النظريات ومنها على سبيل المثال وليس الحصر "نظرية الظروف الطارئة" التي يستفاد منها على أنه، إذا حدث ظرف طارئ غير متوقع لا يكون في حسبان المتعاقد ولا حتى الطرفين المتعاقدين معاً، مما يصبح معه الحال صعبا أو مرهقا، وعسيرا على المتعاقد مع الإدارة تنفيذ مقتضيات العقد بصورته الحالية على أثر ما حدث في الواقع من ظروف مستجدة غلبت موازين العقد العادية دون أن يكون في استطاعة الأطراف المتعاقدة تفاديها، مما قد يؤدي إلى فسخ العقد، ومن ثم قد يترتب عن هذا الفسخ توقف المرفق العام عن الإنجاز في وقته المحدد، وبالتالي عن أداء خدماته، خصوصاً إذا ما تم فعلاً فسخه من طرف واحد بدعوى صعوبة تنفيذ ما تبقى من بنود العقد، أثر اختلال التوازن المالي للعقد الذي يعد عصب التنفيذ، وخاصةً إذا ما كان سبب هذا الأثر مرده تدخل إحدى الإدارات العامة المختصة أو لظرف طارئ غير متوقع في الحسبان.

ومن التعويضات التي طبقت على أساس نظرية التوازن المالي للعقد بسبب نظرية فعل الأمير حيث جاء في أحد المبادئ المستخلصة عن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء المغربية على أن: "عمل فعل الأمير هو كل عمل يصدر من سلطة عامة دون خطأ من جانبها ينجم عنه ويسوء مركز المتعاقد في عقد إداري ويؤدي إلى التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المتضرر عن كافة الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك بما يعيد التوازن المالي للعقد" (مبدأ مستخلص من حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء، 2003).

كما اعتبرت ذات المحكمة في إحدى حيثيات حكمها على إنه" وحيث اتضح للمحكمة بعد رجوعها إلى أوراق الملف سيما عقد الايجار مرفق السوق الأسبوعي بخريبكة والغير الموقع أنه لا يتضمن أية إشارة إلى أثمان المكوس والرسوم المفروضة على مستغلي السوق حتى يمكن الاحتجاج على المتعاقد معها على معرفته بهذه الأسعار، بل إن ترك على حالته حتى صدر بشأنه قرار عن السلطة المحلية في إطار الفصل 25 من كنأش التحملات يحدد بموجبه أثمان الدخول والاستغلال وهو أمر لم يكن متوقعا بالنسبة للمكتري المتعاقد" (الدعوى الجيلالي شكير بن أحمد ضد بلدية خريبكة، 2003).

وأضافت نفس المحكمة في الحيثيتين قبل الأخيرة من حكمها المشار اليه على أنه: "وحيث إن المحكمة وسعيا منها لتحديد عناصر التعويض لفائدة المدعي من جراء عمل السلطة كانت قد أمرت بإجراء

خبرة حسابية كلفت بها الخبير.... الذي لم يتأت له إنجاز خبرته مما تقرر معه إجراء خبرة ثانية كلف بها السيد... الذي خلص في تقريره إلى أن التعويض الذي كان من المفروض أن يحصل عليه المدعي من مداخيل السوق عن الفترة موضوع النزاع يمكن تحديده في مبلغ إجمالي قدره (..و...و...) درهم (مغربي)".

وحيث إن التقديرات التي توصل إليها الخبير المنتدب لم تكن محل تعقيب أو معارضة من طرف المدعي عليه الذي توصل مرتين بإعلامين للإدلاء بمستنتجاته على ضوء الخبرة الأولى بأجل 2003/2/13 والثانية بأجل 2003/3/11 لكن دون جدوى الأمر الذي ارتأت معه المحكمة المصادقة على تقرير الخبرة لمصادفته للواقع والقانون مما ينبغي معه الاستجابة لطلب المدعي والحكم له وفق ما جاء فيه" (الدعوى الجيلالي شكير بن أحمد ضد بلدية خربيكة، 2003).

ويستفاد من الحيثية السالفة البيان أن أساس تطبيق نظرية فعل الأمير في إعادة التوازن المالي للعقد على أن النظرية قد تشترك أحيانا مع نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة عندما يتم تشغيل المتعاقد بأمر من الإدارة دون أن يكون العقد موقعاً بحيث تلزم في هذه الحالة التعويض عنها عندما يصدر عن الإدارة أمر ما من السلطة العامة من شأنه ينتج عنه ضرر دون خطأ من جانب الإدارة بحيث يلحق مركز المتعاقد في أي عقد إداري مما يؤدي إلى إلزام الإدارة بتعويض المتعاقد الذي لحقه ضرر جراء فعلها هذا.

أما إذا تم توقيع العقد فإن أحكام نظرية فعل الأمير تستبعد ويتم تطبيق نصوص العقد باعتبارها هي الحاكمة للعلاقة التعاقدية وهو ما وضحته محكمة القضاء الإداري المصري في حكمها الصادر في 1957/6/30 في (القضية رقم 973 السنة السابعة قضائية) حيث عرفت ذلك بقولها: "ومن شروط تطبيق نظرية عمل الأمير أن يكون الإجراء أو التشريع الجديد غير متوقع الصدور وقت التعاقد، فإذا ما توقعته نصوص العقد فإن المتعاقد مع الإدارة يكون قد أبرم العقد وهو مقدر لهذه الظروف الأمر الذي يترتب عنه تعذر الاستناد إلى نظرية "فعل الأمير" (الطماوي، 2008، صفحة 612 وفي 629).

والواقع كما يذكر الدكتور الطماوي: أنه "يتردد الفقه بين أساسين لتبرير التعويض في حالة عمل الأمير، حيث يرد الأساس الأول: إلى فكرة التوازن المالي للعقد، كما أن مجلس الدولة المصري بحسب قول الدكتور الطماوي: قد أسلم به في معظم أحكامه وفتاويه. وعلى أساس هذه الفكرة، يتعين على الإدارة أن تعيد التوازن المالي للعقد كلما اختل التوازن نتيجة فعل الإدارة" (الطماوي، 2008، صفحة 627)، أما الاساس الثاني: فيرده إلى المسئولية التعاقدية للإدارة وقد نادى بهذا الأساس من لم يسلم بفكرة التوازن المالي للعقد" (الطماوي، 2008، صفحة 628).

وإذا كانت الظروف الطارئة بالأصل لا يتم التعويض عنها أو مساهمة الإدارة مع المتعاقد في تخفيف من أثار أعباء عقده المالي المختل إلا إذا تحققت شروطها، والتعويض عن ذلك لا يقدره إلا القاضي على ضوء مجموعة الظروف والمعطيات التي تفرضها ظروف استثنائية وعلى فرض أن يكون الظرف غير متوقع كمبدأ عام، فقد جاء عن محكمة القضاء الإداري المصري في هذا الصدد على أنه: "لا شبهة في أن قيام الحرب يعتبر من الحوادث الاستثنائية العامة الخارجة التي لم يكن في الوسع توقعها

والتي يترتب عليها أنه إذا أصبح تنفيذ الالتزام أشد إرهاقا وأكثر كلفة كان للمتعاقد مع الإدارة مطالبتها بالمساهمة معه في تحمل النتائج المترتبة على ازدياد الأعباء الناشئة عن تلك الظروف" (المعمري، 2011، صفحة 407).

وانطلاقا مما سبق من تحليل بشأن معرفة معيار العقد الإداري عن غيره من العقود الأخرى، فإن العقد الإداري لا يحكمه مبدأ توافق الارادتين ولا سلطان الإرادة، بالتالي لا يمكن الاعتداد بالمبدأ القائل في القانون المدني على إن: "العقد شريعة المتعاقدين" بحجة أن الفعل قيامه قوة طارئة لا يؤثر على استمرار تنفيذه بسبب إرهاق مالي يخل بالتوازن المالي للمشروع، وذلك بعد أن أصبح في أحكام القانون العام والقانون الإداري مبدأ إعادة التوازن المالي للعقد أمراً مستقراً ومتواتراً في أحكام القضاء الإداري، فالمتعاقد مع الإدارة بإمكانه المطالبة بالتعويض تحقيقاً للتوازن المالي للمشروع، بحيث يقول الدكتور: محمد يحيا، في هذا الصدد، على أنه" تتحمل الدولة الخسائر جزءاً أو كلاً مع المتعاقد بسبب تلك الظروف تحقيقاً لمبدأ استمرارية المرفق العام في أداء خدماته للمواطنين، وهي نظرية وجدت تطبيقها في القضاء الفرنسي منذ تاريخ 30 مارس 1916 في قضية الشركة العامة لإنارة مدينة بوردو، التي حسم فيها مجلس الدولة الفرنسي متبنياً نظرية الظروف الطارئة" (يحيا، المغرب الإداري - مبادئ التنظيم الإداري - مظاهر النشاط الإداري - وسائل النشاط الإداري، 2019، صفحة 293 وفي 320) ومعتمداً بذلك مبدأ إعادة التوازن المالي للعقد، والهدف من استحداث هذا المبدأ.

يرجع إلى مضمون نظرية الطارئة في حالة وقوع حوادث أثناء تنفيذ العقد لم تكن متوقعة من الطرفين لخطة إبرام العقد، ويترتب عنها حين يصبح التزام المتعاقد بالتنفيذ مرهقاً إرهاقاً شديداً يخشى معه إذا استمرت تلك الحوادث أن يعجز المتعاقد نهائياً عن التزاماته الناشئة عن العقد مما يؤدي إلى تعطيل سير المرفق العام الذي أبرم من أجله العقد الاداري (أبوطه و شاكر، 2017، صفحة 167)، مما يستوجب على الإدارة أن تساهم بنصيب كبير في تحمل جزء من الخسائر التي لحقت بالمتعاقد معها تعويضا له كي يساهم بالوفاء في تنفيذ التزاماته حتى لا يتعطل المرفق، في حين يقتضي في الصعوبات المادية غير المتوقعة إذا تحققت شروطها أن تقوم الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد معها تعويضا كاملاً عندما يتعرض هذا الأخير أثناء تنفيذ التزاماته التعاقدية لصعوبات مادية استثنائية لا يمكن توقعها، بحيث يصبح التعويض واجبا حتى ولو نص في العقد على تحديد الثمن أياً كانت الظروف التي يصادفها المتعاقد (أبوطه و شاكر، 2017، صفحة 167). ولما كانت تلك بعض التطبيقات العملية للقضاء الإداري المقارن والأراء الفقهية، فما هي تطبيقات القضاء الإداري العُماني بشأن إعادة التوازن المالي للعقد؟

المطلب الثاني: تطبيقات هذا المبدأ في القضاء الاداري العُماني

من الطبيعي أن المتتبع للقضاء الإداري العُماني وما تواتر عنه من أحكام بشأن ما يدخل في موضوع البحث فيما تم تناوله في هذا الصدد، فإنه سيجد وبلا شك أنّ عمله لا يختلف عن نظرائه من القضاء الإداري في بقية البلدان التي تأخذ بالقضاء المزدوج، سواء أكان ذلك في المغرب أو في مصر أو حتى

في فرنسا، بحيث يتأثر ويأثر فيما هو متواتر وأستقر عليه العمل القضائي فقهاً وقضاءً من المبادئ القانونية والأحكام المتواترة والمستقرة في القضايا المتشابهة.

وتأكيداً على هذا الطرح أو التحليل السالف البيان، فقد جاء في أحد المبادئ المستخلصة عن قضاء محكمة القضاء الإداري العُماني– الدائرة الاستئنافية بقولها: على إن: "الغاية من وراء استحداث نظرية التوازن المالي للعقد هي ضمان استمرارية المرفق العام الذي تشرف الجهة الإدارية على تصريف شؤونه، وذلك من خلال تحملها لجزء من الأعباء المالية الإضافية التي تحملها المتعاقد جراء حدوث أمور طارئة ولاحقة لإبرام العقد، بشرط أن تكون تلك الأمور غير متوقعة الحصول وخارجة عن إرادة الطرفين المتعاقدين وينتج عنها إخلال في اقتصاديات العقد يتجاوز حداً معقولا من شأنه أن ينعكس سلباً على قدرة المتعاقد مع الإدارة على تسيير المرفق العام على الوجه المطلوب أو توفر احتياجاته أو تصريف أموره بما تقتضيه المصلحة العامة في صورة استمرار تنفيذ بنود ذلك العقد بشروطه ومقتضياته الأصلية، ويأخذ تحمل الإدارة المتعاقدة لجزء من الأعباء إما شكل تعديل لبعض بنود أو شكل تعويض يتم إقراره قضائيا بالاستناد إلى نظرية التوازن المالي للعقد سالفة الذكر" (مبدأ مستخلص من محكمة القضاء الإداري العماني - الدائرة الاستئنافية، 2013، صفحة 746).

إذن وانطلاقا من هذا المبدأ فإن العقد بالأصل يظل خاضعاً لرقابة القضاء الإداري الشامل نظراً لكونه من الالتزامات المالية، والعقدية، بين الإدارة المتعاقدة من ناحية، والطرف الأخر المتعاقد معها بشأن أية منازعات تحدث لتنفيذ العقد، و إذ تكمن رقابة القضاء بشكل عام والقضاء الإداري على وجه الخصوص بشأن ضمان إعادة التوازن المالي للعقد أهمية بالغة على اعتبار أن هذ المبدأ كان من صنع القضاء الفرنسي، بحيث كما يقول الدكتور: محمد أبوبكر عبد المقصود على" أن عدم إعادة التوازن المالي للعقد نتيجة للظروف الطارئة التي أحلت بالعقد، إرهاق وحرج بالمتعاقد" (عبدالمقصود، 2009) ولذا مصداقاً لقوله تعالى " لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا" (سورة البقرة، الآية 286) بحيث " يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ" (سورة البقرة، الآية 285).

وهو ما لم يخرج عنه القضاء الإداري العُماني، ويقع ضمن رقابة ولأيته وفقاً لنص المادة (6) التي تنص على أنه" تختص محكمة القضاء الإداري - دون غيرها - بالفصل في الخصومات الإدارية الآتية:.....ومنها الفقرة (7) الدعاوى المتعلقة بالعقود الإدارية..." (الجريدة الرسمية العمانية، 1999) فحين عرض أمامها نزاعً من هذا النوع بين الإدارة المتعاقدة وأحد الأطراف المعنوية الخاصة المتعاقد مع تلك الإدارة، أثر تدخل إحدى الإدارات المختصة برفع الحد الأدنى للأجور للعمالة العُمانية والذي أثر وبشكل مباشر على توازن عقده المالي دون أن يكون سبباً فيه، قبل أو بعد التعاقد، كما أنه يخرج عن علم الإدارة المتعاقدة صاحبة المشروع، مما جاء في إحدى حيثيات حكم محكمة القضاء الإداري العُماني – دائرة الاستئناف-، بقولها على إنه:

"وحيث إنه لما كانت مدة تنفيذ العقد محددة بـ(18) شهرا وأن فارق الزيادة في الأجور محل النزاع بالنسبة لكل عامل إنما تبلغ في حدها الأقصى (125ر.ع) مائة وخمسة وعشرين ريالا وأن عدد العمال

العُمانيين لدى الشركة المستأنف يبلغ (35) عاملا فإن مقدار التكلفة الإجمالية المترتبة عن الزيادة في أجورهم إنما تكون كالآتي: (125ر.ع × 18 شهرا × عاملا = 78750 ر.ع) ثمانية وسبعون ألفا وسبعمائة وخمسون ريالا عُمانيا، وذلك ما لم يثبت للوزارة المستأنف ضدها من أن أي عامل من العمال المذكورين كان يتقاضى راتبا أكبر من الحد الأدنى للأجور السابق، ففي هذه الحالة تلتزم الوزارة بدفع الفرق بين الراتب الذي وصل إليه العامل ومقدار الحد الأدنى الأخير للأجور" (حكم محكمة القضاء الإداري في الإستئنافين رقما (639) و (649)، 2015، صفحة 1696)، وبالتالي بالنظر إلى هذا الحكم يكون القضاء الإداري أعاد نوعا من التوازن المالي للعقد الذي اختل أثر هذه الزيادة التي أثرت على العقد بأعباء جديده لم تكن في الحسبان مما أثرت على المتقاعد و جعلته يرفع دعواه الماثل السالف البيان.

كما لم يقف القضاء الإداري عند ذلك بل نجد له العديد من المبادئ الواردة في التطبيقات القضائية المستخلصة من الأحكام التي قضت فيها بهذا المجال حيث نجده عند تصديه للاستئنافين رقما(639) و(649) لسنة (15 ق. س) بجلسة 2015/5/12 يتحتم إظهاره نظراً لأهميته الكبيرة حيث اعتبرت محكمة القضاء الإداري العُماني على إنه: "إذا صادف المتعاقد مع جهة الإدارة في تنفيذ التزاماته صعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية خاصة، ولا يمكن توقعها بحال من الأحوال عند إبرام العقد، وتؤدي إلى جعل التنفيذ مرهقاً له فإن من حقه أن يطالب بتعويض كامل عما سببته له هذه الصعوبات غير المتوقعة من ضرر" (حكم محكمة القضاء الإداري في الإستئنافين رقمي (639) و(649)، 2015، صفحة 1696).

وأضافت المحكمة بقولها: على إن: "... (حكم محكمة القضاء الإداري في الإستئنافين رقمي (639) و(649)، 2015) حق للمقاول في المحافظة على التوازن المالي للعقد إذا قامت جهة الإدارة بالتعديل في التزامات المتعاقد زادت من أعبائه المادية".

يستفاد مما تم الإشارة إليه، نصاً تحليلاً إلى اعتبار الاخلال بالتوازن المالي للعقد أساساً مرده إما أن يرجع إلى استخدام الإدارة سلطتها المقررة لتعديل العقد، أو إلى ما يطرأ على تنفيذه من عوارض تتمثل في فعل الأمير أو الظروف الطارئة أو الصعوبات المادية غير المتوقعة التي قد تصادف التنفيذ، وأحيانا قد يرجع سبب الإخلال بالتوازن المالي إلى الافتقار الذي يلحق بالمتعاقد والإثراء الذي تحظى به الإدارة من كثرة تدخلاتها على عقد المتعاقد، مما تجعل معه المتعاقد حسن النية غير قادر على تنفيذ التزاماته بسبب يعود إلى الإدارة من حيث الإشراف أو التدخلات غير المدروسة مما يؤثر على وضعية العقد سلباً، وما يؤيد هذا الطرح ما جاء عن محكمة القضاء الإداري العُماني في أحد مبادئها الصادرة عنها والتي تقول: على إنه: "اختلال التوازن المالي للعقد وانقلاب اقتصاداته لأسباب تتعلق بسوء إشراف الوزارة على تنفيذ العقد يرتب مسئوليات في إعادة ذلك التوازن – تأجير الوزارة لعرضات سوق أحد الولايات للمتعاقد على أساس مبلغ معين ليقوم هو بتحصيل الرسوم من الباعة دون أن تخطره بأن بعض الباعة معفيين من الرسوم ودون أن تحاول جبر الضرر الذي لحق بالمتعاقد من جراء ذلك يرتب مسئولياتها في التعويض طالما أن المحكمة استبان لها خطأ الوزارة وتحققت من الضرر الذي لحق بالطرف الأخر مع العلاقة السببية بينهما

– ذلك – تعويض المتعاقد بالقدر الذي يعيد للعقد توازنه المالي" (حكم محكمة القضاء الإداري في الإستئنافين رقمي (639) و(649)، 2015)، وقد جاء في الحيثية قبل الأخيرة من ذات الحكم على إنه: "وحيث إن المتعاقدين لاذا بالمحكمة لتعيد للعقد توازنه المالي بعد أن اختلت اقتصادياته وأصبح متعذراً عليهما التمتع بمزايا العقد بما تعرضا له من خسارة. وإذا كانت إعادة التوازن المالي للعقد تتطلب معالجة الافتقار الذي لحق المتعاقد، أي حصوله على التعويض بالقدر الذي يزيل أسباب الخلل الحاصل بتوازن العقد المالي، فإن مبلغ (3000) ثلاثة آلاف ريال عماني لا يحقق هذه الغاية، ولذلك تقرر المحكمة ضرورة رفع المبلغ (5000) خمسة آلاف ريال عماني" (حكم محكمة القضاء الإداري في الإستئنافين رقمي (639) و(649)، 2015).

كما قد يمتد الأمر أحياناً إلى قيام الإدارة بفسخ العقد قبل مدته القانونية وهذا حق طبيعي لها ولظروف تعنيها هي وحدها دون سبب من المتعاقد الأخر، وبالتالي قد يتضرر المتعاقد جراء هذا الفسخ بسبب ما أنجزه وما فاته من كسب يراه محققا، وفي كل الأحوال ينشئ الالتزام والحق في ذات الوقت، "فيجب أن تلتزم الإدارة بإعادة التوازن المالي للعقد إلى ما كان عليه حتى يستطيع المتعاقد الاستمرار في تنفيذ بنود العقد والوفاء بالالتزامات التعاقدية إن كان لذلك مقتضى قانوني" (حار الكثيري، 2012-2013، صفحة 357).

وفي هذا الصدد فقد جاء في أحد المبادئ الحديثة الواردة عن ذات المحكمة في الاستئنافين في حكم سابق المشار إليهما لمحكمة القضاء الإداري العُماني بقولها: على إنه: "في مجال العقود بصفة عامة تتقابل التزامات طرفي العقد، ومن أهم تلك الالتزامات قيام المقاول بالعمل مقابل التزام صاحب العمل بدفع المبلغ المتفق عليه وفقا لشروط العقد، كما أنه في مجال تنفيذ الالتزامات العقدية، سواء أكانت مدنية أو إدارية، أنه يجب تنفيذها وفقاً لما اشتملت عليه شروطها وبما يتفق ومبدأ حسن النية طبقاً للأصل العام، ومن مقتضى ذلك أن حقوق المتعاقد مع الإدارة والتزاماته تتحدد طبقاً للشروط التي تربطه بجهة الإدارة، وكما أن المقرر أن من طبيعة العقود الإدارية أنها تحقق بقدر الإمكان توازناً بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي ينتفع بها، باعتبار أن نصوص العقد تؤلف في مجموعها كُلاً من مقتضييه 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 الإحتفاظ بالتوازن المالي للعقد تأسيساً على أن هذا العقد يُنظر إليه كوحدة من حيث تحديد الحقوق المالية للمتعاقد، فإذا ما انتهى تدخل الإدارة في العقد بالتعديل إلى الإخلال بهذه الحقوق كما حُددت عند إبرام العقد فيجب إعادة التوازن المالي للعقد إلى ما كان عليه" (حكم محكمة القضاء الإداري في الإستئنافين رقمي (639) و(649)، 2015).

فإعادة التوازن المالي للعقد يعني في الفقه والقضاء حصول المتعاقد المتضرر على التعويض بالقدر الذي يصيبه لإزالة أسباب الخلل الحاصل بتوازن العقد، فأي اختلال للتوازن المالي للعقد حتما سيؤثر على إنجاز المشروع، بالتالي هذا التأخير في الأصل يتولد عنه ضرر؛ مهما كان حجم هذا الضرر على سير

المرفق العام وانتظامه في تقديم خدماته للمنتفعين منه، ولذا فأي تعديلات أو تغيرات بالزيادة أو النقصان يجب ألا تمس توازن العقد بما يخل بتوازنه لكيلا يكون مرهقا عن تنفيذ الالتزامات التعاقدية.

وهذا ما أكدت علية محكمة القضاء الإداري العماني، دائرة الاستئنافية في جلستها بتاريخ 2011/12/5 في الاستئناف المقدم أمامها حيث أكدت بقولها: على إنه: "سلطة الإدارة في تعديل العقد، أو في تعديل تنفيذه، هي الطابع المميز لنظام العقود الإدارية، وهو الذي يجيز لها أن تزيد من أعباء معاقدها – أو تنقصها –كلما اقتضت حاجة المرفق أو المصلحة العامة ذلك التعديل، دون أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب، أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، على أن ذلك التعديل إنما يتم دوما في الحدود التي لا تؤدي إلى إرهاق المتعاقد والإخلال بالتوازن المالي للعقد وإلا جاز لهذا الأخير أن يطلب فسخ العقد إذا كان التعويض الذي تلتزم به جهة الإدارة في مقابل حقها في التعديل لا يكفي لإصلاح الضرر المترتب عن هذا التعديل"، وأضافت ذات المحكمة بقولها: على إنه: "استقر القضاء الإداري في سبيل حرصه على حماية التوازن المالي للعقد الإداري على وضع أسس نظرية تحقق بقدر الإمكان توازناً بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي ينتفع بها فتكفل له تعويضاً عادلاً عن الأضرار الجسيمة التي قد تلحق به أثناء تنفيذ العقد سواءً بسبب تشريعات جديدة أو نتيجة حوادث طارئة طبيعية كانت أم اقتصادية" (حكم محكمة القضاء الإداري العُماني استئناف رقم (543) لسنة (11) ق.س، 2011، صفحة 24).

ولذا وتأكيداً على ما تم ذكره سلفاً بشأن تمييز العقد الإداري عن العقود الأخرى بكونه لا يخضع لقاعدة أن العقد "شريعة المتعاقدين" وذلك لارتباطه بالصالح العام وضرورة انتظام المرفق العام، وفي هذا الصدد فقد ذكر الدكتور محمد بن سعيد حمد المعمري في كتابه المشار إليه عن "الإدارية العليا" المصرية بقولها: إن: "العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة فبينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متوازنة ومتساوية إذا بها في العقود الإدارية غير متكافئة إذ يجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة، وهذه الفكرة هي التي تحكم الروابط الناشئة عن العقد الإداري ويترتب عن ذلك أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود، وأن لها دائما حق تغيير شروط العقد، وإضافة شروط جديدة بما قد يتراءى لها أنّه أكثر اتفاقا مع الصالح العام دون أن يتحدى الطرف الأخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين...الخ" (المعمري، 2011، صفحة 414).

ولكنه مع ذلك فإن الباحث يخلص بأن إعادة التوازن المالي للعقد عند اختلال العقد لم يصبح حكراً على القضاء الإداري كونه يستهدف المرفق العام أو المصلحة العامة، وإنما امتد أيضا إلى عقود الأفراد الخاصة في اطار القضاء المدني أو (العادي) بحيث تدخّل القضاء المدني لإعادة توازن العقد نظراً للشروط التعسفية والمجحفة وخاصة منها في عقود الإذعان، وبالتالي بالنظر إلى تدخل القضاء العادي في إعادة التوازن للعقد، بحكم الظروف الطارئة والمرهقة التي يعجز فيها أحد طرفي العقد عن تنفيذها كلياً

أو جزئياً مما تصبح شبه مستحيل تنفيذ تلك الشروط بحذافيرها بناءً على الظروف التي طرأت على التنفيذ، فنجده قد تدخل في تعديل العديد من الشروط أو التخفيف من كاهلها (الكلابي)

ولذ ا يمكن القول إن عقود الإذعان هي تلك العقود التي لا يتساوى فيها المراكز القانونية (بوداود وبوزيان، 2017-2018، صفحة 6)، مما يُمكن الطرف القوي من تعسف في شروط العقد ويُعرض الطرف الضعيف للضغط، كما يقول أحمد شوقي محمد عبد الرحمن بقوله: على إنه: "إذا تعلق العقد بسلعة أو خدمة حيوية تحت سيطرة الطرف القوي في العقد بسبب خضوعها لاحتكار قانوني أو فعلي من جانبه ذلك الطرف كعقود الأفراد مع شركات الكهرباء" (عبدالرحمن، 2002، صفحة 6)، ويضاف إلى ذلك شركات التأمين والقروض البنكية على سبيل المثال.

ولذا و إن كانت في الأصل الإدارة تستهدف في عقودها التي تعقدها في إطار قواعد القانون العام و أحكامه، إلا أنها أيضاً تقوم بوظيفتين أو نوعين من الأعمال كما يقول الدكتور مصطفى أبو زيد بقوله: "... فهي تارة تأمر وتنهي وتستعمل سلطتها وسلطانها، وتارة أخرى تخلع عن نفسها ثوب السلطة والجبروت وتنزل إلى مستوى الأفراد وتتعامل معهم بنفس الشروط التي يتعامل بها الأفراد فيما بينهم" (أبوزيد، 1998، صفحة 15).

فإذا ما لجأت لأحكام القانون العام في تعاقدها لتسيير مرفق عام نكون أمام استهداف الصالح العام وبالتالي حتى و إن كان عقدها من عقود الإذعان التي لا يتساوى فيها الطرفان إلا أنه هنا يتم ترجيح المصلحة العامة على مصالح الأفراد، وتدخلها بالزيادة أو نقصان مع معاقدها حين يختل توازن عقده المالي يستطيع اللجوء إلى القاضي الإداري لإعادة توازن عقده المالي من خلال إخضاع تصرفاتها لأحكام أي نظرية من النظريات السالفة البيان، في حين لجوها لقواعد القانون الخاص فتنزل منزلة الأفراد وبالتالي خضوعها لأحكام وقواعد القانون الخاص ومن ثم في هذه لا تستطيع أن تستأثر بالامتيازات الممنوحة لها بموجب القانون العام مطلقاً كونها لجأت بإرادتها المنفردة أو بطبيعة العقد ذاته.

الخاتمة:

وحيث نجد دون مجال للشك في ذلك أن القضاء الإداري ومنذ زمن طويل قد استقر على تواتر أحكامه في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري كلما اختل توازنه أثر أي ظروف طارئة أو صعوبات غير متوقعة، أو بناءً على تدخلات الإدارة في تعديل العقد بالزيادة أو النقصان، سواء أكان ذلك وفقاً لنظرية فعل الأمير، عندما تتجاوز الإدارة بنود وشروط العقد أو يتعرض لاهتزاز أثر تشريعات عامة تزيد من أعباء وتكاليف العقد، أو بناءً على نظرية الظروف الطارئة التي لا يكون للإدارة أو المتعاقد معها يد فيها، والتي يجب أن تشاركه بجزء من الأعباء لتخفيف تلك الظروف التي ألمت بتنفيذ العقد أو بالتعويض الكامل عن أي صعوبات مادية غير متوقعة تحققت وأثرت بشكل مباشر باختلال التوازن المالي للعقد، فما لبث القضاء الإداري إلا وإن أعاد النصاب والحق إلى مستحقه كلما ثبت لدية دليل وحجج اهتز بها العقد.

من هنا يظهر لنا أن معظم الاختلالات في التوازن المالي للعقد، بما يبدو لنا من خلال الأحكام القضائية التي تم توظيفها في هذا البحث، كان سببها يعود في الأساس إلى ضعف التصميم المعماري،

واسناد المشروعات الإنمائية في الاشغال العامة لنفس المصمم المعماري، بالإضافة إلى ما تملكه الإدارة من امتيازات وسلطان في واقع تنفيذ العقد، بحيث يتعرض فيها المتعاقد لظروف لا يعود سببها لا على الإدارة أو حتى المتعاقد، وإنما بسبب العوامل المتعددة، كالكوارث الطبيعية وغيرها التي قد تحدث شيء من عدم الاستقرار، بالإضافة إلى الأوبئة والفيروسات الخطيرة كجائحة كورونا مثلاً، فكيف يمكن مشاركة الإدارة بالتخفيف من واقع ظروف المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد المتوقف والمنهك أصلاً، هل هو بالتخفيف الجزئي كما هو معتاد، أم بالتعويض الكامل؟، وفي هذه الحالة في نظرنا المتواضع لا يتحقق التعويض العادل إلا بالتعويض الكامل، دون احتساب ما فات المتعاقد من كسب، بحيث يتمكن المتعاقد من الوفاء بالتزاماته من ناحية، والحفاظ على استمراره خدمة للمرفق العام في تقديم خدماته المرسومة له دون انقطاع من ناحية أخرى.

وما لمسناه هنا من خلل بحسب ما وقفنا عليه في تحليل القضايا والمنازعات المعروضة أمام القضاء والأحكام التي صدرت بها وتم توظيفها في هذا البحث، سواء أكانت في القضاء المقارن، أو القضاء الإداري العُماني في مجال منازعات إعادة التوازن المالي للعقود الإدارية، كانت تحصل في معظمها في الاشغال العامة، والسبب الرئيسي في نظرنا المتواضع، أن الإدارة قد توصي بدون قصد أو لعدم الخبرة الكافية بإسناد تصميم المشروعات والإشراف عليها إلى مكتب استشاري معماري الذي قام بتصميم المشروع، وتكون الأعذار والأسباب في أغلب الأحيان بحجة أقل التكاليف، (أي أقل ما يمكن من خزينة الدولة). وهنا يبدو أن الأعذار مشروعة من الناحية المالية، في حالة لم يعتر المشروع أخطاء في التصميم عند التنفيذ، والذي لا يظهر إلا أثناء التنفيذ على الواقع العملي، حيث في هذه الحالة يحاول الاستشاري المعماري الذي يظهر الضعف في تصميمه تغطية ضعفه هذا بإعطاء أوامر تغيرية بحجة أعمال إضافية، وهي في الحقيقة ليست أعمال إضافية أعمال تغطية الضعف الحاصل، ثم أيضاً يقوم بإعطاء العديد من التوجيهات التي قد لا يقبلها المتعاقد ويظهر الخلاف هنا، مما يؤدي إلى تعطل المشروع برمته عن الإنجاز في وقته المحدد، وفي أغلب الأحيان قد يتجاوز الاستشاري هذه التوجيهات رغم ضرورة اسداها من أجل سلامة المشروع حتى لا تنكشف عيوبه عند المالك، ومع هذا التستر حتماً ستقل جودة المشروع، ويؤدي إلى خلافات مع المتعاقد ويتأخر أنجاز المشروع عن الوقت المحدد للتسليم ويتضرر المرفق العام ومن ثم تؤدي إلى تعويضات باهضة تفوق قيمة المشروع الأصلية بسبب المصمم والمشرف الواحد الذي يحاول بشتئ الوسائل كي لا تظهر عيوب ضعفه أمام المالك ولانعدام وجود المشرف المحايد.

والسؤال هنا كيف يمكن للإدارة أن تطالب في مثل هذه المنازعة، باحتساب الخلاف الحاصل بينها والمتعاقد معها في إطار العقود الممتدة والمتأخرة لسنوات بسبب الخلاف الحاصل، تصر في حججها أن يكون الاحتساب بناءً على شروط الوحدات الأصلية المسعرة في بداية إبرام العقد كتعويض عن تدخلها أو تأخيرها هذا، في حين الأسعار قد انقلبت رأساً على عقب بأضعاف مضاعفة، مما يؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد، وبالتالي إعادة توازنه في هذه الحالة، لا تتأتى إلا وفقاً لتعويض عادل وبأسعار السوق المستجدة، وعما فات المتعاقد مع الإدارة من كسب في الظروف العادية بسبب هذا التأخير.

بحيث نرى على إنه يجب على الإدارة بصورة عامة، والإدارة العُمانية المعنية بصورة خاصة، أن تراعي في منازعاتها التي تحصل أثر نظرية فعل الأمير في العقود الإنمائية الممتدة أو المتأخرة والتي لا يعود بسببها للمتعاقد، أن هذا التأخير أن كان بسببه الإدارة أو ممثلها يعُد السبب الرئيسي فيها إلى اختلال التوازن المالي للكثير من عقود المتعاقدين مع الإدارة، وينتج عنه أشد خطورة وتعويضات عن نظرية الظروف المادية غير المتوقعة، فإذا كانت الأولى سببها الأساسي بفعل تدخلات الإدارة المتعاقدة على شروط العقد، إلا أنه أحياناً يكون هذا التدخل جاء في ظروف أغلبها قد تغيرت فيها أسعار الوحدات التي ابتنى عليها عقد الالتزام بسبب تأخر الإدارة واستمرارية امتداد العقد لعدم حل الخلاف أثناء السير الطبيعي للعقد.

ولذا يستنتج مما سلف أن نظرية فعل الأمير قد تشارك نظريتي الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة، ولكن عند توقيع العقد فهنا تستبعد نظرية فعل الأمير ويبدأ تطبيق الشروط والنصوص التعاقدية، ويبقى الأمر يقف عند تفسير هذه النصوص ويظهر القضاء هنا دوره بوضوح عندما يصادف إجراء أخر غير متوقع كتشريع جديد مثلاً يصدر أثناء تنفيذ العقد فيدخل على بعض مكونات العقد بإضافة أعباء جديدة على التوازن المالي للعقد فيختل عندها، مما يترتب على القضاء إعادة توازن عناصره بالتعويض عن طريق ما يستقر في عقيدة القضاء طبقا للمعطيات المقدمة أمامه وحسبما تم إدخاله من أعباء إضافية على شروط ونصوص العقد، أو بناءً على ظروف مادية غير متوقعة وهو ما أصبح مستقراً ومتواتراً لدى القضاء الإداري بصورة عامة، والقضاء الإداري العُماني بصورة خاصة، وفقاً لتلك التطبيقات القضائية من المبادئ والأحكام المشار إليها سلفاً.

كما أنه أيضا إعادة التوازن المالي للعقد في عقود الأفراد الخاصة وجد مجال تطبيقه في القضاء العادي، وفقا لما ذكره الدكتور حسن عبد الله عبد الرضا الكلابي مفاد هذا القول إن هناك تطور إيجابي لافت في تخفيف كاهل الذين يتعاقدون في إطار القانون الخاص فيصبح أحيانا التزاماتهم عاجزة التنفيذ بسبب الشروط التعسفية أو المجحفة التي قد يتعاقدون في ظلها تحت ضغط الحاجة، أما بتعديل شروط العقد، أو التخفيف منها إلى أجل مُيسر، وأحيانا إلى الإعفاء أن كانت تلك الشروط غير ممكنة التنفيذ وأصبح عاجزا بشرط ثبوت إحدى موجباتها وتحققت تلك الشروط التي تمت الإشارة إليها.

الاستنتاجات المستخلصة من البحث:

1- أن القضاء الإداري المقارن أو القضاء الإداري العُماني نجد لهما من التواتر من الأحكام القضائية التي تم إعادة التوازن المالي للعقد سواء أكان ذلك على أساس نظرية الظروف الطارئة، وأحيانا أثر تدخلات القوانين وارتفاع زيادة في الأسعار والأجور وتقلبات الأسواق، وكذلك على أساس الصعوبات المادية غير المتوقعة،

2- لقد وجدنا تعويضا لآفتاً امتد إلى نظرية عمل الأمير، وكان احتسابه ليس على أساس الزيادة المعتادة للاحتساب المعروفة بسعر الوحدة المُبينة بشروط العقد، بل أيضا امتدت هذه الزيادة

حينما تعدت إلى إرهاق المتعاقد، والتأثير عليه باختلال توازن عقده المالي، فكان للقضاء كلمته النهائية بغية تحقيق العدل وردت الحقوق منعا للأثراء بلا سبب على حساب الغير،

3- من خلال البحث وجد هناك تطور على إعادة التوازن المالي للعقد وكان مجال تطبيقه في القضاء العادي حيث لمسنا ذلك في بحوث ورسائل أكاديمية لنيل شهادتي، الماجستير والدكتوراه كانت حديثة وقف عليها القضاء العادي وتم استعراضها في متن هذا البحث من خلال منازعات عرضت على القضاء العادي، بحيث قام أما بالتعديل على شروط العقد، أو التخفيف إلى أجال ميسرةً وأحيانا إلغاء بعض الشروط المجحفة تحت ضغط الحاجة بتوقيع الالتزام، وهذا يعد تطوراً لآفتاً يسجل للقضاء العادي تحقيقاً للعدل كما يعد شبه خروج ولو بشكل جزئي عن قاعدة أن (العقد شريعة المتعاقدين) عندما يظهر أمام القاضي تعسف وشروط مجحفة يصعب تنفيذها.

المقترحات:

1– يرى الباحث على أنه يجب على الإدارة بصورة عامة، والإدارة العُمانية المعنية بصورة خاصة، أن تراعي في المنازعات التي تحصل أثر نظرية فعل الأمير في العقود الإنمائية الممتدة، حيث أصبحت في بعض الأحيان لا تقل خطورتها في مجال اختلال التوازن المالي لبعض عقود المتعاقدين سبب تدخلات الإدارة المتعاقدة على شروط العقد بصورة تفوق القيمة الأصلية للمشروع أو تقترب منها، فتغلب فيها الأسعار عما ابتنى عليها العقد ويزيد الالتزام باستمرارية امتداد العقد،

2– يرى الباحث أن الظروف الطارئة أضحت في بعض الأحيان أشد قسوة تأثيرها على العقد وشروطه بسبب هذه الظروف التي تعرض لها المتعاقد دون أن يكون في مقدروه حدوثها، بحيث لا يعود سببها لا على الإدارة أو حتى المتعاقد، ونظرية الظرف الطارئ قد تخرج عن السيطرة وتجعل ما تم إنجازه من العقد منعدمة تماما، كالكوارث الطبيعية مما تجعل من استمرار استقراره بالتعويض الجزئي منعدمه، أضيف إليه فيروسات كجائحة كورونا مثلاً الذي أصاب العالم بالكامل وانعدمت فيه حركة الانسان والحركة الاقتصادية لمدة ما يقارب من عامين مشلولة، فكيف يمكن مشاركة الإدارة بالتخفيف الجزئي في إعادة التوازن المالي للعقد المتعاقد، في حين إذا أصبح عقد المتعاقد غدا منهكاً بالكامل بفعل الظرف الطارئ، فهل يأتي بالتخفيف الجزئي كما هو معتاد وثم يتم إلزام المتعاقد بالتنفيذ أم بالتعويض الكامل؟، وفي هذه الحالة في نظرنا المتواضع لا يتحقق التعويض إلا بالتعويض الكامل من أجل الحفاظ على استمرار المرفق الذي أنشئ من أجله العقد أن تحققت شروطها قانونا، حتى لا تتحمل الإدارة تعويض المتعاقد وإنشاء العقد من جديد بقيمة أخرى قد تكون أعلى من التعويض الكامل للمتعاقد معها،

3– يرى الباحث أن الخلل الواقع من خلال ما لمسه في هذا البحث، وما وقف عليه من أحكام قضائية، في منازعات إعادة التوازن المالي للعقد في العقود الإدارية، كانت تحصل في معظمها في الأشغال العامة، والسبب الرئيسي في نظرنا المتواضع، سببها تكمن في إسناد تصميم المشروعات، والإشراف عليها من قبل استشاري واحد، مصمم ومشرف دون طرف محايد، فالذي قام بالتصميم والإشراف عليه في

أغلب المشروعات، هي التي تعثرت وسببت في اختلال التوازن المالي للعقد ومن ثم المنازعات والتعويض عنها من خزينة الدولة، وتأخر إنجاز المرفق العام تحت أعذار واهية قد لا تتحقق بالضرورة وبالتالي تفاديا لذلك، نوصي باستبعاد مصمم المشروع عن الإشراف وأعطى ذلك لطرف محايد إن لم تكون الإدارة قادرة على الإشراف عليه بنفسها، وذلك ضماناً للحيادية وجودة إنجاز المشروع في وقته المحدد خدمة للمرفق العام، لأن الطرف المحايد لا يمكن أن يقبل على نفسه التستر على عيوب وأخطاء الآخر،

4– يرى الباحث بأنه هناك توجه جديد للقضاء العادي المدني الذي تم ملامسته من خلال هذا البحث، مما يعد خطوة مهمة في تخفيف أعباء العقود التعسفية أو المجحفة التي توقع بين أطراف غير متكافئة تحت ضغط ظروف الحاجة، بحيث لو لا تلك الحاجة لما وقع ذلك الالتزام، وبالتالي الاستمرار في هذا التوجه في تخفيف من وطأة تنفيذ الشروط المجحفة إما بالتعديل أو بإعادة التوازن المالي للعقد أمر مهم وتطور إيجابي نتمنى أن نرى تواتر أحكامه في تخفيف أعباء المتعاقدين وخاصة منهم حسن النية، ويشيد الباحث بهذا التوجه المحمود.

الإحالات والمراجع:

1. أحمد سمير قرني. (23 12، 2018). عقود الإذعان في الفقة الإسلامي. 152. الشارقة، إمارة الشارقة، الامارات العربية المتحدة: كلية الشريعة والدراسات الإسلامية.
2. الجريدة الرسمية العمانية. (21 11، 1999). المادة (6) من قانون محكمة القضاء الإداري العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (99/91). قانون محكمة القضاء الإداري العماني، عدد 660. مسقط، محافظة مسقط، سلطنة عمان: الجريدة الرسمية العمانية.
3. الحكم بين الشركة الوطنية لتجهيز خليج طنجة ضد شركة البناء والأشغال العمومية، 401 في الملف 95/5/305 (قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى المغربي 12 اكتوبر، 1995).
4. الدعوى الجيلالي شكير بن أحمد ضد بلدية خربيكة، عدد 446 (المحكمة الإدارية بالدار البيضاء 28 4، 2003).
5. الدكتور أحمد شوقي محمد عبدالرحمن. (2002). البحوث القانونية في مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية، دراسة مقارنة فقهية وقضائية. مصادر الالتزام الإرادية وغير الإرادية ،دراسة مقارنة فقهية وقضائية. الاسكندرية، مصر: منشأة المعارف الاسكندرية.
6. الدكتور إسحاق صلاح أبوطه، و الدكتور مصطفى لطفي شاكر. (2017). القانون الإداري - القرار الإداري - العقد الإداري - الوظيفية العامة (المجلد الأولى). الامارات - لبنان: دار الكتاب الجامعي.
7. الدكتور حسن عبدالله عبدالرضا الكلابي. (بلا تاريخ). اختلال التوازن المالي العقدي الناجم عن الشروط التعسفية ، دراسة مقانة. بغداد: كلية الحقوق ، جامعة بغداد.
8. الدكتور محمد يحيا . (2006). المغرب الإداري - المبادئ التنظيم الإداري ، المركزية ، واللامركزية ، السلطات المستقلة - مظاهر النشاط الإداري وسائل النشاط الإداري - أعمال الادارة (الصفقات العمومية -والأموال العامة). طنجة، المملكة المغربية : مطبعة وراقة اسبرطيل.
9. الدكتور محمد يحيا. (2019). المغرب الإداري - مبادئ التنظيم الإداري -مظاهر النشاط الإداري - وسائل النشاط الإداري (المجلد 6). طنجة، المملكة المغربية : مطبعة اسبارتطيل.

10. الدكتور مصطفى أبوزيد. (1998). القضاء الإداري ومجلس الدولة (المجلد العاشرة). الاسكندرية، مصر: دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية.
11. حكم محكمة القضاء الإداري العُماني استئناف رقم (543) لسنة (11) ق.س، 543 (محكمة القضاء الإداري العُماني 5 ديسمبر، 2011).
12. حكم محكمة القضاء الإداري في الإستئنافين رقمي (639) و (649)، الإستئنافان رقما (639) و (649) (محكمة القضاء الإداري 12 مايو، 2015).
13. خليفة بوداود، و السعيد وبوزيان. (2017 - 2018). مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي. دور القضاء في إعادة التوازن المالي للعقد . الجزائر: كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد بوضياف.
14. د.بوجمعه بو عزواي . (2018). القضاء الإداري المغربي. المغرب: طبع واخراج مطابع المعارف الجديدة.
15. د.الشريف الغيوبي. (- يوليو واكتوبر، 2009). تفويض تدبير المرافق العمومية نحو شراكة متينة مع الخواص. المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد (88-87)، صفحة 96.
16. سالم أحمد حار الكثيري. (2012 - 2013). أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون العام. (مسؤولية الإدارة في منازعات العقود الإدارية في التشريعي المغربي والعماني). طنجة، المملكة المغربية: جامعة عبدالمالك السعدي "كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية".
17. سليمان محمد الطماوي . (2008). الأسس العامة للعقود الإدارية ، دراسة مقارنة. مصر: دار الفكر العربي.
18. سورة البقرة ، الآية 286. (بلا تاريخ).
19. سورة البقرة الآية 285. (بلا تاريخ).
20. قانون الالتزامات والعقود المغربي . (12 أغسطس، 1913). الفصل 230 . ظهير شريف. المغرب: الحكومة المغربية.
21. مبدأ مستخلص عن المحكمة العليا العمانية، الطعن 101 / 2008 (المحكمة العليا العمانية 7 2، 2008).
22. مبدأ مستخلص من حكم المحكم الإدارية بالدار البيضاء، عدد 426 (المحكم الإدارية بالدار البيضاء 28 4، 2003).
23. مبدأ مستخلص من محكمة القضاء الإداري العماني - الدائرة الاستئنافية، 240 (محكمة القضاء الإداري العماني 16 4، 2013).
24. محكمة القضاء الإداري العماني دائرة الاستئناف. (10 11، 2014). رقم الحكم (773) لسنة (14) ق س. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري ، جزء الأول (2015)، 2014، 279. مسقط، محافظة مسقط، سلطنة عمان: محكمة القضاء الإداري (المكتب الفني).
25. محمد أبوبكر عبدالمقصود. (2009). إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ظل الأزمة المالية العالمية "نظرية الظروف الطارئة". المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر ، لكلية الحقوق جامعة المنصورة الجوانب القانونية والإقتصادية للأزمة المالية العالمية. المنصورة: جامعة المنصورة. تم الاسترداد من https://www.researchgate.net?publication/335029134
26. محمد سعيد حمد المعمري. (2011). الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلتي الإنعقاد والتنفيذ - دراسة مقارنة. الاسكندرية، مصر: دار الجامعة الجديدة.