التوازن العقدي في العقد الإداري

د. نور ليث مهدي
مدرس في كلية الإسراء الجامعة ـ بغداد

(ISSN : 2537 - 0758)

التوازن العقدي في العقد الإداري

د. نور ليث مهدي

المقدمة:

يُعدُّ العقد الإداري إحدى أبرز الأدوات التي تستعين بها الإدارة في مزاولة نشاطاتها، ومواجهة حاجات الأفراد وإشباعها، وتسيير المرافق العامة. ومن ثمَّ العمل على تحقيق مقتضيات المصلحة العامة. وقد أشارت آراء الفقه وأحكام القضاء إلى تميّز العقد الإداري بخصائص وأحكام تختلف عن تلك التي تخضع لها العقود الخاضعة إلى أحكام القانون الخاص[١].

وهذا ما يتجلى بوضوح في التعاريف التي قدّمت للتعريف بهذا العقد. ومن ذلك بأنه "العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام، أو بمناسبة تسييره، وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص"[٢].

ويظهر مما تقدّم أن العقد الإداري التقليدي يتميز بخصائص أهمها تعلقه بمرفق عام سواء من حيث إنشاء هذا المرفق أو تسييره.

---

[١] إلاّ أن هذا الاختلاف لا ينفي خضوع العقد الإداري لبعض الأحكام التي تقررها النظرية العامة للعقد التي تقررها قواعد القانون الخاص. فالعقد الإداري هو بالنتيجة عقد، شأنه شأن باقي العقود، يخضع لأحكام النظرية العامة للعقد التي تقررها قواعد القانون الخاص مع مراعاة طبيعة هذا العقد، والاختلاف في طبيعة المصلحة بينهما. يُراجع: الدكتور علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الأول، دون ذكر الناشر، بيروت، ط١، ٢٠١١، ص٩٧.

[٢] يُراجع: الدكتورة سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠١٧، ص٥. وهنا تجدر الملاحظة أن العقود التي تبرمها الإدارة لا تخضع جميعاً إلى قواعد القانون العام، إذ يكون بإمكانها أن تبرم عقوداً مع الأفراد تحكمها من الناحية الموضوعية قواعد القانون الخاص وتسري عليها– كقاعدة– ما يسري على العقود التي يبرمها الأفراد فيما بينهم. يُراجع: الدكتور سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، ٢٠١٦، ص٢٦.

وكذلك لجوء الإدارة إلى وسائل أو أساليب القانون العام عند إبرامه، وذلك بتضمين العقد شروطاً وأحكاماً استثنائية لا تقررها قواعد القانون الخاص بالنسبة للعقود التي تخضع لأحكامها.

وقد ترتب على هذا الأمر ظاهرة اختلال التوازن العقدي في العقود التي تبرمها الإدارة. ومن ثمَّ كان لا بُدَّ من العمل على إعادة التوازن بين مصالح طرفي العقد الإداري.

وقد تحقق بعض هذا التوازن بإقرار القضاء لبعض النظريات التي عالجت اختلال التوازن المالي بين طرفي العقد الإداري، ومن هذه النظريات نظرية عمل الأمير، ونظرية الظروف الطارئة، ونظرية الصعوبات المالية غير المتوقعة. إلاّ أنَّ هذه النظريات، وغيرها اكتفت بمعالجة اختلال التوازن المالي في العقد الإداري.

إلاّ أنَّ التطور الحاصل في المجتمعات المعاصرة، وظهور مفاهيم كالخصصة والعولمة ونقل التكنولوجيا، وغير ذلك من أفكار، أدى إلى اتساع أعداد العقود التي تبرمها الإدارة في مختلف نواحي الحياة. وكذلك بروز عقود إدارية لم تكن معروفة سابقاً، كعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية المعروف اختصاراً بـ (BOT).

وعقود نقل التكنولوجيا وعقود المشاركة أو الشراكة بين القطاعين العام والخاص. وقد أدى ذلك إلى ضرورة إعادة النظر بأهم خصائص العقد الإداري التقليدي– وهي المتعلقة بتضمينه شروطاً وأحكاماً استثنائية بفعل استعمال أساليب القانون العام عند إبرامه– وما يترتب على ذلك من ضرورة إعادة النظر بفكرة التوازن بين مصالح طرفي العقد الإداري.

إشكالية البحث:

يتناول هذا البحث ظاهرة اختلال التوازن العقدي بين طرفي العقد الإداري وذلك بالوقوف على أسباب هذه الظاهرة. وما يمكن أن يقدّم من حلول لمعالجتها.

تقسيم البحث:

(ISSN : 2537 - 0758)

سيقسم البحث على مبحثين، نتناول في المبحث الأول أسباب ظاهرة اختلال التوازن العقدي في العقد الإداري. ثم نبين في مبحثٍ ثانٍ الحلول المقدّمة لمعالجة ظاهرة اختلال التوازن المذكور.

المبحث الأول
أسباب ظاهرة اختلال التوازن العقدي

يتميز العقد الإداري عن العقود الخاضعة لأحكام القانون الخاص أولاً بتشعب وتعقد مراحل إبرامه[٣]. وكذلك باختلاف أساليب إبرامه[٤]. فضلاً عن أن حرية الإدارة والمتعاقد معها في وضع شروط العقد تبدو ضيقة؛ لأنَّ المشرّع عمل على تقييد إرادتها في حدود معينة لا يملك أي منهما الخروج عنها إلاّ في أحوال استثنائية.

وإذا كانت أسباب ظاهرة اختلال التوازن العقدي بين طرفي العقد الإداري تنشأ عن أسباب عدّة، إلاّ أن أهم هذه الأسباب تتمثل بما يتضمنه العقد من شروط تتولى الإدارة

---

[٣] وتتمثل هذه المراحل بضرورة الحصول على ترخيص أو إذن مالي لتغطية نفقات العقد. وضرورة الحصول على ترخيص بإبرام العقد من جهة ما، قد تكون البرلمان، وذلك عندما يشترط القانون وجوب الحصول على موافقته لإبرام العقد. وقد تكون هذه الجهة هي الإدارة، كموافقة مجلس الوزراء والوزير أو مجلس إدارة المؤسسة أو الهيأة. فضلاً عن الحصول على استشارات مسبقة من جهات معينة لإبرام العقد. ثم إتباع الأشكال والإجراءات التي حددها القانون بشأن كيفية إبرام العقد. للتفصيل يُراجع: الدكتور سليمان الطماوي، مصدر سابق، ص ٣١٩-٣٤١. الدكتورة سعاد الشرقاوي، مصدر سابق، ص ٢١٩ وما بعدها.

[٤] تتمثل أساليب إبرام العقد الإداري، أو بمعنى آخر طريقة اختيار المتعاقد مع الإدارة، أولاً بأسلوب المناقصة. وهذا الأسلوب يُعدُّ أهم الطرق التي نظمها القانون لاختيار المتعاقد مع الإدارة. وتلزم الإدارة بمقتضاه باختيار المتعاقد الذي يقدّم أقل عرض مالي. أما الأسلوب الثاني فهو المزايدة، ويتم في ظل هذا الأسلوب اختيار المتعاقد الذي يقدّم أعلى عطاء أو عرض مالي. وتلجأ الإدارة إلى هذا الأسلوب في حال رغبتها في إيجار أو بيع بعض أموالها أو تقديم بعض الخدمات. أما الأسلوب الثالث فهو أسلوب التعاقد المباشر إذ تلجأ الإدارة أحياناً إلى أسلوب التعاقد المباشر لإنجاز الأعمال التي يقتضيها العقد، وتتمتع الإدارة في ظل هذا الأسلوب بهامش عن الحرية في اختيار المتعاقد معها. للتفصيل يُراجع: الدكتور ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٦، ص ١٠٦ وما بعدها.

غالباً وضع أحكامها. وهذه الشروط تتضمنها ما يعرف (بكراسة الشروط)، وهذه الكراسة تضم نوعين من الشروط هما: الشروط أو المواصفات الفنية. والشروط المالية. ولما كان اختلال التوازن ينشأ– كما ذكرنا– مما يتضمنه العقد من شروط سواء أكانت فنية أم مالية، فلا بُدَّ من الوقوف على ماهية هذه الشروط، وذلك بتقسيم المبحث الأول على مطلبين، نتناول فيه أولاً الشروط الفنية والمالية وذلك في المطلب الأول. ثم نبين في المطلب الثاني في فكرة الشروط الاستثنائية التي يتضمنها العقد الإداري، وما ينشأ عنها من اختلال في التوازن بين طرفيه.

المطلب الأول
الشروط الفنية والمالية للعقد

ذكرنا فيما سبق أن الإدارة هي من تتولى عادةً وضع شروط العقد سواء في شقها الفني أم المالي، إلاّ أنه من الممكن أن تتفاوض الإدارة أحياناً مع المتعاقد بشأن شروط العقد[٥]. وتتولى الإدارة صياغة شروط العقد، وهذا يتم غالباً استناداً إلى نصوص القانون أو النظام أو اللائحة[٦]. إلاّ أن حرية الإدارة في صياغة شروط العقد، ومن بينها شروطه الفنية، هي مقيدة بالعديد من القيود، ومنها وجوب إتباع النصوص الآمرة للقانون أو النظام. ونبين أولاً في (فرع أول) الشروط الفنية التي يتضمنها العقد الإداري، ثم نبين في (فرعٍ ثانٍ) الشروط المالية.

الفرع الأول
الشروط الفنيــة

تمثل الشروط الفنية للعقد مجموعة من الشروط التي تبين طبيعة العمل الذي تروم الإدارة تنفيذه من خلال العقد ومواصفاته الفنية، وشروط تنفيذه، وكذلك الشروط الواجب

---

(٥) يُراجع: الدكتورة سعاد الشرقاوي، مصدر سابق، ص ٣٤٥.

(٦) وهذا ما دعا البعض إلى التساؤل عما إذا كانت العقود الإدارية تبقى محتفظة بوصفها معقود ام أن صياغتها تنفي عنها هذه الصفة؟ ذهب رأي في الفقه إلى أن العقد الإداري لا يمثل سوى عمل شرطي Acte– Condition يؤدي إلى إعمال قاعدة عامة على حالة خاصة. بينما ذهب رأي آخر إلى أن صياغة العقد من قبل الإدارة مسبقاً ومنفرداً لا ينفي عنها صفة العقد. يُراجع: الدكتورة سعاد الشرقاوي، مصدر سابق، ص ٣٤٥.

(ISSN : 2537 - 0758)

توافرها في المتعاقد مع الإدارة. ويمكن تقسيم الشرط الفنية على طائفتين من الشروط هما: الشروط المتعلقة بتنفيذ العقد، والشروط أو الإجراءات المتعلقة بإبرامه، ومن ذلك ما يتصل بشخص المتعاقد. إلاّ أنه قبل البحث في هذه الشروط لا بُدَّ من الإشارة إلى الغاية التي تهدف إليها الشروط الفنية للعقد هي ضمان اختيار الإدارة لأكفأ المتقدمين إليها لأداء الخدمة بصرف النظر عن الاعتبارات المالية[٧].

أولاً: الشروط المتعلقة بتنفيذ العقد

مما لا شك فيه أن الإدارة عندما تعلن عن رغبتها بالتعاقد على تنفيذ عمل ما فإنه تهدف من ذلك تحقيق هدف معين من العمل المذكور، وهذا الهدف يتمثل بوجه عام في تأمين حاجات الأفراد أو المجتمع من الخدمة المرجوة من تنفيذ العقد، فعلى سبيل المثال فإنها عندما تعلن عن إنشاء سداً ما، أو محطة لتصفية المياه، أو لتوليد الطاقة الكهربائية، أو لإنشاء مجارٍ للصرف الصحي، أو غير ذلك فهي تهدف بذلك إشباع حاجات الأفراد من الخدمات المذكورة. ومن ثم فإنَّ الشروط المتعلقة بتنفيذ العقد يحكمها ضابط عام هو وجوب تنفيذ العمل المعلن عن الرغبة في إنجازه لتحقيق الهدف المنوه عنه سابقاً.

وتختلف الشروط الفنية المتعلقة بتنفيذ العقد باختلاف نوع العمل المطلوب القيام به ففي عقود الأشغال العامة، ومن بينها مقاولات البناء أو التشييد. فينبغي أن يتضمن الإعلان عن تنفيذ العمل شروطاً معينة من أهمها:

١- بيان تفصيلي لطبيعة العمل أو الأعمال التي يتطلب العقد تنفيذها، كوصف لكافة المنشآت التي يتم تشييدها كعدد الغرف أو الصالات أو المرافق الأُخرى. أو تحديد لطبيعة المنشآت التي ينبغي القيام بها، كعدد منافذ السد والطاقة الاستيعابية له والطاقة التشغيلية له.

٢- بيان بطبيعة المواد المستعملة في تنفيذ العمل، كنوع ألواح الحديد أو الخشب أو مواد البناء ومواصفاتها.

٣- بيان بمدة إنجاز العمل بوجه عام، إلى غير ذلك من بيانات.

---

[٧] الدكتور سليمان الطماوي، مصدر سابق، ص ٢٢٣.

ثانياً: الشروط المتعلقة بإبرام العقد

تتولى هذه الشروط تحديد الآتي:

١- الشروط الواجب توافرها في مقدم العرض أو العطاء، كاشتراط حصوله على إجازة من جهة رسمية معينة بممارسة الأعمال المزمع القيام بها. أو اشتراط أن يكون شخصاً معنوياً، كشركة، وليس شخصاً طبيعياً. أو اشتراط تقديمه قائمة بالأعمال التي تولى تنفيذها. وكذلك اشتراط تقديمه شهادة تثبت قيامه بتلك الأعمال بكفاءة ودون أي تأخير أو تلكؤ.

٢- شروط أُخرى تتصل بتنفيذ العمل، ومن ذلك ما يتعلق بالصيانة ومدتها. وما إذا كانت أعمال الصيانة تتطلب توفير قطع الغيار من عدمه. وكذلك الشروط المتعلقة بالضمان، كضمان جودة الخدمة. أو ضمان جودة تنفيذ العمل. ومدة الضمان، ونطاقه.

الفرع الثاني
الشروط الماليـــة

فضلاً عما يتضمنه العقد من شروط فنية، فإنه يتضمن كذلك شروط مالية تحدد بوجه عام النواحي المالية للعقد. وتهدف هذه الشروط إلى ضمان المحافظة على المال العام وتحقيق أكبر وفر مالي للخزينة العامة[٨]. وتختلف الشروط المالية باختلاف الوسيلة التي تتعاقد بها الإدارة فيما إذا كانت مناقصة أم مزايدة أم ممارسة؟ وكذلك تختلف باختلاف طبيعة الأعمال أو التعهدات التي تروم الإدارة تحقيقها من العقد المراد إبرامه. والشروط المالية متنوعة ومنها:

١- الشروط المتعلقة بقيمة العقد، كقيمة المنشآت أو المباني المراد تشييدها أو قيمة المواد المراد تجهيزها أو توريدها للإدارة. أو قيمة العقار المراد بيعه أو مقدار بدل الإيجار الذي تحدده الإدارة كمقابل للانتفاع ببعض أموالها. وفي الأحوال جميعاً فإنه ينبغي على الإدارة العمل على اختيار أقل العروض قيمة من الناحية المالية إذا لجأت إلى أسلوب المناقصة. وكذلك أعلى العروض قيمة إذا ما لجأت إلى أسلوب

[٨] الدكتور سليمان الطماوي، مصدر سابق، ص ١٢٣.

(ISSN : 2537 - 0758)

المزايدة. ومع ذلك يرى البعض بأنه يجوز في العقود ذات الطابع الفني الخاص أو التي يترك فيها للمتقدمين بعض الحرية في تحديد أو تعديل المشروع أو المواصفات التي وضعتها الإدارة أن يكون إرساء المناقصة على أساس الموازنة بين السعر والاعتبارات الفنية للعينة أو للنموذج أو المشروع[٩].

٢- الشروط المتعلقة بكيفية التقدم للعقد المعلن عن تنفيذه.

غالباً ما تضع الإدارة بعض الشروط المالية التي تبين كيفية التقديم على العقد المراد تنفيذه سواء تم بطريق المناقصة أو المزايدة ومن هذه الشروط:

أ- تقديم وثيقة معتمدة من جهة ما بالمقدرة المالية للمتقدم.

ب-وجوب إيداع مبالغ تحدد بنسبة معينة من قيمة العقد لتستوفي مقدماً إما بشكل خطاب ضمان أو صك أو إيداع نقدي لمصلحة الجهة المستفيدة من العمل.

جـ-وجوب دفع ثمن وثائق المناقصة أو المزايدة، سواء تم الحصول عليها بشكل ورقي أو إلكتروني.

٣- الشروط المتعلقة بكيفية سداد المبالغ المترتبة على العقد:

تختلف هذه الشروط باختلاف أسلوب التعاقد وطبيعة العمل. إذ قد يرتب العقد وجوب قيام الإدارة بوفاء الالتزامات المالية الناشئة عن العقد. والعكس قد يلزم المتعاقد مع الإدارة بوفاء الالتزامات المالية الناشئة عن العقد. ويحدد العقد عادةً كيفية الوفاء فيما إذا كان دفعة واحدة أو على شكل دفعات ومواعيد الوفاء. وفيما إذا كان الوفاء معلق على قيام المتعاقد بعمل ما أو أعمال معينة أم لا.

٤- الشروط المتعلقة بالضمان والغرامات:

ومن هذه الشروط ما يتعلق بالآتي:

أ- مقدار الغرامة التأخيرية التي تفرض على المتعاقد ومتى تفرض؟

ب-وكذلك ما يتعلق بالضمان من حيث طبيعة هذا الضمان ونوعه ونطاقه.

---

[٩] المصدر نفسه، ص ٨٨٩.

المطلب الثاني
الشروط الاستثنائية في العقد الإداري

أشرنا في صفحات سابقة إلى أن العقد الإداري يتميز عن العقد المدني بتضمينه شروطاً وأوضاعاً استثنائية غير معهودة في العقود الخاضعة لأحكام القانون الخاص، وقد استقر الرأي في الفقه والقضاء التقليدي على الإقرار للإدارة بالحق في وضع هذه الشروط مع المتعاقد معها. إلاّ أنه يقع أحياناً أن تلجأ الإدارة إلى وضع شروط أُخرى تتجاوز مفهوم الشروط الاستثنائية، وهذه الشروط ينشأ عنها اختلالاً في التوازن بين طرفي العقد الإداري. ونبين في فرع أول ماهية الشروط الاستثنائية التي يتضمنها العقد الإداري. ثم نبين في فرعٍ ثانٍ الشروط التي تتجاوز مفهوم الشروط الاستثنائية.

الفرع الأول
الشـروط الاستثنائية

نظراً لتعلق العقد الإداري بمرفق عام، وتعلقه بحاجات الأفراد، فقد منحت قواعد القانون العام للإدارة الحق في وضع شروط استثنائية غير معهودة في العقود الخاضعة للقانون الخاص والتي تبرمها مع الغير. وقد عدَّ القضاء تضمين العقد الإداري لهذه الشروط بمثابة أهم الخصائص التي تميز العقد المذكور عن العقد المدني، إذ قضى مجلس الدولة الفرنسي في قضية Des grantits Proohroides des vosge. 31 Juillet 1912 إلى أن العقد الذي تبرمه الإدارة من دون أن يتضمن شروطاً استثنائية مقررة لمصلحة الإدارة لا يُعدُّ عقداً إدارياً بل من عقود القانون الخاص[١٠]. وبالعكس فإذا كان العقد متضمناً على نظام استثنائي عن قواعد القانون الخاص، ومتعلقاً بمرفق عام . وهو تقديم خدمة الطاقة الكهربائية . فيُعدُّ من العقود الإدارية، وهذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في حكم صادر في ١٩٧٣/٤/٩[١١].

---

[١٠] أشار إلى الحكم الدكتور ماجد راغب الحلو، مصدر سابق، ص ٦٥.

[١١] أشار إلى الحكم الدكتور فاروق أحمد خماس، الدكتور محمد عبد الله الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة الموصل، ١٩٩٢، ص ٣٤.

(ISSN : 2537 - 0758)

أما بشأن تحديد المقصود بالشروط الاستثنائية، فقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي في قضية Stien في ١٩٥٠/١٠/٢٠ إلى أن الشروط الاستثنائية هي "تلك التي تمنح أحد الطرفين المتعاقدين حقوقاً أو تحمله التزامات غريبة في طبيعتها عن تلك التي يمكن أن يوافق عليها من يتعاقد في نطاق القانون المدني أو التجاري"(١٢).

أما القضاء المصري، فلم يضع تعريفاً للشروط الاستثنائية، وإنما أشار إلى بعض صورها، إذ قضى مجلس الدولة المصري في ١٦/ديسمبر/١٩٥١ إلى أنه " وحيث أنه يبين من الإطلاع على العقد المبرم أنه قد تضمن شروطاً منها التزام المدعى عليه بتقديم المشروبات والمأكولات بأسعار محدودة مرفقة بالعقد على أن يكون لجهة الإدارة حق زيادتها أو تخفيضها وأن يقدم لموظفي ومستخدمي المحكمة– وهي جهة الإدارة في هذا العقد– المشروبات بأثمان مخفضة، وأن يلتزم أمر الجهة الإدارية إذا رأت فصل أحد العمال لعدم نظافته أو سوء سلوكه أو لأي سبب كان، كما اشترط في العقد أن للمحكمة الحق في التفتيش على المقاصف والعمال في أي وقت، والأمر بإجراء النظافة واستبدال غير اللائق من المعدات على حساب المدعى عليه، إذ قَصَرَ في هذا الشأن. وكذلك على حق المحكمة في فسخ العقد، والإخلاء من دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار، وهذه كلها شروط غير مألوفة في العقود الخاصة المماثلة"(١٣). وبعد الإشارة إلى التعريف بالشروط الاستثنائية نورد أهم الأمثلة عليها وبالشكل الآتي:

١– حق الإدارة في توجيه الأوامر والتعليمات في أثناء تنفيذ العقد إلى المتعاقد معها.

٢– حق الإدارة في إيقاع الجزاءات على المتعاقد معها، ومن ذلك الغرامات المالية، وفسخ العقد من دون خطأ أو من دون اللجوء إلى القضاء.

٣– حق الإدارة في اقتضاء حقوقها مع المتعاقد معها بطريق التنفيذ المباشر أو الجبري(١٤).

---

(١٢) أشار إليه الدكتور سليمان الطماوي، مصدر سابق، ص ٨٨.

(١٣) المصدر نفسه، ص ٨٩.

(١٤) في تفصيل ذلك يُراجع: الدكتور ماجد راغب الحلو، مصدر سابق، ص ٦٥.

الفرع الثاني
الشروط التي تخرج عن مفهوم الشروط الاستثنائية

قد يتضمن العقد الإداري– فضلاً عن الشروط الاستثنائية التي أجازها المشرّع والقضاء والفقه– شروطاً تتجاوز أو تخرج عن مفهوم الشروط الاستثنائية. وهذه الشروط قد تنشأ أحياناً عن مبالغة الإدارة في تضمين العقد لشروط غير مألوفة، أي (تعظيم) هذه الشروط.

وقد تنشأ عن جهل الإدارة في فهم مضمون الشروط الاستثنائية، وتوسعها في تحديد مضمونها. فتكبل المتعاقد مع الإدارة بقيود تتضمن عنتاً أو إرهاقاً شديداً قد يصيب البعض– وهذا ما هو ملاحظ عملاً– بالنفور أو العزوف عن التعاقد مع الإدارة. إذ تجعل هذا الأخير بمثابة التابع الذي عليه أن يذعن لرغبات الإدارة، وليس بمركز المتعاقد الذي يملك حرية إبرام العقد[١٥]، والتفاوض بشأن ما ورد فيه من شروط قد تتعلق بإبرام العقد أو تنفيذه.إلاّ أنه يبدو من العسير وضع مفهوم محدد للشروط التي تتجاوز الشروط الاستثنائية، وفي هذه الحالة لا بُدَّ من ذكر الأمثلة على الشروط المذكورة وبالشكل الآتي:

أولاً: الشروط المتعلقة بإبرام العقد

قد يتضمن العقد الإداري شروطاً تخرج عن مفهوم الشروط الاستثنائية وذلك في مرحلة إبرامه ومن ذلك:

[١٥] إذ أكدت المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم ٧١ في ١٩٩٧/١٠/٤ بأن حرية التعاقد هي من الخصائص الجوهرية للحرية الشخصية، فضلاً عن كونها وثيقة الصلة بالحق في الملكية، وذلك بالنظر إلى الحقوق التي ترتبها العقود فيما بين أطرافها، أياً كان المدين بأدائها، وأن الدائرة المنطقية التي تعمل الإرادة الحرة في نطاقها، لا يجوز اغتيالها تماماً، وإلاّ كان ذلك إنهاءً لوجودها، ومحواً كاملاً للحرية الشخصية في واحد من أكثر من مجالاتها تعبيراً عنها، ممثلاً في إرادة الاختيار استقلالاً عن الآخرين، بما يصون لهذه الحرية مقوماتها، ويؤكد فعاليتها... أشار إلى الحكم الدكتور محمود حمدي عباس عطية، توازن القوى في مرحلة إبرام العقد الإداري، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، ٢٠١٢، ص ١٢.

(ISSN : 2537 - 0758)

١- مطالبة المتقدمين بتقديم شهادة بإنجاز أعمال مماثلة للعمل المعلن عن النيّة في تنفيذه في العرض الذي قدّمته الإدارة في ظل افتقار المتقدمين جميعاً لمثل هذه الشهادة بسبب أن العمل المعان عنه يتطلب خبرات في تنفيذه غير موجودة في البلد، ومثال ذلك الإعلان عن تشييد طريق يسلكه قطار في وسط البحر أو النهر من دون أن تتوافر الخبرات الوطنية الكافية للقيام بمثل هذا العمل.

٢- المبالغة المفرطة في تحديد التأمينات اللازمة للدخول في المناقصة أو المزايدة. وكذلك التأمين المطلوب تقديمه لضمان حسن تنفيذ العمل، ومثال ذلك أن تحدد التأمينات بمبلغ يتجاوز نصف قيمة العمل المعلن عن النية في تنفيذه.

ثانياً: الشروط المتعلقة بتنفيذ العقد

ومن هذه الشروط:

١- المبالغة المفرطة في تحديد مبالغ الغرامات التي يمكن أن توضع على المتعاقد الآخر في حال عدم تنفيذ التزاماته أو تنفيذها بشكل معيب أو التأخر في التنفيذ.

٢- تقرير الحق للإدارة بفسخ العقد من دون مسوّغ معقول ولأدنى سبب.

٣- عدم الاعتداد بالقوة القاهرة التي تجعل تنفيذ المتعاقد لالتزامه مستحيلاً، أو تجعل من تنفيذ الالتزام أمراً مرهقاً له يصيبه بخسارة كبيرة. وتحميل المتعاقد مع الإدارة تبعة القوة القاهرة.

المبحث الثاني
الحلول المقدمة لإقامة التوازن بين مصالح طرفي العقد الإداري

حتمت التطورات التي شهدتها المجتمعات المعاصرة بضرورة إعادة النظر في الكثير من المفاهيم القانونية التقليدية، ومن ذلك الأسس التي قامت عليها نظرية العقد الإداري، والقواعد التي تحكمه، إذ دعت آراء الفقه المعاصر- وكما سنبين ذلك- إلى ضرورة إعادة النظر في أسس وخصائص وأحكام العقد الإداري، ومن ذلك ما يتصل بفكرة التوازن بين مصالح أطراف العقد المذكور. إذ دعت بعض الآراء الفقهية إلى ضرورة تبني مفهوم أطلق عليه مفهوم (التوازن الشامل) بعد أن كشفت التجربة أن

المفهوم التقليدي للعقد الإداري- بوصفه "تراضي بين طرفين أحدهما شخص من أشخاص القانون العام يتضمن شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص بهدف إدارة أو استغلال مرفق عام- أصبح مفهوماً عاجزاً عن لعب دور فاعل في تنمية النشاط الاقتصادي للدولة...

وإنَّ سطوة الإدارة بسلطاتها وامتيازاتها اللامحدودة- والتي لا تقارن بامتيازات المتعاقد معها- يمثل تهديداً مستمراً لتوازن القوى في العقد الإداري"[١٦]. ولا يقتصر مفهوم التوازن في العقد الإداري على المسائل المتصلة بالجوانب المالية، وإنما يغطي المحافظة على التوازن بين التزامات طرفي العقد في صيغة مقبولة لا تجعل لإرادة طرف وجه هيمنة بغير مقتضى معقول على الطرف الآخر[١٧].

وتستند الحلول المقدمة لإعادة التوازن بين مصالح طرفي العقد الإداري إلى بعض الأفكار التي طرحها الفقه المعاصر، وهي على وجه التحديد فكرة التعاون بين طرفي العقد الإداري. وكذلك تطوير المفهوم التقليدي لمبدأ حسن النيّة. ونبين تباعاً هذه الحلول في مطلبين وبالشكل الآتي: المطلب الأول: فكرة التعاون بين طرفي العقد الإداري. المطلب الثاني: تطوير مبدأ حسن النيّة.

المطلب الأول
فكرة التعاون بين طرفي العقد الإداري

ذهبت بعض الآراء إلى تصوير العقد بأنه تعبير عن مصالح متعارضة[١٨]. أو بعبارة أُخرى صراع بين إرادتين أو أكثر يحاول كل طرف من أطرافه الاستئثار بأكبر قدر من المنافع أو المزايا[١٩]. ولما كان العقد الإداري هو، عقد كباقي العقود، فقد

---

[١٦] يُراجع: الدكتور محمود حمدي عباس عطية، مصدر سابق، ص ١٠-١١.

[١٧] المصدر نفسه، ص ١٣.

[١٨] يُراجع: الدكتور علي عبد الأمير قبلان، مصدر سابق، ص ٨٤.

[١٩] وهذا ما يظهر بوضوح في المرحلة السابقة على التعاقد النهائي، إذ يتم في هذه المرحلة تحديد الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد، فيتولى كل طرف دراسة ما تقدم به الطرف الآخر من

(ISSN : 2537 - 0758)

انعكست الفكرة المذكورة على هذا العقد. وتجلى ذلك بمنح الإدارة سلطات وصلاحيات استثنائية في مواجهة المتعاقد معها ضماناً لهيمنتها وترجيحاً لكفتها قِبل المتعاقد معها، وأفرز ذلك ظاهرة اختلال التوازن بين طرفي العقد المذكور. وعلاجاً لهذا الاختلال، فقد طرحت بعض آراء الفقه الحديث مبادئ جديدة ينبغي أن تحكم العلاقة بين طرفي العقد بوجه عام، ويضمن ذلك طرفي العقد الإداري، ومن بين هذه المبادئ ما يعرف بمبدأ التعاون بين طرفي العقد. ونبين في (فرع أول) المقصود بفكرة التعاون بين طرفي العقد. ثم انعكاسات هذه الفكرة على العقد الإداري وذلك في (فرعٍ ثانٍ).

الفرع الأول
تحديد معنى فكرة التعاون بين طرفي العقد

ذهبت بعض آراء الفقه المعاصر إلى أنه يجب ألا ينظر إلى العقد بوصفه تعبير عن مصالح متعارضة بين الطرفين، وإنما يجب النظر إليه بوصفه "اتحاد بين المصالح المتوازنة، وأداة للتعاون الصادق ونتاج للثقة المتبادلة"[٢٠]. ومن ثمَّ يزول التعارض بين طرفي العقد– الدائن والمدين– ويسود بينهما نوع من الاتحاد بين المصالح المتعارضة[٢١]. وقد يرى البعض في هذه الأفكار ضرباً من المثالية التي ليس لها أي انعكاس على الواقع أو الظروف التي يبرم فيها العقد. ومن ثمَّ فلا قيمة لها من الناحية العملية. إلاّ أن التدقيق في هذه الفكرة نجدها تستند إلى أصل مهم من الأصول التي قام عليها العقد. إذ إنَّ العقد– كما هو معروف– هو أداة، بل أهم أدوات التبادل التي عرفها الإنسان، سواء لإشباع حاجاته، أو لتنمية ثرواته. وإذا كانت مصلحة كل متعاقد تبدو في الظاهر متعارضة مع

عرض، ومناقشته ساعياً إلى تحسين مركزه التعاقدي، وذلك بالحصول على أكبر قدر من الحقوق، والتخفيف قدر الإمكان من الالتزامات التي يفرضها العقد.

[٢٠] يُراجع: Jacques Mestre, L'evlution du contrat en droit Prive Francais. P.U.F, 1985. P. 51.

مشار إليه لدى الدكتور علي عبد الأمير قبلان، مصدر سابق، ص ٨٥.

[٢١] يُراجع: Demogue. Traite des obligations en general, TIII, Libraire Arthur Rousseau, Paris, 1923, No.3.

مصلحة المتعاقد الآخر. إلاّ أنَّ كل من طرفي العقد يسعيان إلى تحقيق هدف مشترك، وهو الوصول إلى الغاية التي من أجلها تم إبرام العقد. وهذه الغاية تتفاوت بتفاوت طبيعة العقد ومحله (موضوعه). ومن ثمَّ فلا يوجد تعارض حقيقي بين مصلحة طرفي العقد، وإنما لا بُدَّ من وجود قدر من التعاون بينهما لتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه، وإلاّ تعذر تنفيذ هذه الالتزامات. وهذا ما نلحظه في الأحوال التي يتلاشى فيها التعاون بين طرفي العقد، كما في حال امتناع أحد طرفيه أو كلاهما عن تنفيذ ما تعهد به من التزامات، فيكون جزاء ذلك هو فسخ العقد وإنهاء الرابطة العقدية. وقد أشار الفقه المعاصر إلى أن العقد يفرض التزاماً بالتعاون "obligation de coopération"[٢٢]. وهذا الالتزام له مظهرين هما في مرحلة إبرام العقد. ومرحلة تنفيذ العقد. ففي مرحلة إبرام العقد– أي المرحلة السابقة للتعاقد– فينبغي أن يسود التعاون بين طرفي العقد في أثناء التفاوض بشأنه[٢٣].

ومن ثمَّ فإنه يترتب على ذلك أنه لا يجوز لأحد الطرفين وضع العقبات التي تحول من دون إبرام العقد، والتذرع بشتى الأسباب التي تحول من دون إبرامه. وكذلك لا يجوز لأي طرف متفاوض قطع المفاوضات بشأن إبرام العقد من دون مسوّغ معقول[٢٤].

---

[٢٢] وهذا التعاون يبدو بأنه احد مقتضيات مبدأ حسن حسن النية.

[٢٣] يعرّف البعض من الفقه التفاوض بأنه "تبادل الاقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية، بل والاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض ليكون كل منها على بينة من أفضل الإشكالات القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف، وللتعرف على ما يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات لطرفيه". يُراجع: الدكتور حسام كامل الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي، تقرير مقدم إلى ندوة الأنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، معهد قانون الأعمال الدولي، القاهرة، ٢–٣ يناير– كانون الثاني، ١٩٩٣، ص ٢–٣.

[٢٤] لم تكن المرحلة السابقة للتعاقد قد حظيت باهتمام واضح من قبل المشرّعين عند إصدار القوانين المدنية في العصر الحديث، وذلك بسبب بساطة أو ضآلة القيمة المالية لأغلب العقود، وخلو هذه العقود من التعقيد والتشعب سواء في شروطها والالتزامات الناشئة عنها. إلاّ أن هذا الوضع قد تغير كثيراً في عالمنا المعاصر، إذ ظهرت طائفة من العقود المركبة التي تتضمن الكثير من الجوانب التفصيلية. فضلاً عن ارتفاع قيمتها الاقتصادية والمالية بسبب تعلقها بالمشروعات العملاقة، وكذلك عظم المخاطر الناشئة عنها. ومن ثمَّ أصبح من الواجب تنظيم المرحلة السابقة على التعاقد– وعلى

(ISSN : 2537 - 0758)

أما في مرحلة تنفيذ العقد فينبغي أن يسود التعاون بين طرفي العقد، لاسيّما في العقود ذات الطابع الفني أو الدولي كعقود نقل التكنولوجيا. والاتفاقات التي تبرم بين طرفين، ومن بينهما الإدارة .لتطوير بعض الأنشطة أو تطوير المشروعات[٢٥].

الفرع الثاني

انعكاس فكرة التعاون على العقد الإداري

مما لا شكَّ فيه أن الأسس التي قام عليها العقد الإداري، وما يتسم به من خصائص وما يخضع إليه من أحكام كان نتاج مرحلة جرى فيها التأكيد على استقلال العقد المذكور عن العقود الخاضعة لأحكام القانون الخاص. ومن ثمَّ التأكيد على الخصائص المميزة لهذا العقد، ومنها اتصاله أو تعلقه بمرفق عام، ووجوب منح الإدارة صلاحيات استثنائية في مواجهة المتعاقد معها لا تعرفها قواعد القانون الخاص[٢٦]. وفي تلك الفترة التي شهدت بروز هذه الأفكار كان النشاط الإداري للدولة قاصراً على المرافق العامة الإدارية ذات النشاط الإداري البحت[٢٧]. إلاّ أن الفترة التي تلت الحرب العالمية الثانية ١٩٣٩-١٩٤٥، شهدت بروز ظاهرة تدخل الدولة في النشاط التجاري والصناعي، واتخذ هذا التدخل صورتين أولاهما قيام الدولة بتأسيس شركات إما بمفردها

وجه الخصوص- المفاوضات- بأحكام وهذا ما تجلّى بوضوح في تنظيم المشرّع الفرنسي لهذه المرحلة بالمرسوم بالرقم "2016-131" الصادر في 10/2/2016 والذي عدل الأحكام العامة للالتزامات والعقود والإثبات. وخصص المادة (1112) للمفاوضات مقرراً المبدأ العام بحرية التفاوض ووجوب تعويض الضرر الناجم عن الخطأ الحاصل خلال المفاوضات. يُراجع: الدكتور محمد حسن قاسم، القانون المدني، الالتزامات، المصادر (١)، العقد، المجلد الأول، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط١، ٢٠١٧، ص ١٤٠-١٤١. وللمؤلف نفسه: قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، المواد 1100-1232-7 من القانون المدني الفرنسي، ترجمة عن الفرنسية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠١٨، ص٣٤.

[٢٥] الدكتور علي عبد الأمير قبلان، مصدر سابق، ص ٨٧.

[٢٦] وقد حرصت أحكام القضاء، سواء في فرنسا أو مصر، على تأكيد الطابع المميز للعقد الإداري والخصائص التي يتميز بها عن العقد المدني وذلك في أحكام كثيرة لا تتسع صفحات هذا البحث لذكرها، ويمكن الرجوع إليها في المؤلفات الخاصة بالعقود الإدارية.

[٢٧] يُراجع: الدكتور علي عبد الأمير قبلان، مصدر سابق، ص ٣٢.

أم بمساهمة كبيرة منها. وثانيهما قيام الدولة بالرقابة على المشاريع التجارية والصناعية وقد أثار هذا التدخل إشكالية بشأن القانون الواجب على المشروعات المذكورة، فهل تطبق بشأنها قواعد القانون العام الإدارية؟ أم تطبق بشأنها الأساليب التجارية التي تقررها قواعد القانون الخاص؟[٢٨]. وقد انتهى الأمر بقبول فكرة إخضاع المشروعات المذكورة إلى الأساليب التي تقررها قواعد القانون الخاص في كل ما يتعلق بنشاطها والعاملين فيها وبعلاقتها بالمستفيدين من خدماتها[٢٩].

وقد كان لهذا التطور الأثر الكبير في تطور المفاهيم التقليدية التي قام عليها العقد الإداري، من ذلك ما يتعلق بالصلاحيات الاستثنائية المقررة للإدارة في مواجهة المتعاقد معها التي كادت أن تجعل العقد المذكور من قبيل عقود الإذعان، التي لا يملك المتعاقد مناقشة ما جاء فيها من شروط. أما بشأن انعكاسات فكرة التعاون بين طرفي العقد على العقد الإداري فهي تتمثل بالمبادئ الآتية:

أولاً: وجوب التأكيد على حرية التعاقد بوصفها من الحقوق الدستورية، أو التي ترقى إلى مرتبة هذه الحقوق[٣٠].

ثانياً: وجوب النظر إلى مساهمة المتعاقد من القطاع الخاص في تنفيذ العقد الإداري على أنها مساهمة اختيارية طوعية ومعاونة منه للإدارة تحقيقاً للمصلحة العامة[٣١].

---

[٢٨] للتفصيل في هذا الموضوع يُراجع: الدكتور علي البارودي، في سبيل نظام قانوني موحد للمشروع العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص ١٩٦٧.

[٢٩] يُراجع: الدكتور علي عبد الأمير قبلان، مصدر سابق، ص ٣٢.

[٣٠] وقد سبقت الإشارة إلى ما قضت به المحكمة الدستورية العليا في مصر بشأن هذه الحرية.

[٣١] يُراجع: الدكتور محمود حمدي عباس عطية، مصدر سابق، ص ١٤.

وقد يبدي البعض اعتراضاً على هذا المبدأ لأنَّ المتعاقد مع الإدارة يكون هدفه الأساس هو السعي إلى تحقيق الربح، وليس معاونة الإدارة في تأمين سير المرفق وإشباع حاجات الأفراد المنتفعين من المرفق. وهذا الاعتراض يبدو صحيحاً في شق منه، إلاّ أنه لا يبدو صحيحاً على وجه الإطلاق، ذلك لأنَّ سعي المتعاقد مع الإدارة تحقيق الربح هو هدف مشروع كفّله القانون ليس لهذا المتعاقد فحسب، وإنما لعموم الأشخاص الذين يمارسون الأنشطة التجارية. فضلاً عن المتعاقد مع الإدارة يدرك بأن تعاونه معها سييسّر له تنفيذ الالتزامات التي يقررها العقد.

(ISSN : 2537 - 0758)

ثالثاً: وجوب السعي إلى إقامة التوازن الحقيقي للشروط أن يتضمنها العقد الإداري بين مصلحة الإدارة ومصلحة المتعاقد معها. ومن مظاهر ذلك ما يتعلق بطريقة اختيار المتعاقد مع الإدارة– أي طريق المناقصة أو المزايدة أو التعاقد المباشر– إذ ينبغي على الإدارة عند اختيارها لطريقة ما مراعاة اعتبارات العلانية والشفافية وحرية المنافسة وتكافؤ الفرص. ومن ثمَّ فإنَّ عدم مراعاة ذلك من شأنه أن يؤثر على التوازن العقدي بين طرفي العقد، وما يمكن أن ينشأ عن ذلك من أضرار تلحق بالإدارة والمتعاقد معها[٣٢]. أما المظهر الآخر من مظاهر التوازن فهو يتعلق بتقديرنا فيما يتضمنه العقد من شروط، إذ سبق أن اشرنا إلى مسألة تضمين العقد الإداري شروطاً تتجاوز مفهوم الشروط الاستثنائية التي أقر القانون والقضاء والفقه بجوازها في العقد المذكور، إذ ينبغي الحرص على إبطال هذه الشروط، وأمثالها لأنها تحمل المتعاقد مع الإدارة أعباءً تكبله وتلحق به ضرراً محققاً. فضلاً عن ذلك فإنها تلحق ضرراً بمصلحة الإدارة ذاتها التي لا تجد من يتعاقد معها في تنفيذ مشروعاتها بسبب قسوة هذه الشروط.

المطلب الثاني
تطوير مبدأ حسن النيّة

يُعدُّ مبدأ حسن النيّة[٣٣] من أهم المبادئ التي قام عليها العقد بوجه عام. فضلاً عن كونه من المبادئ العامة التي تحكم مجمل الأعمال والتصرفات القانونية في مختلف فروع القانون. ويمكن لهذا المبدأ أن يعد وسيلة من وسائل إقامة التوازن بين أطراف العقد الإداري. إلاّ أنَّ هذا الأمر هو رهن بوجوب التخلي عن المفهوم التقليدي لهذا المبدأ الذي يقصر نطاقه على مرحلة تنفيذ العقد، وجعله مبدأً عاماً يحكم جميع مراحل العقد ابتداءً من التفاوض بشأنه حتى إبرامه ووصولاً إلى تنفيذه وانقضاؤه. ونبين في **(فرع أول)** المفهوم التقليدي لمبدأ حسن النيّة. ثم نبين بعد ذلك المفهوم المتطور لمبدأ حسن النيّة، وأثر ذلك على إقامة التوازن بين مصالح أطراف العقد الإداري وذلك في **(فرعٍ ثانٍ)**.

---

[٣٢] الدكتور محمود حمدي عباس عطية، مصدر سابق، ص ٥٧.

[33] De boone Foi.

الفرع الأول
المفهوم التقليدي لمبدأ حسن النيّة

إذا كانت غالبية القوانين المدنية العربية قد تبنت مبدأ حسن النيّة بوصفه من المبادئ العامة التي تحكم العقد، إلاّ أنَّ ظاهر نصوص هذه القوانين يقصر هذا المبدأ على مرحلة تنفيذ العقد. إذ نصت الفقرة أولاً من المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ بأنه "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النيّة"[٣٤]. ويبدو من هذا النص أن نطاق مبدأ حسن النيّة هو قاصر على مرحلة تنفيذ العقد من دون مرحلة التفاوض بشأنه أو إبرامه. ويبدو بأنَّ السبب في ذلك يعود إلى أن أهمية المبدأ المذكور لا تظهر إلاّ في مرحلة تنفيذ العقد، ففي هذه المرحلة يكشف المتعاقد عن مدى رغبته في تنفيذ العقد من عدمه.

الفرع الثاني
المفهوم المتطور لمبدأ حسن النيّة

تبنت آراء الفقه وأحكام القضاء مفهوماً متطوراً لمبدأ حسن النيّة لا يقصر هذا المبدأ على مرحلة تنفيذ العقد، وإنما يمتد ليشمل المرحلة السابقة لانعقاده، وكذلك مرحلة إبرامه وتنفيذه. ففيما يتعلق بالمرحلة السابقة لانعقاده– أي مرحلة تبادل العروض والمفاوضات– فالأصل الذي يحكم هذه المرحلة هو حرية التعاقد[٣٥].

ومن ثمَّ فإنَّ المفاوض يملك الحرية في إتمام المفاوضات والاتفاق على إبرام العقد، كما يملك حرية عدم إتمام المفاوضات والانسحاب منها، ولا مسؤولية عليه في مثل هذه الحالة إلاّ إذا نشأ عن ذلك ضرر أصاب المفاوض الآخر. إلاّ أن هذه الحرية– كما يرى بعض الفقه– مقيدة بوجوب مراعاة الأخلاقيات التي يفرضها الواجب العام الملقى على كل متفاوض بمراعاة حسن النيّة وما يقتضيه من عدم الإخلال بالثقة في التعامل[٣٦].

---

[٣٤] وتقابل الفقرة أولاً من المادة (١٤٨) من القانون المدني المصري.

[٣٥] الدكتور محمد حسن قاسم، مصدر سابق، ص ١٤٢.

[٣٦] المصدر نفسه، ص ١٤٢–١٤٣، وأحكام القضاء التي يشير إليها تبنت المفهوم المتطور والشامل لمبدأ حسن النيّة.

(ISSN : 2537 - 0758)

أما بشأن مدى إمكانية اللجوء إلى المفهوم المتطور لمبدأ حسن النيّة في إقامة التوازن بين أطراف العقد الإداري، فقد ذهبت بعض الآراء إلى وجوب الأخذ بالتفسير المتطور لمبدأ حسن النيّة كوسيلة لتحقيق التوازن بين مصالح أطراف العقد الإداري. إذ يجب قيام نوع من الثقة المتبادلة بين أطراف العقد الإداري، ومراعاة حسن النيّة في التعاقد للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات، وبهذا تطمئن الإدارة إلى حسن التنفيذ(٣٧).

إلاّ أن المتعاقد مع الإدارة إذا تجاوز مبدأ حسن النيّة وتخلى عن سبل الأمانة أو حاول الحصول على ربح غير مشروع أو أسرف في طلب الربح فهو ينقلب إلى صاحب مصلحة متعارضة مع مصلحة الإدارة(٣٨).

وبالمقابل فإنَّ الإدارة إذا ما أسرفت في استعمال صلاحيتها المقررة قانوناً محمّلة المتعاقد معها شروطاً ليس بوسعه تنفيذها، ففي هذه الحالة تكون قد خالفت مقتضيات مبدأ حسن النيّة بوصفه أحد الضوابط التي تحكم العقد بوجه عام.

ومن ثمَّ نخلص إلى أن الأخذ بالمفهوم المتطور لمبدأ حسن النيّة، بما يتضمنه من مظاهر، بعضها ذا طبيعة أخلاقية، يمكن أن يُعدُّ وسيلة من وسائل إعادة التوازن في العقد الإداري، وذلك في الأحوال التي يختلُّ فيها هذا التوازن. وهذا ما يخدم مصلحة الإدارة ذاتها ومصلحة المتعاقد معها معاً.

الخاتِمة

تناولنا في هذا البحث المتواضع ظاهرة اختلال التوازن العقدي بين طرفي العقد الإداري والناشئة عن تمتع الإدارة– التي تمثل احد طرفي هذا العقد– بصلاحيات وامتيازات استثنائية في مواجهة المتعاقد معها.

وإذا كان من الصحيح أن تمتع الإدارة بهذه الصلاحيات هو بقصد ضمان تسيير المرفق العام، وكفالة انتفاع جمهور الأفراد بالخدمة التي يقدمها.

---

(٣٧) الدكتور محمود حمدي عباس عطية، مصدر سابق، ص ١٤.

(٣٨) بهذا المعنى يُراجع: المصدر نفسه، ص ١٤.

إلاّ أن الواقع يكشف باستمرار أن الشروط الاستثنائية التي يتضمنها العقد المذكور غالباً ما تلحق الضرر بمصالح المتعاقد مع الإدارة. وقد أشرنا في البحث إلى بعض الحلول التي تسهم في إعادة التوازن بين طرفي العقد الإداري والتي تتمثل بتبني فكرة الالتزام بالتعاون كوسيلة تكفل تحقيق نوع من التوازن بين طرفي العقد المذكور. وكذلك الأخذ بالمفهوم المتطور لمبدأ حسن النيّة وتوسيع نطاقه ليشمل ليس فقط مرحلة تنفيذ العقد وإنما مرحلة إبرامه.

ومما لا شكَّ فيه أن الأخذ بمثل هذه الحلول وغيرها سيكفل ليس فقط مصالح المتعاقد مع الإدارة فحسب، وإنما مصلحة الإدارة ذاتها التي ستجد في المتعاقد معيناً لها يسهم في تحقيق أهدافها.

مصادر البحث

١- د. حسام كامل الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي، تقرير مقدّم إلى ندوة الأنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، معهد قانون الأعمال الدولي، القاهرة، ٢-٣- يناير- كانون الثاني، ١٩٩٣.
٢- د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١، ٢٠١٧.
٣- د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، ٢٠١٦.
٤- د. علي البارودي، في سبيل نظام قانوني موحد للمشروع العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٧.
٥- د. علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الأول، دون ذكر الناشر، بيروت، ٢٠١١.
٦- د. فاروق أحمد خماس، د. محمد عبد الله الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد، ١٩٩٢.
٧- د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٦.
٨- د. محمد حسن قاسم، القانون المدني، الالتزامات ، المصادر (١)، العقد، المجلد الأول، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط١، ٢٠١٧.

(ISSN : 2537 - 0758)

٩- د. محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، المواد ١١٠٠- ١٢٣١- ٧ من القانون المدني الفرنسي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠١٨.

١٠- د. محمود حمدي عباس عطية، توازن القوى في مرحلة إبرام العقد الإداري، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، ٢٠١٢.