الجمهورية العربية السورية
جامعة دمشق
كلية الحقوق

السياسة القضائية لنظرية التعويض العادل في العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

أطروحة أُعِدَّت لنيل درجة الدكتوراه في القانون العام

إعداد الطالب

حسام خدام الجامع

إشـراف

الدكتور محمد الحلاق

الأستاذ في قسم القانون العام

المشرف المشارك

الدكتور عمار التركاوي

الأستاذ في قسم القانون العام

العام الدراسي

1442هـ – 2021م

لجنة الحكم على الرسالة

الدكتور محمد الحلاق

الأستاذ في قسم القانون العام – كلية الحقوق – جامعة دمشق

عضواً مشرفاً

الدكتور حسن البحري

الأستاذ في قسم القانون العام – كلية الحقوق – جامعة دمشق

عضواً

الدكتور وليد عرب

الأستاذ المساعد في قسم القانون العام – كلية الحقوق – جامعة حلب

عضواً

الدكتور سنان عمار

الأستاذ المساعد في قسم القانون العام – كلية الحقوق – جامعة دمشق

عضواً

الدكتور محمود الصالح

مستشار قانوني في مجلس الوزراء

عضواً

الخاتمة

بعد استعراض جوانب البحث المختلفة وفق تبوياته وتقسيماته المنهجية المبينة في فهرس البحث بموضوع نظرية التعويض العادل في العقود الإدارية، وسياسة القضاء الإداري في إرساء منظومة التعويض في نطاق إشكاليات تنفيذ العقود الإدارية، من خلال دراسة معظم آراء الفقهاء، والنصوص القانونية ذات العلاقة، وما استقر عليه الاجتهاد القضائي في هذا الشأن، وبعد إجراء المقارنة بين الحلول المنهجية في الأنظمة القانونية والنظريات الفقهية والتطبيقات القضائية موضوع الدراسة، بغية الوصول إلى اختيار أكثرها تحقيقاً للعدالة مع مراعاة الصالح العام.
وفي نهاية هذا البحث توصلنا لمجموعة من النتائج والمقترحات نستعرضها وفقاً لما يلي:

أولاً- النتائج:

1- بما أن الخطأ العقدي هو أساس المسؤولية العقدية المرتبة لتعويض الطرف المتضرر في العقد الإداري، لذا يجب على قاضي العقد مراعاة الخطأ المشترك بين الطرفين؛ فعليه أن يقدر نصيب كل من المسؤولين عن الخطأ في معرض تقديره للتعويض، فيتم تقييم الخطأ بنسبة مشاركة كل طرف ومساهمته في حصول الضرر؛ ليتمكن القاضي من تقدير التعويض العادل.

2- يسعى القضاء الإداري لإرساء التعويض العادل في كل نزاع ينشب أثناء تنفيذ العقد الإداري؛ لأنه من المبادئ الحقوقية والدستورية الأساسية التي يجب تطبيقها في كافة العلاقات التعاقدية في ضوء إجراء موازنة تقريبية بين الصالح العام ومصلحة المتعاقد الخاصة.

3- تقتضي نظرية القوة القاهرة أن يتحمل كل من طرفي العقد تبعة القوة القاهرة والأعباء الناجمة عنها، ونميز بين حالتين؛ الأولى: إذا حصلت القوة القاهرة أثناء التنفيذ، فإن التعويض هنا يكون جزئياً للمتعاقد لتغطية جزء من خسارته الفعلية.

والثانية: إذا حصلت القوة القاهرة قبل البدء بالتنفيذ بسبب تقصير من جانب الإدارة، فإن التعويض هنا يكون شاملاً للمتعاقد بما يغطي قيمة كامل المبالغ المدفوعة من قبله، وإعادة تأميناته النهائية المقدمة مع الفائدة القانونية. وعليه فالتعويض وفقاً لهذه النظرية قد يكون جزئياً وقد يكون شاملاً.

4- ينبغي التمييز بين طائفتين من الأعمال الإضافية التي تتم بموافقة الإدارة الصريحة أو الضمنية في نطاق تنفيذ عقود الأشغال العامة؛ فالطائفة الأولى هي الأعمال الإضافية الضرورية: تلك الأعمال اللازمة لاستكمال تنفيذ أعمال العقد الأساسية وتتفرع عنها مباشرةً، مثالها (أسوار خارجية متممة للحدائق) ولاحتساب التعويض عنها يجري تقييم قيمة الأعمال المنفذة على ضوء أسعار البنود العقدية فقط أو على أساس نظرية الإثراء بلا سبب والاستهداء بأسعار البنود العقدية في آن معاً. والثانية وهي الأعمال الإضافية المفيدة: التي تحمل بطبيعتها منفعة مادية للإدارة على الرغم من أنها غير لازمة لتنفيذ أعمال العقد الأساسية، إذ أنها تتصل بشكل غير مباشر باستكمال التنفيذ على نحو تام ومثالها (أعمال الديكورات)، ولا يتم احتساب التعويض العادل عنها إلا بناءً على نظرية الإثراء بلا سبب ذات المصدر غير التعاقدي، أو بناءً على نظرية العقد الفعلي بحسب النهج القضائي المتبع لدى مجلس الدولة السوري، ليكون التعويض العادل بموجبها بكونه تقديراً يغطي قيمة كامل الخسارة الفعلية التي لحقت بالمتعاقد جراء قيامه بتنفيذها مع هامش ربح بسيط.

5- يُعدُّ عنصر التعويض الأول المتمثل بتغطية ما لحق المتعاقد من خسارة (الأضرار الفعلية) بسبب الفسخ الإداري للعقد من جانب الإدارة لدواعي المصلحة العامة، أمر بديهي يدرسه قاضي العقد عند تقديره التعويض المستحق له، أما الصعوبة تكمن في تقدير التعويض لجهة العنصر الثاني لتغطية الربح الذي فاته فيما لو استمر بتنفيذ عقده على نحو سليم لغاية الفسخ؛ إذ لا يصح حرمان

المتعاقد نهائياً من المزايا المالية التي يجلبها له التنفيذ الكامل للعقد، بحسبان أن التعويض لن يكون عادلاً في هذه الحالة إلا بدراسة عنصري التعويض معاً.

6- إذا توافرت أركان المسؤولية العقدية، سواءً أكانت قائمة على أساس خطأ الإدارة (كإخلالها بالتزماتها من الناحيتين الفنية والمالية، أو عند إخلالها في نطاق توقيعها للجزاءات التي تملكها بمواجهة المتعاقد معها على نحو غير مشروع) أو كانت قائمة بدون خطئها (كما هو الحال في نطاق تطبيق نظريات التوازن المالي) فيكون مؤيد المسؤولية العقدية في كلا الحالتين، هو تعويض المتعاقد تعويضاً جزئياً أو شاملاً بحسب واقع وظروف كل نزاع على حدة. ويضاف لذلك إمكانية تعويض المتعاقد خارج العلاقة العقدية كما هو الحال في النزاعات المتعلقة بالعقد الفعلي والأعمال الإضافية على أساس قاعدة الإثراء بلا سبب، إذ يجري التعويض هنا أيضاً ليشمل جزءً بسيطاً من الربح الفائت (هامش ربح) فضلاً عن كامل الخسارة الفعلية.

7- يُمثل رصيد المبالغ المالية المتمثلة في التأمينات النهائية وتوقيفات العقد الإداري الحد الأدنى لاستيفاء قيمة الاستحقاقات المتوجبة على المتعاقد في نطاق عقود الأشغال العامة، ولا يمثل الحد الأقصى لاستيفاء هذه الاستحقاقات؛ فما زاد من تلك الاستحقاقات عن الضمانات المذكورة المقدمة من قبل المتعاقد يتعين تحصيله جبراً وبقوة القانون، وما زاد من ضمانات حان موعد استردادها، فإنما يستحق المتعاقد استردادها مع الفائدة القانونية وذلك بعد إجراء عملية المقاصة بين استحقاقات الطرفين.

8- التحفظ المتعاقد في الكشف النهائي عن زيادات الأسعار التي تكبدها أثناء تنفيذه عقد أشغال العامة، هو شرطاً شكلياً لاستحقاقه التعويض وليس شرط موضوعي.

ثانياً – المقترحات:

1- توصي الدراسة بإدراج نص قانوني خاص بتعريف أو تحديد مفهوم خطأ الإدارة العقدي في القانون رقم (51) لعام 2004- أسوةً بالمشرع المصري- إذ نعتقد بضرورة إدراج هذا التعريف بالقانون؛ لكونه يفرق بشكل صريح بين تعويض المتعاقد القائم على أساس مسؤولية الإدارة العقدية بخطئها، وبين تعويضه القائم على أساس قاعدة التوازن المالي من دون خطئها؛ لما له من أثر بالغ في تحديد الضرر الحاصل، وتقدير التعويض العادل لتغطيته، إضافة لكونه يصلح سنداً عند تحديد نسبة مسؤولية طرفي العقد الإداري عن الخطأ العقدي المشترك ليتمكن قاضي العقد من تقدير نصيب كل طرف في تحمُله لجزء من الضرر الحاصل كنتيجة لهذا الخطأ المشترك.

2- نقترح على الجهات العامة في سورية التأكد من كون الاعتمادات المالية متوفرة وكافية وفقاً لأحكام القوانين والأنظمة المالية النافذة قبل إقدامها على إبرام عقودها، لكي تتجنب تأخُّرها في صرف الكشوف المؤقتة للأعمال المنفذة في عقود الأشغال العامة، أو في صرفها قيمة المواد الموردة في عقود التوريد، لما يترتب عليه من آثار مالية مهمة تتمثل بتبرير مدة تأخُّر المتعاقدين وإعفائهم من غرامات التأخير، وربما تحميل الإدارة تعويضاً عن الزيادات الطارئة على الأسعار الحاصلة بسبب هذا التأخيّر.

3- توصي الدراسة بإدراج نص قانوني صريح في القانون رقم (51) لعام 2004 بإجازة المقاصة بين مستحقات الإدارة ومستحقات المتعاقد عند تحقق شروطها انسجاماً مع الاجتهادات القضائية المستقرة لدى مجلس الدولة السوري في هذا الصدد.

4-توصي الدراسة بتعديل المرسوم رقم (450) لعام 2004 المتضمن دفتر الشروط العامة لجهة رفع هامش ربح المتعاقد المحدد بنسبة /10%/ من قيمة التكاليف الفعلية لكامل الأعمال الإضافية الضرورية المنفذة من قبله؛ بحيث تصل

لنسبة /15%/ من قيمة تلك الأعمال، مع النص صراحةً على ضوابط قبولها من الناحية القانونية، وبأن يقتضيها إتمام العمل الأصلي، واشتراط أن تُعدُّ من مستلزماته، بالإضافة لموافقة الإدارة عليها الصريح أو الضمني من خلال لجانها الفنية والقانونية. وذلك لحث المتعاقدين مع الجهات العامة لتنفيذ الأعمال الضرورية التي توافق عليها تلك الجهات ولرفع مستوى الجودة والإتقان في تنفيذ تلك الأعمال الإضافية.

5- توصي الدراسة بتعديل نص المادة /54/ من القانون رقم (51) لعام 2004 المتعلقة بجزاء سحب الأعمال والتنفيذ على حساب المتعهد، بإضافة قيد زمني لتطبيق هذه المادة، بحيث لا يجوز لآمر الصرف تجاوز فترة السنة عند توقيعه هذا الجزاء عند تحقق إحدى الحالات المنصوص عنها بموجب المادة المذكور وذلك لضمان حسن سير المرفق العام هذا من جهة، ولكي لا يلحق ضرراً بالمتعاقد الأصيل المُنفذ على حسابه جراء ما قد يؤديه التأخير في توقيع هذا الجزاء إلى زيادة قد تطرأ على أسعار المواد العقدية، ومن ثمَّ تحميله لفروقات تلك الأسعار من جهة آخرى.

6- آن الأوان للتشريع الإداري السوري أن يتضمن أحكاماً وشروطاً قانونية ناظمة لإمكانية مراجعة البنود السعرية الواردة في عقود الأشغال العامة للحفاظ على توازنها المالي بالأسلوب الرضائي، بعد مضي مدد زمنية محددة ومناسبة. ما من شأنه توفير الأمان للاستثمار ويشجع استقطاب رؤوس الأموال بسبب توفير مركز قانوني متمييز يضمن حقوق المتعاقدين أثناء تنفيذ تعهداتهم مهما كانت الظروف.

7- وفي سياق متصل، توصي الدراسة بتقنين قواعد قانونية جديدة في القانون رقم (51) لعام 2004 تتضمن منهجاً قانونياً يوضح شروط وإجراءات التسوية الرضائية للمنازعة بين طرفي العقد الإداري –أسوةً بالمشرع المصري- بهدف وضع حد للخلافات وإشكاليات التنفيذ التي قد تنشأ أثناء تنفيذ العقود الإدارية بأسرع وقت ممكن قبل تفاقمها، بدلاً من عرض الموضوع على القضاء الإداري وهيئات

التحكيم، الذي يستغرق حسم النزاع أمامها عادةً فترات زمنية طويلة، بسبب العدد الكبير من القضايا المتماثلة التي ترفع للقضاء، وبسبب استنفاد سبل الطعن من قبل أطراف النزاع، هذا من جهة. ولتخطي صعوبات تنفيذ الأحكام القضائية المكتسبة الدرجة القطيعة من جهة ثانية. لتسعى الجهات العامة كافةً إلى حل النزاعات التي تنشب في نطاق تنفيذ العقود الإدارية بإجراء تسويات رضائية مع المتعاقدين معها، على ضوء أحكام القوانين النافذة، وعلى ضوء اجتهادات القضاء الإداري المستقرة منذ زمن طويل.

8- وأخيراً نتمنى على مجلس الدولة السوري أن يفتح آفاقاً جديدة بتوسيع وتطوير اجتهاداته القضائية أمام إشكاليات تنفيذ العقود الإدارية، وحرصه على الاستعانة بالخبرات الفنية من قبل الكفاءات والنخب من كافة الاختصاصات العلمية والاستعانة أيضاً بالجهات المتخصصة لتقديم المشورات والخبرات الفنية عند طلبها من قبل محاكم القضاء الإداري في معرض حسم النزاعات المعروضة عليه. لاسيما في مرحلة الأزمات الاقتصادية وإعادة الأعمار التي تمر بها سورية في الوقت الراهن، وما يستدعيه ذلك من تضافر الجهود بين جهات القطاع العام فيما بينها وبين القطاعين العام والخاص لتقديم كافة الاستشارات والتسهيلات القانونية والإدارية الممكنة في سبيل التنفيذ السليم للعقود الإدارية.

.{ والله وَلِيُّ التوفيق}.

الفهـــــرس

الموضوع	الصفحة
المقدمة	**1**
البـــاب الأول: التعويض العادل في نطاق المسؤولية العقدية القائمة على أساس الخطأ العقدي	**7**
الفصل الأول: الأحكام القانونية الناظمة للمسؤولية العقدية	**15**
المبحث الأول: التطور التاريخي لفكرة التعويض العادل في نطاق الالتزامات العقدية	**19**
المطلب الأول: موقف التشريعات القديمة من فكرة التعويض العادل في العقود	**20**
الفرع الأول: فكرة التعويض في القانون الروماني	**20**
الفرع الثاني: فكرة التعويض في الشريعة الإسلامية	**22**
الفرع الثالث: موقف الفقه الإسلامي من التعويض في نطاق العقود الإدارية	**27**
المطلب الثاني: أساس فكرة التعويض العادل في الفقه القانوني المعاصر	**30**
الفرع الأول: التعويض كنتيجة لمسؤولية الإدارة عن عملها غير المشروع	**30**
الفرع الثاني: التعويض كنتيجة لقيام المسؤولية العقدية	**31**
المبحث الثاني: أركان المسؤولية العقدية في نطاق العقود الإدارية	**35**
المطلب الأول: الخطأ العقدي في العقود الإدارية	**37**
الفرع الأول: تعريف الخطأ العقدي في نطاق تنفيذ الالتزامات العقدية	**37**

الفرع الثاني:الطبيعة القانونية للخطأ العقدي في نطاق العقود الإدارية	**41**
المطلب الثاني: الضرر في العقود الإدارية	**49**
الفرع الأول: تحقق الضرر وإثباته في دعاوى العقود الإدارية	**51**
الفرع الثاني: اختلاف التعويض بحسب توقيت نكول المتعاقد مع الإدارة	**54**
الفرع الثالث: أبرز صور الضرر نتيجة إخلال المتعاقد في تنفيذ التزاماته العقدية	**63**
المطلب الثالث: علاقة السببية كشرط للتعويض في العقود الإدارية	**78**
الفرع الأول: مفهوم علاقة السببية	**78**
الفرع الثاني: حالات انتفاء علاقة السببية في العقود الإدارية	**79**
الفصل الثاني: ماهية التعويض العادل في العقود الإدارية	**105**
المبحث الأول: الطبيعة القانونية للتعويض في العقود الإدارية	**109**
المطلب الأول: أشكال التعويض في العقود الإدارية	**112**
الفرع الأول: التعويض القانوني	**113**
الفرع الثاني: التعويض الاتفاقي	**119**
الفرع الثالث: التعويض القضائي	**121**
المطلب الثاني: خصائص التعويض في العقود الإدارية	**124**
الفرع الأول: تقدير التعويض في العقود الإدارية	**124**
الفرع الثاني: ولاية القضاء الإداري الكامل في تقدير التعويض في منازعات العقود الإدارية	**128**
المبحث الثاني: حق المتعاقد في التعويض عن الإنهاء المبتسر للعقد الإداري وعن الأعمال الإضافية التي قام بها	**143**

المطلب الأول: حق المتعاقد في التعويض عن الإنهاء المبتسر للعقد الإداري	**144**
الفرع الأول: تعويض المتعاقد بسبب ممارسة الإدارة لسلطة الفسخ الإداري	**145**
الفرع الثاني: تعويض المتعاقد بسبب إخلال الإدارة في ممارستها سلطة الفسخ الجزائي	**168**
المطلب الثاني: حق المتعاقد في التعويض عن الأعمال الإضافية التي قام بها	**180**
الفرع الأول: حق المتعاقد في التعويض عن أعماله الإضافية الضرورية	**181**
الفرع الثاني: حق المتعاقد في التعويض عن أعماله الإضافية المفيدة	**193**
البـــاب الثـــــاني: تعويض المتعاقد في نطاق إشكاليات تنفيذ العقد الإداري	**209**
الفصل الأول: حق المتعاقد في التعويض العادل بسبب إخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية	**213**
المبحث الأول: تعويض المتعاقد بسبب إخلال الإدارة بالتزاماتها الفنية والمالية	**217**
المطلب الأول: حق المتعاقد في التعويض بسبب إخلال الإدارة بالتزاماتها الفنية	**218**
الفرع الأول: التزام الإدارة بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد على نحو سليم	**218**
الفرع الثاني: التزام الإدارة باحترام المدد المقررة في العقد	**228**
المطلب الثاني: حق المتعاقد في التعويض بسبب إخلال الإدارة بالتزاماتها المالية	**232**

الفرع الأول: إخلال الإدارة في أداء المقابل المالي المتفق عليه للمتعاقد	**232**
الفرع الثاني: تعديل الإدارة للسعر العقدي بإرداتها المنفردة	**241**
الفرع الثالث: مخالفة الإدارة لالتزامها بمراعاة تقلبات الأسعار العقدية	**245**
الفرع الرابع: إخلال الإدارة بالتزامها برد التأمينات النهائية للمتعاقد	**247**
المبحث الثاني: تعويض المتعاقد في نطاق ممارسة الإدارة لسلطاتها العقدية على نحو غير مشروع	**249**
المطلب الأول: تعويض المتعاقد بسبب ممارسة الإدارة لسلطة الرقابة والتوجيه على نحو غير مشروع	**250**
الفرع الأول: مفهوم سلطة الرقابة والتوجيه	**250**
الفرع الثاني: التعويض كنتيجة لإخلال الإدارة في ممارسة سلطة الرقابة والتوجيه	**253**
المطلب الثاني: تعويض المتعاقد بسبب ممارسة الإدارة لسلطة التعديل على نحو غير مشروع	**259**
الفرع الأول: مفهوم سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري	**259**
الفرع الثاني: التعويض كنتيجة لمخالفة الإدارة لضوابط استعمال سلطتها في تعديل العقد الإداري	**264**
المطلب الثالث: تعويض المتعاقد بسبب ممارسة الإدارة لسلطة توقيع الجزاءات المالية على نحو غير مشروع	**272**
الفرع الأول: التطبيقات القضائية لتوقيع جزاء غرامة التأخير	**275**
الفرع الثاني: التطبيقات القضائية لتوقيع جزاء مصادرة التأمينات العقدية	**290**

الفرع الثالث: إخلال الإدارة المتعاقدة في توقيع جزاء التعويض المقدر إدارياً	**303**
المطلب الرابع: تعويض المتعاقد بسبب ممارسة الإدارة لسلطة توقيع الجزاءات الضاغطة على نحو غير مشروع	**306**
الفرع الأول: إخلال الإدارة المتعاقدة في وضع المشروع محل عقد الالتزام تحت الحراسة	**307**
الفرع الثاني: إخلال الإدارة في توقيع جزاء سحب الأعمال والتنفيذ على حساب المقاول	**311**
الفرع الثالث: إخلال الإدارة في توقيع جزاء سحب الأعمال والشراء على حساب المورد	**322**
الفصل الثاني: حق المتعاقد في التعويض العادل على أساس قاعدة التوازن المالي للعقد الإداري	**329**
المبحث الأول: تعويض المتعاقد على أساس نظريتي فعل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة	**333**
المطلب الأول: تعويض المتعاقد على أساس نظرية فعل الأمير	**334**
الفرع الأول: شروط تطبيق نظرية فعل الأمير	**335**
الفرع الثاني: نتائج تطبيق نظرية فعل الأمير	**345**
المطلب الثاني: تعويض المتعاقد على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة	**351**
الفرع الأول: شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة	**351**
الفرع الثاني: نتائج تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة	**368**
المبحث الثاني: تعويض المتعاقد على أساس نظرية الظروف الطارئة	**377**

المطلب الأول: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة	**378**
الفرع الأول: أن يكون الظرف عاماً واستثنائياً ويحدث أثناء التنفيذ	**379**
الفرع الثاني: أن لا يكون للمتعاقد يد في حدوث الظرف الطارئ ولا في وسعه توقعه عند إبرام العقد	**386**
الفرع الثالث: إصابة المتعاقد بخسارة كبيرة غير مألوفة (قلب اقتصاديات العقد)	**391**
المطلب الثاني: نتائج تطبيق نظرية الظروف الطارئة	**395**
الفرع الأول: التزام المتعاقد بالاستمرار في التنفيذ	**395**
الفرع الثاني: حق المتعاقد في الحصول على التعويض العادل	**399**
الفرع الثالث: حق المتعاقد في التعويض عن الزيادات الطارئة على الأسعار العقدية وفقاً لتطبيقات مجلس الدولة السوري	**403**
الخاتمة	**425**
قائمة المراجع	**431**
الفهرس	**447**