

ضوابط دعوى التعويض على أساس نظرية فعل الأمير من خلال قضاء ديوان المظالم السعودي

Controls the Compensation Claim Based on the Theory of the Prince's Action Through the Saudi Ombudsman Court

توفيق الغنای*¹، جامعة الملك فيصل، المملكة العربية السعودية، tghannay@kfu.edu.sa

تاريخ قبول المقال: 2024/12/01

تاريخ إرسال المقال: 2024/11/18

الملخص:

من بين ما يميز المسؤولية الإدارية التعاقدية عن مثلتها في القانون المدني أنها قد تؤسس دون خطأ، وتكون الجهة الإدارية ملزمة بتعويض المتعاقد معها ولو لم تخطئ، وهذا بناء على نظريات أنشأها القضاء الإداري ومن أهمها نظرية فعل الأمير¹، وهي تبرر تعويضاً كاملاً، لصالح المتعاقد مع الإدارة، كلما توفرت شروطها. هذه الشروط تعتبر موضوع توافق إجمالي بين فقهاء القانون الإداري والقضاء الإداري في جل الدول، ولو مع بعض الاختلافات، ومنها ما يميز موقف ديوان المظالم السعودي منها. في كل الأحوال، فدعوى المسؤولية على أساس نظرية فعل الأمير، ككل دعوى قضائية تفترض لقبولها التقيد بضوابط شكلية وموضوعية، لتحقيق المنفعة منها وهي صدور حكم يقضي بتعويض عادل، لا تكون له أهمية غلا من خلال ضمانات تنفيه ضد الجهة الإدارية، تنمينا لحجية الشيء المقضي به، وتجسيذا لبعض مظاهر استقلالية القضاء.

الكلمات المفتاحية: المسؤولية التعاقدية – فعل الأمير – التعويض – تنفيذ الحكم القضائي.

Abstract: Among what makes administrative responsibility from its counterpart in civil law is that it may be established without error and the administrative body is obliged to compensate its contractors even if it did not make a mistake. The claim is

* الغنای توفیق، أستاذ تعليم عال في كلية الحقوق جامعة سوسة، والأستاذ المشارك في القانون العام بكلية الحقوق جامعة الملك

فيصل.

¹ البعض يعتمد عبارة مرادفة وهي عمل الأمير.

based on the theories established by the administrative judiciary, and the most important theory of them is the Prince's work. This theory justifies full compensation in favor of management contractors whenever its conditions are met. These conditions are considered the subject of a general agreement between the jurists of administrative law and administrative justice in most countries, albeit with some differences, including what distinguishes the position of the Saudi Ombudsman from them. In any case, the claim of responsibility on the basis of the theory of the Prince's work, as the other cases, it requires for its acceptance to adhere to formal and objective controls. In order to achieve the benefit of the case which is the issuance of a judgment requiring fair compensation. The judgement would not have an importance except through guarantees that denies against the administrative authority, and that is to value the authenticity of the thing adjudicated, and to embody some manifestations of judicial independence.

Key words : Contractual liability-the Prince's act – compensation - execution of the judicial judgment.

المقدمة:

تعتبر العقود الإدارية، من بين أهم الوسائل القانونية التي تعتمد عليها الجهات الإدارية، لتفي بحاجيات المصلحة العامة، وتضمن استمرارية المرافق العامة. والعقد الإداري، يعرف في أغلب الأنظمة القانونية، على أنه اتفاق بين جهتين أو أكثر، تكون الإدارة طرفاً فيه، ويتعلق بتنفيذ مرفق عام، أو يشتمل على بنود غير مألوفة في عقود القانون الخاص. وهو تعريف يجمع بين معيار هيكلي، ومعيار مادي، ويعتمده القضاء الإداري في المملكة العربية السعودية. وليست للعقد الإداري أهمية إلا من خلال تنفيذه، وترتيبه للأثار القانونية المتفق عليها. وكل إخلال بما ورد فيه، يبرر إثارة مسؤولية الإدارة التعاقدية المبنية على خطأ، وهي مسؤولية شخصية، متعارف عليها تقليدياً في العقود الإدارية، كما في عقود القانون الخاص، وتفترض إثبات الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما. إلا أن العقود الإدارية، تتميز عن عقود القانون الخاص، على عدة مستويات، ومن أهمها المسؤولية التعاقدية للجهة الإدارية تنعقد أحياناً دون خطأ. وهي مسؤولية موضوعية، تلتزم من خلالها الإدارة بتعويض المتعاقد معها، دون أن تكون قد ارتكبت أي خطأ تعاقدي. هذه المسؤولية المتميزة أنشأها القضاء الإداري الفرنسي لأول مرة في مجال عقود الالتزام، لتستوعبها بعد ذلك كل العقود الإدارية²، وكان الباعث عليها، ضمان تمام تنفيذ الالتزامات التعاقدية في الظروف الاستثنائية التي يتعرض إليها المتعاقد مع الإدارة، وتتسبب له في الإخلال

² أنظر، الغناي توفيق، المسؤولية الإدارية التعاقدية، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق بصفافس، عدد خاص، 2006، ص 272

بالتوازن المالي للعقد، ولكن مع تحمل الإدارة، الطرف في نفس العقد، تبعات استعادة ذلك التوازن الذي يعتبر من الحقوق التعاقدية الأساسية للمتعاقد معها.

هذه الظروف الاستثنائية، بينها القضاء الإداري الفرنسي³، وتبناها القضاء الإداري في جل الدول، ومنها قضاء ديوان المظالم⁴ في المملكة، ولكن مع بعض الاختلافات الجزئية، وتتلخص في أربع نظريات تتشابه في بعض الشروط وتختلف في أخرى، وتتراوح التزامات الإدارة على أساسها، بين تحمل التعويض الكامل، و فقط تقديم مساعدة مالية جزئية للمتعاقد معها: نظرية الأعمال الإضافية، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، نظرية الظروف الطارئة، ونظرية فعل الأمير⁵.

هذه النظرية الأخيرة، والتي تمثل موضوع هذه الدراسة، ومن خلال التدقيق فيها بالرجوع إلى عديد الأحكام القضائية الصادرة عن الديوان، سوف نتبين ماهيتها لدى القضاء الإداري السعودي، الذي، لئن تبناها على غرار القضاء الإداري في جل دول العالم، فقد ميزها من خلال دوره الإنشائي.

إن الحق في التعويض على أساس نظرية فعل الأمير، يفترض التوافق حوله بين أطراف العقد الإداري، من خلال تسوية ودية كما تجيزه عادة القوانين⁶. إلا أن نجاح هذه الفرضية ليس مؤكداً، ولهذا تكون فرضية القيام بدعوى قضائية متوفرة للمتعاقد مع الإدارة، لمواجهة بما لها من امتيازات سلطة عامة، بعضها في مجال العقود الإدارية، على غرار سلطة الفسخ الانفرادي للعقد، وسلطة توقيع العقوبات انفراديا على المتعاقد معها⁷. من هنا تكمن فاعلية هذه الدعوى القضائية، فاعلية تفترض خاصة، التقيد بضوابط قبولها، دوراً حاسماً من قاضي العقد، للحكم بالتعويض العادل، وفق مفهوم موضوعي لفعل الأمير ومدى توفر شروطه، ودوراً من السلطة التنظيمية، في تصور إطار قانوني ضامن لتنفيذ الحكم ضد الإدارة، وعلى مختلف هذه المستويات،

³ أنظر، حمادة عبد الرزاق حمادة، العقود الإدارية في النظام السعودي، دراسة تحليلية تطبيقية وفقاً لأحكام نظام المافسات والمشتريات السعودي، ط1، مكتبة المتنبّي، الدمام، المملكة العربية السعودية، 2018، ص 260

⁴ سوف نشير إليه أحياناً بعبارة الديوان

⁵ الطماوي سليمان محمد، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط4، مطبعة جامعة عين شمس، مصر، 1984، ص 573

- أنظر، م.إ.إس. قضية عدد 28787، بتاريخ 2012/3/10، منشور على الرابط التالي:

<https://www.jat.tn/sites/default/files/anonym/201128787.pdf>

⁶ مثل المادة 153 من قانون الصفقات العمومية وتوقيضات المرافق العامة في الجزائر الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتوقيضات المرفق العام

⁷ حول هذه السلطات أنظر، الغناي توفيق، الرقابة القضائية على تنفيذ الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المنار، تونس، 2005، ص 186-238، والغناي توفيق والمؤنس حسان، القرارات والعقود الإدارية في المملكة العربية السعودية طبقاً لأحدث الأنظمة واللوائح والأحكام القضائية، ط2، مكتبة المتنبّي، الدمام، المملكة العربية السعودية، 2023، ص 222-238

سوف نقف عند مميزات هذه الدعوى من خلال الأنظمة والقضاء في المملكة، لتكون هذه الإشكالية الرئيسية لهذا البحث.

إن الإجابة على هذه الإشكالية، سوف تتم باتباع منهج وصفي تحليلي، استنادا إلى القضاء والقانون في المملكة، ومع الاستئناس بتجارب مقارنة، على سبيل الاثراء والتقييم، وهذا من خلال مبحثين رئيسيين، الأول يتعلق بتنوع ضوابط إثارة الدعوى للحصول على التعويض، والثاني يتمحور حول تعدد ضمانات فاعلية الدعوى في الحصول على التعويض، لنكتشف تعدد الخصوصيات القانونية والقضائية السعودية، دون تفرد كلي ومطلق عن التجارب المقارنة، حيث تتوفر أيضا عديد نقاط التشابه بين مضامين القانون والقضاء في المملكة وخارجها، على مستوى المفاهيم، والتطبيق، مما يكسي هذه الدراسة بأهمية نظرية، وعملية، في الآن نفسه، وهي من دوافع البحث في هذا الموضوع.

المبحث الأول: تنوع ضوابط إثارة الدعوى للحصول على التعويض

ككل دعوى قضائية، يشترط لقبول دعوى التعويض موضوع هذه الدراسة، أولا، تقيد المدعي بالضوابط الشكلية، وثانيا، توفر الضوابط الموضوعية، التي يقتنع من خلالها قاضي العقد بأحقية المدعي في الحصول على التعويض العادل، وعلى هذين المستويين سوف نطلع على عديد الخصوصيات التي تميز القانون والقضاء في المملكة.

المطلب الأول: الضوابط الشكلية

إن دعوى التعويض التي نحن بصدد دراستها، لا تقبل إلا بقدر تقيد المدعي بالشروط الشكلية التي تهدف لعقلنة مقاضاة الإدارة، والالتزام بمتطلبات النظام العام الإجرائي، وعدم التعسف في استعمال حق التقاضي. هذه الشروط نحوصلها في الاختصاص القضائي، الشروط المتعلقة بأطراف الدعوى، والشروط المتعلقة بتقديم الدعوى.

أولا- من حيث الاختصاص القضائي، نميز بين الاختصاص الولائي، والاختصاص المكاني. أما الأول فهو لمحاكم الديوان، ترجمة، أولا، لما تتمتع به من ولاية قضائية عامة، تشمل كل المنازعات الإدارية، وثانيا، لما اسند لها بصريح الفقرات (ج) و(د) و(و) من المادة 13 من نظام الديوان⁸، من دعاوى العقود ودعاوى التعويض التي تكون جهة الإدارة طرفا فيها، وضمنها تدرج، دون شك، دعوى التعويض موضوع بحثنا، والتي يختص بالفصل فيها قاضي العقد.

⁸ ورد في المادة 13 من نظام ديوان المظالم الصادر بموجب مرسوم ملكي رقم م/78 بتاريخ 19 / 9 / 1428 "تختص المحاكم الإدارية بالفصل في الآتي: ... دعاوى التعويض التي يقدمها ذوو الشأن عن قرارات أو أعمال جهة الإدارة، الدعاوى المتعلقة بالعقود التي تكون جهة الإدارة طرفا فيها، ... المنازعات الإدارية الأخرى..."

وما يلاحظ من صريح نظام ديوان المظالم، وخاصة الفقرتين (ج) و (د)، أن المنظم السعودي اعتمد معياراً شكلياً، أي هيكلياً، أو عضوياً، لتحديد الاختصاص القضائي الولائي للقضاء الإداري. حيث يشترط فقط ثبوت أن جهة الإدارة طرف في النزاع، حتى يكون النزاع من اختصاص الديوان، وهذا بقطع النظر عن مدى علاقة النزاع بالمرافق العامة، وباستعمال امتيازات السلطة العامة، وبقطع النظر أيضاً عن توفر أو عدم توفر المفهوم التقليدي للعقد الإداري. هذا المعيار الشكلي، والمعتمد بخصوص جل المنازعات الإدارية في المملكة⁹، معيار بسيط في إثباته، ولا يسمح باجتهاد موسع للجهة القضائية أو أطراف النزاع، ولا ينتج تنازعا في الاختصاص القضائي الولائي بين جهة القضاء الإداري وجهات قضائية أخرى¹⁰، وهذا على خلاف المزج بين المعيار المادي، والمعيار الشكلي، كما هو معتمد في بعض الأنظمة القانونية والقضائية المقارنة¹¹، على غرار المثال التونسي¹²، وما ينجر عنه من تعدد لحالات تنازع الاختصاص القضائي السلبي أو الإيجابي¹³، والتي تعطل سرعة الفصل في المنازعات وإيصال الحقوق إلى أصحابها، خاصة مع غموض المعايير المادية للاختصاص. وقد استقر الديوان على تطبيق المعيار الشكلي بمناسبة التثبت من اختصاصه القضائي الولائي. حيث باستقراء أحكامه، نلاحظ أنه يكتفي دائماً بتأكيد أو نفي وجود جهة الإدارة، ليقر أو يرفض اختصاصه القضائي¹⁴، ودون حاجة لتعريف العقد، والتأكد من أنه ضمن مفاهيم العقود الإدارية. وحتى في الحالات القليلة التي عرف فيها العقد الإداري، وميزه عن العقود المدنية، لم يكن ذلك ليرتب أي أثر قانوني بخصوص اختصاصه القضائي

⁹ للتعلمق أنظر، أغريز أحمد محمد صبحي، معيار اختصاص المحاكم الإدارية وتنازع الاختصاص في المملكة العربية السعودية، مجلة كلية الشريعة والقانون بفتحها الأشراف دقهلية، المجلد 3، العدد 19، 2017، ص 2013

¹⁰ تنازع الاختصاص القضائي بين ديوان المظالم والجهات القضائية الأخرى تفصل فيه لجنة الفصل في تنازع الاختصاص التابعة للمجلس الأعلى للقضاء كما يفهم من المادة 15 من نظام ديوان المظالم

¹¹ للتعلمق أنظر، بوضياف عمار، معيار تحديد طبيعة النزاع الإداري في التشريع الجزائري: دراسة مدعمة باجتهادات القضاء الجزائري، مجلة الندوة للدراسات القانونية، العدد 6، 2015، ص 40

- ميمونة سعاد، توزيع الاختصاص القضائي بين القضاء الإداري والقضاء العادي في الجزائر - المعيار العضوي القاعدة العامة والاستثناء المعيار المادي-، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 1، العدد 2، 2017، ص 333

¹² هذا ما يفهم مثلاً من الفصل 3 من القانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرخ في غرة جوان 1972 يتعلق بالمحكمة الإدارية، والفصول 1 و2 و3 من القانون الأساسي عدد 38 لسنة 1996 المؤرخ في 30 جوان 1996 يتعلق بتوزيع الاختصاص بين المحاكم العدلية والمحكمة الإدارية وإحداث مجلس لتنازع الاختصاص

¹³ للتعلمق أنظر، شنيخر هاجر، تنازع الاختصاص بين القضاء الإداري والقضاء العادي دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والتشريع التونسي، مجلة المفكر، المجلد 5، العدد 2، 2010، ص 271

¹⁴ أنظر مثلاً، رقم القضية في المحكمة الإدارية 786 لعام 1441، رقم القضية في محكمة الاستئناف الإدارية 576 لعام 1442، تاريخ الجلسة 1442/5/29، ورقم القضية في المحكمة الإدارية 253 لعام 1442، رقم القضية في محكمة الاستئناف الإدارية 5295 لعام 1442، تاريخ الجلسة 1442/10/12

المحسوم بقوة النظام، وببساطة المعيار الشكلي للاختصاص¹⁵. إلا أن ديوان المظالم خول لنفسه تأويل مفهوم جهة الإدارة، مؤكداً أنها جهة حكومية، وطنية، ومن أشخاص القانون العام، دون اشخاص القانون الخاص، بمن فيها تلك التي تتبع الجهات الحكومية¹⁶.

ومن حيث الاختصاص القضائي المكاني في الطور الابتدائي، وحيث أن هناك 17 محكمة إدارية ابتدائية موزعة على عديد المناطق والمدن السعودية¹⁷، فقد فرض المنظم الالتزام بمعايير تجمع بين مبدأ وجوبي محوره مقر المدعى عليه، واستثناء وجوبي مشروط، مرجعه مقر فرع الجهة المدعى عليها كلما تعلق موضوع الدعوى بذلك الفرع، وهذا من خلال صريح نص المادة الثانية من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم¹⁸، وهذا ما استقر عليه قضاء الديوان¹⁹، علماً أن الإدارة المتعاقدة هي دائماً المدعى عليها بمناسبة دعوى التعويض موضوع دراستنا.

أما بالنسبة للاختصاص المكاني لمحاكم الاستئناف الإدارية، وعددها اليوم 208²⁰، وباعتبار أن المنظم السعودي يقر مبدأ التقاضي على درجتين²¹، فالأصل أن النص القانوني المحدث لمحكمة الاستئناف الإدارية، والمنظم لها، يبين المجال الجغرافي لاختصاصها. ولكن الأمر تطور إيجابياً في المملكة من خلال تبني سياسة تعويم الاختصاص الاستئنافي²²، حيث أن الاعتراض بالاستئناف يقدم بطريقة الكترونية، ثم يوجه إلى الدائرة الاستئنافية المختصة نوعياً، في أي من محاكم الاستئناف في المملكة، ودون تقيد باختصاص مكاني لمحكمة بذاتها. ويتم التوزيع على أساس تحقق الجدوى والجودة القضائية، وخاصة بناءً على عدد القضايا في كل

¹⁵ معيار غالب وارد في المادة 13 من نظام ديوان المظالم فقرتين 3 و 4.

¹⁶ أنظر مثلاً، رقم الحكم في المجموعة 32، رقم القضية في محكمة الاستئناف الإدارية 8251/ق لعام 1440، رقم الاعتراض 358 لعام 1441، تاريخ الجلسة 1442/3/25

¹⁷ أنظر الموقع الرسمي لديوان المظالم على الرابط التالي:

<https://www.bog.gov.sa/AboutUs/BOGCourts/Pages/Default.aspx>

¹⁸ صدر بموجب مرسوم ملكي رقم (م/ 3) بتاريخ 22 / 1 / 1435 وورد في مادته 2 "يكون الاختصاص المكاني للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مقر المدعى عليه، أو مقر فرع الجهة المدعى عليها إن كانت الدعوى متعلقة بذلك الفرع".

¹⁹ أنظر موقع ديوان المظالم على الرابط التالي:

<https://www.bog.gov.sa/AboutUs/BOGCourts/Pages/Default.aspx>

²⁰ أنظر موقع ديوان المظالم

²¹ هذا ما يفهم مثلاً من المواد 36 إلى 42 من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم، الصادر بموجب مرسوم ملكي رقم (م/ 3) بتاريخ 22 / 1 / 1435

²² كان ذلك بموجب قرار صادر عن مجلس القضاء الإداري بتاريخ 1444/12/16 يتعلق بقواعد التقاضي الرقمي في محاكم الاستئناف الإدارية

دائرة، ومدى توفر العدد الكافي من الدوائر الاستثنائية ومن القضاة. وهو اختيار مستحدث، متميز، وغير دارج في عديد الدول، من شأنه تحقيق التوزيع العادل لعدد القضايا بين محاكم الاستئناف، منع مختلف أشكال الضغط على القضاة، حيث أن المستأنف لا يعلم أين سوف ينظر اعتراضه بالاستئناف، تسريع البت في الدعاوى القضائية الاستثنائية، وتمكين المتقاضين في أسرع وقت من حقوقهم، لأن الاختصاص المكاني في الحقيقة لم تعد له أي قيمة مع التطور الذي عرفته المملكة باعتماد التقاضي الإلكتروني.

ثانياً- من حيث الشروط المتعلقة بأطراف الدعوى، فبالرجوع إلى المادة 13 من نظام ديوان المظالم، نتبين أن الدعوى تجمع بين جهة الإدارة، وهي الطرف المدعى عليه، و"ذوو الشأن"، وهم الذين يكتسبون صفة المدعي. وبالنسبة لكل أطراف الدعوى يجب، حتى تقبل الدعوى شكلاً، ثبوت شروط تقليدية متوافق حولها: الأهلية، والصفة، والمصلحة.

والأهلية، والتي يجب أن تتوفر في شخص المدعي، وشخص المدعى عليه، فهي القدرة القانونية، التي تسمح لشخص طبيعي أو معنوي، باللجوء إلى للقضاء، ليكون، بمناسبة دعوى قضائية، مدعياً أو مدعى عليه. وأهلية الشخص الطبيعي، ترتبط، ببلوغه سن الرشد، وهي، في المملكة، 18 سنة هجرية تامة²³، وخلوه من موانع وعوارض الأهلية في تاريخ تقديم الدعوى.

أما أهلية الشخص المعنوي، ومنه الجهة الإدارية المدعى عليها، فترتبط خاصة بوجوده القانوني، باكتمال نشأته القانونية، واستمرار وجوده القانوني في تاريخ تقديم الدعوى.

وبالنسبة للصفة، فهي تشترط من جانب المدعي والمدعى عليه، بحيث ترفض الدعوى شكلاً إذا قدمها من لا صفة له، أو قدمها ضد من لا صفة له، كما استقر على ذلك قضاء ديوان المظالم²⁴. والصفة نوعان، صفة موضوعية، وهي ثبوت العلاقة المؤكدة بين طرفي النزاع وموضوع النزاع، وصفة إجرائية، وهي ثبوت صحة التمثيل القضائي للمدعي أو للمدعى عليه في الدعوى، وتستمد عادة مما تنص عليه الأنظمة.

وأخيراً بالنسبة للمصلحة، فهي المنفعة التي يبتغيها المدعي من رفع الدعوى، وهي الحصول على تعويض عادل يجبر الإخلال بالتوازن المالي للعقد الذي حصل نتيجة فعل الأمير. هذه المصلحة، لا يعتد بها ديوان المظالم إلا إذا كانت مؤكدة، مشروعة، ومتواصلة ما تواصل النزاع أمام القضاء. بحيث إذا انتفت في أي طور

²³ أنظر مثلاً، رقم القضية الابتدائية 1366/10/ق لعام 1436، رقم قضية الاستئناف 2570/2/س لعام 1436، تاريخ الجلسة

1436/6/24

²⁴ أنظر مثلاً رقم القضية في المحكمة الإدارية 1138 لعام 1442، رقم القضية في محكمة الاستئناف الإدارية 1758 لعام 1442، تاريخ الجلسة 1442/8/24، ورقم القضية في المحكمة الإدارية 1356 لعام 1441، رقم القضية في محكمة الاستئناف الإدارية 8593 لعام 1441، تاريخ الجلسة 1442/2/11

من أطوار التقاضي، تنتضي الدعوى مباشرة، وهي الحال مثلا لو أن المدعي تواصل مع الجهة الإدارية، وطلب تعويضا، فلبت له ما طلبه، أو قدمت له بديلا، حقق ما يبتغيه من منفعة ورضي به.

ثالثا- من حيث آجال التقاضي، فهي مسقطه، حيث في حال تجاوزها يسقط الحق في اللجوء إلى القضاء. على هذا المستوى، تختلف عادة الآجال بحسب إن تقيدت الدعوى بتظلم إداري مسبق أم لا. وبالرجوع إلى الأنظمة السعودية، نلاحظ أن دعاوى التعويض على أساس فعل الأمير، وعلى خلاف دعاوى الحقوق الوظيفية، ودعاوى إلغاء القرارات الإدارية، لا يشترط فيها تظلم إداري مسبق ووجوبي²⁵. وهو ما استقر عليه ديوان المظالم، حيث يقبل دعاوى التعويض شكلا دون أن يتثبت من شرط التظلم المسبق²⁶.

ولكن هل يحق للمتعاقد مع الإدارة التوجه بتظلم إلى الإدارة قبل اللجوء إلى القضاء؟ الجواب نعم، باعتبار أن الأنظمة السعودية لم تمنع هذا الاجراء صراحة. وإذا اعتمده المتعاقد مع الجهة الإدارية، وانتهى إلى تلبية مطالبه، تكون مصلحته في القيام بالدعوى قد انتهت كليا، أو في حدود ما تمت تلبيته من قبل الإدارة. أما في حال فشل التظلم، فمن حق صاحب المصلحة أن يتوجه للقضاء، وفي هذه الحالة، لا يكون مقيدا بموضوع التظلم، لأن هذا الاجراء لم يكن إجباريا بموجب النظام، بل سلكه المدعي اختيارا منه.

وبخصوص ماهية آجال التقاضي، وما لم ينص نص على خلاف هذا، فهي طويلة، تم تحديدها من خلال مبدأ واستثناءين²⁷، والهدف من كل هذا تيسير حصول المتضرر على حقوقه جبرا للأضرار التي لحقت. هذه الآجال عامة ومشتركة، تعتمد في كل دعاوى التعويض، وكل دعاوى العقود التي تكون جهة الإدارة طرفا فيها. ولكن إذا صدر نص قانوني خاص على خلافها، فالأولوية في التطبيق تكون لهذا النص الخاص، وعليه يجب على المدعي قبل القيام بالدعوى التأكد من غياب نص خاص بها يلزمه بآجال خاصة.

وبفوات الأجل المبدئي، وفشل المدعي في إثبات أي من الاستثناءين المذكورين في المادة 8 سالف الذكر، يفقد حقه في اللجوء إلى القضاء، ولا يبقى أمامه غير سلوك سبيل التظلمات الإدارية، سواء أمام الجهة المتعاقدة، أو الجهات الأعلى منها، على غرار التوجه إلى الملك أو ولي العهد²⁸، باعتبار أن هذا التظلم، الاختياري، مفتوح في الزمن، وغير مقيد بآجال يسقط بفواتها.

²⁵ هذا ما يفهم من المادة 8 من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم

²⁶ أنظر مثلا رقم القضية في المحكمة الإدارية 15462 لعام 1440، رقم القضية في محكمة الاستئناف الإدارية 6062 لعام

1441، تاريخ الجلسة 1442/4/17

²⁷ ورد في المادة 8 من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم "فيما لم يرد به نص خاص، لا تسمع الدعاوى المنصوص عليها في

الفقرتين (ج، د) من المادة الثالثة عشرة من نظام ديوان المظالم بعد مضي عشر سنوات من نشوء الحق المدعى به، ما لم يقر المدعى عليه بالحق، أو يتقدم المدعي بعذر تقبله المحكمة"

²⁸ حسب المادة 43 من النظام الأساسي للحكم

أما في حال كانت آجال التقاضي متاحة، فعلى المدعي التقيد بها، وتقديم صحيفة الدعوى مستوفية للشروط الشكلية، من حيث البيانات والمرفقات الوجوبية، كما استقر عليه ديوان المظالم²⁹، علماً أن المبدأ أن تقدم صحيفة الدعوى عن طريق منصة معين إلكترونية³⁰. وفي حال لم تكن صحيفة الدعوى مستوفات، "فعلى طالب القيد استيفاء ما نقص خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغه بذلك، وإن لم يستوف ما طلب منه خلال هذه المدة عد الطلب كأن لم يكن. فإن قيدت الدعوى بعد الاستيفاء عدت مقيدة من تاريخ تقديم طلب القيد. على أنه يجب على الإدارة إثبات تاريخ طلب القيد في جميع الأحوال"³¹، لئتم المرور إلى البت في جوهر دعوى التعويض على أساس فعل الأمير، بحسب مدى توفر الضوابط الموضوعية التي تقنع قاضي العقد بالحكم بتعويض عادل لفائدة المدعي.

المطلب الثاني: الضوابط الموضوعية

تعتبر نظرية فعل الأمير، وهي تعبير عما يسمى المخاطر الإدارية³²، من النظريات التي أسست للمسؤولية الإدارية التعاقدية دون خطأ، وهو ما يفسر أنها تستوجب توفر ضوابط أو شروط لترتب آثارها، خاصة وأن جهة الإدارة تكون على أساسها، مطالبة بالتعويض، دون أن ترتكب أي خطأ، وأن حق المتعاقد معها في التعويض ثابت، ولو لم ينص عليه نص قانوني أو تعاقد صريح³³، كما أكدته الديوان³⁴، وبالتالي يكون المال العام هو المستهدف. على هذا المستوى، ومن خلال القضاء الإداري المقارن، تراوحت الشروط بين التوسع والتقييد، وقد كانت لديوان المظالم تصوراتها الخصوصية أيضاً.

²⁹ تطبيقاً للمادة 5 من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم، أنظر مثلاً رقم القضية في المحكمة الإدارية 292 لعام 1442، رقم القضية في محكمة الاستئناف الإدارية 348 لعام 1442، تاريخ الجلسة 1442/9/9
³⁰ حول هه المنصة أنظر الرابط التالي:

<https://www.my.gov.sa/wps/portal/snp/servicesDirectory/servicedetails/12359>

³¹ حسب صريح نص المادة 6 من نظام المرافعات أمام ديوان المظالم

³² أنظر حكم للمحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ 30 يونيو 1975، ورد في حمادة عبد الرازق حمادة، العقود الإدارية في النظام السعودي، مرجع سابق، ص 264.

³³ أنظر الغناي توفيق، المسؤولية الإدارية التعاقدية، مقال سابق، ص 273

³⁴ رقم القضية في المحكمة الإدارية 638 لعام 1438، رقم القضية في محكمة الاستئناف الإدارية 11961 لعام 1440، تاريخ

الجلسة 1441/1/19

في هذا السياق، وفي غياب تعريف قانوني، وإن أجازت بعض القوانين التعويض في مثل هذه الحالات³⁵، وبالرجوع إلى ما يمثل تقريباً إجماعاً فقهيّاً³⁶، وقضائية في جل الدول³⁷، ومع بعض الاختلافات التي سوف نأتي عليها، يعرف فعل الأمير على أنه، كل إجراء مشروع، خاص أو عام، تتخذه الجهة الإدارية الطرف في عقد إداري، ينجر عنه إخلال بالتوازن المالي للعقد، مما يثقل كاهل المتعاقد مع الإدارة، ويبرر مطالبته الجهة الإدارية، الطرف في العقد، بالتعويض الكامل.

ويمكن تفسير اعتماد نظرية فعل الأمير أساساً للمطالبة بالتعويض، بعدد المبررات أهمها، أولاً، ضمان مواصلة تنفيذ العقد الإداري وتحقيق المصلحة العامة المرجوة منه، وبالتالي تجسيد الإرادة الضمنية للمتعاقدين، ثانياً، تجسيد الحق في الأمان القانوني والأمان التعاقدية، ومنه الحق في التوازن المالي للعقد الذي دفع المتعاقد للقبول بالتعاقد، في مقابل تجنب إثراء الجهة الإدارية بدون سبب على حساب المتعاقد معها، وتنزيهها عن استغلال وضع استثنائي أضّر بالتعاقد معها، في حين هي أثرت على حسابها، وهو ما أكدّه القضاء الإداري التونسي³⁸، ثالثاً، تجسيد متطلبات المساواة أمام الأعباء العامة، ذلك أن المتعاقد بمجرد إبرامه للعقد من أجل المساهمة في تحقيق المصلحة العامة، يكون عرضة للمخاطر الإدارية، ولتحمل أعباء المصلحة العامة أكثر من غيره، وخاصة من المستفيدين من تلك المصلحة العامة، رابعاً، تجسيد متطلبات العدالة³⁹ والانصاف، من حيث تمكين المتعاقد مما يجبر الأضرار التي تعرض إليها، والتي قد تضعفه اقتصادياً، بل قد تتسبب له في خسائر يعلن عقبها إفلاسه، في مقابل ما تتمتع به الجهة الإدارية الطرف في العقد من امتيازات، من بينها خاصة سلطة التعديل الانفرادي للعقد بالزيادة أو بالنقصان، وبما أن المتعاقد ملزم باحترام هذه السلطة وأن واجباته عرضة للزيادة والنقصان، فكذا يجب أن تكون حقوقه عرضاً للنقصان وللزيادة، وهذا هو التوازن

³⁵ أنظر مثلاً المادة 6 من القانون رقم 129 لسنة 1947 المتعلق بالتزامات المرافق العامة في مصر، والمادتين 153 و 154 من الصفقات العمومية وتوقيضات المرفق العام في الجزائر، و الفصل 21 من القانون عدد 23 لسنة 2008 المؤرخ في أول أبريل 2008 يتعلق بنظام اللزومات في تونس، و المادة 68 من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية في المملكة العربية السعودية

³⁶ أنظر مثلاً: الطماوي سليمان محمد، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 567

Auriou. M, Note sous CE 8/3/1901 : Prevet c/ Ministre de la Guerre ; S. 1902, 3, p.73

³⁷ أنظر مثلاً حكماً صادراً عن المحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ 1957/6/2، ورد في الطماوي سليمان محمد، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 567، وحكم بتاريخ 30 يونيو 1975، سبق ذكره

³⁸ هذا ما ورد مثلاً في حكم لمحكمة الاستئناف الإدارية في القضية عدد 28787، بتاريخ 2012/3/10، وتكرر بالتطابق تقريباً في حكم استئنافي صادر عن المحكمة الإدارية بتاريخ 2000/6/30، في قضية مجموعة درقادوس ضد م.ع.ن.د في حق وزارة الفلاحة

³⁹ أنظر، أبو عقيد علاء الدين محمد سيد محمد، الأسس القانونية لإعادة التوازن المالي للعقد الإداري، تحرير سعر الصرف نموذجاً، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد والإدارة، المجلد 35، العدد 2، 2021، ص 147، والسيوي عمر محمد، نظرية العمل الأمير والعقد الإداري، مجلة دراسات قانونية، كلية القانون جامعة بن غازي، ليبيا، المجلد 15، 1998، ص 113

المالي للعقد، وأخيراً، فحق المتعاقد مع الإدارة في التعويض، يشجع إبرام العقود الإدارية، أما خلاف هذا، فلا يدفع للتعاقد مع الإدارة، مما قد يعطل المصلحة العامة التي تتحقق فقط عن طريق إبرام وتنفيذ عقود إدارية. وعلى تعدد مبررات أعمال نظرية فعل الأمير، فهي تخضع لشروط⁴⁰ تعقلن اللجوء إليها، والتعويض على أساسها، خاصة أن جهة الإدارة وكما سوف نبينه، تطالب بالتعويض عن فعل مشروع، وبالتالي تكون الشروط المطلوب توفرها وقائية، حماية للمال العام، ومنعا استباقيا للفساد الإداري والمالي. هذه الشروط، التي في مجملها توافق حولها الفقه والقضاء الإداري، ولو مع بعض الاختلافات، وعلى تعددها، يمكن أن نجعلها في ثلاث مجموعات، شرط يتعلق بالعقد الذي يربط بين المدعي والجهة الإدارية المدعى عليها، شروط تتعلق بالإدارة الطرف في هذا العقد، وشروط تتعلق بالمتعاقد المدعي في الدعوى. أولاً- بالنسبة للشرط المتعلق بالعقد، والذي يقره ديوان المظالم⁴¹، على غرار القضاء الإداري المقارن⁴²، فمفاده أن يكون العقد المبرم بين المدعي والجهة الإدارية المدعى عليها عقداً إدارياً. فهذه النظرية لا تعتمد كلما كان العقد من عقود القانون الخاص، حتى لو كانت جهة الإدارة طرفاً فيه. هذا الشرط، يمكن تفسيره بالتزام الجهة الإدارية الطرف في العقد الإداري بالتعويض على أساس أن فعل الأمير صدر عنها بصفتها سلطة عامة ذات سيادة⁴³، وهذا على خلاف صورتها الشبيهة بالأفراد العاديين عندما تبرم عقود القانون الخاص. وفي هذا الإطار جدير بالتنويه أن المنظم السعودي لم يعرف العقد الإداري، وأنه، كما سلف بيانه، اعتمد معياراً شكلياً في ضبط الاختصاص القضائي الولائي لديوان المظالم بخصوص المنازعات المتعلقة بالعقود والتعويض.

⁴⁰ أنظر، الكحلوي رجب محمد السيد، العقود الإدارية دراسة مقارنة في ضوء نظام المنافسات والمشتريات السعودي، ط 1، دار الشقري للنشر، 2019، ص 89

⁴¹ رقم القضية الابتدائية 2/322/ق لعام 1427، حكم استئنافي رقم 253/س/1 لعام 1431، ورقم الحكم الابتدائي 42/1/15 لعام 1435، رقم قضية الاستئناف 2/2131/س لعام 1433، رقم حكم الاستئناف 3/99 لعام 1435، تاريخ الجلسة 1435/4/23
⁴² أنظر مثلاً حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ 1961/5/20، ورد في الطماوي سليمان محمد، مرجع سابق، ص 573، وحكمها بتاريخ 2020/10/27، في القضية رقم 58619، وهو منشور على الرابط التالي:

<https://www.parlmany.com/News/7/500824/%D8%AA%D8%B9%D8%B1%D9%81-%D8%B9%D9%84%D9%89-%D8%A7%D9%84%D9%81%D8%B1%D9%88%D9%82-%D8%A7%D9%84%D8%AC%D9%88%D9%87%D8%B1%D9%8A%D8%A9-%D8%A8%D9%8A%D9%86-%D9%86%D8%B8%D8%B1%D9%8A%D8%A9-%D8%A7%D9%84%D8%B8%D8%B1%D9%88%D9%81-%D8%A7%D9%84%D8%B7%D8%A7%D8%B1%D8%A6%D8%A9-%D9%88%D9%86%D8%B8%D8%B1%D9%8A%D8%A9-%D8%B9%D9%85%D9%84>

⁴³ أنظر، خليفة عبد العزيز عبد المنعم، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 2014، ص

ولكن في تقديرنا، فإن هذا المعيار الشكلي، لا يتعلق بتعريف العقد الإداري، مما دفع ديوان المظالم أحيانا لتعريفه⁴⁴ بتقارب كبير في ذلك مع المتعارف لدى القضاء الإداري المقارن، على غرار مثلا القضاء الإداري التونسي⁴⁵، أي باعتماد معيارين متلازمين، معيار عضوي، ومعيار مادي، وهذا الأخير ينقسم بدوره إلى معيارين فرعيين متناوبين، معيار المرفق العام، ومعيار الشروط غير المألوفة في القانون الخاص. وهو تعريف يضيق من مجال تطبيق نظرية فعل الأمير، حيث أنه يفترض وجودا مباشرا لشخص من أشخاص القانون العام طرفا في العقد، وكان من المفيد في تقديرنا تبني الوجود المباشر، أو غير المباشر، للشخص العمومي، استنادا على فكرة الوكالة في العقود، فيكون العقد إداريا إذا كان أحد أطرافه شخصا من أشخاص القانون العام، أو أبرم باسمه ولفائدته.

ثانيا - بالنسبة للشروط المتعلقة بالجهة الإدارية الطرف في العقد، وهي المعبر عنها بالأمير، فيجب أن يصدر منها فعل الأمير، بمناسبة ممارسة صلاحياتها الأصلية والمعتادة، ويكون إما عاما، أو خاصا، مشروعا، ويضر بالمتعاقدين معها.

والملاحظ أن اشتراط أن يصدر فعل الأمير من الإدارة الطرف في العقد الإداري، كما أكدته القضاء الإداري المقارن⁴⁶، والقضاء الإداري السعودي⁴⁷، لم يكن موضوع توافق لدى الفقه والقضاء الإداريين، حيث اعتمد البعض أحيانا الإجراء الصادر عن الدولة⁴⁸، أو عن أي سلطة عامة، ولو لم تكن طرفا في العقد⁴⁹. وهذا كان

⁴⁴ قرار هيئة التدقيق رقم 543/ت/1 لعام 1428، وقرار رقم القضية في المحكمة الإدارية 638 لعام 1438، رقم القضية في محكمة الاستئناف الإدارية 11961 لعام 1440، تاريخ الجلسة 1441/1/19

⁴⁵ أنظر مثلا م.إ.س. قضية عدد 28418، بتاريخ 2012/12/31 منشور على الرابط التالي:

<https://www.jat.tn/sites/default/files/anonym/201128418.pd>

للتعمق أنظر، الغنائي توفيق، الرقابة القضائية على تنفيذ الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 347 وما بعدها
⁴⁶ أنظر مثلا حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ 1957/3/3، مجموعة أحكام السنة 11، ص 239، وحكمها بتاريخ 1961/5/20 سبق ذكره، وحكمها بتاريخ 2020/10/27، في القضية رقم 58619 سبق ذكره

⁴⁷ أنظر مثلا حكم استئنافي صادر عن ديوان المظالم رقم 253/إس/1 لعام 1431، وحكم استئنافي رقم 3/19 لعام 1435، ورقم القضية الابتدائية 2/322/ق لعام 1427، رقم الحكم الابتدائي 42/إ/15 لعام 1435، رقم قضية الاستئناف 2/2131/س لعام 1433، رقم حكم الاستئناف 3/99 لعام 1435، تاريخ الجلسة 1435/4/23، ورقم القضية 1/454/ق لعام 1426، رقم الحكم الابتدائي 3/د/230 لعام 1429، رقم حكم الاستئناف 367/إس/1 لعام 1430، تاريخ الجلسة 1430/9/1

⁴⁸ أنظر مثلا حكم صادر عن ديوان المظالم: رقم القضية في المحكمة الإدارية 638 لعام 1438، رقم القضية في محكمة الاستئناف الإدارية 11961 لعام 1440، تاريخ الجلسة 1441/1/19

⁴⁹ أنظر مثلا حكم للمحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ 30 يونيو 1975، سبق ذكره، وحكم صادر عن محكمة التمييز الأردنية، تمييز حقوق 1994/34، (هيئة خماسية)، 1994/9/10، منشورات مركز عدالة، 2017، الإصدار الرابع

- أنظر أيضا، الطماوي سليمان محمد، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 567

توجه بعض القضاء الإداري المقارن، على غرار المحكمة الإدارية العليا في مصر، في حكمها الصادر بتاريخ 30 يونيو 1975⁵⁰، قبل أن تعدل عن موقفها.

أما ديوان المظالم فقد أعتمد، أحيانا، مفهوما موسعا للإدارة مصدر فعل الأمير، ودون أن يعتبر هذا تعارضا في أحكامه، حيث يعتبر أن الدولة أو الحكومة وحدة واحدة، وأن الجهات الإدارية فروع لها، وبالتالي ففعل الأمير يمكن أن يصدر عن الجهة الطرف في العقد، أو عن جهة حكومية أخرى⁵¹.

هذا الموقف، الذي يدافع عنه بعض فقهاء ودارسو القانون الإداري⁵²، في اعتقادنا في غير محله، حيث أن اشتراط أن يكون الفعل صادرا عن الجهة الإدارية الطرف في العقد، هو الذي يبرر التعويض الكامل في إطار المسؤولية التعاقدية غير المبنية على خطأ للجهة الإدارية. أما صدور إجراء عن جهة غير الجهة الطرف في العقد، فيدرج ضمن نظرية الظروف الطارئة⁵³، كما أكدته القضاء الإداري الفرنسي⁵⁴، وكذلك ديوان المظالم السعودي⁵⁵، الذي يبدو، هكذا، غير مستقر على موقف موحد بخصوص هذه المسألة. ولكن البعض يعيب على هذا التوجه أنه لا يخدم مصلحة المتعاقد مع الإدارة، حيث أن التعويض في نظرية فعل الأمير تعويض كامل، أما في نظرية الظروف الطارئة فهو تعويض جزئي. ولكن هل أن المعتبر دائما وفقط مصلحة المتعاقد مع الجهة الإدارية، ليس للمال العام اعتبار أيضا؟ وعليه يمكن في اعتقادنا أن نتبنى موقفا وسطا معقولا، حيث أن فعل الأمير يمكن أن يصدر عن الجهة الادارية الطرف في العقد، أو عن جهة أخرى ليست طرفا في نفس العقد، إذا كانت الجهتان تنتميان إلى نفس الشخص الاعتباري، وبالتالي لهما نفس الميزانية، وهنا نتحدث عن كل الجهات التي تتبع الشخصية الاعتبارية للدولة، على غرار الوزارات. أما إذا تعلق الأمر بجهتين إداريتين لا تنتميان لنفس الشخص الاعتباري، وبالتالي لكل منها ميزانية خاصة بها، سوف تتحمل لوحدها التعويض، فهنا يقتصر فعل الأمير فقط على ما يصدر عن الجهة الادارية الطرف في العقد.

⁵⁰ ورد في حمادة عبد الرزاق حمادة، العقود الإدارية في النظام السعودي، مرجع سابق، ص 264

⁵¹ رقم القضية 1/454/ق لعام 1426، رقم الحكم الابتدائي 3/د/1/230 لعام 1429، رقم حكم الاستئناف 367/إس/1 لعام 1430، تاريخ الجلسة 1430/9/1

⁵² الكحلوي رجب محمد السيد، العقود الإدارية دراسة مقارنة في ضوء نظام المنافسات والمشتريات السعودي، مرجع سابق، ص

91

⁵³ أنظر، حمادة عبد الرزاق حمادة، العقود الإدارية في النظام السعودي، مرجع سابق، ص 266، والسيوي عمر محمد، نظرية عمل

الأمير والعقد الإداري، مقال سابق، ص 117

⁵⁴ أنظر مثلا

CE 4/3/1949, ville de Toulon, Leb, p. 197, CE 5/11/1982, Sté Propétrole, AJDA 1983, p 259

⁵⁵ أنظر مثلا رقم القضية 1/547/ق لعام 1422، رقم الحكم الابتدائي 1/د/1/230 لعام 1423، رقم حكم هيئة التدقيق 1/ت/1

لعام 1423، تاريخ الجلسة 1423/12/30

في كل الأحوال، ففعل الإدارة يجب أن يتم خارج صفتها كطرف في العقد، وخارج صلاحيتها ذات العلاقة بتنفيذ العقد والمستمدة صراحة أو ضمنا من ذات العقد، بل بصفتها سلطة عامة، لها صلاحيات مستمدة من قوانين الدولة. في هذا الإطار، وفي اعتقادنا، وكما ذهب إلى ذلك القضاء الإداري في فرنسا⁵⁶، لا تتحقق شروط تطبيق نظرية فعل الأمير في حال اتخذت الإدارة قرارا بتعديل انفرادي للعقد الذي يربطها مع المدعي. حيث أن هذه السلطة مستمدة من العقد، في حين أن فعل الأمير يفترض أن يستمد من خارج العقد، أو من قوانين الدولة العامة. كما أنه في حال التزمت من خلال هذه التعديل بالضوابط القانونية، التي يعلمها المتعاقد مسبقا، وهذا على خلاف نظرية فعل الأمير، التي يشترط فيها عدم توقع الفعل، فعليه الالتزام به، مع إمكانية المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية الإدارية التعاقدية، أو تنفيذ نص القانون الذي يبين ذلك الحق في التعويض. أما في حال كان تعديلها للعقد مخالفا للقانون وللعقد، فيمكن أن تثار مسؤوليتها التعاقدية المبنية على إخلالها بالتزام تعاقدي، وهذا على خلاف ما ذهب إليه بعض الدارسين ممن ميزوا بين الاجراء الخاص، وأدرجوا ضمنه، على غير صواب، سلطة التعديل الانفرادي للعقد، بل واعتبروها المجال الأهم لتطبيق نظرية فعل الأمير، والاجراء العام الصادر عن الإدارة المتعاقدة خارج سلطتها في تعديل العقد⁵⁷.

إن فعل الإدارة يمكن أن يكون إيجابيا، أو سلبيا، يتخذ شكل تصرف قانوني، أو عمل مادي. وقد يكون اجراء خاصا بالمتعاقد وبتنفيذه للعقد، ودون أن يستند إلى العقد بطبيعة الحال، أو إجراء عاما⁵⁸، يشمل المتعاقد ومن هم في نفس وضعيته⁵⁹. وهنا نشير إلى الاختلاف بين فقهاء القانون، وإلى تذبذب القضاء الإداري، حيال تطبيق نظرية فعل الأمير على أساس الإجراء العام، حيث كان الرفض أحيانا، والقبول أحيانا أخرى، وحتى في حالات القبول تم فرض شروط⁶⁰ من بينها، أنه لا يجب أن تكون الإدارة في اتخاذها للإجراء العام مدفوعة بإكراهات ظرف اقتصادي أو اجتماعي، لا يجب أن يكون الهدف المباشر للإجراء العام مصلحة عامة، على غرار تحسين سير مرافق عامة، أو حماية للنظام العام، بل منفعة تجنيها للجهة الإدارية، على غرار منفعة

⁵⁶ أنظر:

CE, 20/10/1971, Compagnie du chemin de fer de Bayonne à Biarritz

⁵⁷ أنظر مثلا حمادة عبد الرزاق حمادة، العقود الإدارية في النظام السعودي، مرجع سابق، ص 267 - 268

⁵⁸ أنظر، حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 2020/10/27، في القضية رقم 58619، سبق ذكره

⁵⁹ أنظر، الغنای توفیق، الرقابة القضائية على تنفيذ الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص

⁶⁰ أنظر:

Box.A, conséquences juridiques des mesures législatives tendant à modifier les conditions d'exécution des contrats administratifs, RDP 1927, p.195.

جبائية ومالية⁶¹. ومن هنا نستنتج أن مبرر اعتبار الإجراء العام ضمن مفهوم نظرية فعل الأمير، هو حرية الجهة الإدارية، وسلطانها التقديرية، ومدى حصولها على منافع مقابل الإضرار بالمتعاقد معها، وهي وقائع يقرها القاضي في كل حالة على حده.

ويعزى رفض اعتبار الإجراء العام ضمن فعل الأمير، خاصة، إلى أن المتعاقد مع الإدارة ليس له حق مكتسب في الاحتفاظ بوضعية تشريعية أو ترتيبية لمجرد أنه مكلف بتنفيذ عقد إداري، ولا يمكن المغالاة بالتالي في حقه في التعويض على حساب الجهة الإدارية، بل أن البعض اعتبر أن فكرة الإخلال بالتوازن المالي للعقد في مثل هذه الحالات، خطيرة، مهددة للمال العام، ويتعين التخلي عنها⁶².

وفعل الأمير، هو في كل الأحوال فعل شخص طبيعي، وهنا نؤكد أنه لا مجال لإثارة المسؤولية الإدارية التعاقدية دون خطأ للجهة الإدارية إلا إذا تعلق الأمر بفعل هو من معنى الفعل المرفقي، أي المنسوب للإدارة، ودون أن يمنعها تحمل المسؤولية من الرجوع ضد العون العمومي إذا تبين خطأه.

إن مسؤولية الجهة الإدارية، يمكن دحضها بإثبات سبب من أسباب الإعفاء منها، ونعني وجود قوة قاهرة، أو خطأ من المتضرر، تسببا في الضرر المشتكى منه⁶³، وتكون البيئة على الجهة الإدارية.

في نفس السياق ظهر خلاف، حول مدى مشروعية إعفاء الجهة الإدارية كليا من تحمل المسؤولية عن فعل الأمير بموجب بند تعاقدى سابق مدرج ضمن العقد⁶⁴. ننوه هنا إلى أن قلة قليلة من فقهاء القانون الإداري أجازوا مثل هذا التنازل، على أساس أن التعويض حق شخصي للمتعاقد مع الإدارة ولا يهم النظام العام⁶⁵. في حين أن المجلس الدستوري الفرنسي اعتبر، على صواب، أن كل نص يعفي المخطئ من التعويض لفائدة المتضرر مخالف للدستور، وتحديدًا لمبدأ المساواة أمام القانون وأمام الأعباء العامة⁶⁶. أما غالبية فقهاء القانون

⁶¹ أنظر، الغناي توفيق، الرقابة القضائية على تنفيذ الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 249

⁶² أنظر مثلاً:

– Badaou.J, Le fait du prince dans les contrats administratifs, thèse, LGDJ, Paris, 1954, p 207

– Terneyere.Ph: la responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif, thèse, Economica, Paris 1989, p 149.

⁶³ أنظر، الغناي توفيق، المسؤولية الإدارية التعاقدية، مقال سابق، ص 308 – 315

⁶⁴ أنظر الغناي توفيق، المسؤولية الإدارية التعاقدية، مقال سابق، ص 316 – 319

⁶⁵ أنظر، الزبون واصف يوسف، مدى مشروعية نص العقد الإداري على مخالفة نظريات إعادة التوازن المالي: دراسة مقارنة، مجلة

الجامعة الإسلامية للدراسات الشرعية والقانونية، المجلد 27، العدد 1، 2018، ص 460 – 462

⁶⁶ أنظر:

C.C. 22/10/1982, Labbé et autres, D. 83, J. p. 189, RDP 83, p.333

الإداري⁶⁷، وكذلك القضاء الإداري⁶⁸، فيعتبرون أن مثل هذا البند التعاقدى العام، باطل، ولا عمل عليه، لأنه يتعارض مع حق مكتسب للمتعاقد، وهو حقه في التوازن المالي للعقد. ومن هنا فلا يصح للمتعاقد مع الإدارة أن يتنازل كلياً، بموجب العقد، عن حقه في التعويض، ولا حق للجهة الإدارية أن تفرض هذا. في حين أن التنازل عن هذا الحق، جزئياً، بخصوص أضرار تنتج عن إجراء معين بالذات، فهو جائز، حسب العديد من فقهاء القانون، وكذلك القضاء الإداري، ولكن مع وجوب تأويل هذا التنازل الاستثنائي، تأويلاً ضيقاً⁶⁹. هذا القبول، لمثل هذا التنازل، يمكن أن يفسر بكون التنازل ارتبط بإجراء محدد ومعين، وبالتالي متوقع، وهذا بخلاف اشتراط عدم توقع فعل الأمير.

إن فعل الإدارة يجب أن يكون مشروعاً⁷⁰، كما استقر على ذلك القضاء الإداري⁷¹. ولهذا يعتمد عبارة فعل الإدارة، بدل عبارة خطأ الإدارة، بحيث إذا خالفت الإدارة بفعلها القوانين، عد خطأ موجباً، بحسب الحال، للمسؤولية التقصيرية أو التعاقدية، المبنية على خطأ، وليس للمسؤولية الإدارية التعاقدية غير المبنية على خطأ كما يصرح بذلك القضاء الإداري المقارن⁷²، والسعودي⁷³، والتي تؤسس على فعل الأمير. ومن جهتنا نعتقد أن تقدير مدى مشروعية عمل الإدارة يختص به نفس قاضي العقد الذي ينظر في دعوى التعويض. إن فعل الإدارة، يجب أن يصدر إما بعد تقديم المتعاقد المتضرر لترشحه للتعاقد معها، ومع صعوبة سحبه، أو تعديله، كما أكدته ديوان المظالم⁷⁴، أو بعد صدور قرار التعاقد معه، وقبل الشروع في التنفيذ، أو أثناء التنفيذ، وفي هذه الحالة الأخيرة شريطة ثبوت أنه التزم في التنفيذ بالآجال المتفق عليها، حيث أن صدور فعل الإدارة

⁶⁷ أنظر الغناي توفيق، المسؤولية الإدارية التعاقدية، مقال سابق، ص 316- 319

⁶⁸ أنظر حكم محكمة القضاء الإداري في مصر بتاريخ 1957/6/30، ورد في الطماوي سليمان محمد، الأسس العامة للعقود

الإدارية، مرجع سابق، ص 649

⁶⁹ أنظر، الزبون واصف يوسف، مدى مشروعية نص العقد الإداري على مخالفة نظريات إعادة التوازن المالي: دراسة مقارنة، مقال

سابق، ص 463، و والسيوى عمر محمد، نظرية عمل الأمير والعقد الإداري، مقال سابق، ص 132- 133

⁷⁰ أنظر، الطماوي سليمان محمد، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 571

⁷¹ أنظر مثلاً حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ 1961/5/20، سبق ذكره، و حكمها بتاريخ 2020/10/27، في

القضية رقم 58619، سبق ذكره

⁷² أنظر مثلاً حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ 1961/5/20، سبق ذكره، وحكمها بتاريخ 2020/10/27، في القضية

رقم 58619، سبق ذكره

⁷³ رقم القضية 1/454/ق لعام 1426، رقم الحكم الابتدائي 3/د/230 لعام 1429، رقم حكم الاستئناف 367/إس/1 لعام

1430، تاريخ الجلسة 1430/9/1، و حكم استئنافي رقم 253/إس/1 لعام 1431، و وحكم استئنافي رقم 3/19 لعام 1435

⁷⁴ أنظر مثلاً رقم القضية 1/454/ق لعام 1426، رقم الحكم الابتدائي 3/د/230 لعام 1429، رقم حكم الاستئناف 367/إس/1

لعام 1430، تاريخ الجلسة 1430/9/1

في زمن تأجل معه التنفيذ لخطأ من المتعاقد، يبرر رفض حقه في التعويض إستنادا إلى نظرية فعل الأمير، التي يكون قد تسبب في حصولها، وفي حصول الأضرار التي انتجتها.

ثالثاً - بالنسبة للشروط المتعلقة بالمتعاقد مع الإدارة، يجب ألا يكون فعل الإدارة متوقعا من جانبه، كما أكدته القضاء الإداري المقارن والسعودي⁷⁵ زمن إبرام العقد، فلا حق له في التعويض إذا ثبت أنه كان متوقعا لديه، وهو ما يمكن اثباته بكل الوسائل ومنها القرائن. هذا الشرط يفسر بكون المتعاقد مطالب، بصريح القوانين⁷⁶، بالأخذ في اعتباره، عند الترشح للتعاقّد مع الإدارة كل المخاطر الموجودة، أو التي قد توجد، خاصة لما يكون تنفيذ العقد ممتدا في الزمن.

وفي سياق نفس الشرط، وعلى خلاف صمت القضاء الإداري السعودي، نعتقد أنه من المفيد اشتراط عدم توقع الفعل في ذاته أو في نتائجه⁷⁷، خاصة وأن أفعال الإدارة غالبا هي متوقعة الحصول، ولكن قد لا يمكن توقع نتائجها، وما تخلفه من أضرار جسيمة، وهو ما ذهب اليه القضاء الإداري الفرنسي⁷⁸. وفي كل الحالات يقدر القاضي عدم التوقع في كل حالة على حدة، أخذا في الاعتبار ظروف التعاقد التي قد يستدل من خلالها على التوقع من عدمه⁷⁹.

ومن جانب المتعاقد مع الإدارة دائما، يجب أن يثبت أن ضررا أصابه جراء فعل الإدارة، بقطع التنظر عن جسامته، على خلاف اشتراط هذا الشرط في نظرية الظروف الطارئة، كما أكد ذلك القضاء الإداري المقارن⁸⁰،

⁷⁵ أنظر: بخصوص قضاء ديوان المظالم: حكم استئنافي صادر عن ديوان المظالم رقم 253/إس/1 لعام 1431، وحكم استئنافي رقم 3/19 لعام 1435، ورقم القضية 1/454/ق لعام 1426، رقم الحكم الابتدائي 230/د/3 لعام 1429، رقم حكم الاستئناف 367/إس/1 لعام 1430، تاريخ الجلسة 1430/9/1، رقم القضية الابتدائية 2/322/ق لعام 1427، رقم الحكم الابتدائي 42/إس/1 لعام 1435، رقم قضية الاستئناف 2/2131/س لعام 1433، رقم حكم الاستئناف 3/99 لعام 1435، تاريخ الجلسة 1435/4/23، و رقم القضية في المحكمة الإدارية 638 لعام 1438، رقم القضية في محكمة الاستئناف الإدارية 11961 لعام 1440، تاريخ الجلسة 1441/1/19، وبخصوص القضاء المقارن: حكم صادر عن محكمة التمييز الأردنية، تمييز حقوق 1994/34، (هيئة خماسية)، 1994/9/10، سبق ذكره

CE, 19/11/1909 *Compagnie générale transatlantique*

⁷⁶ أنظر مثلا المادة 62 من اللائحة التنفيذية لنظام المنافسات والمشتريات الحكومية في المملكة

⁷⁷ أنظر، أبو عقيل علاء الدين محمد سيد محمد، الأساس القانوني لاعادة التوازن المالي للعقد الإداري، تحرير سعر الصرف

نموذجاً، مقال سابق، ص 153

⁷⁸ أنظر مثلا:

CE 13/12/1961, Min. des T. Pulics c/Sté Nationale de construction, Leb, p 706

⁷⁹ أنظر،

CE 14/5/1928, Puillard, Leb, p. 498

⁸⁰ أنظر مثلا حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ 1961/5/20، سبق ذكره، وحكمها حكمها بتاريخ 2020/10/27، في

القضية رقم 58619، سبق ذكره

وقضاء ديوان المظالم⁸¹. فحيث لا ضرر ثابت، لا مسؤولية، كما تؤكد المحكمة الإدارية في تونس⁸². وهذا يفترض من المتعاقد اثبات الضرر، والعلاقة السببية بينه وبين فعل الإدارة. ويكون الإثبات بكل الوسائل المشروعة، ومع دور إيجابي للقاضي الإداري في هذا المجال، في مرحلة التحقيق. ويتعين على المدعي أن يثبت كل عناصر الضرر حتى يتسنى للقاضي تقديرها، وبناء عليها يقدر التعويض الملائم. ويتمثل الضرر، إعمالاً لنظرية فعل الأمير، في الإخلال بالتوازن المالي للعقد، كما يؤكد القضاء الإداري والمقارن⁸³، وقضاء ديوان المظالم⁸⁴، بذات العبارة، أو بما يفيد معناها، وهو أن يمس من شروط العقد أو من ظروف تنفيذه، فيصير التنفيذ شاقاً مالياً على المتعاقد، دون أن يكون مستحيلاً استحالة مطلقة، حيث في هذه الحالة الأخيرة يجوز للمتعاقد المطالبة بالفسخ والتعويض. والتوازن المالي للعقد ليس توازناً حسابياً، بل تجسيد للتلازم بين النفقات والمدخلات، وبالتالي تحقيق أرباح معقولة، هي حق من الحقوق الأساسية للمتعاقد مع الإدارة، فلا يجوز لها، لغاية تحقيقها للمصلحة العامة، أن تتنازل عنها، وهو ما أكدته القضاء الإداري التونسي⁸⁵ وقضاء ديوان

⁸¹ رقم القضية 1/454/ق لعام 1426، رقم الحكم الابتدائي 230/د/3 لعام 1429، رقم حكم الاستئناف 367/إس/1 لعام 1430، تاريخ الجلسة 1430/9/1، ورقم القضية في المحكمة الإدارية 638 لعام 1438، رقم القضية في محكمة الاستئناف الإدارية 11961 لعام 1440، تاريخ الجلسة 1441/1/19

⁸² أنظر مثلاً م.إ.س. قضية عدد 1096 بتاريخ 1993/6/7، م.ع.ن.د. في حق وزارة المواصلات ضد إبراهيم فريخة، المجموعة،

ص 529

⁸³ أنظر مثلاً حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ 30 يونيو 1975، سبق ذكره، حكم صادر عن محكمة التمييز الأردنية، تمييز حقوق 1994/34، (هيئة خماسية)، 1994/9/10، سبق ذكره، وحكمها بتاريخ 2020/10/27، في القضية رقم 58619، سبق ذكره، وحكم صادر عن المحكمة الإدارية التونسية: م.إ.س. قضية عدد 28787، بتاريخ 2012/3/10، منشور على الرابط التالي:

<https://www.jat.tn/sites/default/files/anonym/201128787.pdf>

⁸⁴ رقم القضية الابتدائية 2/322/ق لعام 1427، رقم الحكم الابتدائي 42/إ/15 لعام 1435، رقم قضية الاستئناف 2/2131/س لعام 1433، رقم حكم الاستئناف 3/99 لعام 1435، تاريخ الجلسة 1435/4/23، ورقم القضية الابتدائية 2/322/ق لعام 1427، رقم الحكم الابتدائي 42/إ/15 لعام 1435، رقم قضية الاستئناف 2/2131/س لعام 1433، رقم حكم الاستئناف 3/99 لعام 1435، تاريخ الجلسة 1435/4/23، و رقم القضية في المحكمة الإدارية 638 لعام 1438، رقم القضية في محكمة الاستئناف الإدارية 11961 لعام 1440، تاريخ الجلسة 1441/1/19

⁸⁵ م.إ.س. قضية عدد 28787، بتاريخ 2012/3/10، منشور على الرابط التالي:

<https://www.jat.tn/sites/default/files/anonym/201128787.pdf>

المظالم⁸⁶، الذي تميز بتأسيس حق المتعاقد مع الإدارة في التعويض على قواعد الشرع والعدالة، وقاعدة لا ضرر ولا ضرار⁸⁷، وهي قواعد مستمدة من الشرع الإسلامي.

إن الضرر الذي يصيب المتعاقد جراء فعل الأمير، يختلف بحسب إن كان الفعل إجراء خاصاً، فلا يشترط في الضرر أن يكون خاصاً، أو إجراء عاماً، وفي هذه الحالة استقر القضاء الإداري، المقارن⁸⁸، والسعودي⁸⁹، على اشتراط أن يكون ضرراً خاصاً. ولئن كان الضرر الخاص، في معنى أنه أصاب المتعاقد مع الإدارة دون غيره⁹⁰، فإننا نعتقد أن له أيضاً معناه آخر، لم يتعرض إليه الديوان، في حال أن فعل الإدارة العام، وكما أكدته القاضي الإداري التونسي، مس العديد من الأشخاص، ولكنه أضر بالمتعاقد ضرراً غير عادي⁹¹، وغير مألوف مقارنة بما أصاب غيره في نفس وضعيته، ويتجاوز بكثير استنفادته إن وجدت⁹². علماً أيضاً أن الضرر غير

⁸⁶ رقم القضية في المحكمة الإدارية 638 لعام 1438، رقم القضية في محكمة الاستئناف الإدارية 11961 لعام 1440، تاريخ الجلسة 1441/1/19، ورقم القضية 1/547/ق لعام 1422، رقم الحكم الابتدائي 1/د/23 لعام 1423، رقم حكم هيئة التدقيق 1/ت/1 لعام 1423، تاريخ الجلسة 1423/12/30

⁸⁷ أنظر مثلاً رقم القضية 1/454/ق لعام 1426، رقم الحكم الابتدائي 3/د/230 لعام 1429، رقم حكم الإستئناف 1/س/367 لعام 1430، ورقم القضية 1/547/ق لعام 1422، رقم الحكم الابتدائي 1/د/23 لعام 1423، رقم حكم هيئة التدقيق 1/ت/1 لعام 1423، تاريخ الجلسة 1423/12/30، ورقم القضية في المحكمة الإدارية 638 لعام 1438، رقم القضية في محكمة الاستئناف الإدارية 11961 لعام 1440، تاريخ الجلسة 1441/1/19

⁸⁸ أنظر: مثلاً حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ 2020/10/27، في القضية رقم 58619، سبق ذكره

P. Terneyre: la responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif, op.cit, p. 180

- أنظر مثلاً حكم بتاريخ 1955/1/30، صدر عن المحكمة الإدارية العليا في مصر، مجموع أحكام المحكمة السنة التاسعة، ص 268، و حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ 1961/5/20، سبق ذكره، و وحكم صادر عن محكمة التمييز الأردنية، تمييز حقوق 1994/34، (هيئة خماسية)، 1994/9/10، سبق ذكره

M. Hauriou : concl. Sous CE : Zeilabadine, S. 1910, 3, p.1

⁸⁹ أنظر مثلاً حكم استئنافي صادر عن ديوان المظالم رقم 1/س/253 لعام 1431، ورقم القضية 1/454/ق لعام 1426، رقم الحكم الابتدائي 3/د/230 لعام 1429، رقم حكم الإستئناف 1/س/367 لعام 1430، تاريخ الجلسة 1430/9/1

⁹⁰ أنظر مثلاً حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ 1961/5/20، سبق ذكره

⁹¹ أنظر مثلاً م.إ.س. قضية عدد 28787، بتاريخ 2012/3/10، منشور على الرابط التالي:

<https://www.jat.tn/sites/default/files/anonym/201128787.pdf>

⁹² أنظر:

-Délvovlvé. P, le principe d'égalité devant les charges publiques, LGDJ 1962, p. 271.

- CE 24/6/1949, Lecont, leb, p. 307

العادي تأكيد لمفهوم الضرر الخاص⁹³، وأن هذين الشرطين ليسا متلازمين، بل متناوبين، كما يفهم من قضاء مجلس الدولة الفرنسي⁹⁴. هذه الشروط الخاصة بالضرر، لئن تضيق من مجال الحق في التعويض، فإنها تفسر أولاً، بعقلنة التعويض على أساس نظرية فعل الأمير حماية للمال العام، وثانياً، بالوضعية المتميزة للمتعاقد، حيث أن له امتياز التعويض، وقبل ذلك امتياز الرابطة التعاقدية مع الجهة الإدارية مصدر فعل الأمير، على خلاف غيره ممن ليسوا من المتعاقدين معها.

والى جانب الشروط الخاصة، يتعين أن يثبت القاضي من توفر الشروط العامة للضرر القابل للتعويض⁹⁵، و نعني، من جهة أولى، أن يكون محققاً في تاريخ القيام بالدعوى القضائية، أي بانته كل ملامحه وعناصره وصار قابلاً للتقويم من قبل القاضي، فلا مجال للتعويض عن ضرر مجهول غير معلوم، أو ضرر احتمالي وظني، ودون أن يمنع هذا التعويض عن ضرر مستقبلي مؤكد حصوله في مستقبل قريب، كما لا يمنع لاحقاً للحصول على التعويض من المطالبة مرة أخرى بالتعويض عن تفاقم الضرر، ومن جهة ثانية، أن يكون مباشراً، أي ناتجاً مباشرة عن فعل الإدارة، وهذا يتعلق بإثبات علاقة السببية⁹⁶ بين الفعل الإداري والضرر المشتكى منه، ومن جهة ثالثة، أن يكون مشروعاً، حيث لا مجال للمطالبة بتعويض عن ضرر يخالف قوانين الدولة⁹⁷.

إن توفر شروط نظرية فعل الأمير، مبرر لتوفر المصلحة في القيام بدعوى التعويض ضد الجهة الإدارية الطرف في العقد. هذه الدعوى ليست هدفاً في ذاتها، بل أن أهميتها فيما ينجر عنها من منافع للمدعي، وملخصها حصوله على تعويض عادل يجبر الضرر المشتكى منه. هذا يفترض عدالة القاضي، وفاعلية حكمه، لتكتمل فاعلية الدعوى القضائية ضد جهة إدارية ذات سلطة يفترق إليها المتعاقد المتضرر.

المبحث الثاني: تعدد ضمانات فاعلية الدعوى في الحصول على التعويض

إن المصلحة من القيام بدعوى التعويض هي الاستفادة من تعويض يجبر الضرر الذي مس المتعاقد مع الجهة الإدارية. هذا التعويض يخضع، من حيث إقراره، لسلطة قاضي العقد، وهي سلطة متميزة وموسعة. إلا أن أهميتها تكمن خاصة في التزام الجهة الإدارية بتنفيذ الحكم بالتعويض.

⁹³ أنظر:

G. C.Heuriat : le dommage anormal : thèse, Cujas 1960, p. 71

⁹⁴ أنظر مثلاً:

CE 17/5/1974, Malatène, Leb. P 1169

⁹⁵ أنظر الغناي توفيق، الرقابة القضائية على تنفيذ الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 371-375

⁹⁶ للتعلم أنظر، الغناي توفيق، المسؤولية الإدارية التعاقدية، المقال السابق، ص 301-303

⁹⁷ أنظر، الغناي توفيق، المسؤولية الإدارية التعاقدية، مقال سابق، ص 290-295

المطلب الأول: سلطات القاضي في الحكم بالتعويض

تندرج دعاوى التعويض على أساس نظرية فعل الأمير ضمن ما يسمى القضاء الكامل التعاقدى، وهو قضاء شخصي، نظرا لعلاقته بالحقوق الشخصية المكتسبة للمتعاقدين. وتكون سلطات قاضي العقد في هذا الإطار موسعة، على خلاف سلطاته في دعاوى الإلغاء، وهو قضاء موضوعي⁹⁸، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية في تونس⁹⁹، وأقره أيضا ديوان المظالم في المملكة¹⁰⁰.

هذه السلطات للقاضي، تمكنه من صلاحيات واسعة بخصوص تقدير الضرر والتعويض الملائم، الذي يجب أن يكون عادلا. والتعويض العادل في هذا الإطار، هو تعويض كامل، كما اتفق عليه الفقه والقضاء الإداريين¹⁰¹، يغطي كل عناصر الضرر المثبتة. ولكن، وكما هو معلوم، لا يحق للقاضي أن يحكم بما لم يطلب منه، أو بأكثر مما طلب منه، لأنه ليس طرفا في المنازعة، بل عليه أن يتمسك بحياده تجاه أطراف الدعوى، حتى لو كانت له قناعة شخصية أن المدعي يستحق أكثر مما طلب في صحيفة دعواه.

وتجدر الملاحظة أنه، إلى جانب حقه في التعويض، يستحق المتعاقد مع الإدارة الإعفاء من غرامات التأخير إذا ثبت أن فعل الأمير، غير المتوقع من قبله، كان سببا في تأخره في الوفاء بالتزاماته التعاقدية، وهو ما تسمح به عادة القوانين، ومن ذلك المادة 74 من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي. كما يجوز له طلب فسخ العقد إذا استحال تنفيذه استحالة مطلقة بسبب فعل الأمير، كما أقره القضاء المصري¹⁰²، حيث أن الأصل أن فعل الأمير لا يرتب هذه النتيجة، بل يخل بالتوازن المالي للعقد، فيجعل تنفيذه أكثر مشقة مالية للمتعاقد مع الإدارة.

والتعويض الكامل¹⁰³، الذي كان يقتصر على عقود الاشغال العامة، ثم توسع في اعتماده القضاء الإداري الفرنسي في كل العقود الإدارية، وحتى يكون منصفًا للمتعاقد، يجب، حسب ديوان المظالم¹⁰⁴، والقضاء الإداري

⁹⁸ أنظر، حمادة عبد الرازق حمادة، العقود الإدارية في النظام السعودي، دراسة تحليلية تطبيقية وفقا لأحكام نظام المافسات والمشتريات السعودي، مرجع سابق، ص 393

⁹⁹ أنظر مثلا م.إ.س. قضية عدد 3963 بتاريخ 14/6/1995، محمد بن حميدة ضد وزير المواصلات

¹⁰⁰ رقم القضية في المحكمة الإدارية 638 لعام 1438، رقم القضية في محكمة الاستئناف الإدارية 11961 لعام 1440، تاريخ

الجلسة 1441/1/19

¹⁰¹ أنظر مثلا حكم للمحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ 27/10/2020، في القضية رقم 58619، سبق ذكره

¹⁰² أنظر مثلا حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رق 33293 بتاريخ 28/6/2016، المجموعة، السنة 61، ص 1341

¹⁰³ حول ها المعنى في دعاوى التعويض عموما أنظر، أحمد محمد صبحي أغريز، القضاء الإداري السعودي، مكتبة المتنبى، ط

2، 2022، ص 240- 243

¹⁰⁴ رقم القضية 1/547/ق لعام 1422، رقم الحكم الابتدائي 1/د/23 لعام 1423، رقم حكم هيئة التدقيق 178/ت/1 لعام

1423، تاريخ الجلسة 1423/12/30

المقارن¹⁰⁵، أن يعيد التوازن المالي للعقد، من حيث أنه يغطي ما لحق المتعاقد من خسارة، بقطع النظر عن شكلها وطبيعتها وحجمها وقيمتها مقارنة بالثمن المتفق عليه في العقد¹⁰⁶، وما فاته من ربح معقول ومؤكد. أما ما يكون ضمن الضرر الاحتمالي أو الضني فلا تعويض عنه. وبطبيعة الحال يأخذ القاضي في الاعتبار إمكانية تعدد أسباب حصول الضرر المشتكى منه، حيث أحيانا لا ينتج فقط عن فعل الأمير، بل قد تعفى الإدارة، كليا أو جزئيا، بتوفر أسباب الإغفاء من المسؤولية¹⁰⁷، وفي كل هذا إنصاف لجهة الإدارة أيضا. كما ننوه إلى أنه إذا تم فسخ العقد قبل الشروع في تنفيذه، فلا يستحق المتعاقد تعويضا عن الخسارة، وله فقط الحق في التعويض عن فوات الربح.

في كل الأحوال، يتعين أن يتم تقدير الضرر والتعويض الملائم، في تاريخ صدور الحكم القضائي¹⁰⁸، وانطلاقا من تاريخ حصول فعل الأمير، أخذا في الاعتبار ما يمكن أن يفصل زمنيا بين تاريخ الفعل، وتاريخ الدعوى، وتاريخ صدور الحكم، وفي الاثناء قد تتفاقم الأضرار. على أن قاضي العقد يتعامل بواقعية مع كل حالة على حدة، على أساس العدالة والإنصاف، ودون أن يمكن المتعاقد من التعسف في استعمال حقه في التعويض. إن تقدير القاضي للتعويض العادل يتم، أولا على أساس مدى نجاح المدعي في الإثبات، من خلال ما قدمه مرفقا لصحيفة دعواه، ثانيا، بالرجوع إلى الإرادة الصريحة للمتعاقدين، من خلال مضمون العقد، خاصة فيما له علاقة بالثمن الفردي، وكيفية احتسابه، كما أكدته ديوان المظالم¹⁰⁹، وثالثا، بالرجوع إلى قناعات القاضي وما يستقر في وجدانه، كما يستنتج من قضاء ديوان المظالم¹¹⁰، مع الاستئناس أحيانا بتقارير الخبراء، والتي لا تلزم القاضي، ولكن تنير له سبيل الحكم بتعويض عادل، حكم يقبل الاعتراض في إطار النقاضي على درجتين، بما يضمن مبدئيا أن يكون عادلا.

¹⁰⁵ أنظر: مثلا حكم للمحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ 2020/10/27، في القضية رقم 58619، سبق ذكره

CE 23/4/1948, Ville d'ajaccio, RDP 1948, p 603

¹⁰⁶ أنظر مثلا حكم ديوان المظالم: رقم القضية 1/547/ق لعام 1422، رقم الحكم الابتدائي 1/د/23 لعام 1423، رقم حكم

هيئة التدقيق 178/ت/1 لعام 1423، تاريخ الجلسة 1423/12/30

¹⁰⁷ أنظر:

CE 28/11/1924, Tanti, Leb, p 940

¹⁰⁸ أنظر، أغريز أحمد محمد صبحي، مسؤولية الإدارة عن أعمالها في المملكة العربية السعودية، دراسة مقارنة، ط 2، مكتبة

المتنبى، الرياض، 2022، ص 202

¹⁰⁹ رقم القضية 1/454/ق لعام 1426، رقم الحكم الابتدائي 3/د/230 لعام 1429، رقم حكم الاستئناف 367/إس/1 لعام

1430، تاريخ الجلسة 1430/9/1

¹¹⁰ رقم القضية في المحكمة الإدارية 638 لعام 1438، رقم القضية في محكمة الاستئناف الإدارية 11961 لعام 1440، تاريخ

الجلسة 1441/1/19

ولئن كان التعويض العادل حقا من حقوق المتعاقد المتضرر، فلا يجب أن يكون مدخلا لإثرائه بدون سبب على حساب الإدارة، ولهذا يجب أن يتحرى القاضي الحياد والحرفية في تقديره للضرر، وتحديد قيمة التعويض عنه، ليكون حكمه عادلا ومنصفا للمتعاقدين، فلا تتضرر الجهة الإدارية ومن ورائها المال العام، وتتحقق مصلحة المدعي من إقامة دعواه، وهي مصلحة ترتبها، لا فقط بالحكم بالتعويض، بل أيضا، وخاصة، بتوفر ضمانات نجاة هذا الحكم وفاعليته العملية.

المطلب الثاني: نجاة الحكم القاضي بالتعويض

إن الحكم القضائي ليست له أهمية ولا فاعلية ما لم تتحقق العدالة فعليا بموجبه، وهذا يفترض توفير ضمانات استقلالية القضاء، ومنها أيضا ضمانات تنفيذ الحكم القضائي ضد الإدارة، وكلها ضمانات توفرها الأنظمة السعودية، وبشيء من التميز، خاصة فيما يتعلق بتنفيذ الأحكام.

أولاً: تنوع ضمانات استقلالية القضاء

تندرج استقلالية القضاء ضمن تقسيم الدولة إلى سلطات ثلاث، تشريعية وتنفيذية وقضائية، في إطار تصور للفصل المتوازن بين السلطات. هذه الاستقلالية ضرورية لتقادي هيمنة وضغط وتأثير بقية السلطات على القضاء، وتوجيه أحكامه، بما لا يمكنه من تحقيق العدالة، فيكون عوناً على الظلم.

وبالرجوع إلى عديد الأنظمة في المملكة، نستنتج توفر عديد الضمانات القانونية لاستقلالية المؤسسة القضائية من جهة، ولاستقلالية القاضي من جهة أخرى. هذه الاستقلالية تنطلق أولاً، من المرجعية الشرعية للتنظيم القانوني والقضائي في المملكة¹¹¹، والتي تحميها الدولة¹¹². ولا شك أن الشرع الإسلامي يؤكد على استقلالية القضاء بقطع النظر عن صفة المتقاضين¹¹³، لتكون استقلالية المؤسسة القضائية التزاماً شرعياً يتعين التقيد به من قبل كل الجهات ذات العلاقة، سواء على مستوى تصور تنظيم السلطة القضائية هيكلياً ووظيفياً، أو على مستوى أداء هذه السلطة لمهامها ودورها في إرساء العدالة التي يفترضها الشرع الإسلامي.

وتؤسس استقلالية القضاء ثانياً، على متطلبات ضمان حقوق الإنسان وفق الشريعة الإسلامية¹¹⁴، ومن حقوق الإنسان، حقه في اللجوء إلى القضاء، وحقه في التعويض عما يصيبه من أضرار جراء فعل الإدارة، تعويضاً عادلاً.

¹¹¹ أنظر مثلاً المواد 1 و 7 و 8 من النظام الأساسي للحكم

¹¹² حسب المادة 23 من النظام الأساسي للحكم

¹¹³ للتعلم أنظر، محمد بن عبد الله بن إبراهيم السحيم، استقلال القضاء في الفقه الإسلامي، دار ابن الجوزي، 1435

¹¹⁴ حسب المادة 26 من النظام الأساسي للحكم

وانطلاقاً من هذه الأسس، صرحت السلطة التنظيمية السعودية بأن القضاء سلطة وهي مستقلة¹¹⁵، وأنه ليس لأحد، مهما كانت صفته أو سلطته، الحق في التدخل في القضاء بأي وجه من الوجوه¹¹⁶، أو في مخاصمة القاضي بخصوص ما يصدره من أحكام، عدى وفقاً لمقتضيات وضمانات التأديب¹¹⁷، وهذا حتى يضمن القاضي للمتقاضين المساواة في تمتعهم بالحق في العدالة¹¹⁸، كلما التزم في قضائه بالحكم وفقاً للقانون في معناه الواسع¹¹⁹.

ومن الضمانات في نفس السياق، توفر شروط موضوعية، عند تعيينهم، ونقلهم، وترقيتهم، وتدريبهم، وإعارتهم، وعزلهم، تتمحور خاصة حول، الحرفية والكفاءة والجدارة والنزاهة والمساواة¹²⁰، مع الحرص على أن يتمتعوا بحقوق مجزية طيلة مسارهم المهني، سواء منها الحقوق المالية أو المعنوية¹²¹، بإشراف من المجلس الأعلى للقضاء¹²². وفي المقابل، تقع على عاتق القاضي واجبات إيجابية وسلبية، عليه التقيد بها، لأنها من متطلبات استقلاليتها¹²³، لعل من أهمها منع الجمع بين القضاء وأي مهنة أخرى بمقابل، علاوة على تقادي حالات تعارض المصالح.

ومن تمام استقلالية القضاء والقضاة، إخضاعهم للرقابة، لتقدير مدى التزامهم بمقتضيات الاستقلالية. وهي رقابة متنوعة، من حيث مصادرها وأشكالها وآثارها، تجمع بين رقابة داخلية، من داخل المؤسسة القضائية¹²⁴، ورقابة خارجية عن هذه المؤسسة، يؤمنها خاصة الملك، بصفته رئيس الدولة وولي الأمر ومرجع كل السلطات¹²⁵، والمجلس الأعلى للقضاء¹²⁶، وفي إطار إجراءات تأديبية تكفل فيها للقاضي جميع حقوقه

¹¹⁵ حسب المادة 46 من النظام الأساسي للحكم "القضاء سلطة مستقلة، ولا سلطان على القضاء في قضائهم لغير سلطان الشريعة الإسلامية"

¹¹⁶ حسب المادة 1 من نظام القضاء الصادر بموجب مرسوم ملكي رقم م/78 بتاريخ 19 / 9 / 1428

¹¹⁷ حسب المادة 4 من نظام القضاء

¹¹⁸ حسب المادة 47 من النظام الأساسي للحكم

¹¹⁹ حسب المادة 48 من النظام الأساسي للحكم "تطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية، وفقاً لما

دل عليه الكتاب والسنة، وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب والسنة"

¹²⁰ حسب المادة 53 من النظام الأساسي للحكم، والمواد 3، و31 و47 من نظام القضاء والمادة 17 من نظام ديوان المظالم

¹²¹ حسب المادة 45 من نظام القضاء

¹²² حسب المادة 6 من نظام القضاء

¹²³ حسب المواد 52 و53 و54 من نظام القضاء

¹²⁴ حسب المادة 58 من نظام القضاء

¹²⁵ حسب المادة 55 من النظام الأساسي للحكم

¹²⁶ حسب المواد 6 و55 و57 و59 و60 و61 و62 و63 من نظام القضاء

الأساسية¹²⁷، وخاصة قرينة البراءة، وحقه في الدفاع عنة نفسه، وحقه في الحصانة، وإن ليست مطلقة¹²⁸. علما أن التتبع التأديبي، لا يعفي تتبع القاضي جزائيا ومدنيا¹²⁹، وأنه قد ينتهي بإحدى عقوبتين، إما اللوم، أو إنهاء الخدمة¹³⁰ التي يصدر بتنفيذها أمر من الملك¹³¹، والتي، مع خطورتها، تستدعي الوقاية منها، بمجرد التزام القاضي حدود واجباته.

إن مختلف هذه الضمانات القانونية، تبقى نظرية، ما لم تفعل عمليا وذهنيا وسلوكيا، أولا، من قبل القاضي، الذي عليه استشعار أهميتها، ووجوب السير وفقا ما تقتضيه، وثانيا، من قبل كل جهة لها علاقة تنظيمية أو علاقة تقاضي أو علاقة رقابية بالقضاء، حيث يتعين على الجميع التعامل مع القضاة دون أي محاولة للضغط والتأثير الذي يدفعهم للانحراف بسلطتهم في تحقيق العدالة.

إن استقلالية القضاء، لا تكتمل إلا بتطبيق العدالة التي وردت في الأحكام القضائية، وهذا يفترض توفير ضمانات التنفيذ خاصة وأن دعوى التعويض توجه ضد الإدارة صاحبة السلطة.

ثانيا: تعدد ضمانات تنفيذ الحكم القضائي

في هذا الإطار، وعلى خلاف عوائق تنفيذ أحكام القضاء الإداري، وضعف الضمانات القانونية المتوفرة لذلك، في بعض الدول¹³²، خطت المملكة خطوة جريئة ومتميزة في سبيل تامين الأحكام القضائية الإدارية، وتوفير الضمانات القانونية لتنفيذها، مهما كان الشخص المطالب بذلك، ولو كانت جهة الإدارة. وفي إطار تفعيل القاعدة القانونية التي تفيد أن الملك أو من ينيبه معنيون بتنفيذ الأحكام القضائية¹³³. فقد صدر نظام التنفيذ أمام ديوان المظالم¹³⁴، وميز المنظم السعودي من خلاله بين التنفيذ التلقائي، والتنفيذ الجبري للحكم القضائي¹³⁵.

¹²⁷ حسب المواد 64 و 65 و 66 و 67 من نظام القضاء

¹²⁸ حسب المادة 51 من نظام القضاء

¹²⁹ حسب المادة 63 من نظام القضاء

¹³⁰ حسب المادة 66 من نظام القضاء

¹³¹ حسب المادة 67 من نظام القضاء

¹³² أنظر مثلا، قريبيز مراد ومايدي نعيمة، معوقات تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان

عاشور بالجلفة، المجلد 13، العدد 1، 2020، ص 285

¹³³ حسب المادة 50 من النظام الأساسي للحكم

¹³⁴ بموجب مرسوم ملكي رقم (م/15) وتاريخ 1443/1/27

¹³⁵ أنظر، الشراوي عبد الفتاح محمد أبو اليزيد، القضاء الإداري وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية (دراسة مقارنة)، ط 2،

مكتبة المتنبي، الرياض، 2024، ص 299- 313

حيث أصليا يكون المحكوم ضده، ملزما بالمبادرة تلقائيا بتنفيذ ما ورد في الحكم القضائي النهائي¹³⁶. وفي حال رفض التنفيذ، وقبل المرور إلى إجراءات التنفيذ الجبري، يتعين وجوبا على صاحب الحق أن يبادر بمطالبة الجهة الإدارية بالوفاء بما عليها من أداء وارد في الحكم القضائي النهائي. هذه المطالبة مفتوحة في الزمن لمدة 10 سنوات من تاريخ اكتساب الحكم القضائي الصفة النهائية، على أن تمنح الجهة الإدارية أجلا لا يقل عن 30 يوما من تاريخ مطالبتها بأداء ما عليها، علما أن هذا الأجل يخفض إلى 5 أيام أو أقل من ذلك بخصوص تنفيذ الأحكام القضائية العاجلة. وإذا مضت المدة الممنوحة دون تنفيذ، أو أعلنت جهة الإدارة صراحة رفضها تنفيذ الحكم، جاز لصاحب الحق أن يتقدم إلى محكمة التنفيذ المختصة، خلال ما بقي من مدة العشر سنوات، أو في اليوم التالي لانقضاء أجل التنفيذ، أيهما أطول¹³⁷، بحيث يستفيد صاحب الحق من الأجل الأطول، وفي ذلك ضمانه للحصول على حقوقه.

وفي إطار التنفيذ الجبري، تنشأ بقرار من مجلس القضاء الإداري محاكم للتنفيذ¹³⁸، تتكون كل منها من رئيس وعدد كاف من القضاة، وتتشكل من دوائر تتكون كل منها من قاض واحد. وتوزع هذه المحاكم على عديد مناطق المملكة. وفي المناطق التي لا توجد فيها محاكم تنفيذ، تعوضها دوائر للتنفيذ تتواجد داخل المحاكم الإدارية ابتدائية الدرجة، وتمارس نفس اختصاصاتها، وهي تنفيذ السند التنفيذي، ومنه الحكم القضائي النهائي¹³⁹، والفصل في منازعات تنفيذه.

ويرفع طلب تنفيذ الحكم القضائي النهائي بصحيفة يودعها طالب التنفيذ لدى محكمة التنفيذ المختصة، يدويا أو إلكترونيا¹⁴⁰، مع وجوب أن تتضمن البيانات والمرفقات الوجوبية¹⁴¹. وإذا كانت صحيفة الدعوى مستوفاة وفقا للضوابط النظامية¹⁴²، تسعى المحكمة مرة أخرى أن يتم تنفيذ الحكم بطريقة ودية وتلقائية من قبل الجهة الإدارية المحكوم ضدها. حيث تصدر إليها بصورة مستعجلة، إنذارا بالتنفيذ خلال أجل نظامي لا يتجاوز 5 أيام بالنسبة للأحكام العاجلة و30 يوما بالنسبة لبقية الأحكام، أو خلال أجل أقل تحدده الدائرة. وإذا رأت الدائرة من المناسب أن تضع شيئا من الضغط المعنوي على الجهة الإدارية المطالبة بالتنفيذ، جاز لها أن تحيط الجهة

¹³⁶ أنظر المادة 2 من نظام التنفيذ أمام ديوان المظالم

¹³⁷ أنظر المادة 8 من نظام التنفيذ أمام ديوان المظالم

¹³⁸ حسب المادة 3 من نظام التنفيذ أمام ديوان المظالم

¹³⁹ ورد تعريف السندات القابلة للتنفيذ وأنواعها في المادة 4 من نظام التنفيذ أمام ديوان المظالم ومنها "الأحكام النهائية أو العاجلة

الصادرة عن ديوان المظالم"

¹⁴⁰ كما يفهم من المادة 35 من نظام التنفيذ أمام ديوان المظالم

¹⁴¹ أنظر المادة 6 من نظام التنفيذ أمام ديوان المظالم

¹⁴² أنظر المادة 7 من نظام التنفيذ أمام ديوان المظالم

الرقابية العليا المختصة، علماً، للنظر في إمكانية مباشرة الإجراءات التأديبية ضد كل من يتسبب في رفض التنفيذ¹⁴³. كما يجوز لدائرة التنفيذ، وفي إطار استباق ما قد تقدمه الإدارة المدعوة لتنفيذ الحكم، من أضرار تمنعها من التنفيذ، أن توجه لها أمراً يتضمن التدابير اللازمة للتنفيذ، ويطلبها بالاطلاع مثلاً على الميزانيات وعلى أي مستند ترى ضرورة الاطلاع عليه¹⁴⁴. وفي المقابل من حق الإدارة استيضاح كيفية التنفيذ لدى الدائرة¹⁴⁵، ودون أن يؤثر هذا الحق على المهل والإجراءات النظامية، وذلك منعا لتعسف الإدارة في استعمال هذا الحق¹⁴⁶. على أنه يجوز توقيف المهل أو التمديد فيها وفقاً لشروط بينها المنظم¹⁴⁷، كما يجوز للدائرة أن تأذن بوقف تنفيذ الحكم في حال ثبت لديها ما يستدعي ذلك بالجدية المقنعة¹⁴⁸.

وإذا انتهت مهلة الإنذار دون تنفيذ، أو صدر خلالها رفض صريح للتنفيذ، خول المنظم السعودي لدائرة التنفيذ أن تصدر وجوباً للجهة الإدارية المعنية أمراً بالتنفيذ، يتضمن أيضاً، عند الحاجة، بيان كيفية التنفيذ، ومع وجوب أن تحيط الدائرة علماً الجهة المختصة بصورة من الأمر بالتنفيذ "للنظر في مباشرة الإجراءات الجزائية ضد المتسبب في عدم التنفيذ"¹⁴⁹، وإذا تبين أن الإدارة وفّت بما عليها، ولكن التنفيذ يرتهن بتدخل جهة أخرى مثل وزارة المالية، لدائرة التنفيذ، وهي مخيرة من خلال صياغة النص القانوني، وهو تخيير غير موفق في اعتقادنا، أن توجه إليها إنذاراً بالتنفيذ وتطبق ضدها بقية الإجراءات المنصوص عليها نظاماً¹⁵⁰.

وفي حال تواصل رفض تنفيذ الحكم القضائي، بالرغم من توجيه الأمر بالتنفيذ، توظف غرامة مالية عن كل يوم تأخير ولمدة حددها المنظم¹⁵¹. ولكن هذا الاجراء التهديدي، والي يعرف في الأنظمة المقارنة بالغرامات التهديدية، لا يسري بخصوص تنفيذ حكم قضائي قضى بأداء مالي، على غرار الحكم بالتعويض.

إن فشل طلب التنفيذ، وبالتالي فشل التنفيذ الإرادي، يبرر اللجوء إلى التنفيذ الجبري في إطار منازعة تنفيذ، ترفع من كل ذي مصلحة، من أطراف التنفيذ أو غيرهم، لدى محكمة التنفيذ المختصة، أو دائرة التنفيذ في المناطق التي لا توجد فيها محاكم تنفيذ، مع الالتزام بالإجراءات المعتادة ضمن نظام المرافعات أمام ديوان

¹⁴³ أنظر المادة 1 من نظام التنفيذ أمام ديوان المظالم

¹⁴⁴ أنظر المادة 11 من نظام التنفيذ أمام ديوان المظالم

¹⁴⁵ أنظر المادة 14 من نظام التنفيذ أمام ديوان المظالم

¹⁴⁶ أنظر المادة 15 من نظام التنفيذ أمام ديوان المظالم

¹⁴⁷ أنظر المادتين 22 و 23 من نظام التنفيذ أمام ديوان المظالم

¹⁴⁸ أنظر المادة 28 من نظام التنفيذ أمام ديوان المظالم

¹⁴⁹ أنظر المادة 12 من نظام التنفيذ أمام ديوان المظالم

¹⁵⁰ أنظر المادة 13 من نظام التنفيذ أمام ديوان المظالم

¹⁵¹ حسب صريح المادة 20 من نظام التنفيذ أمام ديوان المظالم

المظالم، ما لم يكن هناك نص خاص يقضي بخلاف هذا¹⁵²، وعلى أن تتضمن الصحيفة وجوباً ببيانات الحكم المتنازع في تنفيذه، وملخصاً عنه، وأسباب المنازعة، وطلبات مقدمها¹⁵³.

ونظراً للأهمية، وسعيًا لإيصال الحقوق لأصحابها تجسيدا لحجية الاحكام القضائية ولاستقلالية القضاء، فرض المنظم في المملكة أن يتم البت استعجاليا في منازعة التنفيذ¹⁵⁴، وفي حال كان هناك اعتراض على الحكم أمام المحكمة المختصة، مرفق بطلب وقف تنفيذه، وصدر أمر بوقف التنفيذ، تتوقف وجوباً جميع الإجراءات والمهل المتعلقة بتنفيذ الحكم، ولا تقبل الطلبات والمنازعات التي ترفع بعد صدور أمر الوقف حتى يتم الفصل في الاعتراض¹⁵⁵. ويجوز أيضا للدائرة، ولها سلطة تقديرية في ذلك بها تتقاضي تعسف الإدارة في استعمال هذا الحق، أن تستجيب لطلب وقف التنفيذ، وذلك إلى حين الفصل في طلب تفسير الحكم من المحكمة المختصة¹⁵⁶. ولكن من الوجهه أن نلاحظ هنا أنه، لئن أجاز المنظم السعودي تقديم طلب لوقف تنفيذ الحكم، سواء في مرحلة طلب التنفيذ، أو في مرحلة منازعة التنفيذ، فنعتقد أن تقديم الطلب في مرحلة طلب التنفيذ يمنع إعادة تقديم نفس الطلب في مرحلة المنازعة، وخلاف هذا القول يشرع للتعسف في استعمال الحق على حساب حجية الحكم القضائي واستقلالية القضاء وحقوق المدعي.

وإذا ثبت تعذر تنفيذ الحكم، فلدائرة التنفيذ أن تحكم وجوباً بإثبات ذلك. على أن المنظم السعودي لا يعتبر من مبررات تعذر التنفيذ عدم توفر الاعتمادات المالية في ميزانية الجهة الإدارية المطالبة بالتنفيذ¹⁵⁷.

إن الاتهام بتعطيل التنفيذ، أو الامتناع عن التنفيذ، لئن يوجه إلى الجهة الإدارية، فهي شخص اعتباري لا يمكن أن يساءل بالفاعلية المطلوبة. ولهذا فرض المنظم السعودي مساءلة الموظف العام في شخصه، معتبرا، أن الامتناع عن التنفيذ أو رفض التنفيذ، يشكلان جريمتين قصديتين. وقد رصد لمرتكبيها عقوبات مهمة، تتراوح بين الغرامات المالية والسجن، من شأنها ردع ومنع كل من تخول له نفسه ارتكاب السلوك الاجرامي. في هذا السياق، وإلى جانب ما يمكن أن يتعرض إليه الموظف العام مرتكب الجريمة من عقوبات تنص عليها أنظمة أخرى، تكون العقوبة بالسجن لا تزيد عن سبع سنوات، وبغرامة لا تزيد عن 700 ألف ريال، أو بإحدى العقوبتين، إذا ثبت استغلال الموظف العام نفوذه أو سلطته الوظيفية في منع تنفيذ الحكم القضائي جزئيا أو كليا، ومع ثبوت القصد، وهو تعطيل التنفيذ، مما يفيد توفر كل أركان الجريمة. أما في حال ثبوت أن الموظف

¹⁵² هذا ما يفهم من المادة 36 من نظام التنفيذ أمام ديوان المظالم

¹⁵³ أنظر المادة 25 من نظام التنفيذ أمام ديوان المظالم

¹⁵⁴ أنظر المادة 26 من نظام التنفيذ أمام ديوان المظالم

¹⁵⁵ أنظر المادة 27 من نظام التنفيذ أمام ديوان المظالم

¹⁵⁶ حسب صريح المادة 28 من نظام التنفيذ أمام ديوان المظالم

¹⁵⁷ أنظر المادة 29 من نظام التنفيذ أمام ديوان المظالم

العام امتنع عمدا عن تنفيذ الحكم، جزئيا أو كليا، مع توفر قصد تعطيل التنفيذ، وذلك بعد مضي مدة 8 أيام من تبليغه بالإذار السالف بيانه، أو علمه بالإجراءات التالية للإذار ووصولها إليه، وكان هو الشخص المختص بالتنفيذ، فيعاقب بالسجن مدة لا تزيد عن 5 سنوات، وبغرامة لا تزيد عن 500 ألف ريال، أو بإحدى العقوبتين¹⁵⁸. هذه العقوبات تشمل أيضا كل من تثبت مشاركته في ارتكاب الجريمة¹⁵⁹.

إن هذه العقوبات الأصلية، ومن خلال صياغة النظام، تمكن محكمة التنفيذ أو دائرة التنفيذ من سلطة تقديرية، من حيث اختيار قيمة الحد الأقصى أو أقل منه، ومن حيث اختيار عقوبة، أو الجمع بين عقوبتين. هذه السلطة التقديرية تبقى خاضعة لضوابط التناسب بين الفعل والعقوبة. وهو ما يشمل أيضا الحكم بعقوبات تكميلية أجازها المنظم السعودي، حيث يجوز للمحكمة، تضمين حكمها القاضي بالعقوبة الأصلية، النص على نشر ملخص الحكم، بعد اكتسابه الصفة النهائية، على نفقة الموظف المحكوم عليه، وذلك في صحيفة محلية تصدر في مقر إقامته، أو في حال تعذر ذلك، ففي أقرب منطقة له، أو يكون النشر بأي وسيلة أخرى مناسبة¹⁶⁰، والهدف من هذه العقوبة التكميلية، التشهير بمثل هذه الجرائم الخطيرة وبمركبتها، حتى يكون ذلك رادعا وقائيا، يدفع كل موظف لتحري الانضباط للأنظمة وللأحكام القضائية، وتجنب ارتكاب التجاوزات والجرائم.

وتأكيدا لجسامة الجرائم المتعلقة بتعطيل تنفيذ الأحكام القضائية، أو الامتناع عن تنفيذها، فقد اعتبرها المنظم السعودي من ضمن جرائم الفساد، وهو ما يفترض تتبع الموظف المعني في إطار مكافحة الفساد، تنفيذا لما ورد خاصة في نظام الانضباط الوظيفي وما ورد في نظام هيئة الرقابة ومكافحة الفساد¹⁶¹، علاوة على أنها من الجرائم الكبيرة، حسب المنظم، والتي توجب التوقيف¹⁶²، وتبرر في اعتقادنا التتبع التأديبي، الذي ينتهي، في حال ثبوت الجريمة، باتخاذ قرار بالفصل من الوظيفة.

الخاتمة:

من خلال هذه الدراسة، نتبين مجموعة من الاستنتاجات التأليفية، التي منها نقدم بعض التوصيات

الاستنتاجات:

- نظرية فعل الأمير تؤسس للمسؤولية الإدارية التعاقدية دون خطأ، لتمييز بذلك العقود الإدارية عن عقود

القانون الخاص

¹⁵⁸ حسب المادة 30 من نظام التنفيذ أمام ديوان المظالم

¹⁵⁹ حسب المادة 31 من نظام التنفيذ أمام ديوان المظالم

¹⁶⁰ حسب المادة 32 من نظام التنفيذ أمام ديوان المظالم

¹⁶¹ صدر بموجب مرسوم ملكي رقم (م/25) وتاريخ 1446/1/23

¹⁶² حسب المادة 33 من نظام التنفيذ أمام ديوان المظالم

- نظرية فعل الأمير تخول للمتعاقد مع الإدارة الحق في المطالبة بالتعويض بتوفر شروطها
- رغم الاختلافات الجزئية حول مفهوم وشروط نظرية فعل الأمير، ورغم الخصوصيات التي فرضها ديوان المظالم في المملكة بهذا الشأن، فعناك توافق واسع حول الأسس والضوابط الرئيسية لهذه النظرية، وحول نتائجها القانونية
- إذا كانت نظرية فعل الأمير تجيز للمتعاقد الحصول على تعويض، فهذه المنفعة قد تحصل وديا بالاتفاق مع الجهة الإدارية، وإذا تعذر ذلك، فعن طريق دعوى تعويض أمام القضاء الإداري، يجب في إطارها الالتزام بالشروط الشكلية والموضوعية
- إذا كان الحكم القضائي يقضي بالحق في التعويض، فالحصول فعلياً على هذا الحق لا يمكن دون توفر ضمانات استقلالية القضاء، ومن أهمها ما يضمن تنفيذ الحكم القضائي النهائي، خاصة وأن المطالب بالتعويض، هي جهة إدارية صاحبة سلطة، وهي ضمانات تميز القانون السعودي بتوفيرها

التوصيات

- من المفيد أن يتم تنظيم شروط نظرية فعل الأمير من خلال نص قانوني صريح ودقيق وجامع لما انشأه القضاء في هذا الخصوص، وهذا تلافياً للتعارض في اجتهادات الجهات القضائية، كما لمسناه من خلال استعراض تجارب قضائية متنوعة، وما قد ينجر عنه من أحكام قضائية متعارضة تصدر في شأن وضعيات متشابهة، وهذا يدفع للتشكيك في نزاعة القضاء
- إذا كانت نظرية فعل الأمير تضمن حق المتعاقد في التعويض، فلا يجب التوسع فيها لدرجة تفسح المجال للتعدي على المال العام، وهذا ما يبرر أيضاً التوصية السابقة
- وجود ضمانات قانونية لاستقلالية القضاء، وتنفيذ أحكامه، مهم، ولكن الأهم هو الحرص على التقيد بها، وتفعيلها، وزجر كل من يتجاوزها، مهما كانت صفته
- يجب العمل على نشر ثقافة استقلالية القضاء، من خلال تنمية الوعي بأهميتها، هذا الوعي ضروري ليدعم الضمانات القانونية النظرية، فتحصل الفائدة العملية وهي تفعيل مضامين الأحكام القضائية الإدارية.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: النصوص القانونية

- النظام الأساسي للحكم
- نظام ديوان المظالم
- نظام المرافعات أمام ديوان المظالم
- نظام المنافسات والمشتريات الحكومية
- نظام التنفيذ أمام ديوان المظالم
- نظام القضاء
- القانون عدد 40 لسنة 1972 المؤرخ في غرة جوان 1972 يتعلق بالمحكمة الإدارية في تونس
- القانون الأساسي عدد 38 لسنة 1996 المؤرخ في 30 جوان 1996 يتعلق بتوزيع الاختصاص بين المحاكم العدلية والمحكمة الإدارية وإحداث مجلس لتنازع الاختصاص في تونس
- القانون رقم 129 لسنة 1947 المتعلق بالتزامات المرافق العامة في مصر
- قانون الصفقات العمومية وتقويضات المرافق العامة في الجزائر الصادر بموجب مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام
- قرار صادر عن مجلس القضاء الإداري بتاريخ 1444/12/16 يتعلق بقواعد التقاضي الرقمي في محاكم الاستئناف الإدارية في المملكة العربية السعودية

ثانياً: الكتب

- الطماوي سليمان محمد، الأسس العامة للعقود الإدارية، مطبعة جامعة عين شمس، مصر، الطبعة الرابعة، 1984
- السحيم محمد بن عبد الله بن إبراهيم، استقلال القضاء في الفقه الإسلامي، دار ابن الجوزي، 1435
- خليفة عبد العزيز عبد المنعم، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 2014
- حمادة عبد الرازق حمادة، العقود الإدارية في النظام السعودي، دراسة تحليلية تطبيقية وفقاً لأحكام نظام المنافسات والمشتريات السعودي، ط 1، مكتبة المتنبّي، الدمام، المملكة العربية السعودية، 2018
- الكحلوي رجب محمد السيد، العقود الإدارية دراسة مقارنة في ضوء نظام المنافسات والمشتريات السعودي، ط 1، دار الشقري للنشر، 2019
- أغريز أحمد محمد صبحي، القضاء الإداري السعودي، ط 2، مكتبة المتنبّي، الرياض، 2022
- أغريز أحمد محمد صبحي، مسؤولية الإدارة عن أعمالها في المملكة العربية السعودية، دراسة مقارنة، ط 2، مكتبة المتنبّي، الرياض، 2022

- الغنای توفیق والمؤنس حسان، القرارات والعقود الإدارية في المملكة العربية السعودية طبقاً لأحدث الأنظمة واللوائح والأحكام القضائية، ط2، مكتبة المتنبی، الدمام، المملكة العربية السعودية، 2023
- الشرقاوي عبد الفتاح محمد أبو اليزید، القضاء الإداري وتطبيقاته في المملكة العربية السعودية (دراسة مقارنة)، ط2، مكتبة المتنبی، الرياض، 2024
- Badaoui.J, Le fait du prince dans les contrats administratifs, thèse, LGDJ, Paris, 1954
- Delvolvé.P, le principe d'égalité devant les charges publiques, LGDJ 1962
- Terneyere. Ph, la responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif, thèse, Economica, Paris 1989

ثالثاً: الرسائل والمذكرات

- الغنای توفیق، الرقابة القضائية على تنفيذ الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المنار، تونس، 2005

رابعاً: المقالات

- السيوي عمر محمد، نظرية العمل الأمير والعقد الإداري، مجلة دراسات قانونية، كلية القانون جامعة بن غازي، ليبيا، المجلد 15، 1998.
- الغنای توفیق، المسؤولية الإدارية التعاقدية، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق بصفافس، عدد خاص، 2006.
- شنيخر هاجر، تنازع الاختصاص بين القضاء الإداري والقضاء العادي دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والتشريع التونسي، مجلة المفكر، المجلد 5، العدد 2، 2010.
- بوضياف عمار، معيار تحديد طبيعة النزاع الإداري في التشريع الجزائري: دراسة مدعمة باجتهادات القضاء الجزائري، مجلة الندوة للدراسات القانونية، العدد 6، 2015.
- صبحي أغرير أحمد محمد، معيار اختصاص المحاكم الإدارية وتنازع الاختصاص في المملكة العربية السعودية، مجلة كلية الشريعة والقانون بتفهننا الأشرف دقهلية، المجلد 3، العدد 19، 2017، ص 2040-2013.
- ميمونة سعاد، توزيع الاختصاص القضائي بين القضاء الإداري والقضاء العادي في الجزائر -المعيار العضوي القاعدة العامة والاستثناء المعيار المادي-، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 1، العدد 2، 2017.

- الزبون واصف يوسف، مدى مشروعية نص العقد الإداري على مخالفة نظريات إعادة التوازن المالي: دراسة مقارنة، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الشرعية والقانونية، المجلد 27، العدد 1، 2018.
- أبو عقيل علاء الدين محمد سيد محمد، الأساس القانوني لإعادة التوازن المالي للعقد الإداري، تحرير سعر الصرف نموذجا، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد والإدارة، المجلد 35، العدد 2، 2021.
- قريبيز مراد ومايدي نعيمة، معوقات تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، المجلد 13، العدد 1، 2020.
- Box.A, conséquences juridiques des mesures législatives tendant à modifier les conditions d'exécution des contrats administratifs ; RDP 1927, p.195