وزارة التعليـم العالـي والبحـث العلمـي
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

UNIVERSITE
Abdelhamid Ibn Badis
MOSTAGANEM

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق و العلوم السياسية

المرجع:.....

قسم: القانون العام

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

ضوابط التوازن في العقد المالي

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

الشعبة: حقوق.

التخصص: قانون اداري

من إعداد الطالب(ة):

ماحي أسية

تحت إشراف الأستاذ(ة):

أ/ حميدي فاطمة

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ(ة).....بحري أم الخير.....رئيسا

الأستاذ(ة)..... حميدي فاطمة.....مشرفا مقررا

الأستاذ(ة).....مجبر فتيحة.....مناقشا

السنة الجامعية: 2024/2023

نوقشت يوم: 2024/06/24

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة عبد الحميد بن باديس-مستغانم

كلية الحقوق و العلوم السياسية
مصلحة التربصات

تصريح شرفي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية
لإنجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد: داحو أسية الصفة: طالبة

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم [illegible] والصادرة بتاريخ: 2018.10.28

المسجل بكلية: الحقوق والعلوم السياسية قسم: القانون العام

والمكلف بإنجاز مذكرة ماستر بعنوان:

ضوابط التوازن في العقد الإداري

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

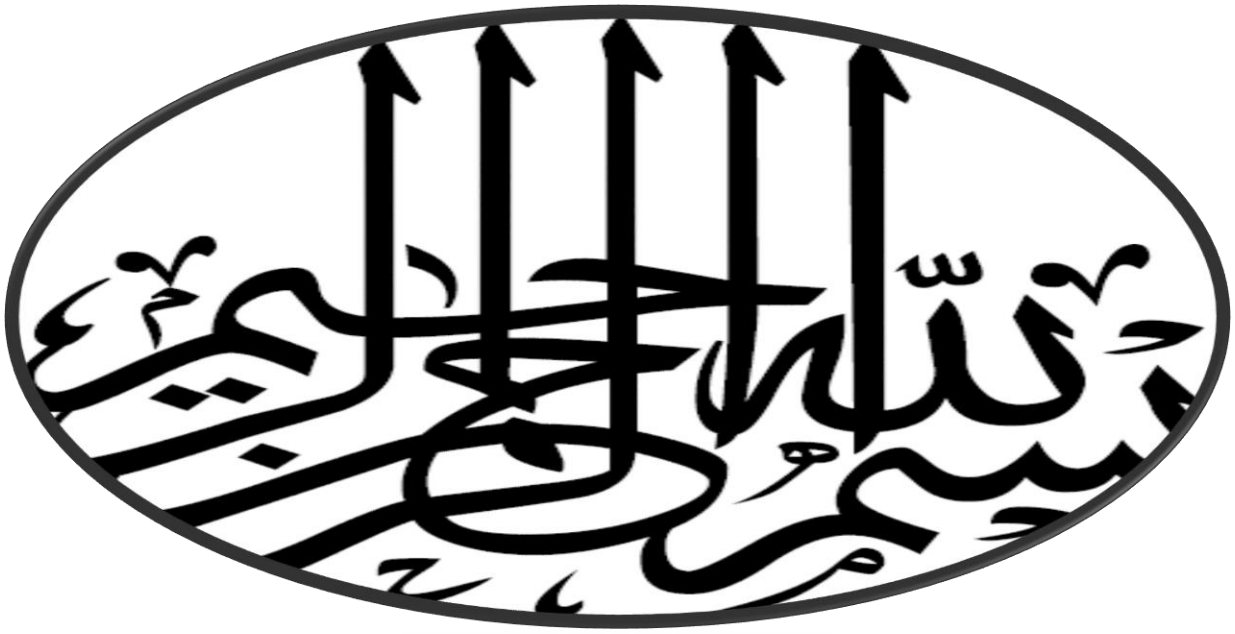
التاريخ: 08 JUIL. 2024

إمضاء المعني

صورت الوثيقة من طرف السيد(ة): طلبة الحقوق

بلدية مستغانم
مصلحة التصديق العادي للإمضاء
08 JUIL. 2024

* ملحق القرار الوزاري رقم [illegible] المؤرخ في 25 جويلية 2016 الذي يحدد القواعد المتعلقة بالوقاية من السرقة العلمية و مكافحتها


بسم الله الرحمن الرحيم

الإهـــــداء

إلى الذي كان سندي مصدر سعادتي وسبب نجاحي وتوفيقي ساهم في إصلاحي

وتربيتي أبي الغالي اطال الله في عمره

إلى العزيزة التي أنجبتني وبفضلها أصبحت امرأة تسعى نحو النجاح أمي أطال الله في

عمرها

بفضلكما وصلت إلى هدا اليوم المميز

الى الاخوة والاخوات

الى الزملاء وكل طالب علم

شكر وتقدير

الله لا يطيب الليل إلا بشكرك ولا يطيب النهار إلا بطاعتك... ولا تطيب اللحظات إلا بذكرك... ولا تطيب الآخرة إلا بعفوك... ولا تطيب الجنة إلا برؤيتك

فالحمد الله الذي أعاننا وثبتنا لإتمام هذا البحث المتواضع حمدا يليق بجلال وجه وعظيم سلطانه والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد عليه أفضل الصلاة والسلام.

أتقدم بالشكر الجزيل للأستاذة المشرفة " حميدي فاطمة " التي لم تبخل علي بإرشاداتها وتوجيهاتها ونصائحها فلها مني الشكر والاحترام.

وأشكر كل من ساعدني في هذا البحث من قريب ومن بعيد ولو بكلمة طيبة.

الى كل هؤلاء أرجو من الله العزيز القدير أن يجزيهم عنا خير الجزاء

قائمة المختصرات

باللغة العربية

ص: صفحة

ط: طبعة

د.ط: دون طبعة

ب.ن: بلد النشر

س.ن: سنة النشر

ج.ر: جريدة رسمية

خروجا عن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين أجازت التشريعات المدنية تدخل القاضي في العقد عموما، ولإعادة توازنه المالي المختل بفعل مختلف الظروف خصوصا، فالعقد مهما أحاطه المتعاقدين بعناية فائقة بغية توازنه إلا أنهما لا يمكن أن يضمنا بقاءه متوازانا طيلة فترة تنفيذه، بل ولا يمكن أن يضمنا هذا التوازن حتى أثناء تكوينه.

فأثناء تكوين العقد يكون العقد معرضا لاختلال توازنه المالي بفعل الغبن والاستغلال، والشروط التعسفية في عقود الإذعان، وبعد تكوين العقد وأثناء تنفيذه قد تحدث ظروف طارئة استثنائية تقلب توازن العقد المالي فتجعل من التزام المدين معسرا، وكذلك يمكن أن يرجع اختلال التوازن المالي للعقد لشرط اتفق عليه أطرافه، مضمونه تحديد مبلغ التعويض الذي يستحقه أحدهما في حالة إخلال الطرف الآخر التزاماته العقدية وهو الشرط الجزائي.

ويصطدم إعادة التوازن المالي للعقد بعد اختلاله بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، التي تمثل القوة الملزمة للعقد وهي ضمانة لعدم التدخل في العقد من قبل من لم يكن طرفا فيه بما في ذلك القاضي، وهي بذلك تضفي حماية على العقد والمتعاقدين من أي تعديل أو إنهاء للعقد، حيث طبقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين فإنه لا يجوز تعديل أو إنهاء العقد إلا بتوافق إرادتي أطرافه.

إلا أن تغير الظروف الاجتماعية والاقتصادية في المجتمعات الحديثة أدت إلى عدم المساواة بين المتعاقدين في مختلف النواحي الاقتصادية والعلمية والفنية...الخ، ما أدى بالفقه والدراسات القانونية الحديثة إلى المناداة لتخفيف من حدة قاعدة العقد شريعة المتعاقدين

لصالح التوازن المالي للعقد، وإعادة هذا التوازن بعد اختلاله، الذي بات يشكل أولوية كبيرة للمتعاقدين أكثر من القوة الملزمة للعقد، خاصة في ظل الظروف الاقتصادية الحديثة التي أثرت على العلاقات التعاقدية، وتميزها بعدم المساواة بين أطراف العقد، هذا ما يؤثر لا محال على التوازن المالي للعقد، ومنه نطرح الإشكالية التالية:

ما هي حدود ضوابط التوازن في العقد المالي؟

أسباب اختيار الموضوع:

وقع اختيارنا لهذا الموضوع بناءا على أسباب ذاتية وأخرى موضوعية تمثلت في:

- **الأسباب الذاتية:**
- رغبتنا وميولنا الشخصي لدراسة مواضيع لها علاقة بالقانون الاداري
- البحث في نظريات المفسرة لضوابط التوازن في العقد المالي
- **أسباب موضوعية :**
- دراسة ضوابط التوازن في العقد المالي ومحاولة الالمام والاحاطة بالموضوع من جميع جوانبه
- استعراض أهداف مبدأ نظرية التوازن المالي
- اثراء المكتبة الوطنية بمراجع.

- **أهداف الدراسة:**

تهدف الدراسة للتعرف على ماهية التوزان في العقد المالي وضوابطه، والتعرف على الضوابط العقدية أثناء تنفيذ العقد المالي، وكذا ضوابط التوازن المالي من خلال الالتزامات المالية .

- **منهج الدراسة:**

لقد اعتمدنا في البحث على المنهج الوصفي، وكذلك المنهج التحليلي في تحليل مختلف النصوص القانونية ذات الصلة بموضوع الدراسة.

وارتأينا تقسيم البحث وفق الخطة الثنائية إلى:

الفصل الأول:الضوابط العقدية خلال مرحلة تنفيذ العقد

الفصل الثاني: ضوابط التوازن المالي من خلال الالتزامات المالية

الفصل الأول: ضوابط العقدية خلال مرحلة تنفيذ العقد

تمهيد:

إن إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في هذه الحالة، يعد مظهرا مركّبا من مظاهر الأمن القانوني الواجب على جهة الإدارة مراعاتها، سواء اتجاه حماية التوقعات المشروعة للمتعاقد معها، أو اتجاه الحفاظ على استقرار عمل المرفق العام ذاته بانتظام واطراد، إذ إن إقامة ذلك التوازن، يؤدي إلى ضمان بيئة استثمارية مستقرة للمتعاقد مع الإدارة، لا يخشى فيها من تلك التقلبات الاقتصادية غير المتوقعة، التي لا يد له فيها، معِّ كونها في الوقت ذاته تعصف بتوقعاته المشروعة، كما أنه من ناحية مقابلة، يمكن المتعاقد من تنفيذ تعاقده على الوجه الأمثل، للحفاظ على استقرار وديمومة أداء المرفق العام بانتظام واطراد منشودين.

المبحث الأول: نظرية فعل الأمير

تأخذ الإجراءات الصادرة عن الإدارة والتي تندرج في اطار فعل الأمير صورا مختلفة فقد يأخذ فعل الأمير صورة اجراء فردي خاص، وقد يتخذ شكل اجراء عام.

المطلب الأول: مفهوم فعل الأمير

لقد عرفها الفقيه " كريستيان ماري" نظرية فعل الأمير ناتجة باعتبارها مخاطر تنشأ عن ممارسة صلاحيات السلطة العامة ضد المقاولة الإدارية للسلطة العامة الذي يزداد سوءا بسبب شروط العقد، وتلعب النظرية أخذ الجهة المتعاقدة في تدابير نفقات عامة تتفاقم على المقاول.[1]

كما عرفها الفقه بأنها:" الاعمال المشروعة التي تصدر بصورة مفاجئة غير متوقعة عن سلطة عامة أثناء تنفيذ عقد اداري دون خطأ من جانبها، ويترتب عليها الإساءة الى المركز المالي للمتعاقد مع الإدارة، وينشئ فعل الأمير التزاما على عاتق الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد معها عن كافة الاضرار التي لحقت به نتيجة هذه الاعمال، بما يعيد التوازن المالي وفقا للأسس التي قام عليها العقد عند ابرامه".[2]

ولقد توسع " محمد رفعت عبد الوهاب" في تعريف نظرية فعل الأمير في موضع اخر حيث عرفها بأنها عبارة عن تحديد الاجراء وأثره وحدود هذه النظرية كاجراء صادر

[1] : عبد الرزاق السنهوري ،.الوجيز في النظرية العامة للإلتزام .منشأة المعارف، 2004، ص423.

[2] : محمود عاطف البنا .، لعقود الإدارية .الطبعة الأولى دار الفكر العرب، 2010، ص144.

عن سلطة العامة أو أي جهة أو هيئة إدارية أخرى، حيث عرف نظرية فعل الأمير بأنها:" هي أعمال وإجراءات السلطات العامة في الدولة التي يكون من شأنها زيادة الأعباء المتعاقد عليها في تنفيذه لالتزاماته التعاقدية وبالتالي اقتصر القضاء الإداري في رأي الفقهي على إجراءات والاعمال الصادرة عن جهة أو سلطة أخرى غير الجهة الإدارية فقط وليس الإجراءات والاعمال الصادرة عن جهة أو سلطة أخرى غير الجهة المتعاقدة.[1]

أي أنه قد تصدر هذه الإجراءات من الهيئة الإدارية المتعاقدة أو من الهيئة إدارية أخرى، وقد تتخذ شكل قرار فردي أو شكل قاعدة قانونية عامة تؤثر على العقد تأثير مباشر أو غير مباشر كان تعدل الإدارة المتعاقدة أحد شروط العقد القابلة للتعديل أي المتصلة بالمرفق العام أو تصدر عن تشريعات جديدة، حيث تزيد من أعباء رسوم الجمركية على مهمات أو مواد أولية يحتاج اليها المتعاقد مع الإدارة، أو ترفع الحد الأدنى لأجور العمال أو تحديد شروطها، ومن ثم يمكن للمتعاقد مع الجهة الإدارية الحصول على تعويض جابر للأضرار التي لحقت به من جراء ذلك التشريع.

[1] : محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص145.

ولا يثير الأمر صعوبة اذا نص التشريع ذاته على التعويض المتعاقد المضار، إما إذا استبعد ذلك التشريع مبدأ التعويض عن الاضرار التي قد تنجم عن تطبيقه وتأثيرها على المراكز التعاقدية فإن نظرية فعل الأمير لا يكون لها محل من التطبيق.[1]

تختلف حالات تطبيق نظرية فعل الأمير بحسب الصورة التي يتخذها الفعل من الناحية العملية، فقد يتجسد عمل الأمير في صورة إجراء فردي خاص صادر من الجهة الإدارية المتعاقدة، أو يتخذ صورة إجراء تنظيمي عام صادر عن إحدى السلطات العامة في الدولة.

أولا: فعل الأمير في صورة إجراء فردي خاص

قد تتخذ الجهة الإدارية إجراء فردي استنادا إلى سلطتها في تعديل العقد الإداري بإراداتها المنفردة، وهو ما قد يتم في شكل إجراء يؤدي إلى تعديل مباشرة في شروط العقد، أو في إجراء يؤثر على الظروف المحيطة بتنفيذ العقد دون أن تمس العقد ذاته يشكل مباشر.[2]

- .الإجراء الذي يؤدي إلى تعديل مباشر في شروط العقد:

للإدارة حق تعديل العقد، فلها حق التدخل المباشر بقرارات صادرة منها في تعديل التزامات المتعاقد معها بالزيادة والنقصان، وإذا أدى هذا التعديل إلى إلحاق الضرر

[1] : محمود قاسم جعفر .، .العقود الادارية (دراسة مقارنة)، النظم و المناقصات الدولية.القاهرة :المركز الجامعي القاهرة، 1999، ص249.

[2] : المرجع نفسه، ص250.

بالمتعاقد فيكون له الحق بضمان التوازن المالي وذلك بتعويضه عن الضرر في إطار نظرية فعل الأمير والتعويض استنادا إلى نظرية فعل الأمير في هذه الحالة بسبب التأثير المباشر على نصوص العقد بالتعديل، مما يؤدي إلى تحميل المتعاقد مع الإدارة تكاليف وأعباء إضافية لم تكن في حسبا وقت إبرام العقد، وليس أمام المتعاقد مع الإدارة إلا المطالبة بالتوازن المالي للعقد، عن طريق تعويض نتيجة هذا التعديل .[1]

- **الإجراء الذي يؤثر على ظروف تنفيذ العقد:**

قد يكون الإجراء الفردي الذي تقوم به الإدارة غير مؤثر بشكل مباشر على شروط العقد، إلا إنه قد ينتج عنه تغيير في ظروف تنفيذ العقد على نحو يكون من شأنه تحميل المتعاقد أعباء إضافية لم تكن متوقعة عند إبرام العقد، ويدخل في طائفة الإجراءات الآتية: الإجراءات التي تتخذها الجهة الإدارية المتعاقدة بوصفها سلطة ضبط إداري كالأمر الصادر إلى الشركة المتعاقدة بنقل أسلاك الكهرباء إلى مكان آخر لدواعي الحفاظ على سلامة المواطنين.

– قيام الجهة الإدارية المتعاقدة بأعمال مادية يكون من أثرها زيادة أعباء المتعاقد عن النحو القائم وقت التعاقد.

– قيام الجهة الإدارية المتعاقدة بأشغال عامة يكون من أثرها الحيلولة بين المتعاقد وتنفيذ التزاماته التعاقدية

[1] : محمود قاسم جعفر، المرجع السابق، ص251.

– القرارات التي تصدر من جهة الإدارة المتعاقدة إلى المتعاقد معها بمقتضي سلطتها في الرقابة التوجيه، ولكنها تحمل المتعاقد أعباء جديدة.[1]

ثانيا: عمل الأمير في صورة إجراء عام

قد يتخذ عمل الأمير صورة إجراءات عامة لا يقتصر أثرها على المتعاقد معها دون غيره، ومن أمثلة ذلك صدور قوانين أو لوائح من جهة الإدارة المتعاقدة يؤدي تطبيقها إلى زيادة أعباء المتعاقد مع الإدارة. وقد يؤدي الإجراء العام الصادر عن الإدارة إلى تعديل شروط العقد بطريقة مباشرة، أو إلى التأثير في ظروف التنفيذ بطريقة غير مباشرة. الإجراء العام الذي يؤدي تعديل شروط العقد.[2]

إذا أدى التشريع أو اللائحة إلى التعديل بشكل مباشر في العقد أو في شروطه أو بإنهاء العقد قبل المدة المتفق عليها فإنه يمكن تطبيق نظرية فعل الأمير متى توافرت وقد حكمت محكمة القضاء الإداري بأن شرط عدم التوقع مطلق في معنى المفاجأة يقتضي استبعاد كل احتمال لتحقيق الواقعة. لكنه إذ يقوم على التقدير فهو مسألة نفسية يختلف تقديرها من شخص لآخر، والمعيار في تقديره هو عناية الرجل المعتاد في الظروف والملابسات القائمة وعلى ضوئها.

[1] : بن عزوز درماش، التوازن العقدي، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، ص 2017، ، ص104.

[2] : المرجع نفسه، ص105.

وبهذا فإن مناط شرط عدم التوقع أن تكون الصعوبة طارئة وغير متوقعة، أو مما لا يمكن توقعه من الرجل الحريص في ذات المجال على دفتر الشروط والظروف المعتادة والخاطرة المحتملة في الحالات والعقود المماثلة[1].

المطلب الثاني: شروط تطبيق نظرية فعل الأمير وأثاره

يتطلب قيام نظرية فعل الأمير تطبيقها، توفر مجموعة من الشروط، وضعها القضاء الإداري:[2]

أولا: وجود عقد إداري وضرر للمتعاقد

إن إدراج هذه الشروط تبدو من الملامح الظاهرية لها، وذلك من زاوية دراسات الفقهية ما هي إلا نتاج تطبيقات أحكام قضائية نتيجة إعمالها في حيز العقود الإدارية، ما يلحق بالمتعاقد في مجال هذا العقد ضررا وهذا ما سنتعرض إليه كما يلي:

1- وجود عقد إداري:

يشترط لتطبيق نظرية عمل الأمير إن يوجد بين الإدارة والمتعاقد عقدا إداري وفقا للمعايير المتفق عليها فقها وقضاء وبعد هذا الشرط أمرا بديهيا لأننا بصدد تطبيق نظرية تتميز بطابعها خاص، ويقتصر تطبيقها على عقودي القانون العام، ومن ثم فلا مجال لتطبيق نظرية عمل الأمير على عقود الإدارة المدنية والتي تتخلى فيها الجهة الإدارية عن

[1] : طبيب فائزة، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، أطروحة دكتوراه تخصص القانون الخاص الأساسي،كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الحميد ابنis ديس مستغانم، الجزائر، 2014، ص197.

[2] : المرجع نفسه، ص199.

مظاهر السلطة العامة وتبرم تلك العقود في ضوء قواعد القانون الخاص، كما لا تطبق على الإجراءات الإدارية التي تصدرها بعض السلطات الإدارية و التي قد تؤثر على الإفراد أو بعض منهم دون وجود رابطة عقدية بينهم وبين الجهة الإدارية التي أصدرت تلك الإجراءات[1].

و بالتالي لا ترتب مسؤولية نظرية عمل الأمير التعويض أي لا تقوم إلا في حالة ما إذا كانت هناك علاقة تعاقدية إضافة إلا هذه الصفة المشروعة الإجراء يجب صدور تصرف أو العمل القانوني مشروعا أو صادرا عن الإدارة المتعاقدة.

2- **افتراض أن الإدارة لم تخطئ اتخذت عملها الضار:**

يشترط لتطبيق نظرية فعل الأمير أن لا ينطوي الإجراء الإداري الذي أضر المتعاقد مع الإدارة على خطأ ينسب للإدارة المتعاقدة.

فالأصل أنه لا يجوز أن يكون التزام الجهة الإدارية بموجب العقد، قيدا على تصرفاتها كسلطة عامة تهدف دائما إلى تحقيق الصالح العام. فعندها تستعمل الإدارة صلاحياتها التي تؤدي إلى إلحاق الضرر بالمتعاقد معها فإنها تصبح مسؤولية في التعويض عليه استنادا إلى نظرية عمل الأمير[2].

[1] : طبيب فائزة، المرجع السابق، ص200.

[2] : عسالي عرعارة، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق جامعة الجزائر1، الجزائر، 2015، ص55.

فتطبيق نظرية عمل الأمير يشترط أن يكون الإجراء الذي اتخذته الإدارة المتعاقدة وأضر بالمتعاقد معها إجراء مشروع اتخذته في إطار اختصاصها فإذا ثبت أن هذا الإجراء ينطوي على خطأ وقعت فيه الإدارة فلا تطبق نظرية عمل الأمير، بل تنعقد مسؤولية الإدارة

على أساس هذا الخطأ حيال المتعاقد معها[1].

ثانيا: عدم توقع الفعل للمتعاقد

يشترط لتطبيق نظرية عمل الأمير أن تكون الإجراءات الصادرة عن الجهة الإدارية غير متوقعة، وبالتالي إذا توقع المتعاقد مع الإدارة هذا الإجراء الضار أو كان من المفروض منطقيا أن يتوقعه، فلا يجوز له المطالبة بالتعويض، حتى ولو خلا العقد من كيفية مواجهته فلا يمكن تطبيق نظرية عمل الأمير فشرط عدم التوقع لا ينصرف إلى أصل الحق في التعديل، فهذا التعديل متوقع من الإدارة دائما ولكن عدم التوقع هو في حدود هذا التعديل ومداه، أي أن العقد إذا نظم حدود ومدى التعديل فلا يتصور تطبيق النظرية[2].

ومعيار عدم التوقع هو معيار موضوعي وفقا الرجل العادي في ذات الظروف فلا

[1] : عسالي عرعارة، المرجع السابق، ص56.

[2] : المرجع نفسه، ص57.

يكون في مقدور الشخص العادي أن يتوقع الظرف الجديد لو وجد في ذات ظروف المتعاقد وبصرف النظر عن توقع المتعاقد ذاته وما وقر في ذهنه من توقع بمعياره الشخصي، ويقع على قاضي الموضوع أن يتين مدى قيام المتعاقد يبذل الجهد الذي يبذله الرجل العادي الحريص . في ذات المجال .

. في توقع مثل هذه الظروف، فإذا كان بإمكانه توقع صدور الإجراء إلا إنه لم يبذل الجهد الكافي و اللازم لذلك ينتفي مناط تطبيق النظرية[1] .

فإذا لم يكن العقد بنص على التعويض صراحة، ولم ينفق الطرفان عليه عند حدوث ما يوجه تولى القضاء هذه المهمة ويدخل في تقديره هذا التعويض جملة الخسائر الفعلية التي تكون قد أصابت المتعاقد وكذلك كل النفقات التي يكون قد صرفها دون أن يعوض عنها، كما يراعي ما فاته من كسب متوقع وفقا لنصوص العقد، كأن يترتب على الإجراء الجديد إنهاء العقد قبل ميعاده المحدد، وفي هذه الحالة يتميز بطابع الشامل عن التعويض الناشئ عن تطبيق نظرية الظروف الطارئة حيث لا تشمل كلا العنصرين وعلى سبيل استعمالها حقها في التعديل بهدف حسن سير المرفق وتنظيمه أو كان خارج نطاق العقد، إذ إن ذلك لا ينطبق على حالة المدعيين، إذ إن رفع سعر الأرز الذي يدخل ضمن الموارد الموردة لم يكن بقرار صدر من جهة الإدارة المتعاقدة، ومن ثم لا تطبق

[1] : بوكماش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، 2013، ص239.

نظرية عمل الأمير المذكورة على المنازعة المعروضة، وبذلك لا يحق للمدعيين المطالبة بتعويضهما .[1]

إذا توافرت شروط نظرية فعل الأمير يحق للمتعاقد مع الإدارة أن يحصل على التعويض الموازي للضرر اللاحق به نتيجة فعل الإدارة بما يعيد التوازن المالي للعقد وهذا التعويض يجب أن يكون تعويضا كاملا يغطي جميع الأضرار اللاحقة بالمتعاقد"، وتشمل الأضرار الخسائر اللاحقة بالمتعاقد والربح الفائت[2] .

تصرف أو عمل قانوني act juridique من طرف الإدارة العامة على نحو غير مخالف للنظام القائم والسائد في الدولة، أي أن يكون فعل الأمير الإدارة السلطة مشروعا، أي مطابقا للنظام القانوني السائد بالدولة المتكون من مختلف مصادر المشروعية المكتوبة منها وغير المكتوبة.

أما إذا كان فعل الأمير غير مشروع قرارات غير مشروعة ، من حيث مخالفته للتشريع أو إخلاله بالالتزامات التعاقدية، فإن الأمر يقتضي إعمال نظريات وقواعد أخرى لترتيب المسؤولية على أساس الخطأ.ثانيا: وجود ضرر للمتعاقد يحب أن يكون الإجراء الذي أصدرته السلطة الإدارية المتعاقدة (فعل الأمير) قد سبب ضررا فعليا للمتعاقد معها

[1] : المرجع نفسه، ص240.

[2] : بوكماش محمد، المرجع السابق، ص241.

ولا يشترط جسامة معنية لهذا الضرر سواء أكان هذا الضرر جسيما أو يسيرا أو فعليا أو هذا الضرر نقص في الأرباح أدى إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد الإداري".[1]

ويشترط في هذا الضرر شروط معينة حتى يتم التعويض عنه، حيث يرى بعض الفقهاء في تحديدهم أساس مطالبة التعويض في تجسيد الضرر وعلاقته بهذا الإجراء بأن المسؤولية في هذه العلاقة التعاقدية علاقة (مسؤولية على أساس المخاطر) فعلي المتعاقد الإدارة أن يتجنب هذا الضرر وبالتالي في مقابل برى الفقيه لو أن المسؤولية كانت تعاقدية لكفى أن يثبت المتعاقد مع الإدارة أنها أخلت بأحد التزاماتها حتى تقدر حقه في التعويض، ولكن مادامت مسؤولية الإدارة هنا لا تؤسس على الخطأ، إنما الإجراءات التي تتخذها بهذا الصدد نتيجة لممارسة سلطتها في التعديل، وفي إصدار قرارات تنظيمية عامة قد تؤثر في العقد وهي في كلا الحالتين سلطة مشروعة، فينبغي حتى يتقرر حق المتعاقد مع الإدارة في التعويض أن يثبت أنه لحق به ضرر. وعلى أساس هذه الآراء السابقة الذكر للفقهاء، يمكن القول بوجود شروطا للتعويض وهي كتالي :

– قيود، بشرط أن تكون رابطة السببية المباشرة ثابتة بطبيعة الحال بين إنهاء العقد والخسارة التي لحقت بالمتعاقد، ومن المعروف أن القاضي الإداري يرفض تعويض المتعاقد عن – – – الأضرار الغير منسوبة مباشرة إلى فترة تنفيذ العقد.

[1] : عبد المنعم فرج، ،نظرية العقد في قوانين البلاد العربية (القانون المصري واللبناني والسوري والعراقي والليبي والكويتي والسوداني)، ب ط، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت –لبنان، 1974، ص286.

– ما فات المتعاقد من كسب ، وذلك باعتبار بأن من حق المتعاقد مع الإدارة في أن يعوض عن ريحه الحلال من عمله ورأس ماله[1].

غير أن مجلس الدولة الفرنسي خرج على مبدأ التعويض الكامل للمتعاقد في بعض الحالات فقد أهمل عنصر الكسب المختلف في بعض الأحوال، كما هو الشأن في حالة قيام الجهة الإدارية المتعاقدة بإنهاء بعض العقود بسبب الحرب أو على أثر وفق القتال. إذ اكتفى المجلس في هذه الحالة بالتعويض عن الأضرار الفعلية الناجمة عن فسخ العقد دون التفات إلى الأرباح التي كان من الممكن أن يحققها المتعاقد فيما لو لم يقع الفسخ.

كما أن مجلس الدولة الفرنسي لا يقضي بتعويض المتعاقد مع الإدارة تعويضا كاملاء إذا كان قد شارك بخطئه في أحداث بعض الأضرار المترتبة على فعل الأمير، أو ساعد على تفاقم هذه الأضرار. إذ درج المجلس على استنزال القدر المناسب من التعويض بسبب خطأ المتعاقد[2].

من المعروف أن التعويض الكلي ليس من النظام العام فكثيرا ما يتفق الطرفان

[1] : عبد المنعم فرج، المرجع السابق، ص287.

[2] : منصور محمد حسين، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، ب ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2016، ص188.

على غيره، ويجب تطبيق العقد أذا كان ينص على عدم التعويض ثم زادت الأعباء الجديدة.[1]

المبحث الثاني: نظرية الظروف الطارئة

مقتضى نظرية الظروف الطارئة أنه إذا ما طرأت بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه حوادث لم تكن متوقعة ترتب عليها اختلال التوازن بين التزامات الطرفين اختلالا جسيما بحيث اصبح التزام أحدهما مرهقا يهدده بخسارة فادحة، فعنئذ يجوز للقاضي أن يعدل في شروط العقد خروجا على القواعد العامة التي تقرر بأن العقد شريعة المتعاقدين.

المطلب الأول: مفهوم الظروف الطارئة

المعنى اللغوي لنظرية الظروف الطارئة أن الظروف مجموع ظرف وهي بالفتح الوعاء ووعاء كل شيء اي ما يقع فيه الشيء وحيوية زمانا ومكانا وعليه فطرف الزمان هو من تقع فيه الظروف الطارئة وغريها من تصريف الدهر.[2]

البراعة والذكاء وحسن العبارة وحسن الهيئة.

– المعنى اللغوي لكلمة الطارئة.

الطارئة مفردها طوارئ وهي إحداث غير متوقعة وتحدث فجأة هذا ويكون معين الظروف الطارئة هي جميع الأحوال الغريبة التي تحدث فجأة ولا يعرف من اين أتت.

[1] : المرجع نفسه، ص189.

[2] : منصور محمد حسين، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص189.

عرف المشرع نظرية الظروف الطارئة في نص المادة 107 من ق م ج[1] التي تنص: » يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية«.

ولا يقتصر العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول ايضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبقة الالتزام .

غير انه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكون في الوسع توقعها وترتب على حدوثها تنفيذ التزام التعاقدي، وان لم يصبح مستعجلا صار مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي طبقا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المراهق الى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خالف ذلك.

من خلال النص السابقة الذكر نرى ان المشرع الجزائري عرف نظرية الظروف الطارئة أنها حوادث استثنائية عامة غير متوقعة الحدوث اثناء ابرام العقد تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين بحيث تهدده بخسارة فادحة. [2]

وفي ذات السياق فقد عرفت المحكمة الإدارية العليا في مصر الظروف الطارئة بقولها: إن تطبيق نظرية الظروف الطارئة في الفقه والقضاء الاداري رهين بان تطرا خلال تنفيذ العقد الاداري حوادث او ظروف طبيعية كانت او اقتصادية او من عمل جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة او من عمل انسان اخر لم تكن في حسبان المتعاقد عند

[1] : المادة 107 من قانون رقم 15-10 المؤرخ في 2015 المتضمن قانون مدني جزائري.

[2] : السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام مصادر الالتزام العقد-العمل غير المشروع-الإثراء بلا سبب-القانون،ج،1 ب ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص349.

ابرام العقد ولا يملك هلا دفعا ومن شأنها ان تنزل به خسارة فادحة تحتل معها اقتصاديات العقد اختلال جسميا ومؤدي تطبيق هذه النظرية بعد توافر شروطها الزام جهة الادارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في تحمل نصيب من الخسارة التي احلقت به طوال الظروف الطارئة وذلك ضمانا لتنفيذ العقد الاداري واستدامة لسري المرفق العام الذي يخدمه ويقتصر حكم القاضي الاداري على احلكم بالتعويض المناسب دون ان تكون له الحق في تعديل الالتزامات العقدية.[1]

لقد ظهرت عدة اجتهادات فقهية لتعريف نظرية الظروف الطارئة وقد عرفها البعض بأنها: عبارة عن ظروف واحداث مل تكن متوقعة حدثت اثناء تنفيذ العقد الاداري وقد ادت الى قلب اقتصاديات العقد وكان من شأن هذه الظروف ان تجعل تنفيذ العقد اكثر عبئا واكثر كلفة مما قدره المتعاقدان بحيث تكون الخسارة الناشئة عن ذلك تتجاوز الخسارة العادية التي يتحملها اي متعاقد فإن من حق المتعاقد المتضرر ان يطلب من الطرف الاخر مشاركته في هذه الخسارة التي يتحملها فيعوض تعويضا جزئيا.[2]

ويف تعريف اخر هي الحادث العام النادر الوقوع كالزلازل أو حرب أو وباء أو ارتفاع باهظ في الاسعار او نزول فاحش فيها .

[1] : المرجع نفسه، ص350.

[2] : السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع السابق، ص351.

يطرأ على العقد وقت ابرامه او تنفيذه وإلا يكون بالإمكان توقعه أو التحرر منه . وعرفها الأستاذ اسماعيل عمر بأنها حالة عامة غير مألوفة او غير طبيعية او واقعة مادية عامة لم تكن في حسبان المتعاقدين وقت التعاقد ومل يكن في وسعهما ترتيب حدوثها بعد التعاقد ويترتب عليهما ان يكون تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة و ان لم يصبح مستحيلا.[1]

المطلب الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

يمكن من خلال البيان السابق لمفهوم نظرية الظروف الطارئة، الوقوف على شروط إعمال مقتضاها، من حيث وجوب تدخل جهة الإدارة لإعادة التوازن المالي للعقد الإداري، نتيجه ما ألم بالمتعاقد معها من جراء تلك الظروف، ويمكن إجمال تلك الشروط فيما يلي:[2]

1-أن يحدث أثناء مدة تنفيذ العقد ظرف استثنائي عام، وهذا الظرف الطارئ قد يكون ظرفا اقتصاديا، كتقلب أسعار صرف العملة عما كانت عليه وقت التعاقد بما لم يكن في مقدور المتعاقد توقعه، كما قد يكون ظرفا طبيعيا، كفيضان أو زلزال أو غيره، بما يجعل التنفيذ أكثر كلفة ومشقة، وقد يكون ظرفا سياسيا، كنشوب حرب، بل وربما يكون ذلك الظرف ناشئا عن فعل جهة إدارية أخرى غير الجهة المتعاقدة، إذ إنه لو

[1] : عمار بوضياف، المجير في القانون الإداري، ط2، جسور لمنشر و التوزيع، الجزائر، 2007، ص346.

[2] : عمار بوضياف، المرجع السابق، ص347.

كان مردهّ إلى فعل جهة الإدارة المتعاقدة، لكنها في نطاق إعمال نظرية عمل الأمير النظرية الظروف الطارئة، شريطة أنٍّ ينتج عن أي مما سبق من صور لتلك الظروف، إخال جسيم باقتصاديات العقد، فيصبح تنفيذه أكثر كلفة ومشقة، ولكنه ليس مستحيلا، إذ إنه حال استحالة التنفيذ، يخرج الأمر من نطاق إعمال نظرية الظروف الطارئة، إلى نطاق إعمال نظرية القوة القاهرة.[1]

وعلى هذا الشرط تؤكد المحكمة الإدارية العليا بأنه يشترط لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة عدة شروط :

أولها: أن تظهر خلال تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف استثنائية، طبيعية كانت أو اقتصادية أو إدارية،

وثانيها: أن يكون من شأن هذه الظروف إصابة المتعاقد بخسائر فادحة تجاوز الخسارة العادية التى يمكن جسيما..« احتمالها، على نحو تختل معه اقتصاديات العقد اختلالا.[2]

[1] : علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، دار الهدى، الجزائر، ،2012 ص. .306.

[2] : علاء الدين عشي، المرجع السابق، ص307.

كما أكدت كذلك على أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الإدارية وروابط القانون العام، أمر رهن بأن تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد تلك الظروف، وأن يكون ذلك خلال تلك المدة وليس بعدها كما أنه فيما يخص شرط عدم استحالة التنفيذ، قضت المحكمة بأنه يشترط لإعمال نظرية الظروف الطارئة ألا يكون تنفيذ الالتزام مستحيلا ، وإنما تجعل تنفيذه أكثر عبئا وأثقل كلفة مما قدره المتعاقدان، بحيث يهددً المدين بخسارة فادحة أي مرهقا للمدين[1]

2- يشترط في الظرف الطارئ كذلك أن يكون مفاجئا غير متوقع وفق السير الطبيعي للأمور، أثناء إبرام التعاقد، كما لا يمكن دفعه.

وفي ذلك تؤكد المحكمة الإدارية العليا على أنه يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد الإداري، حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية من عمل جهة إدارية غير الجهة المتعاقدة أو ظروف من عمل إنسان آخر، لم يكن فى حسبان المتعاقد عند إبرام العقد توقعها، ولا يملك لها دفعا.

[1] : عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص. 149.

ذلك أن هذه النظرية لا تطبق إذا كان خطأ المتعاقد قد وقع فى أمور متوقعة قبل تنفيذ العقد وفقا للسير الطبيعي للأمور للنظام المعتاد للعمل في الادارة العاملة.[1]

3- أن يترتب على الظرف الطارئ إخال جسيم باقتصاديات العقد، بما يجعل تنفيذه أكثر كلفة وإرهاقا، بما يقتضيه ذلك من وجوب النظر إلى مكونات العقد في مجموعها، بحيث تكون اقتصاديات العقد في مجموعهاً قد أصابها خلل جسيم، أما إن كان هذا الخلل قد طال عنصرا من عناصر العقد أو بندا من بنوده دون غيره مع بقاء غيرها من البنود لم تصب بذلك الخلل، بحيث يبقى في النهاية أن اقتصاديات العقد ما زالت عادلةً ومتوازنة، فإنه لا مجال هنا لإعمال مقتضى نظرية الظروف الطارئة، إذ إنه يجب النظر دوما إلى اقتصادياتً العقد في مجموعها كوحدة واحدة، يكمل بعضها بعضا.[2]

فيما يخص هذا الشرط، قضت المحكمة الادارية العليا بأن نظرية الظروف الطارئة، مقتضاها آن يطرأ خلال مدة تنفيذ العقد الإداري حوادث وظروف طبيعية كانت أو اقتصادية لم تكن في الحسبان عند التعاقد ولا يملك جسيما، شريطة أن يتمً معها المتعاقد دفعا، ومن شأنها أن تنزل خسائر فادحة تخل باقتصاديات العقد إخلالا في تنفيذ العقد الإداري تنفيذا كاملا.[3]

---

[1] : عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص150.

[2] : رشيد خلوفي، قانون المسؤولية الادارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ،1994، ص168.

[3] : رشيد خلوفي، المرجع السابق، ص169.

ما نوهت احملكمة على الضوابط الواجب مراعاتها عند تقدير التعويض عن تلك الظروف، مشترطة أنه فى تقدير مدى الاختلال الحادث في العقد بسبب الظرف الطارئ، يتعن الأخذ في الاعتبار بجميع عناصره المؤثرة في اقتصادياته، ومنها كامل قيمة العقد ومدته، فيفحص فى مجموعه كوحدة واحدة دون الوقوف على أحد عناصره – أساس ذلك : أنه قد يكون في العناصر الأخرى ما يجزئ ويعوض المتعاقد عن العنصر أو العناصر ً الخاسرة، ومؤدى ذلك أن التعويض الذي تلتزم به جهة الإدارة، لا يستهدف تغطية الربح الضائع أيا كان مقداره، أو الخسارة العادية المألوفة في التعامل، وإنما أساسه تحمل الجهة الادارية المتعاقدة لجزء من خسارة محققة وفادحة، تندرج في معنى الخسارة الجسيمة، بغرض إعادة التوازن املالي للعقد بن طرفيه، في سبيل المصلحة العامة.[1]

–يشترط لإعمال نظرية الظروف الطارئة كذلك، استمرار المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته التعاقدية، على الرغم مما تكبده بسبب تلك الظروف من مزيد إرهاق أو كلفة ومشقة، مع احتفاظه بحقه –في ذات الوقت ّ – في الرجوع على جهة الإدارة المتعاقدة بالتعويض عما حلق من مضار ، رضاء ً كان ذلك أو قضاء.

[1] : مصطفى أبو زيد فهمي، الوسيط في القانون الإداري، ج،1 دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ،2000، ص327.

وفي هذا الصدد تقرر المحكمة الادارية العليا أنه ليس مؤدى تطبيق نظرية الظروف الطارئة بعد توافر ً شروطها، أن يمتنع المتعاقد فورا عن تنفيذ التزاماته الواردة بالعقد، ولكن على المتعاقد أن يدعو الإدارة المتعاقدة معه لمشاركته في تحمل نصيب من الخسارة التي حاقت به نتيجة تنفيذ العقد في ظل الظروف الطارئة، فإذا رفضت، كان عليه أن يلجأ إلى القضاء إلزام الإدارة بالتعويض المناسب ً ذلك أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة، يفترض بداءة أن يتم تنفيذ العقد تنفيذ ً كاملا فإذا لم يقم المتعاقد . بتنفيذ التزاماته التعاقدية كاملة، فليس ثمة محل لطلب التعويض.[1]

يترتب على تحقق الظروف الطارئة بشروطها سالف الإشارة إليها، وجوب إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، من خال قيام جهة الإدارة بتعويض المتعاقد معها عن المضار التي حلقته من جراء تحقق تلك الظروف، وغاية هذا التعويض – ً وفقا ملا تقرره المحكمة الادارية العليا– هو استمرار المرفق العام في تأدية الخدمة المنوط به . أداؤها للمواطنين.[2]

لقد أقر الفقه والقضاء الإداري عددا من الضوابط المتعلقة بتعويض المتعاقد مع الإدارة بغية إعادة التوازن املالي للعقد الإداري حال تحقق الظروف الطارئة وسواء

[1] : مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص328.

[2] : رشيد عبد الحميد، حمدي بدر الدين، العدالة العقدية بين نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة، جملة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي النعامة، الجزائر، العدد،02 المجلد ،07 ،2020، ص376.

قامت الادارة بأداء التعويض بصورة توافقية، أو مت إلزامها به عن طريق القضاء، وتتمثل تلك الضوابط فيما يلي:[1]

1- أن التعويض يكون تعويضا جزئيا ينصب على الخسائر الفعلية أو الملحقة التي حاقت بالمتعاقد مع الادارة.

2- أنه لا يجوز للمتعاقد مع الادارة المطالبة بالتعويض استنادا إلى ربح فاته أو بسبب نقص في قيمةً المكاسب التي كان يرجوها، ذلك أن التعويض الذى تلتزم به جهة الإدارة، لا يستهدف تغطية الربح الضائع أيا كان مقداره، أو الخسارة العادية المألوفة في التعامل

3- أنه يجب فى تقدير مدى الاختلال الحادث في العقد بسبب الظرف الطارئ، الأخذ في الاعتبار بجميع عناصره المؤثرة في اقتصاداته، ومنها كامل قيمة العقد ومدته، فيفحص فى مجموعه كوحدة واحدة دون الوقوف على أحد عناصره، أساس ذلك أنه قد يكون في العناصر الأخرى ما يجزئ و يعوض المتعاقد عن العنصر أو العناصر الخاسرة.[2]

4- وعلى هذه الضوابط السابقة الواجب مراعاتها في التعويض المستهدف إعادة التوازن املالي للعقد الإداري نتيجة الظروف الطارئة، أكدت الملكمة الإدارية

[1] : رشيد عبد الحميد، حمدي بدر الدين، المرجع السابق، ص377.

[2] : المرجع نفسه، ص378.

العليا على أنه من شأن الظروف الطارئة، أن تنزل بالمتعاقد مع جهتها جسيما، فإذا ما توافرت شروط هذه الظروف، الإدارة خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالاً متى التزمت جهة الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في تحمل نصيب من خسائره، ضمانا لتنفيذ العقد على الوجه الذي يكفل حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد.[1]

فنظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجردة، التي هي قوام القانون الإداري، كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة، فرائد الجهة الإدارية هو كفالة حسن سير المرافق العامة باستمرار وانتظام، وحسن أداء الأعمال والخدمات المطلوبة وسرعة إنجازها، كما أن هدف المتعاقد مع الإدارة هو المعاونة في سبيل المصلحة العامة، ذلك بأن يؤدي التزامه بأمانة وكفاية، لقاء ربح أو أجر عادل، وهذا يقتضي من الطرفان التساند والمشاركة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات وما يصادفه من عقبات، ويكون من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذهً الخسارة التي تحملها، فيعوضه عنها تعويضا جزئيا، وهذا التعويض لا يشمل الخسارة كلها، ولا يغطي إلا جزءا من الأضرار التي تعن المتعاقد، فإن المدين ليس له أن يطالب بالتعويض بدعوى أن أرباحه قد نقصت، أو لفوات كسب ضاع عليه، كما

[1] : قصاصي عبد القادر، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ الالتزام التعاقدي، المجلة الأفريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أمحد دراية، أدرار، الجزائر، العدد،02 المجلد ،02 ديسمر ،2018 ص129.

أنه يجب أن تكون الخسارة واضحة متميزة، ومن ثم يجب لتقدير انقاب اقتصاديات العقد واعتبارها قائمة، أن يدخل في الحساب جميع عناصر العقد التي تؤثر في اقتصادياته، واعتبار العقد في ذلك وحدة واحدة ويفحص في مجموعه، لا أن ينظر إلى أحد عناصره فقط، بل يكون ذلك بمراعاة جميعً العناصر التي يتألف منها، إذ قد يكون بعض هذه العناصر مجزيا ومعوضا عن العناصر الأخرى التي أدت إلى الخسارة«[1]

5- أن تلك الضوابط المقررة في شأن تقدير التعويض المستهدف إعادة التوازن املالي للعقد الإداري نتيجة الظروف الطارئة، هي مبادئ محل نظر، فيما تقرره من تعويض جزئي، أو فيما تقرره من حصر التعويض في مجرد الخسارة، وعدم جواز مطالبة المتعاقد عن التعويض عن كسب أو ربح فاتهً إذ إن تلك المبادئ في الواقع تتعارض ومبادئ العدالة المجردة التي ما فتئ القضاء الإداري يرددها،

6- بوصفها سنداً لتعويض المتعاقد عن آثار تلك الظروف، وذلك فضلا عن تعارض تلك المبادئ كذلك مع التوقعات المشروعةً للمتعاقد، في تحقيق بعض الأرباح والمكاسب من وراء تعاقده مع الإدارة، وهو ما سنلقي عليه مزيدا من

[1] : قصاصي عبد القادر، المرجع السابق، ص130.

البيان في معرض الحديث التالي عن الأساس القانوني لإعادة التوازن املالي للعقد الإداري في ضوء مبدأ التوقع المشروع.[1]

فالأصل أنه لا يجوز أن يكون التزام الجهة الإدارية بموجب العقد، قيدا على تصرفاتها كسلطة عامة تهدف دائما إلى تحقيق الصالح العام. فعندها تستعمل الإدارة صلاحياتها التي تؤدي إلى إلحاق الضرر بالمتعاقد معها فإنها تصبح مسؤولية في التعويض عليه استنادا إلى نظرية عمل الأمير[2].

فتطبيق نظرية عمل الأمير يشترط أن يكون الإجراء الذي اتخذته الإدارة المتعاقدة وأضر بالمتعاقد معها إجراء مشروع اتخذته في إطار اختصاصها فإذا ثبت أن هذا الإجراء ينطوي على خطأ وقعت فيه الإدارة فلا تطبق نظرية عمل الأمير، بل تنعقد مسؤولية الإدارة

على أساس هذا الخطأ حيال المتعاقد معها[3].

ثانيا: عدم توقع الفعل للمتعاقد

[1] : قصاصي عبد القادر، المرجع السابق، ص131.

[2] : عسالي عرعارة، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق جامعة الجزائر،1 الجزائر، 2015، ص55.

[3] : عسالي عرعارة، المرجع السابق، ص56.

يشترط لتطبيق نظرية عمل الأمير أن تكون الإجراءات الصادرة عن الجهة الإدارية غير متوقعة، وبالتالي إذا توقع المتعاقد مع الإدارة هذا الإجراء الضار أو كان من المفروض منطقيا أن يتوقعه، فلا يجوز له المطالبة بالتعويض، حتى ولو خلا العقد من كيفية مواجهته فلا يمكن تطبيق نظرية عمل الأمير فشرط عدم التوقع لا ينصرف إلى أصل الحق في التعديل، فهذا التعديل متوقع من الإدارة دائما ولكن عدم التوقع هو في حدود هذا التعديل ومداه، أي أن العقد إذا نظم حدود ومدى التعديل فلا يتصور تطبيق النظرية[1].

ومعيار عدم التوقع هو معيار موضوعي وفقا الرجل العادي في ذات الظروف فلا يكون في مقدور الشخص العادي أن يتوقع الظرف الجديد لو وجد في ذات ظروف المتعاقد وبصرف النظر عن توقع المتعاقد ذاته وما وقر في ذهنه من توقع بمعياره الشخصي، ويقع على قاضي الموضوع أن يتين مدى قيام المتعاقد يبذل الجهد الذي يبذله الرجل العادي الحريص . في ذات المجال .

. في توقع مثل هذه الظروف، فإذا كان بإمكانه توقع صدور الإجراء إلا إنه لم يبذل الجهد الكافي و اللازم لذلك ينتفي مناط تطبيق النظرية[2] .

[1] : المرجع نفسه، ص57.

[2] : بوكماش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، 2013، ص239.

فإذا لم يكن العقد بنص على التعويض صراحة، ولم ينفق الطرفان عليه عند حدوث ما يوجه تولى القضاء هذه المهمة ويدخل في تقديره هذا التعويض جملة الخسائر الفعلية التي تكون قد أصابت المتعاقد وكذلك كل النفقات التي يكون قد صرفها دون أن يعوض عنها، كما يراعي ما فاته من كسب متوقع وفقا لنصوص العقد، كأن يترتب على الإجراء الجديد إنهاء العقد قبل ميعاده المحدد، وفي هذه الحالة يتميز بطابع الشامل عن التعويض الناشئ عن تطبيق نظرية الظروف الطارئة حيث لا تشمل كلا العنصرين وعلى سبيل استعمالها حقها في التعديل بهدف حسن سير المرفق وتنظيمه أو كان خارج نطاق العقد، إذ إن ذلك لا ينطبق على حالة المدعيين، إذ إن رفع سعر الأرز الذي يدخل ضمن الموارد الموردة لم يكن بقرار صدر من جهة الإدارة المتعاقدة، ومن ثم لا تطبق نظرية عمل الأمير المذكورة على المنازعة المعروضة، وبذلك لا يحق للمدعيين المطالبة بتعويضهما .[1]

إذا توافرت شروط نظرية فعل الأمير يحق للمتعاقد مع الإدارة أن يحصل على التعويض الموازي للضرر اللاحق به نتيجة فعل الإدارة بما يعيد التوازن المالي للعقد وهذا التعويض يجب أن يكون تعويضا كاملا يغطي جميع الأضرار اللاحقة بالمتعاقد"، وتشمل الأضرار الخسائر اللاحقة بالمتعاقد والربح الفائت[2] .

[1] : المرجع نفسه، ص240.

[2] : بوكماش محمد، المرجع السابق، ص241.

تصرف أو عمل قانوني act juridique من طرف الإدارة العامة على نحو غير مخالف للنظام القائم والسائد في الدولة، أي أن يكون فعل الأمير الإدارة السلطة مشروعا، أي مطابقا للنظام القانوني السائد بالدولة المتكون من مختلف مصادر المشروعية المكتوبة منها وغير المكتوبة.

أما إذا كان فعل الأمير غير مشروع قرارات غير مشروعة ، من حيث مخالفته للتشريع أو إخلاله بالالتزامات التعاقدية، فإن الأمر يقتضي إعمال نظريات وقواعد أخرى لترتيب المسؤولية على أساس الخطأ.ثانيا: وجود ضرر للمتعاقد يحب أن يكون الإجراء الذي أصدرته السلطة الإدارية المتعاقدة (فعل الأمير) قد سبب ضررا فعليا للمتعاقد معها ولا يشترط جسامة معنية لهذا الضرر سواء أكان هذا الضرر جسيما أو يسيرا أو فعليا أو هذا الضرر نقص في الأرباح أدى إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد الإداري".[1]

ويشترط في هذا الضرر شروط معينة حتى يتم التعويض عنه، حيث يرى بعض الفقهاء في تحديدهم أساس مطالبة التعويض في تجسيد الضرر وعلاقته بهذا الإجراء بأن المسؤولية في هذه العلاقة التعاقدية علاقة (مسؤولية على أساس المخاطر) فعلي المتعاقد الإدارة أن يتجنب هذا الضرر وبالتالي في مقابل برى الفقيه لو أن المسؤولية كانت تعاقدية لكفى أن يثبت المتعاقد مع الإدارة أنها أخلت بأحد التزاماتها حتى تقدر حقه في

[1] : عبد المنعم فرج، ،نظرية العقد في قوانين البلاد العربية (القانون المصري واللبناني والسوري والعراقي والليبي والكويتي والسوداني)، ب ط، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت –لبنان، 1974، ص286.

التعويض، ولكن مادامت مسؤولية الإدارة هنا لا تؤسس على الخطأ، إنما الإجراءات التي تتخذها بهذا الصدد نتيجة لممارسة سلطتها في التعديل، وفي إصدار قرارات تنظيمية عامة قد تؤثر في العقد وهي في كلا الحالتين سلطة مشروعة، فينبغي حتى يتقرر حق المتعاقد مع الإدارة في التعويض أن يثبت أنه لحق به ضرر. وعلى أساس هذه الآراء السابقة الذكر للفقهاء، يمكن القول بوجود شروطا للتعويض وهي كتالي :

– قيود، بشرط أن تكون رابطة السببية المباشرة ثابتة بطبيعة الحال بين إنهاء العقد والخسارة التي لحقت بالمتعاقد، ومن المعروف أن القاضي الإداري يرفض تعويض المتعاقد عن – – – الأضرار الغير منسوبة مباشرة إلى فترة تنفيذ العقد.

– ما فات المتعاقد من كسب ، وذلك باعتبار بأن من حق المتعاقد مع الإدارة في أن يعوض عن ريحه الحلال من عمله ورأس ماله[1].

غير أن مجلس الدولة الفرنسي خرج على مبدأ التعويض الكامل للمتعاقد في بعض الحالات فقد أهمل عنصر الكسب المختلف في بعض الأحوال، كما هو الشأن في حالة قيام الجهة الإدارية المتعاقدة بإنهاء بعض العقود بسبب الحرب أو على أثر وفق القتال. إذ اكتفى المجلس في هذه الحالة بالتعويض عن الأضرار الفعلية الناجمة عن فسخ العقد دون التفات إلى الأرباح التي كان من الممكن أن يحققها المتعاقد فيما لو لم يقع الفسخ.

[1] : عبد المنعم فرج، المرجع السابق، ص287.

كما أن مجلس الدولة الفرنسي لا يقضي بتعويض المتعاقد مع الإدارة تعويضا كاملاء إذا كان قد شارك بخطئه في أحداث بعض الأضرار المترتبة على فعل الأمير، أو ساعد على تفاقم هذه الأضرار. إذ درج المجلس على استنزال القدر المناسب من التعويض بسبب خطأ المتعاقد[1].

من المعروف أن التعويض الكلي ليس من النظام العام فكثيرا ما يتفق الطرفان على غيره، ويجب تطبيق العقد أذا كان ينص على عدم التعويض ثم زادت الأعباء الجديدة.[2]

المبحث الثاني: نظرية الظروف الطارئة

مقتضى نظرية الظروف الطارئة أنه إذا ما طرأت بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه حوادث لم تكن متوقعة ترتب عليها اختلال التوازن بين التزامات الطرفين اختلالا جسيما بحيث اصبح التزام أحدهما مرهقا يهدده بخسارة فادحة، فعنئذ يجوز للقاضي أن يعدل في شروط العقد خروجا على القواعد العامة التي تقرر بأن العقد شريعة المتعاقدين.

المطلب الأول: مفهوم الظروف الطارئة

[1] : منصور محمد حسين، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، ب ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2016، ص188.

[2] : المرجع نفسه، ص189.

المعنى اللغوي لنظرية الظروف الطارئة أن الظروف مجموع ظرف وهي بالفتح الوعاء ووعاء كل شيء اي ما يقع فيه الشيء وحيوية زمانا ومكانا وعليه فطرف الزمان هو من تقع فيه الظروف الطارئة وغريها من تصريف الدهر.[1]

البراعة والذكاء وحسن العبارة وحسن الهيئة.

– المعنى اللغوي لكلمة الطارئة.

الطارئة مفردها طوارئ وهي إحداث غير متوقعة وتحدث فجأة هذا ويكون معين الظروف الطارئة هي جميع الأحوال الغريبة التي تحدث فجأة ولا يعرف من اين أتت.

عرف المشرع نظرية الظروف الطارئة في نص المادة 107 من ق م ج[2] التي تنص: » يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية«.

ولا يقتصر العقد على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول ايضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبقة الالتزام .

غير انه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكون في الوسع توقعها وترتب على حدوثها تنفيذ التزام التعاقدي، وان لم يصبح مستعجلا صار مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي طبقا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المراهق الى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خالف ذلك.

[1] : منصور محمد حسين، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص189.

[2] : المادة 107 من قانون رقم 15–10 المؤرخ في 2015 المتضمن قانون مدني جزائري.

من خلال النص السابقة الذكر نرى ان المشرع الجزائري عرف نظرية الظروف الطارئة أنها حوادث استثنائية عامة غير متوقعة الحدوث اثناء ابرام العقد تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين بحيث تهدده بخسارة فادحة. [1]

وفي ذات السياق فقد عرفت المحكمة الإدارية العليا في مصر الظروف الطارئة بقولها: إن تطبيق نظرية الظروف الطارئة في الفقه والقضاء الاداري رهين بان تطرا خلال تنفيذ العقد الاداري حوادث او ظروف طبيعية كانت او اقتصادية او من عمل جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة او من عمل انسان اخر لم تكن في حسبان المتعاقد عند ابرام العقد ولا يملك هلا دفعا ومن شأنها ان تنزل به خسارة فادحة تحتل معها اقتصاديات العقد اختلال جسميا ومؤدي تطبيق هذه النظرية بعد توافر شروطها الزام جهة الادارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في تحمل نصيب من الخسارة التي احلقت به طوال الظروف الطارئة وذلك ضمانا لتنفيذ العقد الاداري واستدامة لسري المرفق العام الذي يخدمه ويقتصر حكم القاضي الاداري على احلكم بالتعويض المناسب دون ان تكون له الحق في تعديل الالتزامات العقدية.[2]

لقد ظهرت عدة اجتهادات فقهية لتعريف نظرية الظروف الطارئة وقد عرفها البعض بأنها: عبارة عن ظروف واحداث مل تكن متوقعة حدثت اثناء تنفيذ العقد الاداري

[1] : السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام مصادر الالتزام العقد–العمل غير المشروع–الإثراء بلا سبب–القانون،ج،1 ب ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص349.

[2] : المرجع نفسه، ص350.

وقد ادت الى قلب اقتصاديات العقد وكان من شأن هذه الظروف ان تجعل تنفيذ العقد اكثر عبئا واكثر كلفة مما قدره المتعاقدان بحيث تكون الخسارة الناشئة عن ذلك تتجاوز الخسارة العادية التي يتحملها اي متعاقد فإن من حق المتعاقد المتضرر ان يطلب من الطرف الاخر مشاركته في هذه الخسارة التي يتحملها فيعوض تعويضا جزئيا.[1]

ويف تعريف اخر هي الحادث العام النادر الوقوع كالزلازل أو حرب أو وباء أو ارتفاع باهظ في الاسعار او نزول فاحش فيها .

يطرأ على العقد وقت ابرامه او تنفيذه وإلا يكون بالإمكان توقعه أو التحرر منه . وعرفها الأستاذ اسماعيل عمر بأنها حالة عامة غير مألوفة او غير طبيعية او واقعة مادية عامة لم تكن في حسبان المتعاقدين وقت التعاقد ومل يكن في وسعهما ترتيب حدوثها بعد التعاقد ويترتب عليهما ان يكون تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة و ان لم يصبح مستحيلا.[2]

المطلب الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

يمكن من خلال البيان السابق لمفهوم نظرية الظروف الطارئة، الوقوف على شروط إعمال مقتضاها، منً حيث وجوب تدخل جهة الإدارة لإعادة التوازن المالي

[1] : السنهوري عبد الرزاق أحمد، المرجع السابق، ص351.

[2] : عمار بوضياف، المجير في القانون الإداري، ط2، جسور لمنشر و التوزيع، الجزائر، 2007، ص346.

للعقد الإداري، نتيجه ما ألم بالمتعاقد معها من جراء تلكّ الظروف، ويمكن إجمال تلك الشروط فيما يلي:[1]

1-أن يحدث أثناء مدة تنفيذ العقد ظرف استثنائي عام، وهذا الظرف الطارئ قد يكون ظرفا اقتصاديا، كتقلب أسعار صرف العملة عما كانت عليه وقت التعاقد بما لم يكن في مقدور المتعاقد توقعه، كما قد يكونً ظرفا طبيعيا، كفيضان أو زلزال أو غيره، بما يجعل التنفيذ أكثر كلفة ومشقة، وقد يكون ظرفً ا سياسيا، كنشوبً حرب، بل وربما يكون ذلك الظرف ناشئا عن فعل جهة إدارية أخرى غير الجهة المتعاقدة، إذ إنه لو كان مردهّ إلى فعل جهة الإدارة المتعاقدة، لكنها في نطاق إعمال نظرية عمل الأمير النظرية الظروف الطارئة، شريطة أنٍّ ينتج عن أي مما سبق من صور لتلك الظروف، إخال جسيم باقتصاديات العقد، فيصبح تنفيذه أكثر كلفة ومشقة، ولكنه ليس مستحيلا، إذ إنه حال استحالة التنفيذ، يخرج الأمر من نطاق إعمال نظرية الظروف الطارئة، إلى نطاق إعمال نظرية القوة القاهرة.[2]

وعلى هذا الشرط تؤكد المحكمة الإدارية العليا بأنه يشترط لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة عدة شروط :

[1] : عمار بوضياف، المرجع السابق، ص347.

[2] : علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص. .306.

أولها: أن تظهر خلال تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف استثنائية، طبيعية كانت أو اقتصادية أو إدارية،

وثانيها: أن يكون من شأن هذه الظروف إصابة المتعاقد بخسائر فادحة تجاوز الخسارة العادية التى يمكن جسيما..« احتمالها، على نحو تختل معه اقتصاديات العقد اختلالا.[1]

كما أكدت كذلك على أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الإدارية وروابط القانون العام، أمر رهن بأن تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد تلك الظروف، وأن يكون ذلك خلال تلك المدة وليس بعدها كما أنه فيما يخص شرط عدم استحالة التنفيذ، قضت المحكمة بأنه يشترط لإعمال نظرية الظروف الطارئة ألا يكون تنفيذ الالتزام مستحيلا ، وإنما تجعل تنفيذه أكثر عبئا وأثقل كلفة مما قدره المتعاقدان، بحيث يهددً المدين بخسارة فادحة أي مرهقا للمدين[2]

[1] : علاء الدين عشي، المرجع السابق، ص307.

[2] : عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص. 149.

2- يشترط في الظرف الطارئ كذلك أن يكون مفاجئا غير متوقع وفق السير الطبيعي للأمور، أثناء إبرام التعاقد، كما لا يمكن دفعه.

وفي ذلك تؤكد المحكمة الإدارية العليا على أنه يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد الإداري، حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية من عمل جهة إدارية غير الجهة المتعاقدة أو ظروف من عمل إنسان آخر، لم يكن فى حسبان المتعاقد عند إبرام العقد توقعها، ولا يملك لها دفعا.

ذلك أن هذه النظرية لا تطبق إذا كان خطأ المتعاقد قد وقع فى أمور متوقعة قبل تنفيذ العقد وفقا للسير الطبيعي للأمور للنظام المعتاد للعمل في الادارة العاملة.[1]

3- أن يترتب على الظرف الطارئ إخال جسيم باقتصاديات العقد، بما يجعل تنفيذه أكثر كلفة وإرهاقا، بما يقتضيه ذلك من وجوب النظر إلى مكونات العقد في مجموعها، بحيث تكون اقتصاديات العقد في مجموعهاً قد أصابها خلل جسيم، أما إن كان هذا الخلل قد طال عنصرا من عناصر العقد أو بندا من بنوده دون غيره مع بقاء غيرها من البنود لم تصب بذلك الخلل، بحيث يبقى في النهاية أن اقتصاديات العقد ما زالت عادلةً ومتوازنة، فإنه لا مجال هنا لإعمال مقتضى نظرية الظروف الطارئة، إذ إنه

[1] : عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص150.

يجب النظر دوما إلى اقتصادياتً العقد في مجموعها كوحدة واحدة، يكمل بعضها بعضا.[1]

فيما يخص هذا الشرط، قضت المحكمة الادارية العليا بأن نظرية الظروف الطارئة، مقتضاها آن يطرأ خلال مدة تنفيذ العقد الإداري حوادث وظروف طبيعية كانت أو اقتصادية لم تكن في الحسبان عند التعاقد ولا يملك جسيما، شريطة أن يتمً معها المتعاقد دفعا، ومن شأنها أن تنزل خسائر فادحة تخل باقتصاديات العقد إخلالا في تنفيذ العقد الإداري تنفيذا كاملا.[2]

ما نوهت احملكمة على الضوابط الواجب مراعاتها عند تقدير التعويض عن تلك الظروف، مشترطة أنه فى تقدير مدى الاختلال الحادث في العقد بسبب الظرف الطارئ، يتعن الأخذ في الاعتبار بجميع عناصره المؤثرة في اقتصادياته، ومنها كامل قيمة العقد ومدته، فيفحص فى مجموعه كوحدة واحدة دون الوقوف على أحد عناصره – أساس ذلك : أنه قد يكون في العناصر الأخرى ما يجزئ ويعوض المتعاقد عن العنصر أو العناصرً الخاسرة، ومؤدى ذلك أن التعويض الذي تلتزم به جهة الإدارة، لا يستهدف تغطية الربح الضائع أيا كان مقداره، أو الخسارة العادية المألوفة في التعامل، وإنما أساسه تحمل الجهة الادارية المتعاقدة لجزء من خسارة محققة وفادحة،

[1] : رشيد خلوفي، قانون المسؤولية الادارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ،1994، ص168.

[2] : رشيد خلوفي، المرجع السابق، ص169.

تندرج في معنى الخسارة الجسيمة، بغرض إعادة التوازن املالي للعقد بن طرفيه، في سبيل المصلحة العامة.[1]

–يشترط لإعمال نظرية الظروف الطارئة كذلك، استمرار المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته التعاقدية، على الرغم مما تكبده بسبب تلك الظروف من مزيد إرهاق أو كلفة ومشقة، مع احتفاظه بحقه –في ذات الوقتّ – في الرجوع على جهة الإدارة المتعاقدة بالتعويض عما حلق من مضار ، رضاءً كان ذلك أو قضاء.

وفي هذا الصدد تقرر المحكمة الادارية العليا أنه ليس مؤدى تطبيق نظرية الظروف الطارئة بعد توافرً شروطها، أن يمتنع المتعاقد فورا عن تنفيذ التزاماته الواردة بالعقد، ولكن على المتعاقد أن يدعو الإدارة المتعاقدة معه لمشاركته في تحمل نصيب من الخسارة التي حاقت به نتيجة تنفيذ العقد في ظل الظروف الطارئة، فإذا رفضت، كان عليه أن يلجأ إلى القضاء إلزام الإدارة بالتعويض المناسبً ذلك أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة، يفترض بداءة أن يتم تنفيذ العقد تنفيذً كاملا فإذا لم يقم المتعاقد . بتنفيذ التزاماته التعاقدية كاملة، فليس ثمة محل لطلب التعويض.[2]

يترتب على تحقق الظروف الطارئة بشروطها سالف الإشارة إليها، وجوب إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، من خال قيام جهة الإدارة بتعويض المتعاقد معها عن

[1] : مصطفى أبو زيد فهمي، الوسيط في القانون الإداري، ج،1 دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ،2000، ص327.

[2] : مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص328.

المضار التي حلقته من جراء تحقق تلك الظروف، وغاية هذا التعويض – وفقاً لما تقرره المحكمة الادارية العليا– هو استمرار المرفق العام في تأدية الخدمة المنوط به أداؤها للمواطنين.[1] .

لقد أقر الفقه والقضاء الإداري عددا من الضوابط المتعلقة بتعويض المتعاقد مع الإدارة بغية إعادة التوازن املالي للعقد الإداري حال تحقق الظروف الطارئة وسواء قامت الادارة بأداء التعويض بصورة توافقية، أو مت إلزامها به عن طريق القضاء، وتتمثل تلك الضوابط فيما يلي:[2]

1- أن التعويض يكون تعويضا جزئيا ينصب على الخسائر الفعلية أو الملحقة التي حاقت بالمتعاقد مع الادارة.

2- أنه لا يجوز للمتعاقد مع الادارة المطالبة بالتعويض استنادا إلى ربح فاته أو بسبب نقص في قيمةً المكاسب التي كان يرجوها، ذلك أن التعويض الذى تلتزم به جهة الإدارة، لا يستهدف تغطية الربح الضائع أيا كان مقداره، أو الخسارة العادية المألوفة في التعامل

[1] : رشيد عبد الحميد، حمدي بدر الدين، العدالة العقدية بين نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة، جملة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي النعامة، الجزائر، العدد،02 المجلد ،07 ،2020، ص376.

[2] : رشيد عبد الحميد، حمدي بدر الدين، المرجع السابق، ص377.

3- أنه يجب فى تقدير مدى الاختلال الحادث في العقد بسبب الظرف الطارئ، الأخذ في الاعتبار بجميع عناصره المؤثرة في اقتصاداته، ومنها كامل قيمة العقد ومدته، فيفحص فى مجموعه كوحدة واحدة دون الوقوف على أحد عناصره، أساس ذلك أنه قد يكون في العناصر الأخرى ما يجزئ و يعوض المتعاقد عن العنصر أو العناصر الخاسرة.[1]

4- وعلى هذه الضوابط السابقة الواجب مراعاتها في التعويض المستهدف إعادة التوازن املالي للعقد الإداري نتيجة الظروف الطارئة، أكدت الملكمة الإدارية العليا على أنه من شأن الظروف الطارئة، أن تنزل بالمتعاقد مع جهتها جسيما، فإذا ما توافرت شروط هذه الظروف، الإدارة خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالاً متى التزمت جهة الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في تحمل نصيب من خسائره، ضمانا لتنفيذ العقد على الوجه الذي يكفل حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد.[2]

فنظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجردة، التي هي قوام القانون الإداري، كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة، فرائد الجهة الإدارية هو كفالة حسن سير المرافق

[1] : المرجع نفسه، ص378.

[2] : قصاصي عبد القادر، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ الالتزام التعاقدي، المجلة الأفريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أمحد دراية، أدرار، الجزائر، العدد02، المجلد 02، ديسمر 2018، ص129.

العامة باستمرار وانتظام، وحسن أداء الأعمال والخدمات المطلوبة وسرعة إنجازها، كما أن هدف المتعاقد مع الإدارة هو المعاونة في سبيل المصلحة العامة، ذلك بأن يؤدي التزامه بأمانة وكفاية، لقاء ربح أو أجر عادل، وهذا يقتضي من الطرفان التساند والمشاركة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات وما يصادفه من عقبات، ويكون من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذهً الخسارة التي تحملها، فيعوضه عنها تعويضا جزئيا، وهذا التعويض لا يشمل الخسارة كلها، ولا يغطي إلا جزءا من الأضرار التي تعن المتعاقد، فإن المدين ليس له أن يطالب بالتعويض بدعوى أن أرباحه قد نقصت، أو لفوات كسب ضاع عليه، كما أنه يجب أن تكون الخسارة واضحة متميزة، ومن ثم يجب لتقدير انقاب اقتصاديات العقد واعتبارها قائمة، أن يدخل في الحساب جميع عناصر العقد التي تؤثر في اقتصادياته.

الفصل الثاني: ضوابط التوازن المالي من خلال

الالتزامات المالية

تمهيد:

من الثابت قانونا أن ارادة الإنسان حرة بطبيعتها، ولا يتقيد الإنسان إلا ارادته المطلقة، وباعتبار الإرادة هي اساس التصرف القانوني، فهي التي تنشأ وهي التي تحدد آثاره وهذا ما يعبر عنه بمبدأ سلطان الارادة. ويشمل مبدأ سلطان الإرادة العقود بشتى أنواعها، مما يستدعى تنفيذها دون المساس بحرية الأطراف المتعاقدة، فعندما يتخذ المتعاقدان الاحتياطات اللازمة لتنفيذ العقد وفق ما اتفُق عليه، إلا أنه يستحيل عليهما حصر توقع كل الأحداث والظروف المستقبلية، باعتبار أن الظروف السابقة على إتمام العقد قد تتغير جذريا أو جزئيا كما هو الحال في الظروف الاستثنائية، خاصة فيما يسمى بالعقود المستمرة التي يكون الزمن عنصرا اساسيا فيها. فإذا كان المبدأ يقضي أن العقد شريعة المتعاقدين، وبالتالي ليس لأحد أن يستقل بإلغاء أو تعديل العقد أو أن يتحلل من التزاماته بطريقة منفردة، كما انه ليس للقاضي التدخل في تعديل العقد أو إلغاءه من غير رضا الأطراف المتعاقدة.

المبحث الأول: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

تعد هذه النظرية من اعقد نظريات اعادة التوازن المالي للمتعاقد المتضرر من الصعوبات المادية التي تحدث لو تمنعه من تنفيذ العقد، دون ان يتعرض لخسائر الذي يصيبه من جراء هذه الظروف او المصاعب .[1]

المطلب الأول: مفهوم نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

هذه النظرية من ابتداع مجلس الدولة الفرنسي، وترجع تطبيقاتها إلى منتصف القرن التاسع عشر، وكان أول حكم قضائي يبرز هذه النظرية هو حكم "Duche الصادر في 24-12-1968، حيث انتهى المجلس في هذا الحكم إلى تعويض المتعاقد الإدارة عن أية مع صعوبات مادية غير متوقعة واجهته أثناء العقد لكي يتمكن من الاستمرار في التنفيذ. [2]

[1] : طعيمة الجرف، القانون الإداري، دراسة مقارنة في تنظيم نشاط الإدارة العامة ملتزم الطبع والنشر، القاهرة1980، ص454.

[2] : محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة (القرار الإداري، العقد الإداري) ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص471.

وتطبيقات هذه النظرية الغالب ما تتواجد في مجال عقود الأشغال العامة بل إن الفقيه دي لوبادير يؤكد أنه توجد تطبيقات قضائية لهذه النظرية في خارج نطاق عقود الأشغال العامة ولكنه سلم في ذات الوقت، بأنه لا توجد أسباب قاطعة تحول دون تطبيق النظرية متى توافرت شروطها في مجال العقود الإدارية الأخرى.

وهذا هو الرأي الذي يقول به أغلبية الفقه الفرنسي والمصري، وإن كان قضاء مجلس الدولة الفرنسي لا يشجع على التسليم به: ففي إحدى القضايا رفض أن يعوض على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وكانت ظروفها كما يلي:[1] حدث زلزال شديد حطم الأسلاك الممدودة تحت الماء، والتي يعتمد عليها الملتزم في استغلال المرفق العام. فلما طالب الملتزم بنفقات إصلاح هذه الأسلاك على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، رفض المجلس، وإن كان قد سمح له بالاستناد إلى نظرية الظروف الطارئة" .

[1] : محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص472.

وهي نظرية قضائية من حيث الأصل، مفادها أنه إذا واجه المتعاقد مع الإدارة اثناء تنفيذ العقد صعوبات مادية ذات طبيعة خالصة لا يمكن توقعها، ومن شأنها أن تؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مرهقا، وليس مست حيلا فإن من حقه المطالبة بإعادة التوازن المالي لمعقد ويكون من حقه المطالبة بتعويض كامل عن الأضرار الناجمة من تحمل الصعوبات.[1]

وقد عرفها المشرع الفرنسي في . المادة 118 من قانون المدني[2] التزامات الإدارة بأنها "الحدث المادي الخارج عن إرادة المتعاقدين والذي لا يمكن ابدا توقعه أثناء ابراء العقد، ومن شأنه إحداث صعوبات غير عادية أثناء التنفيذ، وقد عرفها أحد الفقهاء الفرنسيين بأنها نظرية خاصة بعقود الأشغال العامة، تفترض وجود صعوبات مادية لا يستطيع الفريقان توقعها، مثل مواجهة طبقات مائية غير متوقعة في حفر نفق ترمي بأعباء خطيرة وغير طبيعية على عاتق المتعاقد.

[1] : المادة 118 من قانون رقم 15-10 المؤرخ في 2015 المتضمن قانون مدني جزائري.

[2] : سليمان محمد طماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية والمدنية، ط ،5 دار الفكر العربي ،1991، ص655.

وفي مصر عرفها الفقيه الكبير سليمان الطماوي بانها "اذا ما صادف المتعاقد اثناء تنفيذ التزماته التعاقدية صعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية خالصة، ولا يمكن توقعها بحادث من الحوادث عند ابرام العقد ، وتؤدى الى جعل تنفيذ العقد مرهقا فان من حقه ان يطالب بتعويض كامل عن ما تسببه هذه الصعوبات من اضرار." و في الفقه الاخر من عرفها بأنها "النظرية التي تقوم على تعويض المتعاقد مع الادارة ضد المخاطر الطبيعية التي يواجهها اثناء التنفيذ.. وتجد هذه النظرية تطبيقها بوجه خاص في المخاطر الطبيعية التي يواجهها في أثناء التنفيذ في عقود الأشغال العامة وعلى المتعاقد في هذه الحالة الاستمرار في تنفيذ التزاماته مقابل تحمل الإدارة النفقات الإضافية الناجمة عن الصعوبات المادية غير المتوقعة عند ابرام العقد .[1]

وعرضت محكمة القضاء الإداري المصرية مفهوم هذه النظرية في حكم . لها جاء فيه ."انها من النظريات التي ابتكرها الفقه والقضاء الإداري ومقتضاها أنه عند تنفيذ العقود الإدارية وبخاصة عقود الأشغالث العامة قد تطرأ صعوبات مادية استثنائية لـ تدخل

[1] : عبد الله بن حمدان، آثار العقد في الفقه والنظام وتطبيقاته القضائية، ملخص رسالة لنيل درجة دكتوراه في السياسة الشرعية، المملكة العربية السعودية، 2009، ص147.

في حساب طرفي العقد وتقديرهما عند التعاقد وتجعل التنفيذ أشد وطأة على المتعاقد مع الإدارة واكثر كلفة فيجب من باب العدالة تعويضه عن ذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد زيادة تغطي جميع الأعباء والتكاليف التي تحملها اعتبارا بأن الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسري إلا على الأعمال العادية المتوقعة فقط، وأن هذه هي نية الطرفين المشتركة، واف التعويض هنا لا يتمثل في معاونة مالية جزئية تمنحها جهة الإدارة لمتعاقد معيا بل تكوف تعويضا كاملا عن جميع الأضرار التي يتحملها المقاول بدفع مبلغ إضافي له على الأسعار المتفق عليها.[1]

لم يأخذ القضاء الجزائري بهذه النظرية في احكامه على الرغم من تبني الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية لها في المادة11 والتي الزمت المقاول بان يجري بنفسه جميع التحريات اللازمة والخاصة بالحوادث المائية و المناخية و الطبيعية وكذلك نصت المادة 12 في نفس الشروط على " يفترض في المقاول انه قد اقتنع قبل تقديم العطاء بصحة و شمول عطاءه للأعمال و المفردات والأسعار و المبالغ المدونة في

[1] : خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ رسالة نيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة الجزائر كلية الحقوق، 2017، ص47.

جدول الكميات و تعتبر تلك الأسعار و المبالغ باستثناء و بالقدر الذي ينص على خلاف ذلك تكون شاملة لجميع التزامات المقاول بموجب المقاول، و كذلك جميع الأمور و الأشياء اللازمة و صيانة الأعمال بصو ره مرضية , و مع ذلك اذا تعرض المقاول اثناء تنفيذ الأعمال في الاحوال طبيعية الى عوائق اصطناعية و كانت هذه الحوادث و تلك العوائق لا يمكن اطلاقا لمقاول ذي خبره ان يتوقعها فعلى المقاول المبادرة بدون تأخير بتقديم اشعار تحريري بذلك الى المهندس .[1]

و اذا تبين للمهندس ان مثل هذه الحوادث او العوائق الاصطناعية لا يمكن عقلا لمقاول ذي خبره ان يتوقعها فعندئذ يتعين على المهندس ان يؤيد ذلك و على رب العمل ان يدفع المصروفات الاضافية التي كاف يتحتم على المقاول انفاقها بسبب مثل هذه الأحوال.[2]

[1] : خديجة فاضل، المرجع السابق، ص48.

[2] : المرجع نفسه، ص49.

وتختلف هذه النظرية عن القوة القاهرة من حيث طبيعة الفعل او الصعوبة فهي محصورة في النظرية محل البحث في الظروف المادية بينما في القوة القاهرة قد تكوف الظروف الحادثة من طبيعة مادية او اقتصادية او سياسية . [1]

وتختلف ايضا نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة مع القوة القاهرة من حيث النتائج المترتبة على تطبيق كل منهما ، فتطبيقها يؤدي الى جعل تنفيذ الالتزام . مستحيلا فيتوقف التنفيذ او يفسخ العقد ، بينما تطبيق الأولى ينتج عنها فيكون التنفيذ اكثر ارهاقا واكثر تكلفة من الناحية المالية، الأمر الذي يسوغ منح المتعاقد التعويض لجبر الضرر ولخصت محكمة القضاء الإداري المصرية في احد احكامها الفرق بين نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة والظروف الطارئة بالقول "وبذلك تختلف هذه النظرية من حيث سببها والنتائج المترتبة عليها عن نظرية الظروف الطارئة التي تطبق بسب ظروف

[1] : فتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية (الأحكام إبرامها) ، دار المطبوعات، الإسكندرية، 2008، ص151.

سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية ينشا عنها قلب اقتصاديات العقد أو اختلال توازنه المالي ويقتصر التعويض فيها على قدر محدود تساهم فيه جهة الإدارة".[1]

ومن ناحية التعويض: تختلف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة عن نظرية الظروف الطارئة في إن المتعاقد يستحق في حالة الصعوبات المادية تعويضا كاملا بينما لا يستحق في حالة الظروف الطارئة سوًاء تعويض جزئي ويتمثل بمعاونة تمنحها الإدارة إلى المتعاقد لمساعدته على تخفيض خسارته وتختلف عن نظرية فعل الأمير في أن الصعوبات المادية أمر خارج عن إرادة المتعاقدين بينما فعل الامير يصدر من السلطة الإدارية " . [2]

ومن ناحية اخرى نجد ان جوهر اختلاف النظرية محل البحث عن نظرية الظروف الطارئة الطبيعية يكمن في معيار زمن وجود هذه الظروف، فاذا كانت موجودة

[1] : فتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص152.

[2] : فتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص153.

وقت التعاقد واكتشفت وقت التنفيذ طبقت نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، في حين ان تواجدها اثناء التنفيذ يخلق لنا حالة نظرية الظروف الطارئة .[1]

تقوم النظرية على تعويض المتعاقد مع الادارة ضد المخاطر الطبيعية التي يواجهها اثناء التنفيذ.. وتجد هذه النظرية تطبيقيا بوجه خاص بسبب المخاطر الطبيعية التي يواجهها في أثناء التنفيذ في عقود الاشغال العامة .[2]

انقسم الفقه الفرنسي الى فريقين، اذ ذهب الفريق الاول يتزعمه الفقيه لوباديير إلى أنه لا توجد تطبيقات قضائية لهذه النظرية خارج نطاق عقود الاشغال العامة، إلا أنه يرى بعد. وجود ما يمنع من تطبيقها على العقود الادارية الأخرى إذا ما توفرت فيها شروط تطبيقها والفريق الثاني يتزعمه الفقيه جورج فيدي والذي يقصر تطبيق النظرية عمى عقود الأشغال العامة .[3]

[1] : محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية (القرار الإداري، العقد الإداري) ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002، ص117.

[2] : المرجع نفسه، ص118.

[3] : محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص119.

الا أن مجلس الدولة الفرنسى امتنع عن تطبيق هذه النظرية والحكـ بالتعويض عن نفقات الأنابيب الممدودة تحت الماء والمستخدمة من قبل المتعاقد في ف استثمار المرفق العام والتي تحطمت أثر هزة أرضية قوية بالاستناد لهذه النظرية وان قد سمح لو بطلب التعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة، و الذي صدر بتاريخ 1994/04/24نخلص الى ان نطاق هذه النظرية يتعمق بالصعوبات المادية التي تحتاج إلى إمكانيات وقد كانت متميزة لمواجهتها ولكون مجال هذه النظرية يتعمق بالصعوبات المادية فإن مثل هذه الصعوبات تظهر خصوصا في عقود الأشغال العامة ذات العلاقة بطبيعة الأرض الجيولوجية كأن تكون الأرض صخرية قاسية.[1]

تعددت الآراء حول الأساس القانوني لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، فذهب رأي إلى أن الأساس القانوني لهذه النظرية يرتكز على النية المشتركة للمتعاقدين، فيما ذهب رأي آخر إلى فكرة المسؤولية التقصيرية للإدارة، وذهب رأي ثالث إلى أن

[1] : محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ و أحكام القانون الإداري، دون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان 2008، ص197.

التعويض استنادا لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة إنما يرتكز على فكرة العدالة والطبيعة الذاتية للعقود، وهذا ما سنتعرض له في ما يلي[1] :

1- .**النية المشتركة للمتعاقدين أساس للنظرية** : يرى البعض أن هذه النظرية تقوم على أن الطرفين المتعاقدين قد أبرم العقد على أساس أن السعر المتفق عليه في العقد تم تحديده مقابل التنفيذ في ظروف عادية، أما الصعوبات المادية غير المتوقعة التي تصادف أثناء تنفيذ العقد فهي لم تكن متوقعة من قبل المتعاقدين ويفترض أنهما قصدا أن يقدر مقابلها بطريقة خاصة.

وقد تعرض هذا الرأي للانتقاد على أساس أن فكرة النية المشتركة للمتعاقدين لا تكفي لتبرير التعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة، لأن التعويض في هذه حالة عدم وجود نص في العقد وأيضا في حال اشتراط التنفيذ مهما كانت الصعوبات[2].

2- .**المسؤولية التقصرية للإدارة أساس للنظرية** : إزاء ما تعرض له الرأي السابق من أوجه نقد فقد اتجه جانب آخر من الفقه إلى أن أساس التعويض عن الصعوبات المادية

[1] : محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص199.

[2] : عبد العزيز المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص137.

غير المتوقعة يرجع إلى فكرة المسؤولية التقصرية للإدارة، أو نظرية عمل الأمير، كأحد حالات المسؤولية التعاقدية دون خطأ.[1]

ولكن انتقد هذا الرأي على أساس أنه لا يتفق مع مضمون نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، والتي يعد من شروط تطبيقها أن تكون الصعوبات خارجة عن إرادة طرفي التعاقد إما إذا كانت الصعوبات راجعة إلى عمل الأمير، فقد إنتفى مناط تطبيق نظرية الصعوبات، ونكون بصدد تطبيق نظرية عمل الأمير إذا توفرت شروطها أو قواعد المسؤولية التقصرية[2]" .

3- . اعتبارات العدالة والطبيعة الذاتية للعقود الإدارية أساسا للنظرية:

يذهب الرأي الراجح في الفقه إلى الأساس الذي تقوم عليه نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يكمن في اعتبارات العدالة والطبيعة الذاتية للعقود الإدارية.[3]

[1] : المرجع نفسه، ص138.

[2] : حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، بدون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص146.

[3] : حسين عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص148.

تأسيسا على العلاقة الوثيقة بين العقود الإدارية وفكرة المرفق العام، والنظر إلى المتعاقد على أنه معاون للإدارة في أداء وظيفتها، لذا يلتزم بالاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية على الرغم من والقاعدة أنه يتوجب على المتعاقد قبل إبرام العقد أن يبذل الجهد المطلوب في الإطلاع على طبيعة الأرض وفق ما هو مطلوب من كل متعاقد حري للإحاطة بكافة الأوضاع والصعوبات التي يمكن أن تصادفها عند تنفيذ التزاماته التعاقدية .[1] فإذا قصر المتعاقد في التزامه بالتقصي هذا ، رغم أنه كان بوسعه الوقوف على الصعوبات المادية وقت التعاقد، فإن مجلس الدولة الفرنسي يرفض القضاء بالتعويض يتعين ألا يكون لأحد طرفي العقد سواء الإدارة أو المتعاقد معها تدخل في وجود هذه الصعوبات، فإذا كانت الصعوبات ترجع إلى الإدارة طبقت نظرية عمل الأمير.

فالصعوبات المادية غير المتوقعة التي تطرأ أثناء تنفيذ العقود يجب أن تسبب للمتعاقد خسائر مالية للحكم بالتعويض استنادا لنظرية الأعباء المالية غير المتوقعة. [2]

[1] : المرجع نفسه، ص149.

[2] : حسين عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص150.

إن نظرية الصعوبات المالية غير المتوقعة لا تطبق بشكل تلقائي بمجرد اعتراض تنفيذ العقد الإداري صعوبة مادية استثنائية غير متوقعة بل يجب أن يتولد عن تلك الصعوبة ضررا، فإن كان بإمكان المتعاقد التغلب على الصعوبة المادية التي واجهته دون تكاليف إضافية فلا مجال لتطبيق النظرية.

المطلب الثاني: شروط نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

من أجل أن يستطيع المتعاقد مع الإدارة أن يستفيد من تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يلزم توافر عدة شروط وهذه الشروط أقرها القضاء الإداري الفرنسي وكذلك أخذ بها القضاء الإداري المصري والشروط هي:[1]

اولا. أن تكون الصعوبات خارجة و مستقلة عن إرادة طرفي العقد.

حيث يستلزم لتطبيق هذه النظرية أن تكون الصعوبات أجنبية عن المتعاقدين وهذا معناه إن طرفي العقد لم يتسببا في وجودها ولو كانت الإدارة مثلا هي السبب فلا تتطبق

[1] : محفوظ عبد القادر، أثر نظرية الصعوبات غير المادية على تنفيذ العقد الإداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2018، ص13.

هذه النظرية ولكن هذا لا يعني إعفاء الإدارة من التعويض وإنما ملزمة بالتعويض إستنادا إلى نظرية عمل الأمير إذا كان عملها مشروعة وإذا كان عملها نتيجة خطأ منها فإلتزاماتها بالتعويض يكون نتيجة المسؤولية التعاقدية او التقصيرية.[1]

ويجب ايضأ أن لا يكون للمتعاقد مع الإدارة يد في وجود تلك الصعوبات المادية عندئذ لا يكون له هذا الحق في مجال تطبيق النظرية وعليه تحمل نتائج خطأه حتى في حالة زيادة خطورة آثار الصعوبات وتفاقمها من قبل المتعاقد كان يتباطئ في تنفيذ الواجبات لتفادي نتائج هذه الصعوبات او عدم إستغلاله فرصة قد منحت له بأن تكون لديه وسيلة للحيلولة دون وقوع مثل هذه الصعوبات ويقع عليه كذلك عبء إثبات إنه لم يخرج عن شروط العقد أثناء قيامه بتنفيذ واجباته.[2]

[1] : محفوظ عبد القادر، المرجع السابق، ص14.

[2] : محفوظ عبد القادر، المرجع السابق، ص15.

ثانيا: يجب أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية.

التطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يجب أن يصادف المتعاقد عند تنفيذه للعقد عوائق وصعوبات ذات طابع مادي، وهذا الشرط هو الذي يميزها عن نظريتي عمل الأمير والظروف الطارئة التي تصادفها ظروف إدارية او إقتصادية.[1]

والوضع الغالب إن مصدر هذه العوائق والصعوبات المادية هي ظواهر طبيعية كان يواجه المتعاقد طبقات مائية كثيفة لم تكن متوقعة تضيف نفقات مالية غير مألوفة لسحبها وتجفيف الأرض، وكذلك قد ترجع إلى طبيعة الأرض التي ينفذ عليها المشروع كان يتبين للمقاول إن الأرض صخرية على خلاف ما موجود في شروط وفقرات العقد المبرم او وجود أتربة متكتلة بدلا من الطمى عند حفره إحدى الترع أو المصارف وبالنتيجة فإن للمتعاقد استحقاقات التعويض عنها.

[1] : المرجع نفسه، ص16.

وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في عدة حالات مماثلة التي تم ذكرها .[1]

والصعوبات المادية إن كانت في أغلب الأحيان سببها الظواهر الطبيعية المادية إلا إنها قد تكون في بعض الأحيان بفعل الغير أو وليدة عمل خارج عن إرادة الطرفين المتعاقدين ومن أمثلة ذلك كظهور قناة خاصة مجاورة لموقع العمل لم تشر إليها المواصفات التي تم على أساسها إبرام العقد، أو إضطرار المتعاقد لإصلاح طريق مجاور يعد ضرورية لتنفيذ الأشغال العامة المتفق عليها .[2]

ثالثا. أن تكون الصعوبات المادية خارج دائرة التوقع من قبل أطراف العقد حين إبرامه.

حيث يشترط التطبيق نظرية الصعوبات المادية أن تكون تلك الصعوبات من النوع الذي لا يمكن توقعه لحظة إبرام العقد وعلى المتعاقد أن يتأكد بنفسه ومن قبل خبرائه للإحاطة

[1] : محفوظ عبد القادر، المرجع السابق، ص16.

[2] : المرجع نفسه، ص17.

بكافة ظروف تنفيذ المشروع والعوائق التي من المحتمل أن تواجهه عند التنفيذ وأن تكون قد فاقت كل توقعاته بعد بذل هذا الجهد .[1]

والقاعدة إنه يجب على المتعاقد قبل أن يقبل العقد، أن يدرس طبيعة الأرض وأن يبذل الجهد المعقول من كل متعاقد مواضب على أن يحرص للإحاطة بكافة الصعوبات المادية التي من شأنها أن تواجهه عند تنفيذ المشروع .[2]

وأيدت محكمة القضاء الإداري هذا الشرط في نهاية الفقرة في أحد أحكامها في 20 يناير سنة 1957 حيث تقول " ومن حيث إنه فضلا عما تقدم فإن الشرط الخاص بوجوب أن تكون الصعوبات طارئة أي غير متوقعة أو مما لا يمكن توقعه أو ليس في الوسع توقعها هذا الشرط ينطوي إلى حد كبير على معنى المفاجآت في صورة معينة كأن يجد المتعاقد مع الإدارة نفسه إزاء حالة لم يكن يتوقع حدوثها ، لابناء على دفتر الشروط، ولا من دراسته الأولية للمشروع أو بالرغم مما نبه إليه أو ما اتخذه من حيطة لا تفوت

[1] : محفوظ عبد القادر، المرجع السابق، ص19.

[2] : المرجع نفسه، ص20.

على الشخص البصير بالأمور قبل الإقدام على المساهمة في تسيير المرفق العام التعاقد بشأنه ....

وقد أيدت محكمة التمييز العراقية ما قررته المادة (12) من الشروط العامة لمقاولات الأعمال الهندسية المدنية العراقية في حكمها الصادر في 16-12-1996 مع إنها لم تأخذ بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة فقالت "..... إن عقد المقاولة قد أوجب على المقاول قبل تقديم مناقصة أن يجري التحريات عن ماهية العمل وأن يقف على المعلومات الخاصة بنوع الأرض ترابية أو صخرية.....[1]

وهنا يكون دور القاضي ذا أهمية وأكثر تشددا في تطبيق هذه النظرية فيكون مكلف بالبحث والتحري فيما إذا كان المتعاقد بذل الجهد الضروري والمعقول لتوخي الحذر بكل ظروف التنفيذ وبحث بنفسه عن طبيعة الأعمال والأرض التي سيتم تنفيذ المشروع عليها.[2]

[1] : نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، 2006، ص176.

[2] : نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص178.

أما إذا قصر المتعاقد وكان بمقدوره إظهار الصعوبات المادية عند إبرام العقد فإن مجلس الدولة يرفض التعويض، وكذلك يأخذ القاضي موقف الإدارة بعين الإعتبار مما يستوجب عليها أن توفر جميع المستندات اللازمة وتضعها أمام المتعاقد لتساعده على تحقيق غايته والوقوف والتغلب على جميع معوقات تنفيذ العقد وعليه واجب إعلام الإدارة عن مقترحاته.

وإذا كانت المعوقات من النوع الذي لا يستطيع التنبؤ به عند إبرام العقد واتصفت بصفة المفاجأة يحق للمتعاقد أن يطالب الإدارة بالتعويض على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة .[1]

رابعا: يجب أن تكون الصعوبات ذات طابع إستثنائي بحت.

ويقصد بذلك إن الصعوبات المادية ليست فقط عقبات يصادفها المقاول عند التنفيذ ولكنها عقبات من نوع غير مألوف وذات طابع إستثنائي فلو كانت هذه الصعوبات

[1] : المرجع نفسه، ص179.

مما ألفها المتعاقد غير جوهرية أي صعوبات يتحملها أي متعاقد أثناء تنفيذ العقد، فإنه لا يمكن تصور النظرية.[1]

ويفصل قاضي الموضوع في كل حالة على حده، ما إذا كانت الصعوبات غير المتوقعة التي صادفها المتعاقد مما يمكن إعتباره من قبيل المخاطر العادية أو الإستثنائية وفقا لما يقدمه المقاول من دلائل ومستندات، توضح إن عقبات التنفيذ تندرج في نطاق الصعوبات ذات الطابع الإستثنائي، ويقع عبء الإثبات على عاتق المقاول الذي يحق له طلب التعويض، ومن مراجعة أحكام القضاء الإداري سواء في فرنسا أو في مصر يتضح مدى تشدد القضاء في هذا الشرط، وخاصة عندما يتضمن العقد شروطا صريحة أو ضمنية تجعل المتعاقد هو المتحمل لكل مخاطر التي يواجهها أثناء تنفيذ العقد.[2]

[1] : نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص180.

[2] : نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص181.

خامسا. أن يكون من شأن الصعوبات المادية قلب إقتصاديات العقد .

إن الصعوبات والمعوقات غير المتوقعة التي تصادف المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ إلتزاماته العقدية لا يكفي فيها أن تكبده، مصاريف إضافية عالية فحسب، بل يجب أن تكون هذه المبالغ مرهقة وتنزل به خسارة فادحة وعند تطبيق هذه النظرية يشترط أن تكون هذه المعوقات والصعوبات المادية إستثنائية بحتة وغير مألوفة فإنه يفترض في المصروفات التي ينفقها المتعاقد لمواجهة هذه المعوقات يجب أن تكون هي الأخرى إستثنائية أي تفوق الأسعار والمبالغ المثبتة في فقرات عقد التنفيذ وتزيد من واجبات المتعاقد مع الإدارة ، ويتضح ذلك من خلال إشتراط القضاء الإداري الفرنسي أن تؤدي هذه الصعوبات إلى الإخلال في إقتصاديات العقد .[1]

والقضاء الإداري المصري طبق هذه النظرية بموجب هذا الشرط بقوله " أن يصبح التنفيذ أشد وطأة على المتعاقد مع الإدارة وأكثر كلفة.... ويشترط لتطبيق

[1] : المرجع نفسه، ص182.

النظرية..... ثالثا أن يترتب على التنفيذ نفقات تجاوز الأسعار المتفق عليها في العقد وتزيد في أعباء المتعاقد مع الإدارة".[1]

وتقدير ما إذا كانت الصعوبات التي يواجهها المتعاقد يترتب عليها أن تجعل العقد مرهقا ام لا، هو أمر متروك للقضاء فعندما يوجب القاضي بأن العوائق ستجعل تنفيذ العقد فيه مشقة بمعنى إن هذه العوائق التي صادفت المتعاقد تسبب الإخلال التوازن المالي للعقد عند ذلك يستوجب التعويض .

لقد قام قضاء مجلس الدولة الفرنسي على تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة حتى في العقود الجزافية، وهي التي تتضمن تحديد المقدار الأعمال المطلوب تنفيذها مع تحديد إجمالي للمبالغ الذي تلتزم الإدارة بأداة إلى المتعاقد معها كثمن لتلك الأعمال .

[1] : نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص183.

إن هذا الطابع الجزافي في تحديد ثمن الأعمال المطلوبة لا يحول وفقا لأحكام مجلس الدولة الفرنسي دون تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة على هذه العقود، (حكم مجلس الدولة بتاريخ 1938/11/18 في قضية Leaute(20. وعند توافر هذه الشروط يكون بمتسع قاضي الموضوع أن يطبق النظرية أما إذا تخلف أحد الشروط سابقة الذكر لا يمكن الإستناد على تطبيق نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة.[1]

المبحث الثاني: نظرية القوة القاهرة

إن تحديد مفهوم القوة القاهرة ليس بالأمر السهل خاصة أمام عدم وضع التشريع لمفهوم قانوني محدد والذي اكتفى بذكر القوة القاهرة فقط ضمن حالات السبب الأجنبي دون وضع تعريف لها. [2]

[1] : نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص184.

[2] : عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، القانون المدني – أحكام الالتزام، الجزء الثاني، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1989، ص336.

المطلب الأول: مفهوم القوة القاهرة

تهدف قواعد المسؤولية المدنية والعقدية إلى حماية الافراد وتوفير لهم حماية العلاقات التي تربط بينهم أين كانت مصادر هذه العلاقات وذلك عن طريق تنفيذ الالتزام، وفي حالة ما إذا كان هناك ضرر فعلى المخطئ الالتزام بدفع التعويض. وهذا ما جاء به نص المادة 119 من القانون المدني الجزائري[1] اجبار المتسبب في عدم تنفيذ الالتزام بها لتعويض للطرف المتضرر.

لكن احيانا يحدث أن تظهر حوادث استثنائية يستحيل فيها تنفيذ هذا العقد بفعل حدث مفاجئ كالزلازل والبراكين، الفيضانات الحروب... في هذه الحالة لا يمكن تفادي حدوث الضرر.[2]

وبالتالي تبرز لنا في هذه الظروف حالة القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا بالنسبة للمدين. فالقوة القاهرة هي الواقعة التي تنشأ دون تدخل إرادة المتعاقد ولا

[1] : المادة 119 من قانون رقم 15-10 المؤرخ في 2015 المتضمن قانون مدني جزائري.

[2] : حسن علي ذنون، المبسوط في شرح القانون المدني – العلاقة السببية، دراسة مقارنة، ج 3، دار وائل للنشر، عمان الأردن، 2002، ص222.

يكون باستطاعته توقعها أو ردها. ويترتب عليها أن يستحيل عليه مطلقا الوفاء بها لالتزامه .

والنتيجة التي يرتبها وقوع مثل هذا الحدث هو انفساخ العقد وانقضاء التزام المدين بقوة القانون.[1]

وفي نفس السياق نص المشرع الجزائري في المادة 121 من القانون المدني على أنه: " في العقود الملزمة لجانبين إذا أنقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه، انقضت معه الالتزامات المقابلة له ويفسخ العقد بقوة القانون". وبالتالي في حالة القوة القاهرة يعفى المدين من التزامه، و يفسخ العقد بقوة القانون. وما يلاحظ في هذا الشأن هو التقليل من القوة الملزمة للعقد وتدخل المشرع الحلول مكان المتعاقدين و فسخ العقد مما يمس بها لمبدأ العام لسلطان الإرادة لطرفي العقد بالخصوص.[2]

[1] : حسن علي ذنون، المرجع السابق، ص223.

[2] : المادة 121 من قانون رقم 15-10 المؤرخ في 2015 المتضمن قانون مدني جزائري.

لكن مع توفر شروط القوة القاهرة بعدم توقع الحادثة وعدم استطاعته ردها ولم يكن للمدين اليد في عدم تنفيذ التزامه تسقط الالتزامات المتقابلة لطرفي العقد وينفسخ العقد بقوة القانون.[1]

وبالرجوع إلى القانون المدني الفرنسي نجده لم يقم بإعطاء أي تعريف للقوة القاهرة، وانما فقط تحدث عن آثارها من خلال نص المادة .1147 كما نصت المادة 1148 من نفس القانون على آثر القوة القاهرة أنه لا محل للتعويض إذا مُنع المدين بفعل القوة القاهرة أو حادث مفاجئ من إعطاء أو عمل ما التزام لقيام به.

كذلك هو الشأن بالنسبة للمشرع المصري حيث لم يعطي تعريف للقوة القاهرة، وإنما أكتفى بتبيان آثرها من خلال مقتضيات المادة 215 من القانون المدني[2] التزام المدين بالتعويض لعدم الوفاء بها لالتزامه مالم يثبت استحالة التنفيذ بسبب اجنبي، والمقصود هنا لسبب الاجنبي هو القوة القاهرة.

[1] : حسن علي ذنون، المرجع السابق، ص224.

[2] : المادة 215 من قانون رقم 15-10 المؤرخ في 2015 المتضمن قانون مدني جزائري.

وما يلاحظ من هذه النصوص القانونية أنها تدخل غير مسبوق للحد من إرادة الطرفين و المساس بها لقوة الملزمة للعقد و تنفيذ الالتزام المتعلق به، والحد من ارادة الطرفين و المساس بمبدأ سلطان الإرادة.[1]

وتبعا لتوصيات منظمة الصحة العالمية التي طبقتها جل دول العالم و الجزائر ليست في غنى عن ذلك باتخاذ تدابير واجراءات احترازية للحد من انتشار الوباء الذي صنفته على أنّه جائحة عالمية بفرض الحجر الصحي و توقف كل النشاطات الاقتصادية والتجارية و غلق المطارات،... اصبح تنفيذ الالتزامات المتقابلة بين طرفي العقد مستحيلة التنفيذ بوجه عام ،و ما يلاحظ في هذا الشأن أنّ القوة الملزمة للعقد أصبحت متراخية الى حد ما لاستحالة تنفيذه بسبب القوة القاهرة.[2]

[1] : حسن علي ذنون، المرجع السابق، ص225.

[2] : المرجع نفسه، ص226.

المطلب الثاني: شروط تحقق نظرية القوة القاهرة

1- عدم التوقع إن الوقائع التي من شأنها أن تعتبر قوة قاهرة لا بد أن تكون غير متوقعة الحدوث من الشخص المدين المتعاقد نفسه الذي تمسك بها فالحادث المتوقع ليس القوة القاهرة، بل يجب أن يكون غير متوقع في تقدير الناس أما إذا كان بالإمكان توقعه فلا يعتبر من قبيل القوة القاهرة.[1]

فشرط عدم الفعل أو الواقعة المكونة للقوة القاهرة مسألة من مسائل الموضوع التي تدخل ضمن السلطة التقديرية للقاضي، حيث يجب عليه تسبيب هذا الفعل من الناحية الواقعية، وإلا عرض حكمه للنقض بسبب انعدام التسبيب أو قصوره وجائحة كورونا كوفيد 19 مثلا قرينة يسهل اثباتها ويترتب على ذلك إذا اقدم أحد المتعاقدين على التعاقد مع علمه بوجود أحداث من الممكن أن تعيق التنفيذ المستقبلي للعقد، حيث تجعله مستحيلا فلا يستطيع بعد ذلك التمسك بأحكام شرط القوة القاهرة.[2]

[1] : زين أحمد خالد علي سليمان، الفرق بين القوة القاهرة والظروف الطارئة، المجلة الأدبية في الدراسات الإسلامية والقانونية جامعة آل البيت، 2006، ص320.

[2] : المرجع نفسه، ص321

2- عدم امكانية الدفع ليكون الحادث قوة قاهرة والمتعاقد معفيا من المسؤولية ، لا بد أن يكون مستحيل الدفع و المقاومة، أي لا يكون في طاقة المدين دفع وقوعه و لا تلقي نتائجه، ويشترط في تلك الاستحالة أن تكون مطلقة فلا تكون استحالة بالنسبة إلى المدين وحده بل استحالة بالنسبة إلى أي شخص في موقف المدين.[1]

أما إذا كان الالتزام مرهقا هنا نكون أمام ظرف طارئ وليس قوة القاهرة .

و يتعين لتحقق القوة القاهرة أن تكون واقعتها مستحيلة الدفع من قبل المدين الذي احتج للتحلل من التزامه التعاقدي، ويقتضي هذا الأمر مسألتين.

الأولى عدم استطاعته تلقي وجود الواقعة المكونة للقوة القاهرة أما الثانية هي عجزه بعد نشوء هذه الواقعة على تجنب الآثر الناجمة عنها.[2]

3- أن لا يكون للمدين دخل في إثارة القوة القاهرة: نصت المادة 119 من القانون المدني الجزائري[3] على أنّه: " في العقود الملزمة لجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بها

[1] : زين أحمد خالد علي سليمان، المرجع السابق، ص322

[2] : المرجع نفسه، ص323.

[3] : المادة 119 من قانون رقم 15-10 المؤرخ في 2015 المتضمن قانون مدني جزائري.

التزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك ...

و بالتالي إذا كانت الواقعة المانعة من تنفيذ الالتزام ليست أجنبية عن المتعاقد، وكان له الدخل في عدم تنفيذ العقد فلا تعتبر في هذه الحالة القوة القاهرة، وهنا التشديد على تنفيذ العقد و تكريس مبدأ قوته الملزمة.[1]

[1] : زين أحمد خالد علي سليمان، المرجع السابق، ص324.

الخاتمة

الخاتمة:

وعليه تهدف العقود الإدارية عامة إلى تحقيق مصلحة الجمهور، التي تكمن في تسيير المرافق العامة بانتظام و باضطراد مع مواكبة التطورات الحاصلة فيها بما يخدم الصالح العام، و تغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الفرد خاصة، و ترجيح كفة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، فالإدارة لما لها من امتيازات من حقها تعديل شروط العقد أثناء التنفيذ بما يزيد أو ينقص من إلتزامات المتعاقد معها، و دون حاجة لأخذ موافقته، و الذي لا يتعين عليه إلا قبولها و احتراما لاحتياجات المفرق العام.إلا أن المتعاقد مع الإدارة قد تواجهه أثناء تنفيد العقد الإداري ظروف لم يكن باستطاعته توقعها لحظة إبرام العقد من شأنها التأثير على عملية التنفيذ.

فلا يجوز ان يساهم المتعامل المتعاقد مع الإدارة في الحفاظ على حسن سير المرفق العام دون مقابل، فهو يسعى عادة إلى تحقيق الكسب المادي من وراء علمية التعاقد.

وبهدف إقامة نوع من التوان المالي بين التزامات و حقوق المتعاقد من جهة الإدارة، جراء التعديلات التي تجريها الإدارة على العقد و التي من شأنها الإساءة إلى المركز المالي للمتعاقد، و بالتالي الإخلال بالتوازن المالي للعقد الإداري بصفة عامة. عمدةمجلس الدولة الفرنسي و لذي يعود إليه الفضل إلى إيجاد حل عن طريق ما يسمى بنظرية "عمل الأمير "و تعويض المتعاقد عن الأضرار التي أصابته نتيجة لعمل الإدارة.

الخاتمة:

النتائج:

– نظرية عمل الأمير إبتدعها مجلس الدولة الفرنسي لإعادة التوازن المالي للعقد الإداري و المحافظة على حقوق و إلتزامات مع الإدارة

– لإعمال نظرية فعل الأمير و إحداث أثرها القانون في إعادة التوازن المالي لا بد من توافر مجموعة من الشروط و الضوابط التي يتم على أساسها تعويض المتعاقد

– يتمييز التعويض الذي يخص المتعاقد مع الإدارة وفقا لنظرية فعل الأمير أنه تعويض يشمل كل ما لحق بالمتعاقد من ضرر و ما فاته من كسب

– إن المقصود بالتوازن المالي للعقد الإداري هو ضمان توازن شريف بين نسبة الحقوق إلى الأعباء قبل الإختلال مع تلك النسبة التي حدثت بعد الاختلال. فهو مبدأ عام يطبق بغض النظرعن سبب الاختلال، و مستقل من جهة أخرى عن باقي المبادئ و القواعد التي تحكم النظرية العامة للعقود الإدارية.

– إن جل النظريات المذكورة سابقا لها هدف واحد هو المحافظة على استمرارية سير المرافق العامة و ذلك من خلال تقديم الدعم للمتعامل المتعاقد عما يعترضه من صعوبات غير مادية تثقل كاهله.

الخاتمة:

التوصيات:

- ضرورة إنقاص القوة الملزمة للعقد لصالح إعادة التوازن المالي للعقد

- ضبط النصوص القانونية المتعلقة بتحديد شروط إعمال السلطة التقديرية للقاضي المدني بصدد إعادة التوازن المالي للعقد

- ضرورة النص على وسائل إعادة التوازن المالي للعقد، وعدم إطلاق يد القاضي حيالها، لأن تدخله في العقد هو استثناء يجب أن يمارس في حدود ضيقة جدا.

قائمة المصادر والمراجع

أولا: الكتب

1.حسن علي ذنون، المبسوط في شرح القانون المدني – العلاقة السببية، دراسة مقارنة، ج 3، دار وائل للنشر، عمان الأردن، 2002.

2.حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، بدون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008.

3.رشيد خلوفي، قانون المسؤولية الادارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.

4.سليمان محمد طماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية والمدنية، ط 5، دار الفكر العربي، 1991.

5.السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام مصادر الالتزام العقد–العمل غير المشروع–الإثراء بلا سبب–القانون،ج1، ب ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.

6.طعيمة الجرف، القانون الإداري، دراسة مقارنة في تنظيم نشاط الإدارة العامة ملتزم الطبع والنشر، القاهرة1980.

7.عبد الرزاق السنهوري ،.الوجيز في النظرية العامة للإلتزام .منشأة المعارف، 2004.

8. عبد العزيز المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007.

9.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ،2007 .

10.عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، القانون المدني – أحكام الالتزام، الجزء الثاني، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1989.

11.عبد المنعم فرج، ،نظرية العقد في قوانين البلاد العربية (القانون المصري واللبناني والسوري والعراقي والليبي والكويتي والسوداني)، ب ط، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت –لبنان، 1974.

12. علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، دار الهدى، الجزائر، ،2012 .

13.عمار بوضياف، المجير في القانون الإداري، ط،2 جسور لمنشر و التوزيع، الجزائر، ،2007.

14.فتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية (الأحكام إبرامها) ، دار المطبوعات، الإسكندرية، 2008.

15.محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ و أحكام القانون الإداري، دون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان 2008.

16.محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة (القرار الإداري، العقد الإداري) ، دار الفكر

17. محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية (القرار الإداري، العقد الإداري) ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2002.

18.محمود عاطف البنا .، لعقود الإدارية .الطبعة الأولى دار الفكر العرب، 2010.

محمود قاسم جعفر ، العقود الادارية (دراسة مقارنة)، النظم و المناقصات الدولية، القاهرة :المركز الجامعي القاهرة، 1999.

19.مصطفى أبو زيد فهمي، الوسيط في القانون الإداري، ج،1 دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ،2000.

20.منصور محمد حسين، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، ب ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2016.

21.نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، 2006.

ثانيا: الرسائل الجامعية

1.بن عزوز درماش، التوازن العقدي، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، الجزائر.

2.بوكماش محمد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، 2013.

3.طبيب فائزة، سلطة القاضي في تعديل العقد في مرحلتي التكوين والتنفيذ، أطروحة دكتوراه تخصص القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم، الجزائر، 2014.

4.عبد الله بن حمدان، آثار العقد في الفقه والنظام وتطبيقاته القضائية، ملخص رسالة لنيل درجة دكتوراه في السياسة الشرعية، المملكة العربية السعودية، 2009.

5.عسالي عرعارة، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق جامعة الجزائر،1 الجزائر، 2015.

6.محفوظ عبد القادر، أثر نظرية الصعوبات غير المادية على تنفيذ العقد الإداري، رسالة ماجيستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2018.

ثالثا: المجلات العلمية

1.أحمد خالد علي سليمان، الفرق بين القوة القاهرة والظروف الطارئة، المجلة الأدبية في الدراسات الإسلامية والقانونية جامعة آل البيت، 2006.

2.خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ رسالة نيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة الجزائر كلية الحقوق، 2017.

3.رشيد عبد الحميد، حمدي بدر الدين، العدالة العقدية بين نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة، مجلة القانون والعلوم السياسية، المركز الجامعي النعامة، الجزائر، العدد،02 المجلد 07، 2020.

4. قصاصي عبد القادر، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ الالتزام التعاقدي، المجلة الأفريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أمحد دراية، أدرار، الجزائر، العدد،02 المجلد 02، ديسمر،2018 .

رابعا: القوانين

1.قانون رقم 15-10 المؤرخ في 2015 المتضمن قانون مدني جزائري.

الفهرس

Table des matières

واجهة .....

الإهـــــــداء .....

شكر وتقدير .....

قائمة المختصرات .....

مقدمة:.....أ

الفصل الأول: ضوابط العقدية خلال مرحلة تنفيذ العقد .....

تمهيد: 6

المبحث الأول: نظرية فعل الأمير 7

المطلب الأول: مفهوم فعل الأمير 7

المطلب الثاني: شروط تطبيق نظرية فعل الأمير وأثاره 12

المبحث الثاني: نظرية الظروف الطارئة 19

المطلب الأول: مفهوم الظروف الطارئة 19

المطلب الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة 29

الفصل الثاني: ضوابط التوازن المالي من خلال الالتزامات المالية .....

تمهيد: 49

المبحث الأول: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة 50

المطلب الأول: مفهوم نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة 50

المطلب الثاني: شروط نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة 63

المبحث الثاني: نظرية القوة القاهرة 69

المطلب الأول: مفهوم القوة القاهرة 69

المطلب الثاني: شروط تحقق نظرية القوة القاهرة 78

الخاتمة 82

قائمة المصادر والمراجع.....

الفهرس.....

مـلخص مذكرة الماستر

تلتزم الإدارة بالتوازن المالي للعقد الإداري الذي يعتبر كأثر لنظرية فعل الأمير بتعديلها الإنفرادي للعقد، وعدم تحميل المتعاقد أعباء مالية زائدة، فيلتزم هذا الأخير بتنفيذ إلتزاماته التعاقدية، في المقابل يكون له الحق في التعويض الكامل في حالة إستمراره في تنفيذ العقد أو الحق في فسخ العقد في حالة إستحالة التنفيذ، وكذا الحق في إعفاءه من غرامة التأخير في حالة إثباته أن فعل الأمير هو السبب في تأخره في تنفيذ تعديل العقد الإداري أو جعل تنفيذ هذه الإلتزامات مرهقا له.

الكلمات المفتاحية:

– ضوابط التوازن – العقد المالي – نظرية فعل الأمير – القوة القاهرة.

Abstract of Master's Thesis

The administration is committed to the financial balance of the administrative contract, which is considered an effect of the theory of the prince's action by unilaterally amending the contract, and not burdening the contractor with excessive financial burdens, so the latter is committed to implementing his contractual obligations. In return, he has the right to full compensation if he continues to implement the contract, or the right to terminate the contract in In the event of impossibility of implementation, as well as the right to be exempted from the delay fine in the event that he proves that the Emir's action was the reason for his delay in implementing the amendment to the administrative contract or made the implementation of these obligations burdensome for him.

key words:

– Balance controls – financial contract – theory of the prince's action – force majeure.