

جامعة عبد الحميد بن باديس - مستغانم

المرجع:

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم: القانون العام

مذكرة نهاية الدراسات لنيل شهادة الماستر

حماية الاختلالات المالية للعقد الاداري

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

التخصص : قانون اداري

الشعبة : القانون العام

تحت إشراف الأستاذ(ة):

من إعداد الطالب (ة):

درعي العربي

بوداود أحلام

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ بأفضل رئيسا

الأستاذ درعي العربي مشرفا مقرا

الأستاذ عثماني مناقشا

السنة الجامعية: 2024 / 2023

نوقشت يوم 2024/06/10



كلية الحقوق والعلوم السياسية
مصلحة التبرصات

تصريح شرفي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية
لإنجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد: بوداود أحمدالصفة:
الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 100433665 والصادرة بتاريخ: 2016-04-07
المسجل بكلية: الحقوق والعلوم السياسية قسم: التأويل العام
والمكلف بإنجاز مذكرة ماستر بعنوان:

حماية الإنذالات المالية للعقد الإلكتروني

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

إمضاء المعني

المصادقة على شرعية الأمضاء
السيد: بوداود أحمد
ب. رقم: 100433665
الصادرة في: 2024
09. JUN 2024 (ملحقة 29) في



التاريخ:

الإهداء

وصلت رحلتي الجامعية إلى نهايتها بعد تعب ومشقة
وها أنا أختتم بحث تخرجي بكل هممة و نشاط
وما كنت لأفعل ذلك لولا فضل الله، فالحمد لله عند البدء وعند الختام
إلى من منحاني روح الحياة و من كانا سبب في وجودي أُمي و أبي حفظهما الله
إلى أسمى آيات العطاء البشريّ وهديتي من الله، عسى أن أكون مصدر فخر لهما،
عائلة زوجي عدة بن عطية: الوالدان الكريمان أطال الله في عمرهما، الأخوة والأخوات....
إلى من هو سندي في دروب الحياة و الذي لم يخل علي بدعمه و مساندته زوجي العزيز
إلى جميع أساتذتي بكلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة مستغانم
إلى كل من لم تذكرهم مذكرتي و لكن تحملهم ذاكرتي
أقدم امتناني لكل من كان له فضلا في مسيرتي وساعدني ولو باليسير.

أحلام بوداود

الشكر و التقدير

الحمد لله رب العالمين، تبارك وتعالى له الكمال وحده
والصلاة والسلام على سيدنا محمد نبيه ورسوله الأمين
وعلى سائر الأنبياء والمرسلين
أحمد الله تعالى الذي بارك لي في إتمام بحثي هذا

أتقدم بجزيل الشكر وخالص الامتنان إلى كل أساتذتي الأفاضل، الذين كان لهم الفضل
في سلوكي هذا الدرب خاصة أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة مستغانم
يطيب لي في هذا المقام أن أتقدم بالشكر و التقدير للأستاذ المشرف السيد درعي
العربي الذي منحني وقته و جهده طوال فترة إشرافه وعلى سعة صبره وحلمه
وتواضعه جزاه الله خير الجزاء وبارك فيه.

كما أتقدم بأسمى عبارات الشكر والامتنان لأعضاء اللجنة الموقرة التي تحملت عناء
قراءة البحث وتصحيحه وتصويبه وإبداء الملاحظات عنه ولكل من ساعدني على انجاز هذه
المذكرة وإتمامها على أكمل وجه.

أحلام بوداود

قائمة المختصرات

ط	←	طبعة
ص	←	صفحة
ج	←	جريمة
CE	←	CONSEIL D'ETAT

المقدمة

يقال أن رأس المال جبان، يخشى الدخول في أي استثمار كان طالما كانت الظروف المحيطة به يمكن أن تشكل في اي لحظة مصدرا لمخاطر تهدد صاحبه بخسائر جسيمة، تذهب بأرباح ومزايا المالية التي كان يترجاها قبل البدء في تنفيذ ذلك المشروع ادراج الرياح.

إن هذه الحقيقة تجلو للعيان خصوصا في مجال العقود الادارية التي تتعد على أهمية قصوى لكونه الوسيلة التي تسهر بها الإدارة على تنفيذ خطط ومشاريع التنمية في جميع جوانبها على اعتبار انها مؤتمنة على الشأن العام، ولها في ذلك استخدام كافة الوسائل القانونية التي تمكنها من تلك الغاية.

ولئن كانت قاعدة العقد شريعة المتعاقدين تجد لها اصلا في عقود القانون الخاص، فإنها في مجال العقود الادارية لا تؤخذ على اطلاقها اذ وما تملكه الادارة من سلطات خارقة باعتبارها سلطة عامة، تصوغ لها أن تعدل العقود الادارية وتفسخها انفراديا دون أن يكون ذلك مساسا قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

وغني عن البيان أن المتعامل الذي يقبل برأس ماله قصد استثماره في أي مشروع كان، لا يمكن أن تكون مساهمته في خدمة المرافق العامة في ضوء العقد الذي تبرمه، متعارضة بأي حال من الأحوال مع سعيه لتحقيق مصالح شخصية وأرباح ذاتية، إلا أنه قد تحدث ظروف لم تكن في حساب المتعامل المتعاقد عند الإبرام، تصل حدتها أحيانا الى درجة قلب اقتصاديات العقد، الأمر الذي يجعل هذا الاخير يتحمل أعباء و التزامات جديدة، لم تكن له في حالة تردد الظروف السابقة، قد ترد انعكاساته على صالح المرفق العام، قبل أن يؤثر في المزايا المالية للمتعامل المتعاقد كضحية لتلك الظروف، الأمر الذي دفع القضاء الاداري الى اعمال سلطته في الابداع لرفع الضرر عن أولئك المتعاقدين، وذلك بتكريس مبدأ شهير عرف في قضائه بمبدأ ضمان اعادة التوازن المالي للعقد في حالة إخلاله، مما أدى إلى تحفيز

استثمار رؤوس الاموال في مجال العقود الإدارية، طالما أن تلك المخاطر التي كان يخشاها أصحاب رؤوس الاموال اضحت مؤمنة بتكريس ذلك المبدأ.

ولعل أهمية موضوع التوازن المالي للعقود الادارية تزداد خطوة اذا اسقطناه على الواقع الميداني الذي عاشته الجزائر وتعيشه، حيث عرفت بداية من عقد الثمانينات تغيرات اقتصادية كان ابرزها تحول الجزائر من النظام الاشتراكي القائم على الاقتصاد الموجه إلى النظام الليبرالي المبني على الاقتصاد الحر، وبالموازاة مع ذلك شهد الاقتصاد الجزائري تضخم رهيبا صاحبه سقوط قيمة الدينار الجزائري في سوق العملات الدولية، كما يعد دخول اتفاق الشراكة مع الاتحاد الاوروبي حيز التنفيذ بتاريخ 01 سبتمبر 2005¹، وكذلك تسارع وتيرة الجولات الاخيرة المهيأة لانضمام الجزائر للمنظمة العالمية للتجارة، فضلا عن انطلاق تنفيذ مشاريع التنمية المخصصة لولايات الجنوب والهضاب، والتي رصدت لها الحكومة الجزائرية اكثر من 6000 مليار دينار من النفقات العمومية وما يستتبع ذلك من تبعات تتعلق أساسا بتزايد التعاقد مع المتعاقدين، وطنيين كانوا أو اجانب سواء بخصوص إنجاز الاشغال أو اقتناء اللوازم أو انجاز الدارسات أو تقديم الخدمات كلها أسباب تزيد في الاهمية العملية لموضوعنا.

وفي سياق الاهمية العلمية تظهر في تعدد الاشكالات التي يثيرها موضوع التوازن المالي للعقود الإدارية لا سيما عند محاولة الكشف عن موقف القضاء الإداري الجزائري بشأن بعضها، ولقد فطن الفقهاء والأساتذة للأهمية العلمية لهذا الموضوع، فراحوا يعقدون مؤتمرات دولية لإثرائه²، في حين أن الأمر في الجزائر لازال محتشما سواء على مستوى الدارسات الفقهية أو على مستوى الملتقيات العلمية، كل تلك العوامل جعلت من المنازعات المتعلقة

¹- المرسوم الرئاسي رقم 05-159 المؤرخ في 27 افريل 2005، يتضمن التصديق على الاتفاق الاوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجزائر من جهة، والمجموعة الاوروبية والدول الاعضاء فيها من جهة اخرى.

²- نذكر من بين المؤتمرات: مؤتمر تسوية المنازعات الناشئة عن العقود الاداري والمناقصات بدولة سنغافورة أيام 01-11 أغسطس/اوت 2005

بإعادة التوازن المالي للعقود العمومية تزداد أهمية يوما بعد يوم، وأضحت بذلك إعادة التوازن المالي مطلبا مهما أكثر من أي وقت مضى.

ولئن كان تناول موضوع التوازن المالي للعقود الادارية على ضوء احكام القضاء الإداري الجزائري محتشما، فإن صورة ذلك نقص الدراسات السابقة في مجال العقود الإدارية عموما فضلا عن الجانب المالي منها خصوصا باعتبار مرتع النزاعات، غير انه و برغم ذلك نجد أن اقرب دراسة سابقة إلى موضوعنا، دراسة الباحث "صد ارتي صد ارتي"، بعنوان التوازن المالي للعقد الاداري والتي قدمت كمبحث لنيل شهادة الماستر في العلوم الإدارية والمالية من جامعة الجزائر عام 1984، إلا أنه يؤخذ على هذه الدراسة أنها دراسة في النظرية العامة للعقود الإدارية فضلا عن خلوها من التطبيقات القضائية التي يكون القضاء الإداري الجزائري قد تناولها.

وبناء على نقائص الدراسة السابقة سنحاول تلافيتها، وذلك بمحاولة التركيز أكثر على الاشكالات التي يثيرها مبدأ التوازن المالي في مجال العقود الإدارية على أن نستشهد بأحكام القضاء الاداري كلما وجدنا إلى ذلك سبيلا، على اعتبار أن ربط دراستنا بالقضاء الاداري يجد مبرره في كون أن مبدأ التوازن المالي قضائي المنشأ.

ورغم الأهمية الكبرى التي ينعقد عليها موضوعنا فإننا لا نفشي سرا إن قلنا أنه قد اعترضتنا صعوبات جمة في انجازه كان أولها ندرة المراجع المتخصصة المتعلقة بتطبيقات مبدأ إعادة التوازن المالي للعقود الإدارية في الجزائر، وقلة الأحكام القضائية في نفس المجال المعزوة إلى إجبارية التسوية الودية لنزاعات العقود العمومية قبل المرور إلى جنبات القضاء، إضافة إلى أن عمر القضاء الإداري الجزائري تعتبر مشقة أخرى تضاف إلى الصعوبات التي اعترضتنا، فضلا عن صعوبة الولوج في مؤسسة الدولة لا سيما ما تعلق منها بجهاز القضاء وتحجج بعض القائمين عليه بواجب التحفظ الذي يفرض عدم الاطلاع على أرشيف الأحكام القضائية ، رغم أن مرادنا علمي بحت.

إن تلك الصعوبات الواردة سلفاً، لم تنثني عزائماً للمضي قدماً لإنجاز هذا الموضوع، مدفوعين برغبة ملحة تجد أساسها في أسباب ذاتية وأخرى موضوعية.

أما الذاتية منها فتتمثل في ميولنا إلى الأبحاث المتخصصة في مجال العقود الإدارية لا سيما المنسوبة منها على الجانب المالي فيه، باعتباره مجالاً فنياً وتقنياً خصوصاً إذا قمنا بتطعيم بعض الإشكالات المتعلقة بمبدأ التوازن المالي للعقود الإدارية ببعض أحكام القضاء الإداري الجزائري، من أجل الوصول إلى عرض الأفكار وتحليل الأحكام القضائية في هذا الصدد، واستنباط النتائج واقتراح التعديلات.

في حين أن الأسباب الموضوعية التي جعلتنا نختار هذا الموضوع تتعلق أساساً بجدية الموضوع نسبياً على اعتبار أن التغيرات الاقتصادية التي عرفت الجزائر جعلتها تعدل في شأن العقود الإدارية مراراً وتماشياً مع هذه التحولات، وتكريساً لمبادئ أكثر وضوحاً وعدلاً بين المتعاملين المتعاقدين، أضف إلى ذلك حداثة القضاء الإداري الجزائري والتي نتج عنها قلة الأحكام الصادرة في منازعات العقود الإدارية، لا سيما ما تعلق منها بإعادة التوازن المالي للعقد، هذا وتعتبر قلة الدراسات الفقهية في هذا الموضوع سبباً موضوعياً آخر يدفعنا لاستجلاء ثناياه.

ونجد أنفسنا أمام هذه المبررات والأسباب التي دفعتنا لدراسة موضوع التوازن المالي للعقد الإداري على ضوء أحكام القضاء الإداري الجزائري أننا نهدف للوقوف على حقيقة النظام الذي يحكم من خلال الوصول إلى:

- تجنيب الخزينة العمومية خسائر هي في غنى عنها، قد يمكن تلافيها بوضع نظام يحكم عملية، عادة التوازن المالي وذلك من خلال تحديد وكيفيات التعويض ومعايير تقديره وتحديد أنواع العقود الإدارية التي تكون محلاً لتطبيق مبدأ التوازن المالي فضلاً على سلطات القاضي الإداري في تقدير التعويض.

- تقليل المنازعات التي تنشأ في هذا الصدد والمتعلقة بإعادة التوازن المالي للعقد الإداري.
- مدى قدرة آليات التسوية الودية لفض النزاع دون عرضه على جهاز القضاء.

وعطفا على ما تقدم، فإنه يمكننا أن نتساءل عن مدلول التوازن المالي للعقود الإدارية، وعن أسباب اختلالها ووسائل إعادته وفقا لتطبيقات القضاء الإداري الجزائري.

سنعتمد للإجابة عن إشكالية الموضوع على منهج تحليل المضمون، وذلك بتحليل النصوص القانونية والأحكام القضائية التي تتصل بموضوع التوازن المالي للعقود الإدارية قصد الاستشهاد بها كلما وجدنا إلى ذلك سبيلا، كما يمكننا اللجوء إلى المنهج الوصفي.

وترتيباً عما سبق بيانه سننجز بغية دراسة موضوعنا إلى اعتماد خطة أكاديمية مقسمة إلى فصلين، سنتناول في الفصل الأول أسباب اختلال التوازن المالي للعقد على أن يكون مقسماً بدوره إلى مبحثين، المبحث الأول يتكلم على اختلال التوازن المالي للعقد الإداري بسبب فعل الإدارة، فيما الثاني يتناول اختلال التوازن المالي للعقد الإداري بسبب خارج عن فعل الإدارة.

أما في الفصل الثاني فعنوانه إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، وقسم بدوره إلى مبحثين، نتناول في المبحث الأول التعويض الكامل كأداة لإعادة التوازن المالي للعقد الإداري، أما المبحث الثاني فتطرقنا إلى التعويض الجزئي كأداة لإعادة التوازن المالي للعقد الإداري.

الفصل الأول

صور إختلال التوازن المالي

للعقد الإداري

الفصل الأول: صور اختلال التوازن المالي للعقد الإداري

من حقوق المتعاقد الأساسية، حقه في ضمان التوازن المالي للعقد، وحقه في ذلك لا يعني تأمين ربح معين له بل مجرد الحفاظ على التعادل النسبي بين الحقوق أو الالتزامات كما توقعها المتعاقدان وقت إبرام العقد، ولكن قد تطرأ ظروف غير متوقعة من شأنها الإخلال بهذا التوازن وبالتالي تجاوز توقعات الأطراف بشأن هذه المعادلة.

فما هي تلك الأسباب؟

إن أسباب اختلال التوازن المالي للعقد الموجه للتعويض كثيرة، ولكن يجب أن نفرق بين طائفتين من الأسباب:

الطائفة الأولى: تخرج عن نطاق دراستنا، وما ذكرها هنا إلا بقدر ما يخدم غرض البحث وهي:

أ. خطأ المتعاقد مع الإدارة: إذا اختل التوازن المالي للعقد نتيجة خطأ المتعاقد، عليه أن يتحمل وحده نتائج خطئه أو تقصيره.

ب. الخطأ التعاقدى للإدارة: إذا كان اختلال التوازن المالي ناتج عن تصرف مخطئ للإدارة المتعاقدة فإنه يجب تطبيق القواعد العامة للمسؤولية التعاقدية.

ت. القوة القاهرة: وهي تلك الظروف الخارجة عن إدارة الطرفين المتعاقدين، لم يكن بإمكان المتعاقدان أن يتوقعها ولا أن يدفعها، وهي تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً، استحالة مطلقة، ومن شأنها إعفاء المدين من التزاماته.

فالقوة القاهرة إذا هي من الأسباب التي تؤدي إلى اختلال التوازن المالي اختلالاً نهائياً، ويكون من نتائجها حق المتعاقد في طلب فسخ العقد، وتختلف القوة القاهرة عن الظروف

الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا ولكنه غير مستحيل، ولكن بالمقابل هناك أسباب أخرى تؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد والتي هي موضوع دراستنا وبالتالي سنوردها في مبحثين سنتطرق في المبحث الأول إلى أسباب اختلال التوازن المالي للعقد الإداري بسبب فعل الإدارة وفي المبحث الثاني سنتناول أسباب اختلال التوازن المالي بسبب خارج عن فعل.

المبحث الأول: اختلال التوازن المالي بسبب فعل الإدارة

إذا كانت عقود القانون الخاص تخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، إذ لا يستطيع أي من المتعاقدين تعديل العقد وانهاؤه إلا باتفاق المتعاقدين، فإن الأمر يختلف بلا ريب في مجال عقود القانون العام، فإن المصلحة المتعاقدة تملك أن تتخذ إجراءات عديدة بعضها ينصب على تعديل بنود العقد وبعضها يكون من بين إجراءات الضبط الإداري الذي تتخذه المصلحة المتعاقدة بوصفها سلطة عامة.

وقد يكون فعل الأمير¹ وصفا لإجراءات إدارية صادرة عن المصلحة المتعاقدة، كما قد يكون كذلك حتى بالنسبة لبعض الإجراءات الصادرة عن السلطة العامة في الدولة طالما أدت إلى اختلال التوازن المالي للعقد المبرم.

لأجل ذلك وعليه سنعرض تفصيلا لأولى أسباب اختلال التوازن المالي للعقد الإداري استنادا لفعل الأمير، حيث سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين: يخصص الأول منها لتحديد فعل الأمير وبيان شروط تطبيقه على أن يكون المطلب الثاني يتمحور حول الصور التي يتخذها فعل الأمير.

1- عبد العاطي عبد المقصود بدر، المخاطر الإدارية، مجلة المحاماة، مصر، نقابة المحامين، العدد 1 و2، السنة الحادية والسبعون، يناير-فبراير، 1991، ص 121.

المطلب الأول: مفهوم نظرية فعل الأمير

لئن كان فعل الأمير من الأسباب المؤدية لاختلال التوازن المالي للعقد الإداري فإنه والأمر كذلك يقتضي منا تحديده لاعتبارات تتعلق أساسا بكون فعل الأمير نظرية المنشأ، أبداعها مجلس الدولة الفرنسي المتحرر من جمود القواعد القانونية، وبرغم قدمها وتطورها القضائي الذي شهدته، وتناولها من طرف شراح القانون الإداري شرحا وتحليلا، إلا أنها لا تزال غامضة المعالم والحدود.

لأجل ذلك كان التعرض لتحديد فعل الأمير ينعقد على أهمية خاصة، وذلك من خلال تناول فعل الأمير وتحديد شروط تطبيقه وبيان الصور التي يتخذها فعل الأمير.

الفرع الأول: التعريف بفعل الأمير

إن فكرة فعل الأمير مرتبطة بالقانون الإداري أيما ارتباط، فضلا عن ذلك تعتبر معقدة وجد مبهمة، رغم العديد من المحاولات التي سعت لوضع تعريف لها فقها وقضاء.

ولعل ممكن الصعوبة يتجلى دون شك في جنوح الفقه غالب الأحيان إلى اعتناق المعنى الواسع لفعل الأمير، لأجل ذلك سنحاول بيان بعض التعريفات فقها وقضاء قصد الوقوف على المقصود بفعل الأمير.

أولا: التعريف الفقهي

يطلق الدكتور ثروت بدوي وصف فعل الأمير على كل إجراء تحكيمي يحوز خاصية الجبر، ولا يقوم إلا على وجه الإلزام الذي يطبع حائز السلطة وبذلك فهو نظام الإدارة المطلقة للسيادة¹

1- عثمان بوشكيوة، التوازن المالي للصفقات العمومية، رسالة ماجستير، المركز الجامعي سوق أهراس، الجزائر، 2004/2005، ص 16

في حين يعرف الدكتور سليمان محمد الطماوي فعل الأمير، بأنه عمل يصدر عن سلطة عامة ودون خطأ، يلحق ضررا بالمتعاقد في عقد إداري، ويؤدي نتيجة لذلك التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضرور عن كافة الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك¹.

كما يذهب الأستاذ فالين بصدد تعريفه لفعل الأمير، بأنه ذلك الإجراء التنظيمي الصادر عن السلطة العامة، والذي يؤدي إلى تفاقم أعباء المتعاقد مع الإدارة العمومية.

وأما على مستوى الفقه الجزائري، فيعرف أستاذنا الدكتور عمار عوابدي فعل الأمير، "بأنه تلك الأعمال والإجراءات الإدارية المشروعة التي تتخذها وتصدرها السلطات الإدارية المتعاقدة، ويكون من شأنها زيادة الأعباء المالية بالنسبة للطرف المتعاقد مع الإدارة أو زيادة الامتيازات المنصوص عليها في العقد، الأمر الذي يشكل مخاطر إدارية استثنائية وغير عادية"².

والملاحظة أنه عند استقراء هذه التعاريف الفقهية، نجد أن بعض الفقهاء يميلون إلى تعريف فعل الأمير تعريفاً واسعاً، فيجعلونه على أنه: "كل تدخل من أي سلطة عامة في الدولة من شأنه أن يؤثر في أوضاع تنفيذ العقد، مما يسبب أضراراً للمتعاقد مع الإدارة"، وفي مواجهة ذلك نجد أن بعض الفقهاء يجنحون إلى تعريف فعل الأمير تعريفاً ضيقاً واعتباره " إجراء صادراً عن السلطة الإدارية المتعاقدة مسبباً بذلك تفاقم أعباء المتعامل المتعاقد".

وأمام هذه التعاريف الفقهية، حاول الاجتهاد القضائي أن يحدد هو الآخر، المقصود بفعل الأمير كسبب من أسباب اختلال التوازن المالي للعقد الإداري.

1- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للقانون الإداري "دراسة مقارنة"، الطبعة الثالثة، القاهرة، دار الفكر العربي، 1975، ص 604.

2- عمار عوابدي، دروس المؤسسات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1979، ص 276.

ثانيا: التعريف القضائي

يعرف القضاء الإداري فعل الأمير بأنه: " كل إجراء صادر عن إحدى السلطات العامة في الدولة، يؤدي إلى تفاقم أعباء التعاقد مع الإدارة، كما قد يكون أيضا إجراء صادرا عن السلطة الإدارية المتعاقدة، لم يكن متوقعا أثناء التعاقد مما يخل بالتوازن المالي للعقد المبرم"¹.

ومحاولة منا للوقوف على منحى القضاء الإداري الجزائري في تعريفه لفعل الأمير، فقد أعتق فعل الأمير وجعله كسبب من أسباب اختلال التوازن المالي دون أن يكلف نفسه عناء وضع تعريف له.

وقد طبق القضاء الإداري الجزائري فعل الأمير كسبب من أسباب اختلال التوازن المالي، وذلك في حكم صادر عن المحكمة الإدارية لمدينة الجزائر بتاريخ 11/12/1964 في قضية بلدية فوكا وشركة الكهرباء والغاز الجزائر، وعلى الرغم أن المستقرى لهذا الحكم لا يجد تعريفا لفعل الأمير كما ذكرنا سلفا، بسبب أن قضاءنا لا يضع مفاهيم ولا يؤصل لمبادئ ونظريات بقدر ما هو قضاء حيثيات مختصرة تسعى إلى تطبيق القواعد القانونية أكثر من تكريس الاجتهاد القضائي الإداري، باعتباره عائلة واحدة نادرا ما تختلف في القواعد والمبادئ العامة التي تحكم القانون الإداري.

وحيث أنه جاء في حكم المحكمة الإدارية لمدينة الجزائر المشار إليه أعلاه: "...حيث أن بناء المدرسة كان في الأصل غير متوقع وخارج عن الاتفاق المبرم بين الإدارة وشركة الكهرباء والغاز الجزائر، فإن بناء المدرسة يشكل عملا جديدا يرتب نفقات إضافية تخل

1- محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وأثارها القانونية" دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق"، لبنان، المؤسسة الحديثة للكتاب، 1998، ص 81.

بتوازن العقد، حتى ولو كانت لا تؤثر جذريا على اقتصادياته... وبذلك فإن بلدية فوكة ملزمة بصرف تعويض 17.515.77 دينار جزائري لشركة الكهرباء والغاز الجزائر¹.

الفرع الثاني: شروط تطبيق آلية فعل الأمير

إن إقرار حق الاستناد لفعل الأمير عند اختلال التوازن المالي للعقد لصالح المتعامل المتعاقد، يتطلب شروط معينة، تعرض لها الفقه والقضاء بالشرح والتحليل، مع ملاحظة أن الفقه والقضاء الإداري الجزائري لم يضع شروطه في جل أحكامه لتطبيق آلية فعل الأمير وإن كانت تستخلص ضمنا، لذلك سنحاول بيان شروط تطبيق فعل الأمير تباعا كالاتي:

أولا: أن يكون هناك عقد إداري

يجب أن يكون هناك عقد إداري، ذلك أن نظرية عمل الأمير من خصائص النظرية العامة للعقود الإدارية، ومن ثم يجب أن يكون عقد إداري صحيح بمعناه الفني الدقيق²

ثانيا: أن يكون الاجراء الذي اتخذته الإدارة غير متوقع

يشترط تطبيق فعل الأمير أن يكون الإجراء المتخذ من طرف الإدارة غير متوقع وقت إبرام العقد وعلى ذلك فإذا توقعت نصوص العقد هذا الإجراء، وكان من الممكن إعادة توقيعه أثناء إبرام العقد، فإنه يفترض أن المتعاقد قد نظر إليه بعين الاعتبار، خاصة فيما يتعلق بتحديد الثمن، فيستبعد تطبيق النظرية ويعمل بالنص الوارد في العقد.

هذا وإن تحديد مدى توقع الإجراء المشكل لفعل الأمير ليس مطلقا، وإنما يكون في ضوء معيار الرجل العادي الحريص الذي يوجد في نفس الظروف التي اعترضت المتعامل

1- المحكمة الإدارية لمدينة الجزائر قرار منشور، بتاريخ 1964/12/11، في قضية بلدية فوكة ضد شركة كهرباء وغاز الجزائر، ص 84،85.

2- سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 620.

المتعاقد، حيث أنه إذا توقع صدور الإجراء ولم يبذل جهداً مدي تقدير ذلك الإجراء، فهو يعتبر مقصر ومن ثم فلا يمكن له الاستناد إلى فعل الأمير¹.

ثالثاً: أن يكون الإجراء صادراً عن المصلحة المتعاقدة

إذا كانت القاعدة العامة تقتضي أنه إذا اختل التوازن المالي للعقد الإداري بسبب خطأ أو تقصير من طرف المتعامل المتعاقد أو المصلحة المتعاقدة فإن المسؤولية تقوم على أساس الخطأ دون سواه وبذلك لا مجال للحديث عن مبدأ التوازن المالي هاهنا.

أما إذا كان اختلال التوازن المالي للعقد نتيجة لإجراء صادر عن المصلحة المتعاقدة دون خطأ منها، كان فعل الأمير محل نظر، لا سيما إذا توافرت جميع شروط تطبيقه، هذا ويعتبر شرط صدور الإجراء عن المصلحة المتعاقدة شرط تجاذبته آراء الفقهاء وأحكام القضاء، بتضييق نطاقه تارة وبمده تارة أخرى.

حيث يذهب بعض الفقهاء إلى عدم قصر إسناد صدور الإجراء من المصلحة المتعاقدة دون غيرها، إذ أن كل ما تصدره السلطات العامة من إجراءات يعتبر كأنه صادر من المصلحة المتعاقدة، وبالتالي يكون هناك محل للمطالبة بتطبيق فعل الأمير، على اعتبار أن أجهزة الدولة كلها واحدة لا تقبل التجزئة، وان قسمت ونظمت في شكل أجهزة إدارية، فإن ذلك لا يعدو إلا أن يكون في خدمة الشخص القانوني الموحد ألا وهو الدولة.

وعلى مستوى القضاء الإداري الجزائري فإنه لم تسمح له الفرصة لاتخاذ موقف صريح حول هذه الإشكالات المتعلقة بضرورة اشتراط صدور الإجراء من المصلحة المتعاقدة دون سواها، أم يمكن إسباغ فعل الأمير حتى على الإجراءات التي تتخذها السلطات العامة في

1- عثمان بو شكيوة، المرجع السابق، ص 92.

الدولة، على خلاف أجهزة القضاء الإداري المقارن والتي قامت بالفصل في تحديد الإشكالات المتعلقة بتطبيق فعل الأمير¹.

رابعاً: أن يؤدي الإجراء الصادر عن المصلحة المتعاقدة إلى زيادة الأعباء المالية للمتعاقد

إنه من البديهي لإسباغ إجراء معين صادر عن المصلحة المتعاقدة بوصف فعل الأمير أن يؤدي ذات الإجراء إلى إحداث ضرر للمتعاقد، مما ينجر عنه حتماً اختلال للتوازن المالي للعقد الإداري المبرم بينه وبين المصلحة المتعاقدة.

علماً بأن حصول الضرر لا يشترط فيه درجة معينة من الجسامة²، بل يكفي أن يستند إلى فعل الأمير تضرر المتعاقد بذلك الإجراء، بغض النظر عن حجم الضرر ومداه، بحيث نجد أن مجلس الدولة الفرنسي اشترط فقط مجرد حدوث نوع من الخلل في التوازن المالي للعقد، وهذا الشرط يميز عمل الأمير عن نظرية الظروف الطارئة.

وقد كان لمجلس الدولة الجزائري أيضاً الفرصة لأن يوضح شرط حصول الضرر للمتعاقد في قرار أصدره بتاريخ 09 أفريل 2001، بمناسبة قضية (منزر، ب) ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية المغير في إطار نزاع يتعلق بعقد إداري مبرم بينهما. حيث ذهب مجلس الدولة الجزائري في حيثيات قراره بضرورة اشتراط حصول الضرر لاقتضاء التعويض سواء تعلق الضرر بما فات من كسب أو ما لحق من خسارة³.

1- محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص 87.

2- محمد أنس قاسم جعفر، العقود الإدارية "دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات"، القاهرة، مركز جامعة القاهرة، 1999، ص 158

3- مجلس الدولة الجزائري، الغرفة الثانية، قرار غير منشور رقم 237، فهرس 241، بتاريخ 2001/04/09، في قضية (منزر، ب) ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية المغير ومن معه.

خامسا: ألا تكون الإدارة المتعاقدة قد أخطأت حين اتخذت التصرف الضار

يجب ألا تكون الإدارة قد أخطأت حين اتخذت الإجراء الضار، في سبيل تحقيق الصالح العام، حتى تسأل في نطاق نظرية عمل الأمير، أما إذا انطوى تصرفها على خطأ، فإنها تسأل على أساس الخطأ.

المطلب الثاني: أشكال أو صور فعل الأمير

ما من شك في أن تدخلات الإدارة التي يمكن أن يطلق عليها وصف فعل الأمير، مؤدية لتفاقم أعباء المتعامل المتعاقد تأخذ صوار متنوعة، فهي من جهة قد تكون إجراءات عامة كالقوانين واللوائح التنظيمية، أو أن تكون إجراءات خاصة كالقرارات الفردية، ومن جهة ثانية يمكن أن نكون أمام إجراءات تمس الأوضاع العقدية نفسها للعقد أو إجراءات تؤثر في ظروف التنفيذ.

إن البحث في مدى إمكانية تطبيق فعل الأمير على كل إجراء من الإجراءات السابقة استنادا للحلول الاجتهادية لا سيما في الجزائر ليس أمرا هينا، على اعتبار ندرة الأحكام القضائية في هذا المجال، إلا أننا سنحاول الاستهداء ببعض الحلول المكرسة في الاجتهاد القضائي الإداري المقارن، ولأجل ذلك سنفرق بين فعل الأمير في صورتين.

الفرع الأول: فعل الأمير في صورة إجراء عام

يقصد بالتدابير العامة صدور قوانين ولوائح من جهة المصلحة المتعاقدة يكون من شأنها زيادة أعباء المتعامل المتعاقد¹، ولعل الإشكال الذي يمكن أن نطرحه بصدد معالجة ذا النوع من التدابير هو مدى إمكانية تطبيق فعل الأمير بمناسبة صدور إجراءات وتدابير ذات صبغة عامة تطل جميع المواطنين وغير مقصورة على المعامل المتعاقد وحده.

1- سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 632.

ولعله للإجابة على هذا التساؤل ينبغي علينا أن نميز بين تلك التدابير العامة التي تؤثر على الأوضاع العقدية للعقد، وبين تلك التدابير التي تؤثر في ظروف تنفيذه.

أولاً: الإجراءات العامة المؤثرة في الأوضاع العقدية للعقد الإداري

وتتجلى هذه الحالة في صدور تدابير وإجراءات عامة تؤدي إلى تعديل الأوضاع العقدية للعقد أو فسخها دون خطأ من المتعامل المتعاقد فهذه الحالة تقتضي إلى الاستناد إلى فعل الأمير¹، لاسيما إذا نص القانون أو اللائحة على إمكانية الاستفادة من أثاره، على أنه إذا حرم الإجراء سواء كان قانونيا عاديا أم تشريعيًا فرعيًا المتعامل المتعاقد من الاستناد إليه، فإن القاضي الإداري في هذه الحالة لا يمكنه تطبيق فعل الأمير ويلتزم باحترام التشريع باعتباره غير مختص برقابة دستورية القوانين.

ثانياً: الإجراءات العامة المؤثرة في ظروف تنفيذ العقد

وهي حينما تقوم السلطات العامة في الدولة باتخاذ إجراءات ذات صبغة عامة من شأنها أن تعدل ظروف تنفيذ العقد الإداري، بمعنى أن تؤثر في سهولة تنفيذ الالتزامات المترتبة عنه.

أ- حالات استبعاد تطبيق آلية فعل الأمير

إن المستقر عليه قضاء أنه لا مجال لتطبيق آلية فعل الأمير إذا صدرت تدابير عامة أدت إلى التأثير في ظروف تنفيذ العقد، وذلك استناداً لاعتبارات تتعلق أساساً بأن المتعامل المتعاقد يتحمل أثار الإجراء العام سواء كان قانونياً أو لائحة كغيره من المتعاقدين والتجار والصناعيين، هذا فضلاً على أنه لا يمكن الحديث عن جبر الضرر الحاصل للمتعامل المتعاقد إذا لحقه ضرر خاص دون غيره من أولئك الذين مسهم الإجراء العام، وقد سار على هذا النهج كل من الأستاذين ثروت بدوي وأندري ديروبادير².

1 - محمود عبد الكحيد المغربي، المرجع السابق، ص 93.

3 - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 637-638.

واستهداء باجتهاد القضاء الإداري المقارن لاسيما الفرنسي منه والذي غالبا ما ينهل منه القضاء الإداري الجزائري، نجده قد حدد حالات على سبيل المثال استبعد من خلاله تطبيق آلية فعل الأمير¹ كآلي:

- ❖ في مجال التدابير المالية: إن التدابير العامة ذات الصيغة المالية المتعلقة أساسا بفرض ضرائب جديدة أو زيادتها، أو فرض رسوم على المواد الأولية، لا يمكن إثارتها من قبلًا لمعامل المتعاقد لتطبيق آلية فعل الأمير.
 - ❖ في مجال التدابير الاجتماعية: ومثال ذلك التشريعات التي تستهدف تحسين أحوال العمل والعمال والتي يكون من شأنها أن تؤدي إلى تقاوم أعباء التزامات العقد.
 - ❖ في مجال التدابير الاقتصادية والنقدية: ومثال ذلك تدابير تنظيم الاستيراد والتصدير واجراءات زيادة نفقات النقل في السكك الحديدية وكذلك التدابير المتعلقة بشؤون النقد.
- وإذا كانت الحالات المشار إليها أعلاه استبعدت آلية تطبيق فعل الأمير، فإن هناك حالات تطبق فيها ذات الآلية استثناء، في إطار التدابير العامة المؤثرة في ظروف تنفيذ العقد الإداري.

ب-الحالات الاستثنائية لتطبيق فعل الأمير

سبق وأن أشرنا أعلاه أن القاعدة العامة تقتضي بأن لا محل لتطبيق آلية فعل الأمير في مجال التدابير العملة المؤثرة في ظروف تنفيذ العقد، إلا أن هذه القاعدة لا تؤخذ على إطلاقها بل ترد عليها استثناءات.

ولئن كانت توجد حالات تكشف عن موقف ايجابي من السلطات العامة باتخاذ تدابير معينة تسمح بتطبيق فعل الأمير، فإنه بالمقابل نجد أنه يمكن تطبيق آلية فعل الأمير، حتى

1- محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص 97-98.

في حالات امتناع الإدارة عن تطبيق أو اتخاذ إجراءات ضرورية و لازمة، هذا الامتناع الذي قد يؤدي إلى تفاقم أعباء المتعامل المتعاقد.

(1) فعل الأمير الإيجابي

من بين الحالات التي تتخذ فيها السلطات العامة تدابير عامة مؤثرة في ظروف التنفيذ وتتخذ صور التأثير الإيجابي يمكن معها تطبيق فعل الأمير استثناء نورد ما يأتي:

- أن يتضمن القانون أو اللائحة نصا يقضي بإمكانية الاستفادة من آثار فعل الأمير وتعتبر هذه الحالة واضحة لا تخلق أي إشكال، إذا لا اجتهاد مع صراحة النص، وما على القاضي الإداري إلا أن يمكن المتعامل المتعاقد من الاستفادة من آثار فعل الأمير تطبيقا لرغبة المشرع.

- أن يتضمن العقد نصا بالاستفادة من آثار فعل الأمير، إن صدر إجراء عام مؤثر في ظروف تنفيذه.

- قبول الاجتهاد القضائي تطبيق آلية فعل الأمير، إذا إن المستقر عليه قضاء انه في غير حالي للنص على الاستفادة من آثار فعل الأمير في القانون أو في بنود العقد، لا سبيل للمتعامل المتعاقد للمطالبة بتطبيقه.

غير أنه في حالات استثنائية فيها الاجتهادات القضائي الإداري تطبيق تلك الآلية مسبقا فعل الأمير على الاستفادة من آثار فعل الأمير على حالات معينة، معتبرا إياه سببا في اختلال التوازن المالي للعقد، لا سيما في الحالات التي يمس فيها التدبير العام موضوع جوهر في العقد، كان هو الدافع الأصلي للمتعامل المتعاقد لإبرامه، فضلا عن حالات الضرر الخاص المترتب عن التدبير العام الذي مس المتعامل المتعاقد بدرجة اشد عما لحق غيره من مواطنين في الدولة.

2) فعل الأمير السلبي

المقصود بفعل الأمير السلبي هو "امتناع الإدارة عن تطبيق القوانين واللوائح، أو العزوف عن اتخاذ إجراءات يتعين عليها اتخاذها، حيث يؤدي هذا الامتناع الى تفاقم اعباء المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذ التزامات العقد.

وإذا كان الاجتهاد القضائي الإداري قدمضى على تمكين المتعامل المتعاقد من الاستناد الى فعل الأمير في حالة اتخاذ السلطات العامة إجراءات فعلية وإيجابية تؤثر في ظروف التنفيذ في حالة استثنائية، فإنه موازاة مع ذلك عمل ذات القضاء على تمكين المتعامل المتعاقد من الاستفادة من آثار فعل الأمير السلبي والتي تتجلى في تلك الانعكاسات السلبية التي يخلقها امتناع الإدارة وتخليها عن أداء الواجبات المنوط بها لحماية الاقتصاد الوطني، وتطبيقها لجميع القوانين واللوائح، هذا الامتناع الذي يسبب اختلال التوازن المالي للعقد ويجعل فعل الأمير السلبي سببا للاختلال ويحمل الإدارة المسؤولية الكاملة.

وإذا كان فعل الأمير السلبي قد وجد له تطبيقا في أحكام القضاء الإداري المقارن لاسيما قضاء مجلس الدولة الفرنسي¹، فإن السؤال الذي يطرح نفسه هنا: هل يعتبر فعل الأمير السلبي سببا لإخلال التوازن المالي للعقد في القضاء الإداري الجزائري؟

إن الإجابة على هذا التساؤل ليست أمرا هينا، خصوصا أنها تتعلق بالممارسة القضائية أكثر من الرؤى الفقهية، ولعل المشخص لحالة عدم نشر أحكام القضاء في بلادنا يقف على الصعوبة التي تعترض مثل هذه الإجابات.

1- سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 649: لقد طبق مجلس الدولة الفرنسي فكرة فعل الأمير السلبي في قضية Ville de Dieppe، حكم المجلس الدولة في قضية Ville de Dieppe (CE du 08 décembre 1972,82925)

غير أن البحث في اجتهاد القضاء الإداري الجزائري المنشور منه وغير منشور، جعلنا نقف على أحد الأحكام الهامة والذي وجدنا فيه ضاللتنا للإجابة عن تساؤلنا، وقد كان صدوره من الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا سابقا، بتاريخ 1989/02/25 في قضية (ش،ع) ضد والي ولاية المسيلة¹.

حيث تتلخص وقائع هذه القضية في أن السيد (ش، ع) أبرم مع مديرية المنشآت القاعدية بولاية المسيلة صفقة عمومية لإنجاز جسر على واد مقطر، وأنه حدث بعد بداية تنفيذ إنجاز موضوع الصفقة أن طرأت فيضانات كبيرة في المواد المذكور سبب أضرار لمواد البناء ولعناد التابع للمتعاقل المتعاقد والمقدرة بـ 130.573.78 دج ورغم اعتراف مديرية المنشآت القاعدية بقيمة الأضرار، إلا أنها أنكصت عن إصلاح الأضرار وديا، مما جعل المتعاقل المتعاقد يلجأ للعدالة لاستيفاء حقوقه، واستقرأ لهذا الحكم نجد أن القاضي الإداري الجزائري استبعد تطبيق حالة القوة القاهرة التي تذرعت بها المصلحة المتعاقدة وجنح إلى تأكيد قيام مسؤولية الإدارة دون خطأ الناتج عن الإهمال والامتناع عن اتخاذ الإجراءات اللازمة للحيلولة دون اختلال التوازن المالي للصفقة المبرمة التي أبرمتها ولاية المسيلة مع المتعاقل المتعاقد (ش، ع).

من كل ما تقدم نصل إلى نتيجة مضمونها أن القضاء الإداري الجزائري تبني فكرة فعل الأمير السلبي كسبب من أسباب اختلال التوازن المالي للعقد الإداري.

من كل ما تقدم نصل إلى نتيجة مضمونها أن القضاء الإداري الجزائري تبني فكرة عمل الأمير السلبي وطبقها وأقام مسؤولية المصلحة المتعاقدة على أساس النظرية العامة التي تحكم فعل الأمير كسبب من أسباب اختلال التوازن المالي للعقد الإداري والمتمثل هنا في الصفقة العمومية.

1- قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى سابقا المحكمة العليا حاليا رقم 56392 الصادر بتاريخ 1989-02-25، المجلة القضائية، العدد 04، 1990، ص 193-196

الفرع الثاني: فعل الأمير في صورة إجراء خاص

يقصد بالتدبير الخاص ذلك الإجراء الفردي الذي تتخذه المصلحة المتعاقدة في مراجعة المتعامل المتعاقد مؤدياً إلى تعديل مباشر في شروط تنفيذ الالتزامات للعقد المبرم بينهما، أو إلى التأثير على ظروف تنفيذه.

أولاً: الإجراءات التي تؤدي إلى تعديل مباشر في شروط العقد:

إذا كان للإدارة الحق في أن تتدخل مباشرة، وأن تعدل في الالتزامات المتعاقد عليها بالزيادة أو النقص، كما لو عدلت المرسوم المقتضي تحصيله من الأفراد أو من شروط التشغيل في عقد الالتزام، فإنه عليها أن تضمن التوازن المالي للعقد، وذلك عن تعويض المتعاقد معها تعويضاً كاملاً¹.

ثانياً: الإجراءات التي تؤثر على ظروف التنفيذ

وقد لا يؤثر الإجراء الخاص بطريقة مباشرة على شروط العقد، ولكنه يؤثر على ظروف تنفيذه، ويكون من شأنه تحميل المتعاقد أعباء جديدة غير متوقعة عند التعاقد وحينئذ يجب تعويض المتعاقد تعويضاً كاملاً على أساس التوازن المالي للعقد²، ويدخل في هذه الطائفة الإجراءات التي تتخذها الإدارة المتعاقدة باعتبارها سلطة بوليس، كإصدارها لالتزام تعديل مسار خط أوتوبيس أو بنقل أسلاك الكهرباء إلى مكان آخر بدواعي المحافظة على سلامة المواطنين، وكما لو قامت الجهة الإدارية بأشغال عامة أو بأعمال مادية تسبب للمتعاقد أضرار.

1- محمد سليمان المرجع السابق، ص 626.

2- محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 616.

وقد طبقت ذلك المحكمة الإدارية لمدينة الجزائر في 11/12/1964 في قضية شركة الكهرباء والغاز الجزائر، بلدية فوكة وتتمثل وقائع القضية أرادت بلدية فوكة بناء مدرسة فطلبت لهذا الغرض من الملتزم نقل الخطوط الكهربائية، نصت شروط العقد إلا أن حالة بناء مدرسة لم تكن من الأسباب التي تسمح بالنقل على حساب الملتزم، لذا لا بد من تعويضه، فنظرا إلى المدرسة التي لم يكن بناءها متوقعا حيث إبرام العقد بين الإدارة والملتزم، وترتب على ذلك زيادة أعباء تخل بالتوازن المالي للعقد حتى ولو كانت لا تؤثر جذريا على اقتصادياتها فإن على الإدارة أن تدفع تعويضا كاملا للمتعاقد.¹

المبحث الثاني: اختلال التوازن المالي للعقد خارج عن فعل الإدارة

لا شك أنه من أكد الأمور التي لا تغيب عن المتعامل المتعاقد أن تنفيذ التزامات العقد المبرم بينه وبين المصلحة المتعاقدة محفوف بعدة مخاطر، قد تجعله أكثر عسرا وإرهاقا، هذا فضلا عن بعض الحالات التي يصير فيها التنفيذ مستحيلا.

وان كنا قد سلمنا للعقد بأن هذه المخاطر لا تنتمي إلى عائلة واحدة، بل لكل نوع من المخاطر التي تؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد، فإنه إلى التدابير المنضوية تحت لواء فعل الأمير، والتي اشرنا إليها أنفا أنها تعرف بالمخاطر الإدارية، فإنه يوجد هناك أيضا نوع آخر من المخاطر والذي يمكن أن يعترض تنفيذ العقود الإدارية و يؤدي إلى اختلال التوازن المالي تدعى بالمخاطر الإدارية، وكذلك نظرية الظروف الطارئة، ومنه فسننترق في هذا المبحث إلى مطلبين، الأول سيكون حول (نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة) أما المطلب الثاني فسننترق إلى (نظرية الظروف الطارئة).

1- حكم المحكمة الإدارية لمدينة الجزائر سابق الإشارة إليه.

المطلب الأول: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ومجال تطبيقها

إن الإجماع الفقهي والقضائي على اعتبار الصعوبات المادية غير المتوقعة كصعوبات مرتبطة بموضوع العقود الإدارية تشكل أحد الأسباب المهمة التي تؤدي إلى اختلال توازنها المالي.

الفرع الأول: التعريف بالصعوبات المادية غير المتوقعة

الصعوبات المادية غير المتوقعة نظرية قضائية المنشأ، وكانت إلى وقت ما تعتبر امتداداً لنظرية القوة القاهرة، إلا أن هذا الوضع لم يدم طويلاً، حيث نمت فكرة الصعوبات المادية غير المتوقعة وتحددت معالمها، بل وغدت بعد ذلك مستقلة قائمة بحد ذاتها¹.

وتعتبر الصعوبات المادية غير المتوقعة كفكرة مستقلة، أكثر من فعل الأمير فيما يتعلق بالإجماع الفقهي والقضائي في تحديد مضمونها، إذ يكاد ينعقد الإجماع على أنه إذا اعترضت تنفيذ التزامات العقد صعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية خالصة، لم يكن بوسع المتعامل المتعاقد توقعها عند الإبرام، بحيث تجعل ذلك التنفيذ صعباً وأكثر كلفة إلا أنها لا تصيره مستحيلًا، فإن الأضرار التي تلحقه تبعاً لذلك تمكنه من المطالب من الطالبة بالاستفادة من آثار الصعوبات المادية غير المتوقعة².

هذا وتعتبر الصعوبات المادية غير المتوقعة بمثابة مخاطر تقنية اجنبية عن توقع الأطراف المتعاقدة، والتي لم تؤخذ في الحسبان بداية التعاقد، يكون حدوثها أثناء تنفيذ العقد، دون إمكان اعتبارها مخاطر عادية.

1- أنور ارسلان "نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة" مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، القاهرة مطبعة جامعة القاهرة، سبتمبر، 1978، العددان 3 و4، السنة 1980، ص 824-825.

2- سليمان محمد "الأسس العامة للعقود الإدارية"، المرجع السابق ص 710-711.

وتأسيساً على ما تقدم فإن المتعامل المتعاقد ملزم بالأخذ في حسابه إبرام العقد، جميع الصعوبات التي يمكن أن تعترضه والتي تصنف في خانة المخاطر العقلانية، إلا أن تلك المخاطر إذا تجاوزت حداً معيناً، أضحت صعوبات مادية غير متوقعة يستفيد المتعامل المتعاقد من أثارها كاملة غير منقوصة.

الفرع الثاني: مجال تطبيق الصعوبات المادية غير المتوقعة

سبق وأن أشرنا أن آلية الصعوبات المادية غير المتوقعة قضائية المنشأ، ابتعدت من طرف القضاء الإداري لتطبق على كافة أنواع العقود الإدارية، فقط متى توفرت شروط تطبيقها، شأنها في ذلك شأن جميع الأسباب المؤدية لاختلال التوازن المالي للعقود.

أولاً: موقف الفقه الإداري

إن عدم إجماع فقهاء القانون الإداري حول مجال تطبيق آلية الصعوبات المادية غير المتوقعة، جعلهم ينقسمون إلى عدة مذاهب وأراء.

فمثلاً يرى (العميد جورج فيدل وبيار دلفوليفيه) الصعوبات المادية غير المتوقعة آلية خاصة بصفقات الأشغال العامة في مستوى الممارسة على الأقل، حيث تعترض تنفيذ الصفقة صعوبات مادية، لا يستطيع الطرفان التعاقدان توقعها، ترمي بثقل وأعباء خطيرة غير طبيعية على عاتق المتعامل المتعاقد.¹

ويؤيد بعض الفقهاء المنحى الذي اختاره جورج فيدل، إذ يعزز هذا الجانب الفقهي أريهم باعتناق قصر تطبيق آلية الصعوبات المادية غير المتوقعة على صفقات إنجاز الأشغال دون غيرها، لكون أن الاجتهاد القضائي الإداري² لم يطبق الصعوبات المادية غير المتوقعة إلا

1- جورج فيدل، بيار دلفوليفيه، القانون الإداري، ترجمة منصور القاضي، الجزء الأول، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، دون سنة نشر، ص 125.

2- أنور احمد رسلان، المرجع السابق، ص 836.

على صفقات الأشغال العامة، وهي العقود التي تتطلب التعاون البناء والكامل من جميع الأطراف لتخفيف النشاط الإداري.

وفي مقابل ذلك ظهر اتجاه فقهي آخر يرى بأن فكرة الصعوبات المادية غير المتوقعة تطبق على جميع أنواع العقود الإدارية، وإن كانت تتعلق بصفقات الأشغال خصوصا، حيث يذهب الفقيه اندري دي لوبادير إلى التأكيد على أنه لا توجد تطبيقات قضائية لهذه الآلية خارج نطاق العقود الإدارية، غير أنه استطرد بعد وجود موانع قاطعة تحول دون تطبيقها على باقي أنواع العقود الإداري¹.

ويعزر هذا الرأي الفقيه بيكين وا²، كما لا يحيل عنه الأستاذ غاستون جيز الذي ذهب إلى أن حالات الصعوبات المادية غير المتوقعة في العقود الإدارية، وإن ظهرت واقعا فإنه تتجسد في صورة أعمال تكميلية طلب من الموارد، ويذهب دائما الأستاذ غاستون جيز في عرض تبرير لهذا الرأي من المورد فرز الأخشاب لا يعتبر من قبيل العمليات المطلوبة أدائها في العقد الأصلي، ومن ثم تشكل هذه العملية صعوبة غير متوقعة³.

غير أنه قد تحدث في بعض الأحيان ظروف تجعل من التنفيذ مرهقا، بل وتزيد من تكاليف الانجاز، ورغم ذلك لا تصنف في خانة الصعوبات المادية غير المتوقعة⁴.

ويذهب الدكتور إبراهيم طه الفياض أن الصعوبات المادية غير المتوقعة نظرية قديمة وتتعلق بعقود الأشغال العامة دون غيرها، ويرى ذات الأستاذ أنها كرسست في زمن كان الكشف عن

1- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، 711.

2- محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص 48.

3- أنور احمد رسلان، المرجع السابق، ص 837.

4- سليمان محمد الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 711

طبيعة الأرض ومناسيب المياه أمراً شاقاً، لكنه والحال اليوم يشهد تطوراً تكنولوجياً هائلاً، فإن الصعوبات المادية لا مجال للحديث عنها، حتى أنه أسقطها عند بيان أسباب اختلال التوازن المالي للعقد.¹

وأما هذا الرأي الذي ساقه الدكتور طه الفياض، نجد أنفسنا ملزمين بإنجاز في التيار المعاكس له، ذلك أنه قد غلا أكثر من سابقه وذلك لاستبعاد الصعوبات المادية غير المتوقعة بحجة التطور التكنولوجي، وإن كنا نسلم أن التطور التكنولوجي ينقص من الصعوبات المادية غير المتوقعة فإنه بالمقابل لا يعدمها كلها ولعل التنفيذ العقود الإدارية على المستوى الميداني يثبت أنه رغم الدراسات والتصاميم والعينات التقنية، إلا أن الصعوبات المادية غير المتوقعة تظهر من حين إلى آخر، وبذلك فندرتها لا تترتب إقصاءها فضلاً على أن الصعوبات المادية غير المتوقعة لا ترتبط بجغرافية الأرض فحسب بل يمكن أن تثار حتى في مجالات أخرى.

وأمام هذه التجاذب الفقهي حول مجال تطبيق آلية الصعوبات المادية غير المتوقعة نرى أن الإبحار في تيار الأستاذين أندري دي لوبادير وغاستون جيز أمر صائب ومعقول، ذلك إن الفقهاء الذين ينادون بقصر تطبيق آلية الصعوبات المادية غير المتوقعة على العقد دون غيره يستندون إلى دليل عاجز، إذ ذهب والى إن الاجتهاد القضائي الإداري المقارن استبعد تطبيق هذه الآلية قضية شركة الأسلاك التلغرافية،² رغم أنهم لم يأخذوا في حسابهم إن القاضي الإداري كقاعدة عامة عند تطبيق أي نظرية من النظريات التي تحكم القانون الإداري، على نوع من أنواع العقود الإدارية، فإنه ملزم بتأكيد من توافر شروط النظرية المراد تطبيقها ولا تحال بأي حال من الأحوال أن القضاء الإداري في شركة الأسلاك التلغرافية عندما قضى باستبعاد آلية الصعوبات المادية غير المتوقعة، فإن مراده لم يكن يتجه نحو

1- إبراهيم طه الفياض، المرجع السابق، ص 250-251.

2- أنور أحمد رسلان، المرجع السابق، ص 837-838.

قصر تطبيقها على العقود الإدارية دون غيرها، بقدر ما إن شروط تطبيق هذه الآلية غير متوافرة في تلك القضية.

ترتبا على ما تقدم نخلص إلى نتيجة في إطار مجال تطبيق الصعوبات المادية غير المتوقعة، مفادها إن الصعوبات المادية غير المتوقعة آلية كرسها الاجتهاد القضائي الإداري كسبب من أسباب اختلال التوازن المالي في العقود لإدارية، كما أن مجال تطبيقها يشمل جميع أنواع الصفقات العمومية، وإن كانت تجد المجال الخصب في الممارسات الميدانية خصوصا في صفقات إنجاز الأشغال.¹

ثانيا: موقف القضاء الإداري الجزائري

رجوعا للتطبيقات القضائية في الجزائر، فإنه بالرغم من ندرتها وبعد بحث شاق على مستوى أرشيف مجلس الدولة وضعنا اليد على أحد القرارات الصادرة عنه، التي أيد فيه حكما صادرا عن الغرفة الإدارية لمجلس القضاء يشار بخصوص الصعوبات المادية غير المتوقعة.

حيث تتلخص وقائع القضية في إن السيد (م، بوزيان) إبرام مع البلدية كرزاز عقدا قصد حفر أبار الرملية التي تبعد عن الكثبان الرملية بـ30 متر وبعد بدأ التنفيذ صادفته صعوبات مادية كلفته نفقات إضافية أخللت بالتوازن العقد المبرم مما دفع المتعاقد إلى اللجوء للقضاء الإداري للحصول على التعويضات، إذ عرض النزاع على الغرفة الإدارية لمجلس قضاء بشار والتي فصلت فيه بقرار أيده مجلس الدولة الجزائري، بتاريخ لاحق بعد الاستئناف الذي قام به المتعامل المتعاقد.

ومن بين ما قضت به الغرفة الإدارية لمجلس قضاء بشار إن: "الأشغال التي طلب المستأنف تعويضه عنها هي صعوبات تصادف الطرف المتعاقد حين تنفيذه لالتزاماته

1- أنور احمد رسلان، المرجع السابق، ص 122.

التعاقدية مادية استثنائية غير متوقعة ولا تحدد فيها قيمتها أو حجمها أو نوعها لارتباطها غالب الأحيان بالأرض أو الأنهار...¹.

ورغم أن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء بشار قدمت شرحا مختصرا لآلية الصعوبات المادية غير المتوقعة، فإن ظروف القضية لم تسمح لها لاجتهاد أكثر ووضع أساس أعمق لتوضيح المعالم التي تحكم الصعوبات المادية غير المتوقعة حيث رفضت الدعوى لعدم التأسيس نظرا لكون المتعامل المتعاقد لم يحترم بنود العقد لاسيما المادة الثالثة منه، التي تقضي انه عند مصادفة المتعاقد صعوبات غير متوقعة وجب عليه إبلاغ المصلحة المتعاقدة بذلك، الأمر الذي دفع مجلس الدولة الجزائرية إلى تأكيد القرار.

وبمفهوم المخالفة أنه لو احترم المتعامل المتعاقد بنود العقد كان من حقه الاستفادة من آثار آلية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

واسقاط لهذا الحكم على إشكالية مدى تطبيق آلية الصعوبات المادية غير المتوقعة، نجد أن القضاء الإداري الجزائري قد اعتبر أن الصعوبات المادية غير المتوقعة مرتبطة غالب الأحيان بالأرض والأنهار، مما يوحي حسبه إن الأصل في تطبيق آلية الصعوبات المادية غير المتوقعة صفقات انجاز الأشغال لإيراده مصطلح غالبا، ولكن ذات المصطلح يفتح المجال لتطبيق آلية باقي أنواع الصفقات، فالصعوبات المادية غير المتوقعة بذلك آلية عامة في حكم القضاء الإداري الجزائري، هذا فضلا على أن اغلب أحكام القضاء الإداري المقارن تذهب الى ما توصلنا اليه².

1- مجلس الدولة الجزائري، الغرفة الأولى، قرار غير منشور، رقم 10102، فهرس 32، الصادر بتاريخ، 10 جانفي 2002، في قضية (م، بوزيان) ضد بلدية كرزاز.

2- أنور ارسلان، المرجع السابق، ص 843.

الفرع الثالث: الشروط القاعدية لتطبيق آلية الصعوبات المادية غير المتوقعة

ان الصعوبات التي تصادف تنفيذ التزامات الصفقة العمومية، والتي يترتب عليها حق المتعامل المتعاقد في ضمان إعادة التوازن المالي، ليست مجرد صعوبات عادية ومعقولة يمكن توقعها عند إبرام الصفقة، بل صعوبات تصل حدتها إلى درجة معينة من الخطورة مما يتطلب لذلك إن تتوافر فيها شروط معينة.

ولئن كان بعض الفقهاء يعد خمسة شروط قاعدية لازمة لتطبيق آلية الصعوبات المادية غير المتوقعة، فإننا لا نرى بأسا في إدماج بعضها وارتباطها بثلاثة محاور تتعلق أساسا بطبيعة الصعوبات أولا، وعلاقة المتعاقدين هذه الصعوبات ثانيا، وأثار تلك الصعوبات على تنفيذ الصفقات العمومية ثالثا.

أولا: أن تكون المادية وغير عادية

يتطلب الشرط الأول من الشروط اللازمة لتطبيق آلية الصعوبات المادية غير المتوقعة، إن تسبغ الصعوبات بصفتين أساسيتين هما: صعوبات مادية من جهة وغير عادية من جهة أخرى.

أ- صعوبات مادية

يقصد بشرط المادية في الصعوبات ألا تتعلق بالظروف الإدارية أو الاقتصادية، بقدر ما ترتبط وتنتج عن ظواهر طبيعية، كما يمكن أن تغزى أسبابها إلى عمل أجنبي خارج عن إرادة الطرفين المتعاقدين.

فمن بين أمثلة الظواهر الطبيعية التي تشكل صعوبات مادية لا سيما في صفقات انجاز الأشغال، ظهور صخور قاسية ومنيعة في مواقع العمل، أو طبقات مائية للتصريف بأحجام

غير منتظرة¹، كذلك حالات حدوث برد شديد مصحوب بسقوط ثلوج والذي يؤدي إلى عدم تمكن استخدام الطرق، كما إن سقوط أمتار بكميات غير عادية تجعل الوصول إلى مكان العمل مستحيلا لعدة أيام تشكل هي الأخرى صعوبات مادية².

والملاحظ أن هاتين الحالتين الأخيرتين من صور الصعوبات المادية تجد مجالات للتطبيق في جميع أنواع الصفقات، سواء صفقات انجاز أشغال أو صفقات اقتناء لوازم تقديم خدمات أو غيرها، مما يدعم النتيجة التي توصلنا إليها بصدد تعميم تطبيق آلية الصعوبات المادية غير المتوقعة جميع أنواع الصفقات العمومية، إذ تعتبر الصعوبات المادية المشار إليها أنفا، غير مرتبطة بطبيعة الأرض، بل هي ظواهر طبيعية مرتبطة بالطقس وتأثيراتها السلبية تمس الطرق مثلا: التي يستعملها كل المتعاملين المتعاقدين، أيا كانت موضوعات الصفقات العمومية الموكلة إليها.

وكما سلف وأن أشرنا إن الصعوبات المادية قد تأتي من فعل الغير، وصورة ذلك ظهور قناة خاصة بالمياه مجاورة لمواقع العمل لم تدخلها الدراسات التقنية السابقة على تنفيذ الصفقة العمومية.

ب- صعوبات غير عادية

لا يكفي أن تكون الصعوبات مادية حتى تفسح المجالات لتطبيق آلية الصعوبات المادية غير المتوقعة، بل يشترط فوق ذلك أن تكون غير عادية، أي ذات طابع استثنائي تخرج عن تلك العقوبات المألوفة المنتمية إلى دائرة المخاطر العادية، والتي يفترض أن المتعامل العاقد قد ادخلها في الحساب العام عند تقدير سعر الصفقة العمومية للعقد.

1- محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص 56.

2- أنور ارسلان، المرجع السابق، ص 850.

وترتيباً على ما سبق فإن الطابع الاستثنائي للصعوبات المادية يختلف من ظرف لآخر، الأمر الذي يجعل القاضي يمارس سلطته التقديرية في البحث عما إذا كانت الصعوبات تتوفر فيها صفة الاستثنائية، دون أن يصل توافرها إلى حد الاستحالة في التنفيذ.

وإعمالاً لمبدأ الإثبات في القانون الإداري الذي يقوم على حرية القاضي الإداري في تكوين عقيدته¹، ونتيجة لذلك فإن عبئ الإثبات على عاتق المتعامل المتعاقد، يسعى دائماً إلى تقديم دلائل التي تساهم في إثبات أن الصعوبات المادية التي واجهتها عند تنفيذ التزامات العقد ذات طبيعة استثنائية وغير عادية.

وبذلك فإن التقدير الخاص الاستثنائي للصعوبات والمخاطر هو تقدير موضوعي، القاضي الإداري في مجالها يسعى إلى فحص كل حالة على حدى حسب ظروفها وشروطها ووقائع إبرام العقد فيها.

ثانياً: أن تكون الصعوبات غير متوقعة

أن تطبيق آلية الصعوبات غير المتوقعة غير متوقف على ظهور صعوبات مادية استثنائية، بل فوق ذلك يشترط فيه ألا تكون لها علاقات بالطرفين المتعاقدين، ومعنى ذلك أن تكون هذه الصعوبات أجنبية عن إرادة الطرفين المتعاقدين من جهة، كما يشترط فيها أن تكون غير متوقعة ولا يمكن توقع حدوثها.

أ- صعوبات أجنبية ومستقلة عن إرادة الطرفين المتعاقدين

حتى تكون الصعوبات أجنبية ومستقلة عن إرادة الطرفين المتعاقدين يجب ألا تعزى أسبابها إلى تصرف أحد الطرفين المتعاقدين بخطأ أو دونه، لأنه لو كانت الحالة كذلك لا تنفي عنصر من عناصر هذا الشرط.

1- عمار عوابدي، القانون الإداري "النشاط الإداري"، الجزء الثاني، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، 2005، ص 213.

وبناء عليه فإنه ينبغي أن تكون الصعوبات فجائية ولا يد أحد المتعاقدين في إحداثها أو زيادة حجمها وأثارها¹، حيث أنه إذا كانت الصعوبات نتيجة تصرف مشروع صادر عن المصلحة المتعاقدة استبعدت آلية الصعوبات المادية، إلا أن حقوق المتعامل المتعاقد تحفظ على أساس فعل الأمير، في حين أنه إذا كانت الصعوبات يعود ظهورها إلى خطأ المصلحة المتعاقدة، أصبح جبر الضرر قائم على أساس مسؤولية الإدارية على أساس الخطأ.

أما من جهة المتعامل المتعاقد فإنه يشترط ألا تكون الصعوبات وليدة خطأ صادر منه وصورة ذلك فعله الذي أحدثها وزاد في تفاقمها، وإهماله في اتخاذ الاحتياطات اللازمة أو عدم اكتشافه بظهور الصعوبات مما تسبب في زيادة حجم أثارها، أو خروجه عن بنود العقد أثناء القيام بالتنفيذ، وتأكيد لذلك ذهب المشرع الجزائري في دفتر البنود الإدارية العامة إلى حرمان هذه الأخير من أي تعويض عن الأضرار والخسائر الناتجة عن الإهمال والغفلة وتعطيل الأجهزة أو خطأ العمال².

واعمالا لمبدأ حسن النية الذي ينبغي أن يسوده مرحلة تنفيذ العقد الإداري، فإنه تلزم المصلحة المتعاقدة بتمكين المتعاقدة معه من كل المعاملات التي تساعد على تجنب الصعوبات المادية غير المتوقعة التي قد تعترض، وإن حدث وإن وقعت كان كل من الطرفين المتعاقدين لا علاقتهما بهذه الصعوبات، نظرا لحرص كل منهما على القيام بدوره في تجنبه دورا كاملا غير منقوص.

ب- صعوبات غير متوقعة ولا يمكن توقعها

يتعين للتطبيق آلية الصعوبات المادية غير المتوقعة أن تكون الصعوبات التي اعترضت التنفيذ الفجائي، ولم يكن بالإمكان توقعها من قبل الرجل الحريص، وهنا يبدأ دور القاضي

1- أنور احمد رسلان، المرجع السابق، ص 859.

2- الفقرة الثانية من المادة 27 من دفتر البنود الإداري العام سابق الإشارة إليه.

الإداري على قدر كبير من الأهمية، حيث يسعى إلى فحص فيها إذا كان المتعامل المتعاقد قد بذل عناية وجهدا وقت إبرام العقد، لإجراء تحريات حول الأعمال الموكلة إليه، وقيام جميع الاختبارات للتأكد من صلاحية المواصفات والتصاميم المعتمدة.

ولقد أسفر اجتهاد الفقه والقضاء على أن عدم التوقع لا ينسحب فقط إلى الصعوبات المادية وغير العادية فحسب، بل يمتد أيضا لآثار تلك الصعوبات ودون تأثيرها على التوازن المالي للعقد.

وبالمقابل فإن المتعامل المتعاقد إذا أعلن قبوله، بعد معاينة مكان الانجاز لاسيما في صفقات انجاز الأشغال وتحت مسؤولياته الكاملة، طبيعية وصعوبات الأعمال التي سيقوم بها، وان حدث وان أرهقته هذه الصعوبات التي اعترضت تنفيذه طالما كانت عادية، لا يمكنه الاستناد إلى آلية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وذلك لموافقته الصريحة على قبول الأوضاع كما هي عليه من جهة، وتخلف عنصر عدم التوقع من جهة ثانية.

وبيانا لبعض مظاهر الصعوبات التي يتخلف عنها معيار عدم التوقع تلك الصعوبات الناتجة عن شتاء جد بارد ورطب، حيث لا تعتبر الصعوبات غير المتوقعة طالما إن المتعامل المتعاقد لا يتصور أن يجهل المناخ السائد في إقليم تنفيذ التزامات العقد، فلا يستحق إلا إذا كانت الصعوبات من النوع الذي لا يمكن توقعه وقت التعاقد، لا بواسطة الخرائط والمواصفات التي جهزتها الإدارة ولا بواسطة الدراسات والتحريات والفحوصات التي أجراها المتعاقد بنفسه قبل التعاقد.

ثالثا: أن تلحق الصعوبات ضرار بالمتعامل المتعاقد

يتمثل ثالث شروط تطبيق آلية الصعوبات المادية غير المتوقعة، أن تلحق تلك الصعوبات أضرار بالمتعامل المتعاقد، على ألا تصل درجة تلك الأضرار إلى مستوى الاستحالة في

تنفيذ، الأمر الذي فتح المجال لتطبيق آلية أخرى تدعى القوة القاهرة، وهكذا فإنه يشترط في طبيعة الضرر أن يجعل التنفيذ مرهقا لا مستحيلا.

رابعاً: يجب أن تكون الصعوبات ذات طابع استثنائي بحث

ذلك أن الصعوبات المادية ليست مطلق عقبات يصادفها المتعاقد عند التنفيذ، ولكنها عقبات من نوع غير مألوف، ولا يمكن أن تنتمي إلى المخاطر العادية التي يتعرض لها المتعاقد عند تنفيذ العقد عادة وواضح إن هذا الشرط ينتهي بنا إلى موقف ذاتي، إذ يترك للقاضي أن يقدر في كل حالة على حدة، ما إذا كانت الصعوبات غير المتوقعة، التي يصادفها المتعاقد، مما يمكن اعتباره من المخاطر العادية أو الاستثنائية ويجري مجلس الدولة الفرنسي على التشدد في تقدير هذا كلما احتوى العقد على نصوص تحمل المتعاقد كافة المخاطر عند التنفيذ.

خامساً: يشترط أن تكون من شأن هذه الصعوبات الاختلال بالتوازن المالي للعقد

ويضيف مجلس الدولة الفرنسي، شرطاً خامساً بالنسبة للعقود الجزافية، وهي التي تتضمن تحديد لكمية الأعمال المطلوبة، وتحديد إجاليا لما تلتزم الإدارة بدفعة من ثمن يقابلها، فهذا الطابع الجزافي في تحديد الثمن، لا يحول وفقاً لقضاء المجلس دون تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، كما يصرح في أحد أحكامه الصادرة في 1938، بأن قضية "ليبوتي" حيث يقول (لا تشكل الطبيعة الجغرافية للعقد حائلاً أمام المتعاقد المحصول على تعويض بسبب الصعوبات الاستثنائية وغير المتوقعة التي صادفها عند تنفيذ العقد¹).

المطلب الثاني: اختلال التوازن المالي للعقد بسبب الظروف الطارئة

إن التوازن المالي للعقد قد يختل نتيجة تدخل الإدارة - كما أرينا - أو نتيجة الظروف الطارئة، وهذه النظرية حديثة النشأة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي وكان اعتناقها يرد إلى

1- سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 722.

عدم ملائمة القواعد المدنية على العقود الإدارية عقود المدة، ك بسبب الظروف الطارئة عقد الالتزام وعقد التوريد مثلاً.

إذ قد يطرأ أثناء تنفيذ تلك العقود أن تجد ظروف عامة لم تكن متوقعة عند تحول عند تنفيذها بالشروط المتفق عليها بين الطرفين المتعاقدين، وقت إبرام العقد بحيث تهدف إلى قلب توازنها المالي رأساً على عقب وجعل تنفيذها مرهقاً عليها، وعلى ذلك هل يترك المدين المرهق تحت رحمة الظروف، واجباره على الالتزام بتنفيذ شروط العقد كما اتفق عليها، حتى ولو أدى به ذلك الأمر إلى العجز الكامل.

إن الأصل في القانون المدني أن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تبديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون. ومن ثم فإن المدين بالاستمرار في تنفيذ التزاماته بالرغم من الظروف الطارئة التي تجعل تنفيذ العقد ولا يعفيه من ذلك إلا الأسباب التي يقرها القانون، ومنها القوة القاهرة التي تجعل التنفيذ مستحيلاً وعندها يتحلل المدين المرهق من التزاماته بفسخ العقد.

ويلاحظ أنه في مجال القانون الإداري إذا أخذنا بهذا المبدأ المدني المقرر المعقود سنصل إلى نتائج لا تكون في مصلحة أحد، فهو يضر بمصلحة المتعاقد ويهدده بالانهايار الكامل، كما أنه ليس في مصلحة المرفق العام الذي يتوقف وتلك نتيجة بالغة متطورة بالنسبة للجمهور، ومن أجل تفاوت هذه النتيجة اتجه مجلس الدولة الفرنسي إلى خلق قواعد جديدة مستمدة من مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد، والتي من شأنها إلزام الإدارة المتعاقدة بمد يد المساعدة المالية للمتعاقد معها، الذي يعرف بتعويض الظروف الطارئة أو تعويض الأعباء التي تجاوزت العقد واحتمالاته بقصد إعادة التوازن المالي للعقد.

ولذلك ظهرت نظرية بوجه عام إذا طرأت خلال تنفيذ العقد ظروف استثنائية خارجية عامة لم يكن في الوسع توقعها عند إبرامه، وترتب على حدوثها إن اختل التوازن المالي للعقد

اختلالاً خطيراً، أن تنفيذ الالتزام دون أن يصير مستحيلاً أصبح اشد إرهاقاً أو أكثر تكلفة على وجه يتجاوز القدر الذي كان الطرفان يتوقعانه جاز للمتعاقد الذي أضر من هذه الظروف مطالبة الطرف الآخر المساهمة معه في تحمل النتائج المترتبة على ازدياد الأعباء الناشئة من تلك الظروف. ويسري هذا الحكم سواء كان الطرف الذي أضر من الظروف الطارئة هو جهة الإدارة أو المتعاقد معها، ولكن الغالب أن يقع الضرر من هذه الظروف على المتعاقد مع الإدارة لأنه في غالب العقود الإدارية هي الملتزم بتقديم الخدمة أو السلعة.

ولكن عندما نشبت الحرب العالمية الأولى ارتفعت أسعار الفحم ارتفاعاً فاحشاً تجاوز الحد الأقصى الذي توقعه الطرفان وقت إبرام العقد، فبينما كان طن الفحم يكلف 23 فرنكا قبل الحرب، أصبح يكلف 117 فرنكا أثناء الحرب.

فلما تأكدت الشركة الملتزمة، إنها لن تستطيع تسيير مرفق الكهرباء إلا بتحمل خسائر فادحة تهدد بالتوقف، تقدمت بطلب إلى بلدية بورديو وبآخر إلى مجلس المحافظة فيما بعد، تطلب فيه السماح لها بزيادة أسعار الغاز بما يتفق ويتناسب مع الزيادة التي طرأت على أسعار الفحم. غير أن البلدية ومجلس المحافظة رفضا طلبها قاطعاً تأسيساً على نص المادة 1134 مدني فرنسي¹ الذي يقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز تعديله ولا نقضه إلا باتفاق الطرفين أو لاستحالة تنفيذ الالتزام إذ إن تنفيذ الالتزام بالنسبة لها لم يصبح مستحيلاً وان ارتفاع أسعار

الفحم لا يمنعها من الحصول عليه طالما أنه متوفر في الأسواق، غير أنه لما عرض الموضوع على مجلس الدولة الفرنسي قضى فيه بمراجعة شروط العقد بسبب ما طرأ من زيادة على أسعار الفحم، وقرر المجلس جملة من المبادئ التي تنظم الطريق التي يتعين إتباعها

1- المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي قبل فبراير 2016: "الاتفاقات المبرمة قانونياً تحل محل القانون لمن أبرمها. لا يجوز إلغاؤها إلا بموافقتهم المتبادلة، أو لأسباب يصرح بها القانون. يجب أداؤها بحسن نية."

بشأن مراجعة العقود الإدارية بسبب الظروف الطارئة وينبغي أن نبرز بعضاً من هذه المبادئ فيما يلي:

صحيح أن القانون لا يقضي بفسخ العقد إلا إذا أصبح التنفيذ مستحيلاً استحالة مطلقة بقوة قاهرة ولكن مبدأ استمرار وانتظام المرافق العامة يتطلب في حالة ما إذا أصبح التنفيذ مرهقاً إن تتدخل الجهة الإدارية مانحة الالتزام بمد يد العون إلى الشركة الملتزمة حتى تستطيع مواصلة تنفيذ التزاماتها وتوفير خدمات المرفق العام وحتى لا يضار جمهور المنتفعين من توقف هذا المرفق الحيوي.

الفصل الثاني

الآثار المترتبة على الإختلال

المالي للعقد الإداري بالنسبة

للمتعاقد

الفصل الثاني: الآثار المترتبة على الاختلال المالي للعقد الإداري بالنسبة للمتعاقد

قد تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري بعض الظروف التي لم تكن متوقعة أثناء إبرامه وتؤدي إلى تعريض المتعاقد لخسارة مالية فادحة وغير طبيعية في حال استمراره في عملية التنفيذ في ظل هذه الظروف، الأمر الذي يوجب على الإدارة المتعاقدة مساعدته اقتصاديا ضمانا لاستمرار حسن سير المرفق العام بانتظام تحقيقا للمصلحة العامة، وهو ما قرره القضاء الذي من خلال نظرية الظروف الطارئة أقترح المتعاقد في التعويض عن جزء من الخسائر التي لحقت به.

ويقصد بنظرية الظروف الطارئة أن تحدث عقب إبرام العقد الإداري وقبل نهاية تنفيذه ظروف عامة غير متوقعة خارجة عن إرادة المتعاقدين ولا يمكن دفعها، ويكون من شأنها إرهاب المتعاقد بحيث تلحق به خسارة فادحة، فيكون من حقه أن يطلب من قاضي العقد الإداري إعادة التوازن المالي لهذا العقد من خلال تعويضه عن الأضرار التي لحقت به¹.

وقد يجد المتعاقد نفسه في بعض الأحيان بين مطرقة الظروف الطارئة التي لم تكن مدرجة ضمن توقعاته عند إبرامه للعقد الإداري والتي تهدده بخسارة مالية فادحة وسندان العقوبات الإدارية العقابية في حالة امتناعه عن الاستمرار في تنفيذه، الأمر الذي يحتاج إلى موازنة قانونية للخروج من هذه الوضعية الحرجة التي تشكل تهديدا لحسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد.

وإذا ما توافرت جميع الشروط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، فإنه يترتب عليها أثر جد مهم بالنسبة للمتعاقد وهو حصوله على مساعدة المصلحة المتعاقدة لتجاوز الظروف الطارئ ضمانا لحسن سير المرفق العام بانتظام، وفي حالة رفض الإدارة المتعاقدة الاستجابة لطلب

1- سحر جبار يعقوب، 2008 فسخ العقد الإداري لاستحالة التنفيذ بسبب الظروف الطارئة مجلة الدراسات الكوفة العدد السابع ص 148

المتعاقد معها في الحصول على التعويض فإنه بإمكانه اللجوء إلى قاضي العقد من أجل الحصول على هذا التعويض.

وعليه سنتطرق في هذا الفصل إلى دراسة الآثار المترتبة على الاختلال المالي للعقد الإداري بالنسبة للمتعاقد وهذا من خلال مبحثين، المبحث الأول بموضوع التعويض الكامل كأداة لإعادة التوازن المالي، ثم نتطرق بعد ذلك لأساس التعويض الجزئي في نظرية التوازن المالي للعقد.

المبحث الأول التعويض الكامل كأداة لإعادة التوازن المالي

حماية لحقوق المتعامل المتعاقد يكاد ينعقد إجماع الفقه والقضاء على أن تطبيق آلية فعل الأمير، يترتب أثارا تتقدمها ضرورة إعادة التوازن المالي المختل للعقد الإداري بسبب فعل الأمير وذلك بمنح هذا الأخير تعويضا كاملا.

المطلب الأول: التعويض الكامل على أساس نظرية التوازن المالي

يترتب على تطبيق النظرية عمل الأمير أثر قانوني أساسي يتمثل في ضرورة إعادة التوازن المالي للعقد، الذي اختل توازنه من جراء العمل الصادر من السلطة الإدارية العامة وذلك بتعويضه تعويضا كاملا¹، ويمكن أن يتولد عن عمل الأمير بعض النتائج الأخرى لا تقل أهمية بالنسبة للمتعاقد عن الأثر الرئيسي وهذه النتائج هي:

إذا أدى عمل الأمير إلى استحالة التنفيذ، فيمكن اعتباره كما لو كان قوة قاهرة كصدور تشريع يمنع استيراد مادة أولية كانت محلا للتعاقد بين الإدارة والمتعاقد معها، ولا يمكن الحصول عليها إلا بهذا الطريق من خارج البلاد، الأمر الذي يترتب عليه إعفاء المتعاقد من التزاماته بالتنفيذ.

¹ - عمار عوادي، دروس القانون الإداري، المرجع السابق ص 277 - 278.

وقد لا يؤدي عمل الأمير إلى استحالة التنفيذ بل يجعله عسيرا مما يبرز التأخر في التنفيذ، ويمكن اعتباره عذرا يعفي المتعاقد من غرامات التأخير في التنفيذ.

فان من حق المتعاقد إذا ما ترتب على عمل الأمير صعوبات في التنفيذ لا تتحملة إمكانياته المادية والفنية، أن يطالب بفسخ العقد¹. إن عملية إبرام الملحق التابع للصفحة العمومية تهدف في الحقيقة إلى تحقيق عدة نتائج وأهداف في إطار الاتفاق الحاصل بين الطرفين المتعاقدين، قصد التسوية الودية لأي مشكل يمكن أن يثار أثناء التنفيذ.

وعموما فإن قرار المصلحة المتعاقدة باتخاذ تدابير واجراءات تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية للعقد الإداري وجب إفراغه في ملحق خاص بها على سبيل الإلزام، وذلك بمقتضى المادة 90 التي قررت كذلك ضرورة إبرام الملحق حتى في حالة تقادم أو تخفيض حجم الادعاءات بنسب محددة، دون المساس في كل الأحوال بجوهر العقد الأصلي.

وبذلك فإنه عند تكليف المتعامل المتعاقد بأعمال إضافية أو أعمال غير متوقعة أو اتخاذ تدابير تزيد أو تخفض من أداؤه، كان لازما إبرام ملحق يكون الغرض منه إعادة التوازن المالي المختل وذلك موازنة الحقوق المتعامل المتعاقد في اتجاه الالتزامات الجديدة خلال الآجال التعاقدية.

وإذا كان لا يمكن إبرام الملحق وعرضه على هيئة الرقابة الخارجية للعقود المختصة إلا في حدود آجال التنفيذ التعاقدية، فإنه استثناء يمكن أن يبرم الملحق خارج الحالات السابقة عندما يكون مثلا عديم الأثر المالي، ويتعلق بإدخال أو تعديل بند تعاقدية أو أكثر باستثناء البنود المتعلقة بآجال التنفيذ².

¹ - فؤاد مهنة، مبادئ وأحكام القانون الإداري، 1975، ص 795.

² - زمال صالح، مبادئ تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري، قراءة في أحكام نص المادة 209 من المرسوم الرئاسي 247/15، العدد 32، حوليات جامعة الجزائر 1 سنة 2018، ص 505

وعليه فإن عملية إبرام الملحق كتأطير لسلطة التعديل في إطار التدابير والإجراءات التي تصدرها المصلحة المتعاقدة والتي تتوفر فيها شروط تطبيق آلية فعل الأمير، يمكن لها أن تساهم في إعادة التوازن المالي للصفقات العمومية وديا واختصار طول إجراءات التسوية القضائية لإعادة ذلك التوازن.

حيث غالبا ما تتفق الأطراف المتعاقدة على تضمين بند الصفقة على ضرورة إبرام ملحق عندما تزيد أو تنخفض حجم الأداءات بنسبة معينة أو يحدث تعديل بند من البنود التعاقدية¹ وذلك محاولة لإعادة التوازن المالي للعقد بإدخال تعديلات على بنود العقد الأصلي، وأخذ الالتزامات الجديد بعين الاعتبار عند تحديد المزايا المالية التي ينبغي أن يقتضيها المتعامل المتعاقد كي يمكنه الاستمرار في التنفيذ دون إرهاق.

الفرع الأول: أساس التعويض

اختلف الفقه حول القانون الأساسي الذي يسند إليه التعويض الكامل عن الضرر المترتب نتيجة لعمل الأمير.

الفقرة الأولى: نظرية الإثراء بلا سبب

يعتبر الإثراء في حد ذاته واقعة قانونية، إذا من خلالها يجعل أن يثري شخص ما فترداد ذمته المالية على حساب شخص آخر، فهي إما أن تكون مبنية على أساس ويكون لها سبب مشروع كما في إثراء الموهوب، الذي يتسلم هدية، أو في إثراء البائع الذي يقبض لقاء ثمن البيع مبلغا يفوق قيمة هذا المبيع، واما أن يفترق هذا الإثراء إلى مبرر قانوني ولا يعتمد على سبب مشروع كما في إثراء من يقبض مبلغا من المال دون وجه حق مثل الشخص الذي يأخذ مال الغير باعتباره دائما لهذا الأخير إلا انه ليس كذلك.

¹ - محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2005، ص74.

أولاً: فكرة المسؤولية التعاقدية للإدارة

وهذا الفريق من الفقهاء يأخذ بفكرة المسؤولية التعاقدية بلا خطة كأساس للالتزام الإدارية بالتعويض من جراء عمل الأمير ذلك إن من طبيعة العقد الإداري أن تلتزم الإدارة بتعويض المتعاقد معها كلما تدخلت تدخلًا من شأنه أن يخل بالتوازن المالي للعقد¹.

ويشير الطماوي أن المسؤولية التعاقدية بلا خطأ هي مسؤولية لا تتساوى مع المبادئ المسلم بها في القانون الخاص لأن المسؤولية التعاقدية في القانون المدني تفترض إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته المتولدة عن العقد، في حين إن عمل الأمير لا يتضمن من جانب الإدارة أي إخلال بالتزاماتها التعاقدية، ويضمن الأستاذ الطماوي بأنه من الأسلم الأخذ بفكرة التوازن المالي للعقد، باعتبارها من خصائص العقد الإداري².

وفي تقديري إن هذا الرأي معيب، ذلك لأنه لا يمكن تأسيس التزامات الإدارة بإعادة التوازن المالي على أساس الخطأ، لأن الإجراءات التي تعطى الحق في التعويض في هذه الحالة هي إجراءات مشروعة، أضف إلى ذلك إن شروط تطبيق نظرية عمل الأمير، إلا تكون جهة الإدارة المتعاقدة هي أخطأت حين اتخذت الإجراءات الضار، وهذا ما يفقد المسؤولية التعاقدية ركنًا هامًا من أركانها المتمثل في الخطأ، حيث أنها تقوم على الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما.

أ- نظرية التوازن المالي للعقد

يؤسس الرأي الراجح من الفقه التعويض على أساس نظرية التوازن المالي للعقد، مع العلم أن هؤلاء الفقهاء لم يسلموا بفكرة التوازن المالي للعقد مستقلة عن نظرية عمل الأمير، وعلى ذلك فالإدارة ملزمة بإعادة هذا التوازن كلما اختل بسبب تصرفها.

1 - BADAOUI Saroit, thèse La théorie du fait du prince, dans les contrats administratifs en droit français et en droit égyptien, université de Paris, année 1955, thèse précitée, p 108.

² - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 651.

وهو كمقابل لحقها في التعديل فان للمتعاقد الحق في أن يعرض عن كل ضرر يصيبه بسبب عمل الأمير.

إن الغرض من تعويض المتعاقد عما لحقه من ضرر من جراء عمل الأمير هو إعادة التوازن المالي للعقد الأمر المفترض في كل عقد إداري ومن حق المتعاقد مع الإدارة أن يعرض على مقتضاه دون حاجة إلى النص على ذلك في العقد، وهذا أمر تقتضيه اعتبارات الصالح العام.

وفي الحقيقة نتساءل لماذا يتكلم هؤلاء الفقهاء عن فكري الإثراء بلا سبب والمسؤولية التعاقدية للإدارة كأساس للتعويض الكامل، طالما أن هناك من الإجراءات ما يصدر عن غير الجهة الإدارية المتعاقدة، فأين تكمن الرابطة التعاقدية بين المتعاقد المضرور من تلك الإجراءات والسلطة العامة غير المتعاقدة، هذا حتى ولو سلمنا بإقرار فكرة المسؤولية التعاقدية بلا خطأ هذا من جهة، ومن جهة أخرى أي أثرا تحققه الإدارة من وراء الإجراءات العامة ذات الطابع الاجتماعي، لان التسليم بهاتين المقولتين يؤدي الى استبعاد التعويض على أساس عمل الأمير.

وفي نظر (صدارتي صدارتي) أن فكرة التوازن المالي للعقد كافية لان تكون أساس لتعويض المتعاقد مع الإدارة عن الضرر الذي أصابه من جراء عمل الأمير، لكونها تتطابق مع نية الأطراف المتعاقدة، وكذلك مع مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، وفي ذلك تحقيقا للصالح العام.

كما أن القاعدة بالنسبة للتعويض على أساس التوازن المالي للعقد، أنه إذا لم يكن مقداره متفق عليه في العقد فإن جهة الإدارة لا تستطيع أن تستقل بتقديره، بل يقدر قاضي العقد اعتبارا بأنه ينشأ من تكاليف غير متوقعة، وان كل ما هو غير متوقع يعتبر خارجا عن نطاق العقد، فلا تطبق عليه شروطه، ولتعبير عدم التوقع في هذه الخصوصية معنى خاص بها، هو

أن التكاليف الزائدة التي تلقى على عاتق المتعاقد تعتبر غير متوقعة مادام أنها ليست جزء من الاتفاق، معنى أنه لا يقابلها في شروط العقد أي تقدير والمحكمة إنما تقدر هذا التعويض طبقاً للقواعد المقررة في القانون الإداري في هذا الشأن وهو يشمل عنصرين:

الأول: ما لحق المتعاقد من خسارة.

الثاني: ما فات المتعاقد مع الإدارة من كسب.

وبذلك يتميز التعويض على أساس نظرية عمل الأمير عنه على أساس نظرية الظروف الطارئة، في أن الأول تعويض كامل وفي الثاني يكون جزئياً¹.

وقد طبقت هذا المبدأ محكمة القضاء الإداري المصرية حيث أشارت إلى أنه تأسيساً على نظرية التوازن المالي للعقد يكون للمتعاقد تعويض كامل عن جميع الأضرار التي لحقت، وقد رددت هذه المحكمة ذات المبدأ في حكم لاحق طبقاً لنظرية عمل الأمير تلتزم الإدارة بتعويض المتعاقد معها عن جميع الأضرار التي تلحق من جرائه، بما يعيده التوازن المالي للعقد.

أما القاعدة بالنسبة للتعويض على أساس التوازن المالي للعقد، فإنه إذا لم يكن مقداره متفق عليه في العقد فإن جهة الإدارة لا تستطيع أن تستقر بتقديره، بل يقدره قاضي العقد اعتباراً بأنه ينشأ من تكاليف غير متوقعة، وإن كل ما هو غير متوقع يعتبر خارجاً عن نطاق العقد، فلا تطبق عليه شروطه ولتعبير عدم التوقع في هذه الخصوصية معنى خاص بها، هو أن التكاليف الزائدة التي تلقى على عاتق المتعاقد تعتبر غير متوقعة مادام أنها ليست جزءاً من الاتفاق، معنى أنه لا يقابلها في شروط العقد أي تقدير والمحكمة إنما تقدر هذا التعويض طبقاً للقواعد المقررة في القانون الإداري في هذا الشأن .

1- حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، الصادر في 30/06/1957، رقم 117

قضاء مجلس الدولة الفرنسي استقر على هذا المبدأ ابتداء من حكمه الصادر في 1918، بشأن قضية وزارة البريد والمواصلات، أي أن يشمل التعويض على عنصرين الضرر، من حق المتعاقد من خسارة وما فاته من كسب.

ذلك إن الإدارة لا تستطيع أن تجهل المتعاقد معها يعمل بدون مقابل، فهو لم يقدم للمتعاقد معها إلا بهدف تحقيق بعض الربح، ومن ثم يجب أن تضمن له بعض المكاسب، إلا أن هذا الكسب يجب أن لا يخالف قاعدة، التعويض لا يمكن أن يتجاوز حجم الضرر الحقيقي، فلا يستطيع أيا كان أن ينكر واقعة أن المتعاقد لم يؤد العمل الذي كان سيحقق له الكسب المفقود وعلى ذلك تقضي العدالة والقانون أن يخصم من الكسب تلك الاستغلاليات المختلفة للألات والمعدات، وما تكون قد عادت عليه بربح من مشروعات أخرى وتلك نتيجة منطقية حتى لا تكون المصلحة النهائية للمبالغ التي عادت على المتعاقد، تزيد من مقدار الضرر الذي لحق به جراء عمل الأمير مما تقدم يتبين أن من حق المتعاقد ضمان التوازن المالي للعقد على أساس عمل الأمير وذلك بتعويضه تعويضا كاملا عن الخسائر الفعلية التي تكبدها، ليتمكن من مواجهة الصعوبات غير المتوقعة والاستمرار في الوفاء بالتزاماته، واما فاتته من كسب اعتبارا أن من حقه أن يعوض على ربحه خلال عن عمله ورأسماله، إحقاقا للعدالة ومبدأ مساواة المواطنين أمام تحمل الأعباء العامة.

المطلب الثاني: الاستثناءات عن التعويض الكامل وذكره استبعاده

نجد بان مجلس الدولة الفرنسي قد حكم في قضية "تانتني" حيث قضى بأنه (ينتج من الدعوى إن ازدياد أعباء المشرع لا يمكن إرجاعها فقط إلى القرار الجديد من الحاكم العام، فإن كل الضرر الذي أصاب المورد لا يمكن أن تتحمله الإدارة.

ولنا أن نتساءل عن الجهة التي تضطلع بتقدير الضرر وعن تاريخ تحققه، وقيمة التعويض وأيا ما كان الأمر، فإن قيمة التعويض يجب أن تغطي الضرر الحقيقي الذي لحق بالمتعاقد، والتاريخ الذي يعتمد به لتقدير الضرر هو تاريخ تحققه، وليس من الوقت الذي أجريت فيه الخبرة من أجل تقديره.

وأما قيمة التعويض فيحددها قاضي العقد، وليس جهة الإدارة التي تقوم بتحديدته، وللقاضي الاستعانة بأهل الخبرة لأن مهمته صعبة ودقيقة، وقد يعتبر كافيا ذلك التعويض الذي اتفق عليها الأطراف، حتى ولو كان جزافيا.

وهذا ما جسده محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في 30 جويلية 1957¹، حيث حرصت على أن (... جهة الإدارة لا تملك أن تستقل بتقديره، بما يقرره قاضي العقد، اعتبارا بأنه ينشأ تكاليف غير متوقعة).

تظهر هذه الحالة عندما تضمن الإدارة العقد شرطا يقضي بعدم مسؤوليتها قصد المتعاقد، في الواقع أنه لا يتصور عملا أن يقبل أي متعاقد مثل الشرط، يتنازل عن حقه في المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تصيبه أثناء التنفيذ نتيجة عمل الأمير.

الفرع الأول: الحالات الاستثنائية التي يستبعد فيها التعويض الكامل

إن قاعدة إقرار التعويض الكامل لصالح المتعامل المتعاقد لإعادة التوازن المالي للعقود الإدارية استنادا لفعل الأمير، قاعدة أجمع عليها الاجتهاد القضائي الإداري، غير أن هذه القاعدة لا تؤخذ على إطلاقها بل ترد عليها استثناءات، لأجل ذلك رأينا أنه من اللازم استكمالاً لأحكام التعويض الكامل استنادا لفعل الأمير، التعرض لدراسة الخلية المتعلقة بهذه الاستثناءات والتي سنوردها تبعا فيما يأتي:

1- حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، الصادر في 1957/06/30، مشار إليه سابقا

أ- حالة مساهمة المتعامل المتعاقد بخطئه في إحداث الأضرار المترتبة عن فعل الأمير والتسبب في زيادتها

ولعل هذه الحالة كنا قد أشرنا إليها سابقاً، فقط أنه لا يمكن صرف التعويض الكامل للمتعامل المتعاقد، المتضرر من فعل الأمير المسبب لاختلال التوازن المالي للعقود المبرمة إذا كان خطأ هذا الأخير هو الذي تسبب في أحداث هذه الأضرار¹، فضلاً على أنه إذا كان فعل الأمير قد صدر فعلاً وسبب أضرار معينة، إلا أن خطأ وإهمال المتعاقد تسبب في تقادم تلك الأضرار، فإن القاعدة تقتضي أن يحرم المتعاقد من صرف التعويض الكامل تطبيقاً للقواعد العامة في التعويض.

ب- حالة فسخ الصفقة العمومية بسبب العمليات الحربية

وقد استقر القضاء الإداري المقارن في هذه الحالة، على تحديد التعويض الذي يصرف للمتعامل المتعاقد على الأضرار الفعلية المترتبة عن الفسخ، دون الأخذ في الاعتبار ما فات المتعاقد من كسب لو أن الصفقة العمومية لم تفسخ، إذ أن الظروف المحيطة بحالة الفسخ والمتعلقة أساساً بحالة الحرب هي الأساس²

ث- حالة الاتفاق التعاقدية على إعفاء المصلحة المتعاقدين من المسؤولية بسبب فعل الأمير

ونذكر هنا أن الفقهاء يميزون بشأن هذه الحالة التي يستبعد فيها التعويض الكامل بين وضعيتين:

1- وبشأن هذه الحالة التي يتم فيها اتفاق كلا من المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد على إي ارض شرط إعفاء المصلحة المتعاقدة من المسؤولية بسبب فعل الأمير ضمن البنود التعاقدية في الصفقة والتميز بين حالات الاستبعاد المطلق والاستبعاد النسبي: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 655.

2- محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص 123-124.

أولهما: اشتراط الاستبعاد المطلق للمسؤولية بسبب فعل الأمير

حيث يجمع الفقه الإداري على عدم مشروعية هذا الشرط، وبالتالي يقع باطلا كل اتفاق حول إعفاء المصلحة المتعاقدة من يحمل آثار الأضرار المترتبة عن فعل الأمير، لأنه لو أقرت مشروعية هذا الشرط لما أمكن للمتعاقد المطالبة بإعادة التوازن المالي للصفقة المبرمة وبقائه تطبيقا لذلك الشرط أسير الإرهاق في التنفيذ، مما تترتب عنه حتما انعكاسات تتعلق أساسا باضطراب مبدأ سير المرافق العامة بانتظام، فضلا عن إلحاق أضرار بالمتعاقد، لم يتسبب في إحداثها أو في تقاوم أضرارها، مما يسفر عن وضع تاباه قواعد العدالة.

ثانيهما: اشتراط الاستبعاد النسبي للمسؤولية بسبب فعل الأمير

ومقابلة للحالة السابقة يمكن أن تثار حالات أخرى تتضمن استبعادا نسبيا للمسؤولية بسبب فعل الأمير وصورة ذلك مثلا أن ينصب الإعفاء من المسؤولية على إجراء معين، حيث يذهب الفقه الإداري في موازنة هذا الاشتراط إلى اعتباره مشروع، لا سيما إذ أخذ الطرفان المتعاقدان في حسابهما إجراء محتمل الوقوع، وضمنا للصفقة العمومية بندا يقضي بتحمل تبعات ذلك الإجراء.

وعطفا على ذلك كان لزاما على المتعاقد المتعاقد إذ وافق على استبعاد أثر إجراء معين، أن يضع أثره في حسابانه عند تقدير مزاياه المالية، إذ يغدو هذا الإجراء متوقعا من حين لآخر وبذلك لا يمكن الحديث عن اختلال التوازن المالي للصفقة المبرمة عند صدوره، لأن المتعاقد قد أخذ في حسابه آثار هذا الإجراء عند تقدير ثمن صفقته.

إلا أنه يمكن أن نستدرك عقب هذه الحالات الاستثنائية التي يستبعد فيها التعويض الكامل بسبب فعل الأمير، وربطها مع موضوع الدراسة، فإنه في واقع الصفقات العمومية والتي يكون محلها في غالب الأحوال مشاريع هامة، يتعرض تنفيذها لمخاطر إدارية كبيرة

سواء من لدن المصلحة المتعاقدة أو السلطات الوصاية عليها، الأمر الذي لا يجعلنا نتصور اتفاق المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة على إيراد بنود تعاقدية في غير صالحه، بل أن الممارسة العملية تثبت أن هذا الأخير يتحرى دوما الاتفاقات والبنود التي تضمن مكاسبه، وتحافظ على حقوقه وامتيازاته لا سيما المالية منها.

وشرحا لما تقدم فإن فعل الأمير يعتبر أحد الأسباب المهمة التي تؤدي إلى اختلال التوازن المالي للصفقات العمومية تتطلب الاستفادة من آثاره توافر عدة شروط، وإذا كان حقيق على المصلحة المتعاقدة أن تصرف تعويضا كاملا للمتعاقد معها بدلا عن الضرر الناجم عن فعلها وإعادة للتوازن المالي الذي اختل بسببه، فإنه تستثني حالات معينة من إلزام المصلحة المتعاقدة بصرف ذلك التعويض الكامل استقر عليها الفقه والقضاء الإداريين.

وقد خلصنا في هذا المجال أيضا إلى موقف القضاء الإداري الجزائري من فعل الأمير حيث اعتبره سببا من أسباب اختلال التوازن المالي للصفقات العمومية، ورغم ندرة الأحكام إلا أن مجلس الدولة الجزائري قد كانت له الفرصة لبيان حقيقة التعويض والعناصر التي يعتمد عليها في تحديده، لا سيما ما تعلق منها بالخسارة اللاحقة والكسب الضائع، مؤسسا تعويضه على مبدأ التوازن المالي.

المبحث الثاني التعويض الجزئي في نظرية التوازن المالي للعقد

إذا كان من حقوق المتعاقد الأساسية حق ضمان التوازن المالي للعقد، فإن ذلك لا يعني أن يضمن له استغلالا متوازنا أو ربحا وإنما حقه فقط في الإبقاء أو الحفاظ على التعادل أو التوازن النسبي بين حقوقه والتزاماته، كما توقعها وقت إبرام العقد.

وإذا كانت الطريقة للظروف الطارئة من بين الأسباب التي يختل بها التوازن المالي للعقد، فإنها تعتبر وسيلة لإعادة هذا التوازن المختل، متى توافرت شروطها عن طريق تعويض المتعاقد تعويضا جزئيا لمواجهة الظروف غير العادية والمؤقتة، حتى يستطيع الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية، ويتسنى للمرفق العام السير بانتظام واستمرار، وبالتالي إشباع حاجات الجمهور فتحقق الصالح العام¹.

وهي حالة مؤقتة لمواجهة مخاطر غير عادية أو أزمات مؤقتة، لتمكين أطراف العقد من اجتياز المرحلة الصعبة التي سببتها الظروف الطارئة، والعودة الى الحالة التعاقدية الطبيعية، ومن ثم فلا يمكن تطبيق النظرية متى كان الطرف الطارئ أثرا دائما على العقد وليس من المنتظر أن يزول مستقبلا، فعندئذ يحق لطرفي العقد طلب فسخه من قبل قاضي العقد، لتعذر تعديله بما يساير الظروف الجديدة.

المطلب الأول: حق المتعاقد في الحصول على معاونة الإدارة

إذا توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة فالمتعاقد الذي أختلت اقتصاديات عقده الحق في الحصول على معاونة الإدارة لتمكينه من الوفاء بالتزاماته كاملة ذلك لكون الطرف الطارئ لا يحزر المتعاقد من التزاماته لأن هذا الالتزام إذا كان مرهقا فإنه ممكن.

ومن ثم يتعين على المتعاقد الذي يريد أن يستفيد من نظرية الظروف الطارئة أن يواصل تنفيذ التزاماته رغم الطرف الطارئ، طالما أن التنفيذ في ذاته ممكنا إلا إذا تحولت الظروف الطارئة الى قوة قاهرة تحول دون تنفيذ.

1- سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 681.

وإذا توقف المتعاقد عن تنفيذ التزاماته استناداً إلى الظروف الطارئة فإنه يعرض نفسه لتحمل غرامات التأخير ولا يغيره الأمر الاحتجاج بالظروف الطارئة¹.

وقد يحدث أن تتحول الظروف الطارئة إلى قوة قاهرة خلال مدة قصيرة، عندما يكون للمتعاقد أن يتوقف عن التنفيذ في تلك الفترة، ويتعين عليه أن يعاود التنفيذ بعد زوال القوة القاهرة ولا يحق له الاستناد إلى نظرية الظروف الطارئة لطلب التعويض.

ونشير في هذا الصدد بأن سلطان القاضي في مواجهة الظروف الطارئة في القانون الإداري، تختلف عنها في القانون المدني، حيث أن القاضي في مجال القانون المدني يستطيع رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول في حين أن القاضي في نطاق القانون الإداري لا يستطيع سوى الحكم بالتعويض.

الفرع الأول: سلطات القاضي في تعديل العقد

أولاً: الموازنة بين سير المرفق العمومي بانتظام ومصصلحة المتعاقد مع الإدارة

يملك القاضي المدني في ظل قواعد القانون الخاص تعديل التزامات طرفي العقد وردها إلى الحد المعقول بما يضمن إعادة التوازن المالي للعقد، غير أن هذه السلطة لا يملكها قاضي العقد الإداري، وإنما يملك فقط سلطة الحكم بالتعويض عن الخسائر التي لحقت بالمتعاقد من جراء الظروف الطارئة التي واجهته أثناء عملية التنفيذ. ويرجع أساس ذلك إلى مبدأ أساسي في القانون الإداري يتمثل في عدم إمكانية القاضي الإداري توجيه أوامر إلى الإدارة، لأن منح هذه السلطة يعني إلزام الإدارة المتعاقدة بتعديل بعض الشروط التي وضعتها في العقد الإداري تحقيقاً للمصلحة العامة.

1- سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 688.

غير أن مجلس الدولة الفرنسي و عن طريق الحيلة استطاع أن يبتكر حلا وسطا في قراره الصادر بتاريخ 30 مارس 1916 (قضية Compagnie générale « d'éclairage de Bordeaux »)¹، يستطيع من خلاله المحافظة على قواعد اختصاصه مع محاولة تعديل بنود العقد الإداري بما يعيد له توازنه المالي، ويتمثل هذا الحل في دعوة طرفي العقد الإداري إلى محاولة الوصول إلى اتفاق ودي لتعديل الالتزامات العقدية، وما على القاضي إلا إفراغه في حكم قضائي، أما في حالة عدم التوصل إلى اتفاق فإنه لا يكون أمام القاضي سوى الحكم بالتعويض، والذي بإمكانه أن يدخل عند تقدير قيمته، مدى مساهمة أو تعنت الأطراف في الوصول إلى اتفاق ودي بتعديل شروط العقد².

ثانيا: رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول

نصت المادة 03/107 من القانون المدني الجزائري، صراحة على دور القاضي على أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة ولم يكن في الوسع توقعها جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

وبالبناء على هذا النص، نستطيع القول بأن المقصود برد الالتزام هو إما إنقاص الالتزام المرهق أو زيادة الالتزام الآخر المقابل للالتزام المرهق، وأما وقف تنفيذ العقد الى حين، فمفهوم الرد لا يخول للقاضي في أن يقضي بفسخ العقد مهما كانت حدة الظروف الطارئة على الأقل على أساس المادة 3/107 التي تشجع البحث على سبل الإبقاء على العقد.

وتجدر الإشارة إلا أن رد الالتزام إلى الحد المعقول، لا يكون إلا بالنسبة للحاضر ولا شأن له بمستقبل العقد لأنه غير معروف،³

1- نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية - دراسة مقارنة- منشورات زين الحقوقية الطبعة الأولى، لبنان، ص 734

2 إبراهيم الشارف الطاهر توفوق، 2010 ، الصعوبات التي تواجه تنفيذ العقد الإداري - دراسة مقارنة-، دار المطبوعات الجامعية مصر ص 166

3- سليمان مرقس، أصول الالتزامات، لقاها مطابع دار النشر للجامعات المصرية ج 1، ص 364.

فقد يزول أثر الحادث الطارئ فيعود العقد إلا ما كان عليه قبل التعديل، وقد تجد بعد لتعديل حوادث طارئة أو يشتد الطارئ الأول أو يخفف فليس ثمة ما يمنع القاضي من إعادة النظر في التعديل الذي قضى به بالزيادة أو النقصان،¹ ذلك هو دور القاضي في مجال القانون المدني، فما هو دوره في نطاق القانون الإداري؟

ثالثاً: الحكم بالتعويض

رأينا أن دور القاضي في نطاق القانون المدني بشأن أحكام نظرية الظروف الطارئة يقتصر على تعديل الالتزام 3/107 ولا يحق له بأية حال فسخ العقد، فإن دور القاضي في مجال القانون الإداري، حسب ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي ابتداء من حكمه في قضية غاز بورديو ينحصر في الحكم بالتعويض فقط، ولا يجوز له تعديل العقد، الآن هذا التعديل من اختصاص الأطراف المتعاقدة وقضاء المجلس مضطر على تأكيد هذا المبدأ.

والحكم على الإدارة المتعاقدة بمبالغ كبيرة للتعويض يشكل وسيلة ضغط غير مباشرة وفعالة لدفعها إلى اللجوء إلى التسوية الودية، وللقاضي أيضاً دعوت طرفي العقد إلى تعديله لمواجهة الظروف الجديدة التي ترتب عليها صعوبة تنفيذه بالشروط المتفق عليها وقت إبرامه، حيث المتعاقد بمقتضاها مهدد بخسارة فادحة وذلك بعقد اتفاق جديد في ما بينهما بإعادة النظر في شروط العقد الأصلية بما يكفل إعادة التوازن المالي له، فإذا فشل الطرفان في الوصول إلى هذا الاتفاق فليس أمامه - أي القاضي - إلا سبيل واحد و هو سبيل الحكم بالتعويض، وذلك بعد أن يتحقق تماماً من عدم وجود أي اتفاق مجدد بين الطرفين المتعاقدين حول تلك الظروف الطارئة.²

1 عبد الرزاق السنهوري، ج 1، المرجع السابق، ص 648

2 سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 691.

ويمكن تبرير مسلك الدولة الفرنسي هذا، حسب ما يراه الأستاذان "لوبادير" و"الطماوي" على الأسس التالية:

أ- إن مهمة القاضي كقاعدة عامة، هي تفسير العقود وتطبيق أحكامها، لتعديل شروطها . وهذه القاعدة أساسية لا تختلف فيها العقود الإدارية عن العقود المدنية.

ب- إن القاعدة في القانون الإداري، إن القاضي لا يستطيع أن يأمر الإدارة بالقيام بعمل مهين ولو أتيح له تعديل الالتزامات التعاقدية لكان ذلك بمثابة إصدار أوامر للإدارة.

ث- إن الإدارة حين تضمن العقد شروط معينة، وتحمل المتعاقد بمقتضاها التزامات محددة فإنها تستهدف تحقيق مصلحة عامة، ولو أتيح للقاضي أن يعدل من شروط العقد رغم انف الإدارة، فقد تتعرض المصلحة العامة للخطر ومن ثم فإن دواعي المصلحة العامة تقتضي أن تظل شروط العقد نافذة حتى تقبل الإدارة مخاطر تعديلها، لأنها لن تفعل ذلك إلا بعد أن تتأكد مقدما من أن المصلحة العامة لن تتضرر من جراء التعديل، وهذا الاعتبار الأخير لا محل له من القانون الخاص، حيث يعمل كل متعاقد على تحقيق مصلحته الخاصة¹.

ولما كان نص المادة 107 من القانون الجزائري يصاغ صياغة عامة، لأن العام يأخذ على عموميته فهو يشمل عقود القانون المدني والعقود الإدارية على سواء.

الفرع الثاني: أساس التعويض ونطاقه

نتناول في هذا الفرع الأسس التي يستند إليها الفقه في إقرار مبدأ التعويض الجزئي في نظرية التوازن المالي للعقد على أساس نظرية الظروف الطارئة، وبحث الأساس الذي يرد إليه التعويض، يلزمنا نطاق عن طريق تقدير الأعباء الناتجة عن الظروف الطارئة، وكيفية توزيعها بين الإدارة والمتعاقد.

1- سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 692.

الفقرة الأولى: أساس التعويض

لقد اقترحت عدة أسس لتبرير التعويض الجزئي في التوازن المالي للعقد على أساس نظرية الظروف الطارئة منها: العدالة والنية المشتركة للأطراف.

يرد هذا الاتجاه أساس التعويض الجزئي المترتب على نظرية الظروف الطارئة إلى العدالة والنية المشتركة للأطراف، ويذهب أنصار هذا الرأي إلى القول (لو أن الأطراف المتعاقدة كانوا قد توقعوا الإلزامية المستجدة ونتائجها، لضمنوا العقد شرطا يسمح للتعاقد بالحصول على مزايا مالية تبعا لذلك.

وأما إذا لم ينص على هذا الشرط في العقد، فمن العدالة الرجوع إلى سكوت النص، طالما أن الأزمة قد خلقت حالة خارجية شروط العقد أي وضعية لم يعط لها العقد حل قط، وذلك للوصول إلى نتيجة عادلة بهدف ضمان التوازن المالي للعقد في تغير الظروف، وعلى القاضي الحكم بالتعويض على هذا الأساس لممارسة ضغط على الإدارة لتعقيد التفاوض مع المتعاقد معها.

وهذا الوضع يؤدي إلى التخلي عن مبدأ القوة الإلزامية للعقود وادخال عنصر المخاطر في الالتزام نفسه، ومن ثم فالالتزامات التعاقدية تتغير بتغير الظروف.¹

غير أن هذا الرأي لا يمكن قبوله، على الأقل في شطره الأول، لأنه يفترض وجود نص صريح أو ضمني في العقد ذاته، علما بان النظرية تطبق حتى في حالة عدم وجود نص هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى يجري مجلس الدولة الفرنسي على تطبيق النظرية حتى في حالة النص على شرط تغير الأسعار وفقا للظروف الجديدة، إذا ما أدى ارتفاع الأسعار إلى قلب التوازن المالي للعقد.

1- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي دراسة مقارنة، دار النشر، مطبوعات جامعة الكويت.

سنة النشر، 1982. ص 308

إن فكرة النية المشتركة تصلح لتفسير العقود المدنية، وهي إذا كانت تصلح أيضاً لتفسير العقود الإدارية فإن ذلك يجب أن يكون في إطار خاص بالخصائص الذاتية للعقود الإدارية.

أولاً: نظرية التوازن المالي للعقد

يقول بنظرية التوازن المالي للعقد الفقيهان « دوستو » و« فالين » وانتقد « بيكينو » هذا ال رأي، وقال بان فكرة التوازن المالي للعقد تؤدي الى التعويض الكامل، وهو ما يعارض نظرية الظروف الطارئة حيث أن التعويض على أساسها يكون جزئياً¹.

يقصد ما قاله الفقيه « بيكينو » على نظرية التوازن المالي للعقد كما يراها، بأنها ذلك التوازن الحسابي الجامد بين حقوق والتزامات المتعاقدين، في حين أن فكرة التوازن المالي للعقد تعني التعادل أو التوازن النسبي بين حقوق والتزامات الطرفين المتعاقدين هذا من جهة، ومن جهة أخرى هي فكرة مفترضة في كل عقد إداري لصلة الوثيقة بينهما هذه العقود وبين المرافق العامة، وهي بذلك تصلح لان تكون أساساً عاماً تؤسس عليها النظريات القانونية.

- البيعة الذاتية للعقود الإدارية: ويذهب رأي إلى إقامة التعويض الجزئي في نظرية التوازن المالي على أساس نظرية الظروف الطارئة الى الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية وصلتها بالمرافق العامة، فالأصل أن تؤدي خدماتها باستمرار و انتظام، و على الإدارة أن تعمل على تحقيق هذا المبدأ فإذا طرأت ظروف غير متوقعة وترتب عليها إرهاق المتعاقد، فإن على الإدارة ألا تبقى مكتوفة الأيدي في الوقت الذي يكون فيه المتعاقد معها على حافة الانهيار، وان تهب لمعاونته حتى يستطيع أن يوفي بالتزاماته، لان المتضرر المباشر من المرفق العام هم المواطنون.

1- احمد محيو، المرجع السابق، ص 253

وعلى هذا الأساس يجب الخروج على مبدأ قاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي يكون مجالها القانون الخاص أما هنا فنكون بصدد مصلحة الجماعة الوطنية التي يجب أن تعلق على كل اعتبار بما في ذلك شروط العقد، حتى يستطيع المرفق أن يؤدي خدماته المعتادة دون توقف وعلى أحسن وجه، فالتعويض يستند إلى ضرورة سير المرافق العامة التي كان لها دوار لا ينكر في خلق نظرية الظروف الطارئة.

ومن هذا الرأي، الذي يقوم على العدالة وصالح المرفق العام الذي تجسده نظرية التوازن المالي للعقد، حيث إن هذا الأساس الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة يتمثل في مظاهر وقائية وتنظيمية، إذ أن الإدارة في سعيه إلى تحقيق سياسة واقعية في علاقتها مع المتعاقدين معها يجب أن تضمن لهم المساعدة، ذلك لأن المتعاقد الذي يرى نفسه مهدد بالانهيار حالة تنفيذه للعقد تنفيذا سلميا، سيسعى جاهد بكل الوسائل الممكنة إلى تخفيض ذلك العجز مما ينعكس سلبا على السلعة أو الخدمة المقدمة.

إن عدم تامين المتعاقدين مع الإدارة، أي عدم ضمان التوازن المالي للعقد ضد المخاطر السياسية والاقتصادية والاجتماعية يجعل المتعاقدون الأكفاء ماليا وفنيا يحجمون عن التعاقد مع الإدارة ملزمة على تحقيقها على خير وجه.

فهدف الإدارة المتعاقدة معها مشترك أو واحد هو تسيير المرفق العام على وجه مرض، فالإدارة لا تضارب لأنها شريك معاون للمتعاقدين معها وليست خصما لهم، لذلك يجب ألا تتمسك حرفيا بدفتر الشروط وتترك المتعاقد وحده يتحمل المخاطر غير المتوقعة التي قد تنتهي بدماره وقلب التوازن المالي لعقده أرسا على عقب، وبالتالي توقف المرفق، لأن مصلحتها ليست في ذلك.

إن مبدأ قاعدة القوة الإلزامية للعقد في القانون الخاص العقد شريعة المتعاقدين (المادة 106 مدني جزائري)، قد ولى مع مذهب سلطان الإدارة الدولة الحارسة، مكانا لمرونة عقود

القانون العام في عهد الدولة المتدخلة، المادة 3/107 من القانون المدني الجزائري، لأن البحث عن التوازن المالي المعقول أصبح هو المحرك لاقتصاديات العقد ويشكل نوعاً من الميكانيكيزم التكاملي موجهاً لتنظيم العلاقات بين المرفق العام والمتعاقد وهذا أعمالاً لنظرية التوازن المالي للعقد التي تقوم على العدالة في تحمل الأعباء.

إن النصوص التعاقدية لا تنظم سوى نتائج المخاطر المتوقعة أما المخاطر غير المتوقعة فهي بضرورة خارجة عن العقد، إذ لو تعلق الأمر بمصالح خاصة وبين أطراف متساوية لكان الأمر مقبولاً تجاوزاً، غير إن العقد في هذا الوضع يتعدى المصالح الذاتية إلى مصالح مشتركة لا يمكن تحقيقها إلا بجهد مشترك، وهذا الهدف المشترك (مصلحة الجماعة) يجعل اربطة الإدارة، بالمتعاقد معها أكثر من علاقة دائن بمدين وإن كانا مرتبطين بعقد، لأن العقد لا يعتبر غاية في حد ذاته.

ومن ثمة، يجب أن تعلق المصلحة العامة على كل الأطراف وتندمج في إطار تنظيمي يمنح العقد طبيعة مشتركة تظهر آثارها القانونية عندما ينقلب التوازن المالي للعقد بسبب ظروف غير متوقعة وقت إبرام العقد، وبالتالي الخروج على شروط العقد، وهنا تتدخل فكرة إعادة التوازن المالي للعقد عن طريق التعويض الجزئي في نظرية التوازن المالي، وبالتالي توزيع الأعباء بالتساوي لتحقيق المصلحة العامة.

ثانياً: تقدير الأعباء العامة عن الظروف الطارئة

بعد أن أوضحت الأسس التي يقوم عليها التعويض الجزئي على أساس نظرية الظروف الطارئة، سأبين كيفية تحديد التعويض قبل لقضاء الإداري، وبالتحديد قضاء مجلس الدولة الفرنسي، واستحقاق التعويض في تلك النظرية.

أ- تحديد بداية الظروف الطارئة

أول ما يعترض له القاضي الإداري في حساب التعويض الذي يستحقه المتعاقد عن الأعباء التي لحقت به هو تحديد بتاريخ بداية الظروف الطارئة وبتبدأ هذا التاريخ الذي كان يمكن توقعه عند إبرام العقد، وطالما أن الأسعار هي دون الحد الأقصى فلا يمكن بالتعويض.

ب- تحديد التعويض الذي يستحقه المتعاقد

إذا كانت المهمة الأولى للقاضي هو التأكد من وجود الظروف التي أرهقت المتعاقد نتيجة الاستمرار في تنفيذ العقد، والتي أدت إلى الاختلال بالتوازن المالي للعقد إخلالا خطيرا، ومنها ينتقل إلى تحديد التعويض الذي يستحقه المتعاقد، وذلك عن طريق تحديد الخسارة التي لحقت بالمتعاقد من الظروف الطارئة أولا، وتوزيع عبئ الخسارة بين المتعاقدين والادارة ثانيا.

1) فبالنسبة لتحديد الخسارة التي لحقت بالمتعاقد

ان المقصود بالخسارة الفعلية تلك الأعباء التي تحملها المتعاقد الذي أرهقه التنفيذ نتيجة الظروف الطارئة التي أدت إلى الاختلال بالتوازن المالي للعقد إخلالا خطيرا، وتحديد الخسائر الفعلية بمقتضى النتائج الفعلية لاستغلال المشرع، ومن ثم يستبعد عند التقدير تلك الأرباح التي حققها المتعاقد قبل الظروف الطارئة والأرباح المتحمل تحقيقها في المستقبل، والخسائر التي تكون قد تكبدها المتعاقد قبل تحقيق الظروف الطارئة لأنها من قبيل المخاطر العادية، ويسممن قيمة الخسائر الفعلية التي تحملها المتعاقد نتيجة الظروف

الطارئة، ما يرجع إلى أخطائه في التنفيذ، كأعماله أو عدم إتباعه الوسائل الفنية المسلم بها في التنفيذ.¹

(2) وأما بالنسبة لتوزيع عبئ الخسارة بين المتعاقد والإدارة

ان الغرض من التعويض على أساس الظروف الطارئة هو لتمكين المتعاقد من الاستمرار في تقديم معاونة للمرفق العام، رغم الوضعية الناشئة من اختلال التوازن المالي للعقد اختلالاً خطيراً، فالتعويض إذن يغطي جزئاً فقط من الخسائر التي تحملها المتعاقد نتيجة لتلك الظروف الخارجة عن العقد، يعكس ما هو الحال عليه في نظرتي عمل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة حيث يكون التعويض كاملاً.

ويلاحظ أن هناك ثلاثة مبادئ تحكم تحديد التعويض وهي:

- أن الإدارة غير ملزمة بضمان نسبة من الربح للمتعاقد معها.
- ألا يستحق المتعاقد التعويض إلا إذا استمر في تنفيذ التزاماته التعاقدية لتأمين سير المرفق العام باستمرار وانتظام.
- ألا تتحمل الإدارة وحدها الأعباء الفادحة المترتبة عن الظروف الطارئة، بل توزع بين الإدارة المتعاقدة.²

ويحدث هذا الوضع في العمل، طبعاً إذا لم يشأ أطراف العقد تعديله بالطريقة الودية بما يعيد له توازنه في ظل الوضع الجديد.

وتوزيع الخسائر هو من اختصاص القاضي الذي يتعين عليه عند قيامه بتحديد الخسارة وتوزيعها بين الطرفين المتعاقدين أن يأخذ بعين الاعتبار جميع الظروف المحيطة بالقضية

1- فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري، مؤسسة شباب الجامعة، ط 1973م، القاهرة. ص 805.

2- سليمان الطماوي المرجع السابق، ص 695 وما بعده.

منها: وضعية المتعاقد المالية، كالأرباح التي حققها المتعاقد قبل بداية الظروف الطارئة، أو خلالها والمزايا التي يمكن أن يحققها في المستقبل، ومدى الاستقرار الاقتصادي، والأرباح التي حققها في عقود أخرى، بهدف الوصول إلى النسبة من الخسارة التي ينبغي أن يتحملها كل طرف في العقد.¹

ولنا أن نتساءل عن المعيار المعتمد لتحديد تلك النسبة من الخسارة التي يجب أن يتحملها المتعاقد المرهق.

وبالرجوع إلى قضاء مجلس الدولة الفرنسي، نجد أن القضاء لم يعتمد معيار محدد بشأن نسبة المشاركة بين الطرفين المتعاقدين، غير أنه جرى العمل لدى المجلس على أن تتحمل الإدارة النصيب الأكبر من الخسارة التي تتراوح نسبتها بين 90%، وأما نسبة الخسارة التي يتحملها المتعاقد فتترواح بين 10% و5% ومن النادر جدا أن تصل هذه النسبة إلى 20%، وبذلك جعل المجلس المشاركة المتعاقد رمزية.

نلخص مما نتقدم إلى الهدف من التعويض الجزئي في نظرية التوازن المالي للعقد على أساس الظروف الطارئة هو إعادة التوازن المالي، وليس معنى ذلك إعادة التوازن الذي كان موجودا عند التعاقد بين الطرفين المتعاقدين، وإنما المقصود هو مساهمة الطرفين في تحمل الأعباء الناتجة عن الظروف الطارئة.

فالتعويض الجزئي الذي يستحقه المتعاقد على أساس الظروف الطارئة، يشمل فقط الجزء الأعظم من الخسائر الفعلية التي لحقت به كما أن النقص في أرباحه لا يسمح بتطبيق النظرية لأن ذلك يعتبر من المخاطر العادية التي لا يخلو منها أي مشروع.

¹سليمان الطماوي المرجع السابق، ص 697

ذلك إن الهدف من تطبيق الأحكام النظرية، ليس لتحقيق أرباح للمتعاقدين إنما شرعت لتمكينه من الاستمرار في تنفيذ التزماته التعاقدية حتى يستطيع المرفق ان يؤدي خدماته المعتادة بانتظام واطراد، هذا ما يفسر حرمانه من الاستناد إلى النظرية للمطالبة بالتعويض إذا ما توقف عن التنفيذ.

ثالثاً: نطاق التعويض

اختلف الفقهاء حول الأساس القانوني الذي يستند إليه حق المتعاقد في التعويض عن الظروف الطارئة، حيث ذهب اتجاه فقهي إلى اعتماد فكرة التوازن المالي للعقد كأساس للمطالبة بالحق في التعويض. غير أنه تم انتقاد هذه الفكرة على أساس أنها تؤدي إلى تعويض المتعاقد تعويضاً كاملاً، وهذا على خلاف الآثار التي يمكن أن تترتب عن تطبيق نظرية الظروف الطارئة، حيث يكون التعويض جزئياً ومؤقتاً¹.

أما الإتجاه الثاني فيرى بأن أساس حق التعويض عن الظروف الطارئة يتمثل في فكرة النية المشتركة لطرفي العقد الإداري، حيث يقتضي مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية أن تساهم الإدارة المتعاقدة في تحمل الآثار السلبية التي خلفتها الظروف الطارئة. وانتقدت هذه الفكرة نظراً لصعوبة تطبيقها من الناحية العملية، كما أنه يمكن تفسير النية المشتركة للمتعاقدين على أنها انصرفت إلى استبعاد التعويض عن الظروف الطارئة، وبالرغم من ذلك تطبق نظرية الظروف الطارئة لتعلقها بالنظام العام².

ويذهب الرأي الفقهي الراجح إلى القول بأن أساس حق التعويض عن الظروف الطارئة يرجع إلى الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية وصلتها بالمرفق العام، حيث يقتضي مبدأ ضمان

1- محمد سليمان الكماوي المرجع السابق ص 668

2- محمد الو بكر عبد المقصود المرجع السابق ص 37

حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد أن تسارع الإدارة المتعاقدة إلى مساعدة المتعاقد معها من أجل تجاوز هذه الظروف ضمانا لتحقيق المصلحة العامة.

بعد تحديدنا للأساس القانوني الذي يستند إليه حق المتعاقد في التعويض عن الظروف الطارئة، يجب علينا حصر نطاق التعويض المستحق له في هذه الحالة، ومن أجل ذلك لابد علينا من دراسة ثلاثة مسائل، تتعلق الأولى بتحديد فترة سريان الظرف الطارئ، أما المسألة الثانية فتتعلق بالطريقة المتبعة في حساب الخسائر التي لحقت بالمتعاقدين نتيجة الظرف الطارئ، في حين تتعلق المسألة الثالثة بكيفية توزيع الخسارة بين المتعاقدين والمصلحة المتعاقدة.

المطلب الثاني: نهاية الظروف الطارئة

تفترض نظرية الظروف الطارئة تعرض المتعاقد لظرف مؤقتة مصيرها الزوال، وعلى ذلك فإن النظرية تستهدف تمكين المتعاقد من التغلب على هذه الظروف حتى تعود الحالة الطبيعية التي أبرم فيها العقد، ويتولى كل من الطرفين المتعاقدين تنفيذ التزاماته كما وردت في شروط العقد.

ومن ثم فإن نهاية الظروف الطارئة قد تكون بسبب عودة التوازن المالي للعقد، أو بسبب اختلال هذا التوازن اختلالاً نهائياً.

الفرع الأول: عودة التوازن المالي للعقد

قد تكون نهاية الظروف الطارئة بسبب عودة التوازن المالي للعقد ويرد قضاء مجلس الدولة الفرنسي عودة هذا التوازن إلى ما يلي:

أما بناءً على زوال الظروف الطبيعية أو الاقتصادية التي كانت سبب في إلحاق المتعاقد كعودة الأسعار إلى مستواها الطبيعي أو إلغاء القيود الاقتصادية... والظاهر أن هذه الصور لا تثير أي أشكال.

وأما بناءً على اتفاق الطرفين على إعادة النظر في شروط العقد الأصلية بما يكفل إعادة التوازن المالي إليه، وكثير ما تلجأ الإدارة إلى مثل هذا الحل في عقود التزام المرافق العامة، مثلاً فتقبل زيادة الرسوم التي يتقاضاها المتعاقد من المنتفعين بما يحقق من توازن العقد.¹

الفرع الثاني: اختلال التوازن المالي اختلالاً نهائياً

قد يحدث في بعض الحالات استحالة إعادة التوازن المالي للعقد، وفي مثل تلك الحالة يتعذر على المتعاقد الاستمرار في تنفيذ التزاماته العقدية إلا بمساعدة دائمة من الإدارة.

ولما كانت نظرية الظروف الطارئة تقوم على اعتبار تلك الظروف مؤقتة، لذلك نجد أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي قد وضح مبدأ لمواجهة هذه الحالة الاستثنائية في أحد أحكامه، قضية شيربورغ" وذلك نتيجة... للطبيعة المؤقتة للفترة فإنه لا يمكن أن تكون فترة الظروف الطارئة دائماً حيث إذا تبين أن اختلال التوازن المالي للعقد قد أصبح نهائياً، فلا تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة، والإدارة غير ملزمة بتعويض المتعاقد معها وعلى طرفي العقد محاولة التفاهم أو الاتفاق الودي على إعادة النظر في شروط العقد بما يكفل له الاستمرار، فإذا لم يتوصل الطرفان إلى حل فلا مناص من الحكم بفسخ العقد، بناءً على طلب الإدارة أو بناءً على طلب المتعاقد وقد يرافق الفسخ حكم بالتعويض لمصلحة أحد الطرفين إذا تبين للقاضي عن موقف متعنت منه كان هو السبب في عدم التوصل إلى اتفاق جديد يعيد إلى العقد توازنه المالي السابق، ويرجع مجلس الدولة الفرنسي أساس هذا

1- سليمان الطماوي المرجع السابق ص 966.

الفسخ القضائي إلى فكرة اختلال التوازن المالي للعقد نهائياً التي اعتبرها من قبل القوة القاهرة التي تؤدي إلى إنهاء العقد.¹ ونشير إلى أن القاضي لا يستطيع النطق بفسخ العقد، إلا بناء على طلب أحد الطرفين، وفي غياب مثل هذا الطلب، فإن الحق في المطالبة بالتعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة يبقى قائماً، لطالما أن شروط تطبيق النظرية قائمة.

1- سليمان الطماوي المرجع السابق، ص700.

الخاتمة

إن موضوع دراستنا في هذا البحث من بين أهم الموضوعات العامة للنظريات العامة للعقود الإدارية، والذي يتمثل في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري بحيث نجد هذا الموضوع لم ينمي حظه بعد من البحث العميق.

وبالتالي ومن خلال دراستنا وبحثنا في هذا الموضوع وجدنا ان التوازن المالي للعقد الإداري أصبح اليوم يشكل نظرية مستقلة وهامة والأخير تستمد أصولها من الأحكام التي كان يتواتر عليها القضاء الإداري وكذلك النصوص القانونية التي كانت ضمن هذا الموضوع، وبحيث اجتهد الفقه الإداري في تحليلها وتفصيلها وكذلك إعطائها الاساس القانوني.

ومنه فإن نظرية إعادة التوازن المالي للعقد الإداري تعتبر نظرية عامة تأسست عليها جميع النظريات القانونية التي يرجع تحديد حقوق والتزامات كل من المتعاقدين، وبالتالي فهي تجسد فكرة العدالة التي قامت على إثرها كل من نظرية فكرة الأمير ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وكذا نظرية الظروف الطارئة.

ومنه فإن نظرية التوازن المالي للعقد الإداري تعطي للإدارة الحق في تعديل العقود التي تبرمها وذلك من جانب واحد، ويكون هذا التعديل عن طريق تعديل التزامات المتعاقد على نحو لم يكن معوف له وقت اب ارم العقد، هذا التعديل من اجل أن تحقق الإدارة التوازن والتلاؤم بين التغيرات المستمرة التي قد تطرأ اثناء تنفيذ العقد وكذلك لكي تتحقق احتياجات المرافق العامة.

ومن أجل تحقيق هذا الهدف النبيل، تسعى الإدارة الى صمان عدم اختلال التوازن المالي للعقد الإداري سواء كان بسبب تصرف الإدارة أو بسبب خارج عن فعل الإدارة.

وبما أن المصلحة العامة قائمة دوماً فوق أي مصلحة شخصية أخرى، وكذا لضرورة سير المرافق العامة على أحسن وجه وبنظام وبالتالي فالإدارة هنا ملزمة بإعادة التوازن المالي للعقد الإداري في حال اختل بسبب تصرف الإدارة (فعل الأمير)، أو اختل بسبب خارجي (الصعوبات المادية غير المتوقعة أو الظروف الطارئة).

ولأن تأمين المتعاقد من المخاطر التي يصعب تقديرها سلفاً، فإن من شأن هذا التأمين أن يعطي جواً من الثقة والتعاون الذي لا بد منهما لتحقيق الهدف المشترك للجميع.

ونظراً لمدى ارتباط العقود الإدارية مع المرافق العامة وسيرها فإنه إذا اختل التوازن المالي لهاته العقود الإدارية لأي سبب كان من بين الأسباب التي سبق ذكرها، وبالتالي فالإدارة ملزمة بضمان التوازن المالي للعقد في كل حالة يخل فيها، ولأنه ليس من العدالة أن يتحمل المتعاقد مع الإدارة مخاطر الصعوبات غير المتوقعة، مما قد يؤدي إلى اختلال التوازن المالي لعقده وبذلك يتوقف بسير المرفق العام، وهذا بالضرورة يؤدي إلى اضطراب عمل الإدارة المنوط بها وهو تحقيق المصلحة العامة وهذه النتيجة السلبية وبالغة الخطورة.

ولهذا فإننا تطرقنا في بحثنا هذا إلى سبل ووسائل إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، وتطبيق نظرية التوازن المالي للعقد الإداري، وتطبيق نظرية التوازن المالي للعقد فإننا نجد بأن التعويض للمتعاقد المتضرر جراء اختلال التوازن المالي للعقد المبرم بينه وبين الإدارة وبالتالي فقد يكون هذا التعويض كاملاً وقد يكون جزئياً، وهذا يرجع إلى مكان اختلال التوازن المالي للعقد بسبب فعل الأمير أو الصعوبات المادية غير المتوقعة أو يرجع إلى الظروف الطارئة فيكون التعويض كاملاً على أساس فعل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة، ويكون جزئياً على أساس الظروف الطارئة.

وكذلك نجد بأن نظرية التوازن المالي للعقد لا تضمن للمتعاقد الربح بل مجرد إعادة التوازن النسبي بين حقوقه والتزاماته لأن الربح يحصل عليه بعملية ومجهوده في تجنب المخاطرة.

إن خاتمة موضوعنا تحمل في طياتها عدة نتائج توصلنا إليها من خلال البحث والدراسة، نجملها فيما يلي:

أولاً: إن المقصود بالتوازن المالي للعقد الإداري ضمان توازن شريف بين نسبة الحقوق إلى الأعباء قبل الاختلال مع تلك النسبة المتحدثة بعد الاختلال.

ثانياً: إن مبدأ التوازن المالي للعقود الإدارية مبدأ عام يطبق بغض النظر عن سبب الاختلال، ومستقل من جهة أخرى عن باقي المبادئ والقواعد التي تحكم النظرية العامة للعقود الإدارية.

ثالثاً: بخصوص أسباب اختلال التوازن المالي للعقود الإدارية وجدنا أن القضاء الإداري الجزائري، يتبنى ثلاث أسباب رئيسية أولها فعل الأمير وثانيها الصعوبات المادية غير المتوقعة ثالثها نظرية الظروف الطارئة.

المصادر و المراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

- النصوص القانونية

- النصوص التنظيمية

أ/ المراسيم:

1. المرسوم الرئاسي 247/15 المعدل في سنة 2018، الخاص بالصفقات العمومية.
2. المرسوم الرئاسي رقم 159/05، المؤرخ في 27 أبريل 2005، يتضمن على التصديق على الإنفاق الأوروبي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجزائر والمجموعة الأوروبية.

ثانياً: المراجع

1. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للقانون الإداري، دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، القاهرة، دار الفكر العربي 1975.
2. عمار عوابدي، دروس المؤسسات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعي، الجزائر 1979.
3. محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وآثارها القانونية دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق لبنان، المؤسسة الحديثة للكتاب 1998.
4. عثمان بوشكيوة، التوازن المالي للصفقات العمومية، رسالة ماجستير، المركز الجامعي لسوق أهراس الجزائر 2005/2004.

5. محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، عنابة، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2005.
6. محمد أنس قاسم جعفر، العقود الإدارية دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات، القاهرة، جامعة القاهرة، 1999.
7. أنور أرسلان، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة، سبتمبر، ديسمبر 1978، العددان 3 و4 سنة 1980.
8. جورج فيدل، بيار دلوفيه، ترجمة منصور القاضي، القانون الإداري الجزء الأول، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، دون بلد النشر، دون سنة النشر.
9. ابراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، النظرية العامة "وتطبيقاتها في القانون الكويتي والقانون المقارن مع شرح قانون المناقصات الكويتي رقم 37 سنة 1964 مكتبة حي الفلاح، 1981.
10. محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري لجمهورية مصر العربية دون مكان نشر، مؤسسة أحباب الجامعة للطباعة والنشر، 1973.
11. عمار عوابدي، دروس المؤسسات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1979.
12. محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2005.
13. محمد أنس قاسم جعفر، العقود الإدارية "دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات، جامعة القاهرة، القاهرة، 1999.
14. زمال صالح، مبادئ تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري، قراءة في أحكام نص المادة 209 من المرسوم الرئاسي 247/15، العدد 32، حوليات جامعة الجزائر 1 سنة 2018.

الرسائل والمذكرات بالفرنسية:

-BADAoui Saroit, thèse La théorie du fait du prince, dans les contrats administratifs en droit français et en droit égyptien, université de Paris, année 1955, *thèse précitée*

ثالثا: القرارات القضائية والاحكام القضائية

1. مجلس الدولة، الغرفة الثانية، قرار غير منشور، رقم 237 فهرس 24 بتاريخ 2001/04/09، مجلة مجلس الدولة.

2. مجلس الدولة الجزائري، الغرفة الأولى، قرار غير منشور، رقم 10605 فهرس 34 الصادر بتاريخ 10 جانفي 2004 مجلة مجلس الدولة.

3. حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، الصادر في 1957/06/30، رقم 11729

4. قرار الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى سابقا المحكمة العليا حاليا رقم 56392 الصادر بتاريخ 1989/02/25،
المجلة القضائية، العدد 04، 1990

الفهرس

الفهرس

إهداء

شكر وعران

01مقدمة
07الفصل الأول: صور اختلال التوازن المالي للعقد الإداري
08المبحث الأول: اختلال التوازن المالي بسبب فعل الإدارة
09المطلب الأول: مفهوم نظرية فعل الأمير
09الفرع الأول: التعريف بفعل الإدارة
09أولا: التعريف الفقهي
11ثانيا: التعريف القضائي
12الفرع الثاني: شروط تطبيق آلية فعل الأمير
12أولا: أن يكون هناك عقد إداري
12ثانيا: أن يكون الإجراء الذي اتخذته الإدارة غير متوقع
13ثالثا: أن يكون الإجراء صادر عن المصلحة المتعاقدة
14رابعا: أن يؤدي الإجراء الصادر عن المصلحة المتعاقدة
15خامسا: أن تكون الإدارة المتعاقدة قد أخطأت حين اتخذت التصرف الضار
15المطلب الثاني: الصور التي يتخذها فعل الأمير
15الفرع الأول: فعل الأمير في صور إجراء عام
16أولا: الإجراءات العامة المؤثرة في الأوضاع العقدية للعقد الإداري
16ثانيا: الإجراءات العامة المؤثرة في ظروف تنفيذ العقد
16أ/حالات استبعاد وتطبيق آلية فعل الأمير
17ب/الحالات الاستثنائية لتطبيق فعل الأمير
181/فعل الأمير الإيجابي
192/فعل الأمير السلبي

21الفرع الثاني: فعل الأمير في صور إجراء خاص
21أولا: الإجراءات التي تؤدي إلى تعديل مباشر في شروط العقد
21ثانيا: الإجراءات التي تؤثر على ظروف التنفيذ
22المبحث الثاني: اختلال التوازن المالي للعقد خارج عن فعل الإدارة
23المطلب الأول: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ومجال تطبيقها
23الفرع الأول: التعريف بالصعوبات المادية غير المتوقعة
24الفرع الثاني: مجال تطبيق الصعوبات المادية غير المتوقعة
24أولا: موقف الفقه الإداري
27ثانيا: موقف القضاء الإداري الجزائري
29الفرع الثالث: الشروط القاعدية لتطبيق آلية الصعوبات المادية غير المتوقعة
29أولا: أن تكون الصعوبات المادية وغير عادية
29أ/ صعوبات مادية
30ب/ صعوبات غير عادية
31ثانيا: أن تكون الصعوبات غير متوقعة
31أ/ صعوبات أجنبية ومستقلة عن إدارة الطرفين
32ب/ صعوبات غير متوقعة ولا يمكن توقعها
33ثالثا: أن تلحق الصعوبات ضررا بالمتعامل المتعاقد
34رابعا: يجب أن تكون الصعوبات ذات طابع استثنائي بحت
34خامسا: يشترط أن تكون من شأن هذه الصعوبات الاختلال بالتوازن المالي للعقد
34المطلب الثاني: اختلال التوازن المالي للعقد بسبب الظروف الطارئة
39الفصل الثاني: الآثار المترتبة على اختلال المالي للعقد الإداري بالنسبة للمتعاقد
40المبحث الأول: التعويض الكامل كأداة لإعادة التوازن المالي
40المطلب الأول: التعويض الكامل على أساس نظرية التوازن المالي
42الفرع الأول: أساس التعويض
43أولا: فكرة المسؤولية التعاقدية للإدارة

43أ/ نظرية التوازن المالي للعقد.....
46المطلب الثاني: الاستثناءات عن التعويض الكامل وفكرة استبعاده.....
47الفرع الأول: الحالات الاستثنائية التي يستبعد فيها التعويض.....
48أ/ حالة مساهمة المتعامل المتعاقد بخطئه في إحداث الأضرار المترتبة عن فعل الأمير.....
48ب/ حالة فسخ الصفقة العمومية بسبب العمليات الحربية.....
48ث/ حالة الاتفاق التعاقدي على إعفاء المصلحة المتعاقدين من المسؤولية.....
50المبحث الثاني: التعويض الجزئي في نظرية التوازن المالي للعقد.....
51المطلب الأول: حق المتعاقد في الحصول على معاونة الإدارة.....
52الفرع الأول: سلطات القاضي في تعديل العقد.....
52أولاً: الموازنة بين سير المرفق العمومي بانتظام ومصلحة المتعاقد مع الإدارة.....
53ثانياً: رد الالتزام المرهق إلى حد معقول.....
54ثالثاً: الحكم بالتعويض.....
55الفرع الثاني: أساس التعويض ونطاقه.....
57أولاً: نظرية التوازن المالي للعقد.....
59ثانياً: تقدير الأعباء العامة عن طريق الظروف الطارئة.....
60أ/ تحديد بداية الظروف الطارئة.....
60ب/ تحديد التعويض الذي يستحقه.....
63ثالثاً: نطاق التعويض.....
64المطلب الثاني: نهاية الظروف الطارئة.....
64الفرع الأول: عودة التوازن المالي للعقد.....
65الفرع الثاني: اختلال التوازن المالي اختلالاً نهائياً.....
68خاتمة.....
72قائمة المراجع.....
72الفهرس.....

ملخص:

تلتزم الإدارة بالتوازن المالي للعقد الإداري الذي يعتبر كأثر لنظرية فعل الأمير بتعديلها الانفرادي للعقد، وعدم تحميل المتعاقد أعباء مالية زائدة، فيلتزم هذا الأخير بتنفيذ التزاماته التعاقدية، في المقابل يكون له الحق في التعويض الكامل في حالة استمراره في تنفيذ العقد أو الحق في حالة استحالة التنفيذ، وكذا الحق في اعفائه من غرامة التأخير في حالة اثباته ان فعل الأمير هو السبب في تأخره في تنفيذ تعديل العقد الإداري أو جعل تنفيذ هذه الالتزامات مرهقا له.

إن الضرر الذي يتم تعويض المتعاقد عليه يكون نتيجة اختلال التوازن المالي للعقد، كما أنه في صور الإجراء العام في صورة تعديل شروط تنفيذ العقد يتم تعويض المتعاقد بتوافر شروط على سبيل الحصر، بخلاف صورة تعديل ظروف تنفيذ العقد، فالقاعدة العامة يتم رفض التعويض، واستثناء يتم التعويض في أضيق الحدود، إلا أنه يمكن مساءلة الإدارة على أساس نظرية الظروف الطارئة في حالة قلب اقتصاديات العقد.

كلمات مفتاحية:

نظرية فعل الأمير؛ التعديل الانفرادي للعقد الإداري؛ التوازن المالي للعقد الإداري؛ حقوق المتعاقد؛ التزامات المتعاقد.

Abstract:

The administration is committed to the financial balance of the administrative contract, which is considered to be effect of the theory, the prince doing its unilateral amendment of the contract, and the contractor does not bear excessive financial burdens, so the latter is committed to implementing his contractual obligations, in return he has the right to full compensation in the event of continuing to Implement the contract, or the right to cancel the contract in the event of impossibility of execution, as well as the right to exempt him from the penalty of delay in the event that he proves that the prince's act is the reason for delaying the criticism of amending the administrative contract or making the implementation of these obligations are stressful for him.

It is in the damage to which the contractor is compensated is a result of the contract's financial imbalance, as well copies of the general procedure in the form of amending the conditions for the implementation of the contract, will be compensated by the availability of conditions, for example the waist, unlike the picture of modifying the conditions under which the contract was enforced, said the general rules is compensation is rejected and exception is made compensation is in the narrowest possible limits, but it can be compensated on the basis of the theory of emergency conditions in the case of the overturning of the contract economies.

Keywords:

The Princes Doctrine; Solitary Amendment of the Administrative Contract; Financial Balance of the Administrative Contract; Rights of the Contractor; Obligation Of The Disabled.