جامعة محمد خيضر –بسكرة-

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مذكرة تخرج ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر

في العلوم القانونية

تخصص : قانون إداري

الموضوع :

التوازن المالي للعقد الإداري

*من إعداد الطالب:

– كربوع رابح

* تحت إشراف الأستاذة:

– كلفالي خولة

السنة الجامعية:2017/2016

كلمة شكر وعرفان

اتقدم بجزيل الشكر و**أطيب وعظيم الامتنان الى** الأستاذة الكريمة والفاضلة كلفالي خولة على منحها لنا شرف المتابعة والاشراف **في إنجاز هذا العمل المتواضع، من خلال نصائحها وتوجيهاتها القيمة** التي **بها سلكنا سبيلنا لإتمام هذا البحث، ومن خلال صدقها واخلاصها وصبرها معنا طوال هذا** المشوار .

فنسأل الله ان يوفقها في مسيرتها العلمية وحياتها المهنية ، ويجازيها عنا كل خير.

اهداء

الى الوالدة الكريمة حفظها الله وأطال عمرها.

الى الزوجة العزيزة ،وصغيرتي الحبيبة مريم

الى كل اخوتي وأخواتي

الي كل زملائي واحبتي وأصدقائي

الي الصديقين العزيزين حمزة زين العابدين، وبيدة عبدالناصر

الى كل من ساندني وشجعني في المسار الدراسي

اهدي هذا الجهد و العمل المتواضع.

بسم الله الرحمان الرحيم

قال الله تعالى

(يأيها الذين آمنو اوفو بالعقود.....)

سورة المائدة: الآية الاولى

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم

(لا ضرر ولا ضرار)

صدق رسول الله.

مقـــدمة

المقدمة

إن الدول الحديثة مع توسع دورها وتدخلها في جميع النشاطات المتعلقة بالتنظيم الاقتصادي والاجتماعي والثقافي لتلبية الحاجات العامة للمواطنين، بات لزاما عليها البحث عن أساليب وأدوات تحقق بها هذه الغاية، ذلك ما استدعى السلطات الادارية لمباشرة أعمال مادية وأعمال إدارية لتحقيق أهدافها المتعلقة أساسا بالمصلحة العامة، ومن قبيل هذه الأعمال الإدارية القرارات والعقود الادارية ،حيث سعيا من الإدارة لتحقيق أهدافها لجأت لإشراك من يرافقوها ويساعدوها في ذلك ، من خلال لجؤها لإبرام العقود مع الاشخاص الطبيعيين والاعتباريين وإن كان تعاقدها يختلف حسب الغرض منه،حيث قد تتعاقد عقودا تشبه العقود الخاصة بين الأفراد والتي تخضع لأحكام القانون الخاص وتنزل فيها الادارة في تعاقدها منزلة الافراد، ويكون الغرض منها مصلحة ربحية تبتغيها الادارة كعقود البيع والإيجار، وتبرم عقود إدارية كما ذكرنا تبتغي منها الادارة مصلحة عامة كإنشاء المرافق العامة وتسييرها ،وهذا ما يهمنا في هذه الدراسة.

فالعقد الإداري كما قلنا يختلف عن العقود الاخرى، وذلك لعدم تكافؤ المراكز القانونية بين المتعاقدين حيث تملك الإدارة بصفتها طرفا اصيلا في العقد امتيازات وسلطات في مواجهة المتعاقد ،لا نجدا لها مثيل في العقود الخاصة المبنية على قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، حيث تملك الإدارة في العقود الإدارية سلطة الاشراف والسحب والالغاء والتعديل، فقد تزيد الإدارة او تنقص من الالتزامات التعاقدية للمتعاقد، مما يضعه في مواجهة أعباء لم تكن في حسبانه لحظة التعاقد ،وتؤدي الى الاخلال بالتوازن المالي للعقد.

وقد تطرأ ظروف او صعوبات مادية اخرى ومستجدات خلال مراحل التنفيذ ولا يكون للإدارة اصلا دخلا فيها، وتؤدي هي كذلك الى اعباء وتكاليف مالية للمتعاقد قد تخل بمركزه المالي وترهقه، لذلك فإنه ليس من العدل والصواب ان تترك الادارة هذا المتعاقد في مواجهة مخاطر إدارية او اقتصادية ما كان ليتعاقد ويرمي نفسه فيها لوكان بوسعه توقعها لحظة ابرام العقد.

ولما كان سعي الإدارة من العقد الاداري هو حسن سير المرفق العام وتنظيمه، فقد منح القضاء الاداري للمتعاقد الحق في إعادة التوازن المالي للعقد متى استدعت الضرورة، هذا الحق الذي يعتبر حقا أساسيا لأنه لولا هذا المبتغى المادي لما سعى اصلا للتعاقد.

لذلك ولمقتضيات العدالة وضرورات المصلحة العامة، أصبح على عاتق الإدارة مسؤولية تجاه المتعاقد معها بمساعدته ومرافقته للتغلب على هذه الظروف والصعوبات. لذلك وضع القضاء الإداري والفرنسي على وجه الخصوص ثلاثة نظريات يقوم على أساسها تعويض المتعاقد واعادة التوازن المالي للعقد متى توافرت شروط معينة.حيث وضع نظرية عمل الامير للتعويض عن المخاطر الإدارية التي تصدر عن الإدارة دون خطأ منها .ونظريتي الظروف الطارئة والصعوبات المادية الغير متوقعة للتعويض عن كل المخاطر الاقتصادية التي لا دخل للإدارة فيها و قد تواجه المتعاقد اثناء مرحلة تنفيذه الالتزامات التعاقدية.

اهمية الموضوع

تكمن اهمية موضوع التوازن المالي للعقد الإداري في الأهمية البالغة للعقود الإدارية والتي هي الوسيلة الفعالة التي تبتغي منها السلطات الإدارية تحقيق اهدافها النبيلة المرتبطة بالمرافق العامة وإنشاءها وتسييرها بصورة جيدة، وذلك لارتباطها بإشباع رغبات المواطنين وسد حاجاتهم والمنفعة العامة ، كذلك للوقوف على الصعوبات والمشاكل التي تواجه المتعاقد والإدارة في تنفيذ هذه العقود، ورأينا انه من الاهمية معالجة ودراسة موضوع التوازن المالي للعقد الإداري الذي يربط بين جهتين غير متكافئتين، إدارة لها مركز قانوني يمنحها سلطات وامتيازات في وجه متعاقد له مركز قانوني اضعف من مركزها،حيث قد يكون المتعاقد مهدد بظروف ومخاطر إدارية و اقتصادية قد تطرأ في مرحلة التنفيذ، وكذلك لما يحمل موضوع التوازن المالي للعقد من قيم نبيلة مفادها مقتضيات العدالة والنوايا الحسنة بين المتعاقدين.

الاشكالية

سنحاول في هذه الدراسة الوقوف على موضوع التوازن المالي للعقد الإداري، وذلك من خلال محاولتنا الاجابة على الاشكالية التالية.

هل من حق المتعاقد مع الادارة المطالبة بإعادة التوازن المالي للعقد الإداري، إذا ما طرأت عليه مخاطر إدارية او اقتصادية عرقلت تنفيذه وقلبت اقتصاداته؟

الهدف من الموضوع

ولدراستنا هذه هدفين أساسيين وان كنا نركز على هدف واحد منهما. فالهدف الاول هو معرفة اهمية العقود الإدارية ودورها في تحقيق اهداف الدول والسلطات الإدارية لما لها ارتباط بالمصلحة العامة. والهدف الثاني والاساسي من بحثنا ابراز حقوق شركاء الإدارة في تحقيق

اهدافها وهم المتعاقدون. لأن مرافقتهم ومساعدتهم للتغلب على الصعوبات التي تواجههم اثناء تنفيذ العقد يشعرهم بالارتياح والطمأنينة ويشجعهم على الاستمرار ومعاودة التعاقد مع الإدارة.

الصعوبات التي واجهت الدراسة

كانت قلة المراجع التي تناولت هذا الموضوع هي الصعوبة التي حالت دون إثراءه بشكل يسلط الضوء على كل حيثياته وجزئياته،وخاصة المؤلفات الجزائرية من حيث قلتها ومن حيث تناولها الغير معمق والسطحي لموضوع التوازن المالي للعقد الإداري.

المنهج المتبع في الدراسة

سيكون المنهج الوصفي والتحليلي هو المنهج المتبع في هذه الدراسة، لإبراز كل ما تناولته الدراسات والمؤلفات السابقة حول هذا الموضوع، وكذلك من خلال دراسة وتحليل النصوص القانونية، ولعل ذلك يكون إضافة مفيدة لموضوع العقود الادارية بصفة عامة وموضوع التوازن المالي للعقد الاداري بصفة خاصة.

تقسيم الدراسة

سنقوم بتقسيم هذا العمل الى فصلين حيث سنتناول في الفصل الاول ماهية التوازن المالي للعقد الإداري، في مبحثين حيث سنتناول في المبحث الاول مفهوم العقود الادارية ، والمبحث الثاني سنتناول مفهوم التوازن المالي للعقد الاداري.

وسنتناول في الفصل الثاني النظريات التي يتم تعويض المتعاقد على أساسها وإعادة التوازن المالي للعقد ،حيث سنقسم الفصل الى مبحثين ،ففي المبحث الاول سنتناول نظرية عمل الامير بصفتها الاساس للتعويض عن الاضرار التي تلحق بالمتعاقد لأسباب تدخل الإدارة دون خطأ منها. وسنتناول نظريتي الظروف الطارئة والصعوبات المادية الغير متوقعة في مطلبين مستقلين بصفتهما أساس للتعويض وإعادة التوازن المالي للعقد وذلك لأسباب خارجة عن إرادة الإدارة.

الفصل الاول:

ماهية التوازن المالي للعقد الاداري.

ان الدول الحديثة توسعت اهدافها ومهامها ، وزادت بالمقابل نشاطاتها المتنوعة في المجال الاقتصادي والاجتماعي والثقافي والتعليمي والصحي، لإشباع رغبات جمهورها وتحقيق المنفعة العامة، ذلك ما دفعها الى البحث عن اساليب ذات فعالية لتحقيق هذا الغرض، ومن ضمن هذه الاساليب نجد العقود الادارية عن طريق اشراك من يساعدوها من الخواص طبيعيين او معنويين في تنفيذ سياساتها وأنشطتها.

فنشأت نظرية العقود الادارية وصارت لها احكامها وضوابطها التي تميزها عن العقود المدنية، وذلك لتعلق نشاطها بالمرفق العام، وكذلك لوجود الادارة طرفا اصيلا فيها، وكذلك لتضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في قواعد القانون الخاص، وذلك ما من شأنه منح الادارة سلطات واسعة في مواجهة المتعاقد، حيث يحق لها التعديل في بنود العقد ، وذلك ما قد ينجر عليه تكاليف واعباء إضافية للمتعاقد، ناهيك على ما قد يطرأ من ظروف وعقبات مادية اخرى والتي ايضا قد ترهقه وتقلب اقتصاديات العقد.

ومن هنا ظهرت فكرة التوازن المالي للعقد او التوازن الشريف والتي انشأها مجلس الدولة الفرنسي، من خلال الموازنة بين تكاليف المتعاقد وأرباحه اذا ما طرأت مخاطر ادارية او اقتصادية اثناء تنفيذ بنود العقد واخلت توازنه المالي وقلبت اقتصادياته.

لذلك سنتناول دراسة مفهوم العقد الاداري والتوازن المالي للعقد الاداري في هذا الفصل من خلال تقسيمه الى المبحثين التاليين:

المبحث الاول: مفهوم العقد الاداري.

المبحث الثاني : مفهوم التوازن المالي للعقد الاداري.

المبحث الأول:

مفهوم العقد الإداري.

إن الإدارة وهي بصدد ممارسة نشاطاتها تلجأ إلى عدة أساليب متعددة ومتنوعة، فقد تلجأ إلى أساليب القانون الخاص كإبرام العقود المدنية كعقود البيع وعقود الإيجار، وقد تلجأ إلى استخدام أساليب القانون العام كالقرارات الإدارية، والعقود الإدارية، وذلك سعيا منها لتحقيق المصلحة العامة وإشباع رغبات الجمهور ،ومنه فإن الفرق بين العقود الادارية والعقود الاخرى تميزه المصلحة والغرض من التعاقد، وإن كانت العقود الإدارية تتوافق مع العقود المدنية حيث كلاهما ينشأ من توافق إدارتين، والمقصود هنا العقود التي تكون الإدارة هي أحد طرفيها ففي العقود المدنية تكون مبنية على قاعدة "العقد شرعية المتعاقدين" عكس العقود الإدارية التي تكون فيها الإدارة في مركز أقوى وأعلى، وتتمتع بحقوق وامتيازات في مواجهة المتعاقد معها، فلها حق التعديل وحق الإلغاء أو السحب وحق الأشراف دون أي اعتراض أو رفض من المتعاقد، ولها حق توقيع الجزاءات وإنهاء العقد بإرادتها المنفردة، وهذا ما يعتبر خروجا على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وكل ذلك لمقتضيات حسن سير المرفق العام بانتظام واستمرارية وذلك سعيا من الإدارة إلى تحقيق المصلحة العامة.[1]

لذلك وجب التمييز بين أنواع العقود التي تكون الإدارة طرفا منها فالعقود العادية التي تبرمها مع الأشخاص لا تظهر فيها مظاهر السلطة العامة، ولا تستهدف مصلحة عامة بل هي عقود خاصة تبرمها بنفس الشروط الخاصة وقواعد القانون المدني التي يتعامل بها الأفراد، وتستهدف منها الإدارة مصلحة مالية ربحية بحتة، ولا تخضع في منازعاتها إلى القضاء الإداري، بل هي عقود خاصة بالرغم من وجود الإدارة طرفا فيها ومنازعاتها من اختصاص القضاء العادي.[(2)]

ولتوضيح ذلك أكثر سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، حيث سنتناول في المطلب الأول نشأة العقد الإداري، وسنتناول في المطلب الثاني تعريف العقد الإداري.

[1] محمود عطاف البنا،**العقود الادارية** الطبعة الاولى،دار الفكر العربي ،القاهرة،مصر،ص 76.

[2] لمياء هاشم سالم قبع،**اختلال التوازن المالي للعقد الاداري**،دار الكتب القانونية،المحلة الكبرى،مصر،2013،ص 12.

المطلب الاول:
نشأة العقود الادارية.

منذ اواخر القرن التاسع عشر واوائل القرن العشرين نشبت العديد من الحروب والثورات والتي طالبت بتغيير جوانب مهمة من الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية التي كانت سائدة في ذلك الزمن، ولعل التطور الكبير الذي احدثته هاته الثورات كان في فيما يخص تدخل الدولة في الشأن الاجتماعي والثقافي والاقتصادي، حيث اصبحت الدولة لا تكتفي بدورها التقليدي في الحفاظ على الأمن الداخلي والخارجي فقط،بل توسعت للتدخل في الحياة اليومية للأفراد وتوسعت تدريجيا في العديد من مجالات السلطة العامة والتضييق من نشاطات الافراد.وحضي هذا الامر باهتمامات رجال الدولة والمفكرين، وظهر مذهبين سياسيين مختلفين فيما يخص تدخل الدولة ،المذهب الفردي الحر، والمذهب التدخلي المعاصر، فتقوم فكرة العقد الاداري في ظل المذهب الفردي الحر على قاعدة اساسية مفادها تحديد مجالات السلطة العامة في اضيق الحدود، وترك ماعداها للعمل الحر للأفراد، فالفرد وفق هذا المذهب هو الاساس وهو المرتكز للنظام الاجتماعي وهو الغاية التي يسعى المجموع لخدمتها، وهنا برز مفهوم الدولة الحارسة.

ومع ان تدخل الدولة هنا كان في غير دورها المتعلق بقواعد العدالة والنظام العام كان ضئيلا في مجال التعليم والاسعاف والعناية بالمصابين، فلم تكن الدولة في حاجة الى ان تبرم عقودا تخرج بها عن هذه المبادئ بسبب ضيق مجال نشاطها، وكان في هذه الحقبة العقد المدني هو اساس الالتزام اذ من خلاله تتضح الحقوق والالتزامات على الطرفين المتعاقدين، ويكون العقد تم بين إرادتين مستقلتين ولا يجوز تعديله الا وفق هاتين الارادتين، ولا يجوز للقاضي تعديله وفق مقتضيات العدالة او يضيف اليه ما ليس منه.[1]

اما بالنسبة للوقت المعاصر في ضل الدولة المتدخلة وفق ما نادى به المذهب التدخلي المعاصر وظهرت الحاجة الى تدخل الدولة وظهرت افكار ادت الى انهيار فكرة الدولة الحارسة ، وتوسع مجال السلطة العامة بالرغم من بقاء المقومات الاصلية للمذهب الفردي، واصبحت

[1] مازن ليلو راضي، **العقود الادارية ،الطبعة** الاولى ،دار قنديل للنشر والتوزيع ،عمان ، الاردن ،2011 ،ص ص 16 -17.

الدولة اداة لصنع المجتمع الجديد ولما كانت الدولة في حاجة لأساليب جديدة ومتميزة تمكنها من اداء هذا الدور الجديد نشأت وظهرت نظرية العقود الادارية ذات المنشأ الفرنسي.[1]

ان قواعد القانون الاداري، وبصفة خاصة احكام العقود الادارية، هي من صنع القضاء الاداري (مجلس الدولة) في فرنسا، فالمحاكم العادية تطبق على العقود التي تختص بمنازعاتها قواعد القانون الخاص بطبيعة الحال، اما بالنسبة للقضاء الاداري فبحكم تخصصه وعدم تقيده بنصوص القانون المدني، وكذلك نشأته في كنف الادارة، كان له الفضل في ابتداع نظريات القانون الاداري، وإرساء مبادئه وأحكامه، في العديد من المجالات وأهمها العقود الادارية، وذلك بما يتناسب وطبيعة المنازعات الادارية.[2]

ومن هنا فإن احكام العقود الادارية هي في جوهرها احكاما قضائية يرجع الفضل فيها لمجلس الدولة الفرنسي، ولا يتدخل المشرع في هذا المجال الا استثناءا، عادة ما يكون تدخله مقصورا على تبني قواعد سبق وان ارسى القضاء الاداري دعائمها.[3]

وتعتبر نظرية العقود الادارية من النظريات الحديثة نسبيا في القانون الاداري والتي تعود الى بدايات هذا القرن من خلال الاحكام القضائية التي ارساها مجلس الدولة الفرنسي فيما يتعلق بالعقود الادارية، ويمثل حكم (**تريبيه terrie**)الصادر سنه 1903 هو الاساس الذي بنيت عليه نظرية العقود الادارية بطبيعتها، حيث تقرر بهذا الحكم ان اختصاص القضاء الاداري يتناول كل ما يتعلق بتسيير المرفق العام سواء محليا او قوميا، وسواء كانت وسيلة الادارة في ذلك التسيير من اعمال السلطة العامة او تصرفا عاديا، فالعقود التي تبرمها الادارة بهذا الخصوص هي من قبيل الاعمال الادارية بطبيعتها ويجب ان يختص القضاء الاداري بالفصل في كل ما ينجر عن منازعاتها. والحقيقة اذا كانت فكرة المرفق العام تجلت ملازمة للعقد الاداري في هذا الحكم ،الا انها لم تبقى ملازمة له فيما بعد، ولم تعد شرط اساسي لإسباغ الصفة الادارية للعقد الاداري على عقود الادارة بصفة دائمة، فقد حرص مفوض الحكومة (**روميو**)في تقريره المقدم في هذه الدعوة على ابراز ان فكرة المرفق العام ان كانت ضرورية لكي تصبح منازعات العقد الاداري المتعلق به من اختصاص القضاء الاداري ،الا ان الادارة

[1] مرجع نفسه، ص 19.
[2] محمود عطف البنا،مرجع سابق، ص 7.
[3] ماجد راغب الحلو ، **العقود الادارية** ،تحديد العقد الاداري ،تكوين العقد الاداري، تفسير العقد الاداري، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2016،ص 34.

حرة في ان تلجأ الى قواعد القانون الخاص اذا مارأت ان فيها جدوى في التعاقد من اجل تسيير المرفق العام، والمعنى من ذلك ان عقود الادارة لا تكون ادارية بطبيعتها لاتصالها بتسيير المرفق العام الا اذا كانت تقوم على وسائل القانون العام.[1]

وبدأت احكام مجلس الدولة الفرنسي بصفة تدريجية بطيئة والتي كان لها الدور الاساس في التأكيد على وجود نظام القانون العام، ففي حكم (**بلانكو blanco**)الصادر عن محكمة التنازع في 1873/02/08 تم وضع الحدود الفاصلة بين قواعد القانون العام والقانون الخاص، حيث ورد فيه ((ان مسؤولية الدولة عن الاضرار التي تسببها الافراد بفعل الاشخاص الذين تستخدمهم في المرافق العامة لا يمكن ان تحكمها المبادئ التي يقررها التقنين المدني لتنظيم الروابط بين الافراد ببعضهم وأن هذه المسؤولية ليست عامة ولا مطلقة بل لها قواعدها الخاصة التي تتغير تبعا لحاجات المرفق العام وضرورة التوفيق بين حقوق الدولة والحقوق الخاصة)) ومن هنا بدأ المشرع الفرنسي يحيل الى القضاء الاداري الاختصاص في نظر منازعات بعض العقود التي تبرمها الادارة وهي التي يسعى الى إخضاعها لأحكام القانون العام، وقد ادى ذلك الى التضييق من اختصاص مجلس الدولة اذ اخرجت من اختصاصه المنازعات المتعلقة بعقود الادارة العادية، كعقود البيع والشراء والايجار والتي كانت تعد من الامور العادية التي تظهر فيها الادارة سابقا بمظهر صاحبة السلطة والسيادة، وذلك مما حدا بالمشرع الى النص على اعتبار بعض العقود من العقود الادارية ، واستلزم إخضاعها لاختصاص مجلس الدولة، كعقود الاشغال العامة التي ورد عليها النص في المادة 04 من القانون الصادر في 28 من الشهر الخامس من التقويم الجمهوري(السنة الثامنة للثورة الفرنسية)، كذلك عقود بيع املاك الدولة، والقانون الخاص بعقود القرض العام في 17 تموز 1790 و26 ايلول 1793 والعقود التي تتضمن شغلا (الدومين العام) الصادر في 17 حزيران 1938.[2]

اما بالنسبة لمصر فقبل سنة 1946 كانت تأخذ بالقضاء المزدوج، وبإنشاء مجلس الدولة اصبح هناك جهتان للقضاء، قضاء عادي وإداري ،حيث صار مجلس الدولة يفصل في العقود التي تكون الادارة بذاتها طرفا فيها، وتطبيق قواعد متميزة تتناسب وطبيعة المنازعات الادارية، ومنذ عام 1949 بدأ يتقرر اختصاص مجلس الدولة بنظر منازعات العقود الادارية، بعدما

[1] **محمود خلف الجبوري ، العقود الادارية**، الطبعة الثانية ،مكتبة دار **الثقافة للنشر والتوزيع** ،عمان ، الاردن ،1998، ص ص13-14.

[2] مازن ليلو راضي ، مرجع**سابق** ، ص ص 24 -25.

كانت الولاية فيها لاختصاص المحاكم العادية وإن كانت بالإضافة لقواعد القانون المدني تتبع بعض القواعد الادارية التي تحكم النشاط الاداري الذي يستهدف تأمين سير وانتظام المرفق العام.[1]

بالنسبة للجزائر فتطور النظام القانوني للعقود الادارية خاصة الصفقات العمومية فقد مرت بعدة مراحل تبعا للتطورات السياسية والاقتصادية التي عرفتها البلاد منذ الاستقلال، فقبل سنة 1967 كانت العقود الادارية والصفقات العمومية خاضعة للنظام القانوني السائد في الحقبة الاستعمارية وذلك بموجب القانون الصادر في ديسمبر 1962 القاضي بتمديد سريان القانون الكولونيالي على الجزائر المستقلة مالم يتعارض ومبادئها، وبعدها صدر الامر 90/67 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، في ضل النظام الاشتراكي الساعي لحماية الانتاج الوطني واليد العاملة وذلك من خلال تنفيذ مخططات التنمية بأتباع اسلوب العقود والصفقات العمومية ،ثم جاء المرسوم 145/82 المتعلق بصفقات المتعامل العمومي تماشيا مع النهج الاشتراكي ولكن بتطبيقه على كافة المؤسسات العمومية بغض النظر عن طبيعتها ،مركزية او لامركزية، ادارية او اقتصادية ،اجتماعية او ثقافية، كل اجهزة الدولة وهيئاتها ووحداتها في سياق توحيد النظام القانوني لعقود الادارات والمؤسسات العامة انسجاما مع الاختيار الاشتراكي الذي يقوم اساسا على وحدة القانون، ثم جاء المرسوم التنفيذي 434/91 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية بعد دستور 89 والتخلي عن النهج الاشتراكي، واقتصر تطبيق هذا المرسوم على القطاع الاداري للدولة دون القطاع الاقتصادي الذي صار خاضعا للقانون الخاص ،وفي سنة 2002 صدر المرسوم الرئاسي 250/02 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية في ضل الخوصصة والشراكة الأجنبية، وتم اعادة صياغة النص المتعلق بعقود الصفقات باعتبارها من اهم العقود الادارية على النحو الذي يتماشى وضرورات المصلحة العامة.[2]

[1] محمود عطاف البنا ، مرجع سابق ،ص 8.
[2] محمد الصغير بعلي ،**العقود الادارية**، **دار العلوم للنشر** والتوزيع، عنابة ،الجزائر،2005،ص ص7 - 9

المطلب الثاني:

تعريف العقد الإداري.

العقد الإداري هو عقد كغيره من العقود المدنية يتكون من عناصر أساسية لكونه عقدا رضائيا، فلابد ان يتحقق توافق الارادتين بإيجاب وقبول لترتيب التزامات تعاقدية مؤسسة على التراضي بين الطرفين يكون بالطبيعة احدهما شخص معنوي عام.[1]

العقد بصفة عامة هو توافق بين إرادتين أو أكثر لأجل إحداث أثر قانوني معين، وقد يكون هذا الأثر إنشاء التزام كعقد البيع مثلا وقد يكون تعديل التزام، وكذلك بالنسبة للعقد الإداري فحاله كحال العقود بصفة عامة حيث لابد أن تتوافر فيه شروط وأركان.[2]

فالعقد الإداري هو عقد يقوم بإبرامه أحد أشخاص القانون العام، لغرض تسيير مرفق عام، أو تنظيمه، وكذلك تظهر فيه نية جهة الإدارة إلى الأخذ بأسلوب القانون العام، وسنتناول في الفروع الآتية تعريف العقد الإداري فقها، وقضاء، وتشريعا، لنستوعب المفهوم والمعنى الحقيقي للعقد الإداري.

الفرع الأول: تعريف الفقه للعقد الإداري.

يرى الفقيه **(لوبادير LAUBADER)**أن العقد الإداري هو توافق إرادتين على إنشاء التزام، وليس كل توافق في نظره يعتبر عقدا فهو ينكر الصفة العقدية على التصرفات الفردية، ذات المظهر التعاقدي والتي تبرمها الإدارة، فيما يرى **(دوجيه DOUGUIT)**أن العقد الإداري شأنه شأن العقود الأخرى، له ذات الصفات والخصائص القانونية، والآثار القانونية، وإذ كان الاختصاص في منازعات العقود الإدارية يعود للقضاء الإداري فإن حجته في ذلك مردها إلى غاية العقد في ذاته، مثل العقود التجارية، وذهب الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي في تعريف العقد الإداري على أنه ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام، بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، شرط أن تتضمن العقد شروطا

[1] محمد محمود جمعة، **قواعد إجراء المناقصات والمزايدات**، دار الفكر الجامعي،مصر،2003 ،ص15.
[2] مفتاح خليفة عبد الحميد ،**العقود الادارية واحكام إبرامها** .،دار الفكر الجامعي ،مصر 2003 ،ص 15.

استثنائية غير مألوفة في قواعد القانون الخاص، أو أن يخول للمتقاعد مع الإدارة الأشراك مباشرة في تسيير المرفق العام ومنحه بعض امتيازات السلطة العامة.[1]

وقد عرفه أيضا المستشار الدكتور عبد الفتاح صبري بقوله أن العقد الإداري هو عقد شأنه شأن العقد في القانون الخاص يتم بتوافق إرادتين على إنشاء التزام، أو تعديله، أو إلغائه، وقوامه الإيجاب والقبول الذي يجب أن يتم من خلال الأوضاع الشكلية، والإجراءات المنصوص عليها حتى ينتج هذا العقد أشارته القانونية الصحيحة، وشأنه شأن العقود الخاصة، حيث يقوم بالتراضي ، إلا كان ذلك سببا في عدم مشروعيته لذلك فإنه مفهوم العقد هو نفسه سواء كان إداريا أو مدنيا، حيث هو اتفاق بين إرادات ينتج أوضاع قانونية ذاتية، إلا أنهما يختلفان في النظام القانوني، حيث يخضع العقد الإداري إلى قواعد تختلف جوهريا عن القواعد التي تحكم عقود القانون الخاص، ونجد سبب هذا الاختلاف في متطلبات حسن سير المرفق العام، في العقود المدنية مصالح الأفراد هي متساوية، أما في العقود الإدارية فإن المصلحة العامة مفهومها يجعل هذه المصالح غير متساوية لكل هذا من الضروري بمكان معرفة ما إذا كنا أمام عقد إداري أم عقد مدني، بعض هذه العقود هي دوما عقود إدارية، عندما تكون طبيعة العقد محددة في القانون أو إذا كان موضوعها التزام موقف عام، ولكن بالنسبة لعقود أخرى كعقد الخدمات مثلا، فهي تارة عقود إدارية وتارة عقود مدنية، وللتمييز بين الاثنين يلجأ الاجتهاد الإداري إلى المعيارين العضوي والمادي لمعرفة ما إذا كان العقد إداريا أو مدنيا[2].

وكذلك عرف الدكتور عمر حليمي أن المقصود بالعقود الإدارية وحسبما أستقر عليه الفقه في زمننا حيث في مصرذهبوا لتعريف العقد على أنه:" ذلك الاتفاق الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة الأخذ بأحكام القانون العام، ومناط ذلك أن يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في قواعد القانون الخاص، أو أن يخول المتعاقد معها الإشراف مباشرة في تسيير المرفق العام"، ومنه فالعقد الاداري هو العقد الذي يكتسب صفته من موضوعه وطبيعته عندما يعتمد على مظاهر السلطة العامة التي تقررها القواعد والقوانين التي تمنح الادارة حقوقا لا مثيل لها في قواعد القانون الخاص، بقصد تحقيق المصلحة العامة التي هي من صميم عمل الادارة، والذي يعلو على المصلحة الخاصة

[1] مرجع نفسه ،ص 16.

[2] جورج سعد القانون الاداري العام والمنازعات الادارية، الطبعة الاولى، منشورات ب يروت، لبنان ،2006،ص303.

للمتعاقد ، وذلك من خلال تضمين بنود العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في قواعد القانون الخاص، والتي تعد هي الدليل عن اتباع الادارة اساليب القانون العام.[1]

الفرع الثاني: تعريف القضاء للعقد الإداري:

ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى تعريف العقد الإداري على أنه ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه وتظهر فيه نية الإدارة بالأخذ بأحكام القانون العام، وذلك بتضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في قواعد القانون الخاص، وفي مصر فإن محكمة القضاء الإداري تؤكد في حكمها الصادر في 1998/08/30 أنه ليس بكاف أبدا مجرد أن يكون أحد طرفي العقد شخصا إداريا عاما للقول بأن هذا التصرف هو عقد إداري يخضع لأحكام القانون العام، وتختص حتما بالفصل في منازعاته هذه المحكمة، فالشخص الإداري قد يبرم عقدا مدنيا كما قد يبرم عقدا إداريا سواء بسواء، وإنما تتميز العقود الإدارية عن العقود المدنية بطابع معين مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره أو تنظيمه، غير أنه مجرد صلة العقد بالمرفق العام وأن كان شرطا لازما، فإنها ليست بكافية فالعبرة بما تأخذه به جهة الإدارة في عقدها من أسلوب القانون العام[2].

أما بالنسبة للقضاء في الجزائر فذهب مجلس الدولة إلى تعريفه لعقد الصفقة العمومية الذي هو من قبيل العقود الإدارية في قرار له غير منشور مؤرخ في 2002/12/17 في قضية رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية ليوة بولاية بسكرة ضد (ق.أ) تحت رقم 6215 إلى القول: " .. وحيث أنه تعرف الصفقة العمومية بأنها عقد يربط الدولة بالخواص حول مقاولة أو إنجاز مشروع أو أداء خدمات ..." وأن حصر هذا الحكم في تعريفه لعقد الصفقة بأنه رباط بين الدولة وأحد الخواص إلا أنه قد يربط غير الدولة مثل الولاية، والبلدية ،والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.[3]

[1] مفتاح خليفة عبدالحميد ، مرجع سابق، ص 16.

[2] مرجع نفسه،ص17.

[3] عمار بوضياف، **شرح تنظيم الصفقات العمومية**، جسور للنشر والتوزيع ،الجزائر،2011،،ص 38.

الفرع الثالث: تعريف المشرع للعقد الإداري.

وصف المشرع الليبي في لائحة العقود الإدارية الصادرة بتاريخ 1980، ولائحة العقود الإدارية النافذة، والصادرة بموجب قرار اللجنة الشعبية العامة تحت رقم 563 الصادرة سنة 2007، إذ ورد في المادة 03 من هذه اللائحة أنه، يقصد بالعقد الإداري في تطبيق أحكام هذه اللائحة، هو كل عقد تبرمه جهة من الجهات المشار إليها في المادة السابقة، والمتمثلة في الإدارة، بقصد تنفيذ مشروع من المشروعات المعتمدة في خطة التنمية أو الميزانية أو الإشراف على تنفيذه أو تقديم المشورة الفنية، أو تطويره، أو تسيير مرفق من المرافق العامة بانتظام واستمراريته، متى كان ذلك العقد يشتمل على شروط استثنائية غير مألوفة في العقود المدنية وتستهدف تحقيق مصلحة عامة[1].

وعرف المشرع الجزائري العقد الإداري اعتبارا بالمعيار العضوي على أنه كل عقد تكون فيه الدولة ،أو الولاية ،أو البلدية ،أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري طرفا فيه[2] .
وهذا ماأكدته المادة 800 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث تمت في مدلولها على أن المحاكم الإدارية في الجزائر هي جهات الولاية العامة التي تفصل في المنازعات الإدارية كدرجة أولى في جميع القضايا التي تكون الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري طرفا فيها.[3]

وفي الأخير من خلال كل هذه التعريفات للعقود الإدارية سواء في نظر الفقه أو القضاء أو التشريع، ففي الاعتقاد أن التعريف الأنسب والأصوب، والشامل هو ماذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي الذي عرف العقد الإداري على أنه العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام، بقصد تسيير مرفق عام من مرافق الدولة، أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة الأخذ بأحكام القانون العام، للمتقاعد مع الإدارة العامة بالاشتراك في تسيير المرفق العام، وحيث من خلال هذا التعريف الجامع نستخلص معايير محددة، من خلالها يمكن التمييز بين العقود الإدارية و العقود الأخرى، وهذا ما سنتناوله بالتفصيل في المطلب الموالي[4].

---

[1] مفتاح خليفة عبدالحميد،مرجع سابق،ص20.
[2] زسرين شريفي،مريم عمارة،سعيد بوعلي،**القانون الاداري**،**دار** بلقيس للنشر،الجزائر،بدون سنة النشر،**ص ص** 166-167.
[3] **القانون** 09/08 **المتضمن قانو ن الاجراءات المدنية والادارية المؤرخ في** 25 فبراير2008، الجريدة الرسمية **العدد** 21 **لعلم** 2008، **المادة** 800.
[4] لمياء هاشم سالم قبع،مرجع ،**سابق**،ص 16.

المطلب الثالث:

اركان العقد الاداري.

يقوم العقد الاداري على ثلاثة اركان كما هو الحال بالنسبة للعقود المدنية، فلا بد ان يكون هناك الرضا بين الاطراف المتعاقدة، ولا بد ان يكون هناك محلا للعقد، وان يكون هناك سببا من وراء التعاقد، ولكي يكون العقد صحيحا فيجب ان يكون طرفيه يتمتعان بالأهلية اللازمة لإبرامه وان تكون إرادة كل منهما سليمة، خالية من عيوب الرضا التي قد تفسدها وتبطل العقد، لذلك سنتناول اركان العقد الاداري حيث سنتعرف على ركن الرضا في الفرع الاول ، وركن المحل في الفرع الثاني، وفي الاخير سنتعرف على ركن السبب.

الفرع الاول: الرضا.

يقصد بالرضا هو اتجاه ارادتين واتفاقهما نحو إحداث اثر قانوني، ولما كانت الارادة امر باطني يدور في داخل النفس الانسانية، فلابد ان يكون لهذه الارادة مظهر خارجي، يسمي بالتعبير عن الارادة، سواء كان هذا التعبير قولا او إشارة او كتابة او عملا، وفي العقود الادارية تغلب الصفة الشكلية في التعبير عن الرضا ،وذلك بالإفصاح بواسطة الكتابة في القرار الاداري الصادر عن المدير المختص بالتعاقد كما هو الشأن في عقود القانون الخاص، وقد يكون التعبير صريحا وقد يكون ضمنيا اذا كانت الوسيلة المستعملة لا تدل بذاتها مباشرة على حقيقة المعنى المقصود غير ان ظروف الحال تسمح بترجيح واستخلاص المعنى المقصود على غيره من المعاني المحتملة، ويشترط لسلامة الرضا ان يكون خالي من عيوب الارادة التي سنتناولها في الفرع الثاني ، ويجب كذلك ان تكون صادرة من جهة إدارية مختصة، وإذا اشترط القانون شكلية معينة لصدور تلك الارادة فلابد ان من توفيرها، كوجود إجراءات تتبعها الادارة لأنها في الحقيقة هي التي قد تبعث الامل على إيجاد الطمأنينة فيما بعد على سلامة التعبير عن رضاها.[1]

[1] محمود خلف الجبوري ، مرجع سابق ،ص 92.

الفرع الثاني: المحل.

المحل في العقد هو الشيء الذي يلتزم المتعاقد بالقيام به او عدم القيام به، مادام موجود و بالإمكان القيام به ولم يكن مستحيلا وإلا كان العقد عقدا باطلا بطلانا مطلق، ويجب هذا الشيء معينا تعيينا ناهيا للجهالة الفاحشة ، ومحددا بذاته وبمقداره وجودته اذا كان يشترط على ذلك، ويجب ان لا يكون هذا المحل او الشيء مخالفا للنظام العام والآداب العامة والا كان التعاقد لأجله باطلا، ويفهم من هذا ان محل العقد الاداري و موضوعه، وهو الموضوع الناشئ عن الالتزام بتسليم الشيء، والمحافظة عليه او بإنجازه او دفع ثمنه.[1]

وقد اشارت المادة 96 من القانون المدني الجزائري على ثبات محل العقد اذا يتعلق بالنقود والتزام المدين بثبات قيمتها حيث جاء فيها ((اذا كان محل الالتزام نقودا، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون ان يكون لارتفاع قيمة هذه النقود او انخفاضها وقت الوفاء اي تأثير.)).[2]

الفرع الثالث: السبب.

تقضي القواعد العامة في القانون المدني بان العقد يكون باطلا اذا التزم المتعاقد دون سبب، او لسبب ممنوع قانونا ومخالفا للنظام العام او للآداب العامة ويفترض لكل التزام ان له سببا مشروعا، لو لم يذكر هذا السبب في العقد، مالم يقم الدليل على خلاف ذلك، اما إذا ذكر سبب ذلك في العقد فيعتبر انه السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك.[3]

وهذا ما أكدته نصوص المادتين 97 و98 حيث جاء فيهما على التوالي ((اذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع او لسبب مخالف للنظام العام او الآداب كان العقد باطلا.))،((كل التزام مفترض ان له سببا مشروعا، مالم يقم الدليل على خلاف ذلك، ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي ان للالتزام سببا اخر مشروعا ان يثبت ما يدعيه.)).[4]

---

[1] نصر الشريف عبد الحميد، مذكرة لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء، **العقود الادارية في التشريع الجزائري** ،المعهد الوطني للقضاء،2004 ،ص 12.

[2] **الامر رقم 58/75 المؤرخ في26سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري**، الجريدة الرسمية، **العدد 78،المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005، المادة 96.**

[3] **محمود خلف الجبوري، مرجع سابق،ص 95.**

[4] **انظر نص المادتين 97 98 من الامر 58/75 .**

فكما هو الحال للعقود المدنية فالمبررات والاسباب تكون مقتضاه كذلك وبأهمية اكبر في العقود الادارية مضافا اليها مقتضيات حسن الادارة في التعامل المشروع من حيث المبدأ وان هدف الادارة في العقد هو تحقيق مصلحة عامة، ولهذا تكون كذلك جميع القرارات الادارية المؤدية الى التعاقد وفي اي مرحلة من مراحل التعاقد مشروعة الى ان يثبت العكس.
وبعد توافر شروط واركان العقد فلابد كذلك ان يكون العقد صحيحا وغير قابل للإبطال من حيث صدور الارادة من شخصين لديهما الاهلية اللازمة للإبرام، وان يكون رضا كل منهما سليما وغير مشوب بعيب من عيوب الرضا، كالغلط والتدليس والاكراه.[1]

المطلب الرابع:

معايير تمييز العقد الإداري.

تتميز العقود الادارية عن غيرها من العقود وذلك لطبيعتها والهدف من إبرامها، لذلك ذهبت الكثير من التشريعات الى تحديد بعض العقود وأعطتها صفة العقد الاداري، بينما ذهب القضاء الاداري الى وضع معايير محددة نميز بها العقد الاداري عن غيره من العقود الاخرى وهذا ما سنتناوله في الفرعين التاليين.

الفرع الاول : العقود الادارية بتحديد القانون.

إن المشرع في بعض الاحيان يلجأ الى إضفاء الصفة الادارية على بعض العقود ،عندما يشعر ان تطبيق نظام القانون العام اكثر ملائمة لحل المنازعات المعروضة من القانون الخاص، ويقرر المشرع اختصاص القاضي الاداري لهذه العقود بالنظر لما تثيره من منازعات، ويطلق على هذه العقود اسم العقود الادارية بتحديد القانون، وقد ظهر هذا التحديد لأول مرة في نص المشرع الفرنسي في بداية عهد الثورة الفرنسية عندما وصف بعض العقود بانها عقود ادارية وخص مجلس الدولة فيما تثيره من منازعات وذلك سعيا لتطبيق مبدأ الفصل بين السلطات بمنع القضاء العادي من التصدي لأعمال الادارة فجعل اختصاص النظر في المنازعات في شأن العقود التي تبرمها الادارة من اختصاص مجلس الدولة، ومن النصوص التشريعية التي عقدت الاختصاص للقضاء الاداري بالنظر في هذه العقود فبالنسبة لعقود

[1] محمود خلف الجبوري ، مرجع سابق ،ص ص96.95.

الاشغال العامة صدر قانون 28 بليفوز(السنة الثامنة للثورة الفرنسية)، وكذلك المرسوم الصادر في 11 حزيران 1806 المتعلق بعقود التوريد والقانون الصادر في 17 تموز، و26 ايلول 1793 المتعلق بعقود القروض العامة وعقود املاك الدولة، والقانون الصادر في 17 حزيران 1938 المتعلق بالعقود التي تتضمن شغلا للمال العام، ولم يكتفي مجلس الدولة بهذه الاختصاصات بل عمد الى توسيع اختصاصاته عن طريق القياس على عقد الاشغال العامة.[1] لذلك سنتناول بعض هذه العقود المحددة بموجب القانون في النقاط التالية.

اولا :عقد الالتزام بمرفق عام.

عقد التزام او امتياز المرفق العام هو عقد اداري يتم بين شخص معنوي من اشخاص القانون العام واحد اشخاص القانون الخاص (فرد او شركة)، يتعهد بمقتضاه الملتزم بالقيام تحت نفقته او مسؤوليته بأداء خدمة عامة للجمهور طبقا للشروط الموضوعة له، مقابل التصريح باستغلال المشروع لمدة زمنية محددة واستيلاءه على الارباح، ويكون الاستغلال في صورة التصريح للملتزم بتحصيل أجر او رسم من المنتفعين. وينشئ الالتزام نوعين من العلاقات القانونية، علاقة بين الادارة مانحة الالتزام والملتزم، وعلاقة بين الملتزم والمنتفعين بخدمات المرفق العام، ويتضمن عقد الالتزام بالإضافة للشروط التعاقدية التي تنظم العلاقة المالية بين الادارة المانحة والملتزم، شروطا أخرى لائحية تملك الادارة تعديلها في اي وقت لضرورات المصلحة العامة، شروط تتعلق بتنظيم المرفق العام وكيفية اداء الخدمات للمنتفعين، لان المتعاقد ما هو الا معاونا لها في أمر هو من اخص خصائصها.[2]

وفي الجزائر حسب نص المادة 132 من قانون البلدية، فيمكن ان يتعلق عقد الامتياز بأحد المرافق التالية. مرفق المياه الصالحة للشرب ، ومرفق التنظيف والمياه القذرة، ومرفق القمامات المنزلية وغيرها من الفضلات، والاسواق المغطاة والاسواق والمكاييل، التوقف مقابل دفع رسوم، النقل العمومي، المقابر والمصالح الجنائزية، الطرق البلدية.[3]

---

[1] مازن ليلو راضي ، مرجع سابق،ص49.

[2] محمود عطف البنا ، مرجعسابق،ص ص 51 52.

[3] القانون 10/11، المؤرخ في 22 جويلية 2011،**المتضمن قانون البلدية**، الجريدة الرسمية العدد 37 ، لسنة2011 ، المادة 132.

ويخضع اختيار المتعامل للسلطة التقديرية للإدارة، على ان تبني اختيارها على معايير موضوعية، وبالنسبة لمدة عقد الامتياز فهي لا تكون مؤبدة ، وعادة ما تكون بين ثلاثين وخمسين سنة.[1]

ثانيا، عقد الاشغال العامة.

جاء في قانون الصفقات العمومية الجزائري في مضمون المادة 29 ان ((...تهدف الصفقة العمومية للأشغال الي انجاز منشأة او اشغال بناء او هندسة مدنية من طرف مقاول، في ضل احترام الحاجات التي تحددها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع، وتعتبر المنشأة مجموعة من اشغال البناء او الهندسة المدنية التي تستوفي نتيجتها وظيفة اقتصادية او تقنية.
تشمل الصفقة العمومية لأشغال بناء او تجديد او صيانة او تأهيل او تهيئة او ترميم او إصلاح او تدعيم او هدم منشأة او جزء منه ، بما في ذلك التجهيزات المرتبطة بها الضرورية لاستغلالها.

اذا تم النص في صفقة عمومية على تقديم خدمات وكان الموضوع الاساسي للصفقة يتعلق بإنجاز اشغال، فإن الصفقة تكون صفقة اشغال.)).[2]

اذا فعقد الاشغال العامة هو عقد مقاولة بين شخص من اشخاص القانون العام وشخص اخر معنوي او خاص كفرد او شركة ،يتعهد بمقتضاه المقاول المتعاقد بالقيام بعمل من اعمال كالبناء، والهدم او الترميم او الاصلاح، او الصيانة في عقار لحساب الشخص العام، وتحقيقا للنفع العام، وكل ذلك مقابل ثمن يتقاضاه المقاول ويكون محددا في العقد، لذلك لا يكون من قبيل عقد الاشغال العامة العقد الذي يقع على عقار من عقود بيع او ايجار، كذلك لا يعتبر عقد اشغال عامة مايرد من اعمال واشغال على منقولات مهما كانت اهميتها، وإن امكن ان يكون العقد في شأنها إداريا،، باستثناء على المنقول الذي يكون عقارا بالتخصيص هو عقار يمكن ان يكون موضوعا لعقد اشغال عامة. فالصورة الغالبة هي ان يكون عقد الاشغال على عقار مملوك لشخص معنوي عام الذي هو طرف اصيل في العقد مع امكانية ان يكون التعاقد بين شخصين خاصين في حالة تعاقد احدهما لصالح الشخص عام نيابة عنه، كعقد بين مقاول ومتعامل اخر، كما يمكن ان يكون التعاقد على عقار مملوك للخواص اذا كان الامر يتعلق

[1] نصر الشريف عبد الحميد، مرجع سابق،ص 18.
[2] **المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المؤرخ في 16سبتمبر 2015** الجريدة الرسمية **العدد 50 لسنة 2015،المادة 29** .

بمصلحة عامة كالقيام بعملية التشجير والتنظيف للعقارات العمومية ومعها عقارات للخواص ايضا.[1]

والتزام المقاول بتنفيذ الاشغال لصالح الشخص المعنوي العام ، والذي يبتغي من ذلك تحقيق المصلحة العامة، يرتب له هو كذلك حقوق تعترف له الادارة بها، فلا خلاف على سعي المتعاقد من خلال تعاقده الى تحقيق مصلحة مالية وربحية بحتة، وتقدير لهذه المصلحة فإنه من حقه الحصول على المقابل المادي لالتزاماته التعاقدية، ومن البديهي ان لا ينتظر المقاول حتى انتهاء الاشغال ليتقاضى حقه، ولا من العدالة حبس اموال مستحقة له لذلك وجب دفع مستحقاته تباعا اثناء تنفيذه للمشروع عبر المراحل المحددة في العقد، وذلك ما من شأنه ايضا مساعدته لتمويل الاشغال المتبقية، وكذلك للمقاول الحق في التعويض عن الخسائر والاضرار التي تلحقه بسبب ارتفاع الاسعار والرسوم ، والتي لا دخل ولا سبب له فيها ، فمن واجب الادارة هنا مراعاة ذلك وإعادة التوازن المالي لعقد الاشغال.[2]

وفي الآونة الاخيرة اتجه اهتمام الكثير من الدول النامية الى صيغة جديدة من العقود الادارية، وذلك من خلال الاستعانة بالمشروعات الخاصة في اداء خدمات في البنية الاساسية، وذلك عن طريق ما يعرف بعقود ***"البوت" b.o.t***،لذلك فعقد البوت هو عقد تبرمه السلطة العامة مع احد اشخاص القانون الخاص حيث يقوم على نفقته ولحساب السلطة المتعاقدة بإنشاء مشروع عادة ما يكون من مشروعات البنية الاساسية، على ان يكون له الحق في تشغيل ذلك المشروع لحسابه وعلى نفقته مدة معينة حيث بعد انتهاءها تنتقل إدارة المشروع الى السلطة المتعاقدة، ويكون المشروع بعدها ذا ملكية دائمة لها، فعقد البوت هو التزام مرفق عام او اشغال عامة على نفقة المتعاقد واستغلاله لفترة مع الحصول على التكاليف وارباح الاستغلال مما يأخذه من المنتفعين، حيث يقوم استغلال المشروع على اسس تجارية، اي كمشروع تجاري، حيث سلطة الملتزم في التشغيل والادارة تكون اوسع، والرقابة عليه اقل، وإجراءات التعاقد تكون اقل شدة، الا ان ذلك لا ينفي ان المشروع هو عقد التزام مرفق عام او التزام اشغال عامة خاصة وان من المسلم ان عقود المتعاقد الملتزم مع الموردين والعمال والمنتفعين هي عقود خاصة.[3]

---

[1] محمود عطاف البنا ، مرجع سابق، ص ص 73. 74.

[2] محمد الشافعي ابو راس، استاذ واول عميد كلية الحقوق ببنها، **العقود الإدارية**، ص ص 50-51.

[3] محمود عطاف البنا ، مرجع سابق، ص 7.

ثالثا: عقد التوريد او الخدمات.

عقد التوريد هو اتفاق تبرمه الادارة المتعاقدة مع شخص اخر (المورد) وذلك بقصد تموينها وتزويدها باحتياجاتها من المنقولات مثل الاثاث المكتبي للإدارة، بالنسبة للمستشفى كالأدوية، الخبز للمطاعم المدرسية ، الكتب للمكتبة العمومية....الخ. ومن ثم فإن محل عقد التوريد ينصب على منقول خلافا لعقد الاشغال الذي ينصب على عقار.[1]

وهذا ما ورد في نص المادة 29 من قانون الصفقات العمومية الجزائري حيث جاء فيها((....تهدف الصفقة العمومية للخدمات المبرمة مع متعهد خدمات الى إنجاز تقديم خدمات، وهي صفقة عمومية تختلف عن صفقات .الاشغال، او اللوازم ،او الدراسات)).[2]

وعرفت محكمة القضاء الاداري في مصر ان عقد التوريد هو اتفاق بين شخص معنوي من اشخاص القانون العام وفر او شركة يتعهد بمقتضاه بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي العام لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين يتقاضاه، ومن ذلك يتضح اننا لنكون امام عقد التوريد لابد من ان يكون موضوع العقد هو اشياء منقولة كمواد التموين والاجهزة والبضائع المتلفة الاخرى، وكذلك يشترط وهو الاساس اتصال العقد بمرفق عام وتضمين بنوده شروطا استثنائية غير مألوفة في قواعد القانون الخاص، ويستوي بالنسبة لعقد التوريد ان يتم دفعة واحدة او على دفعات متعددة، وقد افرز التطور الصناعي ضهور انواع جديد من عقود الخدمات، تتعلق بتسليم منقولات بعد صناعتها ، وسميت هذه العقود بعقود التوريد الصناعية،، والتي تشمل هي بدورها نوعين من العقود ،عقود التصنيع وعقود التعديل والتحويل.[3]

وتتم عقود التوريد عادة عن طريق المناقصات، ذلك حفاظا على المصالح المالية للدولة، والزمن يشكل عنصرا جوهريا في هذه الانواع من العقود من حيث ظروف التنفيذ ومن حيث انتهاء مدة العقد، وهناك مشاكل تثيرها عقود التوريد بصفة عامة تتجسد في امكانية حدوث متغيرات في احتياجات الادارة خاصة في العقود طويلة الامد مما يضطرها الى ادخال تغييرا على الطلبيات كما ونوعا خلافا على ما تم الاتفاق عليه، وكذلك قد تكون مشاكل عن التباطؤ في التوريد او غش في النوعية، بالإضافة الى مشاكل اخرى قانونية قد لا يستأثر القانون

[1] محمد الصغير بعلي ، مرجع سابق،ص 23.
[2] انظر نص المادة 29 قانون من المرسوم الرئاسي 247/15.
[3] مازن ليلو راضي ،مرجع سابق ،ص ص 97 98.

الاداري على حلها في حالة موردين اجانب محتكرين ، وتفقد الادارة بعض امتيازاتها وسلطاتها في مواجهة هذا النوع من المتعاقدين.[1]

رابعا: عقد القرض العام.

عقد القرض العام هو عقد يتم بمقتضاه إقراض احد الاشخاص الطبيعية او المعنوية كالمؤسسات المالية او البنكية للدولة او لاحد الاشخاص المعنوية العامة مبلغا من المال، على ان يتم تسديد هذه المبالغ بفوائد عند الاقتضاء بالشروط وفي الآجال المحددة ، والقاعدة التي تنص عليها الدساتير عادة هي انه لا يجوز عقد قرض عام ولا تعهد يترتب عليه إنفاق مبالغ من الخزانة العامة خلال سنة او لسنوات مقبلة الا بموافقة البرلمان، ذلك لان القرض العام من شأنه تحميل الدولة اعباء مالية لسنوات مقبلة، وبشروط قد تكون مرهقة، وهو في العادة ما يقتضي فرض ضرائب لاستيفائه، وعادة ما تصدر قوانين خاصة بالنسبة للاقتراض ترخص لوزير المالية الاقتراض عن طريق إصدار سندات حكومية،، وذلك بضمان الخزانة العامة ،تطرح للاكتتاب العام،[2]

والاصل ان القرض العام هو عمل اختياري حيث يكون الحق لأشخاص القانون الخاص في إقراض الدولة او احد الاشخاص المعنوية الخاصة من عدمه، ولكن هناك حالات قد تفرض عليهم الدولة ذلك وتحصل على القرض قهرا، والواقع من هذا القرض وان كان قد احتفظ بمظاهر العقد ، من حيث حصول المقرضين على فوائد ، وفي العادة هي قليلة، ومن حيث احقية استرداد الاموال المقرضة وإن كان الحق في الغالب معترف به الا انه يبقى في زاوية نظرية فقط، لان القرض في هذه الحالة يعتبر نوعا من الضرائب تفرضها الدولة بسلطاتها العامة وبإرادتها المنفردة، وعقد القرض العام لا يعتبر حسب المتفق عليه الان، وبعد خلاف وتطور طويل من العقود الادارية بطبيعتها، ومن ثم درج القضاء الاداري في فرنسا منذ زمن طويل على ان القرض العام، سواء كانت الدولة هي المقترضة ،او اشخاص معنوية عامة اخرى، فلا يكون بالطبيعة عقدا إداريا الا اذا تضمن الشروط الاساسية الثلاثة لصحة العقد

[1] محمود خلف الجبوري، مرجع سابق،ص 21.
[2] محمود عطاف البنا ، مرجع سابق،ص 96.

الاداري، ولابد كذلك ان يكون القرض العام يكون مبني على قانون لما لهذا النوع من التعاقد من اثر على الخزانة العامة للدولة والارهاق الذي يصيبها ولمدة قد تكون طويلة.[1]

الفرع الثاني: التمييز القضائي للعقود الادارية.

انطلاقا من تعريف مجلس الدولة الفرنسي والذي ذهب الى أن العقد الإداري هو عقد يبرمه شخص معنوي عام، بقصد تنظيم وتسيير مرفق عام، ومستخدما وسائل القانون العام، حيث يبين هذا التعريف المتقدم أن العقد الإداري يشتمل على ثلاثة عناصر ومميزات وهي كالآتي:

اولا: أن تكون الإدارة طرفا في العقد.

لا يكتسي العقد الصفة الإدارية إلا إذا كان أحد أطرافه شخص من الأشخاص المعنوية في الدولة والتي تحمل الصفة الإدارية، وبديهي أن يشترط هذا الشرط ذلك أن القواعد الإدارية، ما وجدت إلا لتحكم نشاط أشخاص من القانون العام دون نشاط الأفراد والذي تحكمه أحكام القانون الخاص، وتجدر الإشارة إلى قانون القضاء الإداري قد خفف من حدة اشتراط هذا الشرط، حيث أقر وانطلاقا من نظرية الوكالة بإمكانية حيازة العقود المبرمة بين أشخاص القانون الخاص للصفة الإدارية كإنشاء من الأصل المقرر وذلك متى أستبان أن العقد المبرم يصب في مصلحة الإدارة و ولحسابها، ومتى أستوفى ذلك الأخير العناصر الأخرى المطلوبة والتي تقوم عليها معايير تمييز العقد الإداري.[2]

والمقصود هنا أن يكون أحد أطراف العقد شخصا معنويا من أشخاص القانون العام، سواء كان في ذلك الدولة كسلطة مركزية، أو أحد العينات الإقليمية كالمحافظة أو المدنية أو القرية وغيرها من الأشخاص المرفقة أو المصلحية أو النقابات المهنية.[3]

وعندنا في الجزائر كما أشارت إليه المادة 800 من القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي حددت اختصاص القضاء الإداري للعقود التي تكون فيها الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري طرفا فيها.[4]

---

[1] محمد الشافعي ابو راس، مرجع سابق، ص ص 66 -67.

[2] بوعمران عادل، **النظرية العامة للقرارات والعقود الادارية**،دار الهدى للطباعة والنشر،الجزائر،2010،ص85.

[3] محمود عطاف البنا مرجع سابق،ص29

[4] انظر نص المادة 800 من القانون 09/08 .

وفي هذا الصدد يمكن أن يثار تساؤل في حال أن يبرم العقد الإداري شخص آخر بدلها والمقصود هنا الإدارة، كما هو معروف مثلا في عقد الالتزام أين يبرم الملتزم عقود متعلقة بتسيير المرفق العام محل الالتزام فهل هذه العقود تعتبر من قبيل العقود الإدارية أم ليست كذلك بحكم أن الإدارة ليست طرفا فيها بصفة مباشرة، فهنا العقود تعتبر إدارية لما لها من صلة بالعقد الأصلي وكذلك لبصلتها بتسيير المرفق العام وهذا ما قضت به محكمة التنازع الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 1963/07/08 في قضية شركة **أوتوروت أستريل** ومفادها أن المادة 04 من قانون 18 نيسان 1955، قد أجازت للدولة إعطاء بعض الهيئات العامة امتيازا لإنشاء الطرق واستثمارها، باستيفاء رسوم مرور عليها وعملا بهذه المادة أعطت الدولة للشركة المذكورة امتيازا لإنشاء طريق واستثمارها، فتعاقدت هذه الشركة مع شركة **بيرو** لتنفيذ بعض الأعمال وعلى إثر خلاف بين هاتين الشركتين اعتبرت محكمة التنازع أن حل هذا النزاع يكون على مستوى المحاكم الإدارية سواء تولت إنشاء هذا الطريق بنفسها، أو بواسطة شركة مختلطة وأن العقد الحاصل بين الشركتين هو عقد إداري، وكذلك في مصر من خلال حكم صادر من محكمة القضاء الإداري بتاريخ 1956/04/24 حيث ذهبت هذه الأخيرة إلى أن العقد إداري اعتبارا أن الجهة المتقاعدة تعمل لحساب مرفق عام وتحقيقا للمصلحة العامة.[1]

وبما أن طبيعة بحثنا لا تستدعي بالضرورة التطرق إلى العقود المبرمة بي شخصين عامين أو أكثر وأن دراستنا تنصب نحو رابطة عقدية تتميز بمبدأ اللامساواة بين الأطراف المتعاقدة والتي بالضرورة يكون فيها الخواص في مواجهة سلطة الإدارة، فلا بد بأن نوضح أن هناك عقود من هذا النوع في شكل اتفاقيات تنظم العلاقات المتبادلة بين أشخاص القانون العام، خاصة في العلاقة بين الدولة ووحدات الإدارة المحلية.

وظهرت مؤخرا عقودا جديدة في المجالات الاقتصادية والاجتماعية ،ونخلص مما سبق ذكره إلى أنه يجب أن تكون الإدارة طرفا في العقد الإداري ،وأن العقود التي يبرمها الأشخاص فيما بينهم ،لا تعتبر عقودا إدارية إلا إذا ثبت أن أحدهم يتعاقد لحساب جهة إدارية، ولا يكفي ذلك الشرط لنقول اننا أمام عقد إداري، فلا بد من توافر عنصرين اخرين مميزين بين العقود الإدارية والعقود الأخرى.[2]

[1] لمياء هاشم سالم قبع ،مرجع سابق،ص22.
[2] محمود عطف البنا ،مرجع سابق ،ص37.

ثانيا: اتصال العقد بنشاط مرفق عام.

ونقصد بالقول أن يكون هناك ارتباط وثيق، بين المرفق العام والعقد الإداري، حيث يبرم أحد أشخاص القانون العام العقد الإداري من أجل تنظيم المرفق العام وتسييره، فالمرفق العام له معنيان معنى عضوي، والمقصود هو الهيئة التي تعمل على أداء خدمات لإشباع رغبات الجمهور، ومعنى موضوعي والمتمثل في النشاط الصادر عن هذه الهيئة الذي وجد كذلك لنفس الغرض، وهو إشباع حاجات الجمهور، لذلك يمكن القول أن المرفق العام في حالة السكون هو المنظمة أو المؤسسة أو الهيئة التي تقوم بنشاط معين، أما في حالة الحركة فهو النشاط الذي يهدف إلى إشباع الحاجات العامة.[1]

و يعني المرفق العام من الجانب العضوي هو الهيئة أو المنظمة والتي تكون جزءا من الإدارة، وتمارس مهمتها ،عن طريق موظفيها وبوسائلها، نشاط محددا من أجل إشباع الحاجات العامة، أما المرفق العام من الجانب الموضوعي هو نشاط ضروري من أجل المصلحة والمنفعة العامة، لذلك هذه الطبيعة المميزة له هي السبب الذي لم يمكن القطاع الخاص من توليه لأن ذلك يقع على عاتق الإدارة، وعليها أن تحافظ على هذا الدور و تتدخل متى استدعت الضرورة ذلك من أجل تسيير هذه المرافق العامة.[2]

وعلى الرغم من ظهور أزمة المرفق العام، من حيث عدم اعتبار مفهوم ومصطلح المرفق العام أساسا ومعيارا فريدا للقانون الإداري، فأن فكرة المرفق العام مازالت تلعب دورا في تحديد العديد من مصطلحات القانون الإداري، ومنها العقد الإداري كما هو واضح خاصة من موقف الفقه والقضاء الإداريين في كل من فرنسا ومصر، وعليه فإنه يشترط في العقد حتى يكون عقدا إداريا أن ينصب على مرفق عام سواء من حيث تسييره أو تنفيذه ، فالعقد يعتبر إداريا إذا ما تم الاتفاق مع شخص أخر طبيعي أو معنوي على تسيير مرفق عام كما هو الحال في التزام المرافق العامة، وإذا تم إشراك الأفراد في إدارة أو تسيير تلك المرافق.[3]

ويعتبر المرفق العام هو أحد الأسس التي يقوم عليها القانون الإداري وقد مر بمراحل متعددة وتطور مفهومه، ومقتضيات تسييره، والهدف من وراءها هي وحدها ما ينظمه القانون

[1] مازن ليلو راضي، **العقود الادارية في القانون الليبي**،دار المطبوعات الجامعية،مصر،2002،ص31.
[2] لمياء هاشم سالم قبع،مرجع سابق،ص،25.
[3] محمد الصغير بعلي، **مرجع سابق، ص ص**،18 19.

الإداري من الخروج على المألوف في القانون الخاص وعلى منطق القواعد التي تحكم علاقات الأفراد فيما بينهم.[1]

ومورد اتصال العقد الإداري بالمرفق العام ليس محددا إلا أنه يمكن إجمال صور اتصال بالمرفق العام في بعض النماذج كعقود الامتياز التي تهدف إلى إشراك المتقاعد مع الإدارة في ذلك من خلال إدارة المرفق. وكذلك العقود التي تهدف إلى إشراك المتقاعد في تسيير المرفق العام، ومثال ذلك عقود التوريد، وقد ظهرت ثلاثة نظريات تنادي بكفاية اتصال العقد بتسيير المرفق العام ليصبح عقدا إداريا وهي.

1): *نظرية الهدف الحال أو المباشر:*

حيث أن العقد المتصل بمرفق عام يكون عقدا إداريا ،إذا كان موضوعه هو تحقيق غرض مرفق عام، أي تحقيق هدف من أهدافه بطريقة مباشرة، وإذا كان لا يحقق هدف المرفق العام بطريقة مباشرة ،فهو عقد مدني أو تجاري.

2): نظرية اشتراك المتعاقد في تسيير المرفق العام.

المشاركة الدائمة في تسيير المرفق العام ،وإن لم يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة وأن تكون العلاقة المؤسسة بين الإدارة والمتعاقدين معها على روابط القانون العام.

3): *نظرية الوسائل المتبعة في إدارة المرفق العام.*

وتقوم هذه النظرية على أساس أن بعض المرافق ينظمها القانون بطريقة تستدعي إضفاء الصفة الإدارية على العقود التي تبرمها تلك المرافق، استنادا على فكرة تنظيم المرافق وفقا لأوضاع خارجية عن قواعد القانون الخاص[2].

ثالثا: تضمين العقد الإداري شروطا استثنائية غير مألوفة .

لكي يوصف العقد الذي تكون الإدارة أحد أطرافه، ويكون متصلا بنشاط مرفق عام بأنه عقد إداري، فلا بد من أن تتبع الإدارة في إبرامه أساليب القانون العام، بمعنى تضمينه شروطا استثنائية غير مألوفة في قواعد القانون الخاص، هذه الشروط التي تتعلق بمبدأي المساواة والتوازن بين مصالح طرفي العقد.[3]

---

[1] لمياء هاشم سالم قبع،مرجع سابق،ص27.

[2] مفتاح خليفة عبدالحميد ،مرجع سابق ،ص ص 25. 26.

[3] عبد العزيز عبدالمنعم خليفة، **مسؤولية الادارة عن تصرفاتها القانونية ،القرارات والعقود الادارية، منشأة المعارف ،صر** 2007،ص 77.

وتعرف الشروط الاستثنائية غير المألوفة على أنها جملة الشروط المرتبطة بالسلطة العامة والتي ما إن تضمنها عقد مدني إلا وأعتبر باطلا لمخالفته النظام العام، ولا يشترط أن تتوفر في العقد كل الشروط بل توافر شرط واحد يكفي حتى يكون العقد مشتملا على شروط غير مألوفة في قواعد القانون الخاص.[1]

وعرفها الأستاذ(**شابو** " **CHAPOU** ") على أنها تلك الشروط التي تقرر عدم المساواة بين المتعاقدين، والتي من شأنها أن تمنح للإدارة مركزا أسمى وأعلى من مركز المتقاعد معها.
وهناك صور مختلفة للشروط الاستثنائية والتي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، كتمتعها بحق الأشراف والتوجيه اثناء تنفيذ العقد الإداري، ومن ذلك النص في العقد على حق تعديل بنود العقد بإرادة الإدارة المنفردة، والحق في التنفيذ على حساب المتعاقد وفي توقيع الغرامات على المتعاقد، وفي توقيع الجزاءات على المتعاقد المخالف كتوقيع غرامة التأخير، وحق الإدارة في فسخ العقد.[2]

وكذلك قد تكون امتيازات تمنح للمتعاقد مع الإدارة في مواجهة الغير، مثل حق تحصيل الرسوم من المنتفعين من خدمات المرفق، وحق نزع الملكية لإقامة المنشآت اللازمة لتسيير المرفق العام، وحق الانتفاع بالارتفاقات على الدومين العام، وحق الاستلاء الجبري، كما يمكن أن تكون شروط غير مألوفة في عقود الأفراد كالشروط التي لا يمكن تفسيرها إلا على ضوء نظريات القانون العام، وكذلك الشروط المرتبطة بالمصلحة العامة، وكذلك شرط جعل اختصاص الفصل في منازعات العقد إلى القضاء الإداري.[3]

ونخلص مما سبق إلى أن العقد الإداري يستند ويقوم على ثلاثة معايير أساسية، وهي وجود الإدارة طرفا أصيلا في العقد، واتصال مضمونه بتسيير وتنظيم المرفق العام، وتضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في قواعد القانون الخاص، هذه الشروط التي قد تخل بمبدأ المساواة والتي تعطي للإدارة الكثير من الحقوق، والتي من شأنها التأثير في بنود العقد وفي مجريات تنفيذه والمساس بالمركز المالي للمتعاقد، مما قد يخل بتوازنه وزيادة أعباءه، وتكاليفه وإرهاقه، تلك الامتيازات الممنوحة للإدارة وإن كانت النية منها هي ضرورات المصلحة العامة، ولكن لا يعطى الحق المطلق للإدارة في تطبيقها دون مراعاة مصالح الجهة المتعاقدة الأخرى

[1] بوعمران عادل، مرجع سابق،ص87.
[2] محمود عطف البنا، مرجع سابق، ص 46.
[3] مفتاح خليفة عبد الحميد،مرجع سابق،ص27.

والتي تسعى من تعاقدها إلى تحقيق مصلحة ربحية بحتة، وباعتبار المتعاقد هو شريك الإدارة في عملها، فإنه من ضروريات المصلحة العامة والسير الحسن للمرفق العام بانتظام واستمرارية ،وكذلك مقتضيات العدالة وحسن نوايا المتعاقدين تجاه بعضهم من خلال تحمل كل واحد للمسؤولية الملقاة على عاتقه ، فأنه من واجب الادارة مراعاة التوازنات المالية للمتعاقد متى اقتضت الضرورة ذلك، وفي أي ظرف كان من شأنه المساس بالتوازن المالي للعقد وزيادة الأعباء والتكاليف الغير متوقعة، لذلك سنتناول في المبحث الثاني مفهوم التوازن المالي للعقد من حيث النشأة والتطور والقواعد التي تحكمه.

المبحث الثاني.

مفهوم التوازن المالي للعقد الإداري:

قد ينجم عن تنفيذ العقد أو الصفقة وقائع أو أحداث قد تؤدي إلى إرهاق المتقاعد مع الإدارة والتأثير الكبير على مركزه المالي، وهذا ما قد يعطيه حق المطالبة بالتعويض عما أصابه من تكاليف إضافية، فإذا كانت مراكز الأطراف في عقود القانون الخاص متساوية ومتكافئة، فإنه على العكس من ذلك في العقود الإدارية كالصفقات، حيث قد يتصادف المتقاعد أو المتعامل مع أعباء مالية لم تكن في الحسبان ساعة التقاعد مما يفرض على الادارة مراعاة هذا الطارئ الجديد والاعتراف له بالحقوق المالية ، تشجيعا له على الوفاء وتنفيذ التزاماته، وهذا ما يسمى بإعادة التوازن المالي للعقد.[1]

وسنقوم في هذا المبحث بالتطرق لموضوع التوازن المالي في ثلاثة مطالب، حيث سنتناول في المطلب الأول والمطلب الثاني نشأة وتعريف التوازن المالي للعقد، وسنتناول في المطلب الثالث القواعد التي تحكم التوازن المالي للعقد الإداري.

[1] عمار بوضياف ،مرجع سابق ،ص،237.

المطلب الأول:

نشأة التوازن المالي للعقد وتطوره.

ظهرت فكرة التوازن المالي للعقد في مجال تنفيذ العقود الإدارية أول مرة في فرنسا بمناسبة تنفيذ عقود الالتزام المتعلقة بتسيير وتنظيم المرافق العامة، فقد تضمن تقرير **ليون بلوم**LEONBLUM،الذي قدمه أمام مجلس الدولة في قضية الشركة الفرنسية لتسيير التراموای، والذي جاء فيه بالمعنى، أنه في الأمور الجوهرية الخاصة بعقد الالتزام، يجب أن يتحقق التوازن بقدر الإمكان التساوي بين المزايا الممنوحة للمتعاقد والأعباء الملقاة على عاتقه، ولا بد أن تتوازن بما يحقق التساوي بين ما هو محتمل من فوائد، وبين ما هو مفروض من التزامات، وهذا ما يسمى بالتوازن الشريف، أو المعادلة المالية لعقد الامتياز.[1]

وبدايته كانت من عام 1910 حيث ذاع اصطلاح التوازن المالي للعقد أو التوازن الشريف وصار مألوفا في تقارير مفوضي الدولة المقدمة لمجلس الدولة الفرنسي بمناسبة تنفيذ العقود الإدارية كعقود الالتزام وعقود الأشغال العامة، فنجد المفوض **كورنيل**CORNEILLEحيث جاء في تقريره بقوله أنه لا يستطيع أحد المتعاقدين بسلطته الخاصة أن يعدل توازن العقد و أشار المقرر **لاتورنيري**LATOURNERIEفي قرار لمجلس الدولة القاضي بأنه في الحالة التي ارتبطت فيها الإدارة مع الغير بعقد، فليس لها أن تعدل تعسفيا توازنه المالي، وهذا ما أشار كذلك اليه المفوض **أندريكس**ANDRIEUX بقوله، إن المدينة قد أخلت بتوازن الأعباء والالتزامات في العقد.[2]

وقد أخذ كذلك المشرع المصري بفكرة التوازن المالي للعقد، كذلك في مجال عقود الامتياز للمرافق العامة، إذ نصت المادة السادسة من القانون رقم 129الصادر سنة 1947، على أنه إذا ما استجدت ظروف لم يكن بالمستطاع توقعها من الطرفين أثناء مرحلة الإبرام، ولا يد لهما فيها، وأدت إلى الإخلال بالتوازن المالي لعقد الالتزام، أو تعديل كيانه الاقتصادي كما كان مقدرا وقت منح الالتزام، جاز لمانح الالتزام أن يقدر قوائم الأسعار من جديد ويعيدها، وإذا اقتضى الحال أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله، أو بخفض الأرباح الباهظة

[1] لمياء هاشم سالم قبع،مرجع سابق،ص36

[2] نصري منصور نابلسي،**العقود الادارية دراسة مقارنة**، الطبعة الاولى،منشورات زين الحقوقية،دون ذكر بلد النشر،2010،ص 503.

قدر المعقول، كذلك الجمعية العامة للقسم الاستشاري في مصر، حيث أخذ مجلس الدولة المصري بمبدأ التوازن المالي للعقد في فتواه الصادرة بتاريخ 1956/02/04 والذي جاء فيها أنه إذا كان التسليم بأن للإدارة حق أصيل في تعديل شروط العقد اللائحية دون حق الاعتراض من الملتزم وإن كان هناك الحق لمانح الالتزام في تعديل التعريفة بتخفيضها، أو تعديل شروطها للمنتفعين والذي هو حق مشروع له، ولكن هذا لا يعني التضحية بمصالح المتعاقد الملتزم وإعطاءه الحق في المطالبة بإعادة التوازن المالي للمشروع، وللإدارة وحدها اختيار الوسيلة التي تتبعها لتعويض الملتزم.[1]

أما بالنسبة للجزائر فقد نصت المادة 115 من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل سنة 2012 والتي جاء فيها." تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ عقد الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري العمل بها، غير أنه على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق هذه الأحكام أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا بما يأتي: " إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل الطرفين".[2]

المطلب الثاني:
تعريف التوازن المالي للعقد.

هو حالة العدل التي ارتضاها طرفي العقد وذلك يعني انه اي خلل يطال هذا العدل يلزم الادارة بتعويض المتعاقد وإرجاعه الى حاله ، وذلك ما يعتبر حق معترف له به سواء ذلك وفقا لنصوص العقد ،او وفقا القانون، او فقا للنظريات المعتمدة في تسيير المرفق العام، لذلك فقد يختل التوازن المالي للعقد بسبب تعديل الادارة لبنوده او إجراء من إجراءاتها(عمل الامير) مما من شانه الضرر بالمركز المالي للمتعاقد، او بسبب ظروف طبيعية(الظروف الطارئة). او بسبب عقبات مادية(الصعوبات المادية الغير متوقعة)،او بسبب عمل من اعمال المتعاقد التي تفقره وتثري الادارة.[3]

[1] لمياء هاشم سالم قبع، مرجع سابق، ص 38.
[2] **المرسوم الرئاسي 236/10 المتضمن قانون الصفقات العمومية، المؤرخ في** 2010/10/07 ، الجريدة الرسمية **العدد** 58 **لسنة** 2010، **المادة** 115.
[3] عبد الله حجاج، **العقود الادارية الموقع الالكتروني pdffoxitreader** ص 34.

إن الإدارة لما لها من امتيازات وسلطات وحقوق مما يمكنها من إلزام المتعاقد معها بتنفيذ التزاماته التعاقدية ،كحق الإشراف والتعديل، فقد تجبره على إضافة أعمال أو حذف أخرى مما يعني أن هذه الالتزامات تتصف بطابع المرونة، وهذا ما يضفي هذه الصفة أيضا على حقوق المتعاقد المستمدة من العقد أيضا وذلك نظرا لترابط التزامات المتعاقد وحقوقه.

ومن الضروري الحفاظ على حقوق المتعاقد تطبيقا لمبدأ حسن سير المرافق العامة وتطبيقا لمبادئ العدالة، وكل ذلك بغية هدف واحد نبيل وهو تحقيق المصلحة العامة، هذه المصلحة التي لا يمكن الوصول إليها إلا بتنفيذ العقد والالتزامات التعاقدية ،تنفيذا سليما مع مراعاة كل ما قد يطرأ على العقد من تعديل أو إضافة من طرف الإدارة، وبمقابل ذلك يجب على الإدارة الحفاظ على حقوق المتعاقد المالية، والتي تعتبر الدافع المحرك الذي يدفعه للتعاقد مع الإدارة.[1]

ويعتبر التوازن المالي للعقد بأنه المساواة بين النفقات والإيرادات مع احتساب هامش ربحي ملائم يكون هو السبب من وراء التعاقد، فقد يمر العقد خلال مراحل تنفيذه بالعديد من الطروف والمخاطر التي تعوق السريان الاعتيادي له، وهذا ما يعتبر مشكلة العقود الزمنية أو العقود المستمرة كذلك، لذلك لا يمكن لأي من الطرفين أن يتضمن ظروف تنفيذ العقد[2].

كما يمكن أن تعني فكرة التوازن المالي للعقد الإبقاء على طبيعته كما روعيت عند التعاقد، والاستمرار في التعامل معه كظاهرة قد تزيد الإدارة من الالتزامات المترتبة وقد تنقص منها، ويجب أن يحتفظ العقد بتوازنه المالي والاقتصادي، كما أن فكرة التوازن المالي للعقد تختلف في حال الظروف المتوقعة والظروف الغير متوقعة خاصة في عقود الالتزام حيث يحرص المتعاقدان على تضمين بنود العقد شروط تجيز إعادة النظر في المقابل المالي المستحق للمتعاقد في ضوء التغيير المتوقع في الظروف الاقتصادية التي قد تطرأ خلال تنفيذ عقد الالتزام الذي تطول مدته.[3]

كما أن فكرة التوازن المالي للعقد تعتبر توجيها يهتدي به القاضي في تقدير التعويض المستحق للمتعاقد جبرا لما لحقه من خسارة وما أصابه من ضرر.

---

[1] نصري منصو نابلسي، مرجعسابق ، ص ص 599-600.

[2] لمياء هاشم سالم قبع،ص30.

[3] ابراهيم الشهاوي، **عقود امتياز المرافق العامة وعقود ال bot دراسة مقارنة** ،دار الكتب الحديث،القاهرة،مصر،2011،ص 369.

وقد أقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي هذه الفكرة في العديد من احكامه وخاصة في مجال عقود الالتزام، كما اشار لذلك الكثير من مفوضي الدولة.كما في تقرير مفوض الدولة **(ليون بلومleonblum)** السالف ذكره في قضية الشركة الفرنسية العامة للترام الذي ألزم الادارة اذا ادى تدخل منها الى حدوث شيء من الاختلاف بين المزايا والاعباء، الى اعادة التوازن بينها، وهو مالا يمنع الملتزم باللجوء الى القضاء لطلب التعويض حيث يثبت الضرر من تدخل الادارة حتى ولو كان ذلك التدخل مشروعا.[1]

حيث في حكم صادر من محكمة القضاء المصري قررت أنه من طبيعة العقود الإدارية أنها تحقق بقدر الإمكان توازنا بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة، وبين المزايا التي ينتفع بها، اعتبارا بأن نصوص العقد تتألف في مجموعها كلا ما من مقتضاه التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين فإذا ترتب على تعديل التزامات المتعاقد مع الإدارة زيادة الأعباء المالية، فإنه ليس من العدل ولا من ضرورات المصلحة العامة نفسها، أن يتحمل المتعاقد وحده تلك الأعباء، بل يكون له في مقابل ذلك أن يحتفظ بالتوازن المالي للعقد، تأسيسا على أن هذا العقد ينظر إليه كوحدة واحدة من حيث تحديد الحقوق المالية للمتعاقد، ولو كان الأمر يستجري على خلاف ما ذكرناه لانتهى الأمر من الناحية العلمية إلى أنه لن يقبل أحد التعاقد والمجازفة بإبرام عقد مع إدارة تبسط عليه سلطتها وامتيازاتها، ودون أي تعويض عن أي ضرر بإدارتها أو دون إرادتها ويؤدي ذلك حتما إلى خسارة المتعاقد وإرهاقه بتكاليف إضافية لم تكن في الحسبان.[2]

فالجدير بالذكر أنه إذا حق الإدارة في التعديل هو حق مفترض قيامه في ذهن المتعاقد أثناء مرحلة الإبرام، فإنه يجب ان يقابل تلك السلطة تصور أخر وهو أن جهة الإدارة ستعوضه عما لحق به من ضرر نتيجة ممارستها هذه السلطة، ويقوم هذا التصور أيضا على أن المتعاقد لا يقبل معاونة الإدارة في تسيير المرفق العام بالمجان أو بالخسارة، بل هو يرجو فائدة و ربح مقابل تنفيذ تلك الالتزامات.[3]

إن فكرة التوازن المالي للعقد هي من المبادئ الأساسية في نظرية العقد الإداري، وهي تقيم ارتباطا وتناسبا بين حقوق المتقاعد والتزاماته وهي ليست ببعيدة عن مجالات القانون

[1] مازن ليلو راضي، مرجع سابق ، ص 170 .
[2] نصري منصور نابلسي،مرجع سابق،ص600.
[3] لمياء هاشم سالم قبع ،ص،32.

المدني، إذ تستند في النطاقين إلى اعتبارات العدالة، حيث يسعى المتعاقد ويقبل الدخول في علاقة تعاقدية لما تحققه له من عائد وربح مرضي، وهو مايقتضي نوع من التناسب بين حقوق المتعاقد والتزاماته في حال تغيرت الأعباء الملقاة عليه، وبالإضافة إلى مقتضيات العدالة، هناك أهمية أخرى نؤكد عليها وهي كفالة سير المرفق العام بانتظام وباستمرار من إرهاق المتعاقد وخسارته قد تؤثر سلبا على إنشاء المرافق وتسييرها .[1]

وعليه فأهمية التوازن المالي للعقد الإداري تبرز في كونه يحدد كيفية تقاسم المخاطر التي بموجبها تتم المحافظة على التوازن الكلي للعقد، فلا يمكن أن يتحمل الطرف المتعاقد مخاطر إدارية اقتصادية مرهقة له بشكل يخل بقاعدة التوازن والتكافؤ بين الالتزامات والحقوق المتبادلة بين الطرفين.[2]

المطلب الثالث:

القواعد التي تحكم التوازن المالي للعقد.

إن تدخل الإدارة أثناء تنفيذ العقد مما قد يزيد من الأعباء والالتزامات الملقاة على عاتق المتعاقد، وذلك وفق السلطات والامتيازات الممنوحة لها، فلا بد أن يقابل ذلك إضفاء هذه الصفة على حقوقه وامتيازاته المرجوة من تعاقده، لذلك فكرة التوازن المالي للعقد هي فكرة مسلم بها بصفة عامة، وإن اختلف الفقهاء في تحديد مضمونها وشروط وآليات تطبيقها، حيث يرى الفقيه **(دي سوتو DESOTO)**جعل نظرية التوازن المالي للعقد تتسم بالشمول والعمومية، على نحو من شأنه التزام الإدارة بضمان التوازن بين التكاليف والأعباء والالتزامات الملقاة على عاتق المتعاقد وبين الحقوق والامتيازات الممنوحة له، ويرى الدكتور بدوي ثروت، لا ضرورة منها لخطورتها وعدم صحتها وإن كان يرى أنها تصلح للتعويض في بعض الصور.[3]

وسنحاول الوقوف في هذا المطلب على الاسس والقواعد الأساسية التي تقوم عليها فكرة التوازن المالي للعقد، من خلال الفرعين الآتيين.

---

[1] محمود عطف البنا، مرجع سابق، ص 290.

[2] خضري حمزة، **منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري**،بحث لنيل شهادة ماجيستر،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة بسكرة،السنة الجامعية ،2004 2005 ص20.

[3] لمياء هاشم سالم قبع،مرجع سابق،ص،40

الفرع الأول: القاعدة في التوازن المالي لا يعني التوازن الحسابي

إن الحفاظ على التوازن المالي للعقد مرجعه وأساسه اعتبارات العدالة، وما يتعين أن يكتنف تنفيذ العقود الإدارية من حسن نية لما يؤدي إليه هذا الحفاظ من تحقيق للمصلحة العامة من خلال استمرار سير المرافق العامة بانتظام في أداء خدماتها للمنتفعين بها .[1]

وان كانت هذه القاعدة مرجعها ومؤداها هو حسن نية المتعاقدين تجاه بعضهم واعتبارات العدالة المفترضة بينهم اثناء مرحلة التعاقد الا ان بعض الفقهاء وعلى رأسهم pequignotذهبو الى عكس ذلك حيث اعتبر ان المقصود بالتوازن المالي للعقد الاداري، هو وضع نسبة حسابية دقيقة بين التزامات المتعاقد وحقوقه.[2]

فلا تعني القاعدة في التوازن المالي الحسابي الدقيق والجامد بين ما هو على عاتق المتعاقد من التزامات ،وماله من حقوق مترتبة عليها، بل هو توازن يهدف إلى إقامة تعادل نسبي شريف بين الالتزامات المتبادلة بين الإدارة والمتعاقد معها، لتمكين هذا المتعاقد من تنفيذ الالتزامات المترتبة عن العقد بشكل يسير، وإعادة الاطمئنان الى نفسه في تحقيق الربح الذي يعتبر هو الهدف والدافع الأساسي من وراء تعاقده مع الإدارة، وكذلك حتى لا تؤثر هذه الإجراءات تأثيرا مباشرا أو غير مباشر في خدمات المرفق العام محل التعاقد وتشغيله وضمان استمراره باضطراد وانتظام، كما أن فكرة التوازن المالي للعقد تفسر التعويض الذي يحكم به أو يطالب به المتعاقد بناء على نظرية التوازن المالي، إذا ماكان مرجع الضرر إلى فعل الإدارة على الأقل في نطاق نظرية عمل الأمير ، أما إذا كان الضرر يرجع إلى غير عمل الإدارة فإن فكرة التوازن على أساس نظرية عمل الأمير لا تكفي، بل يجب أن نذكر إلى جانبها مبدأ التعويض بلا خطأ من جانب الإدارة لكي تشمل جميع صور التعويض الذي يحكم به المتقاعد دون خطأ من جهة الإدارة.[3]

فالتوازن المالي للعقد مبني على أساس نوع من التناسب بين حقوق المتعاقد والتزاماته في حال تغير تلك الالتزامات والأعباء بالزيادة أو بالنقصان.[4]

---

[1] نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص 602.
[2] مازن ليلو راضي، مرجع سابق، ص 171 .
[3] لمياء هاشم سالم قبع ،مرجع سابق،ص41.
[4] محمود عطف البنا،مرجع سابق ص291.

الفرع الثاني: التوازن المالي للعقد على أساس نية المتعاقدين المشتركة:

وهنا يكون النص صراحة في العقد المبرم بين الطرفين، حيث تكون فكرة التوازن للعقد بين التزامات وحقوق المتقاعد على أساس نية مشتركة، وإن لم يكن هناك نص في العقد على ذلك، فيكون أساس ذلك هو العدالة، ومصلحة المرفق العام، الذي ومن أجله قد تسعى الإدارة إلى التعديل في بنود العقد لالتزامات المتعاقد، وذلك زيادة أو نقصانا، ومن العدالة تعويض المتعاقد عن كل ضرر يلحقه جراء ذلك، وهذا ما يشجع الأفراد على التعاقد مع الإدارة[1].

ويجدر الإشارة إلى أن فكرة التوازن المالي للعقد هي أساس عام ولا يكفي التسليم بها على قدر ومدى التعويض الذي يستحقه المتعاقد، وأيضا يجب دراسة تطبيقات حالات التعويض التي جرى القضاء الإداري على التسليم بها في غير حالة الخطأ المنسوب إلى الإدارة، والتي يحكم على أساسها بالتعويض، فتكليف الملتزم بأعباء جديدة من أجل السير الحسن للمرفق العام ودوامه لا يشكل خطأ من الإدارة، بل ضرورة مصلحة بتطلبها الاقتناع بخدمات هذا المرفق العام بشكله الأفضل وتأمين سير المصلحة العامة، فحينما يتعاقد المتعاقد مع الادارة فهو يضع في حساباته مقدار ما سيتكلفه وما سيعود عليه من ربح، متخذا من الاسعار والظروف الاقتصادية السائدة اثناء مرحلة الابرام اساسا لتقديراته ، فإذا ما ارتفعت الاسعار او تغيرت الظروف الاقتصادية، نتيجة عمل إداري او سيادي، او بفعل ظروف طبيعية او غير ذلك، يترتب على ذلك تغيير اساس حسابات المتعاقد، ويتعرض لخسائر قد تكون كبيرة وفادحة، هنا يملك المتعاقد طلب الادارة بتغيير بنود العقد المالية بما يزيل عنه الارهاق والتكاليف الباهظة، ومد العون له ، ارتكازا على تحقيق العدالة وحسن النية المشترك بين الطرفين على اعادة التوازن للعقد كل ما اختل من جانب الادارة ، ومواصلة التنفيذ رغم الصعوبات من جانب المتعاقد، فالتزام الادارة بتحقيق التوازن المالي للعقد الاداري ليس مرده مصلحة المتعاقد الخاصة ، بل مقتضاه ضرورات العدالة التي تقرر ان الغنم بالغرم ، وكذلك النية الحسنة ، والصالح العام الذي قد يصاب بضرر نتيجة توقف المتعاقد عن العمل جراء ما اصابه من ارهاق وتكاليف حالت دون مواصلة التنفيذ.[2]

---

[1] سليمان محمد الطماوي ، **الاسس العامة في العقود الادارية، دراسة مقارنة** ،الطبعة الرابعة، مجلة عين شمس، دون ذكر بلد النشر،1984،ص 604.

[2] محمد الشافعي ابو راس، مرجع سابق ،ص ص 104-105.

وبالرجوع إلى أحكام القضاء وخاصة ماحكم به مجلس الدولة الفرنسي نجد أنه أرسى في هذا الصدد ثلاثة نظريات يتم على أساسها تعويض المتعاقد مع الإدارة في حالة وقوع اي طارئ او ضرف خارجي أو بتدخل من الإدارة نفسها وفق سلطاتها وامتيازاتها وأدى ذلك إلى اختلال التوازن المالي للعقد، وهذا ما سنتناوله في الفصل الثاني الذي قسمناه إلى مبحثين، حيث سنتناول في المبحث الأول أسباب اختلال توازن العقد والتي تكون بعمل وفعل من الإدارة وسنتناول في هذا الصدد نظرية عمل الأمير، وسنتناول في المبحث الثاني أسباب اختلال التوازن المالي للعقد، والخارجة عن إرادة الإدارة، وذلك بتسليط الضوء على نظريتي الظروف الطارئة، والصعوبات المادية غير المتوقعة.

الفصل الثاني:

اختلال التوازن المالي للعقد الاداري.

إن المتعاقدين مع الادارة وهم يباشرون تنفيذ التزاماتهم التعاقدية قد يواجهون مخاطر ادارية تكون قد تسببت فيها الادارة بما منحها القانون من امتيازات وحقوق وشروط استثنائية غير مألوفة في العقود المدنية، كحق التعديل والتوجيه والاشراف، والتي من شأنها زيادة اعباء وتكاليف إضافية للمتعاقدين، وكذلك مخاطر اقتصادية تتمثل في ظروف طارئة او صعوبات مادية غير متوقعة ولم تكن للإدارة يدا فيها، وقد تكون كذلك سببا ،في عرقلة عملهم وإرهاقهم وزيادة تكاليفهم واعباءهم المالية، وكذلك ما من شأنه ايضا حرمانهم من فائدة كانوا يرجونها من ذلك التعاقد وتؤدي في الاخير الى قلب اقتصاديات العقد ، بين التزامات المتعاقد وحقوقه مما يؤدي الى اختلال التوازن المالي للعقد الإداري بأكمله ، فالعدالة تقتضي ان يكون من طبيعة العقود الادارية انها تحقق بقدر الامكان توازنا بين الاعباء التي يتحملها المتعاقد مع الادارة وبين المزايا التي ينتفع بها، باعتبار ان نصوص العقد تؤلف في مجموعها حكما كليا يجب بمقتضاه التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين.

ومن هذا المنطلق رأينا تقسيم هذا الفصل الى مبحثين ،حيث سنتناول في المبحث الاول اختلال التوازن المالي للعقد الاداري بسبب تدخل من الادارة ،وسنتناول هنا نظرية عمل الأمير. وسنخصص المبحث الثاني إلى اختلال التوازن المالي للعقد الاداري لأسباب وظروف وصعوبات مادية خارجة عن إرادة الإدارة، حيث سنتناول نظريتي الظروف الطارئة،ونظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة.

المبحث الاول: اختلال التوازن المالي لأسباب تعود الى الادارة.

المبحث الثاني : اختلال التوازن المالي للعقد الاداري لأسباب خارجة عن إرادة الادارة.

المبحث الاول:

اختلال التوازن المالي لأسباب تعود للإدارة (نظرية عمل الأمير).

تحتل لنظرية عملا لأمير مركزا هاما في نظرية العقود الادارية التي تكون فيها الادارة صاحبة سلطات وامتيازات في مواجهة المتعاقد ، هذه العقود التي تتميز عن العقود المدنية والتي تخضع لقواعد وأحكام القانون الخاص، والمبنية على أساس العقد شريعة المتعاقدين والمساواة بين المراكز القانونية لأطراف العقد. ويعتبر مجلس الدولة الفرنسي هو اول من ابتدع هذه النظرية، والتي طبقها القضاء الاداري فيما يسمى اعادة التوازن المالي للعقد الإداري، بمعنى التوازن بين التزامات المتعاقد مع الادارة وحقوقه، وعمل الأمير هو كل ما يصدر من إجراءات من الادارة دون خطأ منها، ويؤدي الى ضرر بالمركز المالي للمتعاقد معها وهو بصدد مباشرة تنفيد بنود العقد، وذلك بزيادة الأعباء المادية والتكاليف المالية له، ومن اجل ذلك ووفقا لهذه النظرية، قرر مجلس الدولة الفرنسي التعويض عن ذلك الضرر، وذلك ما اقتضته ضرورات السير الحسن للمرفق العام بانتظام واضطراد، وكذلك اعتبارا لمقتضيات العدالة وحسن نوايا المتعاقدين تجاه بعضهم.[1]

ولمعرفة نظرية عمل الامير، سنعمل على تقسيم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب حيث، سنتناول في المطلب الاول تعريف نظرية عمل الأمير، ثم سنتناول في المطلب الثاني صور عمل الامير، لننتهي في المطلب الثالث بمعرفة الاثار المترتبة عن تطبيق نظرية عمل الامير.

[1] لمياء هاشم سالم قبع، مرجع سابق، ص45.

المطلب الاول:

مفهوم نظرية عمل الامير.

سنتناول في هذا المطلب فرعين حيث سنخصص الفرع الاول لتعريف نظرية عمل الامير، والفرع الثاني سنتناول شروط تطبيق نظرية عمل الامير.

الفرع الاول: تعريف نظرية عمل الامير.

المقصود بعمل الأمير هي كل الأعمال الإدارية المشروعة، والتي تكون صادرة عن الجهة الإدارية المتعاقدة، ومن شأن هذه الأعمال ان تؤدي الى الحاق أضرا المركز المالي بالمتعاقد، وأول من ابتكر هذه النظرية هو مجلس الدولة الفرنسي.[1]

ويرى الدكتور احمد محمود جمعة ان عمل الامير هو كل اجراء صادر تتخذه السلطات العامة، ويكون من شأنه زيادة الاعباء المادية والتكاليف المالية للمتعاقد، ومن ثمة زيادة الالتزامات التعاقدية الموضوعة في العقد، وهذا ما يطلق عليه بصفة عامة بالمخاطر الإدارية، والجدير بالذكر أن تلك الاجراءات تكون صادرة من الجهة الادارية مبرمة العقد، وقد تخذ شكل قرار فردي او تنظيمي، وقد يكون عمل الامير اجراء عام كقانون او لائحة، وقد يؤدي بالمساس بشروط العقد في حد ذاتها ،كما قد يؤدي الى التأثير على ظروف تنفيذ العقد الاداري، وكل ذلك ما من شأنه ان يؤدي الى ارهاق المتعاقد مع الادارة وزيادة في اعباءه المادية وتكاليفه المالية.[2]

وقد عرَف الفقهاء الفرنسيين وعلى رأسهم **فالينwaline** إلى أن عمل الأمير هو في غالب الأحيان ما يطلق على كل تصرف من تصرفات السلطة العامة الإدارية وبدون خطأ صادر منها، ويؤدي بطبيعة الحال إلى زيادة أعباء المتعاقد معها. أما الفقه في مصر فذهب في تعريفه لنظرية عمل الأمير إلى أنها تلك الأعمال المشروعة والتي تصدر بصفة مفاجئة غير متوقعة من سلطة عامة إثناء مرحلة تنفيذ العقد الإداري. ويترتب على ذلك اختلال في المركز المالي للمتعاقد، اختلال بين التزاماته التعاقدية وحقوقه المفترضة، وينشأ عن ذلك العمل

[1] عبدالحميد الشواربي، **العقود الادارية في ضوء القضاء والفقه والتشريع**،منشأةالمعارف،الاسكندرية،مصر،2003،ص52.
[2] **احمد محمود جمعة**، **العقود الادارية** ،منشأة المعارف،الاسكندرية،مصر،2002،ص202.

أو الإجراء الصادر عن الإدارة التزاما على عاتقها بالتعويض الكامل عن تلك الإضرار التي لحقت بالمتعاقد، بما يعيد التوازن المالي لذلك العقد الإداري. أما بالنسبة للقضاء فقد عرف مجلس الدولة الفرنسي عمل الامير حيث اعتبره هو كل عمل يصدر من سلطة عامة، ودون خطأ منها ويترتب عليه اختلال في المركز المالي للمتعاقد، و كذلك ما يترتب عليه التزام الإدارة بتعويض المتعاقد عن كافة الاضرار التي لحقته ،بما يعيد له التوازن بين اعباءه والتزاماته، وبين حقوقه ، او ما يسمى بالتوازن المالي للعقد الاداري.[1]

اما بالنسبة الجزائر فتستند نظرية عمل الامير أساسها القانوني من المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15_247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والتي جاء في مضمونها " تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الاحكام التشريعية والتنظيمية الجاري العمل بها، غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بهذه الاحكام، ان تبحث عن حل ودي كلما سمح هذا الحل بما يأتي.

_ ايجاد التوازن للتكاليف المترتبة عن كل من الطرفين.

_التوصل الى أسرع انجاز لموضوع الصفقة.

_ الحصول على تسوية اسرع وبأقل تكلفة....."."[2]

الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية عمل الامير.

لتطبيق نظرية عمل الامير فلابد اولا ان يتعلق الامر بعقد إداري لا عقد مدني، ولابد ان يكون هناك ضرر قد لحق بالمتعاقد وهو يباشر عملية تنفيذ بنود العقد ،وذلك جراء تصرفات او إجراءات من الادارة وفق السلطات والامتيازات الممنوحة لها ،اي دون صدور خطأ من جانبها، وان تكون هذه الاجراءات المشروعة غير متوقعة للطرفين اثناء مرحلة ابرام العقد. فهذه في مجملها شروط تطبيق نظرية عمل الامير والتي سنتناولها بالتفصيل في النقاط التالية.

أولا: إن يتعلق الأمر بعقد اداري:

لا تسري هذه النظرية الا اذا تعلق الامر بعقد اداري. فهي لا تطبق في العقود المدنية الخاصة، والا كان ذلك مخالفا للنظام العام. وذهبت محكمة القضاء الإداري في مصر الى متى كان الامر بين الشركة وبين الحكومة خارجا عن نطاق الرابطة العقدية، فإن طلب التعويض عن

[11]لميا هاشم سالم قبع ،مرجع سابق،ص،48

[2] اظر نص المادة 53 من المرسوم الرئاسي، 247/15

الاضرار التي ترتبت عن التشريع الجديد، استنادا عن نظرية عمل الامير، لا يقوم الا اذا كان المتضرر تربطه علاقة تعاقدية بالدولة، وان يكون قد طاله الضرر من التشريعات الجديدة ، وقد تكون تلك التشريعات قد أدت الى اختلال التوازن المالي للعقد.[1]

ثانيا: لابد من وجود ضرر للمتعاقد.

ويعني ذلك زيادة اعباء تنفيذ العقد، الى درجة الاخلال بالتوازن بين التزامات المتعاقد وحقوقه، ولا يشترط في هذا الضرر درجة معينة من الجسامة، فقد يكون جسيما او يسيرا، لذلك فنظرية عمل الامير تختلف عن نظرية الظروف الطارئة التي سنتناولها لاحقا، والتي تشترط ان يكون الضرر جسيما لتطبيقها.[2]

وتشترط نظرية عمل الامير ان يكون الضرر خاصا ،اي اصاب المتعاقد مع الادارة جراء تلك القوانين او التشريعات ،اما الضرر العام الذي اصاب الجميع فلا يعتد به ولا تعويض عليه.[3]

وكذلك تشترط نظرية عمل الامير قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب مما يجعل تنفيذ العقد امرا مرهقا جدا دون ان يصل لدرجة الاستحالة التي تستوجب تطبيق نظرية القوة القاهرة.[4]

ثالثا: عدم توقع الفعل المولد للضرر.

يتعين ان يكون الاجراء التي اتخذته الإدارة غير متوقع، ومن ثمة فإن الاتفاق في العقد او إثبات الادارة انها ابلغت التعاقد معها انها ستقوم بإجراءات او تصدر لوائح كرفع اجور العمال في المرفق محل التعاقد مثلا، في مثل هذه الحالات لا يمكن تطبيق نظرية عمل الامير لأنه كان أمام المتعاقد الفرصة في إعادة حسابات وتضمين شروطه بما يتفق مع ذلك بالزيادة أو النقصان. وذهبت محكمة القضاء الإداري في مصر الى انه من شروط تطبيق نظرية عمل الأمير، هو أن يكون الإجراء غير متوقع الصدور وقت التعاقد ،فإذا ما توقعته نصوص العقد فذلك يعني تصور المتعاقد للظروف، الامر الذي يترتب عليها تعذر الاستناد لنظرية عمل الامير. ووجب التأكيد على امر هام هو ان شرط عدم التوقع لا ينصرف الى أصل الحق في التعديل لأن هذا الحق مفترض دائما والمتعاقد على علم بذلك، بل ينصرف هذا الشرط الى

---

[1] **احمدسلامة بدر ،العقود الادارية وعقود ال bot** مكتبة دار النهضة العربية،مصر،2003 ،ص251.

[2] عبدالحميد الشواربي، مرجع سابق،ص53.

[3] **احمد منصور جمعة،العقود الادارية، منشأة المعارف،مصر**،2002،ص195.

[4] محمد الصغير بعلي،مرجع سابق ،ص91.

حدود إلى حدود التعديل ومداه. وهذاما أثاره الفقه من تساؤل حيث كيف يتوفر شرط عدم التوقع مع الاعتراف للإدارة بسلطة التعديل.[1]

ويكتسب عدم التوقع معنى خاص بالنسبة للأعمال الصادرة عن الادارة في اطار حق ممارستها لحق التعديل الانفرادي لشروط العقد، فالتوقع من عدمه لا ينصب على حق التعديل في ذاته لأنه من طبيعة العقد الإداري نفسه، وبالتالي هو متوقع منذ بداية إبرامه، وإنما عدم التوقع هنا يقصد به عدم معرفة التكاليف الزائدة ونطاقها في حالة عدم تحديدها في العقد، كانت هذه النصوص هي الحاكمة لها بما لا مجال معه للمطالبة بالتعويض على اساس نظرية عمل الامير.[2]

رابعا: عدم وقوع خطأ من جهة الادارة.

قديما كان مجلس الدولة الفرنسي يطبق نظرية عمل الامير سواء كان هذا الاجراء صادر من الجهة الادارية المتعاقدة أو جهة إدارية أخرى، بمعنى أن يصدر الإجراء من احدى السلطات العامة الاخرى، الا انه عدل في ذلك وقضى بأنه تلك الاجراءات التي ترتب ضرر والتي تستدعي التعويض عنه تكون صادرة من الادارة المتعاقدة دون خطأ منها.[3]

واصبح القضاء الفرنسي يقتصر تطبيق نظرية عمل الامير على الاعمال التي تصدر من جهة الادارة التي أبرمت العقد وحدها ومنها حكم مجلس الدولة الفرنسي حكمه الصادر بتاريخ 1949/3/4في قضية **مدينة تولون** ،وكذلك ما قرره المجلس في حكمه الصادر بتاريخ 1926/11/28 أن هذه النظرية تطبق فور إدخال أعباء جديدة على العقد مهما كانت السلطة التي أحدثتها، وفي مفهوم الإدارة المتعاقدة أو المبرمة للعقد، يكفي إن يكون العمل او الاجراء قد صدر من شخص معنوي عام، وذلك بالرجوع إلى فكرة وحدة شخصية الدولة، فلا عبرة باستقلال وتعدد الأجهزة، وعليه فإن حق المتعاقد في التعويض على اساس نظرية عمل الامير لا يكون الا اذا كان العمل صادر من الشخص المعنوي العام الذي اصدر العقد، وفضلا عن صدور الإجراء من الادارة المتعاقدة يجب ان يتوفر شرط عدم خطأها، إذ يفترض عمل الامير ان الادارة لم تخطئ حينما صدر منها العمل الضار، ذلك أن التزام الإدارة بمقتضى العقد لا يمكن ان يقيد تصرفاتها بصفتها سلطة عامة تستهدف تحقيق مصلحة عامة، فإذا تصرفت

---

[1] احمدسلامة بدر ،مرجعسابق ،ص 251.

[2] محمد فؤاد عبدالباسط' **القانون الاداري** ،دار الفكر الجامعي ،الاسكندرية ،مصر، دون ذكر سنة النشر ،ص 881.

[3] احمدسلامة بدر ،مرجعسابق،ص252.

الادارة وفق هذه السلطات وصدر منها عمل وترتب عليه ضرر للمتعاقد فإنها تكون لها مسؤولية وفق نظرية عمل الأمير، فالمسؤولية وفق هذه النظرية هي مسؤولية عقدية لارتباطها بفعل السلطة العامة. أما اذا ما انطوى عملها على خطأ صادر منها فالمسؤولية هنا تكون على أساس الخطأ، وهذا ما أشارت إليه المحكمة الإدارية في مصر في حكمها الصادر بتاريخ: 20 /1961/05 حيث جاء فيه " من شروط نظرية عمل الامير افتراض ان الادارة لم تخطئ حينما اتخذت عملها الضار، فمسؤوليتها عقدية بلا خطأ"[1]

المطلب الثاني :

صور نظرية عمل الامير.

إن عمل الامير هو كل اجراء او عمل مشروع صادر من الإدارة المتعاقدة، ويؤدي إلى زيادة في الالتزامات التعاقدية وأعباء المتعاقد المالية، مما ينجر عليه الإخلال بالتوازن المالي للعقد، ولا يمثل هذا العمل ابدا خطا من جهة الإدارة، وتحمل أعمال الإدارة التي تنطوي تحت نظرية عمل الأمير صورا مختلفة، فقد يأخذ عمل الأمير صورة عمل فردي خاص بشخص معين أو بفئة محدودة، وقد يتخذ شكل إجراء عام يمس الجميع، وهذا ما قضت به محكمة القضاء الاداري في مصر في حكمها الصادر بتاريخ1960/12/25 حيث جاء فيه "....ان يصدر عمل الامير كإجراء خاص في قرار فردي اوفي صورة اجراء عام كقانون او لائحة وقد تؤدي الى المساس بشروط العقد او التأثير في ظروف تنفيذه...."[2]

لذلك تختلف حالات تطبيق نظرية عمل الامير بحسب الصورة التي يتخذها هذا الفعل من الناحية العملية، لذلك فقد يتجسد عمل الامير في صورة إجراء فردي صادر من الجهة الادارية المتعاقدة أو قد يتخذ صورة إجراء تنظيمي عام صادر عن احدى السلطات العامة في الدولة.[3]

وللوقوف وتسليط الضوء على صور عمل الامير التي تدخل ضمن هذه النظرية ارتأينا تقسيم هذا المطلب الي فرعين مستقلين، حيث سنتناول في الفرع الاول عمل الامير في صورة إجراءات إدارية خاصة، وبعدها سنتناول عمل الأمير كإجراءات إدارية عامة.

---

[1] لمياء هاشم سالم قبع ، مرجع سابق ،ص ص61,60.

[2] لمياء هاشم سالم قبع مرجع سابق ص 63.

[3] نصري منصور نابلسي ،مرجعسابق ،ص 700.

الفرع الاول :عمل الامير في صورة إجراءات إدارية خاصة.

يقصد بفعل السلطان تلك القرارات التي تتخذها السلطات العامة والتي من شأنها إعاقة تنفيذ المتعاقد لالتزاماته، ويمكن ان تكون هذه التدابير فردية تتعلق بموضوع العقد مباشرة وقد تكون لها تأثيرات غير مباشرة.[1]

وتختلف الاجراءات الفردية الخاصة الصارة من الادارة المتعاقدة من حيث تأثيرها ،فقد تؤثر هذه الاجراءات على بنود العقد في حد ذاتها وتضفي عليها بعض الشروط ،وقد تؤثر على ظروف تنفيذ العقد مما قد يزيد من اعباء المتعاقد وزيادة في التزاماته التعاقدية مما قد يرهقه ويؤدي بالنتيجة الى اختلال التوازن المالي للعقد .لذلك سنتطرق الى هاتين الحالتين في النقطتين التاليتين على التوالي.

اولا: الاجراءات الادارية الخاصة والمباشرة والتي تؤدي الى تعديل شروط العقد (إجراءات إدارية خاصة مباشرة).

إن للإدارة المتعاقدة سلطات ممنوحة كسلطة التعديل في بنود العقد الاداري بالزيادة او بالنقصان في التزامات المتعاقد معها وذلك بسلطتها الانفرادية دون إشراك المتعاقد ودون موافقته. وان كان للمتعاقد حق فينحصر في طلب إعادة التوازن المالي للعقد والمطالبة بالتعويض نتيجة عن ما لحقه من خسائر وأعباء نتيجة ذلك التعديل، وإن كان أساس سلطة التعديل تستمد وجودها من ضرورات السير الحسن للمرفق العام واستمرار عمله، إلا أن هذا الهدف وان كان هدفا عاما فلا يعني ذلك التضحية بمصالح المتعاقد، وتحميله عبء الإضرار لوحده، حيث لوكان على علم بها لما كلف نفسه الدخول في رابطة عقدية لا جدوى منها ولا فائدة ولا سبيل لتعويضها.[2]

ويضرب الفقه أمثلة عن الاجراءات الادارية الخاصة التي تمس بنود العقد والتي تدخل ضمن سلطات الادارة الممنوحة لها والمتمثلة في سلطة التعديل، كإجراء تعديل الرسوم المتحصل عليها من المنتفعين من خدمات المرفق العام بتخفيضها عن الحد المتفق عليه، او زيادة الاعمال المتفق عليها عن الحد المعقول او إدخال تعديلات عن قواعد تنظيم وتسيير المرفق العام والتي قد تتطلب تكاليف اضافية ومختلفة تماما عما كانت عليه وقت الابرام،

[1] جورجسعد ، مرجعسابق ،ص 321.
[2] احمدسلامة بدر ،مرجعسابق ،ص،ص244 -245.

ثانيا :الاجراءات الادارية الخاصة والتي تؤثر على ظروف تنفيذ العقد(اجراءات خاصة غير مباشرة).

قد لا يكون للأجراء الاداري الخاص تأثير على شروط وبنود العقد، ولكن يؤدي إلى التأثير الى مناخ تنفيذه، بمعنى تدخل غير مباشر من المتعاقد على شروط العقد ويؤدي ذلك الإجراء الى تحميل المتعاقد أعباء اضافية جديد غير متوقعة عند مرحلة الابرام، ويضرب الفقه امثلة عن تلك الاجراءات ومنها.

_ قرارات الادارة بمقتضى سلطتها في الرقابة والتوجيه والتي من شانها ان تحمل المتعاقد معها اعباء وتكاليف جديدة.

_اجراءات البوليس التي تصدر من جهة الادارة ومن شأنها ان تؤدي كذلك الى زيادة في الاعباء والمصاريف، كأمر صادر من جهة الادارة للمتعاقد بنقل أسلاك كهربائية الى مكان أخر بعيد لدواعي المحافظة على سلامة المواطنين.

_قيام الادارة ببعض الاشغال العامة او بعض الاعمال المادية الاخرى والتي من شأنها زيادة أعباء المتعاقد معها وارهاقه.

ولا خلاف بين الفقه والقضاء في مسألة التعويض الكامل عن هذه الاجراءات الخاصة وذلك وفقا لنظرية عمل الأمير، بشرط أساسي هنا أن تكون الادارة متعاقدة بصفتها سلطة عامة لا بصفتها متعاقد عادي.[1]

ومن هنا نخلص انه للمتعاقد مع الادارة حق المطالبة والاستفادة من اعادة التوازن المالي للعقد الاداري وفق نظرية عمل الامير، وذلك كلما تدخلت الادارة بإجراءات خاصة سواء مباشرة أثرت في شروط وبنود العقد ،أو اجراءات ادارية خاصة غير مباشرة واثرت على ظروف تنفيذ العقد، وأدت بالضرورة الى ارهاق المتعاقد بتكاليف واعباء لم تكن في حسبانه ولم يكن ليدخل في رابطة تعاقدية لو كان يدرك انه لا تعويض عليها من الادارة.

الفرع الثاني :عمل الامير في صورة اجراء عام.

والمقصود هنا بالإجراء العام هو كل عمل تنظيمي صادر عن سلطة عامة وسواء كانت هذه السلطة هي سلطة تشريعية في اطار عملها في مجال إصدار القوانين، او كان صادر من سلطة تنفيذية في إطار اصدارها للقرارات واللوائح ،وقد تصدر من الجهة المتعاقد والعبرة من

[1] احمدسلامة بدر، مرجع نفسه ،،ص 246.

كل ذلك ان ينجر على هذه القوانين واللوائح والقرارات زيادة في اعباء وتكاليف المتعاقد مع الادارة واختلال التوازن المالي للعقد.

لذلك ثار تساؤل ،حول أحقية المتعاقد في التعويض من عدمه وفق نظرية عمل الامير المتضرر جراء هذه الاجراءات العامة ؟

فقد ذهب مفوض مجلس الدولة الفرنسي **لاتورنوري** إلى عدم أحقية التعويض للمتعاقد لكون الاجراء عام ولا يخص المتعاقد بالخصوص، وفي ضوء ذلك اصدر مجلس الدولة الفرنسي حكمه بتاريخ 1928/03/09،حيث اسس على ان هذا الاجراء لم يمس المتعاقد مع الادارة لوحده بلمس جميع المواطنين، وجاء بتقريره انه يتعين لتعويض المتعاقد مع الادارة عن اجراء عام، انه يجب ان ينص ذلك في بنود العقد صراحة، وان يكون بالضرورة ذلك الاجراء غير متوقع، وفي هذه الحالة يكون التعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة لا على أساس نظرية عمل الأمير. وان كان تقرير المفوض **لاتورنوري** ضعيف ولا يؤيده مجلس الدولة الفرنسي بصورة مطلقة.[1]

حيث هذا ما انتهت اليه الجمعية العمومية للفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري في الفتوى الصادرة بتاريخ 1956/02/24،والتي جاء فيها ان عمل الامير هو كل اجراء خاص او عمل صادر من الادارة المتعاقدة وقت التعاقد ويترتب على ذلك الحاق ضرر بالمتعاقد ولم يشاركه فيه سائر من يمسهم الاجراء.[2]

وتثير محكمة القضاء الاداري في مصر في حكمها الصادر بتاريخ 1955/01/30، الى انه يشترط لقيام الحق في تعويض المتعاقد مع الادارة وفقا لنظرية عمل الأمير وأن يكون الأجراء العام كإصدار الحكومة لائحة او قرارا جديدا ويكون من شأنه المساس بالمركز المالي للمتعاقد وإصابته بضرر دون اصابة الاخرين المعنيين بذلك القرار او تلك اللائحة،

وكما هو الحال بالنسبة للإجراءات الخاصة فكذلك من الاجراءات العامة والمباشرة والتي قد تمس بشروط وبنود العقد، و كذلك من الإجراءات العامة والغير مباشرة والتي تؤثر بظروف بنود العقد، وهذا ما سنتناوله بالتفصيل في النقطتين الاتيتين.

[1] نصري منصور نابلسي ،مرجع سابق ،ص704.
[2] احمدسلامة بدر ، مرجع سابق ،ص247.

اولا :الاجراء العام الذي يؤدي الى تعديل شروط العقد.

قد يؤدي التشريع او اللائحة الى تعديل مباشر في شروط وبنود العقد الذي قد يؤدي الى تعديلها او الى تعطيلها، او حتى انهاء العقد قبل أوانه، وسواء كانت التشريعات واللوائح مشروعة او غير مشروعة، فينبغي تعويض المتعاقد على أساس نظرية عمل الامير، وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي وذلك في حكمه الصادر بتاريخ 1909/11/19،في قضية **زيلابادين** والقاضي بتعويض المتطوعين الذين ألغيت عقودهم نتيجة صدور مرسوم بحل الفرق التي ينتمون اليها، وكذلك في حكمه الصادر بتاريخ 1939/04/28، وفي قضية **خط سكة حديد الشرق** حيث صدر مرسوم بتاريخ 1935/07/16 يقضي بخفض نفقات الدولة بنسبة 10 بالمئة، وقد ادى هذا المرسوم الى خفض الاقساط التي تدفعها الدولة الى شركة سكك الوسط مقابل استرداد مرفق السكة الحديدية ،وذلك تأثرا بذلك التخفيض ولكن قضى مجلس الدولة تعويض الشركة تعويضا كاملا وفقا لنظرية عمل الأمير.[1]

ثانيا. الإجراء العام الذي يؤدي الى التأثير على ظروف تنفيذ العقد.

هنا نتحدث عن الاجراء الذي لا يمس بشروط العقد مباشرة، ولكن يؤدي الى تغيير الظروف التي من شأنها ان تؤثر بطريقة غير مباشرة في مجريات تنفيذ العقد الاداري، وكقاعدة عامة ان مجلس الدولة الفرنسي لا يقضي بالتعويض للمتعاقد الا ما كان في أضيق الحدود وفقا لنظرية عمل الأمير. واذا حكم بذلك فيعتبر ذلك الاستثناء .ومن قبيل ذلك ما يحكم به مجلس الدولة الفرنسي في بعض الحالات الاستثنائية عندما ينص القانون على ذلك صراحة في مضمونه على التعويض، بينما ذهب الاجتهاد القضائي في حالة غياب النص الى الاخذ بفكرة الضرر الذي اصاب المتعاقد وحده دون ان يصيب الاخرين ويقع عبء اثبات ذلك على عاتقه.[2]

وقد رفض في هذا السياق مجلس الدولة الفرنسي ،التعويض وفقا لنظرية عمل الامير في مجال الضرائب والرسوم، التي تهدف الى خلق موارد مالية اضافية للدولة والتي قد تصيب المواد الاولية التي يستعملها المتعاقدون والملتزمون، وهذا ما أدرجه مجلس الدولة الفرنسي في العديد من القضايا، وكذلك في مجال الاجراءات الاجتماعية والتي تستهدف تحسين المستوى

[1] احمد سلامة بدر مرجع نفسه ،ص248.

[2] سليمان محمد الطماوي ،مرجعسابق ص ص590.589.

المعيشي للمواطنين ،وتحسين ظروف عملهم والتي قد تزيد من اعباء المتعاقدين وعلى وجه الخصوص من أرباب العمل.[1]

المطلب الثالث.

الاثار المترتبة على نظرية عمل الأمير.

يترتب عند توافر شروط نظرية عمل الامير استحقاق المتعاقد للتعويض الكامل عن جميع الاعباء والاضرار التي لحقته والتكاليف التي ارهقته وتكبدها جراء أعمال الادارة واجراءاتها التي أدت الى ذلك الضرر.[2]

وفي ذلك أستقر القضاء الاداري على ان يشمل التعويض على ما لحق المتعاقد من خسارة بسبب اعمال الادارة وإجراءاتها وذلك لما قد يكون تحمله من أعباء اضافية ورسوم جديدة، وكذلك التعويض على ما فاته من كسب وهو المبالغ التي كان قد يحصل عليها لولا اختلال التوازن المالي للعقد، ويتم تقدير مبلغ التعويض باتفاق بين الإدارة والمتعاقد، فإذا لم يتم هذا الاتفاق فإن القضاء الاداري هو من يتولى ذلك.

ولشرح ذلك سنتناول التعويض من حيث الاسس التي يقوم عليها ،وسنتناول نضام التعويض كذلك، وذلك من خلال الفرعين التاليين.

الفرع الاول :أساس التعويض وفق نظرية عمل الامير.

قد يكون التعويض على أسس متعددة ومختلفة، حيث قد يكون على أساس فكرة الاثراء بلا سبب، وقد يكون التعويض على أساس فكرة التوازن المالي للعقد والتي هي موضوع بحثنا ودراستنا، كما قد يكون على اساس المسؤولية التعاقدية للإدارة تجاه المتعاقدين معها وفي الاخير قد يكون أساس التعويض هو مبدأ المساواة امام الاعباء العام، وسنتناول هذه الاسس في النقاط التالية.

اولا: التعويض على اساس فكرة الاثراء بلا سبب.

أتجه بعض الفقهاء الى ارجاع مبررات حصول المتعاقد مع الادارة على التعويض عن التكاليف والأعباء الإضافية استنادا إلى نظرية عمل الامير ،الى فكرة الاثراء بلا سبب، وذلك

[1] لمياء هاشم سالم قبع ،مرجع**سابق**،ص77.
[2] محمد الصغير بعلي مرجع سابق ص 92.

تأسيسا على ان الادارة التي انقصت من الامتيازات المالية للمتعاقد معها، او عملت على زيادة الأعباء والتكاليف وذلك بموجب إجراء صادر منها وبإرادتها المنفردة، تكون قد اثرت نفسها على حساب المتعاقد، دون ان يستند هذا الاثراء على سند في العقد، الا انه يعاب على هذا الاتجاه انه حصر أساس التعويض وفق نظرية عمل الامير على فكرة الاثراء بلا سبب. في حين ان النظرية تطبق عن كل اجراء اخل بالالتزامات التعاقدية بإضافة تكاليف واعباء للمتعاقد دون ان يكون هناك إثراء لصالح الادارة، وانه لا تعويض دون وجود إثراء للإدارة، وكذلك فالتعويض يكون لما اصاب المتعاقد من خسارة وما فاته من كسب.[1]

ثانيا: التعويض على أساس فكرة التوازن المالي للعقد.

ذهب معظم فقهاء القانون وكذلك مجلس الدولة الفرنسي والقضاء الاداري في مصر، الى وصف فكرة التوازن المالي للعقد الاداري بأنها هي اساس التعويض وذلك وفقا لنظرية عمل الامير. حيث يترتب على توافر شروط تطبيق نظرية عمل الامير إعادة التوازن المالي للعقد عن طريق تعويض المتعاقد عن كل الاضرار التي لحقته نتيجة الاجراء الذي اصدرته تعويضا كاملا، وذلك عن كل ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب.[2]

وذهب القضاء الاداري الى ان هذه الفكرة تحقق تناسقا بين الالتزامات التي يفرضها العقد الاداري على المتعاقد، وما يبتغيه من ربح وكسب جراء هذا التعاقد، باعتبار ان نصوص العقد تحتوي في مجملها كلا من مقتضاه قيام تلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين، مما يشير الى أن إعادة التوازن المالي للعقد هي أثر لتطبيق شرط تعاقدي ضمني للنية المفترضة للأطراف المتعاقدة أثناء مرحلة إبرام العقد، ومن ثمة فإن تعرض المتعاقد لمخاطر إدارية تسببت له فيها الادارة، وترتب على ذلك اصابته بأضرار أخلت بالتزاماته التعاقدية وأخلت بالتوازن المالي للعقد، فإنه ينبغي تعويضه على ما أصابه لإعادة ذلك التوازن المالي للعقد.[3]

إن كان هناك من يعارض فكرة إعادة التوازن المالي للعقد كالدكتور ثروت بدوي الذي أكد على خطورتها وعدم صحتها، حيث يرى ان التعويض الذي يطلبه المتعاقد نتيجة لإخلال

[1] احمدسلامة بدر مرجعسابق ،ص253.
[2] مازن ليلو راضي،مرجعسابق ص 174.
[3] احمد سلامة بدر ،مرجعسابق ،ص 256.

الادارة بإجراءاتها باقتصاديات العقد لا يتطابق في جميع الحالات مع فكرة التوازن المالي للعقد.[1]

فيما ذهب القضاء الإداري الى ان تمكين المتعاقد من الاستمرار في تنفيذ العقد رغم الظروف الصعبة التي طرأت يمكن ان تضمن السير الحسن للمرفق العام بانتظام واضطراد، أضف الى ذلك ان التعاون بين طرفي العقد على هذا النحو هو من مقتضى تنفيذ العقود الادارية بحسن نية، وبذلك يطمئن الافراد على مصالحهم المشروعة فلا يحجمون عن التعاقد مع الادارة، والنتيجة عكسية اذا تركو تحت رحمة المخاطر الادارية الغير متوقعة بلا ضمان، لذا فحق التعويض على اساس فكرة إعادة التوازن المالي للعقد أمر مفترض في كل عقد اداري.[2]

ثالثا: التعويض على أساس المسؤولية التعاقدية للإدارة.

إن المسؤولية التعاقدية للإدارة تكون على الاعمال الصادرة عنها بخطأ منها، ويرتكز ذلك على تمييز نظرية المسؤولية التعاقدية في مجال القانون الاداري، والتي يمكن اثارتها اما بناء على وجود خطأ أو دون ذلك، الامر الذي لا نجده في روابط القانون الخاص، ومرد ذلك الى العلاقة التي تربط بين العقود الادارية ومقتضيات سير المرفق العام من ناحية، ومن ناحية اخرى مظاهر السلطة العامة التي تتمتع بها الادارة في مواجهة المتعاقدين معها، وقد أقر مجلس الدولة الفرنسي بعض الاحكام والمتعلقة بثبات حق المتعاقد مع الادارة في التعويض وفق نظرية المسؤولية التعاقدية، وواجه انتقادات بوصف هذه الفكرة أساس للتعويض وفق نظرية عمل الامير خصوصا إذا ما تعلق الامر بتعديل نص من نصوص العقد بإرادة الادارة المنفردة، الا أن هذه الفكرة غير كافية لتبرير التعويض في حالة قد صدر هذا الاجراء من غير جهة الادارة المتعاقدة، لذلك يجب ان يكون الى جانب المسؤولية التعاقدية فكرة أخرى تساندها وتدعمها لتكون أساسا للتعويض.[3]

وفي الاخير يمكن القول أنه لنكون امام مسؤولية تعاقدية للإدارة تستوجب تعويضا على أساس نظرية عمل الامير، لابد من توافر ثلاثة شروط واركان، فيشترط ان يكون هناك خطأ

[1] لمياء هاشم سالم قبع ،مرجع سابق ،ص84.
[2] محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص 878.
[3] احمد سلامة بدر،مرجع سابق،ص253.

من جهة الادارة، ولا بد ان يصيب ذا الخطأ المتعاقد معها بضرر، وأن تكون هناك علاقة سببية بين خطأ الادارة والضرر الذي لحق بالمتعاقد.

والمتعاقد هنا له الحق بالمطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التعاقدية وفقا لنظرية عمل الامير ،وليس وفق فكرة التوازن المالي للعقد والتي تقوم على أعمال الادارة وإجراءاتها دون خطأ منها.

رابعا: التعويض على أساس مبدأ المساواة امام الاعباء العامة.

يعتبر هذا المبدأ من المبادئ العامة في القانون، والتي أخذ بها القضاء في الكثير من الاحيان، حيث ان جميع الافراد مجبرون على المساهمة في تحمل التكاليف والاعباء العامة، بالقدر الذي يتناسب مع قدراتهم ومراكزهم وإمكانياتهم. لذلك يعتبر مخالفا لمبدأ المساواة أمام الاعباء العامة اذا ما قامت الادارة بإرادتها المنفردة بزيادة اعباء المتعاقد معها دون أن يقابل هذه الاعباء حقا مفترضا للمتعاقد يمكن ان يعيد التوازن المالي للعقد.[1]

ويرجع تبرير تعويض المتعاقد على اساس هذا المبدأ الى ان هذا المتعاقد مع الادارة يشاركها ويساهم معها في نشاطاتها مساهمة خاصة، ويتحمل جراء ذلك العبء بقدر يزيد عما يتحمله غيره من الافراد، لذلك اذا لم يقابل هذا العبء الخاص تعويضا للمتعاقد فيعتبر إخلال بمبدأ مساواة الافراد أمام الاعباء العامة، حيث يتحمل المتعاقد أعباء لوحده ترهقه دون أن يتحملها باقي المواطنين، لذلك إذا كان الاجراء الذي الحق الضرر بالمتعاقد هو إجراء عام ينطبق على جميع المواطنين دون ان يكون المقصود منه المتعاقد لوحده، فلا سبيل لتعويضه، ومن هنا وإعمالا بمبدأ المساواة أمام الاعباء العامة، يكون للمتعاقد الحق في التعويض وفق نظرية عمل الامير اذا كان الضرر الذي أصابه هو ضرر خاص، وأن يؤدي ذلك الضرر الى اختلال التوازن المالي للعقد.[2]

الفرع الثاني: نظام التعويض على أساس نظرية عمل الامير.

إن الاثر الاساسي والرئيسي لنظرية عمل الامير هو التعويض الكامل عن كافة الاضرار التي لحقت بالمتعاقد وكل ما فاته من كسب وذلك ،وذلك لإعادة التوازن المالي للعقد ،ولتوضيح

[1] لمياء هاشم سالم قبع، مرجع سابق، ص 89.
[2] احمدسلامة بدر ،مرجعسابق،ص255.

نظام التعويض سنقوم بتقسيم هذا الفرع الى نقطتين ،سنتناول في الاول التعويض الكامل كأثر أساسي لنظرية عمل الامير، وسنتناول ثانيا تقدير مقدار التعويض على أساس هذه النظرية.

اولا: التعويض الكامل:

يترتب في حال توافر شروط نظرية عمل الامير استحقاق التعويض الكامل عن كافة الاضرار والاعباء والتكاليف الاضافية التي لحقت بالمتعاقد مع الادارة ،وذلك جراء الاجراءات الصادرة منها، ويكون التعويض على كل ما لحقه من خساره وعن كل ما فاته من كسب.[1]

حيث ينتج عن نظرية عمل الامير اعادة التوازن المالي للعقد ،التوازن بين التزامات المتعاقد وحقوقه المفترضة، وذلك بمنح المتعاقد تعويض عن كافة الاضرار التي لحقت به نتيجة هذه الاعمال الادارية او الاجراءات، ولكن اذا ساهم المتعاقد مع الادارة بخطأ منه مما ادى الى الحاق الضرر بنفسه، فإنه في هذه الحالة لا يستحق التعويض الكامل على ما فاته من كسب وما لحقه من خسارة.[2]

كما لا يستحق التعويض الكامل ايضا اذا ما تضمنت بنود العقد شرطا يعفي الادارة من تحمل مسؤولية التعويض عن اجراء معين محد كفرض ضريبة معينة او زيادة سعرها، وان كان شرط الاعفاء المطلق من تحمل مسؤولية الادارة عن ما يترتب على اعمالها من اعباء للمتعاقدين معها، هو شرط يتنافى في نظر الفقه والقضاء مع المبادئ العامة المقررة القانون الاداري مع ثبوت حق المتعاقد في التعويض على اساس النظريات السائدة في نظام العقود الادارية والتي منها حق اعادة التوازن المالي للعقد، ولذلك يعتبر هذا الشرط غير مشروع اذا ما تضمنته بنود العقد الاداري.[3]

ومما سبق الحديث عنه بالنسبة للتعويض الكامل للمتعاقد، فإن محكمة القضاء الاداري في مصر من خلال حكمها الصادر في 1957/06/30 حيث اكدت فيه على ان المحكمة يمكنها تقدير التعويض طبقا لقواعد القانون الاداري حيث يشمل هذا التعويض عنصرين هما.

---

[1] محمد الصغير بعلي ،مرجع سابق،ص،92.

[2] **محمد انور حمادة ,قواعد وإجراءات تنظيم المناقصات والمزايدات والعقود الادارية,دار** الفكر الجامعي ،الاسكندرية ،2001،ص101.

[3] احمدسلامة بدر ،مرجعسابق،ص257.

العنصر الاول: ما لحق المتعاقد من خسارة حيث تشمل كل المصروفات الفعلية التي انفقها وصرفها، وتختلف باختلاف الاحوال وطبيعة التعديل ونتائجه، كالطلب الذي تقدمه الادارة للمتعاقد مثلا بسرعة انجاز الاشغال ،مما من شأنه الى ان يؤدي لتكاليف واعباء اضافية ،وأجور باهظة للعمال وأسعار زائدة للسلع والمواد الاولية والى خسائر متنوعة، لذلك يجب تقدير هذه الخسائر مادامت العلاقة السببية قائمة بين طلبات واجراءات الادارة وبين هذه التكاليف والخسائر التي لحقت بالمتعاقد.

العنصر الثاني: وهو كل ما فات المتعاقد من كسب وذلك بتعويضه عن كل ما فاته من ربح حلال مفترض من تعاقده مع الادارة والذي يتضمن رأس ماله وهامش ربحه.[1]

والملاحظ ان مسؤولية الادارة في حال تطبيق نظرية عمل الامير، بغير خطأ منها، الا ان القضاء الاداري في كل من فرنسا ومصر استقرا على وجوب التعويض من الادارة للمتعاقد تعويضا كاملا عن كل ما يصدر منها من اعمال سواء وفق نظرية عمل الامير اي بدون خطأ منها او سواء وفق المسؤولية التعاقدية بخطأ منها، ويكون التعويض على كل الخسائر المحققة، وكذلك على كل المكاسب المتوقعة.[2]

ثانيا: تحديد مبلغ التعويض

تحديد التعويض الكامل الذي يحصل عليه المتعاقد مع الادارة عن كل ما لحقه من خسارة وعن كل ما فاته من كسب وفق نظرية عمل الامير، يكون بإحدى الطرق التالية.

التعويض يكون بموجب اتفاق بين الادارة والمتعاقد حيث يكون سلفا خلال مرحلة ابرام العقد، وتضمين ذلك بين بنوده، ويكون التعويض الذي تدفعه الادارة نتيجة لتصرفاتها عن الاضرار التي لحقت بالمتعاقد محددا، ولا يمكن بأي حال من الاحوال تضمين الادارة لشرط يعفيها من التعويض لان ذلك فيه مخالفة للنظام العام.

التعويض هنا يكون بما وضعه المشرع ويكون عمل الامير صادر عنه ، كما في فرنسا من خلال القانونين 1970/07/03/ و 1940/12/05،المتعلقين بفسخ العقود المبرمة لمتطلبات الدفاع الوطني، والمتعاقدين المتضررين من خلالهما ،حيث تم تحديد كيفية تعويضهم جراء فسخ عقودهم بقوة القانون.

---

[1] لمياء هاشم سالم قبع ،مرجع سابق، **ص ص** 94-93.

[2] ابراهيم محمد علي، **أثار العقود الادارية** ،الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر،2003 **ص**243.

وفي حالة لم يوجد نص في العقد او في الاجراء العام الصادر عن السلطات العامة سواء كان هذا الاجراء قانونا او نظاما او تعليمة او قرارا. أو قد لا يكون هذا التعويض عادلا او كاملا فيكون التعويض هنا باللجوء الى القضاء الاداري و في حالة عدم اتفاق الادارة والمتعاقد معها في كيفية تحديد مقدار التعويض وذلك بعد استنفاذ كل الطرق الودية بينهما. حيث يقدر القاضي هذا التعويض باعتباره ينشأ عن تكاليف غير متوقعة، حيث ان كل ما هو غير متوقع يعتبر خارج عن نطاق العقد، ويعتبر عدم التوقع خصوصية والمحكمة انما تقدر هذا التعويض طبقا لقواعد القانون الاداري، حيث يشمل هذا التقدير عنصرين، الاول ما لحق المتعاقد من خسارة وتحمله من اعباء ومصروفات اضافية، والثاني هو كل ما فاته من كسب مشروع ومفترض ومحتمل من تعاقده مع الادارة.[1]

ونخلص في الاخير انه بتوافر شروط نظرية عمل الامير وبالتعويض وفق هذه النظرية عن كل الاضرار التي لحقت بالمتعاقد جراء اجراءات الادارة، يترتب على كل ذلك اعادة التوازن المالي للعقد وذلك ما أعطى لهذا الاخير حق المطالبة بذلك التعويض حتى ولو تحتم عليه اللجوء الى القضاء.[2]

[1] عبدالحميد الشواربي ،مرجع سابق،ص55.
[2] مازن ليلو راضي، مرجع سابق،ص174.

المبحث الثاني:

اختلال التوازن المالي للعقد لأسباب خارجة عن إرادةالإدارة.

قد تواجه المتعاقد مع الإدارة وهو في مرحلة تنفيذ بنود العقد الإداري، مخاطر اقتصادية أو ظروف وصعوبات مادية لم يكن لها توقع وحسبان وقت إبرامه للعقد، ولا يكون أصلا للإدارة دخلا في حدوثها ووقوعها ، والتي قد تجعل تنفيذ العقد مرهقا ومكلفا لدرجة اختلال التوازن بين التزامات المتعاقد التعاقدية وحقوقه ، وإلحاق الضرر بمركزه المالي.لذلك سنتناول في هذا المبحث نظريتي الظروف الطارئة، الصعوبات المادية الغير متوقعة من خلال المطلبين التاليين.

المطلب الأول:

نظرية الظروف الطارئة.

سنتناول في هذا المطلب ثلاثة فروع ،حيث سنقوم بتعريف هذه النظرية ونشأتها ، ثم سنتناول الشروط اللازمة لتطبيقها ، وفي الأخير سنتناول الآثار والنتائج المترتبة على تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

الفرع الأول :تعريف نظرية الظروف الطارئة.

نظرية الظروف الطارئة هي نظرية من ابتكار مجلس الدولة الفرنسي، والتي برزت من خلال حكمه الصادر بتاريخ 03/30 /1916 بشأن قضية الإنارة العمومية لمدينة **بوردو bordeaux** وتتلخص وقائع هذه القضية في أن الشركة الملتزمة بتوريد الغاز لمدينة بوردو ،أثناء تنفيذها للعقد، وجدت إن سعر الفحم المستخرج منه الغاز قد ارتفع عقب اندلاع الحرب العالمية الأولى بنسبة كبيرة، بحيث ارتفع سعره إلىأكثر من ثلاثة إضعاف السعر المتفق عليه في العقد، حيث كان ثمن الطن الواحد من الفحم في 1904 هو 23 فرنكا، وارتفع سنة 1916 إلى 73 فرنكا مما أدى بالشركة إلى صعوبة تنفيذ التزاماتها التعاقدية وصار مرهقا جدا لها.وقد طلبت الشركة المتعاقدة من بلدية مدينة بوردو برفع الأسعار المفروضة على المنتفعين ولكن رفضت بلدية بوردو ذلك الطلب ، وتمسكت بشروط العقد بناء وتأسيسا على قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" المتبعة في العقود الخاصة. [1]

[1] مازن ليلو راضي ، العقود الادارية، ص 176.

وفي هذا الصدد ثار النزاع أمام مجلس الدولة الفرنسي،والذي اقر بدوره نظرية الظروف الطارئة كسبب لإعادة التوازن المالي للعقد المبرم بين الشركة الملتزمة وبلدية بوردو وفي ذلك ورد الحكم. "من حيث انه نتيجة لاحتلال العدو الجزء الكبير من مناطق إنتاج الفحم في أوروبا القارة، ولصعوبات النقل بالبحر التي تتزايد خطورة أكثر فأكثر سواء بسبب الاستيلاء على البواخر أو بسبب طبيعة أعمال الحرب البحرية ومدتها، فأن الارتفاع الطارئ خلال الحرب العالمية الحالية في أسعار الفحم ،وهو المادة الأولية في صناعة الغاز بلغ نسبة لا توصف فقط بأنها ذات طبيعة استثنائية بالمعنى المعتاد لهذا اللفظ ولكنه أدى كذلك إلىارتفاع في تكلفة صناعة الغاز لدرجة أخلت بكل الحسابات، وجاوزت أقصى حدود الزيادات التي كان يمكن للطرفين توقعها عند أبرام عقد الالتزام، وانه نتيجة لاجتماع كل الظروف السابق بيانها انقلب اقتصاد العقد بصورة مطلقة، وان الشركة إذن على حق في التمسك بأنها لا تستطيع كفالة تشغيل المرفق بذات الشروط المتفق عليها أصلا طالما استمر الموقف غيرالعادي المذكور أعلاه،...".[1]

أما بالنسبة للأساس الفقهي لهذه النظرية فإن مجال عملها وتطبيقها هي العقود اللازمة المستمرة التنفيذ،أو الدورية والتي يلتزم فيها طرفي العقد على تنفيذ التزاماتهما بحيث لا ينفسخ هذا العقد إلا باتفاق الطرفين المتعاقدينو وذلك من نحو بيوع الثمار ، والزروع المتلاحقة في الظهور، وإجارة المنافع التي تحدث شيئا فشيئا، فيكون الالتزام في وفاء المعارضة المتبادلة وهو الأصل التكليفي المأمور به، في صريح منطوق قوله تعالى " **يأيها الذين امنو أوفو بالعقود**"[2] لذلك اعتبارا لنظرية الظروف الطارئة فإنه إذا طرأت ظروف استثنائية وخارجية أثناء تنفيذ العقد ولم يكن بالإمكان توقعها وقت إبرام العقد، وترتب عن هذه الظروف اختلال خطير للتوازن المالي للعقد لم يكن يتوقعانه، هنا جاز للمتعاقد مطالبة الإدارة بالمساهمة معه في تحمل النتائج المترتبة على ازدياد تلك الأعباء،وذلك بتعويضه جزئيا ولمدة مؤقتة، عن الخسارة التي لحقت به مع مراعاة الظروف المحيطة بتنفيذ العقد.[3]

---

[1] مازن ليلو راضي، مرجع نفسه ص،177.

[2] مجيد محمود سعيد ابو حجير، **نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة،الطبعة الأولى** ،دار العلمية للنشر والتوزيع،الاردن،2002،ص23.

[3] **محمد خلف الجبوري ،العقود الإدارية' الطبعة الأولى**، دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان،الاردن،2010،ص ص220-221.

واخذ القضاء الإداري في مصر بنظرية الظروف الطارئة ،وكذلك المشرع المصري ففي قانون الالتزامات الخاص بالمرافق العامة أعطى الحق للإدارة في حالة الظروف الطارئة في تعديل قوائم الأسعار،أو قواعد تنظيم وتسيير المرفق العام، لمتكين المتعاقد في الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية،وكذلك لخفض إرباحه أيضا إلى الحد المعقول في الحالة العكسية التي تؤدي الظروف الطارئة فيها إلى رفع الأرباحإلى درجة باهظة.[1]

وتقول المحكمة الإدارية العليا في تعريفها لنظرية الظروف الطارئة وبيان أساسها ونطاق أثرها في إعادة التوازن المالي للعقد أن " نظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجردة التي هي قوام القانون الإداري،كما أن هدفها هو تحقيق المصلحة العامة فمبتغى الجهة الإدارية هو كفالة حسن سير المرافق العامة باستمرار وانتظام وحسن أداءالأعمال والخدمات المطلوبة وسرعة انجازها،كما إن هدف المتعاقد مع الإدارة هو المعاونة في سبيل المصلحة العامة، وذلك بأن يؤدي التزاماته بأمانة وكفاية لقاء ربح وأجر عادل،ومن هنا يقتضي من الطرفين التساند والمشاركة للتغلب على مايعترض تنفيذ العقد من صعوبات ومايصادفه من عقبات، فمفاد نظرية الظروف الطارئة انه إذا طرأت أثناء تنفيذ العقد الإداري ظروف أوأحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد فقلبت اقتصاداته، وإذا كان من شأن هذه الظروف أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلا بل أثقل عبئا وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدون التقدير المعقول، وكانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوزت الخسارة المألوفة العادية، التي يتحملها أي متعاقد إلى خسارة فادحة استثنائية غير عادية، فإن من حق المتعاقد المتضرر إن يطلب من الطرف الأخر مشاركته في هذه الخسارة التي تحملها فيعوضه عنها تعويضا جزئيا".[2]

أما في الجزائر فتجد نظرية الظروف الطارئة أساسها القانون في نص المادة 107 من القانون المدني والتي جاء في نصها " يجب تطبيق العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية.

ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه وحسب بل يتناول أيضا ماهو من مستلزماته،وفقا للقانون والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام.

غير انه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين،بحيث يهدده بخسارة

[1] ماجد راغب الحلو،**العقود الإدارية**،دار الجامعة الجديدة،دون ذكر بلد النشر ،2009،ص174.

[2] محمد فؤاد عبد الباسط مرجعسابق، ص ص 884-883.

فادحة،جاز للقاضي تبعا للظروف،وبعد مراعاة مصلحة الطرفين إن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".[1]

والظروف الطارئة والغير متوقعة هي تغيرات وتبدلات ذات طبيعة اقتصادية كارتفاع الأجور والأسعار، ولكنها تعودا احيانا لإحداث طبيعية كإعصار تنتج عنه مفاعيل اقتصادية سلبية أو مستجدات إدارية كتدخل الدولة لخفض الأسعار مثلا. وقد تكون إحداث سياسية كإعلان حرب، او غلق ممرات مائية.[2]

وكذلك في التنظيم فنجد لنظرية الظروف الطارئة أساس قانوني وهو ماورد في نص المادة 115 من المرسوم 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية في الجزائر،والتي ورد فيها بصريح العبارة إمكانيةإعادة التوازن المالي لعقد الصفقة في إطار الملحق ودون الحاجة للخضوع لرقابة الهيئات الخارجية ،بما يعني أن تنظيم الصفقات العمومية راعى الظروف الطارئة والوضع الجديد والإرهاق المالي للمتعامل المتعاقد ،فأجاز إعادة الاعتبار المالي له في إطار حل ودي يتجسد في ملحق الصفقة الأصلية،واذا كانت المادة 107 من القانون المدني جاءت بشكل واضح وأبلغ فلا مانع إن يهتد ي بها القاضي الإداري وهو يطبق نص المادة 115 من المرسوم 236/10،طالما كان الغرض من نص المادتين هو واحد، وأن روحها تنصب حول و ضمن هذا الاتجاه.[3]

والظروف الطارئة لا تجعل العقد مستحيل التنفيذ كما بالنسبة للقوة القاهرة التي تعفي المتعاقد من التنفيذ،فالتنفيذ في نظرية الظروف الطارئة يبقى ممكنا ولكنه مرهق ومكلف،وعلى ذلك الأساس لا تعفي المتعاقد من مواصلة تنفيذ العقد،إلا انه تمنح الحق للمتعاقد في مطالبة الإدارة في المساهمة بتحمل بعض الخسائر التي لحقت به ،ضمانا لحماية المرفق العام واستمراره في أداء خدماته دون انقطاع.[4]

فنظرية الظروف الطارئة بصفة عامة،هي نظرية تفترض حدوث ظرف طارئ جعل تنفيذ مرهقا للمتعاقد لسبب لا يد له ولا للإدارة فيه،فضلا على عدم توقع هذا الظرف أثناء مرحلة إبرام العقد، بحيث يؤدي تطبيق نظرية الظروف الطارئة إلى بقاء الالتزامات على حالها ومع إعطاء

[1] اظر نص المادة 107 من القانون 10/05 المتضمن القانون المدني
[2] محمد فؤاد عبد الباسط ،مرجع سابق،885.
[3] عمار بوضياف ،مرجع سابق ،،ص 244.
[4] مازن ليلو راضي،مرجع سابق،ص177.

المساعدة للمتعاقد من أجل إعادة التوازن الاقتصادي للعقد وإرجاعه إلى سيرته الأولى،وذلك نزولا لضرورات السير الحسن للمرفق العام ، ولمقتضيات العدالة، فالمتعاقد في الأول والأخير يسعى من تعاقده مع الإدارةإلى تحقيق مصلحة ربحية بحتة ،ولجلب السعادة والربح لا لجلب الخسارة والشقاء، وهنا يجدر الإشارة إلى شيء هام وهو ظهور نظرية القوة القاهرة لمجابهة استحالة تنفيذ بنود العقد، والتي يؤدي تطبيقها إلى انقضاء الالتزام، لأنه في الأصل لا تكليف بمستحيل، ولا طاقة للبشر أماماستحالة تنفيذ الالتزام، ولا توجد حكمة مقبولة من الإبقاء على عقد يستحيل تنفيذه.إما عندما نتكلم عن ظروف طارئة فنحن نتكلم عن ظروف اقتصادية أو اجتماعية، وماينجر عنها من ارتفاع للسلع والخدمات .وكذلك ماقد يسود من أزمات طاحنة نتيجة ذلك، من قبيل الظروف الطارئة الكوارث والنوازل الطبيعية كالفيضانات والزلازل، وما يترتب عليها من عراقيل وصعوبات في التنفيذ والتنقل،كل هذا ما مؤداه إصابة المتعاقد مع الإدارة بإرهاق وأعباء و خسائر مادية فادحة، ويصبح العقد وسيلة لجلب الشقاء والخسارة له بدل الربح والسعادة التي كان يرجوها من تعاقده.[1]

ومنه فإن نظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجردة التي هي قوام القانون الإداري، كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة،فهدف الجهة الإدارية هو كفالة السير الحسن للمرفق العام بانتظام واستمرار وحسن أداء الخدمات المطلوبة وسرعة انجازها، كما أن هدف المتعاقد مع الإدارة هو المعاونة في سبيل المصلحة العامة، وذلك بأن يؤدي التزامه بأمانة وكفاية لقاء ربح وأجر عادل، ومن هنا يقتضي من الطرفين التعاون والمشاركة للتغلب على مايعترض تنفيذ العقد من صعوبات وما يصادفه من عقبات،فمفاد نظرية الظروف الطارئة،انه إذا طرأت أثناء تنفيذ العقد ظروف أوإحداث لم يكن في الوسع توقعها عند إبرام العقد وأدتإلى قلب اقتصاداته، وإن كان من شأن هذه الظروف أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلا،بل أكثر كلفة وإرهاقا مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول،وكانت تلك الخسارة الحاصلة من تلك الظروف تجاوزت الخسارة المألوفة العادية التي يتحملها أي متعاقد إلى خسارة فادحة استثنائية غير عادية،فإن من حق المتعاقد المتضرر إن يطلب من الطرف الأخر والمقصود هو الإدارة، مشاركته في هذه الخسارة التي تحملها فتعوضه عنها تعويضا جزئيا.[2]

[1] سعيد السيد علي،**نظرية الظروف الطارئة**،دار الكتاب الحديث،مصر،2006،ص،ص16-17.
[2] **محمد فؤاد عبدالباسط** ،مرجعسابق،ص،885.

لذلك نستنتج أن الفقه والقضاء الإداري إنما وضعا أصول نظرية الظروف الطارئة من اجل حماية المرفق العام وضمان استمراره في أداء الخدمة العامة وإشباع حاجات المواطنين، وكذلك لغرض أخر نبيل وهو المحافظة على مصلحة المتعاقد مع الإدارة الذي يعتبر شريكها في إنشاء هذه المرافق العامة وتسييرها على الوجه الحسن.[1]

لذلك فالنظرية تستند لقواعد العدالة، إذ ليس من العدالة في شيء أن يترك المتعاقد مع الإدارة بدون أي تعويض، وفريسة لظروف سيئة غير متوقعة له ولا دخل له فيها على الإطلاق، ومن شأنها إن تجعل تنفيذ التزاماته التعاقدية أكثرإرهاقا وتكلفة إلى حد الإخلال بالتوازن المالي للعقد إخلالا جسيما، وذلك مما يجعله عاجزا نهائيا عن الوفاء بالتزاماته، مما قد يؤدي إلى تعطيل سير المرفق العام.[2]

لذلك من ماسبق نستخلص تعريفا جامعا ،حيث في الواقع يمكننا القول إن نظرية الظروف الطارئة هي عبارة عن ظروف عامة استثنائية سواء كانت إدارية أو طبيعية، أثناء مرحلة تنفيذ العقد ولا دخل لإرادة المتعاقد في حدوثها، ولم يكن في وسع طرفي الرابطة العقدية توقعها إثناء مرحلة الإبرام، ولا يملك المتعاقد القدرة على دفعها لحظة وقوعها، ويكون من شأن هذه الظروف الطارئة إن تصيب المتعاقد بخسائر فادحة تجاوز الخسارة العادية والمألوفة التي يمكن احتمالها، على نحو تختل معه اقتصاديات العقد اختلالا جسيما، ومن هذا التعريف كذلك نستخلص مجموعة من الشروط فيها مايتعلق بالظرف الطارئ الذي يكون ظرفا عاما واستثنائيا ،ويحدث أثناء مرحلة التنفيذ، وفيها مايتعلق بالمتعاقد مع الإدارة ، حيث لا يكون له دخل في حدوثها، ولم يكن بوسعه توقعها ، وتكون الظروف الطارئة قد أدت إلى قلب اقتصاديات العقد والإخلال بها إخلالا جسيما، وهذا ماسنتناوله بالتفصيل في الفرع الموالي.[3]

---

[1] محمد انور حمادة، مرجع سابق ص101.

[2] محمود عطاف البنا ، مرجع سابق ،ص 303.

[3] **محمد ابو بكر عبدالمقصود،اعادة التوازن المالي للعقد الاداري في ضل الازمة المالية العالمية، " نظرية الظروف الطارئة"**، كلية الحقوق ، جامعة المنصورة ،المنعقد بتاريخ 01 الى02 افريل 2009 .ص ص 18- 19.

الفرع الثاني:شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

تقوم نظرية الظروف الطارئة على قواعد وشروط ،حيث تكون على اساس ظروف استثنائية خارجية لم يكن في وسع أي الطرفين المتعاقدين توقعها خلال مرحلة ابرام العقد،وحيث يترتب على قيام هذه الظروف ان تنفيذ العقد وإن لم يكن مستحيلا، ولمن يصبح اشد ارهاقا واكثر اعباء وتكاليف، بحيث يهدد المتعاقد بخسارة غير متوقعة،، كما أن الظرف الطارئ قد يكون ذا طابع اقتصادي وقد تترتب عليه اعباء وعراقيل وتكاليف، وهذا هو الغالب في الامر الذي دعا بعض الفقهاء أن يطلقوا على هذه النظرية تسمية المخاطر الاقتصادية، وان كانت تسمية الظروف الطارئة اشمل،وذهب الفقيه الفرنسي **فالين**الى ان نظرية الظروف الطارئة تطبق في الغالب على العقود طويلة الامد والتي يصعب توقع مايطرأ من ظروف خلال مرحلة تنفيذها، ظروفا لا للإدارة ولا المتعاقد يدا فيها وتؤدي الى قلب اقتصاديات العقد والاخلال بالتوازن المالي له، لذلك وفق هاته المعطيات سنقوم بمعرفة شروط نظرية الظروف الطارئة في النقاط التالية.[1]

أولا:ان يكون الظرف الطارئ غير متوقع اثناء مرحلة تنفيذ العقد.

أن يحدث الظرف الطارئ بعد وقت إبرام العقد، بمعنى ان يحدث وقت التنفيذ ولم يكن بالإمكان توقعه اثناء مرحلة الإبرام، ولم يكن في حسبان نية المتعاقدين توقع حدوثه.[2]

واذا كان التنفيذ قد امتد عن المدة المحددة في العقد بموافقة الادارة، فإن الظرف الطارئ الذي يحدث اثناء المدة الاضافية يأخذ نفس حكم وقوعه في خلال المدة الاصلية.[3]،

ويشترط ايضا عدم امكانية دفع هذا الظرف الطارئ او تداركه من قبيل الظروف الاقتصادية كارتفاع الاسعار ارتفاعا فاحشا،او ظرفا سياسيا مثل إعلان حرب، او طبيعيا كحدوث زلزال او فيضان .وبينت محكمة القضاء الاداري في مصر بالنسبة لشرط عدم التوقع، انه ينطوي الى حد كبير على عنصر المفاجأة، في صورة معينة ،كأن يجد المتعاقد مع الادارة نفسه ازاء حالة لم يكن يتوقع حدوثها،، لأبناء على دفتر الشروط ولابناء على دراسته الاولية للمشروع، او على الرغم من تنبيهه او ماأتخذه من حيطة لا تفوت على الشخص البصير

[1] لمياء هاشم سالم قبع ،مرجع سابق، ،ص،121,120.
[2] عمار عوابدي، **القانون الإداري**، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ،2000،ص227.
[3] محمد فؤاد عبدالباسط، ،مرجع سابق ،ص ص،885-884.

بالأمور قبل الاقدام عل الاسهام في تسيير المرفق العام الذي يعتبر شريك في تسييره والمتعاقد بشأنه.

ويعتبر هذا الظرف الطارئ غير متوقع ولو كان ذلك يتعلق فقط بنطاق هذا الظرف لا بأصله،فإذا كان المتعاقد مع الادارة يتوقع ارتفاع الاسعار ولكنه لم يكن يتوقع ارتفاعها للحد الذي وصلت اليه فأن هذا الشرط يعتبر متوفرا ويتم تطبيق النظرية في هذه الحالة.[1]

والظرف الطارئ كارتفاع أسعار بعض المواد المستعملة في تنفيذ المشروع ارتفاعا غير عادي،ذلك إن الارتفاع العادي البسيط والطبيعي هو أمر بإمكان طرفي العقد تقديره ووضعه بعين الاختبار ساعة التعاقد.[2]

ومن هنا وجب التمييز بين المخاطر العادية والمخاطر الغير عادية ،فالعادية هي التي تخرج عن الحد المألوف وهي وحدها التي يثار بشأنها تطبيق نظرية الظروف الطارئة، لأن المتعاقد لا يمكنه توقعها مثل ارتفاع أجور اليد العاملة او أثمان السلع والمواد اللازمة للعمل ،لذلك انه لا يكفي ان يكون الظرف الطارئ استثنائيا بل يجب ان لا يكون المتعاقد قد توقعه عند إبرام العقد، ولما كان التوقع من عدمه امر صعب الإثبات باعتباره امرا باطنيا يدور في اعمال النفس البشرية، ويصعب على قاضي العقد استظهاره فقد رأى المشرع وضع معيار موضوعي للتأكد من توقع الظرف الطارئ من عدمه، وذلك بالنص على ان يكون الظرف مما لم يكن في الوسع توقعه. وللتمييز كذلك بين المخاطر العادية و المخاطر الغير عادية فلا أفضل من العودة الى التفسير الذي وضعه مفوض الدولة الفرنسي **(كورناي corneille)** في قرار لمجلس الشورى الفرنسي ،حيث نقرأ إن العمل غير المتوقع (غير قابل للارتقاب) هو الحدث الغير عادي الذي يقلب رأسا على عقب جميع توقعات الفريقين عند توقيع العقد. ففقدان الليرة اللبنانية قيمتها ليس بحد ذاته برأينا في نظام مثل النظام اللبناني الليبرالي حدثا غير عادي من شانه إعمال نظرية الظروف الطارئة الغير متوقعة، لكن إذا فقدت الليرة اللبنانية قيمتها بنسبة هائلة وبصورة مفاجئة غير قابلة للارتقاب، فالحرب اللبنانية غير قابلة للتوقع والارتقاب، فإن نظرية الظروف غير الطارئة تجد دون أي شك مجالا لإعمالها.[3]

---

[1] مازن ليلو راضي ،مرجع سابق ،ص178.

[2] عمار بوضياف، مرجع سابق،ص241.

[3] جورج سعد، مرجع سابق، ص ص،222-223 .

ومن هنا يعتبر ارتفاع أسعار المواد الذي تعهد المورد مثلا بتوريدها ارتفاعا باهظا ظرفا طارئا لم يكن في الحسبان توقعه عند التعاقد ،مادام يترتب عليه زيادة اعباء المورد وتحميله خسائر فادحة الى حد الإخلال بالتوازن المالي للعقد إخلالا جسيما، وبمقتضى تطبيق نظرية الظروف الطارئة هو إلزام الادارة بمشاركة المتعاقد معها في هذه الخسائر ضمان تنفيذ العقد، ويستوي ان يحصل التنفيذ من المتعاقد نفسه او تقوم به جهة الادارة نيابة عنه، عند الشراء لحسابه، ويجوز تطبيق نظرية الظروف الطارئة بعد انتهاء المدة المحددة للعقد،مادام الحادث الطارئ، قد وقع اثناء المهلة التي وافقت الإدارة على منحها للمتعاقد بعد انتهاء مدة العقد.[1]

ثانيا: ان يخرج الظرف الطارئ عن إرادة المتعاقدين.

ان يكون الظرف الطارئ اجنبيا عن المتعاقدين اي مستقلا عن إرادتهما ولا دخل لهذه الارادة في حدوثه ووقوعه.ذلك أن الظرف الطارئ اذا كان راجعا لفعل المتعاقد مع الادارة ، فإن هذا المتعاقد يعتبر مخطئا او في القليل مهملا ولا يجب ان يستفيد من تقصيره، اما اذا كان الظرف الطارئ راجع لفعل الادارة المتعاقدة ، فإن الامر يتعلق بتطبيق نظرية عمل الامير، وليس نظرية الظروف الطارئة.

فتطبيق نظرية عمل الامير في حالة الخطأ من جهة الادارة في حدوث الظرف الطارئ هو الانسب والاصلح اذ يكفي لتطبيقها مجرد الإخلال بالتوازن المالي للعقد دون استلزام الخسارة المرهقة ،كما ان التعويض فيها يشمل مالحق بالمتعاقد من خسارة ومافاته من كسب ، وذلك بخلاف التعويض وفق نظرية الظروف الطارئة الذي يعتبر جزئي ومؤقت، لذلك فلابد ان تكون هذه الحوادث او الظروف الطارئة اجنبية عن العقد،اي ليست ناتجة عن الاخلال بالالتزامات التعاقدية، فهنا تكون المسؤولية مختلفة اي مسؤولية تعاقدية لا على اساس الظروف الطارئة.[2]

وذهب بعض الفقهاء الفرنسيين ومنهم الفقيه **جيز jéze** حيث اعتبر إن الظروف الطارئة هي تلك الظروف التي تكون خارجة ومستقلة عن إرادة الطرفين المتعاقدين، وهذا ما قضت به كذلك محكمة القضاء الإداري في مصر في حكمها الصادر بتاريخ 1957/06/30 الذي ورد فيه" انه يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة إن يكون الحادث أو الظرف خارجا عن إرادة المتعاقدين ولا دخل لهذه الإرادة في وقوعه." ومع ذلك توجد حالات عديدة يعود فيها اختلال

[1] محمد فؤاد عبدالباسط، مرجع سابق،ص 885.
[2] عمار عوابدي، مرجع سابق، ص 227.

التوازن المالي للعقد الاداري، الى فعل الادارة المتعاقدة، وتصعب في هذه الحالة تطبيق نظرية عمل الامير لعدم توافر شروطها، فإن قضاء مجلس الدولة في مصريعترف للمتعاقد بحقه في إثارة حق المطالبة بالتعويض على اساس نظرية الظروف الطارئة ولو تعلق الامر هنا بأعمال صادرة عن الادارة، فضلا عن ذلك عندما كذلك يعود قلب اقتصاديات العقد الى اعمال ادارية من إدارة غير تلك المتعاقدة والتي أبرمت العقد .فإن للمتقاعد الحق كذلك في المطالبة بالتعويض على اساس نظرية الظروف الطارئة.وذلك في حالة عدم إمكانية إثارة نظرية عمل الامير، وكذلك من احكام المحكمة الادارية العليا في مصر في حكمها الصادر بتاريخ 1993/04/04 والذي ردفيه كذلك " ومن حيث ان قضاء هذه المحكمة قد جرى على تطبيق نظرية الظروف الطارئة، يستلزم ان تطرأ خلال مرحلة تنفيذ العقد حوادث او ظروف طبيعية او اقتصادية او من عمل جهة إدارية غير الجهة المتعاقدة، او من عمل إنسان اخر،لم تكن في حسبان المتعاقد عند إبرام العقد[1]"

ثالثا: اخلال الظرف الطارئ بالتوازن المالي للعقد وقلب اقتصاداته.

قد تكون هناك خسائر غير مألوفة نتيجة الظروف الطارئة، وذلك من خلال اعباء وتكاليف إضافية غير محسوبة ،وتؤدي الى قلب الوضع الاقتصادي للمتعامل الاقتصادي رأسا على عقب ،حيث تلحق به خسائر غير طبيعية و فادحة غير متوقعة، كأن تقبل السلطة المختصة على زيادة سعر الضرائب،او تقبل على استحداث رسوم جديدة بنسب عالية بالنسبة للسلع التي يستخدمها المتعامل المتعاقد في المشروع،او تصدر نصا جديدا يتضمن شبكة أجور مختلفة اختلافا جوهريا عن الشبكة القديمة،ففي هذه الحالات والاجراءات الغير محسوبة ساعة إبرام العقد قد ينتج عن مواصلة تنفيذ المشروع إرهاقا ماليا للمتعاقد مع الادارة وقلب اقتصاديات العقد، لذلك وجب إنصافه من جهة الادارة، وذلك من خلال اعادة التوازن المالي للعقد المبرم معها، ليتسنى له من خلال ذلك مواصلة تنفيذ التزاماته التعاقدية.[2]

وتعبر أحكام مجلس الدولة الفرنسي بخصوص هذا الشرط بما يفيد ان الظرف الطارئ من شأنه ان يجعل تنفيذ العقد الاداري بالغ الارهاق للمتعامل المتعاقد،مما جعل بعض الفقهاء يطلقون على هذا الشرط ب "**شرط الارهاق**" اذ يعتبر في نظرهم ان هذا الشرط هو الاهم لتطبيق

[1] لمياء هلثم سالم قبع ،مرجع سابق ،ص ص 131-132.
[2] عمار بوضياف،مرجع سابق،ص142.

نظرية الظروف الطارئة، وتحققه هو الذي من شأنه وضع هذه النظرية حيز التنفيذ، وينقلها من الميدان النظري الى الميدان التطبيقي،فمهما كانت درجة خطورة الحوادث الطارئة ،ودرجة عدم توقع حدوثها، فإنها تكون عديمة الاثر على العقد،مالم ينتج على حدوثها ووقوعها ارهاقا للمتعاقد في تنفيذ الالتزامات التعاقدية الناشئة عن العقد، بمعنى ان قاضي العقد اذا تحقق من عدم توافر هذا الشرط فلا يمكن مطالبته بتطبيق نظرية الظروف الطارئة،ولا يمكنه المرور للتحقق من توافر الشروط الاخرى مادام شرط الارهاق غير محقق،وفكرة الارهاق هي فكرة نسبية، يتم تقديرها في كل حالة على حدا وفقا لظروف كل عقد، بصرف النظر عن الموقف والوضع المالي للمتعاقد خارج حدود الالتزامات التعاقدية، والجدير بالاهتمام ذكره هو ان شرط الارهاق مضبوط بصعوبة تنفيذ الالتزام دون استحالته،لان استحالة تنفيذ الالتزامات التعاقدية تستوجب تطبيق نظرية القوة القاهرة ،وكذلك مضبوط في ان يتحقق بتحمل المتعاقد مع الادارة لخسارة فادحة غير متوقعة تؤدي الى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب.اذا اجبر المتعاقد مع الادارة على تنفيذ العقد رغم وجود الظرف الطارئحيث لا يؤخذ بعين الاعتبار الخسائر المتوقعة نتيجة هذا الظرف او مجرد نقص في الارباح او الايرادات،او حتى فقد المتعاقد مع الادارة لأرباحه كلها.[1]

وعلى ذلك فإن حدوث خسائر بسيطة للمتعاقد لا تعطيه حق الاستفادة من هذه النظرية التي تستلزم ان تكون الخسارة الناشئة عن الظرف الطارئ تتجاوز الخسارة العادية المألوفة.هذا ومن الواجب ان ينظر الى العقد بمجمله لتحديد مدى الارهاق الذي لحق بالمتعاقد،فلا ينظر الى جانب من جوانب العقد الذي من الممكن ان يكون مجزيا ومعوضا عن العناصر الاخرى،التي أدت الى الخسارة التي لحقت المتعاقد.[2]

رابعا: شرط وقوع الظرف الطارئ خلال مرحلة تنفيذ العقد الاداري.

يجب ان يحصل الظرف الطارئ الذي ادى الى اختلال التوازن المالي للعقد وقلب اقتصاداته خلال مرحلة التنفيذ، بمعنى حدوث الظرف الطارئ بعد مرحلة إبرام العقد الاداري وقبل انتهاء تنفيذه. فمرحلة الابرام لا يعتد بها، وكذلك مرحلة بعد الانقضاء كذلك، اما حدوث الظرف الطارئ في مرحلة التمديد او التأخير فهناك خلاف على ذلك، فإذا كان التمديد من الادارة فيعتد

[1] سعيد سيد علي ،مرجع سابق، ص 125-126.
[2] مازن ليلو راضي، **مرجعسابق** 2 ص 179.

بالظرف الطارئ وماينتج عنه ،اما اذا التأخير ناجما عن المتعاقد وبتقاعس منه فلا مجال هنا لمراعاة الظرف الطارئ ولا لتطبيق نظرية الظروف الطارئة.[1]

ومن هنا نلاحظ الصلة بين شرط عدم توقع حدوث الظرف الطارئ.وشرط وقوعه خلال مرحلة التنفيذ، فلما كانت نظرية الظروف الطارئة استثناء عن قاعدة القوة الملزمة للعقد ،فإن المشرع في اغلب القوانين المقارنة يحيطها بجملة من الشروط لكي يحقق توازنا بين قوة العقد وبين مقتضيات العدالة التي الزمت المشرع الاخذ بها في نطاق القانون الخاص، وكذلك ضرورات السير الحسن للمرفق العام في نطاق القانون العام. لهذا وكما يفهم من نص المادة 146 من القانون العراقي فإن الظرف الطارئ يجب ان يكون عاما غير متوقع على خلاف ماذهبت اليه بعض التشريعات الاخرى كالقانون البولوني والقانون الايطالي.[2]

وتوافر شرط وقوع الظرف الطارئ خلال مرحلة تنفيذ العقد، وإن اوجبت على الادارة المتعاقدة إعادة التوازن المالي للعقد ذلك بعد توافر الشروط الاخرى، فلا بد على المتعاقد معها ان يواصل ويستمر في تنفيذ التزاماته التعاقدية، والتي على اساسها تم الاعتراف له بحقه في اعادة التوازن بين الاعباء الاضافية المستجدة والتكاليف الغير متوقعة الملقاة على عاتقه ،وبين الحقوق المترتبة والمفترضة له عليها.[3]

اما بالنسبة لوقوع الظرف الطاري في بعض العقود التي تمر مرحلة الابرام فيها بعدة مراحل،كعقود الالتزام وكذلك الصفقات العمومية، وباعتبار المتعاقد الملتزم ،يلتزم بعطاءه الى غاية رد الادارة المتعاقدة بالقبول او بالرفض، فإذا وقع الظرف الطارئ في هذه الفترة ،وجب الحكم هنا بتعويض المتعاقد وفق نظرية الظروف الطارئة.اما إذا وقع الظرف الطارئ بعد انتهاء المدة الممنوحة للإدارة بالرد قبولا او رفضا، فمن حق المتعاقد سحب عطاءه وعدم الالتزام به .وان لم يسحبه وتم التعاقد فلا تعويض له، لأنه كان عالما بالظرف الطارئ اثناء مرحلة الابرام. ولذلك فإنه متى توافرت شروط نظرية الظروف الطارئة، ووفقا لمقتضيات العدالة وحسن النوايا بين الاطراف المتعاقدة، بين طرف قوي له سلطات وامتيازات ،وطرف ضعيف عليه واجبات والتزامات، وكذلك لضرورات السير الحسن للمرافق العامة.فإنه متى وقعت ظروف طارئة لا يد له ولا للإدارة فيها ،وأدت الى ارهاقه وزيادة اعباءه وتكاليفه بما لم يكن في حسبانه، فهنا كان

[1] محمد الصغير بعلي،مرجع سابق،ص 94.
[2] محمود خلف الجبوري،مرجع سابق،ص225.
[3] مازن ليلو راضي ،مرجع سابق 1 ص 127.

من واجب الادارة ولزاما عليها الوقوف الى جانبه بصفته شريكا لها في اداء دورها،وذلك من خلال تعويضه وتمكينه من التغلب على الصعاب المتولدة عن تلك الظروف، ومواصلة تنفيذ العقد لما فيه من خير للجماعة ولاتصاله بالمنفعة والمصلحة العامة.[1]

ولتأكيد حق التعويض نجد ان الكثير من النصوص القانونية والاحكام القضائية في فرنسا وفي البلدان العربية اكدت على بطلان اي اتفاق بين الادارة والمتعاقد يحول دون تمكينه من التعويضوفق هذه النظرية عن اي ظرف طارئ غير متوقع قد يحدث اثناء تنفيذ العقد ،ومن قبيل ذلك الحكم الصادر بتاريخ 1960/04/14 من محكمة القضاء الاداري المصري،حيث حكم بعدم أحقية ان تضع الادارة ضمن بنود العقد شرطا يعفيها ويحول بين المتعاقد وبين التمسك بالقوة القاهرة ،او بالظرف الطارئ في حدوث احدهما اذا اكتملت شروطه،ومناط ذلك ان هذا الاشتراط لا يعتبر اشتراطا مشروعا ولا يمكن بأي حال من الاحوال الاعتداد به.[2]
لذلك عدم التزام الادارة بالوقوف الى جانب المتعاقد في هذه الحوادث الخارجية، قد يدفعه ويعطيه الحق باللجوء الى القضاء للمطالبة بالتعويض عما لحقه جراءها ،وإعادة التوازن المالي للعقد الاداري.

الفرع الثالث:النتائج المترتبة علىتطبيق نظرية الظروف الطارئة.

انه اذا ماتوافرت شروط نظرية الظروف الطارئة ،والتي تتمثل في وقوع حوادث خارجية غير طبيعية اثناء مرحلة تنفيذ العقد ،وخارجة عن إرادة طرفي العقد، اي الادارة والمتعاقد وادت الى قلب اقتصاديات العقد وإلحاق الضرر بالمتعاقد وإرهاقه، فإنه يترتب على تطبيق هذه النظرية عدة نتائج ،حيث انه لضرورات السير الحسن للمرفق العام فلابد ان يستمر المتعاقد في تنفيد التزاماته التعاقدية، ولمقتضيات العدالة، وحسن نية الادارة تجاه المتعاقدين معها فلابد من إعادة التوازن المالي للعقد وفق هذه النظرية، من خلال تعويض المتعاقد عن الخسائر التي لحقت به نتيجة هذه الظروف الطارئة وما سببتها من خسائر واعباء وتكاليف له .لذلك سنتناول النتائج المترتبة على هذه النظرية في هذا الفرع. حيث سنتناول الاثر او النتيجة الاولى وهو استمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية.ثم سنتناول التعويض كأثر لتطبيق النظرية من حيث الاسس التي يقوم عليها والمعايير التي يتبعها قاضي العقد لتقدير هذا التعويض.[3]

[1] لمياء هاشم سالم قبع، مرجع سابق ،ص ص 135-136.
[2] مرجع نفسه ،ص 143- 144.
[3] محمود عطف البنا، مرجعسابق ،ص 305.

اولا: استمرار المتعاقد مع الادارة في تنفيذ العقد.

بمأن كون العلاقة التي تربط المتعاقد بالإدارة هي علاقة تعاون وتعاضد ومشاركة من اجل العمل على السير الحسن للمرفق العام،والذي تم ابرام العقد الاداري من اجله، فإن ذلك يستدعي من المتعاقد بذل اقصى الجهود من اجل مواصلة تنفيذ التزاماته التعاقدية،والمتعلقة اساسا بالمصلحة العامة،وخدمة المنتفعين من خدمات المرفق العام،وعليه فهما كانت تلك الصعوبات وتلك الظروف الطارئة،التي واجهت المتعاقد اثناء تنفيذه للالتزامات التعاقدية بينه وبين الادارة،والتي تسيطر عليها فكرة المرفق العام ومقتضيات سيره بانتظام واستمرار ،فكل ذلك اوجب عليه مواصلة تنفيذ بنود العقد دون انقطاع، واضعا نصب عينيه ان ذات الفكرة المهيمنة على هذه العلاقة ،لها مداها في تعويضه كليا او جزئيا بحسب الحالات والظروف عن الاضرار وعن الارهاق الذي صادفه خلال مرحلة التنفيذ، فالمتعاقد الذي يتوقف عن الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية مهما كانت الصعوبات التي واجهها جراء تلك الظروف الطارئة،قد يفقد حقه في الاستفادة من التعويض وفق هذه النظرية، طالما لم يصبح مواصلة تنفيذ العقد مستحيلا، وذلك يعتبر نتيجة طبيعية لتكييف العلاقة بين الادارة والمتعاقد على انها علاقة مبنية على اساس التعاون والمشاركة في حسن تسيير المرفق العام واستمراره.ولا يكفي عدم تعويضه في حالة توقفه عن التنفيذ بل قد يعطي الحق للإدارة في توقيع جزاءات مالية عليه كغرامات التأخير، ولا يعد الظرف الطارئ عذرا لعدم مواصلة تنفيذ المتعاقد للعقد طبقا لما هو مقرر في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، والذي قرر في هذا الصدد إعطاء الحق للمتعاقد اذا ما استمر في تنفيذه للعقد في المطالبة بعدم توقيع جزاءات التأخير، والذي استنادا إلى الصعوبات التي واجهت السير الطبيعي لتنفيذ العقد في مدته المحددة مسبقا.[1]

وقد يحث ان يتحول الظرف الطارئ الى قوة قاهرة خلال فترة مؤقتة وجيزة من الوقت ،حينها يكون الحق للمتعاقد التوقف عن تنفيذ التزاماته التعاقدية الى غاية مرور وانتهاء تلك القوة القاهرة، وعليه بعدها هو ملزم ان يواصل في تنفيذ بنود العقد، ولا امتنع عليه الاستناد الى نظرية الظروف الطارئة كأساس لتعويضه عن الاضرار التي لحقته،ومن هنا فإنه كلما التزم المتعاقد بتنفيذ التزاماته التعاقدية والاستمرار فيها رغم الظروف الغير متوقعة اخلت بمركزه

[1] سعيد السيد علي، مرجعسابق، ص ص،151 152.

المالي بزيادة اعباءه وتكاليفه ،أعطاه ذلك الحق في المطالبة بالتعويض وفق نظرية الظروف الطارئة متى توافرت و اكتملت شروطها.[1]

لذلك فإن مواصلة تنفيذ العقد او الصفقة ،يقع تحت طائلة التعرض للمسؤولية التعاقدية ،لأن نظرية الظروف الطارئة إنما أقامها مجلس الدولة الفرنسي أصلا لضمان استمرارية المرافق العامة لتلبية الاحتياجات العامة للجمهور.[2]

ثانيا:حق المتعاقد مع الادارة في التعويض.

ان التعويض على اساس نظرية الظروف الطارئة لا يغطي الا الخسائر التي نجمت عن الظرف الطارئ، والتي تجاوزت الحدود المعقولة ،عكس التعويض على اساس نظرية عمل الاميرالذي يكون التعويض كاملا على كل ما لحق بالمتعاقد من خسارة وكل ما فاته من كسب، ذلك ان أثر الظروف الطارئة هو مشاركة الادارة للمتعاقد في تحمل الخسارة الناتجة عن هذه الظروف وتوزيعها بينهما، فلا تلتزم بذلك الا بتعويض جزئي يغطي نصيبها في تحمل هذه الخسارة ، والخسارة الموجبة للتعويض هي الخسارة الجسيمة الغير عادية، فالتعويض بصفة عامة وفق هذه النظرية لا يغطي الخسارة العادية ولا يغطي مجرد خسارة الكسب، ولا يغطي كامل الاضرار المترتبة على الظرف الطارئ بل على نسبة منه يقدرها القاضي حسب كل حالة او ظرف .[3]

ولقد اختلف الرأي على الاساس القانوني لحق المتعاقد في الحصول على التعويض وفقا لنظرية الظروف الطارئة، فيرى بعض الفقهاء ان اساس ذلك النية المشتركة لطرفي العقد، فالتعويض وفق هذه النظرية ينصرف الى النية الضمنية للطرفين خلال مرحلة الابرام على التعاقد بحسن نية، وإن كان جانب من الفقه انتقد هذا الاساس لان البحث عن نية الطرفين امر صعب التحديد ويتطلب الرجوع الى لحظة الابرام وهو ليس بالأمر السهل ،ومع ذلك يتم تطبيق النظرية لتعلق احكامها بالنظام العام.كما يرى البعض الاخر من الفقهاء ان اساس التعويض وفق هذه النظرية هو التوازن المالي للعقد الاداري، والذي يعتبر امرا مفترضا في كل عقد اداري دون حاجة للنص عليه.وهناك من الفقه من يرى اساس التعويض على فكرة سير المرفق العام بانتظام واستمرار، فإذا ما حدث أمر طارئ عرقل التنفيذ وارهق المتعاقد فلابد على الادارة

[1] لمياء هاشم سالم قبع، مرجع سابق ،ص 154- 155.
[2] محمد الصغير بعلى ،مرجع سابق،ص 94.
[3] محمد فؤاد عبد الباسط ،مرجع سابق ،ص ص 888 889.

المسارعة في تقديم العون له وتعويضه ليواصل التنفيذ حفاظا على المرفق العام والمصلحة العامة.[1]

فنظرية الظروف الطارئة وان لم تعفي المتعاقد من مواصلة تنفيذ التزاماته التعاقدية ،فإنها تعطيه الحق في الحصول على معاونة من الادارة لتمكينه من تنفيذ هذه الالتزامات، ولذا يكون على الطرفين إعادة النظر في بنود العقد وتعديلها حسب المستجدات الحاصلة.[2]

ومن هنا فعلى عاتق الادارة مسؤولية لتعويض المتعاقد وفق هذه النظرية ،وامتناعها يعطي الحق للمتعاقد باللجوء الى قاضي العقد لإلزام الادارة على التعويض وتقديم المعاونة اللازمة له،هذا الفاضي الاداري الذي في الاساس لا إمكانية له بالمساس ببنود العقد ، ولا يملك الا الحكم بالتعويض،وعليه معالجة امر التعويض يتصف بقدر كبير من المرونة، وللقاضي السلطة التقديرية الواسعة في إيجاد الحل الانسب للنزاع من خلال تصوره وملاحظته للواقع الذي امامه،مقارننا بين ظروف الطرفين في حدود موضوع العقد، وقد يستعين القاضي بخبراء متخصصين في تحديد قيمة الخسائر للحكم بالتعويض المستحق للمتعاقد ،وذلك من خلال تحديد القدر الذي يمكن ان يتحمله المتعاقد مع الادارة لتجاوز ذلك الظرف الطارئ. ويعتمد القاضي في معالجة تبعات الظرف الطارئ على عوامل كثيرة قد تساعده،كتحديد مدة سريان الظرف الطارئ والمدة التي تحسب فيها الخسائر ،حيث تبدأ فترة الظرف الطارئ باللحظة التي يتجاوز فيها السعر الحد الاقصى المتوقع عند إبرام الالتزام،وذهب القضاء الفرنسي الى احتساب بداية الظرف الطارئ بلحظة وقوعه لا بلحظة تقديم المتعاقد لطلب التعويض، ومن خلال ذلك يحكم القاضي بالتعويض وفقا لنظرية الظروف الطارئة عن جزء مما لحق المتعاقد من الخسارة ولا تعويض على مافاته من كسب فهناك جزء من الخسارة على عاتق المتعاقد وإن كان الجزء الاكبر منها على عاتق الادارة .[3]

وينبغي الاشارة الى امر يتعلق بالطبيعة المؤقتة للظرف الطارئ ،فإذا ما استمر الظرف لفترة طويلة ومتكررة وغير محددة واصبح قلب اقتصاديات العقد هو الحالة العادية، وليس هناك املا في زوال اختلاله، فهنا بات من حق المتعاقد المطالبة بفسخ العقد، وبمأن نظرية الظروف الطارئة تهدف الى مواجهة عقبات مؤقتة ذاهبة الى الزوال وذلك بتمكين المتعاقد من التغلب

---

[1] بحث **إعادة التوازن المالي للعقد الاداري** كلية الحقوق جامعة المنصورة ،ص ص36 37.

[2] **عبدلي حمزة ،مرجعسابق، ص 55.**

[3] لمياء هاشم سالم قبع، مرجع سابق ،**ص ص 177، 178.**

عليها وتجاوزها، حتى تعود الامور الى حالتها الطبيعية من خلال اعادة التوازن المالي للعقد، ولكن اذا ما استمر الظرف الطارئ وصارت فكرة التوازن المالي غير مجدية فعلى الادارة هنا الإبقاء على معاونة دائمة للمتعاقد ليستمر في تنفيذ العقد الذي يقع تحت مسؤوليته، وقد توصل مجلس الدولة الفرنسي الى حل هذه المشكلة في حكمه الصادر بتاريخ 1932/12/09، **في قضية ترام شربورج cie de tramways de cherbourg**، والتي تتلخص احداثها في أن سكان مدينة شربورج انصرفو عن استعمال الترامواي بسبب ظهور وسائل نقل حديثة، وبرغم رفع الادارة لتعريفة الركوب الى ان مداخيل المشروع لم تغطي النفقات والتكاليف دون إعانة دائمة من الادارة، وأوضح مجلس الدولة ان هناك إجراءين لمواجهة هذه الحالة .فالإجراء الاول هو قضائي بما حكم به المجلس بالمعاونة الدائمة، والاجراء الثاني هو إجراء إداري وإن كان هذا الاجراء هو وجه نادر لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، ويتجسد هذا الاجراء فيما إذا قام المشرع بإجراءا ومبادئ لاحقة بمرسوم تشريعي ينظم أصول وإجراءات إدارية لكيفية إعادة النظر او فسخ العقد المبرم لالتزام مرفق عام النقل المشترك، او إجراء يفرض الالتزام بموازنة الايرادات والنفقات للمرافق العامة ذوات الصفة التجارية والصناعية وصولا الى المرافق العامة المحلية.[1]

اما بالنسبة لعملية التعويض فتقوم على اسس واحكام قانونية ، حيث لابد من تحديد الفترة التي يطلب فيها التعويض والتي تبدأ بأول لحظة يتحقق فيها الظرف الطارئ ، وهذا ما حكمت به محكمة القضاء الاداري في مصر في حكمها الصادر في 1960/04/14 بقولها ((..يستوي ان يطالب المضرور بالتعويض خلال تنفيذ العقد او بعد وفائه بالتزامه التعاقدي..))، ثم يقدم المتعاقد الاصلي او من ينوبه طلبه الى الادارة.

اما بالنسبة لاحتساب عملية التعويض فيكون التركيز على تحديد بداية الظرف الطارئ الذي يبدأ باللحظة التي يتجاوز فيها السعر الحد الاقصى، حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ 1960/12/20 في قضية **le bomme de terre** بأن العبرة في تحديد ارتفاع الاسعار الذي يمكن ان يؤخذ في الاعتبار كظرف طارئ هو بالتاريخ الذي يعتبر مبدأ لتنفيذ العقد.[2]

[1] مرجع نفسه ، ص 180 181.
[2] مرجع نفسه، ص 173.

بعد ذلك يتم تحديد الخسارة التي لحقت بالمتعاقد وذلك بأجراء موازنة بين ارباح المتعاقد وخسائره طيلة الظرف الطارئ ، وذلك بالتقصي عن النتائج الفعلية لتحديد الخسائر الفعلية وهذا حسبما استقرت عليه احكام مجلس الدولة الفرنسي، مع استبعاد الارباح المحققة قبل حدوث الظرف وكذلك الارباح المحتملة مستقبلا وحصر الارباح في مدة الظرف الطارئ .

وكذلك الخسائر التي يكون تحملها قبل حدوث الظرف الطارئ، وذلك ضمن المبدأ التالي وهو الا تتحمل الادارة الا الفرق بين الخسائر العادية المحتملة والخسائر التي تتجاوز الحد المعقول للأسعار.[1]

ليتم في الاخير توزيع عبء الخسارة بين المتعاقد والادارة بنسب محددة وفقا لعدة اعتبارات متعددة كالحالة الاقتصادية للمشروع ،ومدى الاستقرار الاقتصادي في الدولة، ومراعاة مدى تفاعل المتعاقد مع الادارة للظرف الطارئ ومواصلته للتنفيذ حيث في غالب الاحيان تتحمل الادارة الجزء الاكبر من الخسارة.[2]

المطلب الثاني:

نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة.

نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة هي النظرية التي تنهض على اساس مواجهة المتعاقد لمشاكل وصعوبات مادية استثنائية اثناء تنفيذ العقد ولم يكن بالوسع توقعها اثناء مرحلة الابرام،ومن شأن هذه الصعوبات ان تؤدي الى ارهاق المتعاقد ، وإلحاق الضرر بمركزه المالي من خلال زيادة اعباء وتكاليف إضافية له لم يكن بوسعه توقعها ولا تحملها،ولقد ارسى مجلس الدولة الفرنسي دعائم نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة، والذي رتب التعويض الكامل على اساسها لكل الاضرار الناجمة عن تلك الصعوبات، لذلك سنتناول في هذا المطلب بالتفصيل، التعريف بنظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة في الفرع الاول، ثم سنتناول شروط تطبيق هذه النظرية في الفرع الثاني، لننتهي في الفرع الثالث بمعرفة النتائج المترتبة عن تطبيق نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة.

[1] سليمان محمد الطماوي ، مرجع سابق ، ص 636.
[2] لمياء هاشم سالم قبع ، مرجع سابق ، ص 175.

الفرع الاول: تعريف نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة.

كما سبق ذكره نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة هي نظرية ابتكرها مجلس الدولة الفرنسي في منتصف القرن التاسع عشر، وكان اول حكم قضائي برزت فيه نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة هو حكم **دوشي duché** الصادر بتاريخ 1864/06/24 حيث انتهى المجلس في هذا الحكم بتعويض المتعاقد مع الادارة عن اية صعوبات مادية استثنائية غير متوقعة قد تكون واجهته اثناء مرحلة التنفيذ ،لكي يستطيع الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية، وق استند المجلس في حكمه هذا الى المادة 28 من كراسة الشروط والمواصفات العامة لعقود الطرق والكباري في فرنسا، والتي كانت تقرر التعويض عن الهلاك او التلف او الخسارة والاضرار الناجمة عن القوة القاهرة.[1]

واساس تطبيق نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة هو تحقيق العدالة بين طرفي العقد الاداري، والتوافق على ارادتهما المشتركة وحسن النوايا المتبادلة، وذلك اعتبارا على ان المبالغ المتفق عليها تسري على الاعمال العادية والمتوقعة والغير استثنائية المتفق عليها في بنود العقد فقط وفقا للإرادة المشتركة، اما تلك الاعمال و الاعباء والتكاليف الاضافية الناجمة عن تلك الصعوبات المادية الغير عادية والغير متوقعة فينبغي ان يعوض عنها تعويضا كاملا عن كل الاضرار التي لحقته واخلت بتوازنه ومركزه المالي.[2]

فقد يصادف المتعاقد مع الادارة في بعض الاحيان وخاصة في عقود الاشغال العامة صعوبات مادية غير مألوفة وغير متوقعة ولم يكن ليتعاقد لو علم بها او ادخله ضمن بنود العقد، والتي قد تكون في صورة ظواهر طبيعية ، كما لو صادفته اثناء حفر نفق كتل صخرية بالغة الصلابة، او مياه غزيرة ولم يكن بوسعه توقعها رغم ما اتخذه من حيطة ودراسات للمشروع قبل التنفيذ، ومن شأنها ان تجعل تنفيذ الاشغال اشد وطأة على المتعاقد واكثر كلفة وادت الى قلب اقتصاديات العقد بشكل لا يحتمل.[3]

فقد ذهب الفقيهان الفرنسيان **(جورج فوديل georgefaudel)** ،والفقيه **(بيير دلفولفوليه pierre dulvolouvier)** إلى تعريف نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة بانها نظرية خاصة في مقاولات الاشغال العامة تفترض صعوبات مادية لا يستطيع الفريقان

[1] نصر منصور نابلسي، مرجع سابق، ص ص 608 609.
[2] ماجد راغب الحلو، مرجع سابق،ص 189.
[3] مازن ليلو راضي، مرجع سابق ، ص ص 181 182.

توقعها ترمي بثقل اعباء خطيرة، وغير طبيعية على عاتق المقاول ، مثل مواجهة طبقات مائية غير متوقعة في حفر نفق، وحق التعويض معترف به للمقاول عن كل الاضرار. وعرفها البعض بانها " تلك الصعوبات التي تظهر اثناء تنفيذ العقد تكون ذات طابع استثنائي بحيث لم يتوقعه المتعاقدان اثناء ابرام العقد ويكون من نتيجتها جعل التنفيذ اكثر كلفة ومن ثم تفتح امام المتعاقد الحق في ان يحصل على تعويض كامل في شكل زيادة حقوقه المالية مقابل التزاماته العقدية. اما بالنسبة لمجال تطبيق نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة،فيلاحظ ان هناك خلاف كبير بين الفقهاء، ويمكن تقسيم ذلك الى اتجاهين رئيسيين، فالاتجاه الاول يرى ان مجال تطبيقها هو عقود الاشغال ،حيث يرى العميد **جورج فيدلgeorgefaudel**، ان نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة تعتبر نظرية خاصة على الاقل من الناحية العملية بعقود الاشغال العامة،، ما الاستاذ **(فلام flamme)** فيرى ان نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة التي نشأت في مجال عقود الاشغال العامة يجب ان تضل محددة في هذا المجالدون سواه، فكل من الفقيهين قد حصر مجال تطبيق نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة في عقود الاشغال العامة. اما الاتجاه الثاني فذهب الفقيه **دي لوبادير de laubadère**، بانه لا توجد تطبيقات لهذه النظرية خارج عقود الاشغال العامة لكن لا يوجد مانعا متى توافرت شروطها في مجال العقود الادارية الاخرى، وهذا الرأي يتفق معه فيه الفقيه **جيز jèze** والفقيه **(بيكنو pequinio)** ،أي أن الفقهاء يرون ان نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة هي نظرية عامة تطبق على جميع العقود الادارية، ولا يوجد مانع من تطبيقها اذا ما توافرت شروطها بالنسبة لأي عقد اداري مهما كان نوعه، لكن مجلس الدولة الفرنسي رفض تطبيقها خارج عقود الاشغال العامة ومما يؤيد ذلك انه رفض تطبيقها لمناسبة عقد التزام مرفق عام.[1]

لذلك فنظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة تفترض وجود ظروف خارجية استثنائية غير عادية وغير متوقعة، تظهر خلال مرحلة التنفيذ وخاصة عقود الاشغال العامة لما كان لذلك الامر من اختلاف بين الفقهاء، وتكون هذه الصعوبات ذات طبيعة مادية كالظروف والمخاطر الطبيعية والطبقات الارضية، تجعل تنفيذ العقد اكثر كلفة ومشقة وإرهاق، دون ان يصل الى حالة استحالة التنفيذ، ومن حق المتعاقد المطالبة بالتعويض عن كافة الاضرار التي لحقت به جراء تلك الصعوبات.

[1] لمياء هاشم سالم قبع ، مرجع سابق،ص 191 192.

الفرع الثاني :شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة.

اذا ما واجه المتعاقد مع الادارة اثناء تنفيذه لالتزاماته التعاقدية صعوبات مادية غير عادية واستثنائية، ولم يكن بوسعه توقعها اثناء مرحلة ابرام العقد، وادت تلك الصعوبات الى جعل تنفيذ العقد مرهقا جدا ومكلفا، فلا يكون من حق المتعاقد المطالبة بالتعويض الكامل عن التكاليف والاعباء المالية و الاضرار التي لحقته ليتمكن والاستفادة من تفعيل نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة ، الا ما اذا توافرت شروط معينة والتي سنتناولها بالتفصيل في هذا الفرع ، حيث سنتناول شرط عدم توقع تلك الصعوبات المادية اثناء مرحلة الابرام من كلا طرفي العقد، الادارة والمتعاقد، وسنتناول في الفرع الثاني شرط خروج الصعوبات المادية عن ارادة الاطراف المتعاقد حيث لا دخل لكلاهما في حدوثها، لننتهي في الاخير الى شرط لزوم الطابع الاستثنائي للصعوبات المادية الغير متوقعة، وكل هذا من خلال النقاط التالية.

اولا:ان تكون الصعوبات المادية غير متوقعة اثناء مرحلة ابرام العقد.

لابد ان تكون الصعوبات المادية الغير عادية التي تطرأ اثناء عملية تنفيذ العقد،غير متوقعة للطرفين خلال مرحلة الابرام،بمعنى ان تكون من ذلك النوع من الصعوبات الذي لا يظهر للمتعاقد ولا يقابله في المجرى العادي للأمور، وعليه فأنه لو كانت هذه العقبات المادية متوقعة، فإنها ستكون في تقدير اطراف العقد عند لحظة تحديد شروطه وتكاليفه،ومن تم تسقط علة التعويض وفق هذه النظرية عن الاضرار والاعباء المالية الناجمة عن تلك الصعوبات.[1]

حيث من الطبيعي ان يبذل المتعاقد مع الادارة الجهد اللازم والكافي والمعقول للإحاطة بكل الصعوبات والعقبات المادية التي يحتمل وقوعها ومصادفتها له وهو ينفذ الاشغال، ويضع قاضي العقد في اعتباره مدى معاونة الادارة في هذا الخصوص، ذلك ان مبدأ حسن النية اثناء التعاقد، يلزم على الادارة المتعاقدة وضع كل ما لديها من معلومات وبيانات مخططات تحت تصرف المتعاقد ، لمعاونته في الوصول الى تلك الغاية والالمام بكل ما يحيط بتنفيذ العقد، فإذا ثبت تقصير الادارة في هذا الامر حكم القاضي بالتعويض للمتعاقد عن كافة الاضرار التي لحقته،، اما إذا كان المتعاقد مصرا ومتهاوننا حيث كان بوسعه تبيان ومعرفة تلك الصعوبات

[1] محمد الشافعي ابو راس، مرجع سابق،ص 116.

المادية وقت مرحلة التعاقد حكم القاضي برفض طلبه وبعدم استفادته من التعويض وفق هذه النظرية.[1]

ويشترط مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصياغ انه لطلب التعويض عن الاضرار الناجمة عن الصعوبات المادية الغير متوقعة ان تكون هذه الصعوبات من النوع الذي يستحيل توقعه عند مرحلة الابرام وفقا للظروف التي جرى فيها،ويشير المجلس في الكثير من الاحيان الى على التأكيد على هذا الشرط صراحة،حيث يوجب على المقاول او المتعاقد ان يتحرى بنفسه عن طبيعة العمل والظروف المحيطة بعملية التنفيذ، وان يتحرى التربة من حيث طبيعتها ومكوناتها، ويجري الاختبارات اللازمة للتأكد من صلاحيتها للتأسيس عليها، وان يسعى للحصول على المعلومات اللازمة والتي يمكن ان تؤثر على التزاماته وتزيد في مخاطره، وان يراجع الرسومات والتصميمات والدراسات والمعلومات المقدمة، من الادارة صاحبة المشروع، وإبداء ملاحظاته عليها في الوقت المناسب،والتزام المتعاقد بالتحري والبحث وعن طبيعة العمل واجراء الاختبارات،والمراجعة على الوجه المتقدم وإن كان يقلل من احتمالات مواجهة الصعوبات المادية، الا انه ليس من شأنه ان يقضي على نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة، فإذا كان القانون يلزم المتعاقد بالتزامات تتعلق بطبيعة الاعمال من واقع الرسومات والتصميمات والمعلومات المقدمة له، بحيث يصح افتراض مسؤولية المقاول من سلامة التنفيذ، وتحميله جميع الالتزامات والاعباء والمخاطر المتوقعة، اما إذا قام المقاول المتعاقد بواجبه في التحري بقدر الامكان واجرى الاختبارات المعقولة واللازمة ، وراجع المعلومات الرسومات والتصميمات، وظهرت رغم كل ذلك صعوبات وعقبات مادية اثناء تنفيذه للعقد، فإنه في هذه الحالة يستحق التعويض عن كافة الاضرار التي طالته والاعباء والتكاليف المالية التي لحقته ، وذلك وفقا لنظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة[2].

ونلاحظ ان هذه الصعوبات المادية الغير متوقعة او ما تسمى ايضا بالأعباء الغير مرتقبة، تتشابه الى حد كبير خاصة ما تعلق بشرط عدم التوقع مع النظريات الاخرى كنظرية عمل الامير ، ونظرية الظروف الطارئة، وهذا الشرط يعتبر الاساس في اعطاء المتعاقد

[1] ابراهيم الشهاوي ، مرجع سابق ، ص ص 321 322.
[2] محمود عطف البنا ، مرجعسابق ،ص ص 312 313.

المطالبة بالاستفادة والتعويض وفق هاته النظريات ،حيث ليس من المعقول ان يتحمل المتعاقد عبأ وضررا لظرف او صعوبة لم يكن ليتعاقد ويرمي نفسه في مأزق لو علم بها سالفا.[1]

ثانيا: ان تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية خارجة عن إرادة الاطراف المتعاقدة.

يشترط لتطبيق نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة ان لا يكون للمتعاقد دخل في إحداث هذه الصعوبات، او زيادة اثاره وخطورتها، وان يثبت انه لم يكن في وسعه توقي اثارها ، وانه لم يخرج على شروط العقد اثناء قيامه بتنفيذ التزاماته، ويشترط من جانب اخر ان لا يكون للإدارة المتعاقدة دخل في وجود تلك الصعوبات ، لان تدخلها قدي يدخل التعويض عليه وفق نظرية عمل الامير.[2]

لذلك فالصعوبات المادية الغير متوقعة التي قد تواجه المتعاقد اثناء تنفيذ العقد هي صعوبات مادية غير عادية ، اما إذا كانت تتعلق بظروف اقتصادية طارئة او مخاطر ادارية ، فلا مجال هنا لتطبيق نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة، فلابد من تطبيق نظريتي عمل الامير او الظروف الطارئة متى توافرت شروطها.[3]

وفي اغلب الاحيان ترجع الصعوبات المادية الغير متوقعة الى ظواهر طبيعية، ومن ثم فإن اغلب التطبيقات المتعلقة بالصعوبات المادية متعلقة مرجعها الى طبيعة الارض التي تقع عليها الأشغال،الا ان هناك صعوبات مادية ترجع الى فعل الانسان، لذلك فإن الفقه قسم اعتبارا الى احكام مجلس الدولة الفرني هذه الصعوبات الي نوعين وهي :

1)**الصعوبات التي يرجع مصدرها الى الظروف الطبيعية** : ومن امثلتها.

– إمكانية وجود طبقات غزيرة من المياه اثناء تنفيذ مشروع ويتطلب استخراجها وتجفيفه تكاليف كبيرة غير عادية.

– طبقات صخرية صلبة عند حفر الانفاق او الابار الارتوازية تحتاج لآلات خاصة لقلعها ورفعها لتنفيذ الاعمال المتعاقد عليها مما يكلف المتعاقد تكاليف غير معتاد عليها.[4]

وعادة هذا ما نجده في عقود الاشغال العامة التي غالبا ما يكون تنفيذها مكلفا ومرهقا جدا اثناء حفر وتهيئة الارض وشق القنوات مع وجود طبقات صخرية صلبة.

[1] جورجسعد ، مرجعسابق، ص 326.
[2] مازن ، ليلو راضي، مرجعسابق،ص 184.
[3] جورجسعد ، مرجعسابق، ص326.
[4] احمدسلامة بدر ، مرجعسابق ،ص 261.

– هطول امطار غزيرة او رياح قوية او تساقط حبات البرد والتي جعلت الوصول الى مكان العمل صعبا وملفا.

– وجود اساسات خرسانية وخزانات مياه ومجاري تحت ارضية المشروع

– زيادة حجم التربة الصلبة التي يقع المشروع عليها بحجم يزيد بكثير عن الاختبارات والدراسات التي كانت في تناول المتعاقدين وعلم الإدارة المتعاقدة.

2) **الصعوبات المادية التي قد يتسبب فيها الافراد**: ومن امثلتها.

– ترميم المتعاقد لمسلك اوطريق مجاور لمكان المشروع، لحاجته الماسة لتسهيل عملية الوصول اليه ومباشرة الاشغال.

– شراء المتعاقد لقناة مملوكة لاحد الافراد مضطرا ، مجاورة لمكان تنفيذ العقد وردمها ، ولم تشير اليها المواصفات التي على اساسها تم إبرام العقد، وذلك لتأثير تلك القناة على الابنية والاساسات التي يتولى المتعاقد تنفيذها.

– توقف المتعاقد قهرا اثناء ترميمه لممرات مائية لتمكين السفن من المرور مع ان ذلك لم يكن ضمن دفتر الشروط المتفق عليه مع الادارة، مما يؤدي الى تضييع وقته وتعطيل الآلات والعمال ويزيد تكاليفه.[1]

ثالثا: ان تكون الصعوبات المادية غير مألوفة وذات طابع استثنائي.

وفحوى هذا الشرط ان تكون الصعوبات المادية الغير متوقعة ذات طابع استثنائي غير عادي،اي انها صعوبات غير مألوفة، اما اذا كان بمستطاع المتعاقد تحملها اثناء عملية التنفيذ وعادية ومألوفة بالنسبة اليه،فلا مجال هنا لتطبيق نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة، وقاضي الموضوع هو من يعرف ذلك وفقا لسلطته التقديرية الممنوحة له وذلك بتقدير كل حالة على حدى، وتحديد ماإذا كانت الصعوبة عادية ومألوفة ام لا، وذلك من خلال ما يقدمه المتعاقد طالب التعويض وفق هذه النظرية من دلائل ووثائق ومستندات وبيانات توضح ان هناك عقبات تندرج ضمن الصعوبات ذات الطابع الاستثنائي، وهذ مامعناه ان عبء اثبات ذلك الامر يقع على عاتق المتعاقد عن ما لحقه من أضرار وأعباء من هذه الصعوبات التي تعطيه حق المطالبة بالتعويض وفق نظرية الصعوبات المادية اذا ما توافرت شروطها الاخرى.[2]

[1] مرجع نفسه ،ص ص 261-262.

[2] لمياء هاشم سالم قبع، مرجع سابق ،ص 207.

لذلك اشترط القضاء الاداري لتطبيق نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة، كمثال إذا كانت الطبقة الصلبة من التربة لمساحة محدودة لا يعتد بها كصعوبة مادية، وإنما يجب ان تكون بامتداد غير عادي ولمساحة واسعة او بنسبة كبيرة من مجموع المنطقة محل العقد.[1]

لذلك فالزيادة المشار اليها مما يعد من قبيل الصعوبات المادية الغير متوقعة التي تقتضي ان يتم تعويض الشركة عما تكلفته بسببها من نفقات تجاوزت ماقدرته على اساس الاسعار المتفق عليها ومن شأنها ان تقلب اقتصاديات العقد،لذلك يجب تحديد الزيادة التي يجري التعويض عما ترتب على مواجهتها من نفقات،وفي هذا الصدد فإن الاسعار المتفق عليها في العقد تغطي الزيادة فيما يستخرج من الاتربة زيادة تدخل في حدود المعقول فلا تمنح الشركة اي زيادة في الاسعار عنها، وتحديد هذه الزيادة مسألة فنية وذلك بمراعاة انه يؤخذ في الاعتبار في هذا المقام ان كل زيادة لا يكون من شأنها الاخلال باقتصاديات العقد، ولا تؤدي تبعا الى وضع الشركة في مركز غير ذلك الذي يمكن توقعه عند التعاقد يتجاوز عنها ولا يعوض المتعاقد او الشركة عنها، وأن الزيادة التي يعوض عنها هي التي يكون من شأنها قلب اقتصاديات العقد.[2]

رابعا: ان تؤدي الصعوبات المادية الى الحاق الضرر بالمتعاقد وقلب اقتصاديات العقد.

لا تطبق نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة بشكل تلقائي بمجرد اعتراض تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية ،صعوبات مادية استثنائية وغير متوقعة، بل يتوجب ومن الضروري ان تكون تلك الصعوبات قد تولد عنها ضررا للمتعاقد ،حيث اذا كان بإمكان المتعاقد التغلب على تلك الصعوبات المادية التي واجهته دون ان يتحمل اعباء وتكاليف إضافية فلا مجال الى تطبيق نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة، فالصعوبات المادية الاستثنائية والغير متوقعة التي يقتضي التعويض عليها هي التي تكون قد تسببت بخسائر مالية ادت الى قلب اقتصاديات العقد.[3]

لذلك فلابد ان يترتب على الصعوبات المادية الغير متوقعة زيادة في اعباء المتعاقد مع الادارة بما يجاوز الاسعار المتفق عليها وان يكون قد لحقه ضررا منها.[4]

---

[1] مازن ليلو راضي ، مرجع سابق، ص 183.
[2] محمود عطف البنا ، مرجعسابق ،ص 314.
[3] نصري منصور نابلسي، مرجعسابق،ص 635.
[4] ماجد راغب الحلو، مرجعسابق، ص 232.

ويستوي في هذه النظرية ان يكون الضرر جسيما او طفيفا، فلعبرة هنا بوقوع الضرر وليس بمقداره ،لذلك يشترط ان يتحقق الضرر فعلا، اذ تقول القاعدة انه لا يؤخذ بالضرر المحتمل، فالضرر المحتما لا تعويض عنه، ولا يصلح لتحقيق شرط وقوع الضرر، كشرط لإعمال احكام ومبادئ نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة.[1]

بقي الاشارة بعد تناولنا للعقود الادارية العادية فيما تعلق بشروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة، فيضيف مجلس الدولة الفرنسي بالنسبة للعقود الجزافية التي تتضمن تحديدا لكمية الاعمال المطلوبة تحديدا اجماليا لما تلتزم بدفعه من ثمن يقابلها،فهو يتضمن السعر الاجمالي الذي تدفعه الادارة مقابل كمية الاعمال الاجمالية التي يلتزم المتعاقد بتنفيذها، ففي مثل هذه العقود اشترط مجلس الدولة الفرنسي لتفعيل نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة ان يترتب عن تلك العقبات المادية الاخلال باقتصاديات العقد تبعا لانهيار الاساس الذي قام عليه تقدير الثمن الاجمالي المتفق عليه ،حيث يقدر الاخلال باقتصاديات العقد بالنظر لأهمية النفقات الاضافية الت اثارتها الصعوبات المادية مع اهمية العقد في هذا المجال بالذات، وبقي الاشارة ان المتعاقد حتى يكون باستطاعته طلب التعويض بسبب الصعوبات المادية الغير متوقعة ينبغي الى جانب كل هذا ان يكون العقد قد حقق في ظروف غير طبيعية وغير مألوفة الأشغال المتفق عليها ابتداء، ولكن قد يحصل ان تجبر الصعوبات المادية الغير متوقعة المتعهد على تنفيذ اعمال اضافية، ففي مثل هذه الحالة لا يستطيع المتعاقد ان يأخذ هو المبادرة للقيام بمثل هكذا اعمال الا اذا كان ذلك ضروريا لتنفيذ العقد بصورة مطلقة، وإذا اتضح ان العمل نتيجة صعوبات غير متوقعة لا تبدو ضرورية بشكل مطلق ولا يدخل في التوقعات ابتداء منذ بدء التعاقد فإن المتعاقد في هذه الحالة لا يستطيع ان يحتج به قبل ان يكون قد طلب من الادارة امر خدمة لتنفيذ العقد.[2]

الفرع الثالث: النتائج المترتبة على تطبيق نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة.

اذا ماتوافرت الشروط اللازمة لتطبيق نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة، حيث حدث من العقبات المادية الغير المألوفة والتي لادخل لطرفي الرابطة العقدية فيها ، وأدت هذه الصعوبات الى إلحاق الضرر بالمركز المالي للمتعاقد سواء كان هذا الضرر كبيرا ام ضئيلا، فانه يترتب

[1] محمد الشافعي ابو راس ، مرجع سابق ،ص 118.
[2] لمياء هاشم سالم قبع ،مرجع سابق ،ص ص 212 213.

على ذلك ولضرورات سير المرفق العام بانتظام واستمرار المتعاقد من اجله الاستمرار في تنفيذ العقد، كذلك لضرورات العدالة ولتمكين المتعاقد من مواصلة التنفيذ وجب تعويضه تعويضا كاملا عن كافة الاضرار التي لحقته جراء تلك العقبات، لذلك سنتناول هذه النتائج في هذا الفرع من خلال تناول التعويض كأثر لتطبيق نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة ، وكذلك سنتناول النتيجة الثانية المتمثلة في مواصلة المتعاقد لتنفيذ بنود العقد، وذلك على التوالي .

اولا: تعويض المتعاقد.

يترتب على تطبيق نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة اذا ماتوافرت شروطها استحقاق المتعاقد مع الادارة التعويض الكامل على كل ماأصابه من اضرار واعباء مالية جراء تلك العقبات المادية، حيث يكون التعويض عن كل ماتحمله من نفقات اضافية لمواجهة تلك الصعوبات، على ان ذلك لا يحول دون تحميله قيمة ماقد يكون تسبب هو فيه نتيجة خطأه من زيادة التأثيرات السلبية لتلك الصعوبات المادية الغير متوقعة.[1]

وقضى مجلس الدولة الفرنسي في العديد من احكامه وجوب ان يكون التعويض عن الاعباء والتكاليف المترتبة عن الصعوبات المادية الغير متوقعة شاملا كاملا لجبر الخسارة التي لحقت بالمتعاقد، فارتباط التعويض الكامل للأضرار هو ارتباط وثيق بفكرتي العدالة والخصائص الذاتية للعقود الادارية، ففي نطاق هذه النظرية، فإنه ازاء التزام المتعاقد بتنفيذ مضمون العقد والاستمرار فيه مهما كانت الصعوبات والعقبات المادية التي تواجهه، فمن مقتضيات العدالة ان تدفع له الادارة تعويضا كاملا عن الاضرار، للتغلب عن تلك الصعوبات بإعادة التوازن المالي للعقد ، واستحقاق هذا التعويض ثابت للمتعاقد رغم استقلال تلك الصعوبات عن فعل الادارة، فالإدارة وحدها من يتحمل تلك الاعباء ومن الخطأ توزيع الخسائر و تحميل المتعاقد معها جزأ من تلك التكاليف، على غرار التعويض وفق نظرية الظروف الطارئة التي تتحمل الادارة فيها جزءا من الخسائر ويتحمل المتعاقد الجزء المتبقي.[2]

ويستمد المتعاقد حقه بالمطالبة بالتعويض الكامل عن كل الاضرار التي لحقت جراء الصعوبات المادية الغير متوقعة، من وراء إقراره في العقد بالمسؤولية الكاملة بالالتزام وتحمل كل الاعباء

[1] محمود عطف البنا ، مرجعسابق، ص 315.

[2] ابراهيم الشهاوي، مرجع سابق ،ص ص 392 393.

الناجمة عن الصعوبات المادية التي قد تواجهه خلال تنفيذ بنود العقد ،ومهما ترتب عليها من ارهاق مادي ومصاريف اضافية.[1]

كم أنه من جهة اخرى ليس من المعقول ترك المتعاقد يعاني لوحده في مواجه صعوبات مادية غير متوقعة وهو ينفذ بنود العقد، والتي قد تضعه في ضائقة مالية ، وقد يؤدي به الامر في الاخير الى الافلاس وغلق المشروع والتوقف عن كل نشاط، وهو مامن شأنه ان يؤثر على ديمومة المرفق العام وحسن سيره وخدمة الجمهور ،هذا مايفرض في النهاية الاعتراف للمتعاقد بحقه في التعويض الكامل واعادة التوازن المالي للعقد والذي هو ملزم بمواصلة التنفيذ رغم الصعوبات المادية ،فليس من الانصاف والعدالة عدم تعويضه عن كل الاضرار التي لحقت به، ومعاونته للتغلب على هاته الصعوبات.[2]

ولا يشترط للتعويض ان تكون الاضرار جسيمة ، فالعبرة من التعويض وفق هذه النظرية هو أحقية المتعاقد في تعويضه عن اضرار لحقته سواء ضئيلة صغيرة،او كبيرة وجسيمة ضخمة، والتعويض هنا لا يكون جزئيا والمقصود منه مساعدة الادارة للمتعاقد في عملية التنفيذ، وانما هو تعويض كلي على التزامات تعهد بتنفيذها رغم ما قد يواجهه من صعوبات مادية غير متوقعة، صعوبات لم يحسب لها حساب وحينما ظهرت كانت الخسائر والاعباء المالية المترتبة عليها خارج التكلفة المتفق عليها في العقد، ومن ثم وجب تعويض المتعاقد عليها تعويضا كاملا.[3]

لذلك مما سبق احقية المتعاقد مع الادارة في المطالبة بالتعويض وفق نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة مبنية على اسس قانونية تقوم عليها هذه النظرية، حيث اختلفت اراء الفقهاء على اساس التعويض و تحديده رغم عدم صدور خطأ من جانب الادارة كمايلي.

الرأي الاول: ان اساس التعويض هو النية المشتركة للطرفين المتعاقدين وقد ذهب الفقيه الفرنسي **جيز jèze** الى ان الاساس القانوني لحق المتعاقد في الحصول على التعويض عندما تظهر صعوبات مادية غير متوقعة يرجع الى النية المشتركة للطرفين المتعاقدين ومبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، ذلك ان الطرفين المتعاقدين عند ابرامهما للعقد قد انصرفت نيتهما الى ان السعر المتفق عليه في العقد يقصد به مواجهة التنفيذ في ظروف عادية، اما الصعوبات المادية

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق،ص 153.
[2] عمار بوضياف ، مرجع سابق، ص ص 137 138.
[3] محمد الشافعي ابو راس ، مرجع سابق، ص ص 120 121.

والغير متوقعة والتي لم تخطر ببال الطرفين فيفترض انهما قصدا ضمنا ان يقدر مايقابلهما بطريقة خاصة خارج السعر العقدي، وقد انتقد الفقه الفرنسي هذا التبرير لأنه يقوم على اساس تعسفي في الكثير من الحالات ، لان فكرة النية المشتركة للمتعاقدين لا تكفي لتبرير التعويض في الوقت الحاضر، لان التعويض قد اصبح جزءا من النظام القانوني للعقود الادارية ، الا ان مجلس الدولة الفرنسي تبنى فكرة النية المشتركة للمتعاقدين في بعض احكامه.[1]

حقيقة دائما مسألة النية والقصد وما يجول في باطن النفس امور لا تبنى على معايير محددة يمكن الاخذ بها، فمسألة النية المشتركة هي مسألة يصعب على قاضي العقد تحديدها وإقرارها والحكم على اساسها.

الرأي الثاني: والرأي الثاني والذي هو تعرض للانتقاد لابتعاده وعدم اتساقه وشروط نظرية الصعوبات المادية التي تشترط خروج هذه الصعوبات عن إرادة الطرفين المتعاقدين، حيث يرى أصحاب هذا الرأي أن أساس التعويض وفق هذه النظرية يكمن في فكرة المسؤولية التقصيرية، حيث ذهب الفقيه بيكنو péquignot أن أساس التعويض هنا يرجع إلى نظرية عمل الأمير أو مبدأ المسؤولية التقصيرية للإدارة،

الرأي الثالث: ذهب هذا الرأي ان اساس التعويض وفق نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة هو راجع لاعتبارات العدالة والتعاون في العقد الاداري ذلك ان التعويض في نطاق هذه النظرية وثيق الصلة بالطبيعة الذاتية للعقود الادارية، اذ يعتبر المتعاقد مع الادارة معاونا ومساعدا لها في تسيير المرافق العامة. ومن مؤيدي هذا الرأي الفقيهين **دي لوبادير de lubadère** ، **وفالين waline**، الذين يرون ارتباط العقد الاداري بالمرفق العام ودور المتعاقد التعاوني و التشاركي في تنظيمه وتسييره.[2]

وبالنسبة لبعض الحالات وان كانت نادرة حيث يحدث ان تتوقع شروط العقد الصعوبات المادية التي قد يصادفها المتعاقد مع الادارة اثناء تنفيذه للعقد، وتنظم اسس التعويض عليها ، وإن كان مجلس الدولة الفرنسي يأخذ بالتعويض وفق هذه النظرية وان خلا العقد من نص يلزم الاخذ بها.حيث قد تتوافر شروط تطبيق النظرية وثبوت حق المتعاقد الكامل في التعويض ولكن

[1] لمياء هاشم سالم قبع، مرجع سابق ، ص 221.
[2] مرجع نفسه ،ص ص 222 -223.

قد يتفق الطرفين مسبقا في العقد على إعفاء الادارة من المسؤولية عن التعويض بصفة مطلقة او بصفة جزئية وذلك حسب الحالتين التاليتين.

الحالة الاولى: اعفاء الادارة بصفة مطلقة عن مسؤوليتها في التعويض وفق نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة، اذ يسلم غالبية الفقهاء على عدم مشروعية هذا الاتفاق المبرم بين الطرفين المتعاقدين، ومنهم الدكتور توفيق شحاتة حيث يرى ان هذا الاتفاق من شأنه نزول المتعاقد بصورة مطلقة عن المطالبة بالتعويض عن أي ضرر يواجهه أثناء التنفيذ، ويقر مجلس الدولة ان احتواء العقد على ثمن جزافي للأشغال المتفق عليها لا يعفي الادارة من التعويض وفق هذه النظرية ، لان ذلك الثمن لا يقصد به الا مواجهة المخاطر العادية المحتملة، اما الصعوبات الاستثنائية غير المتوقعة فإن للمتعاقد الحق في المطالبة بالتعويض اذا ما توافرت شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة، لذلك لا يجوز للإدارة ان تتفق مع المتعاقد معها على مايعفيها من التعويض عن الاضرار التي قد تواجه المتعاقد جراء صعوبات مادية غير متوقعة، لان هذا حق ثابت ومشروع لإعادة التوازن المالي للعقد.

الحالة الثانية: الاتفاق على إعفاء الإدارة من التعويض بصفة جزئية يحدث وان يحدث اتفاق على ذلك بإعفاء الادارة بمسؤوليتها عن التعويض عن بعض الاضرار التي تصيب المتعاقد نتيجة مايصدر من الادارة من اجراءات معينة، ولكن يتشدد قاضي العقد حين يكون امام عقد مثل هذا في اعتبار صعوبات من قبيل الصعوبات المادية الغير متوقعة التي تخول المتعاقد المطالبة بالتعويض الكامل عن الاضرار التي تلحق به، لذلك يتضح مما تقدم انه ولاعتبارات العدالة وكذلك المصلحة العامة والسير الحسن للمرفق العام ، من خلال تحقيق التوازن المالي للعقد ، فإنه يعتبر غير شرعي كل اتفاق بين الادارة والمتعاقد يعفي الادارة يحرم هذا الاخير من مطالبته بالتعويض عن الاضرار الناتجة عن الصعوبات المادية الغير متوقعة.[1]

اما بالنسبة للجزائر فعملية التعويض وإن كانت حق معترف به للمتعاقد ، حسبما جاء في نص المادة 153 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام حيث انه إذا ما طرأ نزاع حول عملية التنفيذ فعلى الادارة ان تبحث عن حل ودي كلما سمح هذا الحل بإيجاد توازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين، وإذا لم يحصل اتفاق على ذلك يعرض النزاع على احدى اللجان المختصة الذكورة في نص المادة 154 من نفس المرسوم في حل

[1] مرجع نفسه ، ص ص 225 -226.

النزاعات وديا، ويبدو واضحا من هذا المرسوم ان المشرع ارسى قاعدة الحل الودي للنزاع الناتج عن التنفيذ وإعادة التوازن المالي للعقد نتيجة لما يطرأ من ظروف او صعوبات من قبيل الصعوبات المادية الغير متوقعة، وكل هذا تفاديا لطرح النزاع امام القضاء الذي يكلف الاطراف طول الوقت والاجراءات والتكاليف حيث اللجوء اليه يكون بعد استنفاذ كل الطرق الودية للحل[1].

وفي حالة عدم التوصل لحل ودي ،يحال النزاع حسب المادة 155 من المرسوم 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام عن طريق شكوى من المتعاقد المتضرر حيث جاء فيها "يمكن للمتعامل المتعاقد او المصلحة المتعاقدة عرض النزاع على اللجنة".[2]

فقد حددت المادة 154 من نفس المرسوم 247/15، حيث جاء فيها "تنشأ لدى كل وزير ومسؤول هيئة عمومية وكل وال لجنة للتسوية الودية لكل النزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين" .[3]

حيث من نص المادة تنشأ لجان على المستوى المركزي يرأسها وزير القطاع لدراسة نزاعات الخاصة بالإدارة المركزية، ولجان ولائية يراسها الوالي لدراسة نزاعات البلدية والولاية والمؤسسات المحلية، حيث تستدعي اللجنة الشاكي المتضرر الذي يعطي رأيه لرئيس اللجنة في اجل اقصاه 10 ايام من تاريخ مراسلته، وتدرس اللجنة النزاع الذي يتخلله الاستماع الى الطرفين وتفصل في اجل اقصاه 30 يوما بأغلبية اصوات اعضائها، وبعدها تبلغ اللجنة طرفي النزاع بقرارها وترسل نسخة الى سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المنشأة بأحكام المادة 213 من هذا المرسوم،لتبلغ المصلحة رايها بقرار بعد اجل 8 ايام من تاريخ ابلاغها قرار اللجنة، واذا كان قرارها هو رفض قرار اللجنة يحال النزاع الى الجهة القضائية المختصة برفع المتعاقد المتضرر لدعوى الالغاء في اجل اقصاه 4 اشهر من تاريخ صدور قرار المصلحة المتعاقدة برفض تعويض المتعاقد المتضرر.[4]

حيث جاء في نص المادة 161 من دستور 1996 المعدل والمتمم في7 مارس 2016 " ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطات الإدارية" .والتي يحضى فيها المتعاقد بمحاكمة عادلة لا

[1] عمار بوضياف ، مرجع سابق ،ص 324.
[2] انظر نص المادة 155 من المرسوم 247/15.
[3] انظر نص المادة 154 من نفس المرسوم.
[4] عمار بوضياف ، مرجع سابق ،ص 327.

تمييز فيها بينة وبين الادارة صاحبة السلطات والحقوق في تعاقدها معه، وهذا ما كفله هذا الدستور في نص المادة 158 التي ورد فيها ""اساس القضاء مبادئ الشرعية والمساواة، الكل سواسية امام القضاء، وهو في متناول الجميع ويجسده احترام القانون". [1]

وتسري هذه الاجراءات على كل النزاعات التي تطرأ والمحددة في نص المادة 153 من المرسوم 15/ 247 والتي من شأنها اعادة التوازن بين التكاليف سواء كان الاختلال بسبب الصعوبات المادية الغير متوقعة او حتى بسبب الظروف الطارئة او اجراءات إدارية او ما يسمى بعمل الامير.

ثانيا : استمرار المتعاقد في تنفيذ العقد.

إن المتعاقد ملزم بمواصلة تنفيذ التزاماته التعاقدية لما لذلك من علاقة بالمصلحة العامة وسير المرفق العام بانتظام واستمرارية ،فاذ ماما توقف عن ذلك فقد يكون عرضة لتوقيع الجزاءات والتي قد تصل الى حد حرمانه من التعويض وفق هذه النظرية، وبالمقابل فإذا ما اعترضت تلك الصعوبات عملية التنفيذ فقد يستفيد كذلك المتعاقد من الاعفاء من غرامات التأخير المتعلقة بتجاوز عملية التنفيذ للمدة الزمنية المحددة لها في العقد، ومن هنا فالمتعاقد مع الادارة يتوجب عليه عند ظهور صعوبات مادية غير متوقعة اثناء مرحلة التنفيذ ان يواصل تنفيذ التزاماته التعاقدية،وبعلم الادارة بتلك الصعوبات كي يحفظ كامل حقوقه،وذلك لما لعلاقة مواصلة التنفيذ بالمصلحة العامة واضطراب المرفق العام محل العقد، ويعرضه تبعا لذلك لجزاءات إدارية.[2]

الصعوبات المادية التي تعترض المتعاقد اثناء التنفيذ، فإنها إما ان يكون من شأنها استحالة التنفيذ، وهنا نخرج من دائرة العقبات المادية، ونكون امام قوة قاهرة، والتي قد تؤدي الى إنهاء العقد واعفاء المتعاقد من التنفيذ، وقد تكون العقبات من ما يجعل تنفيذ العقد ممكن ولكن بمشقة وبتكلفة اكبر كما سبق ذكره، هنا نكون في ضل نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة وعلى المتعامل المتعاقد الاستمرار في التنفيذ، وإن امتنع فقد يكون قد ارتكب خطأ يحرمه من التعويض ويوقع عليه جزاءات.[3]

---

[1] القانون 01/16 المتضمن التعديل الدستوري ،المؤرخ في 06 مارس 2016 1996 ،الجريدة الرسمية، العدد 14 لعام 2016 ،المادتين 158-161.

[2] سليمان محمد الطماوي ، مرجع سابق، ص 727.

[3] محمد الشافعي بورياس ،مرجع سابق ،ص 120.

فهذه النظرية إنما اقامها مجلس الدولة الفرنسي اصلا لضمان استمرارية وحسن سير المرافق العامة، لذلك وإن ادت تلك الصعوبات الى ارهاق المتعاقد بخسائر وبتكاليف إضافية، فاعتراف الادارة له بحقه في التعويض الكامل عن تلك الاضرار،لابد ان يقابل المتعاقد ايضا ذلك بحسن نية من خلال مواصلة تنفيذ بنود العقدالذي يقع تحت طائلة التعرض للمسؤولية التعاقدية كتوقيع الجزاءات والحرمان من الحق في التعويض.[1]

[1]محمد الصغير بعلي ، مرجع سابق ،ص 91.

خـــاتـمة

الخاتمة

بعد دراستنا لموضوع التوازن المالي للعقد الإداري، تعرفنا على اهمية العقود الإدارية وضرورة لجوء السلطات اليها ، من خلال إشراك الخواص، طبيعيين او معنويين في تنفيذ مهامها ونشاطاتها المتعلقة أساسا بالمصلحة العامة ،وكذلك حقيقة مفادها ضرورة دعم الإدارة المتعاقدة لهؤلاء المتعاقدين ومساندتهم في تنفيذ التزاماتهم والتغلب على الصعوبات والمخاطر التي تواجههم ، وذلك من خلال إعادة التوازن بين حقوقهم والتزاماتهم كلما طرأ امر ادى الى اختلالها وهذا ما يعرف بالتوازن المالي للعقد الذي ارسى قواعده ونظرياته مجلس الدولة الفرنسي .

اولا : نتائج الدراسة

1/ ان العقد الإداري هو تفاق احد طرفيه شخص معنوي عام، غرضه أنشاء او تسيير وتنظيم مرفق عام من مرافق الدولة، وتكون الادارة صاحبة سلطة عامة في مواجهة المتعاقد من خلال تضمين بنود العقد شروط استثنائية غير مألوفة في قواعد القانون الخاص.

2/ يشترط ليكون العقد إداريا ان تكون الإدارة احد طرفيه ، وان يتعلق موضوعه بنشاط مرفق عام، وان تتضمن بنوده شروطا غير مألوفة في روابط القانون الخاص.

3/ إن فكرة التوازن المالي للعقد الاداري اساسها مراعاة مصلحة المتعاقد الذي يواجه امتيازات وسلطات واسعة ممنوحة للإدارة كسلطة التعديل ، والتي قد تؤثر على تنفيذ الالتزامات العقدية وهذا ما يميز العقود الادارية عن العقود المدنية التي تبنى على اساس "فكرة العقد شريعة المتعاقدين"، لأن مصلحة المرفق العام المتعاقد من أجله وضرورة سيره الحسن، وكذلك مقتضيات العدالة، تحتم على الادارة عدم الإضرار بمصالح المتعاقد ومنحه حق التعويض عن كل ما يصيبه خلال تنفيذ العقد سواء جراء تصرفها دون خطأ منها، او جراء اي ظرف او صعوبة خارجة عن إرادتها.

4/ ان النظريات الثلاثة التي يتم على اساسها التعويض لإعادة التوازن المالي للعقد الاداري وهي نظرية عمل الامير ، ونظريتي الصعوبات المادية الغير متوقعة والظروف الطارئة ،كل هده النظريات أنشائها مجلس الدولة الفرنسي وارسى قواعدها.

5/ إن نظرية عمل الامير هي كل عمل مشروع يصدر من الادارة، ويؤدي الى إرهاق المتعاقد ماليا، ومن شأن هذا العمل إلزام الادارة التعويض عن كل الاضرار التي لحقته، ويحق له المطالبة بهذا التعويض إذا ما توافرت شروط معينة، حيث لابد ان يصدر العمل من الإدارة

المتعاقدة، وان يكون ذلك الاجراء غير متوقع للطرفين لحظة التعاقد، وان يلحق الضرر بالمركز المالي المتعاقد.

6/نظرية الظروف الطارئة تتمثل في وقوع حوادث استثنائية خارجية لحظة التنفيذ، والتي يشترط كذلك عدم توقعها من الطرفين اثناء عملية الابرام، وان يكون الظرف الطارئ اجنبي عن الطرفين وان يؤدي الى اخلال خطير بالتوازن المالي للعقد دون الوصول الى استحالة التنفيذ ،هذا ما يعطي الحق للمتعاقد مطالبة الإدارة بالتعويض، ولو استلزم ذلك اللجوء الى قاضي العقد الذي دوره هو دعوة الطرفين الى التفاوض لإيجاد حل يرفع الارهاق على المتعاقد.

7/ نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة هي انه اذا ما صادف المتعاقد عقبات مادية ذات طبيعة غير عادية وعادة ما يكون ذلك في عقود الاشغال العامة، ويشترط كذلك للتعويض وفقها عدم التوقع، وخروجها عن إرادة الاطراف، وإرهاق المتعاقد، والتعويض يكون عن كافة الاضرار عكس نظرية الظروف الطارئة الذي يكون جزئيا حيث يتحمل المتعاقد جزأ من الخسارة .ويترتب على هذه النظرية مواصلة المتعاقد لتنفيذ بنود العقد بالموازاة مع مطالبته بالتعويض الكامل عن كل الاضرار.

ثانيا: التوصيات

1/ نوصي بوضع إطار وتنظيم قانوني مستقل يعالج قضية اختلال التوازن المالي للعقد الإداري، من شأنه ان يرفع الغموض على بعض الامور كشرط الخسارة الجسيمة فيما تعلق بنظرية الظروف الطارئة حيث من الصعب اتفاق الطرفين على معيار واضح يحدد هذه الخسارة، فلا بدمن وضع آلية محددة للتعويض وفق نظريات عمل الامير، والظروف الطارئة، والصعوبات المادية الغير متوقعة، مما يؤدي الى نجاح العقد الإداري كوسيلة ناجعة وضرورية لحسن سير المرفق العام من خلال اشراك الخواص وتشجيعهم على التعاقد.

2/ نوصي بعدم التضييق على قاضي العقد وتوسيع سلطته التقديرية ليتمكن من تقييم مصالح المتعاقدين والوقوف على كل ما يحيط من ظروف وأحداث التي تتخلل تنفيذ العقود، وذلك لتمكينه من الحكم العادل لكلا الطرفين سواء بقبول طلب تعويض المتعاقد او رفضه.

3/ مادام التعويض وفق فكرة التوازن المالي للعقد الاداري يقوم بالإضافة الى ضرورة السير الحسن للمرفق العام، على حسن نية الادارة تجاه المتعاقدين معها، فنوصي وخاصة عندنا في الجزائر حيث النزاع الاداري حديث العهد عندنا ، نوصي في إطار حسن النية المفترض من الادارة، بنشر ثقافة تمكن المتعاقدين بمعرفة هذا الحق، مالهم من حقوق وما عليهم من واجبات وما عليهم، وخاصة فيما يتعلق بالموضوع الذي كان محل دراستنا،

قائـــمة المراجع

قائمة المصادر والمراجع

المصادر:

النصوص التشريعية.

1-القانون 01/16 ،**المتضمن التعديل الدستوري**، المؤرخ في 6 مارس 2016، الجريدة الرسمية العدد 14 ،الصادرة بتاريخ 07 مارس 2016.

2-القانون 09/08 ، **المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية**، المؤرخ في 25 فبراير 2008 الجريدة الرسمية العدد 21 لسنة 2008.

3-الامر رقم 58/75 ، **المتضمن القانون المدني الجزائري**، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975،

الجريدة الرسمية العدد 78، المعدل والمتمم بالقانون رقم10/05 ، المؤرخ في 20 جوان 2005.

4-القانون 10/11، المؤرخ في 22جويلية 2011،**المتضمن قانون البلدية**، المؤرخ في 22 جويلية 2010،الجريدة الرسمية العدد 37 لسنة 2011.

النصوص التنظيمية.

5-المرسوم الرئاسي 236/10 ، **المتضمن تنظيم الصفقات العمومية**، المؤرخ في 07 اكتوبر 2010،الجريدة الرسمية العدد 58 لسنة 2010.

6-المرسوم الرئاسي 247/15 **المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام**، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 ، ج ر، عدد 50 لسنة 2015.

المراجع:

-قائمة الكتب:

1-أحمد محمود جمعة، **الاحكام الادارية طبقا لقانون المناقصات والمزايدات الجديد**، منشأة المعارف، الاسكندرية ،مصر ،2002.

2-احمد سلامة بدر، **العقود الادارية وعقود البوت** ،مكتبة دار النهضة العربية ،القاهرة ،مصر ،2003

3-ابراهيم الشهاوي، **عقود امتياز المرافق العامة والبوت**، دراسة مقارنة ،الطبعة الاولى، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر ،2011.

4-ابراهيم محمد علي، **اثار العقود الادارية** ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2003

5-بوعمران عادل، **النظرية العامة للقرارات والعقود الادارية** ،دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين امليلة،الجزائر ،2010.

6-جورج سعد ، **القانون الاداري العام والمنازعات الادارية**، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ، لبنان،2006.

7-هيثم حليم غازي، **سلطات الادارة في العقود الادارية** ،الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية ،مصر ،2014

8-لمياء هاشم سالم قبع ،**اختلال التوازن المالي للعقد الاداري** ،دار الكتب القانونية ،القاهرة ،مصر 2013.

9-محمد الصغير بعلي، **العقود الادارية** ، دار العلوم للنشر والتوزيع ،عنابة ،الجزائر ،2005 **10**-محمود خلف الجبوري ،**العقود الادارية**، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن ،2010

11-مازن ليلو راضي ، **العقود الادارية في القانون الليبي** المقارن، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية ،مصر ،2002.

12-مجيد محمود سعيد حجير، **نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة**، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ،الاردن،2002.

13-محمود عاطف البنا، **العقود الادارية**، الطبعة الاولى، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر،2007.

14-مفتاح خليفة عبد الحميد، **العقود الادارية** واحكام ابرامها، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية ،مصر،2008.

15-محمد انور حمادة، **قواعد واجراءات تنظيم المناقصات والمزايدات والعقود الادارية**، دار الفكر الجامعي،الاسكندرية،مصر،2003

16-محمد فؤاد عبدالباسط ،**القانون الاداري** تنظيم الادارة ، نشاط الادارة ،وسائل الادارة، دار الفكر الجامعي، بدون بلد النشر، بدون سنة النشر.

17-مازن ليلو راضي، **العقود الادارية**، الطبعة الاولى، دار قنديل للنشر والتوزيع،عمان،الاردن،2011.

18-ماجد راغب الحلو، **العقود الادارية**، دار الجامعة الجديدة، دون ذكر بلد الناشر،2009.

19-ماجد راغب الحلو، **العقود الادارية**، تحديد العقد الاداري، تكوين العقد الاداري، تفسير العقد الاداري، اثار العقد الاداري، دار الجامعة الجديدة،،الاسكندرية،2016

20-نسرين شريفي، مريم عمارة سعيد ،بوعلي، **القانون الاداري** ،دار بلقيس للنشر والتوزيع، الجزائر، بدون سنة النشر

21-نواف كنعان ،**القانون الاداري** ،الكتاب الثاني، دار الثقافة للطباعة والنشر،عمان،الاردن،2005

22-نصري منصور نابلسي، **العقود الادارية**، دراسة مقارنة، الطبعة الاولى، منشورات زين الحقوقية، بدون ذكر بلد النشر،2010.

23-سعيد السيد علي ، **نظرية الظروف الطارئة في العقود الادارية والشريعة الاسلامية** ،دار الكتاب الحديث ،القاهرة ،مصر 2006.

24-عبدالحميد الشواربي ،**العقود الادارية في ضوء القضاء والفقه والتشريع**، منشأة المعارف

،الاسكندرية ،مصر ،2003.

25-عمار بوضياف، **شرح تنظيم الصفقات العمومية** الطبعة الرابعة، جسور للنشر والتوزيع،الجزائر،2011.

26-عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة ، **مسؤولية الادارة في تصرفاتها القانونيةوالقرارات والعقود الادارية**،منشأة المعارف ،الاسكندرية، مصر 2007.

27-عمار عوابدي، **القانون الاداري**، الجزء الثاني النشاط الاداري، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،2000.

- الرسائل الجامعية:

1- خضري حمزة، **منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري**، بحث لنيل شهادة الماجيستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة محمد خيضر بسكرة، السنة الجامعية 2004 2005.

2- نصر الشريف عبدالحميد **العقود الادارية في التشريع الجزائري**، ،،مذكرة لنيل اجازة المعهد الوطني للقضاء،المعهد الوطني للقضاء، 2004.

-المجلات العلمية:

لؤي كريم عبد، **الاسس القانونية اللازمة لمشروعية العقد الاداري وأهميتها في أداء السلطة العامة وواجباتها**، مجلة ديالى للبحوث الانسانية العدد 53 لعام 2011 ،كلية التربية للعلوم الانسانية، جامعة ديالى، ،2011 .

-الملتقيات:

محمد ابو بكر عبد المقصود،**اعادة التوازن المالي للعقد الاداري في ضل الازمة الماليةالعالمية" نظرية الظروف الطارئة**"، الجوانب القانونية والاقتصادية للازمة المالية، المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر لكلية الحقوق جامعة المنصورة ،المنعقد بتاريخ 01ا-02 افريل 2009.

-المواقع الالكترونية:

1-محمد الشافعي ابو راس، **العقود الادارية**، الموقع الالكتروني **www.pdffacory.com** . 2017/04/29 21:43.

2-عبدالله حجاج، **العقود الادارية**، الموقع الالكتروني**www. oxitreader.compdf** 2017/04/29 21:56.

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

شكر وعرفان.

الإهداء.

المقدمة.----------(أ، ب، ج).

الفصل الأول: ماهية التوازن المالي للعقد الإداري.----------**04**

المبحث الأول: مفهوم العقد الإداري.----------**05**

المطلب الأول: نشأة العقود الإدارية.----------**06**

المطلب الثاني: تعريف العقد الإداري.----------**09**

الفرع الأول: تعريف الفقه للعقد الإداري.----------**10**

الفرع الثاني :تعريف القضاء للعقد الإداري.----------**11**

الفرع الثالث: تعريف المشرع العقد الإداري.----------**12**

المطلب الثالث: أركان العقد الإداري.----------**13**

الفرع الأول: الرضا----------**13**

الفرع الثاني :السبب----------**14**

الفرع الثالث:المحل----------**14**

المطلب الرابع:معايير تمييز العقود الإدارية----------**15**

الفرع الأول:العقود الإدارية بتحديد القانون----------**15**

الفرع الثاني:التمييز القضائي للعقود الإدارية----------**21**

المبحث الثاني:مفهوم التوازن المالي للعقد الإداري.----------**26**

المطلب الأول: نشأة التوازن المالي للعقد الإداري.----------**26**

المطلب الثاني:تعريف التوازن المالي للعقد الإداري.----------**28**

المطلب الثالث:القواعد التي تحكم التوازن المالي للعقد الإداري.----------**30**

الفرع الأول:القاعدة في التوازن المالي لا يعني التوازن الحسابي.----------**31**

الفرع الثاني: التوازن المالي للعقد على أساس نية المتعاقدين المشتركة.----------**32**

الفصل الثاني:اختلال التوازن المالي للعقد الإداري.----------34
المبحث الأول: اختلال التوازن المالي لأسباب تعود للإدارة (نظرية عمل الأمير).---35
المطلب الأول:مفهوم نظرية عمل الأمير----------**36**
الفرع الأول:تعريف نظرية عمل الأمير.----------**36**
الفرع الثاني:شروط تطبيق نظرية عمل الأمير.----------**38**
المطلب الثاني:صور عمل الأمير.----------**40**
الفرع الأول:عمل الأمير في صورة إجراءات إدارية خاصة.----------**41**
الفرع الثاني: عمل الأمير في صرة إجراء عام.----------**43**
المطلب الثالث: الآثار المترتبة على تطبيق نظرية عمل الأمير.----------**45**
الفرع الأول :أساس التعويض وفق نظرية عمل الأمير.----------**46**
الفرع الثاني :نظام التعويض على أساس نظرية عمل الأمير.----------**49**
المبحث الثاني: اختلال التوازن المالي للعقد لأسباب خارجة عن إرادة الإدارة.------52
المطلب الأول:نظرية الظروف الطارئة.----------**52**
الفرع الأول :تعريف نظرية الظروف الطارئة.----------**52**
الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة.----------**58**
الفرع الثالث: النتائج المترتبة عن نظرية الظروف الطارئة.----------**64**
المطلب الثاني: نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة.----------**69**
الفرع الأول: تعريف نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة.----------**69**
الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة.----------**71**
الفرع الثالث، النتائج المترتبة على تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.-----**77**
خاتمة.
قائمة المصادر والمراجع.
فهرس الموضوعات.

ماخص:

تحتل نظرية العقود الإدارية التي اصبحت نظرية مستقلة عن العقود المدنية مكانه هامة في الدول وذلك من خلال اشراك القطاع الخاص في تنفيذ المشروعات ذات المصلحة العامة من خلال ابرام عقود ادارية معهم، وأن كانت هناك عقود عادية للإدارة تنزل فيها منزلة الافراد كعقود البيع والايجار، الا ان العقود الادارية تمنح لها حقوق وامتيازات لانجدها في عقود القانون الخاص، كحق تعديل بنود العقد ،والمتابعة ،والاشراف ،والالغاء ،والسحب. وكان مجلس الدولة الفرنسي اول من ارسى قواعد نظرية العقود الادارية من خلال تحديد اختصاصه لمنازعاتها، ومن القواعد التي ارساها هو ضمان التوازن المالي للعقد الاداري، من خلال تعويض الادارة للمتعاقد عن كل عجز او خسارة تلحقه نتيجة تصرفاتها وحقوقها كحق التعديل او حتى دون صدور عمل او إجراء منها، لذلك وضع مجلس الدولة الفرنسي ثلاثة نظريات يتم على اساسها تعويض المتعاقد عن الخسائر التي تلحقه خلال مرحلة التنفيذ جراء مخاطر ادارية والتي يكون التعويض عنها على اساس نظرية عمل الامير، او مخطر اقتصادية ويكون التعويض عنها على اساس نظريتي الظروف الطارئة ،ونظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة.