

جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



مذكرة ماستر

ميدان: الحقوق والعلوم السياسية

فرع: الحقوق

تخصص: قانون إداري

رقم:

إعداد الطالب(ة):

منير غشام

صارة تومي

يوم: 2025/06/04

عنوان المذكرة

اختلال التوازن المالي في العقد الإداري

لجنة المناقشة:

بلجبل عتيقة

أستاذ التعليم العالي

جامعة بسكرة

رئيسا

ميمون منى

أستاذ مساعد أ

جامعة بسكرة

مشرفا

بولغب أمال

أستاذ محاضر ب

جامعة بسكرة

مناقشا

السنة الجامعية: 2024 - 2025

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال الله تعالى

﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ...﴾

سورة المائدة الآية 1

وقال تعالى

﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾

سورة النساء الآية 58

شكر وعرfan

عملا بقوله تعالى ﴿وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ﴾

ويقول النبي { من لا يشكر الناس لا يشكر الله }

ويقول النبي { من صنع إليكم معروفا فكافئوه، فإن لم تجدوا ما تكافئونه فادعوا

له حتى تروا أنكم قد كافأتموه }

واعترافا بالفضل نتقدم بأسمى آيات الشكر والعرfan والتقدير إلى من شرفتنا

بإشرافها على مذكرتنا الأستاذة الفاضلة (ميمون منى) نشكرها على كل

نصائحها القيمة وحسن تواضعها ونسأل الله العلي القدير أن يزيدها علما

فكانت نعم الموجه ونعم المصحح.

كما يشرفنا أن نتقدم بالشكر الجزيل لأعضاء لجنة المناقشة

وذلك على قبولهم مناقشة هذا العمل فلهم منا فائق الشكر

والتقدير وجزاهم الله خيرا.

الإهداء

﴿ وَأَخِرُ دَعْوَاهُمْ أَنْ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ ﴾

من قال أنا لها .. نالها

وأنا لها وإن أبت رغما عنها أتيت بها

إلى من كافح من أجلي ... إلى علمني أن الدنيا كفاح نهايته النجاح ... إلى من

أحمل إسمه بكل فخر ... إلى من حصد الأشواك عن دربي " أبي العزيز "

إلى من جعل الله الجنة تحت أقدامها ... إلى من احتضنتني بقلبها قبل يديها ...

إلى ملاكي في الحياة والتي كانت سندي في كل الشدائد " أمي الحبيبة "

إلى من راهن على نجاحي ... إلى أعز الناس على قلبي " أخي "

إلى مصدر قوتي ... إلى من ساندوني ولا يزلون " عائلتي "

إلى زميلتي التي كانت الظل لهذا النجاح ... إلى من تشاركنا التعب والفرح في

هذه المذكرة ... إلى من ساعدتني كثيرا في الدراسة وفقك الله أينما كنتي

إلى من اجتمعنا غرباء وافترقنا أحياء ... إلى من قطفنا زهرة العلم والنجاح معا ...

إلى رفقاء الدرب وأصدقاء الرحلة ... إلى كل " الزملاء والزميلات "

إلى كل أساتذتي بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة بسكرة

إلى كل من ساهم في نجاحي من قريب أو من بعيد

إلى كل هؤلاء أهدي ثمرة جهدي المتواضع



الطالب: منير غشام



الإهداء

﴿ وَأَخِرُ دَعْوَاهُمْ أَنْ الْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ ﴾

الحمد لله عند البدء والختام



الحمد لله حبا وشكرا وامتنانا ما كنت لأفعل هذا لولا فضل الله.

إلى نفسي التي تعبت وسهرت وضحت ... من قاومت اليأس رغم كل العقبات.

إلى والديا العزيزين من كان دائما مصدر قوتي ودعمي ... إلى من قدموا لي الكثير من الحب والتوجيه.

إلى إخوتي الأعزاء سندي في الحياة ... وفرحتي في كل نجاحاتي.

إلى روح أخي الغالي عبد الكريم ... أرجو أن يكون هذا النجاح هدية لروحك الطاهرة وصدقة جارية تنير قبرك.

إلى زميلي شريك النجاح في إنجاز المذكرة ... جزاك الله خيرا على إخلاصك ... وعونك الصادق ... تخرجنا ثمرة تعب مشترك.

إلى كل أساتذتي الكرام الذين ساهموا في بناء أساس معرفتي وزرعوا في قلبي حب التعلم ووجهوني بخبرتهم.

إلى كل الأصدقاء والأحبة الذين شجعوني ووقفوا معي أو حتى ابتسموا لي.

إلى كل من ساهم في نجاحي من قريب أو من بعيد.

إلى كل هؤلاء أهديكم جميعا بكل حب هذا النجاح المتواضع.

الطالبة : صارة تومي



مقدمة

مقدمة

تلجأ الإدارة في سبيل تحقيق المصلحة العامة لاتباع عدة أساليب من بينها الأعمال المادية والتي تتمثل في العقود الإدارية التي تبرمها، حيث تقوم بإشراك طرف آخر تتجه إرادتهما نحو إحداث أثر قانوني قد يكون إنشاء التزام أو تعديله أو إلغائه، حيث تحتل العقود الإدارية مكانة مهمة في الدول المتقدمة ولا يمكن الاستغناء عليها باعتبارها من أهم الوسائل التي يتم اللجوء إليها أثناء تسيير النشاط الإداري.

وتلعب العقود الإدارية دورا هاما في ضمان حسن سير المرفق العام وتقديم خدمات للأفراد، والمقصود بالعقد الإداري هو ذلك العقد الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون العام بهدف تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه أساليب الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، حيث يتضمن شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

والعقود الإدارية كغيرها من العقود الأخرى يتم إبرامها بتوافق إرادتين على إحداث آثار قانونية، وبما أن المتعاقد يهدف بالدرجة الأولى لتحقيق الربح فإن طبيعة هذه العقود تتميز بالتغيير وعدم الاستقرار، فقد يعترض تنفيذ العقد حوادث وظروف تجعل تنفيذه أمرا مرهقا، قد تكون من جانب الإدارة والتي تملك امتيازات السلطة العامة كسلطة تعديل العقد وإيرادتها المنفردة، وقد تكون ظروف خارجة عن إرادة المتعاقدين ومستقلة عنهما يترتب عليها اختلال التوازن المالي للعقد وإرهاق المتعاقد في التنفيذ من الناحية المادية.

وأمام اتساع سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد ونظرا لأهمية العقود الإدارية فإن الإدارة تسعى دائما لتغليب المصلحة العامة على المصالح الخاصة وترجح الكفة لها على حساب المتعاقد، ومن أجل ذلك دعت الحاجة والضرورة للبحث عن وسائل تضمن حماية حقوق المتعاقد، ومن أهم تلك الحقوق نجد الحق في الحفاظ على التوازن المالي وإعادته عند اختلاله.

والمقصود بالتوازن المالي هو ذلك التوازن بين حقوق والتزامات المتعاقد فمادامت التزاماته قابلة للتغيير سواء بالزيادة أو بالنقصان فإن ذلك يعني المساس مباشرة بحقوقه، فيجب أن يكون هذا التوازن حقا من حقوقه وليس مجرد معادلة حسابية، فأساس التوازن المالي يعود لاعتبارات العدالة لأنه ليس من العدل ترك المتعاقد يواجه تلك الحوادث لوحده لاسيما أنه ليس هو المتسبب في حدوثها، فكان من الضروري التدخل العاجل من الإدارة للحفاظ على العلاقة التعاقدية.

فقد تطرأ ظروف غير متوقعة يكون مرجعها للإدارة يطلق عليها تسمية المخاطر الإدارية، أو حدوث ظروف استثنائية خارجة عن إرادة الطرفين يطلق عليها تسمية المخاطر الاقتصادية، أو وجود صعوبات مادية تتعلق بالأرض في موقع التنفيذ تسمى بالمخاطر المادية، فكل هذه الظواهر والحوادث تجعل تنفيذ العقد بالنسبة للمتعاقد أمرا مرهقا وأكثر تكلفة.

ومن أجل مواصلة المتعاقد في تنفيذ العقد طبقا لما هو متفق عليه ومن أجل حصوله على التعويض المستحق ابتكر مجلس الدولة الفرنسي ثلاث نظريات أساسية تطبق كل منها حسب توفر شروطها وحسب الظروف المحيطة بها، وهذه النظريات تتمثل في نظرية عمل الأمير، نظرية الظروف الطارئة، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

1 أهمية الموضوع

يعد موضوع اختلال التوازن المالي في العقد الإداري من أهم المواضيع في القانون الإداري بصفة عامة والعقود الإدارية بصفة خاصة، لذلك تظهر أهمية دراسة هذا الموضوع من ناحيتين هما الأهمية العلمية والأهمية العملية:

الأهمية العلمية تعتبر نظريات التوازن المالي من النظريات الهامة والتي تهدف للحفاظ على العقد الإداري لأنها تستمد أصولها من أحكام القضاء الإداري، لذلك فإن أهمية دراسة هذا الموضوع من الناحية العلمية تظهر في كيفية المحافظة على هذا التوازن والذي يعد من أهم حقوق المتعاقد. أما الأهمية العملية فتظهر من خلال الكم الهائل من العقود الإدارية التي تبرمها الدولة باعتبارها وسيلة تهدف لتنظيم سير المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة، لذلك ينبغي وضع حلول لإجبار الإدارة على تنفيذ التزاماتها بما يضمن الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري.

2 أهداف الدراسة

نسعى من خلال دراستنا لهذا الموضوع لتحقيق الأهداف التالية:

- توضيح حقوق المتعاقد مع الإدارة وأهمها الحق في التوازن المالي.
- تسليط الضوء على الظروف والعقبات التي تواجه المتعاقد أثناء تنفيذ العقد.
- معرفة مختلف النظريات التي يستند عليها المتعاقد لإعادة التوازن المالي.
- توضيح الآثار المترتبة على كل نظرية من النظريات المتعلقة بالتوازن المالي.

3 أسباب اختيار الموضوع

من بين الأسباب التي دفعتنا لاختيار هذا الموضوع يمكن ذكرها في سببين هما:

❖ **الأسباب الذاتية** ومن بين الأسباب التي دفعتنا لاختيار موضوع التوازن المالي كونه يدخل في نطاق تخصصنا، وميولنا الشخصي لمواضيع العقود الإدارية، بالإضافة لعامل الرغبة النفسية والتي دفعتنا لهذا نوع من الدراسات وذلك من أجل التعمق أكثر واكتشاف كل ما يتعلق بالمال العام.

❖ أما **الأسباب الموضوعية** التي دفعتنا لاختيار هذا الموضوع نجد أن البلاد اليوم تشهد العديد من التغيرات والأحداث التي تؤثر على صحة تنفيذ العقد وتؤدي لقلب اقتصادياته، وسببنا في اختيار هذا الموضوع نهدف من أجله لحماية المتعاقد، لأن معظمهم في الوقت الحالي يجهلون حقوقهم وكيفية المطالبة بها.

4 إشكالية الموضوع

إن موضوع دراستنا يطرح العديد من الأسئلة والتي يمكن حصرها في الإشكالية التالية:

كيف ساهمت النظريات القضائية في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري عند اختلاله بما يضمن حماية حقوق المتعاقد ؟

وتتدرج تحت هذه الإشكالية الرئيسية التساؤلات الفرعية التالية:

- ما المقصود بنظرية عمل الأمير وماهي الآثار المترتبة عليها ؟
- ما هو الفرق بين نظرية الظروف الطارئة وبين غيرها من نظريات التوازن المالي ؟

5 المنهج المتبع في الدراسة

من أجل الإلمام بجميع جوانب الموضوع فقد قمنا بالاعتماد على المنهج الوصفي التحليلي، باعتباره المنهج المناسب من خلال توضيح بعض المفاهيم العامة المتعلقة بنظريات التوازن المالي وكذا التطرق لشروط تطبيقهم، بالإضافة لتحليل النصوص القانونية والأحكام القضائية التي لديها علاقة بموضوع اختلال التوازن المالي في العقد الإداري.

6 صعوبات الدراسة

من بين الصعوبات التي واجهتنا خلال إنجاز هذه المذكرة نذكر ما يلي:

- كون دراسة موضوع اختلال التوازن المالي في العقد الإداري يعتمد على الأحكام القضائية، فإن ندرة أحكام القضاء الإداري الجزائري زادت من الأمر أكثر صعوبة ومشقة، الأمر الذي دفعنا بالاعتماد بشكل كبير على أحكام القضاء المقارن خاصة القضاء الفرنسي والمصري.

7 الدراسات السابقة

من بين الدراسات السابقة والتي لها علاقة بموضوعنا والتي اعتمدنا عليها بشكل كبير نذكر ما يلي:

- دراسة للدكتور محفوظ عبد القادر بعنوان " أثر تغير الظروف على تنفيذ العقد الإداري " أطروحة لنيل دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون عام، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، لسنة 2018-2019، ما يميز هذه الأطروحة عن دراستنا أنه تطرق لذكر جميع نظريات تغير الظروف على تنفيذ العقد الإداري، من فعل الأمير والظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة والإثراء بلا سبب والقوة القاهرة، بمعنى أنه توسع في دراسته وذكر العديد من النظريات التي تؤثر على صحة تنفيذ العقد الإداري، بينما دراستنا اقتصرنا على ذكر أهم النظريات الرئيسية وذلك دون التطرق لغيرها من النظريات الأخرى.

- دراسة للدكتور سليم قديان بعنوان " سلطة القاضي الإداري في مراقبة التوازن العقدي في ظل قانون الصفقات العمومية " أطروحة لنيل دكتوراه في العلوم، تخصص القانون العام، جامعة الجزائر 1، لسنة 2020/2021، حيث شملت دراسته فكرة التوازن المالي وآليات تسوية المنازعات في مجال العقود الإدارية من خلال الطعن وإجراءاته ودور القضاء والتحكيم في حل المنازعات، كما تطرق كذلك لأسباب اختلال التوازن المالي في العقد الإداري، وما يميز هذه الأطروحة عن موضوعنا أنه توسع كثيرا في عدة جزئيات، بينما دراستنا ركزت فقط على أسباب اختلال التوازن المالي في العقد الإداري.

ورغم الاختلافات بين هذه الدراسات إلا أننا نشترك جميعا في الحديث عن تعريف النظريات المتعلقة بالتوازن المالي، والتطرق لمختلف شروط تطبيقهم، وكذا الآثار والنتائج المترتبة على كل نظرية وذلك بالتفصيل.

8 تقسيم الموضوع

وبناء على ما سبق وللإجابة على الإشكالية والتساؤلات المطروحة وبهدف الوصول للأهداف المنشودة سنقسم دراستنا هذه إلى فصلين أساسيين:

حيث تطرقنا بداية للفصل الأول والذي كان بعنوان اختلال التوازن المالي بسبب فعل الإدارة " نظرية عمل الأمير " حيث قسمناه لمبحثين فكان المبحث الأول بعنوان مفهوم نظرية عمل الأمير، أما المبحث الثاني خصصناه لدراسة آثار تطبيق نظرية عمل الأمير.

أما بالنسبة للفصل الثاني والمعنون باختلال التوازن المالي لأسباب خارجة عن الإدارة فهو كذلك يضم مبحثين، حيث قمنا بدراسة نظرية الظروف الطارئة في المبحث الأول، والمبحث الثاني خصصناه لدراسة نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

الفصل الأول

اختلال التوازن المالي بسبب فعل الإدارة

" نظرية عمل الأمير "

الفصل الأول: اختلال التوازن المالي بسبب فعل الإدارة " نظرية عمل الأمير "

تتمتع الإدارة بجملة من السلطات كسلطة تعديل العقد بإرادتها المنفردة، سواء بالزيادة أو بالنقصان حتى ولو لم ينص العقد على ذلك، يترتب عليها زيادة في الأعباء المالية وبالتالي اختلال التوازن المالي للعقد، الأمر الذي يؤدي إلى المساس بطريقة غير مباشرة بحقوق المتعاقد، هذا الأخير سيتوقف عن تنفيذ التزامه العقدي نتيجة لتلك الظروف التي لم تكن متوقعة وبالتالي سيؤثر سلبا على سير المرفق العام بانتظام واضطراب.

ومن أجل تحقيق المصلحة العامة والحفاظ على حقوق المتعاقد ابتدع مجلس الدولة الفرنسي نظرية عمل الأمير لمواجهة تدخلات الإدارة وإمكانية تعويض المتعاقد عن الأضرار التي تلحقه، لأنه ليس من العدل أن يتحمل المتعاقد تلك الظروف لوحد لا سيما ليس له دخل فيها، كما تعتبر نظرية عمل الأمير من أقدم النظريات في مجال العقود الإدارية والتي تهدف إلى إقامة التوازن المالي بين التزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة.

لذلك ولدراسة أسباب اختلال التوازن المالي للعقد الإداري استنادا لنظرية عمل الأمير، يقتضي بنا الأمر تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي:

* (المبحث الأول): مفهوم نظرية عمل الأمير.

* (المبحث الثاني): آثار تطبيق نظرية عمل الأمير.

المبحث الأول: مفهوم نظرية عمل الأمير

تعتبر نظرية عمل الأمير من أول النظريات التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي والتي يستند إليها المتعاقد من أجل الحفاظ على التوازن المالي، لذلك سنحاول تسليط الضوء على تعريف هذه النظرية ثم التطرق لشروط إعمالها إلى أن نصل إلى صور هذه النظرية وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: تعريف نظرية عمل الأمير

تعتبر نظرية عمل الأمير من النظريات المرتبطة بالقانون الإداري بصفة عامة والعقود الإدارية بصفة خاصة، فهي نظرية غامضة الأمر الذي يدفعنا لتطرق إلى تعريفها فقها وقضاء ثم الحديث بعد ذلك عن أساسها القانوني:

الفرع الأول: التعريف الفقهي لنظرية عمل الأمير

تعددت التعريفات الفقهية لنظرية عمل الأمير، فيقال أن المقصود به " كل إجراء تتخذه السلطات العامة من شأنه أن يزيد من الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة، أو في الالتزامات التي ينص عليها العقد مما يطلق عليه بصفة عامة المخاطر الإدارية ".¹

أما الأستاذ سليمان محمد الطماوي فيعرف نظرية عمل الأمير بصفة عامة بأنها " عمل يصدر من سلطة عامة، دون خطأ من جانبها، ينجم عنه تسوؤ مركز المتعاقد في عقد إداري، ويؤدي إلى التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضرور عن كافة الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك، بما يعيد التوازن المالي للعقد ".²

أما الدكتور عمار بوضياف فقد عرف فعل الأمير بأنه " جميع الأعمال الإدارية المشروعة الصادرة عن السلطة الإدارية المتعاقدة وتؤدي إلى الإضرار بالمركز المالي للمتعاقد، وهذه النظرية من منشأ القضاء الفرنسي ".³

¹ مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2008، ص 236.

² سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الخامسة، مطبعة جامعة عين الشمس، مصر، 1991، ص 624.

³ عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، الطبعة السادسة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2021، ص 121.

كما عرف الفقيه الفرنسي Deloubadère فعل الأمير بأنه " كل إجراء تصدره السلطة العامة، ويترتب عليه أن يكون من الصعب بل من المكلف أن يقوم المتعاقد بتنفيذ العقد، ومن هذه الإجراءات التدخل في التنفيذ والذي يسمى بالمخاطر الإدارية والتي تقابل المخاطر الاقتصادية والتي تعالجها نظرية الظروف الطارئة ".¹

كما عرف الدكتور ماجد راغب الحلو فعل الأمير بأنه " كل عمل مشروع يصدر من السلطة التي أبرمت العقد وينصب إما على ذات العقد أو على ظروف تنفيذه، فيؤدي إلى زيادة الأعباء المالية للمتعاقد، ويترتب له الحق في التعويض ".²

كما يعرف **Sarait Badaoui** فعل الأمير بأنه " كل إجراء تتخذه السلطة العامة يترتب عليه تحمل المتعاقد لتكاليف جديدة من شأنها أن تجعل تنفيذ العقد أكثر صعوبة وأكثر تكلفة بالنسبة له، وقد يتخذ هذا القرار أشكالاً مختلفة تعدل في العقد كالقوانين واللوائح المالية والضريبية، أو تعديل للقوانين مثل قانون العمل أو قانون الجمارك أو ما يتعلق بالاستيراد والتصدير، ومن ثم فإن هذه التعديلات من شأنها زيادة العبء على المتعاقد، وتجعل تنفيذ التزاماته أكثر صرامة ".³

كذلك نجد تعريف الفقيه فالين لنظرية فعل الأمير على أنها " هي كل تصرف من السلطة العامة الإدارية، ويؤدي دون خطأ منها إلى زيادة أعباء المتعاقد معها، ويؤدي إلى إلزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المضرور عن سائر الأضرار التي تصيبه من جراء ذلك ".⁴

ومن خلال استعراضنا لمختلف التعريفات الفقهية نلاحظ بأن الفقهاء قد اجتمعوا على تعريف نظرية عمل الأمير بمفهومها الواسع، وذلك من خلال التطرق للشروط والعناصر المكونة لها والتي تدور أساساً حول تدخل الإدارة في تنفيذ العقد مما قد تسبب ضرراً للمتعاقد، الأمر الذي ينتج عنه الحق في التعويض.

¹ السيد فتوح محمد هنداي، القاضي الإداري والتوازن المالي في العقود الإدارية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2016، ص 237.

² ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1996، ص 597.

³ Aiad SHWEKAT, **Les droits et les obligations des parties au contrat administratif dans les droits français et libyen (Etude comparative)**, THESE En vue de l'obtention du Doctorat, UNIVERSITE DE TOULOUSE, France, 2016, p 235.

⁴ حمدي مريم، الحرية التعاقدية للإدارة في الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2024/2023، ص 343.

الفرع الثاني: التعريف القضائي لنظرية عمل الأمير

نجد أن مجلس الدولة الفرنسي يعرف عمل الأمير بأنه " عمل يصدر من سلطة عامة ودون خطأ من جانبها، ينجم عنه الإخلال بمركز المتعاقد في العقد الإداري، بحيث تلتزم الإدارة بتعويضه عن كافة الأضرار التي لحقت به بما يعيد التوازن المالي للعقد الإداري ".¹

أما بالنسبة للقضاء الإداري المصري فيعرف فعل الأمير بأنه " إن المقصود بعبارة فعل الأمير هو كل إجراء تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة أو في الالتزامات التي ينص عليها العقد مما يطلق عليه بصفة عامة المخاطر الإدارية، وهذه الإجراءات التي تصدر من السلطات العامة قد تكون من الجهة الإدارية التي أبرمت العقد وقد تتخذ شكل قرار فردي خاص أو تكون بقواعد تنظيمية عامة ".²

ولقد عرفت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مصر عمل الأمير في فتاها بأنه " إجراء خاص أو عام يصدر عن جانب الجهة الإدارية المتعاقدة لم يكن متوقعا وقت التعاقد، يترتب عليه إلحاق ضرر خاص بالمتعاقد لا يشاركه فيه سائر من يسهم بالإجراء ".³

الفرع الثالث: التعريف التشريعي لنظرية عمل الأمير وأساسها القانوني

بالرجوع لقانون الصفقات العمومية الحالي أو المراسيم السابقة، نجد أن المشرع الجزائري لم يقدم تعريفا لنظرية عمل الأمير، كما أنه لم يتطرق لها بصورة مباشرة ولم يقر بتقنين أحكامها أو بيان آليات إعادة التوازن المالي، كذلك لم يتطرق للدور الذي يلعبه القاضي الإداري لإعادة التوازن المالي للصفقات العمومية.

أما بالنسبة للأساس القانوني لنظرية عمل الأمير فنجد في نص المادة 87 من قانون رقم 23-12 مؤرخ في 5 أوت سنة 2023، والذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 51 الصادرة في 6 أوت سنة 2023، حيث نصت

¹ العطاروي كمال، دور القاضي الإداري في حماية المتعاقد مع الإدارة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص إدارة ومالية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر - بسكرة، 2018/2017، ص 116.

² محفوظ عبد القادر، أثر تغير الظروف على تنفيذ العقد الإداري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2018 - 2019، ص 23-24.

³ صفاء فتوح جمعة، المبادئ العامة في العقود الإدارية التقليدية والمتطورة وإشكاليات تسوية منازعاتها، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2017، ص 510.

المادة 87 على ما يلي « تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة العمومية في إطار أحكام القانون الجزائري، ويجب على المصلحة المتعاقدة أن تبحث عن حل ودي لهذه النزاعات كلما كان من شأن هذا الحل أن يسمح بما يأتي:

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين...»¹.

نلاحظ من خلال نص هذه المادة أن المشرع الجزائري قد وفق حينما اعتمد على الحل الودي وجعله الطريق الأصلي لتسوية المنازعات المتعلقة بالتوازن المالي وذلك قبل اللجوء للقضاء، لأن الحل الودي يكون سريع بدون تكلفة، على عكس المنازعات القضائية التي تكون فيها الإجراءات طويلة ومتعبة للمتقاضين مما يؤدي لضياع الجهد والمال والوقت بلا فائدة، وعليه من أجل ضمان السرعة في إنجاز المشاريع وللمحافظة على المال العام نجد أن التسوية الودية مفيدة في مجال العقود الإدارية وهو ما أكدته المادة المذكورة أعلاه.

كذلك تستند نظرية عمل الأمير على مبدأ أساسي يطبق كثيرا في مجال العقود الإدارية فهو يعتبر من أهم المبادئ التي تحكم المرافق العامة والمتمثل في " مبدأ الاستمرارية " والذي يعني ضرورة دوام سير المرفق العام بانتظام واضطراد وعدم عرقلة تحقيقا للمصلحة العامة وكذا تلبية للاحتياجات العامة.²

وفي الأخير وكحوصلة لمختلف التعريفات التي سبق ذكرها يمكن القول بأن نظرية عمل الأمير هي " كل عمل تتخذه جهة الإدارة بصفة خاصة أو إحدى السلطات الإدارية العامة المتعاقدة في صورة إجراء فردي خاص أو عام ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية الملقاة على عاتق المتعامل المتعاقد، بما يلزم جهة الإدارة تعويضه تعويضا كاملا عن جميع الأضرار التي لحقت به من جراء ذلك، وبما يمكن أن يعيد نوعا من التوازن المالي للعقد الإداري ".³

¹ المادة 87 من قانون رقم 23-12 مؤرخ في 5 أوت سنة 2023، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 51 الصادرة في 6 أوت سنة 2023.

² هبة إسماعيل، تنفيذ الصفقات العمومية والرقابة الخارجية عليها، مذكرة للحصول على شهادة ماجستير في القانون العام والاقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، 2016/2017، ص 106.

³ مجدوب عبد الحليم، خلاصي عبد الاله، " نظرية عمل الأمير ودورها في الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري (دراسة مقارنة) " ، مجلة المشكاة في الاقتصاد والتنمية والقانون، المجلد 04، العدد 01، جامعة عين تموشنت، ديسمبر 2019، ص 249.

المطلب الثاني: شروط تطبيق نظرية عمل الأمير

يشترط الفقه والقضاء الإداري أنه لإعمال نظرية عمل الأمير يجب توافر جملة من الشروط، والتي تتمثل في أن يكون هناك عقد إداري، وأن يصدر الإجراء من الإدارة، وأن يترتب عنه ضرر للمتعاقد، وأن يكون الإجراء غير متوقع، وأن يصدر دون خطأ من الإدارة، وأن يكون مشروعاً، وسنقوم بعرض هذه الشروط بالتفصيل وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: أن يتصل الإجراء بعقد إداري

يشترط أن تكون هناك علاقة تعاقدية بين الإدارة والمتعاقد، بمعنى وجود عقد إداري بمفهومه الفني من أجل تطبيق نظرية عمل الأمير، لأن هذه النظرية هي من الأفكار الإدارية والتي لا محل لإعمالها في القانون الخاص، فلا يمكن تطبيق هذه النظرية إلا بصدد وجود منازعة إدارية.¹ وعليه لا تسري نظرية عمل الأمير على العقود المدنية حتى ولو أبرمتها الإدارة، لأن القواعد التي تحكم هذه العقود هي قواعد القانون الخاص لا القانون العام، فمجال إعمال هذه النظرية يكون متى تعلق الأمر بعقد إداري.²

وقد أخذت محكمة القضاء الإداري المصري بهذا الشرط في حكمها الصادر بتاريخ 03 مارس 1957 بقولها " ... إذ من المقرر أن مسؤولية التي ترتب التعويض في نطاق نظرية عمل الأمير لا تقوم إلا في حالة ما إذا كان المضرور بسبب التشريعات الجديدة تربطه بالدولة رابطة تعاقدية أثر فيها التشريع الجديد بأن زاد في الأعباء التي يتحملها في تنفيذ التزامه بمقتضى العقد، وأن تؤدي هذه الزيادة في الأعباء المالية إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد".³

ومن خلال ما سبق ذكره نجد أن المجال الموضوعي لتطبيق نظرية عمل الأمير يشمل جميع العقود الإدارية، كذلك يشمل كل الإجراءات التي تصدرها الإدارة والتي سوف تؤثر على صحة تنفيذ العقد.⁴

¹ عدي إسماعيل خضر، دور القاضي الإداري في الصفقات العمومية عند اختلال التوازن المالي - دراسة مقارنة -، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية في لبنان، 2019 - 2020، ص 147.

² احمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت B-O-T، مكتبة دار النهضة العربية، مصر، 2003، ص 250.

³ محمودي مولود، رقابة القاضي على سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث في الحقوق، تخصص قانون إداري، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة غليزان، 2021/2022، ص 188.

⁴ حمد محمد حمد الشلحاني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007، ص 286.

الفرع الثاني: صدور الإجراء من الإدارة المتعاقدة

من أجل إعمال نظرية عمل الأمير في العقود الإدارية يجب أن يصدر التصرف الإداري أو الفعل أو الإجراء القانوني من الإدارة المتعاقدة¹ ، مع العلم أن مجلس الدولة الفرنسي سابقا كان يقوم بالتعويض على أساس نظرية عمل الأمير بالنسبة لجميع الأعمال الإدارية وذلك دون التمييز والتفرقة بين صدورها من الإدارة المتعاقدة نفسها أو صدورها من جهة إدارية أخرى، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي عدل عن ذلك في منتصف القرن الماضي سنة 1949، وأصبح يشترط أن يكون الإجراء أو التصرف صادرا عن الجهة الإدارية التي أبرمت العقد.²

كذلك استقر مجلس الدولة في مصر على ضرورة صدور الإجراء من جهة الإدارة المتعاقدة، فلو صدر العمل عن شخص معنوي آخر غير الذي أبرم العقد، فهنا لا مجال للحديث عن تطبيق نظرية عمل الأمير، لكن يستفيد المتعاقد من المطالبة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا ما توافرت شروطها.³

تجدد بنا الإشارة في هذا الشأن أنه في حالة لو أبرمت وزارة معينة عقدا فما يصدر عن بقية الوزراء يعتبر بمثابة قرار صادر من نفس الجهة الإدارية، وذلك استنادا إلى فكرة وحدة شخصية الدولة، بمعنى آخر إمكانية تطبيق نظرية عمل الأمير حتى ولو صدر الإجراء من وزارة أخرى غير التي أبرمت العقد، كذلك نفس الأمر ينطبق على الإجراءات الصادرة عن السلطة التشريعية والتي تؤثر على تنفيذ العقود فهي تعتبر بمثابة إجراءات صادرة من الإدارة نفسها، جاز التعويض عن الأضرار المترتبة عليها لأن البرلمان أحد الأجهزة المركزية للدولة.⁴

وهو ما أكدته محكمة القضاء الإداري في مصر حيث ذهبت إلى أنه "... يشترط لقيام الحق في التعويض تأسيسا على نظرية عمل الأمير أن تصدر الحكومة تشريعا عاما جديدا يمس مركز المتعاقد معها بضرر خاص".⁵

¹ بالجيلالي خالد، الوجيز في نظريتي القرارات والعقود الإدارية، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2024، ص 140.

² نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2010، ص 716.

³ محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، مصر، 2007، ص 297.

⁴ هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2015، ص 77.

⁵ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية الإبرام - التنفيذ - المنازعات في ضوء أحدث أحكام مجلس الدولة ووفقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات، منشأة المعارف، مصر، 2004، ص 194.

كما أن الإجراء أو الفعل الذي تصدره الإدارة المتعاقدة قد يكون في صورة إجراء خاص كما لو استعملت الإدارة سلطتها في تعديل العقد، وقد يتخذ صورة إجراء عام كما في حالة صدور قانون أو لائحة تؤدي إلى تعديل شروط العقد.¹

الفرع الثالث: أن يترتب على الإجراء ضررا فعليا وخصوصا للمتعاقد

من أجل الحصول على التعويض فإنه يشترط أن يكون الإجراء الذي صدر من الإدارة قد ألحق ضررا بالمتعاقد مما أدى لزيادة وتفاقم الأعباء والالتزامات التعاقدية، كأن يصبح المتعاقد أمام عقد جديد يفوق حجم قدراته الفنية والمالية مما يؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد، فهنا يحق للمتعاقد المطالبة بالتعويض مع إمكانية طلب الفسخ²، ومثال ذلك صدور قرار من جانب الإدارة يقضي بزيادة أسعار مواد البناء (كالإسمنت، الحديد...) هذا التصرف يجعل تنفيذ العقد بالنسبة للمتعاقد أمر مرهق بل من الصعب تنفيذه حتما لأنه الخاسر الأكبر، مما يقتضي التدخل العاجل للإدارة وتعويض المتعاقد ماليا عن الضرر، من أجل المواصلة في تنفيذ العقد واستمرارية سير المرفق العام لتحقيق المصلحة العامة.³

وشرط الضرر لا يشترط فيه حدا معيناً من الجسام، سواء كان الضرر بسيطاً أو جسيماً المهم أنه هناك ضرراً فعلياً أصاب المتعاقد، والتعويض يشمل ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاتته من كسب، كما يشترط في الضرر أن يكون خاصاً بالمتعاقد وحده دون غيره، فإذا كان الضرر قد أصاب عدد غير محدود من المتعاقدين فهنا لا يمكن تطبيق نظرية عمل الأمير.⁴

ومثال ذلك صدور قانون يقر بزيادة في أعباء والتزامات شركة المقاولات، لكن هذا القانون الذي صدر لم يقرر هذه الزيادة للشركة وحدها، بل حمل الأعباء على عاتق جميع العمال باختلاف مستوياتهم ومهامهم، وعليه لا يمكن تطبيق نظرية عمل الأمير طالما أن الضرر الخاص غير موجود.⁵

¹ جابر جاد نصار، العقود الإدارية، الطبعة الثالثة، مصر، 2019، ص 214.

² حسين طاهري، الوسيط في شرح قانون الصفقات العمومية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2021، ص 239.

³ محمد الصغير بعلي، القرارات والعقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017، ص 291.

⁴ مولود محمودي، قويدر منقور، " التوازن المالي كأثر لنظرية فعل الأمير في التعديل الانفرادي للعقد الإداري -دراسة مقارنة- "، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 06، العدد 02، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، ديسمبر 2020، ص 1449.

⁵ حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص 651.

نجد أن مجلس الدولة الفرنسي قد أكد على فكرة الضرر الخاص، وذلك في قضية موقف لسيارات الأجرة في باريس حيث رفض تعويض المتعاقد لعدم وجود ضرر خاص عن استغلال جراج مدينة باريس.

وهو ذات الأمر الذي أيده مجلس الدولة المصري، حيث اشترط من أجل تطبيق نظرية عمل الأمير أن يصدر الإجراء من جهة الإدارة وأن يكون غير متوقع، وأن يترتب عنه ضرراً خاصاً بالمتعاقد لا يشاركه فيه سائر من يمسهم هذا الإجراء.¹

الفرع الرابع: أن يكون الإجراء غير متوقع وقت إبرام العقد

إلى جانب الشروط السابقة يشترط كذلك أن يكون الإجراء الذي صدر من الإدارة غير متوقع، فإذا كان المتعاقد قد توقع حدوث ذلك الإجراء أثناء التعاقد فإنه لا يستحق التعويض، لأنه أبرم العقد وهو مقبل ومتوقع لذلك الطرف، والمقصود بشرط عدم التوقع هو عدم معرفة التكاليف الزائدة التي لم يتم ذكرها في العقد، أما في حال تم ذكرها فسوف تكون بمثابة القواعد المنظمة للعقد.

وفي نفس السياق قضت محكمة القضاء الإداري في مصر بأن "... عدم التوقع هو أن التكاليف الزائدة التي تلقى على عاتق المتعاقد تعتبر غير متوقعة ما دامت أنها ليست جزءاً من الاتفاق، بمعنى أنه لا يقابلها شروط العقد أي تقدير... " أما إذا كان المتعاقد مقبل على إبرام العقد وهو مقدر لتلك الظروف فلا مجال للاستناد إلى نظرية عمل الأمير.²

وتجدر بنا الإشارة إلى أن معيار معرفة شرط عدم التوقع هو معيار الرجل العادي الذي يوجد في ذات المكان ونفس الطرف، فإذا كان بوسعهم أن يتوقع صدور ذلك الإجراء ولم يبذل جهداً للوقوف فإنه يعتبر مقصراً غير مستحق للتعويض، أما إذا توقع المتعاقد صدور الفعل أو الإجراء لكنه لم يستطع توقع مدى جسامة الأضرار المترتبة عنه، فإنه يستحق التعويض.³

¹ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، " دور مجلس الدولة في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري (دراسة مقارنة) "، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 51، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، أكتوبر 2020، ص 173.

² محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري المقومات - الإجراءات - الآثار، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2006، ص 419.

³ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية القرارات والعقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف، مصر، 2007، ص 144.

وشرط عدم التوقع شرط واضح ولا خلاف عليه لا سيما ما تعلق الأمر بالإجراءات العامة التي تصدر من السلطة العامة، أما الإجراءات الخاصة التي تؤدي إلى تعديل شروط العقد، فيفترض علم المتعاقد بأن للإدارة سلطة التعديل حتى ولو لم يتم النص عليها داخل العقد، فهذا الشرط ينصرف إلى حدود التعديل ومداه، ولا ينصرف إلى أصل الحق، بمعنى أن الإجراء الذي يصدر من الإدارة إذا نظم كيفية إجراء التعديل وحدوده فلا مجال لتطبيق هذه النظرية، وإذا لم ينظم العقد كيفية ممارسته فالتعويض يكون بناء على نظرية عمل الأمير.¹

الفرع الخامس: عدم وقوع خطأ من جانب الإدارة

والمقصود بهذا الشرط ألا تكون الإدارة قد أخطأت حينما اتخذت الإجراء، لأنها كانت تباشر حقاً مقررًا لها باعتبارها سلطة عامة هدفها النبيل هو تحقيق المصلحة العامة وسير المرفق العام بانتظام واضطراد، وهذا الحق يظهر داخل نطاق العقد في سلطة التعديل، وعليه يفترض عمل الأمير أن الإدارة لم تخطئ حينما قامت بتعديل العقد، فمثلاً لو كان هناك خطأ في ذلك الإجراء الصادر عن الإدارة يترتب عنه انتفاء تطبيق هذه النظرية، والمتعاقد الذي تضرر من هذا التصرف يمكنه المطالبة بالتعويض.²

وشرط عدم وقوع الخطأ من جانب الإدارة أشارت وأكدت إليه المحكمة الإدارية العليا في مصر حيث نصت بقولها " بأن من شروط نظرية فعل الأمير... افتراض أن الإدارة المتعاقدة لم تخطئ حين اتخذت عملها الضار فمسئوليتها عقدية بلا خطأ... ".³

فإذا تصرفت الإدارة المتعاقدة في حدود سلطتها التقديرية وترتب على ذلك الإجراء وجود ضرر لكنه بدون خطأ فتكون مسؤولية الإدارة عن تعويض المتعاقد مسؤولية عقدية دون خطأ، بينما لو كان هناك خطأ من الإدارة أثناء صدور الإجراء فإن مسؤوليتها تكون مسؤولية تقصيرية أو مسؤولية عقدية نتيجة لخطئها، بمعنى أن الإدارة عندما تعاقدت فإن مضمون العقد لا يجوز

¹ محمد العموري، العقود الإدارية، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، الجمهورية العربية السورية، 2018، ص 126، 127.

² محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، مصر، دون سنة النشر، ص 281.

³ المرجع نفسه، ص 282.

أن يقيد تصرفات الإدارة بأي حال من الأحوال لأنها تهدف دائماً إلى تحقيق الصالح العام ومن ثم جاز لها تعديل العقد وقت ما تشاء.¹

الفرع السادس: أن يكون الإجراء مشروعاً

يشترط كذلك من أجل تطبيق نظرية عمل الأمير أن يكون الإجراء الذي صدر من الإدارة مشروعاً وغير مخالف للنظام القانوني السائد بالدولة، بمعنى عدم مخالفته للنظام العام والآداب العامة واحترامه لمبدأ المشروعية، وكما نعلم أن مبدأ المشروعية يعني خضوع الإدارة للقانون بحيث يستلزم أن تكون جميع تصرفاتها مطابقة وفي حدود القانون، سواء كانت مصادره المكتوبة أو غير المكتوبة.²

وإذا صدرت قرارات من جانب الإدارة بصفة غير مشروعة وكانت مخالفة للتشريع أو للقانون أو مخلة بالالتزامات التعاقدية، فهنا يقتضي الأمر إعمال قواعد ونظريات أخرى تترتب عليها مسؤولية الإدارة على أساس الخطأ كما سبق تفصيله في الشرط السابق، أو كما تسمى بالمسؤولية التقصيرية.³

ومن خلال ما سبق ذكره يمكن القول بأنه في حالة توافر جميع شروط تطبيق نظرية عمل الأمير جاز للمتعاقد المطالبة بالتعويض نتيجة للضرر الذي خلفه تصرف الإدارة، والذي تترتب عليه وضع جديد أدخل بالتوازن المالي، والتعويض الذي سيأخذه المتعاقد سيغطي تلك الأضرار التي تحملها من أجل سير المرفق العام بانتظام واضطراد وتحقيقاً للمصلحة العامة، ومن جهة أخرى السرعة في إنجاز العمل وعدم التوقف عن التنفيذ.

¹ محمد موسى إبراهيم، المخاطر التي تواجه تنفيذ العقد الإداري - دراسة مقارنة -، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، قسم القانون العام، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، عمان، 2004، ص 95.

² محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 289.

³ المرجع نفسه، ص 290.

المطلب الثالث: صور عمل الأمير

من أجل معرفة نطاق تطبيق نظرية عمل الأمير لا بد من معرفة الصور التي يتخذها هذا الفعل، حيث يأخذ صوراً متعددة ومتنوعة إما أن يكون عمل الأمير في صورة إجراء فردي خاص، وإما أن يكون في صورة إجراء عام، ومن أجل دراسة هذه الصور بالتفصيل سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نتناول فيهم ما يلي:

الفرع الأول: عمل الأمير في صورة إجراء فردي خاص

والمقصود بالإجراء الخاص هو ذلك الإجراء الفردي الذي تتخذه المصلحة المتعاقدة أو الجهة الإدارية في مواجهة المتعاقد حيث يؤدي إلى التعديل المباشر في شروط العقد، أو إلى التأثير على ظروف التنفيذ، هذا الأمر الذي يدفعنا إلى التعرض لهما على النحو التالي:

أولاً: الإجراء الخاص الذي يعدل مباشرة في شروط العقد

تتميز الإدارة المتعاقدة بامتيازات السلطة العامة فليها جملة من السلطات التي تتمتع بها في مواجهة المتعاقد، ومن بينها سلطة تعديل العقود الإدارية التي تبرمها وإيرادتها المنفردة ودون أن يعارض المتعاقد على ذلك، سواء كان الأمر يتعلق بتعديل العقد أو بفسخه قبل الآجال المحددة، وسواء كان التعديل بالزيادة أو بالنقصان فهذا الحق هو حق ثابت للإدارة وإن لم ينص عليه داخل العقد، فهذا التدخل المباشر من جانب الإدارة يشكل نموذجاً لنظرية عمل الأمير، ومن حق المتعاقد المطالبة بالتعويض.¹

ومن أمثلة الإجراءات الخاصة والتي تتعلق بتعديل شروط العقد نذكر منها ما يلي:

- تعديل الرسم الذي يتم الحصول عليه من الأفراد عند تقديم خدمات المرفق العام، أو إدخال تعديلات على المرفق العام بتنظيمه مما يجعله مختلف عما كان عليه سابقاً، أو زيادة نطاق الأعمال التي كلف بها المتعاقد أو تضييقها عن الحد المتفق عليها وقت إبرام العقد.²

¹ جابري فاطيمة، " حق المتعاقد مع الإدارة في ضمان الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري " ، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 03، العدد 11، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، سبتمبر 2018، ص 190.

² مازن دحام علوان، إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في القانون العراقي (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون العام، الدراسات العليا، كلية الحقوق، جامعة الإسراء، العراق، 2015-2016، ص 37.

ثانياً: الإجراء الخاص الذي يؤثر على ظروف تنفيذ العقد

وتسمى كذلك بالإجراءات الخاصة غير المباشرة، وفي هذه الصورة لا يعدل الإجراء في شروط العقد، وإنما يؤثر على الظروف المحيطة بتنفيذه مما يترتب عليه زيادة في الأعباء، ويتعين على الإدارة تعويض المتعاقد تعويضاً كاملاً من أجل إعادة التوازن المالي للعقد، فتدخل الإدارة هنا يكون في سلطة الرقابة والتوجيه، ومثال ذلك صدور قرار من الإدارة يأمر الشركة المتعاقدة بنقل الأسلاك الكهربائية إلى منطقة أخرى حفاظاً على سلامة المواطنين.¹

وفي هذا السياق نشير إلى أن مجلس الدولة الفرنسي قد استثنى واعتبر بعض الأعمال من قبيل الأعمال المادية والتي رفض فيها التعويض على أساس عمل الأمير، لأن طبيعة هذه العقود متغيرة وتؤدي إلى الزيادة أو النقصان في التزامات المتعاقد اتجاه الإدارة، ومن بين هذه العقود نجد (عقود الالتزام وعقود التوريد والعقود التي يكون موضوعها توريد أغذية أو مهمات جنود في الجيش) فكل هذه الأعمال المذكورة رفض فيها مجلس الدولة الفرنسي التعويض عن الأضرار الناجمة عنها.²

ومن أمثلة الإجراءات الخاصة والتي تؤثر على ظروف تنفيذ العقد نذكر منها ما يلي:

- القرارات التي تصدر من الإدارة في مواجهة المتعاقد معها لتمارس سلطتها في الرقابة والتوجيه ولكنها تحمل المتعاقد زيادة في الأعباء المالية.
- إجراءات البوليس (الضبط الإداري) التي تصدر من جهة الإدارة.
- قيام الإدارة المتعاقدة بأشغال عامة تسبب للمتعاقد أضرار في تنفيذ العقد.
- قيام الإدارة المتعاقدة بأعمال مادية من شأنها الزيادة في أعباء المتعاقد وجعل تنفيذ العقد أمر مرهق.³

¹ لمياء هاشم سالم قبيع، اختلال التوازن المالي في العقد الإداري، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، 2010، ص 40.

² شذى سالم ذهب، أثر إختلال التوازن المالي في العقود الإدارية بين القانون العراقي والقانون الفرنسي، رسالة الماجستير، قسم القانون اختصاص القانون العام، كلية القانون، جامعة الأديان والمذاهب، العراق، 2022، ص 57.

³ عباد صوفية، المركز القانوني للمتعاقد في تنظيم الصفقات العمومية الجزائري، مذكرة تخرج مقدمة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، شعبة القانون الإداري، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار - عنابة، 2011، ص 73.

الفرع الثاني: عمل الأمير في صورة إجراء عام

والمقصود بالإجراء العام هو صدور قوانين أو لوائح من جانب الإدارة أو من السلطة العامة، تطبق على جميع الأفراد يكون من شأنها زيادة تكاليف أعباء المتعاقد مع الإدارة، ويتعلق الإجراء العام إما بتعديل في شروط العقد، أو تأثير على ظروف تنفيذ العقد¹، وهو ما سوف نحاول تفصيله فيما يلي:

أولاً: الإجراء العام الذي يعدل في شروط العقد

قد يؤدي الإجراء العام الذي اتخذته الإدارة في صورة عمل الأمير إلى التعديل في شروط العقد مباشرة، ومثال ذلك زيادة في خطوط النقل التي تعهد الملتزم بتسييرها مما تؤدي لزيادة التزاماته، وفي هذه الحالة ينبغي على الإدارة تعويض المتعاقد على أساس نظرية عمل الأمير تعويضاً كاملاً، إذا توافرت شروط تطبيقها اللازمة والتي سبق التطرق لها، لكن بشرط أن يكون الإجراء العام الذي خلف ضرراً للمتعاقد إجراء إداري أمر².

نجد أن مجلس الدولة الفرنسي قد قضى بالتعويض في حكمه الصادر في 1939/04/28 حول قضية شركة السكك الحديدية الغرب، هذه الأخيرة تضررت بصدور مرسوم سنة 1935، والذي قرر خفض نفقات الدولة، الأمر الذي ترتب عليه انخفاض أقساط الشركة، حيث قبل مجلس الدولة الفرنسي بتعويض الشركة تعويضاً كاملاً عن كل تلك الأضرار التي لحقت بها³.

كما طبق مجلس الدولة الفرنسي التعويض الكامل على أساس نظرية عمل الأمير، وذلك في قراره الصادر في 19 نوفمبر 1909 حول قضية Zeilabadien، حيث صدر مرسوم يقضي بحل الفرق العسكرية التي انتهت عقودهم، لكن مجلس الدولة الفرنسي رفض ذلك وقام بتعويض المتطوعين الذين ألغيت عقودهم للفرق التي ينتمون إليها⁴.

¹ مولود محمودي، قويدر منقور، " الرقابة القضائية على مدى التزام الإدارة بإعادة التوازن المالي للعقد الإداري "، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 11، العدد 01، جامعة سعيدة الدكتور مولاي الطاهر، جوان 2024، ص 5.

² سليم قديان، سلطة القاضي الإداري في مراقبة التوازن العقدي في ظل قانون الصفقات العمومية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2022/2021، ص 230.

³ المرجع نفسه، ص 231.

⁴ شريفي الشريف، النظام المالي للعقد الإداري -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان، 2014/2013، ص 292.

ثانياً: الإجراء العام الذي يؤثر على ظروف تنفيذ العقد

وفي هذه الحالة سوف نتحدث عن الإجراء الذي يصدر من الإدارة لكنه لا يعدل في شروط العقد مباشرة، إنما يؤثر على ظروف تنفيذه بصورة غير مباشرة، الأمر الذي يجعل التنفيذ مرهقا وأكثر مشقة بالنسبة للمتعاقد، ومن أمثلة ذلك نجد التشريعات الجمركية أو الضريبية، التشريعات الاجتماعية...

وتجدر بنا الإشارة إلى أن مجلس الدولة الفرنسي وكقاعدة عامة نجده يرفض فكرة تعويض المتعاقد عن الأضرار المترتبة في هذه الصورة، إلا ما كان منه في أضيق الحدود وفي حالات استثنائية فقط، لأنه كان يعتبرها من قبيل الظروف الطارئة.¹

وعليه يجب علينا عرض الحالات التي رفض فيها التعويض على أساس نظرية عمل الأمير باعتبارها القاعدة العامة، ثم التطرق للاستثناء والمتمثل في الحالات التي قبل فيها التعويض، وسنقوم بعرضهم كالتالي:

1 الحالات التي رفض فيها التعويض

لقد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ ورفض التعويض على أساس عمل الأمير في الحالات التالية نذكرها على سبيل المثال:

- في مجال التدابير المالية (الضرائب والرسوم): والتي تؤدي إلى صعوبة التنفيذ كأن تفرض الدولة زيادة الضرائب على الإنتاج.
- في مجال التدابير الاجتماعية: كالقوانين التي تهدف إلى زيادة أجور العمال والتي تؤدي إلى زيادة أعباء التنفيذ، كالتأمين ضد حوادث العمل أو غلاء المعيشة.
- في مجال التدابير الاقتصادية والنقدية: كالتشريعات التي تصدر تنظيم الاستيراد والتصدير مثل زيادة أجور النقل في السكك الحديدية.²

¹ سليم قديان، المرجع السابق، ص 231.

² بن صغير مليكة أسماء، غرامة التأخير في الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، تخصص حقوق، فرع التجريم في الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجبيلي ليايس، سيدي بلعباس، 2018 - 2019، ص 120.

2 الحالات التي قبل فيها التعويض

وكما نعلم أن المبدأ ليس مطلقاً بل ترد عليه استثناءات يقبل فيها القضاء الإداري التعويض للمتعاقد، وهذا الاستثناء متمثل في الحالتين هما:

أ: عمل الأمير الإيجابي:

حيث يتخذ التأثير الإيجابي صور عديدة نذكر من بينها:

- ❖ أن يتضمن الإجراء العام نصاً يقضي بإمكانية تطبيق والاستفادة من نظرية عمل الأمير.
- ❖ أن يتضمن العقد بنداً يسمح بتعويض المتعاقد إذا تضرر من تصرفات الإدارة.
- ❖ قبول الاجتهاد القضائي تطبيق نظرية عمل الأمير للاستفادة من التعويض.

نجد أن مجلس الدولة الفرنسي وفي حالات استثنائية قبل التعويض استناداً لنظرية عمل الأمير واعتبرها سبباً في اختلال التوازن المالي، لاسيما إذا كان الإجراء العام موضوعاً جوهرياً يمس بشروط العقد، دون أن ننسى الضرر الخاص الذي يلحق المتعاقد من ذلك الإجراء.¹

ب: عمل الأمير السلبي:

والمقصود بالفعل السلبي هو امتناع الجهة الإدارية عن تطبيق القوانين واللوائح أو عدم اتخاذ إجراءات كان من الواجب اتخاذها، وبطبيعة الحال إذا امتنعت الإدارة عن عملها يترتب تقادم الأعباء على المتعاقد أثناء تنفيذ العقد المبرم مع الإدارة.

ومن خلال ما سبق ذكره نجد أن القضاء الإداري منح الحق للمتعاقد في الاستناد إلى فعل الأمير في حالة إذا كانت الإجراءات الصادرة من الإدارة إيجابية أم سلبية أثرت على ظروف تنفيذ العقد، قامت مسؤولية الإدارة الكاملة في التعويض.²

¹ جابري فاطيمة، المرجع السابق، ص 189.

² عباد صوفية، المرجع السابق، ص 70.

المبحث الثاني: آثار تطبيق نظرية عمل الأمير

يترتب على تطبيق نظرية عمل الأمير مجموعة من الآثار، تتمثل في تعويض المتعاقد تعويضا كاملا عن الأضرار الناجمة من تصرفات الإدارة، كما يعفى المتعاقد من غرامة التأخير، أيضا يحق للمتعاقد فسخ العقد إذا أصبح التنفيذ مستحيلا، وسوف نتطرق لدراسة كل أثر من هذه الآثار في المطالب التالية:

المطلب الأول: تعويض المتعاقد تعويضا كاملا

تلتزم الإدارة بتعويض المتعاقد عن الأضرار التي تلحقه جراء تصرفاتها لما يعيد نوعا من التوازن المالي للعقد، حيث يحق للمتعاقد الحصول على التعويض الكامل، وعليه سنستعرض ذلك بشيء من التفصيل في الفروع التالية:

الفروع الأول: عناصر التعويض الكامل

يتضمن التعويض الكامل عنصرين أساسيين هما: ما لحق المتعاقد من خسارة، وما فاته من كسب، وسنقوم بشرحهم كما يلي:

أولا: ما لحق المتعاقد من خسارة

حيث يشمل التعويض كافة المصاريف التي تكبدها المتعاقد بسبب تدخل الإدارة، حيث يظهر هذا التدخل في إحدى الصور التالية:

- أن تتدخل الإدارة في تنفيذ العقد الإداري فيؤدي ذلك لزيادة الالتزامات الملقاة على عاتق المتعاقد معها، فيجب أن يعوض هذا الأخير عن الأعباء المضافة، كتلك التي يكون مجبرا على تحملها من أجل الحصول على التعاقد مع عمال إضافيين لاستكمال المشروع بشكل جيد ومناسب، أو الزيادة في النفقات اللازمة للتنفيذ واستخدام مواد إضافية، وغير ذلك من المصروفات الفعلية الناجمة من تصرف الإدارة.¹

¹ السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص 273.

- كما يمكن أن يكون تدخل الإدارة في شكل يؤدي لإنقاص التزامات المتعاقد، كما هو الحال إذا طلبت الإدارة عدم استكمال تنفيذ جزء من الالتزامات التي ينص عليها العقد لدواعي تحقيق المصلحة العامة.

- أن تتدخل الإدارة بتعديل مدة تنفيذ العقد المحددة سواء بزيادتها أو بإنقاصها، حيث يصاب المتعاقد بخسائر تلحقه بسبب الزيادة في أسعار المواد اللازمة للاستخدام أثناء مدة الزيادة، أما في حالة تخفيض المدة فقد يكون المتعاقد ملزماً على تحمل الأعباء الإضافية نتيجة اضطرابه لدفع مبالغ متفاوتة وباهظة وزيادة أجور الأيدي العاملة لسرعة إنجاز الأعمال المتفق عليها.¹

ثانياً: ما فات المتعاقد من كسب

وهذا العنصر يشمل جميع المبالغ التي كان من حق المتعاقد أن يعول عليها لو لم يخلت التوازن المالي بسبب عمل الأمير، فمن حق المتعاقد أن يعرض عن ربحه الحلال ورأس ماله، ويشترط في التعويض أن يغطي جميع الفوائد التي كان من الممكن أن يحققها المتعاقد من التنفيذ الكلي للعقد، وفي هذه الحالة يجب حساب الكسب الفائت بالنقيد وعدم مخالفة قاعدة أن التعويض لا يمكن أن يتجاوز مقدار الضرر الحقيقي والتنبه لواقعة أن المتعاقد لم يؤدي العمل الذي كان سيحقق له الكسب المفقود، وأيضاً يخضع من الكسب الاستعمالات المتعددة والمختلفة للأجهزة والآلات والمعدات وما استنفاد بواسطتها بربح من مشاريع أخرى.²

ولا يكفي وجود ضرر لوحده من أجل تعويض المتعاقد، بل لابد أن تكون هناك علاقة سببية بين الفعل الصادر من الإدارة المتعاقدة والضرر الذي لحق بالمتعاقد من أجل قيام مسؤولية الإدارة الكاملة في التعويض³، أما في حالة عدم وجود رابطة وعلاقة بين فعل الإدارة والضرر الذي أصاب المتعاقد فإن التعويض يكون غير مقبول ويصبح بدون فائدة، ويتحمل المتعاقد وحده ذلك الضرر الذي لحقه.⁴

¹ السيد فتوح محمد هندأوي، المرجع السابق، ص 274.

² مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص 253.

³ عدي إسماعيل خضر، المرجع السابق، ص 168.

⁴ السيد فتوح محمد هندأوي، المرجع السابق، ص 276.

الفرع الثاني: شروط الحصول على التعويض الكامل

من أجل تعويض المتعاقد تعويضاً كاملاً يجب توافر مجموعة من الشروط الرئيسية والتي سنتناولها فيما يلي:

أولاً: ألا يساهم المتعاقد بخطئه مع الإدارة في إحداث الضرر أو زيادته

فإذا ساهم المتعاقد في إحداث الضرر الصادر عن تصرف الإدارة أو المساعدة في زيادته فيستبعد التعويض الكامل إذا كان الضرر غير منسوب إلا في جزء منه للإدارة المتعاقدة، وفي هذه الحالة يقوم القاضي بالتقليل من التعويض المستحق بمقدار ما قام به المتعاقد من تصرفات أدت لإحداث الضرر.¹

ثانياً: أن يستمر المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية

يعتبر هذا أمراً بديهياً لأنه يتوافق مع مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية، وهو الذي يشمل كافة معاملات وتصرفات الإدارة والمتعاقد، كما أنه يتفق مع أهداف نظرية عمل الأمير، فيجب أن يكون المتعاقد متعاون ومساعد لجهة الإدارة، فعليه الالتزام بالاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية، لأن العقد الإداري هو أهم وسائل الإدارة في تسيير المرافق العمومية.²

ثالثاً: ألا يتضمن العقد نصاً يعفي الإدارة من المسؤولية عن إجراء معين تصدره مستقبلاً

ويعد هذا تنازلاً جزئياً من المتعاقد عن الأضرار التي قد تصيبه مستقبلاً، فإذا تم الاتفاق على إعفاء الإدارة من المسؤولية عن إجراء صادر منها في إطار نظرية عمل الأمير، فيعتبر هذا شرطاً تعاقدياً تم الاتفاق عليه وعلى المتعاقد أن يلتزم بذلك النص العقدي، فهذا النص يفقد نظرية عمل الأمير شرطاً من شروط تطبيقها ألا وهو شرط عدم التوقع، فإذا طالب المتعاقد الإدارة بالتعويض فإنه لا يمكنه أن يستند لنظرية عمل الأمير بسبب تخلف أحد شروطها.³

¹ جاسم محمد سعيد الشرياني، سلطات الإدارة في العقد الإداري بين مقتضيات الصالح العام والتوازن المالي، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون العام، قسم القانون العام، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2022، ص 49.

² السيد فتوح محمد هنداي، المرجع السابق، ص 278.

³ جاسم محمد سعيد الشرياني، المرجع السابق، ص 50.

الفرع الثالث: طرق تحديد التعويض

يتحدد التعويض بثلاث طرق مختلفة نذكرها كما يلي:

أولاً: وجود نص في العقد يقرر التعويض وطريقة تحديده

إذا نص العقد على طريقة تحديد التعويض اللازم كان على كلا الطرفين الالتزام باتتباع تلك الطريقة، فيجب أن يتضمن العقد طريقة لتحديد التعويض المستحق وذلك لإمكانية تطبيق تلك النصوص لاسيما في العقود طويلة المدة، وعندئذ تنفذ شروط العقد ويتم دفع التعويض المحدد للمتعاقد لتعرضه لأضرار نتيجة إجراءات إدارية، ويؤخذ على هذه الطريقة أنها قد تؤدي بالحق أضرار للمتعاقد من خلال حرمانه من الحصول على الأرباح المتوقعة فيكون من الصعب عليه أن يتوقع لحظة إبرام العقد حجم الفائدة التي سيحصل عليها.¹

ثانياً: تحديد المشرع للتعويض اللازم لجبر الضرر

حيث تظهر هذه الحالة إذا كان عمل الأمير في صورة إجراء عام، فينص المشرع على طريقة حساب التعويض لجبر الضرر الذي أصاب المتعاقد، " كالمرسوم بقانون 5 سبتمبر 1940 والخاص بفسخ العقود المبرمة لتوفير حاجات مرفق الدفاع الوطني الفرنسي، حيث تضمن النص على كيفية تعويض المتعاقدين الذين لحقتهم أضرار نتيجة فسخ عقودهم بقوة القانون "، وفي هذه الحالة يجب على القاضي الإداري تطبيق هذه النصوص التشريعية التي تحدد طرق حساب التعويض والالتزام بها وعدم مخالفتها، وما يؤخذ على هذه الطريقة أنها قد تضع أسسا تؤدي إلى تحديد تعويض قليل للمتعاقد ولا تحقق له ما كان يتوقعه حينما أقبل على التعاقد مع الإدارة.²

ثالثاً: اللجوء إلى القضاء لتحديد مبلغ التعويض

يقوم القضاء الإداري بتحديد مبلغ التعويض في حالة عدم توافر أي من الحالتين السابقتين، ليتولى القاضي تقدير قيمة التعويض بعد تأكده من توافر شروط تطبيق هذه النظرية، فالتعويض يجب أن يكون كاملاً عن جميع الأضرار التي أصابت المتعاقد، بحيث يشمل جميع ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب.³

¹ جاسم محمد سعيد الشرياني، المرجع السابق، ص 51.

² عدي إسماعيل خضر، المرجع السابق، ص 171.

³ هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 95.

نجد أن المحكمة الإدارية لمدينة الجزائر قد قضت في حكمها الصادر في 11/12/1964 حول قضية كهرباء وغاز الجزائر -بلدية فوكة- حيث تتمثل وقائع القضية " في أن بلدية فوكة أرادت بناء مدرسة، فطلبت لهذا الغرض من الملتزم نقل الخطوط الكهربائية، وكانت شروط العقد تسمح بذلك على نفقة الملتزم بدواعي الحفاظ على الأمن العام أو في سبيل مصلحة الطرق، إلا أن حالة بناء مدرسة لم تكن من الأسباب التي تسمح بالنقل على حساب الملتزم، لذا لا بد من تعويضه، فنظرا إلى أن المدرسة التي لم يكن بناؤها متوقعا حين إبرام العقد بين الإدارة والملتزم، ترتب على ذلك زيادة أعباء تخل بالتوازن المالي للعقد، حتى ولو كانت لا تؤثر جذريا في اقتصادياته، فإن على الإدارة أن تدفع تعويضا كاملا للمتعاقد ".¹

المطلب الثاني: إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير

لا يمكن أن يكون هناك عقد إداري لا يتضمن نصا على فرض غرامة التأخير ضد المتعاقد الذي قصر في تنفيذ التزاماته التعاقدية أثناء المدة المتفق عليها، ولكن قد يكون هناك تأخير نتيجة عوامل خارجة عن إرادته وهو ما يؤدي إلى إعفائه من غرامة التأخير، وهو ما سوف نعالجه في الفروع التالية:

الفرع الأول: مفهوم غرامة التأخير

حتى نتمكن من الإحاطة بجميع جوانب غرامة التأخير لا بد لنا من وضع تعريف لها ومعرفة أهم الخصائص التي تتميز بها، وهو ما سوف نفضله فيما يلي:

أولا: تعريف غرامة التأخير

يجب علينا الحديث أولا عن التعريفات الفقهية لغرامة التأخير، ثم التطرق للتعريف التشريعي وذلك كما يلي:

1 التعريف الفقهي لغرامة التأخير

تعددت واختلفت التعريفات الفقهية لغرامة التأخير إلا أنها تتشابه من ناحية الغاية والهدف المرجو منها، حيث يرى بعض الفقهاء " بأن غرامة التأخير هي عبارة عن تعويضات جزافية ناشئة عن تأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية، بينما ذهب اتجاه آخر إلى أنها جزاء مالي

¹ زينب سالم، الرقابة القضائية على العقد الإداري في مرحلة التنفيذ، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2016، ص 279.

يفرض على المتعاقد الذي تأخر في تنفيذ التزاماته التعاقدية ، أما الاتجاه الثالث فيرى أن غرامة التأخير عبارة عن تعويض وجزء مالي معا " ، بمعنى أنها ذات طبيعة مختلطة.¹

ما يمكن الإشارة إليه أن التعريفات الفقهية السابقة نجدها قد اتفقت على أن غرامة التأخير تعتبر بمثابة وسيلة ضغط على المتعاقد، وذلك من أجل تنفيذ التزاماته على أكمل وجه وعدم التراخي في إنجازها، ولكنها اختلفت حول تكييفها القانوني، بحيث أن البعض وصفها بأنها تعويضات جزافية مصدرها العقد المبرم ولا يشترط لتطبيقها إثبات الضرر، أما البعض الآخر وصفها بأنها جزء مالي حيث انطلق من كونها مجرد جزء اتفاقي لأن الإدارة تملك سلطة توقيعها على المتعاقد المخالف للشروط التعاقدية حتى ولو لم يلحق بالإدارة أي ضرر.²

أما الفقهاء الجزائريين نجدهم قدموا بعض التعريفات لغرامة التأخير ومنها تعريف الدكتور عمار بوضياف بأنها " تلك الجزاءات المالية التي توقعها الإدارة المتعاقدة على المتعاقد معها ". نجد الدكتور محمد الصغير بعلي يعرفها بأنها " ذلك الجزاء المالي الذي توقعه الإدارة المتعاقدة على المتعاقد معها من أجل إلزامه على تنفيذ العقد " .

أما الدكتور عمار عوابدي فقد عرف غرامة التأخير بأنها " المبالغ المالية التي يجوز للإدارة أن تطالب بها الطرف المتعاقد إذا أخل بالتزاماته التعاقدية أثناء تنفيذ العقود الإدارية " .³

2 التعريف التشريعي لغرامة التأخير

نجد أن المشرع الجزائري لم يذكر عبارة غرامة التأخير في قانون الصفقات العمومية بل استعمل مصطلح العقوبات المالية، على عكس بعض التشريعات المقارنة والتي ذكرت غرامة التأخير ومن بينها نجد المشرع اليمني والمصري.⁴

¹ علياء علي القحطاني، النظام القانوني لغرامة التأخير في إطار تنفيذ العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، رسالة للحصول على درجة الماجستير في القانون العام، كلية القانون، جامعة قطر، 2021، ص 13.

² بن عبد المالك بوفلحة، " الغرامة التأخيرية في ضوء المرسوم رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام " ، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 09، العدد 15، جامعة محمد خيضر بسكرة، سبتمبر 2017، ص ص 250، 251.

³ المرجع نفسه، ص 251.

⁴ رضاني فريد، غرامة التأخير في العقود الإدارية - دراسة مقارنة -، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون إداري وإدارة عامة، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة 1، 2023/2022، ص 77.

وبالرجوع للمرسوم الرئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 50 الصادرة في 20 سبتمبر سنة 2015، نجد أن المادة 147 من هذا المرسوم تنص على ما يلي " يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به...".¹

نلاحظ من خلال نص المادة المذكورة أعلاه أنها لم تعرف غرامة التأخير لكنها ذكرت حالتين لتطبيقها هما:

* الحالة الأولى: عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية في المدة المحددة، أي وقع تأخير في تنفيذ العقد من طرف المتعاقد يستوجب توقيع غرامة تأخير عليه.

* الحالة الثانية: التنفيذ غير المطابق لمواصفات وشروط العقد، وتكون في حالة تنفيذ أعمال مشوبة بعيب وناقصة عن الصيغة المتفق عليها مسبقا.²

ويمكن القول من خلال التعريفات السابقة أن غرامة التأخير هي " عبارة عن مبلغ من المال تفرضه الإدارة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد معها، في حالة تأخر هذا الأخير في تنفيذ التزاماته التعاقدية وتجاوز الآجال التي تم الاتفاق عليها مسبقا في بنود العقد".³

نجد أن الهدف من غرامة التأخير هو ضمان تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وفي الآجال المتفق عليها والمحددة في العقد، من أجل ضمان حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد، بحيث يكون التأخير عن التنفيذ مضرا يستلزم توقيع غرامة التأخير وتحصيلها وخصمها تلقائيا من مستحقات المتعاقد، وذلك دون الحاجة للجوء إلى القضاء أو اتخاذ أي إجراء آخر، نجد أن الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري قد أوضحت ذلك حيث نصت

¹ المادة 147 من مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 50 الصادرة في 20 سبتمبر سنة 2015.

² رضاني فريد، المرجع السابق، ص 78.

³ مراد الوافي، " غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية "، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 13، العدد 02، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2022، ص 481.

"... غرامة التأخير في العقود الإدارية ضمانا لحسن تنفيذها حرصا على سير المرافق العامة بانتظام، ... وتوقعها جهة الإدارة من تلقاء نفسها دون الالتزام بإثبات حصول ضرر".¹

ويجدر القول بنا أن غرامة التأخير في العقود الإدارية تختلف عن الشرط الجزائي في العقود المدنية، حيث يعتبر الشرط الجزائي بمثابة تعويض متفق عليه مسبقا في العقد، ويكون مستحقا في حال الإخلال من طرف أحد المتعاقدين بالتزاماته التعاقدية مما ينجم عن ذلك تضرر المتعاقد الآخر، ومن شروط استحقاقه كذلك إنذار الطرف المقصر، وعلى عكس ذلك نجد أن غرامة التأخير توقعها الإدارة بمجرد حدوث تأخير من المتعاقد دون إثبات وجود ضرر، لأن التأخير بحد ذاته يترتب عنه ضرر بالصالح العام وعرقلة سير المرفق العام.²

تتفق غرامة التأخير مع الشرط الجزائي في ضرورة الاتفاق بين الأطراف على النص عليهما بوضوح في داخل العقد، ويشترط لتطبيق غرامة التأخير أن يلتزم الطرفان بمقدار الغرامة المحددة في العقد، فالإدارة تلتزم بالنصوص الواردة فيه مما يمنعها من فرض زيادات تتجاوز النسب المتفق عليها، حتى ولو تجاوز الضرر مقدار غرامة التأخير.³

ثانيا: خصائص غرامة التأخير

تتميز غرامة التأخير بخصائص متعددة تتمثل في:

* أنها جزء اتفاقي: لأنه يتم تحديدها مسبقا في العقد، فلا يجوز للإدارة أن تطبقها على المتعاقد في حالة لم يتم النص عليها.⁴

* أنها جزء تلقائي: يعتبر تأخر المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية في الوقت المحدد خاضع لعقوبة تلقائية من طرف الإدارة وذلك بما لها من امتيازات السلطة العامة، حيث تفرض عليه غرامة دون الحاجة إلى توجيه تنبيه أو إنذار.⁵

¹ السيد فتوح محمد هنداي، المرجع السابق، ص 283.

² جاسم محمد سعيد الشرياني، المرجع السابق، ص 52.

³ السيد فتوح محمد هنداي، المرجع السابق، ص 284.

⁴ أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية طبقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد، منشأة المعارف، مصر، 2002، ص 268.

⁵ العطاوي كمال، المرجع السابق، ص 63.

* أنها ذات طبيعة إدارية: تملك الإدارة المتعاقدة صلاحية توقيع عقوبات مالية على المتعاقد المخل والمقصر في تنفيذ التزاماته، ويتم ذلك بصدور قرار إداري يفرض توقيع غرامة التأخير، وتعتبر الجزاءات المالية أنها ذات طبيعة إدارية لأن الإدارة المتعاقدة توقعها بنفسها دون الحاجة إلى اللجوء للقضاء لتوقيعها، وعليها أن تتأكد من إخلال المتعاقد بالفعل من تنفيذ التزاماته وأن تتبعد عن الافتراضات والقناعات غير المبررة والثابتة.¹

* أنها ذات طبيعة ردية: إن غرامة التأخير تتميز بأنها وسيلة ردية تهدف إلى إجبار المتعاقد على تنفيذ التزاماته في الأجل المحددة والمنصوص عليها داخل العقد، وتطبق في حالة الإخلال أو مخالفة لنص قانوني أو أمر إداري متعلق بتنفيذ العقد من أجل حماية المصالح الإدارية.²

الفرع الثاني: وسائل تحديد غرامة التأخير

يتم تحديد غرامة التأخير بواسطة طريقتين، إما أن يكون هناك اتفاق بين الإدارة والمتعاقد أثناء إبرام العقد، أو أن يكون المشرع قد حدد نسبة الغرامة في نص قانوني صريح، وسوف نفصل ذلك كما يلي:

أولاً: الاتفاق بين الإدارة والمتعاقد على تحديد مقدار ونسبة غرامة التأخير وقت التعاقد

حيث يتم الاتفاق على مبلغ ونسبة مئوية معينة من قيمة الأعمال يدفعها المتعاقد في حالة تأخيره أو إخلاله بالتزاماته المنصوص عليها داخل العقد، ويمنع على الإدارة زيادة نسبة القيمة حتى ولو تجاوز الضرر مقدار ما تم تحديده في العقد، وأيضاً لا تستطيع الإدارة أن تتمسك بحجة أن القانون حدد نسبة أعلى من النسبة المتفق عليها، استناداً لقاعدة النص الخاص يقيد العام.³

ثانياً: تحديد المشرع لمقدار غرامة التأخير ونسبتها بنص صريح

حيث يمكن للمشرع أن يحدد مقدار غرامة التأخير ويذكرها بشكل صريح، أو يضع نسبتها ضمن نص تشريعي يسمح للإدارة بفرضها على المتعاقد إذا أخل بالتزاماته في إنجاز الأعمال المكلف بها، فيكون أمراً واجباً على الطرفين الالتزام بما ورد في نص القانون.⁴

¹ عباد صوفية، المرجع السابق، ص 149.

² مراد الوافي، المرجع السابق، ص 483.

³ عدي إسماعيل خضر، المرجع السابق، ص ص 174، 175.

⁴ جاسم محمد سعيد الشرياني، المرجع السابق، ص 54.

نجد أن المشرع الجزائري لم يتطرق لكيفية حساب غرامة التأخير، وإنما اكتفى بإحالتنا إلى دفاتر الشروط حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 147 من مرسوم رئاسي رقم 15-247 على ما يلي "... طبقا لدفاتر الشروط المذكورة في المادة 26 من هذا المرسوم باعتبارها عناصر مكونة للصفقات العمومية ..."¹ ، وبما أن غرامة التأخير في مجال العقود الإدارية مقررة حرصا على سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، نجد أن المشرع الجزائري ترك للمصلحة المتعاقدة حرية استعمال سلطتها التقديرية في احتساب غرامة التأخير.²

الفرع الثالث: حالات إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير

يعنى المتعاقد من غرامة التأخير عن طريق حالتين، قد تكون حالة إعفاء جوازي وقد تكون حالة إعفاء وجوبي، وهو ما سنحاول توضيحه فيما يلي:

أولا: حالات الإعفاء الجوازي من غرامة التأخير

نجد أن حالات الإعفاء الجوازي من غرامة التأخير تتمثل في حالة إذا طلب المتعاقد من الإدارة مهلة إضافية لتنفيذ التزاماته ووافقت الإدارة على ذلك الطلب، أما الحالة الثانية إذا قدرت الإدارة المتعاقدة ظروف المتعاقد وقررت إعفائه من مسؤوليته عن التأخير³ ، وهو ما سوف نتطرق إليه على النحو التالي:

1 التمديد الإداري لتنفيذ العقد

أثناء تنفيذ العقد الإداري قد يواجه المتعاقد بعض العراقيل والصعوبات التي تعيق التنفيذ السليم للعقد، إلا أن هذه الصعوبات لا تصل إلى مستوى القوة القاهرة أو الظروف الطارئة، حيث تؤثر هذه العراقيل بشكل كبير على التنفيذ، وعلى الالتزام بالمواعيد والآجال المحددة في العقد، مما يستدعي من الإدارة اللجوء إلى أسلوب التمديد الإداري بهدف منح مدة إضافية للمتعاقد أو تحديد مواعيد جديدة للتنفيذ.⁴

¹ أنظر الفقرة الثانية من المادة 147، مرسوم رئاسي رقم 15-247.

² مراد الوافي، المرجع السابق، ص 488.

³ رمضان فريد، المرجع السابق، ص 148.

⁴ بن صغير مليكة أسماء، المرجع السابق، ص 101.

وصورة أخرى كذلك لحالة التمديد الإداري وهي إذا كانت الإدارة هي من تسببت في زيادة مدة التنفيذ، كأن تطلب الإدارة من المتعاقد معها أثناء تنفيذه للعقد إجراء بعض التغييرات والإضافات التي تتطلب الزيادة في المدة اللازمة للتنفيذ، ولكي يستفيد المتعاقد من التمديد يجب عليه تقديم طلب التمديد رسمياً إلى رئيس الجهة الإدارية المختصة، وأن يقوم بتقديمه قبل انتهاء المدة القانونية المقررة للتنفيذ، مع إرفاقه ببعض الأدلة التي تثبت عدم مسؤوليته في التأخير.¹

نجد أن قرار التمديد الإداري قد يصدر بصورة صريحة وقد يصدر بصورة ضمنية نوجزهم بشكل سريع فيما يلي:

* التمديد الإداري بصورة صريحة: يتمثل التمديد الصريح في الحالات التي تقوم فيها الإدارة المتعاقدة بالإفصاح صراحة ودون تحفظ وبشكل رسمي عن منح المتعاقد مهلة إضافية لتنفيذ التزاماته، ويكون ذلك بعد طلب يقدم من جانب المتعاقد وتوافق عليه الإدارة.

* التمديد الإداري بصورة ضمنية: يكون في حالة انتهاء مدة تنفيذ العقد لكن الإدارة التزمت السكوت ولم تتخذ أي إجراء أو فرض غرامة ضد المتعاقد المقصر، وعليه يجب على هذا الأخير الاستمرار في تنفيذ العقد كأنه لم يحدث شيء، فهي موافقة ضمنية.²

2 الإعفاء نتيجة لتقدير ظروف التنفيذ

يمكن للإدارة المتعاقدة بناء على تقديرها لظروف التنفيذ، ولظروف المتعاقد معها في حد ذاته إعفائه من غرامة التأخير، إذا تبين أن التأخير لم يكن له أثر سلبي على سير المرافق العامة ولم يسبب ضرراً يبرر فرض عقوبة مالية.³

وبما أن للإدارة سلطة تقديرية كاملة في توقيع غرامة التأخير، فهي ليست مجبرة بتوقيعها فيمكنها إعفاء المتعاقد منها حسب الظروف المحيطة بالتنفيذ، وحسب تقديرها للتأخير هل ألحق ضرر للمصلحة العامة، أم أنه مجرد إرهاق للمتعاقد بسبب الظروف الشاقة.⁴

¹ فريد رمضاني، " حالات إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير في العقود الإدارية "، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 04، العدد 02، جامعة الحاج لخضر باتنة1، جوان 2017، ص ص 521، 522.

² عادل قرانة، " إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير "، التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، المجلد 19، العدد 03، جامعة باجي مختار -عنابة، سبتمبر 2013، ص ص 184، 185.

³ فريد رمضاني، حالات إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 523.

⁴ عادل قرانة، المرجع السابق، ص 185.

ثانياً: حالات الإعفاء الوجوبي من غرامة التأخير

وفي هذه الحالة لا يجوز للإدارة أن تستعمل سلطتها التقديرية من أجل إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير، وإنما تكون مجبرة على إعفائه منها¹ متى تبين أن الوفاء بالالتزام قد استحال بسبب فعل أجنبي قد يكون قوة قاهرة خارجة عن إرادة الطرفين، وقد تكون الإدارة نفسها مسببة للتأخير²، وهو ما سوف نتطرق إليه كالاتي:

1 الإعفاء نتيجة للقوة القاهرة

تعتبر القوة القاهرة من أبرز حالات إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير، والقوة القاهرة في القانون الإداري شأنها في ذلك شأن القوة القاهرة في القانون المدني، حيث تعتبر عبارة عن حادث أجنبي مستقل يقع خارج نطاق الأطراف، ويكون غير متوقع ولا يمكن تجنبه فيؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد³ ومن أمثلة القوة القاهرة نجد الزلازل، الفيضانات، الأوبئة مثل جائحة كوفيد 19.

ونجد أن هذه الحالة أوردتها المشرع الجزائري في الفقرة الثالثة من المادة 84 من قانون رقم 12-23 والتي جاء فيها " وفي حالة القوة القاهرة، تعلق الآجال ولا يترتب على التأخير فرض عقوبات مالية بسبب التأخير، ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف واستئناف الخدمة التي تتخذها المصلحة المتعاقدة نتيجة لذلك "⁴.

2 الإعفاء نتيجة لخطأ الإدارة

وفي هذه الحالة تكون الإدارة المتعاقدة هي السبب الأساسي في تأخر المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته التعاقدية، وذلك عندما يشكل تصرف أو فعل الإدارة خطأ أو إهمالاً أو تقصيراً، فهذه التصرفات تعتبر بمثابة مبررات قانونية يستند عليها المتعاقد لعدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ.⁵

¹ مقدار زينة، " الإعفاء من غرامة التأخير في العقد الإداري "، مجلة البحوث القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد 05، جامعة سعيدة الدكتور مولاي الطاهر، ديسمبر 2015، ص 310.

² رضاني فريد، غرامة التأخير في العقود الإدارية - دراسة مقارنة -، المرجع السابق، ص 153.

³ علياء علي القحطاني، المرجع السابق، ص 105.

⁴ الفقرة الثالثة من المادة 84، قانون رقم 12-23.

⁵ عادل قرانة، المرجع السابق، ص 182.

نجد أن الواقع يضرب العديد من الأمثلة التي تقوم بها الإدارة وتشكل خطأ يستوجب إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير، نذكر منها على سبيل المثال ما يلي:

- خطأ الإدارة في وضع المواصفات الصحيحة للعقد.
- تقاعس الإدارة وتباطؤها في منح التراخيص اللازمة للبدء في التنفيذ.
- تأخر الإدارة في تسليم المتعاقد صور المخططات والتصاميم اللازمة للتنفيذ.
- تأخر الإدارة في تسليم موقع العمل.
- التلف الذي يلحق بالمواد الأولية اللازمة للتنفيذ بخطأ من الإدارة.¹

وبالرجوع للقانون رقم 23-12 نجد أن المشرع الجزائري قد اشترط من أجل إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير ألا يكون هو المتسبب الرئيسي في التأخير، وهو ما نص عليه في الفقرة الثانية من المادة 84 على ما يلي " يعود قرار الإعفاء من دفع العقوبات المالية بسبب التأخير، إلى مسؤولية المصلحة المتعاقدة، ويطبق هذا الإعفاء عندما لا يكون التأخير قد تسبب فيه المتعامل المتعاقد ".²

وكذلك نجد القرار الصادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بتاريخ 16/12/1989 في قضية (ع.ط) ضد (والي ولاية قالمة) الذي أبقى المتعاقد من غرامة التأخير بسبب أن التأخير كان راجع لتصرفات الإدارة.³

نلاحظ مما سبق ذكره أن المشرع الجزائري والقضاء الإداري يعتمدان في إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير أن يكون المتسبب الرئيسي في التأخير هو الإدارة، لأن المتعاقد ليس له أي نية في التأخير، فمتى ثبت أن الإخلال في التنفيذ يعود لأسباب صادرة عن الإدارة يحق للمتعاقد المطالبة بالإعفاء من الغرامة التأخيرية وكذلك تعويضه عن الأضرار التي لحقت به.

¹ رضاني فريد، غرامة التأخير في العقود الإدارية - دراسة مقارنة -، المرجع السابق، ص 162.

² الفقرة الثانية من المادة 84، قانون رقم 23-12.

³ أنظر القرار رقم 65145 الصادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، بتاريخ 16/12/1989، حول قضية (ع . ط) ضد

(والي ولاية قالمة)، المجلة القضائية، العدد الأول، الجزائر، سنة 1991، ص 133.

المطلب الثالث: حق المتعاقد في فسخ العقد لاستحالة التنفيذ

وفي هذا المطلب سنقوم بدراسة الأثر الثالث من آثار نظرية عمل الأمير والمتمثل في فسخ العقد باعتباره حقا من حقوق المتعاقد يستعمله عندما يصبح التنفيذ أمر مستحيلا، ولكن قبل الحديث عن الفسخ كان لزاما علينا التطرق لعنصر الاستمرار في التنفيذ باعتباره الأصل، وإذا استحال عليه ذلك يلجأ مباشرة إلى طلب الفسخ، وهو ما سنحاول تفصيله في الفروع التالية:

الفرع الأول: التزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد

إذا أصدرت الإدارة المتعاقدة إجراء معين يجعل تنفيذ العقد أمرا مرهقا، فإنه يجب على المتعاقد أن يواصل في تنفيذ التزاماته التعاقدية مادام في استطاعته تحمل ذلك، حيث يعتبر هذا بمثابة قاعدة عامة تطبق على جميع العقود عملا بمبدأ حسن النية، وذلك من أجل الاستفادة من تطبيق نظرية عمل الأمير والحصول على التعويض الكامل.¹

نجد أن ديوان المظالم بالسعودية قد أكد على عدم توقف المتعاقد في التنفيذ وذلك في إحدى قراراته حيث ينص على ما يلي " ليس للمتعاقد مع الإدارة إزاء تعديلها لشروط العقد سوى حق المطالبة بالتعويض، فلا يسوغ له الدفع بعدم التنفيذ مهما ترتب عليه من إطالة مدة التنفيذ طالما كان في مكنته الاستمرار في العمل بعد إجراء التعديلات والإضافات المطلوبة".²

إن الهدف الرئيسي من استمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية هو عدم اصطدامه بمقتضيات سير المرفق العام، فيجب على كلا الطرفين المواصلة في التنفيذ وذلك رغم وجود تغيرات جديدة وظروف صعبة وغير مألوفة، وفي حالة ما إذا توقف المتعاقد عن التنفيذ فإن ذلك سيعرضه حتما لتوقيع عقوبات مالية وكذلك يسقط حقه في التعويض، لأن العقد الإداري هو أساس سير المرفق العام بصفة دائمة ومنتظمة، وأن المتعاقد هو مساعد للإدارة في سبيل تحقيق أهدافها، لذلك كان لزاما الاستمرار في تنفيذ العقد، وأي إخلال أو تقصير في تنفيذ العقد سيؤدي بأضرار جميع مصالح المنتفعين بخدمات المرفق العام.³

¹ السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص 292.

² مولود محمودي، قويدر منقور، التوازن المالي كأثر لنظرية فعل الأمير في التعديل الانفرادي للعقد الإداري -دراسة مقارنة-، المرجع السابق، ص 1450.

³ مازن دحام علوان، المرجع السابق، ص ص 61، 62.

ومن جهة أخرى فإذا تفاقمت التزامات المتعاقد مع الإدارة بما يفوق قدراته وإمكانياته المالية والفنية، وأصبح التنفيذ أمرا مرهقا ومستحيلا، فإن مبلغ التعويض الذي يحصل عليه المتعاقد رغم استمراره في التنفيذ فإنه لا يكفي لجبر ودفع الضرر الذي يلحق به.¹

وعليه فإذا زادت الالتزامات التعاقدية وأصبح التنفيذ مبالغ فيه فإنه سيكون دون فائدة وينعكس سلبا على مصلحة الإدارة المتعاقدة، وفي هذه الحالة يجب البحث عن وسيلة أخرى تكون أكثر فعالية وإلا سوف يتوقف المتعاقد إجباريا عن التنفيذ، وهو ما يؤدي في النهاية للمساس بالمصلحة العامة وعرقلة سير المرفق العام.

الفرع الثاني: خصوصية الفسخ في نظرية عمل الأمير

سبق أن قلنا أنه يجب البحث عن وسيلة أكثر فعالية نظرا لأن العقد أصبح تنفيذه مستحيلا، ويمكن القول بأن الوسيلة المناسبة والفعالة هي فسخ العقد، حيث يكون الفسخ من الإدارة بإرادتها المنفردة أو بطلب من المتعاقد للإدارة بفسخ العقد، وفي حال امتنعت الإدارة عن الرد والتزمت بالسكوت يمكن للمتعاقد اللجوء للقضاء من أجل المطالبة بفسخ العقد لاستحالة تنفيذه.²

ومن أمثلة عمل الأمير والتي تجعل تنفيذ العقد أمرا مستحيلا، صدور تشريع جديد يمنع استيراد سلعة أو بضاعة معينة كانت محلا للتعاقد ولا يمكن الحصول عليها إلا من الخارج نظرا لعدم توافرها، أو اتخاذ الإدارة المتعاقدة قرارا بإدارة المرفق العام الذي يديره المتعاقد عن طريق توفير أجهزة كمبيوتر حديثة بدلا من الأجهزة القديمة، وهنا لا يستطيع المتعاقد استبدال الأجهزة القديمة بالأجهزة الحديثة نظرا لتجاوز إمكانياته المادية، وعليه يحق له المطالبة بفسخ العقد نظرا لاستحالة تنفيذه.³

تجدد بنا الإشارة إلى أن فسخ العقد في نطاق نظرية عمل الأمير يختلف كليا عن الفسخ في حالة القوة القاهرة، لأن الفسخ يكون حقا للمتعاقد إذا زادت التزاماته التعاقدية عن حدودها وأصبح التنفيذ أمرا مرهقا فله الحرية أن يستخدم الفسخ أم لا، على خلاف مسألة الفسخ في حالة القوة القاهرة والذي يضع المتعاقد جبرا عنه في استحالة التنفيذ فهو أمر خارج عن إرادته.⁴

¹ السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص 293.

² عدي إسماعيل خضر، المرجع السابق، ص 179.

³ السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص 293.

⁴ عدي إسماعيل خضر، المرجع السابق، ص 180.

الفرع الثالث: آثار الفسخ في نظرية عمل الأمير

تترتب آثار فسخ العقد من تاريخ طلب المتعاقد للفسخ وليس من تاريخ صدوره من جانب الإدارة أو بواسطة حكم من القضاء الإداري، وبذلك يعفى ويتحرر المتعاقد من تنفيذ التزاماته التعاقدية وغيرها من النتائج المترتبة عليها كغرامة التأخير مثلا، وبذلك يكون فسخ العقد في هذه الحالة قد حقق توازنا بين مصلحة المرفق العام والذي يشترط أن تكون الإجراءات الإدارية مشروعة من أجل سيره بانتظام، وحق المتعاقد إذا حدثت زيادة في التزاماته والتي لا تتناسب مع قدراته المالية والفنية.¹

أما إذا توقف المتعاقد عن تنفيذ العقد فإن ذلك يعرضه لتوقيع عقوبات مالية من طرف الإدارة، كما أن استمراره لتنفيذ العقد في ظل الظروف والمتطلبات الجديدة غير مناسب لقدراته وإمكانياته المادية، وهو ما قد يؤدي به لتوقفه إجباريا عن متابعة التنفيذ وضياع حقه في التوازن المالي، لذلك فإن التوفيق بين مصلحة المرفق العام يقتضي منح المتعاقد الحق في فسخ العقد الذي تم تعديل التزاماته بالزيادة، مما يتيح للإدارة إمكانية البحث عن متعاقد جديد يكون أكثر توافقا مع احتياجات المشروع في ظل الأوضاع الجديدة.²

فقيام المتعاقد بطلب فسخ العقد يكون نتيجة لتصرف الإدارة بما أصدرته من إجراءات أرهقت كاهله، ففعل الإدارة يعد السبب الرئيسي والمباشر وراء طلب المتعاقد لفسخ العقد، فهذا الأخير كان يسعى لتنفيذ التزاماته التعاقدية من أجل الحصول على الربح والفائدة التي تعاقد أساسا من أجلها، كما أنه لم يقصر في تنفيذ التزاماته فيجب على الإدارة عدم حرمانه من الأرباح التي كان يريد تحقيقها، كما يحق له أن يحصل على التعويضات المستحقة في حال اختلت الموازنة في الشروط المالية، والتعويض دائما يشمل ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاته من كسب.³

¹ السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص 295.

² عدي إسماعيل خضر، المرجع السابق، ص 180.

³ السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص 297.

الفصل الثاني

اختلال التوازن المالي لأسباب خارجة عن الإدارة

الفصل الثاني: اختلال التوازن المالي لأسباب خارجة عن الإدارة

قد تكون الإدارة سببا لتعرض المتعاقد لأضرار ناجمة عن تصرفاتها، وهذا ما تطرقنا له سابقا في نظرية عمل الأمير التي تهدف لحماية المتعاقد من شتى الأخطار التي قد تصيبه بواسطة الإدارة، إلا أن ذلك لا يعني أنها السبب الوحيد في اختلال التوازن المالي وإنما توجد هناك عوامل خارجية مستقلة كالتقلبات الاقتصادية، أو التحولات الاجتماعية، أو الكوارث الطبيعية، وقد تتمثل فيما يواجه المتعاقد من صعوبات مادية بموقع تنفيذ العقد.

ويمكن أن تؤدي هذه الحوادث إلى إلحاق ضرر جسيم بالمتعاقد وجعل تنفيذ العقد مرهقا من الناحية المالية وإن لم ترقى لدرجة الاستحالة المطلقة للتنفيذ، وعليه ابتكر مجلس الدولة الفرنسي نظريتين لمواجهة الظروف الخارجية التي تؤدي لاختلال التوازن المالي للعقد.

ومن أجل معرفة أسباب اختلال التوازن المالي لأسباب خارجة عن الإدارة، ارتأينا لتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين كالتالي:

* (المبحث الأول): نظرية الظروف الطارئة.

* (المبحث الثاني): نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

المبحث الأول: نظرية الظروف الطارئة

عند تنفيذ العقد الإداري قد يواجه المتعاقد ظروف خارجة عن إرادته ولم يكن في الوسع توقعها لحظة إبرام العقد، حيث تؤدي لقلب اقتصاديات العقد، ومن بين النظريات التي تحمي المتعاقد من هذه الحوادث نجد نظرية الظروف الطارئة، لذلك سنحاول الحديث عن تعريف هذه النظرية، ثم التطرق لشروط تطبيقها، إلى حين الوصول لأثارها، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: تعريف نظرية الظروف الطارئة

تعتبر نظرية الظروف الطارئة إحدى أبرز النظريات الحديثة والتي تزايدت في الآونة الأخيرة، نظرا لكثرة الأزمات الاقتصادية العالمية التي تؤثر على تنفيذ العقود الإدارية، ونظرا لغموض هذه النظرية سنتطرق للبحث عن تعريفها لغة، وفقها، وقضاء، وتشريعا، وذلك كما يلي:

الفرع الأول: التعريف اللغوي لنظرية الظروف الطارئة

الظروف في اللغة: " جمع ظرف، ومعناه دائر على وعاء الشيء، ومن ذلك أيضا إطلاق الظروف على الحال ".¹

أما كلمة الطارئة في اللغة، " فهي اسم الفاعل من طرأ، ومعناه جاء فجأة ومن بعيد، والطارئ هو الغريب خلاف الأصلي، وهكذا يكون معنى الظروف الطارئة في اللغة: هي جميع الأحوال الغريبة التي تأتي فجأة ولا يدري من أين أتت ".¹

الفرع الثاني: التعريف الفقهي لنظرية الظروف الطارئة

لقد تعددت التعريفات الفقهية لنظرية الظروف الطارئة فقد عرفها البعض بقولهم " عندما تختل اقتصاديات العقد اختلالا جسيما نتيجة ظروف استثنائية لم يكن في الوسع توقعها عند إبرام العقد ويؤدي هذا الاختلال إلى جعل تنفيذ العقد أكثر إرهاقا للمتعاقد بما يترتب عليه من خسائر تجاوز في حدتها الخسارة العادية المألوفة في التعامل فإن للمتعاقد الحق في طلب مساعدة من جهة الإدارة للتغلب على هذه الظروف ومشاركته في تحمل جزء من الخسارة التي حاقت به ".²

¹ نقلا عن هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 99.

² مجدوب عبد الحليم، " عوارض تنفيذ العقد الإداري - نظرية الظروف الطارئة أنموذجا - " ، مجلة الدراسات القانونية، المجلد 08، العدد 02، جامعة يحيى فارس بالمدينة، 2022، ص 1144.

وقد عرفها البعض بأنها " عبارة عن ظروف وأحداث لم تكن متوقعة حدثت أثناء تنفيذ العقد الإداري، وأدت إلى قلب اقتصاديات العقد، وكان من شأن هذه الظروف أن تجعل تنفيذ العقد أكثر عبأ وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول، بحيث تكون الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوزت الخسارة العادية التي يتحملها أي متعاقد إلى خسارة فادحة استثنائية وغير عادية، فإن من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسارة التي تحملها فيعوض تعويضا جزئيا " ¹.

كما نجد الفقيه الفرنسي بيكنو (Péquignot) عرف نظرية الظروف الطارئة بقوله " إذا طرأت ظروف عامة لم تكن متوقعة عند إبرام العقد وكان من شأنها قلب اقتصاديته بطريقة تجعل تنفيذه أمرا مرهقا وإن لم يكن مستحيلا ولم يكن في إمكان الطرفين المتعاقدين توقع ذلك الإرهاق فإن للمتعاقد أن يطلب من الإدارة أن تساعد في تنفيذ العقد عن طريق مقاسمته أعباء الظروف الطارئ في صورة تعويض يحسب على أساس العجز الذي يتحمله المتعاقد وبمراعاة كافة ظروف العقد " ².

أما في مصر فهناك من عرفها بأنها " الظروف الاستثنائية الخارجة عن إرادة الإدارة والمتعاقد معا، والتي تقع أثناء قيام المتعاقد بتنفيذ العقد وتؤدي إلى جعل تنفيذه مرهقا بالنسبة له من الناحية المالية وتعجزه عن تنفيذه، أي بمعنى آخر تؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد بشكل جسيم، مما يحتم على الإدارة تقدير تعويض مالي له يعيد للعقد توازنه ويعيد للمتعاقد قدرته على الاستمرار في تنفيذ العقد " ³.

نجد في الجزائر الفقهاء الذين عرفوا نظرية الظروف الطارئة ومنهم الأستاذ محمد الصغير بعلي (المخاطر الاقتصادية) والتي يعني بها " قيام وظهور أحداث ووقائع مفاجئة لدى تنفيذ الصفقة في شكل أزمات اقتصادية، حروب، زلزال ... " ⁴.

¹ محمد أبو بكر عبد المقصود، " إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ظل الأزمة المالية العالمية " نظرية الظروف الطارئة "، المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر الجوانب القانونية والاقتصادية للأزمة المالية العالمية، بقاعة السنهوري بكلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، في الفترة من 1 _ 2 إبريل 2009، ص ص 497-498.

² لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق، ص 65.

³ محفوظ عبد القادر، المرجع السابق، ص 81.

⁴ محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 292.

في حين يرى الأستاذ عمار عوابدي أن نظرية الظروف الطارئة تتلخص في " إذا ما وجدت وطرأت بعد إبرام العقد الإداري ظروف استثنائية خارجية، لم تكن في الحسبان ولم يكن في الإمكان توقعها وقت إبرام العقد، وترتب على حدوث هذه الظروف اختلال التوازن المالي للعقد اختلالاً خطيراً لدرجة يصبح تنفيذ الالتزامات التعاقدية من طرف المتعاقد مع الإدارة أشد إرهاقاً وأكثر تكليفاً بكثير من القدر الذي توقعه المتعاقدان وقت إبرام العقد، فإذا ما طرأت هذه الظروف الطارئة والاستثنائية جاز وحق للطرف المتعاقد أن يطالب الإدارة المتعاقدة بالمساهمة في تحمل جزء من التكاليف والأعباء المستجدة بالتعويض تعويضاً جزئياً عن الخسارة التي لحقت به ".¹

ومن خلال تطرقنا لبعض التعريفات الفقهية المختلفة، نلاحظ بأن الفقهاء لم يختلفوا في تعريفاتهم لهذه النظرية، كما تطرقوا لذكر شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وذكر أثر هام من أثارها والمتمثل في تعويض المتعاقد تعويضاً جزئياً عما لحقه من خسائر.

الفرع الثالث: التعريف القضائي لنظرية الظروف الطارئة

عرفت المحكمة الإدارية العليا في مصر نظرية الظروف الطارئة بقولها " إن تطبيق نظرية الظروف الطارئة تستلزم أن تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية أو من عمل جهة إدارية غير الجهة المتعاقدة أو من عمل إنسان آخر، لم تكن في حسبان المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك لها دفعا ومن شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد إخلالاً جسيماً فإذا ما توافرت هذه الشروط مجتمعة التزمت جهة الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في تحمل نصيباً من خسائره، ضماناً لتنفيذ العقد على الوجه الذي يكفل حسن تنفيذ المرافق العامة بانتظام واضطراد... ".²

كذلك عرف القضاء السعودي نظرية الظروف الطارئة بأنها " إذا حدث أثناء تنفيذ العقد الإداري أن طرأت ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد فقلبت اقتصادياته، وكان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً بل أثقل عبئاً وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول، فنشأت عنها خسارة جسيمة تتجاوز في فداحتها الخسارة المألوفة

¹ عمار عوابدي، القانون الإداري - النشاط الإداري -، الجزء الثاني، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2019، ص ص 226-227.

² نورالدين عبابسة، المخاطر في عقد الصفقة العمومية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم القانونية، تخصص قانون إداري وإدارة عامة، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة 1، 2021/2022، ص 130.

العادية التي يتحملها أي متعاقد، فإن من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسارة التي تحملها فيعوضه عنها تعويضا جزئيا، وبذلك يضيف إلى التزامات المتعاقد معها التزاما جديدا لم يكن محل اتفاق بينهما¹.

وبالرجوع للقضاء الجزائري نجده أشار لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، وذلك يتضح من خلال قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا الصادر بتاريخ 10 أكتوبر 1993 في ملف رقم 99694 حول قضية (د.ح) ضد (المجلس الشعبي البلدي لبلدية عين الباردة)، حيث جاء فيها " ولما ثبت - من مستندات القضية الحالية - أن السوق محل العقد المبرم بين المستأنف والمستأنف عليه (رئيس بلدية عين الباردة) بقي مغلقا بسبب مرض الحمى الذي أصاب المواشي، فإن ذلك يعد حادثا استثنائيا غير متوقعا، يجب الأخذ به "².

نلاحظ من خلال وقائع القضية أن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا قد اعتبرت مرض الحمى الذي أصاب المواشي من الحوادث الاستثنائية غير المتوقعة، ومن أجل تطبيق العدالة وإعادة التوازن للعقد بين الطرفين لجأ القضاء الإداري إلى ضرورة تطبيق نظرية الظروف الطارئة لحماية المتعاقد من الخسائر وتعويضه عنها، وهذا ما يظهر جليا من خلال قرار المحكمة المذكور أعلاه.

الفرع الرابع: التعريف التشريعي لنظرية الظروف الطارئة

عرف المشرع الجزائري نظرية الظروف الطارئة في أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 78 الصادرة في 30 سبتمبر سنة 1975، حيث تنص المادة 3/107 من هذا أمر على ما يلي " غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك "³.

¹ محفوظ عبد القادر، المرجع السابق، ص 83.

² أنظر القرار رقم 99694 الصادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، بتاريخ 10/10/1993، حول قضية (د.ح) ضد (المجلس الشعبي البلدي لبلدية عين الباردة)، المجلة القضائية، العدد الأول، الجزائر، 1994، ص 217.

³ الفقرة الثالثة من المادة 107 من أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 78 الصادرة في 30 سبتمبر سنة 1975.

ومن خلال مختلف التعريفات السابق ذكرها يمكننا استخلاص تعريفنا الشخصي حول نظرية الظروف الطارئة والمقصود بها هي ظروف استثنائية عامة تقع أثناء تنفيذ العقد، تكون غير متوقعة وليست مرتبطة بإرادة المتعاقدان، يترتب عليها قلب اقتصاديات التوازن العقدي، وتؤدي لإرهاق المتعاقد وإصابته بخسائر فادحة تفوق حجم ومقدار الخسائر العادية، مما يحق له طلب المساعدة من الإدارة بتقديم تعويض جزئي يغطي بها قليلا حجم الأضرار، وذلك من أجل مواصلة المتعاقد في التنفيذ تحقيقا للمصلحة العامة.

المطلب الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

لتطبيق نظرية الظروف الطارئة لابد من توفر مجموعة من الشروط والتي اتفق الفقه والقضاء الإداري عليها، فمنها من يتعلق بالظرف الطارئ والأخرى تتعلق بالمتعاقد، وسنتطرق لهما بشيء من التفصيل وذلك كالتالي:

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالظرف الطارئ

لكي يتصف الظرف الذي وقع للمتعاقد بأنه ظرف طارئ لابد من توفره على الشروط التالية:

أولاً: أن يكون الظرف الطارئ عاما

والمقصود بشرط العمومية أن يكون الظرف شاملا لطائفة من الناس، بمعنى أنه ليس خاصا بالمتعاقد وحده، كحدوث فيضان عالي يؤدي لغرق مساحة واسعة من الأراضي، أو انتشار الأوبئة والأمراض، أما إذا كانت هذه الحوادث ذات طبيعة خاصة مثل مرض أصاب المتعاقد، أو حدوث حريق في محصلواته، فإنها لا تعد سببا كافيا لتطبيق هذه النظرية، ولا يجوز له التخلي عن تنفيذ التزاماته التعاقدية، لأن هذه الظروف لا تشمل عددا كبيرا من الأفراد فهي خاصة بالمتعاقد وحده.¹

فقد ترتبط عمومية الظرف الطارئ بالجانب الشخصي حيث يتحدد بعدد الأفراد المتأثرين به، وقد تكون مرتبطة بالجانب الإقليمي بحيث يقدر بمقدار المساحة أو بعدد الأقاليم المتضررة، كما قد يجتمع هذين العنصرين معا لتحديد مدى تحقق شرط العمومية.²

¹ سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)، دار الكتاب الحديث، مصر، 2006، ص ص 104، 105.

² أبصير طارق، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على العقود الإدارية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص حقوق، فرع قانون مدني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليايس، سيدي بلعباس، 2023/2022، ص 220.

ثانياً: أن يكون الظرف الطارئ استثنائياً

والمقصود بالظرف الاستثنائي هو الظرف الذي يكون نادر حصوله ولا يدخل في الحساب بحيث يبدو شاذاً بحسب المألوف من شؤون الحياة، بمعنى أنه لا يندرج ضمن الحوادث المعلومة، حيث تتصف هذه الظروف الاستثنائية عندما تقع في هذه الحالات بأنها قليلة وغير معتادة وأيضاً تكون خارجة عن المألوف، مثل وقوع الزلازل، أو اندلاع الحروب، أما الحوادث التي تعتبر غير الاستثنائية هي ارتفاع أو انخفاض الأسعار وتكرار الفيضانات بمنسوب محدد.¹

وبالرجوع للمشرع الجزائري نجده أكد على ضرورة وجود الظرف الاستثنائي، حيث نصت المادة 3/107 من القانون المدني على ما يلي " غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية... ".²

من خلال نص هذه المادة نجد أن اشتراط المشرع للظرف الاستثنائي هو أمر منطقي من أجل تطبيق هذه النظرية، لأن القاضي لا يمكنه التدخل مباشرة لتعديل العقد بمجرد وقوع حادث طبيعي ومألوف بل يشترط في الحادث أن يكون استثنائياً ومختلف تماماً.

ثالثاً: أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع

يقصد بهذا الشرط أن يكون الظرف غير متوقع لحظة إبرام المتعاقدين للعقد، ويستحيل دفعه أو تداركه بعد وقوعه، فهو من قبيل الظروف الاقتصادية مثل ارتفاع الأسعار ارتفاعاً جنونياً أو حدوث زلزال أو فيضان، أو اندلاع الحروب...، فهذا الشرط ينطوي على معنى المفاجأة في صورة معينة، كأن يجد المتعاقد نفسه في حالة لم يكن يتوقعها ولم يتم النص عليها في العقد أو تلك الدراسات الأولية للمشروع التي قام بها المتعاقد بالرغم من الحذر والحيلة التي اتخذها قبل إبرام العقد، أما في حالة ما إذا كان المتعاقد قد توقع ارتفاع تلك الأسعار لكنه لم يستطع تقدير الحد التي سترتفع إليه ففي هذه الحالة يحق للمتعاقد أن يطالب الإدارة بتعويضه عن هذه الأضرار، لأن شرط عدم التوقع لم يتحقق بعد.³

¹ مصعب أياد ابراهيم الكروي، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على العقد الإداري (دراسة مقارنة بين القانون الأردني والعراقي والمصري)، رسالة لنيل متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون العام، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2021، ص 48.

² أنظر الفقرة الثالثة من المادة 107، أمر رقم 75-58.

³ عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه - القضاء - التشريع، منشأة المعارف، مصر، 2003، ص 57.

نجد أن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا الجزائرية قضت في قرارها الصادر بتاريخ 13 ديسمبر 1986 " برفض طلب التعويض المقدم من طرف الشركة "V.B" عن الخسائر التي لحقتها بسبب فرض ضرائب جديدة على الإنتاج تقدر ب 2.5%، على أساس أن هذه الضرائب كانت متوقعة عند إبرام الصفقة العمومية، وبالتالي لا يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة لتخلف شرط عدم التوقع ¹.

ويعد هذا الشرط جوهريا ومن أهم شروط هذه النظرية، فهو الذي استتبعت منه اسمها حيث تسمى كذلك " بنظرية الظروف غير المتوقعة "، لذلك يشترط في الحادث الطارئ شرط عدم التوقع، وقد عبر عنه مفوض الدولة الفرنسي Corneille في قضية Fromassol بقوله الحادث غير المتوقع هو الحادث الذي يفوق كل الحسابات التي أجراها أطراف العقد أثناء إبرامهم، فهو يفوق كل الحدود المتوقعة التي كان يتوقعها المتعاقد، كما أن مجلس الدولة الفرنسي أقر بضرورة توفر شرط عدم التوقع، وتشدد فيه وجعله من أهم الشروط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة.²

رابعا: أن يقع الظرف الطارئ أثناء تنفيذ العقد

يشترط كذلك لتطبيق هذه النظرية أن يقع الظرف الاستثنائي خلال مدة تنفيذ العقد وقبل انقضائها، فلا يعد من قبيل الظروف الطارئة كل الحوادث التي وقعت قبل إبرام العقد لأن للمتعاقد الحرية في الإبرام أو الامتناع، أما إذا قبل المتعاقد إبرام ذلك العقد رغم وجود تلك الحوادث فلا يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة، ونفس الأمر لا تعد من قبيل الظروف الطارئة كل الحوادث التي تقع بعد الانتهاء من التنفيذ.³

نجد أن هذا الشرط أكد عليه مجلس الدولة الفرنسي في قرار له بتاريخ 29 أبريل 1981 حول قضية (Bernard) والتي كان مقتضاها بأن وقوع الحوادث الطارئة قبل إبرام العقد الإداري يؤدي إلى عدم إمكانية تطبيق هذه النظرية، ومن ثم ضياع حق المتعاقد في التعويض عن الأضرار التي لحقت بسبب هذا الحادث.⁴

¹ عبد الحفيظ مانع، محمد هاملي، " أثر نظرية الظروف الطارئة على تنفيذ العقد الإداري - دراسة مقارنة - " ، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 07، العدد 01، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، جانفي 2022، ص 19.

² سليم قديان، المرجع السابق، ص 309.

³ محمد أبو بكر عبد المقصود، المرجع السابق، ص 508.

⁴ عبد الحفيظ مانع، محمد هاملي، المرجع السابق، ص 20.

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالمتعاقد

سنحاول التطرق لأهم الشروط الواجب توفرها في المتعاقد الذي يواجه الحوادث الاستثنائية أثناء تنفيذ العقد، وهذه الشروط تتمثل فيما يلي:

أولاً: أن يكون الطرف الطارئ مستقلاً عن إرادة المتعاقدين

يشترط في الطرف كذلك ألا يكون ناتجاً عن إرادة أحد المتعاقدين ويجب أن يكون مستقلاً عنهم، فإذا كان الطرف الطارئ راجع إلى خطأ أو فعل أو إهمال الإدارة فهنا تطبق نظرية فعل الأمير وليس الظروف الطارئة، أما إذا كان الخطأ راجعاً للمتعاقد فلا يستفيد من شيء بسبب خطئه فيتحمل الخسارة وحده، أما في حالة حدوث الطرف بسبب خارجي مستقل عنهم أي أجنبي، فهنا يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة ويستطيع المتعاقد المطالبة بالتعويض عما لحقه من خسارة فادحة، فلا بد أن يكون هذا الشرط مؤكداً.¹

نجد أن محكمة القضاء الإداري المصرية اشترطت هذا الشرط وذلك في حكمها الصادر في 30 جوان 1957 بقولها " انه يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون الحادث أو الطرف خارجاً عن إرادة المتعاقدين ولا دخل لهذه الإرادة في وقوعه ".²

ثانياً: أن يؤدي الطرف الطارئ إلى قلب اقتصاديات العقد

يشترط الفقه والقضاء الإداري لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن تؤثر الظروف على المتعاقد بدرجة تجعل الخسائر فادحة وتتجاوز الخسائر العادية المألوفة، فيترتب على ذلك اختلال التوازن المالي وقلب اقتصاديات العقد بحيث يصبح تنفيذ الالتزامات أمراً مرهقاً للغاية.³

وعليه لا يمكن القول بأن المتعاقد قد تعرض لحالة إرهاب لمجرد تغير أسعار المواد صعوداً أو هبوطاً وفقاً لما جرت عليه تقلبات الأسواق، ولكي تتحقق حالة الإرهاب يجب أن يكون التنفيذ أكثر تكلفة بدرجة غير معقولة، وممكناً لكنه يكلف المتعاقد خسارة فادحة تخل بالتوازن المالي.⁴

¹ عدي إسماعيل خضر، المرجع السابق، ص 317.

² محفوظ عبد القادر، المرجع السابق، ص 103.

³ احمد سلامة بدر، المرجع السابق، ص 234.

⁴ اقصاصي عبد القادر، " نظرية الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ الالتزام التعاقدية " ، المجلة الإفريقية للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد 02، جامعة أحمد دراية، أدرار، ديسمبر 2018، ص 136.

ومن ثم فإن نظرية الظروف الطارئة لا تطبق عندما تكون الخسائر عادية فقط مثل خسارة الأرباح المتوقعة، إلا إذا بلغ الضرر حدا يتجاوز ما يعد مقبولا جراء الظرف الطارئ، والأمر يرجع للقاضي في تقديره حسب الظروف المحيطة بالظرف.¹

وقد أكدت محكمة القضاء الإداري في مصر على أن الخسارة التي تلحق بالمتعاقد يجب أن تكون غير عادية واستثنائية لتطبيق هذه النظرية، ويظهر ذلك في حكمها الصادر بتاريخ 1960/06/19 بقولها " إن مقتضى نظرية الظروف الطارئة أن يكون الظرف الطارئ أثقل كلفة مما قدره المتعاقدان تقديرا معقولا بأن تكون الخسارة الناشئة عنه والتي تلحق بالمتعاقد فادحة واستثنائية تجاوز الخسارة العادية، بمعنى أنه إذا لم يترتب على الظرف الطارئ خسارة ما أو كانت الخسارة طفيفة بالنسبة إلى عناصر الضرر في مجموعه أو انحصر كل أثر الظرف الطارئ في تفويت فرصة الربح على المتعاقد، فإنه لا يكون ثمة مجال لإعمال أحكام هذه النظرية ".²

وفي الأخير يمكن القول بأن نظرية الظروف الطارئة تعتمد بشكل رئيسي على توفر جميع شروطها مجتمعة معا، بحيث لو تخلف أي شرط منها فإن ذلك سيؤدي لسقوط حق المتعاقد في التعويض، كما أن هذه النظرية لا تعفي المتعاقد من تنفيذ التزاماته التعاقدية، بل تهدف إلى تحقيق العدالة وإعادة التوازن المالي بين الأطراف المتعاقدة.

المطلب الثالث: الآثار المترتبة على تطبيق نظرية الظروف الطارئة

يترتب على تطبيق نظرية الظروف الطارئة التزامات متبادلة تقع على المتعاقد والإدارة معا، تتمثل في التزام المتعاقد بالاستمرار في التنفيذ، وكذلك التزام الإدارة بمساعدة المتعاقد وتعويضه جزئيا عن الخسارة، وسوف نتطرق لهما كما يلي:

الفرع الأول: التزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد

ترتبط المتعاقد بالإدارة علاقة تعاقدية قائمة على أساس التعاون والتشارك من أجل تحقيق الأهداف المتفق عليها، إذ ينبغي عليهما بذل جهد مشترك لتنفيذ التزاماتهما التعاقدية والتي تهدف لتحقيق المنفعة العامة، وكذا تقديم خدمات المرفق العام للمنتفعين³، ولا يتم هذا إلا بمواصلة

¹ احمد سلامة بدر، المرجع السابق، ص 234.

² جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 233.

³ سعيد السيد العلي، المرجع السابق، ص 150.

المتعاقد في تنفيذ التزاماته حتى في ظل وجود الظروف الطارئة، ما دامت هذه الظروف لا تجعل التنفيذ مستحيلا، لأن المتعاقد لا يعفى من تنفيذ التزاماته بسبب ظرف طارئ ما دام باستطاعته تحمل ذلك، إلا في حالة حدوث قوة قاهرة التي تجعل التنفيذ مستحيلا.¹

فمواجهة المتعاقد لتلك الظروف أثناء الوفاء بالتزاماته لا تبرر له التمسك بنظرية الظروف الطارئة، لأن التوقف عن التنفيذ يعرضه لجزاءات تفرضها الإدارة عليه مثل غرامات التأخير، وعليه لا يعد ظرف الطارئ سببا للامتناع عن تنفيذ العقد.²

ففكرة استمرار المتعاقد في تنفيذ العقد رغم العراقيل والظروف الغاية منها والهدف الرئيسي يتمثل في تحقيق المصلحة العامة، وهذا ما أكده وحرص عليه مجلس الدولة الفرنسي من خلال قراره في قضية غاز بوردو حيث نص على " إن التزام المتعاقد بمواصلة تنفيذ العقد على الرغم من الارتفاع غير المتوقع لأسعار الفحم ما هو إلا التزام مستمد من قاعدة دوام سير المرافق العامة بانتظام واضطراد ".³

كما أن القضاء الإداري المصري قد حرص على ضرورة استمرار المتعاقد في تنفيذ العقد بالرغم من وجود ظروف طارئة، وهو ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر في 1985/11/30 بقولها " ليس مؤدى تطبيق نظرية الظروف الطارئة بعد توافر شروطها أن يمتنع المتعاقد فورا عن تنفيذ التزاماته الواردة بالعقد، وللمتعاقد أن يدعو الإدارة المتعاقد معها لمشاركته في تحمل نصيب من الخسارة التي حاقت به نتيجة تنفيذ العقد في ظل الظروف الطارئة، فإذا رفضت جهة الإدارة يلجأ المتعاقد إلى القضاء ".⁴

من خلال ما تقدم ذكره نجد أن فكرة استمرار المتعاقد في التنفيذ تلعب دورا أساسيا في حماية المرافق العامة وعدم توقيف سير نشاطها واستمراريتها، فالعلاقة بين المتعاقد والمصلحة العامة يربطها فكرة الاستمرارية وعدم توقيف التنفيذ لأي ظرف كان، مما يستلزم بذل جهد كبير من المتعاقد في سبيل تحقيق الهدف المنشود، كما أن الاستمرار في التنفيذ يعتبر من أهم الشروط للحصول على التعويض.

¹ لمياء هاشم سالم قبيع، المرجع السابق، ص 95.

² سعيد السيد علي، المرجع السابق، ص 151.

³ محفوظ عبد القادر، المرجع السابق، ص 212.

⁴ المرجع نفسه، ص 213.

الفرع الثاني: التزام الإدارة بتعويض المتعاقد تعويضاً جزئياً

إذا استمر المتعاقد في الوفاء بالتزاماته التعاقدية، فإن ذلك يقابله التزام الإدارة بمشاركة المتعاقد في تحمل جزء من الخسارة المالية التي تسبب فيها الظرف الطارئ، والهدف منه تخفيف العبء ومساعدته على المواصلة في التنفيذ، لضمان استمرارية سير المرفق العام بانتظام.¹

والتعويض المالي الذي تمنحه وتقدمه الإدارة للمتعاقد في حالة حدوث الظرف الطارئ يعتبر وسيلة لجبر الأضرار التي لحقت نتيجة تغير الظروف غير المتوقعة والمحيطة بالتنفيذ²، كما أن التعويض الذي سيحصل عليه المتعاقد في هذه الحالة يكون تعويضاً جزئياً ويتسم بالطابع المؤقت، لغاية انتهاء الظرف الطارئ وعودة التوازن المالي للعقد الإداري لطبيعته أثناء إبرام العقد، بمعنى أن التعويض يرتبط مع الظرف الطارئ وجوداً وعدماً.³

ومن خلال حديثنا عن التعويض الجزئي للمتعاقد نجد أن نظرية الظروف الطارئة تختلف تماماً عن باقي نظريات التوازن المالي، هذا الأمر يدفعنا للبحث عن سلطات القاضي في مواجهة الظروف الطارئة، ومن ثم تحديد نطاق التعويض، وهو ما سنحاول شرحه فيما يلي:

أولاً: سلطات القاضي في مواجهة الظروف الطارئة

يتمتع القاضي المدني بسلطة تعديل التزامات المتعاقدين، بما يضمن إعادة التوازن المالي للعقد إلى وضعه المعقول استناداً لقواعد القانون الخاص، بينما نجد العكس بالنسبة للقاضي الإداري فلا يملك سلطة التعديل وإنما يحق له تعويض المتعاقد عما أصابه من أضرار نتيجة للظروف التي واجهته، ويرجع هذا السبب لمبدأ أساسي وجوهري في القانون الإداري والمتمثل في أن القاضي الإداري لا يملك سلطة توجيه أوامر للإدارة، لأن تمكينه من هذه السلطة يعني إلزام الإدارة بتعديل بعض الشروط التي أدرجتها في العقد⁴، ولو أتيح للقاضي الإداري أن يغير ويعدل في شروط العقد دون موافقة الإدارة فإن هذا سيعرض المصلحة العامة للخطر، ومن أجل تحقيق النفع العام وجب أن تظل شروط العقد قائمة ولا يمكن تعديلها إلا بموافقة الإدارة.⁵

¹ عدي إسماعيل خضر، المرجع السابق، ص 323.

² أبصير طارق، المرجع السابق، ص 301.

³ هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 139.

⁴ عبد الحفيظ مانع، محمد هاملي، المرجع السابق، ص ص 23، 24.

⁵ حسين طاهري، المرجع السابق، ص 255.

نلاحظ بأن سلطات القاضي الإداري في مواجهة الظروف الطارئة مقيدة حيث تقتصر فقط على الحكم بالتعويض ودون المساس بشروط العقد أو تعديلها، على عكس القاضي العادي والذي يملك سلطات واسعة في مواجهة الظروف الطارئ وذلك من خلال إمكانية تعديله لشروط العقد بما يحقق الموازنة بين الأطراف.

ثانياً: نطاق التعويض المستحق للمتعاقد مع الإدارة

القاعدة العامة التي يلجأ إليها القاضي الإداري في سبيل تحديد التعويض الذي يستحقه المتعاقد نتيجة للظروف الطارئة يحسب على أساس الخسائر التي تحملها المتعاقد، لذلك لا بد من البحث عن نطاق هذا التعويض والذي يتمثل في العوامل الثلاثة التالية:

1 تحديد فترة سريان الظرف الطارئ

تعتبر مساعدة الإدارة للمتعاقد التزاماً مؤقتاً وليس دائماً، فهي تشمل فقط الفترة التي تأثر فيها تنفيذ العقد لظروف طارئة والتي أخلت بالتوازن العقدي، بمعنى أن مصيرها الزوال، حيث يطلق عليها كذلك تسمية الفترة غير التعاقدية، لأن المتعاقد يتحمل خلالها أعباء مالية ونفقات لم تكن متوقعة أثناء إبرامه للعقد.¹

كما تعتبر لحظة بدء سريان الظرف الطارئ نقطة مهمة وجوهرية، لأن عملية حساب الأضرار التي لحقت بالمتعاقد تبدأ من تاريخ وقوع هذا الظرف، وليس من تاريخ تقديم طلب التعويض، وتبدأ فترة سريان الظرف عندما تتجاوز الأسعار الحد الأقصى المتوقع، بمعنى عندما ترتفع الأسعار ارتفاع غير طبيعي واستثنائي.²

نجد أن القضاء الفرنسي يعتمد في حساب قيمة التعويض على تاريخ وقوع الحادث، دون ربطه بتاريخ المطالبة بالتعويض، كما يعفى المتعاقد من توجيه إعدار لجهة الإدارة كشرط للحصول على التعويض، وعليه قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 1960/12/20 في قضية la pomme de terre بأن " العبرة في تحديد الأسعار التي يمكن أن تؤخذ في الاعتبار كظرف طارئ هو التاريخ الذي يعتبر من تنفيذ العقد ".³

¹ سعيد السيد علي، المرجع السابق، ص 169.

² عبد الحفيظ مانع، محمد هاملي، المرجع السابق، ص 25.

³ حسين طاهري، المرجع السابق، ص 256.

2 تحديد الخسارة التي لحقت بالمتعاقد نتيجة الظرف الطارئ

إن التعويض الممنوح وفقا لنظرية الظروف الطارئة يجب ألا يهدف لتحقيق أي ربح للمتعاقد مع الإدارة، فالتعويض في هذه الحالة لا يتناول ما فاتته من كسب، بل يقتصر على الخسارة التي لحقت فعلياً نتيجة هذا الظرف، كما أن التعويض لا يشمل كامل الخسارة فالمتعاقد يتحمل جزء منها والنصيب الأكبر يقع على عاتق الإدارة.¹

ومن أجل تحديد الخسارة التي لحقت بالمتعاقد في ظل الظرف الطارئ، ينبغي على القاضي الاستعانة بخبراء من أجل الموازنة بين ما حققه المتعاقد من أرباح وما أصابه من خسائر خلال فترة استمرار ذلك الظرف.²

نجد أن مجلس الدولة الفرنسي يقوم بتقدير قيمة الخسائر التي لحقت بالمتعاقد خلال فترة استمرار الظرف الطارئ على الاعتبارات التالية:

➤ لا تدخل في حساب الخسارة الأرباح التي كان من المتوقع أن يجنيها المتعاقد لو واصل تنفيذ العقد في حالته الطبيعية.³

➤ لا تحتسب ضمن الخسائر جميع الأرباح التي حصل عليها المتعاقد قبل وقوع الظرف الطارئ، كما لا يؤخذ بعين الاعتبار الأرباح المستقبلية التي قد تتحقق له بعد انتهاء الظرف.⁴

➤ الخسائر التي وقعت قبل ظهور الظرف الطارئ لا تحتسب ضمن الخسائر التي يمكنه طلب التعويض عنها، لأنها تعتبر من المخاطر العادية وليست الطارئة، لكنها تخصم من مجموع الخسائر التي سببها الظرف غير المتوقع، وبذلك يقع على عاتق الإدارة فقط الجزء الذي يفوق الحدود المعقولة للخسارة.⁵

➤ عند حساب الخسائر الناشئة عن الظرف الطارئ لا يتم الاعتماد على الفرق بين الحد الأقصى والأسعار الجديدة، بل يتم الاعتماد على الفرق بين الأسعار الجديدة وبين الأسعار التي كانت موجودة فعلياً وقت إبرام العقد.⁶

¹ سعيد السيد علي، المرجع السابق، ص 171.

² مجدوب عبد الحليم، المرجع السابق، ص 1153.

³ عبد الحفيظ مانع، محمد هاملي، المرجع السابق، ص 26.

⁴ هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 142.

⁵ سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 699.

⁶ نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 774.

➤ يوضع في الاعتبار كل أنواع النشاط التي لها علاقة بموضوع العقد الأصلي، أو المنصوص عليها في العقد.

➤ يخصم من قيمة الخسائر الفعلية ما يكون سببه راجع للمتعاقد نتيجة أخطائه أو إهماله، أو عدم الأخذ بالوسائل الفنية المسموح بها في التنفيذ.¹

➤ يشمل الجانب الإيجابي عند حساب الخسائر جميع ما يحصل عليه المتعاقد نتيجة للعقد سواء كانت مرتبطة بتنفيذ الالتزامات الأصلية أو التبعية، أما الجانب السلبي فيشمل جميع التكاليف التي يتحملها المتعاقد نتيجة التزامه بتنفيذ العقد، مثل النفقات العامة لإدارة المشروع، ونفقات استهلاك المعدات والمباني ورأس المال، وكذلك أجور العاملين والموظفين، وأيضاً نفقات التأمين العادية، والضرائب والرسوم المقررة عليه.²

3 توزيع عبء الخسارة بين المتعاقد والإدارة

لا تتحمل الإدارة وحدها الخسائر الناشئة عن الظروف الطارئة التي أرهقت المتعاقد، بل يتم توزيع هذه الخسائر بشكل عادل بين أطراف العقد، فهذا العنصر يميز هذه النظرية عن نظرية فعل الأمير ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة والتي تلتزم فيها الإدارة بتقديم تعويض للمتعاقد تعويضاً كاملاً.³

وفي هذا السياق يتجه مجلس الدولة الفرنسي إلى ضرورة تحمل المتعاقد جزءاً من الخسائر الناجمة عن الظروف الطارئة، رغم وجود دعوات للتخلي عن هذا المبدأ من طرف مفوضي الدولة، لكن مجلس الدولة الفرنسي استمر في تطبيق هذه القاعدة لأنه لا يحدد دائماً نفس النسبة لتقاسم الأعباء بين الإدارة والمتعاقد بل يغيرها حسب كل الحالة.⁴

ومن الناحية العملية نجد أن مجلس الدولة الفرنسي قد استقر على أن تكون مشاركة المتعاقد بنسب رمزية على أن تتحمل الإدارة النصيب الأكبر من الخسائر بنسبة تصل إلى 90% من الخسائر التي نتجت عن الظرف الطارئ⁵، مع مراعاة عند توزيع عبء الخسارة اعتبارات كثيرة

¹ سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 700.

² هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 143.

³ أبصير طارق، المرجع السابق، ص 309.

⁴ لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق، ص 109.

⁵ سعيد السيد علي، المرجع السابق، ص 177.

ومتعددة منها موقف المتعاقد في مواجهة الطرف الطارئ ومحاولة السيطرة والتغلب عليه والحالة الاقتصادية للمشروع، ومدى الاستقرار الاقتصادي في الدولة، ومدى استجابة الإدارة للمتعاقد وعدم تعنتها في معاملته كرفضها زيادة الأسعار المتفق عليها في العقد.¹

ويتضح من خلال التطرق لأثار نظرية الظروف الطارئة أن المتعاقد يظل ملتزما بمواصلة تنفيذ العقد رغم مواجهته لصعوبات وظروف طارئة، حفاظا على استمرارية المرفق العام وعلى الإدارة تقدير هذا الوضع ومكافئته ومساعدته بتقديم تعويض جزئي له، بما يعيد نوعا من التوازن المالي للعقد وضمان العدالة بين الطرفين.

¹ لمياء هاشم سالم قبيع، المرجع السابق، ص ص 109، 110.

المبحث الثاني: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

قد يواجه المتعاقد أثناء تنفيذ العقد صعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية لم يكن يتوقعها عند إبرامه للعقد، تجعل التنفيذ أمرا مرهقا لأنه سيكون أكثر كلفة، وهذه النظرية كذلك هي من ابتكار مجلس الدولة الفرنسي لحماية المتعاقد ضد المخاطر التي تطرأ فجأة عند التنفيذ، وعليه سنقوم بدراسة هذه النظرية وفقا للترتيب الذي اعتمدها في دراسة النظريات السابقة، وذلك بداية من تعريف هذه النظرية والحديث عن مجال تطبيقها، ثم التطرق إلى شروط تطبيقها، إلى غاية الوصول إلى الآثار والنتائج المترتبة عليها، وذلك كما يلي:

المطلب الأول: تعريف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ومجال تطبيقها

تعتبر هذه النظرية من النظريات المهمة في العقود الإدارية لأنها تهدف إلى إعادة التوازن المالي للعقد عند اختلاله، ومن جهة أخرى تهدف لتحقيق المصلحة العامة وذلك من خلال سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، ومن أجل دراسة ومعرفة نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يجب علينا أولا التطرق لتعريف هذه النظرية، ثم التطرق بعد ذلك إلى مجال تطبيقها، وذلك في الفروع التالية:

الفرع الأول: تعريف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

سنقوم بتعريف هذه النظرية تعريفا فقهيًا، وقضائيا، ثم تشريعا، وذلك على النحو التالي:

أولا: التعريف الفقهي لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

تعددت التعريفات الفقهية لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ونذكر منها ما يلي:

تعريف الأستاذ Delaubadère لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة على أنها " عندما تطرأ صعوبات مادية، أثناء تنفيذ العقود الإدارية، ذات طابع غير عادي على الإطلاق، لم تدخل منطقيا في توقعات الأطراف أثناء إبرام العقد ويكون من شأنها أن تجعل تنفيذ هذا الأخير أكثر كلفة، فإن هذه الصعوبات الاستثنائية تفتح أمام المتعاقد الحق في الحصول على تعويض كامل في شكل زيادة في حقوقه المالية " ¹.

¹ نورالدين عابسة، المرجع السابق، ص 179.

كما عرفت بأنها " نظرية خاصة في مقاولات الأشغال العامة تقترض صعوبات مادية لا يستطيع المتعاقدين توقعها ترمي بأعباء خطيرة وغير طبيعية على عاتق المقاول، مثل مواجهة طبقات مائية غير متوقعة في حفر نفق وحق التعويض معترف به للمقاول عن كامل الضرر ".¹

كما عرفها الأستاذ سليمان محمد الطماوي على أنها " إذا ما صادف المتعاقد في تنفيذ التزاماته صعوبات ذات طبيعة استثنائية خالصة ولا يمكن توقعها بحال من الأحوال عند إبرام العقد، وتؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مرهقا، فإن من حقه أن يطالب بتعويض كامل عما تسببه هذه الصعوبات من أضرار ".²

أما الفقه المصري فقد عرفها بأنها " تلك الصعوبات التي تظهر أثناء تنفيذ العقد وتكون ذات طابع استثنائي بحيث لم يتوقعه المتعاقدان أثناء إبرام العقد ويكون من نتائجها جعل التنفيذ أكثر تكلفة ومن ثم فإنها تفتح أمام المتعاقد الحق في أن يحصل على تعويض كامل في شكل زيادة حقوقه المالية مقابل التزاماته العقدية ".³

كذلك عرفت بأنها " كافة العوائق المادية التي تظهر أثناء تنفيذ العقد، وتكون ذات طابع استثنائي، غير متوقعة من طرفي العقد عند إبرامه وغالبا ما تكون ناتجة عن الظواهر الطبيعية، كما قد ترجع أيضا إلى فعل الغير، فتجعل تنفيذ العقد مرهقا، وتؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد بزيادة الأعباء المالية التي يتحملها المتعاقد، فيحق له مطالبة جهة الإدارة المتعاقدة تعويضا كاملا عن جميع الأضرار التي يتحملها جراء هذه الصعوبات ".⁴

ومن خلال عرضنا لمختلف التعريفات الفقهية نلاحظ بأنها تشابهت كثيرا واتجهت نحو هدف واحد وذلك رغم اختلاف الصياغة فكل فقيه حسب وجهته وضع تعريفه الخاص به، وعليه يمكن القول بأن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة هي عبارة عن ظروف وصعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية تصادف المتعاقد خلال تنفيذ العقد ولم يكن في الوسع توقعها وقت إبرام العقد، تكون خارجة عن إرادة الطرفين المتعاقدين، وهذه الصعوبات من شأنها أن تجعل تنفيذ

¹ جهاد ضيف الله ذياب الجازي، " إعادة التوازن المالي للعقد الإداري إزاء تدخلات أجنبية، دراسة تحليلية مقارنة " ، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 03، العدد 03، المركز الجامعي لأفلو، 2020، ص 597.

² سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص ص 714-715.

³ مازن دحام علوان، المرجع السابق، ص 51.

⁴ بيو خلاف، " الموازنة بين مصالح الطرفين المتعاقدين أثناء تنفيذ العقد الإداري " ، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، المجلد 03، العدد 01، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، جوان 2018، ص 467.

العقد أكثر إرهاقا للمتعاقد، مما يحق له المطالبة بالتعويض الكامل عما سببته هذه الصعوبات من أضرار.

ثانيا: التعريف القضائي لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

هناك العديد من التعريفات القضائية لهذه النظرية لكننا سنذكر أهمها والمتمثلة في:

تعريف مجلس الدولة الفرنسي لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بأنها " الصعوبات المادية التي تواجه تنفيذ العقد، وهي صعوبات استثنائية غير متوقعة تظهر أثناء تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية، وبسبب خارج عن إرادة الأطراف، وتؤدي إلى زيادة النفقات المحددة في العقد، لأن تنفيذ العقد يصبح أكثر صعوبة".¹

أما ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية فقد عرف هذه النظرية بأنها " ما يصادف المفاوض أو المتعاقد من صعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية خالصة ولا يمكن توقعها لحال من الأحوال عند إبرام العقد وتؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مرهقا".²

وقد عرفت محكمة القضاء الإداري المصري هذه النظرية بأنها " ... عند تنفيذ العقود الإدارية وخاصة عقود الأشغال العامة قد تطرأ صعوبات مادية استثنائية لم تدخل في حساب طرفي العقد وتقديرهما عند التعاقد، وتجعل التنفيذ أشد وطأة على المتعاقد مع الإدارة وأكثر كلفة، فيجب من باب العدالة تعويضه عن ذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد زيادة تغطي جميع الأعباء والتكاليف التي تحملها ...".³

أما بالنسبة لمجلس الدولة الجزائري فقد عرف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بأنها " الصعوبات المادية هي تلك الصعوبات التي تصادف الطرف المتعاقد حين تنفيذه لالتزاماته التعاقدية ... أنها استثنائية وغير متوقعة ولا تحدد قيمتها أو حجمها أو نوعها نظرا لارتباطها في غالب الأحيان بالأرض أو الأنهار ولا يمكن توقعها عند إبرام العقد وإنما تظهر عند الإنجاز".⁴

¹ غسان عبد اللطيف الجبوش، " نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في أثناء تنفيذ العقد الإداري " ، مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية، المجلد 01، العدد 02، جامعة دمشق - سورية، 2021، ص 152.

² حسين طاهري، المرجع السابق، ص 227.

³ مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار فنديل للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص 182.

⁴ شريفي الشريف، المرجع السابق، ص 317.

ثالثا: التعريف التشريعي لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

نجد أن المشرع الجزائري لم يتطرق لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بصورة مباشرة، لكننا وجدنا إشارة لهذه النظرية في مرسوم تنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، وذلك في المادة 108 من هذا المرسوم والتي تنص " تعد التبعات التقنية غير المتوقعة صعوبات مادية غير عادية واستثنائية التي تعترض المقاول أثناء تنفيذ الصفقة العمومية للأشغال والتي لا يرجع سببها للأطراف المتعاقدة ولم تكن متوقعة عند إبرام الصفقة المعنية، دون الإخلال بنوعية الدراسات".¹

نلاحظ على هذه المادة أنها أشارت بصورة مباشرة لنظرية الصعوبات المادية، لأنها تتحدث عن التبعات التقنية غير المتوقعة والتي تمثل مظهر من مظاهر الصعوبات المادية، والهدف هو حماية المقاول من الصعوبات ودون التأثير على جودة الدراسات الأولية، وعليه نجد أن المشرع نص صراحة على الأخذ بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة تحت تسمية التبعات التقنية.

الفرع الثاني: مجال تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

لقد اختلف الفقهاء حول مجال تطبيق هذه النظرية ولم يتفقوا على اتجاه واحد وانقسموا إلى فريقين، فمنهم من حصر نطاق هذه النظرية في عقود الأشغال العامة فقط، وهناك من وسع في مجالها لتشمل كافة العقود الإدارية، وعليه وأمام هذا الاختلاف سنحاول التطرق لكلا الاتجاهان من أجل توضيح ومعرفة المجال الحقيقي والذي تطبق فيه هذه النظرية وذلك كما يلي:

أولا: الاتجاه المضيق لمجال تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

ومن أنصار هذا الرأي والذين حصروا نطاق هذه النظرية على عقود الأشغال العامة، نجد العميد جورج فيدل " Gorge Vedel " والذي يرى بأن هذه النظرية تعتبر نظرية خاصة بعقود الأشغال العامة على الأقل من الناحية العملية، أما الفقيه فلام " Flamme " فإنه يرى أن هذه النظرية نشأت في عقود الأشغال العامة ويجب أن تظل محصورة في هذا المجال دون أن تتعداه.²

¹ المادة 108 من مرسوم تنفيذي رقم 21-219 مؤرخ في 20 ماي سنة 2021، يتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 50 الصادرة في 24 جوان سنة 2021.

² نورالدين عابسة، المرجع السابق، ص 182.

ثانياً: الاتجاه الموسع لمجال تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

إن هذا الاتجاه يرى عكس الرأي الأول، حيث وسع في مجال تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة إلى كافة العقود الإدارية، وهو الرأي الراجح لدى فقهاء القانون الإداري، ومن أنصار هذا الاتجاه نجد الفقيه دي لوبادير " De Laubadère " والذي يرى أنه وبالرغم من عدم وجود تطبيقات قضائية لهذه النظرية خارج عقود الأشغال العامة، لكن ذلك لا يمنع من تطبيقها على كافة العقود الإدارية في حال توافرت شروط تطبيقها، ونفس الرأي يؤيده الفقيه جيز " je'ze " والفقيه بيكنو " Pe'quiniot " وغيرهم من الفقهاء الذين اتفقوا على تطبيق هذه النظرية على أي عقد إداري، لأنه لا يوجد ما يمنع من تطبيقها على جميع العقود الإدارية.¹

وبالرغم من عدم وجود نص يمنع من تطبيق هذه النظرية خارج عقود الأشغال العامة، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي قد رفض تطبيقها في عقد الالتزام، وذلك في حكمه الصادر في 21 أبريل 1944 حيث رفض التعويض في إطار نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وأجازها لنظرية الظروف الطارئة.²

وكذلك نجد أن القضاء الإداري المصري في حكمه الصادر في 20 جانفي 1957 قد أكد على أن المجال الخصب لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة هو عقود الأشغال العامة، إلا أنه لم يقصر تطبيقها على هذا العقد فقط، مما يعني إمكانية تطبيقها على جميع العقود الأخرى.³

ومن خلال ما سبق ذكره نميل ونرجح الاتجاه الثاني الذي يعتمد على تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة على كافة العقود الإدارية سواء كانت هذه العقود عقود الأشغال العامة، أو عقود التوريد، أو عقود الالتزام ... ، ودليلنا في ذلك أن هذه النظرية ظهرت من أجل الحفاظ على التوازن المالي وإعادةه عن اختلاله، وكذلك هدفها حماية المتعاقد وتعويضه من الأضرار التي تلحقه، فكيف يمكن أن نحصرها على عقود الأشغال العامة ونحرم المتعاقد منها !

إذا وفي الأخير يمكن القول بأن الرأي الصحيح هو الاتجاه الموسع لنطاق هذه النظرية لكن بشرط توافر جملة من الشروط الأساسية لإعمالها والتي سنتطرق لها لاحقاً.

¹ لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق، ص 121.

² السيد فتوح محمد هنداي، المرجع السابق، ص 483.

³ عدي إسماعيل خضر، المرجع السابق، ص 344.

المطلب الثاني: شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

من أجل تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وترتيب أثارها فإنه يجب أن يعترض المتعاقد أثناء التنفيذ صعوبات ذات طابع استثنائي، تؤدي به لزيادة تكاليف التنفيذ المتفق عليها في العقد، وقد اشترط الفقه والقضاء الإداري ضرورة توافر جملة من الشروط والتي تعتبر بمثابة شروط أساسية يترتب على تخلفها سقوط حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي استناداً لهذه النظرية، ومن ثم فإنه ينبغي لتطبيق هذه النظرية توافر خمسة شروط تتمثل فيما يلي:

الفرع الأول: أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية

والمقصود بهذا الشرط أن يعترض المتعاقد أثناء التنفيذ صعوبات ذات طابع مادي بحت، تكون راجعة في أغلب الأحوال إلى الظواهر الطبيعية المتعلقة بجيولوجية الأراضي، كأن يفاجئ المتعاقد بزيادة الطبقات الصخرية في الأرض مما يجعل أعمال الحفر أكثر كلفة، أو وجود طبقات غزيرة بالمياه ولا يمكن تجفيفها لأنها تحتاج إلى نفقات كثيرة، وغيرها من هذه الظواهر والتي كانت سبباً في استحقاق المتعاقد للتعويض.¹

وإذا كانت هذه الصعوبات التي تواجه المتعاقد خارجة عن طابعها المادي وتعلقت بظروف إدارية، أو اقتصادية، أو سياسية، أو اجتماعية، فلا يكون هناك مجال لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، بل تطبق نظرية الظروف الطارئة أو نظرية عمل الأمير وذلك حسب الحالة وحسب شروط تطبيق كل نظرية.²

نجد أن الفقه يقسم الصعوبات المادية غير المتوقعة وفقاً لأحكام مجلس الدولة الفرنسي وكذا القضاء الإداري المصري إلى نوعين، فهناك من يرجع مصدر هذه النظرية لظواهر طبيعية باعتبارها من أكثر التطبيقات المتعلقة بالأرض، وهناك من يرجع مصدرها لفعل الغير بمعنى شخص آخر غير الأطراف المتعاقدة، وعليه سنقوم بذكرهما مع إعطاء بعض الأمثلة وذلك على النحو التالي:

¹ همدان طاهر محمد علي، " فكرة التوازن المالي للعقد الإداري في القانون اليمني والقانون المقارن " ، مجلة الباحث العربي، المجلد 03، العدد 01، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، جامعة الدول العربية، جوان 2022، ص 149.

² محفوظ علي عمران تواتي، " نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في مجال العقود الإدارية " ، مجلة جامعة سرت العلمية للعلوم الإنسانية، المجلد 04، العدد 01، جامعة سرت، ليبيا، جوان 2014، ص 82.

النوع الأول: الصعوبات المادية التي يرجع مصدرها إلى الظواهر الطبيعية: نذكر منها ما يلي:

- تساقط أمطار غزيرة غير متوقعة أدت لاستحالة الوصول إلى مكان الأشغال.
- زيادة حجم التربة الصلبة محل تنفيذ العقد أضعافا مضاعفة.
- وجود أساسات خرسانية وخزانات مجاري ومياه تحت قطعة الأرض موقع التنفيذ.
- وجود طبقات صخرية ضخمة عند حفر الآبار الارتوازية تحتاج لآلات خاصة ومتطورة في رفعها لتمكين المتعاقد من تنفيذ الأعمال.

➤ وجود كميات كبيرة من المياه أثناء التنفيذ تحتاج لتجفيفها وهذا يتطلب نفقات كبيرة.¹

نجد أن هذه الأمثلة التي ذكرناها أشار لها المشرع الجزائري في الفقرة 5 والفقرة 6 من المادة 108 من مرسوم تنفيذي رقم 21-219، المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.²

النوع الثاني: الصعوبات المادية غير المتوقعة التي يكون مصدرها الغير: ونذكر منها ما يلي:

- ترميم المتعاقد لطريق المجاورة لموقع التنفيذ وذلك من أجل الوصول إلى المكان بسهولة.
- ظهور قناة خاصة مملوكة لأحد الأفراد لموقع الإنجاز ولم تشر إليها مواصفات العقد.
- توقف المتعاقد عن تنفيذ الأشغال أثناء ترميمه لأحد الممرات المائية من أجل السماح لبعض البواخر بالمرور وهو ما يؤدي لتعطيل العمال عن إنجازهم في الوقت المحدد.³

ومن تطبيقات مجلس الدولة الفرنسي في هذه النظرية نجد حكمه الصادر في 21 جويلية 1970 والذي يتعلق بالصعوبات التي تواجه المتعاقد الناتجة عن الطبيعة الصخرية للتربة أثناء تنفيذ العقد، وبما أن هذه الصعوبات قلبت اقتصاديات العقد فإن مجلس الدولة قضى بتعويض المتعاقد، كذلك منح مجلس الدولة الفرنسي للمقاول تعويضا في عقد الأشغال العامة تحت موضوع تنفيذ خزانات لتجميع المياه تحت الأرض، وحينما صادفت المتعاقد أثناء التنفيذ كتلة صخرية شديدة الصلابة وكان لا يستطيع ثقبها إلا بالآلات حديثة التقنية وهذه الآلات لم يكن منصوص عليها في العقد، هذا الأمر ترتب عليه تعويض المقاول عن الأضرار التي لحقت به.⁴

¹ احمد سلامة بدر، المرجع السابق، ص 261.

² أنظر الفقرة 5 + الفقرة 6 من المادة 108 من مرسوم تنفيذي رقم 21-219.

³ نورالدين عبايسة، المرجع السابق، ص ص 196، 197.

⁴ مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلmani، المرجع السابق، ص ص 282، 283.

الفرع الثاني: أن تكون الصعوبات المادية استثنائية وغير عادية

من خلال نص المادة 108 من مرسوم تنفيذي رقم 21-219 بقولها " تعد التبعات التقنية غير المتوقعة صعوبات مادية غير عادية واستثنائية ... " ¹ ، فإنه لا يكفي لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وجود صعوبات مادية وحدها، بل يجب كذلك أن يواجه المتعاقد صعوبات استثنائية غير عادية وغير مألوفة تفوق كل التوقعات التي كان يتوقعها وقت إبرام العقد، أما إذا صادف المتعاقد صعوبات بسيطة وعادية فإنها تدخل ضمن إطار المخاطر العادية، والتي يفترض علم المتعاقد بها وتوقعها ووضعها في الحساب وهذا يعني تحمل الخسارة وحده. ²

نجد أن هذا الشرط قد أكد عليه مجلس الدولة الفرنسي لأجل تعويض المتعاقد وفقا لهذه النظرية يجب أن تكون المخاطر التي تواجه التنفيذ قد تجاوزت ما كان يتوقعه ويقدره المتعاقد. ³

وتأكيدا لذلك نجد أن محكمة القضاء الإداري المصري ضربت مثال لهذا الشرط حيث قضت " إن شرط الصعوبة المادية الاستثنائية أو غير العادية لا يتوفر لمجرد أن الطبقة التي صادفها المدعي وهو يتولى تطهير التربة كانت ذات صلابة غير عادية بل يجب أن تكون لهذه الطبقة امتدادا غير عادي، أيضا بأن تكون المساحات واسعة أو بنسبة كبيرة من مجموع المنطقة محل العقد، وبهذا وحده يتحقق المراد من اعتبار الصعوبة غير العادية أو استثنائية ". ⁴

ومن أجل معرفة ما إذا كانت الصعوبات التي تواجه المتعاقد هل تعود لصعوبات ذات طابع استثنائي غير عادي وغير مألوف، أم أنها تعود لصعوبات بسيطة وعادية، فيمكن القول بأنها تخضع لتقدير القاضي الإداري من خلال استعمال سلطته التقديرية وفقا لظروف الحال وما يقدمه المتعاقدان من أدلة تثبت أن تلك الصعوبات كانت ذات طابع استثنائي غير عادي، فإذا ثبت بأن هذه الصعوبات كانت مجرد صعوبات عادية فلا مجال للحديث عن التعويض والخسارة يتحملها

¹ المادة 108 من مرسوم تنفيذي رقم 21-219.

² شقطي سهام، النظام القانوني للملحق في الصفقة العمومية في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار عنابة، 2010-2011، ص 82.

³ السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص 492.

⁴ غرمة ضاوية، دور القضاء في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، رسالة لنيل درجة الدكتوراه علوم في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر -1-، 2019/2020، ص ص 127-128.

المتعاقد وحده، أما إذا كانت هذه الصعوبات من قبيل الصعوبات استثنائية غير مألوفة وغير عادية فهنا يحق للمتعاقد المطالبة بالتعويض وفقا لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.¹

الفرع الثالث: أن تكون هذه الصعوبات غير متوقعة عند إبرام العقد

يشترط كذلك لتطبيق هذه النظرية أن تكون الصعوبات المادية التي تواجه المتعاقد غير متوقعة، ولا يمكن توقعها وفقا للظروف التي أبرم فيها العقد، أما إذا كانت هذه الصعوبات متوقعة أو يمكن توقعها لكن المتعاقد لم يبذل جهده اللازم في الاطلاع على طبيعة الأرض، ففي هذه الحالة لا يمكن تطبيق هذه النظرية نظرا لإهماله وتقصيره، وهذا يعني تحمل الخسارة وحده.²

فالقاعدة العامة والأصل أنه يجب على المتعاقد قبل إبرامه لأي عقد أن يتحرى ويدرس طبيعة الأرض تقاديا لوقوع أي صعوبات مادية مستقبلا عند التنفيذ، كما يجب أن يقوم باختبارها وأن يتحرى بنفسه أو من ينوب عنه قانونا طبيعة الأعمال، كذلك يمكن للإدارة أن تساعد إن طلب منها ذلك، فكل هذه التصرفات تعتبر بمثابة جهود مبذولة للإحاطة بظروف العقد.³

وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في مصر وقضت به في حكمها الصادر في 1969/06/14 حيث نصت بقولها " ... كان على المفاوض أن يتحرى بنفسه تلك الصعوبات وكان في وسعه أن يتوصل إليها ".⁴

وبالرجوع للمرسوم تنفيذي رقم 21-219 نجد أن شرط عدم التوقع نصت عليه المادة 108 بقولها " ... ولم تكن متوقعة عند إبرام الصفقة المعنية ... ".⁵

وتجدر بنا الإشارة أن معيار عدم التوقع ينسب للرجل العادي والذي يقع في نفس الظروف ولا يمكنه توقع تلك الصعوبات، فهو معيار موضوعي وليس معيار ذاتي، بمعنى أنه معيار محدد لا يختلف من شخص لآخر، كما أن عبء إثبات عدم توقع هذه الصعوبات يقع على عاتق

¹ السيد فتوح محمد هنداي، المرجع السابق، ص 492.

² حسن محمد علي البنان، قيدار عبدالقادر صالح، بشار رشيد حسين، " نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في العقد الإداري (دراسة مقارنة) " ، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 11، العدد 41، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كركوك، العراق 2022، ص 120.

³ السيد فتوح محمد هنداي، المرجع السابق، ص 488.

⁴ لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق، ص 129.

⁵ أنظر المادة 108 من مرسوم تنفيذي رقم 21-219.

المتعاقد الذي يطالب بالتعويض، ويجب أن يقدم أدلة تثبت للقاضي الإداري عدم إمكانية توقعه لهذه الصعوبات، أما إذا ثبت أن المتعاقد قد توقع حدوث صعوبات في المستقبل ورغم ذلك أقبل على التعاقد فليس عليه إلا تحملها وحده نتيجة خطأه، وبالتالي يسقط حقه في التعويض.¹

وقد أكدت محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في 1957/01/20 هذا الشرط بقولها " ومن حيث أنه فضلا عما تقدم فإن الشرط الخاص بوجود أن تكون الصعوبات طارئة أي غير متوقعة أو مما لا يمكن توقعه أو ليس في الوسع توقعها، هذا الشرط ينطوي إلى حد كبير على معنى المفاجأة في صورة معينة، كأن يجد المتعاقد مع الإدارة نفسه إزاء حالة لم يكن يتوقع حدوثها ...".²

ومن خلال ما سبق ذكره تبدو سلطات القاضي الإداري الواسعة إذ يتعين عليه أن يبحث أولا عما إذا كان المتعاقد قد بذل جهده الكامل قبل إبرام العقد في توقع وتحري تلك الصعوبات، وهل أعلم الإدارة المتعاقدة بتلك الصعوبات في الوقت المناسب، كما يأخذ في الحسبان موقف الإدارة هل قدمت له المساعدة الكافية من المعلومات والتي تساعده في التحقيق، لأن القضاء ألزم الإدارة بمساعدة المتعاقد للتعرف على ظروف العقد تطبيقا لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود.³

الفرع الرابع: أن تكون الصعوبات المادية خارجة ومستقلة عن إرادة المتعاقدين

يجب أن تكون الصعوبات خارجة عن إرادة الطرفين ولم تنشأ عن خطأ أي منهم، بمعنى أن هذه الصعوبات تكون مستقلة وليست من عمل الأطراف المتعاقدة فهي ظرف أجنبي عنهما، لكن لو تسببت الإدارة بفعلها في حدوث الصعوبات فإن حق التعويض يكون على أساس نظرية عمل الأمير، وإذا تسببت الإدارة بخطئها فإن التعويض يكون على أساس المسؤولية التقصيرية.⁴

وهذا الشرط أيضا أكد عليه المشرع الجزائري في المرسوم تنفيذي رقم 21-219 حيث نصت المادة 108 بقولها " ... لا يرجع سببها للأطراف المتعاقدة ...".⁵

¹ نورالدين عبابسة، المرجع السابق، ص 199.

² سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 725.

³ محفوظ عبد القادر، المرجع السابق، ص 116.

⁴ عيساني جمال، لعروسي أحمد، " نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في عقود الأشغال العامة في التشريع الجزائري "، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 07، العدد 01، جامعة تيسمسيلت، جوان 2022، ص 1321.

⁵ أنظر المادة 108 من مرسوم تنفيذي رقم 21-219.

كذلك يشترط ألا يكون للمتعاقد يد في حدوث تلك الصعوبات المادية وعليه أن يثبت أنه لم يخرج عن شروط تنفيذ العقد، لكن إذا ثبت أن المتعاقد هو المتسبب الرئيسي في وجود الصعوبات فإنه لا يحق له المطالبة بالتعويض استناداً لهذه النظرية، ويترتب عليه نتيجة خطئه في زيادة خطورة التنفيذ أن يتحمل التكاليف والأعباء الجديدة وحده.¹

ولكي يفسح مجال المطالبة بالتعويض يجب مراعاة ما يلي، هل ساهم المتعاقدان في زيادة حجم الصعوبة، وهل كان سلوك المتعاقد يطابق شروط تنفيذ العقد، وهل سمحت الفرصة للمتعاقد في دفع تلك الصعوبات بأي وسيلة ممكنة لمنع تحققها، فكل هذه الظروف تأخذ بالحسبان.²

الفرع الخامس: أن تلحق الصعوبات المادية ضرراً للمتعاقد

لا يكفي لتطبيق نظرية الصعوبات المادية توفر الشروط السابق ذكرها فقط، بل يجب كذلك أن يترتب عن تلك الصعوبات ضرراً يلحق بالمتعاقد مما يجعل التنفيذ أمر صعب، يزيد من حجم الأعباء الملقاة على عاتق المتعاقد دون أن يجعل من التنفيذ أمراً مستحيلاً، بمعنى إذا استطاع المتعاقد التغلب عن تلك الصعوبات التي واجهته دون تكاليف إضافية فلا يجوز له المطالبة بالتعويض، وإذا لم يستطع التغلب عنها وتفاقت التزاماته بشكل كبير وجعلت من التنفيذ أكثر صعوبة وأكثر تكلفة فهنا يحق له المطالبة بالتعويض الكامل.³

تجدر بنا الإشارة أن الصعوبات المادية التي تلحق بالمتعاقد يستوي فيها أن يكون الضرر جسماً أو بسيطاً لتطبيق هذه النظرية، بمعنى أن الضرر لا يشترط فيه حداً من الجسامة، فشرط الضرر في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يتفق كثيراً مع الضرر في نظرية عمل الأمير، لأن الضرر في كلتا النظريتين سيجعل تنفيذ العقد أمراً مرهقاً وهذا يعني قلب اقتصاديات العقد ويترتب عليه خسارة فادحة تستوجب التعويض.⁴

¹ مازن دحام علوان، المرجع السابق، ص 53.

² محفوظ عبد القادر، المرجع السابق، ص 115.

³ حمدي مريم، المرجع السابق، ص 358.

⁴ شقظمي سهام، المرجع السابق، ص 83.

نجد أن محكمة القضاء الإداري في مصر أوضحت معنى هذا الشرط بقولها " أن يصبح التنفيذ أشد وطأة على المتعاقد مع الإدارة وأكثر كلفة وأن يترتب على التنفيذ نفقات تجاوز الأسعار المتفق عليها في العقد وتزيد في أعباء المتعاقد مع الإدارة ".¹

وفي الأخير وبعد أن تطرقنا لمختلف شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير متوقعة التي وضعها الفقه والقضاء الإداري بهدف حماية المتعاقد، يمكن القول بأن كل شرط من هذه الشروط يعتبر بمثابة ضمانات أساسية لتطبيق هذه النظرية، كما أن تخلف شرط واحد من هذه الشروط يعني سقوط حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي، وبالتالي ضياع حقه في التعويض وتحمل الخسائر وحده، فمن أجل تعويض المتعاقد عن تلك الأضرار التي لحقت به يجب توافر جملة من الشروط المجتمعة معا، وذلك من أجل المطالبة بالتعويض الكامل للضرر الذي خلفته تلك الصعوبات، والذي نتج عنه وضع جديد أدخل بالتوازن المالي للعقد الإداري.

المطلب الثالث: الآثار المترتبة على تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

إذا تحققت جميع شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة فهنا يحق للمتعاقد المطالبة بتطبيق هذه النظرية من أجل الاستفادة من النتائج والآثار المترتبة عليها، مع العلم أن هذه الآثار لا تختلف تماما عن آثار نظرية فعل الأمير، وتتمثل آثار هذه النظرية في استمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية، وكذا حق المتعاقد في الحصول على تعويض كامل، وعليه سنقوم بالتطرق لهذه الآثار وشرحها وذلك كما يلي:

الفرع الأول: استمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية

والمقصود بهذا الأثر أنه يجب على المتعاقد أن يلتزم بالاستمرار في تنفيذ الالتزام التعاقدية، بالرغم من وجود العقبات والصعوبات التي تواجه التنفيذ، لأن المتعاقد يهدف لمساعدة الإدارة في سبيل تحقيق المصلحة العامة، ويجب تغليب هذه المصلحة على المصالح الخاصة، وبالتالي لا يمكن للمتعاقد أن يمتنع عن الوفاء بتلك الالتزامات بل يتعين عليه أن يستمر في التنفيذ ما دام أنه ليس مستحيلا وفي استطاعته تحمل ذلك، ثم يطالب بالتعويض لاحقا عن تلك الأضرار.²

¹ نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 637.

² هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 173.

نلاحظ بأن استمرار المتعاقد بتنفيذ العقد في نظرية الصعوبات المادية شأنه في ذلك شأن كل النظريات السابق ذكرها سواء كانت نظرية عمل الأمير أو نظرية الظروف الطارئة، فكل هذه النظريات يترتب عليها أثر واحد مشترك بينهم والمتمثل في " الاستمرار في التنفيذ " وذلك بالرغم من كل العراقيل والظروف التي تواجه المتعاقد، والهدف من ذلك عدم عرقلة سير المرافق العامة تحقيقا لصالح العام.

تجدد بنا الإشارة إلى أنه في حالة توقف المتعاقد عن الاستمرار في تنفيذ العقد بحجة وجود صعوبات مادية فلا يجوز له المطالبة بالتعويض ويفقد كامل حقوقه، بالمقابل تقوم الإدارة بتوقيع الجزاءات المالية نتيجة لإخلاله بتنفيذ التزاماته التعاقدية، كما أن استمرار المتعاقد في التنفيذ رغم وجود هذه الصعوبات المادية فإن ذلك سيعفيه من توقيع غرامات التأخير إذا تأخر المتعاقد عن الوقت المحدد والمنصوص عليه في العقد، وللإدارة سلطة تقديرية كاملة في تقدير أثر التأخير ومدى تأثيره على حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد.¹

نجد أن المحكمة الإدارية العليا المصرية في هذا الصدد أكدت في حكمها الصادر بتاريخ 14 جوان 1969 بقولها " ولئن كانت الشروط العامة قد جعلت المقاول - كقاعدة عامة - مسؤولاً عن الصعوبات المادية المتوقعة وغير المتوقعة، إلا أنها استثناء من هذه القاعدة العامة أعفت في البند 40 منها المقاول من المسؤولية في حالة تأخره في تنفيذ التزاماته إذا كان مرد ذلك إلى أسباب لم يكن في الإمكان توقعها وقت تقديم العطاء وكانت خارجة عن إرادته...".²

ومن خلال ما تم ذكره يجب على المتعاقد عند حدوث صعوبات مادية أن يستمر في تنفيذ التزاماته ويعلم الإدارة المتعاقدة بظهور تلك الصعوبات من أجل حفاظه على كامل حقوقه، لأن الامتناع عن التنفيذ سيؤدي به إلى فرض عقوبات مالية تتمثل في غرامات التأخير، حيث يترتب عنها توقف المتعاقد عن تنفيذ العقد، هذا الأمر سيلحق ضررا بالمصلحة العامة واضطراب المرفق العام محل العقد.³

¹ السيد فتوح محمد هنداي، المرجع السابق، ص 496.

² عبد الحفيظ مانع، الآليات القانونية لضمان حسن تنفيذ الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2020-2021، ص 450.

³ نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 642.

ومن خلال ما تقدم ذكره نجد أن المحكمة الإدارية العليا في مصر قد أكدت ولخصت هذا الأثر في حكمها الصادر في 14/06/1969 حيث نصت على ما يلي " وبناء على ما تقدم فإن الصعوبات المادية غير المتوقعة لا تبرر وقت تنفيذ العقد، لأن المتعاقد ملزم بالاستمرار في التنفيذ على الرغم من وجود هذه الصعوبات، وعلى ذلك إذا أوقف المتعاقد تنفيذ العقد تأسيساً على وجود هذه الصعوبات، فإنه يكون مخطئاً ويتحمل المسؤولية كاملة، ويجوز للإدارة أن توقع عليه بعض الجزاءات التي أشرنا إليها مع احتمال فقده لحق المطالبة بالتعويض على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة".¹

الفرع الثاني: حق المتعاقد في الحصول على تعويض كامل

إذا استمر المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية رغم وجود هذه الصعوبات التي تواجه التنفيذ والتي أدت إلى زيادة التكاليف، فإنه يستحق التعويض الكامل وهو الأثر الجوهري الذي يميز هذه النظرية، فكل النفقات الإضافية التي تحملها المتعاقد في سبيل التنفيذ يجب أن تعوض له بمبالغ وبنفقات إضافية تتضمن جميع المصروفات الفعلية التي أنفقها في ظل وجود الصعوبات، لأن الأسعار المتفق عليها داخل العقد لا تسري إلا على الأعمال العادية المتوقعة فقط.²

نجد أن حق المتعاقد في الحصول على تعويض كامل في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة قد أكد عليه المشرع الجزائري في مرسوم تنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، وتحديدًا في نص الفقرة الرابعة من المادة 108 بقولها " يمكن تعويض الصعوبات ذات الطابع المادي التي قد تحدث على إثر التبعات التقنية غير المتوقعة، بمفهوم المادة 2.108 أعلاه، بالكامل...".³

يذهب مجلس الدولة الفرنسي عند حساب قيمة التعويض الكامل في هذه النظرية إلى السعر المتفق عليه في العقد، بمعنى أن الأسلوب المتبع في تقدير التعويض هو المبالغ المتعلقة بالزيادة عن الأسعار المحددة في العقد والمتفق عليها، أما إذا ثبت أنه عند مواجهة الصعوبات قد تغيرت الأسعار فهنا يكون التعويض بناء على أساس الأسعار الجديدة.⁴

¹ لمياء هاشم سالم قبيع، المرجع السابق، ص 138.

² السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص 497.

³ الفقرة الرابعة من المادة 108 من مرسوم تنفيذي رقم 21-219.

⁴ لمياء هاشم سالم قبيع، المرجع السابق، ص 139.

يمكن القول بأن تعويض المتعاقد في ظل الأسعار الجديدة والتقلبات الاقتصادية أنها أمر راجع لاختصاص وتقدير القاضي الإداري، من خلال استخدام سلطته التقديرية للموازنة بين جسامه الصعوبات المادية التي أثرت على تنفيذ العقد وبين التكاليف التي تقدم بها المتعاقد للتغلب على تلك الصعوبات، ومدى زيادة ومساهمة المتعاقد بخطئه في زيادة آثار تلك الصعوبات، وهذا من أجل الخروج بأفضل مبلغ لتعويض المتعاقد عن تلك الأضرار، والهدف دائما استمرار المتعاقد في تنفيذ العقد تحقيقا للمصلحة العامة.¹

وقد أخذت محكمة القضاء الإداري في مصر بمبدأ التعويض الكامل وذلك في حكمها الصادر في 1957/01/20 حيث نصت " والتعويض هنا في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة لا يتمثل في معاونة مالية جزئية تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد معها، بل يكون تعويضا عن جميع الأضرار التي يتحملها المقاول، بدفع مبلغ إضافي له على الأسعار المتفق عليها وبذلك تختلف هذه النظرية من حيث سببها والنتائج المترتبة عليها عن نظرية الظروف الطارئة".²

نلاحظ من خلال حكم القضاء الإداري المصري أن التعويض في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يختلف تماما عن التعويض في نظرية الظروف الطارئة، لأن التعويض في نظرية الصعوبات المادية يكون تعويضا كاملا عن كل الأضرار التي لحقت بالمتعاقد، بينما نجد العكس في نظرية الظروف الطارئة يكون التعويض بمثابة معاونة ومساعدة من الإدارة المتعاقدة، بمعنى أنه تعويض جزئي وليس تعويضا كاملا، وهنا يكمن الفرق الأساسي والرئيسي بين النظريتين.

نجد أن الرأي الذي اتجهت إليه محكمة القضاء الإداري المصري بشأن التعويض الكامل، قد أكدت عليه كذلك الجمعية العمومية للفتوى والتشريع في مصر أيضا، وذلك في فتاها حيث نصت على ما يلي " والتعويض هنا لا يتمثل في معاونة مالية جزئية تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد معها بل يكون تعويضا كاملا عن جميع الأضرار التي يتحملها وذلك بدفع مبلغ إضافي له على الأسعار المتفق عليها".³

كذلك يجب علينا الإشارة أن طريقة حساب التعويض في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة لا تختلف عن طريقة حساب التعويض في نظرية عمل الأمير، فيجب الرجوع أولا إلى

¹ عدي إسماعيل خضر، المرجع السابق، ص 356.

² سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 730.

³ نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 644.

ما تضمنه العقد الإداري، وفي حالة عدم وجود أي نص يفيد طريقة حساب التعويض فهنا يلجأ المتضرر أو المتعاقد للقضاء الإداري من أجل تقدير مبلغ التعويض.

يشترط كذلك لحصول المتعاقد على التعويض الكامل في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، ألا يساهم في حدوث تلك الصعوبات أو الزيادة في حجمها بسبب خطئه أو إهماله، فمتى ثبت أن المتعاقد قد ساهم في زيادة الضرر فهنا يتم إنقاص مبلغ التعويض من قيمة الخسائر وتحمل نتيجة خطئه¹، وهو ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 13 أكتوبر 1978 عندما فصل في قضية " Département de la Vendée " حيث خصم من مبلغ التعويض الكامل قيمة الخسائر التي تسبب فيها المتعاقد بأخطائه وإهماله مما أدى لزيادة الصعوبات المادية.²

¹ السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص 498.

² عبد الحفيظ مانع، المرجع السابق، ص 453.



الخاتمة

الخاتمة

وفي ختام دراستنا لموضوع اختلال التوازن المالي في العقد الإداري يتضح لنا بأن نظريات التوازن المالي تعد من أهم الوسائل والأليات التي تهدف لحماية المتعاقد من كل الأخطار والحوادث التي تواجهه أثناء تنفيذ العقد، وتعويضه عن كل الأضرار التي تلحقه فهذه النظريات تحقق العدالة والفعالية بشكل يضمن حماية حقوق المتعاقد، إلا أن فعالية هذه النظريات تبقى محدودة ونسبية لأنه لا يمكن إعادة العقد الإداري لحالته الأصلية بل يقتصر دورها على تعويض المتعاقد لجبر الأضرار التي لحقت من أجل استمراره في تنفيذ العقد.

ومن أجل تحقيق العدالة بين المتعاقدين ابتكر مجلس الدولة الفرنسي نظريات تهدف لحماية حقوق المتعاقد والحفاظ على التوازن المالي وإعادته لحالته عند اختلاله، والهدف من ذلك تحقيق المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام.

وبعد دراسة مختلف نظريات التوازن المالي وجدناها تلتقي في نقاط تشابه تتجسد في كون نشأتهم قضائية تمتاز بالمرونة والتطور والاستمرار، وأن مسؤولية الإدارة تكون فيها بلا خطأ، كما أن المتعاقد لا يعفى من تنفيذ التزاماته بمجرد اختلال العقد، كذلك يشتركان جميعا في شرط عدم التوقع، ضف إلى ذلك أن مجال تطبيق كل النظريات يشمل جميع العقود الإدارية، وأن هدفهم واحد وهو تشجيع المتعاقد على المواصلة في التنفيذ، وتختلف نظرية الظروف الطارئة عن بقية النظريات الأخرى في شرط الضرر لأنه يشترط فيه درجة معينة من الجسامة والتي تؤدي لقلب اقتصاديات العقد، بينما في النظريات الأخرى لا يشترط فيها جسامة الضرر، كذلك تختلف نظرية الظروف الطارئة في أن التعويض يكون جزئيا على عكس النظريات الأخرى والتي يكون فيها التعويض كاملا.

وانتهت هذه الدراسة بتوصلنا إلى جملة من النتائج أهمها:

- 1 - تهدف نظريات التوازن المالي للحفاظ على التناسب بين التزامات وحقوق المتعاقد فهو مبدأ عام يطبق بغض النظر عن أسباب اختلال التوازن المالي.
- 2 - تعود أسباب اختلال التوازن المالي لثلاث أسباب رئيسية قد يكون مرجعها للإدارة المتعاقدة أو لظروف طارئة أو لصعوبات مادية غير متوقعة تظهر في موقع التنفيذ.

3 - يقوم مبدأ التوازن المالي على أساس اعتبارات العدالة بين حماية حقوق المتعاقد وضرورة سير المرفق العام بانتظام تحقيقا لصالح العام.

4 - في حالة اختلال التوازن المالي يجب على المتعاقد كأصل عام أن يواصل في تنفيذ العقد لأن توقفه عن التنفيذ يترتب عليه توقيع عقوبات مالية كغرامة التأخير.

5 - تظهر سلطات القاضي الإداري عند اختلال التوازن المالي في سلطة الحكم بالتعويض فقط ودون المساس أو التعديل في شروط العقد.

6 - يستمد التوازن المالي أساسه القانوني من خلال قانون الصفقات العمومية، أما أساسه الفقهي فيعود لنظرية عمل الأمير، نظرية الظروف الطارئة، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

ومن خلال النتائج المتوصل إليها سنقوم بوضع الاقتراحات التالية:

1 - كان من الأجدر على المشرع الجزائري عندما قام بتعديل قانون الصفقات العمومية رقم 12-23 أن يتطرق لموضوع التوازن المالي في الصفقات العمومية، وأن يخصص له قسم يتناول فيه كل ما يتعلق بطرق الحفاظ على هذا التوازن نظرا لأهميته في الواقع العملي.

2 - نقترح توسيع سلطات القاضي الإداري وصلاحياته في تعديل شروط العقد وعدم تضيقها من أجل تحقيق العدالة الحقيقية بين الأطراف المتعاقدة، بحيث يصبح العقد الإداري عند تعديله بالزيادة أو بالنقصان يتلاءم مع ظروف التنفيذ.

3 - يجب وضع نصوص قانونية تنظم جميع المسائل المتعلقة بالتوازن المالي في العقد الإداري وذلك من أجل حماية حقوق المتعاقد، وهذا ما يجب التطرق إليه في أقرب الأجل من خلال سن نصوص تنظيمية تنظم هذا الموضوع.

4 - ضرورة دمج نظرية الظروف الطارئة مع النظريات الأخرى بحيث يصبح أي حادث يواجه المتعاقد أثناء التنفيذ ويؤدي به لإخلال التوازن المالي يستوجب التعويض عنه تعويضا كاملا يغطي جميع الخسائر التي تحملها وذلك من أجل استمراره في تنفيذ العقد.



قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

1. قائمة المصادر

أولاً: النصوص القانونية

أ- القوانين:

01- قانون رقم 23-12 مؤرخ في 5 أوت سنة 2023، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 51 الصادرة في 6 أوت سنة 2023.

ب- الأوامر:

01- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 78 الصادر في 30 سبتمبر سنة 1975.

ج- المراسيم الرئاسية:

01- مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في 16 سبتمبر سنة 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 50 الصادرة في 20 سبتمبر سنة 2015.

د- المراسيم التنفيذية:

01- مرسوم تنفيذي رقم 21-219 مؤرخ في 20 ماي سنة 2021، يتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 50 الصادرة في 24 جوان سنة 2021.

ثانياً: القرارات القضائية

01- قرار رقم 65145 الصادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، بتاريخ 16/12/1989، حول قضية (ع . ط) ضد (والي ولاية قالمة)، المجلة القضائية، العدد الأول، الجزائر، سنة 1991.

02- قرار رقم 99694 الصادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، بتاريخ 10/10/1993 حول قضية (د.ح) ضد (المجلس الشعبي البلدي لبلدية عين الباردة)، المجلة القضائية، العدد الأول، الجزائر، 1994.

II. قائمة المراجع باللغة العربية

أولاً: الكتب

أ- الكتب العامة:

01- احمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت B-O-T، مكتبة دار النهضة العربية، مصر، 2003.

02- أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية طبقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد، منشأة المعارف، مصر، 2002.

03- بالجيلالي خالد، الوجيز في نظريتي القرارات والعقود الإدارية، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2024.

04- جابر جاد نصار، العقود الإدارية، الطبعة الثالثة، مصر، 2019.

05- حسين طاهري، الوسيط في شرح قانون الصفقات العمومية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2021.

06- حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.

07- حمد محمد حمد الشلماني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007.

08- زينب سالم، الرقابة القضائية على العقد الإداري في مرحلة التنفيذ، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2016.

09- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الخامسة، مطبعة جامعة عين شمس، مصر، 1991.

- 10- صفاء فتوح جمعة، المبادئ العامة في العقود الإدارية التقليدية والمتطورة وإشكاليات تسوية منازعاتها، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، 2017.
- 11- عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه - القضاء - التشريع، منشأة المعارف، مصر، 2003.
- 12- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية الإبرام- التنفيذ- المنازعات في ضوء أحدث أحكام مجلس الدولة ووفقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات، منشأة المعارف، مصر، 2004.
- 13- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية القرارات والعقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف، مصر، 2007.
- 14- عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، الطبعة السادسة، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2021.
- 15- عمار عوابدي، القانون الإداري - النشاط الإداري -، الجزء الثاني، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2019.
- 16- ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1996.
- 17- مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار قنديل للنشر والتوزيع، الأردن، 2011.
- 18- محمد الصغير بعلي، القرارات والعقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017.
- 19- محمد العموري، العقود الإدارية، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، الجمهورية العربية السورية، 2018.
- 20- محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، مصر، دون سنة النشر.
- 21- محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري المقومات - الإجراءات - الآثار، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2006.

- 22- محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، مصر، 2007.
- 23- مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2008.
- 24- نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2010.
- ب- الكتب المتخصصة:

- 01- السيد فتوح محمد هنداي، القاضي الإداري والتوازن المالي في العقود الإدارية، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2016.
- 02- سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)، دار الكتاب الحديث، مصر، 2006.
- 03- هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر، 2015.

ثانياً: الرسائل الجامعية

أ- أطروحات الدكتوراه:

- 01- أبصير طارق، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على العقود الإدارية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص حقوق، فرع قانون مدني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليابس، سيدي بلعباس، 2023/2022.
- 02- العطاروي كمال، دور القاضي الإداري في حماية المتعاقد مع الإدارة، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص إدارة ومالية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر - بسكرة، 2018/2017.
- 03- بن صغير مليكة أسماء، غرامة التأخير في الصفقات العمومية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، تخصص حقوق، فرع التجريم في الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي ليابس، سيدي بلعباس، 2018-2019.

- 04-** حمدي مريم، الحرية التعاقدية للإدارة في الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2024/2023.
- 05-** رضاني فريد، غرامة التأخير في العقود الإدارية - دراسة مقارنة -، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون إداري وإدارة عامة، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة1، 2023/2022.
- 06-** سليم قديان، سلطة القاضي الإداري في مراقبة التوازن العقدي في ظل قانون الصفقات العمومية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2022/2021.
- 07-** شريفي الشريف، النظام المالي للعقد الإداري -دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان، 2014/2013.
- 08-** عبد الحفيظ مانع، الآليات القانونية لضمان حسن تنفيذ الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2021-2020.
- 09-** عدي إسماعيل خضر، دور القاضي الإداري في الصفقات العمومية عند اختلال التوازن المالي - دراسة مقارنة -، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، الجامعة الإسلامية في لبنان، 2019 - 2020.
- 10-** غرمة ضاوية، دور القضاء في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، رسالة لنيل درجة الدكتوراه علوم في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر -1، 2020/2019.
- 11-** محفوظ عبد القادر، أثر تغير الظروف على تنفيذ العقد الإداري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2018 -2019.

12- محمد موسى إبراهيم، المخاطر التي تواجه تنفيذ العقد الإداري - دراسة مقارنة -، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، قسم القانون العام، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، عمان، 2004.

13- محمودي مولود، رقابة القاضي على سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث في الحقوق، تخصص قانون إداري، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة غليزان، 2022/2021.

14- نورالدين عبابسة، المخاطر في عقد الصفقة العمومية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم القانونية، تخصص قانون إداري وإدارة عامة، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة 1، 2022/2021.

ب- مذكرات الماجستير:

01- جاسم محمد سعيد الشرياني، سلطات الإدارة في العقد الإداري بين مقتضيات الصالح العام والتوازن المالي، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون العام، قسم القانون العام، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2022.

02- شذى سالم ذهب، أثر إختلال التوازن المالي في العقود الإدارية بين القانون العراقي والقانون الفرنسي، رسالة الماجستير، قسم القانون اختصاص القانون العام، كلية القانون، جامعة الأديان والمذاهب، العراق، 2022.

03- شقطي سهام، النظام القانوني للملحق في الصفقة العمومية في الجزائر، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار عنابة، 2010-2011.

04- عباد صوفية، المركز القانوني للمتعاقل المتعاقد في تنظيم الصفقات العمومية الجزائري، مذكرة تخرج مقدمة لنيل شهادة الماجستير في إطار مدرسة الدكتوراه، شعبة القانون الإداري، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار - عنابة، 2011.

05- علياء علي القحطاني، النظام القانوني لغرامة التأخير في إطار تنفيذ العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، رسالة للحصول على درجة الماجستير في القانون العام، كلية القانون، جامعة قطر، 2021.

06- لمياء هاشم سالم قبح، اختلال التوازن المالي في العقد الإداري، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، 2010.

07- مازن دحام علوان، إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في القانون العراقي (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون العام، الدراسات العليا، كلية الحقوق، جامعة الإسراء، العراق، 2015-2016.

08- مصعب أياد ابراهيم الكروي، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على العقد الإداري (دراسة مقارنة بين القانون الأردني والعراقي والمصري)، رسالة لنيل متطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون العام، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2021.

09- هبة إسماعيل، تنفيذ الصفقات العمومية والرقابة الخارجية عليها، مذكرة للحصول على شهادة ماجستير في القانون العام والاقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، 2016/2017.

ثالثاً: المقالات العلمية

01- اقصاصي عبد القادر، " نظرية الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ الالتزام التعاقدية " ، المجلة الإفريقية للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد 02، جامعة أحمد دراية، أدرار - الجزائر، ديسمبر 2018.

02- بن عبد المالك بوفلجة، " الغرامة التأخيرية في ضوء المرسوم رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام " ، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 09، العدد 15، جامعة محمد خيضر بسكرة، الجزائر، سبتمبر 2017.

03- بيو خلاف، " الموازنة بين مصالح الطرفين المتعاقدين أثناء تنفيذ العقد الإداري " ، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، المجلد 03، العدد 01، جامعة محمد الصديق بن يحيى، جيجل، الجزائر، جوان 2018.

04- جابري فاطيمة، " حق المتعاقد مع الإدارة في ضمان الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري " ، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 03، العدد 11، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة - الجزائر، سبتمبر 2018.

- 05-** جهاد ضيف الله زياب الجازي، " إعادة التوازن المالي للعقد الإداري إزاء تدخلات أجنبية، دراسة تحليلية مقارنة " ، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 03، العدد 03، المركز الجامعي لأفلو، الجزائر، 2020.
- 06-** حسن محمد علي البنان، قيدار عبدالقادر صالح، بشار رشيد حسين، " نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في العقد الإداري (دراسة مقارنة) " ، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 11، العدد 41، كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة كركوك، العراق، 2022.
- 07-** عادل قرانة، " إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير " ، التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، المجلد 19، العدد 03، جامعة باجي مختار-عنابة، الجزائر، سبتمبر 2013.
- 08-** عبد الحفيظ مانع، محمد هاملي، " أثر نظرية الظروف الطارئة على تنفيذ العقد الإداري - دراسة مقارنة - " ، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد 07، العدد 01، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، الجزائر، جانفي 2022.
- 09-** عبد العزيز عبد المنعم خليفة، " دور مجلس الدولة في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري (دراسة مقارنة) " ، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 51، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، أكتوبر 2020.
- 10-** عيساني جمال، لعروسي أحمد، " نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في عقود الأشغال العامة في التشريع الجزائري " ، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 07، العدد 01، جامعة تيسمسيلت، الجزائر، جوان 2022.
- 11-** غسان عبد اللطيف الجيوش، " نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في أثناء تنفيذ العقد الإداري " ، مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية، المجلد 01، العدد 02، جامعة دمشق - سورية، 2021.
- 12-** فريد رمضان، " حالات إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير في العقود الإدارية " ، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، المجلد 04، العدد 02، جامعة الحاج لخضر باتنة 1-الجزائر، جوان 2017.
- 13-** مجدوب عبد الحليم، " عوارض تنفيذ العقد الإداري -نظرية الظروف الطارئة أنموذجا- " ، مجلة الدراسات القانونية، المجلد 08، العدد 02، جامعة يحيى فارس بالمدينة، الجزائر، 2022.

- 14- مجدوب عبد الحليم، خلاصي عبد الاله، " نظرية عمل الأمير ودورها في الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري (دراسة مقارنة) " ، مجلة المشكاة في الاقتصاد والتنمية والقانون، المجلد 04، العدد 01، جامعة عين تموشنت، الجزائر، ديسمبر 2019.
- 15- محفوظ علي عمران تواتي، " نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في مجال العقود الإدارية " ، مجلة جامعة سرت العلمية للعلوم الإنسانية، المجلد 04، العدد 01، جامعة سرت، ليبيا، جوان 2014.
- 16- مراد الوافي، " غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية " ، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 13، العدد 02، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، الجزائر، 2022.
- 17- مقداد زينة، " الإعفاء من غرامة التأخير في العقد الإداري " ، مجلة البحوث القانونية والسياسية، المجلد 02، العدد 05، جامعة سعيدة الدكتور مولاي الطاهر، الجزائر، ديسمبر 2015.
- 18- مولود محمودي، قويدر منقور، " التوازن المالي كأثر لنظرية فعل الأمير في التعديل الانفرادي للعقد الإداري -دراسة مقارنة- " ، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 06، العدد 02، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر، ديسمبر 2020.
- 19- مولود محمودي، قويدر منقور، " الرقابة القضائية على مدى التزام الإدارة بإعادة التوازن المالي للعقد الإداري " ، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 11، العدد 01، جامعة سعيدة الدكتور مولاي الطاهر، الجزائر، جوان 2024.
- 20- همدان طاهر محمد علي، " فكرة التوازن المالي للعقد الإداري في القانون اليمني والقانون المقارن " ، مجلة الباحث العربي، المجلد 03، العدد 01، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، جامعة الدول العربية، جوان 2022.

رابعاً: المؤتمرات

- 01- محمد أبو بكر عبد المقصود، " إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ظل الأزمة المالية العالمية " نظرية الظروف الطارئة " ، المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر الجوانب القانونية والاقتصادية للأزمة المالية العالمية، بقاعة السنهوري بكلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، في الفترة من 1 _ 2 إبريل 2009.

III. قائمة المراجع باللغة الأجنبية

Les thèses

01- Aiad SHWEKAT, **Les droits et les obligations des parties au contrat administratif dans les droits français et libyen (Etude comparative)**, THESE En vue de l'obtention du Doctorat, UNIVERSITE DE TOULOUSE, France, 2016.



فهرس المحتويات

الصفحة	العنوان
أ	مقدمة
07	الفصل الأول: اختلال التوازن المالي بسبب فعل الإدارة " نظرية عمل الأمير "
08	المبحث الأول: مفهوم نظرية عمل الأمير
08	المطلب الأول: تعريف نظرية عمل الأمير
08	الفرع الأول: التعريف الفقهي لنظرية عمل الأمير
10	الفرع الثاني: التعريف القضائي لنظرية عمل الأمير
10	الفرع الثالث: التعريف التشريعي لنظرية عمل الأمير وأساسها القانوني
12	المطلب الثاني: شروط تطبيق نظرية عمل الأمير
12	الفرع الأول: أن يتصل الإجراء بعقد إداري
13	الفرع الثاني: صدور الإجراء من الإدارة المتعاقدة
14	الفرع الثالث: أن يترتب على الإجراء ضررا فعليا وخصوصا للمتعاقد
15	الفرع الرابع: أن يكون الإجراء غير متوقع وقت إبرام العقد
16	الفرع الخامس: عدم وقوع خطأ من جانب الإدارة
17	الفرع السادس: أن يكون الإجراء مشروعاً
18	المطلب الثالث: صور عمل الأمير
18	الفرع الأول: عمل الأمير في صورة إجراء فردي خاص
18	أولاً: الإجراء الخاص الذي يعدل مباشرة في شروط العقد
19	ثانياً: الإجراء الخاص الذي يؤثر على ظروف تنفيذ العقد
20	الفرع الثاني: عمل الأمير في صورة إجراء عام
20	أولاً: الإجراء العام الذي يعدل في شروط العقد
21	ثانياً: الإجراء العام الذي يؤثر على ظروف تنفيذ العقد
21	1: الحالات التي رفض فيها التعويض
22	2: الحالات التي قبل فيها التعويض
23	المبحث الثاني: آثار تطبيق نظرية عمل الأمير

23	المطلب الأول: تعويض المتعاقد تعويضاً كاملاً
23	الفرع الأول: عناصر التعويض الكامل
23	أولاً: ما لحق المتعاقد من خسارة
24	ثانياً: ما فات المتعاقد من كسب
25	الفرع الثاني: شروط الحصول على التعويض الكامل
25	أولاً: ألا يساهم المتعاقد بخطئه مع الإدارة في إحداث الضرر أو زيادته
25	ثانياً: أن يستمر المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية
25	ثالثاً: ألا يتضمن العقد نصاً يعفي الإدارة من المسؤولية عن إجراء معين تصدره مستقبلاً
26	الفرع الثالث: طرق تحديد التعويض
26	أولاً: وجود نص في العقد يقرر التعويض وطريقة تحديده
26	ثانياً: تحديد المشرع للتعويض اللازم لجبر الضرر
26	ثالثاً: اللجوء إلى القضاء لتحديد مبلغ التعويض
27	المطلب الثاني: إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير
27	الفرع الأول: مفهوم غرامة التأخير
27	أولاً: تعريف غرامة التأخير
27	1: التعريف الفقهي لغرامة التأخير
28	2: التعريف التشريعي لغرامة التأخير
30	ثانياً: خصائص غرامة التأخير
31	الفرع الثاني: وسائل تحديد غرامة التأخير
31	أولاً: الاتفاق بين الإدارة والمتعاقد على تحديد مقدار ونسبة غرامة التأخير وقت التعاقد
31	ثانياً: تحديد المشرع لمقدار غرامة التأخير ونسبتها بنص صريح
32	الفرع الثالث: حالات إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير
32	أولاً: حالات الإعفاء الجوازي من غرامة التأخير
32	1: التمديد الإداري لتنفيذ العقد
33	2: الإعفاء نتيجة لتقدير ظروف التنفيذ
34	ثانياً: حالات الإعفاء الوجوبي من غرامة التأخير

34	1: الإعفاء نتيجة للقوة القاهرة
34	2: الإعفاء نتيجة لخطأ الإدارة
36	المطلب الثالث: حق المتعاقد في فسخ العقد لاستحالة التنفيذ
36	الفرع الأول: التزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد
37	الفرع الثاني: خصوصية الفسخ في نظرية عمل الأمير
38	الفرع الثالث: آثار الفسخ في نظرية عمل الأمير
40	الفصل الثاني: اختلال التوازن المالي لأسباب خارجة عن الإدارة
41	المبحث الأول: نظرية الظروف الطارئة
41	المطلب الأول: تعريف نظرية الظروف الطارئة
41	الفرع الأول: التعريف اللغوي لنظرية الظروف الطارئة
41	الفرع الثاني: التعريف الفقهي لنظرية الظروف الطارئة
43	الفرع الثالث: التعريف القضائي لنظرية الظروف الطارئة
44	الفرع الرابع: التعريف التشريعي لنظرية الظروف الطارئة
45	المطلب الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة
45	الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالظرف الطارئ
45	أولاً: أن يكون الظرف الطارئ عاماً
46	ثانياً: أن يكون الظرف الطارئ استثنائياً
46	ثالثاً: أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع
47	رابعاً: أن يقع الظرف الطارئ أثناء تنفيذ العقد
48	الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالمتعاقد
48	أولاً: أن يكون الظرف الطارئ مستقلاً عن إرادة المتعاقدين
48	ثانياً: أن يؤدي الظرف الطارئ إلى قلب اقتصاديات العقد
49	المطلب الثالث: الآثار المترتبة على تطبيق نظرية الظروف الطارئة
49	الفرع الأول: التزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد
51	الفرع الثاني: التزام الإدارة بتعويض المتعاقد تعويضاً جزئياً
51	أولاً: سلطات القاضي في مواجهة الظروف الطارئة

52	ثانيا: نطاق التعويض المستحق للمتعاقد مع الإدارة
52	1: تحديد فترة سريان الظرف الطارئ
53	2: تحديد الخسارة التي لحقت بالمتعاقد نتيجة الظرف الطارئ
54	3: توزيع عبء الخسارة بين المتعاقد والإدارة
56	المبحث الثاني: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة
56	المطلب الأول: تعريف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ومجال تطبيقها
56	الفرع الأول: تعريف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة
56	أولاً: التعريف الفقهي لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة
58	ثانيا: التعريف القضائي لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة
59	ثالثاً: التعريف التشريعي لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة
59	الفرع الثاني: مجال تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة
59	أولاً: الاتجاه المضيق لمجال تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة
60	ثانيا: الاتجاه الموسع لمجال تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة
61	المطلب الثاني: شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة
61	الفرع الأول: أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية
63	الفرع الثاني: أن تكون الصعوبات المادية استثنائية وغير عادية
64	الفرع الثالث: أن تكون هذه الصعوبات غير متوقعة عند إبرام العقد
65	الفرع الرابع: أن تكون الصعوبات المادية خارجة ومستقلة عن إرادة المتعاقدين
66	الفرع الخامس: أن تلحق الصعوبات المادية ضرراً للمتعاقد
67	المطلب الثالث: الآثار المترتبة على تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة
67	الفرع الأول: استمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية
69	الفرع الثاني: حق المتعاقد في الحصول على تعويض كامل
73	الخاتمة
76	قائمة المصادر والمراجع
87	فهرس المحتويات

المخلص:

تناولت هذه الدراسة موضوع التوازن المالي في العقد الإداري كحق من حقوق المتعاقد، حيث تطرقنا لذكر مختلف أسباب هذا الاختلال سواء كانت راجعة لتصرفات الإدارة إستنادا لفعل الأمير، أو لظروف خارجية ومستقلة عن إرادة المتعاقدين كالظروف الطارئة أو الصعوبات المادية، كما قمنا بعرض مختلف النظريات التي ابتكرها مجلس الدولة الفرنسي موضحين في ذلك مفهوم كل النظريات والشروط الواجب توفرها وأهم النتائج والآثار المترتبة على كل نظرية، بهدف حماية المتعاقد وتعويضه عن تلك الأضرار التي لحقته بما يضمن استمراره في تنفيذ العقد تحقيقا للمصلحة العامة وحسن سير المرفق العام.

الكلمات المفتاحية:

- التوازن المالي - العقد الإداري - نظرية عمل الأمير - نظرية الظروف الطارئة - نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

Abstract:

This study addressed the issue of financial balance in the administrative contract as a right of the contracting party, it explored the various causes of this imbalance whether stemming from the administration's action Based on the Prince's Act, or due to circumstances beyond the control of the contracting parties such as unforeseen circumstances or unforeseen material difficulties, and we also presented the different theories developed by the French Council of State explaining each theory's concept required conditions and the key consequences and effects of each, aiming to protect the contractor and compensate them for incurred damages this ensures the contract's continued execution safeguarding public interest and the proper functioning of public services.

Keywords:

- Financial balance - Administrative contract – Theory of the prince's Act
- Theory of unforeseen circumstances - Theory of unforeseeable material difficulties.