جامعة زيـان عـاشور الجلفة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

إعادة التوازن المالي للعقد الإداري

مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر

تخصص دولة ومؤسسات

من إعداد الطالب

لفراس أسامة

تحت إشراف الدكتور

بن داود ابراهيم

لجنة المناقشة:

أ/د:جمال عبد الكريم	رئيسا
أ/د:بن داود إبراهيم	مقـــررا
أ/د:حسان هشام	مـناقشا

الموسم الجامعي:2014/2013

شكر و عرفان

إن الشكر لله شكرا عظيما، و الحمد لله حمدا كثيرا الذي أعانني في انجاز هذا البحث.

كما نتقدم بالشكر لأستاذي المشرف الدكتور بن داود إبراهيم أستاذ العلوم القانونية والإدارية لجامعة الجلفة الذي أنار طريقي ووجه مساري في إعداد هذا البحث. و أسأل الله أن يجازيه بكل خير

اهـــــداء

اهدي عملي هذا الى:

الذي كان لي الصديق، الأخ والرفيق قبل أن يكون الأب الغالي.

الذي أرشدني الى طريق الفلاح وعلمني أن الإرادة تصنع الرجال العظام

الى أبي

التي أحاطتني بالحنان أنهل منه ما استطعت. الى التي أدين لها بأول واخر ابتسامة. الى التي انتظرت بشوق ثمرة تربيتها الصالحة

الى أمي

الى اخوتي الأحبة منصورو بلقاسم.

الى كل عائلتي وأصدقائي.

الى الذين هم غالون على قلبي. الذين بوجودهم بجانبي اناروا دروب حياتي. الى الذين فقط بابتسامتهم لي يرسمون آفاقا وظلالا تلقي برونقها على صفحة حياتي.الى الذين صنعوا، يصنعون أو سيصنعون سعادتي على مدى الأيام.

مقدمة

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

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

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

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

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

ولعل أهمية موضوع التوازن المالي للعقود الادارية تزداد خطوة اذا اسقطناه على الواقع الميداني الذي عاشته الجزائر وتعيشه، حيث عرفت بداية من عقد الثمانينات تغيرات اقتصادية كان ابرزها تحول الجزائر من النظام الاشتراكي القائم على الاقتصاد الموجه إلى النظام الليبيرالي المبني على الاقتصاد الحر، وبالموازاة مع ذلك شهد الاقتصاد الجزائري تضخم رهيبا صاحبه سقوط قيمة الدينار الجزائري في سوق العملات الدولية، كما يعد دخول اتفاق الشراكة مع الاتحاد الاوروبي حيز التنفيذ بتاريخ 01 سبتمبر 2005[1]، وكذلك تسارع وتيرة الجولات الاخيرة المهيأة لانضمام الجزائر للمنظمة العالمية للتجارة، فضلا عن انطلاق تنفيذ مشاريع التنمية المخصصة لولايات الجنوب والهضاب، والتي رصدت لها الحكومة الجزائرية اكثر من 6000 مليار دينار من النفقات العمومية وما يستتبع ذلك من تبعات تتعلق أساسا بتزايد التعاقد مع المتعاقدين، وطنيين كانوا أو اجانب سواء بخصوص إنجاز الاشغال او اقتناء اللوازم او انجاز الدراسات او تقديم الخدمات كلها أسباب تزيد في الاهمية العملية لموضوعنا.

وفي سياق الاهمية العلمية تظهر في تعدد الاشكالات التي يثيرها موضوع التوازن المالي للعقود الإدارية لا سيما عند محاولة الكشف عن موقف القضاء الإداري الجزائري بشأن بعضها، ولقد فطن الفقهاء والأساتذة للأهمية العلمية لهذا الموضوع، فراحوا يعقدون مؤتمرات دولية لإثرائه[2]، في حين أن الأمر في الجزائر لا زال محتشما سواءً على مستوى الدراسات الفقهية أو على مستوى الملتقيات العلمية، كل تلك العوامل جعلت من المنازعات المعلقة

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

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

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

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

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

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

إن تلك الصعوبات الواردة سلفا، لم تثني عزائمنا للمضي قدما لإنجاز هذا الموضوع، مدفوعين برغبة ملحة تجد أساسها في أسباب ذاتية وأخرى موضوعية.

أما الذاتية منها فتتمثل في ميولنا الى الابحاث المتخصصة في مجال العقود الادارية لا سيما المنصبة منها على الجانب المالي فيه، باعتباره مجالا فنيا وتقنيا خصوصا إذا قمنا بتطعيم بعض الاشكالات المتعلقة بمبدأ التوازن المالي للعقود الادارية ببعض أحكام القضاء الإداري الجزائري، من أجل الوصول الى عرض الافكار وتحليل الاحكام القضائية في هذا الصدد، واستنباط النتائج واقتراح التعديلات.

في حين أن الاسباب الموضوعية التي جعلتنا نختار هذا الموضوع تتعلق أساسا بجدية الموضوع نسبيا على اعتبار ان التغيرات الاقتصادية التي عرفتها الجزائر جعلتها تعدل في شأن العقود الادارية مرارا وتماشيا مع هذه التحولات، وتكريسا لمبادئ اكثر وضوحا وعدلا بين المتعاملين المتعاقدين، أضف إلى ذلك حداثة القضاء الاداري الجزائري والتي نتج عنها قلة الاحكام الصادرة في منازعات العقود الإدارية، لا سيما ما تعلق منها بإعادة التوازن المالي للعقد، هذا وتعتبر قلة الدراسات الفقهية في هذا الموضوع سببا موضوعيا اخر يدفعنا لاستجلاء ثناياه.

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

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

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

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

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

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

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

الفصل الأول

أسباب اختلال التوازن المالي للعقد الإداري

الفصل الأول

أسباب اختلال التوازن المالي للعقد الإداري

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

فما هي تلك الأسباب؟

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

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

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

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

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

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

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

المبحث الأول

اختلال التوازن المالي بسبب فعل الإدارة

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

وقد يكون فعل الأمير[1] وصفا لإجراءات إدارية صادرة عن المصلحة المتعاقدة، كما قد يكون كذلك حتى بالنسبة لبعض الإجراءات الصادرة عن السلطة العامة في الدولة طالما أدت إلى اختلال التوازن المالي للعقد المبرم.

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

[1] – عبد العاطي عبد المقصود بدر، المخطر الإدارية، مجلة المحاماة، مصر، نقابة المحامين، العدد 1و2، السنة الحادية والسبعون، يناير–فبراير، 1991، ص 121.

المطلب الأول

مفهوم نظرية فعل الأمير

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

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

الفرع الأول: التعريف بفعل الأمير

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

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

أولا: التعريف الفقهي

يطلق الدكتور ثروت بدوي وصف فعل الأمير على كل إجراء تحكيمي يحوز خاصية الجبر، ولا يقوم إلا على وجه الإلزام الذي يطبع حائز السلطة وبذلك فهو نظام الإدارة المطلقة للسيادة[1]

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

في حين يعرف الدكتور سليمان محمد الطماوي فعل الأمير، بأنه عمل يصدر عن سلطة عامة ودون خطأ، يلحق ضررا بالمتعاقد في عقد إداري، ويؤدي نتيجة لذلك التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضرور عن كافة الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك[1].

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

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

والملاحظة أنه عند استقراء هذه التعاريف الفقهية، نجد أن بعض الفقهاء يميلون إلى تعريف فعل الأمير تعريفا واسعا، فيجعلونه على أنه:" **كل تدخل من أي سلطة عامة في الدولة من شأنه أن يؤثر في أوضاع تنفيذ العقد، مما يسبب أضرارا للمتعاقد مع الإدارة**"، وفي مواجهة ذلك نجد أن بعض الفقهاء يجنحون إلى تعريف فعل الأمير تعريفا ضيقا واعتباره " **إجراءا صادرا عن السلطة الإدارية المتعاقدة مسببا بذلك تفاقم أعباء المتعامل المتعاقد**" .

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

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

[2] – عمار عوابدي، دروس المؤسسات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر، 1979، ص 276.

ثانيا: التعريف القضائي

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

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

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

وحيث أنه جاء في حكم المحكمة الإدارية لمدينة الجزائر المشار إليه أعلاه :" ...حيث أن بناء المدرسة كان في الأصل غير متوقع وخارج عن الإنفاق المبرم بين الإدارة وكهرباء وغاز الجزائر، فإن بناء المدرسة يشكل عملا جديدا يرتب نفقات إضافية تخل بتوازن العقد، حتى ولو كانت لا تؤثر جذريا على اقتصادياته... وبذلك فإن بلدية فوكة ملزمة بصرف تعويض 17.515.77 دينار جزائري لشركة غاز وكهرباء الجزائر[2].

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

[2] – المحكة الإدارية لمدينة الجزائر قرار منشور، بتاريخ 1964/12/11، في قضية بلدية فوكة ضد شركة كهرباء وغاز الجزائر، ص 84،85.

الفرع الثاني: شروط تطبيق آلية فعل الأمير

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

أولا: أن يكون هناك عقد إداري

يجب أن يكون هناك عقد إداري، ذلك أن نظرية عمل الأمير من خصائص النظرية العامة للعقود الإدارية، ومن ثم يجب أن يكون عقد إداري صحيح بمعناه الفني الدقيق[1].

ثانيا: أن يكون الإجراء الذي اتخذته الإدارة غير متوقع

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

هذا وإن تحديد مدى توقع الإجراء المشكل لفعل الأمير ليس مطلقا، وإنما يكون في ضوء معيار الرجل العادي الحريص الذي يوجد في نفس الظروف التي اعترضت المتعامل المتعاقد، حيث أنه إذا توقع صدور الإجراء ولم يبذل جهدا مدى تقدير ذلك الإجراء، فهو يعتبر مقصر ومن ثم فلا يمكن له الاستناد إلى فعل الأمير[2].

[1] – سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 620.

[2] – عثمان بو شكيوة، المرجع السابق، ص 92.

ثالثا: أن يكون الإجراء صادرا عن المصلحة المتعاقدة

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

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

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

وعلى مستوى القضاء الإداري الجزائري فإنه لم تسمح له الفرصة لاتخاذ موقف صريح حول هذه الإشكالات المتعلقة بضرورة اشتراط صدور الإجراء من المصلحة المتعاقدة دون سواها، أم يمكن إسباغ فعل الأمير حتى على الإجراءات التي تتخذها السلطات العامة في الدولة، على خلاف أجهزة القضاء الإداري المقارن والتي قامت بالفصل في تحديد الإشكالات المتعلقة بتطبيق فعل الأمير[1].

[1] – محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص 87.

رابعا: أن يؤدي الإجراء الصادر عن المصلحة المتعاقدة إلى حدوث ضرر للمتعامل المتعاقد

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

علما بأن حصول الضرر لا يشترط فيه درجة معينة من الجسامة[1]، بل يكفي أن يستند إلى فعل الأمير تضرر المتعامل المتعاقد بذلك الإجراء، بغض النظر عن حجم الضرر ومداه، بحيث نجد أن مجلس الدولة الفرنسي اشترط فقط مجرد حدوث نوع من الخلل في التوازن المالي للعقد، وهذا الشرط يميز عمل الأمير عن نظرية الظروف الطارئة.

وقد كان لمجلس الدولة الجزائري أيضا الفرصة لأن يوضح شرط حصول الضرر للمتعامل المتعاقد في قرار أصدره بتاريخ 09 أفريل 2001، بمناسبة قضية (منزر، ب) ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية المغير قي إطار نزاع يتعلق بعقد إداري مبرم بينهما.

حيث ذهب مجلس الدولة الجزائري في حيثيات قراره بضرورة اشتراط حصول الضرر لاقتضاء التعويض سواء تعلق الضرر بما فات من كسب أو ما لحق من خسارة[2].

خامسا: أن لا تكون الإدارة المتعاقدة قد أخطأت حين اتخذت التصرف الضار

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

[1] – محمد أنس قاسم جعفر، العقود الإدارية "دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات "، القاهرة، مركز جامعة القاهرة، 1999، ص 158

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

المطلب الثاني

الصور التي يتخذها فعل الأمير

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

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

الفرع الأول: فعل الأمير في صورة إجراء عام

يقصد بالتدابير العامة صدور قوانين و لوائح من جهة المصلحة المتعاقدة يكوم من شئنها زيادة أعباء المتعامل المتعاقد[1]، و لعل الإشكال الذي يمكن أن نطرحه بصدد معالجة ذا النوع من التدابير هو مدى إمكانية تطبيق فعل الأمير بمناسبة صدور إجراءات و تدابير ذات صبغة عامة تطال جميع المواطنين وغير مقصورة على المعامل المتعاقد وحده.

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

أولا: الإجراءات العامة المؤثرة في الأوضاع العقدية للعقد الإداري

[1] – سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 632.

وتتجلى هذه الحالة في صدور تدابير و إجراءات عامة تؤدي إلى تعديل الأوضاع العقدية للعقد أو فسخها دون خطأ من المتعامل المتعاقد فهذه الحالة تقتضي إلى الاستناد إلى فعل الأمير[1]، لاسيما إذا نص القانون أو اللائحة على إمكانية الاستفادة من أثاره، على أنه إذا حرم الإجراء سواء كان قانونيا عاديا أم تشريعيا فرعيا المتعامل المتعاقد من الاستناد إليه، فإن القاضي الإداري في هذه الحالة لا يمكنه تطبيق فعل الأمير و يلتزم باحترام التشريع باعتباره غير مختص برقابة دستورية القوانين.

ثانيا: الإجراءات العامة المؤثرة في ظروف تنفيذ العقد

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

أ- حالات استبعاد تطبيق آلية فعل الأمير

إن المستقر عليه قضاء أنه لا مجال لتطبيق آلية فعل الأمير إذا صدرت تدابير عامة أدت إلى التأثير في ظروف تنفيذ العقد، و ذلك استنادا لاعتبارات تتعلق أساسا بأن المتعامل المتعاقد يتحمل أثار الإجراء العم سواء كان قانونيا أو لائحة كغيره من المتعاقدين والتجار و الصناعيين، هذا فضلا على أنه لا يمكن الحديث عن جبر الضرر الحاصل للمتعامل المتعاقد إذا لحقه ضرر خاص دون غيره من أولئك الذين مسهم الإجراء العام، و قد سار على هذا النهج كل من الأستاذين ثروت بدوي وأندري ديروبادير[2].

واستهداء باجتهاد القضاء الاداري المقارن لاسيما الفرنسي منه والذي غالبا ما ينهل منه القضاء الإداري الجزائري، نجده قد حدد حالات على سبيل لمثال استبعد من خلاله تطبيق آلية فعل الأمير[3] كالأتي:

[1] – – محمود عبد الكجيد المغربي، المرجع السابق، ص 93.

[2] – سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 637-638.

[3] – محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص 97-98.

- ❖ في مجال التدابير المالية: إن التدابير العامة ذات الصيغة المالية المتعلقة أساسا بفرض ضرائب جديدة أو زيادتها، أو فرض رسوم على المواد الأولية، لا يمكن إثارتها من قبل المتعامل المتعاقد لتطبيق آلية فعل الأمير.
- ❖ في مجال التدابير الاجتماعية: ومثال ذلك التشريعات التي تستهدف تحسين أحوال العمل و العمال و التي يكون من شأنها أن تؤدي إلى تفاقم أعباء الالتزامات العقد.
- ❖ في مجال التدابير الاقتصادية والنقدية: ومثال ذلك تدابير تنظيم الاستيراد والتصدير وإجراءات زيادة نفقات النقل في السكك الحديدية وكذلك التدابير المتعلقة بشؤون النقد.

وإذا كانت الحالات المشار إليها أعلاه استبعدت آلية تطبيق فعل الأمير، فإن هناك حالات تطبق فيها ذات الآلية استثناء، في إطار التدابير العامة المؤثرة في ظروف تنفيذ العقد الإداري.

ب- الحالات الاستثنائية لتطبيق فعل الأمير

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

ولئن كانت توجد حالات تكشف عن موقف ايجابي من السلطات العامة باتخاذ تدابير معينة تسمح بتطبيق فعل الأمير، فإنه بالمقابل نجد أنه يمكن تطبيق آلية فعل الأمير، حتى في حالات امتناع الإدارة عن تطبيق أو اتخاذ إجراءات ضرورية ولازمة، هذا الامتناع الذي قد يؤدي إلى تفاقم أعباء المتعامل المتعاقد.

1-فعل الأمير الإيجابي

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

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

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

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

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

2-فعل الأمير السلبي

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

وإذا كان الاجتهاد القضائي الإداري قد مضى على تمكين المتعامل المتعاقد من الاستناد الى فعل الأمير في حالة اتخاذ السلطات العامة إجراءات فعلية وايجابية تؤثر في ظروف التنفيذ في حالة استثنائية، فانه موازاة مع ذلك عمل ذات القضاء على تمكين المتعامل المتعاقد من الاستفادة من أثار فعل الأمير السلبي والتي تتجلى في تلك الانعكاسات السلبية التي يخلفها

امتناع الإدارة وتخلفها عن أداء الواجبات المنوط بها لحماية الاقتصاد الوطني، وتطبيقها لجميع القوانين واللوائح، هذا الامتناع الذي يسبب اختلال التوازن المالي للعقد ويجعل فعل الأمير السلبي سببا للاختلال ويحمل الإدارة المسؤولية الكاملة.

وإذا كان فعل الأمير السلبي قد وجد له تطبيقا في أحكام القضاء الإداري المقارن لاسيما قضاء مجلس الدولة الفرنسي[1]، فان السؤال الذي يطرح نفسه هنا: هل يعتبر فعل الأمير السلبي سببا لإخلال التوازن المالي للعقد في القضاء الإداري الجزائري؟

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

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

حيث تتلخص وقائع هذه القضية في أن السيد (ش، ع) أبرم مع مديرية المنشئات القاعدية بولاية المسيلة صفقة عمومية لانجاز جسر على واد مقطر، وأنه حدث بعد بداية تنفيذ انجاز موضوع الصفقة أن طرأت فيضانات كبيرة في المواد المذكور سبب أضرار لمواد البناء ولعتاد التابع للمتعامل المتعاقد والمقدرة بـ130.573.78 دج ورغم اعتراف مديرية المنشات القاعدية بقيمة الأضرار، إلا أنها أنكصت عن إصلاح الأضرار وديا، مما جعل المتعامل المتعاقد يلجأ للعدالة لاستيفاء حقوقه، واستقراءا لهذا الحكم نجد أن القاضي الإداري الجزائري استبعد تطبيق حالة القوة القاهرة التي تذرعت بها المصلحة المتعاقدة وجنح إلى تأكيد قيام مسؤولية الإدارة دون

[1] – لقد طبق مجلس الدولة الفرنسي فكرة فعل الأمير السلبي في قضية Ville de Dieppe: سليمان محمد الطماوي، المرجع نفسه، ص 649.

خطأ الناتج عن الإهمال والامتناع عن اتخاذ الإجراءات اللازمة للحيلولة دون اختلال التوازن المالي للصفقة المبرمة التي أبرمتها ولاية المسيلة مع المتعامل المتعاقد(ش، ع).

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

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

الفرع الثاني: فعل الأمير في صورة إجراء خاص

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

أولا: الإجراءات التي تؤدي إلى تعديل مباشر في شروط العقد

إذا كان للإدارة الحق في أن تتدخل مباشرة، وأن تعدل في الالتزامات المتعاقد عليها بالزيادة أو النقص، كما لو عدلت المرسوم المقتضي تحصيله من الأفراد أو من شروط التشغيل في عقد الالتزام، فإنه عليها أن تضمن التوازن المالي للعقد، وذلك عن تعويض المتعاقد معها تعويضا كاملا[1].

ثانيا: الإجراءات التي تؤثر على ظروف التنفيذ

وقد لا يؤثر الإجراء الخاص بطريقة مباشرة على شروط العقد، ولكنه يؤثر على ظروف تنفيذه، ويكون من شأنه تحميل المتعاقد أعباء جديدة غير متوقعة عند التعاقد وحينئذ يجب

[1] – محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 626.

تعويض المتعاقد تعويضا كاملا على أساس التوازن المالي للعقد[1]، ويدخل في هذه الطائفة الإجراءات التي تتخذها الإدارة المتعاقدة باعتبارها سلطة بوليس، كإصدارها لالتزام تعديل مسار خط أوتوبيس أو بنقل أسلاك الكهرباء إلى مكان آخر بدواعي المحافظة على سلامة المواطنين، وكما لو قامت الجهة الإدارية بأشغال عامة أو بأعمال مادية تسبب للمتعاقد أضرارا.

وقد طبقت ذلك المحكمة الإدارية لمدينة الجزائر في 1964/12/11 في قضية كهرباء وغاز الجزائر، بلدية فوكة وتتمثل وقائع القضية أرادت بلدية بلدية فوكة بناء مدرسة فطلبت لهذا الغرض من الملتزم نقل الخطوط الكهربائية، نصت شروط العقد إلا أن حالة بناء مدرسة لم تكن من الأسباب التي تسمح بالنقل على حساب الملتزم، لذا لا بد من تعويضه، فنظرا إلى المدرسة التي لم يكن بناءها متوقعا حيت إبرام العقد بين الإدارة والملتزم، وترتب على ذلك زيادة أعباء تخل بالتوازن المالي للعقد حتى ولو كانت لا تؤثر جذريا على اقتصادياتها فإن على الإدارة أن تدفع تعويضا كاملا للمتعاقد .[2]

المبحث الثاني

اختلال التوازن المالي للعقد خارج عن فعل الإدارة

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

وان كنا قد سلمنا للعقد بأن هذه المخاطر لا تنتمي إلى عائلة واحدة، بل لكل نوع من المخاطر التي تؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد ، فانه إلى التدابير المنضوية تحت لواء فعل الأمير، والتي اشرنا إليها أنفا أنها تعرف بالمخاطر الإدارية، فإنه يوجد هناك أيضا نوع أخر من المخاطر والذي يمكن أن يعترض تنفيذ العقود الإدارية ويؤدي إلى اختلال التوازن

[1] – محمد سليمان الطماوي، نفس المرجع، ص 616.

[2] – حكم المحكمة الإدارية لمدينة الجزائر سابق الإشارة إليه.

المالي، تدعى بالمخاطر الإدارية، وكذلك نظرية الظروف الطارئة، ومنه فسنتطرق في هذا المبحث إلى مطلبين، الأول سيكون حول **(نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة)** أما المطلب الثاني فسنتطرق إلى **(نظرية الظروف الطارئة)**.

المطلب الأول

نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ومجال تطبيقها

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

الفرع الأول: التعريف بالصعوبات المادية غير المتوقعة

الصعوبات المادية غير المتوقعة نظرية قضائية المنشأ، وكانت إلى وقت ما تعتبر امتداد لنظرية القوة القاهرة، إلا أن هذا الوضع لم يدم طويلا، حيث نمت فكرة الصعوبات المادية غير المتوقعة وتحددت معالمها، بل وغدت بعد ذلك مستقلة قائمة بحد ذاتها[1].

وتعتبر الصعوبات المادية غير المتوقعة كفكرة مستقلة، أكثر من فعل الأمير فيما يتعلق بالإجماع الفقهي والقضائي في تحديد مضمونها، إذ يكاد ينعقد الإجماع على انه إذا اعترضت تنفيذ التزامات العقد صعوبات مادية ذات طبعة استثنائية خالصة، لم يكن بوسع المتعامل المتعاقد توقعها عند الإبرام، بحث تجعل ذلك التنفيذ صعبا وأكثر كلفة إلا أنها لا تصيره مستحيلا، فان الأضرار التي تلحقه تبعا لذلك تمكنه من المطالب من الطالبة بالاستفادة من آثار الصعوبات المادية غير المتوقعة.[2]

[1]– أنور ارسلان" نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة" مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، القاهرة، مطبعة جامعة القاهرة، سبتمبر، ديسمبر1978، العددان 3و4، السنة1980، ص 824–825.

[2] –سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق ص710–711.

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

وتأسيسا علي ما تقدم فان المتعامل المتعاقد ملزم بالأخذ في حسبانه إبرام العقد،جميع الصعوبات التي يمكن أن تعترضه و التي تصنف في خانة المخاطر العقلانية، إلا أن تلك المخاطر إذا تجاوزت حدا معينا، أضحت صعوبات مادية غير متوقعة يستفيد المتعامل المتعاقد من أثارها كاملة غير منقوصة.

الفرع الثاني: مجال تطبيق الصعوبات المادية غير المتوقعة

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

أولا: موقف الفقه الإداري

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

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

ويؤيد بعض الفقهاء المنحى الذي اختاره جورج فيدل، إذ يعزز هذا الجانب الفقهي رأيهم باعتناق قصر تطبيق آلية الصعوبات المادية غير المتوقعة على صفقات إنجاز الأشغال دون

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

غيرها، لكون أن الاجتهاد القضائي الإداري[1] لم يطبق الصعوبات المادية غير المتوقعة إلا على صفقات الأشغال العامة، وهي العقود التي تتطلب التعاون البناء والكامل من جميع الأطراف لتخفيف النشاط الإداري.

وفي مقابل ذلك ظهر اتجاه فقهي أخر يرى بان فكرة الصعوبات المادية غير المتوقعة تطبق على جميع أنواع العقود الإدارية، وان كانت تتعلق بصفقات الأشغال خصوصا،حيث يذهب الفقيه اندري دي لوبادير إلى التأكيد على انه لا توجد تطبيقات قضائية لهذه الآلية خارج نطاق العقود الإدارية، غير انه استطرد بعد وجود موانع قاطعة تحول دون تطبيقها على باقي أنواع العقود الإداري[2].

ويعزز هذا الرأي الفقيه بيكينوا،[3]كما لا يحيل عنه الأستاذ غاستون جيز الذي ذهب إلى أن حالات الصعوبات المادية غير المتوقعة في العقود الإدارية، وإن ظهرت واقعا فانه تتجسد في صورة أعمال تكميلية طلب من الموارد، ويذهب دائما الأستاذ غاستون جيز في عرض تبرير لهذا الرأي بان القضاء الإداري جنح في إحدى القضايا إلى القول بان طلب المصلحة المتعاقدة من المورد فرز الأخشاب لا يعتبر من قبيل العمليات المطلوبة أداؤها في العقد الأصلي، ومن ثم تشكل هذه العملية صعوبة غير متوقعة[4].

غير أنه قد تحدث في بعض الأحيان ظروف تجعل من التنفيذ مرهقا، بل وتزيد من تكاليف الانجاز، ورغم ذلك لا تصنف في خانة الصعوبات المادية غير المتوقعة.[5]

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

---

[1] – أنور احمد رسلان، المقال السابق، ص 836.

[2] – سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص711.

[3] – محمود عبد المجيد المغربي ، المرجع السابق، ص48.

[4]– أنور احمد رسلان، المقال نفسه، ص837.

[5] – سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق،ص711

طبيعة الأرض ومناسيب المياه أمرا شاقا، لكنه والحال اليوم يشهد تطورا تكنولوجيا هائلا، فإن الصعوبات المادية لا مجال للحديث عنها، حتى أنه أسقطها عند بيان أسباب اختلال التوازن المالي للعقد.[1]

وأما هذا الرأي الذي ساقه الدكتور طه الفياض، نجد أنفسنا ملزمين بانجاز في التيار المعاكس له، ذلك انه قد غلا أكثر من سابقه وذلك لاستبعاد الصعوبات المادية غير المتوقعة بحجية التطور التكنولوجي، وان كنا نسلم أن التطور التكنولوجي ينقص من الصعوبات المادية غير المتوقعة فانه بالمقابل لا يعدمها كلها ولعل التنفيذ العقود الإدارية على المستوى الميداني يثبت انه رغم الدراسات والتصاميم و العينات التقنية، إلا أن الصعوبات المادية غير المتوقعة تطهر من حين إلى أخر، وبذلك فندرتها لا تترتب إقصاءها فضلا على أن الصعوبات المادية غير المتوقعة لا ترتبط بجغرافية الأرض فحسب بل يمكن أن تثار حتى في مجالات أخرى.

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

[1] –ابراهيم طه الفياض، المرجع السابق، ص 250–251.

[2] –أنور احمد رسلان، المقال السابق، ص 837–838.

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

ثانيا: موقف القضاء الإداري الجزائري

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

حيث تتلخص وقائع القضية في إن السيد (م، بوزيان) إبرام مع البلدية كرزاز عقدا قصد حفر أبار الرملية التي تبعد عن الكثبان الرملية ب30 متر وبعد بدأ التنفيذ صادفته صعوبات مادية كلفته نفقات إضافية أخللت بالتوازن العقد المبرم مما دفع المتعاقد إلى اللجوء للقضاء الإداري للحصول على التعويضات، إذ عرض النزاع على الغرفة الإدارية لمجلس قضاء بشار و التي فصلت فيه بقرار أيده مجلس الدولة الجزائري، بتاريخ لاحق بعد الاستئناف الذي قام به المتعامل المتعاقد.

ومن بين ما قضت به الغرفة الإدارية لمجلس قضاء بشار إن:" **الأشغال التي طلب المستأنف تعويضه عنها هي صعوبات تصادف الطرف المتعاقد حين تنفيذه لالتزاماته التعاقدية مادية استثنائية غير متوقعة ولا تحدد فيها قيمتها أو حجمها أو نوعها لارتباطها غالب الأحيان بالأرض أو الأنهار...[2]**".

[1]– أنور احمد رسلان، المقال نفسه، ص 844.

[2] –مجلس الدولة الجزائري، الغرفة الأولى ، قرار غير منشور،رقم 10605، فهرس 34، الصادر بتاريخ ، 10 جانفي 2004، في قضية(م، بوزيان) ضد بلدية كرزاز.

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

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

وإسقاط لهذا الحكم على إشكالية مدى تطبيق آلية الصعوبات المادية غير المتوقعة، نجد أن القضاء الإداري الجزائري قد اعتبر أن الصعوبات المادية غير المتوقعة مرتبطة غالب الأحيان بالأرض والأنهار، مما يوحي حسبه إن الأصل في تطبيق آلية الصعوبات المادية غير المتوقعة صفقات انجاز الأشغال لإيراده مصطلح غالبا، ولكن ذات المصطلح يفتح المجال لتطبيق آلية باقي أنواع الصفقات، فالصعوبات المادية غير المتوقعة بذلك آلية عامة في حكم القضاء الإداري الجزائري، هذا فضلا على أن اغلب أحكام القضاء الداري المقارن تذهب الى ما توصلنا أليه [1].

الفرع الثالث: الشروط القاعدية لتطبيق آلية الصعوبات المادية غير المتوقعة

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

[1]– أنور ارسلان، المقال السابق، ص843.

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

أولا: أن تكون المادية وغير عادية

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

أ- صعوبات مادية

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

فمن بين أمثلة الظواهر الطبيعية التي تشكل صعوبات مادية لا سيما في صفقات انجاز الأشغال، ظهور صخور قاسية ومنيعة في مواقع العمل، أو طبقات مائية للتصريف بأحجام غير منتظرة[1]، كذلك حالات حدوث برد شديد مصحوب بسقوط ثلوج والذي يؤدي إلى عدم تمكن استخدام الطرق، كما إن سقوط أمطار بكميات غير عادية تجعل الوصول إلى مكان العمل مستحيلا لعدة أيام تشكل هي الأخرى صعوبات مادية[2].

والملاحظ أن هاتين الحالتين الأخيرتين من صور الصعوبات المادية تجد مجالات للتطبيق في جميع أنواع الصفقات، سواء صفقات انجاز أشغال أو صفقات اقتناء لوازم تقديم خدمات أو غيرها، مما يدعم النتيجة التي توصلنا إليها بصدد تعميم تطبيق آلية الصعوبات المادية غير

[1] – محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص 56.

[2] – أنور ارسلان، المقال السابق، ص 850.

المتوقعة جميع أنواع الصفقات العمومية، إذ تعتبر الصعوبات المادية المشار إليها أنفا، غير مرتبطة بطبيعة الأرض، بل هي ظواهر طبيعية مرتبطة بالطقس وتأثيراتها السلبية تمس الطرق مثلا: التي يستعملها كل المتعاملين المتعاقدين، أيا كانت موضوعات الصفقات العمومية الموكلة إليها.

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

ب- صعوبات غير عادية

لا يكفي أن تكون الصعوبات مادية حتى تفسح المجالات لتطبيق آلية الصعوبات المادية غير المتوقعة، بل يشتر0ط فوق ذلك لن تكون غير عادية، أي ذات طابع استثنائي تخرج عن تلك العقوبات المألوفة المنتمية إلى دائرة المخاطر العادية، والتي يفترض أن المتعامل العاقد قد ادخلها في الحساب العام عند تقدير سعر الصفقة العمومية للعقد.

وترتيبا على ما سبق فان الطابع الاستثنائي للصعوبات المادية يختلف من ظرف لأخر، الأمر الذي يجعل القاضي يمار سلطته التقديرية في البحث عما إذا كانت الصعوبات تتوفر فيه صفة الاستثنائية، دون أن يصل توافرها إلى حد الاستحالة في التنفيذ.

وإعمالا لمبدأ الإثبات في القانون الإداري الذي يقوم على حرية القاضي الإداري في تكوين عقيدته [1]، ونتيجة لذلك فان عبئ الإثبات على عاتق المتعامل المتعاقد، يسعى دائما إلى تقديم دلائل التي تساهم في إثبات أن الصعوبات المادية التي واجهتها عند تنفيذ التزمات العقد ذات طبيعة استثنائية وغير عادية.

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

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

ثانيا: أن تكون الصعوبات غير متوقعة

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

1- صعوبات أجنبية ومستقلة عن إرادة الطرفين المتعاقدين

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

وبناء عليه فانه ينبغي أن تكون الصعوبات فجائية ولا يد أحد المتعاقدين في إحداثها أو زيادة حجمها وأثارها[1]، حيث أنه إذا كانت الصعوبات نتيجة تصرف مشروع صادر عن المصلحة المتعاقدة استبعدت آلية الصعوبات المادية، إلا أن حقوق المتعامل المتعاقد تحفظ على أساس فعل الأمير، في حين أنه إذا كانت الصعوبات يعود ظهورها إلى خطأ المصلحة المتعاقدة، أصبح جبر الضرر قائم على أساس مسؤولية الإدارية على أساس الخطأ.

أما من جهة المتعامل المتعاقد فانه يشترط أن لا تكون الصعوبات وليدة خطأ صادر منه وصورة ذلك فعله الذي أحدثها وزاد في تفاقمها، ولإهماله في اتخاذ الاحتياطات اللازمة أو عدم اكتراثه بظهور الصعوبات مما تسبب في زيادة حجم أثارها، أو خروجه عن بنود العقد أثناء القيام بالتنفيذ، وتأكيد لذلك ذهب المشرع الجزائري في دفتر البنود الإدارية العامة إلى حرمان

[1] – أنور احمد رسلان، المقال السابق، ص 859.

هذه الأخير من أي تعويض عن الأضرار والخسائر الناتجة عن الإهمال والغفلة وتعطيل الأجهزة أو خطأ العمال[1].

وإعمالا لمبدأ حسن النية الذي ينبغي أن يسوده مرحلة تنفيذ العقد الإداري، فانه تلزم المصلحة المتعاقدة بتمكن المتعاقدة معه من كل المعاملات التي تساعده على تجنب الصعوبات المادية غير المتوقعة التي قد تعترض ، وان حدث وان وقعت كان كل من الطرفين المتعاقدين لا علاقتهما بهذه الصعوبات، نظرا الحرص كل منهما على القيام بدوره في تجنبه دورا كاملا غير منقوص.

2: صعوبات غير متوقعة ولا يمكن توقعها

يتعين للتطبيق آلية الصعوبات المادية غير المتوقعة أن تكون الصعوبات التي اعترضت التنفيذ الفجائي، ولم يكن بالإمكان توقعها من قبل الرجل الحريص ، وهنا يبدأ دور القاضي الإداري على قدر كبير من الأهمية، حيث يسعى إلى فحص فيها إذا كان المتعامل المتعاقد قد بدل عناية وجهدا وقت إبرام العقد، لإجراء تحريات حول الأعمال الموكولة إليه، وقيام جميع الاختبارات للتأكد من صلاحية الموصفات والتصاميم المعتمدة.

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

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

[1] – الفقرة الثانية من المادة 27 من دفتر البنود الإداري العام سابق الإشارة إليه.

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

ثالثا: أن تلحق الصعوبات ضررا بالمتعامل المتعاقد

يتمثل ثالث شروط تطبيق آلية الصعوبات المادية غير المتوقعة، أن تلحق تلك الصعوبات أضرارا بالمتعامل المتعاقد، على أن لاتصل درجة تلك الأضرار إلى مستوى الاستحالة في تنفيذ، الأمر الذي فتح المجال لتطبيق آلية أخرى تدعى القوة القاهرة، وهكذا فانه يشترط في طبيعة الضرر أن يجعل التنفيذ مرهقا لا مستحيلا.

رابعا: يجب أن تكون الصعوبات ذات طابع استثنائي بحت

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

خامسا: يشترط ان تكون من شأن هذه الصعوبات الاختلال بالتوازن المالي للعقد

ويضيف مجلس الدولة الفرنسي، شرطا خامسا بالنسبة للعقود الجزافية، وهي التي تتضمن تحديد لكمية الأعمال المطلوبة، وتحديدها إجماليا لما تلتزم الإدارة بدفعة من ثمن يقابلها، فهذا الطابع الجزافي في تحديد الثمن، لا يحول وفقا لقضاء المجلس دون تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، كما يصرح في احد أحكامه الصادرة في 1938، بان قضية "ليبوتي"

حيث يقول (لا تشكل الطبيعة الجغرافية للعقد حائلا أمام المتعاقد المحصول على تعويض بسبب الصعوبات الاستثنائية وغير المتوقعة التي صادفها عند تنفيذ العقد[1]).

المطلب الثاني

اختلال التوازن المالي للعقد بسبب الظروف الطارئة

إن التوازن المالي للعقد قد يختل نتيجة تدخل الإدارة – كما رأينا – أو نتيجة الظروف الطارئة، وهذه النظرية حديثة النشأة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي وكان اعتناقها يرد الى عدم ملائمة القواعد المدنية على العقود الإدارية عقود المدة ، ك بسبب الظروف الطارئة عقد الالتزام وعقد التوريد مثلا .

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

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

ويلاحظ أنه في مجال القانون الإداري إذا أخذنا بهذا المبدأ المدني المقرر المعقود سنصل الى نتائج لا تكون في مصلحة أحد ، فهو يضر بمصلحة المتعاقد ويهدده بالانهيار

[1] – سليمان محمد الطماوي، نفس المرجع، ص 722.

الكامل ، كما أنه ليس في مصلحة المرفق العام الذي يتوقف وتلك نتيجة بالغة متطورة بالنسبة للجمهور، ومن أجل تفاوت هذه النتيجة اتجه مجلس الدولة الفرنسي الى خلق قواعد جديدة مستمدة من مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد، والتي من شانها إلزام الإدارة المتعاقدة بمد يد المساعدة المالية للمتعاقدين معها، الذي يعرف بتعويض الظروف الطارئة أو تعويض الأعباء التي تجاوزت العقد واحتمالاته بقصد إعادة التوازن المالي للعقد . وذلك ظهرت نظرية بوجه عام إذا طرأت خلال تنفيذ العقد ظروف استثنائية خارجية عامة لم يكن في الوسع توقعها عند إبرامه، وترتب على حدوثها إن اختل التوازن المالي للعقد اختلالا خطيرا، أن تنفيذ الالتزام دون أن يصير مستحيلا أصبح اشد إرهاقا أو أكثر تكلفة على وجه يتجاوز القدر الذي كان الطرفان يتوقعانه جاز للمتعاقد الذي أضر من هذه الظروف مطالبة الطرف الأخر المساهمة معه في تحمل النتائج المترتبة على ازدياد الأعباء الناشئة من تلك الظروف. ويسري هذا الحكم سواء كان الطرف الذي أضر من الظروف الطارئة هو جهة الإدارة أو المتعاقد معها، ولكن الغالب أن يقع الضرر من هذه الظروف على المتعاقد مع الإدارة لأنه في غالب العقود الإدارة هي الملتزم بتقديم الخدمة أو السلعة

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

فلما تأكدت الشركة الملتزمة، إنها لن تستطيع تسيير مرفق الكهرباء إلا بتحمل خسائر فادحة تهدد بالتوقف، تقدمت إلى بلدية بوردو وبآخر إلى مجلس المحافظة فيما بعد، تطلب فيه السماح لها بزيادة أسعار الغاز بما يتفق ويتناسب مع الزيادة التي طرأت على أسعار الفحم .

غير ان البلدية ومجلس المحافظة رفضا طلبها قاطعا تأسيسا على نص المادة 1134 مدني فرنسي الذي يقضي بان العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز تعديله ولا نقضه إلا باتفاق الطرفين أو لاستحالة تنفيذ الالتزام إذ إن تنفيذ الالتزام بالنسبة لها لم يصبح مستحيلا وان ارتفاع أسعار

الفحم لا يمنعهما من الحصول عليه طالما انه متوفر في الأسواق، غير انه لما عرض الموضوع على مجلس الدولة الفرنسي قضى فيه بمراجعة شروط العقد بسبب ما طرأ من زيادة على أسعار الفحم ، وقرر المجلس جملة من المبادئ التي تنظم الطريق التي يتعين إتباعها بشأن مراجعة العقود الإدارية بسبب الظروف الطارئة وينبغي أن نبرز بعضا من هذه المبادئ فيما يلي :

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

الفصل الثاني

إعادة التوازن المالي للعقد الإداري

المبحث الأول

التعويض الكامل كأداة لإعادة التوازن المالي

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

المطلب الأول

التعويض الكامل على أساس نظرية فعل الأمير

يترتب على تطبيق النظرية عمل الأمير أثر قانوني أساسي يتمثل في ضرورة إعادة التوازن المالي للعقد، الذي اختل توازنه من جراء العمل الصادر من السلطة الإدارية العامة وذلك بتعويضه تعويضا كاملا[1]، ويمكن أن يتولد عن عمل الأمير بعض النتائج الأخرى لا تقل أهمية بالنسبة للمتعاقد عن الأثر الرئيسي وهذه النتائج هي :

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

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

[1] – عمار عوابدي، دروس القانون الإداري، ص277–278.

2– سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 649.

– فان من حق المتعاقد إذا ما ترتب على عمل الأمير صعوبات في التنفيذ لا تتحمله إمكانياته المادية والفنية، أن يطالب بفسخ العقد[1] . إن عملية إبرام الملحق التابع للصفقة العمومية تهدف في الحقيقة إلى تحقيق عدة نتائج وأهداف في إطار الاتفاق الحاصل بين الطرفين المتعاقدين، قصد التسوية الودية لأي مشكل يمكن أن يثار أثناء التنفيذ.

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

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

وإذا كان لا يمكن إبرام الملحق وعرضه على هيئة الرقابة الخارجية للعقود المختصة إلا في حدود آجال التنفيذ التعاقدية، فإنه استثناء يمكن أن يبرم الملحق خارج الحالات السابقة عندما يكون مثلا عديم الأثر المالي، ويتعلق بإدخال أو تعديل بند تعاقدي أو أكثر باستثناء البنود المتعلق بآجال التنفيذ [2].

وعليه فإن عملية إبرام الملحق كتأطير لسلطة التعديل في إطار التدابير والإجراءات التي تصدرها المصلحة المتعاقدة والتي تتوافر فيها شروط تطبيق آلية فعل الأمير، يمكن لها أن

[1] – فؤاد مهنة، مبادئ وأحكام القانون الإداري، 1975، ص 795.

[2] – الفقرة 02 من المادة 92 من المرسوم الرئاسي 250/02 المعدل والمتمم السالف الذكر.

تساهم في إعادة التوازن المالي للصفقات العمومية وديا واختصار طول إجراءات التسوية القضائية لإعادة ذلك التوازن .

حيث غالبا ما تتفق الأطراف المتعاقدة على تضمين بند الصفقة على ضرورة إبرام ملحق عندما تزيد أو تنخفض حجم الأداءات بنسبة معينة أو يحدث تعديل بند من البنود التعاقدية [1] وذلك محاولة لإعادة التوازن المالي للعقد بإدخال تعديلات على بنود العقد الأصلي، وأخذ الالتزامات الجديد بعين الاعتبار عند تحديد المزايا المالية التي ينبغي أن يقتضيها المتعامل المتعاقد كي يمكنه الاستمرار في التنفيذ دون إرهاق.

الفرع الأول: أساس التعويض

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

الفقرة الأولى: نظرية الإثراء بلا سبب

يعتبر الإثراء في حد ذاته واقعة قانونية، إذا من خلالها يجعل أن يثري شخص ما فتزداد ذمته المالية على حساب شخص آخر، فهي إما أن تكون مبنية على أساس ويكون لها سبب مشروع كما في إثراء الموهوب، الذي يتسلم هدية، أوفي إثراء البائع الذي يقبض لقاء ثمن البيع مبلغا يفوق قيمة هذا المبيع، وإما أن يفتقر هذا الإثراء إلى مبرر قانوني ولا يعتمد على سبب مشروع كما في إثراء من يقبض مبلغا من المال دون وجه حق مثل الشخص الذي يأخذ مال الغير باعتباره دائنا لهذا الأخير إلا انه ليس كذلك، وقد تناول المشرع المغربي الإثراء بلا سبب في فصول 66 و75و76 ولكي يكون هذا الإثراء واقعة صحيحة لابد أن يتوفر على شروط معينة

[1] – محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2005، ص74.

أولا: فكرة المسؤولية التعاقدية للإدارة

وهذا الفريق من الفقهاء يأخذ بفكرة المسؤولية التعاقدية بلا خطة كأساس لالتزام الإدارة بالتعويض من جراء عمل الأمير ذلك إن من طبيعة العقد الإداري أن تلتزم الإدارة بتعويض المتعاقد معها كلما تدخلت تدخلا من شانه أن يخل بالتوازن المالي للعقد[1] .

ويشير الطماوي أن المسؤولية التعاقدية بلا خطأ هي مسؤولية لا تتساوى مع المبادئ المسلم بها في القانون الخاص لأن المسؤولية التعاقدية في القانون المدني تفترض إخلال احد المتعاقدين بالتزاماته المتولدة عن العقد، في حين إن عمل الأمير لا يتضمن من جانب الإدارة أي إخلال بالتزاماتها التعاقدية، ويضمن الأستاذ الطماوي بأنه من الأسلم الأخذ بفكرة التوازن المالي للعقد، باعتبارها من خصائص العقد الإداري[2].

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

أ- نظرية التوازن المالي للعقد

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

[1] –BADOUI,le fait de prince thése précetée,p 108.

[2] – سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 651.

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

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

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

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

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

الاتفاق، معنى أنه لا يقابلها في شروط العقد أي تقدير والمحكمة إنما تقدر هذا التعويض طبقا للقواعد المقررة في القانون الإداري في هذا الشأن وهو يشمل عنصرين :

الأول: ما لحق المتعاقد من خسارة.

الثاني: ما فات المتعاقد مع الإدارة من كسب.

وبذلك يتميز التعويض على أساس نظرية عمل الأمير عنه على أساس نظرية الظروف الطارئة، في أن الأول تعويض كامل وفي الثاني يكون جزئيا[1].

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

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

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

[1] – حكم محكمة القضاء الإداري، صادر في 1957/06/30.

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

الفرع الثاني: الاستثناءات من التعويض الكامل وفكرة استبعاده

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

ولنا أن نتساءل عن الجهة التي تضطلع بتقدير الضرر وعن تاريخ تحققه، وقيمة التعويض.

وأيا ما كان الأمر، فإن قيمة التعويض يجب أن نغطي الضرر الحقيقي الذي لحق بالمتعاقد، والتاريخ الذي يعتمد به لتقدير الضرر هو تاريخ تحققه، وليس من الوقت الذي أجريت فيه الخبرة من أجل تقديره.

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

وهذا ما جسدته محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في 30 جويلية 1957، حيث حرصت على أن ((... جهة الإدارة لا تملك أن تستقل بتقديره، بما يقرره قاضي العقد، اعتبارا بأنه ينشأ تكاليف غير متوقعة.

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

الفرع الثالث: الحالات الاستثنائية التي يستبعد فيها التعويض الكامل

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

1-وحالة مساهمة المتعامل المتعاقد بخطئه في إحداث الأضرار المترتبة عن فعل الأمير والتسبب في زيادتها.

ولعل هذه الحالة كنا قد أشرنا إليها سابقا، فقط أنه لا يمكن صرف التعويض الكامل للمتعامل المتعاقد، المتضرر من فعل الأمير المسبب لاختلال التوازن المالي للعقود المبرمة إذا

كان خطأ هذا الأخير هو الذي تسبب في أحداث هذه الأضرار[1]، فضلا على انه إذا كان فعل الأمير قد صدر فعلا وسبب أضرارا معينة، إلا أن خطأ وإهمال المتعاقد تسبب في تفاقم تلك الأضرار، فإن القاعدة تقتضي أن يحرم المتعاقد من صرف التعويض الكامل تطبيقا للقواعد العامة في التعويض.

2_ حالة فسخ الصفقة العمومية بسبب العمليات الحربية:

وقد استقر القضاء الإداري المقارن في هذه الحالة، على تحديد التعويض الذي يصرف للمتعامل المتعاقد على الأضرار الفعلية المترتبة عن الفسخ، دون الأخذ في الاعتبار ما فات المتعاقد من كسب لو أن الصفقة العمومية لم تفسخ، إذ أن الظروف المحيطة بحالة الفسخ والمتعلقة أساسا بحالة الحرب هي الأساس[2]

3_ حالة الاتفاق التعاقدي على إعفاء المصلحة المتعاقدين من المسؤولية بسبب فعل الأمير
ونذكر هنا أن الفقهاء يميزون بشأن هذه الحالة التي يستبعد فيها التعويض الكامل بين وضعيتين (1):
أولهما :

أ/اشتراط الاستبعاد المطلق للمسؤولية بسبب فعل الأمير

حيث يجمع الفقه الإداري على عدم مشروعية هذا الشرط، وبالتالي يقع باطلا كل اتفاق حول إعفاء المصلحة المتعاقدة من يحمل آثار الأضرار المترتبة عن فعل الأمير، لأنه لو أقرت مشروعية هذا الشرط لما أمكن للمتعامل المتعاقد المطالبة بإعادة التوازن المالي للصفقة المبرمة وبقائه تطبيقا لذلك الشرط أسير الإرهاق في التنفيذ، مما تترتب عنه حتما انعكاسات تتعلق

[1] – وبشان هذه الحالة التي يتم فيها إتفاق كلا من المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد على إيراد شرط إعفاء المصلحة المتعاقدة من المسؤولية بسبب فعل الأمير ضمن البنود التعاقدية في الصفقة والتمييز بين حالات الاستبعاد المطلق والاستبعاد النسبي: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص655 .

[2]– محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص 123–124.

أساسا باضطراب مبدأ سير المرافق العامة بانتظام، فضلا عن إلحاق أضرار بالمتعامل المتعاقد، لم يتسبب في إحداثها أو في تفاقم أضرارها، مما يسفر عن وضع تاباه قواعد العدالة.

ثانيهما : اشتراط الاستبعاد النسبي للمسؤولية بسبب فعل الأمير

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

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

إلا أنه يمكن أن نستدرك عقب هذه الحالات الاستثنائية التي يستبعد فيها التعويض الكامل بسبب فعل الأمير، وربطا مع موضوع الدراسة، فإنه في واقع الصفقات العمومية والتي يكون محلها في غالب الأحوال مشاريع هامة، يتعرض تنفيذها لمخاطر إدارية كبيرة سواء من لدن المصلحة المتعاقدة أو السلطات الوصاية عليها، الأمر الذي لا يجعلنا نتصور اتفاق المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة على إيراد بنود تعاقدية في غير صالحه، بل أن الممارسة العملية تثبت أن هذا الأخير يتحرى دوما الاتفاقات والبنود التي تضمن مكاسبه، وتحافظ على حقوقه وامتيازاته لا سيما المالية منها .

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

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

المبحث الثاني

التعويض الجزئي في نظرية التوازن المالي للعقد

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

وإذا كانت الطريقة للظروف الطارئة من بين الأسباب التي يختل بها التوازن المالي للعقد، فإنها تعتبر وسيلة لإعادة هذا التوازن المختل، متى توافرت شروطها عن طريق تعويض المتعاقد تعويضا جزئيا لمواجهة الظروف غير العادية والمؤقتة، حتى يستطيع الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية، ويتسنى للمرفق العام السير بانتظام واستمرار، وبالتالي إشباع حاجات الجمهور فتحقق الصالح العام[1].

وهي حالة مؤقتة لمواجهة مخاطر غير عادية أو أزمات مؤقتة، لتمكين أطراف العقد من اجتياز المرحلة الصعبة التي سببتها الظروف الطارئة، والعودة الى الحالة التعاقدية الطبيعية، ومن ثم فلا يمكن تطبيق النظرية متى كان الظرف الطارئ أثرا دائما على العقد وليس من

[1] – سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 681.

المنتظر أن يزول مستقبلا، فعندئذ يحق لطرفي العقد طلب فسخه من قبل قاضي العقد، لتعذر تعديله بما يساير الظروف الجديدة .

المطلب الأول

حق المتعاقد في الحصول على معاونة الإدارة

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

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

وإذا توقف المتعاقد عن تنفيذ التزاماته استنادا إلى الظروف الطارئة فإنه يعرض نفسه لتحمل غرامات التأخير ولا يغيره الأمر الاحتجاج بالظروف الطارئة[1].

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

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

[1] – سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 688.

الفرع الأول: سلطات القاضي في مواجهة الظروف الطارئة

أولا: رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول

نصت المادة 03/107 من القانون المدني الجزائري، صراحة على دور القاضي على أنه (إذا طرأت حوادث استثنائية عامة ولم يكن في الوسع توقعها جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول [1] .

وبالبناء على هذا النص، نستطيع القول بأن المقصود برد الالتزام هو إما إنقاص الالتزام المرهق أو زيادة الالتزام الآخر المقابل للالتزام المرهق، وأما وقف تنفيذ العقد الى حين، فمفهوم الرد لا يخول للقاضي في أن يقضي بفسخ العقد مهما كانت حدة الظروف الطارئة على الأقل على أساس المادة 3/107 التي تشجع البحث على سبل الإبقاء على العقد [2] .

و تجدر الإشارة إلا أن رد الالتزام إلى الحد المعقول، لا يكون إلا بالنسبة للحاضر ولا شأن له بمستقبل العقد لأنه غير معروف، [1]

فقد يزول أثر الحادث الطارئ فيعود العقد إلا ما كان عليه قبل التعديل، وقد تجد بعد التعديل حوادث طارئة أو يشتد الطارئ الأول أو يخفف فليس ثمة ما يمنع القاضي من إعادة النظر في التعديل الذي قضى به بالزيادة أو النقصان، [2]ذلك هو دور القاضي في مجال القانون المدني، فما هو دوره في نطاق القانون الإداري ؟

ثانيا: الحكم بالتعويض

رأينا أن دور القاضي في نطاق القانون المدني بشأن أحكام نظرية الظروف الطارئة يقتصر على تعديل الالتزام 3/107 ولا يحق له بأية حال فسخ العقد، فإن دور القاضي في مجال القانون الإداري، حسب ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي ابتداء من حكمه في قضية

[1] – سليمان مرقس، أصول الإلتزامات، ج 1، ص 364.

[2] – عبد الرزاق السنهوري، ج 1، المرجع السابق، ص 648

غاز **بوردو** ينحصر في الحكم بالتعويض فقط، ولا يجوز له تعديل العقد، الآن هذا التعديل من اختصاص الأطراف المتعاقدة وقضاء المجلس مضطر على تأكيد هذا المبدأ.

والحكم على الإدارة المتعاقدة بمبالغ كبيرة للتعويض يشكل وسيلة ضغط غير مباشرة وفعالة لدفعها إلى اللجوء إلى التسوية الودية، وللقاضي أيضا دعوت طرفي العقد إلى تعديله لمواجهة الظروف الجديدة التي ترتب عليها صعوبة تنفيذه بالشروط المتفق عليها وقت إبرامه، حيث المتعاقد بمقتضاها مهدد بخسارة فادحة وذلك بعقد اتفاق جديد في ما بينهما بإعادة النظر في شروط العقد الأصلية بما يكفل إعادة التوازن المالي له، فإذا فشل الطرفان في الوصول إلى هذا الاتفاق فليس أمامه –اي القاضي– إلا سبيل واحد وهو سبيل الحكم بالتعويض، وذلك بعد أن يتحقق تماما من عدم وجود أي اتفاق مجدد بين الطرفين المتعاقدين حول تلك الظروف الطارئة[1].

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

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

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

ج) إن الإدارة حين تضمن العقد شروط معينة، وتحمل المتعاقد بمقتضاها التزامات محددة فإنها تستهدف تحقيق مصلحة عامة، ولو اتيح للقاضي ان يعدل من شروط العقد رغم انف الإدارة، فقد تتعرض المصلحة العامة للخطر ومن ثم فان دواعي المصلحة العامة تقتضي أن تضل شروط العقد نافذة حتى تقبل الإدارة مخاطر تعديلها، لأنها لن تفعل ذلك إلا بعد

[1] سليمان الطماوي،مرجع سابق،ص689.

تتأكد مقدما من أن المصلحة العامة لن تتضرر من جراء التعديل، وهذا الاعتبار الأخير لا محل له من القانون الخاص، حيث يعمل كل متعاقد على تحقيق مصلحته الخاصة[1] .

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

الفرع الثاني: أساس التعويض ونطاقه

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

الفقرة الأولى: أساس التعويض

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

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

وأما إذا لم ينص على هذا الشرط في العقد، فمن العدالة الرجوع إلى سكوت النص، طالما أن الأزمة قد خلقت حالة خارجية شروط العقد أي وضعية لم يعط لها العقد حل قط، وذلك للوصول إلى نتيجة عادلة بهدف ضمان التوازن المالي للعقد في تغير الظروف، وعلى القاضي

[1] –سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص691.

الحكم بالتعويض على هذا الأساس لممارسة ضغط على الإدارة لتعقيد التفاوض مع المتعاقد معها.

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

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

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

2-نظرية التوازن المالي للعقد

يقول بنظرية التوازن المالي للعقد الفقيهان، «دوستو" و "فالين" وانتقد "بيكينو" هذا الرأي، وقال بان فكرة التوازن المالي للعقد تؤدي الى التعويض الكامل، وهو ما يعارض نظرية الظروف الطارئة حيث أن التعويض على أساسها يكون جزئيا[2].

يقصد ما قاله الفقيه "بيكينوا" على نظرية التوازن المالي للعقد كما يراها، بأنها ذلك التوازن الحسابي الجامد بين حقوق والتزامات المتعاقدين، في حين أن فكرة التوازن المالي للعقد تعني التعادل أو التوازن النسبي بين حقوق والتزامات الطرفين المتعاقدين هذا من جهة، ومن جهة

[1] -عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ص 308

[2] -احمد محيو، المرجع السابق، ص 253

أخرى هي فكرة مفترضة في كل عقد إداري لصلة الوثيقة بينهما هذه العقود وبين المرافق العامة، وهي بذلك تصلح لان تكون أساسا عاما تؤسس عليها النظريات القانونية.

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

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

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

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

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

إن مبدأ قاعدة القوة الإلزامية للعقد في القانون الخاص (العقد شريعة المتعاقدين) المادة 106 مدني جزائري، قد ولى مع مذهب سلطان الإدارة الدولة الحارسة، مكانا لمرونة عقود القانون العام في عهد الدولة المتدخلة، ال مادة3/107 من القانون المدني الجزائري، لان البحث عن التوازن المالي المعقول أصبح هو المحرك لاقتصاديات العقد ويشكل نوعا من الميكانزيم التكاملي موجها لتنظيم العلاقات بين المرفق العام و المتعاقد وهذا أعمالا لنظرية التوازن المالي للعقد التي تقوم على العدالة في تحمل الأعباء.

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

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

ثانيا: تقدير الأعباء العامة عن الظروف الطارئة

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

1-تحديد بداية الظروف الطارئة

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

تحديد التعويض الذي يستحقه المتعاقد

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

ا)- فبالنسبة لتحيد الخسارة التي لحقت بالمتعاقد

ان المقصود بالخسارة الفعلية تلك الأعباء التي تحملها المتعاقد الذي أرهقه التنفيذ نتيجة الظروف الطارئة التي أدت إلى الاختلال بالتوازن المالي للعقد إخلالا خطيرا، وتحديد الخسائر

الفعلية بمقتضى النتائج الفعلية لاستغلال المشرع، ومن ثم يستبعد عند التقدير تلك الأرباح التي حققها المتعاقد قبل الظروف الطارئة والأرباح المتحمل تحقيقها في المستقبل، والخسائر التي تكون قد تكبدها المتعاقد قبل تحقيق الظروف الطارئة لأنها من قبيل المخاطر العادية، ويسم من قيمة الخسائر الفعلية التي تحملها المتعاقد نتيجة الظروف الطارئة، ما يرجع إلى أخطائه في التنفيذ، كأعماله أو عدم إتباعه الوسائل الفنية المسلم بها في التنفيذ.[1]

ب) –وأما بالنسبة لتوزيع عبئ الخسارة بين المتعاقد والإدارة

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

ويلاحظ أن هناك ثلاثة مبادئ تحكم تحديد التعويض وهي

أن الإدارة غير ملزمة بضمان نسبة من الربح للمتعاقد معها.

ألا يستحق المتعاقد التعويض إلا إذا استمر في تنفيذ التزاماته التعاقدية لتامين سير المرفق العام باستمرار وانتظام.

ألا تتحمل الإدارة وحدها الأعباء الفادحة المترتبة عن الظروف الطارئة، بل توزع بين الإدارة المتعاقدة.[2]

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

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

[1] –فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري، 1975 ص805.

[2] –سليمان الطماوي، المرجع السابق،ص695 وما بعده.

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

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

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

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

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

ذلك إن الهدف من تطبيق الأحكام النظرية، ليس لتحقيق أرباح للمتعاقدين إنما شرعت لتمكينه من الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية حتى يستطيع المرفق

إن يؤدي خدماته المعتادة بانتظام واطراد، هذا ما يفسر حرمانه من الاستناد إلى النظرية للمطالبة بالتعويض إذا ما توقف عن التنفيذ

[1] –سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص697

المطلب الثاني

نهاية الظروف الطارئة

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

ومن ثم فان نهاية الظروف الطارئة قد تكون بسبب عودة التوازن المالي للعقد، او سبب اختلال هذا التوازن اختلالا نهائيا.

الفرع الأول: عودة التوازن المالي للعقد

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

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

وإما بناءا على اتفاق الطرفين على إعادة النظر في شروط العقد الأصلية بما يكفل إعادة التوازن المالي إليه، وكثير ما تلجا الإدارة إلى مثل هذا الحل في عقود التزام المرافق العامة، مثلا فتقبل زيادة الرسوم التي يتقاضاها المتعاقد من المنتفعين بما يحقق من توازن العقد.[1]

الفرع الثاني: اختلال التوازن المالي اختلالا نهائيا

[1] –سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الادارية، ص 699.

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

ولما كانت نظرية الظروف الطارئة تقوم على اعتبار تلك الظروف مؤقتة، لذلك نجد أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي قد وضح مبدأ لمواجهة هذه الحالة الاستثنائية في احد أحكامه، قضية شيربورغ" وذلك نتيجة... للطبيعة المؤقتة للفترة فانه لا يمنك أن تكون فترة الظروف الطارئة دائما حيث إذا تبين أن اختلال التوازن المالي للعقد قد أصبح نهائيا، فلا تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة، والإدارة غير ملزمة بتعويض المتعاقد معها وعلى طرفي العقد محاولة التفاهم او الاتفاق الودي على إعادة النظر في شروط العقد بما يكفل له الاستمرار، فإذا لم يتوصل الطرفان إلى حل فلا مناص من الحكم بسفخ العقد، بناء على طلب الإدارة أو بناء على طلب المتعاقد وقد يرافق الفسخ حكم بالتعويض لمصلحة احد الطرفين إذا تبين للقاضي عن موقف متعنت منه كان هو السبب في عدم التوصل إلى اتفاق جديد يعيد إلى العقد توازنه المالي السابق، ويرجع مجلس الدولة الفرنسي أساس هذا الفسخ القضائي إلى فكرة اختلال التوازن المالي للعقد نهائيا التي اعتبرها من قبل القوة القاهرة التي تؤدي إلى إنهاء العقد.[1]

ونشير إلى أن القاضي لا يستطيع النطق بفسخ العقد، إلا بناء على طلب أحد الطرفين، وفي غياب مثل هذا الطلب، فان الحق في المطالبة بالتعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة يبقى قائما، لطالما أن شروط تطبيق النظرية قائمة.

[1] – سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص700.

خاتمة

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

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

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

ومنه فإن نظرية التوازن المالي للعقد الإداري تعطي للإدارة الحق في تعديل العقود التي تبرمها

وذلك من جانب واحد، ويكون هذا التعديل عن طريق تعديل التزامات المتعاقد على نحو لم يكن معوف له وقت ابرام العقد، هذا التعديل من اجل أن تحقق الإدارة التوازن و التلاؤم بين التغيرات المستمرة التي قد تطرأ اثناء تنفيذ العقد وكذلك لكي تتحقق احتياجات المرافق العامة.

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

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

60ولأن تأمين المتعاقد من المخاطر التي يصعب تقديرها سلفا، فإن من شأن هذا التأمين أن يعطي جوا من الثقة والتعاون الذي لابد منهما لتحقيق الهدف المشترك للجميع.

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

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

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

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

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

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

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

قائمة المراجع

أولا : المؤلفات

أ/ بالعربية:

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

2- عمار عوابدي، دروس المؤسسات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعي،الجزائر1979.

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

4- عثمان بوشكيوة، التوازن المالي للصفقات العمومية، رسالة ماجيستر، المركز الجامعي لسوق اهراس الجزائر،2005/2004.

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

6- محمد انس قاسم جعفر، العقود الإدارية دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات، القاهرة،جامعة القاهرة،1999.

7- أنور ارسلان، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، مجلة القانون والاقتصاد للبحوث القانونية والاقتصادية، القاهرة،مطبعة جامعة القاهرة،سبتمبر،ديسمبر1978،العددان3و4 سنة،1980.

8- جورج فيدل،بيار دلوفيه،ترجمة منصور القاضي، القانون الإداري الجزء الأول، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، دون بلد نشر، دون سنة نشر.

9- إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، النظرية العامة"وتطبيقاتها في القانون الكويتي والقانون المقارن مع شرح قانون المناقصات الكويتي رقم37 سنة 1964 مكتبة حي الفلاح،1981.

10- محمد فؤاد مهنا،مبادئ وأحكام القانون الإداري لجمهورية مصر العربية دون مكان نشر، مؤسسة أحباب الجامعة للطباعة والنشر،1973.

11- عمار عوابدي، دروس المؤسسات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1979 .

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

13- محمد انس قاسم جعفر،العقود الإدارية"دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات، جامعة القاهرة، القاهرة 1999 .

ثانيا : النصوص القانونية

أ/ المراسيم:

1- المرسوم الرئاسي250/02المتعلق بالصفقات العمومية، الجريدة الرسمية،العدد 25 لسنة 2002 .

2- المرسوم الرئاسي رقم159/05، المؤرخ في 27 أفريل 2005،يتضمن على التصديق على الاتفاق الأوربي المتوسطي لتأسيس شراكة بين الجزائر والمجموعة الأوربية.

ثالثا : المجلات

1- مجلس الدولة، الغرفة الثانية، قرار غير منشور ، رقم 237 فهرس 24 بتاريخ 2001/04/09، مجلة مجلس الدولة .
2- مجلس الدولة الجزائري، الغرفة الأولى، قرار غير منشور، رقم 10605 فهرس 34 الصدر بتاريخ 10 جانفي 2004 مجلة مجلس الدولة.

الفهرس

مقدمة

شكر وعرفان

إهداء

الفصل الأول: أسباب اختلال التوازن المالي للعقد الإداري.....07

المبحث الأول: اختلال التوازن المالي بسبب فعل الإدارة.....07

المطلب الأول: مفهوم نظرية فعل الأمير.....09

الفرع الأول: التعريف بفعل الإدارة.....09

أولا: التعريف الفقهي.....09

ثانيا: التعريف القضائي.....11

الفرع الثاني: شروط تطبيق الية فعل الأمير.....12

أولا: أن يكون هناك عقد إداري.....12

ثانيا: أن يكون الإجراء الذي اتخذته الإدارة غير متوقع 12

ثالثا: أن يكون الإجراء صادر عن المصلحة المتعاقدة.....13

رابعا: أن يؤدي الإجراء الصادر عن المصلحة المتعاقدة.....14

خامسا: أن تكون الإدارة المتعاقدة قد أخطأت حين اتخذت التصرف الضار.....14

المطلب الثاني: الصور التي يتخذها فعل الأمير.....15

الفرع الأول: فعل الأمير في صور إجراء عام.....15

أولا: الإجراءات العامة المؤثرة في الأوضاع العقدية للعقد الإداري..15

ثانيا: الإجراءات العامة المؤثرة في ظروف تنفيذ العقد.....16

أ/ حالات استبعاد وتطبيق آلية فعل الأمير.....16

ب/ الحالات الاستثنائية لتطبيق فعل الأمير.....17

1/ فعل الأمير الإيجابي.....17

2/ فعل الأمير السلبي.....18

الفرع الثاني: فعل الأمير في صور إجراء خاص.....20

أولا: الإجراءات التي تؤدي إلى تعديل مباشر في شروط العقد....20

ثانيا: الإجراءات التي تؤثر على ظروف التنفيذ.....20

المبحث الثاني: اختلال التوازن المالي للعقد خارج عن فعل الإدارة.....21

المطلب الأول: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ومجال تطبيقها.....22

الفرع الأول: التعريف بالصعوبات المادية غير المتوقعة.....22

الفرع الثاني: مجال تطبيق الصعوبات المادية غير المتوقعة.....23

أولا: موقف الفقه الإداري.....23

ثانيا: موقف القضاء الإداري الجزائري.....26

الفرع الثالث: الشروط القاعدية لتطبيق آلية الصعوبات المادية غير المتوقعة

أولا: أن تكون الصعوبات المادية وغير عادية.....28

أ/ صعوبات مادية.....28

ب/ صعوبات غير عادية.....29

ثانيا: أن تكون الصعوبات غير متوقعة.....30

1/ صعوبات أجنبية و مستقلة عن إدارة الطرفين.....30

2/ صعوبات غير متوقعة ولا يمكن توقعها.....31

ثالثا: أن تلحق الصعوبات ضررا بالمتعامل المتعاقد.....32

رابعا: يجب أن تكون الصعوبات ذات طابع استثنائي بحت.....32

خامسا: يشترط أن تكون من شأن هذه الصعوبات الاختلال بالتوازن المالي للعقد.....32

المطلب الثاني: اختلال التوازن المالي للعقد بسب الظروف الطارئة.....34

الفصل الثاني: إعادة التوازن المالي للعقد الإداري

المبحث الأول: التعويض الكامل كأداة لإعادة التوازن المالي.....35

المطلب الأول: التعويض الكامل على أساس نظرية التوازن المالي.....35

الفرع الأول: أساس التعويض.....37

أولا: فكرة المسؤولية التعاقدية للإدارة.....38

أ/ نظرية التوازن المالي للعقد.....38

المطلب الثاني: الاستثناءات عن التعويض الكامل وفكرة استبعاده....41

الفرع الأول: الحالات الاستثنائية التي يستبعد فيها التعويض..42

أ/ شروط الاستبعاد المطلق للمسؤولية بسب فعل الأمير 43

المبحث الأول: التعويض الجزئي في نظرية التوازن المالي للعقد.....45

المطلب الأول: حق المتعاقد في الحصول علي معاونة الإدارة.....46

الفرع الأول: سلطات القاضي في مواجهة سلطات الإدارة.....47

أولا: رد الالتزام المرهق إلى حد معقول.....47

ثانيا: الحكم بالتعويض.....47

الفرع الثاني: أساس التعويض و نطاقه.....49

أولا: نظرية التوازن المالي للعقد.....50

ثانيا: تقدير الأعباء العامة عن طريق الظروف الطارئة.....53

أ/ تحديد بداية الظروف الطارئة.....53

المطلب الثاني: نهاية الظروف الطارئة.....56

الفرع الأول: عودة التوازن المالي للعقد.....56

الفرع الثاني: اختلال التوازن المالي اختلالا نهائيا.....56

خاتمة

قائمة المراجع

الفهرس