جامعة ابن خلدون - تيارت-
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

الموضـــــوع:

نظرية التوازن المالي في العقد الإداري

مقدم ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: علوم إدارية

من إعداد الطالبتين:
- شباب فطيمة
- زرودي سعدية

إشراف الدكتور:
- قوسم حاج غوثي

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ الدكتور :	قوسم الحاج غوثي	مشرفا مقررا
الأستاذ الدكتور :	مبطوش الحاج	رئيسا
الأستاذ الدكتور:	حمر العين مقدم	مناقشا

السنة الجامعية: ٢٠١٦م/ ٢٠١٧م

كَلِمَةُ شُكْـرٍ

بعد أن أعاننا الله تعالى على إعداد هذه المذكرة ، فإننا نتقدم بالشكر الجزيل إلى الأستاذ المحترم قواسم الحاج غوثي إذ أضاف يدا إلى أيدينا وتكرم بقبول الإشراف على إعداد هذه المذكرة، وأمدنا خلال ذلك بالكثير من وقته وتوجيهاته الدقيقة، وملاحظاته القيمة

كما نشكر أيضا : موظفي المكتبة الذين أتاحوا لنا فرصة

الاستفادة من الكتب و المراجع المتوفرة .

كما نتقدم بشكرنا وامتنانا الخالصين إلى كل من ساهم في مساعدتنا على إنجاز هذه المذكرة

إهداء

إلى اللذين قال الله سبحانه وتعالى :" وبالوالدين إحسانا" اعترافا بفضلهما ووفاء لبعض من حقوقهما علي ، وتعبيرا عن شعوري بالامتنان العميق نحوهما ، ولقد وودت لو أن الشعور بالامتنان يصاغ فلائذ من شعر وثير ... لطوقتهما بأجمل قلادة ... وكلمات الشكر

كحقول الورد والزهر تختصر كلها في قارورة عطر لقدمت لهما أكبر و أحلى قارورة

وكل هذا المجهود لهما كأول ثمرة للغرسة التي تعاهداها .

إلى إخوتي : مريم ، سعاد ، نرجس ، محجوبة وإلى أخي وحبيبي رابح .

وإلى الكتكوتة الصغيرة التي أنارت العائلة بقدومها هبة الله.

وإلى كل أفراد عائلتي نسبا وصهرا حفظهم الله ورعاهم ...

إلى من لمست فيها الأخوة و الوفاء إختي وصديقتي : فاطمة شباب .

سعدية

©Magic Cartes / Rainbow Coffi

إهداء

إلى الينبوع الذي لا يمل العطاء ، إلى من حاكت سعادتي بخيوط منسوجة من قلبها

إلى والدتي العزيزة.

إلى من سعى وشقي لأنعم بالراحة والهناء الذي لم يبخل بشيء من أجل دفعي في طريق النجاح الذي علمني أن أرقى يلم الحياة بحكمة وصبر إلى والدي العزيز

إلى من هو أقرب من روحي ، إلى من أستمد منهما عزيمتي وإصراري

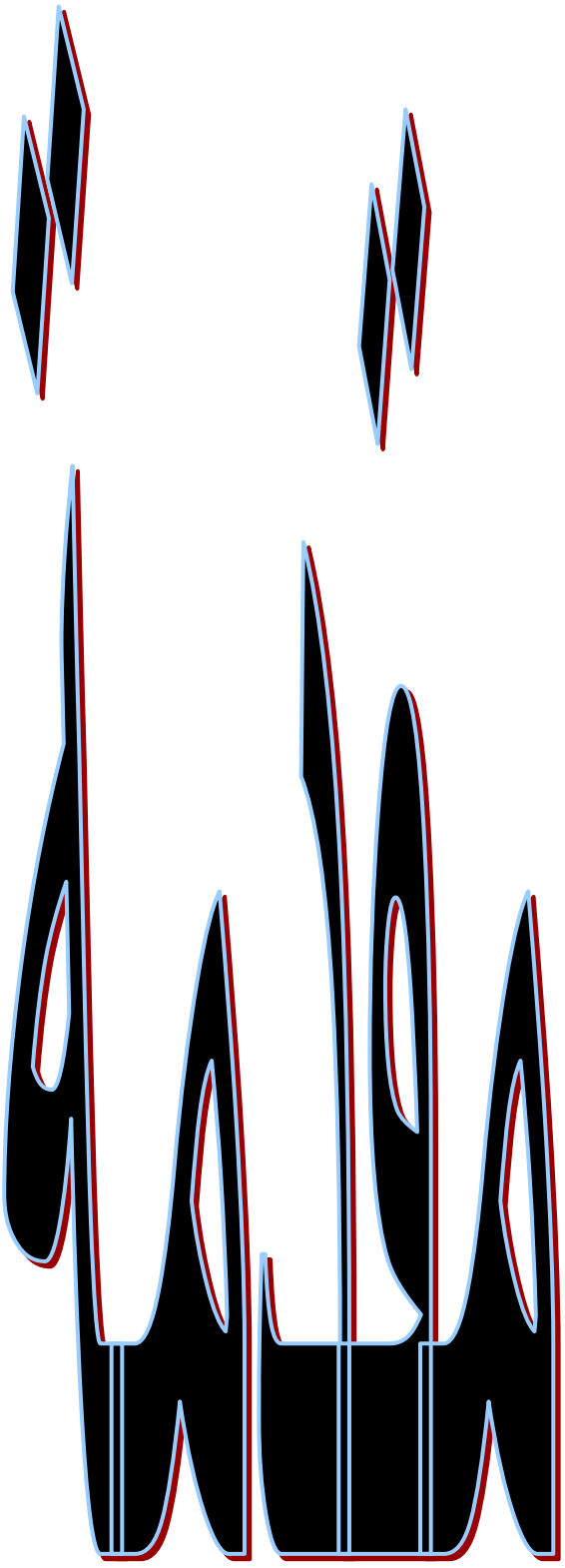
إخوتي : محمد ، ياسين .

إلى من بوجودهن أكتسب قوة ومحبة لا حدود لها إلى من عرفت معهن معنى الحياة أخواتي : خليدة ، فتيحة ، شريفة .

إلى من أرى التفاؤل بعيونهم و السعادة في ضحكتهم إلى : سعدية ، ميمونة ، ناصر.

فاطيمة

@Magic Cartes / Rainbow Coffi



مقدمة:

تقوم الإدارة في سبيل ممارسة نشاطها بإجراء عدة تصرفات قانونية، وتلك التصرفات إما أن تكون من جانب واحد وبالإرادة المنفردة للجهة الإدارية، وهي تشمل القرارات والأوامر الإدارية.

وإما أن تكون تلك التصرفات بالاشتراك مع بعض الأفراد بحيث تتوافق الإرادتان نحو إحداث أثر قانوني معين، وهو ما يتمثل في العقود التي تبرمها الإدارة، والعقود الإدارية تعتبر جزءا أساسيا من أجزاء التنظيم الاقتصادي والاجتماعي للدول في هذا العصر، بدلا من القرار الإداري الذي يقوم أساسا على معنى الالتزام وفرض الأمر دون إرادة الأفراد، لذلك فإن الإدارة تلجأ إلى أسلوب التعاقدي لأنه سهل وبسيط، إذا ما قدرت أن هذه الطريقة أنجح في تحقيق الأهداف عن طريق الاتفاق الودي معهم فينشأ بينها وبينهم عقد يحدد حقوق والتزامات كل من الإدارة والشخص المتعاقد

بإضافة إلى أن هذه العقود التي تبرمها الإدارة ليست من طبيعة واحدة ولا تخضع لنظام قانوني واحد وإنما تنقسم إلى قسمين عقود إدارية ومدنية، حسب النظام القانوني الذي يطبق، فالعقد المدني يقوم بين طرفين متكافئين ويخضع للقانون الخاص وفيها تتخلى الإدارة عن سلطاتها وتنزل منزلة الأفراد في تصرفاتهم، ويخص القضاء العدلي بالفصل في المنازعات الناشئة عنه، حيث تتجلى فيه امتيازات السلطة العامة التي تمارسها الإدارة في مواجهة الأفراد نظرا لمقتضيات سير المرافق العامة، كما لا تسري عليه قاعدة المساواة بين المتعاقدين في مجال عقود القانون الخاص، بل تتمتع الإدارة فيه بمركز يتميز عن المتعاقد معها، فالإدارة تسعى إلى تسير المرافق العامة والحفاظ على المصلحة العامة وتحقيقها بينما يسعى المتعاقد إلى تحقيق مصلحته الخاصة.

وإذا كان للإدارة الحق في إخضاع علاقاتها التعاقدية لنظام السلطة العامة فإن ممارسة هذا الحق يكون بإعلانها عن رغبتها في مباشرة امتيازات السلطة العامة مع المتعاقدين معها بتضمين العقود التي تبرمها شروطا استثنائية خارجة عن القانون الخاص فهو المعيار الذي يميزه عن غيره من العقود المدنية التي تبرمها الإدارة.

إن الإدارة تملك من السلطات ما يمكنها من إجبار المتعاقد معها على الالتزام بتنفيذ التزاماته التعاقدية بالزيادة أو النقصان، ولما كانت التزامات المتعاقد مع الإدارة تتسم بطابع المرونة فينبغي أيضا إضافة هذه الصفة على حقوقه المستمدة من العقد أيضا نظرا للترابط بين التزامات المتعاقد وحقوقه. ومن جانب أخر قد يتعرض المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقد إلى بعض الصعوبات التي تعوق أو تحول دون تنفيذه لالتزاماته، بعض تلك الصعوبات قد يرجع إلى الجهة الإدارية وبعضها قد يرجع إلى الظروف خارجية.

وبوجه عام فإنه يمكن إرجاع العقبات التي يمكن أن تخل بالتوازن المالي إلى أربعة طوائف من المخاطر الإدارية، الأولى تتمثل في الإجراءات التي قد تتخذها الجهة الإدارية بمقتضى سلطاتها في العقد وتنعكس سلبيا على المركز المالي للمتعاقد. والثانية تتمثل في المخاطر ذات طبيعة سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية، وبالرغم من أنه لا بد لجهة الإدارة في حدوثها، إلا أنها تؤدي إلى جعل تنفيذ العقد أكثر إرهاقا للمتعاقد، الأمر الذي يترتب عليه خسائر بالغة تفوق الخسائر العادية المألوفة في التعاقدات المماثلة، إما الثالثة فتتمثل في مخاطر وصعوبات مادية غير متوقعة تصادف المتعاقد عند التنفيذ وليس للإدارة دخل في حدوثها.

وتهدف نظريات التوازن المالي إلى ضرورة قيام الجهة الإدارية بمعالجة الخلل في التوازن المالي للعقد، وذلك بتعويض المتعاقد في أحوال وشروط معينة حتى ولو لم يصدر خطأ من جانب الإدارة، حتى يتمكن من الوفاء بالتزاماته على النحو الذي يضمن انتظام سير الرفق العام وتقديم الخدمات للمنتفعين به.

إشكالية الموضوع:

إن استعمال الإدارة لسلطاتها في العقود الإدارية والتي تبررها مقتضيات المصلحة العامة لا تعني التضحية بحقوق المتعاقد بل يقتضي المحافظة على هذه الحقوق بإضافة إلى كيفية الحصول علي حقوقه إزاء استعمال الإدارة لسلطاتها، ومن ثم تحقيق التوازن المالي للعقد عند وجود ظروف غير متوقعة تؤدي إلى اختلال هذا التوازن بغية المحافظة على استمرارية تنفيذ العقود و بالتالي انتظام سير الرفق العامة لتحقيق الهدف الذي تسعى إليه

الإدارة دوما وهو تحقيق المصلحة العامة. والتساؤل الذي يطرح نفسه هنا: ما هو مبدأ التوازن المالي للعقد الإداري؟

الأسباب الشخصية: أن المؤلفين الجزائريين لم يتناولوا هذا الموضوع بشكل مفصل رغم أهميته، باعتبار أن الدولة الجزائرية من الدول الحديثة التي خرجت في بناء كيانها عن نظرية الدولة الحارسة، والذي يفرض عليها بالطبيعة أن تعتني اعتناء كبيرا بالجوانب الاقتصادية والمالية نتيجة لازدياد نشاطها في المجال الاقتصادي والتجاري والاجتماعي، الأمر الذي دعاها إلى الأخذ بأسلوب التعاقد.

الأسباب الموضوعية: استعراض أهداف مبدأ نظرية التوازن المالي حيث يحث على ضرورة قيام الجهة الإدارية بمعالجة الخلل في التوازن المالي في العقد، وذلك في تعويض المتعاقد في أحوال وشروط معينة حتى ولو لم يصدر خطأ من جانب الإدارة، حتى يتمكن من الوفاء بالتزاماته على النحو الذي يضمن انتظام سير المرفق العام وتقديم الخدمات للمنتفعين به.

منهج موضوع البحث: المنهج المتبع هو المنهج الوصفي التحليلي، لإبراز كل ما سبق ذكره وذلك من خلال تحليل المواد القانونية ودراستها مبررين بذلك مكامن القوة والضعف فيها محاولة منا في المساهمة في تطوير المنظومة التشريعية الخاصة بالعقود الإدارية.

تقسيمات البحث:

انطلاقا مما سبق بيانه فإننا سنقدم هذه الدراسة المتواضعة محاولين الإلمام بالموضوع معتمدين في ذلك على الخطة العامة والتي تتكون من مقدمة وفصلين وخاتمة.

الفصل الأول: ماهية العقد الإداري

حيث يتضمن ثلاث مباحث، يعنون المبحث الأول بمفهوم العقد الإداري، أما المبحث الثاني سنتناول فيه إبرام العقد الإداري، أما المبحث الثالث فتناولنا فيه آثار العقد الإداري.

أما الفصل الثاني: مبدأ التوازن المالي للعقد الإداري

حيث نتناول فيه أربع مباحث، فخصصنا المبحث الأول لنظرية فعل الأمير، أما المبحث الثاني فسيكون حول نظرية الظروف الطارئة، والمبحث الثالث سنتناول فيه نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة، أما المبحث الرابع فعنون بنظرية قوة القاهرة.

أما الخاتمـة:

فستكون عبارة عن نتائج يتم استخلاصها من خلال دراستنا وتحليلنا لماهية العقد الإداري وكذا مبدأ التوازن المالي فقها وقضاء.

الفصل الأول :

ماهية العقد الإداري

الفصل الأول: ماهية العقد الإداري:

لاتقتصر أعمال الإدارة على إصدار القرارات الإدارية فقط بل تقوم بأعمال تهدف من خلالها لإدارة مرافقها وإشباع حاجيات الجمهور، فتقوم بإبرام تصرفات بالاشتراك مع غيرها في شكل عقود إدارية.

والعقد الإداري يلعب دورا مهما في تسيير النشاط الإداري من إنشاء واستغلال وصيانة المرافق العامة حتى تستطيع أن تؤدي خدماتها للمنتفعين بها ، بصورة منتظمة ودائمة تحقيقا للمصلحة العامة .

ولما كان هذا النوع من التصرف يكتسي خصوصية، وجب التطرق له بالدراسة والتحليل، لتمييزه عن غيره من العقود المدنية، وبيان نتائج وآثار هذه التصرفات بالنسبة للإدارة المتعاقدة والمتعامل معها[1].

وستكون خطة دراستنا لهذا العنصر كما يلي:

المبحث الأول: مفهوم العقد الإداري

المبحث الثاني: إبرام العقد الإداري

المبحث الثالث: آثار العقد الإداري

[1]– علاء الدين العشي، مدخل إلى القانون الإداري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ،ط٢٠١٢ ، ص ٢٩٢

المبحث الأول: مفهوم العقد الإداري

لبيان مفهوم العقد الإداري سنتعرض لتعريف به ثم ننتقل إلى سماته التي تميزه عن غيره من العقود، علة ذلك أن الإدارة حين تباشر نشاطها باستعمال أسلوب العقد، فإنها إما أن تتعاقد باعتبارها سلطة عامة، هنا يكون العقد إداريا، وقد تخلع رداء السلطة العامة، لتتعاقد وكأنها شخص عادي، شخص من أشخاص القانون الخاص، وهنا يكون العقد مدنيا خاضعا للقانون الخاص والقضاء العادي، من هنا وجب التعريف بما هو إداري من العقود، ثم التعرض للسمات المميزة التي تميز العقود الإدارة عن غيرها.

ونتعرض لهذه الموضوعات لمطلبين إلى التعريف بالعقد إداري ونعرج في المطلب الثاني للعناصر المميزة للعقد الإداري.

المطلب الأول: تعريف العقد الإداري .

سنتناول في هذا المطلب تعريف العقد الإداري من الناحية اللغوية و الاصطلاحية وتعريفه الفقهي و التعريف القضائي في الفروع التالية

الفرع الأول: التعريف اللغوي للعقد

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للعقد

الفرع الثالث: التعريف الفقهي للعقد

الفرع الرابع: التعريف القضائي للعقد

الفرع الأول: التعريف اللغوي للعقد:

يطلق العقد في اللغة على الجمع بين الأطراف الشيء وربطها. وضد الحل ويطلق أيضا بمعنى الأحكام الشيء وتقويته ومن معنى الربط الحبس بين طرفي الحبل أخذت الكلمة للربط المعنوي للكلام أو بين الكلاميين، ومن معنى الأحكام والتقوية الحسية للشيء أخذت اللفظة وأريد بها العهد، ولذا صار العقد بمعنى العهد الموثق و الضمان وكل ما ينشئ التزاما.[١]

وعلى ذلك يكون عقدا في اللغة كل ما يفيد الالتزام بشيء عملا كان أو تركا من جانب واحد أو من جانبين، لما في كل أولئك من معنى الربط و التوثيق. ويقول سبحانه وتعالى في محكم آياته**{لاَ يُؤَاخِذُكُمُ اللهُ بِاللّغْوِ فِي أَيْمَنِكُمّ وَلَكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُمُ الأَيْمَنَ**[٢].

الفرع الثاني: تعريف الاصطلاحي للعقد.

يعرف العقد اصطلاحا بأنه توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، والعقد ملزم لطرفيه من الناحية الدينية والقانونية. فيأمر الله تعالى المؤمنين بالوفاء بالتزاماته العقدية أمرا صريحا قطيعا فيقول تبارك وتعالى في كتابه الكريم "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود".

وتنص القوانين وتقضي الأعراف بإلزام العقود لأطرافها، وقد اختلفت في أساس الصفة الإلزامية للعقد فقيل هي استقلال الإدارة، فكل طرف يلتزم بإرادته، وقيل أن أهلية التعاقد ليست إلا اختصاصا منحة القانون لمن تتوافر فيه شروط الأهلية، وقيل أيضا أن التزامات العقد تنبثق من جوهر العقد وطبيعته وهدفه مع الأخذ بالاعتبار لكلمن حسن النية والعدالة الموضوعية، والثقة الشرعية والتوازن بين المصالح المعنية.[٣]

الفرع الثالث: التعريف الفقهي للعقد الإداري

ظهرت عدة تعاريف تناولت تعريف العقد الإداري . فعرفه البعض بأنه: "العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام يقصد تنظيم مرفق عام أو تسييره مستخدما وسائل القانون العام.[٤]

---

[١] – محمد سالم النجيفي، العقود الإدارية والتحكيم، آفاق المشرق للنشر والتوزيع عمان، ط١. ٢٠١٠. ص ١٤

[٢] – سورة المائدة، آية ٨٩

[٣] – ماجد راغب الحلو. العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٧

[٤] – د محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، دار العلوم للطباعة والنشر، القاهرة، ١٩٨'

وعرفه آخرين بأنه "ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام يقصد تسيير مرفق عام أو مرافق تنظيمية وتظهر فيه نية الإدارة . أي الشخص المعنوي العام . في الأخذ بأحكام القانون العام، وأية ذلك أن يتضمن شروطا استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص، أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك في إدارة وتسيير المرفق العام.[1]

وهناك من عرفه مظهرا في تعريفه دور الشخص العام عند إبرامه للعقد قائلا بأنه: " العقد الذي تبرمه جهة الإدارة بوصفها سلطة عامة يقصد تسيير مرفق عام وأخذه بأسلوب القانون العام فيما تضمنه من شروط غير مألوفة في القانون الخاص".

كما عرف العقد الإداري بتفاصيل فيها بيان لطبيعة القانون الذي يحكم العلاقة بين الشخص العام والطرف الآخر من العقد فعرف بأنه "كل اتفاق بين طرفين أحدهما شخص من أشخاص القانون العام بهدف إدارة أو تنظيم أو استغلال مرفق عام من مرافق الدولة " بحيث يظهر في العقد نية تطبيق أحكام القانون العام باحتوائه على شروط غير مألوفة في نطاق العقود الخاصة، ويتحقق ذلك بتمتع الإدارة بامتيازات وسلطات لا يتمتع بها الأفراد في نطاق العقود المدنية أو بمنح المتعاقد مع الإدارة سلطات استثنائية في مواجهة الغير، لا يتمتع به حالة ما تعاقد مع غيره من الأفراد. [2]

الفرع الرابع: التعريف القضاء للعقد الإداري.

يرجع الفضل في وضع قواعد العقود الإدارية ونظامها القانوني للقضاء الإداري الفرنسي على غرار باقي نظريات القانون الإداري، ولم يتدخل المشرع بداية في ضبط النظام القانوني لهذه العقود ، تاركا المجال للقضاء والفقه الإداري ليرسخ مبادئه وقواعده الأساسية، وقد ارجع اغلب الفقه أصل نظرية العقد الإداري إلى حكم" تريبه **"terrie"**الصادر سنة **1903**عن مجلس الدولة الفرنسي، والذي تقرر فيه أن اختصاص القضاء الإداري ينعقد بمناسبة كل الأعمال التي تتعلق بالمرافق العمومية من تنظيم وسير، وعليه فالعقود المبرمة بهذا الخصوص من قبل الإدارة تعد أعمالا إدارية بطبيعتها ويؤول الاختصاص للقاضي الإداري للفصل في النزاعات التي تنشا فيه.

[1]– محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع عنابة. ٢٠٠٥، ص ١٠

[2]– مصطفى سالم النجيفي، المرجع السابق ، ص :١٧

*ولقد استقر الفقه و لقضاء الإداري على إن العقد الإداري هو كل اتفاق يبرم بين طرفين احدهما أو كلاهما من أشخاص القانون العام وذلك بهدف إدارة مرفق العام أو تنظيمه أو استغلاله وتظهر في العقد نية تطبيق أحكام القانون العام ويتمثل ذلك في أن هذا الاتفاق يتضمن شروط استثنائية غير مألوفة في التعاقد الخاص، سواء بتمتع الإدارة بامتيازات و سلطات لا يتمتع بها الأفراد أما بمنح المتعاقد مع الإدارة سلطات استثنائية في مواجهة الغير لا يتمتع بها ولو تعاقد مع أي فرد من الأفراد.[1]

ويتضح من خلال التعاريف السابقة أن معيار تمييز العقد الإداري عن غيره من العقود يكمن في عناصر ثلاثة هي:

-إن يكون احد طرفي العقد شخصا معنويا عاما

-أن يتعلق العقد بإدارة احد المرافق العامة آو تنظيمه أو استقلاله

-أن يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص

وستتم دراستنا لهذه العناصر في المطلب الثاني.

المطلب الثاني: العناصر المميزة للعقد الإداري.

رأينا فما سبق أنه لا يعتبر عقدا إداريا كل عقد تبرمه الإدارة العامة، إذ أنها قد تعقد عقدا إداريا، وقد تعقد خاصا حسب قواعد ونصوص القانون الخاص، وبديهي أن العقد الإداري محكوم بقواعد ونصوص ومبادئ ونظريات القانون العام على وجه العموم، والقانون الإداري على وجه الخصوص، وينعقد الاختصاص بالفصل في منازعاته للقضاء الإداري، في حين أن العقد المدني محكوم بقواعد وأفكار ونصوص ونظريات القانون الخاص، وينعقد الاختصاص بالفصل في منازعاته للقضاء المدني العادي.

من هنا كان ضروريا أن نتعرف على معيار، نميز به بين عقود الإدارة الإدارية، وعقود الإدارة المدنية، توصلا إلى معرفة القضاء المختص، وتحديد القانون الواجب التطبيق، دون خلط أو لبس.

[1]– محمد عبد الله شريف النعيمي، التزامات وحقوق التي يبرمها العقد الإداري اتجاه الغير، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٤. ص ١٤

الفرع الأول: العنصر الأول: إن يكون أحد طرفي العقد من أشخاص القانون العام:

أن العقد الذي يكون أطرافه من أشخاص القانون الخاص يخضع لأحكام القانون الخاص سواء كانوا أشخاص طبيعيين أو أشخاص اعتبارية .

وعليه يشترط لقيام العقد الإداري إن يكون احد طرفيه على الأقل شخصا من أشخاص القانون العام، ويستوي في ذلك كون هذا الشخص (دولة الولاية البلدية مؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية)

أما في التشريع الجزائر، يعمل المشرع الجزائري على هذا التقسيم بموجب قانون الإجراءات المدنية لسنة **1975**، خاصة في المادة **07**مكرر منه باستثناء مجموعة من العقود التي تبرمها الإدارة العمومية من اختصاص القضاء الإداري على أساس غياب معيار السلطة العامة، وقد اختلف هذا الوضع بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية لسنة **2008**، والذي اخضع من خلاله المشرع كافة العقود التي تكون الإدارة العمومية طرفا لقواعد القانون الإداري واسند الاختصاص فيها للقضاء الإداري، وذلك بموجب نص المادة **800**منه والتي اعتمدت المعيار العضوي معيارا وحيدا لإسناد الاختصاص.

الفرع الثاني: العنصر الثاني أن يكون العقد متصلا بمرفق عام

ومؤداه أن يبرم العقد من طرف الشخص العام بهدف تسيير أو تنظيم مرفق عمومي ودلالة على توجه الإدارة إلى تحقيق النفع العام في تصرفها، والحفاظ على ضرورات ومقتضيات سير المرافق العمومية بانتظام واطراد، مما يقتضي تغليب جهة الإدارة بما تهدف إليه من مصلحة عامة على جهة المتعامل معها، والواقع أن اتصال العقد بالمرفق العام هو العنصر الذي يبرر انفراد العقد الإداري بأحكام خاصة، بيان ذلك أن الإدارة العامة تعمل على تحقيق الصالح العام من خلال المرافق العامة، من هنا كانت المرافق العامة ساعية دائما لتحقيق الصالح العام، ومن هنا تقررت المبادئ العامة الحاكمة لهذه المرافق، وجماعها ضرورة استمرار هذه المرافق في عملها وبانتظام، وقابليتها للتطوير، ثم تحقيق مبدأ المساواة بين المنتفعين بخدماتها، أما الأطراف الأخرى في العقد فهي من أفراد وأشخاص القانون الخاص، وكلها تعمل للصالح الخاص بها، وهكذا يجد عدم المساواة بين الأطراف العقد، المتمثل في الشخص الإداري أحد أطراف العقد، بمظهر السلطة العامة واستخدامه لمميزاتها،

دون باقي الأطراف وتبرير ذلك بأن الشخص الإداري العام يعمل للصالح العام ويستهدفه، في حين يعمل أشخاص القانون الخاص لصالحهم الخاص، ومن هنا فإنه إذا لم يتعلق العقد بالمرفق العام، تحقيقا للصالح العام، فإنه لا يعتبر عقدا إداريا، حتى ولو كان أحد أطرافه شخص إداري.[1]

الفرع الثالث: إن العنصر يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة

تتبلور فكرة أساليب ووسائل القانون العام في استخدام الإدارة لفكرة السلطة، وما تتمتع به من سيادة الدولة وسلطاتها، فيتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في مجالات القانون الخاص، وهو ما يعتبر عنصرا مميزا للعقد الإداري هذه الأفكار، بقولها في حكمها الصادر في ١٦من ديسمبر سنة ١٩٥٦ كما أن علاقة العقد بالمرفق العام إذا كانت ضرورية لكي يعتبر العقد إداريا، فإنها ليست مع ذلك كافية لمنحه تلك الصفة، اعتبارا بأن قواعد القانون العام ليست ذات علاقة حتمية بفكرة المرفق العام، إذ أنه مع اتصال العقد بالمرفق العام، فإن الإدارة قد لا تلجأ في إبرامه إلى أسلوب القانون العام لما تراه من مصلحتها في العدول عن ذلك إلى أسلوب القانون الخاص، فتتبع في شأنه ما يتبعه الأفراد في تصرفاتهم الخاصة. ومن ثم فإن المعيار المميز للعقود الإدارية عما عداها من عقود الأفراد وعقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة، هو بصفة المتعاقد، بل موضوع العقد نفسه متى اتصل بالمرفق العام على أية صورة من الصور مشتركا في ذلك وعلى درجة متساوية مع الشروط الاستثنائية غير المألوفة في العقد.[2]

[1]– د. محمد الشافعي بوراس، العقود الإدارية، بحث منشور على الأنترنات ، ص: ٢٧

[2]–د. محمد رفعت الشافعي أبو راس، المرجع نفسه ، ص: ٣٢

المبحث الثاني: إبرام العقد الإداري

على عكس التعاقد في مجال القانون الخاص الذي تحكمه مبدئي حرية التعاقد وسلطان الإرادة، فالعقود الإدارية تحكمها جملة من الشروط والإجراءات المحددة تختلف باختلاف صوره ولدراسة هذا العنصر نبين بداية المبادئ التي تحكم إبرام العقود الإدارية طالما أنها تتعلق بالقانون العام ومن ثم دراسة طريقة إبرامها والتي تتمثل في طريقة المناقصة وطريقة التراضي.[1]

المطلب الأول المبادئ التي تحكم إبرام العقود الإدارية

تطبيقا لقواعد حماية المال العام وحياد الإدارة استقر الفقه والقضاء الإداري على تكريس مبادئ تضمن عدم إهدار المال العام أو تحويله من جهة ومن جهة ثانية عدم تعسف الإدارة في مواجهة المتعاملين معها وذلك من خلال المبدأين التاليين:

أولا- ضمان حرية المنافسة

ويجد هذا المبدأ تطبيقه في طريقة المناقصة ومعناه إتاحة الفرصة لكل من تتوافر فيهم الشروط لتقديم عروضهم ويكون من حق كل شخص استوفى الشروط إن تسو عليه الصفقة وليس من حق الإدارة حرمان أي شخص من تقديم عرضه بضمان الإعلان عن كل المناقصات بما تتضمنه من معطيات لفتح باب المنافسة بين من يرغب في التقدم بعرضه

ثانيا- المساواة بين المتنافسين

لا يكفي فتح باب المنافسة بين المتعاملين مع الإدارة بل وجب ضمان المساواة بينهم بتوحيد الآجال والمعايير المشترطة بحيث تعمل جهة واحدة على فحص وتقييم كل العروض بشفافية كاملة لضمان الصلاحية والكفاءة في المتعاقد مع الإدارة حفاظا على الأموال العمومية واستغلالها بشكل أمثل.

[1] – د.علاء الدين عشي، المرجع السابق، ص: ٢٩٩

المطلب الثاني: طرق إبرام العقود الإدارية

يفتقد العقد الإداري لخصية هامة تقوم عليها العقود المدنية والتي تكون فيها للجهة المتعاقدة الحرية الكاملة في اختيار المتعاقد معها حيث يخضع فيها للجهة المتعاقدة الحرية الكاملة في اختيار المتعاقد معها حيث يخضع التعاقد في المجال الإداري لأساليب محددة تشكل في ذاتها قيدا على حرية الإدارة في اختيار الطرف الأخر في التعاقد وذلك بغرض الحصول على أفضل متعاقد من الناحيتين المالية والفنية تحقيقا للمصلحة العام

- **المناقصة أو المزايدة**

وجدير بالبيان أن المشرع الجزائري قد أورد أحكام العقود الإدارية ، من خلال أحكام الصفقات العمومية، وذلك بموجب المرسوم الرئاسي **10-236** المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ذلك أن الصفقات العمومية تعد صورة من صور العقود الإدارية، لكن تطلق تسمية الصفقة العمومية على العقود ذات الأهمية، ويبقى اصطلاح العقد الإداري وارد على تلك العقود المعتادة والتي ليس لها أهمية كبيرة وغطاءا ماليا يماثل ما هو معمول به في قانون الصفقات العمومية .

المناقصة هي الطريقة التي تلجا إليها الإدارة العامة في إبرام عقودها الإدارية ذات النمط الاعتيادي والبسيط مثل توريد الاحتياجات الاعتيادية والمتكررة أو عقد نقل إداري لنقل أجهزة وأدوات تابعة للإدارة وقوام هذه الطريقة وأساسها إنما هو الاعتبار المالي الاقتصادي حيث تلجا الإدارة إلى المناقصة باختيار المتقدم ب اقل عطاء وذلك في حالة لجوء وطلب

الإدارة لخدمات وتدخل الغير سدا لاحتياجاتها في مجال معين

وبالمقابل فإذا ما أرادت الإدارة إن تتنازل أو تؤجر بعض أملاكها فان المصلحة العامة تقتضي إن تختار الإدارة المتقدم بأعلى عطاء مستعملة في ذلك المزايدة

وفي كلتا الحالتين تلجا الإدارة إلى الإشهار وفسح باب المنافسة بين المتعهدين

المبحث الثالث: آثار العقد الإداري

يعرف العقد الإداري بأنه ارتبط قانوني بين طرفين يرتب أثار في مواجهتهما وينشئ لهما حقوق والتزامات. والعقد الإداري يختلف عن العقد المدني الذي تحكمه قاعدة– العقد شريعة المتعاقدين -فتخضع أطرافه إلى ما يرد في نصوص العقد من أحكام لتنظيم العملات التعاقدية مع الأطراف، لان من أهم سمات العقد الإداري تعلق موضوعه بتنظيم أو تسيير مرفق عام، فإذا كانت المرافق العامة تخضع لمبادئ هامة من حيث تنظيمها وتسييرها وأهمها مبدأ. قابلية المرافق العامة للتغيير والتعديل ومسايرة مقتضيات متجددة لتحقيق الصالح العام وإشباع الحاجات العامة، فان هذا المبدأ يسمح بتزويد الإدارة قبل المتعاقد معها بسلطات تتمثل في إمكان توجيه المتعاقد وتعديل العقد بزيادة أو إنقاص التزامات المتعاقد مع الإدارة، وفرض إجراءات عليه وإنهاء الرابطة العقدية بإرادتها المنفردة وهذا المبدأ هو الذي يكشف عن نية أطراف العقد في قبول استعمال الإدارة لتلك السلطات في مواجهة المتعاقد معها، سواء أورد في العقد نص ينبئ عن تلك السلطات أم لم يرد وهذه السلطات تشكل جانبا من حقوق الإدارة قبل المتعاقد معها إلى جانب حقوقها الرئيسية في العقد هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى تتمتع الإدارة بسلطات وحقوق يقع على عاتقها تحمل التزامات وأعباء تقابل سلطتها في مواجهة المتعاقد معها حيث تشكل تلك الالتزامات في جانب الإدارة حقوقا للمتعاقد معها وأهمها حق المتعاقد مع الإدارة في اقتضاء الثمن، وحقه في اقتضاء التوازن المالي والاقتصادي لحقوق والتزامات تعاقدية إذا ما أدى تدخل الإدارة إلى إخلال بذلك التوازن.[1]

المطلب الأول: آثار في مواجهة المتعاقد مع الإدارة

إن العقد الإداري مثل أي عقد يربط بين طرفين ويتضمن الحقوق والواجبات التي يجب أن تحترم من قبل الإطراف المتعاقدة.ومن هذا المفهوم نستطيع القول بان المتعاقد مع الإدارة يجب أن يحترم الشروط التعاقدية بشكل كامل وصحيح وشخصي ، حيث ينتج من هذا أن

[1]– د.محمد مقبل العندلي، آثار العقد الإداري، دار وائل للنشر، ط١، عمان، ٢٠١٤، ص: ٩

المتعاقد لا يستطيع أن يتنازل للغير عن العقد أو التعاقد معه كليا او جزئيا دون الموافقة المسبقة من قبل الإدارة المتعاقدة ، وبالمقابل فان الإدارة المتعاقدة تتمتع بسلطات هامة جدا وهذا ناتج عن طبيعة القانونية الخاصة بالعقد الإدارية وذلك من خلال المهمة التي تقع على عاتق الإدارة وهي:

"-تسيير المرفق العام باضطراد وانتظام بغية إشباع الحاجات العامة المتجددة. "وبهذا يتعين على المتعاقد مع الإدارة أن ينجز التزاماته التعاقدية في مواجهة الإدارة وتقوم الإدارة خلال فترة التنفيذ بممارسة حقها في الرقابة والتوجيه كما تقوم بتعديل العقد ، وكذا توقيع الجزاءات على المتعاقد إذا ما اخل بأي شرط من شروط العقد .

وسنتناول بهذا الخصوص في الفروع التالية ما يلي:

-الفرع الأول: سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه

-الفرع الثاني: سلطة الإدارة في تعديل العقد

-الفرع الثالث: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد

الفرع الأول: سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه:

تجد مظاهر هذه السلطة أساسها في المرفق العام ، بحيث تعمل الإدارة على الإشراف والرقابة بضمان سيره في كافة الظروف، ويقصد بالإشراف والرقابة أن تتدخل الإدارة في تنفيذ المتعاقد معها للعقد المبرم مستهدفة التأكد من سلامة التنفيذ ومطابقته للشروط المنصوص عليها ضمن بنود العقد وتختلف شدة ممارسة الإدارة لسلطة الإشراف والرقابة باختلاف نوع العقد المبرم[1]

والهدف الأساسي من سلطة الرقابة هو التحقق من أن العقد ينفذ طبقا لشروطها ، وقد تكون الرقابة فنية وإدارية للتثبت من تنفيذ المتعاقد طبقا للشروط الفنية والإدارية قد تكون الرقابة مالية للتحقق من إن المتعاقد يقوم بالتزاماته المالية اتجاه الإدارة ولضبط ما يقوم بينهما من روابط مالية والرقابة بالمعنى المتقدم تستهدف التأكد من سلامة تنفيذ العقد طبقا للشروط المتفق عليها، والتي قد توجد أيضا في عقود القانون الخاص والتي لا تعدو إن تكون مكملة

[1]– د– محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص: ٢١٥

لرقابة الفحص عند تسليم العمل بعد إتمامه وقد تقتضي ممارسة هذه الرقابة دخول مندوبي الإدارة إلى موقع العمل للتأكد من سيره وفقا للمواعيد المتفق عليها، وللتفتيش على المواد والآلات المستعملة في التنفيذ للتأكد من مطابقتها للمواصفات، والحق في الحصول على المعلومات والبيانات والتقارير اللازمة لمباشرة وظيفتهم الرقابية ، على إن سلطة الرقابة للإدارة لا تقتصر على المعنى المتقدم أي معنى الإشراف على التنفيذ ، وإنما تمتد إلى مراقبة وتوجيه أوضاع تنفيذ العقد وتغيير بعض تلك الأوضاع ، في غير تلك الحالات المنصوص عليها في العقد. وذلك كان تطلب الإدارة إتباع طريقة في التنفيذ غير تلك التي يستعملها المتعاقد .

وهذا الحق متعلق بالنظام العام، فلا يجوز التنازل عنه، بمعنى أنه إذا تنزلت الإدارة في العقد عن حقها في الرقابة والتوجيه كان الشرط باطلا لمخالفته للنظام العام، وذلك أن محل العقد يتعلق بمشروع عام أو مرفق عام، مما يعني تعلقه بالصالح العام الذي يستهدفها.[1]

أولا: حدود سلطة الرقابة ونطاقها:

من الثابت أن سلطة الإدارة على تنفيذ العقود الإدارية هي سلطة أصلية لا يمكن للإدارة التنازل عنها لأنها تتعلق بالنظام العام، غير أن ذلك لا يعني أنها سلطة مطلقة لا تخضع لأي قيود ، بل بالعكس تكون مقيدة ببعض القيود والضوابط التي يجب إن تراعيها الإدارة وهي تمارس نشاطها الرقابي واستعمال هذه الرقابة في حدود الهدف الذي تنشده وبالتالي يفرض عليها إن لا تخرج في إطار رقابتها على تنفيذ العقد الإداري عن حدود المصلحة العامة، لأن الرقابة ليست سوى وسيلة للوصول إلى غايتها في الحفاظ على سلامة وتامين سير الأعمال بحيث تكون مطابقة لما هو منصوص في العقد ، على انه مهما اتسعت سلطة الإدارة تحدها اعتبارات أساسها توفير ضمانات لحماية المتعاقد من تعسفها ويمكن ردها إلى خمس اعتبارات رئيسية:

١.٠ لا يجوز للإدارة التوسع في سلطة الرقابة (الإشراف والتوجيه)بمستوى تعديل العقد:

[1]– د– محمد الشافعي أبوراس، المرجع السابق، ص: ٩١

يجب على الإدارة إن لا تتوسع في استخدام سلطة الرقابة بحيث تصل إلى مستوى تعديل العقد لأنه في مثل هذه الحالة نكون بصدد سلطة تعديل شروط العقد إي عدم جواز إجراء تعديلات تمس بجوهر العقد الأصلي ، بان تكون في المسائل الفرعية وإلا كنا أمام عقد جديد، وهو مادي يؤدي إلى زيادة التزامات المتعاقد معها وإرهاقه ، بالإضافة إلى عدم جواز إجراء تعديلات التي تمس بنقصان المزايا المالية المقررة لمصلحة المتعامل المتعاقد.

وهذا يؤدي بنا إلى القول بان هناك تمييز بين سلطة الرقابة على تنفيذ العقد وسلطة التعديل ومما تقدم إن سلطة الرقابة بمعناها الواسع تمتد إلى توجيه أعمال تنفيذ العقد عن طريق اختيار وتحديد (وسائل وطرق التنفيذ) في حالة عدم ورود النص عليها في العقد أما إذا نص في العقد على استعمال مواد أو طرق معينة في التنفيذ فان التدخل في توجيه التنفيذ عل خلاف ما هو متفق عليه كطلب استعمال أو طرق للتنفيذ غير منصوص عليها في العقد، فان الإدارة تعدل من شروط العقد أي أن ذلك يدخل في استعمال سلطة أخرى وهي سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري ، وفقا لشروطها وأوضاعها أي انه يتحدد لسلطة الرقابة مجالها ونطاقها عملها فسكوت العقد ودفتر الشروط عن تنظيم وتحديد طرق وأوضاع الخاصة بالتنفيذ على أن سلطة الرقابة يختلف مداها ضيقا واتساعا بحسب نوع العقد بالإضافة إلى أن لها بصفة عامة حدودا لا تتجاوزها وإلا استحق المتعاقد مع الإدارة تعويضا عما يتحمله بسبب ممارستها من أعباء مالية غير عادية أو تصبح ممارسة غير مشروعة لسلطة الرقابة آو سلطة التعديل وكذا إذا ترتب على استعمال سلطة الرقابة إرهاق المتعاقد أو إخلال بالتوازن المالي للعقد ، كان للمتعاقد حق المطالبة بالتعويض بل يكون له الحق في طلب فسخ العقد إذا بلغ عمل الإدارة في ذاته أو في أثاره درجة معينة من الجسامة. كما يجب إن لا يترتب على ممارسة سلطة الرقابة تغيير طبيعة العقد وتعديل جوهره، ذهب الفقه والقضاء إلى انه لا يجوز في عقد التزام المرافق العامة إن تؤدي أوامر صادرة من الإدارة بالتنظيم سلطة الرقابة وإجراءات ممارستها إلى تغيير طبيعة الالتزام وتعديل جوهره، بان تحوله عملا إلى وسيلة إدارة مباشرة. إذ من الخصائص الأساسية للالتزام إن الملتزم تكون له إدارة المرفق. فالملتزم يدير والإدارة تراقب، فلا يجوز بحجة تنظيم الرقابة إهدار السلطات الملتزم في الإدارة إلى درجة يصير معها مجرد منفذ، ولقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء قرار الإدارة مانحة للالتزام

الذي فرضت به نظام الإذن السابق على العقود التي يريد الملتزم إبرامها مع الغير شان مواد أو عمليات معينة[1] .

٠٢ .وجوب صدور القرارات الخاصة بالرقابة في حدود المشروعية

يجب إن تلتزم الإدارة، وهي تصدر قراراتها الإدارية الخاصة بالرقابة في حدود المبدأ العام للمشروعية في مراعاتها الجانب الشكلي والموضوعي والا اعتبرت باطلة غير مستوفية لشروط القرارات الإدارية الصحيحة النافذة ، وتكون بذلك مشوبة بعيب اساءة استعمال السلطة.

ومن جانب أخر إذا كانت سلطة الرقابة المنصوص عليها في العقد فلا يمكن استعمالها في الحدود المثبتة في الاشتراطات الواردة في العقد وإلا اعتبرت مساسا بمبدأ المشروعية.

٠٣ . وجوب التفرقة بين سلطة الإدارة في الرقابة وتمييزها عن إجراءات الضبط الإداري

لا يجوز للإدارة في ممارستها نشاط الرقابة على تنفيذ العقد الإداري استغلال وضعها كسلطة عامة لفرض إجراءات الضبط الإداري في تنفيذ العقد نه هاذ اناك ثمة تمييز واضح بين إجراءات الضبط الإداري ووسائل الإدارة في سلطتها الرقابية ، وذلك التمييز يعزو إلى طبيعة الأساس القانوني في اختلاف كل نظام عن الأخر ، فإجراءات الضبط الإداري ترتبط بصلة وثيقة في المقام الأول بالتشريع الجنائي في حين إن سلطات الرقابة للإدارة لا تكون في كثير من الحالات كذلك ، فضلا عن ذلك فان السلطات الخاصة بإجراءات الضبط الإداري لا يشترط ان تكون اختصاصاتها في المجالات التعاقدية.[2]

الفرع الثاني: سلطة الإدارة في تعديل العقد

الأصل في العقود القانون الخاص إن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين وان جوهر الرابطة التعاقدية هو التزام المتعاقد بكل ما ينص عليه العقد فهو يتضمن قوة تحتم على طرفيه الرضوخ والإذعان له في كل ما يحتويه ولكن في ظل النظام

[1] – د. محمود عاطف البنا، مرجع سابق، ص ٢٢١

[2] د– ذنون سليمان يونس العبادي، مظاهر السلطة العامة في انهاء العقد الإداري، دار الكتب القانونية، مصر، ص: ٩٥

القانوني الذي يحكم العقود الإدارية فان الإدارة تتمتع بسلطة تعديل انفرادي للعقد الإداري ضمن أسس معينة وفي ظل هذه السلطة فان قاعدة العقد شريعة المتعاقدين لا تسري على العقود الإدارية كما هو الحال في عقود القانون الخاص.[1] فإلى أي مدى يعمل بهذه القاعدة في العقود الإدارية ؟

وما هو موقف الفقه والقضاء من حق التعديل وأساسه القانوني ، وشروط تطبيقه ، ونطاق هذا التطبيق؟

أولا . قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في ميدان العقود الإدارية

المبدأ في العقد الإداري كما هو الأمر في كل العقود يقوم على توافق إرادتين بقصد أثار قانونية فركنه إذا الرضا وهذا الأثر اثر قانوني متولد عن العقد إنما ينشا في ذمة كل من الطرفين لان إرادة كل منهما قد اتجهت إلى قبول هذا الأثر وبذلك فان الأثر القانوني ينشئ مباشرة الفعالية الإرادية لأطراف العقد

فالعقد الإداري إذا يستمد قوته الملزمة في الأصل من الإرادة الحرة لطرفيه دون الحاجة إلى الاستناد إلى سلطة القانون فالإرادة هي الأساس مباشر لهذه القوة والعقد الإداري لباقي العقود ينشئ حقوق والتزامات شانه في ذلك شان القانون

والحقيقة إن التأكيد على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في ميدان العقود الإدارية تبناها مجلس الدولة الفرنسي منذ مطلع القرن الماضي حيث قرر: "إن العقد الإداري كما العقود المدنية تقوم أساسا على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ولا يمكن لأطراف العقد إن يعدلوه أو يفسخوه إلا بإرادتهم المشتركة.."[2]

وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين السائدة في فرنسا يعمل بها أيضا في مصر ولبنان، والعقد الإداري شانه شان العقود في القانون الخاص إنما هو توافق إرادتين على أحداث الأثر القانوني سواء أكان هذا الأثر هو إنشاء التزام أم نقله أم تعديله أو إنهائه.[3]

[1] د – نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، منشورات زين الحقوقية، ط١، ص: ٣١٣

[2] د – نصري منصور نابلسي، المرجع السابق ، ص: ٣١٦

[3] – د سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، عين شمس، ط ٥، ١٩٩١ ص: ٤٠٨

لكن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين المعمول بها في القانون الخاص وفي العلاقات القانونية بين الإفراد والتي أكد الفقه والقضاء العمل بها في ميدان العقود الإدارية تجدر الإشارة إلى إن إعمالها في هذا الميدان من حيث المبدأ فقط أو هو القاعدة التي تحمل استثناء الذي برر للإدارة أعمال سلطتها لتجاوز هذه القاعدة ضمن شروط معينه ولحاجات معينة.

إن للإدارة على خلاف مبادئ القانون الخاص التي تقضي بان العقد شريعة المتعاقدين لها حق تعديل بعض شروط العقد بإرادتها المنفردة دون الحاجة إلى موافقة طرف أخر خاصة فيما يتعلق بمبادئ الأداء المطلوبة زيادة أو نقصا في حدود معينة وهذا الحق مقرر للإدارة في فرنسا ومصر ولبنان دون حاجة إلى نص عليه صراحة في العقد ، بل لا يجوز للإدارة إن تتنازل عنه، وان كان سلطة التعديل يختلف من عقد إلى أخر[1].وبهذا فان قاعدة العقد شريعة المتعاقدين تبسط نفسها في ميدان العقد الإداري فتلزم طرفي العقد بتقيد ببنود العقد المبرم بينهما، ولكن يرد على هذه القاعدة استثناءات متعلقة بالمصلحة العامة والحاجات المرفق العام حيث يبرر للإدارة عدم أعمال قاعدة العقد شريعة المتعاقدين تبعا لضرورة المصلحة العامة وحاجات المرفق العام مع ضرورة تعويض متعاقدها عن الضرر اللاحق به.

[1] د – ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة، ٢٠٠٧، ص: ١٦٩

ثانيا: موقف الفقه والقضاء من سلطة الإدارة في تعديل العقد

تعتبر سلطة التعديل بالإدارة المنفردة من أخطر سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، وهذه السلطة الخطيرة يرد عليها النص صراحة في العقود الإدارية وفي دفاتر الشروط، وتعتبر من قبيل الشروط الاستثنائية غير المألوفة التي يتميز بها العقود الإدارية.[1]

ولا تثار مسألة سلطة تعديل العقد الإداري عند ورود نص صريح في العقد يجيز للإدارة التعديل الانفرادي، ولكن ما هو موقف الفقه والقضاء عند عدم وجود نص صريح يبيح للإدارة استعمال هذه السلطة تجاه متعاقد معها.

١ .٠ في فرنسا: ثار خلاف بين أعمدة الفقه الفرنسي حول فيما إذا كان يعترفا للإدارة بحق التعديل الانفرادي للعقد في الحالة لا ينص فيها العقد على هذا الحق أو التي لا يشير إليها قوانين ولوائح وذلك كعنصر من عناصر النظرية العامة للعقود الإدارية قد انقسم الفقه الفرنسي تبعا لذلك إلى ثلاثة أقسام قسم معارض وقسم مؤيد وقسم مؤيد جزئيا

ولقد اظهر من نادي بإنكار سلطة الإدارة في تعديل العقد الانفرادي للعقد الإداري كل من الفقهاء لوليبه وفرانسيس بنو فيري، حيث الأستاذ لوليبه يرى أن سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي لا يمكن أن تجد أساسا قانونيا لها إلا في نص صريح واضح في دفتر شروط العقد أو ضمن نصوص تشريعية. ويعتبر الأستاذ لوليبه أن سلطة التعديل الانفرادي المقررة للإدارة من ابتداع الفقهاء وإنها لم تتأيد بقضاء من مجلس الدولة. أما الأستاذ فرانسيس بنو فيري فيعتقد ان العقد الإداري هو شريعة المتعاقدين بشكل مطلق ويعتبر أن اعتراف لإدارة بسلطة التعديل الانفرادي دون نص عقدي أو تشريعي واحدا من اكبر الأخطاء التي ارتكبها الفقه خلال القرن العشرين وان سلطة الإدارة التي تتدخل أثناء تنفيذ العقد أما أنها مبالغ فيها فيما يخص بسلطة الإشراف والتوجيه أو إنها زائفة كليا فيما يخص بسلطة التعديل الانفرادي للعقد المزعوم وجودها للإدارة[2].

ولكن على الرغم من الاتجاه المعارض لسلطة الإدارة للتعديل الانفرادي للعقود الإدارية أو لجزء منها فان غالبية الفقه الفرنسي اقر بحق إدارة في تعديل العقود الإدارية ويرى الأستاذ

[1] د- محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص: ٤٥٨

[2] د- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص: ٣٢٣و ٣٢٤

فالين أن للرضا أثرا في العقود الإدارية وهو بذلك يضع على عاتق الإطراف التزامات مؤيدة بمسؤوليتهم التعاقدية إلا أنه يمكن إن تشدد التزامات المتعاقد مع الإدارة عن طريق الإقرار الإداري الصادر عن هذه الأخير أثناء تنفيذ العقد وذلك في سبيل انجاز العمل على أفضل مستوى ممكن أو سبيل التكيف مع المرفق ;وبهدف الاستفادة من التقنيات الجديدة.

ويرى الأستاذ فيديل أن العقد الإداري ليس شريعة المتعاقدين بشكل مطلق لان العنصر التعاقدي سيكون محكوما بمبدأ التوازن المالي الذي يقتضي نوعا من التغيير مع استمرارية التوازن في الحقوق والتزامات الأطراف وهذا ما يجعله مختلفا عن العقد المدني الذي تحدد فيه حقوق والتزامات الأطراف بصورة نهائية

ويقر الفقه الفرنسي المعاصر بحق التعديل الانفرادي للعقد الإداري من قبل الإدارة فقد اعتبر الأستاذ bruere إن حق التعديل الانفرادي من قبل القواعد العامة للعقود الإدارية المستند إلى مبدأ المصلحة العامة، وانه إذا كان التعديل الانفرادي يحمل تجاوزا خطيرا على مبدأ الرضائية الذي حجة المتعاقدين الأساسية في محتوى حقوقهما والتزاماتهما ، فان هذا التجاوز يوزاري فورا عن طريق الاعتراف للمتعاقد مع الإدارة بالحق في التعويض المناسب.[1]

٠٢ . في مصر وقد ذهب الفقه المصري في غالبيته إلى التأكيد على حق الإدارة في تعديل العقود الإدارية بإرادة المنفردة حتى ولو لم ينص على ذلك في العقد أو دفتر الشروط.[2]

وقد أكدت محكمة القضاء الإداري في مصر حق الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد مقرر أنه: "تختلف العقود الإدارية عن العقود المدنية أنها تستهدف مصلحة عامة... أن الإدارة وهي صاحبة الاختصاص في تنظيم المرفق وتحديد قواعد تسييره، تملك حق تعديل العقد بما يلائم هذه الضرورة ويحقق تلك المصلحة..."[3]

ثالثا: الأساس القانوني للإدارة في تعديل العقد الإداري

اختلف الفقه في تحديد الأساس القانوني في حق الإدارة في تعديل العقود الإدارية بإرادتها المنفردة، فذهب البعض إلى أن أساس القانوني لهذا الحق يكمن في فكرة السلطة

[1] د – نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص: ٣٢٦

[2] د– محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص: ٤٦٠

[3] – د. المستشار حمدى ياسين عكاشة، العقود الإدارية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص: ٢١٢

العامة، وذهب البعض الآخر إلى أنه يرجع أساس سلطة التعديل إلى امتياز التنفيذ المباشر، بينما يميل الرأي الغالب إلى اعتناق فكرة احتياج المرفق العام كأساس قانوني لهذا الحق..

لقد اختلف الفقهاء حول الأساس القانوني لسلطة الإدارة في تعديل العقد القانوني على النحو التالي:

الرأي الأول: يرى بعض الفقهاء أن الأساس القانوني لسلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري يستند على فكرة السلطة العامة وبالتالي تعتبر سلطة إدارة في تعديل العقد سلطة أصلية لا يمكن تقييدها مطلقا لأنها من النظام العام وهذا الرأي يرى أن سلطة التعديل ما هي إلا ضابط للعقد فيما يتصل بالمصلحة العامة لا يعترف للإدارة بهذه السلطة من خارج العقد، وفي هذا مخالفة واضحة لما يجري عليه القضاء في الوقت الحاضر حيث يعترف للإدارة بالتعديل من خارج العقد ومن داخله.

الرأي الثاني: يرجع سلطة التعديل إلى امتياز التنفيذ المباشر الذي تملكه الإدارة في جميع العقود الإدارية وفي سائر الأعمال الأخرى وهذا الرأي على قوته إلا أنه بحاجة إلى سند أخر لكي يتقلص حجم التعميم بهذه الفكرة ولكن لكي لا تكون سلطة الإدارة في تعديل العقد جزءا من سلطتها في الضبط الإداري بصفة عامة.[1]

الرأي الثالث: يرى إن أساس سلطة التعديل نابع من مبدأ سير المرافق العامة وقابليتها للتغيير يقيم هذه السلطة على مبدأ دوام سير المرافق العامة، وقابليتها حسب تغير الحاجات العامة والتطورات التكنولوجية وبالتالي فان على الإدارة اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة من اجل تامين المصالح العامة ، فالإدارة التي تعاقدت مع الغير لا إشباع الحاجات العامة تبقي على الدوام مسؤولة على حسن سير المرفق العام وبالتالي تحقق المصلحة العام ; وطالما ان احتياجات المرفق العام قابلة للتغير مع الزمن يتوجب على الإدارة مطابقة العقد مع التغيرات المستجدة للمرفق العام.[2]

واستنادا إلى مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واضطرا فان سلطة الإدارة بتعديل العقد تكون مستندة من العقد ، وليس استنادا على السلطة العامة.

[1]– د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩١، ص: ٥٤٤، ٥٤٣

[2]د– محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ١٩٩٠، ص: ٣٣٩

رابعا . شروط تطبيق نظرية التعديل الانفرادي للعقد الإداري

أن سلطة الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة دون إن يكون للمتعاقد معها الحق في الاعتراض على التعديل ، دون إن يكون للعقد نص على هذه السلطة ، ليست سلطة مطلقة وإنما هي سلطة مقيدة بعدة شروط وهي:

٠١. أن لا يتعدى التعديل موضوع العقد: إن احتياجات المرفق المتغيرة دوريا هي التي تفرض بتعديل بعض نصوص العقد، بحيث لا يجب أن يمس هذا التعديل النصوص المتعلقة بالامتيازات المالية حتى لا يؤدي إلى عزوف الأفراد عن التعاقد مع الإدارة.

وعليه لا تستطيع الإدارة أن تعدل أحكام العقد على نحو يغير موضوعه، وإلا كنا أمام عقد جديد، ذلك أن المتعاقد مع الإدارة قبل التعاقد معها فإنه يراعي في ذلك قدراته المالية و الفنية.

حتى يلتزم بتنفيذ مضمون العقد في أجال محددة، فإذا أقبلت الإدارة على التغيير الموضوعي أو الهيكلي للعقد، فإن ذلك قد لا يناسب المتعاقد معها. ومن هنا يجب أن يكون التعديل من حيث المدى والأثر نسبيا بحيث لا يؤثر على العقد الأصلي.[١]

٠٢ . أن يكون لتعديل أسباب موضوعية: إن الإدارة عندما تباشر سلطتها في تعديل العقود الإدارية يكون نتيجة عوامل تدفعها لهذا التعديل وكل هذا ضمانا لحسن سير المرافق العامة وتلبية للحاجيات العامة في أحسن وجه.

إن الإدارة العامة تتعاقد في ظل ظروف معينة قد تتغير في مرحلة ما بعد توقيع العقد خاصة في العقود الإدارية التي تأخذ زمنا طويلا في تنفيذها كعقد الأشغال العامة أو عقد التوريد. فإذا تغيرت الظروف وجب الاعتراف للإدارة بحق تعديل العقد بما يتماشى والظروف الجديدة، وبما يراعي موضوع العقد الأصلي، ويلبي حاجات المنتفعين من خدمات المرفق العام.[٢]

[١] – عبدلي حمزة، آثار العقد الإداري، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الموسم الجامعي، ٢٠١٤ – ٢٠١٥، ص ١١

[٢]– عمار بوضياف، صفقات العمومية في الجزائر حسب المرسوم الرئاسي ٠٨ – ٣٣٨، جسور للنشر و التوزيع، ط ٢. الجزائر، ٢٠٠٨ ، ص ١٢٥

أما إذا ثبت أن الظروف التي تدعي الإدارة إنها قد استجدت كانت موجودة عند إبرام العقد أو أن الإدارة لا تستهدف من التغيير مقتضيات المصلحة العامة و ضرورة تسيير المرافق العامة وإنما تسعى لتحقيق مصالح خاصة، فإن للمتعاقد أن يلجأ إلى القضاء الإداري للحصول على التعويض المناسب.

٠٣. تقيد الإدارة بمبدأ المشروعية: يجب على الإدارة في الأحوال التي يحق لها تعديل العقد أن تحترم مبدأ المشروعية، إذ لا بد أن يصدر قرار التعديل من سلطة مختصة به وفق الصيغة التي حددها القانون، وينبغي أن يكون قرارها للأنظمة النافذة.

فهناك بعض القواعد الخاصة بالنظام القانوني للعقد الإداري، قد نشأت عن طريق القوانين واللوائح لا يمكن للإدارة أن تعدلها وإلا أعتبر خرقا لمبدأ المشروعية، ومن الأمثلة على ذلك عقود التوظيف فهي ذات طابع تنظيمي في جزء كبير منها فلا يمكن تعديلها إلا عن طريق التنظيم أو عن طريق السلطة المختصة بالتشريع إذا كانت ذات طابع تشريعي.[١]

. إذا كانت بعض الدراسات قد أشارت إلى أن مجلس الدولة الفرنسي طبق لأول مرة سلطة التعديل بتاريخ ٢١ . ٠٢ . ١٩١٠ م بمناسبة فصله في قضية ترام مرسيليا، هناك دراسات أخرى أكدت أن مجلس الدولة الفرنسي طبق هذه السلطة لأول مرة بتاريخ ١٠ جانفي ١٩٠٢ م في قضية (غازدوفيل).[٢]

ورجوعا للمرسوم الرئاسي (١٠ . ٢٣٦) المعدل والمتمم، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الجزائرية وتحديدا القسم الخامس من المواد ١٠٢ إلى ١٠٦ نجدها تحت عنوان الملحق فأجازت المادة ١٠٢ للإدارة المتعاقد إبرام ملاحق وفسرت المادة ١٠٣ المقصود بالملحق بأنه "وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة ".[٣]

ومن النص نستنتج أن سلطة التعديل تجد أساسها القانوني في التشريع الجزائري في المادة ١٠٣ من المرسوم الرئاسي (١٠ . ٢٣٦) المعدل و المتمم، و التي أجازت للإدارة

[١]– نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص ٣٤١

[٢]– عمار بوضياف، مرجع سابق، ص ١٢٧

[٣]– المرسوم الرئاسي (١٠ – ٢٣٦) المؤرخ في ٠٧ – ١٠ – ٢٠١٠ المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد٥٨.

وفي جميع الصفقات العمومية أن تعدل بندا أو بنودا إما بالزيادة أو النقصان، غير أن هذا التعديل مشروطا بما يلي:

٠١. لأن يكون مكتوبا باعتبار الصفقة الأصلية مكتوبة فهذا شرط لازم في حال ممارسة الإدارة لسلطة التعديل وهذا أمر طبيعي لأن التعديل جزء من الصفقة وجب أن يخضع لما تخضع له شكلا بتوافر عنصر الكتابة.

٠٢ . أن لا يؤدي التعديل إلى المساس الجوهري بالصفقة وهذا ما أشارت إليه المادة ١٠٣ وهذا شرط طبيعي إذ أن التعديل الجوهري من شأنه أن يجعلنا أمام صفقة جديدة.

٣ . أن يتعلق التعديل بالزيادة أو النقصان على أن يراعي فيه السقف المالي المحدد في المادة ١٠٦ من المرسوم الرئاسي (١٠ . ١٣٦) المعدل والمتمم، وقدره ٢٠/ من المبلغ الأصلي للصفقة بالنسبة إلى الصفقات التي هي من اختصاص لجنة الصفقات التابعة للمصلحة المتعاقدة، و ١٠/ من المبلغ الأصلي للصفقة بالنسبة إلى الصفقات التي هي من اختصاص اللجان الوطنية القطاعية للصفقات.

وحتى يبعث المشرع بساطة ومرونة على إجراء أو سلطة التعديل نص في المادة ١٠٦ الفقرة الأخير على الرقابة الخارجية دون القبلية للملحق عندما تتجاوز النسب المبينة أعلاه[١].

. ويترتب على العقد الإداري حق المتعامل المتعاقد في التعويض عن الالتزامات الإضافية الجديدة.[٢]

الفرع الثالث: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد:

للإدارة سلطة توقيع الجزاء على المتعاقد معها إذا ما قصر في تنفيذ التزاماته بأي وجه من الوجوه سواء كان بالامتناع من جانبه عن تنفيذ العقد، أو بتأخيره في التنفيذ، أو بالتنفيذ غير المرضي، أو بإحلال غير في لتنفيذ دون رضاء الإدارة، فللإدارة في جميع هذه الحالات بأن توقع على المتعاقد معها جزاءات لا يألفها الأفراد في القانون الخاص، لأن المتعاقد مع الإدارة هو متعاون معها في إدارة المرفق العام، ويعتبر أي إخلال منه لالتزاماته التعاقدية ليس خطأ عقديا فقط ولكنه أيضا خطأ ضد المرفق العام ذاته، ولمواجهة هذا الإخلال، فان

[١] - عمار بوضياف، مرجع سابق، ص ١٢٨

[٢]– محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص ٧٥

الإدارة تتمتع بسلطة توقيع الجزاءات الإدارية والتي تخضع لنظام قانوني مغاير تماما لما هو مقرر في العقود المدنية. فالقانون لم يترك الإدارة لتوجه هذه المخالفات بالوسائل العادية المعروفة بين المتعاقدين في القانون الخاص، كالدفع بعدم التنفيذ أو مراجعة القضاء، التي لا تكفي في مجال القانون العام للحفاظ على الصالح العام عن طريق ضمان سير المرفق العامة دون توقف أو اضطراب، إنما منحها سلطات معينة تتمثل في توقيع عدد من *الجزاءات الرادعة* على المتعاقد الذي تقع منه هذه المخالفات لإجباره على التنفيذ السليم وفقا لشروط العقد المتفق عليها. فالجزاءات الإدارية التي توقعها الإدارة على المتعاقد هي جزاءات مالية ووسائل ضغط وإكراه، وفسخ العقد وفي حالات نادرة عقوبات جنائية[1] وعلى الرغم من اختلاف أنواع الجزاءات الإدارية التي تتخذها الإدارة بحق المتعاقد إلا أن جميع هذه الجزاءات تشترك فيما بينها بخصائص مشتركة ثم ينفرد كل جزاء بخصائص يستقل بها عن غيره من الجزاءات الأخرى، لهذا سنتطرق للخصائص الجزاءات الإدارية و كذا أنواع الجزاءات الإدارية.

١. الخصائص العامة للجزاءات في العقود الإدارية:

لقد استقر الفقه والقضاء الإداري في فرنسا على صياغة نظرية مستقلة لنظام الجزاءات في العقد الإداري، لها مقوماتها وذاتيتها التي تنبع من طبيعة أوضاع المرفق العامة ووجوب سيرها على وجه الانتظام والاستقرار.

فالإدارة تستطيع توقيع الجزاءات بإرادتها المنفردة، حتى في حال عدم وجود نص في العقد وتلتزم الإدارة بإنذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء، وتستطيع الإدارة توقيع الجزاء في الوقت المناسب دون الحاجة لإثبات الضرر، وتخضع الإدارة لرقابة القضاء في توقيع الجزاءات الإدارية.[2]

[1]– د نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص: ١٤٥

[2]– د سليمان الطماوى، المرجع السابق، ص: ٥٠٠ حيث أورد قرار ا لمحكمة القضاء الإداري المصرية بتاريخ١٩٥٧/٣/١٧ تقول فيه: (ومن حيث أنه وأن كان للإدارة سلطة توقيع جزاءات على المتعاقد إذا ما قصر في تنفيذ التزاماته، فإنه يتعين الإفصاح عن رغبة جهة الإدارة في استعمال سلطتها هذه ولا بد من صدور قرار إداري.)

. سلطة الإدارة بتوقيع الجزاءات الإدارية بإرادتها المنفردة:

تتمتع الإدارة بحرية التصرف le privilege de pealable التي لا مقابل لها في القانون الخاص، لأنها تستطيع أن توقع الجزاء بنفسيها، دون مراجعة المسبقة للقضاء، تحت رقابة القضاء بطبيعة الحال[1].

ومبرر هذه السلطة المنوحة للإدارة يتجلى في أهمية المحافظة على المرافق العامة وسيرها بشكل منتظم، فالقاعدة المتبعة في العقود المدنية . هي ضرورة إصدار حكم قضائي عند إخلال المتعاقد بتنفيذ بنود العقد وهذا طبعا يتطلب وقتا طويلا وإجراءات معقدة لا تتناسب إطلاقا مع ضرورة المحافظة على المرافق العامة والمصلحة العامة، لان إخلال المتعاقد الذي يقوم بتنفيذ العقد الإداري ينعكس سلبا على المرفق العام والمصلحة العامة، ومن غير المقبول لجواء الإدارة لانتظار قرار قضائي لمعالجة خلل تنفيذ العقد، لا بل لا للإدارة من اتخاذ قرارها بالسرعة المطلوبة، ويبقى للمتعاقد المتضرر من قرار الإدارة أن يراجع القضاء الإداري المختص الذي يحكم بالتعويض في حال المشروعية قرار الإدارة، ولا يملك قاضي العقد في حال اتخذت الإدارة تدبيرا ل يجد له ما يبرره في الواقع أم في القانون إلا إلزامها بالتعويض على الفريق الآخر عما ألحقه تدبيرها من ضرر به.

سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية حتى مع وجود نص صريح في العقد:

قد ينص العقد الإداري على الجزاءات التي يجوز للإدارة أن يوقعها على المتعاقد المقصر، ولكن المسلم به في قضاء مجلس الدولة الفرنسي أن سلطة توقيع الجزاءات من قبل الإدارة على المتعاقد الذي أخل بتنفيذ العقد هي سلطة موجودة ومستقلة عن نصوص العقد، بل تستطيع الإدارة تحت رقابة القضاء أن توقع على المتعاقد جميع أنواع الجزاءات المقررة في حال توفر شروط توقيعها. وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر ١٣/مايو /١٩٠٧ في قضية (Deplanque) ويتضمن قرار مجلس الدولة الفرنسي أن السيد (Deplnque) إبرام عقد التزام مع إحدى القرى لإضاءتها، وقد نص في العقد على الفسخ كجزاء لتقصير المتعاقد في تنفيذ التزاماته، وقد نسب بعد ذلك إلى السيد Deplanque) التقصير في أداء بعض التزاماته المقررة في العقد، ومن ثم عرض الأمر

[1] ـ محمد الشافعي أبو راس ، المرجع السابق ، ص:٩٥

على القضاء الإداري للفصل فيه، وكان على القاضي، إما أن يتقيد بنصوص العقد فيحكم بالإسقاط، أو يوقع جزاء آخر، وقد اقترح مفوض الحكومة (Romieu) في تقريره المتقدم في هذه الدعوى المبادئ الجديدة التالية:

٠١. إذا كان العقد عند تحديده التزامات الطرفين، قد أغفل تحديد جزاءات مقابلة لتلك الالتزامات أو إخلال بها، فإنه يجب إلا يترتب على ذلك تقرر عدم وجود جزاءات.

٠٢. إذا كان العقد قد حدد صراحة وجود جزاءات لبعض المخالفات الجسيمة، وأغفل تحديد الجزاءات مقابلة لباقي المخالفات، فلا يترتب على ذلك بقاء الأخيرة بدون جزاء.

٠٣. إن كل التزام تعاقدي يقابله جزاء، وعلى القاضي أن يطبق القواعد العامة إذا لم يتضمن العقد نصوصا صريحة على خلاف ذلك، أي أنه يجب على القاضي في الحالة المعروضة عليه، وإعمالا للقواعد العامة أن يقرر: إما الفسخ العقد أو الحكم بالتعويضات.

وهذا طبعا ما أخذ به مجلس الدولة بما تضمنه تقرير مفوض الحكومة، وقضى بتعويض الإدارة عن المخالفات التي ارتكبها الملتزم.

وقد استخلص الفقهاء أن القاعدة العامة في الجزاءات الإدارية أن الإدارة تستطيع فرض الجزاءات الإدارية حتى ولو لم ينص عليها في العقد، لكن يرد على هذه القاعدة استثناء يتعلق بالجزاءات المالية، فمجلس الدولة الفرنسي لم يتقيد بقيد الجزاءات المنصوص عليها في العقد إلا بالنسبة للجزاءات المالية أما ما عداها فأطلق يد الإدارة فيها سواء بالتشديد أو التخفيف، فالغرامات المالية المحددة في العقد وبالاتفاق فيما بين الطرفين تطبق عليها القاعدة العامة، دون أي استثناء، باعتبارها تعويضا متفقا عليها في العقد.

وهذا ما سار عليه مجلس شورى الدولة اللبناني مستندا إلى الاجتهاد والفقه في فرنسا حيث قرر أنه: "لا يمكن غرض غرامة تأخير إلا إذا نص عليها عقد الالتزام في محضره أو ملحقاته لأن الغرامة تنشأ حصرا من العقد، بحيث لا يصبح فرضها لمخالفة ملحق لعقد أساسي لم يشر صراحة إلى إمكانية فرضها...[١]

[١]: د- نصري منصور نابلسي ، المرجع السابق، ص: ١٥٥

وعليه فإن الجزاءات التي توقعها الإدارة على المتعاقد إذا ما قصر في تنفيذ التزاماته هي مظهر من مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، وأيضا تطبيق وإعمال لامتياز مهم من امتيازات السلطة العامة التي تملكها الإدارة قبل الأفراد، وهو امتياز التنفيذ المباشر.

ضرورة إنذار المتعاقد قبل إتخاذ الجزاء الإداري بحقه:

الإنذار هو التنبيه الذي توجهه الإدارة إلى المتعاقد وتوضح له فيه الخلل أو التقصير أو التأخير في تنفيذ العقد الإداري، وتأمره فيه بضرورة الالتزام بتنفيذ العقد وفق القواعد القانونية المعمول بها في مدة تحددها له، تحت طائلة اتخاذ الإجراء القانوني المناسب بحقه الذي يتخذ في مجمل الأحوال طابع الجزاء الإداري. والإنذار هو أمر منطقي تفرضه قواعد العدالة، ذلك أنه يعني تنبيه المتعاقد إلى مخالفته التي قد تضر المرفق، ومن ثم يمكن له بعد أعذاره أن يصحح من هذه المخالفة، وتنتهي المشكلة عند هذا الحد، كما أنه يعني أيضا إنذارا له بتوقيع الجزاء الذي تراها الإدارة، إذا استمر في هذه المخالفة.

وقد قيد مجلس الدولة الفرنسي جهة الإدارة بضرورة إنذار المتعاقد، قبل اتخاذ قرار فسخ العقد الإداري، ومنح المتعاقد مع الإدارة مدة إضافية تسمح له بتنفيذ التزاماته العقدية، إذا فهو التزام يقع على عاتق الإدارة، إلا أصبح قرار الإدارة غير المسبوق بالإنذار معيبا من الناحية الإجرائية ومن ثم قابلا للبطلان.

ومن هنا لا بد إنذار المتعاقد مع الإدارة قبل توقيع الجزاء الإداري ولو لم يتطلب ذلك نصا صريحا في العقد، أو لم يوجد شرطا في دفتر الشروط يقضي بضرورة الإنذار، وإلا يعفى المتعاقد المفسوخ معه من النتائج المالية الكبيرة التي تترتب على الفسخ العقد.

وقد استقر الفقه الفرنسي على أن عدم مراعاة الإدارة الإجراءات الشكلية السابقة على توقيع الجزاء، ومن بينها إنذار المتعاقد، يكون دائما ذا أثر مهم يتمثل في إعفاء هذا المتعاقد من النتائج الباهظة المترتبة على هذا الجزاء مهما كانت درجة الخطأ والمخالفات المنسوبة إلى المتعاقد.

والتزام الإدارة بإنذار المتعاقد حتميا بالنسبة إلى بعض الجزاءات، مثل غرامة التأخير (PENALITITES DERETARD) وفي حالة الفسخ (RESILIATION) وتشكيك بعض الفقهاء في ضرورته بالنسبة إلى بعض الجزاءات الأخرى كوضع المشروع تحت الحراسة (LA MISE SOUS SEQUSTRE)ولكن بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسي

يستفاد منها تعميم الالتزام السابق، لاسيما حكمة الصادر في ١١ يوليو سنة ١٩٤١ في قضية(GRENOUILLER)[١]

ولكن إذا كانت القاعدة العامة المتبعة تنص على ضرورة إنذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء الإداري فإنه يرد على هذه القاعدة استثناءات أشار إليها الفقه كما أوردها القضاء في أحكامه وأهم هذه الاستثناءات يمكن إيضاحها كما يلي:

أولا: النص الصريح بإعفاء الإدارة من الإنذار المسبق.

قد يرد ضمن بنود العقد الإداري نص يعفى الإدارة من الإنذار المسبق قبل توقيع الجزاء أو قد يرد هذا النص في دفاتر الشروط، ففي هذه الحالة يجب تفسير النص تفسيرا ضيقا، وما ذلك إلا بسبب ما ينطوي عليه من مخاطر جمة بالنسبة للمتعاقد فضلا على أنه يمثل استثناء على القاعدة العامة بهذا الشأن، لذلك يجب أن تكون عبارة العقد واضحة وقاطعة الدلالة على إعفاء الإدارة من الإنذار، وقد قرر مجلس الشورى الدولة اللبنانية أنه: "بما أن المادة الثامنة عشر من دفتر الشروط الخاص نصت على أنه: "يفرض على المتعهد عن كل يوم تأخير غرامة قدرها اثنان بالألف من قيمة ما يتأخر عن تسليمه وذلك دون حاجة إلى إنذار.[٢] وبما أن النص الوارد بالشكل أعلاه يمكن الإدارة من فرض الغرامة بمجرد تحقيق التأخير ودون حاجة إلى إنذار أو معاملة أخرى أو إثبات أي ضرر لحق بها.

وبما أن الإدارة فرضت تلك الغرامة دون أندار فيكون تصرفها من الناحية الشكلية صحيحا كما يمكن إعفاء الإدارة من الإنذار بمقتضى نص تشريعي أو لائحي ينص صراحة على إعفاء الإدارة من توجيه الإنذار.

ويجب لإعمال هذا الاستثناء عن

د عدم وجود نص تشريعي أو لأن يكون تعبير أطراف العقد عن رغبتهم في الإعفاء من الإنذار صريحا وواضحا ليأخذ به القضاء عند المنازعة القضائية بشأن تنفيذ هذا العقد.

---

[١] د سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص: ٥٠٦ – AUCUNE CLAUSE DE CONTRAT NE DISIPENSAIT LA de la mettreen COMMUNE en cas d'inexécutionpar leavant contractant d'un de ses engagements de l'obligation demeurequene soient prises les sanctions que pouvaient comporter sesmanquements.

[٢] – د نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص: ١٦٣

ثانيا: ثبوت عدم جدوى الإنذار

لا ضرورة للإنذار إذا كانت الظروف المحيطة باتخاذه تقطع بعدم جدوى ذلك وعدم فائدته ولأسباب ترجع إلى المتعاقد نفسه وذلك عندما يعلن الملتزم نفسه عن عدم قدرته نهائيا على استغلال المرفق أو مخالفة المتعاقد لالتزام جوهري يتعذر تداركه أو إصلاحه.

وفي في هذه الحالات لا فائدة من الإنذار على اعتبار أن الإنذار هو تنبيه للمتعاقد بضرورة التنفيذ وفق القانون وفي حال استحالة التنفيذ طبقا لذلك ولسبب يعود للمتعاقد نفسه فإن الإدارة تتخذ الجزء الإدارة المناسب حق المتعاقد دون الإنذار المسبق وقد قررت المحكمة العليا في ليبيا بتاريخ ٠١جانفي١٩٧٧ في هذا السياق أن: "الأعذار واجب قبل المطالبة بفسخ عقد التوريد ما لم يتضمن العقد شرطا يعفي الجهة الإدارية من الأعذار، إذا ثبت أن الأعذار لا فائدة منه، كما لو صرح الملتزم بالتوريد بعجزه عن تنفيذا العقد [١].

ثالثا: تنازل المتعاقد عن العقد للغير

عند تنازل المتعاقد عن العقد للغير فلا ضرورة في هذه الحالة للإنذار وكذلك إذا ارتكب واقعة التعاقدية من الباطن بدون تصريح مسبق من الإدارة.

توقيع الإدارة للجزاء الإداري في الوقت المناسب دون حاجة لإثبات ضرر:

إن الإدارة تملك توقيع الجزاءات على المتعاقد معها بدون حاجة إلى إثبات وقوع ضرر معين، لأن الهدف من توقيع الجزاءات الإدارية عند إخلال المتعاقد في تنفيذ العقد ليس مجرد معاقبة المتعاقد على خطأ ارتكبه، وإنما يتجه أساسا إلى حسن سير المرافق العامة وانتظام سيرها تحقيقا للمصلحة العامة.

وقد قررت المحكمة الإدارية العليا في مصر بهذا الشأن "إن الجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها على المتعاقد في روابط العقد الإداري، إذا ما خالف شروط العقد أو قصر في تنفيذ الالتزامات المفروضة عليه بموجبه، إنما تستهدف أساسا تامين سير المرافق العامة فلا يشترط لتوقيعها إثبات وقوع ضرر أصاب المرفق، إذ أن هذا الضرر مفترض بمجرد

[١]– د– مفتاح خليفة، المرجع السابق، ص: ١٩٤

تحقق سبب استحقاقها المنصوص عليه في العقد ذلك أن التراخي في تنفيذ العقود الإدارية ينطوي في ذاته على إخلال بالتنظيمات التي رتبت الإدارة شؤون المرفق وتأمين سيره على أساسها فهي اتفاق ملزم لا يحمل الترخيص في إعمال حكمه أو التقرير في تحديد مداه.[١]

خضوع الإدارة في توقيع الجزاءات لرقابة القضاء:

وهذه الرقابة القضائية توازن سلطات الإدارة الواسعة في هذا المجال، وتمثل ضمانة فعالة للمتعاقد، ضد تعسف الإدارة أو مخالفتها للقانون [٢]، فهي تشمل مشروعية القرار الصادر من الإدارة بتوقيع الجزاء سواء من ناحية الشكل أو الاختصاص أو مخالفة أحكام القانون أو الانحراف بالسلطة والتعسف فيها، كما تشمل ملائمة القرار بالبحث في بواعث جهة الإدارة في إصدار الجزاء وأسبابها ومدى تناسب الجزاء الذي وقع على المتعاقد مع الخطأ المنسوب إليه.

٢. أنواع الجزاءات الإدارية:

تتعدد الجزاءات الإدارية وفق طبيعتها إلى جزاءات تنتقص من حق مالي للمتعاقد، أو تمس ذمته المالية، وأخرى تتعلق بنشاطه، ولا تتصل بشكل مباشر بذمته المالية، وإن كانت تؤثر عليها فيما يناله من خسارة أو كسب فائت بسبب فسخ عقد، أو إبطاله وعدم التعامل معه مستقبلا، هذا يعني أن هذه الجزاءات إما تكون مالية، بشكل مباشر، وإما أن تكون غير مالية[٣]، ولا يخفي أن لهذا التنوع فائدته فيما يمنحه من فرصة للإدارة في اختيار الجزاء الذي يحقق دوما مصلحة تسير المرفق العام بانتظام، في ضوابط تحقق حماية المتعاقد من الانحراف بسلطة الجزاء، وعليه سنتعرض لأنواع الجزاءات الإدارية على النحو التالي:

٢.١. الجزاءات المالية:

الجزاءات المالية هي عبارة مبالغ مالية محددة سلفا تلزم الإدارة بها المتعاقد الذي يخل بالتزاماته.[٤] وهي على أنواع مختلفة (التعويض، الغرامة التأخيرية، مصادرة التأمينات).

---

[١]– نصري منصور النابلسي، المرجع السابق ، ص ١٦٧

[٢]– د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة ٢٠٠٥، ص: ٤٨٦

[٣]– د.عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة ٢٠١٠، ص: ٢٩

[٤]– د.ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديد، االإسكندرية، سنة ٢٠٠٧، ص: ١٥٠

. التعويض:

٠١. هو الجزاء الأصيل للإخلال بالتزاماتها التعاقدية، وذلك إذا لم ينص على جزاءات مالية لمواجهة هذا الإخلال. والنظام القانوني لهذه التعويضات قريب من النظام المدني لها فيما يتعلق بكيفية تقدير التعويض الضرر. ولكن النظامين يختلفان فيما يتعلق بكيفية تحصيل هذه التعويضات، وذلك على النحو التالي:

٠٢. فالتعويض بعكس الغرامات المالية، لا يحكم به القاضي إلا إذا ثبت الضرر كما هو الشأن في القانون الخاص. كما أن التعويض يقدر وفقا لجسامة الضرر الذي تتحمله الإدارة مع مراعاة الأخطاء التبادلية لكل من الطرفين وفقا للقواعد المدنية أيضا.

٠٣. أما فيما يتعلق بكيفية تقدير التعويض، فإن مجلس الدولة الفرنسي يسمح للإدارة بأن تحدده هي مقدما، على أن ينازع المتعاقد في هذا التقدير أمام القضاء إذا شاء، وللإدارة أن تعدل عن استعمال هذا الحق، وتترك تقدير التعويض للقضاء.[١]

الغرامة التأخيرية:

تختلف الغرامات التأخيرية عن تعويض الأضرار التي تلحق بأحد المتعاقدين نتيجة إخلال الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته العقدية وهذه الغرامات تفرضها الإدارة سواء نص عليها العقد أم لم ينص.

والغرامة التأخيرية: عبارة عن تعويض جزائي يكون من حق الإدارة توقيعه دون أن تلتزم بإثبات أن ضرر يكون مفترضا دائما بمجرد التأخير أو عند عدم قيام المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ التزاماته أو نفذها بشكل معيب لا ينسجم مع المواصفات وجداول الكميات والخرائط التفصيلية.

وتوقيع الغرامة التأخيرية ليس أمر وجابيا وإنما رخصة ممنوحة للإدارة لها أن تستعملها ولها أن تتجاهلها.

للغرامة التأخيرية في العقود الإدارية عدة خصائص هي كالتالي:

[١]– د. سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص: ٤٨٨

. أنها تحمل معني العقوبة، كجزاء تقوم الإدارة بتوقيعه أكثر من احتمالها معني التعويض، ذلك كونها مبلغا محددا سلفا يشترط توقيعه بمجرد التأخير ولا تمثل تغطية حقيقية للضرر الذي يصيب الإدارة.

. إن النص على الغرامة يعني وجوب الالتزام بأن لا يزيد مبلغ الغرامة عما هو منصوص عليه، ولا يستطيع المتع أقد مع الإدارة الاعتراض على توقيع الغرامة بحجة أن الإدارة لم يصلها ضرر لأن الضرر هنا متحقق بمجرد وقوع التأخير.

. يجري توقيع الغرامة بقرار إداري تصدره الإدارة وللمتعاقد أن يلجأ إلى القضاء فإذا تبين القاضي عدم مشروعية القرار يحكم بإلغائه.

مصادرة التأمينات:

التأمينات هي مبلغ من المال يودع لدى الجهة الإدارية المتعاقدة تتوفى به آثار الأخطاء التي يرتكبها المتعاقد معها أثناء تنفيذ العقد الإداري، ويضمن لها قدرته على مواجهة المسؤوليات الناتجة عن تقصيره وتستطيع الإدارة فرض المصادرة بنفسيها دون الحاجة لصدور حكم من القضاء ودون أن تلزم بإثبات الضرر الذي لحق بها جراء الإخلال بشروط العقد أو أن خسائر قد أصابتها جراء ذلك ويمثل مبلغ التأمين الحد الأدنى للتعويض الذي يحق للإدارة اقتضائه ولكنه لا يمثل الحد الأقصى، فللإدارة أن تطالب المتعاقد معها تكملة ما يزيد على مبلغ التأمين الذي لا يفي بالتعويضات اللازمة عما أصابها من أضرار حقيقية ومن ثم على الإدارة خصم مقدار التأمينات المصادرة من مبلغ التعويض.

. الجزاءات غير المالية:

هذه الجزاءات ليست لها طبيعية مالية فهي لا ينطوي على تحميل المتعاقد المخل بالتزاماته أعباء مالية مباشرة كالغرامة، أو التعويض، بل تهدف هذه إما إلى الضغط على المتعاقد بإجباره على احترام التزاماته بالعقد والقيام بها على الوجه الأمثل، أو إلى إنهاء الرابطة العقدية، وعلية يمكن تقسيم الجزاءات غير المالية إلى نوعين:

. الجزاءات الضاغطة:

وتسمى أيضا الجزاءات المؤقتة لأن المقصود من توقيعها على المتعاقد إرغامه على تنفيذ التزاماته بموجب العقد، فهي لا تنهي العقد بل تؤدي إلى إحلال الإدارة، أو غير المتعاقد محله في تنفيذ العقد مؤقتا [1]

وهذه الجزاءات تتخذ صورا متعددة:

. وضع المشروع تحت الحراسة

. سحب العمل من المقاول

. الشراء على حساب المتعاقد

١ .٠ وضع المشروع تحت الحراسة:

وذلك بأن تضع الإدارة المشروع تحت الحراسة في حال التوقف الكلي، او الجزئي للمرفق وهو عادة يكون في عقود التزام المرافق العامة، ويمكن اللجوء إلى هذه الطريقة دون أن يكون هنالك خطأ من قبل المتعاقد مع الإدارة كأن يكون التوقف راجع إلى القوة القاهرة.

ووضع المشروع تحت لا ينهي عقد الالتزام، ولا يؤدي إلى إسقاط حقوق المتعاقد الأصلي وإنما تؤدي إلى رفع يد الملتزم مؤقتا عن إدارة المشروع، وعند وضع المشروع تحت الحراسة فقد تديره الإدارة بنفسها، أو تختار حارسا مؤقت لحراسته.[2]

ويجب التفريق بين ما إذا فرضت الحراسة دون خطأ منسوب إلى المتعاقد، أو إذا فرضت كجزاء على تقصير المتعاقد وإخلاله بالتزاماته، ففي الحالة الأولى لا يحتمل الملتزم المخاطرة المالية التي ترتبت على إدارة المرفق، في حين يدار المشروع على حسابه وتحت مسؤوليته في الحالة الثانية.

لهذا فإنه يترتب على وضع المشروع تحت الحراسة الآثار القانونية التالية:

استبعاد الملتزم مؤقتا من إدارة المرفق لحين الانتهاء الحراسة.

[1] – د– محمد مقبل العندلي، المرجع السابق، ص: ٥٤

[2] – د.سليمان الطماوى، المرجع السابق، ص: ٥٠٧

وأن تقوم الإدارة بنفسها تعيين حارس محلها بإدارة المرفق محل العقد ويبقى الملتزم مسؤولا عن المرفق، كما أن للإدارة الاستيلاء مؤقتا على الأدوات اللازمة لاستغلال المرفق العام والمملوكة للملتزم على أن تعاد فيما بعد بحالة سليمة.

٢ .٠ سحب العمل من المقاول:

نعني بسحب العمل من المقاول وقف المقاول من أداء أعمال المقاولة بموجب كتاب تحريري من جانب الإدارة وقيامها بتنفيذ العمل بنفسها أو بواسطة متعاقد جديد معها على مسؤولية وحساب المتعاقد الأول، ويرى البعض أن حق الإدارة بممارسة هذا الجزاء مرتبط بالنظام العام فلا حاجة للنص عليه في العقد.

٣ .٠ الشراء على حساب المتعاقد:

هذا الإجراء الضاغط يتعلق بعقد التوريد من حيث قيام المتعاقد فيه بالالتزام بتوريد مهمات محددة تحتاج إليها الإدارة في قيامها بواجباتها المنوطية بها، ومن ثم فأن أي تأخير أو إخلال في توريد الكميات أو العينات المتفق عليها يؤدي إلى ممارسة هذا النوع من الجزاء من قبل الإدارة.[١]

والإدارة تملك توقيع هذا الجزاء سواء نص عليه في العقد، أم لم ينص، حيث أن أي عجز من جانب المتعاقد المورد يهدد المرفق العام بالتوقف، أو التأخر عن القيام بمهامه.

. إنهاء العقد

يقصد بإنهاء العقد كجزاء: وضع نهاية للعلاقة العقدية بين الإدارة والمتعاقد معها في غير الأحوال الاعتيادية لانتهاء الرابطة التعاقدية كانقضاء الأجل المحدد له في عقد الامتياز، أو القيام بالتنفيذ الكامل في عقد الأشغال العامة وعقد التوريد، وهو ما يعرف بالفسخ. ويختلف الفسخ عن الجزاءات الضاغطة الأخرى في كونه جزاء يضع نهاية للرابطة التعاقدية فهو من أسباب انقضاء العقد الإدارة في العدول عن مشاركة متعاقد معها من شأن استمراره الإضرار بدوام سير المرافق العامة.

[١]– د.عبد الغني بسيوني، القانون الإداري، ص: ٥٥٥

ويختلف الفسخ عن إنهاء العقد بإرادة المنفردة لدواعي المصلحة العامة ذلك إن الإدارة لا تستطيع أن تجري فسخ العقد الإداري إلا ارتكب المتعاقد معها خطأ جسيما، أما الإنهاء العقد الإداري فإنه إجراء تستطيع الإدارة اتخاذه في أي وقت دون خطأ من جانب المتعاقد متى كانت دواعي المصلحة العامة تقتضي اتخاذ إجراء الإنهاء.

المطلب الثاني: حقوق المتعاقد مع الإدارة:

لا شك في أن المتعاقد مع الإدارة لا يقدم على التعاقد إلا لتحقيق غايات شخصية يمنحه إياها العقد ولا سيما الحقوق المالية، فإذا كانت الإدارة تسعى دائما عند إبرام العقود الإدارية إلى تسير المرافق العامة وتحقيق المصلحة العامة، فإن المتعاقد مع الإدارة يسعى دوما إلى تحقيق مصلحته الخاصة المتمثلة في تحقيق أكبر قدر ممكن الربح.

ويحصل المتعاقد مع الإدارة على الربح عند استيفائه الثمن المتفق عليه مع الإدارة مقابل تنفيذ العقد، وقد ينفذ المتعاقد أعمالا غير متفق عليها في العقد ولكن كان لا بد من تنفيذها باعتبارها تمثل ضرورة تصب في مصلحة الإدارة فينبغي على الإدارة دفع التعويض للمتعاقد عن هذه الأعمال، كذلك على الإدارة دفع التعويض المناسب للمتعاقد عند عدم تنفيذها لالتزاماتها التعاقدية على نحو يلحق به الضرر.[1]

الفرع الأول: حق المتعاقد في الحصول على المقابل المالي:

المقابل المالي هو المقابل المادي لما نفذ المتعاقد من أعمال أو توريدات لصالح جهة الإدارة المتعاقدة ، ويعد حق الحصول على المقابل المتفق عليه في العقود الإدارية من الحقوق الأولية والأساسية للمتعاقد مع الإدارة، فالمتعاقد يسعى إلى تحصيل الربح من خلال تعاقده مع الإدارة، ويتحقق ذلك عند استلامه للمقابل المالي بل تنفيذ لالتزاماته التعاقدية.

فالمقابل المالي يمثل هدف المتعاقد مع الإدارة، حيث يسعى إلى استلامه والحصول عليه لتحقيق الربح، والسعي وراء الربح يعد أمرا طبيعيا ومشروعا، ولا يمكن لشخص أو لجهة أيا كانت إنكاره على المتعاقد.

[1]– نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص: ٤٢٨

ولكن قد تكون بعض العقود الإدارية على عكس ذلك، حيث يلتزم المتعاقد مع الإدارة بتقديم مقابل نقدي كما هو شأن عقود تقديم المعاونة أو شراء أو استئجاره من الإدارة، إلا أن معظم العقود الإدارية الأخرى يستهدف المتعاقد من خلال إبرامها الحصول على مقابل نقدي من الإدارة.

ويتخذ المقابل النقدي صورا متعددة، فقد يكون مرتبا في حالة عقود التوظيف، وقد يكون ثمنا للبضائع الموردة أو لخدمة المطلوبة أو للأشغال التي قام المتعاقد بتنفيذها...[1]

. الثمن:

يتمثل المقابل المالي في معظم العقود الإدارية المعروفة بالثمن الذي يستلمه المتعاقد من الإدارة مقابل تنفيذه لالتزاماته التعاقدية، كما هو الشأن في عقود الأشغال العامة والتوريد والنقل [2].

ويمكن تعريف الثمن في العقد الإداري بأنه المقابل النقدي الذي يستحقه المتعاقد مع الإدارة لتغطية نفقات وتكاليف العلمية المتعاقد عليها بالإضافة على أرباحه المشروعة.

ويعتبر تحديد الثمن أمرا جوهريا ينبغي على كل من الإدارة والمتعاقد مراعاته بكل دقة تفاديا لأية منازعات قد تثور بشأنه مستقبلا.

. تحديد الثمن:

الأصل أن يتم تحديد الثمن في العقد باتفاق الإدارة والمتعاقد معها، فالمتعاقد مع الإدارة يهدف إلى تحقيق الربح، وتحديد الثمن في العقد يؤدي إلى تثبيت هذا الهدف وتحقيقه عند انجاز العملية موضوع العقد، والإدارة تهدف من خلال تحديد الثمن إلى تفادي المنازعات المستقبلية مع المتعاقد معها والذي يسعى دوما إلى الحصول على أكبر قدر ممكن من الثمن

[1]– د سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص: ٥٥٦

[2]– د سليمان الطماوي، المرجع نفسه ص: ٥٦١

وإذا كان المبدأ هو تحديد الثمن عند إبرام العقد، إلا قد يبرم العقد الإداري بدون تحديد دقيق للثمن، فيقضي معرفة الأسس التي يتم اعتمادها لتحديد الثمن وبالتالى ضمان حقوق ومصالح أطراف العقد الإداري.

لذلك سنتعرض لتحديد الثمن في العقد، وإلى تحديد الثمن في حالة عدم النص عليه في العقد

٠١. تحديد الثمن في العقد:

الوضع الغالب هو أن يقوم المتعاقدان بتحديد الثمن قبل البدء في تنفيذ العقد، وقد يكون ذلك ضمن وثائق ملحقة به وتشكل جزءا لا يتجزأ من العقد ومكملا لبنوده، وإن الشرط الخاص بتحديد الثمن يعتبر شرطا تعاقديا أصيلا (La clause Contractuelle)

وفي فرنسا فإن قانون العقود الإدارية الأكثر أهمية (Le code des marches publics)

الصادر عام ٢٠٠١ نص في بعض مواده على المبادئ التي يعتمد على أساسها الثمن في العقد، وهذا الثمن ممكن أن يكون ثابتا أي لا يتغير خلال مدة العقد، ويمكن أن يكون قابلا للمراجعة آخذا بعين الاعتبار التغيرات الاقتصادية وفق شروط محددة في القانون المذكور[١]

وقد أورد القضاء الإداري الفرنسي كيفية تنظيم مدرجات العقد الإداري حيث أوضح أن العقد يحب أن يكون ذا غرض محدد ومشروع هذا بالإضافة إلى وقت محدد، وإذا كان العقد بعوض يجب أن يحدد الثمن والعناصر الضرورية لتحديده، ولكي يكون العقد منظما وفق الأصول يتوجب على الأطراف المتعاقدة أن يتوافقوا على الثمن

وقد ميزت المادة ١٦من قانون (Marches publics) في فرنسا بين الثمن على أساس الوحدة يطبق على الكميات المسلمة أو المنفذة مثلا: ثمن الطن، أما الثمن الجزافي فهو الذي يطبق على كل أو جزء من الشيء المتعاقد عليه مهما تكن الكميات.

فطريقة تحديد الثمن تختلف وتأخذ صورا متعددة يمكن إجمالها على الشكل التالي:

[١]– د.نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص: ٤٣٤

. تحديد السعر الإجمالي لكامل العملية: ويتم في هذه الحالة الاتفاق على السعر الإجمالي لكامل الصفقة المتفق عليها ففي عقد الأشغال العامة مثلا يتحدد الثمن برقم محدد للعملية كلها، فيتضمن العقد الحجم الإجمالي للأعمال وإجمالي الثمن المستحق.

. تحديد السعر وفقا للأجزاء التي يتم تنفيذها: فقد يحدد الثمن وفقا لوحدات قياس معينة كالمتر المربع، أو الطن، أو الكيلو، أو قد يتم التحديد لكل نوع من الأعمال أو السلع أو الخدمات المطلوبة. ففي عقد الأشغال العامة مثلا يتحدد ثمن كل نوع من الأعمال التي يقوم عليها المشروع، وفي عقد التوريد يحدد ثمن مستقبل لكل صنف من السلع المطلوب توريدها.

. الإحالة إلى عنصر خارجي عن العقد: قد يحدد السعر في العقد بالإحالة إلى عنصر خارجي، كما في حالة الاتفاق على تحديد الثمن على أساس السعر الرائج في تاريخ محدد أو إلى متوسط الأسعار السابق التعامل بها في مناقصات سابقة خلال العام السابق أو خلال فترة محدد سابقا.[1]

. تحديد الثمن في حالة عدم النص عليه في العقد:

قد يغفل المتعاقدان عن تحديد الثمن في حالات معنية الأمر الذي يمكن أن يثير منازعات بينهما.

استنادا إلى القواعد العامة المعمول بها في القانون المدني الفرنسي في حال عدم وجود نص في العقد يتعلق بتحديد الثمن، فيمكن تحديده من قبل أحد أطراف العقد بشرط عدم ارتكاب أي تعسف أو إساءة استعمال.[2]

الفرع الثاني: حق المتعاقد مع الإدارة في أقضاء التعويض:

مما لا شك فيه أن العقد الإداري يولد التزامات عقدية على كل من طرفيه، سواء لجهة الإدارة أو المتعاقد معها، وإذا كانت الإدارة تستمد حقوقها والتزاماتها من فكرة النفع العام والمحافظة على سير المرافق العامة بانتظام وإضطراد تحقيقا للمصلحة العامة، فإن المتعاقد

[1] – د.سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص: ٤٨٦

[2] – د – نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص: ٤٤٠

يستمد حقوقه أساسا من العقد ذاته، وبالتالي يتعين على الإدارة الوفاء بالتزاماتها التعاقدية تحت طائلة التزامها بالتعويض في حال إخلالها بهذه الالتزامات.

إذن يحق للمتعاقد مع الإدارة مطالبتها بالتعويض عن الأضرار اللاحقة به نتيجة إخلالها بإلتزماتها التعاقدية، أو مساهمتها في الإخلال.، وهنا للقاضي سلطة تقدير الضرر ومدى تعويضه[1].

. التعويض على أساس الخطأ:

يجب على الإدارة عند تنفيذ العقد احترام كل ما يتضمنه من شروط وتعهدات قبلت الإدارة الالتزام بها، ومثال ذلك تسليمه المتعاقد معها المواد الأولية الأزمة التي التزمت بتسليمها وكذلك تسليمه مواقع العمل، كما تلتزم أيضا باستلام العمل موضوع العقد عند انجازه ما دام العمل موضوع العقد مطابقا للشروط والمواصفات المتفق عليها.

فالخطأ التعاقدي يتحقق عند عدم تنفيذ إحدى الموجبات التعاقدية من قبل احد أطراف العقد.

فإذا خالفت الإدارة التزاماتها التعاقدية، فإن المتعاقد مع الإدارة لا يجوز له أن يحاربها في ذلك ويمتنع هو عن تنفيذ التزاماته أيضا، بل عليه أن يتابع تنفيذ التزاماته التعاقدية، ويطالب بالتعويض عن الأضرار اللاحقة به جراء مخالفة الإدارة لالتزاماتها، وله أن يطلب فسخ العقد أيضا من القضاء المختص إذا برز له تلك خطورة مخالفة الإدارة.

وإن استعمال الإدارة للامتيازات التي تتمتع بها خلال تنفيذ العقد يلزمها بالتعويض على المتعاقد معها عند يلحق استعمال هذه السلطات ضررا بالتعاقد أو يرتب عليه أعباء إضافية كما هي الحال عند تعديل العقد أو إلغائه من قبل الإدارة، كما يترتب التعويض للمتعاقد إذا استعملت الإدارة سلطتها في تنزيل العقوبات بالمتعاقد دون وجه حق.

لهذا سنتعرض لأهم حالات مخالفة الإدارة لإلتزماتها التعاقدية، ومن ثم لشروط استحقاق التعويض.

[1]– أسامة بن علي السلطان، سلطة القاضي إزاء تنفيذ العقد الإداري، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة السعودية، ١٤٣٢هـ، ص: ٤٠

. أهم الحالات الخطأ التي توجب التعويض:

خلال تنفيذ العقد الإداري يتعين على أطراف العقد تنفيذ واجباتهما التعاقدية في المواعيد المحددة في العقد، إذ إن التأخير في تنفيذ الالتزامات التعاقدية يعني مخالفة شروط العقد، مما يرتب المسؤولية على الفريق المخالف، كذلك لا يجوز لأي من الفريقين الامتناع عن تنفيذ واجباته التعاقدية تحت طائلة تحميله المسؤولية هذا الامتناع، وقد تكون مخالفة الالتزامات التعاقدية مشتركة بين فريقي العقد، مما يستوجب توزيع المسؤولية عن الضرر وفقا لنسبة مخالفة كل طرف.

١ ٠. تأخر الإدارة في تنفيذ التزاماتها التعاقدية:

في كثير من الأحيان يكون الخطأ ذو طبيعة مالية، فالإدارة لا تدفع الثمن المتفق عليه في الوقت المحدد في العقد بذريعة عدم كفاية الأموال الموجودة. والمسؤولية التعاقدية للإدارة لعدم دفعها المقابل المالي للمتعاقد معها، عليها القضاء الفرنسي قواعد القانون المدني الفرنسي.

وعلى الإدارة في كل الحالات احترام المدة المحددة لتنفيذ كافة التزاماتها التعاقدية وفق منطوق العقد، وعادة ما يتضمن العقد النص على أن يكون التنفيذ خلال مدة معينة، سواء تنفيذ العقد في مجموعة، أو تنفيذ التزام معين من الالتزامات المقررة في العقد.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر تطبيقا لذلك بأن تراخي الجهة الإدارية في اتخاذ الإجراءات المنصوص عليها في العقد في الوقت المناسب ضمانا لحسن سير المرافق العام بانتظام وإضطراد، فإن هذا التراخي يعد خطأ تتحمل الجهة الإدارية تبعاته.[١]

وقد قرر مجلس الشورى اللبناني: "إن الإدارة تسأل بالتعويض على الملتزم عن الأضرار اللاحقة والناجمة عن فعلها أو خطئها خاصة أن فعلها من جراء التأخير في إنجاز معاملات لاستملاك أدى إلى تحميل الملتزم أعباء جديدة غير ملحوظة في المشروع، وبالتالى فإنه يقتضي ألزام الإدارة بأن تدفع للمتعهد مبلغ..."[٢]

[١]– د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص: ٥١٨

[٢]– د.نصري منصور نابلسي، المرجع نفسه، ص: ٥١٩

٠٢. امتناع الإدارة عن تنفيذ التزاماتها التعاقدية:

يرتب العقد الإداري على عاتق الإدارة التزامات عقدية أخصها تمكين المتعاقد معها من البدء في تنفيذ العمل ومن المضي في تنفيذه حتى يتم انجازه، فإذا لم توفي بهذا الالتزام فإن هذا يشكل من جانبها خطأ عقديا يخول المتعاقد معها الحق في مطالبتها بالتعويض عن الضرر الذي ينجم من جراء ذلك.[١]

ويجب على الإدارة بالإضافة إلى التزامها بتنفيذ بنود العقد، أن تتعاون مع الملتزم في التنفيذ بحسن نية، وأن لا تتخذ الإجراءات التي من شأنها تلحق الضرر بالمتعاقد.

٠٣ . الخطأ المشترك بين الإدارة والملتزم:

يمكن أن يكون الخطأ الذي إلى إلحاق الضرر بالمتعاقد مع الإدارة مشتركا بين المتعاقد والإدارة، في هذه الحالة تترتب المسؤولية عن التعويض بنسبة المساهمة في الخطأ للمتعاقد مع الإدارة أن يطالب الإدارة فقط بنسبة الأضرار الناتجة عن خطئه.

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأنه: "لما كان الطاعن قد ارتكب خطأ عقديا بإخلاله بما التزام به، وأن الخطأ الذي ارتكبته جهة الإدارة يفوق درجة خطأ الطاعن، وبإجراء المقاصة بين مستحقات الطرفين تكون الجهة الإدارية مدينة للطاعن بمبلغ... مما يتعين إلزامها بأدائه للطاعن." [٢]

. شروط استحقاق التعويض عند خطأ الإدارة:

يشترط للتعويض عن الضرر اللاحق بالمتعاقد أن يكون نتيجة للخطأ الصادر عن الإدارة كما أنه لا يجوز مبدئيا للمتعاقد مطالبة الإدارة بالتعويض عن الأضرار اللاحقة به نتيجة خطئها بعد أن يكون قد تنازل عن المطالبة بالتعويض، لذلك سنتطرق لشروط استحقاق التعويض للمتعاقد عند خطأ الإدارة كما يلي:

[١]– د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارية عن تصرفاتها قانونية القرارات والعقود الإدارية ، منشأة معارف ،مصر ،٢٠٠٧ ، ص: ١٨٩

[٢]– د.نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص: ٥٣٠

٠١ . وجود الضرر نتيجة خطأ الإدارة:

يشترط لإثارة مسؤولية الإدارة عن أعمالها التعاقدية بطريق الخطأ وجود ضرر معين يرتبط بعلاقة سببية بالخطأ الذي ترتكبه الإدارة، ويفترض بهذا الضرر الذي يبرر التعويض أن يكون شخصيا ومباشرا وأكيدا بالنسبة للمتعاقدين معها، ويساهم في الحاق الغبن أو الخسارة المادية بالمتضرر [١]

. لذلك لا بد من توفر الخطأ والضرر مع توفر الرابطة السببية بينهما:

فالخطأ التعاقدي هو إهمال ينتج عنه عدم قدرة المدين على تأدية مهمته التعاقدية، وهذا الإهمال يسبب أضرارا تقاس بحسب خطورتها على تنفيذ العقد.[٢]

يعد التعويض الجزاء الأصيل اللاحق بالإدارة لإخلالها بالتزاماتها التعاقدية، ولكن لا يمكن الحكم بالتعويض لمجرد إخلال الإدارة بالتزاماتها التعاقدية بل يجب أن يتوفر عنصر الضرر اللاحق بالمتعاقد، والضرر الموجب للتعويض يجب أن يكون محققا، ومؤكدا، ومرتبطا مباشرة بالخطأ التعاقدي أما الرابطة السببية بين الخطأ التعاقدي والضرر يجب أن تتوفر للحكم بالتعويض في القانون المدني كما في القانون الإداري، ونعني بالرابطة السببية أن الضرر الحاصل هو نتيجة مباشرة للخطأ الذي ارتكبه احد المتعاقدين.

ويقتضي لقيام المسؤولية الإدارة توافر أركانها الثلاث، وهي الخطأ متمثلا في امتناع الإدارة عن الوفاء بالتزام تعاقدي أو تأخيرها في ذلك، والضرر الذي يصيب المتعاقد وعلاقة السببية التي تربط بين خطأ الإدارة والضرر الذي أصاب المتعاقد معها بحيث لولا هذا الخطأ لما حدث الضرر.

٠٢. عدم التنازل عن المطالبة بالتعويض:

يشترط لاستحقاق التعويض عدم التنازل عن المطالبة به، لأنه ومن حيث المبدأ . في حال التنازل عن المطالبة بالتعويض لا يحوز المطالبة به بعد ذلك وفقا للمبادئ القانونية

[١]– د. نصري منصور النابلسي، المرجع نفسه، ص: ٥٣٣

[٢]– د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السابق، ص: ٨٨

العامة، فللمتعاقدين تنظيم العقود وفقا لإرادتهم طبقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، مع عدم مخالفة القواعد القانونية الآمرة المتعلقة بالنظام العام.

وقد قرر مجلس شورى الدولة اللبناني في الخصوص: "إن البند الوارد في العقد والذي نص على فقدان الحق في المطالبة بأية حقوق في حال عدم الاعتراض على قيمة الحوالات، لا يمكن وصفه بالبند التعسفي وإن كان يمكن اعتبارها بندا خارقا وغير مألوف، لأنه لا يتبن من خلاله أن احد الأطراف . الدولة . أراد فرض إرادته بصورة تعسفية على الفريق الآخر تحقيقا لمنفعة ذاتية غير مألوفة أو غير مشروعة منتفعا من حقوق هذا الأخير بصورة تسلطية كما أنه لا يمكن استدلال أي وجه من وجوه الإكراه سواء في توقيع العقد أو في تنفيذه".[1]

ولكن على الرغم من الحرية التعاقدية وإمكانية إعفاء الإدارة من التعويض عن الخطأ الذي يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمتعاقد معها نتيجة تنازل هذا الأخير عن المطالبة بالعطل والضرر إلا أن القضاء الإداري في فرنسا استثنى الخطأ الجسيم للإدارة حيث ألزم الإدارة بالتعويض عن الأضرار الناتجة عنه على الرغم من التنازل المسبق من المتعاقد معها عن المطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن خطأ الإدارة.

[1]– د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص: ٥٤٢

الفصل الثاني :

حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد

الفصل الثاني : حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري

يلعب العقد الإداري دورا هاما في تسيير النشاط الإداري، فمن خلاله تتمكن الجهة الإدارية من إنشاء وتسيير وصيانة المرافق العامة على النحو الذي يحقق الصالح العام حيث يتم إبرام العقد الإداري بتوافق إرادتي طرفي التعاقد على إحداث آثار قانونية معينة ولئن كان المتعاقد مع الإدارة يستهدف بصفة أساسية تحقيق الربح، إلا انه من جانب آخر قد يتعرض أثناء تنفيذ العقد لتدخل الجهة الإدارية التي تملك سلطة تعديل التزاماته بالزيادة أو بالنقصان ولو لم يتضمن العقد نصا بذلك، باعتبار إن تلك السلطة من مقتضيات الصالح العام، وهو ما قد يؤدي إلى المساس بطريقة غير مباشرة بالحقوق المتعاقد مع الإدارة لا يستمدها من نصوص في العقد، وإنما هي مقررة بغير نصوص متفق عليها وهي كذلك حقوق غير معروفة في مجال عقود القانون الخاص.

وأهم هذه الحقوق، حق المتعاقد مع الإدارة في طلب إعادة التوازن المالي للعقد، وبيان ذلك أنه حين يتعاقد المتعاقد مع الإدارة يضع في حسبانه مقدار ما سيكلفه، وما سيعود عليه من ربح، متخذا من الأسعار والظروف الاقتصادية السائدة وقت التعاقد أساسا لتقديراته، فإذا ما وقع أن تغيرت الأسعار والظروف الاقتصادية، نتيجة عمل إداري أو سيادي، أو بفعل ظروف طبيعية أو غير ذلك، يترتب على ذلك تغيير أساس حسابات المتعاقد، ويتعرض لخسائر قد تكون فادحة، هنا يكون للمتعاقد أن يطلب من الإدارة تعديل شروط العقد المالية ومد يد العون له، وارتكاز إلى تحقيق العدالة، وليعود التوازن المالي إلى العقد، ليتمكن المتعاقد من الاستمرار في تنفيذ العقد.

وتلتزم الإدارة بإعادة هذا التوازن، لا تحقيقا لمصلحة خاصة المتعاقد، وإنما تحقيقا لقواعد العدالة، التي تقرر أن الغنم بالغرم، حفاظا على الصالح العام[1]، الذي سوف يصاب بضرر نتيجة لتوقف المتعاقد عن العمل أو عدم انتظامه، أو لتأخير التنفيذ أو غير ذلك مما يترتب

[1]–بوعمران عادل ، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية ، دار الهدى ، الجزائر، ٢٠١٠ ،ص:١١٨

على ما أصاب المتعاقد من أضرار مادية مالية، وتنظيم حقوق المتعاقد مع الإدارة في طلب إعادة التوازن المالي للعقد

المبحث الأول: نظرية فعل الأمير

لقد سبق أن تعرضنا خلال بحثنا هذا في سلطات الإدارة المتعاقدة في حق المتعاقد بالتعويض عند اتجاه الإدارة إلى تعديل العقد مما يزيد الأعباء على المتعاقد ويؤدي إلى المساس بالتوازن المالي للعقد.

وللمتعاقد أيضا الحق بالتعويض لإعادة التوازن المالي للعقد عندما تتخذ الإدارة بصفتها سلطة عامة إجراءات من شانها أن تسيء إلى مركز المتعاقد معها وتزيد أعباءه المالية في تنفيذ التزاماته استنادا لنظرية فعل الأمير.

ونظرية فعل الأمير تصرفات أو إجراءات تصدر عن جهة الإدارة المتعاقدة، ويترتب عليها أن يصبح تنفيذ العقد أكثر صعوبة أو أكثر تكلفة، أو تؤدي إلى تضخم أعبائه وزيادة التزاماته المترتبة عليه بموجب العقد.[1]

وتعد نظرية فعل الأمير من أقدم النظريات التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي في مجال العقود الإدارية لتعويض المتعاقد مع الإدارة تعويضا كاملا عن الإضرار التي إصابته من جراء إصدارها لبعض الإجراءات الإدارية وفقا لشروط محددة.

وقد سار على نهجه مجلس الدولة المصري منذ إنشاءه عام ١٩٤٦ باعتبارها من الأحكام الرئيسة التي تقوم عليها فكرة العقد الإداري، وطبقها على المنازعات التي ثارت بصدد تنفيذ العقود الإدارية[2].

وعليه سنتعرض لنظرية فعل الأمير وأثارها على التوازن المالي للعقد الإداري كما يلي:

المطلب الأول: ماهية فعل الأمير

[1]– محمد بوراس الشافعي ،المرجع السابق، ص: ١٠٥

[2]– د– محمد مقبل العندلي، المرجع السابق، ص: ٧٢

المطلب الثاني: شروط تطبيق نظرية فعل الأمير

المطلب الثالث: آثار تطبيق نظرية فعل الأمير

المطلب الأول: ماهية نظرية الأمير

تأخذ الإجراءات الصادرة عن الإدارة والتي تندرج في إطار فعل الأمير صورا مختلفة فقد يأخذ فعل الأمير صورة إجراء فردي خاص، وقد يتخذ شكل إجراء عام، لذلك لا بد من التعرض لتعريفها، وصورها في الفروع التالية:

الفرع الأول: تعريف نظرية فعل الأمير

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

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

ولقد توسع "محمد رفعت عبد الوهاب" في تعريف نظرية فعل الأمير في موضع آخر حيث عرفها بأنها عبارة عن تحديد الإجراء وأثره وحدود هذه النظرية كإجراء صادر عن سلطة العامة أو أي جهة أو هيئة إدارية أخرى، حيث عرف نظرية فعل الأمير: "بأنها هي أعمال و إجراءات السلطات العامة في الدولة التي يكون من شأنها زيادة الأعباء المتعاقد عليها في تنفيذه لالتزاماته التعاقدية وبالتالي اقتصر القضاء الإداري في رأي الفقهي على

[1] – بوشارب الزهرة، نظرية فعل الأمير وأثارها في المادة الإدارية، ميدان الحقوق والعلوم الإنسانية ، شعبة الحقوق، التخصيص: قانون إداري، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، ص: ٨

[2] – د – نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص٦٩٧

إجراءات والأعمال الصادرة عن جهة أو سلطة أخرى غير الجهة الإدارية فقط وليس الإجراءات والأعمال الصادرة عن جهة أو سلطة أخرى غير الجهة المتعاقدة.[1]

أي انه قد تصدر هذه الإجراءات من الهيئة الإدارية المتعاقدة أو من الهيئة إدارية أخرى، وقد تتخذ شكل قرار فردي أو شكل قاعدة قانونية عامة تؤثر على العقد تأثير مباشر أو غير مباشر كأن تعدل الإدارة المتعاقدة أحد شروط العقد القابلة للتعديل أي المتصلة بالمرفق العام أو تصدر عن تشريعات جديدة تزيد من أعباء رسوم الجمركية على مهمات أو مواد أولية يحتاج إليها المتعاقد مع الإدارة، أو ترفع الحد الأدنى لأجور العمال أو تحديد إعانات غلا معيشة لهم أو تنقص عدد ساعات تشغلهم إلى غير ذلك.

قد أقر المشرع الجزائري هذه النظرية وتبني العمل بها حيث جاء في نص المادة ١١٥(معدلة) من قانون الصفقات العمومية الذي تحدث عن أساس القانوني لتطبيق نظرية فعل الأمير، الذي جاء مستدل بها في مجال الصفقات العمومية وهو القسم الكبير الذي شهد به الفقهاء خاصة المشرع الجزائري "تسوي النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل غير انه يجب على المصلحة المتعاقدة، دون المساس بتطبيق هذه الأحكام، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما يسمح هذا الحل بما يأتي: إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل الطرفين [2]

ولقد عرف الأستاذ "محمد صغير بعلي "نظرية فعل الأمير بأنها: التصرف أو العمل الصادر عن الإدارة المتعاقدة لدى ممارستها لأعمال السلطة التي تتمتع بها من خلال ممارستها لمهامها والتي تؤدي . عرضا . إلى إرهاق المتعامل معها بصورة جدية "مخاطرة إدارية "، الأمر الذي يقتضي دعمه ماليا وتعويضه حتى يتمكن من الاستمرار في تنفيذ الصفقة، تحقيقا للمصلحة العامة من خلال مواصلة تقديم الخدمات العامة للجمهور في شتى المجالات (الصحة، النقل، التعليم...) تبعا لموضوع ومحل العقد الإداري [3]

[1]– د – محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان٢٠٠٥، ص: ٥٤٣–٥٤٤

[2]– المادة ١١٥ من المرسوم الرئاسي رقم ٢٣٦/١٠المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المؤرخ في ٢٠١٠

[3]– د– محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، جامعة عنابة، ص: ٨٩

الفرع الثاني: صور نظرية فعل الأمير

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

أولا: فعل الأمير في صورة إجراء فردي خاص

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

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

للإدارة حق تعديل العقد، فلها حق التدخل المباشر بقرارات صادرة منها في تعديل التزامات المتعاقد معها بالزيادة والنقصان، وإذا أدى هذا التعديل إلى إلحاق الضرر بالمتعاقد فيكون له الحق بضمان التوازن المالي وذلك بتعويضه عن الضرر في إطار نظرية فعل الأمير والتعويض استنادا إلى نظرية فعل الأمير في هذه الحالة بسبب التأثير المباشر على نصوص العقد بالتعديل، مما يؤدي إلى تحميل المتعاقد مع الإدارة تكاليف وأعباء إضافية لم تكن في حسبا وقت إبرام العقد، وليس أمام المتعاقد مع الإدارة إلا المطالبة بالتوازن المالي للعقد، عن طريق تعويض نتيجة هذا التعديل [١]

[١]– د– نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص: ٧٠١

٠٢ . الإجراء الذي يؤثر على ظروف تنفيذ العقد:

قد يكون الإجراء الفردي الذي تقوم به الإدارة غير مؤثر بشكل مباشر على شروط العقد، إلا إنه قد ينتج عنه تغيير في ظروف تنفيذ العقد على نحو يكون من شأنه تحميل المتعاقد أعباء إضافية لم تكن متوقعة عند إبرام العقد، ويدخل في طائفة الإجراءات الآتية:

. الإجراءات التي تتخذها الجهة الإدارية المتعاقدة بوصفها سلطة ضبط إداري، كالأمر الصادر إلى الشركة المتعاقدة بنقل أسلاك الكهرباء إلى مكان آخر لدواعي الحفاظ على سلامة المواطنين.

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

. قيام الجهة الإدارية المتعاقدة بأشغال عامة يكون من أثرها الحيلولة بين المتعاقد وتنفيذ إلتزاماته التعاقدية[١]

. القرارات التي تصدر من جهة الإدارة المتعاقدة إلى المتعاقد معها بمقتضي سلطتها في الرقابة التوجيه، ولكنها تحمل المتعاقد أعباء جديدة.[٢]

ثانيا: عمل الأمير في صورة إجراء عام

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

٠٢. الإجراء العام الذي يؤدي تعديل شروط العقد:

إذا أدى التشريع أو اللائحة إلى التعديل بشكل مباشر في العقد أو في شروطه أو بإنهاء العقد قبل المدة المتفق عليها فإنه يمكن تطبيق نظرية فعل الأمير متى توافرت

[١]– د. هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط الأولى ، سنة ٢٠١٥، ص: ٦٨

[٢]– د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، جامعة عين شمس، ط الخامسة، سنة ١٩٩١، ص: ٦٣٢

شروطها، ومن ثم يمكن للمتعاقد مع الجهة الإدارية الحصول على تعويض جابر للأضرار التي لحقت به من جراء ذلك التشريع.

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

٠٢. الإجراء العام يعدل في ظروف التنفيذ الخارجية:

والفرض في هذه الحالة ألا يمس الإجراء العام، شرطا من شروط العقد، بل يقتصر أثره على التأثير في ظروف التنفيذ الخارجية بما يجعل التنفيذ أكثر مشقة على المتعاقد

ومن أمثلة ذلك التشريعات الضريبية أو الجمركية، والتشريعات الاجتماعية أو العمالية التي تفرض التزامات جديدة ولوائح الضبط الإداري، والرسوم التي تفرضها الهيئات المحلية...

وهنا يلاحظ الفقهاء أن الأصل في قضاء مجلس الدولة الفرنسي ألا يعوض عن الأضرار التي يتحملها المتعاقد في هذه الصورة ألا في أضيق الحدود، بحيث يمكن القول أن القاعدة هي رفض التعويض، والاستثناء هو الحكم به [2].

وقد حدد القضاء في التعويض على أساس نظرية عمل الأمير حالات الرفض وحالات القبول (الاستثنائية) كما يلي:

- حالات التي رفض فيها التعويض:

وتجري الصيغة التقليدية لمجلس الدولة الفرنسي في هذا الخصوص على النحو التالي: "حيث أن نصوص القانون (أو اللائحة) ذات الطابع العام، وأن الذي نال المتعاقد من جرائم إنما تحمله في ذات الظروف الخاصة بسائر المواطنين، ومن ثم فإنه لا يستحق عنها تعويضا إلا أدت إلى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب...."[3]

[1]- د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص: ٧٠

[2]- د.سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص: ٦٤١

[3]- د. سليمان محمد الطماوي، المرجع نفسه ، ص: ٦٤٢

لقد اختلف الفقهاء في تحديد مدلول هذه العبارة. فهل هذا الاختلاف يؤدي إلى استبعاد تطبيق نظرية عمل الأمير ؟ولقد انتهى الدكتور "ثروت بدوي " والأستاذ "دي لوبادير " فكلاهما يؤيد مجلس الدولة الفرنسي في رفض التعويض في حالتين إذا ثبت المتعاقد أنه أصاب بضرر خاص وكذا إحالة نظرية الطارئة (...أدت إلى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب)، إلا أن هذا الأخير قد أحدث تعارضا آخر من قبل الفقهاء يكون بتطبيق النظرية مهما كانت جسامة هذا الضرر ولا تطبق هذه النظرية إلا إذا قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب، ولقد حدد مجلس الدولة الفرنسي حالات التي لا تطبق في عمل الأمير (مجال الضرائب والرسوم، ومجال الإجراءات الاجتماعية، مجال التنظيمات الاقتصادية والمالية).

= الحالات الاستثنائية التي قبل فيها المجلس التعويض:

وهناك حالتان لا تثيران صعوبة التعويض: وهما حالة النص على التعويض في القانون (أو الإجراء العام)أو العقد وحينئذ يطبق المجلس هذه النصوص باعتبارها تعبيرا عن إرادة المشرع أو المتعاقدين.

كما أن حق المتعاقد في العقد الإداري في التعويض العادل عن الأضرار التي تلحق بمركزه التعاقدي أو تقلب ظروف العقد المالية بسبب ممارسة جهة الإدارة سلطتها في تعديل العقد وتحريره بما يتلاءم والصالح العام ينصرف أثره ويقوم مقتضياته حيث تمارس جهة الإدارة من جانبها وحدها وبإرادتها المنفردة تعديل العقد أثناء تنفيذه.

. تعديل العقد بعد إبرامه بإرادة مشتركة سوية لطرفيه معا لا يترتب لأي منهما الحق في التعويض إلا بقدر ما يثمر اتفاقهما المشترك . كما أن إعفاء المتعاقد مع الإدارة من تنفيذ بعض التزاماته ومباشرة جهة الإدارة تنفيذها بنفسها في إطار (من حقها المقرر في التنفيذ المباشر بعد أن ثبت تعثره في هذا التنفيذ وتقاعسه عن النهوض بمقتضياته) لا يستوي مسوغا لتعويضه عن هذا الإعفاء وقد يستقيم وجهه لمساءلته عن إخلاله بالتزامه وترتيب مسؤوليته من قبل جهة الإدارة عن هذا الخطأ التعاقدي . أساس ذلك . تطبيق[1]

[1]– بوشارب الزهرة، المرجع السابق، ص: ١٨و١٩

المطلب الثاني: شروط تطبيق نظرية فعل الأمير

يتطلب قيام نظرية فعل الأمير تطبيقها، توفر مجموعة من الشروط، وضعها القضاء الإداري، وبالتالي يمكننا حصر شروط تطبيق نظرية فعل الأمير في الفروع التالية:

الفرع الأول: وجود عقد إداري وضرر للمتعاقد

الفرع الثاني: عدم توقع الفعل المتعاقد

الفرع الثالث: إصدار الإجراء من الإدارة المتعاقدة وعدم خطئها.

الفرع الأول: وجود عقد إداري وضرر للمتعاقد

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

أولا وجود عقد إداري:

يشترط لتطبيق نظرية عمل الأمير إن يوجد بين الإدارة والمتعاقد عقدا إداري وفقا للمعايير المتفق عليها فقها وقضاء، ويعد هذا الشرط أمرا بديهيا لأننا بصدد تطبيق نظرية تتميز بطابعها خاص، ويقتصر تطبيقها على عقودي القانون العام، ومن ثم فلا مجال لتطبيق نظرية عمل الأمير على عقود الإدارة المدنية والتي تتخلى فيها الجهة الإدارية عن مظاهر السلطة العامة وتبرم تلك العقود في ضوء قواعد القانون الخاص، كما لا تطبق على الإجراءات الإدارية التي تصدرها بعض السلطات الإدارية و التي قد تؤثر على الإفراد أو بعض منهم دون وجود رابطة عقدية بينهم و بين الجهة الإدارية التي أصدرت تلك الإجراءات.[1]

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

[1] – د. هيثم حليم غازي ، المرجع السابق، ص ٧٥

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

أما إذا كان فعل الأمير غير مشروع (قرارات غير مشروعة)، من حيث مخالفته للتشريع أو إخلاله بالالتزامات التعاقدية، فإن الأمر يقتضي إعمال نظريات وقواعد أخرى لترتيب المسؤولية على أساس الخطأ.[1]

ثانيا: وجود ضرر للمتعاقد:

يحب أن يكون الإجراء الذي أصدرته السلطة الإدارية المتعاقدة (فعل الأمير) قد سبب ضررا فعليا للمتعاقد معها. ولا يشترط جسامة معنية لهذا الضرر سواء أكان هذا الضرر جسيما أو يسيرا أو فعليا أو هذا الضرر نقص في الأرباح أدى إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد الإداري[2]. ويشترط في هذا الضرر شروط معينة حتى يتم التعويض عنه، حيث يرى بعض الفقهاء في تحديدهم أساس مطالبة التعويض في تجسيد الضرر وعلاقته بهذا الإجراء بأن المسؤولية في هذه العلاقة التعاقدية علاقة (مسؤولية على أساس المخاطر) فعلي المتعاقد الإدارة أن يتجنب هذا الضرر وبالتالي في مقابل يرى الفقيه لو أن المسؤولية كانت تعاقدية لكفى أن يثبت المتعاقد مع الإدارة أنها أخلت بأحد التزاماتها حتى تقدر حقه في التعويض، ولكن مادامت مسؤولية الإدارة هنا لا تؤسس على الخطأ، إنما الإجراءات التي تتخذها بهذا الصدد نتيجة لممارسة سلطتها في التعديل، وفي إصدار قرارات تنظيمية عامة قد تؤثر في العقد وهي في كلا الحالتين سلطة مشروعة، فينبغي حتى يتقرر حق المتعاقد مع الإدارة في التعويض أن يثبت أنه لحق به ضرر.

وعلى أساس هذه الآراء السابقة الذكر للفقهاء، يمكن القول بوجود شروطا للتعويض وهي كتالي:

[1]–د. محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص: ٩٠

[2]–د. محمد مقبل العندلي، المرجع السابق، ص: ٨٧

١. أن يكون الضرر من الفعل الضار

٢. أن يكون الضرر خسارة أن يؤدي إلى إنزال خسارة واضحة

٣. أن يكون الضرر محددا ومباشرا [١].

أي انه يجب أن يكون إجراءات السلطة العامة المتعاقدة الضارة بالمتعاقد تزيد عن أعباء أو تكاليفه العدية طبقا لشروط العقد، ولكن يكفي أن يتحقق من الإجراء أي الضرر بالمتعاقد

إلى حد انقطاع خطير في التوازن المالي فالعقد يهدده بالانهيار المالي أو بالتوقف عن التنفيذ كما هو الحال في تطبيق نظرية الطارئة [٢].

الفرع الثاني: عدم توقع الفعل للمتعاقد

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

ومعيار عدم التوقع هو معيار موضوعي وفقا الرجل العادي في ذات الظروف فلا يكون في مقدور الشخص العادي أن يتوقع الظرف الجديد لو وجد في ذات ظروف المتعاقد، وبصرف النظر عن توقع المتعاقد ذاته وما وقر في ذهنه من توقع بمعياره الشخصي، ويقع على قاضي الموضوع أن يتبن مدى قيام المتعاقد ببذل الجهد الذي يبذله الرجل العادي الحريص . في ذات المجال . في توقع مثل هذه الظروف، فإذا كان بإمكانه توقع صدور الإجراء إلا إنه لم يبذل الجهد الكافي و اللازم لذلك ينتفي مناط تطبيق النظرية.[٣]

[١] – بوشارب الزهرة، المرجع السابق، ص: ٢٢

[٢]– بوشارب الزهرة، المرجع نفسه، ص: ٢٤

[٣]– د. هيثم حليم غاري، المرجع السابق، ٨٣

وقد حكمت محكمة القضاء الإداري بأن شرط عدم التوقع مطلق في معنى المفاجأة يقتضي استبعاد كل احتمال لتحقيق الواقعة. لكنه إذ يقوم على التقدير فهو مسألة نفسية يختلف تقديرها من شخص لآخر، والمعيار في تقديره هو عناية الرجل المعتاد في الظروف والملابسات القائمة وعلى ضوئها.[1]

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

الفرع الثالث: إصدار الإجراء من الإدارة المتعاقدة وعدم خطئها:

أولا: بالنسبة لصدور الإجراء من طرف الإدارة المتعاقدة

يشترط لإعمال نظرية عمل الأمير أن يكون العمل أو التصرف صادرا من ذات الجهة الإدارية التي أبرمت العقد الإداري وليس من جهة أخرى

لقد كان الاتجاه القديم لمجلس الدولة الفرنسي يقضي بإجازة التعويض على أساس نظرية عمل الأمير دون التفرقة بين العمل أو التصرف الصادر عن جهة الإدارة المتعاقدة ذاتها أو التصرف الصادر من جهة الإدارة غير المتعاقدة.

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي أصبح يشترط أن يكون العمل أو التصرف صادرا من الجهة الإدارية التي أبرمت العقد منذ حكمه الصادر في ٤مارس عام ١٩٤٩في قضية vill de Toulon [2]

وكذلك فإن محكمة القضاء الإداري في مصر اشترطت صدور الإجراء الذي أضر بالمتعاقد مع الإدارة المتعاقدة نفسها لتطبيق نظرية فعل الأمير فقد قضت أنه: "ومن حيث إنه يشترط لتعويض المدعيين أعمالا لنظرية عمل الأمير أن يترتب الضرر الذي يكون قد أضر بهما، إن كان ثمة ضرر قد لحقهما نتيجة تنفيذ عقد التوريد محل هذه المنازعة على إجراء تكون جهة الإدارة المتعاقدة قد اتخذته من جانبها، سواء كان ذلك في نطاق العقد

[1]–د. مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص٢٤٦

[2]– د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص: ٧٦.

وعلى سبيل استعمالها حقها في التعديل بهدف حسن سير المرفق وتنظيمه أو كان خارج نطاق العقد، إذ إن ذلك لا ينطبق على حالة المدعيين، إذ إن رفع سعر الأرز الذي يدخل ضمن الموارد الموردة لم يكن بقرار صدر من جهة الإدارة المتعاقدة، ومن ثم لا تطبق نظرية عمل الأمير المذكورة على المنازعة المعروضة، وبذلك لا يحق للمدعيين المطالبة بتعويضهما عن هذا الارتفاع على أساس النظرية.[1]

ثانيا: افتراض أن الإدارة لم تخطئ اتخذت عملها الضار:

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

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

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

المطلب الثالث: أثار نظرية فعل الأمير

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

[1]– د.نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص٧١٧

[2]د– ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص: ١٨٦

ولئن كان الأثر الرئيسي المترتب على التسليم بنظرية عمل الأمير، هو منح المتعاقد الذي لحقه ضرر من جراء الفعل الصادر عن السلطات العامة، تعويضا كاملا، إلا أنه يوجد إلى جانب ذلك، آثار فرعية أخرى هي التالية:

. إعفاء المتعاقد من الالتزام بالتنفيذ إذا ترتب على الأمير استحالة التنفيذ، كصدور تشريع يحظر استيراد سلعة معنية لا يمكن الحصول عليها إلا بالاستيراد من الخارج.

. يحق للمتعاقد المطالبة بفسخ العقد إذا لم يكن بالإمكان متابعة التنفيذ، كما في حال زيادة أعباء التنفيذ بدرجة كبيرة تفوق إمكانيات المتعاقد المالية والفنية.

. في عقد الالتزام يحق للملتزم المطالبة بعدم توقيع غرامات مالية عن التأخير في التنفيذ، إذا ما أثبت أن فعل الأمير قد سبب له التأخير في التنفيذ.

وللمتعاقد أن يجمع بين بعض الآثار السابقة إذا تعددت الأسباب، كأن يحصل بين التعويض الكامل والفسخ أو يجمع بين التعويض الكامل وعدم توقيع غرامات تأخير...[1]

وبما أن النتيجة الأساسية لفعل الأمير هو التعويض الكامل على المتعاقد مع الإدارة، فلا بد من بحث على الأساس القانوني للتعويض، وكيفية التعويض وتحديد هذا التعويض في الفروع التالية:

الفرع الأول: الأساس القانوني للتعويض.

تتراوح فكرة التعويض على المتعاقد مع الإدارة في حالة فعل الأمير بين اتجاهين استند إليهما الفقه لتبرير التعويض.

١.٠ الأساس الأول: وهنا يرجع أساس التعويض إلى فكرة التوازن المالي العقد، وعلى أساس هذا الرأي، يتعين على الإدارة أن تعيد التوازن المالي للعقد كلما اختل التوازن نتيجة

فعل الإدارة.[2]

[1]– د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص: ٧٢٠

[2]–د.سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص: ٧٢٧

٢ .٠ الأساس الثاني: يقوم على أساس المسؤولية التعاقدية إذ أصبح الإدارة مسؤولية بالتعويض على المتعاقد معها نتيجة عملها الضار.

وقد لاحظ البعض، صحة كل من الاتجاهين وأن أحدهما يكمل الآخر، فالمسؤولية عن عمل الأمير هي مسؤولية تعاقدية ترتكز على أساس التوازن المالي للعقد، بمراعاة أن المسؤولية في ذا الصدد هي مسؤولية تعاقدية.

ولعل هذا ما يفسر الشرط الذي تبناه مجلس الدولة الفرنسي من ضرورة صدور الفعل محل التعويض عن جهة الإدارة المتعاقدة، بينما رفض المجلس التعويض على أساس النظرية نفسها إذا ما كان عمل الأمير صادرا بفعل سلطة عامة أخرى خلاف جهة الإدارة المتعاقدة وهذا ما يميز بين فعل الأمير ونظرتي الصعوبات المادية غير المتوقعة والظروف الطارئة.[١]

فمسؤولية الإدارة في هذه الحالة هي مسؤولية تعاقدية بلا خطأ لان عمل الأمير يفترض أن الإدارة لم تخطئ في إعمال سلطتها تصرفت، وإلا قامت المسؤولية على أساس آخر، وتصبح المسؤولية عن الأمير وهو التوازن المالي للعقد، كما أن أساس تعويض عن نظرية فعل الأمير يكمن في أساس التوازن المالي للعقد، بدليل أن الإدارة هي طرف في العقد وسلطتها تكمن في تعديل العقد بهدف أساسه المصلحة العامة ولا يؤدي إلى إخلال التوازن المالي للعقد، وأن التوازن المالي للعقد أمر مفترض على أساس نية الطرفين.[٢]

لذلك فإن فكرة المسؤولية التعاقدية بدون خطأ تشكل أداة فنية للتعويض على المتعاقد، وفكرة إعادة التوازن المالي للعقد يشكل أيضا التبرير لإقرار التعويض بدون خطأ من الإدارة.[٣]

---

[١]–د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص: ٧٢١

[٢]– بوشارب الزهرة ، المرجع السابق، ص٥١

[٣]–د. نصري منصور نابلسي، المرجع نفسه، ص٧٢٢

الفرع الثاني: تقدير التعويض

إن فعل الأمير هو بمثابة خطر يجعل تنفيذ العقد أكثر صعوبة وكلفة، ويجبر فاعله على إصلاح الضرر الذي تسبب به الضحية، أي يجبر الإدارة بالتعويض على المتعاقد لإعادة التوازن المالي للعقد الإداري.

ويتعين على الإدارة أن تعويض المتعاقد تعويضا كاملا، ويشمل التعويض الكامل ما لحق المتعاقد من خسارة نتيجة المبالغ التي تكبدها بسبب فعل الأمير، وما فاته من ربح أي كان المتعاقد سيكسبها لو لم يختل التوازن المالي للعقد بسبب فعل الأمير.

وقد اعتمدت محكمة القضاء الإداري في مصر على نفس القاعدة في التعويض حيث قضت أنه: "...والمحكمة إنما تقدر هذا التعويض طبقا للقواعد المقررة في القانون الإداري في الشأن وهو يشمل عنصرين.

فلقد بين هذا الأخير بأن أساس تحديد التعويض أنه إدا لم يتفق مقدار التعويض غير متفق فالسلطة التقديرية في تقديره للقضاء بحجة عدم التوقع يكون خارج العقد وثانيا غير متفق عليه وبهذا يكون التعويض يشمل عنصرين التاليين:

١ ٠. ما لحق المتعاقد مع الإدارة من خسارة:

ويتضمن هذا العنصر المصروفات الفعلية التي أنفقها المتعاقد، وهذه المصروفات تختلف باختلاف الأحوال وطبيعة التعديل ونتائجه مثال ذلك ما طلبت الإدارة سرعة إنجاز الأعمال فإن ذلك يؤدي إلى زيادة التكليف على المتعاقد بدفع أثمان مرتفعة أو زيادة في أجور أيدي العاملة كما أنه من الجائز أن يترتب على تعديل العقد أثناء تنفيذه خسائر متنوعة وفي هذه الحالة يجب تقدير هذه الخسائر مادامت علاقة سببية قائمة بينها وبين الإجراء التي طلبت جهة الإدارة من المتعاقد اتخاذه.[١]

بالإضافة إلى أن تعويض المتعاقد عما لحقه من خسارة نتيجة إنهاء عقده، وهذا العنصر الأول من عناصر التعويض لا محل للمنازعة فيه، ولا ترد عليه أية استثناءات أو

[١]– بوشارب الزهرة، المرجع السابق، ص: ٥٢

قيود، بشرط أن تكون رابطة السببية المباشرة ثابتة بطبيعة الحال بين إنهاء العقد والخسارة التي لحقت بالمتعاقد، ومن المعروف أن القاضي الإداري يرفض تعويض المتعاقد عن الأضرار الغير منسوبة مباشرة إلى فترة تنفيذ العقد.[1]

٠٢ . ما فات المتعاقد من كسب:

وذلك باعتبار بأن من حق المتعاقد مع الإدارة في أن يعوض عن ربحه الحلال من عمله ورأس ماله.

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

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

٠٣. تحديد التعويض

حيث يتم تحديد التعويض وفق حالتين:

. تحديد التعويض في العقد:

من المعروف أن التعويض الكلي ليس من النظام العام فكثيرا ما يتفق الطرفان على غيره، وحينئذ يجب تطبيق العقد، أذا كان ينص على عدم التعويض ثم زادت الأعباء الجديدة

[1] د– مفتاح خليفة عبد الحميد، جمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص: ٢٣٠

[2] – د.نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص: ٧٢٤

عن تقديرات الطرفين وفت العقد، فإنه يكون للمتعاقد مع الإدارة حق طلب تعويض عن الأضرار غير المتوقعة.

. عدم النص في العقد على التعويض

فإذا لم يكن العقد بنص على التعويض صراحة، ولم يتفق الطرفان عليه عند حدوث ما يوجه تولى القضاء هذه المهمة ويدخل في تقديره هذا التعويض جملة الخسائر الفعلية التي تكون قد أصابت المتعاقد وكذلك كل النفقات التي يكون قد صرفها دون أن يعوض عنها، كما يراعي ما فاته من كسب متوقع وفقا لنصوص العقد، كأن يترتب على الإجراء الجديد إنهاء العقد قبل ميعاده المحدد، وفي هذه الحالة يتميز بطابع الشامل عن التعويض الناشئ عن تطبيق نظرية الظروف الطارئة حيث لا تشمل كلا العنصرين.[1]

[1]- بوشارب الزهرة، المرجع السابق، ص: ٥٤

المبحث الثاني: نظرية الظروف الطارئة

من المعروف بان الإدارة المتعاقدة يمكن لها أن تعدل العقد الإداري وذلك حتي يتلائم ومتطلبات الحاجات العامة المتجددة، لكن قد يحصل أن يتم التعديل نتيجة أحداث أو ظروف استثنائية غير متوقعة وقت ابرام العقد، مستقلة عن إدارة أطراف العقد أخلت بالتوازن المالي خللا بحيث تجعل تنفيذ العقد صعبا وأشد إرهاقا وأكثر كلفة، علاوة على ما كان يتوقعه الأطراف، لكن وبالنتيجة لا يكون التنفيذ بحد ذاته مستحيلا[1]، ويؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد، مما ينعكس سلبا على سير المرفق العام و إنتظامه في حال تعثر المتعاقد عن متابعة التنفيذ.

لذلك انتج القضاء الإداري نظرية الظروف الطارئة لإعادة التوازن المالي للعقد الإداري وذلك بمساعدة الملتزم ليتمكن من متابعة التنفيذ وتعويضه عن الأضرار التي اصابته، مما يساهم بالتالي بعدم توقف المرفق محل العقد.

وعليه سنتعرض لنظرية الظروف الطارئة من حيث نشأتها وشروط إعمالها، وآثارها كما يلي:

المطلب الأول: نشأة نظرية الظروف الطارئة

المطلب الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

المطلب الثالث: الآثار المترتبة عن نظرية الظروف الطارئة.

المطلب الأول: نشأة نظرية الظروف الطارئة

إن بحث عن نشأة نظرية الظروف الطارئة يقود إلى التعرض لبحث أساسها القانوني المبرر لإعمالها لذا سنتطرق لنشأة النظرية، وكذا أساسها القانوني في الفرعيين التاليين:

الفرع الأول: نشأة نظرية الظروف الطارئة وتعريفها

الفرع الثاني: أساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة.

[1]–د.محمد مقبل العندلي، المرجع السابق، ص: ٩٦

الفرع الأول: نشأة نظرية الظروف الطارئة وتعريفها.

أولا: نشأة نظرية الظروف الطارئة

إن الاضطراب والانقلاب الاقتصادي الذي حدث خلال الحرب العالمية الأولى كان السبب في ظهور نظرية الظروف الطارئة وقد ارتبطت النشأة القضائية للنظرية بالحكم الشهير لمجلس الدولة الفرنسي في قضية "غاز بوردو "[1]وقد اشتمل هذا الحكم على معظم الأحكام الرئيسية والتفصيلية لهذه النظرية من حيث شروط تطبيقها ونتائجها القانونية، لذا يرى البعض أن هذا الحكم يعد دستور نظرية الظروف الطارئة.

ثانيا: تعريف نظرية الظروف الطارئة

١ ٠. الظروف في اللغة: جمع ظرف، ومعناه دائر على وعاء الشيء، من ذلك أيضا إطلاق الظروف على الحال.

أما كلمة الطارئة في اللغة: فهي اسم فاعل من طرأ، ومعناه جاء فجأة ومن بعيد، والطارئة هو الغريب الأصلي. وهكذا يكون معني الظروف الطارئة في اللغة: هي جميع الأحوال الغريبة التي تأتي فجأة ولا يدري من أين أتت.[2]

٢ ٠. التعريف الفقهي:

لقد تعددت التعريفات التي ساقها الفقه بشأن تعريف نظرية الظروف الطارئة فقد عرفها البعض بأنها: "عبارة عن ظروف وأحداث لم تكن متوقعة حدثت أثناء تنفيذ العقد الإداري وأدت إلى قلب اقتصاديات العقد، وكان من شأن هذه الظروف أن تجعل تنفيذ العقد أكثر عبأ وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول، بحيث تكون الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة العادية التي يتحملها أي متعاقد إلى خسارة فادحة استثنائية وغير عادية،

---

[1]– حيث تقوم النظرية على أساس قضائي، يعود إلى قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٦ماي ١٩١٦في "غازبوردو "وخلاصتها: "لقد أثر ارتفاع أسعار الفحم الحجري إبان الحرب العالمية الأولى تأثيرا فادحا على الوضع المالي للشركة التي طلبت السماح لها برفع تعريفة الأسعار، فرفضت مدينة بوردو طلبها، ومن ثم طلبت التعويض من جراء إبقاء التعرفة القديمة على حالها فرد طلبها أيضا، ثم لجأت الشركة للقضاء حيث أقر لها مجلس الدولة الفرنسي بتعويض غير كامل، معتبرا أنه يجب أن تتحمل الشركة جزاء من الخسارة يوازي القدر المعقول المفروض حصولة في كل عقد وفي الظروف الطبيعية ". عن د– محمد صغير بعلي، المرجع السابق، ص: ٩٢

[2]د– هيثم حليم غازى، المرجع السابق، ص: ٩٩

فإن من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسارة التي يتحملها فيعوض تعويضا جزئيا.[1]

وعرفها البعض الأخر على أنها عبارة عن حوادث وظروف غير متوقعة عند إبرام العقد تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد، وتؤدي إلى خسارة للمتعاقد غير محتملة، ففي مثل هذه الحالة من حق المتعاقد مع الإدارة أن يطالبها بتعويضه جزئيا عن هذه الخسارة.[2]

٠٣ . التعريف القضائي:

لقد استقرت أحكام القضاء المصري على تطبيق نظرية الظروف الطارئة فعرفتها المحكمة العليا بأنها "تطبيق نظرية الظروف الطارئة يستلزم أن تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد الإداري حوادث أو الظروف طبيعية أو اقتصادية أو من عمل جهة إدارية غير جهة المتعاقدة، أو من عمل إنسان آخر لم تكن في حسبان المتعاقد عند إبرام العقد، و لا يملك لها دفعا ومن شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما فإذا ما توافرت هذه الشروط مجتمعة التزمت جهة الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في تحمل نصيب من الخسائر ضمانا لتنفيذ العقد على الوجه الذي يكفل حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطرار، فنظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجرد التي هي قوام القانون الإداري كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة "[3]

[1]– د– محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص: ٦٦٦

[2]–د– جابر جاد نصار، عقود B O T، والتطور الحديث لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ، ص: ١٧٤

[3]– هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص ١٠٠

الفرع الثاني: أساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة:

يرى البعض أن النظرية الظروف الطارئة تقوم بالدرجة الأولى على فكرة العدالة التي تعتبر أحد أهم أركان القانوني الإداري العام، وهي بالتالي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، من خلال الحفاظ على استمرارية عمل المرفق العام وضمان حسن سيره بانتظام واضطرا.

فيما يرى البعض الآخر أن هذه النظرية تقوم على أساس العدالة بقدر قيامها على أساس ضمان استمرار سير المرفق بانتظام وباضطراد ويبررون ذلك بأن المرفق الذي يساهم المتعاقد في تسييره يمكن أن يتعرض لخطر التوقف إذا أصبح تنفيذ العقد بفعل الظروف الطارئة مرهقا للمتعاقد.[1]

ويرى بعض الفقهاء أن أساس حق التعويض في نظرية الظروف الطارئة أنما يرجع إلى ما انصرفت إليه نية المتعاقدين ضمنيا أبرام العقد، فالنية المشتركة لأطراف العقد هي أساس حق التعويض في نظرية الظروف الطارئة. وانتقد العديد من الفقهاء هذا الرأي وتركز نقدهم في أنه إذا كانت نظرية الظروف الطارئة تؤسس حقا على فكرة النية المشتركة لأطراف العقد، فإن هذه النية يمكن أن تنصرف إلى استبعاد تطبيق تلك النظرية صراحة أو ضمنا إلا أن تلك النظرية تطبق على الرغم من وجود شرط بالتنازل عن تطبيقها حيث أن الأحكام المتعلقة بتلك النظرية من النظام العام لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها[2]

ويرى البعض الآخر أن أساس حق التعويض في نظرية الظروف الطارئة إنما يرجع إلى مبدأ التوازن المالي للعقد. ذلك المبدأ الذي يعتبر أمرا مفترضا في كل عقد إداري دون حاجة للنص عليه. وانتقد هذا الرأي بسبب أن النظرية الظروف الطارئة تفترض حدوث قلب لاقتصاديات العقد رأسا على عقب وليس مجرد إخلال في التوازن المالي للعقد، كما أن التعويض تأسيسا على نظرية التوازن المالي للعقد يكون كاملا عن جميع الأضرار التي تصيب المتعاقد، أما في حالة الظروف الطارئة فإنه مقصورا على معاونة ومساهمة الإدارة

[1]– د ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص ١٨٨

[2]– د سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص ١٣٠

للمتعاقد في مقدار الضرر فهو تعويض جزئي ومؤقت كما وأن فكر التوازن المالي للعقد لا يمكن أن تبرر حق المتعاقد في طلب التعويض للظروف الطارئة.

كما أن فكرة التوازن المالي للعقد تقوم على مقابلة الحق المعترف به لجهة الإدارة في تعديل العقد الإداري للمصلحة العامة في حين أن التعويض طبقا لنظرية الظروف الطارئة يتم على رغم من أن الضرر الذي يقع يرجع إلى سبب غريب عن جهة الإدارة. وانتقد هذا الرأي وعزف عنه.[1]

المطلب الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة:

يتعين لتطبيق نظرية الظروف الطارئة توافر مجموعة من الشروط، ولقد حدد القضاء الإداري في فرنسا بقراره (غاز بوردو) لعام ١٩١٦ الشروط التي تتوافر حتى تقوم الإدارة بالتعويض للمتعاقد المتضرر استنادا إلى نظرية الظروف الطارئة وهي كالتالي:

١. عدم إمكانية توقع الحدث ولا يمكن دفعه أي لا يكون بوسع العقد توقعه كحدوث أزمة اقتصادية أو صدور نصوص قانونية أو تنظيمية جديدة وغيرها، بما يشفع للمتعامل المتعاقد المطالبة بحقه في التوازن المالي، هذا الشرط يعتبره الأستاذ الدكتور سليمان المطاوي جوهر هذه النظرية، ذلك أن كل عقد يحمل في طياته بعض المخاطر وكل متعاقد حذر يقدر هذه المخاطر ويزنها عند إبرام العقد فإذا قصر في ذلك فعليه أن يتحمل وزر تقصيره. فالشرط الجوهري في النظرية الظروف الطارئة ألا يكون في الوسع توقع الحادث الطارئ، ومن هنا نظرية الظروف الطارئة أيضا بنظرية الظروف غير المتوقعة [2]

٢. وقوع الحدث الطارئ خلال تنفيذ العقد ينبغي أن يقع هذا الظرف في مدى زمني محدد وهو تنفيذ العقد وقبل حيث لا تطبق النظرية أذا كان العقد لم ينعقد بعد أو انقضى بتمام تنفيذه، وتعد من قبيل الظروف الاستثنائية غير الموقعة، ارتفاع أسعار بعض المواد المستعملة في تنفيذ المشروع ارتفاعا غير عادي، ذلك أن الارتفاع البسيط والطبيعي أمر يقدره أطراف العقد، ويضعونه بعين الاعتبار ساعة التعاقد، أما لو كان الارتفاع يسير بوتيرة

[1] –د– مصطفى سالم النجيفي، المرجع السابق ، ص: ٢٨٦و٢٨٧

[2] – د مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص ٦٣٤

متسرعة و مرتفعة، فإن ذلك يعد ظرفا استثنائيا و طارئا موجبا لإعادة التوازن المالي، شريطة أثناء تنفيذ العقد وليس قبل التوقيع أو بعد الانتهاء.[1]

٣. أن يكون الحادث الطارئ خارجا عن الإرادة الطرفين فالمتعامل المتعاقد الذي يتسبب في هذا لا يمكنه الاستفادة من إعادة التوازن المالي تحت عنوان الظروف الطارئة و كذلك الحال إذا كانت الإدارة المتعاقد هي المتسببة في ظهور هذا الطارئ الجديد، فإن كانت هي المتسببة فيه جاز مسائلتها بعنوان الإخلال بأحكام المسؤولية التقصيرية.[2]

٤. أن ينجم عن الحادث الطارئ خسائر غير مألوفة المقصودة بالخسائر الغير مألوفة أنها تسببت في قلب الوضع الاقتصادي للمتعاقد رأسا على عقب. حيث أدت به إلى خسائر كبيرة وغير متوقعة، كأن تقوم السلطة المختصة بزيادة الضرائب أو استحدثت رسوم جديدة ونسب عالية تتعلق بالمواد المستعملة في تنفيذ المشروع أو تصدر نصا جديدا يتضمن شبكة للأجور تختلف عن الشبكة القديمة اختلافا جوهريا، كما يمكن أن تقوم برفع الرسوم الجمركية. ففي مثل هذه الحالات ينتج عن مواصلة تنفيذ المشروع إرهاق المتعاقد مع الإدارة ماليا. لذا فمن حق المتعاقد المطالبة بإعادة التوازن المالي بعنوان الظروف الطارئة.[3]

المطلب الثالث: آثار المترتب على تطبيق نظرية الظروف الطارئة

إذا ما توفرت شروط تطبيق نظرية الطارئة، فإن المتعاقد لا يستطيع أن يتحلل من التزاماته العقدية، بل عليه الاستمرار في تنفيذها، مقابل ذلك فإن على الإدارة أن تقدم المعاونة له، تعويضا له عن الضرر الذي أصابه، وحتى يتمكن من تنفيذ التزاماته العقدية ضمانا لسير المرافق العامة بانتظام وباضطراد.

لهذا ستعرض لهذين أثرين ببعض من التفسير كما يلي:

[1]– سحر جبار يعقوب، فسخ العقد الإداري، لاستحالة التنفيذ بسبب الظروف الطارئة، العدد السابع، ٢٠٠٧، ص: ١٥١

[2]– د مصطفى سالم النجيفي، المرجع السابق، ص ٢٨٥

[3]– د محمد مقبل العندلي، المرجع السابق، ص ١٠١ – ١٠٢

الفرع الأول: وجوب الاستمرار في تنفيذ العقد

ولئن كان حدوث الظرف الطارئ يترتب عليه إرهاق المتعاقد بما يجاوز السعة بأن تلحقه خسائر جسيمة تنقلب معها اقتصاديات العقد رأسا على عقب، إلا أنها لا تصل إلى درجة الاستحالة مما يجعل التنفيذ ممكننا وأن أصبح شاقا للمتعاقد مع الإدارة. وبهذه المثابة فإن إعمال نظرية الظروف الطارئة لا يترتب عليه إعفاء المتعاقد من الوفاء بالتزاماته التعاقدية خلافا لنظرية القوة القاهرة التي تعفى المتعاقد من تنفيذ التزامه، ويعد التزام بالوفاء بالتزاماته التعاقدية كما هي بالرغم من وجود الظرف الطارئ من النتائج المترتبة على وجوب أنظام العمل بالمرفق العام وتقديم الخدمات للمنتفعين به، فالمتعاقد مع الإدارة يستهدف معاونتها في سبيل تحقيق المصلحة العامة.[1]فالعقود الإدارية تتميز بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يهدف العقد إلى تسيره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، وبالتالي لا يسوغ للمتعاقد أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق بحجة أن ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلى الإخلال بأحد التزاماته التعاقدية قبله، بل يتعين عليه إزاء هذه الاعتبارات أن يستمر في التنفيذ مادام ذلك في استطاعته ثم يطالب جهة الإدارة بالتعويض عن إخلالها بالتزاماتها أن كان لذلك مقتضى وكان له حق فيه فلا يجوز له الامتناع عن تنفيذ التزاماته بإرادته المنفردة وإلا حققت مساءلته عن تبعة فعله السلبي.[2] وهو ما يستوجب التزامه بالاستمرار في تنفيذ التزاماته العقدية متى كان ذلك في استطاعته ولم يتحول الظرف الطارئ إلى قوة قاهرة يستحيل معها التنفيذ.

٠١ . جزاء عدم الاستمرار في تنفيذ الالتزام التعاقدي:

إن توقف المتعاقد عن تنفيذ التزاماته العقدية في حالة توافر شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة يعد خطأ عقديا يعطي لجهة الإدارة الحق في توقيع الجزاء المناسب على المتعاقد، بالإضافة إلى ذلك فإن امتناعه هذا يقلل من نسبة التعويض التي يمكن أن يحصل عليها.، وجزاء هنا يقتصر في الغالب على توقيع غرامات التأخير على المتعاقد، دون أن

[1] د- هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص: ١٣٦

[2] - خالد سعد راشد العليمي، أثر نظرية الظروف الطارئة في التوازن المالي للعقد الإداري، رسالة منح درجة الماجستير في القانون العام، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، ٢٠٠٨، ص: ٧٠

يصل الأمر إلى الامتناع عن تطبيق نظرية الظروف الطارئة كجزاء لعدم الاستمرار في تنفيذ العقد.[1]

الفرع الثاني: حق المتعاقد في الحصول على التعويض

إذا توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة، واستمر المتعاقد في تنفيذ التزاماته العقدية على الرغم من الإرهاق الشديد الذي يصيبه من تنفيذ هذا الالتزام، فإنه يستحق معاونة جهة الإدارة، ذلك للخروج من الأزمة التي يمر بها تنفيذ العقد، ويكون ذلك عن طريق تعويضه جزئيا عن الخسارة التي أصابته من جراء وقوع الظرف الطارئ.

إضافة إلى ذلك فإن المتعاقد المتضرر من الظروف الطارئة يلجأ إلى قاضي الإداري، طالبا تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وإلزام الإدارة بدفع التعويض المناسب.

من هنا تثار مسألة الضوابط التي يلجأ إليها قاضي الإداري للحكم بالتعويض وسلطته في هذا المجال ؟

أولا. سلطات القاضي في مواجهة الظروف الطارئة

يختلف دور القاضي المدني عن القاضي الإداري في مواجهة الظروف الطارئة، ، حيث يجوز للقاضي المدني القانون المدني المصري . أن يعدل في نصوص العقد [2]، فله أن ينقص من التزام الطرف الذي أصابه الضرر أو يزيد من التزامات الطرف الثاني، أما بالنسبة سلطات القاضي الإداري فتنحصر في الحكم بالتعويض الجزئي دون تعديل في نصوص العقد، وتطبيقا لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا على أنه ".....مؤدي تطبيق نظرية الظروف الطارئة بعد توافر شروطها إلزام جهة الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في احتمال نصيب من الخسارة التي لحقت به طوال فترة الظروف الطارئة ضمانا

[1] –محمد أبو بكر عبد المقصود، إعادة التوازن المالي العقد الإداري في ظل الأزمة المالية العالمية "نظرية الظروف الطارئة "، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ص: ٣٦

[2] – د– بلقاسم الزهرة، أثر نظرية الظروف الطارئة على العقود، مذكرة تخرج لنيل شهادة في القانون (عقود ومسؤولية)، جامعة أكلي محند وألحاج، البويرة، السنة الجامعية ٢٠١٣/٢٠١٤، ص: ٦٨

لتنفيذ العقد الإداري العقد الإداري واستدامة لسير المرفق العام الذي يخدمه، ويقتصر دور القاضي الإداري على الحكم بالتعويض المناسب دون أن له تعديل الالتزامات العقدية [1]

ثالثا. قواعد وأحكام التعويض:

يمكن إجمال قواعد وأحكام التعويض المستحق للمتعاقد عن الظروف الطارئة في النقاط التالية:

٠١ . تحديد فترة الظروف الطارئة: يعد تحديد تاريخ بداية الظروف الطارئة وانتهائها من الأمور البالغة الأهمية، فتلك الفترة فقط هي التي يجوز للمتعاقد مع الإدارة المطالبة بالتعويض عنها استنادا إلى النظرية، فلا يستحق التعويض عن الفترات السابقة على حدوث الظروف الطارئ ولا عن الفترات اللاحقة على زواله، فاستحقاق التعويض وفقا لهذه النظرية يدور وجودا وعدما مع الظرف الطارئ.[2]

٠٢ . تحديد الخسارة التي لحقت المتعاقد من الظروف الطارئة:

لقد تصدى مجلس الدولة الفرنسي للمبادئ الأساسية في حساب النفقات التي الخسائر اللاحقة بالمتعاقد مع الإدارة وأهمها:

. العبرة في تقدير الأعباء الخارجية عن التعاقد هو بالنتائج الفعلية لاستغلال المشروع موضوع التعاقد، وبالتالي لا يجوز أن يدخل في حساب أرباح المتعاقد وخسائره ما كان يمكن أن يعود عليه لو قام بعمل معين.

. لا يدخل في حساب الخسائر الأرباح التي حققها المتعاقد قبل حلول الظرف الطارئ، كما أنه عند حساب تلك الخسائر يجب أن يستبعد من التقدير الأرباح المحتملة في المستقبل، والتي قد يجنبها المتعاقد عقب زوال الظرف الطارئ.

[1]– محمد أبوبكر عبد المقصود المرجع السابق، ص: ٤١

[2]– د– هيثم حليم غارى، المرجع السابق، ص: ١٤١

. لا توضع بعين الاعتبار الخسائر التي يكون المتعاقد قد تحملها قبل بداية الظرف الطارئ، بل يتحملها المتعاقد كضرب من ضروب المخاطرة التي يتعرض لها المتعاقد عادة.[1]

. عند الخسائر يوضع في الاعتبار الفرق بين الأسعار الجديدة التي نتيجة نتيجة الظروف الطارئ، والأسعار الفعلية التي تم الارتفاع عليها منذ التعاقد دون أن يلتفت إلى الحد الأقصى المتوقع لارتفاع الأسعار.

. يخصم من قيمة الخسائر الفعلية التي تحملها نتيجة للظروف الطارئة، ما ترجع إلى أخطائه في تنفيذ العقد، كإهماله أو عدم إتباعه الوسائل الفنية المسلم بها في التنفيذ، حتى لا يثرى على حساب الإدارة بسبب تقصيره.[2]

٠٣ . توزيع عبء الخسارة بين المتعاقدة الإدارة:

إن التعويض الذي يحصل عليه المتعاقد من الإدارة تطبيقا لنظرية الظروف الطارئة ليس إلا مساعدة من جهة الإدارة للمتعاقد معها في سبيل المصلحة العامة كي يتمكن المتعاقد من متابعة تنفيذ التزاماته التعاقدية، فالإدارة لا تتحمل وحدها الأعباء غير التعاقدية التي تترتب على الظروف الطارئ، بل يتم توزيع هذه الأعباء بينها وبين المتعاقد معها، هذا ما يعد أبرز آثار نظرية الظروف الطارئة، ومن أبرز ما بتميزها عن نظريتي فعل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة.[3]

لقد استقر مجلس الدولة الفرنسي على تحمل المتعاقد جانب من الأعباء غير التعاقدية تطبيقا لنظرية الظروف الطارئة.

ومن ناحية توزيع الأعباء فقد استقر مجلس الدولة الفرنسي على أن تتحمل جهة الإدارة النصيب الأكبر من الخسائر، وأن تكون مشاركة المتعاقد فيها رمزية، ولا توجد قواعد

[1] د- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص: ٧٧٤

[2] د- هيثم حليم غازى، المرجع السابق، ص: ١٤٢و ١٤٣

[3] -خالد سعد راشد العليمي، المرجع السابق، ص: ٨٥

محددة في هذا الشأن وإن كان الغالب أن تتحمل الإدارة نسبة٩٠/ من جملة الخسائر التي ترتبت على الظرف الطارئ.[١]

المبحث الثالث: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

من مقتضى هذه النظرية أنه عند تنفيذ العقود الإدارية وبخاصة عقود الأشغال العامة، قد تظهر صعوبات مادية استثنائية لم تدخل في حساب طرفي العقد ولم يكن في الوسع توقعها عند التعاقد، وتجعل التنفيذ أكثر كلفة على المتعاقد مع الإدارة، فيجب التعويض عن ذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد، زيادة تغطي جميع الأعباء والتكاليف التي تحملها، فالتعويض هنا كامل عن جميع الأضرار ويفترض الاستمرار في التنفيذ، وأساس هذه النظرية هي اعتبارات العدالة، وطبيعة العقود الإدارية واتصالها بالمرافق العامة التي يجب أن تسير باطراد وانتظام، ويضاف أحيانا فيه الطرفين المشتركة، على اعتبار أن الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسري إلا على الأعمال العادية المتوقعة.[٢]

لهذا سنتطرق لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من حيث نشأتها وأساسها القانوني، وكذا شروط تطبيقها، والآثار المترتبة عليها. كما يلي:

المطلب الأول: نشأة وأساس القانوني لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

المطلب الثاني: شروط تطبيق نظرية.

المطلب الثالث: الآثار المترتبة على تطبيق النظرية.

المطلب الأول: نشأة وأساس القانوني لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

هذه النظرية من ابتكار مجلس الدولة الفرنسي بغية مساعدة المتعاقد الذي تواجهه أثناء التنفيذ معوقات تؤدي إلى صعوبة تنفيذ الالتزامات التعاقدية.

[١]– د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص: ٧٧٥

[٢]–د. محمود عاطف البنا، المرجع السابق، ص: ٣١١.

الفرع الأول: نشأة نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

هذه النظرية من ابتداع مجلس الدولة الفرنسي، وترجع تطبيقاتها إلى منتصف القرن التاسع عشر، وكان أول حكم قضائي يبرز هذه النظرية هو حكم Duche" الصادر في ١٨٦٤/٦/٢٤، حيث انتهى المجلس في هذا الحكم إلى تعويض المتعاقد مع الإدارة عن أية صعوبات مادية غير متوقعة واجهته أثناء العقد لكي يتمكن من الاستمرار في التنفيذ[١].

وتطبيقات هذه النظرية الغالب ما تتواجد في مجال عقود الأشغال العامة بل إن الفقيه دي لوبادير يؤكد أنه توجد تطبيقات قضائية لهذه النظرية في خارج نطاق عقود الأشغال العامة ولكنه سلم في ذات الوقت، بأنه لا توجد أسباب قاطعة، تحول دون تطبيق النظرية متى توافرت شروطها في مجال العقود الإدارية الأخرى، وهذا هو الرأي الذي يقول به أغلبية الفقه الفرنسي والمصري، وإن كان قضاء مجلس الدولة الفرنسي لا يشجع على التسليم به: ففي إحدى القضايا رفض أن يعوض على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وكانت ظروفها كما يلي: حدث زلزال شديد حطم الأسلاك الممدودة تحت الماء، والتي يعتمد عليها الملتزم في استغلال المرفق العام. فلما طالب الملتزم بنفقات إصلاح هذه الأسلاك على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، رفض المجلس، وإن كان قد سمح له بالاستناد إلى نظرية الظروف الطارئة.[٢]

الفرع الثاني: الأساس القانوني لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

تعددت الآراء حول الأساس القانوني لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، فذهب رأي إلى أن الأساس القانوني لهذه النظرية يرتكز على النية المشتركة للمتعاقدين، فيما ذهب رأي آخر إلى فكرة المسؤولية التقصيرية للإدارة، وذهب رأي ثالث إلى أن التعويض استنادا لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة إنما يرتكز على فكرة العدالة والطبيعة الذاتية للعقود، وهذا ما سنتعرض له في ما يلي:

[١]– عبدلي حمزة، المرجع السابق، ص: ٤٦

[٢]–د. سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص: ٦٧٨

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

وقد تعرض هذا الرأي للانتقاد على أساس أن فكرة النية المشتركة للمتعاقدين لا تكفي لتبرير التعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة، لأن التعويض في هذه حالة عدم وجود نص في العقد وأيضا في حال اشتراط التنفيذ مهما كانت الصعوبات.[١]

٠٢ . المسؤولية التقصرية للإدارة أساس للنظرية: إزاء ما تعرض له الرأي السابق من أوجه نقد فقد اتجه جانب آخر من الفقه إلى أن أساس التعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة يرجع إلى فكرة المسؤولية التقصرية للإدارة، أو نظرية عمل الأمير، كأحد حالات المسؤولية التعاقدية دون خطأ، ولكن انتقد هذا الرأي على أساس أنه لا يتفق مع مضمون نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، والتي يعد من شروط تطبيقها أن تكون الصعوبات خارجة عن إرادة طرفي التعاقد، إما إذا كانت الصعوبات راجعة إلى عمل الأمير، فقد إنتفى مناط تطبيق نظرية الصعوبات، ونكون بصدد تطبيق نظرية عمل الأمير إذا توفرت شروطها أو قواعد المسؤولية التقصرية.[٢]

٠٣ . اعتبارات العدالة والطبيعة الذاتية للعقود الإدارية أساسا للنظرية:

يذهب الرأي الراجح في الفقه إلى الأساس الذي تقوم عليه نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يكمن في اعتبارات العدالة والطبيعة الذاتية للعقود الإدارية. تأسيسا على العلاقة الوثيقة بين العقود الإدارية وفكرة المرفق العام، والنظر إلى المتعاقد على أنه معاون للإدارة في أداء وظيفتها، لذا يلتزم بالاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية على الرغم من

[١] د- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص: ٦١٨

[٢] د- هيثم حليم غازى، المرجع السابق، ص: ١٨٩

وجود صعوبات مادية غير متوقعة تؤدي إلى إرهاقه وزيادة تكاليف الالتزامات التعاقدية وعليه متابعة التنفيذ إلا إذا أصبح التنفيذ مستحيلا.

وفي حال اعتراض تنفيذ العقد الإداري صعوبات مادية غير متوقعة تؤدي إلى اختلال التوازن المالي وانقلاب اقتصاديات العقد فإنه ليس من العادلة ترك المتعاقد بمفرده لمواجهة ظروف مادية غير متوقعة لمجرد الالتزام بحرفية النصوص التعاقدية وبالأسعار المتفق عليها، كما أن تكييف العلاقة بين الإدارة والمتعاقد على أنها علاقة تعاضد وتساند في تسير المرفق العام يقتضي تعويض المتعاقد عن الأضرار الناتجة عن الصعوبات المادية غير المتوقعة.[1]

المطلب الثاني: شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

يشترط في نظرية الصعوبات المادية التي تصادف المتعاقد، أن تكون صعوبات مادية غير عادية، وكذا غير متوقعة من قبل أطراف العقد، وأن تلحق ضررا بالمتعاقد (قلب اقتصاديات العقد).

الفرع الأول: ضرورة وجود صعوبات مادية وغير عادية واستثنائية

لتطبيق النظرية يتمثل في ضرورة أن يواجه المتعاقد عند تنفيذ العقد صعوبات مادية، أي صعوبات ذات طابع مادي وغير عادي. في أغلب الحالات تعود هذه الصعوبات إلى ظواهر طبيعية ومن ثم أكثر التطبيقات التي تتعلق بصعوبات مادية مرجعها إلى طبيعة الأرض التي تنفذ فيها الأشغال العامة، إلا أن هناك صعوبات مادية غير متوقعة ترجع إلى فعل الإنسان، ثم فإن الفقه يقسم الصعوبات المادية غير المتوقعة وفقا لما يتضمنه أحكام مجلس الدولة الفرنسي إلى نوعين على النحو التالي:

أ/ الصعوبات المادية التي يرجع مصدرها إلى الظواهر الطبيعية ومنها:

. وجود طبقات غزيرة من المياه أثناء تنفيذ عقد بناء معين وتحتاج إلى سحبها وتجفيفها وهذا يتطلب نفقات غير عادية.

[1] د – نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص: ٦٢٠

. وجود طبقات صخرية عند حفر أحد الآبار الارتوازية تحتاج لآلات خاصة في قطعها ورفعها لتنفيذ الأعمال المتعاقد عليها مما يكلف المتعاقد مع الإدارة نفقات غير عادية.

. سقوط أمطار غزيرة مصحوبة ببرد شديد أدت إلى استحالة الوصول إلى مكان العمل أو طوفان غير متوقع منع الوصول إلى ذلك المكان.

. زيادة حجم التربة الصلبة محل تنفيذ العقد أضعافا مضاعفة تجاوز كل ما كان مقدرا على أساس الاختبارات التي جرت بمعرفة المقاولين قبل التعاقد وبمعرفة الإدارة المتعاقدة.

ب/الصعوبات المادية التي يكون مصدرها أحد الأفراد:

وهم الأفراد الذين لا علاقة لهم بطرفي العقد، ونذكر على سبيل المثال الصعوبات الآتية:

. ترميم المتعاقد لطريق مجاور لموقع تنفيذ العقد لحاجته الماسة إليه في الوصول إلى مكان محل العقد.

. اضطرار المتعاقد لشراء وردم قناة خاصة مملوكة لأحد الأفراد مجاورة لموقع العمل، ولم تشر إليها المواصفات التي تم على أساسها إبرام العقد الإداري وذلك لتأثير الضار على الأبنية التي يتولى إقامتها.

. توقف التعاقد مع الإدارة قهريا أثناء ترميمه لأحد الممرات المائية للسماح لبعض البواخر بالمرور على الرغم من خلو كراسة شروط العقد من ذلك مما يؤدي إلى تعطيل العمال والآلات التي استأجرها المتعاقد مع الإدارة للترميم.[1]

ـ الفرع الثاني: الصعوبات الغير المتوقعة من أطراف العقد:

لتطبيق نظرية الصعوبات غير المتوقعة يشترط أن تكون الصعوبات من النوع الذي لا يمكن توقعه عند التعاقد وفقا للظروف التي أبرم فيها العقد، أما إذا كانت تلك الصعوبات متوقعة أو يمكن توقعها فلا مجال للتطبيق تلك النظرية.

[1]– عبدلي حمزة، المرجع السابق، ص: ٤٧و ٤٨

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

الفرع الثالث: الصعوبات المادية غير المتوقعة التي تلحق ضررا بالمتعاقد (قلب اقتصاديات العقد):

فالصعوبات المادية غير المتوقعة التي تطرأ أثناء تنفيذ العقود يجب أن تسبب للمتعاقد خسائر مالية، للحكم بالتعويض استنادا لنظرية الأعباء المالية غير المتوقعة.[2] إن نظرية الصعوبات المالية غير المتوقعة لا تطبق بشكل تلقائي بمجرد اعتراض تنفيذ العقد الإداري صعوبة مادية استثنائية غير متوقعة بل يجب أن يتولد عن تلك الصعوبة ضررا، فإن كان بإمكان المتعاقد التغلب على الصعوبة المادية التي واجهته دون تكاليف إضافية فلا مجال لتطبيق النظرية[3].

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

يترتب على توفر شروط نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أن يستمر المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية رغم الصعوبات المادية غير المتوقعة التي تعترض التنفيذ ومن ثم يكون له الحق في الحصول على تعويض يقابل ما تحمله من نفقات لمواجهة تلك الصعوبات، لهذا سنتطرق من خلال الفرعين التاليين إلا ما يلي:

[1] – سليمان محمد الطماوي، مرجع السابق، ص ٧٢١

[2] – نصري منصور نابلسي، مرجع السابق، ص ٦٣٥

[3] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع السابق، ص ١٥٣

الفرع الأول: استمرار الملتزم في متابعة التنفيذ لالتزاماته التعاقدية:

يجب على المتعاقد مع الإدارة الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية بالرغم من الصعوبات المادية غير المتوقعة التي واجهته، فنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة شأنها شأن كل من نظريتي عمل الأمير و الظروف الطارئة لا يؤدي توافر شروط تطبيقها إلى تحلل المتعاقد من التزاماته التعاقدية. وذلك بعكس القوة القاهرة التي من شأنها أن تعفي المتعاقد من تنفيذ العقد الذي يصبح من المستحيل إتمامه. ويجب على المتعاقد مع الإدارة، أن يتابع تنفيذ التزاماته التعاقدية على الرغم من الظروف الغير متوقعة التي تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد. وفي حال توقف المتعاقد عن التنفيذ التزاماته التعاقدية عند تحقق شروط نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، فإنه يحرم من التعويض المستحق عن تطبيق النظرية، كما يجوز للإدارة توقيع الجزاءات عليه.

ولكن وجود هذه الصعوبات يمكن أن يؤدي إلى تأخير تنفيذ الالتزامات التعاقدية وفي هذه الحالة فإن اعتراض الصعوبات لعملية التنفيذ وتأخير هذه العملية يمكن أن يؤدي إلى إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير إذا تعدى الحدود الزمنية المقررة لإنجاز الالتزامات التعاقدية.

وقد أوردت المحكمة الإدارية في مصر أيضا أنه: " ولئن كانت الشروط العامة قد جعلت المقاول . كقاعدة عامة . مسئولا عن الصعوبات المادية المتوقعة وغير المتوقعة، إلا أنها استثناء من هذه القاعدة العامة أعفت في البند ٤٠ منها المقاول من المسؤولية في حال تأخره في تنفيذ التزاماته إذا كان مرد ذلك إلى أيباب لم يكن في الإمكان توقعها وقت تقديم العطاء وكانت خارجة عن إرادته..."[١].

الفرع الثاني: حق المتعاقد في اقتضاء التعويض

متى توافرت شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، فإنه ينشئ للمتعاقد الحق في الحصول على تعويض كامل عن كافة الإضرار و النفقات الإضافية التي تحملها لمواجهة الصعوبات التي أعرضت تنفيذ العقد.

[١]– مستشار حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص ٣٤٠

وقد تواتر قضاء مجلس الدولة الفرنسي في الأخذ بقاعدة التعويض الكامل عند توافر الشروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة. [1]

المبحث الرابع: نظرية القوة القاهرة

أثناء تنفيذ العقود الإدارية قد تطرأ ظروف معينة خارجة عن إدارة الأطراف المتعاقد وغير متوقعة تؤدي إلى وقف تنفيذ العقد واستحالة متابعة التنفيذ مما قد يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمتعاقد مع الإدارة ويطرح مسألة مصير تنفيذ الالتزامات التعاقدية وإعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ظل القوة القاهرة التي أدت إلى استحالة متابعة التنفيذ. [2]

وبما أن القوة القاهرة تؤدي إلى استحالة متابعة تنفيذ الالتزامات التعاقدية وتؤدي أيضا إلى إعفاء المتعاقد من تنفيذ هذه الالتزامات في حال توفر الشروط القوة القاهرة، وتفسح المجال له للمطالبة بالتعويض عن الأضرار اللاحقة به عند توفر الشروط القانونية المطلوبة لذلك.

لهذا سنتعرض لتعريف لنظرية القوة القاهرة، وكذا شروطها و الآثار المترتبة عليها.

[1]– هيثم حليم غازي، المرجع السابق ، ص ١٧٤

[2]– د. نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص ٦٥٣

المطلب الأول: تعريف نظرية القوة القاهرة

المطلب الثاني: شروط تطبيق نظرية القوة القاهرة

المطلب الثالث: آثار مترتب عن نظرية القوة القاهرة

المطلب الأول: تعريف القوة القاهرة

القوة القاهرة هي حدث خارجي، غير متوقع، لا يمكن مقاومته، مستقل عن إدارة الأطراف المتعاقدة وهو يحول بصورة مطلقة دون تنفيذ مجموع الالتزامات العقدية بين الملتزم المتعاقد و الإدارة أو أحد هذه الالتزامات. [١]

وقد أخذ مجلس الدولة الفرنسي بنظرية القوة القاهرة كمبرر لعدم التنفيذ أو الأخير فيه دون الوجود شرط بذلك في العقد لأول مرة بمقتضى حكمه الصادر في قضية "SENSINE"، فقد قضى بأن المورد، وقد صار من المستحيل عليه أن يحصل على السلع المتعاقد على توريدها بسبب ثورة الهند، وبالتالي فإنه لا تعتبر مسئولا قانونا عن عدم التنفيذ وذلك على الرغم من عدم النص في دفتر الشروط على ذلك.[٢]

ومن شأن تحقق القوة القاهرة إعفاء المتعاقد مع الإدارة من تنفيذ التزاماته التعاقدية. وبذلك تختلف نظرية القوة القاهرة، عن باقي النظريات التي يسعى من خلالها المتعاقد إلى إعادة التوازن المالي، وهي نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، ونظرية فعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة حيث لا تؤدي هذه النظريات، إلى إمكانية التوقف عن تنفيذ العقد ولا يمكن للمتعاقد التذرع بها للتوقف عن تنفيذ التزاماته التعاقدية لأن تنفيذ هذه الالتزامات يبقى ممكنا، بينما تؤدي نظرية القوة القاهرة إلى إعفاء المتعاقد من التنفيذ حال توفر شروط القوة القاهرة.[٣]

المطلب الثاني: شروط تطبيق نظرية القوة القاهرة:

يستلزم لتطبيق نظرية القوة القاهرة توافر ثلاثة شروط:

---

[١]– د. ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص ١٤٤

[٢]– هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص ٥٧

[٣]– د. نصري منصور النابلسي، المرجع السابق، ص ٦٥٥

أولا: أن يكون الحادث خارجيا أو أجنبيا عن إرادة المتعاقدين يشترط في الفعل المكون للقوة القاهرة أن يكون مستقلا تماما عن إرادة المتعاقدين، ولم يتجه إليه إرادة أي منهما، ولم يكن أيهما متسببا في حدوثه بأي درجة أو بأي شكل من الأشكال.

ولا يعتبر الأمر قوة قاهرة إذا سبقه أو أقترن به خطأ عقدي، وتطبيقا لذلك لا يعتبر تأخر المتعاقد في الوفاء بالتزاماته، أو عدم مراعاته الأوامر المصلحة، أو في اتخاذ الاحتياطات الضرورية قوة قاهرة.

. ثانيا: يجب أن يكون الحادث غير متوقع ولا يمكن توقعه وقت إبرام العقد حالة القوة القاهرة يجب أن تكون غير متوقعة، أو لم يكن في الوسع توقعها. وعدم التوقع ليس أمرا مطلقا، ونادرا ما يكون هناك حادث يكون غير متوقع كلية، ولكن يرجع في تقدير الأمر إلى الظروف التي أبرم فيها العقد. ومعيار مجلس الدولة الفرنسي يجرى على أن الحادث يكون غير متوقع إذا ليمكن في وسع المتعاقد أن يتوقعه عند إبرام العقد.[1]

. ثالثا: أن يكون الحادث مستحيل الدفع: يجب أن تكون القوة القاهرة مستحيلة الدفع، أما إذا أمكن دفع الحادث حتى ولو استحال توقعه لم يكن قوة قاهرة، كما يجب أن تجعل تنفيذ العقد مستحيل.[2]

الطلب الثالث: الآثار المترتبة عن نظرية القوة القاهرة

إذا توفرت شروط القوة القاهرة السابق ذكرها فإنه يترب عليها إعفاء المتعاقد مع الإدارة من تنفيذ موجباته التعاقدية مع إمكانية الحكم له بالتعويض عند توفر الشروط القانونية المطلوبة لذلك وهذا ما سنفصله الفرعين التاليين:

[1]- هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص ٥٩

[2]- عبدلي حمزة، المرجع السابق، ص ٥٥

الفرع الأول: الإعفاء من التنفيذ

الفرع الثاني: الحكم بالتعويض

الفرع الأول: الإعفاء من التنفيذ:

في حال توفر القوة القاهرة يترتب على حدوث الفعل أو الحادث المتصف بالقوة القاهرة الذي اعترض المتعاقد أثناء تنفيذ العقد إعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته العقدية، ولا تستطيع الإدارة أن توقع أي جزاء من الجزاءات الإدارية المقررة لعدم التنفيذ أو التأخير فيه، ويستطيع المتعاقد أن يطلب من القضاء بفسخ العقد.

فالإعفاء من التنفيذ لا يتحقق إلا إذا أصبح التنفيذ بسبب القوة القاهرة وأثناء الوقت الذي تمت فيه هذه الحالة. فإذا تبين أن أثر القوة القاهرة يكون موقوتا بالفترة التي توجد فيها وتمنع التنفيذ، فإذا زال الحدث المتصف بالقوة القاهرة رجع التزام المتعاقد بالتنفيذ وبالتالي فإن القوة القاهرة ذات الأثر المؤقت، لا يترتب عليها سوى وقف تنفيذ الالتزام حتى يزول الحادث القاهر.[1] وهو الأمر عينه الذي اتبعه كل من المشرع المصري والجزائري في المواد ٢١٥ من ق.م المصري و (المادتين ١٢٧ و ١٧٨ من ق. م الجزائري) [2].والذي أوضحت على أن الأثر المترتب على وقوع المتعاقد تحت تأثير القوة القاهرة يؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد ومن ثم يتم إعفاءه من هذا الالتزام ولا تملك الجهة المتعاقد معها إجباره على الوفاء بالتزاماته كما يجوز للمتعاقد أن يلجأ إلى القضاء ليحكم بفسخ العقد نتيجة القوة القاهرة. لقد ذكر المرسوم الرئاسي رقم (١٠ . ٢٣٦) المعدل والمتمم والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية حالة القوة القاهرة حيث أعفى المتعاقد المتعامل مع الإدارة من دفع العقوبات المالية بسبب التأخير وتعلق الآجال ولا يترتب على التأخير فرض عقوبات مالية، ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف الأشغال واستئناف الخدمة التي تتخذها نتيجة ذلك المصلحة المتعاقدة حسب نص المادة ٩٠ منه.

[1]– نصري منصور نابلسي، مرجع السابق، ص ٦٨٥– ٦٤٨

[2]– عبدلي حمزة، مرجع السابق، ص ٣٠

الفرع الثاني: الحكم التعويض

وفقا للقواعد العامة في القانون المدني فإن وجود القوة القاهرة يؤدي إلى سقوط موجب التنفيذ وانقضاء الالتزامات المتبادلة في العقد لاستحالة التنفيذ. إلا أن العقود الإدارية تتميز عن العقود العادية التي تبرم بين أشخاص القانون الخاص بأنها تتعلق بتسيير المرافق العامة ويقتضي أن يتعاون فيها المتعاقد مع الإدارة لتحقيق الهدف الذي تسعى إليه الإدارة من إبرامها وهو تحقيق المصلحة العامة. لذلك فإن الإدارة تسعى للحفاظ على التوازن المالي إذ ليس من العدل و الإنصاف أن يترك المتعاقد فريسة لظروف سيئة لا دخل له فيها وبدون أي تعويض وعليه فإن إهدار حقوق المتعاقد سيؤدي إلى نفور الأفراد من التعاقد مع الإدارة مما ينعكس سلبا على تسيير المرافق العامة. [1].

[1]– نصري منصور نابلسي، مرجع السابق، ص ٦٨٧

خاتمة

خاتمة:

ومن خلال استعراض مختلف جوانب هذا البحث انتهت دراستنا إلى كثير من النتائج والتي سنتناول أهمها، ثم نقوم بتقديم مقترحات التي قد تساهم في إيجاد الحلول المناسب للمشكلات التي قد تنشأ نتيجة الالتزامات و الامتيازات بين طرفين العقد.

أولا: النتائج المتوصل إليها

. إن للعقد الإداري عناصر تميزه عن غيره من التصرفات الإدارية، وكذا عن باقي العقود في دائرة علاقة القانون الخاص.

. إن الإدارة العامة لا تقتصر على تأكد من تنفيذ العقد وفق ما أدرج فيه ، وإنما تتدخل في توجيه أعمال التنفيذ وذلك باختيار أنسب الطرق وذلك لضمان حسن سير المرافق العامة، مع الالتزام بمبدأ المشروعية عند إصدار القرارات الإدارية.

. وللإدارة سلطة تعديل بعض الشروط العقد المتصلة بالمرفق العام بإدارتها المنفردة، بحيث لا يتجاوز هذا التعديل إمكانيات المتعاقد و الضوابط الاتفاقية التي تنظم كيفية التعديل، و القيود التشريعية التي تحكم مقدار تعديل بعض العقود، ويجب التعويض للمتعاقد مع الإدارة في حال ضرورة جراء تعديلها للعقد.

. وللإدارة سلطة توقيع الجزاءات على المتعاقد معها إذا أخلى بتنفيذ التزاماته التعاقدية بإرادتها المنفردة دون الحاجة إلى المراجعة المسبقة للقضاء مع استثناء عقوبة إسقاط الالتزام التي تتطلب استصدار قرار قضائي مسبق، وللإدارة حق توقيع الجزاءات الإدارية حتى مع عدم وجود نص صريح في العقد يعطيها هذا الحق ودون حاجة لإثبات ضرر مع ضرورة إنذار المتعاقد قبل توقيع الجزاءات الإدارية عليه إلا حالة ثبوت عدم جدوى الإنذار.

. للإدارة سلطة إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفرد قبل إتمام هذا العقد نهائيا، دون أن يصدر خطأ من جانب المتعاقد، فهي المسؤولية على تحقيق الصالح العام متى تم تقديره، فهذه السلطة إنما تقوم على ضرورات المرافق العامة التي تستلزم إنهاء العقود التي لم تعد نابعة أو متماشية مع المصلحة العامة، على أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي يملك إلغاء

قرار الإنهاء إذا تبين أنه لم يؤسس على سبب مشروع بالإضافة إلى حق المتعاقد في الحصول على التعويض المناسب لما لحقه من ضرر نتيجة إنهاء العقد قبل أوانه دون تقصير منه.

. على الإدارة تنفيذ العقد بمجرد إبرامه من السلطة المختصة و بالتالي لا يحق لها أن تفسخ العقد لمجرد التحلل مما يفرضه عليها من الالتزامات و إلا تعرضت للمسؤولية التعاقدية، ولا يهدر ذلك حق الإدارة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة إذا اقتضى الصالح العام ذلك. بالإضافة التزامها بتنفيذ العقد، على الإدارة أن تتعاون مع الملتزم في التنفيذ بحسن نية، وذلك إنما بالتنسيق مع مختلف الأجهزة الإدارية ومع باقي الملتزمين والتزامها أيضا بتأمين الظروف الأمنية وكافة الموجبات المطلوبة لتمكين الملتزم من تأدية مهامه و أعماله على أحسن وجه.

. على الإدارة احترام المدة المقررة في العقد لتنفيذ جميع التزاماتها التعاقدية، ففي حالة التأخير أو الامتناع عن تنفيذ موجباتها التعاقدية فإن هذا يعتبر خطأ عقديا من جانبها يخول المتعاقد معها الحق بالمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي ينجم عن ذلك.

. إن تسليم المقابل المالي في العقود الإدارية لا يتم إلا بعد تنفيذ المتعاقد مع الإدارة لكافة التزاماته التعاقدية، واستثناءا يتم دفع مبالغ لقاء الخدمات المنجزة أو جزءا من الثمن تحت الحساب لتمكين المتعاقدين مع الإدارة من تنفيذ التزاماتهم على نحو منتظم ولا يتم دفع كل الثمن إلا بعد أن تتحقق الإدارة من توفر الشروط و الموصفات المتفق عليها من خلال الاستلام المؤقت و الاستلام النهائي.

. يشترط لاستحقاق التعويض للمتعاقد مع الإدارة نتيجة خطئها وجود رابطة سببيه بين خطأ الإدارة و الضرر اللاحق بالمتعاقد فالضرر الموجب للتعويض يجب أن يكون محققا ومؤكدا، ومرتبطا مباشرة بالخطأ التعاقدي، ويشمل التعويض الضرر اللاحق بالمتعاقد و الربح الفائت، وفي كل الأحوال يجب على المتعاقد أن يثبت خطأ الإدارة أو تجاوزها لأحد البنود العقد. وفي حال تنازل المتعاقد عن المطالبة بالتعويض لا يجوز المطالبة به بعد ذلك

إلا في حال الخطأ الجسيم للإدارة حيث يتم التعويض على المتعاقد في هذه الحالة على الرغم من تنازله المسبق عن التعويض

. يستهدف التوازن المالي للعقد الإداري الحفاظ على التناسب بين التزامات المتعاقد وحقوقه حتى يمكنه الوفاء بالتزاماته التعاقدية على النحو المتفق عليه، ففكرة التوازن المالي للعقد هي في حقيقتها وجوهرها توجيه عام يستهدف الحفاظ على طبيعة العقد بالحالة التي تم التعاقد عليها، وتحتل هذه الفكرة مكانة بالغة الأهمية للقاضي الإداري، إذ إنه سيجد نفسه مسبوقا إلى الاستهداء بها في تقدير التعويض المستحق للمتعاقد متى تحققت موجباته.

. تقوم نظرية التوازن المالي للعقود الإدارية بالأساس على اعتبارات العدالة في المقام الأول، بالنظر إلى ما هو مفترض في تنفيذ العقود الإدارية وسائر العقود من اعتبارات حسن النية، وكفالة انتظام سير المرفق العام في تقديم الخدمات للمنتفعين على الوجه المناسب مما يحقق الصالح العام.

. لقد ابتدع مجلس الدولة الفرنسي النظريات التي من شأنها الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري وكان الهدف من ذلك هو تحقيق المصلحة العامة ومساعدة الملتزمين في إنجاز التزاماتهم، وحتى لا يتمتع الأفراد عن التعاقد مع الإدارة وهذه النظريات هي: نظرية فعل الأمير، ونظرية الظروف الطارئة، ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، ونظرية القوة القاهرة.

ثانيا: المقترحات والتوصيات.

. إن سلطة الإدارة العامة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة قبل إتمام هذا العقد نهائيا، دون أن يصدر خطأ من جانب المتعاقد، حق خطير وتكاد لا تجد له وجودا في مجال علاقات القانون الخاص، إلا إذا ما اتفق المتعاقدان على ذلك، أو أباحه القانون بنص صريح. فهذا الامتياز له من الخطورة الكبيرة على حقوق المتعاقد خاصة إذا كان قرار الإدارة غير مبرر وتعسف، فلا يجوز أن تكون الأسباب العقدية والشخصية والمهنية والنقابية سببا لإنهاء التعاقد، فلا بد أن يراعي لمبدأ المشروعية، كما يشترط أن يكون الغية من هذا

الإجراء تحقيق المصلحة العامة، كزوال الغرض الذي أبرم العقد من أجل تحقيقه، أو إعادة تنظيم المرفق العام بما يتلاءم مع التطورات العلمية الحديثة...

. ينبغي الإشارة إلى أن قانون الصفقات العمومية في الجزائر لم يخصص أحكاما خاصة لكل نوع من الصفقات العمومية، بل جمع أحكام الصفقات بمختلف أنواعها، وكذلك الحال في قانون الولاية والبلدية لم يشر لأحكام خاصة وتفصيلية لكل عقد وترك الحرية للإدارة.

. طالما كانت المادة ٨٠٠ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية هي التي حددت قواعد الاختصاص النوعي، إلا بالرجوع إليها لا نجدها تشير لمؤسسات أخرى ذات طابع عام إلا المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري. وهنا نسجل عدم تطابق واضح بين قانون الإجراءات المدنية والإدارية وتنظيم الصفقات العمومية هذا الأخير الذي جاءت مادته الثانية مفصلة في أنواع المؤسسات. ومن المؤكد أن إشكالية الاختصاص ستعرف تعقيدا أكثر إن تعلقت الصفقة بمؤسسة صناعية وتجارية ممولة كليا من الدولة، وهذا كان من الضروري المسارعة في مراجعة نص المادة على نحو يتضمن مقدار من الملائمة والتنسيق بين نصوص قانونية وتنظيمية.

قائمة المراجع

قائمة المصادر والمراجع

١-القرآن الكريم

ب ـ النصوص التنظيمية

المرسوم الرئاسي (٢٣٦/١٠) المؤرخ في ٠٧/ ٢٠١٠/١٠ المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد ٥٨.

قائمة المراجع

- بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة ٢٠١٠

- عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة ١٩٩١.

- عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة ٢٠١٠.

- علاء الدين العشي ، مدخل إلى القانون الإداري ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، سنة ٢٠١٢ .

- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارية عن تصرفاتها القانونية: القرارات والعقود الإدارية، منشأة المعارف، مصر، سنة ٢٠٠٧

- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، حسب المرسوم الرئاسي - (٠٨- ٣٣٨) جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر، سنة ٢٠٠٨.

- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، سنة ٢٠٠٤.

-ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديد للنشر، الإسكندرية، سنة، ٢٠٠٧.

- محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة ٢٠٠٥.

- محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، كلية الحقوق، الإسكندرية، سنة١٩٩٠.

-محمد رفعت عبد الوهاب ، مبادئ وأحكام القانون الإداري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ،سنة ٢٠٠٥.

ـ محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، مصر، طبعة الأولى، سنة ٢٠٠٧.

ـ مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٨.

ـ مصطفى سالم النجيفي، العقود الإدارية والتحكيم، الآفاق المشرقة للنشر والتوزيع، عمان، طبعة الأولى، سنة ٢٠١٠

ـ محمد عبد الله شريف النعيمي، التزامات وحقوق التي يبرمها العقد الإداري اتجاه الغير، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٤

ـ محمد مقبل العندلي، آثار العقد الإداري (دراسة مقارنة)، دار وائل للنشر، طبعة الأولى، عمان، سنة ٢٠١٥.

ـ نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، لبنان، سنة ٢٠١٠.

ـ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، الطبعة الخامسة، سنة ١٩٩١.

ـ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، سنة ١٩٩١.

ـ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الخامسة، سنة ٢٠٠٥.

ـ حمدى ياسين عكاشة، العقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية.

ـ هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠١٥.

ـ ذنون سليمان يونس العبادي ، مظاهر السلطة العامة في إنهاء العقد الإداري ، دار الكتب القانونية ،مصر .

ـ جابرجاد نصار ، عقود BOT ، التطور الحديث لعقد الإلتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة .

ب / الرسائل والمذكرات

ـ الرسائل

ـ أسامة بن علي السلطان، سلطة القاضي إزاء تنفيذ العقد (دراسة مقارنة)، بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المعهد العالي للقضاء، المملكة العربية السعودية، ١٤٣٢ هـ

ـ خالد سعد راشد العليمي، أثر نظرية الظروف الطارئة في التوازن المالي للعقد الإداري (دراسة مقارنة)، تقدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات منح درجة الماجستير في القانون العام، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، ٢٠٠٨

ـ المذكرات

ـ بلقاسم زهرة، أثر نظرية الظروف الطارئة على العقود، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص: عقود ومسؤولية، جامعة أكلي محند أو لحاج، البويرة، السنة الجامعية ٢٠١٣/ ٢٠١٤

ـ بوشارب الزهرة، نظرية فعل الأمير وأثر في المادة الإدارية، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر أكاديمي، تخصص قانون إداري، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، ٢٠١٤

ـ عبدلي حمزة، آثار العقد الإداري، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص: قانون إداري، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الموسم الجامعي: ٢٠١٤/ ٢٠١٥

ج / المقالات

ـ سحر جبار يعقوب، فسخ العقد الإداري لاستحالة التنفيذ بسبب الظروف الطارئة جامعة الكوفة، كلية القانون، العدد السابع، ٢٠٠٧

ـ محمد أبو بكر عبد المقصود، إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ظل الأزمة المالية "نظرية الظروف الطارئة "، المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر، جامعة المنصورة، ٢٠٠٩

ـ د / الموقع الإلكترونية

ـ محمد الشافعي أبوراس، العقود الإدارية، بحث منشور على الأنترنات

فهرس المحتويات

فـهـرس الـمـحـتـويـات

مقدمة:.....أ

الفصل الأول: ماهية العقد الإداري: ١

المبحث الأول: مفهوم العقد الإداري..... ٢

المطلب الأول: تعريف العقد الإداري ٢

الفرع الأول: التعريف اللغوي للعقد:..... ٣

الفرع الثاني: تعريف الاصطلاحي للعقد. ٣

الفرع الثالث: التعريف الفقهي للعقد الإداري ٣

الفرع الرابع: التعريف القضاء للعقد الإداري. ٤

المطلب الثاني: العناصر المميزة للعقد الإداري. ٥

الفرع الأول: العنصر الأول: إن يكون أحد طرفي العقد من أشخاص القانون العام: ٦

الفرع الثاني: العنصر الثاني أن يكون العقد متصلا بمرفق عام ٦

الفرع الثالث: إن العنصر يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة..... ٧

المبحث الثاني: إبرام العقد الإداري ٨

المطلب الأول المبادئ التي تحكم إبرام العقود الإدارية..... ٨

المطلب الثاني: طرق إبرام العقود الإدارية ٩

المبحث الثالث: آثار العقد الإداري..... ١٠

المطلب الأول: آثار في مواجهة المتعاقد مع الإدارة..... ١٠

الفرع الأول: سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه: ١١

الفرع الثاني: سلطة الإدارة في تعديل العقد..... ١٤
الفرع الثالث: سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد:..... ٢٢
المطلب الثاني: حقوق المتعاقد مع الإدارة:..... ٣٥
الفرع الأول: حق المتعاقد في الحصول على المقابل المالي:..... ٣٥
الفرع الثاني: حق المتعاقد مع الإدارة في أقضاء التعويض:..... ٣٨
الفصل الثاني : حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري..... - ٤٤ -
المبحث الأول: نظرية فعل الأمير..... - ٤٥ -
المطلب الأول: ماهية نظرية الأمير..... - ٤٦ -
الفرع الأول: تعريف نظرية فعل الأمير..... - ٤٦ -
الفرع الثاني: صور نظرية فعل الأمير..... - ٤٨ -
المطلب الثاني: شروط تطبيق نظرية فعل الأمير..... - ٥٢ -
الفرع الأول: وجود عقد إداري وضرر للمتعاقد..... - ٥٢ -
الفرع الثاني: عدم توقع الفعل للمتعاقد..... - ٥٤ -
الفرع الثالث: إصدار الإجراء من الإدارة المتعاقدة وعدم خطئها:..... - ٥٥ -
المطلب الثالث: أثار نظرية فعل الأمير..... - ٥٦ -
الفرع الأول: الأساس القانوني للتعويض..... - ٥٧ -
الفرع الثاني: تقدير التعويض..... - ٥٩ -
المبحث الثاني: الظروف الطارئة..... - ٦٢ -
المطلب الأول: نشأة نظرية الظروف الطارئة..... - ٦٢ -
الفرع الأول: نشأة نظرية الظروف الطارئة وتعريفها..... - ٦٣ -
الفرع الثاني: أساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة:..... - ٦٥ -

المطلب الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة: ..... - ٦٦ -
المطلب الثالث: آثار المترتب على تطبيق نظرية الظروف الطارئة ..... - ٦٧ -
الفرع الأول: وجوب الاستمرار في تنفيذ العقد ..... - ٦٨ -
الفرع الثاني: حق المتعاقد في الحصول على التعويض ..... - ٦٩ -
المبحث الثالث: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ..... - ٧٢ -
المطلب الأول: نشأة وأساس القانوني لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ..... - ٧٢ -
الفرع الأول: نشأة نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة. ..... - ٧٣ -
الفرع الثاني: الأساس القانوني لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة. ..... - ٧٣ -
المطلب الثاني: شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة. ..... - ٧٥ -
الفرع الأول: ضرورة وجود صعوبات مادية وغير عادية واستثنائية ..... - ٧٥ -
ـ الفرع الثاني: الصعوبات الغير المتوقعة من أطراف العقد: ..... - ٧٦ -
الفرع الثالث: الصعوبات المادية غير المتوقعة التي تلحق ضررا بالمتعاقد (قلب اقتصاديات العقد): - ٧٧ -
المطلب الثالث: الآثار المترتب على تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ..... - ٧٧ -
الفرع الأول: استمرار الملتزم في متابعة التنفيذ لالتزاماته التعاقدية: ..... - ٧٨ -
الفرع الثاني: حق المتعاقد في اقتضاء التعويض ..... - ٧٨ -
المبحث الرابع: نظرية القوة القاهرة ..... - ٧٩ -
المطلب الأول: تعريف القوة القاهرة ..... - ٨٠ -
المطلب الثاني: شروط تطبيق نظرية القوة القاهرة: ..... - ٨٠ -
الطلب الثالث: الآثار المترتبة عن نظرية القوة القاهرة ..... - ٨١ -
الفرع الأول: الإعفاء من التنفيذ: ..... - ٨٢ -
الفرع الثاني: الحكم التعويض ..... - ٨٣ -

خاتمة:..... - ٨٤ -

قائمة المصادر والمراجع..... - ٨٨ -