



كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون العام



التَّغْيِيرُ الطَّرُوفِ عَلَى تَنْفِيذِ الْعَقْدِ الْإِدَارِيِّ

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق تخصص: قانون عام

تحت إشراف:

أ.د. دايم بلقاسم

إعداد الطالب:

محفوظ عبد القادر

لجنة المناقشة:

أ.د. بدران مراد

أ.د. دايم بلقاسم

أ. قماروي عز الدين

أ. عبد اللاوي جواد

أستاذ التعليم العالي

أستاذ التعليم العالي

أستاذ محاضر "أ"

أستاذ محاضر "أ"

جامعة تلمسان

جامعة تلمسان

جامعة وهران 02

جامعة مستغانم

رئيسا

مشرفا ومقررا

مناقشا

مناقشا





بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

" يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ... "

سورة المائدة ﴿١﴾



إهداء

إلى والدي الكريمن

إلى زوجتي وابنتي

إلى إخوتي الأعزاء

إلى كل طالب علم؛

أهدي هذا الجهد المتواضع

شُكْرٌ وَتَقْدِيرٌ شُكْرٌ وَتَقْدِيرٌ

الحمد لله حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه، اللهم لك الحمد حتى ترضى
ولك الحمد إذا رضيت ولك الحمد بعد الرضا.

لَمَّا كَانَ شُكْرُ النَّاسِ مِنْ ذَوِي الْفَضْلِ مِنَ الْخِصَالِ الَّتِي رَبَّنَا عَلَيْهَا دِينَنَا
الْحَنِيفَ، فَلَا يَفُوتُنِي أَنْ أَتَوَجَّهَ بِالشُّكْرِ لِكُلِّ مَنْ أَعَانَنِي عَلَى إِنْجَازِ هَذِهِ
الرِّسَالَةِ مِنْ قَرِيبٍ أَوْ مِنْ بَعِيدٍ، وَأَخْصَ بِالذِّكْرِ أَسْتَاذِي الْفَاضِلَ دَائِمَ
بِلِقَاسِمِ، الَّذِي كَانَ لِي نِعَمَ الْأَسْتَاذِ وَخَيْرَ مُؤَطِّرٍ؛ وَالشُّكْرَ مُوَصُولِ
كَذَلِكَ لِلْأَسَاتِذَةِ الْفَاضِلَةِ أَعْضَاءِ لَجْنَةِ الْمُنَاقِشَةِ الَّتِي تَكَبَّدُوا عَنَاءَ
قِرَاءَةِ هَذِهِ الرِّسَالَةِ وَمُنَاقِشَتِهَا. كَمَا أَشْكُرُ كُلَّ مَنْ اسْتَعْمَلَتْ مَرْجَعًا لَهُ
فِي أَعْدَادِ هَذِهِ الرِّسَالَةِ.

وَأَقَلُّ مَا أَرُدُّ بِهِ الْجَمِيلَ وَالْإِحْسَانَ، أَنْ أَتَوَجَّهَ بِالشُّكْرِ وَالْعِرْفَانِ
وَالتَّقْدِيرِ وَالْإِمْتِنَانِ إِلَى وَالِدِيَّ الْعَزِيزِينَ، اللَّذِينَ عَلَّمَانِي الْحَرْفَ
وَالكَلِمَةَ وَالْجَمْلَةَ وَالنَّصَّ، فَجَزَاكُمَا اللَّهُ عَنِّي خَيْرًا.

قائمة أهم المختصرات

أولاً: بالُّغة العربية

ت ص ع: تنظيم الصفقات العمومية.

ج ر: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.

ج: الجزء.

د ب ن: دون بلد النشر.

د د ن: دون دار النشر.

د س ن: دون سنة النشر.

د ش إ ع: دفتر الشروط الإدارية العامة.

د م ج: ديوان المطبوعات الجامعية.

ط: الطبعة.

ع: العدد.

ق إ م إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ق إ م: قانون الإجراءات المدنية.

م: المادة.

ثانياً: بالُّغة الفرنسية

Aff. : affaire.

AJDA : l'actualité juridique du droit administratif.

ART : article.

ASS : Assemblée

C / : contre.

CE : Conseil d'Etat.

C.P.C : code de procédure civile.

CMP : code des marchés publics.

Concl: conclusion.

Ed : édition.

IDARA : revue de l'école nationale de l'administration.
JCP : juris classeur périodique.
JO : journal officiel.
JORF : journal officiel de la république française.
LGDJ : librairie générale de droit et de jurisprudence.
N : numéro.
OP CIT : ouvrage précité (père ciato).
OPU : office des publications universitaires.
PUF : Presses universitaires de France
RDP : revue du droit public et de la science politique en France et a l'étranger.
Rec : recueil.
RFDA : revue française du droit administratif.
T : tome.
TA : Tribunal administratif.
TC : tribunal des conflits.
V : volume.

مُقَدِّمَةٌ

تقوم الإدارة العامة أثناء سعيها لتحقيق المصلحة العامة بأعداد معتبرة من التصرفات، والتي تشكل جوهر النشاط الإداري، وأعمال الإدارة يمكن تقسيمها إلى قسمين رئيسيين؛ أعمال مادية، وهي كل ما تجريه الإدارة دون أن تنوي من ورائه إحداث أثر قانوني، سواء كان ذلك التصرف إيجابيا أو سلبيا؛ وأعمال قانونية تقصح فيها الإدارة عن إرادتها ونيتها في ترتيب أثر قانوني، سواء بإنشاء مركز قانوني جديد أو تعديله أو إلغائه، أو بتقرير وجود هذا المركز فقط دون انشائه؛ والتصرفات القانونية للإدارة على نوعين:

أولاً: الأعمال القانونية الانفرادية، أي الأعمال القانونية الصادرة عن الإدارة بإرادتها المنفردة، وهي "القرارات الإدارية".

ثانياً: الأعمال القانونية الاتفاقية، أي الأعمال الصادرة بناءً على اتفاق وتبادل الرضا بين الإدارة والطرف الآخر، وهي "عقود الإدارة"؛ وإن تعريف العقد الإداري يختلف باختلاف المعايير المتبعة لتحديده في كل من فرنسا والجزائر.

في فرنسا يمكن تعريف العقد الإداري بأنه العقد المبرم بين شخص من أشخاص القانون العام وأحد الأشخاص الخاصة، ويتصل ارتباطاً وثيقاً بالمرفق العام أو تظهر فيه نية الإدارة العامة في الأخذ بقواعد القانون العام، من خلال تضمين العقد بنوداً غير مألوفة في العلاقات بين الخواص. وهذا التعريف نستخلصه من الشروط التي أوجدها القضاء الإداري الفرنسي لتحديد العقد الإداري، وهي شرط وجوبي (وجود إدارة عامة في العقد¹) وآخر اختياري بين اتصال العقد بالمرفق العام أو تضمينه بنوداً غير مألوف في القانون الخاص.

¹ - كأصل عام، وترد بعض الاستثناءات على هذا الشرط، بحيث سمح القضاء الإداري بإسباغ الصفة الإدارية على عقود مبرمة بين الخواص، كما سيأتي بيانه في هذه الرسالة.

ولكن في الجزائر، وبالرجوع إلى النصوص القانونية والقرارات القضائية ذات الصلة بالعقد الإداري ولو بشكل غير مباشر¹، يمكن تعريف العقد الإداري بأنه كل عقد تبرمه الإدارة العامة؛ وهو تعريف سهل يتماشى مع المعيار العضوي المعتمد عليه في التشريع الجزائري لتحديد اختصاص القضاء الإداري²؛ فلا يأخذ القضاء الإداري بأي معيار من المعايير المعتمد عليها

¹ - نلاحظ هنا عدم وجود نص تشريعي خاص بتنظيم العقود الإدارية، أو بمعنى آخر أن المشرع الجزائري لم يُقَيِّن نظرية العقد الإداري، واكتفى فقط بتنظيم جزء من هذه النظرية ألا وهو تنظيم الصفقات العمومية (والتي قنَّها المشرع الفرعي وليس المشرع العادي)، وتَرَكَ هذه المهمة للقضاء الإداري، الذي يتحمل في ظل هذا الاغفال التشريعي مهمة ثقيلة تتمثل في بلورة وتأطير أحكام العقد الإداري إبرامًا وتنفيذًا ومنازعةً. ولا بد في هذا المقام من ذكر بعض النصوص القانونية الأجنبية التي تنظم العقد الإداري من باب المقارنة، لعلها تكون سبيلًا لمحاكاة ما توصلت إليه الأنظمة القانونية المقارنة في مجال تقنين النظريات والحلول القضائية التي صاغها الفقه والقضاء على مدار السنين حول العقد الإداري؛ ومن ذلك نذكر:

*في فرنسا: نُظِمَ المشرع الفرنسي العقد الإداري من خلال عدة نصوص لعل أبرزها ما يلي:

-Loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration, JORF, 1965, p. 945.

-Ordonnance no 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, JORF no 169, 24/07/2015.

-Ordonnance no 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, JORF no 25, 30/01/2016.

*في ليبيا: أفرد المشرع الليبي نصًا قانونيًا خاصًا بتنظيم العقود الإدارية، ويتعلق الأمر بلائحة العقود الإدارية الصادرة بقرار اللجنة الشعبية العامة رقم 363 بتاريخ 2007/07/05، منشور على <http://site.eastlaws.com>، تاريخ آخر دخول: 2018/07/21.

ونلاحظ من خلال م3 من هذه اللائحة أن المشرع الليبي اعتمد ثلاثة معايير لتعريف العقد الإداري، ألا وهي وجود الإدارة كطرف في العقد، واتصاله بنشاط المرفق العام، ووجود بند غير مألوف في علاقات القانون الخاص.

*في سوريا: نظم المشرع السوري العقود الإدارية من خلال القانون رقم 15 لعام 2004/11/24، المتضمن نظام العقود، بسوريا، منشور عبر موقع: www.google.com.

*أما في مصر فقد نُظِمَ المشرع المصري نظرية الصفقات العمومية من خلال قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري، الصادر بالقانون رقم 89 لسنة 1998، الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية، عدد 19 مكرر، بتاريخ 1998/5/8، منشور على موقع: www.google.com. ولكنه لم يُفَرِّد نصًا خاصًا بتنظيم العقد الإداري على حدّه، مثلما هو الحال في الجزائر.

² - مع العلم أن م3/801 قد وضعت استثناءً على هذا المعيار حينما سمحت للنصوص القانونية الخاصة بمنح الولاية للقضاء الإداري للنظر في بعض المنازعات، ومن ذلك مثلًا المنازعات الخاصة بصفقات المؤسسات العمومية التجارية والصناعية الممولة كليًا أو جزئيًا من طرف الدولة، ومنازعات القرارات التأديبية الصادرة عن المنظمة الوطنية للمحامين.

في فرنسا، ويكتفي فقط بوجود الإدارة كطرف بالعقد من عدمه لتحديد إدارية العقد المعروف عليه، وهذا ما أكده القضاء الإداري الجزائري، مجسدا في قرارات محكمة التنازع¹، ومجلس الدولة². وجدير بالذكر أن هذا الاختلاف في معايير تحديد العقد الإداري بين كل من فرنسا والجزائر، أدى لاختلاف في أنواع العقود التي تيرمها الإدارة كذلك، ففي الحين الذي تعتبر فيه كل عقود الإدارة العامة هي عقود إدارية في الجزائر³، نجد أن عقود الإدارة les contrats de

¹ - أنظر: قرارها الصادر بتاريخ 2007/12/09، المتعلق بنزاع حول عقد توريد بين بلدية وأحد التجار، والذي جاء في إحدى حيثياته ما يلي: "...وأن حضور شخص معنوي من أشخاص القانون العام طرفا في النزاع، يكفي لجعل القاضي الإداري مختصا للفصل فيه..."، مجلة مجلس الدولة، ع9، 2009، ص.150.

² - أنظر: قراره الصادر بتاريخ 2003/04/15، مجلة مجلس الدولة، ع4، 2003، ص.74.

³ - وهذا وفقا للمعيار العضوي المعتمد لتحديد اختصاص القضاء الإداري، واعتبار أن كل نزاع تكون فيه الإدارة العامة هو نزاع اداري.

نشير هنا لقرار صادر عن المحكمة العليا الجزائرية، لا بد من التوقف عنده لكونه استثناءً من هذه القاعدة؛ فقد صدر قرار عن الغرفة التجارية والبحرية لدى المحكمة العليا بتاريخ 2008/04/09 (بين الشركة ذات المسؤولية المحدودة البهجة ووالي ولاية معسكر، ملف رقم 431239، منشور بمجلة المحكمة العليا، ع1، 2008، ص.155 وما يليها) مفاده أن فسخ عقد الايجار الذي تكون الإدارة طرفا فيه، يتم عن طريق حكم قضائي وليس بموجب قرار إداري؛ وهذا القرار يثير جملة من الإشكاليات التي تتمحور كلها في الآتي: كيف للقضاء العادي أن يعقد لنفسه الاختصاص بنظر منازعة عقد أحد أطرافه إدارة عامة؟ ونحن نحلل هذا القرار من زاويتين مختصرتين كالآتي:

أولاً: عقّد هذا القرار اختصاص القضاء العادي للفصل في عقد ايجار أحد طرفيه الولاية، ومردّد ذلك للمادة 7 مكرر من قانون الإجراءات المدنية (الملغى حاليا بقانون الإجراءات المدنية والإدارية) والتي كانت تنص على ما يلي: "خلافاً للمادة السابعة تتكون من إختصاص:

1. المحاكم

- مخالفات الطرق
- المنازعات المتعلقة بالإيجارات الفلاحية والأماكن المعدة للسكن أو لمزاولة مهنية أو للإيجارات التجارية، وكذا في المواد التجارية أو الاجتماعية.
- المنازعات المتعلقة بكل دعوى خاصة بالمسؤولية والرامية لطلب تعويض الأضرار الناجمة عن سيارة تابعة للدولة أو لإحدى الولايات أو البلديات أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية.

ثانياً: بما أن هذا القرار القضائي لم يسمح للإدارة بفسخ العقد، وجعل فسخ العقد الذي تكون الإدارة طرفا فيه من اختصاص القضاء فقط، فإنه يكون قد تجاهل حقها في الفسخ الانفرادي للعقد الإداري. فهل هذا لأنه اعتبره عقدا عاديا كما رأينا في النقطة الأولى، أم لأنه اعتبره مثل عقد الامتياز وحرّم الإدارة من إنهائه انفراديا. أم أنه أخطأ في التفسير وتناسى أهم خصائص وذاتيات العقد الإداري؟ وهي كلها تساؤلات لا يمكن الإجابة عنها في ظل عدم تبرير هذا القرار لموقفه من سلطة الفسخ الانفرادي.

l'administration في فرنسا تنقسم إلى عقود إدارية¹ contrats administratifs تخضع للقانون الإداري، وعقود عادية² تخضع للقانون الخاص Des contrats de droit privé conclus par l'Administration.³

ومهما يكن من أمر هذا الاختلاف، يمكن القول أن العقد الإداري يتبوأ اليوم مكانة بالغة الأهمية ضمن نظريات النشاط الإداري، إلى جانب نظرية القرار الإداري التي كانت لزمن طويل هي المعيار المميز للقانون الإداري عن القانون الخاص.

ولكن بما أن للإدارة العامة سلطة الأمر والنهي انفراديا من خلال آلية القرار الإداري، فلماذا تلجأ إلى اتفاق الارادات والتعاقد مع الخواص؟ أو لماذا تترك الإدارة التصرف بإرادتها المنفردة والملزمة للخواص وتذهب إلى التفاوض والتعاون معهم؟ قد تبدو الإجابة عن هذا التساؤل سهلة وبديهية، ومبررة من خلال احتياج الإدارة لخدمات الخواص، وعدم قدرتها على انجاز بعض المشاريع إلا من خلال الاستعانة بالنشاط الفردي واستغلال خبرات وأموال الخواص، ولكن الإجابة في الواقع تحمل في طياتها مراحل تاريخية كبيرة تدرجت فيها تصرفات الإدارة العامة وتحولت إلى أن وصلت إلى المزج بين الأعمال الانفرادية والأعمال الاتفاقية التعاقدية⁴. فرغم أن القرار الإداري يعد أنجع وأقوى الوسائل القانونية التي تتسلح بها الإدارة للقيام بواجباتها ومهامها اليومية المتعددة، إلا أنه قد يعجز أحيانا عن الوفاء ببعض الأهداف المنشودة، كونه يقوم على الإلزام

وفي ظل عدم وجود قرارات لاحقة له تبين اتباع نفس هذا النهج، مما يدفعنا للقول بأن هذا القرار هو مجرد قرار نسبي لا يرقى لمرتبة الاجتهاد القضائي.

¹ هي العقود التي تبرمها الإدارة باعتبارها سلطة عامة، حيث تلجأ إلى استعمال الامتيازات التي خولها لها القانون بهذه الصفة، وهي العقود الإدارية، وهي خاضعة للقانون الإداري، ولولاية القضاء الإداري.

² هي عقود القانون الخاص التي يخول التشريع للإدارة العامة أن تبرمها مع الأفراد وفقا لقواعد القانون الخاص، وذلك في حالة عدم استعمالها لامتيازات السلطة العامة، وهي خاضعة للقانون الخاص، وتدخل ضمن ولاية القضاء العادي

³ «Les contrats conclus par les personnes morales de droit public sont soumis aux règles établies par le Code des Obligations civiles et commerciales sauf s'il s'agit de contrats administratifs», voir : Loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration, JORF, 1965, p. 945, Art premier.

⁴ للبحث أكثر عن التطور التاريخي لظهور العقد الإداري، وعن المناقشات الفقهية الحادة التي أوصلت نظرية العقد الإداري إلى ما هي عليه اليوم؛ انظر:

FRIEDRICH Clemmy, Histoire doctrinale d'une mise en discours : Des contrats de l'administration au contrat administratif (1800-1960), Doctorat de l'université de TOULOUSE, 2016.

وفرض الأوامر، وكون الإدارة-بعد التحول من إدارة حارسة إلى إدارة متدخلة-وجدت نفسها ملزمة على التعامل مع الخواص والاستفادة من خدماتهم وخبراتهم، لذلك أصبح العقد الإداري هو الآخر من بين أهم الأعمال الإدارية القانونية تداولاً في الحياة العملية وأكثرها انتشاراً.

وقد "ظهرت العقود الإدارية تاريخياً باعتبارها أعمالاً إدارية قانونية بعد القرار الإداري، وهذا عندما تنازلت الإدارة عن جزء من امتيازاتها لتبحث لها عن معاونين اقتصاديين واجتماعيين، للتكفل بالمشاركة الاجتماعية والمساهمة في تسيير المرافق العمومية وتنفيذ وإسداء الخدمات العمومية التي يحتاجها المواطنون، وذلك لسببين وهدفين متكاملين هما تخفيف الأعباء عن الإدارة ثم الانفتاح على النشاط الخاص بإشراكه في الشأن العام"¹.

فإذا أردنا وضع الأطار التاريخي للتصرفات القانونية للإدارة فنجد أن القرار الإداري هو الأول في الظهور، ثم استتبعه فيما بعد العقد الإداري، وهذا الأخير هو الآخر عرف تطوراً تاريخياً في فرنسا-بلد المنشأ لنظرية العقد الإداري-بحيث كان في البداية الأصل العام في عقود الإدارة أنها مجرد عقود عادية تخضع للقانون الخاص، إلا ما استثناه نص قانوني خاص أو قرار لمجلس الدولة الفرنسي وأخضعه لولايته²، ثم تحول هذا المبدأ تدريجياً بفضل مجهودات مجلس الدولة الفرنسي والذي اعتمد معياراً عضوياً لتحديد العقد الإداري³، بجعل كل عقد تبرمه الإدارة العامة عقداً إدارياً، وجعل العقد العادي للإدارة مجرد استثناءٍ حينما تبدي تخليها عن امتيازات السلطة العامة وتنزل لمرتبة الخواص. وذلك مرجعه إلى فكرة جوهرية مفادها أن القواعد الحاكمة لعقود الخواص لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تحكم عقود الإدارة العامة، لاختلاف المراكز القانونية للمتعاقدين في كلا العقدين؛ فنظرية العقد الإداري ذات منشأ قضائي ابتدعها القضاء الإداري

¹- أنظر: عزوي عبد الرحمن، خصوصية المصطلحات القانونية في القانون الإداري وانعكاساتها على مفهوم الأعمال الإدارية القانونية ومقوماتها (حالة العقد الإداري)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ع.01، مارس 2012، ص.394،395.

²- وذلك راجع للتمييز بين أعمال السلطة وأعمال التسيير في تحديد اختصاص القضاء الإداري، فاعتبرت العقود الإدارية بمثابة عمل عادي من أعمال الإدارة العادية.

³- voir : C.E 06/02/1903, Terrier, publié sur : www.legifrance.gouv.fr, date de la dernière consultation le : 14/07/2018.

الفرنسي، بعد أن أيقن عدم صلاحية القانون الخاص للتطبيق على العقد الإداري، لاختلاف الهدف من العملية التعاقدية في حد ذاتها.

ويعتبر العقد-بشكل عام سواء أكان إداريا أم عاديا-أحد أهم التصرفات القانونية، كونه الأداة الأكثر فعالية للتعامل الاقتصادي، والتنظيم الاجتماعي، وهو أهم تصرف قانوني متداول يوميا بين أفراد المجتمع، بل إن من الفقه من بنى نظرية الدولة ككل على أساس مفهوم العقد الاجتماعي، في دلالة على الدور الفلسفي والسياسي الذي يلعبه العقد كرابط بين الحكام والمحكومين. ولعل هذه الأهمية القصوى للعقد تنبثق من كونه الوسيلة المثلى والمتقبّلة لإخضاع حرية الافراد وتقييدها بالتزامات مختلفة، كون هذه القيود لم تنشأ إلا من اتفاق الارادات.

وإذا كان العقد يعتبر بمثابة قانون للمتعاقدين كونه ينبثق عن الإرادة الحرة لهما، وهي وحدها التي تملك سلطة تقييدهما ببنود العقد الذي اتفقا عليه؛ إلا أن سلطان الإرادة ليس هو العامل الوحيد المتحكم في ابرام وتنفيذ العقود، فسلطان القانون له هو الآخر مكانة معتبرة في هذا المجال، وهذا خوفا من فرض التزامات على الضعيف من القوي، نظرا لكون أطراف العقد ليسوا دوما متساوين، فيتدخل القانون لصقل الإرادة الحرة للمتعاقدين في قالب من الحماية ضد الشروط التعسفية، وضد عقود الإذعان المجحفة للطرف الضعيف في العلاقة، وضد التعسف في استعمال الحق والمساس بقواعد النظام العام، كما يتدخل أحيانا لجعل الإرادة الحرة للمتعاقدين لا تساوي شيئا لولا افراغها في قالب شكلي رسمي، مثل الرسمية كشرط للتصرفات الواردة على العقار، وهذا حماية للمتعاقدين وللغير على حد سواء.

ولعل هذا التداخل في القواعد النازمة للعقد بين إرادة الافراد وسلطة القانون، هو ما جعل القانون الوضعي للعقد يشبه لحد كبير نظرية الجعلية في الفقه الإسلامي، فالإرادة الحرة هي من تنشأ العقد ليصبح بعد ذلك خاضعا لقواعد الشارع التي تحكم آثاره¹.

وإذا كان هذا هو شأن تنظيم العقود المدنية التي لا تسعى سوى لإشباع حاجيات فردية للمتعاقدين، فما هو حال العقد الإداري الذي يصبو فضلا عن المصالح المتقابلة والحاجيات

¹ - يُقصدُ بمبدأ الجعلية في الفقه الإسلامي أن أحكام العقود وآثارها تكون من الشارع لا من العاقد، فدور العاقد قاصر على تكوين العقد وانشائه فقط، دون ترتيب آثاره، انظر: محمد بوكماش، أثر الجعلية في تقييد مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مجلة البحوث والدراسات، ع 13، السنة 9، د ب ن، شتاء 2012، ص.139.

المتبادلة للمتعاقدين لهدف أسمى وأنبل من ذلك، ألا وهو تنفيذ مرفق عام واشباع الحاجيات العامة لجمهور المنتفعين؟

ويجد هذا التساؤل جوابه بدهاءة في علاقة العقد الإداري بالمرفق العام، وفي التأثير البالغ الذي يضيفه هذا الأخير على كل القواعد الناظمة للعقد الإداري؛ ومن ذلك تمتيع الإدارة المتعاقدة بامتيازات السلطة العامة، والتي تعتبر بحق مناط التمييز بين العقود الإدارية والعقود العادية، ولعل أبرز أثر لفكرة المرفق العام على قواعد تنظيم العقد الإداري، هو التكييف القانوني والفقهية للعلاقة التعاقدية الإدارية بأنها علاقة تعاون ومساهمة في تسيير مرفق عام، مما يجعل المتعاقد معاوناً للإدارة في هذه المهمة وليس مجرد متعاقد عادي. وهو ما ينعكس كذلك على مرحلة تنفيذ العقد الإداري بحيث لا بد من إلزام المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ العقد الإداري لزوماً وتحت كل الظروف، حتى ولو استلزم الأمر معاونته من طرف الإدارة العامة.

فقد تطرأ أثناء تنفيذ العقد ظروف لم تكن متوقعة وقت إبرامه، من شأنها تغيير طرق ووسائل التنفيذ بشكل مغاير لما كان في حسابان المتعاقد وفي تقديره، وقد يخل بإمكانياته المادية ويجعل تنفيذ العقد أكثر إرهاقا له.

وهذه الظروف قد تكون نتيجة لفعل الإدارة المتعاقدة من خلال ما تتمتع به من سلطة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري، وهو ما يندرج ضمن نظرية فعل الأمير، كما قد تنتج عن ظروف اقتصادية استثنائية وغير متوقعة تؤدي لقلب اقتصاديات العقد، حسب ما عالجته نظرية الظروف الطارئة، أم أنها تنتج عن ظروف طبيعية من شأنها جعل تنفيذ العقد أكثر كلفة للمتعاقد، وهو ما تنظمه نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة. ويُعبّر عن كل هذه النظريات الثلاث بنظريات التوازن المالي للعقد الإداري.

وتُعدُّ فكرة التوازن المالي للعقد الإداري مظهراً واضحاً من مظاهر تأثر العقد الإداري بفكرة المرفق العام، فتحقيق المصلحة العامة كهدف للإدارة المتعاقدة، يدفعها إلى مساعدة المتعاقد معها من أجل ضمان السير المنتظم والمُطرد للمرفق العام محل التعاقد. وإلا فأن ترك المتعاقد وحده في مواجهة نفقات غير متوقعة نتيجة ظروف طرأت أثناء تنفيذ العقد، من شأنه دفعه للإحجام

عن تنفيذ العقد أو على الأقل للعزوف عن التعاقد مع الإدارة مستقبلاً، مما ينعكس بشكل سلبي على الخدمات المؤداة لجمهور المنتفعين من خدمات المرفق العام.

إلا أن المخاطر التي قد تواجه تنفيذ العقد الإداري لا تنحصر في نظريات التوازن المالي فقط، بل تُضاف لها الوقائع القانونية والطبيعية التي قد تؤثر على المركز القانوني للمتعاقدين في العقد الإداري، فَتَحُولُ دون إمكانية أحدهما القيام بالالتزامات المترتبة عليه، وتُضاف إليها كذلك حالة القوة القاهرة التي إذا ما صادفها العقد الإداري فإن مآله هو النهاية لاستحالة التنفيذ. وهي كلها حالات تشكل موضوع دراستنا من خلال هذه الرسالة، التي تظهر أهميتها إذا ما علمنا أن العقود الإدارية تعتبر من أهم الوسائل في تسيير المرفق العام، باعتبارها الوسيلة الرضائية الوحيدة لتعامل الإدارة مع إدارة أخرى، أو مع الخواص من وطنيين وأجانب، وأن هذا التسيير يساهم فيه المتعاقد مع الإدارة باعتباره معاوناً لها ومساهماً في مهمة تسيير مرفق عام، ومن تمة فلا يمكن أبداً النظر إليه كمتعاقد عادي خاطر في صفقة تجارية وتعرض لظروف أدت إلى خسارته، بل يُنظَرُ إليه دوماً على أنه متعاقد من نوع خاص، لا بد من الوقوف الى جانبه في وجه المتغيرات والمخاطر من أجل مساعدته على ضمان خدمات المنتفعين من المرفق العام محل التعاقد.

وإذا كانت هذه الأهمية العملية لموضوع تغير الظروف أثناء تنفيذ العقد الإداري كفيلاً لوحدها بالتحفيز على دراسته، وتبيان الحلول والأطر القانونية التي أوجدها التشريع والقضاء لمعالجة مثل هذه الظروف ولحماية المتعاقد في ظلها، إلا أن لهذه الدراسة أهمية نظرية علمية أيضاً، فرغم أن هذا الموضوع قد يبدو مستهلكاً من قبل، نظراً لكثرة المراجع بفضل الله ثم بفضل جهود الفقهاء الفرنسيين والعرب، إلا أن أهميته وذاتيته تظهر في الجزائر نظراً لكون المراجع المنصَّبَ على دراسة العقد الإداري وتنفيذه تعتبر قليلة نسبياً ماعداً المذكرات والرسائل أو الكتب، التي تنصب غالباً على موضوع الصفقات العمومية، كما أن ما يميز هذه الدراسة هو أنها لم تكتفي بمعالجة نظريات التوازن المالي فقط كما فعلت جل المراجع، بل أضافت لها نظرية القوة القاهرة، ونظرية الاثراء بلا سبب في العقود الإدارية، وعالجت أيضاً حالة تغير المراكز القانونية للإدارة والمتعاقد معها، وبسطت الضوء كذلك على الدور الاتفاقي لمعالجة أثر تغير ظروف تنفيذ العقد الإداري،

وذلك كله على ضوء التشريع والقضاء الفرنسي والمصري والجزائري وبعض الدول العربية بين الحين والآخر حسب ما تستدعيه الدراسة.

وإذا كانت حالات تغير الظروف اثناء تنفيذ العقد متعددة ومتباينة بهذا الشكل، ففيم تتمثل العوامل الواقعية والقانونية التي تساهم في تغيّر ظروف تنفيذ العقد الإداري على خلاف ما تم التعاقد عليه؟ وما هي الحلول التشريعية والقضائية والاتفاقية لمواجهتها؟

للإجابة عن هذه التساؤلات، نتبع المنهجين التحليلي والمقارن، اعتماداً على تحليل التشريعات والآراء الفقهية المختلفة والأحكام القضائية، مع وضع مقارنة مع النصوص الأجنبية، الفرنسية منها والعربية، كون فرنسا هي مهد هذه النظريات ومنشؤها، سواء على المستوى القضائي أو الفقهي أو التشريعي، وكون الجزائر تشترك وتتشارك مع بعض الدول العربية-التي سقناها في الدراسة المقارنة- من حيث البيئة القانونية، والمصادر التاريخية والمادية للقانون الإداري؛ فضلاً عن المنهجين أعلاه، نضع دراسة تاريخية للنصوص القانونية والأحكام القضائية المتعلقة بموضوع تنفيذ العقد الإداري، من خلال تتبع الإطار القانوني المنظم لتنفيذ العقود الإدارية تاريخياً، وذلك وفق تقسيم ثنائي فيما يلي عرضه:

الباب الأول: التأصيل القانوني لحالات تغيّر الظروف أثناء تنفيذ العقد الإداري.

الباب الثاني: الحلول القانونية لمواجهة الأثر الناشئ عن تغيّر ظروف تنفيذ العقد الإداري.

الباب الأول

التأصيل القانوني لحالات تَغْيِيرِ

ظروف تنفيذ العقد الإداري

لَمَّا كان العقد الإداري عقداً من نوع خاص، نظراً لسعيه الدائم والحديث لتحقيق النفع العام سواء بشكل مباشر أو غير مباشر، فإن هذه الخصوصية ترافق العقد الإداري منذ نشوئه وإلى غاية نهايته¹.

وضمن هذه المسيرة العقدية قد يواجه تنفيذ العقد الإداري معوقات وصعوبات طارئة تغير من ظروف تنفيذه، فقد أثبتت الحياة العملية أن تنفيذ العقد الإداري غالباً ما يصطدم بظروف جديدة مختلفة عن تلك التي كانت وقت إبرامه، ومن شأنها إما أن تجعل تنفيذه مستحيلاً، أو أن تجعل هذا التنفيذ مرهقاً للمتعاقد دون استحاله.

وقد تكون هذه الظروف المستجدة إما بفعل الإدارة المتعاقدة، من خلال ما تتمتع به من سلطات وصلاحيات قد تسمح لها باتخاذ إجراءات تمس بالمركز المالي للمتعاقد؛ أو بسعي من هذا الأخير وبتدخل منه، لما يرى في ذلك من فائدة على حسن تنفيذ العقد، وقد تكون نتيجة لظروف خارجة عن إرادة طرفي العقد الإداري، تؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مرهقاً وتترتب عليها خسائر غير مألوفة في الحالات العادية، كما قد تؤدي هذه الظروف إلى استحالة تنفيذ العقد الإداري كلياً. بل وقد تتغير الوضعية القانونية لأحد المتعاقدين بتعرضه لوقائع طبيعية أو أحكام قانونية من شأنها التأثير على مركزه القانوني، ومن ثمة التأثير على تنفيذ العقد الإداري ككل.

وأمام ما سبق ذكره، سنحاول الإلمام بجميع حالات تغير الظروف أثناء تنفيذ العقد الإداري، وتأصيل مفاهيمها وتبيان أحكام وشروط أعمالها، سواء تلك الحالات التي من شأنها جعل تنفيذ

¹ - فالعقد الإداري لا ينشأ بمجرد الحرية التعاقدية لطرفيه، بل إن الإدارة لا تستطيع التعاقد مع من تشاء ووقتاً تشاء، بل هناك قواعد قانونية صارمة جداً تتبعها الإدارة لتحديد احتياجاتها وضرورة لجوئها للتعاقد، ثم تمر عبر إجراءات أخرى لاختيار المتعاقد معها، وذلك عبر آليات وضعها المشرع ليكفل بها اختيار أحسن متعاقد مراعاة لضرورات المرفق العام من جهة، وللمبادئ الشفافية والعلانية والمنافسة في إبرام العقود الإدارية من جهة أخرى.

وعلى مستوى التنفيذ فإن خصوصية العقد الإداري تظهر كذلك من خلال السلطات الاستثنائية التي تتمتع بها الإدارة المتعاقدة، كسلطتها في الرقابة والتوجيه وسلطتها في التعديل الانفرادي للعقد الإداري، وهو ما يضيف ذاتية للعقد الإداري تجعله متميزاً عن نظيره المدني بشكل كبير.

وعلى مستوى نهاية العقد الإداري تظهر كذلك هذه الخصوصية لا سيما من خلال سلطة الإدارة في الإنهاء الانفرادي للعقد الإداري حتى بدون خطأ المتعاقد معها.

العقد الإداري صعبا ومرهقا للمتعاقد (الفصل الأول)، أو تلك الحالات التي تؤدي إما لاستحالة تنفيذ العقد الإداري أو لتغير أطرافه (الفصل الثاني).

الفصل الأول

الظروف التي من شأنها جعل
تنفيذ العقد الإداري صعبا

المبدأ في العقد الإداري أنه ينتج جِراء توافق إرادتين بقصد إنشاء آثار قانونية، وهذه الآثار تنشأ في ذمة كلٍ من طرفي العقد لأن إرادة كل منهما قد اتجهت لقبول هذا الأثر؛ وهو ما يؤدي للقول بأن العقد الإداري يستمد قوته الملزمة من الإرادة الحرة لطرفيه¹، إلا أن العقد الإداري قد يتعرض لمجموعة من الظروف لم تكن موجودة ولا متوقعة وقت إبرامه ومن شأنها أن تجعل تنفيذه صعباً ومرهقاً للمتعاقد مع الإدارة، ولا يمكن لهذا الأخير التذرع بعدم معرفته بها للتصل من الالتزام بمواصلة تنفيذ العقد الإداري.

وهذه الحالات قد تكون نتيجة لفعل الإدارة العامة، فممارسة الإدارة لامتيازاتها يمكن أن يؤثر سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة على تنفيذ العقد، مما يؤدي بالمتعاقد إلى عدم القدرة على تنفيذ الالتزامات التعاقدية، وقد يتدخل هذا الأخير من تلقاء نفسه لإضافة بعض الأعمال التي يراها ضرورية لحسن تنفيذ العقد؛ كما قد تكون نتيجة لظروف أخرى قد تواجه المتعاقد أثناء تنفيذ عقده، يمكنها أن تقلب توازن العقد الإداري، ويصبح تنفيذه مرهقاً للمتعاقد².

إذاً، فالحالات المستحدثة والتي من شأنها جعل تنفيذ العقد الإداري صعباً، قد تكون إما مرتبطة بإرادة أحد طرفي العقد (المبحث الأول)، وإما مستقلة عن إرادتيهما (المبحث الثاني).

¹ - أنظر: مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط1، 2005، ص.111.

² - أنظر: حمدي علي عمر، المسؤولية التعاقدية للإدارة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996، ص.116، 151 بتصرف.

المبحث الأول

طوارئ التنفيذ المرتبطة بإرادة طرفي العقد الإداري

تختلف العقود الإدارية عن العقود المدنية في أنها تستهدف مصلحة عامة، وهي تسيير المرفق العام عن طريق الاستعانة بالنشاط الفردي، مما ينبغي معه دوماً تغليب الصالح العام على المصلحة الخاصة للأفراد¹؛ ومن أجل تحقيق هدفها على أكمل وجه، فقد تسعى الإدارة المتعاقدة إلى القيام بتصرفات عديدة من شأنها المساس بظروف تنفيذ العقد الإداري، سواء بشكل مباشر أم غير مباشر، وتجعل من تنفيذه مرهقا لكاهل المتعاقد معها.

ونظرا لاتصال العقد الإداري بتسيير المرفق العام وتلبية الحاجيات العامة للمنتفعين، فإن ذلك لا يجعل من المتعاقد مع الإدارة مجرد متعاقد عادي يكتفي بإبرام عقد لتلقي المقابل المادي فقط، بل يجعل منه متعاقدًا من نوع خاص، لدرجة أنه يصبح معاونًا للإدارة العامة في تسيير المرفق العام *collaborateur de l'administration*، وهو بهذه الصفة قد يسعى للقيام بمجموعة من الأعمال التي لا تدخل ضمن محل التعاقد إلا أنه يرى فيها ضرورة للسير الحسن للمرفق العام على أكمل وجه، فيسعى بإرادته لزيادة هذه الأعمال رغم عدم الاتفاق عليها، وتعود بالنفع على الإدارة العامة.

بل إن ذاتية العقد الإداري الناتجة عن ارتباطه بالمرفق العام، لا تظهر فقط في حياة العقد الإداري، بل تمتد كذلك إلى ما بعد نهاية العقد الإداري، وذلك في حالة بطلان العقد الإداري؛ فهنا كذلك تظهر خصوصية العقد الإداري من حيث الأثر الرجعي للبطلان. بحيث أن المتعاقد يجد نفسه قد بدأ في تنفيذ عقد قد أبرمه مع الإدارة العامة، ثم أثناء التنفيذ يتفاجأ بصيرورة هذا العقد باطلاً ولا قيمة له.

ونظرا لما سبق، يمكن إرجاع طوارئ التنفيذ التي تواجه العقد الإداري وترتبط بإرادة طرفيه إلى فئتين، فئة ترجع فيها هذه الظروف إلى إرادة الإدارة المتعاقدة، والتي تدخل القضاء الإداري

¹ - انظر: محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام 2004، الكتاب الثاني-تنفيذ العقد الإداري طبقاً لقانون المزايدات والمناقصات رقم 89 لسنة 1998، دار الكتب المصرية، 2003، ص.103.

لتنظيمها من خلال نظرية فعل الأمير (المطلب الأول)، وفئة أخرى تضم الظروف التي تغير من تنفيذ العقد بإرادة المتعاقد، لتدخله للقيام بأعمال جديدة لم يتم الاتفاق عليها، وهي الحالة التي تصدى القضاء لنتائجها ضمن نظرية الاثراء بلا سبب (المطلب الثاني).

المطلب الأول

نظرية فعل الأمير في العقود الإدارية

من المعروف في مجال القانون الخاص، أن العقد شريعة المتعاقدين، بمعنى سيادة مبدأ القوة الملزمة للعقد بين أطرافه، فليس لأيٍ منهما التحلل من التزامه أو تعديله إلا بموافقة الطرف الآخر؛ وقد كرّس المشرع الجزائري هذه القاعدة صراحةً في م106 من القانون المدني¹، إذ جاء فيها أن "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون".

إلا أن الأمر على خلاف ذلك في مجال العقود الإدارية، فالرأي الراجح فقها والسائد قضاءً أن الإدارة لا ترتبط بعقودها الإدارية بنفس المدى الذي يرتبط به الأفراد، فالعقد الإداري لا يتمتع في مواجهة الإدارة بقوة الإلزام التي للعقود المدنية، بحيث يجوز للإدارة تعديله بإرادتها المنفردة²؛ ومرد ذلك راجع لكون العقود الإدارية تختلف عن العقود المدنية في أنها تستهدف مصلحة عامة، ألا وهي تسيير المرافق العمومية عن طريق الاستعانة بالنشاط الفردي، مما ينبغي معه تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للأفراد، وبالتالي تم تخويل الإدارة المتعاقدة مجموعة من السلطات الاستثنائية بهدف الوفاء بحاجة المرافق العمومية وضمان سيرها بانتظام واطراد، ومن أهم هذه السلطات، سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري، والتي تمثل الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية³.

كما قد تمارس الإدارة المتعاقدة امتيازات أخرى بوصفها سلطة عامة وخارجة عن نطاق التزاماتها التعاقدية، وتؤدي إلى المساس بظروف تنفيذ العقد وتغييرها⁴.

¹ - الأمر 58-75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني، المعدل المتمم، ج.ر. 78، صادرة في 30/09/1975، ص.818.

² - أنظر: أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1973، ص.192.

³ - أنظر: أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية طبقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002، ص.412.

⁴ - حمدي علي عمر، المرجع السابق، ص.118.

وتدخل كل التصرفات الصادرة عن الإدارة العامة سواء بوصفها هيئة متعاقدة أم بوصفها سلطة إدارية عامة، ومن شأنها المساس بظروف تنفيذ العقد الإداري، ضمن نظرية "فعل الأمير"¹. ومن المعلوم أنّ نظرية فعل الأمير هي نظرية قديمة ومن خلق اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي وهي كثيرة الاستعمال من الناحية العملية، إلا أنها رغم قدمها، فإنها لا تزال غير واضحة الحدود بل قد تكون من أكثر النظريات غموضاً ضمن نظرية العقود الإدارية، وكثيراً ما يتداخل مفهومها مع مفهوم نظرية الظروف الطارئة *théorie de l'imprévision* التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي أيضاً لمعالجة حالات قد تتوافر فيها شروط تطبيق نظرية فعل الأمير². ونظراً لأهمية نظرية فعل الأمير في مجال العقود الإدارية؛ بصفة عامة؛ وفي نطاق البحث عن الظروف التي قد تستجد أثناء تنفيذ العقد الإداري بفعل الإدارة العامة -بصفة خاصة- وباعتبارها نظرية أصيلة في القانون الإداري لا يعرف لها مثيل في القانون الخاص³؛ فلا بد من

¹ - للمزيد من التفاصيل حول نظرية فعل الأمير:

بلال أمين زين الدين، المسؤولية الإدارية التعاقدية وغير التعاقدية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط1، 2011، ص.580، و599 وما بعدها؛ عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري المقارن، دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقاتها في لبنان، الدار الجامعية، مصر، د س ن، ص.531؛ يوسف سعد الله الخوري، القانون الإداري العام، ج1، تنظيم إداري، أعمال وعقود إدارية، ط2، د د ن، 1998، ص.486.

LLORENS François, le pouvoir de modification unilatérale et le principe de l'équilibre financier dans les contrats administratifs, R.F.D.A, mai -juin 1984.

² - أنظر: محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وأثارها القانونية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ط1، 1998، ص.78.

³ - يذكر الفقيه De LAUBADERE ما خلاصته أنّ نظرية فعل الأمير هي نظرية خاصة للقانون الإداري وليس لها أية علاقة بالقانون الخاص والذي يسبغ عليها هذه الصفة الأساسية كونها تضع مسألة تدخل الإدارة المتعاقدة موضع الاهتمام والتساؤل، وهذا على عكس ما يحصل في نطاق القانون المدني...

« Il va de soi par ailleurs que la théorie du fait du prince est propre au droit administratif et ne peut avoir aucun correspondant en droit privé. Ce qui lui donne en effet son caractère original dans les contrats administratifs, c'est qu'elle met en jeu l'intervention dans l'exécution du contrat de l'un des contractants, l'administration ».

ثم يضيف بالنسبة للتصرفات التي تمس عقوداً بين الأفراد قائلاً:

« En droit civil les actes des autorités publiques touchant à des contrats entre particuliers sont toujours pour les parties des faits d'un tiers au contrat, c'est pourquoi. En droit civil, le fait du prince, événement extérieur aux parties, n'est qu'une variété de la force majeure ».

مُشارٌ إليه لدى: محمود عبد المجيد المغربي، نفس المرجع، ص.78 وما يليها.

أنظر كذلك في هذا الصدد:

دراسة هذه النظرية بشكل يسمح بالتعرف على كيفية تغير ظروف تنفيذ العقد الإداري بفعل الإدارة المتعاقدة، وهو ما يتأتى من خلال البحث عن مفهوم هذه النظرية (الفرع الأول)، ثم عن الشروط اللازمة لقيامها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم نظرية فعل الأمير

"إن نظرية عمل الأمير من ابتداء مجلس الدولة الفرنسي، (...) ويتحدد نطاق إعمالها في القانون الإداري، ولا يوجد لها مكان في نطاق القانون الخاص"¹، حيث تعد أعمال السلطة التي تمس عقود الأفراد الخاصة من أعمال الغير بالنسبة لطرفي العقد²، وهذا ما يضيف على هذه النظرية ذاتية وأصالة في نطاق العقود الإدارية.

وتأخذ الإجراءات الصادرة عن الإدارة والتي تندرج في إطار نظرية فعل الأمير صوراً مختلفة، فقد يأخذ فعل الأمير صورة إجراء فردي خاص، وقد يتخذ شكل إجراء عام، كما أن هذه النظرية بعد نشأتها القضائية، قد عرفت الاهتمام البالغ من طرف الفقهاء، حول تحديدها وتبيان أشكالها، لذلك لا بد للبحث عن مفهوم هذه النظرية من تعريفها (أولاً) ثم التعرض لصورها (ثانياً).

أولاً: تعريف نظرية فعل الأمير

سبق القول أن هذه النظرية خاصة بالقانون الإداري ولا يوجد لها صلة بالقانون الخاص³، حيث تعدّ أعمال السلطة التي تمس عقود الأفراد بمثابة السبب الخارجي الغريب عن العقد، والذي يؤدي إلى الإعفاء من المسؤولية عن الأضرار التي تسبب بها الشخص العام⁴؛ فنظرية عمل

L. Richer, droit des contrats administratifs, 5 édition, LGDJ, 2006, p 287.

¹- voir : Saroit BADAoui, le fait du prince dans les contrats administratifs, LGDJ, France, 1955, p.2.

²- أنظر: مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، حقوق وضمانات المتعاقدين مع الإدارة والتحكيم في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 2014، ص.645.

³- رغم أن القانون الخاص لا يعرف مثيلاً لهذه النظرية، إلا أنه لا مانع من القول أن به مجموعة من الوسائل والإجراءات لتحقيق التوازن المالي في العقد المدني؛ للمزيد من التفاصيل: دحمون حفيظ، التوازن في العقد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بجامعة الجزائر العاصمة، 2011-2012، ص.61 وما بعدها.

⁴- وفي هذا السياق نشير إلى نص م486 من القانون المدني الجزائري، والتي تنص على ما يلي: "إذا ترتب على عمل قامت به السلطة الإدارية بمقتضى القانون نقص كبير في الانتفاع بالعين المؤجرة، جاز للمستأجر حسب الظروف أن

الأمير من النظريات التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي¹، وهي أولى النظريات التي أراد بها القضاء الإداري إقامة التوازن المالي في العقد الإداري بين التزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة². حيث نشأت هذه النظرية في ظل القانون الإداري، فهي نظرية قديمة ومن خلق اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي وهي كثيرة الاستعمال في القانون الإداري « وإن قدمها يترك انطبعا في الذهن بأنها بناء قانوني اختبر في التطبيق وأعطى نتائج مؤكدة، إلا أن الواقع غير ذلك، فإنها لا تزال غير واضحة الحدود، بل قد تكون من أكثر النظريات غموضا في قانون العقود الإدارية³»، كثيرا

يطلب فسخ الإيجار أو إنقاص ثمنه، وله أن يطالب بتعويضه إذا كان عمل السلطة الإدارية قد صدر بسبب يكون المؤجر مسؤولا عنه، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك".
والواضح من نص هذه المادة أن المشرع تطرق لفعل له نفس مواصفات فعل الأمير، بحيث يكون فعلا صادرا عن السلطة الإدارية ومشروعا ويؤثر على تنفيذ العقد؛ إلا أنه جعل منه مجرد سبب خارج عن نطاق المتعاقد (فعل الغير) ومن شأنه فسخ العقد (بحيث اعتبره كالقوة القاهرة)، ولم يرتب التعويض في جانب المؤجر إلا إذا ثبتت مسؤوليته عن هذا التدخل من السلطة الإدارية.

وهذا في نظرنا يؤكد الطرح الفقهي الذي مفاده أن نظرية فعل الأمير لا مجال لها ضمن عقود القانون الخاص، لا سيما وأنها تقوم على أساس المسؤولية بدون خطأ.

¹ - يعد قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1909/11/19 في قضية ZEILABADINE من أوائل أحكامه في تطبيق نظرية فعل الأمير، ويخص تدخل الدولة كسلطة تشريعية بإجراءات عامة في مجال عقودها مع الافراد، والتي يترتب عليها تعديل شروط العقد، حيث قضى بتعويض المتطوعين في الجيش نتيجة إلغاء عقودهم بصدور مرسوم يقضي بحل الفرق التي ينتمون إليها؛ أشار إليه: مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص.645، هامش رقم 1. أنظر كذلك:

M. Hauriou, Note sous C.E, 11 Mars 1910, comp. Gen. Fr. de Tramways S. 1911-3-1.

تتلخص وقائع هذه الدعوى في أن الشركة العامة للترام قد أبرمت مع إقليم BOUCHES-RHONE عقد إمتياز نقل الركاب عن طريق الترام، فقام المحافظ بزيادة عدد عربات الترام القائمة بالخدمة لسد حاجات السكان المتزايدة خلال فصل الصيف بالإستناد إلى م 33 من مرسوم 1881/8/6 التي تحدد حقوق الدولة تجاه الملتم، فخاصم هذا الأخير الإدارة لعدم التزامها بنصوص العقد التي تحدد الحد الأدنى من القطارات، ولما عُرض الأمر على مجلس الدولة أصدر حكما يقضي بتبرير تعديل نص عقدي بالإرادة المنفردة للإدارة؛ مهند مختار نوح، الايجاب والقبول في...، المرجع السابق، ص.120، هامش رقم 1.

² - voir : Saroit BADAOU, op cite, p.2, 3,4.

³ - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.78.

ما يتداخل مفهومها مع نظريات أخرى مشابهة لها، بل وحتى مع سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري في حد ذاتها¹.

وأمام أصالة هذه النظرية ودقتها، واختلاف معانيها، فلا بد من إبراز التعاريف التي مُنحت لها، سواء في كتابات الفقهاء أم ضمن اجتهادات القضاء ونصوص التشريع.

ففي الفقه²؛ "يمكن تعريف فعل الأمير بصفة عامة بأنه عمل يصدر عن سلطة عامة دون خطأ من جانبها ينجم عنه الإضرار بمركز المتعاقد في عقد إداري، ويؤدي إلى التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المتضرر عن كافة الأضرار التي تلحقه مما يعيد التوازن المالي إلى العقد³؛" أو هي "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

¹ فهما يختلفان من حيث أن سلطة التعديل هي إجراء تستهدف به الإدارة المتعاقدة شروط العقد في حد ذاته وبشكل مباشر، أي هو إجراء خاص؛ في حين أن فعل الأمير هو إجراء أوسع، لا تقصد به الإدارة المساس بشروط تنفيذ العقد، وإنما يحدث ذلك عرضا وفي الغالب يكون بقصد تحقيق هدف أكبر أو مصلحة عامة أهم. كما يختلفان، من حيث أسلوب تأثير كل منهما على تنفيذ العقد، فتؤثر سلطة التعديل على شروط التنفيذ بشكل مباشر، في حين أن نظرية فعل الأمير تؤثر عليها بشكل غير مباشر؛ أنظر: بن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2011-2012، ص. 57 وما بعدها.

² للاستزادة حول التعاريف الفقهية التي قيلت في نظرية فعل الأمير، أنظر: *حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2001، ص. 258.

*بلال أمين زين الدين، المرجع السابق، ص. 580 وما يليها.

*عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيميا، د د ن، 2009، ص. 170.
*خميس السيد إسماعيل، الأصول العامة والتطبيقات العملية للعقود الإدارية والتعويضات مع القواعد القانونية وأحكام المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة والأحكام الحديثة لمحكمة النقض، د د ن، الطبعة الأولى، 1994، ص. 211 وما يليها.

*عبد الله بن حمد الوهبي، القواعد المنظمة للعقود الإدارية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، 2002، ص. 303.

³ محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص. 81.

كافة الأضرار التي لحقت به نتيجة هذه الأعمال، بما يعيد التوازن المالي وفقاً للأسس التي قام عليها العقد عند إبرامه¹.

كما يمكن تعريف فعل الأمير بأنه "تصرف مشروع غير متوقع صادر عن سلطة عامة متعاقدة، دون خطأ من جانبها، ينجم عنه تسوية في مركز المتعاقد معها في عقد إداري، ويؤدي إلى التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضرور عن كافة الأضرار التي تلحقه من جراء تصرفها في هذا الشأن بما يعيد التوازن المالي للعقد الإداري لحالته التي كان عليها لحظة إبرامه²".

ويعرفها الفقيه سليمان الطماوي، بأن المقصود بعمل الأمير أنه عمل يصدر عن سلطة عامة بدون خطأ من جانبها، ينجم عنه إضرار بمركز المتعاقد في عقد إداري، ويؤدي إلى التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضرور عن جميع الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك، بما يعيد التوازن المالي للعقد³.

وفي فرنسا يرى الأستاذ G. JEZE أن "فعل الأمير ينبغي أن يحوي خصائص معينة هي:
* 1 * أن يكون فعل الإدارة ذا علاقة مباشرة ووثيقة بالتزام المتعاقد، وأن يكون من طبيعته أن يؤدي إلى تأخير المتعاقد عن الوفاء بالتزامه.
* 2 * يجب أيضاً أن يكون فعل الإدارة غير متوقع ومن شأنه استحالة تنفيذ المتعاقد لالتزامه في المواعيد المقررة⁴".

1- أنظر: نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، 2010، ص.697.

2- أنظر: محمد سعيد حسين أمين، الأسس العامة التي تحكم التزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري- دراسة مقارنة-رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1984، ص.608.

3- أنظر: سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية-دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، مصر، 2008، ص.567.

4- أشار إليه: محمد سعيد حسين أمين، المرجع نفسه، ص.279.

كما عرفها الفقيه WALINE بأنها تطلق على كل تصرف من السلطة العامة الإدارية ويؤدي دون خطأ منها إلى زيادة أعباء المتعاقد معها¹.

ومن خلال التعاريف السابقة²، نستنتج أن الفقهاء صاغوا تعريفاً لنظرية فعل الأمير من خلال الشروط والعناصر المكونة لها، والتي ابتدعها القضاء وطورها منذ زمن طويل. وبالرجوع إلى القضاء الفرنسي، نجد مجلس الدولة عرف نظرية فعل الأمير بأنها "عمل يصدر من سلطة عامة ودون خطأ من جانبها، ينجم عنه الإخلال بمركز المتعاقد في العقد الإداري، بحيث تلتزم الإدارة بتعويضه عن كافة الأضرار التي لحقت به، بما يعيد التوازن المالي للعقد الإداري"³.

أما القضاء المصري؛ فقد عرّف نظرية فعل الأمير كالاتي: "المقصود بعبارة فعل الأمير⁴ هو كل إجراء تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة أو

¹ - أشار إليه: لمياء هاشم سالم قبع، اختلال التوازن المالي في العقد الإداري، دار الكتب القانونية، مصر، 2013، ص.47.

² - يمكن تعريف نظرية فعل الأمير كذلك طبقاً للرأي السائد فقهاً، بأنها تتمثل في كافة صور الإجراءات المشروعة الصادرة عن السلطة العامة المتعاقدة، دون خطأ من جانبها ويترتب عليها التأثير على التوازن المالي للعقد الإداري، إما بزيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة أو في الالتزامات التي ينص عليها العقد، وقد تصدر هذه الإجراءات من جهة الإدارة المتعاقدة أو من جهة إدارية أخرى، وقد تتخذ موقفاً إيجابياً في صورة إجراءات إدارية عامة أم إجراءات إدارية خاصة، أو تتخذ موقفاً سلبياً لجهة الإدارة بامتناعها عن تطبيق القوانين واللوائح، وهذه الإجراءات من شأنها أن تؤثر تأثيراً مباشراً على العقد، فتجعل تنفيذه أشدّ عسراً أو أكثر تكلفة أو أقل أرباحاً، وقد تؤثر تأثيراً غير مباشر على العقد، مثل الإجراءات التنظيمية العامة كفرض رسوم جمركية على مواد أولية يحتاج إليها المتعاقد مع الإدارة، أو يكون من شأنها رفع الحد الأدنى لأجور العمال والمستخدمين؛ حمدي علي عمر، المرجع السابق، ص.139.

³ - أشارت إليه: لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق، ص.48.

⁴ - نشير هنا إلى أن القضاء الإداري المصري استعمل في أحكام قليلة منه تسمية عمل الحاكم للدلالة على هذه النظرية، إلا أنّ غالبية أحكام القضاء الإداري المصري تستخدم تسمية "عمل الأمير" وهي المقابل الحرفي للاصطلاح الفرنسي «Le fait du prince»، أنظر: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.698.

وهناك من الفقهاء من يرى استبدال اسم "عمل الأمير" بمصطلح "نظرية السلطة العامة المتعاقدة"، على أساس أن نظرية عمل الأمير هي تسمية كلاسيكية قديمة، حيث كانت سلطات الدولة متمركزة بيد السلطان أو الأمير أو الملك، وهي كانت تتسم بالجبروت والغطرسة والإجراءات البوليسية الرهيبة، لذا يفضلون استخدام مصطلح "نظرية السلطة العامة". كما قد تسمى بنظرية "المخاطر الإدارية" على أساس أن هذه المخاطر تنشأ نتيجة لممارسة السلطة العامة لصلاحياتها ضد المتعاقد، أو تسمى بـ "الصعوبات الإدارية". أنظر: لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق، ص.48 وما يليها.

في الالتزامات التي ينص عليها العقد مما يطلق عليه بصفة عامة المخاطر الإدارية، وهذه الإجراءات التي تصدر من السلطات العامة قد تكون من الجهة الإدارية التي أبرمت العقد وقد تتخذ شكل قرار فردي خاص أو بقواعد تنظيمية عامة¹.

لنكتفي المحكمة الإدارية العليا المصرية فيما بعد بتحديد شروط نظرية عمل الأمير، بالنص في إحدى قراراتها² على أن "تدخل القضاء الإداري لتحقيق التوازن المالي للعقد طبقاً لنظرية فعل الأمير مناطه توافر شروط هذه النظرية، ومن بينها شرط أن يكون الفعل الضار صادراً من جهة الإدارة المتعاقدة، فإذا ما صدر هذا الفعل عن شخص معنوي عام غير الذي أبرم العقد تخلف أحد شروط نظرية فعل الأمير وامتنع بذلك تطبيق أحكامها، ولكن ذلك لا يحول دون تطبيق نظرية الحوادث الطارئة إذا ما توافرت شروطها".

وفي الجزائر هناك من الفقهاء³ من عرف فعل الأمير بالبحث عن التوازن المالي للعقد، ويرى أن نظرية التوازن المالي للعقد الإداري تجد أساسها القانوني في التشريع الجزائري ضمن نص

ونحن نرى من الاحسن استعمال مصطلح "فعل الأمير" بدل "عمل الحاكم"، نظراً لكونه المصطلح المقابل حرفياً لاسم النظرية في فرنسا، ونظراً لكون هذه العبارة هي ما استقر القضاء على استعمالها، فلا مجال لاستعمال مصطلحات عديدة لمُستَمَى واحد.

¹ - حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ 1957/6/30 رقم 983 لسنة 9، المجموعة، ص.607؛ أشار إليه: نصري منصور نابلسي، المرجع نفسه، ص.698.

وفي لبنان، فقد استعمل القضاء الإداري تسمية **فعل السلطة** للدلالة على النظرية، مقررًا أن فعل السلطة هو العمل الذي تقوم به السلطة بصورة شرعية والذي من شأنه أن يغير الظروف الواقعية والقانونية التي سيتم تنفيذ العقد بموجبها؛ أما إذا كان عمل الإدارة غير شرعي، فيعتبر ذلك خطأً تسأل عنه الإدارة.

إلا أن مجلس شورى الدولة اللبناني استعمل في قراراته الحديثة تسمية **"فعل الأمير"** مقررًا أن: «شرط التعويض عن الأضرار اللاحقة بالمتعاقدين مع الإدارة بسبب فعل الأمير المكرسة في الفقه والاجتهاد ثلاثة:

- وجود ضرر؛
- عدم ارتقاب الفعل المسبب للضرر عند التعاقد؛
- نسبة الفعل المسبب للضرر إلى الجماعة العامة المتعاقدة؛ نفس المرجع، ص.699.

² - حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، بتاريخ 1968/05/11، أنظر للمزيد من التفاصيل حول هذا الحكم وأحكام أخرى ذات صلة: محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق.

³ - أنظر: عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الثانية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص.229.

م115 من المرسوم الرئاسي 10-236¹، والتي تنص على ما يلي: "تُسَوَّى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل.

غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق هذه الأحكام أن تبحث عن حلّ ودّي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها، كلما سمح هذا الحل بما يأتي:

إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كلّ من الطرفين... "

ونحن وإن كنا نصدق هذا الطرح، إلا أننا نرى أن تنظيم الصفقات العمومية الجزائرية لم يتطرق مباشرة لنظرية فعل الأمير لا بتعريفها ولا بتقنين احكامها، كما أنه لم يُفصّل كثيرا في أحكام التوازن المالي للعقد، خاصة وأنه لم يبين آليات إعادة هذا التوازن لحالته الطبيعية، بل وردّ ذلك إلى الحلول الودية بين الطرفين المتعاقدين، ولم يُشر إلى الدور الذي يلعبه القضاء الإداري في إعادة التوازن المالي للصفقات العمومية، ولم يقنن الحلول التي صاغها القضاء في هذا المجال.

وبعد ما سبق؛ يمكن القول إنه رغم استقرار كل من الفقه والقضاء على مجموعة تعاريف لنظرية فعل الأمير، إلا أن الغموض قد يكتنف هذه الأخيرة، إذا عُلِمَ أن لاصطلاح فعل الأمير معنيان، أحدهما واسع والآخر ضيق؛ مما ينبغي معه البحث عن صور هذه النظرية، وذلك في خطوة لإبراز مفهومها بشكل أدق.

ثانيا: صور نظرية فعل الأمير

إن تدخلات الإدارة القابلة للتأثير على العقد الإداري، فتجعله أكثر صعوبة وأكثر كلفة، يمكن أن تكون متنوعة؛ فقد تكون عبارة عن تدابير لها صفة عامة كالقوانين والتنظيمات، أو قد تكون ذات صفة انفرادية كالقرارات الفردية والعمليات المادية².

كما أن هذه الاجراءات إما أن تمس بنود العقد مباشرة، أم أن تؤثر على ظروف تنفيذه بشكل غير مباشر؛ ويقصد بالتعديلات المباشرة تلك التي تنتج عن إجراءات تمس بندا من بنود العقد

¹ - حاليا حلت محلها م153 من المرسوم الرئاسي 15-247.

² - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.91.

مباشرةً؛ أما التعديلات غير المباشرة فتنتج عن إجراءات لا يقصد بها تعديل العقد ذاته، وإنما تؤثر على ظروف تنفيذه¹.

وبالرجوع إلى الاجتهادات القضائية الخاصة بالتعويض على أساس نظرية فعل الأمير، يلاحظ أن القضاء الإداري حاول الرد على حالاتها وصورها المختلفة، فطرح حلولاً متباينة وشروطاً متنوعة؛ تختلف من حالة لأخرى، بل ورفض التعويض على أساس هذه النظرية في حالات أخرى². وقد أجملت محكمة القضاء الإداري المصرية في إحدى قراراتها هذه الصور المختلفة، حينما قررت ما يلي: "...قد يصدر عمل الأمير في صورة إجراء خاص كقرار فردي أو عمل مادي، أو في صورة إجراء عام كقانون أو لائحة، وقد يؤدي إلى المساس بشروط العقد أو التأثير في ظروف تنفيذه..."³.

وعليه، 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 (I)، أو يتخذ صورة إجراء تنظيمي عام صادر عن إحدى السلطات العامة في الدولة (II).

1. الإجراءات الإدارية الخاصة

قد تتخذ الإدارة العامة إجراءات إدارية خاصة تمس بالعقد الإداري، إما بشكل مباشر بتعديل شروطه، أو بشكل غير مباشر بالتأثير على الظروف المحيطة بتنفيذه، على أن كل تدبير خاص تتخذه السلطة الإدارية ويؤدي إلى ضرر بالمتعاقدين يستدعي تطبيق نظرية فعل الأمير، سواء أكان هذا الإجراء أدخل تعديلاً في الأحكام العقدية أو كان له تأثير في شروط التنفيذ⁴.

ومن ثمة فالإجراءات الإدارية الخاصة التي تؤثر على تنفيذ العقد يمكن تقسيمها إلى نوعين:

¹ - أنظر: حمد محمد حمد الشلحاني، إمتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007، ص.296 بتصرف.

² - أنظر:

CE, 9 mars 1928, Cie des scieries africaines, RDP 1928.326, LATOURNERIE ; cité par : Marion UBAUD-BERGERON, la mutabilité du contrat administratif, thèse, UNIVERSITÉ MONTPELLIER I, 2004. p.457.

³ - قرار صادر بتاريخ 1960/12/25، أشار إليه: لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق، ص.63.

⁴ - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.109.

النوع الأول: إجراءات تعدل مباشرة في شروط العقد.

النوع الثاني: إجراءات تؤثر على ظروف تنفيذ العقد،¹ وسيتم تفصيلها فيما يلي:

أ) الإجراء الخاص الذي يعدل مباشرة في شروط العقد²

من أبرز وأهم السلطات التي تتمتع بها الإدارة المتعاقدة أثناء تنفيذ العقد الإداري، هي سلطة تعديله انفراديا. ويمكن تعريف سلطة التعديل الانفرادي للعقد الإداري، بكونها المكنة التي تسمح للإدارة بتعديل العقد بإرادتها المنفردة أثناء التنفيذ، بصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد. وتتميز سلطة التعديل الانفرادي عن التعديل الاتفاقي للعقد الإداري، والذي يتم من خلال آلية الملحق³ L'avenant من عدة نواحي⁴.

¹ - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص.631.

² - للمزيد من التفاصيل:

محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص.608 وما يليها؛ لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق، ص.65؛ هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2015، ص.68.
³ - Pour plus de détails ; voir : Charles Dudognon, l'avenant au contrat administratif, RDP, N°5, 2009.

⁴ - يُعرّف الملحق بكونه "عقدا يتم إبرامه مع متعهد تم التعاقد معه سابقا على تنفيذ أعمال أو توريد مواد أو تقديم خدمات، بعدما تبين للإدارة المتعاقدة بروز أعمال جديدة ليست في العقد الأصلي، واعتُبرت ضرورية لاستكمال المشروع"، أنظر: محمد علي عارف جعلوك، أعمال المقاولات، دار الراتب الجامعية، بيروت، لبنان، ط1، 1999، ص.108.

وقد عرفه المشرع الفرنسي كالآتي:

« L'avenant est l'acte par lequel les parties à un contrat conviennent de modifier ou de compléter une ou plusieurs de ses clauses».

Voir : ART 20 du Décret n°2006-16 du 30 Juin 2006 ; portant code des marchés publics, www. Legifrance .FR, Dernière modification du texte le 01 mai 2013.

ويكمن فيصل التفرقة وجوهرها بين آلية الملحق وسلطة التعديل الإفرادي، في أن الأول تعاقد Contractuel، في حين أن الثاني هو عبارة عن عمل انفرادي Un acte unilatéral صادر عن السلطة المتعاقدة؛ كما أن التعديل عن طريق الملحق "لا يشكل أي إمتياز للإدارة، بل ما يميز هذه الأخيرة عن المتعاقد معها هو بحق قدرتها على فرض تعديلات على العقد بإرادتها المنفردة، حتى ولو كان رغما عن إرادة المتعاقد معها". أنظر: عاطف محمد عبد اللطيف، امتيازات الإدارة في قانون المناقصات والمزايدات (دراسة مقارنة لأحكام العقود الحكومية في القانون الأمريكي)، دار النهضة العربية، مصر، ط 1 ، 2009، ص.512.

لكن رغم أن هناك اختلافاً شاسعاً بين الملحق وبين سلطة التعديل الانفرادي، إلا أن نص
المشروع على الملحق كوسيلة لتعديل الصفقات العمومية في م136 من ت ص ع الحالي¹ والمادة
103 من ت ص ع السابق له²، قد تم تفسيره بشكل مخالف للقواعد العامة المعمول بها في فقه
العقود الإدارية، حيث يرى البعض أن سلطة التعديل الانفرادي تجد أساسها القانوني في هذه المادة
(م130 من ت ص ع الملغى)³، إلا أن ذلك يُعتبر تجاهلاً لأهم خاصية في التعديل الانفرادي
وهي أنه انفرادي UNILATERAL؛ أي صادر بالإرادة المنفردة للإدارة دون الاتفاق مع المتعاقد
معها حول هذا التعديل، خلافاً للملحق الذي يُعتبر بنص القانون "وثيقة تعاقدية" UN
DOCUMENT CONTRACTUEL، أي صادر باتفاق الإرادات، وقد كان المشروع ينص
صراحة في أول قانون للصفقات العمومية بالجزائر⁴ على سلطة التعديل الانفرادي للعقد الإداري⁵،
ثم عدّل عن ذكرها فيما بعد لاعتبارات معينة، ثم جاءت الفقرة 3 المتممة للمادة 103 من ت ص
ع الملغى (المرسوم الرئاسي 10-236 بعد تعديل سنة 2012⁶) نصت على شرط ضروري

¹ - أنظر: المرسوم الرئاسي 15-247، المؤرخ في 16/09/2015، الجريدة الرسمية عدد 50 لسنة 2015، مؤرخة بتاريخ 20/09/2015.

² - أنظر: المرسوم الرئاسي 10-236، المؤرخ في 07/10/2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم. (الجريدة الرسمية عدد 58 لسنة 2010، ثم صدر بشأنه استدراك في الجريدة الرسمية عدد 75 بتاريخ 08/12/2010).

³ - من بين القائلين بهذا: عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.207؛ بولقواس سناء، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الدولية ذات الطابع الدولي "التحكيم نموذجاً"، مذكرة ماجستير، قانون إداري وإدارة عامة، كلية الحقوق، جامعة باتنة، الجزائر، 2010-2011، ص.67؛ بن أحمد حورية، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2010/2011، ص.95.

⁴ - أنظر: الأمر رقم 67-90، مؤرخ في 17/06/1967، ج.ر. 52، الصادرة بتاريخ 27/06/1967، ص.718.

⁵ - حيث كانت تنص م22 على أنه: "...يجوز للشخص المسؤول عن الصفقات أن يقوم بإجراءات جديدة وذلك بأن يُعَدّل عند الاقتضاء ما تشمل عليه هذه القطع"، مع العلم أن م15 من نفس القانون سمحت بوجود آلية الملحق، وما الجمع بين هذين الوسيّلتين في نص قانوني واحد إلا نظراً للاختلاف الموجود بينهما.

⁶ - أنظر المرسوم الرئاسي رقم 12-23، مؤرخ في 18/01/2012، ج.ر. 4، الصادرة بتاريخ 26/01/2012، ص.04، حيث وُزِدَ النص عليها من خلال م103 في فقرتها الثالثة المُضافة بعد التعديل، والتي جاء فيها: "يمكن للمصلحة المتعاقدة عندما تُبَرَّر الظروف ذلك، تمديد صفقة لأداء خدمات أو اقتناء لوازم، بموجب ملحق، للتكفل بالنفقات الضرورية لضمان مواصلة الخدمة العمومية، إذا قرّر مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير أو الوالي المعني بذلك،...؛ فاستعمال المشروع لمصطلح "قرّر" فيه دلالة واضحة على كون هذا التمديد حصل بصفة منفردة من طرف الإدارة، مع الإشارة إلى أن هذا

لإعمال سلطة التعديل الانفرادي، حيث اشترطت تغيير الظروف، وهذا الشرط يعتبر فرقا جوهريا بين التعديل الانفرادي والملحق، الذي يمكن إبرامه ولو لم تتغير الظروف، وقد ورد في تعليق للأستاذ مهند مختار نوح، حول م78 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 89 لسنة 1998 بمصر؛ ما يمكن الاستناد عليه لتدعيم هذا الموقف، حيث يرى أن: "التعديل خارج حدود هذه المادة يتطلب موافقة المتعاقد، وهذه الموافقة كفيلة بأن تقلب التكييف القانوني لعملية التعديل من تعديل انفرادي إلى تعديل اتفاقي، وهو ما يطلق عليه اصطلاحا تسمية: ملحق العقد"¹.

وأيا يكن من شأن الفروق بين التعديل الانفرادي للعقد الإداري والملحق، فيكاد يجمع الفقه حاليا² على أن استعمال الإدارة لسلطتها في التعديل الانفرادي للعقد الإداري يشكل أبرز مثال على تطبيق نظرية فعل الأمير، في صورة إجراء إداري خاص يؤثر مباشرة على شروط تنفيذ العقد الإداري. فهذا هو النموذج المثالي لنظرية فعل الأمير، بحيث يفتح المجال مباشرة للمتعاقد لاقتضاء التعويض الكامل، عن جميع النفقات الزائدة التي لحقت به³. فإذا أدى هذا التعديل إلى

التعديل يُعتبر تكريسا لسلطة الإدارة في التعديل الإنفرادي ضمن ت ص ع الذي كان يقتصر فقط على وسيلة الملحق لتعديل الصفقة.

¹ - مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في...، المرجع السابق، ص.139.

² - وُجد اتجاه فقهي في فرنسا ذهب إلى تحديد مفهوم عمل الأمير، وقصره فقط على ممارسة الإدارة المتعاقدة لاختصاصاتها الخارجة عن نطاق امتيازاتها التعاقدية، بحيث لا يشمل عمل الأمير -وفقا لهذا المفهوم- سلطة الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة؛ وتزعم هذا الاتجاه الأستاذ BENOIT الذي رأى أن العنصر الأساسي في نظرية عمل الأمير يكمن في أن العمل المكون لها يصدر عن السلطة المتعاقدة بصفة أخرى غير تلك التي تعاقدت الإدارة بها، وأكد أنصار هذا الاتجاه أن مجال تطبيق نظرية عمل الأمير يقتصر فقط على ممارسة الإدارة لصلاحياتها الخارجة عن النطاق التعاقدية.

إلا أن هذا الاتجاه لقي النقد والمعارضة من غالبية الفقهاء، على رأسهم A. DE LAUBADERE، سليمان محمد الطماوي، علي محمد علي عبد المولى؛ وتم هجره ولا نجد اليوم من الفقهاء من يحذو حذوه. أنظر للمزيد من التفاصيل حول هذا الاتجاه الفقهي والانتقادات الموجهة إليه: علي محمد علي عبد المولى، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 1991، ص.174 وما يليها.

³ - وفي هذا الصدد يرى محافظ الدولة الفرنسي "ليون بلوم" ما يلي: "... ففي حالة انهيار الاقتصاد المالي للعقد أو أن السلطة المتعاقدة باستعمالها سلطتها في التدخل وأدى ذلك إلى أي نوع من الاختلال في التوازن في موجبات وسلبيات الالتزامات والحقوق، فلا شيء يمنع المتعاقد من المطالبة بالتعويض أمام قاضي العقد.

Dans l'arrêt du principe du 21 Mars 1910, compagnie générale des Tramways, à cette occasion le commissaire du gouvernement L. Blum, avait longuement exposé le principe et le fondement de l'indemnisation ;

إحاق الضرر بالمتعاقد فيكون له الحق بضمان التوازن المالي وذلك بتعويضه عن الضرر في إطار نظرية فعل الأمير¹.

وفي هذا الصدد قضت المحكمة الإدارية العليا بمصر، بأن حق المتعاقد في التعويض العادل وفقا لنظرية فعل الأمير إنما ينصرف أثره وتقوم مقتضياته حينما تمارس جهة الإدارة من جانبها وحدها وبإرادتها المنفردة تعديل العقد أثناء تنفيذه تبعا لمقتضيات سير المرفق العام². فالإجراء الفردي الخاص الذي تتخذه الجهة الإدارية حين تعديلها لبنود العقد، يؤدي للتأثير المباشر على نصوص العقد الإداري، مما يترتب عليه زيادة التكاليف والأعباء على عاتق المتعاقد بشكل لم يكن بحسابه وقت التعاقد، وتعتبر هذه الحالة تطبيقا واضحا لنظرية فعل الأمير.

(ب) الإجراء الخاص الذي يؤثر على ظروف تنفيذ العقد الإداري³

"قد يكون الإجراء الخاص الذي تتخذه جهة الإدارة المتعاقدة، غير مؤثر على شروط العقد بصورة مباشرة، ولكنه يؤدي إلى التغيير في ظروف تنفيذ العقد بكيفية من شأنها تحميل المتعاقد أعباءً جديدة لم تكن متوقعة وقت التعاقد، عند ذلك يجب تعويض المتعاقد أيضا تعويضا كاملا على أساس التوازن المالي للعقد"⁴.

ويقصد بهذه الإجراءات تلك التي تتخذها الإدارة المتعاقدة بمقتضى ممارسة اختصاصاتها غير التعاقدية، وتؤدي للتأثير على ظروف تنفيذ العقد، بما من شأنه تحميل المتعاقد معها بأعباء إضافية جديدة لم تكن متوقعة وقت إبرام العقد، ومن أمثلتها إجراءات الضبط الإداري وتسيير

« ... Si l'économie financière du contrat se trouve détruite, si, par l'usage que l'autorité concédant a fait de son pouvoir d'intervention, quelque chose se trouve faussé dans cet équilibre d'avantages et de charges d'obligations et de droits, que nous avons essayé de définir. Rien n'empêchera la concessionnaire de saisir le juge de contrat. Il démontrera que l'intervention bien que régulière en soi, bien qu'obligatoire pour lui a causé un dommage dont réparation lui est due... » ; Cité par :

محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.110، هامش رقم.116.

¹ - Laurent Richer, op cite. p.287.

² - صادر بتاريخ 1978/09/15، أشار إليه: مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص.666.

³ - للمزيد من التفاصيل: هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص.69،68. لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق، ص.67 وما يليها؛ حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص.298.

⁴ - نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.702.

المرفق العامة، فهي إجراءات لم تكن مصوبة أساسا نحو تنفيذ العقد الإداري، إلا أنها تؤثر بشكل أو بآخر على ظروف تنفيذه¹.

إلا أن هذه الإجراءات ليست لها نفس القوة في مجال نظرية فعل الأمير؛ فالبعض منها تقوم بها الإدارة بمناسبة تنفيذ العقد ذاته، وهي الناجمة عن سلطة المراقبة والإشراف، والتي تمس بالمتعاقد نفسه، مما يفسح المجال لإعمال نظرية فعل الأمير؛ أما البعض الآخر، فقد يصدر خارج نطاق تنفيذ العقد، لكنه ينعكس على ظروف تنفيذ العقد الإداري، مما يستدعي استبعاد التعويض².

والإجراءات التي تتخذها الإدارة وينطبق عليها وصف فعل الأمير عديدة ويصعب حصرها لأنها ليست من طبيعة واحدة. ومن أهم التطبيقات لهذه الطائفة من الإجراءات ما يلي:

• القرارات التي تصدر عن الإدارة إلى المتعاقد في مجال تنفيذ العقود بمقتضى سلطتها في الرقابة والتوجيه³، ولكنها تكلف المتعاقد أعباءً جديدة، وذلك مثل قرارها بتعديل سير العمل، أو إدخال وسائل جديدة في تنفيذه⁴؛ فمن المعلوم أن الإدارة تتمتع بسلطة الرقابة في كل العقود الإدارية، ما يسمح لها بإصدار الأوامر المصلحية⁵، والتي رغم أنها لا تمس البنود التعاقدية

¹ - حمدي علي عمر، المرجع السابق، ص. 160، 161.

² - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص. 111.

³ - تتمتع الإدارة العامة بحق الرقابة والتوجيه في تنفيذ العقد الإداري، ولها حق إصدار الأوامر والتعليمات اللازمة لهذا التنفيذ، والرقابة تعني تمكين الإدارة من التحقق من أن المتعاقد يقوم بتنفيذ التزاماته بنفسه، وعلى درجة عالية من الكفاءة والدقة وفي المواعيد وبالطريقة المتفق عليها؛ وهذه السلطة تمتد إلى الإشراف والتوجيه بما يكفل للإدارة السهر على حسن تنفيذ الأعمال الموكلة إلى المتعاقد، واختيار أساليب التنفيذ الأصلح والأقدر على تحقيق مصلحة المرفق العام؛ للمزيد من التفاصيل حول هذه السلطة:

محمد بن سعيد بن حمد المعمري، الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلتي الانعقاد والتنفيذ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011، ص. 134؛ محمود أبو السعود، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، مجلة القانونية والإقتصادية، الكويت، 1997.

⁴ - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص. 632.

⁵ - يمكن تعريف الأمر المصلحي بأنه ذلك الأمر الصادر من الإدارة إلى مقال الأفعال العمومية، بقصد تحديد أوضاع تنفيذ العقد، أو تكملة الناقص منها أو التعديل فيها؛ سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص. 460.

أو هو قرار إداري صادر عن السلطة المتعاقدة لفائدة مقال الأفعال العمومية من أجل تنفيذ العقد.

مباشرة، إلا أنها تمس شروط تنفيذها؛ والتعويض عن المصاريف الإضافية والأضرار اللاحقة بالمتعاقد يدخل ضمن تطبيقات نظرية فعل الأمير¹.

• قيام الجهة الإدارية بأشغال عامة، ينجم عنها للمتعاقد أضرار بمناسبة تنفيذ العقد، عندها يستحق المتعاقد التعويض عن هذه الأضرار استناداً إلى نظرية فعل الأمير²، وهذا إذا ما لم ينظم العقد هذه المسألة؛ أما في الحالة العكسية فإن مجلس الدولة الفرنسي يُعْمَلُ شروط العقد سواء فيما يتصل بتحديد مقدار التعويض، أو تقييده، أو حتى استبعاده³.

وقد سار الاجتهاد القضائي الفرنسي على منح التعويض للمتعاقد على أساس نظرية فعل الأمير في حالة عمليات الأشغال العامة التي تؤدي إلى اضطرابات وأضرار في تنفيذ العقد؛ سواء بالنسبة لآثار القرارات الصادرة عن الإدارة المتعاقدة أو آثار العمليات المادية المنفذة من طرفها ومن شأنها زيادة أعباء المتعاقد معها⁴.

• بعض تدابير الضبط الإداري الصادرة عن جهة الإدارة، والتي يترتب عليها زيادة أعباء المتعاقد، كالأمر الصادر من جهة الإدارة -بوصفها سلطة ضبط- إلى الشركة المتعاقدة بنقل أسلاك الكهرباء إلى موقع آخر حفاظاً على سلامة الجمهور، أو الأمر بتغيير شبكة الصرف الصحي بغرض المحافظة على سلامة وصحة المواطنين⁵.

« Un acte administratif unilatéral émis par le pouvoir adjudicateur à l'intention du titulaire du marché, tenu de l'exécuter » ; Voir : S. BRACONNIER, Droit des marchés publics, Imprimerie nationale, 2002, p. 287 et 288.

¹ - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.112.

² - Voir :

- C.E 03/02/1905, Cie générale des omnibus, D. 1907. 3. 9, avec les conclusions de Saint-Paul.

- C.E. 07/12/1928, Tramways des Sète. S. 1930, 3, 1.

أشار لهما: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.702.

³ - Voir :

- C.E 6 Décembre 1946, ville de Paris, Rec. P 292.

- C.E 9 Mars 1949, min des T.P.G.E.D.F, D 1953, P 309.

أشار لهما: وهيب عياد سلامة، دروس في العقود الإدارية مع التعمق "التوازن المالي للعقد وفكرة التعويض غير القائم على الخطأ"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2011، ص.35، هامش رقم.1، 2.

⁴ - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.114. بتصرف.

⁵ - وهيب عياد سلامة، المرجع السابق، ص.35.

وتشكل التدابير المتعلقة بالضبط الإداري المثال النموذجي للتدابير القادرة على المساس بشروط تنفيذ العقد الإداري دون أن يكون لها تأثير على بنوده¹.

وفي الختام، لا بد من التأكيد على أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي يقيد أعمال نظرية فعل الأمير بالنسبة لهذه الإجراءات، بطبيعة العقد ذاته، ذلك أنه توجد عقود إدارية يخضع تنفيذها لظروف متغيرة تؤدي إلى زيادة أو نقص التزامات المتعاقد مع الإدارة، كما هو الحال في بعض عقود الالتزام أو عقود التوريد، فلا يمكن للإدارة أن تضمن للمتعاقد معها أن تبقى أعداد المرضى أو المساجين المراد توريدهم بالأغذية مثلا كما هي، فهي بطبيعة الحال قابلة للزيادة أو النقصان، وبالتالي لا يمكن أعمال نظرية فعل الأمير في هذه الحالة².

II. الإجراء الإداري العام

قد لا يتخذ فعل الإدارة الذي يؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد صورة إجراء فردي خاص، وإنما قد يكون نتيجة إجراء تنظيمي عام، يتمثل في صدور قوانين ولوائح من طرف الإدارة المتعاقدة، يؤدي إلى زيادة أعباء المتعاقد معها³.

فالإجراء الإداري العام يكون نتيجة لإجراءات تنظيمية عامة (كالقوانين أو التنظيمات) لا يقصد بها تعديل العقد بذاته، ولكنها تؤثر عليه فتجعل تنفيذه أشد عسرا أو أكثر تكلفة أو أقل ربحا⁴. وقد اختلف الفقه حول إمكان تطبيق نظرية فعل الأمير في هذه الحالة.

وقد ذهب البعض إلى استبعاد تطبيق هذه النظرية، ما دام أن المتعاقد مع الإدارة ليس مقصودا بذاته بهذه التدابير العامة، وباعتبار أن هذه التدابير تمس جميع المواطنين، فلا يمكن تعويضه عما لحقه من ضرر إلا في حالتين؛ إذا ما نص العقد على تعويضه، وإذا كان التدبير العام غير متوقع، وهنا لا بد من تطبيق نظرية الظروف الطارئة⁵. وهو الرأي الذي ذهب إليه مفوض مجلس الدولة الفرنسي LATOURNERIE⁶.

¹ - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.112.

² - مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص.666 وما يليها.

³ - Christophe GUETTIER, droit des contrats administratifs, PUF, 2011. p.418.

⁴ - خميس السيد إسماعيل، المرجع السابق، ص.216.

⁵ - نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.704.

⁶ - أشار إليه: لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق، ص.71.

إلا أن هذا الاتجاه لم يُرَجَّح، ولم تأخذ به اجتهادات القضاء الإداري؛ حيث يرى البعض الآخر إمكان تعويض المتعاقد المتضرر من الإجراء الإداري العام استنادا لنظرية فعل الأمير، بشرط أن يكون هذا التدبير عبارة عن إجراء إداري أمر، لم يستبعد المشرع التعويض عنه صراحة¹. وهو الرأي الذي أقرت به الجمعية العمومية للفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري بتاريخ 1956²/02/24.

ولعل هذا الاختلاف الفقهي يجد مرده في تباين مواقف الاجتهاد القضائي الفرنسي تجاه هذه الإجراءات، فقد عرف موقف مجلس الدولة الفرنسي تطورا ملحوظا بمناسبة معالجته لأثر الإجراءات الإدارية العامة على تنفيذ العقد الإداري، وهل تسمح للمتعاقد بالمطالبة بالتعويض على أساس فعل الأمير، ويمكن عرض هذا التطور بدراسة طائفتين مختلفتين من هذه الإجراءات، بحيث قد تكون في شكل إجراءات تمس شروط العقد مباشرة (أ) وقد تتمثل كذلك في إجراءات تمس ظروف تنفيذه (ب).

أ- الإجراءات الإدارية العامة التي تمس شروط تنفيذ العقد ذاتها

يمكن أن يصدر إجراء عام (إداري أو تشريعي مثلا) من شأنه المساس مباشرة بشروط تنفيذ العقد الإداري، وهو ما يثير التساؤل حول مدى إمكان تطبيق نظرية فعل الأمير في هذه الحالة؟ وتصديا لهذا الطرح فقد عرف موقف الاجتهاد القضائي الإداري بفرنسا تطورا تدريجيا، بحيث رفض تطبيق نظرية فعل الأمير على هذه الحالة في بعض القرارات، ليقر فيما بعد بإمكانية ذلك ولكن بشروط محددة.

"ففي بادئ الأمر قضى مجلس الدولة بأن تأثير الإجراءات التشريعية أو التنظيمية على العقد ليس من شأنه أن يستتبع للمتعاقد مع الإدارة حقا في التعويض، وذلك تطبيقا للمبدأ الذي كان يقرر عدم مسؤولية الدولة عن أعمالها التشريعية.

ثم تطور قضاء مجلس الدولة في هذا الشأن، فذهب إلى أنه يجوز تطبيق نظرية فعل الأمير في مثل هذه الأحوال، بشرط أن تكون عناصر العقد التي مسها الإجراء (ثمن، ضرائب، أجور

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

² - أشار إليه: لمياء هاشم سالم قبيع، المرجع السابق، ص.71.

.... الخ) قد احتلت في ذهن المتعاقد مع الإدارة مكانة رئيسية وقت إبرام العقد، وأن يكون من شأن التعديل الإخلال بالتوازن المالي للعقد إخلالا خطيرا¹.

ولعل أهم اجراء عام تطرقت اليه قرارات مجلس الدولة الفرنسي في هذا التطور، هو القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية والمعاهدات الدولية التي صادقت عليها فرنسا والتي من شأنها المساس بشروط تنفيذ العقد الإداري.

فبخصوص القوانين "فقد كان المبدأ السائد في قضاء مجلس الدولة الفرنسي (...) هو عدم مسؤولية الدولة عن الأضرار الناشئة عن القوانين، سواء كانت هذه المسؤولية تعاقدية أم غير تعاقدية، وتبعاً لتطور المسؤولية الإدارية بصفة عامة فقد قرر مجلس الدولة الفرنسي مبدأ مسؤولية الدولة غير التعاقدية عن القوانين، وذلك في قرار *la fleurette*² بشرط أن يتوافر في الضرر شروط خاصة أهمها أن يكون مباشراً ومؤكداً، وأن يكون خاصاً وأن يكون جسيماً بدرجة غير عادية، ولم يستبعد القانون صراحة أو ضمناً منح التعويض للمضروب³.

ونتيجة لهذا التطور الملحوظ الذي عكسه قرار *la fleurette* على مسار المسؤولية الإدارية بصفة عامة، فقد تطور موقف مجلس الدولة الفرنسي بخصوص المسؤولية التعاقدية الإدارية على أساس القوانين، فأقر مسؤولية الإدارة المتعاقدة تجاه المتعاقد معها لتعويضه عما أصابه من ضرر جراء الإجراءات التشريعية التي مست شروط تنفيذ العقد؛ "لكنه لم يشأ أن يسندها في البداية إلى قواعد المسؤولية عن القوانين بوجه عام، بل أسندها في البداية إلى نظرية العقد، ومبدأ تنفيذ العقود بحسن نية"⁴.

وبالتالي استقر اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي على تقرير مسؤولية الإدارة التعاقدية عن القوانين، بحيث يحق للمتعاقد المضروب الحصول على تعويض جبراً لما أصابه من ضرر نتيجة الإجراءات الإدارية العامة التي تمس شروط تنفيذ العقد.

¹ - خميس السيد إسماعيل، المرجع السابق، ص.217.

2- voir: C.E، Ass، 14/01/1938، Société anonyme des produits laitiers "La Fleurette"، cité par: Jean-Claude Ricci، mémento de la jurisprudence administrative، 4eme Edition، HACHETTE، paris، France، p.46.

³ - حمدي علي عمر، المرجع السابق، ص.147.

⁴ - حمدي علي عمر، المرجع السابق، ص.147.

بحيث أن الخصائص العامة لهذه الإجراءات بأنواعها لا تقف في طريق تطبيق نظرية فعل الأمير بشرط أن يكون هذا التدبير هو قانون أمر وأن المشرع لم يستبعد صراحة التعويض عنه، وقد سار مجلس الدولة الفرنسي في أحكامه على تطبيق هذا المبدأ¹.

وأوضح موقف مجلس الدولة الفرنسي بدأ في قضية Zeïlabadine بتاريخ 19/11/1909 بتطبيق نظرية فعل الأمير في هذا المجال²، وأيضا في عام 1939 بتاريخ 28/04/1939 في قضية Compagnie des chemins de fer de l'ouest.

وتتلخص وقائع هذه القضية كآلاتي: صدر في فرنسا مرسوم بقانون في 16 جويلية عام 1935 يقضي بخفض نفقات الدولة في جميع الميادين بنسبة 10%، أدى تطبيق هذا المرسوم بقانون على شركة سكك الغرب إلى تعديل الاتفاق الذي تم بينها وبين الدولة في 28/10/1909 والذي استردت الدولة بمقتضاه مرفق السكك الحديدية الذي كانت تتولاه الشركة بمقابل مبالغ سنوية محددة تؤديها الدولة إلى تلك الشركة. فلما تظلمت الشركة من خفض تلك الأقساط بنسبة 10 % وفقا للمرسوم بالقانون المشار إليه، قضى المجلس وفقا لتقرير المفوض Josse بتعويض

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

2 - voir: C.E. 19 novembre 1909. Zeïlabadine. s. 1910 : 3,1, note Haurio. Relatif à l'indemnisation d'engagés militaires dont les contrats avaient résiliés en application d'un décret de dissolution de leur corps ... Il s'agissait dans cette affaire de l'application du décret de 17 mars 1907 prononçant le licenciement du corps des chipais de l'Inde : le décret avait pour conséquence de réaliser avant le terme convenu les contrats de rengagement en cours. Le Conseil d'Etat a jugé que la légalité du décret ne pouvait être contesté mais que « si son application a eu pour effet de réaliser le rengagement du requérant avant le terme convenu, ce dernier est fondé à soutenir qu'il a subi du fait de l'Etat un préjudice dont il lui est dû réparation ... ».

تتعلق هذه القضية بصدور مرسوم بحل بعض فرق المتطوعين فقضى المجلس بتعويضهم تعويضا كاملا على أساس نظرية فعل الأمير. أشار اليه: لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق، ص.73.

الشركة تعويضا كاملا على أساس نظرية فعل الأمير¹. وهو الموقف الذي سجله مجلس الدولة الفرنسي في قراره².

غير أنه إذا نص القانون ذاته على كيفية التعويض في هذه الحالات أو حتى على منع التعويض، فإن مجلس الدولة الفرنسي يجري على تطبيق التشريع، وذلك راجع لاحترام إرادة المشرع.

أما بخصوص المعاهدات الدولية: فقد استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي في بادئ الأمر على عدم مسؤولية الدولة عن الأضرار التي تلحقها المعاهدات المبرمة بينها وبين غيرها من

¹ - وقد جاء في تقرير المفوض Josse في هذا الخصوص أن كون الأقساط التي التزمت الدولة بأدائها إلى الشركة المدعية قد حددت بمقتضى العقد، لا يحول دون تطبيق المرسوم بقانون الصادر في 16 جويلية 1935، والذي يقضي بخفض جميع نفقات الدولة بنسبة 10% ولكن يجب أن يبحث الأمر في نطاق المبادئ التي تحكم تدخل الدولة كسلطة تشريعية في مجال عقودها مع الأفراد. وهنا لا يمكن إنكار حق الأفراد في التعويض مادام التشريع لم يتضمن حكما بخلاف ذلك، أشار إلى ذلك: وهيب عياد سلامة، المرجع السابق، ص44،45.

أنظر كذلك في وقائع هذا القرار: لمياء هاشم سالم قبيع، المرجع السابق، ص.73، هامش رقم 4.

² - يورد أحد الفقهاء مقتطفات باللغة الفرنسية لأهم ما ورد في القرار المذكور أعلاه والتعليق حوله:

L'arrêt (compagnie des chemins de fer de l'Ouest) est particulièrement typique. Les circonstances de l'affaire posaient en plein la question de l'application de la théorie du fait du prince aux mesures à portée générale. Spécialement législative, atteignant directement les dispositions d'un contrat administratif : le prélèvement de 10% institué par le décret-loi de 1935 avait une partie d'application général, il visait toutes les dépenses publiques, son application à la compagnie des chemins de fer de l'Ouest entraînait la réduction de l'annuité due par l'Etat de la compagnie vertu de la convention de rachat du 28 octobre 1909, il s'agissait donc bien d'une mesure législative générale dont l'application atteignait les dispositions même d'un contrat administratif.

Posant dans ses termes généraux le problème du « fait du prince législatif » le commissaire de gouvernement Josse développa les idées suivantes :

«Le fait que l'indemnité est due en vertu d'un contrat ne suffit pas pour faire obstacle au prélèvement, le décret du 16 juillet 1935 portant par lui-même atteinte au contrat. Mais la compagnie peut être fondée sur le terrain contractuel à réclamer alors à l'Etat une indemnité équivalente à la réduction résultante du prélèvement de 10%. C'est la question qui se pose alors et l'indemnité ne peut être déniée que si le texte ayant valeur législative en exclut lui-même la possibilité ... La convention doit être interprétée comme obligeant l'Etat à compenser toutes charge nouvelle qu'il impose, à un titre quelconque, à la compagnie ».

أشار إليه: محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.94،95.

الدول والمنظمات الدولية، باعتبارها تدخل ضمن أعمال السيادة من ناحية، وكونها عملاً مختلطاً يتعلق بإرادة كل الدول أطراف المعاهدة من ناحية أخرى¹.

إلا أن القضاء الفرنسي قد تطور وبدأ يميل إلى الحكم بالتعويض عن الأضرار التي تلحق ببعض المواطنين نتيجة المعاهدات التي تبرمها فرنسا مع غيرها من الدول أو المنظمات، فقد خطى خطوة نحو الاعتراف بمسؤولية الدولة غير التعاقدية عن أضرار المعاهدات².

وبما أن هذا القرار قد استند على مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة لتقرير مسؤولية الدولة دون خطأ خارج المجال التعاقدية، فقد ثار التساؤل حول تطبيق مسؤولية الدولة دون خطأ عن أضرار المعاهدات في المجال التعاقدية؟

رفض القضاء الإداري الدعاوى التي تهدف إلى الحكم بمسؤولية الدولة التعاقدية عن الآثار الضارة للمعاهدات الدولية استناداً لنظرية عمل الأمير، حيث قضى مجلس الدولة بأن تنازل الدولة عن سلطات الإدارة في إحدى الأقاليم، وما ترتب على ذلك من صعوبات تنفيذ الالتزام الذي ارتبطت به مع الشركة المدعية، فإن ذلك لا يؤدي إلى تطبيق نظرية عمل الأمير، حيث أن الإجراء الذي سبب الضرر ناتج عن معاهدة دولية والتي ليست من طبيعة أن تؤدي إلى مسؤولية الدولة في علاقاتها التعاقدية مع الشركة المدعية³.

ولكن فيما بعد يلاحظ أن مجلس الدولة قد أجاز على خلاف تقرير مفوض حكومته للشركة الوطنية الحديدية SNCF - على أساس العقد الذي أبرمته مع الدولة - بأن تطالب بالتعويض الذي أصابها من جراء تطبيق المعاهدة الدولية التي وقَّعت عليها فرنسا⁴.

¹ - حمدي علي عمر، المرجع السابق، ص. 151.

² - حيث قضى بأن: "مسؤولية الدولة يمكن أن تتقرر على أساس مبدأ مساواة الأفراد أمام الأعباء العامة، وذلك لتعويض الضرر الناشئ عن المعاهدة المبرمة بين فرنسا والدول الأخرى، والتي اندمجت في النظام القانوني الداخلي، شريطة ألا تكون المعاهدة ذاتها أو القانون الذي بناءً عليه تم التصديق عليها قد منع أية إمكانية للتعويض، ومن ناحية أخرى أن يكون الضرر المطلوب التعويض عنه خاصاً وعلى درجة كافية من الجسامه"، أنظر قرار:

C.E 30/03/1966, Cie Générale d'énergie radioélectrique, Jean-Claude Ricci, Op CIT, p.88.
³ - أنظر قرار:

C.E 13/06/1961 Sté indochinoise d'électricité, A.J.D.A 1961, P 473.

أشار إليه: علي محمد علي عبد المولى، المرجع السابق، ص. 363.

⁴ - أشار إليه: حمدي علي عمر، المرجع السابق، ص. 153.

ونتيجة لاختلاف وتباين الاجتهادات القضائية فقد تعددت مواقف الفقهاء بصدد هذا الموضوع، فذهب البعض لرفض تطبيق نظرية فعل الأمير في المجال التعاقدى، إذا ما أصاب المتعاقد ضرر من جراء معاهدة دولية. وهو الرأي الذي أيده بعض الفقهاء استنادا على أن المعاهدات الدولية تدخل ضمن أعمال السيادة¹.

في حين يذهب جانب فقهي آخر للقول بإمكانية تطبيق قواعد المسؤولية عن المعاهدات الدولية في المجال التعاقدى، وتعويض المتعاقد وفق نظرية فعل الأمير جراء تضرره من معاهدة دولية، على اعتبار أنه لا مجال للتمييز بين المسؤولية دون خطأ الناتجة عن معاهدة دولية في المجال التعاقدى عنه في المجال غير التعاقدى².

ونحن نرى بعدم وجود مانع لتطبيق قواعد المسؤولية عن المعاهدات الدولية في المجال التعاقدى، ما دامت الشروط العامة لتطبيقها متوفرة، كون أن القول بأن المعاهدة الدولية تعتبر من أعمال السيادة فإن ذلك يمنع فقط من رفع دعوى الإلغاء ضدها، أما دعوى التعويض فلا مانع من إعمالها، وكذلك كون أن المعاهدة تعتبر عمل دولي بين الدول فيما بينها، أما في المجال الداخلى فتعتبر من الأعمال الإدارية التي تسمح بتطبيق نظرية فعل الأمير.

ب- الإجراءات العامة التي تمس ظروف تنفيذ العقد

عندما يكون الاجراء العام (تشريعيا كان أم تنظيميا) لا يمس شروط العقد بذاتها، وإنما يقتصر أثره على ظروف تنفيذ العقد بجعله أشد ارهاقا أو أكثر تكلفة، فإن الاجتهاد القضائي الفرنسي سار بشأن هذا الطرح على مبدأ عام مفاده عدم التعويض على أساس نظرية فعل الأمير، إلا أن هذا الأصل العام أورد عليه الاجتهاد القضائي بعض الاستثناءات تماشيا مع بعض الحالات وبشروط محددة، وفيما يلي تفصيل ذلك:

1) المبدأ العام: استبعاد التعويض عن الإجراءات العامة التي تمس ظروف تنفيذ العقد

القاعدة في هذه الحالة هي رفض التعويض على أساس نظرية فعل الأمير، وهذا لا يمنع من المطالبة بالتعويض على أساس آخر متى توفرت شروطه، والصيغة المستعملة من قبل مجلس

¹ - حمدي علي عمر، المرجع السابق، ص.153.

² - أشار إليه: نفس المرجع، ص.153.

الدولة الفرنسي تأتي في شكل " أن نصوص القانون أو النظام لها صفة العمومية، وأن المصاريف الإضافية التي تحملها المدعي إنما يتحملها في الشروط ذاتها التي يتحملها التجار والصناعيين، فلا تفتح المجال أمام المتعهد المتعاقد للمطالبة بالتعويض إلا إذا قلبت اقتصاديات العقد¹". جاءت هذه الصيغة تستبعد بادئ ذي بدء تطبيق نظرية فعل الأمير، مما حمل الفقهاء على الوقوف عندها مليا إضافة إلى التلميح إلى قلب اقتصاديات العقد، أي أن للمتعاقد الذي أصابه ضرر أن يثير نظرية أخرى متى اجتمعت شروطها، توفر له فرصة طلب التعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة إذا توافرت شروطها.

ومن هنا تتأكد رغبة القضاء الإداري الفرنسي في رفض التعويض في هذه الحالات إلا إذا أثبت المتعاقد أنه أصابه ضرر خاص لحق به، وهذا ما أكده أحد الفقهاء كالاتي:

Si on parcourt les différentes décisions rendues en notre matière, on constate que l'indemnité a été refusée dans la très grande majorité des cas, et le motif était presque toujours le même... S'agissant de mesures d'ordre général, le conseil d'Etat rejette les demandes d'indemnisation non par ce que l'équilibre financier du contrat n'a pas été rompu, mais parce qu'il n'y a pas eu de préjudice spécial...²

لقد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ واستعمل الصيغة المشار إليها، أي انه رفض التعويض على اساس فعل الأمير، في العديد من المجالات:

1-1 - في مجال التدابير المالية (الضرائب والرسوم)

يقصد بالتدابير الضريبية كافة الإجراءات التي تهدف إلى إيجاد موارد ضريبية جديدة للدولة أو زيادتها³.

¹ - أورد أحد الفقهاء الصيغة على لسان مجلس الدولة باللغة الفرنسية على الشكل التالي:

« ... Les dispositions de la loi (ou du règlement) du ... avaient un caractère général et les dépenses supplémentaires qu'elles ont pu occasionner au requérant ont été supportées par lui dans les conditions que par tous les autres commerçant ou industriel. Que dans ces conditions elles n'auraient pu ouvrir au requérant un droit à indemnité que si elles avaient eu pour effet de bouleverser l'exécution du contrat ».

أشار إليه: محمود عبد المجيد المغربي، نفس المرجع، ص.96، هامش رقم 97.

² - Saroit BADAoui, Op Cit, P.207.

³ - حمدي علي عمر، المرجع السابق، ص.157.

وأكد مجلس الدولة الفرنسي أن استحداث أو زيادة ضرائب عامة لا يمكن إثارتها من قبل المتعاقدين مع الإدارة لدعم طلبهم في التعويض. فهذا الأمر يعتبر عبئا عاما، و فقط انقلاب اقتصاديات العقد هو الذي يبرر طلب التعويض (لعدم التوقع)¹.

وطبقا للرأي السائد فقها فإن الإجراءات الضريبية التي يمكن أن تمس المواد الأولية التي يستعملها المتعاقد وينتج عنها ارتفاع حقيقي في سعرها، لا تسمح للمتعاقد المطالبة بالتعويض عن النفقات الزائدة، لأنها تعتبر أعباء عامة تفرض على جميع المواطنين².

1-2- في مجال التدابير الاجتماعية

أحيانا تصدر تشريعات تهدف لتحسين الأحوال المعيشية وظروف العمال، مثل التشريعات الخاصة بزيادة أجور اليد العاملة أو التأمين ضد إصابات العمل³.

فغالبا ما تتعلق تلك التدابير الاجتماعية بالقوانين التي تهدف إلى تحسين أحوال العمال وطوارئ العمل، والتي يكون من شأنها زيادة أعباء التنفيذ، مثل تشريعات زيادة الأجور أو غلاء المعيشة أو منح إجازات بأجر، وقد رفض مجلس الدولة الفرنسي للمتعاقد طلب التعويض عما أصابه من جراء هذه التدابير وفق نظرية فعل الأمير⁴، وهو النهج الذي سايره كذلك القضاء الإداري المصري⁵.

1- وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في العديد من القرارات، نذكر منها:

- قرار مجلس الدولة الفرنسي بالنسبة لإنشاء أو رفع الرسوم على الإنتاج.

- قرار 5 أبريل 1944 قضية Jourdain.

- قرار 22 فيفري 1946 قضية Etablissement Bézoard.

تمت الإشارة إليها في:

محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.97، هامش رقم 99.

لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق، ص.76، 75.

2- علي محمد علي عبد المولى، المرجع السابق، ص.354.

3- نفس المرجع، ص.355.

4 - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.98. لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق، ص.76.

5- أشار لبعض القرارات بهذا الصدد: علي محمد علي عبد المولى، المرجع السابق، ص.355، 356.

1-3- في مجال التدابير الاقتصادية

في حال صدور تدابير لتنظيم التصدير في البلاد وزيادة أجور النقل في السكك الحديدية والتشريعات المتعلقة بشؤون النقد في البلاد فقد رفض مجلس الدولة التعويض في هذه الحالة، في العديد من القرارات، لعل أبرزها "قراره بتاريخ 1928/12/19 في قضية GUILLET، وبتاريخ 1924/02/13 في قضية GRAND CHAMP، وفي 1924/08/06 في قضية Mayer، وفي 1930/03/06 في قضية "Roturier"¹، وهي كلها قرارات أكد فيها المجلس رفضه لتعويض المتعاقد الذي تضرر من جراء تدابير اقتصادية عامة.

وعلى غرار نظيره الفرنسي، فإن القضاء الإداري المصري لم يخرج عن هذا النهج، فقد رفضت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في 26 جانفي 1953 أن تعوض الشركة المدعية عن الأضرار التي لحقتها من جراء فرض رسم بلدي على إنتاج الكهرباء، وبررت رفضها بما يلي:

"ومن حيث أن فرض الرسم الذي تضمنه القرار المطعون فيه كان متوقعا وقت التعاقد بمقتضى البند 17 من عقد الامتياز، فضلا عن أنه لم يجاوز الحد العادل المعقول، ولم يتضمن أي تمييز في التكاليف بين المنطوين تحت أحكامه، وأن هذا الرسم وما تقول به الشركة من زيادة في سعر التكلفة ونقص في الاستهلاك لم يؤدي إلى إرهابها في التزاماتها وإلى الاختلال المالي للعقد، وكل ما يحتمل أن يكون قد ترتب عليه ان صح دفاع الشركة في هذا الصدد أن أرباحها المتزايدة قد تناقصت (..) ولكن هذا النقص لم يصل إلى المساس بالربح المعقول الذي كان متوقعا عند التعاقد"².

¹ - أشار إليها: لمياء هاشم سالم قبيع، المرجع السابق، ص.76.

² - أشار إلى هذا القرار: محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.99.

غير أن ما نلاحظه بشأن هذا القرار، أنه لم يستبعد التعويض على أساس نظرية فعل الأمير فقط وأحال المدعية الى المطالبة بالتعويض وفق أسس أخرى، كما في قرارات مجلس الدولة الفرنسي الذي غالبا ما عوض المدعين جزئيا على أساس نظرية الظروف الطارئة؛ بل إنه رفض التعويض جملة وتفصيلا، ولعل ذلك راجع في نظرنا ليس إلى عدم توافر شروط نظرية فعل الأمير فقط، بل إلى عدم وجود أي إخلال بالتوازن المالي للعقد الإداري؛ من جهة، وإلى عدم توافر شرط عدم التوقع في الفعل مصدر الضرر، من جهة أخرى.

كما رفضت محكمة القضاء الإداري طلب التعويض بسبب عدم خصوصية الضرر باعتبار أن الأعباء التي فرضها التدبير العام (القرار الوزاري) قد مست بآثارها جميع المشتغلين بالتجارة التي يتعاطاها المدعي¹.

2) الاستثناء: قبول التعويض عن بعض الإجراءات العامة التي تمس ظروف تنفيذ العقد

مبدئياً فإن التدابير ذات الصفة العامة التي تؤثر في ظروف تنفيذ العقد الإداري لا تفسح المجال لتطبيق نظرية فعل الأمير، إلا أن هذا الحكم ليس مطلقاً، فضمن بعض الشروط في الواقع يستطيع المتعاقد الادعاء بطلب التعويض الكامل، ويكون الأمر طبيعياً عندما ينص القانون نفسه على التعويض أو تنص بنود العقد على ذلك، وفي غير هاتين الحالتين يقبل الاجتهاد تطبيق فعل الأمير استثناءً ببعض الشروط².

2-1- حالة التعويض المنصوص عليه في القانون

يمكن أحيانا أن يكون الإجراء العام الذي سبب الضرر للمتعاقد منطوياً على التعويض له، وهذه المسألة لا تثير أية صعوبات لوضوح النص، وهي تماثل الحالة التي ينص فيها القانون خارج المجال العقدي على التعويض للأفراد إذا ما تعرضوا لأضرار في أوضاعهم³.

كما نستشف من خلال هذا القرار أنه لم يجعل من الإنقاص في الربح قلباً لاقتصاديات العقد، ولم يسوغ للمدعية المطالبة بالتعويض بسببه.

¹ - وذلك في الحكم الصادر سنة 1958؛ أشار إليه: محمود عبدالمجيد المغربي، المرجع السابق، ص.99. ويتلخص موقف القضاء الإداري المصري في هذه الحالة، في أن المدعي تعاقد مع مصلحة المستشفيات الجامعية في ظل قانون محدد ينفذه قرار وزاري محدد، غير أن وزير الصحة أصدر فيما بعد قرار وزارياً جديداً يحدد المواصفات الخاصة بالألبان ومنتجاته، مما دفع بالمتعاقد لتزويد الإدارة بالألبان وفق نسب جديدة من الدسم غير تلك المتفق عليها في العقد، ولم يسمح هذا القرار للمتعاقد بالمطالبة بالتعويض على أساس أنه كان على علم عند تعاقدته أن هذه النسب عرضة للتعديل مستقبلاً.

² - علي محمد علي عبد المولى، المرجع السابق، ص.358.

³ - ومن القرارات التي أكدت ذلك:

C.E 11 Juillet 1919. Chemin de fer du Midi.

حيث ينص القانون على إمكانية المتعهد المطالبة بالتعويض عن الأضرار الناتجة عن اتخاذ تدابير عامة. أشار إليه: محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.101، هامش رقم 105.

2-2- حالة التعويض المنصوص عليه في العقد

قد يحصل أن ينص دفتر الشروط العامة للعقد على تعويض المتعاقد في حالة تضرره من التدابير التشريعية أو التنظيمية اللاحقة لقيام العقد، فالعقود الإدارية بصورة خاصة قد تتضمن تعويض المتعاقد مقابل بعض الضرائب المالية التي قد تصدر بعد إبرام العقد، كالرسوم المفروضة مثلا على استيراد المواد الضرورية لتنفيذ العقد¹، والتعويض في حالة كذلك لا يثير إشكالا لكونه مجرد تطبيق للبند التعاقدية، وتجسيدها لإرادة المتعاقدين.

2-3- حالة خاصة: حالة قبول الاجتهاد القضائي التعويض على أساس نظرية فعل الأمير

في غياب النص على التعويض في القانون أو في العقد، أقر القضاء الإداري منح التعويض للمتعاقد في حالات استثنائية على أساس نظرية فعل الأمير بسبب التدابير العامة المؤثرة في ظروف تنفيذ العقد.

وإن هناك شروطا لإعمال هذا الاستثناء، أهمها أن يمس التدبير العام موضوعا أساسيا كان له تأثيره الحاسم في دفع المتعاقد إلى إبرام العقد، أي أن يمس التدبير مسألة هي التي دفعت المتعاقد للدخول في الرابطة العقدية مع الإدارة، وما كان ليقبل التعاقد إلا بتوافرها²، بمعنى أن هذا التدبير يجب أن يمس مسائل جوهرية في تنفيذ العقد دون الثانوية منها.

ومن جهة أخرى يجب الأخذ بالاعتبار فكرة الضرر الخاص التي تبناها مجلس الدولة الفرنسي، فهو لا يعرض عن الضرر المترتب على التدابير العامة إلا في الحالة الذي يثبت فيها المتعاقد أنه فعلا قد أصابه ضرر خاص من جراء التدابير العامة، وأن هذا الضرر الخاص لا يشاركه فيه سائر من يسهم التدبير العام³.

من هنا يتضح أهمية الخصوصية في الضرر الذي يعرض عنه القضاء مادام يرفض طلبات التعويض عن الضرر الذي ينزل بالمتعاقد نتيجة قانون أو نظام والذي تساوى في التعرض له -

¹ - ومن القرارات التي أكدت ذلك:

C.E. Février 1943. Société Huard.

C.E. 16 Avril 1944. Jourdain.

C.E. 17 Octobre 1952. Société .Fr radio.

أشار إليها: محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص. 102، هامش رقم 106.

² - علي محمد علي عبد المولى، المرجع السابق، ص. 359.

³ - وهيب عياد سلامة، المرجع السابق، ص. 55.

أي المتعاقد- مع أي تاجر أو صناعي آخر، لهذا لا يمكن قبول حالة أن الضرر متى نزل بمتعاقد مع الدولة فإنه يتصف بأنه ضرر خاص دائما¹. وهذا ما أكده الفقيه ثروت بدوي عندما قال:

« ... La notion de préjudice spécial, constitue, à nos yeux, le seul critère que l'on puisse fournir pour expliquer une jurisprudence, en apparence contradictoire. C'est le seul qui puisse corriger le principe général d'irresponsabilité que nous a vous dégagé de l'ensemble de la jurisprudence... »².

وهو نفس الاتجاه الذي أكدته محكمة القضاء الإداري المصرية باعتماد معيار خصوصية الضرر الذي يلحقه التدبير العام الجديد بالمتعاقد وحده، فاشتطت لقيام الحق في التعويض تأسيسا على نظرية فعل الأمير أن تصدر الحكومة تشريعا عاما جديدا يمس مركز المتعاقد وحده دون مجموع الشعب، أو إذا ما أصابه ضرر من الجسامة بحيث يتجاوز بكثير ما أصاب مجموع الشعب³.

صورة فعل الأمير السلبي

ونحن في معرض التحدث عن صور نظرية فعل الأمير، لا سيما تلك المتمثلة في إجراء إداري عام، لا بد لنا من التعرّيج ولو بإيجاز على إحدى هذه الصور والتي تسمى بـ «فعل الأمير السلبي» "le fait du prince négatif". فإذا كانت التصرفات التي تم نكرها تعتبر تصرفات إيجابية من طرف الإدارة العامة، وتستتبع تعويض المتعاقد معها وفقا لنظرية فعل الأمير، فإن هذه الأخيرة لا تقتصر على تلك التصرفات فقط، بل وسّع مجلس الدولة الفرنسي نطاقها لتشمل حتى التصرفات السلبية من طرف الإدارة العامة.

يرى أحد الكتاب أن مجلس الدولة الفرنسي طَبَّقَ نظرية فعل الأمير في حال وقفت الإدارة موقفا سلبيا، بامتناعها عن تطبيق القوانين والأنظمة التي يتعين تطبيقها، إذا أدى ذلك إلى فرض أعباء جديدة على المتعاقد مع الإدارة، كما يسري هذا الحكم إذا ما ألغت الإدارة إجراءً عاما كان

¹ - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.103.

² - Saroit BADAOU, Op Cit, P.211.

³ - Saroit BADAOU, Op Cit, P.211.

يعول عليه المتعاقد عند إبرام العقد¹. ومن ذلك قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية Ville de Dieppe بتاريخ 1924/12/31، حيث تضرر صاحب الإمتياز بسبب عدم تنفيذ الإدارة لائحة تفرض عليها وضع علامة معدنية على المباني التي توجد بها مراحيض، فأقر له مجلس الدولة بالحق في التعويض على أساس أن تنفيذ تلك اللائحة كان الدافع ورائه للتعاقد².

كما قضى مجلس الدولة الفرنسي في إطار عقد الالتزام لاستغلال مواقف السيارات المبرم بين مدينة باريس والشركة الطاعنة، بأن تقصير سلطات الضبط في اتخاذ التدابير اللازمة لمنع الوقوف غير المرخص به للسيارات بالقرب من موقف السيارات الممنوحة للشركة صاحبة الامتياز للاستغلال، يمكن أن يعطى لها الحق في التعويض بشرط أن يؤثر أو يعدل هذا التقصير في المضمون الجوهرى للعقد، وبالعكس، إذا كان هذا التقصير بسيطاً وليس له أثر على شروط تنفيذ العقد، فإنه لا يمكن ان يحرك المسؤولية التعاقدية للإدارة³.

ويلاحظ على هذا القرار، أنه يعترف بالمسؤولية التعاقدية للإدارة في حالة عدم تدخل سلطات الضبط الإداري باستخدام سلطتها البوليسية، باتخاذ إجراء معين لحماية الملتزم، حيث قد يترتب على عدم التدخل من جانبها التأثير في شروط تنفيذ العقد، مما يؤدي إلى الإخلال بحقوق الاستعمال والاستغلال المقررة للملتزم، فإذا امتنعت الجهة الإدارية عن تطبيق القوانين واللوائح التي يتعين تطبيقها والمنصبة على عنصر جوهري في العقد، فإن الموقف السلبي يجعل تنفيذ الالتزامات العقدية أكثر إرهاباً للمتعاقد⁴.

¹ - أنظر: محمد موسى إبراهيم، المخاطر التي تواجه تنفيذ العقد الإداري دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، 2005، ص.106.

² - لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق، ص.80.

³ C.E 7 mai 1982, Sté du Parking de la place de la concorde.

أشار إليه: حمدي علي عمر، المرجع السابق، ص.156.

⁴ - نفس المرجع، ص.156،157.

وتطبيقاً لذات المبدأ، كما ذكرنا سابقاً، قضى مجلس الدولة الفرنسي بتطبيق نظرية فعل الأمير، حينما يصيب الضرر صاحب امتياز صيانة المجاري الصحية، بسبب تراخي الإدارة في تنفيذ اللائحة التي تفرض وضع علامة معدنية على المباني التي لا يوجد بها مراحيض، على اعتبار ان تنفيذ هذه اللائحة يعتبر من العناصر الجوهرية في العقد، وكانت الدافع له للتعاقد.

C.E 12/12/1924, ville de Dieppe, cité par :

حمدي علي عمر، المرجع السابق، ص.157، هامش رقم.1.

الفرع الثاني

شروط تطبيق نظرية فعل الأمير

إن إقرار حق المتعاقد مع الإدارة بالتعويض الكامل على أساس نظرية فعل الأمير يستدعي وجود عدد من الشروط مجتمعة؛ فيجب أن يكون هناك ضرر وأن يكون هذا الضرر صادرا من جهة السلطة العامة ذاتها التي أبرمت العقد، بالإضافة إلى شروط أخرى؛ وذلك على النحو الآتي:

أولاً: حدوث ضرر للمتعاقد

يشترط لإقرار التعويض استنادا لنظرية فعل الأمير أن يؤدي عمل الإدارة إلى تشديد أو تقاوم الأعباء والالتزامات على المتعاقد، مما يؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد وبالتالي إلحاق الضرر بالمتعاقد¹؛ فلا يستطيع المتعاقد المتضرر الادعاء بالحق في التعويض إلا إذا كان فعل الإدارة قد تسبب بإحداث ضرر له.

ويتميز هذا المبدأ بعنصري الاستقرار والإطلاق، كما لا يشترط في الضرر أن يكون جسيما أو يسيرا فقد يكون مجرد إنقاص في الربح، والمهم أن يكون الضرر مؤكدا ومباشرا²، ويستوي أن يتمثل هذا الضرر في زيادة أعباء المتعاقد أو في الإنقاص من أرباحه، والمهم أن يؤدي هذا الضرر لاختلال العلاقة العقدية بشكل يستدعي ضرورة تحقيق التوازن المالي بين التزامات المتعاقد مع الإدارة وحقوقه³.

ولكن عن جسامه الضرر الذي يصيب المتعاقد، يرى البعض⁴ اشتراط أن يكون الضرر على قدر من الجسامه بحيث يؤدي الى قلب اقتصاديات العقد، والتأثير عليه بصورة أساسية؛ إلا أن هذا القول غير مقبول في نظرنا، بحيث لا يشترط أن يكون الضرر جسيما بل كل ضرر يؤدي الى ارهاق المتعاقد مع الإدارة يعتبر ضررا مستوجبا لجبره بمفهوم نظرية فعل الأمير، ولعل ما يؤكد هذا الطرح، هو عدم اشتراط ص ع وتفويضات المرفق العام لنسبة معينة للضرر

¹ - نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.712.

² - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.84.

³ - أنظر: سعد ناصر العجمي، عوارض تنفيذ العقود الإدارية وتطبيقاتها القضائية في دولة الكويت، مذكرة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، 2009، ص.100.

⁴ - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.230.

المستوجب لإعادة التوازن المالي للعقد الإداري، حيث تنص م153 من المرسوم الرئاسي 15-247 على ما يلي: "تسوّى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل.

غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق هذه الأحكام أن تبحث عن حلّ ودّي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها، كلما سمح هذا الحل بما يأتي:

إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كلّ من الطرفين... ". ونؤكد موقفنا برأي لأحد الفقهاء جاء فيه أنه "لا يتعين أن يكون الضرر على درجة معينة من الجسامة، فقد يكون جسيما أو يسيرا، كما يكون ضررا فعليا يصيب المتعاقد أو مجرد إنقاص في الربح، وكل ما يتطلبه مجلس الدولة الفرنسي حدوث نوع من الخلل في التوازن المالي للعقد¹"، دون تحديد درجة معينة لهذا الخلل.

ورغم اتفاق اغلب الفقهاء على عدم اشتراط جسامة الضرر²، إلا أن هناك من يشترط خصوصية الضرر، أي أن يكون الضرر خاصا بالمتعاقد مع الإدارة وحده، لا يشاركه فيه المخاطبون الآخرون بالإجراء الإداري.

ولقد أكد الفقيه تروث بدوي هذا الشرط، واعتبر خصوصية الضرر الشرط الأساسي لقبول التعويض على أساس نظرية عمل الأمير³، في حين يرى الفقيه M. HAURIOU أن الضرر الذي يصيب المتعاقد مع الإدارة في إطار فعل الأمير هو دائما ضرر خاص، وذلك استنادا للرابطة التعاقدية التي تربطه بالسلطات العامة والتي تميزه عن باقي المتضررين من الإجراءات الإدارية العامة⁴.

ونحن نؤيد هذا الطرح، كون أن خصوصية الضرر ليست شرطا للتعويض عن فعل الأمير، بل هي صفة بديهية يتصف بها الضرر بمجرد نسبته للمتعاقد مع الإدارة، بحيث أن الاجراء

¹ - مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص.654.

² - من القائلين بهذا الرأي: سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص.628؛ وهيب عياد سلامة، المرجع السابق، ص.29؛ محمد شعبان الدهوبي، حق المتعاقد في التعويض في العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، 2017، ص.118.

³ - Saroit BADAOU, Op CIT, p.210.

⁴ - أشار الى هذا الرأي: سعد ناصر العجمي، المرجع السابق، ص.100.

الصادر من الإدارة سيكون اجراءً عاماً يشترك فيه جميع المخاطبين به، ولكن ينفرد عنهم المتعاقد بكونه متعاقداً مع الإدارة وبكون هذا الاجراء لم يمسه إلا بهذه الصفة.

ثانياً: عدم توقع الفعل المسبب للضرر

يشترط لتطبيق نظرية عمل الأمير أن تكون الإجراءات الصادرة عن الجهة الإدارية غير متوقعة¹ وقت إبرام العقد، وبالتالي إذا توقع المتعاقد مع الإدارة هذا الإجراء الضار أو كان من المفروض منطقياً أن يتوقعه، فلا يجوز له المطالبة بالتعويض إعمالاً لنظرية فعل الأمير؛ وقد سار الاجتهاد القضائي الفرنسي في هذا الاتجاه²، وكذلك القضاء الإداري المصري³.

ففي فرنسا أوضح بصراحة مفوض الحكومة أمام مجلس الدولة الفرنسي Corneille نيته في اعتماد هذا الشرط، عندما اعتبر أنّ الأمر الصادر إلى المتعاقد بزيادة أجور العمال كان مؤشراً

¹-Laurent Richer، OP CIT، p.287.

²- حيث اعتبر أنّ المتعاقد لم يكن يجهل الشروط الاقتصادية، كارتفاع أجور اليد العاملة أو أسعار الفحم الذي اضطر السلطات العامة إلى السماح برفع جديد لأجور السكك الحديدية؛ أنظر:

- C.E. 19 Novembre 1909. Compagnie générale transatlantique, Rec P.891. (A propos d'une réglementation nouvelle concernant le joué âge des navires. Il n'avait pas imprévisibilité la compagnie ayant en toutes raisons de prévoir en l'espèce l'éventualité de cette modification).

- C.E. 15 Décembre 1922. Ville de Rennes. P 945...

وقد ورد في هذا القرار لتوضيح التدبير غير المتوقع ما يلي:

« Du fait que la mesure doit avoir été imprévisible, il résulte que, si depuis son intervention il y a eu un avenant au contrat, le cocontractant ne peut prétendre réclamer le bénéfice de la théorie du fait du prince ».

محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص 85، هامش رقم 79.

³ - لقد أتيح للمحكمة الإدارية العليا المصرية في أول حكم أصدرته في هذا الصدد بتاريخ 20 أيار 1961، السنة 6 ص 1133 أن تقرر ما يلي: «إذا كانت العلاقة بين الطاعن والإدارة هي عقد إداري، فإنّ شروط نظرية فعل الأمير لم تتحقق كلها، لاسيما الشرطين المتعلقين بأن يكون الإجراء الصادر من الإدارة غي متوقع، كما أنّ الضرر الذي أصاب المتعاقد يجب أن يكون خاصاً به لا يشاركه فيه سائر من يمسه القرار العام»؛ كما أبرز القضاء المصري هذا الشرط بوضوح في حكمه الصادر بتاريخ 1957/6/30 حيث ذكر صراحة أنّ من شروط تطبيق نظرية فعل الأمير أن يكون الإجراء أو التشريع الجديد غير متوقع الصدور وقت التعاقد. حيث قضت محكمة القضاء الإداري بما يلي: «إنّ القاعدة بالنسبة للتعويض على أساس التوازن المالي للعقد بسبب تعديل طريقة التنفيذ، إنه إذا لم يكن مقداره متفقاً عليه في العقد، فإنّ جهة الإدارة لا تملك أن تستقل بتقديره، بل يقدره قاضي العقد اعتباراً بأنه ينشأ عن تكاليف غير متوقعة... ومن شروط تطبيق نظرية عمل الأمير أن يكون الإجراء أو التشريع الجديد غير متوقع الصدور وقت التعاقد، فإذا ما توقعته نصوص العقد، فإنّ المتعاقد مع الإدارة يكون قد أبرم العقد وهو مقدر لهذه الظروف الأمر الذي يترتب عليه تعذر الاستناد إلى نظرية فعل الأمير...»؛ أنظر: حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ 1957/6/30، القضية رقم 983 لسنة 7 ق. السنة 11، ص 624؛ أشار إليه: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 714.

لارتفاع الأسعار بصورة حقيقية بسبب الظروف الاقتصادية وبالتالي يتمتع على المتعاقد أن يتقدم بطلب التعويض على أساس نظرية فعل الأمير، وقد برر مفوض الحكومة بأن الظروف التي تمّ فيها إبرام العقد تساعد على توقع ما حصل فيما بعد، ويقع على المتعهد أن يتحمل هذا العبء الجديد¹.

وفي مصر، رفضت المحكمة الإدارية العليا التعويض عن الزيادات الناجمة عن صدور القانون رقم 204 لسنة 1960 على أساس نظرية فعل الأمير، لأن هذه الأخيرة يلجأ لها في حالة فعل غير متوقع وقت إبرام العقد².

وحتى وإن كان الفعل الضار ناتجا عن استعمال الإدارة لسلطتها في التعديل الانفرادي للعقد الإداري، مع العلم أن هذه السلطة أصبحت حاليا من المبادئ العامة المقررة للعقود الإدارية، بحيث تتمتع بها الإدارة ولو لم ينص القانون أو العقد على ذلك، فإن نظرية فعل الأمير تجد لها مجالا للتطبيق، ولا يتعارض ذلك مع شرط عدم التوقع، بحيث ان "عدم التوقع لا ينصرف الى أصل الحق في التعديل، ولكن إلى حدود التعديل أو مده أو آثاره"³.

¹-« ... Adoptant les conclusions du commissaire du gouvernement Corneille, le conseil d'Etat a jugé dans cette affaire que l'ordre donné par l'administration à son fournisseur d'augmenter le salaire de ses ouvriers ne faisait qu'enregistrer la hausse réelle des salaires due aux circonstances économiques et ne pouvait en conséquence ouvrir au contractant un droit à être indemnisé sur la base de la théorie du fait du prince... ».

ثم تابع مفوض الحكومة في تعليل موقفه الذي اعتمده المجلس على النحو التالي:

« Eu égard à l'époque à laquelle a été passé le marché des requérants la hausse des salaires correspondant à la hausse du coût de la vie a dû entrer dans leurs prévisions et constituait par elle-même un des aléas du marché qui doit demeurer, en l'absence d'un bouleversement du contrat, à la charge du fournisseur »

ثم ذكر محافظ الدولة ظروفًا معينة يمكن أن تسمح بالتعويض الكامل وهذا الأمر لم يتحقق في هذه القضية...

« Il ne pourrait en être autrement que si, par sa décision, le ministre avait prescrit le paiement de salaires supérieurs à ceux qui résultaient à cette époque de l'augmentation du coût de la main-d'œuvre et si, par suite, en se trouvant en présence d'un véritable fait de l'administration dont les conséquences devaient être intégralement supportées par elle : tel n'est le cas dans l'espèce » ; cité par :

محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.86، هامش رقم.82.

²- قرار صادر بتاريخ 1969/01/11، أشار إليه: وهيب عياد سلامة، المرجع السابق، ص.31.

³- سعد ناصر العجمي، المرجع السابق، ص.101.

ومعيار عدم التوقع هو معيار موضوعي، لا يعتد فيه بما ورد في ذهن المتعاقد، وإنما العبرة ألا يكون في استطاعة الشخص العادي الحريص أن يتوقع الاجراء وقت ابرام العقد، ولكن على القاضي أن يتأكد كذلك من بذل المتعاقد وقت ابرام العقد للحرص والجهد المقبولين لمعرفة او توقع هذا الاجراء¹.

وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري بمصر، بالقول أن "الشرط الخاص بوجود أن تكون الصعوبة طارئة وغير متوقعة أو مما لا يمكن توقعه ... ينطوي على معنى المفاجأة في صورة معينة، ... بالرغم مما اتخذ من حيلة لا تفوت على الشخص البصير بالأمر قبل الاقدام على المساهمة في تسيير المرفق العام والتعاقد بشأنه"².

ثالثا: صدور الفعل الضار عن الإدارة المتعاقدة

تتميز نظرية فعل الأمير بصورة رئيسية عن باقي النظريات³ بأنّ الإجراء المتخذ قد صدر عن السلطة العامة، ولكن ليس أية سلطة عامة، بل أنّ الإجراء صدر عن سلطة عامة معينة محددة؛ ويترتب على ذلك أنّ من شأن هذا الاشتراط أن يستبعد التعويض عندما لا يكون الفعل صادرا عن الإدارة كما يستبعد أيضا عندما يكون تدخل الإدارة كان بناءً على طلب من المتعاقد نفسه⁴.

فلا يكفي فقط صدور الفعل عن إدارة عمومية، بل إن مجلس الدولة الفرنسي أصبح يشترط أن يكون العمل أو التصرف صادرا من الجهة الإدارية التي أبرمت العقد، وذلك بمناسبة قراراتين

¹ - علي محمد علي عبد المولى، المرجع السابق، ص.245.

² - قرار بتاريخ 1957/01/20، أشار إليه: مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص.664.

³ - نظرية القوة القاهرة La théorie de la force majeure ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة La théorie des sujétions imprévues ونظرية الظروف الطارئة Théorie de l'imprévision، التي سيأتي بيانها كل في حينه.

⁴ - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.85،86.

صادرين على التوالي في العام 1949¹؛ فقصر تطبيق نظرية فعل الأمير على الاعمال التي تصدر من جهة الإدارة المتعاقدة وحدها، وطبّقَ نظرية الظروف الطارئة في الحالات الأخرى². فنظرا لأهمية الدور الذي تلعبه نظرية فعل الأمير عند التطبيق، لا يكفي أن يكون الفعل الضار صادرا عن سلطة عامة، بل يجب أن يأتي هذا الفعل عن السلطة نفسها التي قامت بإبرام العقد³؛ وتجدر الملاحظة انه إذا كانت الإجراءات التي ألحقت ضررا بالمتعاقدين مع الإدارة متخذة

¹- Voir :

- C.E 4 Mars 1949, Ville de Toulon, Rec. P 197.

- C.E 15 1949 Ville d'Elbeuf, Rec. P 358 ; cités par :

نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.716.

وهذه الفكرة رغم أهميتها- إذ تساهم إلى حد بعيد في تحديد الخط الفاصل بين نظريتي فعل الأمير وظروف الطارئة- فإنها لم تحظى بالقبول من القضاء الإداري منذ أول وهلة، فقد كان مجلس الدولة الفرنسي يقبل طلبات التعويض الكامل عن أفعال صدرت عن إدارة أجنبية عن العقد؛ حيث جاء في أحد قراراته ما يلي:

« ... Le sieur T. est fondé à regarder les sujétions par lui, subies, quelle que soit l'autorité qui les ait provoquées, comme provenant, d'une imprévision... mais une de l'administration dont il ne doit pas, en tout état de cause, supporter les conséquences ».

كما أن مجلس الدولة كان قد قبل التعويض للمتعاقد بمناسبة فرض رسوم من قبل غرفة التجارة.

- C.E. 20 Mars 1904. Compagnie marseillaise de navigatrices.

« ... Le conseil d'Etat, contrairement d'ailleurs aux conclusions du commissaire du gouvernement Teissier, avait admis l'indemnisation de cocontractant de l'Etat à l'occasion d'une taxe établie par une chambre de commerce... »

أشار إليها كلها: محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.87 وما يليها.

²- وهيب عياد سلامة، المرجع السابق، ص.28.

³- وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في قرار مدينة تولون المشار إليه أعلاه، إذ جاء فيه:

Il est constant que les mesures d'obscurcissement dont la société du gaz de l'électricité du Sud-est fait état et qui ont entraîné une diminution de ses recettes n'ont pas été le fait de la ville de Toulon, mais ont été ordonnées par l'autorité militaire durant les hostilités ; ainsi la diminution des recettes est uniquement dues à des circonstances exceptionnelles, indépendante du fait des parties.

بهذا الموقف أوضح مجلس الدولة رأيه في مسألة التصرفات التي صدرت عن الدولة وأثرت على عقد إداري أبرمته مدينة تولون مع أحد الأفراد... وبنى المجلس قراره على أنّ المدعي لا يستطيع الحصول على التعويض الكامل للخسائر التي أصابته (وفقا لنظرية فعل الأمير) بل على العكس يستطيع فقط إثارة نظرية الظروف الطارئة.

« ... Le conseil d'Etat tiré de ces constatations cette conclusion qu'en espèce requérant ne pouvait prétendre à une indemnisation intégrales des pertes subies par le (fait du prince), mais pouvait seulement invoquer la théorie de l'imprévision pour demander une participation de la ville à son déficit d'exploitation ».

مُشارٌ إليه لدى: محمود عبد المجيد المغربي، ص.88، هامش رقم.84.

من سلطة غير السلطة المتعاقدة وبالتالي تعذر تطبيق نظرية عمل الأمير فإن ذلك لا يعني حرمان المتعاقد من التعويض¹، بل يمكنه المطالبة بحقوقه الأخرى².

مع الملاحظة أن عقود الدولة تعرف معنًى موسعا لهذا الشرط، بحيث أن كل ما يصدر عن أية وزارة أخرى أو هيئة مركزية تابعة للدولة يعتبر صادرا عن الإدارة المتعاقدة (الدولة)، ويرجع ذلك الى فكرة وحدة الشخصية المعنوية للدولة رغم تعدد أجهزتها؛ وهذا على عكس عقود الولاية والبلدية والمؤسسات العمومية الإدارية الأخرى التي يشترط لتطبيق نظرية فعل الأمير تجاهها، صدور الاجراء من الهيئة المتعاقدة ذاتها³.

ومن باب الدراسة المقارنة، أكدت المحكمة العليا الليبية على ضرورة صدور الاجراء الضار من الإدارة المتعاقدة، بالقول: "أن النظرية المنطبقة على واقعة الدعوى هي نظرية فعل الأمير وليست نظرية الظروف الطارئة... فقد صدر الامر عن الجهة الإدارية المتعاقدة وقد نشأ عنه ضرر للمتعاقد..."، أشار إليه: محمد شعبان الدهويي، المرجع السابق، ص.114.

¹ - نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.717.

² - تظهر حقوق المتعاقد في هذه الحالة من زاويتين:

أولاً: في مواجهة الإدارة المتعاقدة؛ يستطيع المتعاقد إثارة تطبيق نظرية الظروف الطارئة، إذا كانت الشروط الخاصة بها متوافرة.

ثانياً: في مواجهة السلطة التي يقع على عاتقها مسؤولية الفعل الضار. لا يستطيع المتعاقد هنا أن يطالب إلا في إطار النظرية العامة الخاصة بمسؤولية السلطة العامة، وهذا يعني أنه إذا كان مصدر الضرر قانوناً *une loi* فالمسؤولية هي على الدولة المشرعة *L'Etat législateur*، وإذا كان التدبير إدارياً بالشروط الخاصة للمسؤولية الإدارية فهذا الأمر يفترض عادة قيام خطأ في ممارسة المرفق العام، وهذا الموقف أوضحه بالتفصيل مجلس الدولة الفرنسي في الحيثيات الواردة في قراره عام 1949 (C.E. 15 Juillet 1949 Ville d'Elbeuf. REC. P. 359.)، والتي جاء بها :

« La loi du 21 octobre 1940 et l'ordonnance du 30 Juin, qu'ont posé le principe de la stabilisation des prix au 1^{er} Septembre 1939 sont intervenues uniquement en vue de l'intérêt général, afin de garantir l'ensemble de la population contre les hausses excessives que pouvait entraîner l'état de guerre, dès lors la ville d'Elbeuf n'est pas fondé à soutenir que la responsabilité de l'Etat se trouve engagée du fait de cette législation. D'autre part, si la requérante allègue que le service des prix a commis des fautes dans l'application des textes sus-rappelés et notamment n'a pas assuré la concordance nécessaire entre les relèvements des prix des matières premières et des salaires et ceux des tarifs de vente di gaz elle n'apporte aucun commencement de preuve à l'appui de cette allégation ».

مُشاراً إليه لدى: محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.89.

³ - هيثم حلیم غازي، المرجع السابق، ص.77، بتصرف، مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص.685.

رابعاً: عدم صدور خطأ عن الإدارة

يشترط لتطبيق نظرية فعل الأمير ألا ينطوي الإجراء الإداري الذي أُصِرَّ بالمتعاقد مع الإدارة على خطأ ينسب للإدارة المتعاقدة¹؛ فتطبيق نظرية عمل الأمير يشترط أن يكون الإجراء الذي اتخذته الإدارة المتعاقدة وأضر بالمتعاقد معها هو إجراء مشروع اتخذته في إطار اختصاصها، فإذا ثبت أنّ هذا الإجراء ينطوي على خطأ وقعت فيه الإدارة فلا تطبق نظرية عمل الأمير، بل تتعدّد مسؤولية الإدارة على أساس هذا الخطأ حيال المتعاقد معها². فالمسؤولية هنا هي مسؤولية بدون خطأ³، على فرض أن الإدارة اتخذت اجراءً سليماً يفرضه الصالح العام، وفي حدود سلطاتها، إلا أن هذا الاجراء ألحق ضرراً بالمتعاقد يستوجب التعويض⁴.

وبالتالي لا بد من ان يكون الفعل الصادر من الإدارة مشروعاً غير مخالف للقانون، وإلا جاز للمتعاقد اللجوء للقضاء لمسائلتها طبقاً لقواعد المسؤولية العقدية للإدارة⁵.

وعلى الصعيد المقارن، أكدت المحكمة الإدارية العليا بمصر أن "من شروط نظرية فعل الأمير ... افتراض ان الإدارة المتعاقدة لم تخطأ حين اتخذت عملها الضار، فمسئوليتها بلا خطأ"⁶. كما أكدت المحكمة العليا الليبية على هذا الشرط، بالقول: "متى كان الحكم المطعون فيه قد اقام قضاؤه بصفة أساسية على خطأ الإدارة في سحب المشروع، لأن قرارها بسحب العمل غير مشروع وفي غير الحالات المبينة في العقد ويعد اخلافاً بما يفرضه القانون على الإدارة من التعاون وعدم وضع العراقيل في سبيل المتعاقد او زيادة اعبائه زيادة غير عادية وفق الحدود المقبولة، ومن تمة لا يمكن الاستناد الى نظرية فعل الأمير التي تفترض عدم قيام خطأ من الإدارة المتعاقدة"⁷.

¹- C. GUETTIER, OP CIT, P.560.

² - نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.718.

³ للاستفادة حول موضوع المسؤولية الإدارية بدون خطأ، أنظر: أحمد محمود أحمد الربيعي: مسؤولية الإدارة دون خطأ وتطبيقاتها المعاصرة، دراسة مقارنة، الكتاب الأول والكتاب الثاني، دار الكتب القانونية، مصر، 2015.

⁴ - سعد ناصر العجمي، المرجع السابق، ص.101.

⁵ - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.230.

⁶ - هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص.84.

⁷ - أشار إليه: محمد شعبان الدهويي، المرجع السابق، ص.118.

المطلب الثاني

تَغْيِيرُ طَرَقِ تَنْفِيذِ الْعَقْدِ نَتِيجَةَ لِفْعَلِ الْمُتَعَاقِدِ مَعَ الْإِدَارَةِ

الأصل المقرر في تنفيذ الالتزامات التعاقدية أن يقتصر المتعاقد مع الإدارة فقط على تنفيذ الأعمال المطلوبة منه، ولا يجوز له أن يضيف لها أعمالاً أخرى، وإذا ما أخل بهذا الالتزام عد ذلك خطأً منه يتحمل جميع تبعاته¹.

لكن يجب ألا ينظر إلى المتعاقد مع الإدارة باعتباره متعاقداً فحسب، بل يتعين أن يوضع في الاعتبار صفته كعمالٍ في تسيير المرفق العام، فيقدم المتعاقد مساهمته للإدارة بقصد سد الحاجات العامة، ونظراً لأن مستلزمات الحياة اليومية قد تدعو إلى تغيير في الالتزامات، فتبعاً لذلك تكون التزامات المتعاقد قابلة للتغيير في نفس اتجاه الاحتياجات العامة.

فالمتعاقدين مع الإدارة قد ينفذ من تلقاء نفسه أشغالا إضافية في غياب إذن منها أو اتفاق معها ومع ذلك فهو يستحق تعويضا عما أنجزه على أساس المسؤولية التعاقدية دون خطأ والتي تبرر في هذه الحالة بالنية المشتركة للمتعاقدين².

وتتمثل التعديلات التي يمكن أن يحدثها المتعاقد على العقد في حالة الأعمال الزائدة والمنفذة تلقائياً، وغير المنصوص عليها في العقد ولم تطلبها منه جهة الإدارة صراحة، فالتعديلات تمتد إلى إمكان إجراء تغييرات في حجم وطريقة تنفيذ الأعمال من جانب المتعاقد³. وتسمى بالأعمال الإضافية.

وَتُعَرَّفُ الْأَعْمَالُ الْإِضَافِيَّةُ بِأَنَّهَا "تلك الأعمال التي يقوم بها المتعاقد دون أن تتضمنها نصوص العقد أو تطلبها منه جهة الإدارة صراحة، وأظهر ما تكون هذه الحالة في عقد

¹ - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص.595.

² - انظر: توفيق الغنای، المسؤولية الإدارية التعاقدية، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق بصفافس تونس، عدد خاص، 2006، ص.240.

³ - حمدي علي عمر، المرجع السابق، ص.163.

الأشغال العامة، إلا أنه لا يوجد ما يمنع من تطبيق القواعد التي قررها القضاء بمناسبة تنفيذ هذا العقد على غيره من العقود الإدارية¹.

ولا بد لاعتبار العمل إضافيا أن يتم خلال فترة تنفيذ العقد وليس بعد نهايته، وإلا فلا مجال للبحث عن العمل الإضافي بعد نهاية العقد².

ففي بعض الأحيان يقوم المتعاقد مع الإدارة ببعض الأعمال الضرورية التي لم تتضمن شروط العقد النص عليها، ولكنها لازمة لأداء العمل الأصلي محل العقد الإداري أو لتنفيذه بشكل جيد، كما قد يقوم ببعض الأعمال غير الضرورية لأداء العمل الأصلي وغير لازمة لذلك ولكنها تعود بالنفع على الإدارة المتعاقدة³.

فنستنتج أن القاعدة أن المتعاقد لا يجب أن ينفذ إلا الأعمال المطلوبة منه في العقد دون غيرها، فإذا أخلَّ بهذا الالتزام كان عليه أن يتحمل نتيجة خطئه، لكن ومع ذلك قد تقتضي الظروف أن يدخل المتعاقد أعمالا زائدة لم ينص عليها العقد لاعتبارات الضرورة ومصلحة جهة الإدارة المتعاقدة، بل وقد سمح القضاء الإداري بتعويضه عنها في بعض الحالات، مما يؤدي إلى ضرورة النظر في طبيعة تلك الأعمال التي تغير من ظروف تنفيذ العقد الإداري (الفرع الأول)، ثم البحث عن كيفية تعويض المتعاقد عنها (الفرع الثاني).

¹ - محمد شعبان الدهوبي، المرجع السابق، ص.193.

² - حمدي حسن الحلقاوي، المرجع السابق، ص.245، بتصريف.

³ - بلال أمين زين الدين، المرجع السابق، ص.592.

الفرع الأول

نطاق الأعمال التي يدخلها المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري

بالرجوع للقضاء الإداري، إذا ما غيّر المتعاقد في طرق تنفيذ العقد الإداري دون طلب من الإدارة العامة، فإن مجلس الدولة الفرنسي يفرق بين نوعين من الأعمال، النوع الأول هي الأعمال الضرورية اللازمة لتنفيذ العقد الإداري والتي تستدعي ظروف العمل والقواعد الفنية المتبعة ضرورة القيام بها، أي أن تكون هذه الأعمال حتمية، وبين النوع الثاني وهي الأعمال المفيدة، والتي تعتبر غير حتمية ولكنها مفيدة للإدارة وتعود عليها بالنفع. وهذا ما سيتم تفصيله عبر ما يلي:

أولاً: الأعمال الضرورية

يقصد بها تلك الأعمال الزائدة وغير المنصوص عليها في العقد والتي لا يستطيع المتعاقد تنفيذ الأعمال الأصلية المدرجة في بنود العقد إلا بأدائها، بحيث تعتبر ضرورية جداً لحسن تنفيذ المشروع ولكنها قد أغفلت سهواً فلم تدرج في العقد الأصلي¹.

ويعرفها البعض، بأنها تلك الأعمال التي لم ينص عليها في العقد ولكن يتبين أثناء التنفيذ أنها ضرورية لحسن تنفيذ المشروع وفقاً لقواعد الفن المرعية².

كما تم تعريفها بكونها "تلك الأعمال اللازمة لأداء العمل الأصلي محل التعاقد الإداري أو لحسن تنفيذه، بحيث لو لم تكن هذه الأعمال لما تم العمل أو لم يكن ليتم بالصورة التي تم عليها"³.

وقد عرفها القضاء الإداري الفرنسي بأنها تلك الأعمال المنفذة من جانب المتعاقد بصورة تلقائية ودون أمر من الإدارة، متى كانت أعمالاً حتمية ولا غنى عنها لحسن تنفيذ العقد من الناحية الفنية⁴.

¹ - VOIR : F. Moderne : Les quasi-contrats administratifs, Sirey, 1995.

² - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص.540.

³ - بلال أمين زين الدين، المرجع السابق، ص.592.

⁴ C.E 29 mai, établissement public d'aménagement de la ville nouvelle de Saint-Quentin-en-Yvelines, R.D.P 1992, P 1534.

وتجد نظرية الأعمال الضرورية أساسا لها في القضاء الإداري والمقارن؛ ففي فرنسا حينما يقوم المتعاقد بتنفيذ الأعمال التي لم يكلف بها فإن القاضي الإداري عادة ما يميز بين الأعمال الضرورية والأعمال النافعة أو المفيدة، ويعتبر الأعمال الضرورية هي تلك اللازمة لأداء الأعمال المكلف بها رغم عدم إدراجها أساسا في بنود العقد الإداري أو بين طيات شروطه، حيث تظهر الحاجة إليها ملحة وضرورة لأداء العمل الأصلي، ولذا فإن مجلس الدولة الفرنسي قد ألزم الإدارة بدفع مقابل هذه الأعمال على أساس السعر المتفق عليه في العقد فيما يتعلق بالأعمال المطلوبة من المقاول أو المتعهد أو المتعاقد مع الإدارة¹. وقد اختلفت مواقف الفقه في تحليل هذا الاجتهاد القضائي؛ فرأى الأستاذ **M. WALLINE** أن "الحق في دفع مقابل هذه الأعمال يجب أن يكون معترفا به تلقائيا من قبل الإدارة على أساس السعر المتفق عليه في العقد بالنسبة للأعمال الأصلية، وذلك متى تقررت صفة الضرورة لهذه الأعمال الزائدة"².

ويرى الأستاذ **G. JEZE** أن النية المشتركة للطرفين لم تتصرف إلى قيام المتعاقد بتنفيذ هذه الأعمال دون مقابل، ولذلك يجب أن يحصل اتفاق بين الإدارة والمتعاقد لتحديد المقابل المالي لها، وفي حالة غياب الاتفاق الودي، فإن القاضي سيحكم عادة بناء على تقارير أهل الخبرة، وهؤلاء سيعطون رأيهم آخذين في الاعتبار الأسعار الدارجة بالعقد للأعمال المشابهة³.

ويرى الأستاذ **حمدي علي عمر** أن القاضي الإداري الفرنسي قد ذهب في هذه القضية لحماية المتعاقد بمنحه مقابل ما يقوم به من أعمال ضرورية، وذلك على أساس أن تلك الأعمال لا غنى

¹ وفي هذا الصدد قضى بإلغاء حكم إحدى المحاكم الإدارية، حكمت فيه برفض منح المتعاقد قيمة الأعمال الإضافية التي قام بها، على أساس أن هذه الأعمال قد نفذت دون أمر صادر من الإدارة المتعاقدة. وأسس مجلس الدولة قراره على أساس أنه حتى في حالة عدم وجود أمر صادر من المصلحة المتعاقدة بأداء هذه الأعمال إلا أنها ضرورية لتنفيذ الأعمال الأصلية المنصوص عليها في العقد تطبيقا للقواعد العامة، فضلا عن قلب اقتصاديات العقد فإن المحكمة الإدارية قد ارتكبت خطأ حين رفضها دفع قيمة الأعمال المذكورة للمتعاقد.

C.E 14/10/1967, société Nicou.

¹ أشار اليه: حمدي علي عمر، المرجع السابق، ص.166، هامش رقم 1.

² أشار اليه: نفس المرجع، ص.166.

³ أشار اليه: بلال أمين زين الدين، المرجع السابق، ص.593.

عنها لتنفيذ الأعمال الأصلية أو أنها تمثل ضرورة حتمية، حيث اعتبرها ملائمة تماما لمساهمتها الفعالة في أداء سير المرفق العام¹، ولكن لم يبين في رأيه هذا الأساس الذي يجب أن يبنى عليه التعويض عن الاعمال الضرورية، ونحن نرى أن هذا الأساس يكمن في الرجوع للسعر المتفق عليه في العقد بالنسبة للأعمال الأصلية، كون أن الاعمال الضرورية ستكون من نفس جنس ووظيفة تلك الاعمال، وكون أن مقابل هذه الاعمال من قبيل البنود الاتفاقية التي لا يمكن تحديدها الا بناء على النية المشتركة للمتعاقدين، ولا ضرر في اللجوء لأهل الخبرة لتحديد ثمن هذه الاعمال إذا ما تغير وقت تنفيذها بشكل كبير عن وقت ابرام العقد.

ورغم اعتراف مجلس الدولة الفرنسي بحق المتعاقد مع الإدارة في الحصول على قيمة الأعمال الإضافية، إلا أنه اشترط في الأعمال الضرورية أن تكون حتمية ولا غنى عنها لتنفيذ العقد من الناحية الفنية، وسيقا مع ذلك فقد قضى بأنه يجب على الإدارة أن تقوم بدفع قيمة الأعمال الإضافية للمتعاقد معها والتي كان أدائها ضروريا لحسن تنفيذ العقد وفقا لشروطه وبنوده المتفق عليها. كما قضى بأن من حق المقاول أن يحصل على مقابل الأعمال التي نفذها وغير المنصوص عليها في العقد فيما يتعلق بالمقايسة الوصفية مادامت لازمة لتنفيذ العمل الأصلي². وإذا كان العقد الأصلي وسيقا مع بنوده المتفق عليها ودفتر الشروط، قد تعرض لتلك الأعمال الضرورية التي قد تطرأ على العقد أثناء التنفيذ، ولم يقر صراحة أحقية المتعاقد مع الإدارة في الحصول على مقابلها، فإنه لا بد على القاضي الإداري في هذه الحالة من أن يتقيد بنصوص العقد وعدم الحكم للمتعاقد بما دفع مقابل قيامه بهذه الأعمال³، تماشيا مع النية المشتركة والصريحة للمتعاقدين.

ولذا فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر في 22 ديسمبر 1944 برفض تعويض المقاول عن تجاوز الأعمال المنصوص عليها لمخالفة ذلك لنص المادة 70 من دفتر الشروط الادارية العامة المطبقة على عقود الأشغال العامة، التي ألزمت المقاولين بالأعمال المشار إليها في الأوامر المرفقة وبضرورة إخطار الإدارة عن طريق مهندس التنفيذ بأي تجاوز

¹ - حمدي علي عمر، المرجع السابق، ص.166.

² - أشار إليه: حمدي علي عمر، مرجع سابق، ص 167، هامش رقم 1، 2، 3.

³ - بلال أمين زين الدين، المرجع السابق، ص.593.

من جانبهم لما هو منصوص عليه في العقد، وإلا تحملوا النفقات الناتجة عن ذلك دون أن يكون لهم حق الرجوع على الإدارة بأية دعوى¹.

كما أن القضاء الإداري الفرنسي اشترط أن تكون الاعمال الإضافية بطلب كتابي من الإدارة المتعاقدة²، فرفض بعض طلبات التعويض عن أعمال إضافية قام بها المقاولون دون أمر كتابي من المرفق³، إلا أن هناك تطبيقات قضائية أخرى سمح فيها مجلس الدولة الفرنسي بتعويض المتعاقد عن أعمال إضافية ضرورية دون أمر من المرفق المتعاقد⁴، كما أجاز التعويض في حالة الأمر الشفهي من الإدارة العامة في حالة اتفاق الطرفين على ذلك⁵.

وفي مصر، يُعدُّ التزام الإدارة بتعويض المتعاقد معها عما أفادت به من عمل أداه لها دون تكليفه بأدائه تفعيلاً لمبدأ حسن النية الذي يتعين أن يسود تنفيذ كافة العقود الإدارية⁶. بحيث قضت المحكمة الإدارية العليا بمصر في هذا الشأن بأن "قيام المتعاقد مع الإدارة ودون تكليف منها بأداء أعمال أو خدمات إضافية غير منصوص عليها بالعقد، يمنحه الحق في مطالبة الإدارة بتعويض عما أنفقه للقيام بتلك الأعمال أو أداء تلك الخدمات، شريطة أن تكون هذه الأعمال أو الخدمات الإضافية ذات فائدة ولازمة للمرفق العام وذلك على أساس قاعدة الإثراء بلا سبب"⁷.

1- أنظر: C.E. 22/12/1944, Beaufils.

أشار إليه: حمدي علي عمر، ص.168، هامش رقم 1، وبلال أمين زين الدين، المرجع السابق، ص.594.

2- ولعل في ذلك تطبيقاً لنص م 14 من دفتر الشروط الإدارية العامة للأشغال، والتي تنص على ما يلي:

« les prestations supplémentaires ou modificatives, dont la réalisation est nécessaire au bon achèvement de l'ouvrage, qui sont notifiées par ordre de service et pour lesquelles le marché n'a pas prévu de prix».

3 - voir: C.E, 17/10/1975, commune de canari, publié sur : <https://www.legifrance.gouv.fr>, dernière consultation le : 19/01/2018.

4- انظر: أحمد فتح الله أبو سكينه، النظرية العامة للإثراء بلا سبب في القانون الإداري "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1995، ص.291.

5- سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص.472.

6- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص.232.

7 المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 562 لسنة 23 ق، جلسة 1978/04/01، المجموعة، ص 112. أشار إليه: نفس المرجع، ص.232، هامش رقم 1.

أما القضاء الإداري المغربي فقد اعترف وفي حالات متعددة بإمكانية التعويض عن الأعمال الإضافية المنجزة على أساس الإثراء بلا سبب، إذا كان من شأن هذا العمل أن يعود بالنفع والفائدة لصالح المرفق العام، وأن تثري به الإدارة حيث يتعين عليها والحالة هذه أن تعوض المقاول عن الإفتقار الحاصل له بمقدار ما أثرت به¹.

ويسرد أحد الباحثين مجموعة من الاحكام، التي يؤكد فيها على أن القضاء المغربي يجيز التعويض عن الأعمال الإضافية، بحيث يرى ما يلي²:

"هذا ما أكدته المحكمة الإدارية بفاس في حكمها الذي جاء فيه أنه "اعتباراً لكون إنجاز الأشغال ترتب عنها تحمل المدعي بنفقات أثبتتها الوثائق المدلى بها وتقرير الخبرة، وفي المقابل حققت جهة الإدارة المنجزة لهذه الأشغال لفائدتها انتفاعاً ثابتاً، واعتباراً لكون المدعي لم يكن ليقوم بإنجاز تلك الأشغال إلا بموافقة جهة الإدارة تحت إشراف موظفيها، فإن مثل هذه الوضعية تشكل إثراءً لهذه الإدارة على حساب المدعي بما أنفقه في إنجاز تلك الأشغال، وخلصت في النهاية إلى القول بأنه لا يقضي في إطار مبدأ الإثراء على حساب الغير إلا برد قيمة تكلفة الأشغال والخدمات المنجزة مجردة عن أي ربح".

وفي نفس الاتجاه قضى حكم المحكمة الإدارية بوجده: "بأن قيام المتعاقد بإنجاز أشغال إضافية يستحق عنها مقابل القيام بها، رغم أن كيفية إبرام الملحق قد تمت دون احترام المسطرة القانونية الواجبة التطبيق". كما جاء في حكم المحكمة الإدارية بمكناس ما يلي: "أن توافق الطرفين حول عملية مسح الأشغال الإضافية دون أي تحفظ واعتماد ناتج لهذه العملية من طرف المدعي عليها وفق ما هو متفق عليه بين الطرفين مما يتعين معه الحكم بقيمة هذه الأشغال وفق ما حددته الخبرة المنجزة".

¹ - أنظر: عبد المنعم اليزري، تطبيقات نظرية الإثراء بلا سبب في العقود الإدارية "العقود الباطلة نموذجاً"، مجلة منازعات الأعمال بالمغرب العربي، منشور عبر موقع: <http://frssiwa.blogspot.com>، تاريخ آخر دخول في 2016/06/11، بدون ترقيم للصفحات.

² - نفس المرجع، دون ترقيم للصفحات.

وفي هذا الإطار أكدت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى على هذا الرأي المتبنى من طرف المحاكم الإدارية حيث اعتمدت على نظرية الإثراء بلا سبب لتعويض المقاول على الأشغال الإضافية الخارجة عن القواعد القانونية، إذ أيدت فيه حكم المحكمة الإدارية أعلاه¹.

وفي ليبيا، فإن لائحة العقود الإدارية تنص في المادة 125 منها على ما يلي: "تقوم الجهة الإدارية المتعاقدة بتحرير الكشوف الختامية، بقيمة جميع الأعمال التي تمت فعلاً وتسوية الحساب الختامي لها خلال ثلاثة أشهر على الأكثر من تاريخ التسليم الابتدائي للأعمال المتعاقدة عليها **بما في ذلك الأعمال الإضافية**، ويصرف للمقاول عقب ذلك مباشرة ما يستحقه بعد خصم المبالغ التي سبق صرفها إليه كدفوعات مقدمة أو كدفوعات على الحساب وأية مبالغ أخرى تكون مستحقة عليه"².

وباستقراء هذه المادة نلاحظ أن المشرع الليبي ألزم الإدارة بتعويض المتعاقد معها عن الأعمال الإضافية التي لم يتم النص عليها بالعقد، وفي ذلك خطوة إيجابية في مجال تقنين الاجتهاد القضائي المستقر عليه في هذا المجال، وضمانة تشريعية لحقوق المتعاقد مع الإدارة. إلا أننا نعيب على هذه المادة من التشريع الليبي أنها لم تحدد طبيعة الأعمال الإضافية، بحيث لم تحصر نطاق التعويض في الأعمال الضرورية دون المفيدة، كما أنها جاءت عامة جداً بدون تقييد الأعمال الإضافية التي يسمح تعويض المتعاقد عنها بشروط، مما يمنحه حرية كبيرة

¹ - حيث جاء في حيثياته: "لكن حيث أنه بالرجوع إلى وثائق الملف وإلى فحوى الحكم المستأنف يتضح أن الأشغال المطالب بها قد تم إنجازها فعلاً وهو ما أكدته الحكم المستأنف، وأن شكليات ومواصفات إنجاز تلك الأشغال كما تحدثت عنها النصوص التشريعية والتنظيمية، لا يمكن مواجهة المقاول بها متى كان حسن النية، ومتى ثبت أن الإدارة أمرت بإنجاز تلك الأشغال في ظروف خاصة ودون الالتزام بما تفرضه تلك النصوص ومسؤوليتها في هذا الباب لا غبار عليها، مما يكون معه من اللازم على الإدارة التي أنجزت الأشغال لفائدتها ووقع تسليمها لها أن تؤدي مقابل تلك الأشغال مالياً، حتى لا تكون أمام حالة الإثراء بلا سبب على حساب الغير وأن الحكم المستأنف لما قضى بالاستجابة للطلب ناحياً نفس المنحى المشار إليه أعلاه يكون واجب التأييد".

وهذا ما أكدت عليه الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى كذلك بقولها: "حيث إن اعتماد الحكم على نظرية الإثراء بلا سبب -بالرغم من عدم اعتمادها من الطالب- تشترط لقيامها عدم خطأ المتضرر وفي نازلة الحال فإن الطالب بقبوله القيام بأشغال تفوق قيمتها 100.000 درهم في غياب إبرام صفقة عمومية (حسبما يوجبه الفصل 51 من مرسوم 1976/10/14) يشكل مبدئياً خطأ من جانبه". أشار إليه: عبد المنعم اليزري، المرجع السابق، دون ترقيم للصفحات.

² - أشار إليه: محمد شعبان الدهويي، المرجع السابق، ص. 199، 200.

في التصرف خارج النطاق العقدي وهو ما قد يخل بمبادئ المنافسة والعلانية التي تقوم عليها العقود الإدارية، خاصة إذا ما كانت هذه الأعمال الإضافية غير متجانسة مع الأعمال الأصلية؛ مما يستدعي حسب رأينا تعديل هذه المادة بتضمينها مجموعة الشروط التي حددها الاجتهاد القضائي للتعويض عن الاعمال الإضافية الضرورية.

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري، فإن المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، قد جاء خاليا من تعريف الأعمال الإضافية التي يجريها المتعامل المتعاقد، فضلا عن عدم النص على إمكانية التعويض عن هذه الأعمال. وهو الأمر في كل النصوص القانونية التي سبقته والمنظمة للصفقات العمومية بالجزائر¹.

ولكن بالرجوع إلى القرار المؤرخ في 1964/11/21، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية

¹ - إن ما يلفت الانتباه وبشكل جدي في الجزائر هو كثرة التعديلات والتتبعات التي تطرأ على النصوص القانونية المنظمة للصفقات العمومية من جهة، بل وكثرة إلغائها واستبدالها بنصوص قانونية جديدة من جهة أخرى؛ فالمتتبع لهذه النصوص سوف يلاحظ أن تنظيم الصفقات العمومية في الجزائر تم بعد الاستقلال (لمعلومات حول نظام الصفقات العمومية بالجزائر اثناء الفترة الاستعمارية، أنظر: عمار بوضياف، المرجع السابق، ص. 11 وما بعدها). بموجب 6 نصوص قانونية، وهي كلها نصوص مختلفة عن بعضها البعض سواء من حيث المضمون -ولو نسبيا- أم من حيث القيمة في الهرم التشريعي (فتارة تنظم بأمر، وتارة بمرسوم وتارة بمرسوم تنفيذي ثم توالى تنظيمها بمراسيم رئاسية، مما يثير التساؤل: هل تنظيم الصفقات العمومية هو من اختصاص القانون أم من اختصاص التنظيم)، وذلك على النحو الآتي:

- 1- الأمر 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967، يتضمن قانون الصفقات العمومية، المعدل والمتمم، ج.ر. عدد 52 لسنة 67.
- 2- المرسوم 82-145 المؤرخ في 10 أفريل 1982، ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، المعدل والمتمم، ج.ر. عدد 15 لسنة 82، بتاريخ 1982/04/23.
- 3- المرسوم التنفيذي 91-434 المؤرخ في 09/11/1991، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم، ج.ر. عدد 57 لسنة 91.
- 4- المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24/07/2002، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم، ج.ر. عدد 52 لسنة 2002.
- 5- المرسوم الرئاسي 10-236، سابق الذكر.

والنقل¹؛ فالقاعدة العامة في هذه الاعمال أن تصدر بناءً على أوامر كتابية من المصلحة المتعاقدة، أي أن المقاول من جهة لا يلتزم بتنفيذ سوى ما وُجِّه إليه كتابةً، ومن جهة أخرى، فهو لا يستند في طلب التعويض عما أضافه من أعمال إلا على الأوامر الكتابية؛ وفي هذا الصدد أكدت المادة 8/12 من دفتر الشروط الإدارية العامة (د ش إ ع) على ضرورة إصدار الإدارة المتعاقدة أوامر مصلحية كتابية مسببة ومعللة، إلا أن المشرع لم يشترط صورة كتابية محددة لا بد من إتباعها، فيكفي فقط ما يعبر عن نية الإدارة صراحة، وهو ما يسمى بالأوامر المصلحية.

ووفقاً للمادة 5/12 من د ش إ ع، لا يقبل تنفيذ المقاول للأعمال الإضافية من تلقاء نفسه بل يجب أن يكون بموجب أمر من الإدارة المتعاقدة، وإلا فإن الإدارة غير ملزمة بدفع كلفة الإضافات؛ إلا أن مجلس الدولة الجزائري أجاز حصول المقاول عليها، رغم عدم تلقيه أمراً كتابياً من الإدارة ويكون ذلك في حالات تتمثل في الأعمال الضرورية غير المنصوص عليها في العقد لكنها ضرورية لحسن سير وسلامة الأعمال الأصلية، وذلك بموجب القرار المؤرخ في 2005/07/12 في قضية ق. ع. ب ضد مدير الشباب والرياضة لولاية البويرة حيث جاء فيه: "... أن هذه الأشغال الإضافية كانت ضرورية لإنهاء مشروع دار الشباب ايسياخم بالبويرة، وأن الأشغال الإضافية وبما أنها كانت ضرورية للإنجاز حسب قواعد الأشغال المطالب بإنجازها، فإن صاحب المشروع ملزم بتسديدها حتى وإن لم يصدر أي أمر بذلك من طرفه ولا من صاحب المبنى²". فأقر بذلك مبدأً عاماً مفاده أن الأعمال الإضافية تكون واجبة الدفع على الإدارة حتى في غياب طلب منها، إذا كانت هذه الأعمال ضرورية للمشروع المتعاقد عليه، ويبقى هذا القرار نسبياً رغم أهميته إلى حين تأكيده بقرارات لاحقة عن مجلس الدولة.

وفي هذا القرار خطوة فعّالة من مجلس الدولة الجزائري نحو حماية حقوق المتعاقد مع الإدارة، الذي تكبد عناء إضافة أعمال غير منصوص عليه بالعقد، لأنه رأى في ذلك ضرورتها لحسن سير المشروع وبالتالي للتنفيذ الجيد والمستمر للمرفق العام محل التعاقد.

¹ - ج.ر 6 صادرة في 19/01/1965، ص.46.

² - قرار مجلس الدولة المؤرخ في 12-07-2005 قضية (ق ب ع) ضد مدير الشباب والرياضة لولاية البويرة، الغرفة الأولى، مجلة مجلس الدولة، ع 07، سنة 2005، ص 92-93، انظر الملحق رقم 01 من هذه الرسالة.

ثانياً: الأعمال المفيدة

الأعمال المفيدة للإدارة المتعاقدة هي "الأعمال التي ليست لازمة بالضرورة لتنفيذ العقد الأصلي، ولم تطلب الإدارة من المتعاقد تنفيذها كما لم تصدر إليه أمراً بالتنفيذ، ومع ذلك فإن تنفيذها من جانب المتعاقد يحقق فائدة للإدارة"¹.

كما تُعرَّف بأنها "تلك الأعمال التي يقوم بها المتعاقد مع الإدارة رغم عدم لزومها بالنسبة لتنفيذ العمل الأصلي أو لحسن أدائه، ولكن تراهي له أنها قد تكون مفيدة للإدارة"².

وتُعرَّف بأنها أعمال لا تستلزمها ضرورة ملحة، ولكن تنفيذها يعود بالنفع على الإدارة العامة³. وقد عالج مجلس الدولة الفرنسي هذه الأعمال في العديد من القرارات، ورأى أنه بالنسبة للأعمال التي ليست ضرورية لتنفيذ العقد الأصلي ولكنها مفيدة للإدارة، تكون ذات طبيعة غير تعاقدية فلا يجوز فرضها على الإدارة المتعاقدة، ومع ذلك إذا قام المتعاقد بتنفيذها فيجب أن يُعوَّض على أساس نظرية الإثراء بلا سبب، وانتهى المجلس إلى إعطاء المتعاقد التعويض عن هذه الأعمال التي نفذها⁴.

كما قضى بشأن التنويه إلى معيار الفائدة أو المنفعة إلى أنه "حيث نتج من الفحص أن الأعمال المقصودة قد توافرت لها صفة النفع بالنسبة للبلدية، وأن السلطات البلدية التي تابعت تلك الأعمال بنفسها لم تعترض على تنفيذها، فتكون البلدية بذلك قد استفادت من وراء تلك الأعمال وتلتزم بتعويض الطاعن عنها بقدر ما حققته من فائدة"⁵.

وبالتالي فإن مجلس الدولة الفرنسي قد اشترط لحصول المتعاقد على تعويض عن الأعمال المفيدة شرطين، أولهما أن تكون هذه الأعمال قد عادت بفائدة حقيقية على الإدارة، وثانيهما أن

¹ - حمدي علي عمر، المرجع السابق، ص.170.

² - بلال أمين زين الدين، المرجع السابق، ص.595.

³ - محمد شعبان الدهويي، المرجع السابق، ص.200.

⁴ - C.E 11/06/1943, Grands Travaux de Marseille.

أشار إليه: حمدي علي عمر، المرجع السابق، ص.172.

⁵ - C.E 15/03/1944, Pelou.

أشار إليه: نفس المرجع، نفس الصفحة.

تكون الإدارة قد قبلت تنفيذ تلك الأعمال، ولو بشكل ضمني¹. فالموافقة إما أن تكون صريحة كفي حالة تأشير الإدارة على الأشغال الإضافية بعد معاينتها، أو أن تكون ضمنية كفي حالة التزامها الصمت تجاه هذه الأعمال مع علمها بها².

ويرى البعض أن فكرة الأعمال النافعة للإدارة تقوم على المبادرة التلقائية من جانب المتعاقد، حيث لا يشترط للتعويض عن تلك الأعمال أن يكون هناك أمر صادر من الإدارة للمتعاقد معها، وعلى ذلك فإن الإدارة تلتزم بتعويض المتعاقد بمقدار الفائدة التي عادت عليها من العمل النافع الذي قام به³.

في حين يرى البعض الآخر بأن الأعمال الإضافية النافعة التي ينفذها المتعاقد تقع على هامش العقد، إذ أنها تتسلخ عن العقد الذي لم يتضمنها، لأن الإدارة لم تطلبها بل نفذها المقاول تلقائياً وبمبادرة من جانبه، ويعوض المتعاقد في هذه الحالة على أساس نظرية الإثراء بلا سبب، إذ أنها تعوض المتعاقد عما قام به من أعمال حققت الإثراء والنفع لجهة الإدارة وسببت افتقاراً للمتعاقد بدون سبب⁴.

وسيتم تبيان أساس التعويض وكيفية تطبيق نظرية الإثراء بلا سبب في الفرع الموالي.

الفرع الثاني

تعويض المتعاقد مع الإدارة عن الأعمال التي يدخلها على العقد الإداري

قد تتغير طرق ووسائل تنفيذ العقد الإداري من خلال بعض التعديلات التعاقدية التي تحدث عن طريق أطراف العقد -كما رأينا- كما قد يُنفَّذ المتعاقد عقداً غير مكتمل قانوناً لعدم التوقيع عليه من السلطة المختصة، أو لعدول الإدارة عن عطائه أو ينفذ عقداً باطلاً مما يؤدي لإثراء

¹ - أنظر: مصطفى كامل علي، الشروط والإجراءات السابقة على عمل السلطة المتعاقدة وآثارها على عقود الإدارة "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006، ص.219.

² - أنظر: توفيق الغناوي، المسؤولية الإدارية التعاقدية، بمناسبة الملتقى الذي نظّمته كلية الحقوق بصفافس بتونس حول المسؤولية الإدارية اليوم، سنة 2006، منشور بموقع: www.fdsf.rnu.tn، تاريخ آخر دخول ب2017/05/02، ص.241.

³ - محمد سعيد أمين، المرجع السابق، ص.469.

⁴ - حمدي علي عمر، المرجع السابق، ص.172.

الإدارة وانتفاعها رغم عدم وجود العقد من الناحية القانونية، ويدخل هذا النوع من المسؤولية في إطار المسؤولية غير التعاقدية للإدارة، وأحيانا تكمن التعديلات التعاقدية التي ترد على العقد من جانب المتعاقد، فينفذ أعمالا لم تكن طلبتها الإدارة منه، وتنفيذ هذه الأعمال يحقق فائدة للإدارة، مما يؤدي إلى إثرائها على حساب المتعاقد، والقاضي الإداري استخدم آلية الإثراء بلا سبب لرد النفقات التي تحمّلها المتعاقد في تنفيذ هذه الأعمال، وذلك رغبة منه في حماية المرافق العامة، وإن كان لا يسمح -دائما- بتدخل الأفراد في نشاط الإدارة دون منحهم الاختصاص أو الإذن بذلك¹، لذلك ضبطها بشروط مختلفة.

وللبحث عن كيفية تعويض المتعاقد مع الإدارة عن الاعمال التي يدخلها على العقد الإداري وفق نظرية الاثراء بلا سبب، لا بد من ابراز نطاق تطبيق هذه النظرية في حالة الاعمال الإضافية (أولا)، ثم البحث عن شروط اعمالها (ثانيا).

أولا: نطاق تطبيق نظرية الاثراء بلا سبب في حالة الأعمال الإضافية من المتعاقد

يمكن تعريف نظرية الاثراء بلا سبب بأنها: "نظرية تقضي بأنه إذا أثرى شخص على إثر افتقار شخص آخر دون سبب قانوني، فإن من أثرى يلتزم بدفع تعويض للثاني يماثل قيمة الاثراء أو قيمة الافتقار ... وتقوم هذه النظرية على فكرة العدالة التي تتعارض مع احتفاظ المثري بما أثرى به على حساب المفتقر"².

كما يُعرّف الاثراء بلا سبب بالقول إن "كل من تلقى في ذمته حقا نتيجة افتقار وقع في ذمة شخص آخر دون أن يكون هناك سبب قانوني يبرر الاثراء والافتقار يلتزم بأن يرد الى المفتقر ما لحقه من خسارة، ولكن في حدود ما أثرى به أي بشرط ألا يجاوز ذلك مقدار إثرائه"³.

وتجد نظرية الاثراء بلا سبب مجالا للتطبيق في منازعات العقود الإدارية، ففي فرنسا، قبل القضاء الإداري بتطبيق نظرية الاثراء بلا سبب كونها ترجع للمبادئ العامة للقانون، وقد كرسها

¹ - نفس المرجع، ص.171.

² - أنظر: مجدي عبد الحميد شعيب، مدى تأثير نظرية العقود الإدارية بأحكام القانون المدني "دراسة تأصيلية لأحكام البطلان لبيان طبيعة علاقة القانون الإداري بالمعنى في فرنسا ومصر"، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، السنة 23، العدد 01، 2015، ص.43.

³ - محمد شعبان الدهومي، المرجع السابق، ص.203.

مجلس الدولة الفرنسي براءةً في مجال عقود الأشغال العامة، تم تطبيقها على باقي العقود، مستندا في ذلك للأحكام العامة للنظرية والمستوحاة من القانون المدني¹.

أما في سوريا، فقد أقرَّ مجلس الدولة السوري بالإثراء بلا سبب مصدراً من مصادر الالتزام في القانون الإداري السوري، وطبقه بشكل كثيف في إطار عقود الأشغال الباطلة أو ما يسمى بالعقود الفعلية، وذلك يتحقق في حال قيام المتعاقد بتنفيذ أعمال أفادت منها الإدارة قبل إعلان بطلان العقد².

"وبالاستناد إلى ما تقدم يمكن القول: إن المحكمة الإدارية العليا السورية قد طرحت الإثراء بلا سبب على أسس قريبة من ذلك الطرح الخاص الذي استقر عليه مجلس الدولة الفرنسي، حيث قرنت موازنة آثار البطلان عن طريق نظرية الإثراء بلا سبب بإفادة الإدارة من تنفيذ العقد المردوم، مع الإشارة إلى أن هناك عنصراً يحدد خصوصية الإثراء بلا سبب في القانون الإداري لم يشر إليه الاجتهاد الإداري في سوريا، وهو العنصر شبه الرضائي للمدين³."

وللتعرض لإمكانية تطبيق هذه النظرية في حالة الاعمال الإضافية، لابد من تحديد النطاق الذي يشمل تطبيق هذه النظرية في هذه الحالة، بمعنى هل تطبق في حالة الأعمال الضرورية فقط أم حتى في حالة الأعمال المفيدة؟

بخصوص الأعمال الضرورية، يرى أحد الفقهاء⁴ أن التعويض عنها يكون على أساس مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقد الإداري، والتي تستتبع ألا يقتصر تنفيذ العقد على ما ورد فيه، بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام.

¹ - أنظر: جورج فوديل وبيار ديلفولفيه، القانون الإداري، ج1، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، 2001، ص.369.

² - أنظر: القرار رقم 38 في الطعن 147 لسنة 1985، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا لسنة 1985، ص223، م45، وحكمها رقم 150 في الطعن رقم 243 لسنة 1973، مجموعة المبادئ لسنة 1973، ص244، وحكمها رقم 153/ع في الطعن رقم 72 لسنة 2003 غير منشور، أشار إليه: مهند مختار نوح، الإثراء بلا سبب في القانون العام، مقال منشور بالموقع الإلكتروني: <http://www.arab-ency.com>، آخر تاريخ للدخول: 2016/06/12، دون ترقيم للصفحات.

³ - مهند مختار نوح، الإثراء بلا سبب ... بدون ترقيم.

⁴ - محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص.465.

ويرى الفقيه الفرنسي A. DE LAUBADERE وآخرون¹ أن التعويض عن الأعمال الضرورية يرجع لفكرة الفضالة، فاعتبروا المتعاقد فضوليا يستحق التعويض عما قام به من أعمال ضرورية.

إلا أن هذا الرأي لقي الانتقاد من بعض الفقهاء² على اعتبار أن شروط الفضالة لا تنطبق على هذه الحالة، كون أن الفضالة تشترط صفة الغيرية في الفضولي، أي أن يكون من الغير، وهو الشرط الذي لا يتوافر في المتعاقد كونه ليس من الغير؛ وكذلك تشترط ألا يكون العمل الذي قام به الفضولي ملتزما به، وهو ما لا يتوافر أيضا بالنسبة للأعمال الضرورية التي ينفذها المتعاقد بكونها ضرورية ولا غنى عنها لتنفيذ العقد الإداري، ويلتزم بها بموجب مبادئ حسن النية في تنفيذ العقود.

ونحن نرى استبعاد فكرة الفضالة من التطبيق في مجال التعويض عن الأعمال الضرورية، كون شروطها³ لا تتماشى مع هذه الحالة، ونؤيد الطرح الذي قال به الفقيه حمدي علي عمر⁴ حينما رأى أن الاعمال الضرورية هي امتداد أصلي للعقد، والإدارة تلتزم بدفع التعويض عن هذه الاعمال باعتبارها ضرورية لتنفيذ العقد، وليس على أساس المسؤولية بدون خطأ.

ومن تمة يتضح أن نظرية الاثراء بلا سبب ليست أساسا للتعويض عن الأعمال الضرورية. أما عن الاعمال المفيدة، فقد كان القضاء الإداري الفرنسي يرفض التعويض عن هذه الاعمال، استنادا لعدم ضرورتها ولعدم صدور أمر مصلحي بشأنها⁵، إلا أنه عدل عن ذلك وأقر بأحقية المتعاقد في التعويض عن الاعمال المفيدة على أساس نظرية الاثراء بلا سبب.

فهي أشغال إضافية مفيدة لم تستدعيها ضرورة حسن تنفيذ العقد فهي تعود بالنفع على الإدارة وعلى موضوع العقد، في هذه الحالة يمكن التعويض عنها على أساس المسؤولية التعاقدية

¹ - Voir : A. DELAUBADERE et Frank MODERNE et Pierre DELVOLVE, traité des contrats administratifs, T2, 2eme édition, LGDJ, 1983, p.233.

² - حمدي علي عمر، المرجع السابق، ص.168؛ بلال أمين زين الدين، المرجع السابق، ص.594.

³ - تتحدد شروط الفضالة في التشريع الجزائري بالمادة 150 من القانون المدني الجزائري، والتي تنص على ما يلي: "الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن لحساب شخص آخر، دون أن يكون ملزما بذلك".

⁴ - حمدي علي عمر، المرجع السابق، ص.169،170.

⁵ - حمدي علي عمر، المرجع السابق، ص.70؛ بلال أمين زين الدين، المرجع السابق، ص.595.

دون خطأ شريطة موافقة الإدارة عليها أو عدم معارضتها لها وتبرير التعويض في هذه الحالة هو فكرة الإثراء بدون سبب، فالإدارة التي تتمتع بسلطات رقابة موسعة اكتشفت الأشغال الإضافية ولم تعارضها واستفادت منها دون أي سند قانوني فيكون تعويض المتعاقد عن هذه الاعمال مبررا¹.

ويرى البعض-في ذات السياق-بأن الأعمال الإضافية النافعة التي ينفذها المتعاقد تقع على هامش العقد، وتنسلخ عن العقد الذي لم يتضمنها، لأن الإدارة لم تطلبها بل نفذها المقاول تلقائيا وبمبادرة من جانبه، وَيُعَوِّض المتعاقد في هذه الحالة على أساس نظرية الإثراء بلا سبب، إذ أنها تُعَوِّض المتعاقد عما قام به من اعمال حققت الإثراء والنفع لجهة الإدارة وسببت افتقار المتعاقد بدون سبب². وانصب اهتمام القاضي الإداري دائما حول فحص طبيعة تلك الأعمال، فإذا تمخضت عن منفعة حقيقية أو مؤكدة لصالح الإدارة، وجد في ذلك مبررا كافيا للقضاء بالتعويض لصالح المتعاقد، ولو أن مجلس الدولة الفرنسي كان يسعى دوما للتحديد من منح التعويض عن الاعمال المفيدة³ بشروط صارمة.

وفعلا قام بذلك في القرار الصادر في 17 أكتوبر 1975 في قضية بلدية canari، أين رفض طلب التعويض عن الأعمال الإضافية لعدم وجود أمر كتابي من الإدارة المتعاقدة⁴.

¹- CE 10/3/1944 : Pelou, req, p.88 : « il résulte de l'instruction que les travaux dont il s'agit présentait un caractère d'utilité pour la commune et que les autorités communales qui ont été à même de les suivre ne sont pas opposées à leur exécution, ladite commune ayant bénéficié de ces travaux est tenue d'en indemniser le requérant dans la mesure du profit qu'elle en a retiré. »

أشار إليه: توفيق الغنای، المرجع السابق، ص.241.

²- أحمد فتح الله أبو سكينه، المرجع السابق، ص.304،305.

³- حمدي علي عمر، المرجع السابق، ص.172، و.183.

⁴ - C.E 17 OCT 1975 .commune de canari, Op CIT.

تتلخص وقائعه في الاتي: بناءً على العقد المبرم بين إحدى شركات المقاولات وبلدية Canari بغرض ترميم جزء من الطرق العامة، قامت الشركة دون إبرام عقد جديد مع البلدية بتنفيذ أعمال الترميم في جزء آخر من هذه الطرق غير منصوص عليه في العقد الأصلي، وطالبت الشركة البلدية بسداد قيمة هذه الأعمال بعد تقديم كشف حساب بالأعمال الزائدة التي نفذتها، لكن البلدية رفضت دفع قيمة هذه الأعمال ورفعت الشركة النزاع أمام المحكمة الإدارية ب Nice وأصدرت المحكمة حكمها لصالح الشركة وحكمت على البلدية بأن تدفع للشركة مبلغا كتعويض عن هذه الأعمال، وأسست حكمها على نظرية الإثراء بلا سبب للبلدية من جراء هذه الأعمال المنفذة. وقامت البلدية باستئناف حكم المحكمة الإدارية أمام مجلس الدولة، الذي قدر أنه إذا كان دفتر البنود والشروط العامة للعقد الأصلي قد وضع شرطا مضمونه ضرورة أن

وفي مقام التعليق على هذا القرار، ذهب البعض إلى القول أننا نأمل أن يكون الحكم قد صدر بمناسبة حالة خاصة وألا يعبر عن اتجاه جديد لمجلس الدولة الفرنسي، ذلك أن فكرة الأعمال النافعة تستند في جوهرها إلى المبادرة التلقائية من جانب المتعاقد الذي يتراءى له أثناء التنفيذ أن هناك أعمالاً رغم عدم ضرورتها الملحة إلا أنها تعود بالنفع على جهة الإدارة، فيبادر من تلقاء نفسه ودون انتظار لصدور أمر من جهة الإدارة بالقيام بها، وهنا ينبغي نزولاً على احترام مقتضيات العدالة أن يعرض عنها بمقابل إضافي خاصة وأن جهة الإدارة لم تعترض على تنفيذها، أما إذا كان هذا الحكم يعبر عن اتجاه جديد لمجلس الدولة الفرنسي، فإنه اتجاه يهدم بكل أسف فكرة الأعمال النافعة من أساسها، تلك الفكرة التي كانت من ابتداء المجلس نفسه، كما أنه يحقق إثراءً لجهة الإدارة على حساب المتعاقد الأمر الذي يدعو الأفراد إلى النفور من التعاقد مع الإدارة¹.

وفي ذات السياق يرى البعض الآخر بصدد تعليقه على هذا القرار "أننا لا نرى فيما ساقه مفوض الحكومة ما يبهر استبعاد تطبيق نظرية الإثراء بلا سبب تعويضاً للمتعاقد عن الأعمال الإضافية النافعة المنفذة دون أمر من المرفق، ذلك بالرغم من أن الحكم نفسه قد اعترف بتطبيق النظرية - فقط - في مجال العقود الباطلة وغير النهائية، ورغم تسليمنا بتحول مجلس الدولة الفرنسي عن معيار المنفعة، فإننا نرى في هذا التحول مجافأة لاعتبارات العدالة التي لا تضار الإدارة من وراء إرسائها، فإذا كان النظام القانوني للعقد الإداري قد كفل الحماية اللازمة للإدارة، فإن العدالة والمنطق يقتضيان أن لا تدفع الإدارة المتعاقد نحو تنفيذ أعمال نافعة لصالحها ثم تنتكر له تحت ستار عدم النص عليها في إطار الدائرة العقدية"².

تكون الأوامر المصلحية الصادرة بإعطاء التعليمات لتنفيذ الأعمال الإضافية مكتوبة، ولم ينتج من التحقيق إعطاء أي أمر مكتوب من البلدية للشركة لتنفيذ هذه الأعمال ولم يترتب عليه أيضاً إعطاءها أمراً شفهيًا بهذا الشأن. ولما كانت هذه الأعمال ليست ضرورية لتنفيذ الأعمال الأصلية المدرجة في العقد، فإن المحكمة الإدارية تكون قد أخطأت في الحكم المطعون عليه، حتى وإن كانت الأعمال المذكورة مفيدة للإدارة وقضى المجلس بإلغاء حكم المحكمة الإدارية.

¹ - محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص. 467.

² - حمدي علي عمر، المرجع السابق، ص. 175.

ونلاحظ أن التشريع الجزائري قد عالج فرضية يمكن اصباح عليها حكم الاثراء بلا سبب، رغم أن المتعاقد لم يقد فيها بأي عمل إضافي، ولكن عمله قد أثمر عن فوائد إضافية وغير متوقعة ولا منتظرة من العقد، وهي الحالة التي يكتشف فيها المتعاقد أشياء أثناء عملية الحفر، بحيث نصت م24 من د ش إ ع على أن الأشياء الموجودة أثناء الحفر والأشياء الفنية التي قد يعثر عليها تعتبر ملكا للدولة، مع تعويض الماقل عما يكون قد قام به من الاعمال الخاصة بذلك. وهذا التعويض يجد أساسا له في نظرية الاثراء بلا سبب، كون المتعاقد هنا ساهم بأعماله في انتفاع جهة الإدارة المتعاقدة، وافترقت ذمته بعملية الحفر التي قام بها.

ثانيا: شروط أعمال نظرية الاثراء بلا سبب في حالة الأعمال الإضافية من المتعاقد

يشترط لتطبيق الإثراء بلا سبب في نطاق العقد الإداري توافر مجموعة من الشروط، تتمثل في إثراء جهة الإدارة على حساب افتقار المتعاقد معها، مع وجود علاقة سببية بين الأمرين (الشروط المادية)، وانعدام سبب الاثراء، كما أن القضاء الإداري الجزائري قد أضاف شرطا آخر يتعلق بإثبات الأعمال الإضافية التي قام بها المتعاقد مع الإدارة.

1. انعدام سبب الإثراء

بمعنى يجب ألا يكون للمثري وفقا للقواعد القانونية السارية حق في اثرائه، وهذا أمر منطقي إذ لا يتصور مطالبة المفتقر بتعويض عن حق شرعي للمثري¹. وإن المفهوم القانوني لانعدام السبب ينصرف إلى غياب السند القانوني الذي يسوّغ الإثراء، سواء أكان هذا السند عقداً أم نصاً قانونياً أم حكماً قضائياً²، وعلى هذا الأساس فإن تنفيذ المتعاقد لأعمال غير منصوص عليها بالعقد ولم تأمره بها الإدارة المتعاقدة يجعل هذه الاعمال من دون سبب قانوني؛ مما "يسوّغ موازنة هذه العلاقة القانونية على أساس الإثراء بلا سبب وفقاً لما قضى به مجلس الدولة الفرنسي"³.

¹ - مجدي عبد الحميد شعيب، المرجع السابق، ص.43.

² - أحمد فتح الله أبو سكينه، المرجع السابق، ص.129.

³ - أنظر: القرار الصادر في 1982 /2/24 في قضية compagnie de Grâce-Uzel والمنشور في مجلة القانون العام الفرنسية، 1985، ص220، أشار إليه: مهند نوح، الايجاب والقبول ...، ص.400.

II. الشروط المادية للإثراء بلا سبب

كما هو الحال في القانون المدني¹، فإن شروطاً معينة متعلقة بالذمة المالية تكون ضرورية لأجل تطبيق نظرية الإثراء بلا سبب في العقد الإداري، وهذه الشروط تتمثل في إثراء الإدارة، والافتقار غير الإرادي للمتعاقد، والرابطة السببية بينهما، إضافة لشرط آخر مخالف لما يجري عليه العمل في علاقات القانون المدني، مفاده أن المدين (الإدارة) يجب أن يتوافر لديه العنصر شبه الرضائي².

أ- الشروط المتعلقة بالذمة المالية

يتحدد عنصر الاثراء في القانون المدني بجانبه المادي³، غير أن مجلس الدولة الفرنسي لا يقيد الإثراء بمظهره الاقتصادي المجرد كما هو الحال في إطار القانون المدني، حيث يعرفه مقترباً بالمصلحة العامة⁴، ومن ثمة فإن الإثراء لا يتحقق فقط من خلال زيادة القيمة الإيجابية لذمة الإدارة، ولكن من خلال وجود منفعة حقيقية عادت عليها من الأعمال المسببة لإثرائها؛ لذلك فإن القضاء الإداري الفرنسي قد اهتم دائماً بفحص طبيعة الأعمال، فإذا تمخضت عن منفعة حقيقية أو مؤكدة لصالح الإدارة؛ وجد في ذلك مسوّغاً كافياً للقضاء بالتعويض لمصلحة المدعي، أما إذا كانت الاعمال المنفذة غير نافعة للمصلحة العامة؛ فإن هذا المدعي لا يستحق أي تعويض على أساس الإثراء بلا سبب⁵.

ومن ثمة فإن الفائدة لا تسوّغ وحدها التعويض، حيث يجب أن تدفع النفقات المسببة لإثراء الإدارة وافتقار الدائن ضمن مصلحة الشخص العام؛ لأن الإثراء لا يكون بالضرورة نافعاً للمصلحة العامة، فالمصاريف الكمالية -على سبيل المثال- يمكن أن تغني الشخص العام دون أن تنفعه⁶،

¹ - جعلت م 141 من القانون المدني الجزائري شروط الاثراء بلا سبب كالاتي:

اثراء المدين، افتقار الدائن، عدم وجود سبب للإثراء.

للمزيد من التفاصيل عن الاثراء بلا سبب في القانون المدني، انظر: علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام "مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري"، د م ج، الجزائر، ط.6، 2005، ص.233.

² - مهند مختار نوح، الاثراء بلا سبب ...، دون ترقيم للصفحات.

³ - فلا بد من أن يتحقق اثراء المدين سواء بشكل مالي أم معنوي، وسواء بشكل إيجابي أم سلبي، وسواء كان بطريق مباشر من الدائن أم بواسطة شخص ثالث. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص.233.

⁴ - أحمد فتح الله أبو سكينه، المرجع السابق، ص.100.

⁵ - أنظر القرار الصادر بتاريخ 1974/7/4 في قضية Devillers والمنشور في مجلة القانون العام الفرنسية لسنة 1975، ص.303، أشار إليه: مهند نوح، الايجاب والقبول ...، ص.401، هامش رقم.3.

⁶ - أنظر قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 1974/7/4 في قضية S.E.M. de sécurité active et de télématique المجموعة رقم 154320، أشار إليه: مهند نوح، الاثراء بلا سبب ...، دون ترقيم للصفحات.

وهذا يستلزم من القاضي الإداري مزيداً من الحرص أثناء تحديده لمدى اثرء الإدارة العامة بالأعمال الإضافية، وإن صح التعبير بمدى نفع هذه الاعمال للمصلحة العامة المتعاقد حولها. وبالتبعية لهذه الخصوصية لفكرة الإثراء فإنه يقع على عاتق المدعي إثبات أن افتقاره قد حقق منفعة حقيقية لمصلحة الإدارة، فإذا ما أخفق في ذلك كان مصير دعواه الرفض¹، بحيث أن الاثراء ليس مفترضا بل لا بد من اثباته.

ويرى الأستاذ A. MESTRE في ذات السياق، أن "السلطة العامة تتولى الدفاع عن الصالح العام، وأن الاثراء الذي تستفيد منه دون سبب قانوني كافٍ، ينبغي قياسه بالمنفعة التي تمثلها حقيقة الاعمال أو الأداءات المتعلقة بها تجاه المصلحة العامة"².

وإذ كان الأخذ بمعيار المصلحة العامة من شأنه أن يؤدي دوراً بالغاً في إطار تقدير الإثراء الإداري؛ فإن القضاء الإداري الفرنسي في إطار تأسيسه لمفهوم ذي خصوصية لفكرة الإثراء بلا سبب في القانون الإداري قد طرح فكرة مهمة في هذا المجال، حيث يقوم بوزن الأمور بميزان المصلحة العامة مقدراً درجة نفعية الأعمال المنفذة لمصلحة الإدارة، ولأي درجة تتعلق بمصلحة المدعي، فإذا ما ترتب على تنفيذ تلك الأعمال تحقيق مصلحة الإدارة والمفتقر في الوقت نفسه، فإن ذلك يؤدي من حيث النتيجة إلى ضرورة إجراء مقاصة، وهذا معناه أنه لا يكفي الاستناد إلى المنفعة المتحققة للإدارة فحسب، ولكن يجب البحث فيما إذا كان المفتقر قد حقق أية استفادة من العملية ذاتها، وفي حالة تحقق ذلك فيجب استئزال ذلك الإثراء من قيمة الربح المتحقق؛ لتكون النتيجة في ضوء ذلك هي الافتقار الفعلي أو الواقعي³.

ولعل هذا القول، يبرز ذاتية قواعد القانون الإداري واستقلاليتها عن القانون الخاص، رغم أن هذه النظرية مستمدة من القانون المدني، إلا مجلس الدولة الفرنسي طورها بما يتماشى مع المصلحة العامة بما يحقق التوازن بين متطلبات السير الحسن للمرفق العام وضمان حقوق المتعاقد مع الإدارة.

كما يجب أن يترافق إثراء المدين مع افتقار غير إرادي، يترتب عليه ضياع قيمة من ذمة الطرف الآخر في العقد، ويخضع مبدأ الافتقار أيضاً للتقدير من حيث أسباب المصلحة العامة،

¹ - مهند نوح، الاثراء بلا سبب ...، المرجع السابق، دون ترقيم للصفحات.

² - أشار إلى هذا الرأي: عبد الرؤوف هاشم بسيوني، شبه العقد في القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط1، 2017، ص.120.

³ - مهند مختار نوح، المرجع الاثراء بلا سبب ...، بدون ترقيم الصفحات.

بحيث إن النفقات العامة لهذه المصلحة يجب أن توضع في الحسبان¹. لذلك فقد حرص مجلس الدولة الفرنسي على الاستناد إلى النفقات الحقيقية النافعة أو الخسارة الحقيقية للمدعي، والمترتب عليها تحقيق نفع مؤكد للإدارة، ولم يعول على مجرد فوات الربح؛ آخذاً بالحسبان ما يمكن أن يحققه المفترق من ربح مرتبط بافتقاره، وضرورة استئزال هذا الربح².

وفي الحين الذي يعتد فيه القانون المدني لتقدير الافتقار، بما وقع من خسارة وما فات من كسب، فإن القاضي الإداري لا يُعنى سوى بالخسارة الحقيقية للمتعاقد، ولا يأخذ بمجرد فوات الربح³، ولعل هذا يعطي ذاتية أخرى لنظرية الإثراء بلا سبب في القانون الإداري تميزها عن نظيرتها في القانون الخاص، وقد يكون مرد هذا التشدد من القاضي الإداري إلى حرصه الشديد على حماية خزينة الدولة تجاه التصرفات الإرادية والخارجة عن النطاق التعاقدى للمتعاقدين، ونظراً لكون فكرة الربح الضائع أو ما فات من كسب تبدو بعيدة نوعاً ما عن مجال العقد الإداري، لأن الأعمال الإضافية في حد ذاتها تصدر عن متعاقد يفترض فيه تكريس كل مجهوداته لخدمة المشروع المتفق عليه، ولا يمكن تصور أن يتذرع بأن الأعمال الإضافية التي قام بتنفيذها قد فوتت عنه كسباً آخر.

وإضافة إلى ضرورة توافر عنصري الإثراء والافتقار، فإنه يجب أن توجد علاقة سببية بين افتقار ذمة المتعاقد واغتناء ذمة الإدارة⁴، "ولم يأخذ مجلس الدولة الفرنسي بعلاقة السببية المباشرة فحسب، إنما أخذ بنمط العلاقة السببية غير المباشرة أيضاً، وشدّد هذا المجلس على أن العلاقة السببية المباشرة قد تكون بفعل من المفترق، كأن يقوم أحد المقاولين بأعمال ضرورية أو نافعة للإدارة تؤدي إلى افتقاره، أو كأن تطلب منه الإدارة بنفسها القيام بأعمال مما يسبب إثراءها على حسابه، أو قد تتحقق العلاقة السببية المباشرة بفعل أو بواقعة لا علاقة لها بإرادة المفترق، كأن يقوم أحد المقاولين بأعمال تشييد بناء على طلب الدولة لمصلحة إحدى البلديات مما يفقر من ذمة المقاول، ويثري ذمة البلدية، ومن الملاحظ أن الإثراء في هذه الحالة لا يعدّ من قبيل صور الإثراء غير المباشر؛ لأن الإثراء لم ينتقل إلى ذمة الإدارة مروراً بذمة الغير، إنما اقتصر دور الغير فيه على كونه الوسيلة أو الأداة التي نقلت الإثراء من ذمة المفترق إلى ذمة المثري مباشرة. وإلى جانب العلاقة السببية المباشرة قد تكون هذه العلاقة غير مباشرة، وفي هذه الحالة يتحقق

1- أحمد فتح الله أبو سكينه، المرجع السابق، ص.106.

2- مهند مختار نوح، الإثراء بلا سبب ...، دون ترقيم الصفحات.

3- عبد الرؤوف هاشم بسيوني، المرجع السابق، ص.122،123، بتصرف.

4- أحمد فتح الله أبو سكينه، المرجع السابق، ص.116.

الإثراء مروراً بذمة الطرف الآخر غير ذمة المثري، قبل أن يستقر في ذمة هذا الأخير، ومن أمثلة ذلك قيام أحد المقاولين من الباطن بأعمال لمصلحة المقاول الأصلي، وتكون هذه الأعمال المؤداة من قبل المتعاقد من الباطن غير متفق عليها بين الإدارة والمتعاقد الأصلي، ولكن أفادت منها الإدارة¹، وهو ما قبل به مجلس الدولة الفرنسي².

ب- العنصر شبه الرضائي للمدين

"وهذا العنصر يسهم أيضاً في إيجاد ذاتية مستقلة للإثراء بلا سبب في القانون الإداري، حيث إن القضاء الإداري الفرنسي خصوصاً جرى على اشتراط وجود تعبير عن الإرادة حول الأداء المكون للإثراء من جانب المتعاقد، ودون شك فإن الرضا المطلوب في هذه الحالة ليس الرضا بالمعنى القانوني، إنما الرضا بوصفه مبدأ واقعياً؛ لأنه لو وجد الرضا القانوني لقام في حد ذاته سبباً للإثراء، ولتغير التكيف القانوني للعلاقة القانونية على نحو جذري، وبالتالي بما أنه لا يمكن الحديث عن تعبير حقيقي عن الإرادة؛ فإن العنصر شبه الرضائي الذي تطلبه مجلس الدولة الفرنسي لقيام الإثراء بلا سبب مصدراً من مصادر الالتزام في القانون الإداري هو ذلك المتعلق بالموافقة، وهي درجة من درجات التعبير عن الإرادة أقل من الرضا اللازم لقيام العقود. حتى إن جانباً من الفقه الإداري الفرنسي يقول: إن التعبير عن الإرادة في هذه الحالة لا يتجسد في الرضا؛ إنما في شبه الرضا³.

ويلاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي كان قد تشدد بداية الأمر في تحديد درجة الموافقة المطلوبة من الإدارة، حيث كان يتطلب موقفاً إرادياً صريحاً⁴. ولكنه جنح بعد ذلك إلى المرونة حيث أصبح يكفي بالموافقة الضمنية، وذلك كما هو الحال مثلاً عندما يبدأ المرشح للتعاقد بتنفيذ العقد قبل إعطائه أمر المباشرة، ولا تقاوم الإدارة هذا التنفيذ؛ مما يُستشف منه موقف رضائي ضمني من جانب الإدارة⁵.

¹ - مهند مختار نوح، الإثراء بلا سبب ...، دون ترقيم الصفحات.

² - عبد الرؤوف هاشم بسيوني، المرجع السابق، ص. 130.

³ - مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في...، المرجع السابق، ص. 402.

⁴ - أنظر: القرار الصادر في 1919/4/9، في قضية Fourré et Rhodes، المجموعة ص. 316، أشار إليه: مهند مختار نوح، الإثراء بلا سبب ...، دون ترقيم للصفحات.

⁵ - أنظر: قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في قضية Pelon تاريخ 1944/3/15، المجموعة ص. 88، أشار إليه: مهند مختار نوح، الإثراء بلا سبب ...، دون ترقيم للصفحات.

III. الشرط الذي أضافه الاجتهاد القضائي الجزائري

إن القضاء الإداري الجزائري ورغم عدم النص صراحة على أخذه بنظرية الإثراء بلا سبب في حالة الأعمال الإضافية، إلا أنه قَبِلَ في العديد من المرات تعويض المتعاقد عن هذه الأعمال، ولا سيما في قرار مجلس الدولة بتاريخ 2005/07/12 المذكور سابقاً¹.

وإذا كانت الشروط سابقة الذكر هي محل اتفاق من قبل الفقه والقضاء الإداريين، فإن القضاء الإداري الجزائري نجده أضاف إليها شرطاً آخر، بحيث أنه تَطَلَّبَ اتخاذ وسيلة معينة لإثبات الأعمال الإضافية تحت طائلة عدم قبول المطالبة بالتعويض عنها. ولو أن موقفه هذا عرف تدبداً نوعاً ما، كونه غير مستقر بشأن هذا الشرط.

ويتعلق الأمر باشتراط تقديم الدليل على أداء الأعمال الإضافية، من خلال كافة الوثائق الثبوتية الممضاة من طرف الإدارة المتعاقدة، وإلا رَفَضَ طلب المتعاقد في التعويض عن هذه الأعمال. ولعل هذا فيه مسايرة لموقف مجلس الدولة الفرنسي الذي رأينا أنه اشترط للتعويض عن الأعمال المفيدة موافقة الإدارة صراحةً أو ضمناً.

ويتمثل هذا الدليل في إحدى وثيقتين:

أ- الحساب العام والنهائي D.G.D²

لم تعرف م41 من د ش ا ع المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل-لم تعرف-الحساب العام والنهائي، واكتفت فقط بالنص عليه، ومنحته قوة ثبوتية للاحتجاج به للمطالبة بالمبلغ النهائي للصفقة.

وعرّفه مجلس الدولة الجزائري بأنه الحساب الختامي الذي يحدد جميع الأشغال المنجزة والتغييرات الطارئة على الأشغال، ويوضح الرصيد الباقي المستحق لصاحب الصفقة³. واعتبر هذا القرار أن كل الأشغال التي لم تدرج بالحساب العام والنهائي تعتبر غير مقبولة ولا يمكن الاحتجاج بها.

¹ - قرار مجلس الدولة المؤرخ في 12-07-2005 قضية ق.ب.ع ضد مدير الشباب والرياضة لولاية البويرة، مذكور سابقاً.

² - يقصد بهذا التعبير "الحساب العام النهائي" Décompte général définitif، للمزيد من التفاصيل حوله: Laurent CHOMARD, Décompte général définitif (DGD) et réception de travaux, Publié le 20 mars 2014 - Mis à jour le 8 août 2017, sur : <http://marches-publics.legibase.fr>.

³ - أنظر: قرار مجلس الدولة بتاريخ 2003/04/15، مقالة الأشغال العمومية (ل م) ضد بلدية تنس، مجلة مجلس الدولة، ع.4، 2003، ص.80، انظر الملحق رقم 02 من هذه الرسالة.

ولعل هذا القرار يجد أساسه القانوني في م 3/41 من د ش إ ع المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والشغال العمومية والنقل.

ب- شهادة خدمة مؤداة Service fait

قرّر مجلس الدولة في قرار آخر صادر بتاريخ 20/01/2004، أنه لا تسديد لمبلغ الأشغال لمؤسسة لم تقدم الدليل المثبت أداء الخدمة، واعتبر هذا الدليل متمثلا في محضر استلام الأشغال أو فاتورة مؤشر عليها قانونا، واشترط ذكر عبارة "خدمة مؤداة" كدليل على تنفيذ الأشغال¹. إلا أن مجلس الدولة ذهب مؤخرا إلى التخفيف من حدة هذا الشرط، بحيث قرر في أحد قراراته² أن مجرد وجود وصولات الاستلام والفواتير يكفي لإثبات الخدمة التي أنجزها المتعاقد، دون حاجة لإرفاقها بعبارة "خدمة مؤداة"، ويعتبر هذا تسهيفا من القضاء الجزائري للمتعاقد في الحصول على حقوقه المالية المنبثقة عن العقد الإداري.

ولعل هذا العدول لمجلس الدولة له ما يبرره ويسعى لتحقيق التوازن الذي ينبغي إيجاده بين الإدارة والمتعاقد معها، خاصة إذا علمنا أن الإدارة قد ترفض أحيانا تسديد قيمة الأشغال والتوريدات، لتترك المتعاقد يلزمها بذلك أمام القضاء، إلا أنها قد تتعسف أحيانا وترفض تسليمه شهادة خدمة مؤداة، وتكتفي فقط بسند الطلب bon de commande وسند التسليم bon de livraison، لتدّعي فيما بعد رفض طلبه لعدم وجود هذه الشهادة، فحسن فعل مجلس الدولة حينما أبقى المتعاقد من هذا الشرط، وسمح له بإثبات طلبه بمختلف الوثائق المتعامل بها في هذا الصدد.

ويجدر التنويه هنا، إلى أن مجلس الدولة وفي نفس اليوم الذي أصدر فيه القرار المذكور أعلاه، أصدر كذلك قرارا آخر³ يظهر فيه اتجاهه إلى التسهيل على المتعاقد في المطالبة بقيمة الأعمال الإضافية، بحيث قرر أن "دفع البلدية بعدم وجود الاعتماد المالي بالخبزينة العمومية لتسديد مصاريف الأعمال الإضافية إلى المتعاقد، هو دفع غير جدي لأنه ما كان على البلدية مباشرة إنجاز مشروع إلا بعد أن تتوفر على اعتمادات مالية". مع الملاحظة أن المجلس في هذا

¹ - مجلس الدولة بتاريخ 20/01/2004، والي ولاية بسكرة ضد مؤسسة الشغال العامة طولفة، مجلة مجلس الدولة، ع.7، 2005، ص.74.

² - أنظر: قرار مجلس الدولة، الغرفة الأولى، القسم الأول، بتاريخ 04/10/2012، بين ولاية وهران و(غ س)، قضية رقم 069335، غير منشور، انظر الملحق رقم 03 من هذه الرسالة.

³ - قرار مجلس الدولة، الغرفة الأولى، القسم الأول، بتاريخ 04/10/2012، بين ولاية وهران و(مؤسسة...)، قضية رقم 071021، غير منشور، انظر الملحق رقم 04 من هذه الرسالة.

القرار لم يُفرّق في الأعمال الإضافية بين الأعمال الضرورية والأعمال المفيدة، على عكس قراره بتاريخ 2005/07/12 أين اشترط أن تكون الأعمال ضرورية لإنجاز المشروع. ونتمنى أن يكون القرار الذي جاء به مجلس الدولة في 2012، المذكور أعلاه، -أن يكون- مجرد قرار نسبي جاء لمعالجة حالة معينة بذاتها، ولا يرقى لمرتبة القرار المبدئي الذي يسجل عدول الاجتهاد القضائي الإداري في الجزائر عن موقفه السابق، كون هذا الأخير هو الأصح بالنظر للنصوص القانونية وللمنطق القانوني.

المبحث الثاني

طوارئ التنفيذ المستقلة عن إرادة طرفي العقد الإداري

بعد أن رأينا أن ظروف تنفيذ العقد الإداري قد تتغير، بسبب يرجع لإرادة أحد المتعاقدين، فلا بد من التنويه إلى أن هناك ظروفًا أخرى مستقلة تمامًا عن إرادتهما، وكثيرًا ما تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري فتؤدي للتأثير على طرق ووسائل تنفيذه، وغالبًا ما تؤدي إلى زيادة العبء على كاهل المتعاقد مع الإدارة.

والعقد الإداري يستوجب وجود توازن بين مصالح المتعاقدين، فكون أن المتعاقد هو معاون في سير المرفق العام، فإن الإدارة يجب أن تؤمنه ضد المخاطر التي قد يتعرض لها أثناء تنفيذ عقدهما الإداري¹، سواء كانت هذه المخاطر ذات طبيعة اقتصادية، أم كانت عبارة عن مخاطر مادية.

وتتمثل الظروف المستقلة عن إرادة طرفي العقد الإداري، والتي تؤثر على ظروف تنفيذه دون أن تجعل من ذلك مستحيلًا، في نظرية الظروف الطارئة (المطلب الأول)، ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة (المطلب الثاني).

¹ - للمزيد من التفاصيل: حمدي علي عمر، المرجع السابق، ص. 177.

المطلب الأول

نظرية الظروف الطارئة¹

قد يحدث " بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه نوازل أو أحداث عامة غير متوقعة من المتعذر دفعها، ويكون من شأنها أن يصبح تنفيذ الالتزام شديد الإرهاق بالمدين، بحيث يترتب عليه أن تلحقه خسارة فادحة"²، ويتم تأطير النتائج القانونية المترتبة عن هذه الحوادث ضمن نظرية الظروف الطارئة، والتي سنتناولها بالبحث من خلال تبيان مفهومها (الفرع الأول) وشروط إعمالها (الفرع الثاني).

¹ - نظرا لأصالة هذه النظرية ضمن نظريات العقد الإداري، فإن الدراسات التي شملتها تعد كثيرة ومتنوعة، لا سيما في مصر ولبنان وبعض الدول العربية الأخرى، ولكن نلاحظ قلة الدراسات الفقهية التي تناولت هذه النظرية في الجزائر، وإن لم نقل انعدامها (ما عدا بعض المذكرات والرسائل التي تناولت مواضيع عامة للعقد الإداري وأشارت لهذه النظرية في طياتها)، وللمزيد من التفاصيل حول هذه النظرية انظر:

عبد الحكم فوده، أثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، بحث علمي على ضوء الفقه وقضاء النقض، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ط1، 1999، ص.19 وما يليها؛ سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الادارية والشريعة الإسلامية "دراسة مقارنة"، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 2007؛ حنفي محمد غالي، نظرية الظروف الطارئة وعمل الأمير ومدى انطباقها على عقود بيع أملاك الحكومة المبرمة في خلال السنوات 1950-1951، تعليق على الحكم الصادر بتاريخ 30 ماي 1957 في القضية رقم 808 سنة 1955 مدني القاهرة، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الثانية، ع3، سبتمبر 1958؛ هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص.97 وما يليها. بلال أمين زين الدين، المرجع السابق، ص.585 وما يليها؛ حمدي حسن الحلفاوي، المرجع السابق، ص.259 وما يليها. علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ص.70 وما يليها؛ عبد الله بن حمد الوهيبي، المرجع السابق، ص.313 وما يليها.

² - سمير عثمان اليوسف، المرجع السابق، ص.33.

الفرع الأول

مفهوم نظرية الظروف الطارئة

قد تشاء الظروف أحياناً بسبب طوارئ التنفيذ أن تخل بتوازن العقد الإداري، فتتدخل نظرية الظروف الطارئة لمعالجة هذا الاختلال وإزالة الضرر الناشئ عنه، ولكن هذه النظرية وإن كانت في المقام الأول من انشاء القضاء الإداري الفرنسي، إلا أن هذا الأخير واجه بعض الصعوبات في تطبيقها، نظراً لاختلاط مفهومها مع كل من نظريتي فعل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة¹، مما يستدعي البحث أولاً عن تعريف دقيق لنظرية الظروف الطارئة (أولاً)، ثم البحث عن كيفية نشأتها لمعرفة الملايسات التي دفعت للأخذ بها (ثانياً).

أولاً: تعريف نظرية الظروف الطارئة

عرّف الفقيه الفرنسي ومنهم الفقيه Péquignot نظرية الظروف الطارئة بقوله: «إذا طرأت ظروف عامة لم تكن متوقعة عند إبرام العقد وكان من شأنها قلب توازنه بطريقة تجعل تنفيذه أمراً مرهقاً وإن لم يكن مستحيلاً، ولم يكن في إمكان الطرفين المتعاقدين توقع ذلك الإرهاق، فإن للمتعاقد أن يطلب من الإدارة أن تساعد في تنفيذ العقد، عن طريق مقاسمته أعباء الظرف الطارئ في صورة تعويض يحسب على أساس العجز الذي يتحمّله المتعاقد وبمراعاة كافة ظروف العقد²». أمّا في مصر فهناك من عرفها بأنها: «الظروف الاستثنائية الخارجة عن إرادة الإدارة والمتعاقد معاً، والتي تقع أثناء قيام المتعاقد بتنفيذ العقد وتؤدي إلى جعل تنفيذه مرهقاً بالنسبة له من الناحية المالية وتعجزه عن تنفيذه، أي بمعنى آخر تؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد بشكل جسيم، مما يحتم على الإدارة تقدير تعويض مالي له يعيد للعقد توازنه ويعيد للمتعاقد قدرته على الاستمرار في تنفيذ العقد³».

في حين هناك من عرفها بالقول: «أنه عندما تختل اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً نتيجة ظروف استثنائية لم يكن في الوسع توقعها عند إبرام العقد، ويؤدي هذا الاختلال إلى جعل تنفيذ

¹ - علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ص. 70. يتصرف.

² - أشار إليه: لمياء هاشم سالم قبيع، المرجع السابق، ص. 105.

³ - مُشارٌّ إليه لدى: لمياء هاشم سالم قبيع، المرجع نفسه، ص. 105.

العقد أكثر إرهاباً للمتعاقد بما يترتب عليه من خسائر تجاوز في حدتها الخسارة العادية المألوفة في التعامل، فإن للمتعاقد الحق في طلب مساعدة جهة الإدارة للتغلب على هذه الظروف ومشاركته في تحمّل جزء من الخسارة التي حاقت به¹.

وفي العراق فقد عرفها البعض بأنها: «ظروف خارجة عن طرفي العقد ولا يمكن توقعها عند إبرامه قد تطرأ في أثناء تنفيذه، وتؤدي إلى إخلال جسيم في التوازن المالي للعقد، وتجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً ولكنه ليس مستحيلاً²».

أما في الجزائر، فيرى البعض أن الظرف الطارئ هو حادث استثنائي لم يكن في الوسع توقعه، غير أنه وإن جعل من تنفيذ الالتزام أمراً عسيراً ومرهقاً وهدد التعامل المتعاقد بخسارة فادحة أو مس بالتوازن الاقتصادي للعقد، فإنه يبقى تنفيذ العقد ممكناً ولا يجعل منه أمراً مستحيلاً³. وبالرجوع للقضاء المصري، فقد عرفت محكمة القضاء الإداري نظرية الظروف الطارئة في قرارها الصادر في 1957/06/30 كما يأتي: «إذا حدث أثناء تنفيذ العقد الإداري أن طرأت ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد فقبلت اقتصادياته، وإذا كان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً، بل أثقل عبئاً أو أكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول، وإذا كانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة المألوفة العادية التي يحتملها أي متعاقد إلى خسارة فادحة استثنائية وغير عادية، فإن من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسارة التي تحملها بتعويضه عنها تعويضاً جزئياً، وبذلك يضيف إلى التزامات المتعاقد معه التزاماً جديداً لم يكن محل اتفاق بينهما عند إبرام العقد⁴».

وفي نفس السياق عرفت المحكمة الإدارية العليا في مصر في قرارها الصادر في 1972/06/17 بما يأتي: «إذا طرأت ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد وقلبت

¹ - انظر: محمد السناري، الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د س ن، ص.13.

² - لمياء هاشم سالم قبيع، المرجع السابق، ص.106.

³ - أنظر: خروشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، 2011، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة، الجزائر، ص.297.

⁴ - أشار إليه: لمياء هاشم سالم قبيع، المرجع السابق، ص.107.

اقتصاديته وكان من شأن هذه الظروف أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً، بل أشدّ وأثقل عبئاً ممّا قدره المتعاقدان التقدير المعقول، وكانت الخسارة الناشئة تجاوز الخسارة العادية المألوفة، ففي مثل هذه الحالة من حق المتعاقد المتضرر أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسارة التي تحمّلها وتعويضه عنها تعويضاً جزئياً¹».

وهو نفس السياق الذي تبناه القضاء السعودي في تعريفه لنظرية الظروف الطارئة، بحيث ورد تعريف لهذه النظرية في بعض أحكام ديوان المظالم، "ومن ذلك حكم الديوان رقم 224/ت/1 لعام 420هـ حيث جاء فيه بأنّ مفاد نظرية الطوارئ غير المتوقعة أو الظروف الطارئة حسبما وضع أصولها وقواعدها فقه القضاء الإداري، أنه إذا حدث أثناء تنفيذ العقد الإداري أن طرأت ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد فقبلت اقتصادياته، وكان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً بل أثقل عبئاً وأكثر كلفة ممّا قدره المتعاقدان التقدير المعقول، فنشأت عنها خسارة جسيمة تتجاوز في فداحتها الخسارة المألوفة العادية التي يتحملها أيّ متعاقد، فإنّ من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسارة التي تحملها فيعوضه عنها تعويضاً جزئياً، وبذلك يضيف إلى التزامات المتعاقد معها التزاماً جديداً لم يكن محل اتفاق بينهما²".

ويمكن تعريف مصطلح الظروف الطارئ بأنه «الحادث العام النادر الوقوع، كزلازل أو حرب أو وباء أو ارتفاع باهظ في الأسعار أو نزول فاحش فيها، يطرأ على العقد فيما بين إبرامه وتنفيذه ولا يكون بالإمكان توقعه أو التحرّز منه³».

وعلى الصعيد التشريعي، فيرى البعض⁴ أن المشرع الفرعي الجزائري ذهب لتعريف الظروف الطارئ من خلال تنظيم الصفقات العمومية، "إذ اعتبرت المادة 103 من المرسوم الرئاسي 10-10-

¹ - أشار إليه: سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص.609.

² - عبد الله بن حمد الوهبي، المرجع السابق، ص.212،213.

³ - انظر: فاضل شاكر أحمد مصطفى، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، معهد الدراسات الإسلامية العليا، جامعة بغداد، العراق، 1967، ص.7.

⁴ - خرشي النوي، المرجع السابق، ص.297.

1236¹ أن الظهور غير المتوقع لتبغات تقنية وخارجة عن إرادة الطرفين، هي حالة من الحالات التي تسمح بإمضاء ملحق للصفقة حتى وإن كان من شأن هذا الملحق أن يؤثر في توازن الصفقة. أما المادة 105 من النص السابق الذكر فقد بينت أن الاختلال المعتبر في التوازن الاقتصادي للصفقة الناتج عن أسباب استثنائية خارجة عن إرادة الطرفين، والذي يؤدي إلى تأخير الأجل التعاقدية الأصلي كفيل بأن يسمح بإبرام ملحق وعرضه على هيئة الرقابة الخارجية ولو خارج حدود آجال التنفيذ التعاقدية". وهي النصوص التي تقابلها حالياً المواد 135 و138 من المرسوم الرئاسي 15-247 ساري المفعول، دون وجود أي اختلاف في صياغتها عن المرسوم الرئاسي الملغى، ولو أننا نرى أن هذه النصوص لم تعرف الظروف الطارئة، بل جعلت منها أساساً لإبرام الملحق وتجاوز الأجل المتفق عليه للتنفيذ، ولكن يبدو أن المشرع الفرعي اعتمد في تحديده لهذه الظروف على نفس العناصر المشتركة في نظرية الظروف الطارئة، والتي اتفقت عليها معظم التعريفات التي ذكرت أعلاه.

وبالرجوع للقانون المدني، نجد أن المشرع الجزائري قد عرف نظرية الظروف الطارئة في م3/107 والتي تنص على ما يلي: "غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية وإن لم يصبح مستحيلًا، صار مرهقًا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي بعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يردّ الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كلّ اتفاق على خلاف ذلك".

ثانياً: نشأة نظرية الظروف الطارئة²

يتصل تاريخ نظرية الظروف الطارئة بتاريخ الالتزام، إذ تطور مفهومها من خلال تأثير مبدأ العدالة على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ولما كان هذا المبدأ من الأسس الرئيسية في الديانات السماوية، فإنّ ظهوره غير مستغرب في القوانين المشبعة بالدين. فقد ظهر في العصور القديمة ومنها القانون الكنسي، إذ عرف هذا الأخير بعض التطبيقات الفرعية لهذه النظرية استمدّها من

¹ - الملغى حالياً، بموجب المرسوم الرئاسي 15-247، سابق الإشارة إليهما.

² - للمزيد من التفاصيل حول هذه النقطة: عبد الحكم فوده، المرجع السابق، ص.19 وما يليها؛ جعفر مال الله عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص.709 وما يليها.

المبادئ المسيحية التي تدعو إلى التراحم والتآخي ليسلم المجتمع من الضغائن والأحقاد وتنتشر المحبة والسلام بين الناس، ذلك أنّ الكنيسة وضعت قواعد لحماية الطرف الضعيف في العقد¹. أمّا القانون الروماني، فكان يخلو من مبدأ عام يصلح أساساً لنظرية الظروف الطارئة وذلك لشدة تمسكه بالأمر الشكلية وعدم جواز تعديل العقد، كما أنّ هذه النظرية كانت بمثابة ثغرة ينفذ منها القاضي ليمس بالقوة الملزمة للعقد، حيث يستطيع تعديل العقد بطلب من أحد المتعاقدين دون رضا المتعاقد الآخر²، فلم ينظم القانون الروماني نظرية الظروف الطارئة على الرغم من مناداة بعض فقهاءه بها، على أساس أنّ التقيد بالعقد وبأحكامه يفترض بقاء ظروف إبرامه على ما هي عليه، فإنّ تغيّرت هذه الظروف كان هناك مبرر لتعديل أحكامه لتتماشى مع ما استجدّ من ظروف، وهذا ما تقتضيه العدالة³.

كما ظهرت نظرية الظروف الطارئة في الشريعة الإسلامية وهناك قواعد فقهية عديدة مستنبطة من الكتاب والسنة تتعلق بالعقود كقاعدة "لا ضرر ولا ضرار"، و"الضرورات تبيح المحظورات"، و"الضرورة تقدر بقدرها"⁴.

وقد ظهرت نظرية الظروف الطارئة في العصور الحديثة في مجال العقود الإدارية⁵، ويرجع الفضل في نشأتها إلى مجلس الدولة الفرنسي من خلال قراره في قضية *compagnie générale*

¹ - انظر: حمزة بن خدة، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، مجلة علوم إنسانية، منشور على الموقع التالي: <http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net>، تاريخ آخر دخول في: 2018/01/26، دون ترقيم للصفحات.

² - لكن رغم ذلك فهذه النظرية وجدت صداها في أقوال بعض الفلاسفة الرومان أمثال "سيشرون" بقوله: «عندما يتغير الزمن يتغير الواجب» وغيره. انظر: غازي عبد الرحمن ناجي، التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، دار الحرية للطباعة، بغداد، العراق، 1986، ص. 22-23.

³ - سمير عثمان اليوسف، المرجع السابق، ص. 35.

⁴ - لمياء هاشم سالم قبيع، المرجع السابق، ص. 112.

⁵ - يرى البعض أنّ نظرية الظروف الطارئة نشأت بدهاء في القانوني الإداري قبل القانون المدني، فيرى الأستاذ سمير عثمان اليوسف (المرجع السابق، ص. 35 وما يليها) ما يلي:

"لم تجد نظرية الظروف الطارئة صدى لها في القانون المدني الفرنسي الذي لم يعتق أحكامها إلى يومنا هذا. وعلى العكس من ذلك وجدت هذه النظرية قبولاً لدى القضاء الإداري الفرنسي الذي اعتنقها وطبقها في أحكامه، هادفاً بذلك ضمان اطراد سير المرافق العامة بالدولة، وتمكينها من تقادي الآثار السلبية لما يطرأ من ظروف استثنائية تحول دون قدرتها على تنفيذ ما ارتبطت به من تعاقدات في ظروف عادية.

وما استقرت نظرية الظروف الطارئة في القضاء الإداري الفرنسي حتى أخذت بها تشريعات العديد من الدول منها القانون المدني المصري، والقانون المدني الكويتي، وتماشياً مع منطوق هذه النظرية نجد المادة 146 تجاري بعد أن قررت في فقرتها الأولى المبدأ الأساسي العام، ومؤداه أنّ العقد شريعة المتعاقدين تجيء في فقرتها الثانية، قاضية بأنّه ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أنّ تنفيذ الالتزام التعاقدية وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين حيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحدّ المعقول، ويقع باطلاً كلّ اتفاق على خلاف ذلك.

وقد جاء القانون المصري القديم على غرار القانون الفرنسي، فلم يتضمن نصاً يقضي بأعمال نظرية الظروف الطارئة، كمبدأ عام، وقد سار القضاء المصري تحت ظلّه وعلى رأسه محكمة النقض على نفس النهج التي سارت عليها محكمة النقض الفرنسية، فرفض تطبيق نظرية الظروف الطارئة في غير ما صرح القانون بتطبيقها فيه، وذلك حتى بالنسبة إلى العقود الإدارية التي كانت تدخل حينذاك في ولايته.

ومن أهمّ القضايا التي عُرضت في مصر تحت ظلّ قانونها القديم بشأن الظروف الطارئة، تلك الخاصة بتوريد الذرة لمصلحة الحدود، وتتخلص وقائع هذه القضية في أنّ شخصاً تعهد بتوريد كمية من الذرة لمصلحة الحدود، في وقت كانت خاضعة فيه للتسعيرة الجبرية ثم حدث في أثناء سريان العقد أن رفعت تلك التسعيرة الأمر الذي أدى إلى زيادة سعر الذرة إلى أكثر من الضعف فامتنع المورد عن الاستمرار في التوريد متذرعاً بالظروف الطارئة، وقد تجاوزت معه محكمة استئناف القاهرة مقررة وجوب أعمال نظرية الظروف الطارئة تماشياً مع اعتبارات العدالة وروح الإنصاف التي تقضي بوجود مساعدة المدين وإنقاذه من الخراب، ولم يقدر هذا الحكم الجريء الرائع أن يستقر فقد ألغته محكمة النقض، قاضية بأنّ نظرية الظروف الطارئة برغم أنها تقوم على أساس العدل والعمو والإحسان، إلاّ أنّه لا يجوز الأخذ بها في غير الحالات التي نصّ القانون على تطبيقها، وأنه لا يجوز للقضاء أن يستبق المشرّع ابتداعها كنظرية عامة شاملة.

وقد ازدهرت نظرية الظروف الطارئة في القانون العام، فالمعاهدات الدولية تتقضي بتغيّر الظروف، والعقود الإدارية يعدلها القضاء أو يلغيها عند تغيّر الظروف ووفقاً لمقتضيات المصلحة العامة، أمّا في مجال القانون الخاص، فتجد هذه النظرية اعتراضات على أساس أنها تفتح الباب أمام القاضي لتعديل العقد النافذ اللازم بناءً على طلب من احد المتعاقدين ودون رضا المتعاقد الآخر ومع ذلك فقد أخذت بها بعض القوانين الخاصة منها قانون الالتزامات البولندي والقانون المدني الإيطالي والقانون المصري والسوري والعراقي والليبي ولم يأخذ بها القانون الفرنسي ولا القانون اللبناني ولا القانون التونسي". وفي ذات السياق، يرى الأستاذ محمود عبد المجيد المغربي (المرجع السابق، ص.126) أن "نظرية الظروف الطارئة هي بأصلها من صنع الاجتهاد الفرنسي الإداري، لذلك لا بد من الوقوف على المعطيات والاعتبارات التي صاغها قرار مجلس الدولة الفرنسي في قراره الشهير في قضية "غاز بوردو" بتاريخ 1916/03/30. وقد اعتبر بعض الفقهاء أنّ هذا الحكم الرئيسي هو دستور هذه النظرية."

ويرى "أنّ نظرية الظروف الطارئة كما أشادها القضاء الإداري هي نظرية خاصة بالقانون العام وغير قابلة للتطبيق في نطاق القانون الخاص في العلاقات التعاقدية بين الأفراد؛ محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.131.

ويخفف نوعاً من حدة رأيه هذا، بالقول أن "هذا لا يعني أنّ مبدأ عدم التوقع نفسه، في إعادة النظر في العقود التي اختلّت اقتصادياتها بسبب حوادث طارئة، غير قابل للتطبيق في نطاق القانون الخاص. وإذ لم يرحب به من قبل الاجتهاد القضائي العادي، فإنّ تطبيقه في هذا المجال لا يعدم وجود أنصار له. ولكن يجب الإشارة هنا إلى أنّ تطبيق نظرية الظروف الطارئة، إذا قبلها الاجتهاد القضائي العادي، في نطاق القانون الخاص، فلا يعني بالضرورة أنها تطبق هي نفسها كما أشادها مجلس الدولة في القانون الإداري، إذ هي تستند فعلاً إلى اعتبارات متعددة كالعدالة وحسن النية وإعادة

d'éclairage de Bordeaux في 1916¹/03/30، والمسمى بقضية "غاز بوردو"، ويعدّ هذا القرار هو الأساس في تحديد معالم النظرية إذ اشتمل على معظم الأحكام الرئيسية والتفصيلية لهذه النظرية من حيث شروط تطبيقها ونتائجها القانونية بحيث يمكن اعتباره هو حجر اساس نظرية الظروف الطارئة².

التوازن بين التزامات الأطراف المتعاقدة والتفسير المنطقي لتوقعات الأفراد... وهي اعتبارات ليست أجنبية عن نظرية القانون الإداري نفسه، وقد لا يستسيغها القانون الخاص. لأنّ أولى اهتمامات القانون الإداري هو مصلحة المرفق العام أو الحاجة إلى ضرورة تعاون الأطراف في جهد مشترك لتأمين استمرار المرفق من خلال صعوبات تنفيذ العقد. وبكلمة أخرى أنّ نظرية مدنية لعدم التوقع ستكون حتمًا شيئًا مختلفًا عن النظرية الإدارية؛ محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص. 131، 132.

ويعود ذات الفقيه للتأكيد على النشأة الإدارية المحضة لنظرية الظروف الطارئة، وعدم توافر أية جذور لهذه النظرية في القانون المدني، بالقول أن "من المفيد أن نشير من باب الفائدة التاريخية أنّ نظرية الظروف الطارئة في القانون الإداري الفرنسي هي من صنع وتكريس مجلس الدولة، ويعود لهذا المجلس الفضل في اعتمادها بشكل علمي دقيق ومدروس، في قراره الشهير عام 1916 في قضية "غاز بوردو". وإذا كانت القواعد الأساسية التي أثارها هذا الحكم لا تزال صالحة للتطبيق. فلا شيء يمنع من الإشارة إلى أنّ تطورًا هامًا قد أصاب هذه النظرية مرده إلى التحولات الاقتصادية والإدارية التي طبعت النظرية بطابعها إلى حد بعيد. لقد بدت هذه النظرية في الآونة الأولى من تاريخها كسبب من الأسباب التي تدعو إلى إعادة النظر في العقد قبل أن يتناولها بالفعل حكم قضية "غاز بوردو". وكانت تطبق بصورة غير مستمرة ولا منتظمة. فكل ما فعله مجلس الدولة أن صاغها وأوضح شروط تطبيقها والنتائج القانونية المترتبة على هذا التطبيق. والخلاصة أنّ نظرية الظروف الطارئة لم يقف تطورها منذ عام 1916 وغدت شاملة لنزاعات غير محدودة في هذا الإطار وتمّ ذلك على يد هيئات متتابعة في مجلس الدولة وسواه؛ محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص. 133، 134. ويؤيد هذا القول كذلك الأستاذ مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، (مرجعه السابق، ص. 705) إذ يرى أن نظرية الظروف الطارئة هي من ابتداع القضاء الإداري، ولم تستقر في قضاء القانون الخاص إلاّ بعد أن وضع القضاء الإداري قواعدها وملاحمها.

ونحن وإن كنا نتماشى مع الطرح من حيث الحداثة النسبية لصياغة وصناعة هذه النظرية من طرف القضاء الإداري الفرنسي قبل المدني، إلا أننا نعرّج باختصار على أن الشريعة الإسلامية الغراء قد عرفت نظرية الظروف الطارئة قبل كل القوانين الوضعية بألاف السنين، ولو أنها قننتها تحت مسميات مختلفة وفي ظل أحكام مغايرة نوعا ما، فقد عالجت الظروف الطارئة من خلال الأعدار التي تصيب المتعاقد فتجيز له طلب فسخ العقد، ومن خلال الجائحة التي تصيب الثمار فتجيز تعديل العقد، وكذلك أحكام تقلب قيمة النقود.

للمزيد من التفاصيل: سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في...، المرجع السابق؛ اشتمل في كل دراسته على المقارنة بين أحكام النظرية في كل من القانون الإداري والشريعة الإسلامية.

¹ - voir : C.E 30/03/0916, compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, cité par : Jean-Claude Ricci, Op CIT, p.28.

² - لمياء هاشم سالم قبيع، المرجع السابق، ص. 112.

"وكانت الحرب العالمية الأولى هي المناسبة التي أتاحت لمجلس الدولة الفرنسي الأخذ بهذه النظرية في قضية "غاز بوردو"، وتتلخص وقائع القضية¹ أنه في عام 1904 حصلت شركة على امتياز توريد الغاز والكهرباء إلى مدينة بوردو لمدة 30 سنة، وكانت قائمة الشروط تحدد سعر

¹ - نظرا لأهمية هذا القرار المبدئي في تحديد معالم نظرية الظروف الطارئة، فإننا نورد موجزا لحديثاته باللغة العربية من باب الفائدة:

... "حيث أنّ الأصل أنّ عقد الالتزام ينظم حتى انقضائه بطريقة نهائية الالتزامات المتبادلة لكل من الملتزم ومانح الالتزام. وإنّ الملتزم عليه تنفيذ الخدمة المتفق عليها بالشروط المحددة في اتفاقية الالتزام مقابل ما يحصله من مستعملي المرفق من الرسوم المنصوص عليها فيه. وإنّ تغير أسعار المواد الأولية بسبب الظروف الاقتصادية يمثل أحد المخاطر الاحتمالية للعقد قد يكون، على حسب الأحوال، لصالح الملتزم أو في غير صالحه ويظلّ على مسؤوليته ومخاطره. إذ المفروض أنّ كلّ طرف أدخل هذا الاحتمال في حساباته وتوقعاته التي أجراها قبل التعاقد...

حيث أنه نتيجة لاحتلال العدو الجزء الأكبر من مناطق إنتاج الفحم في أوروبا القارة، ولصعوبات النقل بالبحر التي تتزايد خطورة أكثر فأكثر سواء بسبب الاستيلاء على البواخر أو بسبب طبيعة أعمال الحرب البحرية ومدتها، فإنّ الارتقاع الطارئ خلال الحرب الحالية في أسعار الفحم وهو المادة الأولية في صناعة الغاز بلغ نسبة لا توصف فقط بأنها ذات طبيعة استثنائية بالمعنى المعتاد لهذا اللفظ، ولكنّه أدى كذلك إلى ارتقاع في تكلفة صناعة الغاز لدرجة أخلت بكل الحسابات، وجاوز أقصى حدود الزيادات التي يمكن للطرفين توقعها عند إبرام عقد الالتزام. وأنه نتيجة لاجتماع كلّ الظروف السابق بيانها انقلب اقتصاد العقد بصورة مطلقة. وإنّ الشركة إذا على حق بأنها لا تستطيع كفالة تشغيل المرفق بذات الشروط المتفق عليها أصلاً طالما استمر الموقف غير العادي المذكور أعلاه .

حيث أنه يترتب على كلّ ما تقدم أنه وإن كان من غير السليم تمسك الشركة بأنه لا يمكن إلزامها بأيّة زيادة في سعر الفحم فوق 28 فرنكاً للطن الواحد لأنّ هذا الرقم من وجهة نظرها يعادل أعلى سعر للغاز توقعه العقد. فمن التجاوز إطلاق القول بتطبيق دفتر الشروط تطبيقاً بسيطاً مجرداً كما لو كان الطرفان أمام مجرد اختلال عادي للمشروع. وإنه على العكس من المهم لوضع حدّ للصعوبات الوقتية البحث عن حل يُراعي في نفس الوقت الصالح العام الذي يقتضي استمرار قيام الشركة بالمرفق مستعينة بكلّ وسائلها في الإنتاج، والظروف الخاصة التي لا تسمح بالتطبيق العادي للعقد. وأنه من المناسب لتحقيق ذلك الحكم من ناحية بالالتزام الشركة بضمان المرفق محل الالتزام. ومن ناحية أخرى بأنّ عليها أن تتحمل فقط خلال هذه الفترة الوقتية جزءاً من النتائج الباهظة بسبب القوة القاهرة المبيّن أعلاه الذي يسمح بالتفسير المتزن للعقد بتركه على عاتقها؛ وأنه نتيجة لذلك ثمة محل لإلغاء الحكم المطعون فيه وإحالة الطرفين أمام مجلس المحافظة الذي له إذا لم يتفق الطرفان في شأن الشروط الخاصة التي تستطيع الشركة طبقاً لها استمرار الخدمة مع مراعاة كلّ ظروف الواقعة أن يحدد التعويض الذي للشركة حق فيه بسبب الظروف غير التعاقدية التي عليها، إنّ تكفل أداء المرافق خلال الفترة المذكورة...

ولذلك تقرر: إحالة الشركة العامة لإنارة "بوردو" ومدينة "بوردو" أمام مجلس المحافظة ليتولى عند عدم اتفاقهما ودياً على الشروط الخاصة التي تؤدي فيها الشركة الخدمة تحديد التعويض الذي تستحقه الشركة بسبب الظروف غير التعاقدية، التي عليها أن تكفل أداء المرفق الملتزم فيها."

مُشارٌ إليه لدى: محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص. 127، 128.

الغاز والكهرباء الواجب على الشركة البيع به للجمهور، وروعي في تحديد هذا السعر ثمن الفحم في ذلك الوقت حيث أنه المادة الأساسية لصنع الغاز واستخراجه، وقد حدّد سعر توزيع الغاز في عقد الامتياز بمبلغ معين للمتر المكعب على أساس إنّ سعر طن الفحم 23 فرنكًا، وكان هذا هو متوسط سعر الفحم وقت التعاقد. وقد توقع الطرفان المتعاقدان-بلدية مدينة بوردو والشركة الملتزمة- تغيير سعر الغاز والكهرباء تبعًا لتغير أسعار الفحم، وكان أقصى تقدير توقعه أطراف العقد هو ارتفاع ثمن طن الفحم من 23 فرنكًا إلى 28 فرنكًا حيث كان أقصى سعر وصله الفحم قبل ذلك هو 28,4 فرنكًا، وكان ذلك في أثناء الحرب بين فرنسا وبروسيا سنة 1874، ولمّا قامت الحرب العالمية الأولى (1914-1918) ارتفعت الأسعار ارتفاعًا فاحشًا ووصل سعر الطن من الفحم إلى 117 فرنكًا وبعدها وجدت الشركة الملتزمة أنه قد أضحي من الصعب عليها إزاء هذه الظروف أن تورد الغاز والكهرباء بالسعر المحدّد في وثيقة الالتزام وأصبحت مهددة بخسارة جسيمة قد تعوقها عن المضي في تقديم خدماتها لجمهور المنتفعين، إذ أنّ الأسعار التي تتقاضاها من الجمهور أقل بكثير من أن تغطي نفقات الإدارة. توجهت الشركة الملتزمة إلى بلدية بوردو باعتبارها السلطة مانحة الالتزام لإعادة النظر في وثيقة الالتزام والسماح لها برفع الأسعار بما يتماشى مع الارتفاع غير المتوقع في ثمن الفحم، إلّا أنّ البلدية رفضت وتمسكت بالقوة الملزمة للعقد وتنفيذه طبقًا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين لأنّ تنفيذ الشركة لالتزاماتها لم يصبح مستحيلًا، فالفحم وإن كان قد ارتفع سعره إلّا أنه موجود ويمكن الحصول عليه، رفع الأمر بعد ذلك إلى مجلس المحافظة فإذا به أيضًا يتمسك بالقوة الملزمة للعقد وقضى بإلزام الشركة بالاستمرار في تنفيذ شروط العقد كما هو متفق عليها، وعندما عرض الأمر على مجلس الدولة الفرنسي أقرّ المجلس مبدأً جديدًا مقتضاه أنه إذا طرأت ظروف جديدة لم يكن بالإمكان توقعها وكان من شأنها أن تؤدي إلى اختلال اقتصاديات العقد اختلالاً جسيمًا، فإنّ هناك ما يبرر أن تساهم جهة الإدارة ولو مؤقتًا في تحمّل جزء من الخسارة التي تلحق بالمتعاقدين من جرّاء تلك الظروف. وقد راعى مجلس الدولة الفرنسي وهو يقرر النظرية أنه لو طبقت القواعد على إطلاقها لترتب على ذلك توقف الملتزم في نهاية الأمر بعجزه عن إدارة المرفق العام بسبب زيادة التكاليف عن الدخل زيادة باهظة، ولو تمّ ذلك لكان المنتفعون هم أول من يُضار لتوقف المرفق عن أداء الخدمات التي عولوا عليها في

ترتيب أمور حياتهم، ومن ثمّ فإنّ نظرية الظروف الطارئة ذات علاقة مباشرة بسير المرافق العامة¹.

ثم أعقب هذا القرار من قبل مجلس الدولة الفرنسي، قرارات أخرى تصب في نفس المعنى، ومثالها ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 1982/11/05 فيما يتعلق بإحدى الشركات النفطية، إذ كان لأزمة النفط ذات العواقب على بعض عقود التجهيز المشتقة، وهناك أيضًا أسباب طبيعية كالكوارث، وأسباب قانونية نتيجة قرار متخذ من قبل شخص عام آخر غير الموقع على العقد²، وكذلك قراره الصادر في 1982/01/08 في قضية " Ste Quillery Saint-Maur"³.

وليس القاضي الإداري هو الوحيد الذي اتبع منهاج القرار المبدئي "غاز بوردو" بل نجد كذلك المنشور الوزاري المشترك المؤرخ في 1974/11/20 المتعلق بتعويض متعهدي الصفقة العمومية في حالة الزيادة غير المتوقعة في أتعابهم الاقتصادية⁴، قد طبّق واعتمد نفس الأحكام والشروط المقررة في هذا الاجتهاد القضائي لمواجهة حالة الظروف الطارئة، لدرجة أن البعض⁵ يرى أن هذا المنشور قد قنّن قرار غاز بوردو الشهير⁶.

¹ - لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق، ص112، 113، 114.

² - أنظر: علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، ج1، دار الثقافة، المملكة الأردنية الهاشمية، ط1، 2001، ص.707.

³ - Voir : Patrick Janin, Cours de Droit administratif, Presse Universitaires de Lyon, France, 1994, p.204.

⁴ - Circulaire du 20 novembre 1974 RELATIVE A L'INDEMNISATION DES TITULAIRES DE MARCHES PUBLICS EN CAS D'ACCROISSEMENT IMPREVISIBLE ET DE LEURS CHARGES ECONOMIQUES, JORF du 30 novembre 1974 page 11971.

⁵ - voir : Lisa Preux, le traitement de l'imprévision en droit des contrats publics et privés, master en droit, paris, France, 2013/2014, p.37.

⁶ - « *la circulaire interministérielle du 20 novembre 1974 relative à l'indemnisation des titulaires de marchés publics en cas d'accroissement imprévisible de leurs charges économiques (application de la théorie de l'imprévision) constitue une véritable codification de la jurisprudence compagnie générale d'éclairage de Bordeaux et précise très clairement les conditions d'application de la théorie ainsi que les modalités d'indemnisation des titulaires de marchés publics* ».

وبذلك يمكن القول إنّ نظرية الظروف الطارئة قد وُجِدَت في مجال العقود الإدارية للأخذ بيد المتعاقد مع الإدارة الذي أصيب بخسارة فادحة بغية ديمومة سير المرافق العامة موضوع العقد بانتظام واطراد، وهذا يعني أنّ النظرية وجدت لمعالجة وضع غير تعاقدي، فالمسألة تتعلق بوضع استثنائي يسمى بانقلاب اقتصاديات العقد، ولذلك فإنّ نظرية الظروف الطارئة تحلّ أزمة تنفيذ العقد بصيغة تساعد المتعاقدين للتغلب على الصعوبات الطارئة واجتياز هذه الأزمة بالتغلب عليها¹.

¹ - لمياء هاشم سالم قبيع، المرجع السابق، ص. 115، 116.

الفرع الثاني

شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة

أرسى القضاء الإداري الشروط التي يتعين تحققها حتى يتمكن من تطبيق نظرية الظروف الطارئة¹، بحيث يجب لتطبيق نظرية الظروف الطارئة توافر مجموعة من الشروط، يتعلق بعضها بالعقد محل التنفيذ، بحيث يجب أن يكون عقدا إداريا ومستمر التنفيذ (أولاً)، كما يشترط توافر الصفة القانونية فيمن يطالب بتطبيق هذه النظرية (ثانياً). ويخص بعضها الحادث الطارئ في حد ذاته، بحيث يجب أن يكون استثنائياً وغير متوقع وأجنبيا عن إرادة المتعاقدين، ويتعلق أيضا بأثر هذا الحادث على التزام المتعاقد، فيلزم أن يترتب عليه قلب لاقتصاديات العقد (ثالثاً).

أولاً: نطاق العقود الإدارية التي تشملها النظرية

نشير بدءاً إلى أن نظرية عدم التوقع غير قابلة للتطبيق على عقود القانون الخاص كون القانون المدني لا يعتد بعدم التوقع²، مانحاً الغلبة لسلطان إرادة المتعاقدين³.

¹ - مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص. 718 وما يليها.

² - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص. 135، بتصرف.

³ - يصدق هذا القول في العديد من القوانين المدنية المقارنة، وعلى العكس من ذلك فإن هذا الحكم لا يرد في بعض البلدان التي أخذت قوانينها المدنية بهذه النظرية، بموجب نصوص تشريعية. مثل ما جاء في نص م 3/107 من القانون المدني الجزائري، سابق الإشارة إليها.

وفي هذا الصدد نشير إلى أن القانون المدني الفرنسي وإلى زمن ليس ببعيد، لم يكن يعترف بنظرية عدم التوقع في إطار العقود المدنية، وترك المجال لاجتهاد محكمة النقض التي تراوح موقفها بين منع تطبيق النظرية ثم المرونة في الاخذ بها بشروط معينة، ولقد عرف القانون المدني الفرنسي منذ سنة 2016 تطورا جوهريا بعدما قنن نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود المدنية، وكان ذلك بموجب الأمر رقم 131/2016 المؤرخ في 10/02/2016 المتعلق بإعادة صياغة القانون المدني (Voir : ordonnance n 2016-131 du 10/02/2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n0035 du 11/02/2016, voir: JORF n0040 du) 2015/02/16 المؤرخ في 177-2015 والذي جاء بموجب الأمر (texte n26. 17/02/2015, p.2961) الذي وضع فيه المشرع التزاما على عاتق الحكومة بتتقيح وإعادة صياغة قانون العقود في مدة سنة واحدة، أين استحدثت م 1195 من القانون المدني والتي تنص على ما يلي: "إذا طرأت ظروف لم تكن متوقعة عند إبرام العقد من شأنها أن تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا بدرجة كبيرة للمتعاقد الذي لم يقبل تحمل المخاطر، جاز له أن يطلب من المتعاقد الآخر إعادة التفاوض. في حالة رفض أو فشل التفاوض يجوز للطرفين الاتفاق على فسخ العقد في الوقت وبالشروط التي يحددها، أو أن يطلبوا من القاضي تكييف العقد مع الظروف، فإذا لم يتقنا خلال مدة معقولة جاز للقاضي بناءً على طلب أحدهما مراجعة شروط العقد أو إنهائه في الوقت وبالشروط التي يحددها".

وعلى الرغم من أنّ نظرية الظروف الطارئة قد ظهرت ظهوراً واضحاً في فرنسا في عقود امتياز المرافق العامة، فإنّ مجالها اتسع حتى شمل جميع العقود الإدارية، فأصبحت تطبق على جميع العقود الإدارية متى توافرت شروط تطبيقها، وبذلك يكون مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة في فرنسا قد شمل جميع العقود الإدارية¹ كقاعدة عامة.

ولكن يرى أحد الفقهاء² أنّ هناك بعض العقود الإدارية "يبدو من الصعوبة تطبيق عدم التوقع بشأنها، فهل يمكن مثلاً قبول طلب بالتعويض عن عدم التوقع يتقدم به حامل سندات حكومية تصدرها الدولة عن الانقلاب الحاصل إثر هبوط قيمة العملة، أو هل يقبل أيضاً طلب موظف بالتعاقد بتعديل المكافأة التي يحصل عليها وقد تدنّت قيمتها بسبب انخفاض العملة وارتفاع كلفة المعيشة، الحقيقة أنّ كلّ ما يمكن أن نؤكدّه هو أنّ نظرية عدم التوقع يمكن أن تلعب دورها في التطبيق في العقود الإدارية عند توفر شروط تطبيقها أي تكون قابلة للتحقق في الواقع الأمر الذي ليس متحققاً في كافة العقود³".

وباللغة الفرنسية:

« Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

للمزيد من التفاصيل: أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد: صنعة قضائية وصياغة تشريعية-لمحات في بعض المستجدات، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص، ع.2، ج.2، نوفمبر 2017، ص.322 وما يليها.

¹ - محمد السناري، المرجع السابق، ص.35.

"كما يُلاحظ أنّها تطبق على جميع العقود الإدارية التي يلتزم فيها المتعاقد مع الإدارة بتقديم خدمات ذات طابع تجاري وصناعي مثل عقد امتياز المرفق العام وعقود التوريد وعقد النقل وعقد الأشغال العامة ونحو ذلك؛ لمياء هاشم سالم قبيع، المرجع السابق، ص.119.

² - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.135، 136.

³ - ويؤكد ذات الفقيه رأيه بالقول أنّ "فئة كبيرة من العقود الإدارية لا يتقبل موضوعها نفسه تطبيق نظرية عدم التوقع، فعدم التوقع يفترض وقوع المتعاقد مع الإدارة في حالة عجز مالي أي خسارة تقدر بين الإيرادات والنفقات الخاصة بموضوع العقد. ويترتب على ذلك أنه لا يكون هناك عدم توقع إلاّ عندما يتعلق موضوع النشاط بصفة تجارية أو صناعية. وهذا

والواقع أن نظرية الظروف الطارئة لا تطبق إلاّ عندما يتعلق النشاط بصفة تجارية أو صناعية، كعقد الامتياز وعقد التوريد وعقد النقل وعقد الأشغال العامة.

كما يرى الفقيه الفرنسي M. WALLINE أنّ هذه النظرية تطبق فقط على العقود التي يستغرق تنفيذها مدة طويلة من الزمن نسبياً، مما يسمح بظهور بعض الظروف غير المتوقعة والتي يترتب عليها الإخلال باقتصاديات العقد، وهذا يعني أنّ تنفيذها يأتي على مراحل زمنية متعاقبة وهذا هو شأن عقد الالتزام، وعقد التوريد، وعقد الأشغال العامة، أمّا العقود التي تقضي طبيعتها الذاتية أداء الالتزامات المتولدة فور إبرامها وهي العقود الفورية فيرى أنّها لا تدخل في مجال تطبيق النظرية¹، ويؤيده في ذلك أحد الفقهاء² حينما ذهب للقول أنّ "نظرية الظروف الطارئة لا تنطبق إلاّ على العقود متراخية التنفيذ وهي العقود التي يفصل بين إبرامها وتنفيذها فاصل زمني يحدث خلاله الحادث الطارئ، لذلك تجد نظرية الظروف الطارئة مجالها الخصب في العقود الزمنية سواء أكانت مستمرة التنفيذ كعقد الإيجار أم كانت دورية التنفيذ كعقد التوريد".

ونحن نؤيد هذا الرأي كونه يتماشى مع شروط تطبيق النظرية، بحيث لا يتصور تغير ظروف التنفيذ في العقود ذات التنفيذ الفوري والتي تنقضي بمجرد تنفيذ الالتزام التعاقدية.

ثانياً: تحديد صاحب الحق في إثارة النظرية

عند بداية ظهور النظرية، كان للأفراد وحدهم الحق في التمسك بها والمطالبة بالتعويض، غير أنّ التطور الذي أصاب المرافق العامة ذات الصفة التجارية والصناعية أثار التساؤل عمّا إذا كانت تلك المرافق تستطيع الاحتجاج بعدم التوقع أم لا، كما ثار التساؤل بخصوص بعض

من شأنه استبعاد عدد من العقود الإدارية حتى العقود التي يكون فيها المتعاقد يقوم ببعض الالتزامات أو الخدمات للإدارة كعقد تعيين وكيل متعاقد معها.

وبما أنّ الهدف الأساسي لنظرية عدم التوقع هو السماح لاستمرارية عمل المرافق العامة. فالملاحظ أنّ الاجتهاد الإداري رتب على هذه الفكرة عدم القبول بتطبيق نظرية عدم التوقع على العقود التي لا علاقة لها بتسيير هذه المرافق العامة؛

محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.137.

¹ - أشار إليه: محمد السناري، المرجع السابق، ص.40.

² - سمير عثمان اليوسف، المرجع السابق، ص.104.

الحالات الخاصة، كحوالة الحق والإرث والتأمين بنص القانون ونحو ذلك، وقد يحصل أن يتغير المتعاقد الأصلي ويحل محله منفذ جديد للعقد¹، فهل يحق له الاحتجاج بالنظرية؟

بخصوص حالة المرافق العامة المتعاقدة، والتي تتأثر بسبب الظروف الطارئة، يرى

البعض أنه لا يوجد ما يمنعها من المطالبة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة. ولا يوجد سبب لاستبعاد التطبيق. طالما أن هذه العقود هي في النهاية من أجل تحقيق خدمة مرفق عام².

بخصوص حالة حوالة الحق أي أن يتنازل المتعاقد الأصلي عند الاستثمار إلى شخص ثالث

برضا الإدارة وموافقتها، فقد انتهى مجلس الدولة الفرنسي إلى أن الملتزم الجديد أي المتنازل له يتمتع بجميع الحقوق التي كان يتمتع بها المتعاقد الأول في العقد الأصلي، كما يمكنه المطالبة بالتعويض من تاريخ بدئه بالاستثمار شخصياً إذا أثبت أنه منذ ذلك التاريخ قد انقلبت اقتصاديات العقد نتيجة ظروف لم تكن متوقعة عند إبرام العقد³. فهذا التنازل المرخص به يخلق صلة قانونية بين الإدارة والمتنازل له كما ينشئ حلولاً للمتنازل له مكان المتعهد الأصلي⁴.

أما بالنسبة إلى مسألة التنازل غير المرخص به من طرف الإدارة فلا يستطيع المحال له

الاحتجاج تجاه الإدارة بالنزول غير المرخص به منها مبدئياً، وبالرغم من ذلك أقرّ مجلس الدولة الفرنسي في قراره بتاريخ 1930/06/27 في قضية Philip للملتزم الجديد غير المرخص له من قبل الإدارة بحق الاحتجاج بنظرية الظروف الطارئة إذا أثبت أنه قام بالواقع بتنفيذ العقد وقد أسس هذا الحق على وجود حالة شبه تعاقدية⁵.

¹ - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص.643.

² - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.140.

³ - وقد أشار مجلس الدولة الفرنسي إلى ذلك في قراره الصادر في 1944/01/28 في قضية compagnie de WIMILLE، إذ جاء فيه ما يلي:

« Lorsque les cessions autorisées portent sur l'ensemble du contrat, elles entraînent la subrogation du nouveau concessionnaire dans tous les droits et obligations du concessionnaire primitif », C.E, 28/01/1944, commune de Wimille, publié sur : www.senat.fr, dernière consultation le : 26/01/2018.

وكذلك قراره في 1949/07/15 في قضية ville d'Elbeuf، أشار إليه: لمياء هاشم سالم قيع، المرجع السابق، ص.122، هامش رقم 1.

⁴ - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.140.

⁵ - أشار إليه: سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص.643،644.

أما بالنسبة إلى حالة انتقال الالتزام بالإرث فلا تستطيع الإدارة منع التنفيذ إلا في حالة تعاقدتها مع المورث بسبب عناصر شخصية فيه كانت هي الدافع للتعاقد، فإذا أقرت للورث بمتابعة إتمام تنفيذ العقد فإن ذلك يستتبع أن يكون له الحق بالاحتجاج بنظرية الظروف الطارئة، استناداً إلى مبدأ انتقال الالتزام فينتقل معه كل حق يتمتع به المتعاقد الأصلي بوصفه خلفاً له، وهو ما أكدته قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 1934/11/21 في قضية Dupart¹.

ثالثاً: شروط الظرف الطارئ

حتى يتميز الحادث المستجد اثناء تنفيذ العقد الإداري بأنه ظرف طارئ، لا بد له من مجموعة شروط مختلفة، مما يستدعي البحث فيها من خلال إبراز طبيعة الظرف الطارئ، وعدم توقعه، وخروجه عن إرادة المتعاقدين، ووقت اضطراب تنفيذ العقد، والأثر الذي أحدثه في العقد.

أ : طبيعة الظرف الطارئ

إن الاتجاه التقليدي يذهب إلى أن الأمر يتعلق بالظرف الذي له طبيعة اقتصادية فقط، أما الظروف الطبيعية فإنها تفتح مجالاً لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، في حين أن التدخلات الإدارية فإنها تتعلق بفعل الأمير. فالمخاطر الاقتصادية هي الأساس بالنسبة لنظرية الظروف الطارئة كارتفاع الأجور أو الأسعار²، ولكن هذه الاضطرابات الاقتصادية يمكن أن

¹ - مُشارٌ إليه لدى: محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.142.

² - ولكن خلافاً لهذا السياق ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى عدم اعتبار ارتفاع الأسعار من قبيل الظروف الطارئة، وذلك على أساس إمكان توقعه عند التعاقد، حيث ورد بالقرار: " أنه يجوز للإدارة المتعاقدة إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن بالوسع توقعها وترتب على حدوثها أن صار تنفيذ التزام المتعاقد معها مرهقاً مالياً وإن لم يصبح مستحيلاً بحيث يهدد هذا المتعاقد بخسارة فادحة، ويجوز للإدارة تعويض المتعاقد معها على نحو يقيم التوازن المالي بين طرفي العقد الإداري، وفي خصوص هذه المنازعة لم يثبت من الأوراق أنه قد طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في وسع المدعى توقعها عند تعاقدته مع الإدارة، ولم يثبت أن تنفيذ المدعى التزاماته العقدية أصبح مرهقاً مالياً بما يهدد التوازن المالي في العقد، لم يثبت شيئاً من ذلك ولئن طرأت زيادات في الأسعار خلال التنفيذ عما كانت عليه الأسعار وقت التعاقد فإن المدعى في وسعه أن يتوقعها وبحسب حسابها ويدخلها في اعتباره عند تحديد أسعار العمليات التفصيلية التي ينطوي عليها عقده مع الإدارة، ولم يثبت من الأوراق أن الزيادة في الأسعار كانت تهدد المدعى بخسارة فادحة إن مضى في التنفيذ على مقتضى الأسعار المتفق عليها في العقد، وعلى ذلك يكون الحكم المطعون أصاب في قضائه بأن المدعى كان يتعين عليه أن يتوقع ارتفاع الأسعار عند التعاقد ويراعيها عند التقدم بعبثائه، كما أن المدعى لم يقدم دليلاً على أن ارتفاع الأسعار لم يكن متوقعاً عند التعاقد". أشار إليه: لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق، ص.123، هامش رقم.1.

تحدث في شكل ظواهر أخرى مختلفة كالظواهر الطبيعية كالكوارث ونحو ذلك وفي التدخلات الإدارية أيضًا مثل إقدام السلطة على التخفيض القانوني للعملة، فهل تطبق في هذه الحالات نظرية الظروف الطارئة أم غيرها من النظريات¹؟

في حالة الظواهر الطبيعية عندما تحصل ظواهر ذات صفة مادية كالكوارث الطبيعية وتكون هي السبب في انقلاب اقتصاديات العقد، فمن شأن ذلك أن يؤدي إلى تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وهذا ما أقره مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر في 1944/04/21 في قضية الشركة الفرنسية للكابلات التلغرافية Française des câbles télégraphiques²، كما قضت محكمة القضاء الإداري المصرية في قرارها الصادر في 1957/06/30 بأن: «الظرف في نظرية الظروف الطارئة قد يكون من الظواهر الطبيعية كقيام الحرب أو الكوارث الطبيعية، فلا شبهة أن قيام الحرب يعتبر من الحوادث الاستثنائية العامة الخارجية التي لم يكن في الوسع توقعها والتي يترتب عليها أن أصبح تنفيذ الالتزام مرهقًا وأكبر كلفة، كان للمتعاقد مع الإدارة مطالبته بالمساهمة في تحمل النتائج المترتبة على ازدياد الأعباء الناشئة عن تلك الظروف³».

ومع ذلك تبدو صعوبة في تحديد الحد الفاصل بين نظرية الظروف الطارئة ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، فعندما تحدث ظروف ليس لها سوى تأثير غير مباشر في تنفيذ العقد يجعله أكثر كلفة، بسبب التغيرات الاقتصادية التي قد تثار، وتؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد واختلالها اختلالاً جسيماً تبقى المسألة في نطاق نظرية الظروف الطارئة، ولكن عندما يكون الظرف الطبيعي قد جعل تنفيذ العقد باهظاً وأكثر كلفة مباشرة يكون من مصلحة المتعاقد إثارة

¹ - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص. 144، 145.

² - وتتخلص وقائع هذا القرار في أن ملتزمًا باستغلال مرفق عام كان يعتمد على أسلاك معدنية، ممدودة تحت الماء في استغلال هذا المرفق، وقد حدث زلزال شديد حطم هذه الأسلاك فتقدم الملتزم طالبًا تعويضًا كاملاً لإصلاح هذه الأسلاك؛ وذلك استنادًا إلى نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة. إلا أن مجلس الدولة الفرنسي رفض تعويضه على أساس نظرية الصعوبات غير المتوقعة مع السماح له بالاستناد إلى نظرية الظروف الطارئة لمشاركة الدولة له في نفقات إصلاح هذه الأسلاك. أشار إليه: محمد السناري، المرجع السابق، ص. 48؛ ومحمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص. 146.

³ - لمياء هاشم سالم قبيع، المرجع السابق، ص. 124، 125.

نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة لعدم قدرته على إثبات عجزه أو انقلاب اقتصاديات العقد فضلاً عن تعويضه كاملاً¹.

أما في حالة تدخل السلطات العمومية سواء كان التدخل عن طريق الإجراءات العامة التشريعية أو التنظيمية كحالة ارتفاع الأسعار أو الأجور بسبب الإجراءات المالية أو إجراءات نقدية، أو حالة صدور إجراءات خاصة من الإدارة العامة كتغيير تمديدات كهربائية فرضتها الإدارة على المتعاقد، كل ذلك يمكن أن يحدث انقلاباً في اقتصاديات العقد بسبب تدخل السلطات العمومية، فإن ذلك يؤدي إلى استبعاد تطبيق نظرية الظروف الطارئة ويفسح المجال لتطبيق نظرية فعل الأمير، وهذا ما قرره مجلس الدولة الفرنسي في قضية "Tanti" في 28/11/1924². إلا أن مجلس الدولة الفرنسي يقبل اليوم بصورة لا جدال فيها مفهوم الانقلاب الاقتصادي للعقد نتيجة إجراءات صادرة عن السلطات العامة ويسمح بتطبيق نظرية الظروف الطارئة، وقد تكرر ذلك في قرار مجلس الدولة الفرنسي في 04/05/1949 بشأن الاجراءات التي اتخذتها السلطات العسكرية لمدينة طولون Ville de Toulon، وكذلك قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 15/07/1949 بشأن خفض مبيعات الإنارة في مدينة Elbeuf³.

وكذلك ينبغي ملاحظة أنّ هنالك فرقاً بين التدابير المتخذة من قبل السلطات العامة التي أبرمت العقد والتدابير من قبل السلطات العامة غير المتعاقدة، فنظرية الظروف الطارئة تطبق في الحالة الثانية ونظرية فعل الأمير تطبق في الحالة الأولى.

وبالتالي يمكن القول أن القضاء قد توسع في مفهوم الظرف الطارئ بحيث أصبح يشمل كذلك الظروف الطبيعية والاقتصادية، بشرط توافر باقي شروط نظرية الظروف الطارئة، وعدم امكان تطبيق النظريات الأخرى، وفي ذلك حماية للمتعاقد مع الإدارة⁴.

¹ - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.146.

² - لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق، ص.125.

³ - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.147.

⁴ - ويؤكد الأستاذ سمير عثمان اليوسف هذا القول، بالقول أن "ولقد أخذ مجلس الدولة الفرنسي بهذا الرأي في بداية الأمر وظهر ذلك في بعض أحكامه، كما أشار إليه مفوض الدولة في فرنسا، ونظراً للتطورات الاقتصادية التي شهدتها العالم في مجال الاقتصاد الموجه الذي غزا المفاهيم الاقتصادية في العديد من الدول، هجر مجلس الدولة الفرنسي الفكرة التقليدية عن الطبيعة الاقتصادية للظرف الطارئ في نظرية الظروف الطارئة ووسع من نطاق مفهوم الظرف الطارئ في هذه

II : عدم توقع الظرف الطارئ

ومؤدى هذا الشرط ألا يكون في مقدور المتعاقدين عند إبرام العقد توقع الأحداث التي أدت إلى تغيير الأوضاع نظرًا لطابعها الاستثنائي كالحروب والأزمات الاقتصادية. بحيث يجب أن يكون الظرف الطارئ الذي حدث بعد التوقيع على العقد الإداري غير معلوم وليس بالوسع توقعه، فإذا كان متوقعًا فلا تطبق النظرية¹. فالظرف الطارئ هو الحادث الذي بإمكانه أن يقلب كلّ الحسابات التي كان باستطاعة الأطراف المتعاقدة أخذها بعين الاعتبار عند إبرام العقد وتجاوز الحدود القصوى التي يستطيع الأطراف مواجهتها².

ويعرّف مجلس الدولة الفرنسي الظرف الطارئ بأنه: «الحادث أو الظرف غير المتوقع الذي يحبط كلّ الحسابات، التي يمكن للمتعاقدين أن يجروها حين توقيع العقد³».

وهذا الشرط هو شرط جوهري وأساسي لقيام هذه النظرية والتي حملت اسمه، ذلك أن كل العقود مهما كانت إلا وتحمل في طياتها بعض المخاطر العادية والمتوقعة، ويفترض في المتعاقد الحريص أنه حذر منها واتخذ الإجراءات المسبقة للتصدي لها، أمّا الظرف الذي يفوق كلّ تقدير يمكن أن يتوقعه الطرفان المتعاقدان فهو الذي يؤسس لنظرية الظروف الطارئة.

ويجب التمييز في هذا الصدد بين المخاطر العادية والمخاطر غير العادية، فالأولى هي المخاطر التي لا تتجاوز ما كان مفروضًا على المتعاقد أن يتوقعه عند إبرام العقد وهذه يتحملها المتعاقد لأنه ينبغي أن يتوقعها، أمّا المخاطر غير العادية فهي التي تفوق التوقع وتتجاوز الحدّ المألوف وهذه التي يُؤمّن المتعاقد ضدّها⁴.

النظرية، بحيث أضحي الظرف الطارئ في الوقت الحاضر يمكن أن يكون اقتصاديًا أو طبيعيًا أو إداريًا بشرط أن يخل باقتصاديات العقد وأصبح من الثابت فقهاً وقضاء اليوم بلا جدال أنّ نظرية الظروف الطارئة يمكن أن يكون لها محلّ في التطبيق سواء أكان مصدر الظرف الطارئ اقتصاديًا أو طبيعيًا أو إداريًا؛ سмир عثمان اليوسف، المرجع السابق، ص.109.

¹- لمياء هاشم سالم قبيع، المرجع السابق، ص.127.

²- محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.152.

³- أشار إليه: لمياء هاشم سالم قبيع، المرجع السابق، ص.127.

⁴- لمياء هاشم سالم قبيع، المرجع السابق، ص.127.

وقد ثار التساؤل هل يجب أن ينصب شرط عدم التوقع ذاته على الظرف المستحدث ذاته أم على آثاره؟

اشترط مجلس الدولة الفرنسي بسبب ظروف الحرب العالمية الأولى أن يكون الاحتجاج بصدد العقود المبرمة قبل بدء الاعتداءات أي اشتراط عدم توقع الحادث ذاته، وأهمل فكرة عدم توقع آثاره أو مدى هذه الآثار. ولكن يلاحظ أنّ مجلس الدولة عاد عن تشدّده واكتفى في قرارات كثيرة أن تكون نتائج عدم التوقع هي التي لم يكن بالإمكان توقعها، أي قَبِلَ بالاحتجاج بعدم التوقع بسبب نتائج وآثاره غير القابلة للتوقع¹.

فذهب مجلس الدولة الفرنسي للأخذ بنظرية الظروف الطارئة إذا ما كان من غير الممكن توقع آثار الظرف المستحدث، فقرر أنّه إذا كان احتمال احتلال إقليم قائماً وقت إبرام العقد فإنّ ما سببه ارتفاع الأسعار لاسيما في سعر الحديد قد تجاوز الاحتمالات العادية للطرفين، وقرر كذلك بخصوص عقد تم النص فيه صراحة على تحمّل المتعاقد ارتفاع الأسعار المترتبة على تطبيق القوانين الجديدة، وبالرغم من كلّ هذا فقد طبق المجلس النظرية لأنّ ارتفاع الأسعار قد فاق الحدّ المعقول تصوره عند إبرام العقد². وفي مجال القوانين الاجتماعية والتدابير النقدية والمالية وافق مجلس الدولة الفرنسي على منح التعويض عن آثار تلك التدابير إذا كان الارتفاع المعاصر لتلك التدابير من الشدّة بحيث يجعله غير متوقع³.

وفي مصر أخذت المحكمة الإدارية العليا بهذا الاتجاه وأوضحت أنّ شرط عدم التوقع ينصبّ على الظرف الطارئ أو آثاره، وقضت في قرارها الصادر بتاريخ 1962/06/09 بأنّ: «الظرف الطارئ يعتبر غير متوقع ولو كان يتعلق فقط بنطاق هذا الظرف الطارئ لا بأصله، فإذا كان المتعاقد يتوقع ارتفاع الأسعار لكنه لم يتوقع ارتفاعها إلى الحدّ الذي وصلت إليه فإنّ الشرط يعتبر متوافراً وتطبق النظرية في هذه الحالة⁴».

¹ - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.152.

² - لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق، ص.128.

³ - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.153.

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

ويستعمل أحد الفقهاء¹ مصطلح "الحادث الاستثنائي" للدلالة على الحادث غير المتوقع، ويعرفه بكونه "ذلك الحادث الذي ينذر حصوله بحيث يبدو شاذاً بحسب المألوف من شؤون الحياة، فلا يعول عليه الرجل العادي، ولا يدخل في حسابه، كزلزال عنيف أو حرب طاحنة أو وباء فاحش أو فيضان غير عادي، أو ارتفاع باهظ في الأسعار إلى غير ذلك من الأحداث".

ويشترط ذات الفقيه² أن يكون الحادث عاماً، بمعنى أن "يكون شاملاً لطائفة من الناس كفيضان عالٍ يتسبب في غرق مساحة واسعة من الأراضي، أو غارة غير منتظرة من الجراد، أو انتشار وباء، أمّا إذا كان الحادث خاصاً بالمتعاقدين مع الإدارة وحده أو خاصاً به وبقلة من الناس فإنّه لا يكون سبباً في تطبيق نظرية الظروف الطارئة، لذلك لا يجوز للمتعاقدين مع الإدارة أن يتذرع بحريق محصوله، أو مرض أصابه لكي يتصل من تنفيذ التزاماته لأنّ هذه الحوادث خاصة بشخص المتعاقد، وليست شاملة لعدد كبير من الأفراد".

ونجد أن المشرع الجزائري في م3/107 من القانون المدني قد اشترط عمومية الحادث، وبالتالي لا يمكن للمتعاقدين بالتذرع بحوادث طارئة ما دامت مسنّته هو وحده لظروفه الذاتية، ولكن يبقى هذا الشرط غير ثابت الاشتراط في القانون الإداري ما دامت هذه المادة تتعلق بالالتزامات المدنية، ومادام القانون الإداري يتميز باستقلاليته وذاتيته عن نظيره المدني.

واشترط ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية توافر شرط كون الظرف الطارئ غير متوقع في قراره في القضية رقم 129/ق لعام 1398هـ، بالقول: «أن يكون الظرف غير متوقع ولم يكن في حساب المتعاقدين ونيّتهما المشتركة عند إبرام العقد أي لم يكن بالإمكان توقعه»³.

¹ - سمير عثمان اليوسف، المرجع السابق، ص.107.

² - نفس المرجع، ص.107، 108.

³ - أشار إليه: لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق، ص.130.

وهو ما ذهب إليه كذلك محكمة التمييز العراقية بتاريخ 1971/04/29 بقولها: «لدى التدقيق والمداولة وجد... أنه لتحقيق الحادث الطارئ... يجب أن يتوافر عنصران عنصر المفاجأة وعنصر الحتمية. وهذان العنصران غير متحققين في هذه الدعوى»، أشار إليه: نفس المرجع، نفس الصفحة.

III : خروج الظرف الطارئ عن إرادة المتعاقدين

وهذا يعني ألا يكون لأي من المتعاقدين دخل في قلب اقتصاديات العقد، فلكي تطبق نظرية الظروف الطارئة يجب أن يكون الظرف الخارجي الطارئ الذي قلب اقتصاديات العقد خارجاً مستقلاً عن إرادة الأطراف المتعاقدة، وهذا ما أيده العديد من الفقهاء الفرنسيين منهم الفقيه G. JEZE بقوله: «إنّ الظروف الطارئة هي تلك التي تكون مستقلة عن إرادة الطرفين المتعاقدين¹». فالمتعاقدين لا يستطيع إثارة عدم التوقع إلا إذا كان الحدث الذي أحلّ بالعقد مستقلاً وخارجاً عن إرادة المتعاقدين أي أجنبياً عنه. من هذه الناحية لا بد أن يكون هذا الشرط مؤكداً ومطلقاً. فهو يؤدي إلى استبعاد عدم التوقع في كل مرة يكون فيها للمتعاقد علاقة بإضراب العمال سواء منه مباشرة، أو أهمل القيام بعمل ما ليمنع وقوعه إذا كان توقي هذا الحدث الطارئ في حيز المستطاع².

ولكن يرى الفقيه A. DE LAUBADERE أنه يكفي لتطبيق هذه النظرية ألا يكون لإرادة المتعاقدين مع الإدارة دخل في حدوث الظرف الطارئ، وأن هذا الشرط لا يسري على الإدارة المتعاقدة التي أبرمت العقد بمعنى أنه يجوز أن يكون الظرف الطارئ قد وقع بإرادة هذه السلطة ومع ذلك

¹ - أشار إليه: لمياء هاشم سالم قبيع، المرجع السابق، ص. 131.

² - ومن أمثلة ذلك

- إذا كان المتعاقد قد ارتكب خطأً.
- إذا أهمل المتعاقد استعمال الوسائل الفنية التي تتيح له استبعاد الخسارة.
- إذا كان المتعاقد قد حرم نفسه من موارد مالية بامتناعه عن تطبيق التعريفات المسموح باستيفائها أو بقبوله تخفيضات تزيد عن تلك التي يسمح بها استثمار جيد.
- إذا كان المتعاقد قد أخلّ بإهماله تدخل عقد يسمح له به حتى تاريخ معين إمكانية العودة على المنتفعين.
- إذا كان المتعاقد ارتكب خطأ في تقدير توقعاته.
- إذا كان على المتعاقد أن ينتهي من تنفيذ العقد في وقت حصول الحدث.
- إذا كان المتعاقد قد أخلّ أن يغطي نفسه بقدر كافٍ من العملات الأجنبية عند بدء انخفاض قيمة العملة الوطنية.

فإذا كان انقلاب اقتصاديات العقد يعود في جزء منه لفعل المتعاقد، فإنّ القاضي يقدر بأيّ الشروط والظروف قد حدث ذلك، ليستطيع تقييم التعويض مقابل الجزء من الخسارة الذي يعتبر أنه أجنبي عن هذا الفعل؛ محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص. 155، 156.

تطبق نظرية الظروف الطارئة. وهذا يعني أن هذا الشرط يكون من ناحية المتعاقد وحده¹. ونحن نرى أن الظرف الطارئ يجب أن يكون مستقلا عن إرادة كلا المتعاقدين، بحيث أن تسبب الإدارة المتعاقدة في قلب اقتصاديات العقد يفسح المجال لتطبيق نظرية فعل الأمير، ولا مجال هنا لنظرية الظرف الطارئ، إلا إذا كان تدخل الإدارة جاء بصفتها سلطة عمومية في اختصاصها، لا بوصفها جهة متعاقدة.

وقد قضت محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في 1957/06/30 بقولها: «أنه يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون الحادث أو الظرف خارجاً عن إرادة المتعاقدين ولا دخل لهذه الإرادة في وقوعه²».

ويرى أحد الفقهاء³ عكس ذلك، بحيث يشترط أن يكون الحادث أجنبياً فقط عن إرادة المتعاقد وحده، ويبرر رأيه بالقول أن "مجلس الدولة الفرنسي يعترف اعترافاً كاملاً للمتعاقد بحقه في الاحتجاج بعدم التوقع بالنسبة لنتائج عمل غير مستقل إطلاقاً عن إرادة الإدارة المتعاقدة بل هو على العكس من فعلها بكل وضوح وبساطة، وهكذا فإنّ نظرية الظروف الطارئة يمكن إثارتها والاحتجاج بها كاملة عندما يعود انقلاب اقتصاديات العقد إلى فعل الإدارة المتعاقدة. ومن البديهي الإشارة إلى أنّ الحكم يكون كذلك عندما يعود انقلاب اقتصاديات العقد إلى إدارة غير تلك التي أبرمت العقد. والحالة هذه تشكل السبب الرئيسي الذي يستطيع المتعاقد إثارته طالما أنّ نظرية فعل الأمير لا تستطيع لعب دورها".

ويؤيده في ذلك أحد الفقهاء⁴ الذي يرى ما يلي: "وليس هناك ما يمنع من تطبيق النظرية إذا كان هذا الظرف من فعل الإدارة المتعاقدة، وإن كان المتعاقد ليس له مصلحة في تطبيق هذه النظرية لإمكان تطبيق نظرية عمل الأمير، وهي لا شك أفضل بالنسبة للمتعاقد، إذ يكفي لتطبيقها مجرد الإخلال بالتوازن المالي للعقد دون استلزام الخسارة المرهقة، كما أنّ التعويض فيها يشمل

¹- لمياء هاشم سالم قبيع، المرجع السابق، ص.131.

²- أشار إليه: لمياء هاشم سالم قبيع، المرجع السابق، ص.132.

³- محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.157.

⁴- سمير عثمان اليوسف، المرجع السابق، ص.114.

ما أصاب المتعاقد من ضرر وما فاته من كسب، وذلك بخلاف التعويض طبقاً لنظرية الظروف الطارئة فهو جزئي مؤقت".

IV: وقت اضطراب العقد

تطبق نظرية الظروف الطارئة على جميع العقود الإدارية إلا أنها تعرف تطبيقاً واسعاً في مجال عقود امتياز المرفق العام والأشغال العمومية والتوريد، لأنّ هذه العقود في الغالب تتطلب وقتاً طويلاً في تنفيذها¹.

ويشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يقع الظرف الطارئ خلال تنفيذ العقد وليس قبل انعقاده أو بعد انقضاء تنفيذه، أي أن يقع الظرف الطارئ بعد إبرام العقد وقبل الانتهاء من تنفيذه².

¹ - لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق، ص.135.

² - ورغم عمومية هذه القاعدة، إلا أن التساؤل قد أثير حول مدى تطبيق نظرية الظروف الطارئة بخصوص الأحداث التي وقعت قبل إبرام العقد أو التي حدثت بعد انتهاء مدة تنفيذه.

فبالنسبة للظروف التي تطرأ قبل إبرام العقد الأصل أنّ القاضي لا يعوض عن هذه الظروف، ولكن إبرام العقود الإدارية يمر بمراحل ويتقدم المتعاقد مع الإدارة بعطائه وتمر فترة من الوقت إلى أن تقبل الإدارة العطاء أو ترفضه وهو يلتزم في مواجهة الإدارة بما ورد في عطائه من شروط إلى أن تنتهي المهلة المقررة للإدارة لتبنت في العطاء. وإذا حدث الظرف الطارئ خلال هذه المدة التي يلتزم فيها المتعاقد بإيجابه وجب الحكم بتعويضه، أما إذا وقع الظرف الطارئ بعد المدة المقررة لقبول الإدارة للعطاء ولم تكن الإدارة قد بتت فيه، فإنّ من حق مقدم العطاء أن يسحب عطائه ولا يلتزم به. فإذا لم يتم تقديم العطاء بسحبه وتمّ التعاقد، فإنه يعتبر عالماً بالظرف الطارئ وقت التعاقد فلا يستحق تعويضاً.

أما الأحداث التي طرأت بعد انتهاء مهلة التنفيذ، فالأصل ألا يعوض المتعاقد عن هذه الظروف لأنّ تنفيذ العقد تمّ قبل حدوث الظرف الطارئ، غير أنّه في بعض الحالات يمتد التنفيذ إلى ما بعد المدة المحددة، فإذا كان امتداد التنفيذ وقع بناءً على طلب المتعاقد وموافقة الإدارة وحدث انقلاباً في اقتصاديات العقد خلال فترة التمديد، فإنّ الاجتهاد الإداري يسمح بتطبيق النظرية.

أما إذا كان امتداد التنفيذ وقع من دون موافقة من الإدارة وبنتيجة خطأ من المتعاقد فلا يستفيد من تطبيق النظرية، أما إذا كان امتداد التنفيذ تمّ بخطأ من الإدارة، فإنّ للمتعاقد الحق في التعويض عن الظروف الطارئة، ويتضح ذلك من خلال قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 15/01/1932 في قضية Sté les Limousins. ومن أحكام المحكمة الإدارية العليا في مصر حكمها الصادر في 20/11/1982 أنه: «الثابت في خصوص العقد محل المنازعة أنّ المدعي قد تعاقد في 11/09/1973 على إنشاء مبنى على أن يتم التنفيذ في موعد أقصاه يوم 31/12/1973، إلا أنّ المدعي عليه تأخر في تنفيذ العملية المقدر لها ثلاثة أشهر ونصف شهر ولم يكن قد أنجز العملية حتى يوم سحب العملية في 22/09/1975 إلاّ حوالي 90% من الأعمال التي تتألف منها المقاوله ولئن كانت تنفيذ الأعمال المتبقية بمعرفة المقاول قد أسفر عن زيادة في الأسعار بلغت 195% للأعمال العادية 260% للأعمال الصحية 2800% للأعمال الكهربائية،

٧: الأثر الذي أحدثه في العقد

يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون من شأن هذه الحوادث أن تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد، فلا يكفي أن يترتب عليها خسارة الاستثمار أو حالة تجاوز السعر المحدد بل يجب أن يؤدي إلى قلب في اقتصاديات العقد، بمعنى أن يحدث هذا الانقلاب تأثيراً جسيماً وغير طبيعي في العقد¹. إلا أن هذه الخسارة مهما بلغت من الجسامه يجب ألا تصل إلى منع المتعاقد من القيام بالتزامه وهو ما يميّز نظرية الظروف الطارئة عن نظرية القوة القاهرة، ففي النظرية الأولى يكفي أن يصبح الالتزام مرهقاً، أما في الثانية فيصبح تنفيذ الالتزام مستحيلًا وهو ما يفضي إلى إنهاء العقد، ويخرج من نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة مجرد نقص في إيرادات المتعاقد أو تقليل الربح المحتملة أو حتى فقدان أرباح المشروع بالكامل².

وقد اشترط مجلس الدولة المصري هذه الخاصية، بالقول: «... أن تكون هذه الحوادث استثنائية وعامة ومن شأنها أن تجعل تنفيذ التزام المتعاقد مع الإدارة مرهقاً ويتهدد المتعاقد بخسارة فادحة دون أن يكون هذا التنفيذ مستحيلًا بحيث تختل اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً³». وقد اشترطت كذلك م3/107 من القانون المدني الجزائري هذا الشرط.

وقلب اقتصاديات العقد هي فكرة نسبية تقدر في كل حالة على حدة وفقاً لظروف كل عقد، ويضع مجلس الدولة الفرنسي نصب عينيه اعتبارات متعددة مثل رقم الأعمال الخاص بالشركة المتعاقدة ومقدار احتياطياتها، ومدى سهولة حصولها على الأموال اللازمة لممارسة نشاطها⁴.

إلا أن هذه الزيادات لا تنسب إلى ظروف حرب أكتوبر في سنة 1973، إذ يجب أن تطرأ حوادث استثنائية خلال مدة تنفيذ العقد الإداري وأن تكون خلال المدة وليس بعدها مؤثرة في التزامات المتعاقد مع الإدارة، ولم يثبت من الأوراق أن الأسعار ارتفعت فيما بين إبرام العقد مع المدعى عليه ونهاية مدة التنفيذ المنقوع عنه يوم 1973/12/31، وكان من المعروف أن الأسعار لم ترتفع من جراء حرب أكتوبر سنة 1973 إلا بعد مضي أكثر من سنة كاملة على انتهائها- لذلك فإنه يتعين الحكم بأن ظروف حرب أكتوبر سنة 1973 لا تشكل بالنسبة للعقد محل المنازعة حوادث استثنائية عامة تهدد المدعى بخسائر فادحة على الحكومة تعويضه عنها». لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق، ص.135،136،137؛

ومحمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.158،159.

¹- محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.161.

²- لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق، ص.139.

³- أشار إليه: سمير عثمان اليوسف، المرجع السابق، ص.113.

⁴- محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.161.

وبالتالي فإنّ الظرف الطارئ يجب أن يؤدي إلى أن يصبح الالتزام مرهقاً للمتعاقد مع الإدارة إرهاقاً شديداً. وقياس مدى تأثير الظرف في اقتصاديات العقد يحدد بقدرة المتعاقد على تحمّل هذه الخسائر أو عدم تحمّلها.

وهذا ما أشارت إليه محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في 19/06/1960 بقولها: «إنّ مقتضى نظرية الظروف الطارئة أن يكون الظرف الطارئ أثقل وأشق كلفة ممّا قدره المتعاقدان تقديرًا معقولاً، بأنّ الخسارة الناشئة عنه، والتي تلحق المتعاقد، فادحة واستثنائية تجاوزت الخسارة العادية، بمعنى أنه إذا لم يترتب على الظرف الطارئ خسارة ما أو كانت الخسارة طفيفة بالنسبة إلى عناصر الضرر في مجموعه، أو انحصرت كلّ أثر الظرف الطارئ في تقويت فرصة الربح على المتعاقد فإنه لا يكون ثمة مجال لإعمال أحكام النظرية¹».

ولكن يرى أحد الفقهاء أن الخسارة الفادحة التي تصيب المتعاقد تقدر بمعيار موضوعي، أي مدى تأثير الرجل العادي بالحادث الطارئ، دون الاعتداد بالظروف الخاصة بالمدين وكونه ثرياً مثلاً أو يمكنه تدارك الخسارة الفادحة التي لحقت من أعمال أخرى مربحة له، فالمقصود بالإرهاق أن يترتب على الحادث الطارئ اختلال التوازن الاقتصادي للعقد اختلالاً كبيراً وليس اختلال المركز المالي للمدين بأكمله².

ونحن نرى أن قلب توازن العقد يجب أن يحدد بالنظر لملايسات ذاتية تتعلق بالعقد في حد ذاته، والتحقق من الظروف وقت إبرامه ومدى تغييرها وقت التنفيذ، وتتعلق هذه الملايسات كذلك بالظروف الشخصية لكل متعاقد على حدّه، فقدرة المتعاقد ومركزه المالي ليست نفسها بالنسبة لباقي المتعاقدين.

¹ - أشار إليه: لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق، ص.140.

² - سمير عثمان اليوسف، المرجع السابق، ص.110، 111.

المطلب الثاني

نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة¹

"هناك وقائع قد تحدث أثناء تنفيذ العقد الإداري، وقد يكون من نتائجها أن تغير مصير شروط تنفيذ هذا العقد إما بجعله أكثر كلفة أو أكثر إرهاقاً أو مستحيل التنفيذ. فهذه الوقائع ليست ذات طبيعة واحدة، فهي تختلف من واقعة إلى أخرى لذا كان الجهد يدور دائماً حول تحديد النتائج القانونية التي تطرحها طبيعة كل واقعة أو ما يتعلق بالتزامات الأطراف المتعاقدة، أي معرفة الوضع القانوني للمتعاقد مع الإدارة. وعمّا إذا كان سينتهي به الأمر نتيجة تدخل واقعة معينة أثناء تنفيذ العقد إلى إفساح المجال أمامه للمطالبة بالتعويض²".

وإنّ نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة هي من النظريات التي تستهدف تصحيح الوضع الذي آل إليه المتعاقد مع الإدارة أثناء تعرضه لمخاطر اثناء تنفيذ التزاماته التعاقدية. مما يستدعي ابراز مفهوم هذه النظرية من خلال عرض تعريفها والأساس القانوني الذي تركز عليه (الفرع الأول) ثم البحث عن الشروط اللازمة لتطبيقها (الفرع الثاني).

¹ - للمزيد من التفاصيل انظر: زينة سالم محمد الطائي، نظرية الصعوبات غير المتوقعة في التشريع العراقي، رسالة

دكتوراه، جامعة الدول العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، مصر، 2012.

² - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.45.

الفرع الأول

مفهوم نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

سنحاول البحث عن مفهوم نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من خلال عرض تعريفها (أولاً)، والأساس القانوني الذي تستند عليه (ثانياً).

أولاً: تعريف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

عندما يصادف المتعاقد مع الإدارة صعوبات مادية وتكون لهذه الصعوبات خصائص استثنائية أي غير طبيعية إطلاقاً ويكون من شأنها أن تجعل تنفيذ العقد مرهقاً، فإنها تفسح المجال للمطالبة بتعويض كامل عما تسببه هذه الصعوبات من ضرر عن طريق رفع أسعار العقد¹. وهي نظرية قضائية من حيث الأصل²، مفادها أنه إذا واجه المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد صعوبات مادية ذات طبيعة خالصة لا يمكن توقعها، ومن شأنها أن تؤدي إلى سيورة تنفيذ العقد مرهقاً، فإن من حقه المطالبة بتعويض كامل عن الاضرار الناجمة من تلك الصعوبات³. وقد عرفها أحد الفقهاء الفرنسيين بأنها "نظرية خاصة بعقود الأشغال العامة، تفترض وجود صعوبات مادية لا يستطيع الفريقان توقعها، ترمي بأعباء خطيرة وغير طبيعية على عاتق المتعاقد"⁴.

وقد عرفها المشرع الفرنسي في م118 من قانون التزامات الإدارة بأنها "الحدث المادي الخارج عن إرادة المتعاقدين والذي لا يمكن ابدأ توقعه أثناء إبرام العقد، ومن شأنه إحداث صعوبات غير عادية أثناء التنفيذ"⁵.

وبما أن هذه النظرية تجد مجالاً خصباً للتطبيق في عقود الأشغال العامة، فقد اتفق جانب غير قليل من فقهاء القانون الإداري حول عناصر هذا التعريف لنظرية الصعوبات المادية غير

¹ - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.48.

² - سعد ناصر العجمي، المرجع السابق، ص.109.

³ - وهيب عياد سلامة، المرجع السابق، ص.133،134؛ سعد ناصر العجمي، المرجع السابق، ص.109.

⁴ - أشار إلى هذا التعريف من الفقه الفرنسي: لمياء هاشم سالم قبيع، المرجع السابق، ص.187.

⁵ - « Constitue une sujétion imprévue, le fait matériel extérieur aux contractants qui ne pouvait raisonnablement être envisagé au moment de la conclusion du contrat et qui entraîne une difficulté anormale d'exécution. »

المتوقعة، على أن تطبيقها يتمحور بصورة خاصة في مجال عقود الأشغال العامة، وهذا ما ذهب إليه الفقيه A. De LAUBADERE مؤكداً أنه لا توجد تطبيقات قضائية لهذه النظرية خارج نطاق عقود الأشغال العامة. لكنه لم ير مانعاً متى توافرت شروطها من تطبيقها في مجال العقود الإدارية الأخرى¹، وقد تردد مجلس الدولة الفرنسي في تشجيع هذا الاتجاه بتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة خارج إطار عقود الأشغال العامة، فرفض أن يعوض على أساسها المتعاقد في قرار صدر بتاريخ 1944/4/21 وإن كان سمح له بالاستناد في مطالبته بنفقات الكابلات الممدودة تحت الماء، إلى نظرية الظروف الطارئة².

وفي ذات السياق المؤيد لهذه الفكرة، يرى البعض أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة تجد مجال تطبيقها في صفقات الأشغال العامة وتبقى مستقرة في هذا المجال:

« Elle a sa genèse dans l'exécution des marchés publics de travaux et reste cantonnée dans ce domaine³ ».

إلا أننا لا نؤيد هذا الطرح من منطلق أن القضاء وإن كان قد طبق هذه النظرية فقط في عقود الأشغال العامة - كما دعم به أنصار هذا القول رأيهم - إلا أنه لم يمنع من تطبيقها في باقي العقود الإدارية بشكل صريح، فضلاً عن كون هذه النظرية قد تمس أي نوع من العقود الإدارية بغض النظر عن تعلقه بالأشغال العامة، ومن ذلك عقد التوريدات الذي قد يتقاجأ فيه المتعاقد بغلق الطريق بسبب الأمطار الغزيرة مما يضطره إلى زيادة مسافة توريد السلع وبالتالي زيادة النفقات عما كان في حسبانته وقت إبرام العقد.

كما قد يحدث أحياناً أن ينص دفتر الشروط للعقد على التعويض بسبب الصعوبات المادية غير المتوقعة، ولكن مجلس الدولة الذي سار على تطبيق النظرية ولو خارج البنود العقدية أي لو خلا العقد من النص عليها. ولكن يبقى التساؤل قائماً عن الحل فيما لو نص العقد صراحة على استبعاد المسؤولية على أساس الصعوبات المادية غير المتوقعة، بمعنى أن العقد يحدد سعراً

¹ - أشار إلى رأيه: محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.47.

² - وهيب عياد سلامة، المرجع السابق، ص.134.

³ - voir : C. LAJOYE, droit des marchés publics, BERTI édition, paris, France, p.179.

جزائياً مهما كانت الصعوبات التي تعترضه، كما يتحمل المتعاقد مخاطر التنفيذ أيًا كانت طبيعة الأرض. ما هي إذاً آثار مثل هذه الشروط¹؟

فسّر مجلس الدولة الفرنسي هذه الشروط بأنها تتصرف إلى الصعوبات العادية فقط، أما بالنسبة للصعوبات الاستثنائية غير العادية، فإن للمتعاقد الحق في المطالبة بالتعويض عنها رغم تلك الشروط².

ويؤكد أحد الفقهاء هذا الطرح بأن الاجتهاد القضائي الفرنسي فسّر مثل هذه الشروط أنها تعني الصعوبات العادية Les difficultés normales ولكن ليس الصعوبات غير العادية والاستثنائية Les difficultés Véritablement exceptionnelles. وهذه الأخيرة تسمح للمتعاقد أن يحتج بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أي المطالبة بالتعويض رغم هذه الشروط، وفي الواقع فإن وجود مثل هذه الشروط المذكورة في عقد من العقود تدفع القاضي لأن يكون أكثر تصلبًا وتشدّدًا في اعتبار صعوبات معينة هي من قبيل الصعوبات التي تسمح للمتعاقد المطالبة بالتعويض على أساس ثمة صعوبات مادية غير متوقعة³.

ثانياً: الأساس القانوني لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

إنّ الأساس الذي تقوم عليه هذه النظرية يكمن في نظر بعض الفقهاء في الإرادة الضمنية المشتركة للأطراف المتعاقدة La commune intention implicite des parties على أساس أنّ السعر المتفق عليه في العقد إنّما قصد به مواجهة التنفيذ في الظروف العادية. أمّا بالنسبة للصعوبات المادية غير المتوقعة والتي لم تخطر في ذهن الطرفين المتعاقدين فيفترض أنهما قصداً ضمناً أن يقدر ما يقابلها بطريقة خاصة خارج السعر العقدي⁴. وهذا ما ذهب إليه صراحة الفقيه G. JEZE، ولقد كرّس مجلس الدولة الفرنسي نفسه هذا الأساس في بعض قراراته لاسيما عندما يجد المتعاقد نفسه أمام وضع مختلف كلياً عمّا تمّت مجابته إزاء حالة لم يتوقع حدوثها لا بناءً على دفتر الشروط ولا من دراسته الأولية للمشروع، أو بالرغم ممّا نبّه إليه أو ما اتخذه

¹ - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص. 48.

² - وهيب عياد سلامة، المرجع السابق، ص. 135.

³ - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص. 49.

⁴ - وهيب عياد سلامة، المرجع السابق، ص. 136.

من حيطة لا تفوت على الشخص البصير بالأمر قبل الإقدام على المساهمة في تسيير المرفق العام والتعاقد معه¹.

ولكن جانبا آخر من الفقه يرى أنّ هذا التوسع في التفسير لناحية افتراض النية المشتركة للمتعاقدين ينطوي على شيء من الحذر إن لم نقل الخطر، لاسيما أنّ هذا الافتراض هو تفسير مصطنع أكثر منه تفسير واقعي. رغم ذلك فإنّ الاجتهاد يطبق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة رغم احتواء العقد الشروط التي تحدد السعر أيّا كانت الصعوبات أو طبيعة الأرض التي تواجه المتعاقد أو احتواء العقد على شرط صريح باستبعاد تطبيقها. لذا اعتبر هذا التفسير لوجود النية المشتركة للأطراف تبريراً تعسفياً². وهذا ما دعا الفقيه Péquignot إلى طرح هذه النظرية وردّ المسألة إلى نظرية فعل الأمير أو إلى فكرة المسؤولية التقصيرية للإدارة³. إلا أن هذا التبرير غير كاف لمواجهة كافة الصعوبات، إذ كثيرا ما تنشأ هذه الصعوبات عن أفعال تخرج عن فعل الإدارة⁴.

وقد ذهب الفقيه "محمود عبد المجيد المغربي" إلى القول أنّ "حق المتعاقد بالتعويض في حالة الصعوبات الاستثنائية يكمن في اعتبارات العدالة والطبيعة الخاصة للعقود الإدارية، هذه الاعتبار التي تتكون في ظلّ مبدأ التعاون بين الإدارة والمتعاقد والتي تشكل ظاهرة ملحوظة في قيام علاقة وثيقة بين العقود الإدارية وبين المرافق العامة كما تجعل من المتعاقد مع الإدارة عنصرا مساعداً للإدارة في تسيير المرافق العامة وتحقيق الصالح العام للجماعة، ولأجل جميع هذه الاعتبار أرسى القاضي الإداري قاعدة التعويض في الصعوبات المادية غير المتوقعة من بين الأفكار العامة التي تبرر مثل هكذا تعويض، وكذلك الحق في التعويض المعترف به في الاجتهاد خارج نطاق كلّ اتفاق. وأصبح من غير المفيد إدخال تفسيرات قانونية وسيطة كالنية المشتركة المفترضة للأطراف المتعاقدة أو مسؤولية الإدارة⁵."

¹ - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.50.

² - وهيب عياد سلامة، المرجع السابق، ص.136؛ محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.50.

³ - أشار إلى موقفه هذا: محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.50،51.

⁴ - وهيب عياد سلامة، المرجع السابق، ص.136.

⁵ - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.51.

وإذا كنا نتفق مع هذا الرأي، إلا أننا نرجئ التفسير في الأساس القانوني بشكل موسع إلى الباب الثاني من هذه الدراسة، أين سيتم طرح كل الآراء التي قيلت في تحديد أساس التعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة، وتبيان الانتقادات الموجهة إليها والرأي الراجح فقها وقضاءً.

الفرع الثاني

شروط إعمال نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

قبل الحديث عن الشروط القانونية المتطلبة لإعمال نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، لا بد من إبراز علاقة هذه الأخيرة بالبنود التعاقدية الواردة بالعقد الإداري.

فقد "ينص دفتر الشروط في عقد الأشغال العامة على بنود تتعلق بالتعويض بسبب الصعوبات المادية غير المتوقعة. لكنّ الواقع يشير دائماً أنّ مبدأ التعويض المكّرس من قبل الاجتهاد يلتزم به خارج نطاق البنود العقدية، فيبقى السؤال دائماً مطروحاً عن مدى تأثير وجود مثل هذه الشروط الواردة في العقد؛ لقد سار القضاء الإداري دائماً على تفسير هذه البنود العقدية بكونها لا تقصد إلاّ المصاعب العادية أو المألوفة لا تلك الصعوبات التي تحمل صفة الصعوبات الاستثنائية الذي يستطيع المتعهد دائماً أن يحتج بشأنها بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة. إذاً والحالة هذه أنّ تحديد سعر جزافي مثلاً في العقد، مهما كانت الصعوبات التي تصادف المتعهد في تنفيذ الأشغال لا يستدعي استبعاد تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة عندما تحقق شروطها، بل يكون الأمر على العكس، فتبدو نتائج البنود العقدية ... إليه أكثر إلحاحاً لدفع القاضي لكي يبيث في النزاع بعد أن يثبت أنه تأكد وتبيّن له أنّ ثمة صعوبات مادية غير متوقعة.

وقد صدرت قرارات كثيرة عن مجلس الدولة الفرنسي تسمح بتطبيق الصعوبات المادية غير المتوقعة بالرغم من البنود التعاقدية المنصوص فيها أن تدفع قيمة الأشغال حسب السعر الجزافي مهما كانت طبيعة الصعوبات¹.

وبالتالي فإنّ نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة تقوم مباشرة بَعْض النظر عن البنود التعاقدية، بشرط توافر مجموعة من الشروط التي وضعها واستلزمها القضاء الإداري، والتي يمكن ذكرها كما يلي²:

1. الصعوبات المادية غير المتوقعة يجب أن تكون واقعة ذات صفة مادية مستقلة عن ارادة الأطراف المتعاقدة.

¹ - نقلاً: محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.62،63.

² - C. LAJOYE, Op CIT, p.179.

2. يجب أن تتجم عن ظروف لم تكن متوقعة عند إبرام العقد.

3. يجب أن تكون ذات خصائص غير طبيعية.

4. الصعوبات المادية غير المتوقعة لا تعوض في العقود ذات السعر المحدد جزأً إلا في

حالة انقلاب اقتصاديات العقد.

أولاً: الصعوبات المادية غير المتوقعة هي واقعة مادية مستقلة عن الأطراف المتعاقدة

فبخصوص كونها واقعة مادية، تتأتى الصعوبات غير المتوقعة عادة من ظواهر طبيعية

والأمثلة على ذلك كثيرة، ففي عقد الاشغال العامة قد تتجلى في مواقع العمل حيث تظهر في

الأرض صخور قاسية ومنيعة، أو طبقات مياه للتصريف أو أنقاض بأحجام غير منتظمة¹.

ولو أن البعض² يرى أن الطبيعة المادية للصعوبات المنشئة لهذه النظرية ترجع الى ظواهر

طبيعية مثل الطبيعة الجيولوجية للأرض، إلا أن البعض الآخر³ يلاحظ أنّ هذه الصعوبة المادية

قد لا تتولد دائماً عن فعل الطبيعة بل قد تتأتى هذه الصعوبات من صنع الإنسان بعيداً عن

الأطراف أنفسهم كوجود قناة من المياه لم تسجل في بيان الأشغال.

ونحن نرى أن كونها صعوبات مادية يقصد به كل ما ليس من صنع الإدارة ولا نتيجة

الظروف الاقتصادية، بمعنى أنها مادية ملموسة عكس الصعوبات الأخرى ذات البعد المعنوي

الملحوظ من حيث النتائج فقط، ويشمل مصطلح "مادية" كلا من الظواهر الطبيعية والحوادث

البشرية كنتقطيع الأشجار بشكل يغلق الطريق الرئيس للسيارات، أو ردم الآبار المستعملة للمشروع.

¹ - أنظر: قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية YAHER، تاريخ 1929/07/5.

- قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية Gouv Général de l'Indochine، سنة 1937.

- قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية وزارة الحرب، بتاريخ 1948/07/20.

جميع هذه القرارات تتعلق بحالات وجود طبقات غزيرة من المياه تحتاج إلى مصاريف غير عادية لسحبها أو تجفيف الأرض.

أشار إليها: محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.65، هامش.56.

² - سعد ناصر العجمي، المرجع السابق، ص.122.

³ - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.65.

أما عن كونها مستقلة عن الأطراف المتعاقدين، فيجب أن تكون هذه الصعوبات خارجة عن إرادة كل من المتعاقد والإدارة المتعاقدة، ولم تنشأ عن خطأ أي منهما، فلو كانت الإدارة هي السبب في حدوثها لطبقت قواعد المسؤولية الإدارية أو فعل الأمير، كما أن يجب ألا يكون للمتعاقد دور في إحداث تلك الصعوبات¹.

وبالتالي فإن الثابت أن الصعوبات المادية ينبغي لكي تقسح المجال للحق بالتعويض أن تكون أجنبية عن الأطراف المتعاقدة، فالقاضي يرفض طلب التعويض إذا كان الفعل الذي سبب الصعوبة في جزء منه متأثراً من أحد المتعاقدين، أو لتفاقم سببه، أو إذا كانت الفرصة قد سمحت للمتعاقد لتكون لديه وسيلة ما لمنع تحققها، أو كان سلوكه لا ينطبق على شروط العقد أو أوامر الخدمة الصادرة إليه من الإدارة²، ويجب أيضاً أن تكون الصعوبة غير المتوقعة هي واقعة أجنبية عن الإدارة، ولكن لا يعني أن المصاعب الجديدة الناشئة عن تدخل الإدارة لا تعطي الحق في التعويض للمتعاقد إنما لا تكون في هذه الحالة على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بل وفقاً لنظرية فعل الأمير³.

ثانياً: الصعوبات المادية تنجم عن صعوبات لم تكن متوقعة عند إبرام العقد

لكي تفتح الصعوبات غير المتوقعة المجال أمام حق المتعاقد في التعويض يجب ألا يكون إمكان لتوقع حدوثها أو بعبارة أدق لا تكون قابلة للتوقع⁴، فشروط العقد أو دفاقر الشروط لا تغطي سوى الظروف العادية، وليس من شأنها أن تجابه الصعوبات الاستثنائية وغير المتوقعة⁵. وعلى هذا إذا كانت الصعوبات من النوع الذي يستحيل توقعه عند التعاقد، فيمكن للمتعاقد آنذاك طلب التعويض⁶.

¹ - سعد ناصر العجمي، المرجع السابق، ص.120.

² - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.66.

³ - أنظر: قرار مجلس الدولة الفرنسي في 1918/03/20 في قضية Laizes.

أشار إليه: وهيب عياد سلامة، المرجع السابق، ص.142.

⁴ - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.66.

⁵ - سعد ناصر العجمي، المرجع السابق، ص.121.

⁶ - وهيب عياد سلامة، المرجع السابق، ص.143.

وهنا يبدو دور القاضي هاماً إذ يتعين عليه أن يبحث ما إذا كان المتعاقد قد بذل يوم إبرام العقد الجهد الضروري وأن يكون قد تحرّى بنفسه طبيعة الأعمال وقام بكل ما يلزم لذلك من اختبارات وغيرها للتأكد من صلاحية المواصفات والتصميمات المعتمدة، كما أن على المتعاقد إعلام الإدارة في الوقت المناسب بملاحظاته، كما يأخذ بعين الاعتبار موقف الإدارة، وأن تكون قد وضعت تحت تصرف المتعاقد كافة ما لديها من معلومات تساعد على تحقيق تلك الغاية، ليتمكن من أن يقف على انعكاس الظروف الجديدة على سعره والمصاعب التي قد يصادفها¹، فقد أقام القضاء التزاماً على عاتق الإدارة أيضاً، بمعاونة المتعاقد للتعرف على كل الظروف المحيطة بتنفيذ عقدهما، وهذا تطبيقاً لمبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات التعاقدية².

¹ - بحيث أن مجلس الدولة الفرنسي يأخذ في اعتباره، عندما يكون المتعاقد ملزماً بتحرّي طبيعة الصعوبات التي قد تجابهه عند المباشرة في تنفيذ العقد، مدى العون الذي تقوم الإدارة بتقديمه للمتعاقد في هذا الشأن، لأنّ الطبيعي من جانب الإدارة أن تضع تحت تصرف الطرف المتعاقد معها جميع ما لديها من مستندات لمساعدته. ومتى ثبت للمجلس تقصير الإدارة في هذا الخصوص فإنّه، أي مجلس الدولة الفرنسي، يمنح التعويض، وقد قرر المجلس ما يلي:

«... Le génie n'a pas fait l'effort de prévision et de rédaction qui s'imposait pour donner loyalement à l'entrepreneur le moyen d'analyser à l'avance les répercussions sur son prix dans des difficultés qu'il pouvait rencontrer ».

أنظر في ذلك:

C.E. 22/06/1936. Société Delaunay-Belle Ville.

ورفض المجلس التعويض لأن الشركة قدمت طلب التعاقد دون أن تتأكد من الصعوبات التي قد تحصل بسبب استعمال مادة الصلب التي لم تكن معروفة كفاية عند إبرام العقد.

Rejet : La société a soumissionné sans être assurée des sujétions auxquelles pouvait l'exposer l'emploi d'un acier qu'elle soutient avoir été insuffisamment connu au moment du marché.

C.E. 19 Mai 1943.

كما رفض المجلس التعويض لأن المتعهد كان لديه الإمكانيات قبل إبرام العقد للقيام بالدراسات التي تكشف له الصعوبات التي صادفها.

Rejet : L'entrepreneur avait en avant la conclusion du contrat la faculté de procéder à des études qui lui auraient évité les difficultés qu'il a rencontré.

C.E. 29 Juin 1921. Secr d'Etat à la défense. C. Dubernard.

أشار إليها: محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص. 68، هامش. 61.

² - سعد ناصر العجمي، المرجع السابق، ص. 121.

فمن الطبيعي إذاً القول أنه في حالة كون الصعوبات من نوع يصعب توقعه عند إبرام العقد في الظروف التي أبرم فيها العقد، عندئذ يمكن طلب التعويض عنها. وقد دأبت الأحكام الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي على الإشارة إلى هذا الشرط¹.

وإذا قَصَرَ المتعاقد وكان بمقدوره تبيّن الصعوبات المادية عند إبرام التعاقد فإنّ مجلس الدولة الفرنسي يرفض التعويض². وهو نفس الاتجاه "للمحكمة الإدارية العليا السورية" في حكمها الصادر في 1969/06/14 عندما ألغت حكم صدر لمحكمة القضاء الإداري لأنّ المتعهد كان عليه أن يتحرّى بنفسه عن الصعوبات وكان في وسعه أن يتوصل إليها. وتأسس قول المحكمة الإدارية العليا بالقول أنّه بالرجوع إلى المادة 89 من الشروط الخاصة بالمناقصات والمزايدات، كان يتوجب على المتعهد أن يتحرّى بنفسه طبيعة الأعمال وعمل كلّ ما يلزم لذلك من اختبارات وغيرها للتأكد من صلاحية المواصفات والتصميمات المعتمدة، وعليه إخطار الإدارة المختصة في الوقت المناسب بملاحظاته عليها، ويكون مسؤولاً عن جميع هذه الرسومات والتصميمات كما لو كانت مقدمة منه³.

كما أن عدم التوقع يحتسب حسب معيار موضوعي يرتبط بالظروف العادية للتنفيذ، بحيث أن الصعوبات التي تجاوزت هذه الظروف التي يمكن أن ينتبأ بها المتعاقد تقسح المجال لتطبيق

¹ - حيث ورد في قرار مجلس الدولة في قضية مدينة باريس عام 1905 ما يلي:

«... Le sieur M. ... est fondé à réclamer une indemnité pour l'aggravation qu'il a subie des sujétions tenant à la présence des cause telles qu'elles n'avaient pas entrer dans la commune prévision des parties de la passation du marché ».

أنظر كذلك:

C.E. 3/02/1905. Ville de Paris.

C.E. 09/07/ 1929. Le Clinche.

C.E. 19/06/1935. Lefèvre IV.

C.E. 3/01/1936. Commune de TURSAC.

C.E. 17/03/1937. Société général d'entreprise

C.E. 9/03/1944. Société Montecuccoli.

أشار إليها: محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.67، هامش.59.

² - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.67، هامش.60.

³ - أنظر قرار المحكمة الإدارية العليا السورية بتاريخ 1929/06/14، وقرار مجلس الدولة الفرنسي في 1951/01/29.

أشار إليهما: محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.28، هامش رقم.62.

نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وهذا ما أكدت عليه المحكمة الإدارية العليا بمصر بالقول أن "تنبية الإدارة من تعاقد معها إلى صعوبات معينة في تنفيذ العقد، مؤداه عدم مسؤوليتها عمّا يصادفه المتعاقد معها من هذه الصعوبات في الحدود المعقولة التي يصل إليها التقدير العادي للأمور دون ما يجاوز هذه الحدود"¹.

ثالثاً: الصعوبات غير المتوقعة هي مصاعب ذات صفة غير طبيعية إطلاقاً

"إنّ الصعوبات المقصودة في هذا الشرط ليست مجرد أية صعوبات يواجهها المتعاقد عند التنفيذ، بل هي صعوبات ذات خصائص غير مألوفة حتمًا. وهذا الوصف يصل بنا إلى القول إنه يسمح للقاضي بأن يستخدم في ذلك تقديرًا من معيار شخصي كما يسمح للقاضي بأن يتساءل في ضوء العقد ما هي الصعوبات حتى غير المنتظرة منها التي يمكن أن تعتبر عوائق طبيعية للعقد أو تزيد عن ذلك. فلا يعوض القاضي إلا عن الصعوبات الخارجة عن هذا الوصف"². ولا شك أنّ القاضي سيكون أكثر حزمًا عندما يتضمن العقد شرطًا يحدد سعرًا جزافيًا للتعويض عن الصعوبات التي تطرأ مهما كانت طبيعتها"³.

¹ - وقد جاء في حيثيات هذا القرار ما يلي: "لا يصح القول بأنه كان ثمة اتفاق على عدم مسؤولية هيئة قناة السويس عن تعويض الشركة عمّا تصادف من صعوبات غير متوقعة، وكتلك التي صادفتها متمثلة في زيادة حجم التربة الصلبة أضعافًا مضاعفة تجاوز كل ما كان مقدّرًا على أساس الاختبارات التي جرت بمعرفة المقاولين قبل التعاقد وبمعرفة الهيئة، ذلك أنّ هذا القول مردود بأن ما جاء في العقد وفي الشروط في خصوص التنبية إلى طبيعة التربة، وإلى ما تحويه من صخور صلبة، ونحو ذلك، يُحمل على أنه قصد به عدم مساءلة الهيئة عمّا يُصادفه من يُعهد إليه بتنفيذ المشروع من عقبات بسبب ذلك في الحدود المعقولة التي يصل إليها التقدير العادي للأمور مبيّنًا على الاختبارات والبحوث الممكن إجراؤها عند وضع مثل هذا التقدير، أما ما جاوز هذه الحدود ممّا يكون ثمة تسليم بأن ÷ لم يكن ليخطر ببال أيّ من المتعاقدين، أو ممّا لم يكن في مقدور أحد أن يتكهن به عند التعاقد، الأمر البديهي هو أنّهما لم يكونا يتوقعانه، أما ما جاء بعدئذ من تحديد لقيمة ما يدفع من ثمن لكمية الأتربة المستخرجة من أعمال التوسع والتعميق بحدّ أقصى قدره 1377000 جنية فهو بدوره لا يعتبر اتفاقًا على عدم أداء زيادة هذا الثمن مهما يقتضيها تطبيق النظرية المذكورة (نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة)".

فتوى الجمعية العمومية رقم 95 في 1964/02/04، أشار إليها: سمير عثمان اليوسف، المرجع السابق، ص. 83، 84.

² - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص. 69.

³ - أنظر قرار مجلس الدولة الفرنسي 1917/12/14 في قضية DEDYEN.

أنظر قرار مجلس الدولة الفرنسي 1932/05/11 قضية saint rapt.

فالصعوبات التي يواجهها المتعاقد في هذه الحالة ليست مجرد عقبات خلال التنفيذ، ولكنها عقبات من نوع غير مألوف، لا تتدرج حتما ضمن المخاطر العادية التي يصادفها العقد عند تنفيذه¹.

رابعا: يجب أن تؤدي الصعوبات المادية إلى الاخلال باقتصاديات العقد في العقود الجزافية

أضاف مجلس الدولة الفرنسي هذا الشرط بالنسبة للعقود الجزافية²، التي تشمل على تحديد كمية الأعمال المطلوبة وتحديد الالتزام المالي للإدارة تحديدا اجماليا³. فبالإضافة إلى الشروط السابقة من أجل تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يجب إفساح المجال أيضا لواقعة العقد ذي السعر الثابت، فالنظرية ممكنة التطبيق بدون منازعة على مثل هذه العقود، وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي دائما بصورة لا تدعو إلى الشك بأن صفة هذا النوع من العقود لا تقف حائلاً دون إمكان المتعهد الحصول على تعويض بسبب الصعوبات الاستثنائية وغير المتوقعة التي يصادفها أثناء تنفيذ الأعمال⁴، ولكن مجلس الدولة نفسه قضى في حالة العقد ذي السعر الثابت، بأن الصعوبات غير المتوقعة لا تؤدي إلى التعويض إلا إذا

أنظر قرار مجلس الدولة الفرنسي 1943/05/19 قضية Dûmes.

أنظر قرار مجلس الدولة الفرنسي 1953/04/29 قضية Commune de Moissac.

أشار إليها: محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.69، هامش.63.

1- وهيب عياد سلامة، المرجع السابق، ص.144.

2- وتسمى أيضا بالعقود ذات السعر الجزافي *à prix forfaitaire*.

3- وهيب عياد سلامة، المرجع السابق، ص.145.

4- أنظر مجلس الدولة الفرنسي 1936/11/14 قضية Lépante، وقد أكد هذا القرار بأن:

Le caractère forfaitaire du marché ne fait pas l'obstacle à ce que l'entrepreneur puisse obtenir une indemnité pour les difficultés exceptionnelles et imprévisibles par lui rencontrées dans l'exécution des travaux...

أشار إليها: محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.70، هامش.64.

أدت إلى قلب اقتصاديات العقد¹. بحيث أنها تلحق ضررا بالمتعاقدين من شأنه أن يقلب توازن العقد ويزيد من أعبائه المالية².

وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ حرفيا في أحد قراراته، أين جاء فيه ما يلي:

«Les difficultés exceptionnelles et imprévisibles rencontrées dans l'exécution d'un marché à forfait ne peuvent ouvrir droit à une indemnité au profit des entrepreneurs que dans la mesure où ceux-ci justifient soit que ces difficultés ont eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat, soit qu'elles sont imputables à un fait de l'administration»³.

"هذا ويقدر قلب اقتصاديات العقد بالنظر إلى أهمية النفقات الإضافية التي أثارها الصعوبات مع أهمية العقد، بحيث أن المتعاقد حتى يكون باستطاعته طلب التعويض بسبب الصعوبات غير المتوقعة ينبغي إلى جانب كل هذا أن يكون العقد قد حقق في ظروف غير طبيعية وغير مألوفة الأشغال العامة المتفق عليها ابتداءً. ولكن قد يحصل أن تجبر الصعوبات غير المتوقعة المتعهد على تنفيذ أعمال إضافية. ففي مثل هذه الحالة لا يستطيع المتعاقد أن يأخذ هو المبادرة للقيام بمثل هكذا عمل إلا إذا كان ذلك ضروريا لتنفيذ العقد ضرورة مطلقة. وفي حال تبين أن العمل نتيجة صعوبات غير متوقعة ولا تبدو ضرورية بشكل مطلق ولا يدخل في التوقعات ابتداءً منذ بدء التعاقد فإن المتعاقد في هذه الحالة لا يستطيع أن يحتج به قبل أن يكون قد طلب من الإدارة أمر خدمة لتنفيذ العمل"⁴.

¹ - أنظر قرار مجلس الدولة الفرنسي 1946/05/60 قضية وزارة الحرب.

- قرار مجلس الدولة الفرنسي 1936/03/13 قضية وزارة البحرية.

- قرار مجلس الدولة الفرنسي 1938/11/8 قضية Lépante.

- قرار مجلس الدولة الفرنسي 1939/05/23 قضية Commune de THIVERNY.

- قرار مجلس الدولة الفرنسي 1948/07/30 قضية وزارة الحرب.

- قرار مجلس الدولة الفرنسي 1948/02/19 قضية Société T.H.E.G.

أشار إليها: محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.70، هامش رقم.65؛ ولمياء هاشم سالم قبيع، المرجع السابق، ص.212.

² - سعد ناصر العجمي، المرجع السابق، ص.122.

³ - CE. 19 février 1974, ministre de la défense nationale, cité par : C. LAJOYE, Op CIT, p.180.

⁴ - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.71.

وعن موقف القضاء الجزائري من شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، فلم نجد ما يدل على إعماله إياها صراحة، بحيث أنه يلجأ لمنح المتعاقد التعويض على أساس هذه النظرية ولكن بغير توظيفه لمصطلح "الصعوبات المادية غير المتوقعة"، ومن ذلك قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا، بتاريخ 1993/10/10، أين تقرر ما يلي: "من المقرر قانوناً أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف، وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

ولما ثبت من مستندات القضية الحالية-أن السوق محل العقد المبرم بين المستأنف والمستأنف عليه (رئيس بلدية عين الباردة) بقي مغلقاً بسبب مرض الحمى الذي أصاب المواشي، فإن ذلك يعد حدثاً استثنائياً غير متوقع، يجب الأخذ به، ومتى كان ذلك استوجب الغاء القرار المستأنف، وتعويض الطاعن عن الأضرار التي لحقت له¹.

ولكن ما يؤخذ على هذا القرار أنه لم يشر صراحة لتبنيه لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، كما أنه لم يمنح التعويض للمتعاقد على أساسها مباشرة، وإنما بنى ذلك على أساس م3/107 من القانون المدني، وفي ذلك إخلال بمبدأ ذاتية القانون الإداري واستقلالته عن قواعد القانون الخاص-من جهة-واخلال كذلك ببعض شروط أعمال نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة-من جهة أخرى-كون أن هناك شروطاً مشتركة لهذه النظرية في كل من القانون الإداري والقانون المدني، ولكن لها أيضاً شروطاً ذاتية لا تتميز بها إلا في إطار القانون الإداري، ومن ذلك خصوصية تطبيق هذه النظرية في العقود الجزافية، كما أن هذا القرار يضع اللبس في ذهن الباحث حول ما إذا كان ينظم حالة الصعوبات المادية غير المتوقعة أم الظروف الطارئة.

¹- قرار بين (د ح) والمجلس الشعبي البلدي لبلدية عين الباردة، بتاريخ 1993/10/10، منشور بالمجلة القضائية، 1994، ع.1، ص.217، انظر الملحق رقم 05 من هذه الرسالة.

الفصل الثاني

ظروف استحالة تنفيذ العقد

الإداري وتغيير الوضعية

القانونية لأحد أطرافه

قد يواجه العقد الإداري أثناء تنفيذه بعض الطوارئ التي من شأنها جعل تنفيذه مستحيلا، بسبب ظروف مادية مستقلة عن إرادة أطرافه ولا يمكن مواجهتها إطلاقا، وهو ما يسمى بنظرية القوة القاهرة. والتي تعفي أطراف العقد من التزاماتهم التعاقدية.

كما أن أحد الأطراف المتعاقدة وأثناء المضي في تنفيذ العقد الإداري؛ قد تحل به بعض الوقائع الطبيعية أو القانونية والقضائية، والتي من شأنها تغيير مركزه القانوني، وبالتالي تغيير الوضعية التي تم التعاقد معه على أساسها؛ كأن يتم حل الجهة الإدارية المتعاقدة وضمها لجهة إدارية أخرى، أو كأن يتعرض المتعاقد مع الإدارة إلى الوفاة أو إلى حكم يقرر شهر إفلاسه.

وبالنظر للخطورة التي تعكسها كل هذه الحالات على التنفيذ الحسن للعقد الإداري، وبالتالي على ضمان سير المرفق العام المتصل به بانتظام واطراد، فقد تدخّل الفاعلون في عملية التأطير القانوني لنظرية العقد الإداري، من قضاء وتشريع وفقه¹، سواء في فرنسا أو في بعض الدول الأخرى، لوضع الحلول القانونية الكفيلة بالتصدي لهذه الطوارئ والتخفيف من حدتها، مراعاةً للتوازن الذي لا بد منه دوماً في كل عقد إداري، ألا وهو التوازن بين ضرورة السير الحسن

¹ - فُضِّلنا استعمال مصطلح "الفاعلون في عملية التأطير القانوني لنظرية العقد الإداري" إشارة إلى كل من القضاء والتشريع والفقهاء، للأسباب الآتية:

1 كون أن نظرية العقد الإداري، ورغم مضي زمن طويل نسبيا على نشأتها وابتكارها من طرف الاجتهاد القضائي الفرنسي، إلا أنها لا زالت لم تكتمل بعد، ولا زالت بعض جوانبها في حاجة دوماً للتأطير والاجتهاد.

2 كون أن تأطير العقد الإداري ليس حكرا فقط على المشرع، بل هو عملية يزلحها ويتداخل معه فيها الاجتهاد القضائي بشكل كبير، بل لدرجة القول أن العقد الإداري هو ذو نشأة قضائية وليست تشريعية، ولا زال المشرع يسعى أحيانا لتقنين التطور الحاصل في القضاء الإداري في هذا الصدد.

3 كما أن إضافتنا للفقهاء ضمن هذا المصطلح (الفاعلون في عملية التأطير القانوني لنظرية العقد الإداري) هو إشارة للدور الكبير الذي لعبه الفقه الإداري لا سيما في فرنسا في تفسير وتكملة وبلورة الأحكام القانونية القضائية والتشريعية التي تنظم العقد الإداري، ورغم أن الفقه ليس مصدرا رسميا للقاعدة القانونية، إلا أنه يصنف بحق ضمن مصادرها المادية. ويقصد بالمصادر المادية للقاعدة القانونية مجموعة الوقائع والظروف المختلفة التي تساهم في إنشاء القاعدة القانونية، والتي يصوغها المشرع فيما بعد في مصادر رسمية، فنقول مثلا أن الشريعة الإسلامية هي مصدر مادي لقانون الأسرة الجزائري (الذي هو مصدر رسمي)، أو أن تشريعات نابليون الفرنسية هي مصدر مادي لبعض التشريعات الرسمية الجزائرية كالقانون المدني.

وللمزيد من التفاصيل حول دور الفقه في خلق قواعد قانون العقود الإدارية:

Benoît Plessix, La part de la doctrine dans la création du droit des contrats administratifs, Revue de droit d'Assas, Revue éditée et diffusée par l'Université Panthéon-Assas, Paris, France, No4, Octobre 2011. p.46.

والمنتظم للمرفق العام -من جهة- وبين حقوق وضمادات المتعاقد مع الإدارة -من جهة أخرى-
فما هي الحلول القانونية للظروف التي من شأنها جعل تنفيذ العقد الإداري مستحيلا أو تغيير
المركز القانوني لأحد أطرافه؟

والإجابة على هذا الإشكال تقتضي البحث أولا عن نظرية القوة القاهرة في العقود الإدارية
(المبحث الأول)، ثم عن الحالات التي تُغَيَّرُ من وضعية الأطراف المتعاقدة في العقود الإدارية
(المبحث الثاني).

المبحث الأول

نظرية القوة القاهرة في العقود الإدارية

قبل البحث عن مفهوم القوة القاهرة في العقود الإدارية وتبيان شروط إعمالها، لا بد أولاً من تحديد التسمية تحديداً شاملاً لا يدع مجالاً للخلط بينها وبين بعض الحالات الأخرى المشابهة لها. فرغم أن الفرق واضح بين نظرية القوة القاهرة وبين النظريات السابقة الذكر (نظرية فعل الأمير، ونظرية الظروف الطارئة، ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة)، سواء من حيث المفهوم أو الآثار، إلا أن الفرق قد يبدو غامضاً أحياناً من حيث التسمية مما قد يؤدي لغير المعنى المقصود من نظرية القوة القاهرة.

فهناك من يستعمل للدلالة على القوة القاهرة مصطلح "الحادث الفجائي"¹، ويرى أنه لا محل للتمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائي، فكلاهما يصلح مانعاً من المسؤولية عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه، وحكهماً واحداً².

إلا أن البعض من الكُتَّاب يرى اختلافاً كبيراً وجوهرياً بين كل من القوة القاهرة والحادث الفجائي، ويميزان بينهما على أساس أنه "إذا كانت الاستحالة مطلقة فتوجد القوة القاهرة، أما إذا كانت الاستحالة نسبية فيوجد الحادث الفجائي"³، في حين يميز البعض الآخر بين القوة القاهرة والحادث الفجائي على أساس أن "القوة القاهرة هي حادث يستحيل دفعه، أما الحادث الفجائي فهو الذي لا يمكن توقعه"⁴.

وفي هذا الصدد نشير إلى أن القانون المدني المصري⁵ يشير في بعض موادهِ إلى كل من القوة القاهرة والحادث المفاجئ، مما يفيد تمييزه بينهما، ومن ذلك ما نصت عليه م 2/672 منه على أنه: "ملتزمي هذه المرافق أن يدفعوا مسؤوليتهم عما يصيب المرفق من عطل أو خلل يزيد

¹ - محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص. 261.

² - نفس المرجع، ص. 261، هامش رقم 2.

³ - أشار إلى هذا الرأي: يونس إسماعيل حسن، أحكام الفسخ في العقود الإدارية "دراسة مقارنة"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2015، ص. 210.

⁴ - نفس المرجع، ص. 210.

⁵ - القانون رقم 131 لسنة 1948 بإصدار القانون المدني، منشور على موقع: www.google.com.

على المؤلف في مدته أو في جسامته، إذا أثبتوا أن ذلك يرجع إلى قوة القاهرة خارجة من إرادة المرفق، أو إلى حادث مفاجئ وقع في هذه الإدارة دون أن يكون في وسع اية إدارة يقظة غير مقدرة أن تتوقع حصوله أو أن تدرأ نتائجه...."، وهو ما فعله كذلك في م165 منه كذلك.

وهو نفس السياق الذي اتبعه المشرع الجزائري حيث جمع في العديد من مواد القانون المدني بين عبارتي القوة القاهرة والحادث المفاجئ مما يفيد تمييزه بينهما ولو أنه لم يضع معايير واضحة لهذا التمييز، ومن ذلك مثلاً م187، وم851، رغم أنه لم يميز في م121 من ذات القانون من حيث التسمية بين القوة القاهرة والحادث الفجائي، بل اكتفى فقط باستحالة التنفيذ كمعيار لانقضاء الالتزامات التعاقدية.

ونحن نرى في صدد التمييز بين مُصطَلَحِي القوة القاهرة والحادث الفجائي، أنه لا تفرقة بينهما، وأن الحادث الفجائي هو فقط تعبير عن إحدى الصفات الغالبة للقوة القاهرة، باعتبار أن هذه الأخيرة هي حادث غير متوقع ويحدث فجأة؛ أما عن الأسس التي ضربت للقول بالتمييز بينهما فهي لا تقوم على أساس صحيح في نظرنا، كون أن كلاً من القوة القاهرة والحادث الفجائي يستدعيان أن تكون الاستحالة مطلقة، وأن يكونا غير متوقعين ولا يمكن التصدي لهما.

كما أن البعض¹ يطلق مصطلح "استحالة التنفيذ القهري" للدلالة على القوة القاهرة، ولعل ذلك راجع للنتائج التي ترتبها القوة القاهرة تجاه المتعاقدين؛ ويسمى البعض الآخر² بعبارة "السبب الأجنبي"، وهي العبارة التي استعملها القانون المدني المصري في المادة 373، والقانون التجاري الكويتي في المادة 256³؛ إلا أننا نرى السبب الأجنبي أوسع من القوة القاهرة التي ليست سوى إحدى حالاته، فالسبب الأجنبي قد يتمثل إما في القوة القاهرة أو خطأ الدائن أو فعل الغير، وهذا

¹ - أنظر: سمير عثمان اليوسف، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن المالي للعقد الإداري، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص.90.

² - خميس السيد إسماعيل، المرجع السابق، ص.263. وسمير عثمان اليوسف، المرجع السابق، ص.90.

³ - تنص على ما يلي: " ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أنّ الوفاء به أصبح مستحيلًا بسبب أجنبي لا يد له فيه"، أشار إليها: سمير عثمان اليوسف، المرجع السابق، ص.90.

ما جاء بالمادة 2/138 من القانون المدني الجزائري¹، وأكدت عليّة المحكمة الإدارية العليا بمصر في إحدى قراراتها².

ومع التعدد في العبارات التي تدل على القوة القاهرة، فإن هذه الأخيرة لا تتضح معالمها جيدا لا سيما في مجال العقود الإدارية إلا من خلال البحث عن مفهومها (المطلب الأول)، والشروط الواجبة لتطبيقها (المطلب الثاني).

¹ - إذ تنص على ما يلي: "ويعفى من هذه المسؤولية الحارس للشيء إذا اثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه مثل عمل الضحية، أو عمل الغير، أو الحالة الطارئة، أو القوة القاهرة".

² - قرار صادر بتاريخ 15/02/1969، وجاء فيه: "إذا كانت الاستحالة ناشئة عن سبب أجنبي فإن الالتزام ينقضي أصلا، والسبب الأجنبي هو الحادث الفجائي أو القوة القاهرة أو خطأ الدائن أو فعل الغير، ..."، أشار إليه: خميس السيد إسماعيل، المرجع السابق، ص. 263.

المطلب الأول

مفهوم نظرية القوة القاهرة

للبحث عن مفهوم القوة القاهرة في العقود الإدارية، سنحاول التطرق للتعريف التي قيلت فيها تشريعا وفقها وقضاءً (الفرع الأول)، ثم إبراز بعض التطبيقات العملية لحالات القوة القاهرة في العقود الإدارية في الجزائر والتشريعات المقارنة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف القوة القاهرة

عرّف الفقه الإداري الفرنسي القوة القاهرة بكونها "الحادث الخارجي عن إرادة الأطراف المتعاقدة، وغير المتوقع وغير المرتقب والذي يستحيل دفعه، ويؤدي إلى استحالة تنفيذ الإلتزامات التعاقدية"¹. وعرفها الفقه الإداري المصري بأنها "حادث غير متوقع لا يمكن دفعه ويجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلاً"²، أما في لبنان فيعرفها البعض بكونها "الحادث الخارج عن شخص المتعاقد وإرادته، لم يكن في الحسبان وقت التعاقد، ولا يمكن تلافيه، والذي يجعل تنفيذ العقد مستحيلاً كلياً أو جزئياً"³.

كما عرّف أحد الفقهاء القوة القاهرة بأنها حادث مستقل عن إرادة الأطراف المتعاقدة وغير ممكن توقعه، وهو يحول بصورة مطلقة دون تنفيذ مجموع الإلتزامات العقدية أو أحد هذه الإلتزامات⁴.

وقد تأكدت العناصر المكونة لتعريف القوة القاهرة في العقود الإدارية من القضاء الإداري الفرنسي في الحكم المبدئي الذي صدر عن مجلس الدولة الفرنسي في قضية الشركة البحرية⁵ Compagnie des messageries maritimes بتاريخ 1909/01/29 حيث تكونت عناصر القوة القاهرة في تقرير مفوض الحكومة Tardieu، كما تكرست مرة أخرى في تقرير مفوض الحكومة La tournerie في قضية Compagnie des scieries africaines في القرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي تاريخ 1928/03/09 ثم في قرارات لاحقة ذات أهمية قصوى في تطبيقات عملية لفكرة القوة القاهرة⁶.

¹ - أشار إليه: علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، ج2، ط1، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، لبنان، 2011، ص.17.

² - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص.660.

³ - أشار إليه: علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ص.18.

⁴ - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.14.

⁵ - C.E, 29/01/1909, compagnie des messageries martines et autres, concl Tradieu.

⁶ - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.16.

ورغم أن هذا القرار المبدئي لمجلس الدولة الفرنسي يعتبر حجر الأساس لتحديد معالم وشروط نظرية القوة القاهرة في العقود الإدارية، إلا أنه ليس أول اجتهاد يؤسس هذه النظرية، بل يرى البعض أن مجلس الدولة الفرنسي أقر بالقوة القاهرة كسبب للإعفاء من التزامات المتعاقد في تنفيذ العقد الإداري بموجب قرار *sensine*، بتاريخ 18/03/1858¹.

وبخصوص موقف القضاء الإداري المقارن من تعريف القوة القاهرة، فقد أجمعت القرارات القضائية في مصر ولبنان -حسب قول أحد الفقهاء²- على مفهوم واحد للقوة القاهرة بأنها حدث خارج عن إرادة المتعاقدين وغير متوقع، يتمتع معه وبصورة مطلقة بتنفيذ العقد بكامله أو تنفيذ أحد أو بعض الموجبات التعاقدية.

وعلى الصعيد التشريعي، نلاحظ أن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري، لم يذكر تعريفا للقوة القاهرة في العقد الإداري، بل اكتفى فقط بالإشارة إليها في م 95 المتعلقة بالبيانات الإلزامية للصفقة العمومية، حيث ألزمت ذكر كفيات تطبيق حالات القوة القاهرة، وفي م 5/147 والمتعلقة بالإعفاء من غرامة التأخير في حالة القوة القاهرة.

أما دفتر التعليمات الإدارية العامة المطبقة على صفقة الأشغال العمومية لوزارة البناء والأشغال العمومية والنقل فرغم عدم تعريفه للقوة القاهرة، إلا أنه عالجه بشكل غير مباشر، إذ أخرج مجموعة من الحوادث من دائرة ما يمكن أن ينفي عن المتعامل المتعاقد مسؤولية عدم تنفيذ التزاماته التعاقدية، فمثلا رفض هذا الدفتر تملص المقاول من التزاماته بناءً على حالات نصت عليها هذه المادة كما يلي وهي:

- الاستغلال العادي للأماكن والمرافق العمومية، أو وجود قنوات أو خطوط أو غيرها في ورشة العمل أو وجود ورش تعمل على نقل هذه المنشآت أو تحويلها.
- تزامن أشغال الورشة مع أشغال أخرى.
- التلف والضياع الناتج عن لا مبالاة أو إهمال المقاول.
- حماية الآلات والمنشآت من العواصف والأمطار والفيضانات وكل الظواهر المناخية.

¹- أشار إليه: محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص. 264.

²- علي عبد الأمير قبيلان، المرجع السابق، ص. 20، 19.

كما أخرجت هذا النص إمكانية استفاضة المقاول من التعويض بفعل القوة القاهرة إذا مست الكارثة التي أنشأت حالة القوة القاهرة عتاد المقاول¹.

ويرى البعض² أن عدم تنظيم المشرع الجزائري لحالات القوة القاهرة في العقود الإدارية مردهُ إجابة المتعاقدين إلى ما ورد بالقانون المدني من أحكام منظمة للقوة القاهرة³، إلا أننا نرى عدم إمكانية تطبيق هذه الأحكام على القوة القاهرة في العقد الإداري، لاستقلالية القانون الإداري عن أحكام القانون الخاص من جهة، ولتميز القوة القاهرة في العقود الإدارية بأحكام خاصة تجعلها متميزة عن نظيرتها في القانون المدني من جهة أخرى.

وهو نفس الأمر في فرنسا، أين لم يقد المشرع بتعريف القوة القاهرة، بل اكتفى فقط بالنص عليها كإحدى الأفعال المعفية من المسؤولية الإدارية للإدارة المتعاقدة، وذلك في م 90 من قانون التزامات الإدارة الفرنسي⁴.

ومن خلال مختلف التعاريف التي قيلت في القوة القاهرة، والتي تتشابه كلها من حيث المضمون، يظهر التقارب الجلي بين تعريف القوة القاهرة في القانون المدني والقانون الإداري، مما يثير التساؤل عن النظام القانوني المطبق على القوة القاهرة في العقود الإدارية، هل هو نفسه الموجود بالقانون المدني أم أن هنالك خصوصية ذاتية للقوة القاهرة بالعقد الإداري؟

والإجابة على هذا التساؤل تستدعي أولاً معرفة أن القوة القاهرة هي من ابتكار التشريع والقضاء المدنيين، بل هي نظرية ضاربة في جذورها في عمق القانون المدني، والذي يعرف بقدومه عن القانون الإداري حديث النشأة. وفيما بعد ولأسباب عملية فرضت نفسها على تنفيذ العقد الإداري أصبح القاضي الإداري يستنبط أحكامها من المحاكاة مع ما هو موجود بالقانون المدني، ولكن بدرجات متفاوتة. وقد اختلف الفقهاء في مدى استعانة القضاء الإداري بقواعد القانون المدني لمعالجة حالات القوة القاهرة في العقد الإداري من عدمه.

¹ - م 27 من د ش إ ع المطبقة على صفقة الشغل العمومية لوزارة البناء والأشغال العمومية والنقل.

² - خرشي النوي، المرجع السابق، ص. 301.

³ - ومن ذلك م 127 والمادة 178 منه.

⁴ - « La force majeure dispense les parties de l'exécution des obligations contractuelles qui sont irréalisables. », Code des Obligations de l'Administration.

فيرى أحد الفقهاء أن القانون الإداري رغم ذاتيته واستقلاليته عن القانون المدني، لا سيما في مجال العقود الإدارية، إلا أن ذلك لم يمنع القاضي الإداري من استنباط بعض الأحكام من القانون المدني لتطبيقها على هذه العقود، باعتبارها قواعد تحوي مبادئ عامة للقانون صالحة للتطبيق في القانونين المدني والإداري معاً¹.

بل أكثر من ذلك، ذهب البعض للقول بأن الكثير من الأحكام الحاكمة للعقد الإداري تحمل منطلق القانون الخاص، وأن كثيراً من أحكام القانون المدني تسري مباشرة على العقود الإدارية، ويرى أن القاضي الإداري أحياناً -ولو في حالات نادرة نسبياً- يطبق أحكام القانون المدني ويشير إلى رقم المادة صراحة، وفي أحكام أخرى يكتب فقط بأخذ المضمون دون الإشارة لرقم المادة².
وخلافاً لذلك، يرى أحد الفقهاء أن هناك اختلافاً بين أحكام كل من العقد المدني ونظيره الإداري، رغم اتساقهما في الصفات العامة (من وجود أطراف متعاقدة، وتطابق الإرادة والمحل والسبب ... الخ)، ويرجع مرد وجوه ذلك الاختلاف إلى هدف تحقيق المصلحة العامة، الذي هو مناط كل عقد إداري ابتداءً وانتهاءً، عكس العقد المدني الذي يسعى أطرافه لمصالحهم الشخصية المحضة³؛ ولو أن ذات الفقيه لا يرى مانعاً من استعارة القاضي الإداري لبعض أحكام القانون المدني ولكن بشرط تكييفها مع المصلحة العامة، التي اعتبرها مناط ذاتية أحكام العقد الإداري عن العقد المدني⁴.

وإذا كان ما سبق ذكره ينطبق على مدى تطبيق القانون المدني على منازعات العقد الإداري بصفة عامة، إلا أن حدة التساؤل تزول نسبياً في مجال القوة القاهرة، فرغم أن أحد الفقهاء يرى أن تعريف القوة القاهرة الذي قال به فقهاء القانون الإداري يُظهر العناصر الأساسية المكونة لها، وهي نفس العناصر التي تُعرّف بها القوة القاهرة في القانون الخاص أي أن شروط القوة القاهرة

¹ - انظر: أحمد محمود جمعة، تطبيق أحكام القانون الخاص على منازعات القانون العام وأثره على ذاتية القانون الإداري واستقلاله مع أحدث الأحكام حتى 2003، ج1، القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005، ص.14.

² - علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ص.11، 12.

³ - عزاوي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.389.

⁴ - نفس المرجع، ص.391.

في القانون الإداري هي ذاتها في القانون المدني¹. إلا أن القضاء الإداري الفرنسي حسم المسألة حينما أفصح مفوض الحكومة في إحدى القرارات المبدئية صراحة عن أن من حق المحاكم الإدارية أن تبدي كثيرا من التشدد في تقدير سلوك المتعاقد، وأن تطلب منه مجهودات أكثر لضمان تنفيذ عقده، مما تطلبه المحاكم العادية، أي أن هناك فرقا بين أحكام القوة القاهرة في القانونين المدني والإداري يكمن في درجة قياس مبرر استحالة التنفيذ².

ونحن نرى من جانبنا أن للقانون الإداري خصوصيته التي ابتدعها قرار T.C Blanco الشهير، حين صرح بأن: "مسؤولية الإدارة هي مسؤولية خاصة تخضع لقواعد ذاتية لها، وأن أحكام القانون المدني هي أجنبية وغير مطبقة عليها"، وأن أحكام القانون المدني رغم ما تحمله من قواعد ومبادئ قانونية عامة ورغم كونها الشريعة العامة للعديد من المواضيع، إلا أنها تبقى غير قادرة على مسايرة السمات الأساسية للعقد الإداري والتي تعتبر غريبة جدا عن عقود القانون الخاص، كطرق التعاقد مع الإدارة العامة، أو سلطة هذه الأخيرة في الرقابة والتوجيه وفي التعديل والفسخ الانفراديين للعقد الإداري، لدرجة أن أصبحت هذه السمات بمثابة معيار لتحديد العقد الإداري بكونه عقدا يحتوي بنودا غير مألوفة في علاقات القانون الخاص. وبالتالي نرى ان القاضي الإداري ليس ملزما على الرجوع لأحكام القانون المدني لتنظيم حالات القوة القاهرة، بل إنه ملزم على ابتكار الحلول القانونية التي تتماشى وتتكيف مع كل حالة على حدة، مراعاة لهدف المصلحة العامة -من جهة- ولتحقيق التوازن بين طرفي العقد الإداري غير المتساويين -من جهة أخرى-

¹ - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.15.

² - يونس إسماعيل حسن، المرجع السابق، ص.209؛ محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص.265،266.

الفرع الثاني

تطبيقات القوة القاهرة في العقود الإدارية

رغم أن حالات القوة القاهرة في العقود الإدارية كثيرة ولا حصر لها، ويكفي فيها فقط توافر الشروط المقررة قانوناً وقضاءً للقول بأنها حالة قوة القاهرة؛ إلا أن العمل القضائي أثبت وجود بعض الحالات الطبيعية والقانونية والمادية التي غالباً ما تطرح على القاضي الإداري كدفع بعدم التنفيذ لاستحالته، مما يدفع به لدراسة هذه الحالات والبت في مدى كونها قوة القاهرة من عدمه. فللقوة القاهرة تطبيقات مختلفة ومتعددة، كالزلازل والفيضانات والحرائق الكبرى والحروب... الخ؛ وبما أن القضاء لم يتخذ حلاً موحداً بالنسبة لها كلها، فلا بد من إبراز موقفه من كل حالة على حدة، عبر الآتي:

أولاً: حالة الظواهر الطبيعية

لقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي في قرار له عام 1935، أن هطول الأمطار بقوة وغزارة وفي مدة استثنائية تتجاوز توقعات الأطراف المتعاقدين تشكل أفعال قوة القاهرة¹. في حين اعتبر هطول الأمطار بصورة معتادة فلا يدخل في هذا الاعتبار². أما حالة طوفان النهر فهو بنظر مجلس الدولة قد يعتبر سبباً مكوناً للقوة القاهرة بحسب طبيعة وخصائص هذا الطوفان³.

¹ - انظر:

C.E. 27 Novembre 1935, Etablissement. Des courts.

C.E. 27 Octobre 1937. Ministre des Finances et Chauvin.

C.E. 29 Juillet 1943, Villemain.

أشار إليها: محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.32.

² - أنظر:

C.E. 2 Juillet 1931. Nicolas.

C.E. 21 Décembre 1937. Yeandet.

C.E. 21 Juillet 1939, Ledant.

أشار إليها: نفس المرجع، ص.32.

³ - أنظر:

C.E. 2 Décembre 1936. Société de la Loire.

أشار إليه: نفس المرجع، ص.32.

في حين أن القضاء الإداري ببلبان قرر أن طوفان النهر لا يشكل حالة قوة القاهرة بسبب مياه الأمطار، لأنه حدث مرتقب ولا يفسح في المجال كنتيجة لذلك للمطالبة بالتعويض من قبل المتعهد¹.

وفي الجزائر، ورغم أن الظواهر الطبيعية تشكل في كثير من الأحيان مثالا بارزا لحالات القوة القاهرة، إلا أن التشريع والقضاء الجزائريين قد تعاملتا معها بشيء من التشدد، بحيث تم تضيق نطاق الادعاء بالقوة القاهرة في مثل هذه الحالات.

فعلى الصعيد التشريعي، نجد أن المشرع نص صراحة على أن البلدية معفاة من كل مسؤولية تجاه الأضرار الناتجة عن كارثة طبيعية، بشرط اتخاذها للاحتياطات اللازمة مسبقا، وهذا في نص م147 من قانون البلدية²، ورغم أن هذا النص يتعلق بحالة من حالات الاعفاء من المسؤولية الإدارية للبلدية بصفة عامة، إلا أننا لا نرى مانعا من اسقاط حكمه على حالة المتعاقد الذي يتدرع أمام البلدية المتعاقد معها بإحدى الكوارث الطبيعية كقوة القاهرة تعفيه من التزامه؛ بحيث أن لها عدم الاستجابة لطلبه شريطة أن تكون قد اتخذت كل السبل والوسائل الكفيلة بمنع وقوع هذه الكوارث. لا سيما وأن المشرع وضع التزاما مسبقا على عاتق الدولة بتجنب وقوع بعض الكوارث الطبيعية، مثلما جاء بالقانون 04-20 المتعلق بالوقاية من الأخطار الكبرى وتسيير الكوارث في إطار التنمية المستدامة³، والمرسوم التنفيذي 09-399 المتعلق بتحديد آليات توقع الفيضانات⁴. أما على الصعيد القضائي، فنجد قرارا لمجلس الدولة الجزائري بتاريخ 07/05/2001⁵، اعتبر الفيضانات قوة القاهرة تحول دون تقرير مسؤولية البلدية تجاه الأضرار التي لحقت بصاحب

¹ - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.32،33.

² - إذ تنص م147 على ما يلي: " في حالة وقوع كارثة طبيعية لا تتحمل البلدية أية مسؤولية اتجاه الدولة والمواطنين إذا أثبتت أنها اتخذت الاحتياطات التي تقع على عاتقها والمنصوص عليها بموجب التشريع والتنظيم المعمول بهما".

أنظر: القانون 11-10، مؤرخ في 22-06-2011، يتعلق بالبلدية، ج.ر عدد 37، مؤرخة في 03/07/2011.

³ - أنظر: القانون رقم 04-20، مؤرخ في 25/12/2004، يتعلق بالوقاية من الأخطار الكبرى وتسيير الكوارث في إطار التنمية المستدامة، ج.ر عدد 84، لسنة 2004.

⁴ - أنظر: المرسوم التنفيذي رقم 09-399، مؤرخ في 29/11/2009، يحدد آليات توقع الفيضانات، ج.ر عدد 71، مؤرخة في 02/12/2009.

⁵ - قضية (ج ف) ضد بلدية بومقر، منشور بمجلة مجلس الدولة، ع.3، 2003، ص.103، انظر الملحق رقم 06 من هذه الرسالة.

إحدى المحلات¹؛ ويعتبر هذا القرار -حسب رأينا- قراراً جريئاً نوعاً ما كونه جعل من الفيضانات حالة قوة القاهرة تعفي البلدية من المسؤولية، رغم أن البلدية ملزمة قانوناً بالاحتياط من مثل هذه الكوارث الطبيعية وتقليل حدوث أضرارها، خاصة وأن سبب الضرر اللاحق بالمحل في قضية الحال، هو الجدار الذي شيده البلدية وأدى لتجمع مياه الأمطار ودخولها إليه. فكان الأولى عدم إعفاء البلدية من مسؤوليتها بسبب الفيضانات، التي أصبحت اليوم حادثاً طبيعياً يستلزم توقعه والاحتياط من عواقبه.

ولعل القضاء الإداري الجزائري كان قد انتهج نفس هذا النهج، أين تشدد في القول بالإعفاء من المسؤولية بسبب الحوادث الطبيعية، وألزم الدولة بالقيام باحتياطاتها اللازمة، وذلك بتاريخ 1968²/04/10، إذ قرر المجلس الأعلى (الغرفة الإدارية) أن الأمطار الغزيرة المؤدية لفيضان تشكل قوة القاهرة، ولكن لا تعفي الدولة من المسؤولية ما دامت الأضرار الناتجة عنها، ساهم في زيادتها رداءة صيانة القناة التي هي في حراسة الدولة.

وهذا ما أكده المجلس الأعلى أيضاً، بتاريخ 1989 في أحد قراراته³، أين قرر أن حدوث فيضانات أدت إلى خسائر مادية، دون أن تقوم الإدارة بمنعها أو على الأقل بتوقعها، والعمل على تجنبها بجميع أشغال الصرف الضرورية لا يعد قوة القاهرة ويجعل مسؤولية الإدارة قائمة، وحسن فعل القاضي في هذا القرار عندما جعل من الفيضان حدثاً متوقفاً ولا بد من الاحتياط لمواجهته، وأخرجه بالتالي من حالات القوة القاهرة.

ثانياً: حالة الصعوبات التي تواجه الأطراف المتعاقدين

مبدئياً لا تشكل الصعوبات التي تواجه الأطراف المتعاقدين في تنفيذ التزاماتهم التعاقدية أي أفعال قوة القاهرة، ولا شك أن الصعوبات العادية تميز عن الصعوبات التي يصعب تجاوزها أو

¹ - لا يتعلق هذا القرار بالقوة القاهرة في العقود الإدارية، بل يندرج ضمن حالات الإعفاء من المسؤولية الإدارية بصفة عامة، ولكن تم إدراجه بالمتن لتعميم الفائدة، وتبيان موقف مجلس الدولة الجزائري من الحوادث الطبيعية كقوة القاهرة، في ظل ندرة القرارات القضائية في هذا الصدد.

² - المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، بتاريخ 1968/04/10، قضية الدولة ضد شركة الوراقة وصناعة المقوى العصريين وغيرها، غير منشور، أنظر الملحق رقم 07 من هذه الرسالة.

³ - أنظر: قرار المجلس الأعلى، بتاريخ 1989/02/25، قضية (ش ع) ضد (و م و م ومن معه)، المجلة القضائية للمحكمة العليا الجزائرية، ع.4، 1990، ص.193، أنظر الملحق رقم 08 من هذه الرسالة.

تحملها، ومن الطبيعي الإشارة أن القاضي يقدر الصعوبات التي يمكن أن تواجه الأطراف المتعاقدة والتي يجب أن تدخل في توقعاتهم عند إبرام العقد، كما في الصعوبات التي تعترض النقل والتموين¹ أو اختيار اليد العاملة².

ويظهر دور القوة القاهرة إذا كانت الصعوبات التي تواجه التنفيذ غير متوقعة كما في حالة خفض الأيدي العاملة في المشروع بسبب حالة التجنيد التي لجأت إليها الإدارة فاضطرت إلى منح المتعاقد مهلا جديدة للتنفيذ³. بحيث أن القضاء اعتبر التأخير في توريد المواد الذي تسببت فيه الإدارة في عقود الأشغال العامة -اعتبره- قوة القاهرة.

ثالثا: حالة ادعاء المتعاقد بشأن المتعاقد الثانوي أو المورد

بالنظر لضخامة حجم الأدعاءات التي يلتزم المتعاقد بها في العقد الإداري، فإنه قد يستعين أحيانا بالغير لتلبية جزء من التزاماته في إطار التعاقد من الباطن⁴. ولا يقبل القضاء بصورة عامة أن يقرر المتعاقد مع الإدارة أن تأخر المتعاقدين الثانويين معه أو الموردين له إنما تحكمه أسباب القوة القاهرة، وقد صدرت جملة من القرارات في هذا الاتجاه⁵. فلا يعتبر خطأ المتعاقد من الباطن قوة القاهرة، لأن الاستعانة بهم تمت بإرادة المتعاقد الأصلي، وليست خارجة عن ارادته، ويتعين عليه تحمل نتائج خطأهم⁶.

رابعا: حالة التشريعات الاجتماعية

"قد يحصل وتصدر الدولة تشريعات اجتماعية من شأنها أن تجعل تنفيذ العقد أكثر كلفة وأكثر صعوبة كما في حالة مثلا، صدور قوانين تخفض ساعات العمل اليومية، فيثير المتعهدون مع الإدارة والموردون المسألة من زاوية القوة القاهرة. لقد سار مجلس الدولة الفرنسي بصورة عامة

¹ C.E. 7 Janvier 1925. Blanchet.

أشار إليه: محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.33.

² C.E. 17 Décembre 1926. Société du chantier e l'Adour.

أشار إليه: محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.33.

³ - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.33.

⁴ - محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص.276.

⁵ - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.34.

⁶ - محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص.277.

على رفض مثل هذه الادعاءات أحيانا تحت شعار أن صدور مثل هذه التشريعات ليس أمرا غير متوقع عند إبرام العقد، وأحيانا أخرى فإنه، أي المجلس، لا يرى في هذه الخطوات الإصلاحية اجتماعيا بروز صعوبة مطلقة للتنفيذ، وقد أصدر مجلس الدولة الفرنسي مجموعة من القرارات تتعلق بقانون الثماني ساعات للعمل وبالتشريعات الاجتماعية¹. غير أن المجلس قبل في نفس الوقت وبتعليقات مختلفة لبعض الصعوبات الأخرى القول بالإعفاء أو بتخفيض الجزاءات المتعلقة بالتأخير².

خامسا: حالة الإضراب

"يُعتبر الاجتهاد الإضراب نموذجا مثاليا للحدث الذي كثيرا ما طبقت بشأنه المبادئ المتعلقة بالقوة القاهرة، وقد صدر بهذا الصدد القرار المبدئي الشهير في قضية الشركة البحرية بتاريخ 29 جانفي 1909. والتي وضعت شروطا لاعتبار الاضراب قوة القاهرة تتمثل فيما يلي:

- أن يكون الإضراب حدثا خارجا كليا عن المتعاقد، بمعنى أن المتعاقد لم يتسبب في إثارته أو في تسهيل حصوله فحسب، بل أيضا قام ببذل الجهود اللازمة للتوفيق والمصالحة التي تطلب منه شخصيا.

- أن يكون الإضراب فعلا حدثا خارجيا غير متوقع.

- أن يكون الإضراب قد أوجد وضعاً يصعب تجاوزه لا سيما إذا كان المتعاقد لم يستطع إيجاد البديل لليد العاملة للقيام بالعمل³.

ولكن ذلك كله لم يمنع من الأخذ بالإضراب كقوة القاهرة في كثير من القرارات لمجلس الدولة الفرنسي تبعا لهذا القرار المبدئي الشهير، كما استبعدت قرارات أخرى فكرة القوة القاهرة، إذ اعتبر المجلس أن بإمكان المورد أن يؤمن التزاماته في التوريد من منطقة أخرى غير منطقته، أو أن الشركة المتعهدة لم تقم بمحاولات المصالحة والتوفيق اللازمة لوقف الإضراب، أو أن المتعهد لم

¹ - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.34،35.

² - علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ص.69.

³ - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.36.

يمارس سلطته ونفوذه في وضع حد نهائي للإضراب، أو في حالة كان الإضراب أمراً متوقعا ومنتظرا، أو أن المانع الناتج عن الإضراب لم يكن يصعب تجاوزه¹.

سادسا: حالة الحرب

ليس من جديد لحالة الحرب سوى الإشارة أن هذه الحالة تشبه حالة الإضراب وأنها تشكل بحد ذاتها حالة نموذجية لمسألة تطبيق القوة القاهرة، فالاجتهادات القضائية والحلول التي وضعت تدور حول المبادئ الرئيسية ذاتها، فلا حالة الحرب ولا النتائج المترتبة على حدوثها تكفي لتكوين أفعال القوة القاهرة، فلا تصبح هذه الحالة موضع اعتبار إلا إذا استجمعت بشأنها بدقة الشروط الثلاث اللازمة لمعنى القوة القاهرة².

"فقليلًا جدا ما تعتبر حالة الحرب وما ينتج عنها كحادث قوة القاهرة، وهذا ما تم فعلا عقب الحرب العالمية الأولى بصدور عدد كبير من القرارات التي استبعدت عذر القوة القاهرة في المنازعات الناشئة بسبب الصعوبات المتعلقة بتمويل الإعاشة أو النقلات أو اليد العاملة، وقد استند قضاء مجلس الدولة في قراره إلى أن الأحكام والشروط وبخاصة في دفتر الالتزامات لا تسمح للمتعهد بأن يتحلل من التزاماته بسبب الحرب، ولكنه استدرك أنه في حالة طرا تعديل أساسي في شروط الالتزام بسبب حالة الحرب فإن المتعهد يستطيع على ضوء ذلك المطالبة إما بفسخ عقده أو الحصول على التعويض المناسب والعادل"³.

"لقد طرأ في الواقع تغيير مهم في موقف مجلس الدولة إزاء حالة الحرب والنتائج المترتبة على حدوثها، فلم يعد ينظر إلى أن حدوث هذه الحالة لا يسمح على الإطلاق بتطبيق نظرية القوة القاهرة، فقد صدرت عن مجلس الدولة الفرنسي سلسلة من القرارات الاجتهادية تسمح بتطبيق القوة القاهرة إذا استجمعت جميع شروطها لا سيما في فترة الاجتياح التي شهدته فرنسا عقب اندلاع الحرب العالمية الثانية، اعتبرت معظم هذه القرارات أن تطبيق نظرية القوة القاهرة كان

¹ - علي محمد علي عبد المولى، المرجع السابق، ص.450،449.

² - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.37.

³ - علي محمد علي عبد المولى، المرجع السابق، ص.452،451. ومحمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.38.

متوفرا في إتلاف معدات وتجهيزات شركة الغاز أثناء الاحتلال عام 1942 وهدم محطات لشركة
كهرباء فرنسا¹.

¹ - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.38،39.

المطلب الثاني

شروط نظرية القوة القاهرة

يجوز لأطراف العقد الإداري تحديد الحالات التي تعتبر قوة القاهرة وتنظيم أحكامها، وفي هذه الحالة يكفي تفسير وتطبيق بنود العقد، أما في حالة سكوت العقد عن تنظيم القوة القاهرة، فإن القضاء الإداري اشترط مجموعة شروط دقيقة وصارمة للقول بوجود حالة القوة القاهرة وبالتالي الإعفاء من مسؤولية عدم تنفيذ العقد الإداري.

وقد "أثيرت المبادئ الأساسية الأولى المكونة لنظرية القوة القاهرة في قضية شركة messagerie maritimes، لمجلس الدولة الفرنسي، حيث اعتبر الإضراب قوة القاهرة:

- إذا كان مستقلا عن إرادة المتعاقد.

- إذا لم يستطع توقعه أو إنهاؤه.

- إذا جعل المتعاقد في استحالة مطلقة من الوفاء بالتزاماته.

تعتبر هذه الشروط المكونة للقوة القاهرة بأنها دقيقة للغاية وإذا كانت هي ذاتها تنفذ في مجال القانون الخاص، فهي تفسر في نطاق العقود الإدارية بطريقة أشد حزما، لا سيما إذا لاحظنا أن القضاء الإداري يتشدد للغاية فعندما يتطلب من المتعاقد مع الإدارة بذل أقصى جهد بل ويركز في اجتهاداته المستمرة على هذا الجهد¹. ومن ثمة سنعالج شروط تطبيق نظرية القوة القاهرة، والمتمثلة في كونها حادثا أجنبيا عن إرادة المتعاقدين ولا يمكن توقعه (الفرع الأول) ويستحيل التصدي إليه (الفرع الثاني).

¹ - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.17.

الفرع الأول

القوة القاهرة حادث خارجي عن إرادة المتعاقدين ولا يمكن توقعه

إذا كان مناط تمييز القوة القاهرة عن حالة الظروف الطارئة يتمثل في استحالة التنفيذ، فإن بينهما قواسم أخرى مشتركة تتمثل في أن كلاهما ينجم عن حدث خارج عن إرادة طرفي العقد، ولا يمكن لأي منهما توقعه وقت إبرام العقد، بل ويعتبر هذين الشرطين عاملا مشتركا كذلك مع القوة القاهرة في القانون الخاص¹، ونظرا لما لهذين الشرطين من أهمية في تحديد مدى توافر حالة القوة القاهرة في العقد الإداري من عدمه، فلا بد من البحث عنهما فيما يلي:

أولا: القوة القاهرة حدث خارجي عن إرادة طرفي العقد

إن فعل القوة القاهرة يجب أن يكون بكامله خارجا عن إرادة المتعاقد ومنقطع الصلة تماما عن إرادته، ومعنى ذلك ألا يكون له أي دور ليس في تحققه ووجوده فقط، بل ولا يكون له أي إمكانية في منع حدوثه² ولا في ردّه.

ولا يعتبر الأمر قوة القاهرة إذا سبقه أو اقترن به خطأ عقدي، فلا يعتبر مثلا تأخر المتعاقد عن الوفاء بالتزامه أو عدم مراعاته للأوامر المصلحية أو عدم مراعاته للاحتياجات اللازمة قوة القاهرة³.

ثانيا: القوة القاهرة حدث غير مرتقب ولا يمكن توقعه

إن فعل القوة القاهرة يجب أن يكون غير مرتقب أي غير قابل للتوقع، مع أن ذلك لا يعني عدم القابلية المطلقة، بل إن فكرة عدم القابلية للتوقع لا تبحث في حد ذاتها مجردة عن أية اعتبارات أو ظروف تساهم في حدوثها⁴.

¹ - يعتبر الشرط الثالث كذلك (وهو استحالة التنفيذ) شرطا مشتركا بين القوة القاهرة في كل من العقدين المدني والإداري، ولكن أدخل القاضي الإداري بعض الخصوصية على هذا الشرط فأخرجه في بعض الحالات من الطابع العادي المعروف في القانون الخاص، وذلك في حالة ما يسمى بالقوة القاهرة الإدارية، التي سنعالجها في موضعها.

² - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، 21.

³ - هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص. 59.

⁴ - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، 21.

ويرجع في تقدير عدم التوقع إلى وقت إبرام العقد، وعلى هذا فإن الفعل إن كان من غير الممكن توقعه وقت الإبرام كان ذلك قوة قاهرة حتى ولو أمكن توقعه فيما بعد¹، وقد سار مجلس الدولة الفرنسي في كثير من استعمالاته إلى القول إن الحادث غير المرتقب أو غير المتوقع لا يمكن أن يقوم بمواجهة المتعاقد في وقت إبرامه².

أما المحكمة الإدارية العليا بمصر، فقد توسعت في اشتراط ركن عدم التوقع لتطبيق أحكام القوة القاهرة، فجاء في أحد قراراتها أن "العمل كان يجري في منطقة أثرية وأنه كان من الأمور المتوقعة عند إبرام العقد توقف العمل فيه لوجود الآثار وإيقاف العمل كان أمراً متوقعاً، ولذلك فلا يعتبر هذا العمل سبباً أجنبياً أو قوة قاهرة يترتب عليها أن يتحلل المدعى عليهم من التزامهم بالمضي في تنفيذ العمل المتعاقد عليه حتى يتم إنجازها، وكان يجب عليهم أن يتأكدوا من مصلحة الآثار أنه لا يوجد بالموقع ما يحول دون تنفيذ العملية المتعاقد عليها في الآجل المتفق عليه"³. ويتم تقدير عدم التوقع لا بالنظر للمتعاقد فحسب، بل من جانب أشد الناس يقظةً وتبصراً بالأمور، فمعيار الرجل الحريص هو المتبع في هذا الصدد وهو معيار موضوعي لا ذاتي⁴، ولعل ما يبرر هذا الطرح هو التشدد والحرص الذي يتوخاه القاضي الإداري أثناء معالجته لحالات القوة القاهرة، سعياً منه للحفاظ على متطلبات المرفق العام وضرورات المصلحة العامة. مما يدفعه لبحث وتمحيص كل حالة على حدة، فقد "قضى الاجتهاد القضائي اللبناني بأن ارتفاع منسوب النهر بصورة مفاجئة بسبب الأمطار الغزيرة مما ألحق ضرراً بالمعدات التي وضعها المتعهد قريباً من النهر، يعتبر حدثاً غير مرتقب ويشكل بالتالي قوة قاهرة، بينما لم يعتبر القضاء قوة قاهرة

¹ - محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص. 271.

² C.E.F. 17 Décembre 1926. Société des Charbon de l'Adour « ... L'événement imprévisible est celui qui ne pouvait raisonnablement être envisagé par le contractant au moment où il a traité ».

إن الحادث غير المتوقع هو الحادث الذي لا يمكن مواجهته بشكل معقول من قبل المتعاقد في الفترة التي تعاقد بها. أشار إليه: محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص. 22.

³ - قرار المحكمة العليا الإدارية بمصر، بتاريخ 1969/02/15، مُشارٌ إليه لدى: خميس السيد إسماعيل، المرجع السابق، ص. 264، 265.

⁴ - محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص. 271، 272.

إصابة الماشية بالوباء، حيث اعتبرها من الأمور العادية الطبيعية الممكن حصولها والواجب التفكير بها عند إبرام العقد¹.

ويختلف توجه القضاء الإداري في فرنسا عنه في مصر بشأن معيار تقدير عدم التوقع، فيرى القضاء والفقهاء الفرنسيين أن عدم التوقع أمر نسبي ولا يقرر بذاته بل بعلاقته بالظروف المعاصرة للعقد، ورفض الفقهاء الفرنسي فكرة عدم التوقع المطلق وأخذوا بعدم التوقع النسبي، واعتمدوا في ذلك معايير موضوعية لا ذاتية. أما في مصر فإن الاجتهاد الإداري اعتبر امكان عدم التوقع أمراً مُطلقاً، وليس نسبياً².

أما في الجزائر، اشترط مجلس الدولة شرطين أساسيين للقول بوجود حالة قوة القاهرة في تنفيذ العقد الإداري، وذلك بتاريخ 1999/03/08³، وهما:

1* أن يكون للحادث طابع عدم التوقع والاستثناء، وهو شرط متفق عليه وضروري للقول بوجود القوة القاهرة، ولعل استعمال القاضي لمصطلح "الاستثناء" هنا، يقصد من ورائه القول بأن الحادث غير عادي ويستحيل دفعه.

2* أن يكون الحادث قد تم أثناء تنفيذ العقد وليس بعده، ولعل هذا الشرط يبدو بديهياً نوعاً ما، ولكنه شرط جوهري في هذه القضية، كون أن المتعاقد دفع بوجود حالة قوة القاهرة حالت بينه وبين إتمام المشروع المتعاقد عليه؛ إلا أن مجلس الدولة رفض هذا الدفع مبرراً ذلك بأن مرور أكثر من سنتين على إبرام الصفقة دون أن يتم بناء المشروع، بينما كان أجل الإنجاز محدد بستة أشهر، يجعل القوة القاهرة أمراً مستبعداً للدفع باستحالة التنفيذ.

كما أن المحكمة العليا الجزائرية -في موضع آخر- اشترطت كذلك في القوة القاهرة أن يكون الحدث غير متوقع ولا يمكن التحكم فيه⁴، ولعل في ذلك تأكيداً لاشتراك القوة القاهرة في كل من

1- علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ص.28.

2- علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ص.32،33، بتصرف.

3- أنظر: سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، ج3، الطبعة الأولى، منشورات كليك، الجزائر، 2013، ص.932، قضية بين (ب ت) ورئيس المندوبية التنفيذية لولاية سكيكدة، بتاريخ 1999/03/08، انظر الملحق رقم 09 من هذه الرسالة.

4- أنظر: قرار بتاريخ 2009/12/03، بين (ع.م) ضد (ل.س)، منشور بمجلة المحكمة العليا، ع.01، 2011، ص.169.

القانون الخاص والقانون الإداري في نفس المقومات والشروط، ولو بدرجة متفاوتة في معالجة كل حالة.

الفرع الثاني

القوة القاهرة حادث يستحيل التصدي إليه

تعتبر استحالة التنفيذ شرطا جوهريا وضروريا للقول بوجود القوة القاهرة من عدمه، بل إنها تأتي في مركز متقدم عن عدم التوقع أمام القاضي الإداري، هذا الأخير الذي يبحث بالمقام الأول عن شرط عدم المقدرة على الدفع، "لأن الحادث الذي يمكن دفعه يستوي في شأنه أن يكون متوقعا أم غير متوقع"¹. ونظرا للتشدد الذي يُعرّف به القضاء الإداري في مجال التصدي للدفع بعدم التنفيذ نتيجة للقوة القاهرة، ونظرا للتوازن الذي يسعى إليه دوما بين طرفي العقد الإداري، فقد انتهج القاضي الإداري نهجا مشابها لذلك المعتمد في القانون المدني بشأن تحديد حالة استحالة التنفيذ، ثم ابتكر فيما بعد حالة جديدة للقوة القاهرة تعتبر استحالة التنفيذ فيها أقل حدة وإن لم نقل منعذمة، مما يدفعنا للقول بخصوص هذا الشرط أن له مفهومين: القوة القاهرة التقليدية (أولا)، والقوة القاهرة الإدارية (ثانيا).

أولا: المفهوم التقليدي لاستحالة التنفيذ: القوة القاهرة التقليدية

إن فعل القوة القاهرة يجب أن يكون في وقت واحد غير ممكن تلافيه من قبل المتعاقد ومانعا جذريا من تنفيذ الالتزامات التعاقدية، بمعنى آخر يجب أن تكون هناك استحالة مطلقة لإمكانية تنفيذ العقد حسب ما أشار إليه مجلس الدولة الفرنسي². فيرتبط عدم إمكان الدفع باستحالة تنفيذ العقد، فإن أمكن دفع الحادث حتى ولو استحال توقعه لا يعد قوة القاهرة، ويجب أن تكون استحالة التنفيذ مطلقة³.

وقد يتخذ مفهوم القدرة على دفع القوة القاهرة صورا مختلفة، فقد يكون بإمكان المتعاقد منع حدوث الاستحالة أو التقليل من حجمها، من خلال اتخاذ تدابير وقائية، أو ابلاغ الإدارة المتعاقدة بوقوع حادث قد يستحيل معه التنفيذ⁴.

¹ - علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ص.38.

² - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.23.

³ - علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ص.36.

⁴ - نفس المرجع، ص. 36،37، بتصرف.

ولا يلتزم المتعاقد مع الإدارة وحده ببذل قصارى جهده لدفع الحادث، بل تلتزم الإدارة المتعاقدة بذلك أيضا، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بمصر، في أحد قراراتها أين قضت بأن "القوة القاهرة (...)" من شأنها جعل التنفيذ مستحيلا استحالة مطلقة، لا بالنسبة للمدين وحده بل بالنسبة إلى أي شخص يكون في موقف المدين¹. كما أن مجلس الدولة الفرنسي رفض دفع الإدارة بعدم توافر الاعتمادات المالية كحجة لاستحالة التنفيذ².

وهناك قرار غير منشور صادر عن مجلس الدولة الجزائري، اتبع فيه نفس هذا المبدأ، أين قرر أن "دفع البلدية بعدم وجود الاعتماد المالي بالخرينة العمومية لتسديد مصاريف المقاول المتعاقدة، هو دفع غير جدي لأنه ما كان على البلدية مباشرة إنجاز مشروع إلا بعد أن تتوفر على اعتمادات مالية³"، وما هذا إلا تأكيد لقرار سابق له أكد فيه بأن البلدية لا تستطيع التذرع بعدم توفر السيولة المالية للامتناع عن تسديد مبلغ الاشغال التي طلبتها⁴.

وإن الأساس القانوني لإلزام المتعاقد ببذل كل جهده لمنع حدوث القوة القاهرة ينبع من المبدئ العام للقانون المتمثل في حسن النية في تنفيذ العقود، ولو أن هذا المبدأ يجد أساسه في نصوص القانون المدني، مثلما جاء في فرنسا ومصر⁵، والجزائر من خلال م1/107 و2 من القانون المدني، إلا أن لا مانع من تطبيقه من طرف القاضي الإداري لا كنص قانون من التقنين المدني، ولكن كمبدأ عام للقانون⁶ يصلح للتطبيق على منازعات العقد الإداري.

¹ - قرار صادر بتاريخ 1959/1/12، أشار إليه: علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ص.40، ويرى أن في هذا القرار يلزم الإدارة كذلك على بذل جهودها للوفاء بالتزاماتها التعاقدية، ولو أننا نرى أن العبارة التي استعملها القرار (أي شخص يكون في موقف المدين) لا تشير مباشرة إلى الإدارة فقط، بل إلى المتعاقد من الباطن أو الخلف الخاص للمتعاقد في بعض الحالات.

² - CE 15 avr. 1959, Ville de Puteaux, cité par :

علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ص.40، هامش رقم 3.

³ - مجلس الدولة، الغرفة الأولى، القسم الأول، بتاريخ 2012/10/04، بين ولاية وهران و(مؤسسة ...)، مذكور سابقا.

⁴ - قرار مجلس الدولة، بتاريخ 2005/07/12، بين (بلدية ثنية الحد) و (ز د)، غير منشور، انظر الملحق رقم 10 من هذه الرسالة.

⁵ - أنظر م1104 من القانون المدني الفرنسي، وم148 من القانون المدني المصري.

⁶ - المبادئ العامة للقانون هي من المصادر الرئيسية للقانون الإداري، وتتمثل في مجموعة القواعد القانونية غير المكتوبة التي يستنبطها القاضي من الضمير القانوني للأمة، وقد اعتبرها مجلس الدولة الفرنسي مصدرا للمشروعية الإدارية في العديد من القرارات المبدئية، ولعل أبرزها:

ويرى البعض أن مجلس الدولة الفرنسي يأخذ في اعتباره عند تقدير استحالة التنفيذ ما يتمتع به المتعاقد من موارد ومقدار ما بذله من جهد للوفاء بالتزامه، وأن أمرا ما قد يعد قوة القاهرة بالنسبة لشركة ذات رأسمال ضئيل، في حين لا يعد كذلك بالنسبة لمشروع ضخم ذو رأسمال كبير¹، وبالتالي فإن معيار تقدير الاستحالة هو معيار نسبي يختلف من حالة لأخرى، مما يبرز كذلك التوازن الذي يسعى القاضي الإداري لتحقيقه دوما ضمن قواعد العدالة، بحيث لا يغلب التشدد الذي يفرضه في أحكام القوة القاهرة على إمكانيات وقدرات المتعاقد فيحمله أكبر مما يطيق.

ولهذا يرى البعض بحق أن "وصف القوة القاهرة بأنه يصعب التغلب عليها أو تفاديها مسألة في منتهى الدقة، ولأجل إعفاء المتعاقد من تنفيذ التزامه عليه أن يكون قد دفع جهده إلى أقصاه، وهذا ما يجعل القضاء الإداري مضطرا إلى مراعاة مجموعة من الأمور التي يملكها المتعاقد"².

فالمعيار المعتمد هنا هو معيار ذاتي، وفقا للظروف الشخصية للمتعاقد مع الإدارة، ووسائله الخاصة، بحيث ليس من العدل مطالبته بما يفوق جهده وإمكانياته³.

ونحن نرى صحة المعيار الذاتي لتقدير عدم القدرة على التصدي للقوة القاهرة، وأن على القاضي دراسة كل حالة على حدة بالنظر للظروف الذاتية لكل من الطرف الحاصل وحالة المتعاقد وإمكانياته، فإذا كانت الزلازل مثلا قوة القاهرة بالنسبة لمتعاقد مكلف ببناء جسر على طول جبل هدمت هذه الزلازل جزءا منه، فهي ليست كذلك بالنسبة لمتعاقد يجد مكان تنفيذ عقده في بناية مقاومة للزلازل، فاستحالة التنفيذ ليست مطلقة بل نسبية.

ثانيا: المفهوم المستحدث لاستحالة التنفيذ: القوة القاهرة الإدارية

إلى جانب المفهوم التقليدي للقوة القاهرة، وصل الفقه والقضاء إلى القول بوجود قوة القاهرة من نوع خاص، تقوم على طارئ غير متوقع يؤدي إلى خلل فادح في التوازن المالي للعقد الإداري،

C.E, 5 mai 1944, Dame veuve Trompier-Gravier.

C.E, 27 octobre 1995 Commune de Morsang-sur-Orge. Publiés sur : www.conseil-etat.fr.

ويتعلق القرار الأول باحترام مبدأ حق الدفاع، والثاني باحترام مبدأ الكرامة الإنسانية للبشر.

¹ - محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص.273.

² - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.25.

³ - علي محمد علي عبد المولى، المرجع السابق، ص.446.

ويجيز للمتعاقد مع الإدارة طلب فسخ هذا العقد حتى ولو كان التنفيذ غير مستحيل¹. فكان عام 1932 نقطة التحول في تعاطي مجلس الدولة الفرنسي مع المفهوم التقليدي لنظرية القوة القاهرة الذي كان سائدا تطبيقه في نطاق القانون الخاص، فهذه النظرية هي من نظريات القانون المدني ومحاولات الاجتهاد الإداري ترمي إلى التخلص من إطار أسرها الذي لم يعد يتلاءم مع مقتضيات جديدة، واعتماد مفهوم أوسع يلاءم طبيعة العقود الإدارية عندما يحدث حادث أجنبي غير متوقع فيقلب بصورة نهائية توازن العقد الإداري، دونما حاجة لأن تكون طبيعة هذا الحادث الأجنبي جعل تنفيذ العقد الإداري مستحيلا استحالة مطلقة. وإن القرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي عام 1932 في قضية COMPANIE DES TRAMWAYS DE CHERBOURG²، أظهر

¹ - علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ص.42.

² - CE, 9 décembre 1932, Compagnie des tramways de Cherbourg, GAJA, 12e éd., p. 292. ونظرا لأهمية هذا القرار القضائي المبدئي في تحديد مفهوم القوة القاهرة الإدارية، فإننا نورد موجزا لوقائعه باللغتين العربية والفرنسية للفائدة؛ حيث أن ملتزم بنقل الركاب في عقد امتياز واجه ظروفًا جد خطيرة على نشاطه، بسبب انتشار وسائل نقل حديثة وسريعة نافست مشروعته بشكل رهيب، جعل السكان يجمعون عن استعمال وسائل نقله (عربات ترامواي)، وتبين رغم اعانة الإدارة مانحة الامتياز أن هذا المشروع لم يعد قادرا على الاستمرار بدون مساعدة الدولة، خاصة بعد ابرام 8 ملاحق للسماح للمتعاقد بزيادة سعر التنكرة، وعندما عرض الامر على مجلس الدولة الفرنسي رأى استحالة الاستمرار في عقد لم يعد قادرا على تحقيق توازنه الاقتصادي بشكل نهائي دون اعانة الدولة.

وجاء ملخص القرار باللغة الفرنسية كالآتي:

« La liberté laissée par le concédant au concessionnaire de relever les tarifs ne le décharge pas de toute participation au déficit extracontractuel, si le bouleversement du contrat est temporaire, le concédant doit fournir une aide financière pour permettre d'assurer le service pendant la période d'imprévision .

si, au contraire, les conditions économiques nouvelles créent une situation définitive ne permettant plus au concessionnaire d'équilibrer ses dépenses avec les ressources dont il dispose, si le service cesse d'être viable, **il y a là un cas de force majeure qui autorise aussi bien le concédant que le concessionnaire, à défaut d'un accord amiable sur une orientation nouvelle à donner à l'exploitation, à demander au juge la résiliation de la concession avec indemnité s'il y a lieu.**

Lesdits avenants ayant eu pour seul objet de permettre au concessionnaire d'accorder à son personnel des relèvements de salaire ne sauraient priver la compagnie du droit de réclamer pour l'ensemble des charges extracontractuelles ayant pu grever son exploitation une indemnité d'imprévision. Les sommes à admettre au compte des charges sont celles que le concessionnaire était obligé de payer, pendant la période litigieuse, en exécution de son accord amiable avec le fournisseur.

Le nouveau taux, normal, de 5 % prévu par les statuts pendant la période envisagée, doit être admis. Le prélèvement pour la réserve légale étant obligatoire pour le concessionnaire, son montant doit être admis au compte des charges.

بقوة الحاجة التطبيقية لاعتماد مفهوم جديد أكثر ملائمة لتطبيق القوة القاهرة في القانون الإداري أطلق عليها لهذا الغرض تسمية "القوة القاهرة الإدارية"¹ "La force majeure administrative". ويجب عدم الخلط بين القوة القاهرة كسبب لاستحالة تنفيذ العقد، وبين القوة القاهرة الإدارية التي لا يشترط القضاء في شأنها استحالة التنفيذ ولكن فقط مجرد قلب توازن العقد بشكل نهائي، وهي إذاً تقع في مرحلة وسطى بين القوة القاهرة والظروف الطارئة². فإذا كانت العودة إلى التوازن المالي للعقد تمثل أبرز أهداف نظرية الظرف الطارئ، إلا أنه إذا أصبح قلب اقتصاديات العقد نهائياً، وليس بالإمكان الاستمرار في تنفيذ العقد دون معاونة الإدارة العامة، فلا يمكن هنا تطبيق نظرية الظرف الطارئ إذا اتضح أن التوازن المالي لن يعود إلى العقد أبداً، بحيث لا يعقل إلزام الإدارة بمعاونة المتعاقد إلى ما لا نهاية³.

وبالنظر إلى هذا التطور الذي عرفه مفهوم القوة القاهرة في العقود الإدارية، بدءاً من سنة 1932، وتطبيقاته القضائية⁴، نستنتج أن القضاء الإداري قد أعطى مفهوماً جديداً للقوة القاهرة ليس موجوداً بالقانون الخاص، وهذا تأكيد منه على ذاتية وخصوصية أحكام القانون الإداري وسعيه الجاد والمستمر لتكييف القواعد القانونية بشكل يتماشى مع مقتضيات المصلحة العامة والتوفيق بينها وبين ظروف المتعاقد مع الإدارة.

La ville étant, en face de la compagnie, seule partie au contrat est seule tenue des indemnités auxquelles le concessionnaire peut avoir droit pour les charges extracontractuelles subies dans l'ensemble de l'exploitation concédée ; dans ces conditions, la mission donnée aux experts doit s'étendre à la détermination des charges afférentes à la totalité de la ligne, et non pas seulement de la fraction de cette ligne située sur le territoire de la ville ». Publié sur : www.doctrine.fr, dernière consultation le 29/12/2017.

¹ - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، 25، 26.

² - محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص. 266.

³ - علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ص. 43.

⁴ - طبق مجلس الدولة الفرنسي المبدأ الرئيسي لقرار 1932 المتعلق بالقوة القاهرة الإدارية في العديد من الاجتهادات الأخرى، على غرار :

CE, 7 octobre 1998, Société OTH Méditerranée.

C.E, 14 juin 2000, Commune de Staffelfelden.

منشورة عبر موقع: www.google.com. آخر تعديل بتاريخ: 2017/12/29.

المبحث الثاني

تَغْيِيرُ المَرْكُزِ القَانُونِي لِلْمَتَعَاقِدِ فِي العَقْدِ الإِدَارِي

نظرا لطول مدد تنفيذ العقود الإدارية في الغالب من الأحيان، فقد تطرأ بعض الحوادث الطبيعية أو القانونية على الأطراف المتعاقدة في العقد الإداري، فتؤدي لتغيير المركز القانوني لأحد المتعاقدين، والذي تم التعاقد على أساسه، أو تؤدي لإلغاء الشخصية القانونية للمتعاقد نهائيا، مما يجعله غير قادر على اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، ولما كان موضوع ومناط العقد الإداري -ككل عقد- هو انشاء حقوق والتزامات متبادلة في ذمة طرفي العقد، فإن هذه الظروف من شأنها التأثير بشكل بالغ على تنفيذ العقد الإداري، خاصة لو علمنا أن الإدارة لا تتعاقد إلا مع شخص تم اختياره بدقة لمميزات ذاتية تجعله الأفضل لتحقيق المصلحة العامة المتعاقد عليها.

ولذلك كان لا بد من البحث عن الحلول القانونية والقضائية التي وُجِدَتْ للتصدي لمثل هذه الظروف والتي من شأنها تغيير الوضعية القانونية إما للمتعاقد مع الإدارة العمومية (المطلب الأول) وإما لهذه الأخيرة في حد ذاتها (المطلب الثاني).

المطلب الاول

تَغْيِيرُ المَرْكُزِ القَانُونِي لِلْمَتَعَاقِدِ مَعَ الإِدَارَةِ

نظرا للصلة الوثيقة للعقد الإداري بالمرفق العام، فإن الإدارة تراعي مجموعة من الاعتبارات في اختيار المتعاقد معها¹، سواء من حيث الكفاية المالية أو القدرات الفنية والعلمية أو حسن السمعة أو الجنسية ... الخ، ومن ثمة تظهر فكرة الاعتبار الشخصي² *intuitu personae* في العقود الإدارية، والتي تلعب دورا مهما في اختيار المتعاقد مع الإدارة وفي تنفيذه لالتزاماته التعاقدية تجاهها.

ولعل أبرز تأثير لفكرة الاعتبار الشخصي على تنفيذ العقد الإداري، هو التزام المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ العقد الإداري شخصيا بوسائله وتحت مسؤوليته المباشرة والكاملة، ومرد ذلك لكون الإدارة لم تتعاقد معه إلا لاعتبارات رأت أنها الأصلح لتنفيذ عقدها؛ بل ويتعدى هذا الأثر ذلك، فالمتعاقد ليس ملزما بالتنفيذ الشخصي للعقد الإداري فحسب، بل إنه ملزم -وفي مرحلة سابقة

¹ - لعل هذا يصلح في العقود الإدارية بصفة عامة، أين تمتلك الإدارة نوعا من الحرية في اختيار المتعاقد معها، ولكنها حرية ترتبط بالمصلحة العامة -من جهة- وبالرقابة القضائية على سلطتها التقديرية -من جهة أخرى- إلا أن الأمر ليس كذلك في إحدى الصيغ الخاصة للعقود الإدارية، ألا وهي الصيغة العمومية، بحيث أن حرية الإدارة تنعدم -كأصل عام- في اختيار المتعامل المتعاقد معها، والذي لا يتم اختياره إلا بعد مجموعة إجراءات ومراحل مختلفة ومعقدة، سيأتي تفصيلها في حينها.

وفي هذا السياق يرى احد الكتاب ما يلي: "ويمكن ملاحظة هذه الإجراءات في العقد الإداري من التمهيد الاولي لإبرامه، في التفاوض وفي وضع مبلغ معين من المال يسلم بداية للدخول في المزايدة او المناقصة كتأمينات أولية ومن إلزام صاحب العطاء بالبقاء على عطائه (إيجابه) من كون الإدارة غير ملزمة بقبول أو رفض العطاءات في المناقصات وغير ذلك من مظاهر السلطة العامة ولكن على الرغم من هذه الإجراءات والقيود المفروضة على الإدارة في عملية إبرام العقد الإداري إلا أن ذلك لا يد من سلطة الإدارة التقديرية في الامتناع عن التعاقد مع شخص لا ترتضيه حتى ولو اختارته لجنة العطاءات، إذا كان تنفيذ العقد يستلزم مواصفات معينة في المتعاقد تتعلق بكفايته المالية وسمعته أو اختصاصه الفني، والتعاقد مع شخص تتوافر فيه هذه المؤهلات حتى لو كان تسلسل عطائه لا يشكل الحد الأدنى للعطاءات المقدمة إلى الإدارة، أما التعاقد بالطريق المباشر فإنه يعطي للإدارة مرونة كبيرة في إبرام العقود من خلال سلطتها التقديرية في إختيار من يتعاقد معها، وقد تولي الإدارة المؤهلات الشخصية للمتعاقد اهتمامها الأول وتبرم العقد على هذا الاساس مع شخص تختاره بالذات، بمحض إرادتها لأنه الأصلح للتعاقد، فتضع في إختيارها مثلا قيمة المقابل، تكاليف الاستعمال، القيمة الفنية، الضمانات المهنية، مدة التنفيذ.... إلخ"، كنعان محمد محمود المبرج، الاعتبار الشخصي في العقد الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014، ص49.

² - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص418.

عن التنفيذ- ملزم بالبقاء على إيجابه، بمعنى أن المتقدم بالعطاء إذا ما صدر قرار بفسو الصفقة لصالحه (ما يسمى في التشريع الجزائري بقرار المنح المؤقت) فهو ملزم على إتمام إجراءات التعاقد فيما بعد¹.

ونظرا للمكانة البالغة التي يكتسبها الاعتبار الشخصي للمتعاقدين في العقد الإداري، فلا بد من إبراز أهميته في العقود الإدارية (الفرع الأول)، ثم الحالات القانونية لزوال الاعتبار الشخصي في العقد الإداري (الفرع الثاني).

¹- للمزيد من التفاصيل حول التزام المتقدم بالبقاء على إيجابه، أنظر: أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص. 128 وما يليها.

الفرع الأول

أهمية الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية

لفكرة الاعتبار الشخصي أثرها الملموس في إطار نظرية العقد، سواء العقد المدني أم الإداري¹، بحيث نجد أن شخصية أحد المتعاقدين أو كلاهما تمثل عنصرا جوهريا في التعاقد، أي أنها تكون محل اعتبار من جانب المتعاقد الآخر عند إبرام العقد².

ويقصد بالاعتبار الشخصي "كل الصفات الشخصية للمتعاقد التي تؤدي إلى حسن تنفيذ العمل المتعاقد عليه"³، أو "أن تكون شخصية أحد المتعاقدين أو كلاهما عنصرا جوهريا في التعاقد"⁴.

وفيما يتعلق بأهمية الاعتبار الشخصي في تنفيذ العقود الإدارية، فإن القضاء يجري على أنه من المبادئ الأساسية أن يقوم المتعاقد بالتنفيذ بنفسه، فعلى سبيل المثال في عقد التزام المرفق العام تقع جملة إلتزامات على عاتق الملتزم، فهو ملزم بالسهر شخصيا على التنفيذ الجيد للمرفق

¹ - محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص. 147. وفي ذات السياق يرى أحد الكتاب ما يلي: "تعتبر فكرة الاعتبار الشخصي من الأفكار الأساسية في مجال العقود بصفة عامة، سواء في نطاق العقود المدنية أو في نطاق العقود الإدارية. ففي مجال العقود المدنية تظهر فكرة الاعتبار الشخصي في سائر العقود، حيث يتم التركيز في أغلب الأحيان، على شخصية أحد المتعاقدين أو صفة جوهرية من صفاته، دون إعطاء أهمية مماثلة لشخص المتعاقد الآخر أو صفاته وعلى سبيل المثال في عقد المقاولة نجد أن صاحب العمل يركز كثيرا على شخصية المقاول أو صفة من صفاته، في حين لا نجد مثل هذا التركيز من جانب المقاول، أي أنه في هذا العقد ينظر صاحب العمل إلى جملة من الصفات التي يجب توافرها في المقاول، تختلف من حال إلى آخر، وأهم هذا الصفات، الكفاية المالية، المقدرة الفنية، الكفاءة العلمية، الامانة، وفي عقد الوديعة يهتم المودع عادة بشخص المودع لديه أو صفة من صفاته، وذلك كأن يعلم بأنه رجل أمين ويحمل قيمة معينة، تجعله مطمئنا أنه سيصون الوديعة ويحفظها.

غير أن هناك طائفة أخرى من العقود المدنية يكون فيها الإعتبار الشخصي محل إهتمام كبير من جانب طرفي العلاقة العقدية، أي أن شخصية المتعاقد أو أحد صفاته تكون محلا للإهتمام من جانب كل طرف في الرابطة العقدية، كما هو الحال في عقود الوكالة، حيث تكون شخصية المتعاقد أو صفة من صفاته محل إهتمام من جانب الطرفين المتعاقدين، حيث يتم التركيز على شخص كل من الموكل والوكيل أو على صفة من صفاتهما، ويمتد هذا الإهتمام أو التركيز طول مدة العقد"، أنظر: كنعان محمد محمود المبرجي، المرجع السابق، ص. 47، 48.

² - محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص. 149، 150، بتصرف.

³ - كنعان محمد محمود المبرجي، المرجع السابق، ص. 44.

⁴ - محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص. 148.

محل الإلتزام، بل هو لا يستطيع أن يتوقف عن تنفيذ المرفق الذي التزم به، حتى حين تنشأ بينه وبين الإدارة خلافات من أي نوع، إذ قرر مجلس الدولة الفرنسي، بشكل واضح أن عدم وفاء الإدارة المتعاقدة بالتزاماتها لا يعفي الملتزم من احترام التزاماته¹، كذلك فإن إلزام المتعاقد بتنفيذ التزاماته بنفسه له ما يبرره حيث إن تنفيذ العقود الإدارية يعتمد أحيانا على الأساليب الفنية المتطورة ويتطلب تقديرا دقيقا لمستلزمات العقد كافة بما في ذلك الموارد والمعدات والطاقة البشرية المستخدمة، فهذه الأمور لا يمكن لأي متعاقد أن يقوم بها وإنما تتطلب متعاقدًا له مؤهلات خاصة يستطيع الإحاطة بكل أعمال العقود المتشعبة والمعقدة، لكي يتحقق التنفيذ المستوعب للأساليب العلمية والتكنولوجية المتطورة لتحقيق المصلحة العامة².

إذًا فإن من يريد التعاقد مع الإدارة عليه القيام بتنفيذ العقد شخصيا وأن يتحمل المسؤولية التي تنجم من إجراء العقد المذكور وأن يحسب احتمالات عديدة غير الربح والخسارة، منها على سبيل المثال أنه مهما قام به من أعمال قد لا يحقق الغرض الذي عقد من أجله العقد، فهنا تنشأ مسؤوليته عن استجابة العقد لمتطلبات المرفق، وقد يتحقق ذلك الغرض أو قسم منه ولكن دون المستوى المطلوب، وهنا عليه أن يتحمل المسؤولية الناجمة عن ذلك ولا يعفي المتعاقد من تلك المسؤولية قيامه بإحالة قسم من الأعمال إلى متعاقد من الباطن فالمتعاقد الأول يبقى مسؤولا عما ارتبط به من أعمال عقدية مع الإدارة سواء من أعماله الشخصية أو من أعمال المتعاقد الآخر على أساس تحمل التبعية³.

وإن درجة أهمية الاعتبار الشخصي تختلف من عقد إداري لآخر، وذلك بتفاوت درجات ارتباط العقد الإداري بالمرفق العام، فكلما كان العقد الإداري مرتبطا بشكل وطيد بالمرفق العام، كلما زادت أهمية الاعتبار الشخصي للمتعاقد فيه، مثلما هو الحال في عقد امتياز المرفق العام⁴،

¹ - مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في...، المرجع السابق، ص. 812.

² - كنعان محمد محمود المفرجي، المرجع السابق، ص. 50.

³ - أنظر: محمود خلف الجبوري، النظام القانوني للمناقصات العامة "دراسة مقارنة"، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1987، ص. 163.

⁴ - عقد امتياز المرفق العام هو عقد إداري بمقتضاه يتولى الملتزم -فردا كان أو شركة- على مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله، مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق

وعقد الأشغال العامة¹. وفي هذا الصدد يرى أحد الكتاب أن "شخصية الملتزم أو صفاته تشكل عنصرا جوهريا في نطاق عقود الامتياز، وكذلك الأمر في نطاق عقود الاشغال العامة والتوريد،

العامة، فضلا عن الشروط التي تُصمّمها الإدارة عقد الإمتياز"، سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص.108؛ كما يعرف أيضا بكونه "عقد إداري، بمقتضاه يلتزم أحد الأفراد أو إحدى الشركات بتكليف من الدولة، وطبقا للشروط التي تُوضع له، بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بأداء خدمة عامة للجمهور، مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة الزمن تقاضي الأرباح؛ حسين درويش، السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقد الإداري، مكتبة الأنجلو المصرية، الطبعة الأولى، 1961، ص.71، هامش رقم 1. وللمزيد من التفاصيل حول عقد الامتياز: حماده عبد الرزاق حماده، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2012.

وقد عرف المشرع الجزائري عقد الامتياز في بعض النصوص القانونية، حيث أن م76 من الأمر 05-12 المتضمن قانون المياه، عرفت عقد الإمتياز باعتباره عقدا من عقود القانون العام، تكلف الإدارة بموجبه شخص اعتباري أو طبيعي، عام أو خاص، قصد ضمان خدمة ذات منفعة عمومية؛ أنظر الأمر رقم 05-12، المؤرخ في 24/07/2005، ج.ر. 60 صادرة بتاريخ 2005/09/4، ص.3.

كما عرف المشرع الفرعي الجزائري أحد عقود الإمتياز في م4 من المرسوم التنفيذي 89-01 المؤرخ في 15/01/1989، الذي يضبط كليات تحديد دفا تر الشروط المتعلقة بالإمتياز في احتكار الدولة للتجارة الخارجية، إذ جاء فيها: "امتياز احتكار الدولة للتجارة الخارجية عقد من عقود القانون الإداري، تحدد بموجبه الدولة التبعات والشروط التي يخضع لها أصحاب الإمتياز، وتبين حقوقهم وواجباتهم إزاء الدولة"؛ ج.ر. 3، لسنة 1989، ص.70.

كما عرف القضاء الإداري الجزائري عقد الامتياز التابع لأملك الدولة بكونه "عقدا إداريا تمنح بموجبه السلطة الامتياز للمستغل، بالاستغلال المؤقت لعقار تابع للأملك الوطنية بشكل استثنائي ويهدف محدد ومتواصل، مقابل دفع إتاوة، لكنه مؤقت وقابل للرجوع فيه..."، أنظر: قرار مجلس الدولة الجزائري، صادر في 09/03/2004، قضية رقم 1195؛ أشار إليه: عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.98.

¹ - يجد عقد الأشغال العمومية في التشريع الجزائري، أساسه القانوني في المادتين 2 و 21 من ت.ص.ع؛ غير أن المشرع الفرعي وإن اعتبر عقد الأشغال العمومية كعقد إداري، إلا أنه عزف عن تعريفه، تاركا ذلك للفقهاء والقضاء. في حين عرفه المشرع الفرنسي م2 من ق.ص.ع الفرنسي، إذ جاء بها ما يلي:

« Les marchés publics de travaux sont les marchés conclus avec des entrepreneurs, qui ont pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution d'un ouvrage ou de travaux de bâtiment ou de génie civil répondant à des besoins précisés par le pouvoir adjudicateur qui en exerce la maîtrise d'ouvrage.»

وبالرجوع لما قاله الفقهاء في هذا الصدد، نجد أن عقد الأشغال العمومية هو "إعداد مادي لعقار، يُنفَّذ لحساب جهة إدارية، بهدف تحقيق مصلحة عامة"، علي الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري-دراسة مقارنة-دار الفكر العربي، مصر، 1976، ص.427؛ أو هو "مقابلة بين شخص من أشخاص القانون العام وبين فرد أو شركة، بمقتضاه يتعهد المقاول

(...) وإن كان الاهتمام بالاعتبار الشخصي يمكن أن يتفاوت في أنواع العقود الإدارية المختلفة ليتوقف ذلك على مدى اتصال العقد الإداري بالمرفق العام¹.

وبالرجوع إلى تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري، نجد أنه أولى اهتماما بالغاً لفكرة الاعتبار الشخصي في اختيار المتعامل المتعاقد، بحيث اشترط فيه مجموعة خصائص وصفات دقيقة حتى يقبل عطائه، بحيث اعتمد في م 2/21 من المرسوم الرئاسي 15-247 معيار مادياً، حينما اشترط اختيار المتعامل المتعاقد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية. كما نص في م 53 على ما يلي: "لا يمكن أن تخصص المصلحة المتعاقدة الصفة لإلمؤسسة يعتقد أنها قادرة على تنفيذها كيفما كانت كيفية الإبرام المقررة"، وفي هذا معيار واسع استعمله المشرع الفرعي تحت مسمى "حسن التنفيذ"، بحيث أن الاعتبار في التعاقد يجب أن ينصب على هدف أسمى هو السير الحسن للمرفق العام من خلال أحسن تنفيذ للصفة العمومية.

كما أن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أكد على مجموعة من الاعتبارات يجب توافرها في المتعاقد، كالقدرات التقنية والمهنية والمالية².

كما عدّد قائمة لحالات تمنع التعاقد مع أحد الأشخاص الذين تتوافر فيهم أسباب الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية³، في م 75، ومن ذلك مثلاً:

بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام، وتحقيقاً للمصلحة العامة مقابل ثمن يحدد في العقد" حسين درويش، المرجع السابق، ص. 74.

وللمزيد من التفاصيل حول عقد الأشغال العمومية؛ أنظر: نعيم مغيب، عقود مقاولات البناء والأشغال الخاصة والعامة: دراسة في القانون المقارن، د.د.ن، ط 3، 2001.

Éric Gherardi, le régime du contrat de travaux publics : exemple d'une exception singulière au droit commun, article publié sur internet, google.com.

¹ - أنظر: أحمد محمد هزاع الشمري، القوة الملزمة للعقد الإداري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2010، ص. 62.

² - أنظر: م 54 من المرسوم الرئاسي 15-247، تقابلها م 36 من ت ص ع السابق، ونلاحظ أن المرسوم الحالي أضاف فقرة مستحدثة، مفادها ألا يتم وضع المعايير على أساس تمييزي؛ وفي ذلك تكريس منه لمبادئ إبرام الصفقات العمومية وعلى رأسها مبدأ المساواة في تقديم العروض.

³ - لمزيد من التفاصيل، أنظر: خرشي النوي، المرجع السابق، ص. 240.

-الأشخاص الذين هم في حالة إفلاس أو تصفية أو توقف عن النشاط أو تسوية قضائية أو صلح.

-الأشخاص الذين حكم عليهم نهائيا بجرائم تمس نزاهتهم المهنية.

-الأشخاص الذين لا يستوفون الالتزامات الضريبية.

-الأشخاص الذين قاموا بتصريح كاذب.

كما أن هناك نص قانوني سابق للمرسوم الرئاسي 15-247 وأولى نفس هذا الاهتمام بالاعتبار الشخصي للمتعاقد مع الإدارة، وهو د ش إ ع المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة التجديد والبناء والأشغال العمومية والنقل، أين نص في م 1/3 على ما يلي: "لا يعهد لتنفيذ الصفقة إلا للمقاول ذات الاهلية القضائية والتقنية والمالية اللازمة، وتتولى الإدارة تقديرها لهذه الاهليات بصفة قطعية"، فألزم الإدارة بنص قانوني أمر لا مجال معه لاستعمال السلطة التقديرية في اختيار المتعاقد معها.

وفي هذا التشدد نلمس الاهتمام البالغ للنصوص القانونية بالجزائر بالاعتبار الشخصي للمتعاقد مع الإدارة، سعيا منها لاختيار أحسن شخص يمكن الوثوق به لتلبية حاجيات المصلحة العامة ومتطلبات المرفق العام.

الفرع الثاني

أثر زوال الاعتبار الشخصي على تنفيذ العقد الإداري

إن مفهوم وأهمية الاعتبار الشخصي -كما سبق بيانه- وارتباطه بالهدف الأسمى للعقد الإداري -التمثل في تحقيق المصلحة العامة- له بالغ الأثر على تنفيذ العقد الإداري من طرف المتعاقد، لا سيما واجبه في التنفيذ الشخصي للعقد الإداري بوسائله وتحت مسؤوليته.

والمتعاقد مع الإدارة هو كل شخص طبيعي أو معنوي تتفق إرادته مع إرادة الشخص الخاضع للقانون العام لإحداث أثر قانوني معين، ويجدر التمييز بخصوص المتعاقد مع الإدارة في كل من العقد الإداري والصفقة العمومية، على النحو الآتي:

- ففي العقد الإداري يستوي أن يكون المتعاقد مع الإدارة شخصا من أشخاص القانون الخاص أم من أشخاص القانون العام، فلا غرابة في وجود عقد إداري بين إدارة وإدارة أخرى؛ على عكس الصفقة العمومية التي لا تتم إلا مع شخص خاضع للقانون الخاص سواء كان طبيعيا أم معنويا¹، وسواء كان وطنيا أم أجنبيا²، بحيث يمنع إبرام صفقة عمومية بين إدارتين عموميتين³.

- كذلك تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في مجال اختيار المتعاقد معها في إطار العقد الإداري، في حين تكون سلطتها مقيدة في إطار الصفقة العمومية أين تتبع مجموعة إجراءات محددة وصارمة لاختيار المتعامل المتعاقد⁴.

وبما أن الاعتبار الشخصي للمتعاقد مع الإدارة هو مسألة نسبية وذاتية، غالبا ما تتعلق بشخص المتعاقد، فنجد أن هناك بعض الظروف الطبيعية والقانونية قد تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري وتمس بالمركز القانوني للمتعاقد مع الإدارة، وتؤثر بالتالي مباشرة على تنفيذ العقد الإداري، بل قد تؤدي إلى انهائه تماما.

¹ - م 37 من المرسوم الرئاسي 15-247.

² - م 38 من المرسوم الرئاسي 15-247.

³ - م 1/7 من المرسوم الرئاسي 15-247.

⁴ - م 39 وما يليها من المرسوم الرئاسي 15-247.

ولعل من أبرز الظروف¹ التي تزيل تماما الاعتبار الذي تم التعاقد على أساسه، حالة وفاة المتعاقد مع الإدارة (أولا) أو إعلان إفلاسه (ثانيا).

¹ - لا تقتصر هذه الظروف على الوفاة والإفلاس فقط، بل هناك حالات أخرى قد تطرأ على وضعية المتعاقد فتزيل عنه الاعتبار التي تم اختياره على أساسها، أو تجعله غير قادر على التنفيذ، كالجنون، أو حل الشركة التجارية المتعاقدة، أو دخول السجن. ولكن ركزنا على تلك الحالتين كأنموذج لدراسة تغيير وضعية المتعاقد مع الإدارة. ونشير هنا باختصار إلى الحلول القانونية المتبعة في تلك الحالات:

فبخصوص حالة انحلال الشركة المتعاقدة، يذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن انحلال الشركة المتعاقدة يؤدي إلى إنهاء العقد لأن الشركة وهي شخص معنوي مجازي لا ورثة لها، بيد أن العقد لا ينتهي إلا بعد إتمام إجراءات الحل نهائيا، أما في فترة التصفية فإن الشركة تبقى قائمة قانونا، وبالتالي يتم الاستمرار في تنفيذ العقد بل وليس للإدارة أن تستند إلى مجرد التصفية لإنهاء العقد، ويختلف الأمر إذا نص في العقد على خلاف ذلك. كنعان محمد محمود المبرجي، المرجع السابق، ص.149، 150؛ محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص.216.

أما عن حالة غش المتعاقد بشكل يخلق اعتقادا لدى الإدارة بتوافر الاعتبار الشخصي محل التعاقد فيه، فقد عالجه قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري، في م24، والتي تنص على ما يلي: "يفسخ العقد تلقائيا في الحالتين الآتيتين: / إذا تبث أن المتعاقد استعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب في تعامله مع الجهة المتعاقدة أو في حصوله على العقد.

ب/ إذا أفلس المتعاقد أو أعسر.

ويشطب اسم المتعاقد في الحالة المنصوص عليها في البند (أ)، من سجل الموردين والمقاولين، وتخطر الهيئة العامة للخدمات الحكومية بذلك لنشر قرار الشطب بطريق النشرات المصلحية. (...)"، وبالرجوع إلى ص ع وتقويضات المرفق العام بالجزائر نجد أنه قرر في م3/69 ما يلي: "وإذا اكتشف تالمصلحة المتعاقدة بعد إمضاء الصفقة أن المعلومات التي قدمها صاحب الصفقة العمومية زائفة فإنها تأمر بفسخ الصفقة تحت مسؤولية المتعامل المتعاقد دون سواه"، ويرجع ذلك لاهتمامه البالغ بتحديد الشروط الفنية والمالية والشخصية التي تكون محل اعتبار أثناء التعاقد.

لمزيد من التفاصيل حول هذه النقطة، أنظر: أحمد محمد هزاع الشمري، المرجع السابق، ص.78 وما يليها.

أما عن حالة فقد المتعاقد للشخصية القانونية نظرا للجنون الذي يحل به، فأمام سكوت ص ع الجزائري عن معالجة هذه الحالة، فنرى القياس على أحكام وفاة المتعاقد نظرا لاتفاقهما في النتيجة وهي زوال كلي ونهائي للشخصية القانونية للمتعاقد، وهو الحل الذي انتهجه المشرع الفرنسي في دفتر الشروط الإدارية العامة الصادر عام 2009 والمطبق على عقود الأشغال العامة، حيث نص بالمادة 46.1.1 على أن وفاة المتعاقد أو فقدانه للأهلية المدنية يسمحان كلاهما للإدارة بفسخ العقد أو الاستمرار في تنفيذه مع الورثة أو الدائنين.

«En cas de décès ou d'incapacité civile du titulaire, le représentant du pouvoir adjudicateur peut résilier le marché ou accepter sa continuation par les ayants droit ou le curateur. Un avenant de transfert est établi à cette fin. », Voir : Arrêté du 8 septembre 2009 portant

أولاً: حالة وفاة المتعاقد مع الإدارة

الوفاة واقعة طبيعية يترتب عليها زوال الشخصية القانونية للمتوفي¹، ومن الطبيعي ان لوفاة المتعاقد مع الإدارة أثرًا مباشرًا على اعتباره الشخصي الذي كان دافعًا للتعاقد، فيثور التساؤل عن أثر وفاة المتعاقد على تنفيذ العقد الإداري؟

بما أن وفاة المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقد هي أمر وارد ومتوقع، فغالبًا ما يؤخذ تنظيم آثارها بعين الاعتبار أثناء وضع الشروط التعاقدية وفي دفاتر الشروط.

فإذا وُجد نص في العقد أو الشروط العامة يحدد الآثار التي تتولد في مثل هذا الحالة فينبغي الرجوع إليه، فمجلس الدولة الفرنسي عادة ما يرجع إلى شروط العقد، وإلى دفاتر الشروط العامة لترتيب الآثار التي تتولد عن الوفاة، فإذا لم يرد فيها شيء بهذا الخصوص، فإن بعض الفقه يرجح

approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux. JORF n°0227 du 1 octobre 2009.

ولو أننا نشير هنا إلى حكم صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط (المملكة المغربية) رأيت فيه أن "الموظف الفاقد للإدراك والتميز يعتبر في حالة قوة قاهرة، لا يمكن خلالها مواجهته بعدم استجابته للإنداز الموجه إليه"، حكم بتاريخ 2006/02/28، غير منشور. ونحن نرى اختلافًا كبيرًا بين القوة القاهرة كسبب لاستحالة التنفيذ، وبين الجنون كسبب لانتهاء الشخصية القانونية.

كما نشير هنا إلى أن هناك حالات أخرى لا ينفذ فيها المتعاقد التزاماته شخصيًا، وتعد استثناءً عن تطلب الاعتبار الشخصي في العقد الإداري، وهي حالتا التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن، إلا أنها تخرج عن نطاق دراستنا هذه لكونها ليست حالات طارئة تحل أثناء تنفيذ العقد (وهو موضوع الرسالة) بل هي مجرد اتفاق ارادي يلجأ إليه المتعاقد بمحض إرادته، وليست من قبيل تغير ظروف تنفيذ العقد كونها متوقعة ومعلومة منذ إبرام العقد، وكونها مجرد استمرار لتنفيذ العقد تحت مسؤولية المتعاقد الأصلي.

وللاستفادة حول موضوع التنازل عن العقد الإداري والتعاقد من الباطن في العقود الإدارية، أنظر:

* أحمد محمد هزاع الشمري، المرجع السابق، ص. 69 وما يليها.

* فيصل خالد المكراد، التعاقد من الباطن في العقود الإدارية (دراسة تطبيقية مقارنة)، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2013.

* عزاوي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص. 403 وما يليها، حينما يتحدث عن التعاقد من الباطن.

* المواد 140 إلى 144 من المرسوم الرئاسي 15-247، تتعلق بالتعاقد من الباطن، والتي حلت محل المواد 107 وما يليها من المرسوم الرئاسي 10-236، مع الإشارة إلى أن هذا الأخير كان يسمى التعاقد من الباطن بمصطلح "التعامل الثانوي"، أما حاليًا فالمرسوم الرئاسي 15-247 يسميه بمصطلح "المناولة".

¹ أنظر: السيد عيد نايل، مدى تأثير الالتزامات العقدية بوفاة المتعاقد "دراسة مقارنة"، مركز البحوث، كلية العلوم الإدارية، جامعة الملك سعود، د.س.ن، ص. 69، بتصرف.

حق الإدارة في فسخ العقد، أو التزام الورثة بالاستمرار في تنفيذ التزامات المتعاقد المتوفي إذا قررت الإدارة ذلك¹. في حين يذهب البعض الآخر إلى أن موت الملتزم في عقود إمتياز المرافق العامة يؤدي إلى فسخ العقد بقوة القانون وذلك للعلاقة الوثيقة التي تربط بين الملتزم في عقود الإلتزام وبين إدارة المرفق العام².

"غير أن بعض الفقه يرى عكس ذلك حيث استنتج من أحكام مجلس الدولة الفرنسي، أن وفاة الملتزم في عقد الامتياز تترتب عليه النتائج الآتية:

1. إن العقد لا يفسخ بقوة القانون لمجرد موت الملتزم.

2. يؤول الإلتزام إلى الورثة دون حاجة لموافقة الإدارة إلا إذا نص العقد على خلاف ذلك.

3. في حالة تضمين عقد الامتياز شرطا يقضي بضرورة موافقة الإدارة على حلول الورثة محل مورثهم في تنفيذ العقد فإن سلطة الإدارة في هذه الحالة تغدو من قبيل سلطتها التقديرية في حالة الموافقة على التنازل عن العقد أو التعاقد بخصوصه من الباطن³.

وفي التشريع الفرنسي، نجد نص م 46.1 من دفتر الشروط الإدارية العامة الصادر عام 2009 والمطبق على عقود الأشغال العامة، التي تقضي بأن العقد يفسخ بوفاة المتعاقد، وسمحت للإدارة بأن توافق على استمرار تنفيذ العقد مع ورثة المتعاقد المتوفي.

ويعتبر هذا الحكم متفقا مع الصواب، كونه من جهة قرر فسخ العقد تلقائيا بمجرد وفاة المتعاقد دون حاجة للجوء إلى القضاء، بما أن هناك طارئاً حال بينه وبين تنفيذ العقد، ومن جهة أخرى لم يجعل ذلك أمراً لازماً للإدارة، بل ترك لها السلطة التقديرية في اختيار الحل الأمثل لتحقيق المصلحة العامة المبتغاة من وراء العقد الإداري، فقد يقدم ورثة المتعاقد عرضاً يلائم هذه المصلحة العامة فلا ضير في قبول عرضهم في هذه الحالة.

¹ - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص. 442.

² - محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص. 214.

³ - رأي الفقيه الفرنسي A. De LAUBADERE، أشار إليه: سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص. 442، أحمد أحمد هزاع الشمري، المرجع السابق، ص. 82، محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص. 214، 215.

وفي هذا الصدد يرى أحد الفقهاء أن ترك الفسخ للسلطة التقديرية للإدارة على هذا النحو، مرده لكون فكرة الاعتبار الشخصي مجرد وسيلة -وليس غاية- تمكن الإدارة من ضمان تنفيذ العقد الإداري بما يحقق المصلحة العامة وأشباع حاجات المنتفعين بخدمات المرفق العام¹. وما يحسب لصالح هذا النص القانوني بفرنسا، على عكس بعض النصوص القانونية المقارنة التي سنراها، أنه اقرن حالة وفاة المتعاقد بحالة فقدانه للأهلية كإصابته بالجنون مثلا، ومنحهما نفس الحل القانوني نظرا لا تحداهما في النتيجة، وهذا حل لا نجده في بعض النصوص التي اكتفت بحالة الوفاة فقط.

أما بالنسبة للوضع في مصر، فيمكن القول أن المشرع المصري حسم الموضوع بمقتضى نص المادة 77 من اللائحة التنفيذية² لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات³، حيث حدد الإجراء الواجب الإلتباع عند وفاة المتعاقد، إذ تنص هذه المادة على ما يلي: " إذا توفي المتعاقد جاز للجهة الإدارية فسخ العقد مع رد التأمين إذا لم تكن لها مطالبات قبَل المتعاقد، أو السماح للورثة بالاستمرار في تنفيذ العقد بشرط ان يعينوا عنهم وكيفا بتوكيل مصدق على التوقيعات فيه وتوافق عليه السلطة المختصة، وإذا كان العقد مبرما مع أكثر من متعاقد وتوفي أحدهم، فيكون للجهة الإدارية الحق في إنهاء العقد مع رد التأمين، أو مطالبة باقي المتعاقدين بالاستمرار في تنفيذه، ويحصل الانهاء في جميع هذه الحالات بموجب كتاب موسى عليه بعلم الوصول دون حاجة إلى اتخاذ أية اجراءات أخرى أو اللجوء إلى القضاء".

ويري الفقيه سليمان الطماوي أن الأحكام الواردة في هذه المادة تتفق مع القواعد التي أشار إليها الفقيه الفرنسي A. De LAUBADERE فالموت بذاته لا ينهي العقد بقوة القانون ولكنه يُخَيَّرُ الإدارة بين فسخ العقد، أو السماح للورثة بالاستمرار في التنفيذ، فإذا اختارت الإدارة فسخ العقد تعين عليها رد التأمين إذا لم تكن لديها مطالبات قبَل المتوفي، أما إذا رأت السماح للورثة بالاستمرار بالتنفيذ فيشترط أن يعين الورثة عنهم وكيفا بتوكيل مصدق على التوقيعات فيه وتوافق

¹ - محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص. 222.

² - قرار رقم 1367 لسنة 1998، بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات، المنشور بتاريخ 1998/9/6، سبقت الإشارة اليه.

³ - أنظر: قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري، الصادر بالقانون رقم 89 لسنة 1998، سبقت الإشارة اليه.

عليه السلطة المختصة¹، كما نص المشرع المصري في المادة 77 من قانون المزايدات والمناقصات المصري السابق الإشارة إليها على حالة جديدة وهي تعدد المتعاقدين ووفاء أحدهم أو بعضهم، وقد سمح للإدارة إما بفسخ العقد، أو مطالبة باقي المتعاقدين بالاستمرار في تنفيذ العقد.

ويختلف موقف المشرع المصري نوعاً ما عن موقف المشرع الجزائري، فرغم خلوت ص ع وتفويضات المرفق من تنظيم لحالة وفاة المتعاقد، فإن م 37 من د ش إ ع المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، نظمت نتائج هذه الحالة بشكل يتوافق مع ما ذهب إليه المشرع المصري، إذ جاء فيها ما يلي: "يفسخ العقد بحكم القانون وبدون تعويض في حالة وفاة المقاول، باستثناء الحالة التي تقبل فيها الإدارة العروض التي قد يتقدم بها إليها ورثته لتكميل الأشغال".

مع الإشارة إلى وجود اختلاف بين المعالجة القانونية لحالة وفاة المتعاقد في كل من القانونين المصري والجزائري، فالواضح من خلال النصوص السابقة الذكر أن المشرع الجزائري جعل فسخ العقد بقوة القانون في حالة وفاة المتعاقد، بحيث قيد من سلطة الإدارة في شأن الترخيص للورثة بإتمام العقد، إلا إذا قدموا عرضاً مقبولاً من طرفها؛ أما في مصر فلا يفسخ العقد بقوة القانون في حالة الوفاة، بل للإدارة سلطة تقديرية في تقدير الاستمرار في تنفيذ العقد مع الورثة من عدمه، ولعل ذلك يرجع لتقديرها لمدى توافر الاعتبار الشخصي في العقد الإداري من عدمه. كما يختلف موقف المشرعين من كون أن المشرع المصري نظم حالة تعدد المتعاقدين ووفاء أحدهم، وهي الحالة التي أغفلها المشرع الجزائري.

ولكن نلاحظ كذلك أن د ش أ ع المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل الجزائري قد عالجت فرضية أخرى، وهي حالة وفاة ممثل الشركة المتعاقدة مع الإدارة، وقد عالجتها بحكم مغاير نوعاً ما لحالة وفاة المتعاقد (الشخص الطبيعي)، بحيث أن

¹ - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص. 443.

الشركة المتعاقدة ملزمة هنا على تعيين من يحل محله في مهلة 15 يوما، وإلا قامت الإدارة بفسخ العقد، كما يحق لهذه الأخيرة كذلك الفسخ إذا ما لم تقبل بالخلف المقترح¹.
وبالنظر إلى تشريعات مقارنة عربية أخرى²، نجد أن المشرع السوري أقرَّ حلا أكثر وضوحا في هذا الصدد، بحيث ميز بين حالتين:

1* إذا كانت صفات المتعاقد المتوفى محل اعتبار شخصي من طرف الإدارة، فيتم فسخ العقد بقوة القانون.

2* أما إذا لم تكن كذلك، فلا يفسخ العقد إلا إذا رأت الإدارة العامة أن ورثة المتعهد لا تتوافر فيهم الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل، ولا يترتب على الفسخ في هذه الحالة تعويض لأي من المتعاقدين، وتعاد التأمينات إلى الورثة إذا لم تكن قد تحققت على المتعهد التزامات أخرى³.

ثانيا: حالة إفلاس المتعاقد مع الإدارة

لم يضع المشرع الجزائري تعريفا للإفلاس، وهو النهج الذي غالبا ما يتخذه بخصوص المصطلحات، بحيث ينأى بنفسه عن مخاطرة تحديد المفاهيم، تاركا ذلك لاجتهاد الفقه، وإن كان قد نص على شروط إشهار الإفلاس، حيث نص على أنه "يتعين على كل تاجر أو شخص معنوي خاضع للقانون الخاص ولو لم يكن تاجرا، أن يدلي بإقرار خلال خمسة عشر يوما قصد

1- انظر م 9 من د ش إ ع.

2- إذا كنا في المتن قد اشرنا لموقف المشرعين المصري والجزائري، فعلى سبيل المقارنة نشير الى الوضع في العراق، بحيث أن دفاتر الشروط العامة جاءت خالية من النص على حالة وفاة المتعاقد، لذا في مثل هذه الحالة يصار إلى تطبيق القواعد العامة إذ تشير المادة (77) من القانون المدني العراقي، إلى أن وفاة المقاول تؤدي إلى انتهاء عقد المقاولة، إذا في حالة وفاة المتعاقد مع الإدارة وكانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد، فإن هذا العقد ينتهي من تلقاء نفسه بحكم القانون بمجرد موته دون حاجة لفسخه لا من قبل الإدارة ولا من قبل ورثة المتعاقد، أما إذا لم تكن كذلك فلا ينتهي العقد من تلقاء نفسه.

كما ينتهي عقد المقاولة باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه، كأن يصبح المقاول عاجزا عن إتمام العمل بسبب لا يد له فيه كأن يصاب بمرض مما يجعل تنفيذ العمل مستحيلا عليه، فإذا كان رساما وقطعت يده وأصيب الجراح بمرض مفاجئ أقعده عن إجراء العملية". كنعان محمد محمود المفرجي، المرجع السابق، ص.150.

3- أنظر: م 59 من القانون رقم 15 لعام 2004/11/24، المتضمن نظام العقود، بسوريا، منشور عبر موقع:

افتتاح إجراءات التسوية القضائية أو الإفلاس¹، فيتضح من هذا النص القانوني أن الإفلاس نظام يطبق على التاجر الذي يتوقف عن تسديد ديونه لمدة محددة قانوناً².

ويرى أحد الفقهاء بشأن الإفلاس³ أنه "طريق للتنفيذ الجماعي على أموال المدين التاجر الذي يتوقف عن دفع ديونه التجارية، بغية تصفية أمواله وبيعها، وتوزيع ثمنها على الدائنين وتعتبر أحكام الإفلاس من النظام العام، لأن القانون التجاري قد قررها بنصوص آمرة، والأصل أن الإفلاس لا بد له من دعوى، ترفع لدى المحكمة الابتدائية المختصة، وفق القواعد المقررة بالقانون التجاري وقانون المرافعات المدنية والتجارية، لأن الإفلاس حالة قانونية، نظم القانون لها طريقة

1- أنظر: م 215، من الأمر 75-59، المؤرخ في 26/09/1975، يتضمن القانون التجاري، ج. ر. عدد 101، مؤرخة في 19/12/1975، المعدل والمتمم.

2- الإفلاس في اللغة هو الانتقال من حالة اليسر إلى حالة العسر، وهو مصدر أفلس مشتق من فلس، يقال: أفلس الرجل إذا صار ذا فلوس بعد أن كان ذا دراهم، أو صار إلى حال ليس له فيها فلوس، وفلسه القاضي تقليصاً أي حكم بإفلاسه.

أما الإفلاس في الشريعة الإسلامية فله معنيان، أحدهما أن يستغرق الدين مال المدين فلا يكون في ماله وفاء بديونه، أما في الثاني فلا يكون له مال معلوم أصلاً، وقد اختلف الفقهاء في تحديد أحكام كلا المعنيين. فأما الحالة الأولى، فقد اختلف الفقهاء فيما إذا كان للقاضي أن يحجر عليه التصرف في ماله حتى يبيعه عليه ويقسمه على الغرماء على نسبة ديونهم أم ليس له ذلك، بل يحبس حتى يدفع إليهم جميع ماله على أي نسبة اتفقت أو لمن اتفق منهم. وهذا الخلاف بعينه يشمل أيضاً من كان له مال يفي بدينه فأبى أن ينصف غرماءه، هل يبيع عنه القاضي فيقسمه عليهم، أم يحبس حتى يعطيهم بيده ما عليه، فالجمهور يرون أن يبيع القاضي ماله عنه فينصف منه غرماءه، أو غريمه إن كان ملئياً، أو يحكم عليه بالإفلاس إن لم يفي ماله بديونه، ويحجز عليه التصرف فيه، وحجتهم في ذلك أن رجلاً أصيب على عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في ثمر ابتاعها، فكثر دينه، فقال الرسول صلى الله عليه وسلم: "خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك"، أنظر: يونس إسماعيل حسن، المرجع السابق، ص 173.

3- للمزيد من التفاصيل حول الإفلاس في القانون التجاري:

نادية فضيل، الإفلاس والتسوية القضائية في القانون الجزائري، د م ج، الجزائر، ط2، 2007؛ إبراهيم بوخضرة، آثار الإفلاس "دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون التجاري الجزائري"، مذكرة ماجستير، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2006؛ معاشي سميرة، آثار حكم شهر الإفلاس بالنسبة لجماعة الدائنين، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2005/2004.

قضائية خاصة إذ لا بد لشهره من حكم قضائي صادر من محكمة مختصة، أما الإعسار فهو نظام خاص بالمدينين غير التجار، ويفترض الإعسار عدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه¹. ويثور في العقود الإدارية التساؤل حول أثر إعلان إفلاس المتعاقد على تنفيذ العقد الإداري، وهي مسألة يختلف حلها من نظام قانوني لآخر.

ففي فرنسا يرجع مجلس الدولة الفرنسي في حالة إفلاس المتعاقد مع الإدارة، إلى شروط العقد لمعرفة أثر هذه الحالة الجديدة في استمرار العقد، ويعمل تلك الشروط، أما إذا لم يجد فيها حلاً فإنه يطبق القاعدة التي بمقتضاها ألا يؤدي الإفلاس بنفسه إلى إنهاء العقد، وإنما يكون للإدارة في هذه الحالة أن تفسخ العقد إذا رأت أن الصالح العام يقتضي ذلك².

فقد ورد حكم في المادة 37 من دفتر الشروط الخاص بعقود الأشغال العامة في فرنسا مفاده فسخ العقد بقوة القانون في حالة إفلاس المقاول إلا إذا رأت الإدارة قبول العرض المقدم من دائني المتعاقد المفلس بالاستمرار في التنفيذ، أما المادة 66 من دفتر الشروط العامة الخاص بعقود التوريد الحربية في فرنسا فقد قررت أن العقد لا يفسخ بقوة القانون في حالة الإفلاس، إلا أن الإدارة تتمتع بسلطة فسخ العقد طالما أن ذلك يحقق الصالح العام، أما في حالة التصفية القضائية، فإن الإدارة تصدر قراراً بالفسخ مادامت المحكمة لم تسمح للمتعاقد بممارسة نشاطه³. يطبق هذا

¹- ويختلف الإفلاس عن الاعسار في النقاط الآتية:

1- في حالة الإفلاس تسري القواعد القانونية الخاصة في القانون التجاري، في حين تسري القواعد الواردة في القانون المدني على حالة الإعسار.

2- مناط الإفلاس هو توقف التاجر عن دفع ديونه التجارية سواء كانت حقوقه تزيد أو تقل عن مجموع ديونه المستحقة أما الإعسار فهو خلل يطرأ على ذمة المدين فيزيد خصومها على أصولها. كنعان محمد محمود المبرج، المرجع السابق، ص. 155، 156.

²- أنظر قرار مجلس الدولة الفرنسي:

CE, 22 mars 1902, Chambon, Rec. Lebon, p. 244 – 24 janvier 1962, Établ. Pilleux, AJDA 1962, p. 301.

أنظر كذلك: أحمد محمد هزاع الشمري، المرجع السابق، ص. 81.

أنظر: إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية - النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن مع شرح قانون المناقصات الكويتي رقم 37 لسنة 1964 - مكتبة الفلاح، الكويت، الطبعة الأولى، 1981، ص. 238.

³- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص. 106، 107.

الحكم إذا كان العقد ينفذ من قبل متعاقد واحد، أما إذا كان تنفيذ العقد يؤمن من قبل عدة مساهمين فإن إفلاس أحدهم لا يؤدي إلى فسخ العقد، ذلك أن إفلاس أحد المساهمين لا يؤدي بالضرورة إلى توقف البقية عن تنفيذ العقد¹.

أما بخصوص افلاس المتعاقد في عقد الامتياز، فيرى بعض الفقهاء أن يترتب الفسخ بقوة القانون، مستدلاً على ذلك بما تقرره دفا تر شروط عقود الامتياز من الفسخ التلقائي في حالة افلاس المتعاقد².

وبالرجوع إلى دفتر الشروط والالتزامات الفرنسي المتعلق بالطرق والجسور، نجد أنه ينص على حالة إعلان إفلاس المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقد، فإن العقد يفسخ بقوة القانون، ما لم تمنح المحكمة لمن أعلن إفلاسه الأذن لمتابعة تنفيذ العقد³.

وقرر مجلس الدولة الفرنسي أن إفلاس الملتزم لا يعد في حد ذاته خطأً عقدياً من جانبه يوجب جزاء الإسقاط، إلا إذا ورد نص صريح في العقد يقضي بإسقاط الالتزام بقوة القانون⁴.

أما عقود الأشغال العامة فقد بين المشرع الفرنسي في المادة 2.1.46 من دفتر الشروط الإدارية العامة الصادر عام 2009 والمطبق على عقود الأشغال العامة⁵ أنه: "في حال التصفية القضائية للمقاول، فإن فسخ العقد يحدث نتيجة ذلك، إلا إذا قرر وكيل التفليسة متابعة تنفيذ العقد في خلال الشهر التالي لحكم القضاء بالتصفية". وبذلك فعندما تتضمن العقود الإدارية شرط فسخ

¹ - كنعان محمد محمود المبرجي، المرجع السابق، ص.157.

² - محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص.220، 221، يونس إسماعيل حسن، المرجع السابق، ص.107.

³ - كنعان محمد محمود المبرجي، المرجع السابق، ص. 157.

⁴ - نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.107.

⁵ - « En cas de redressement judiciaire, le marché est résilié, si après mise en demeure de l'administrateur judiciaire, dans les conditions prévues à l'article L. 622-13 du code de commerce, ce dernier indique ne pas reprendre les obligations du titulaire.

En cas de liquidation judiciaire du titulaire, le marché est résilié si, après mise en demeure du liquidateur, dans les conditions prévues à l'article L. 641-10 du code de commerce, ce dernier indique ne pas reprendre les obligations du titulaire.

La résiliation, si elle est prononcée, prend effet à la date de l'évènement. Elle n'ouvre droit, pour le titulaire, à aucune indemnité. » Voir : Arrêté du 8 septembre 2009, op cit.

العقد بقوة القانون في حالة الإفلاس أو التصفية القضائية، فإن الفسخ لا يقع إلا إذا لم يطلب وكيل التقلية استمرار العقد¹.

أما بالنسبة للوضع في مصر فيما يتعلق بأثر إفلاس المتعاقد أو إعساره على إنقضاء الرابطة العقدية، فيمكن القول بأن المشرع المصري قد حسم هذا الموضوع في م24 من قانون المناقصات والمزايدات السابق ذكرها، إذ تنص: "يفسخ العقد تلقائياً في حالتين: أ-.....ب-إذا أفلس المتعاقد أو أعسر"، وبالتالي جعل المشرع الفسخ ينقرر بقوة القانون، مع حق الإدارة في مصادره التأمين². وهو نفس المبدأ الذي قرره المشرع السوري، حيث جاء بالمادة 59 من نظام العقود أن العقد يفسخ تلقائياً بقوة القانون في حالة إفلاس المتعاقد.

أما في العراق فإن دفا تر الشروط العامة قد جعلت هي الأخرى إفلاس المقاول من الحالات التي يحق فيها للإدارة سحب العمل، لأنه في حالة إفلاسه يكون عاجزاً عن تنفيذ التزاماته فيتوقف عن العمل، أو يتأخر في التنفيذ بحيث لا يستطيع أن يتم العمل وفق المدد المحددة له في العقد أو يستعمل مواد أقل كلفة مخالفاً لما هو متفق عليه في العقد فكل هذه الحالات تعتبر مبرراً للإدارة لفسخ العقد أو سحب العمل، وكذلك الحال إذا أعسر المتعاقد مع الإدارة، لأن المتعاقد مع الإدارة يصبح في وضع عسير تعجز معه حالته المالية عن مواجهة التزاماته تجاهها³.

وفي الجزائر، فإن ت ص ع وتفويضات المرفق العام أغفل تنظيم مسألة إفلاس المتعاقد وأثرها على تنفيذ العقد الإداري، وأمام هذا السكوت لا بد من الرجوع إلى دفا تر الشروط الإدارية والبنود التعاقدية الخاصة بكل عقد لمعرفة الحكم الذي تقرره بشأن هذه الحالة.

ولقد قرر د ش إ ع المطبقة على الصفقات الخاصة بوزارة تجديد البناء والاشغال العمومية والنقل، مبدأً قانونياً مفاده أن يفسخ العقد بقوة القانون وبدون تعويض في حالة افلاس المتعاقد، إلا إذا قبلت الإدارة العروض التي يتقدم بها وكيل دائني التقلية لمتابعة تنفيذ العقد، إذا ما سمحت له المحكمة بذلك⁴.

1- يونس إسماعيل حسن، المرجع السابق، ص.175.

2- م26 من قانون المناقصات والمزايدات المصري.

3- كنعان محمد محمود المفرجي، المرجع السابق، ص.158، 159.

4- م37/ب من د ش إ ع المطبقة على الصفقات الخاصة بوزارة تجديد البناء والاشغال العمومية والنقل.

المطلب الثاني

تَغْيِيرُ الوَضْعِيَّةِ القَانُونِيَّةِ لِلإِدَارَةِ المَتَعَاقِدَةِ

المستقر عليه تشريعاً وفقهاً وقضاءً ضرورة وجود شخص من أشخاص القانون العام، حتى نكون بصدد عقد إداري، وهو شرط ثابت لا بديل عنه، وضروري لإعطاء الصبغة الإدارية للعقد¹، وقد يكون الشخص الآخر إما من أشخاص القانون العام أم من أشخاص القانون الخاص².

وبما أن الإدارة العامة ليست فقط أحد المتعاقدين في العقد الإداري، بل إن وجودها يعد من أهم معايير تحديد العقد الإداري سواء في فرنسا أو مصر أو الجزائر³، بل يعتبر من المعايير الثابتة التي لا يقوم العقد الإداري إلا به، فإن لمركزها القانوني أثر بالغ على وجود وتنفيذ العقد الإداري، بحيث قد يؤثر أي تغيير يطرأ على مركزها القانوني على طبيعة العقد الإداري ككل، وإن لم نقل على وجوده أصلاً.

ومن هذا المنطلق، لا بد من إبراز من هو الشخص المعنوي العام الذي يحق له إبرام العقد الإداري (الفرع الأول)، ثم ما هي الحالات التي تُغَيَّرُ من مركزه القانوني وما أثرها على تنفيذ العقد الإداري (الفرع الثاني).

¹ - حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص. 38.

² - وفي هذا الصدد يرى أحد الفقهاء ما يلي: "لكي نكون بصدد عقد إداري يتعين أن تكون الإدارة طرفاً في العقد، وهذا الشرط يعد شرطاً ثابتاً وضرورياً لإضفاء الصفة الإدارية على العقد أياً كان الشخص المعنوي العام الذي يبرمه"، مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص. 71.

³ - تتمثل معايير تحديد العقد الإداري فيما يلي:

* وجود إدارة عمومية طرفاً في العقد: أي أن يكون أحد طرفي العقد على الأقل جهة إدارية عامة، أي شخص من أشخاص القانون العام.

* اتصال العقد بنشاط المرفق العام: أي أن يكون موضوع العقد تسيير مرفق عام أو تلبية إحدى احتياجاته.

* احتواء العقد بنداً غير مألوف في القانون الخاص: أي أن تبرز الإدارة نيتها في اتباع أساليب القانتون العام في العقد، سواء من خلال ما تكتسبه من امتيازات السلطة العامة، أو من خلال ما يمنحه العقد للمتعاقد معها من صلاحيات وامتيازات لا نظير لها في القانون الخاص.

وللمزيد من التفاصيل حول هذه المعايير، أنظر:

ثروت بدوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009، ص. 469 وما يليها، حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص. 37؛ لمياء هاشم قبع، المرجع السابق، ص. 17.

الفرع الأول

تحديد الإدارة المتعاقدة في العقد الإداري

قبل تحديد الجهة الادارية المتعاقدة، لا بد من القول أن إبرام العقد الاداري يخضع لقواعد قانونية تحدد الاختصاص في مجال إبرامه، بحيث حدد القانون مجموعة الاشخاص المخولة بحق -أو بامتياز¹ ان صح التعبير- ابرام العقود الادارية، ولهذا التحديد أهمية بالغة كونه من جهة يعرفنا بالاختصاص في مجال ابرام العقد الاداري ومن تمة بالجهة التي تتمتع بكافة صلاحيات وامتيازات الادارة اثناء تنفيذ العقد، ومن جهة أخرى كون مخالفة قواعد الاختصاص يتعامل معها القضاء بشكل صارم، في ظل اختصاصه الواسع في نظر دعاوى القضاء الكامل.

والاختصاص في القانون الاداري هو قدرة أو مكنة الموظف العمومي في اتخاذ تصرف قانوني أو مادي حدده له القانون. ويعرفه أحد الفقهاء² بأنه صلاحية موظف معين أو جهة إدارية محددة في ابرام تصرف قانوني تعبيراً عن إرادة الادارة، وتتحدد هذه الصلاحية بموجب أحكام القانون أو وفقاً للمبادئ القانونية العامة.

ويمكن من خلال هذا التعريف تحديد الإدارة المتعاقدة من خلال البحث في النصوص القانونية التي منحها هذه الصفة. والاستثناءات الواردة عليها في كل من فرنسا والتشريعات المقارنة الأخرى.

¹ - إن المشرع بتحديد الجهة الادارية صاحبة الاختصاص في التعاقد، لا يمنحها فقط حق التعاقد، الذي هو نتيجة حتمية ومنطقية لاكتسابها الشخصية المعنوية، بل يمنحها كذلك امتيازات جد معتبرة سواء اثناء ابرام العقد أم تنفيذه، ومن هنا تتجلى أهمية البحث عن الاختصاص في ابرام العقد الاداري.

أنظر للمزيد من التفاصيل حول هذه الامتيازات:

حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق؛ أحمد عثمان عياد، المرجع السابق؛ علي الفحام، المرجع السابق؛ عاطف محمد عبد اللطيف، المرجع السابق؛ يوسف بركات أبو دقة، إمتيازات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في النظرية العامة وقانون الصفقات العمومية بالجمهورية الجزائرية، دبلوم الدراسات العليا في القانون العام، كلية الحقوق بجامعة الجزائر، 1977؛ حسين درويش، المرجع السابق؛ محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، د د ن، الطبعة الأولى، 1993.

² - مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول ...، المرجع السابق، ص. 271.

ورغم تنوع وتشعب العقود الادارية إلا أنها تبقى دائما ضمن نفس المجال العام للعقد الاداري، من حيث السمات العامة وطرق الابرار والتنفيذ¹، إلا أن هناك صيغة للعقد الاداري تمتاز بأحكام متميزة عن أحكام ابرار العقد الاداري في حد ذاته، ويتعلق الامر بالصفة العمومية²، مما يستدعي تحديد الاختصاص في ابرار العقد الاداري (أولا) ثم الصفة العمومية (ثانيا). ثم بعض الاستثناءات الواردة على ركن الاختصاص في ابرار العقد الاداري (ثالثا).

¹ - مع التحفظ بخصوص الفروق الجوهرية بين بعض العقود الادارية الكبرى، كعقد الامتياز وعقد الاشغال العامة وعقد التوريد، التي تتميز ببعض الخصائص الذاتية نظرا لتعلقها الكبير بتسيير المرفق العام.

² - الصفة العمومية هي نوع من انواع العقود الادارية، وهذا أمر واضح لا اشكال فيه، ولكن فضلنا استعمال عبارة "صيغة" كون أن الصفة العمومية هي في نفس الوقت طريقة أو قالب أوجبته المشرع لبعض العقود الادارية نظرا لموضوعها أو للغلاف المالي الكبير المخصص لها، ومن تم فإن الصفة تتميز عن العقد الاداري من عدة زوايا، لعل أبرزها:

1* الإدارة المتعاقدة في العقد الاداري محددة بالمرافق العامة التقليدية (الادارية) في حين تتحدد في الصفة بهذه المرافق ومرافق أخرى مستحدثة (المرافق العامة التجارية والصناعية)، كما سيأتي تفصيله.

2* العقد الاداري يقوم بمجرد توافر عناصره بغض النظر عن مبلغ التعاقد، أما الصفة العمومية فلا تكون إلا إذا كان موضوع التعاقد يصل لمبالغ مالية محددة قانونا؛ وهي 12000000 د.ج (مليار و 200 مليون سنتيم) بالنسبة لصفقات الاشغال والتوريدات، و 6000000 د.ج (600 مليون سنتيم) بالنسبة لصفقات الدراسات والخدمات. أنظر م 13 المرسوم الرئاسي 15-247.

3* الصفة العمومية لها اجراءات وطرق ابرار محددة بدقة لا سيما من خلال الشكليات المعتمدة، أما العقد الاداري فلا يشترط فيه شكل معين، بل أقر القضاء الفرنسي حتى بوجود العقد الإداري الشفهي، وذلك في قرار مجلس الدولة الشهير C.E، 20/04/1956، les époux Bertin، voir: Jean-Claude Ricci، Op CIT، p.74.

وهذا مع التحفظ عن بعض الصفقات العمومية التي سمحت ص ع وتفويضات المرفق العام لأسباب جديّة معينة البدء في تنفيذها بترخيص من بعض الهيئات قبل ابرار الصفة، وذلك حسب م 12 من المرسوم الرئاسي 15-247.

4* العقد الإداري قد يبرم بين إدارتين عموميتين، في حين منعت ص ع وتفويضات المرفق ابرار صفة عمومية بين ادارتين عموميتين، أنظر م 7 منه.

ونشير في نهاية هذه النقطة، إلى أن هناك جدالا فقهيًا قد أثير حول مدى اعتبار الصفة العمومية عقدا إداريا من عدمه، للمزيد من التفاصيل حول هذا الجدل الفقهي la controverse doctrinale انظر:

C. LAJOYE, Op CIT, 2005, p.51, 52.

أولاً: الإدارة المتعاقدة في العقد الإداري

يجب أن يبرم العقد من طرف شخص معنوي عام¹، أي إدارة عامة²، فالعقود المبرمة بين أحد أشخاص القانون العام وأحد أشخاص القانون الخاص تعد إدارية متى توافرت فيها بعض العناصر، أما العقود المبرمة بين أشخاص القانون الخاص فلا تعد عقوداً إدارية، بل تخضع أحكام القانون الخاص ولاختصاص القاضي العادي³.

وبالتالي لا بد من بحث النصوص القانونية التي تحدد هذا الشخص وتمنحه الاختصاص لإبرام العقد الإداري.

ففي فرنسا، نجد المشرع سمّى الإدارة المتعاقدة بعبارة "المتعاقّد العام" *contractant public*، ومَنَحَ هذه الصفة لأربعة أشخاص:

- **الدولة**: ورغم تعدد هيئاتها وتقسيماتها إلا أنها تعتبر شخصاً معنوياً متعاقداً واحداً⁴.

- **المؤسسات العامة الإدارية التابعة للدولة**: ويقصد بها المرافق العامة الإدارية المتمتعة بالشخصية المعنوية.

- **الجماعات الإقليمية**: ويقصد بها ما يسمى بالجماعات المحلية، أي الإدارات اللامركزية للدولة، كالمبليات والإقاليم والمحافظات وأقاليم ما وراء البحار.

- **المؤسسات الإدارية العامة التابعة للجماعات الإقليمية**: ويقصد بها المرافق العامة الإدارية المحلية، عكس المرافق المركزية.

وفي مصر، تنص م 1 من قانون المناقصات والمزايدات على ما يلي: "...وتسري أحكامه على وحدات الجهاز الإداري للدولة من وزارات ومصالح وأجهزة لها موازنات خاصة، وعلى وحدات الإدارة المحلية، وعلى الهيئات العامة، خدمية كانت أم اقتصادية...". وواضح من خلال هذا

¹ - voir: Richer L، Op CIT، P.37.

² - يقول الفقيه الفرنسي G. VEDEL أن كلمة "إدارة" تعني نشاط السلطة التنفيذية الذي يمارس بأساليب السلطة العامة، وهذا النشاط يقوم به أشخاص القانون العام والتي يعبر عنها أحياناً بكلمة إدارة. أما الفقيه الفرنسي RIVERO فيقول: "عندما نتحدث في فرنسا عن كلمة إدارة فنعني بذلك مجموعة الأجهزة التي عن طريقها يتم تنفيذ المهام العامة". أشار إلى هذه الأقوال: مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص.71.

³ - مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص.74.

⁴ - مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول...، المرجع السابق، ص.277.

النص تَوْسُّعُ المشرع المصري في منح الصفة في التعاقد في العقد الإداري، بحيث لم يقصر ذلك على المرافق العامة الإدارية فقط، بل تعداه ليشمل كذلك المرافق العامة التجارية والصناعية، كما يلاحظ عليه أيضا أنه ذكر الوزارات كهيئات متعاقدة، في حين أن الأصح الاكتفاء فقط بذكر "الدولة" كشخص معنوي إقليمي واحد، والوزارات ليست سوى تمثيلا للدولة في قطاعات معينة ولا تتمتع بالشخصية المعنوية.

وهو نفس النهج الذي اتبعه المشرع في سوريا، حيث نصت م2 من نظام العقود على ما يلي: " يطبق هذا النظام على جميع الجهات العامة في الدولة سواء كانت من القطاع الإداري والاقتصادي أو الإنشائي باستثناء وزارة الدفاع والمؤسسات والشركات التابعة لها غير الإنشائية". أما في الجزائر، فأمام انعدام نص قانوني خاص بتنظيم العقود الادارية، فلا بد من الرجوع للأحكام العامة بهذا الخصوص. وفي هذا الصدد حددت م49 من القانون المدني الجزائري الشخص المعنوي العام فيما يلي:

-الدولة، الولاية، البلدية،

-المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري،

وحددت م800 من ق ا م¹، اختصاص القضاء الاداري وفقا للمعيار العضوي في نظر المنازعات الإدارية، بحيث نصت على ما يلي: "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية.

تختص بالفصل في أول درجة، بحكم قابل للاستئناف في كل القضايا، التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها". وقد عدد هذا النص اشخاص القانون العام على سبيل الحصر.

كما حددت م828 من ق ا م ممثلي هذه الهيئات امام القضاء، وهم:

الدولة يمثلها الوزير المعني بالأمر. الولاية يمثلها الوالي. البلدية يمثلها رئيس المجلس الشعبي البلدي. المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية يمثلها الممثل القانوني لها.

¹ - أنظر: القانون 08-09 المؤرخ في 2008/02/25، المتضمن ق ا م ا، ج.ر عدد 21، الصادرة بتاريخ 2008/04/23.

ومن خلال هاتين المادتين يتضح أن الشخص المعنوي الكفيل بإبرام العقد الإداري هو: الدولة، الولاية، البلدية، المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية. وفيما يلي شرحها:

الدولة: يقصد بها السلطة المركزية، أي المعنى الضيق للدولة، وليس المعنى الواسع المعروف في القانون الدستوري. أو حتى في القانون الإداري في مجالات معينة¹، أين يقصد اسقاط مصطلح الدولة على السلطة التنفيذية أو الإدارة العامة ككل. وعرفها أحد الكُتَّاب بأنها جميع الوزارات والمصالح التابعة لها على مستوى الولايات والبلديات، وكذا رئاسة الجمهورية والهيئات المركزية الأخرى².

ويقصد بالسلطة المركزية الوزارات والمصالح الخارجية بالولايات أي المديريات الولائية³، فتوجه الدعوى ضد الوزارة التي تتبعها المديرية وليس ضد المديرية مباشرة، كما تشمل الدولة كل

¹ - أنظر: مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، ج.2 نظرية الاختصاص، د م ج، الجزائر، 2013.

² - أنظر: حسين بن شيخ اث ملويا، قانون الاجراءات الادارية "دراسة قانونية تفسيرية"، دار هومة، الجزائر، 2012، ص.36.

³ - ولكن فقط تلك المديريات التي ليست لها الشخصية المعنوية اما التي تتمتع بالشخصية المعنوية فهي مؤسسة عامة ذات طابع اداري. ذلك أن المرافق العامة تنقسم إلى مرافق عامة تتمتع بالشخصية المعنوية، وأخرى لا تتمتع بها، ونوجز شرح ذلك عبر ما يلي:

أولاً: المرافق العامة التي تتمتع بالشخصية المعنوية

وهي تلك المرافق التي يعترف لها قرار إنشائها بالشخصية المعنوية، ويكون لها كيان مستقل كمؤسسة عمومية، مع خضوعها لقدر من الرقابة أو الوصاية الإدارية، وهو الاتجاه المتزايد نظراً لخصوصية كل مرفق وطبيعة نشاطه. أنظر: محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص.286. ومثال ذلك تنص م2 من المرسوم التنفيذي 162-17 (المؤرخ في 2017/05/15)، يحدد القانون الأساسي النموذجي للثانوية، ج.ر عدد 55، مؤرخة في 2017/05/17، ص.7. على ما يلي: "الثانوية مؤسسة عمومية ذات طابع إداري، تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، وتختص بالتربية والتعليم".

ثانياً: المرافق العامة التي لا تتمتع بالشخصية المعنوية

وهي المرافق التي لا يعترف لها قرار إنشائها بشخصية قانونية مستقلة، ويتم إلحاقها بأحد أشخاص القانون العام وتكون تابعة لها، وهي تمثل الغالبية الكبرى من المرافق العمومية. مثل الكلية والدائرة. ومثال ذلك أن المديرية الولائية للبريد وتكنولوجيا الإعلام والاتصال لا تملك صفة التقاضي ورفع الدعاوى أمام القضاء؛ كون النص التأسيسي لها (المرسوم التنفيذي 232-02 المؤرخ في 2003/06/24، ج.ر عدد 39 مؤرخة في 2003/06/29 صفحة 9) لم يمنحها الشخصية المعنوية المستقلة ولم يجعلها ممثلة للوزارة أمام القضاء.

المصالح المركزية غير المتمتعة بالشخصية المعنوية، كالأمانة العامة للحكومة، والأمانة العامة للرئاسة¹.

الولاية: تتمثل في الوالي ومختلف المؤسسات ذات الطابع الإداري التابعة لها، وهي مجموعة اقليمية متمتعة بالشخصية المعنوية، وهي تشكل مقاطعة ادارية للدولة وتحدث بموجب قانون². ويقصد بالولاية معنى عام يشمل الشقين اللامركزي واللاتركيزي، أي تشكل كل من المجلس الشعبي الولائي (المنتخب) كهيئة محلة لامركزية، والوالي (المعين) كهيئة عدم تركيز³. ويندرج ضمن مفهوم الولاية كذلك المرافق العامة التي تسيورها الولاية عن طريق الاستغلال المباشر، لعدم تمتعها بالشخصية المعنوية.

البلدية: هي مجموعة اقليمية قاعدية للدولة، تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، وتحدث بموجب قانون⁴. وتتمثل في البلدية كشخص من اشخاص القانون العام، ومختلف المؤسسات الادارية ذات الطابع الاداري التابعة لها.

حيث أن الثابت قضاء أنه ليس لكل المديرية الشخصية المعنوية المستقلة التي تسمح لها برفع الدعاوى أمام القضاء، وأن هذا غير ممكن إلا لبعض المديرية التي منحها القانون ذلك صراحة، والتي أسماها ق ا م ا في نص م 801 بالمصالح غير المركزية للدولة.

حيث استقر اجتهاد القضاء الإداري على ذلك، ومنه القرار الصادر في 1999/02/01 (مجلة مجلس الدولة ع1، 2002 ص.93) أين قضى بعدم قبول العريضة شكلا لأنها موجهة ضد هيئة ليست لها أهلية التقاضي، وأكد أن مديرية البريد والمواصلات لا تتمتع بالشخصية المعنوية.

وإننا نورد هنا ملاحظة في غاية الأهمية من الناحية المنهجية، مفادها أن التعريف والمفاهيم التي ستذكر عن الدولة والولاية والبلدية تم وضعها عنها بصفة عامة باعتبارها شخصا معنويا عاما، واما تضمه داخلها من هيئات ومرافق ادارية، ولكن بالحديث عن العقد الاداري فلا صفة في التعاقد إلا لها وحدها دون الهيئات المذكورة داخلها، كالوزارة والمرافق العامة المسيرة بالطريق المباشر والدائرة، كون هذه الأخيرة لا تتمتع بالشخصية المعنوية وبالتالي لا تتمتع بحق ابرام العقود الإدارية.

¹ - مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص.12، بتصرف.

² - أنظر: القانون رقم 07-12 مؤرخ في 28 ربيع الأول عام 1433 الموافق ل 21 فبراير سنة 2012، ج.ر.ع.12، مؤرخة في 2012/02/29.

³ - مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص.13،14، بتصرف.

⁴ - أنظر م2، من قانون البلدية، سابق الإشارة إليه.

فيقصد بها المعنى الواسع أي البلدية بجميع هيئاتها، وهي رئيس البلدية والمجلس الشعبي البلدي والمصالح الادارية للبلدية، وكذلك اقسام البلدية، أي الاقسام الحضرية les secteurs urbains، والتي لا تتمتع بالشخصية المعنوية بل تخضع للبلدية الام¹. وتضم كذلك المرافق العمومية المستغلة استغلالا مباشرا، كونها لا تتمتع بالشخصية المعنوية.

ولقد خولت م82 من قانون البلدية لرئيس المجلس الشعبي البلدي حق التقاضي وصلاحيه ابرام العقود والقيام بالمناقصات باسم البلدية ولحسابها.

المؤسسات العمومية ذات الطابع الاداري: هي متعددة، كالمستشفيات والجامعات، وقد تكون إما وطنية² أو محلية³. وهي عبارة عن مرفق عام⁴ يتمتع بالشخصية المعنوية، وتسد له مهمة تسيير المرافق العامة الادارية⁵. وتنشأ إما من طرف السلطة المركزية أو الولاية أو البلدية. ويتحدد الطابع القانوني لهذه المؤسسات من خلال قانونها الأساسي، وفي حالة سكوته عن ذلك فلا بد من الاستعانة ببعض المعايير القضائية لمعرفة نظامها القانوني. كمعيار طريقة مسك الحسابات، هل هي ممسوكة على الشكل التجاري أم وفق قواعد المحاسبة الوطنية، ونصت م1 من القانون 90-21 المتعلق بالمحاسبة العمومية: "يحدد هذا القانون الاحكام التنفيذية العامة التي تطبق على الميزانيات والعمليات المالية الخاصة بالدولة والمجلس الدستوري والمجلس الشعبي الوطني،

¹ - مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص.16.

² - يقصد بها قضاء حاجات مشتركة لجميع السكان الذين يقيمون في أرض الدولة، فخدمتها تشمل كامل إقليم الدولة ولا تقتصر على ناحية معينة؛ ومثال ذلك مصلحة الدفاع الوطني ومصلحة الشرطة، ومصلحة الجمارك. وتدير السلطة المركزية هذه المرافق بواسطة الوزارات المختلفة وفروع الإدارة المركزية في الولايات. للمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع: فريجة حسين، شرح القانون الإداري، د م ج، الجزائر، 2009، ص.79، 80.

³ - وهذا النوع من المرافق يُعنى بخدمات تهتم سكان منطقة معينة فقط كالولاية والبلدية. والعادة أن تتولى الهيئات المحلية في الدولة أمر هذه المرافق. للمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع: نفس المرجع، ص.79.

⁴ - للمزيد من التفاصيل حول المرفق العام وأنواعه: محمد فاروق عبد الحميد، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين المفهومين التقليدي والاشتراكي، دراسة مقارنة، د.م.ج، 1987؛ ثروت بدوي، المرجع السابق، ص.397 وما يليها.

⁵ - مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص.19.

ومجلس المحاسبة والميزانيات الملحقة والجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري...¹

ثانيا: المصلحة المتعاقدة في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

بخصوص ت ص ع وتفويضات المرفق، فقد حدد الأشخاص المعنوية التي يحق لها إبرام الصفقة العمومية، وبالتالي منحها أحقية التعاقد في العقد الإداري، وإمكانية الظهور كإدارة متعاقدة، وأسمائها بالمصلحة المتعاقدة، وذلك من خلال م6 والتي تنص على ما يلي: "لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات:

الدولة، الجماعات الإقليمية، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً، بمساهمة نهائية أو مؤقتة من الدولة أو من الجماعات الإقليمية. وتدعى في صلب النص المصلحة المتعاقدة".

ومثلما حددت م828 ق 1 م 1 ممثلي الشخص المعنوي العام، فقد حددت ت ص ع وتفويضات المرفق العام ممثلي المصلحة المتعاقدة ضمن م4 منه، وهم كالاتي:

الدولة يمثلها الوزير، والولاية يمثلها الوالي، والبلدية يمثلها رئيس المجلس الشعبي البلدي، المؤسسات الأخرى يمثلها المدير أو المدير العام لها؛ ولقد شددت هذه المادة بخصوص قواعد الاختصاص فجعلتها أمرة وقررت عدم صحة الصفقة العمومية في حالة مخالفتها، وقللت نوعاً من حدة الأمر حينما سمحت للهيئات المختصة بتفويض بعض المسؤولين بإبرام الصفقة، وهذا تماشياً مع الأعراف الإدارية التي اثبتت أن صاحب الاختصاص قد يمر بظروف يستحيل معها قيامه بكافة صلاحياته، فظهرت تقنية التفويض كاستثناء مشروع عن قواعد الاختصاص في القانون الإداري².

¹ - أنظر: القانون 90-21، مؤرخ في 15/08/1990، يتعلق بالمحاسبة العمومية، ج.ر.ع.35، مؤرخة في 15/08/1990. المعدل والمتمم.

² - رغم تحديد هذه المادة لقواعد الاختصاص في إبرام الصفقات العمومية بشكل واضح وشامل، إلا أنها يعاب عليها أنها لا زالت تنص على ممثل أحد الهيئات، وهو "مسؤول الهيئة العمومية"، ولكن لم يعد لهذه العبارة لزوم في م4 من المرسوم الرئاسي 15-247 لأن م6 منه ألغت أحد الأشخاص الذين كانوا يتمتعون بصلاحيات إبرام الصفقة، ألا وهو "الهيئات

ومن خلال هذه المواد يتضح أن المشرع الفرعي اتبع معيارين اثنين لتحديد المصلحة المتعاقدة، بحيث لم يكتفي بالمعيار العضوي كما في العقد الإداري، بل اضاف إليه معيارا ماليا أدخل من خلاله استثناءً على المعيار العضوي.

1 * المعيار العضوي: بحيث منح الحق في ابرام الصفقة للأشخاص المعنوية العامة التقليدية، وهي الدولة، الولاية البلدية، المؤسسة العمومية ذات الصبغة الادارية؛ وهي نفسها الأشخاص المتعاقدة في العقد الإداري، كما سبق وأشارنا سابقا.

2 * المعيار المالي¹: يبنى هذا المعيار على طبيعة التمويل لتحديد الصفة في ابرام الصفقة العمومية، بحيث اخضع التنظيم قائمة من المؤسسات الاخرى غير الواردة بالمادة 800 من ق ا م ا، وألزمها بالخضوع لتنظيم الصفقات العمومية إذا ما كان مشروعها ممولا كليا او جزئيا، وبصفة مؤقتة أو نهائية من طرف الدولة. ولعل الهدف من وراء هذا المعيار هو حماية المال العام وتتبعه اينما وجد، من خلال اخضاعه لنظام الصفقات العمومية، والمعروف بأنه أشد صرامة من نظام العقود الادارية، لا سيما وأنه يحظى بحماية جزائية في حالة الاخلال بقواعده². وهي الحماية التي يبتغيها تنظيم الصفقات من خلال هذا المعيار المالي، لبسط الرقابة على الاموال العمومية، وترشيد انفاقها.

وتعتبر عبارة "المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري"، عبارة مستحدثة بموجب المرسوم الرئاسي 15-247، وجاءت لتشمل مجموعة من المؤسسات التي كانت تنص عليها المراسيم السابقة والمنظمة للصفقات العمومية، وكان يتم في كل مرة تعديلها

الوطنية المستقلة"، وبالتالي يبدو أن المشرع الفرعي أغفل نزع ممثل هذه الهيئة من م4؛ وترك صياغتها مثلما كانت عليه في م8 من المرسوم الرئاسي 10-236 الملغى، ونلاحظ أن صياغة هذه المادة كانت أوضح مما هي عليه الآن، كونها حددت بالضبط كل مسؤول والهيئة التي يمثلها، عكس المادة الحالية التي جاءت سطحية، وذكرت فقط الممثلين القانونيين دون ذكر المؤسسة التي يمثلونها.

¹ - للمزيد حول هذا المعيار، أنظر: خرشي النوي، المرجع السابق، ص.233.

² - للمزيد من التفاصيل حول جرائم الصفقات العمومية، أنظر:

كريمة علة، جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012-2013؛ زوزو زوليخة، جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، 2012، 2011.

لإضافة مؤسسة جديدة، فجاءت هذه العبارة عام 2015 شاملة لنتزك للقاضي الإداري سلطة تقديرية واسعة لتتبع المال العام أينما وجد واخضاعه لتنظيم الصفقات، حتى لا تقلت احدى المؤسسات من الخضوع اليه بحجة أنها غير مذكورة في التعداد الحصري الذي جاء في المراسيم السابقة¹.

والمؤسسة العمومية التجارية والصناعية، هي مرفق عام يخضع للقانون الخاص (التجاري)، ويهدف لتحقيق الربح، ويمارس نشاطا يمارسه الخواص كالتجارة والصناعة².

وتنص م56 من القانون التوجيهي 88-01³ على أن تخضع منازعاتها للقانون الإداري في حالة استعمالها لامتيازات السلطة العامة، وحينما تسلم ترخيصات واجازات وعقود إدارية أخرى، وذلك كاستثناء على م45 التي جعلتها تخضع للقانون الخاص في علاقاتها مع الغير.

إن المؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي تخضع بموجب هذا القانون استثناءً للقانون الإداري، كلما تعلق الامر بعلاقاتها بالدولة⁴، او بينها وبين الافراد بسبب الاخلال بقواعد سير المرافق العامة، او بنشاطات وامتيازات السلطة التي تتمتع بها كالإجازات والتراخيص والعقود الادارية، اما منازعاتها المتعلقة بالغير وبالإنتاج والتوزيع فتخضع للقانون التجاري⁵.

كما نلاحظ على ص ع الحالي وخلافا للمرسوم الرئاسي 10-236 الملغى أنه استبعد شخصين معنويين كانا يتمتعان فيما مضى بحق ابرام الصفقات العمومية، وهما: المؤسسة

¹ - كانت م2 من المرسوم الرئاسي 10-236 الملغى، تعدد هذه المؤسسات كالاتي:

"مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري والمؤسسات العمومية الاقتصادية، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً وبمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة".

² - لمزيد من التفاصيل حول هذا النوع من المرافق العامة، أنظر:

عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري، منشأة المعارف للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2004، ص.133.

مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص.22،23،24.

³ - أنظر: القانون 88-01، المؤرخ في 12/01/1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج.ر ع2، مؤرخة في 13/01/1988.

⁴ - حسب م45 من القانون 88-01، ولو ان هذا ليس استثناء فعلي وهو مجرد تحصيل حاصل لان وجود الدولة طرف هو ما جعل النزاع اداريا، وليس مناط الاختصاص هنا هو وجود م ع ت ص بل هو م800 من ق ا م ا.

⁵ - مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص.30.

العمومية الاقتصادية، التي استبعدها المرسوم الرئاسي 15-247 صراحة بموجب م9، والهيئات الوطنية المستقلة التي استبعدها ضمناً من خلال عدم ذكرها بالمادة 6 التي حددت الاختصاص في ابرام الصفقات العمومية، رغم أن المرسوم الرئاسي السابق كان ينص عليها. وأمام عدم وضوح الأسباب التي استدعت هذا التحول، يبدو أن استبعاد هذين الهيئتين ليس في محله، كون المؤسسة العمومية الاقتصادية هي مرفق عام يخضع للقانون التجاري فكان لا بد من أن يأخذ نفس الحكم الذي أخذته المرافق الأخرى المذكورة بالمادة 6، وذلك حماية للمال العام الذي تمول به صفقاتها؛ وكون أن الهيئات الوطنية المستقلة هي مرافق عامة إدارية¹، وتخضع لقواعد المحاسبة العمومية، فكان لا بد كذلك من إخضاع صفقاتها لهذا المرسوم.

ثالثاً: الاستثناءات التي ترد على ركن الاختصاص في ابرام العقد الإداري

أ/ **التجمعات المهنية:** لقد استقر القضاء الإداري الفرنسي منذ قرار MONPEURT الشهير² على اعتبار أن القرارات الصادرة عن بعض الهيئات الخاصة بقرارات إدارية ومن اختصاص القضاء الإداري. ومنذ ذلك الحين استقر الفقه والقضاء على أن لمثل هذه التجمعات المهنية الحق في استعمال امتيازات السلطة العامة، والخضوع لولاية القضاء الإداري في بعض جوانب منازعاتها، حيث أن تنظيم المهن الحرة كالطب والمحاماة والهندسة في شكل نقابات جعل من هذه النقابات مرافق عامة، باعتبار أن الدولة تخلت عن وظائفها لهذه النقابات، فيما عدا حقها في الإشراف والرقابة عليها³.

ومن ذلك ما نصت عليه م132 من قانون المحاماة⁴، اين منحت الاختصاص لمجلس الدولة للبحث في الطعون ضد القرارات التأديبية الصادرة من اللجنة الوطنية للطعن لمجلس المحامين.

¹ - يقصد بالهيئات الوطنية المستقلة السلطات غير التنفيذية كالبرلمان بغرفتيه، والمجلس الدستوري، والمحكمة العليا ومجلس الدولة، ومجلس المحاسبة، والهيئات الاستشارية الوطنية كالمجلس الاقتصادي والاجتماعي؛ عمار بوضياف، المرجع السابق، ص.48.

² - voir : C.E, 31/01/1932, MONPEURT, cité par : Jean-Claude Ricci, Op CIT, p.50.

³ - أنظر: ممدوح طنطاوي، المناقصات والمزايدات، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ط.1، 2000، ص.34.

⁴ - أنظر: القانون 07-13، المؤرخ في 29/10/2013، يتضمن تنظيم مهنة المحاماة، ج.ر.ع.55، مؤرخة في 30/10/2013، ص.3.

وإذا كان الأمر مستقرا بالنسبة لصلاحية هذه الهيئات في اتخاذ القرار الإداري، فإن التساؤل

يثور حول مدى صلاحيتها لإبرام العقود الإدارية؟

وإجابةً على هذا التساؤل يرى أحد الفقهاء أن مجلس الدولة الفرنسي قد توسع في مفهوم المتعاقد العام (الإدارة المتعاقدة)، حيث اعتبر الغرف المهنية (غرف الصناعة والتجارة والزراعة) متمتعة بهذه الصفة، وكذلك الحال مع التجمعات النقابية الخاصة بالملاك¹.

وهناك من يرى أن التجمعات المهنية إذا "ما أبرمت عقودا تتوافر فيها بقية عناصر معيار العقد الإداري من اتصالها بالمرفق العام وتضمنها شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، اعتبرت هذه العقود عقودا إدارية"². إلا أن هناك جانبا من الفقه يرى أنه حتى لو توافرت هذه العناصر للعقد الذي تبرمه أي من تلك الجهات، لا يعد هذا العقد عقدا إداريا³.

ولكن نحن نرى أن النقابات والتجمعات المهنية كأشخاص للقانون الخاص زودها القانون ببعض امتيازات السلطة العامة لتسيير الشأن العام لبعض المهن والمجالات، رغم تمتعها بمكنة اتخاذ القرار الإداري إلا أنها لا تستطيع إبرام عقود إدارية، وذلك حسب التحليل الآتي:

1* كون العقود التي تبرمها هذه الأشخاص لا تسعى لتسيير المرفق العام، بل عادة ما تكون بغية تلبية حاجيات عادية للتجمع كالتوريد أو إنجاز الخدمات، مما يجعل عقدها يفتر لمعيار الارتباط بالمرفق العام؛ وحتى ولو أبرمت عقودا من أجل تسيير المرفق العام -وهو أمر لا يتوقع حصوله- فإنها حتما ستكون ممثلة لشخص معنوي عام آخر، فإن عقودها في الحالة وإن أصبحت إدارية فإن ذلك بسبب معيار آخر، سيتم شرحه في الفقرة الموالية (العقد الإداري بين الخواص).

2* لا يتصور أبدا أن يحمل عقد التجمعات المهنية بندا غير مألوف في العلاقات بين الخواص، كونها مجرد شخص من اشخاص القانون الخاص، وتخضع لمبادئ المساواة بين المتعاقدين والعقد شريعة المتعاقدين، وأن الامتيازات التي تتمتع بها لا تكون إلا في مواجهة

¹ - مهند مختار نوح، الايجاب والقبول...، المرجع السابق، ص.277.

² - سليمان محمد الطماوي، المرجع سابق، ص.63.

³ - أشار إليه: مال الله جعر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص.76.

أعضائها من المنخرطين أو المكونين لها (كالمحاميين أو الصيادلة مثلا)، أما في مواجهة الغير من المتعاقدين معها فلا سلطة لها عليهم.

3* وبالتالي لا يمكن القول بإدارية عقود النقابات المهنية إلا إذا توافرت فيها الشروط الأخرى للعقد الإداري، أي أن يكون عقدها متصلا بنشاط مرفق عام، وأن يتضمن بندا غير مألوف في القانون الخاص، يبرز نية المشرع في السماح لها باتباع أساليب القانون العام في التعاقد.

4* بل أكثر من ذلك فقد قرر مجلس الدولة الفرنسي أن العقود التي تبرمها النقابات أو المرافق المهنية من قبيل عقود القانون الخاص حتى لو احتوت على شروط استثنائية غير مألوفة أو أبرمت من أجل تنفيذ ذات المرفق العام، باعتبارها ليست من الأشخاص المعنوية العامة¹.

ب/ العقد الإداري بين الخواص

رغم أن الشرط الثابت في كل العقود الإدارية، والمستقر عليه تشريعا وقضاء في كل من فرنسا ومصر والجزائر؛ هو لزوم وجود شخص معنوي عام في العقد للقول بإداريته؛ إلا أن القضاء الإداري الفرنسي عرف خروجاً عن هذا المبدأ العام نحو استثناء يسمح بإضفاء الصبغة الإدارية على عقود تبرم بين الخواص.

حيث أن محكمة التنازع الفرنسية اعتبرت أن العقد يكون إداريا إذا تم إبرامه من طرف شركة اقتصاد مختلط مع أحد المقاولين، على الرغم من كون طرفي العقد أشخاصاً للقانون الخاص². "وقد بنت محكمة التنازع موقفها هذا على أساس أن شركة الاقتصاد المختلط لم تتصرف لحسابها، وإنما لحساب الدولة، في مجال يقع بطبيعته ضمن نشاط هذه الأخيرة (مجال تشييد الطرق السريعة)، وينفذ تقليدياً عن طريق الإدارة المباشرة"³.

¹- voir : C.E.14/01/1998, syndicat département intercom, publié sur : archiv.jura.uni-saarland.de/France. Dernière mise a jour : 05/01/2018.

² - voir : T.C, 8 juillet 1963, Société entreprise Peyrot, Jean-Claude Ricci, Op CIT, p.86.

³ - مهندس مختار نوح، الإيجاب والقبول...، المرجع السابق، ص.303.

فقد قضت محكمة التنازع الفرنسية في دعوى تكييف عقد أبرمته إحدى شركات الاقتصاد المختلط الملتزمة بأشغال عامة مع منشأة خاصة لمعاونتها في بناء طرق السيارات المناط بها إقامته، بأن العقد المبرم بين الطرفين هو عقد أشغال عامة، وبالتالي فإنه عقد إداري. وقد نص القرار على أن "بناء الطرق العمومية له صفة الأشغال العامة، وينتمي بطبيعته إلى الدولة وهو ينفذ تقليدياً عن طريق الاستغلال المباشر، ومن ثم فإن العقود التي تبرم بواسطة رب العمل بقصد هذا التنفيذ

وقد قَنَّ المشرع الفرنسي هذا الاستثناء في م9 من قانون التزامات الإدارة، حيث قرر أن العقود المبرمة بين الخواص يمكن أن تكون إدارية، إذا كان أحد المتعاقدين يعمل لحساب أحد الأشخاص المعنوية العامة.

« Toutefois, les contrats conclus entre des personnes privées peuvent être administratifs si l'un des co-contractants a en réalité traité pour le compte d'une personne morale de droit public ».

ولو أن الملاحظ أن المشرع الفرنسي استعمل في هذه المادة معيار الوكالة ليعترف بإدارية العقد الإداري، في حين أن محكمة التنازع في قرارها الشهير سنة 1963، لم تستند على معيار الوكالة بل على أساس أن الأشغال محل التعاقد هي من طبيعتها من اختصاص الشخص المعنوي العام وتسير تقليدياً وفق التسيير المباشر. وكأنها اعتمدت بشكل غير مباشر على معيار ارتباط العقد بالمرفق العام.

وهناك استثناء آخر قبل فيه القضاء الإداري بإدارية العقد بين الخواص، إذا كان أحد الخواص يتعاقد بموجب وكالة باسم ولصالح شخص معنوي عام، فيستطيع الشخص المعنوي العام تعيين نائب له أو وكيل عنه للقيام ببعض تصرفاته ومنها التعاقد، وفي هذه الحالة تطبق قواعد الوكالة المنصوص عليها في القانون المدني، ومن ثم تتصرف آثار العقد في هذه الحالة إلى الأصيل

تخضع لقواعد القانون العام، ومن حيث أن الأمر يجب أن يكون بنفس هذا الوضع المنصوص عليه في قانون 18 أبريل 1955 بوضع نظام خاص لطرق السيارات، دون أن يكون هناك داع للتمييز، بينما إذا كان التنفيذ قد تم بطريقة عادية مباشرة بواسطة الدولة أو أنه تم بطريقة استثنائية بواسطة ملتزم يتصرف في مثل هذه الحالة لحساب الدولة، وسواء أكان هذا الملتزم شخصاً معنوياً من أشخاص القانون العام أو شركة اقتصاد مختلط، وبالتالي فأياً كانت الوسائل المستعملة في إنشاء طرق السيارات فإن العقود المبرمة مع المقاولين بواسطة الإدارة أو بواسطة الملتزم، تكزن لها طبيعة عقود الأشغال العامة".

وتبريراً للحكم، ذهبت المحكمة إلى أن الأعمال المتعلقة بأشغال الطرق وإنشائها من صميم الأشغال التي تقوم بها الدولة سواء بطريق الإدارة المباشرة أو بأي طرق آخر. أشار إلى ذلك: مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص.90.

(الشخص المعنوي العام)، وطالما أن هذه الآثار انصرفت إلى الأصيل فإنه بتوافر بقية عناصر المعيار المميز للعقد الإداري يعتبر العقد في هذه الحالة عقدا إداريا¹.

وقد اعترف القضاء الإداري الفرنسي بالصفة الإدارية للعقود المبرمة بين شخصين معنويين خاصين باعتبار أحدهما وكيلًا عن جهة الإدارة².

ويرى بعض الفقه³ بان القضاء الإداري الفرنسي طبق في هذين الحكمين فكرة الوكالة ومن ثم فإن هذا الوضع إذا كان في ظاهره استثناءً على المبدأ العام، إلا أنه في حقيقته مجرد تطبيق للقواعد القانونية العامة فيما يختص بنظرية النيابة.

ونختم هذا الفرع المتعلق بتحديد الإدارة المتعاقدة في العقد الإداري، بالتمييز بين مواقف القوانين في كل من فرنسا ومصر والجزائر حول هذه النقطة، وذلك كالآتي:

- أمام اتفاق التشريع الفرنسي والجزائري حول منح صلاحية إبرام العقد الإداري للشخص المعنوي العام فقط، فإن المشرع المصري قد توسع كثيرا في ذلك، بحيث منح هذه الصلاحية حتى للمرافق العامة الاقتصادية.

- في الحين الذي تعتبر فيه كل عقود الإدارة العامة هي عقود إدارية بقوة القانون في الجزائر، بالاستناد إلى المعيار العضوي، فإن المشرع الفرنسي ميّز في قانون التزامات الإدارة بين عقود الإدارة العامة والعقود الإدارية، بحيث أن العقود التي تبرمها الإدارة العامة ليست كلها عقودا إدارية، بل قد تكون عقودا عادية تخضع للقانون الخاص (المدني والتجاري)، وقد تكون عقودا إدارية (تخضع للقانون الإداري)، وذلك ما يستنتج من م 1 من هذا القانون⁴. ولعل هذا مرده في

¹ - مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص. 87.

² - « cette société n'a agi que comme mandataire des deux communes. Litige en cause concernant exclusivement les rapports des concédants et du concessionnaire pour l'interprétation d'une clause du contrat de concession. Compétence administrative. »

Voir : T.C 12 Janvier 1970, Gaz de France. Publié sur : www.legifrance.gouv.fr.

Dernière consultation le 05/01/2018.

³ - احمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص. 105.

⁴ - « Les personnes morales de droit public peuvent contracter.

Les contrats conclus par les personnes morales de droit public sont soumis aux règles établies par le Code des obligations civiles et commerciales sauf s'il s'agit de contrats administratifs. », Art 1 du la loi 65-51, Op CIT.

استعمال المشرع الفرنسي لمعيار موضوعي في التمييز بين عقود الإدارة العامة، وهو المعيار الذي ينظر إلى مدى استعمال الإدارة لامتيازات السلطة العامة في العقد، أم اكتفائها فقط بالظهور كشخص عادي يتنازل عن امتيازاتها ويتعاقد مثل الخواص.

-كما نلاحظ أن المشرع الجزائري اكتفى فقط بمعيار وجود الإدارة طرفا في العقد (وهو ما نستشفه ضمنا من م 800 من ق ا م ا في ظل غياب نص قانوني خاص بالعقود الإدارية)، وأضاف إليه معيارا آخر مالي في ت ص ع وتفويضات المرفق العام، وبالتالي لم يمنح اعتبارا لمعيار اتصال العقد بالمرفق العام ومعيار البند غير المألوف، على عكس المشرع والقضاء الفرنسيين اللذان استلزما دائما توافر المعيار الأول (وجود الإدارة طرفا في العقد)، وإضافة على الأقل معيار آخر على الخيار (بين الاتصال بالمرفق العام والبند غير المألوف¹).

¹ - مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص.58.

الفرع الثاني

حالات تَغْيَرِ وضعية الإدارة المتعاقدة وأثره على تنفيذ العقد الإداري

بما أن الإدارة العامة في حقيقة الأمر ليست سوى شخصا معنويا عاما، اعترف القانون بوجوده ومنحه الشخصية القانونية لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، في سبيل قيامه بالمهام المسندة إليه، وبما أن القانون يتسم بالتغير والتطور مواكبةً للتحويلات الحاصلة من حوله، وفقا للمبدأ القائل "لا يمكن للمتناهي أن يحكم ما لا يتناهي"، فقد يجد المشرع سببا يدفعه إلى تحويل الطبيعة القانونية لبعض الأشخاص المعنوية، كتحويل شخص معنوي عام إلى شركة تجارية خاصة أو مختلطة مثلا، نظرا لضرورات اقتصادية استلزمت دخوله للعالم التجاري والصناعي وتمويل نفسه بنفسه، أو كتحويل شخص معنوي خاص إلى شخص معنوي عام في ظل سياسة التأميم مثلا.

وقد تظهر ظروف ومستجدات أخرى لا تستدعي فقط تحويل الطبيعة القانونية للشخص المعنوي، بل تستدعي زواله نهائيا، إما بِحَلِّهِ أو بِضَمِّهِ إلى شخص معنوي آخر، كضم بلدية إلى بلدية أخرى أكبر منها.

وأمام هذه الفرضيات التي قد تحصل في أي وقت من الأوقات للإدارة المتعاقدة، يثور التساؤل عن الأثر الذي يحدثه تغير الوضعية القانونية للإدارة المتعاقدة على تنفيذ العقد الإداري؟ والإجابة عن هذا السؤال تكون من خلال النقاط الآتية:

أولا: تَغْيَرُ الطبيعة القانونية للإدارة المتعاقدة.

ثانيا: زوال الشخصية المعنوية للإدارة المتعاقدة.

أولا: تَغْيَرُ الطبيعة القانونية للإدارة المتعاقدة

ماذا لو تغيرت صفة جهة الإدارة بعد البدء في تنفيذ العقد الإداري، كأن يصدر تشريع بتحويلها إلى شخص من أشخاص القانون الخاص مثلا، فهل يتحول العقد الإداري الذي أبرمته بصفتها السابقة إلى عقد من عقود القانون الخاص؟

اختلف الفقه حول هذا الموضوع، فذهب جانب منه إلى أن العبرة بطبيعة الشخص المعنوي وقت إبرام العقد، وأن تحوله إلى شخص من أشخاص القانون الخاص لا يؤثر على الصفة الإدارية

للعقد ما دامت بقية شروطه قائمة، وعلى النقيض من ذلك فإن تحول الشخص الخاص إلى شخص من أشخاص القانون العام بعد إبرام العقد لا يسبغ صفة العقد الإداري على مثل هذا العقد¹، وهذا ما أستقر عليه مجلس الدولة الفرنسي². وأكدت عليه محكمة التنازع الفرنسية كذلك³. بينما ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن تحول الجهة الإدارية إلى شخص من أشخاص القانون الخاص يؤدي إلى فقدان العقد لأحد عناصر الصفة الإدارية، ومن ثم يتحول إلى عقد مدني⁴.

ويأخذ أحد الفقهاء⁵ موقفا وسطا من هذا النقاش، فيميز بين حالتين:

الأولى هي حالة تحول الشخص المعنوي العام إلى شخص معنوي خاص، "في هذه الحالة يكون هذا التحول لصالح المتعاقد مع الإدارة في الغالب، حيث سيفقد العقد أحد عناصره المهمة المميزة له كعقد إداري ومن ثم ستفقد جهة الإدارة سلطتها اتجاه المتعاقد معها، وستكون في ذات الكفة معه ويطبق بشأن العقد المبرم بينهما قواعد القانون المدني المتضمن المساواة التامة بين الطرفين".

أما الحالة الثانية وهي حالة تحول الشخص المعنوي الخاص إلى شخص معنوي عام، فهنا "الشركة أو المتعاقد الآخر يكون قد أبرم عقده معه بافتراض المساواة والتكافؤ، وإن مجرد تحول

¹ - قرار محكمة القضاء الإداري في القضية رقم 884 لسنة 19، ق الصادر بجلسة 1968/5/5. أشار إليه: مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص.80، هامش رقم.3.

² - C.E.12/07/1955, CLEMENT.
T.C.17/06/1972, S.N.C.F.

أشار إليها: نفس المرجع، ص.80، هامش رقم.4.

³ - « Sauf disposition législative contraire, la nature juridique d'un contrat s'apprécie à la date à laquelle il a été conclu. Ainsi, les contrats administratifs conclus par un établissement public demeurent administratifs malgré la transformation ultérieure de l'établissement en société anonyme.

Lorsqu'un établissement public tient de la loi la qualité 'établissement industriel et commercial, les contrats conclus pour les besoins de ses activités relèvent de la compétence de la juridiction judiciaire, à l'exception de ceux relatifs à celles de ses activités qui ressortissent par leur nature à des prérogatives de puissance publique. ». Voir : T.C, 16/10/2006, caisse centrale de réassurance, publié sur : www.legifrance.gouv.fr. Dernière consultation le 05/01/2018.

⁴ - أشار إليه: مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص.81.

⁵ - مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص.82،83،84.

أحد المتعاقدين إلى شخص معنوي عام لا يعني بالضرورة تحول العقد إلى عقد إداري، بل يلزم الأمر توافر بقية عناصر المعيار المميز للعقد الإداري، كما أن إضفاء الصفة الإدارية على هذا العقد لمجرد اكتساب أحد طرفيه الصفة الإدارية إثر تحوله من شخص خاص إلى مؤسسة عامة من شأنه أن يجعل طرفي العقد غير متساويين، حيث يمنح هذه المؤسسة العامة حق استخدام وسائل القانون العام بينما كان العقد قد أبرم أساساً وفقاً لقواعد القانون الخاص".

ويرى بالتالي انه "إذا كان التحول من شخص معنوي عام إلى شخص معنوي خاص، فلا بأس في ذلك من تحول العقد الإداري إلى عقد خاص، ومن ثم اختصاص القضاء العادي بنظره. أما إذا ما كان التحول من شخص معنوي خاص إلى شخص معنوي عام فلا يعتد بهذا التحول، ويظل القضاء العادي مختصاً بنظر منازعات هذا العقد".

ونحن نرى من جهتنا أن الطبيعة القانونية للعقد المبرم لا تتغير بتغير الطبيعة القانونية لأحد أطرافه، بل يبقى العقد محتفظاً بصيغته الأولى أثناء التعاقد، وذلك في كل من الحالتين السابقتين، على النحو الآتي:

-فمن جهة أولى-إن تحول الإدارة المتعاقدة إلى شخص من أشخاص القانون الخاص، لا يمنع من بقاء عقودها التي أبرمتها بالصفة السابقة متمتعة بصفة العقد الإداري، وذلك لأن تفسير العقد لا يكون إلا بالبحث عن النية المشتركة للطرفين وقت إبرامه، ولعل إرادة المتعاقدين كانت تهدف لا محالة لإبرام عقد إداري بكل ما يحمله من خصائص وما يخوله من سلطات وحقوق، كما أن زوال صفة الإدارية عن الإدارة المتعاقدة لا يؤثر بشكل كبير على العقد الإداري، كون أن هذا الأخير سيفقد معياراً واحداً فقط من المعايير المميزة له، وسيبقى يتصف بكونه مرتبطاً بتسيير مرفق عام، وبكونه يحتوي بنوداً غير مألوفة في القانون الخاص، ومن ثمة فلا مانع من القول بكونه عقداً إدارياً ولو أن أطرافه أصبحوا من الخواص، خاصة بما أننا علمنا أن القضاء الإداري الفرنسي قال بإدارية بعض العقود بين الخواص كونها تتعلق بموضوع من مواضيع الإدارة العامة، كما سبق ورأينا في قرار PEYROT الشهير، فمن باب أولى القول بإدارية عقود الإدارة بعد تحولها لشخص خاص.

ولا بد عند الاخذ بهذا الرأي من مراعاة نقطتين هامتين، الأولى أن اختصاص القاضي الإداري يبقى مشتملا لهذا العقد رغم زوال الصفة العمومية للإدارة المتعاقدة فيه، وهو استثناء عن المعيار العضوي لتحديد الاختصاص، والثانية أن لا ضرورة لإبقاء السلطات والامتيازات التي كانت للإدارة المتعاقدة إلا في مجال ضيق جدا بالقدر الكافي للسماح لها -بعد تحولها لشخص خاص- بمتابعة تنفيذ العقد على أحسن وجه.

-ومن جهة ثانية-إن تحول الشخص الخاص إلى شخص معنوي عام لا يؤثر هو الآخر على تكييف العقد الإداري، الذي يبقى عقدا من العقود العادية، وذلك وفقا لقواعد تفسير العقود، وكذلك لأن موضوع العقد الذي كان بين الخواص لا يعدو أن يكون متعلقا بالتسيير العادي أو ما يسمى بعقود الإدارة العادية، التي تنفذ وفق القواعد القانونية المطبقة والمألوفة في القانون الخاص، وبالتالي حتى ولو أصبح أحد اطرافه إدارة عامة فإن العقد سيكون من العقود العادية للإدارة العامة التي تخضع للقضاء العادي وللقانون العادي.

وهذا الرأي يطبق على الأقل في النظام القضائي الفرنسي، أما في الجزائر فإن المعيار العضوي المطبق بشكل جامد -نوعا ما- في م 800 من ق ا م ا، ربما لن يتكيف مع هذا الرأي، وذلك في انتظار القضايا المعروضة على القضاء الجزائري واجتهاده حولها بهذا الخصوص.

ثانيا: زوال الشخصية القانونية للإدارة المتعاقدة

عالج المشرع الجزائري حالات تَعْيُر المركز القانوني لبعض الأشخاص المعنوية العامة، في مجموعة من النصوص القانونية، ومن ذلك نذكر ما يلي:

أ/ القانون 84-09 المتعلق بالتنظيم الإداري للبلاد¹

جاء هذا القانون لتحديد التنظيم الإداري للبلاد وتحديد الحدود والصلاحيات لمختلف ولاياتها وبلدياتها²، فبيّن الأحكام القانونية المطبقة في حالة إلغاء ولاية معينة واستبدالها بولاية أخرى، وكذا تلك المطبقة بخصوص البلديات الجديدة التي حلت محل بلديات ملغاة.

¹- أنظر: القانون 84-09، المؤرخ في 04/02/1984، يتعلق بالتنظيم الإقليمي للبلاد، ج.ر.ع.6، مؤرخة في 07/02/1984، ص.139.

²- أنظر: م 2 من القانون 84-09.

فنصت م58 من هذا القانون على أن والي الولاية القديمة يستمر في تنفيذ عمليات التجهيز والاستثمار الجاري إنجازها في إقليم ولايته، بمعنى أن الولاية التي ضُمَّت إليها أقاليم جديدة تنتقل إليها مختلف المشاريع التي تخص هذه الأقاليم، وبما في ذلك العقود الإدارية وما يترتب عنها من التزامات.

كما نصت م60 من ذات القانون على تحويل الصلاحيات التي كانت لبلدية معينة إلى البلدية الجديدة التي حلت محلها؛ ومن ثمة تصبح هذه الأخيرة هي المسؤولة عن تنفيذ العقود الإدارية التي أبرمتها البلدية السابقة وتحمل كل التزاماتها.

ب/ قانون البلدية

تَطَرَّقَ المشرع من خلال قانون البلدية لحالات زوال الشخصية القانونية للبلدية، وحدد النتائج المترتبة عن ذلك.

فنص في م9 على ما يلي: "يتم ضم جزء من إقليم بلدية أو أكثر إلى بلدية أخرى أو أكثر من نفس الولاية بموجب مرسوم رئاسي يتخذ بناء على تقرير الوزير المكلف بالداخلية بعد أخذ رأي الوالي ورأي المجلس الشعبي الولائي ومداولة المجالس الشعبية البلدية المعنية". وهذا ما أكد عليه مجلس الدولة في أحد قراراته¹، مؤكداً على أن السلطة القضائية لا يمكن أن تحل محل السلطة المؤهلة قانوناً، احتراماً لمبدأ الفصل بين السلطات، ورفض تدخل القضاء فيما يتعلق برسم الحدود بين البلديات، كونه من صميم صلاحيات السلطة التنفيذية.

وحددت م10 مآل الحقوق والالتزامات التي كانت للبلدية القديمة، فنصت على ما يلي: "عندما تضم بلدية أو أكثر أو جزء من بلدية أو أكثر إلى بلدية أخرى، تحول جميع حقوقها والتزاماتها إلى البلدية التي ضمت إليها.

تحدد كليات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم"، وبالتالي يمكن القول أنه في حالة نهاية الشخصية المعنوية للبلدية المتعاقدة فإن الحقوق المترتبة عن العقد الذي يجمعها بالغير، تؤول

¹ - قرار مجلس الدولة، بتاريخ 2003/05/06، ملف رقم 005814، بين بلدية تغزوت، ووالي ولاية الوادي ومن معه، مجلة مجلس الدولة، ع.4، 2003، ص.128.

مباشرة وبقوة القانون إلى البلدية التي حلت محلها أو ضُمَّت إليها، فلا يحق لهذه الأخيرة التذرع بعدم ابرامها لهذا العقد للتهرب من التزاماتها.

ج/ قانون الولاية

حدد قانون الولاية الكيفية التي يتم فيها حل المجلس الشعبي الولائي، وذلك في م47، والتي تنص على ما يلي: "يتم حل المجلس الشعبي الولائي وتجديده بموجب مرسوم رئاسي بناءً على تقرير الوزير المكلف بالداخلية". وذلك في حالات محددة على سبيل الحصر في م48، وهي:

- في حالة خرق أحكام دستورية.
- في حالة إلغاء انتخاب جميع أعضاء المجلس.
- في حالة استقالة جماعية لأعضاء المجلس الشعبي الولائي.
- عندما يكون الإبقاء على المجلس مصدراً لاختلالات خطيرة تم إثباتها أو من طبيعته المساس بمصالح المواطنين وطمأنينتهم.
- عندما يصبح عدد المنتخبين أقل من الأغلبية المطلقة وذلك رغم تطبيق أحكام المادة 41 أعلاه.

- في حالة اندماج بلديات أو ضمها أو تجزئتها.
 - في حالة حدوث ظروف استثنائية تحول دون تنصيب المجلس المنتخب.
- وحدد قانون الولاية الإجراءات التي يجب اتباعها بعد حل المجلس الشعبي الولائي، من خلال إنشاء هيئة انتقالية تسمى بالمندوبية الولائية، التي تحل محل المجلس الولائي المُحلّ ريثما يتم استبداله بمجلس جديد، فجاء ذلك في نص م49 كآلاتي: "في حالة حل المجلس الشعبي الولائي، يعين الوزير المكلف بالداخلية، بناءً على اقتراح من الوالي، خلال العشرة (10) أيام التي تلي حل المجلس مندوبية ولائية لممارسة الصلاحيات المخول إياها بموجب القوانين والتنظيمات المعمول بها، إلى حين تنصيب المجلس الجديد.

تنتهي مهمة المندوبية الولائية بقوة القانون فور تنصيب المجلس الشعبي الولائي الجديد. تحدد كينيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم".

ورغم سكوت قانون الولاية عن مآل الحقوق التي كانت مقررة للمجلس الشعبي الولائي المُحلّ، إلا أن المنطق القانوني يستدعي أن تنتقل كل حقوقه والتزاماته إلى المندوبية الولائية المذكورة بالمادة 49، ثم إلى المجلس الشعبي الولائي الجديد. ولو أن الإشكال لا يثور في مجال العقود الإدارية كون أن المجلس الولائي ليس شخصا معنويا ولا يحق له إبرام العقود الإدارية، وذلك من صلاحيات الوالي، ولكن أمام عدم وجود نص قانوني يتعلق بنهاية الشخصية المعنوية للولاية واستبدالها بولاية أخرى، فيمكن القياس على ما هو معمول به في قانون البلدية وعلى ما هو ثابت في المبادئ العامة للقانون، والقول بأن الولاية الجديدة تتحمل كافة الالتزامات المترتبة في ذمة الولاية المُحلّة والمضافة إليها أو التي حلت محلها.

وقد قرر القضاء الإداري الجزائري حماية للمتعاقد مع الإدارة العمومية التي يتم حلها وضمها لإدارة جديدة، بحيث منع هذه الأخيرة من التهرب من التزاماتها وألزمها بإكمال العقود المبرمة من طرف الإدارة التي سبقتها، وذلك ضمانا منه لحقوق المتعاقد مع الإدارة، وتطبيقا لمبدأ استمرارية المرفق العام الذي يفترض أن الدولة ككل هي شخص معنوي واحد، وأن تجزئة الاختصاص لا تحول دون تأدية الحقوق إلى مستحقيها.

ومن ذلك نذكر القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 14/01/1989¹، الذي قرر أنه تطبيقا لمبدأ استمرارية المرفق العام ينقل التقسيم الإداري الجديد التزامات البلدية القديمة إلى البلدية الجديدة، مؤسسا ذلك على أن التقسيم الإداري الجديد لا يؤدي إلى انقطاع في نشاط المرفق العام، ومن ثمة الزم البلدية على الاعتراف بالعقد المبرم بين المستأنف وبين البلدية القديمة التي حلت محلها البلدية الجديدة المستأنف عليها.

كما اعتبر القضاء كذلك امتناع المصلحة المتعاقدة عن تسديد قيمة الأشغال المنجزة بسبب ظهور تقسيم إداري جديد كونها تم استلامها من طرف ولاية أخرى، تعسفا لأن المادة 58 من القانون رقم 09/84 الخاص بالتقسيم الإداري نصت على استمرار والي الولاية القديمة في تنفيذ عمليات التجهيز والاستثمار الجاري إنجازه، ومن ثمة ألزمها بتسديد قيمة الأشغال والتعويض عن

¹ - المجلس الأعلى، قرار بتاريخ 14/01/1989، بين (ع ع) ضد رئيس بلدية ب س ن، المجلة القضائية للمحكمة العليا، ع.1، 1991، ص.123. أنظر الملحق رقم 11 من هذه الرسالة.

التأخير بالرغم من أنها ليست المصلحة التي استلمت الأشغال¹. وهذا كله وفقا لمبدأ استمرارية المرفق العام.

وإذا كان هذا هو المبدأ المستقر عليه بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة حفظا لحقوقه، فإن مجلس الدولة الجزائري رفض مطالبة مصفي المؤسسة العمومية المُحلَّة بحقوق هذه الأخيرة تجاه الدولة، من منطلق قانوني مفاده أن المؤسسات العمومية المنحلة تُلغى كل ديونها التي كانت لها في ذمة الإدارة العمومية، ولا يبقى لها سوى المطالبة بديونها تجاه الغير وعن طريق قابض الضرائب وليس عن طريق المصفي².

وطبقا لهذا المبدأ نستنتج أن للمتعاقد مع مؤسسة عمومية تم حلها، أن يطالب مصفي هذه الشركة بكافة حقوقه المترتبة عن العقد، وأن هذه المؤسسة ليس لها الا المطالبة بحقوقها تجاه الغير فقط.

ولعل هذا القرار ليس اجتهادا من القاضي الإداري، بل هو مجرد تأكيد وتطبيق لأحكام المرسوم التنفيذي 94-294 المتعلق بكيفيات حل وتصفية المؤسسات العمومية غير المستقلة والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري³، حيث تنص م 2/8 منه على ما يلي: "تلغى مستحقات المؤسسات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري المنحلة المترتبة على الإدارة المركزية والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري".

وسمحت م 10 من هذا المرسوم بتسوية التزامات هذه المؤسسات المنحلة تجاه الغير من طرف المصفي، ومن تمة يمكن للمتعاقد مع هذه المؤسسات المطالبة بحقوقه الناجمة عن العقد.

¹ - قرار صادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، رقم 124.356، مؤرخ في 1997/07/06، منشور في المجلة القضائية للمحكمة العليا، ع.1، 1988، ص.180.

² - انظر قرار مجلس الدولة، بتاريخ 2005/07/12، بين بلدية سكيكدة ومصفي مؤسسة استصلاح م غ، مجلة مجلس الدولة، ع.7، 2005، ص.67، انظر الملحق رقم 12 من هذه الرسالة.

³ - المرسوم التنفيذي 94-294، مؤرخ في 1994/09/25، يتضمن كيفيات حل وتصفية المؤسسات العمومية غير المستقلة والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، ج.ر.ع.63، مؤرخة في 1994/10/05، ص.14.

ورغم سكوت المشرع عن تنظيم مآل العقود التي أبرمتها هذه المؤسسة، فنحن نرى أن يترتب عن حل هذه المؤسسات وضع حد للاستمرار في تنفيذ العقد، وفسخه بقوة القانون، نظرا لزوال الشخصية القانونية للجهة المتعاقدة.

الباب الثاني

الحلول القانونية لمواجهة الأثر

الناشئ عن تَغْيِيرِ ظروف تنفيذ

العقد الإداري

رأينا أن مسيرة تنفيذ العقد الإداري قد تصطدم بظروف جديدة لم تكن في الحسبان يوم التعاقد، ومن شأنها جعل تنفيذ العقد أكثر ارهاقا للمتعاقد أو أكثر تكلفة، وقلنا أن هذه الظروف تختلف عن بعضها البعض سواء من حيث المصدر، فإما أن تكون ناتجة عن فعل الإدارة المتعاقدة (فعل الأمير)، أو عن ظروف خارجة عن إرادة المتعاقدين كالظروف الاقتصادية والسياسية والاجتماعية (الظروف الطارئة) أو الطبيعية (الصعوبات المادية غير المتوقعة)، أو من حيث أثرها على تنفيذ العقد الإداري، بحيث أن بعضها يجعل منه صعبا ومرهقا، في حين يجعله البعض الآخر مستحيلا تماما (القوة القاهرة)¹.

ولكن رغم الفروق الجوهرية التي تميز كل نظرية عن غيرها، إلا أن تتبع موقف القضاء الإداري منها كلها، يسمح لنا بالقول أنه اتبع آليات متشابهة -على العموم- في تصديده لنتائج هذه الظروف على تنفيذ العقد الإداري، وتتمثل هذه الآليات من جهة في حماية وضممان استمرارية المرفق العام في تأدية خدماته، ومن جهة أخرى في حماية حقوق المتعاقد من التكاليف الزائدة التي تعرّض لها نتيجة تغير الظروف، أو من الانقاص في الأرباح الذي لحق به، وبالتالي سار القضاء الإداري على معالجة الأثر الناشئ عن تغيّر ظروف تنفيذ العقد الإداري من خلال تحميل المتعاقد مع الإدارة بالتزام الاستمرار في تنفيذ العقد الإداري رغم تغيّر الظروف (الفصل الأول)، دون الاخلال بحقه في التعويض المناسب جبرا للضرر اللاحق به من جراء هذا التغيّر في الظروف (الفصل الثاني).

¹ - رغم أننا تطرقنا لكل هذه النظريات الأربع في الباب الأول، من حيث إطارها المفاهيمي والتأصيلي، إلا أننا أضفنا لها كذلك بعض الحالات الأخرى، وهي حالة الأعمال الإضافية من المتعاقد، وتغير المركز القانوني للمتعاقد والإدارة، وسنكتفي في هذا الباب فقط بنتائج الحالات الأربع الأولى (فعل الأمير، الظروف الطارئة، الصعوبات المادية غير المتوقعة، القوة القاهرة) كوننا قد عالجتنا أثر الاثراء بلا سبب وتغير وضعية الأطراف المتعاقدة في الباب الأول؛ وذلك لأسباب منهجية.

الفصل الأول

التزام المتعاقد مع الإدارة
بالاستمرار في تنفيذ العقد
الإداري

يترتب على إبرام العقد الإداري مجموعة من الالتزامات في ذمة المتعاقد مع الإدارة¹، يبرز أهمها في واجبه بالوفاء بالتزاماته كاملة حسب الشروط المتفق عليها.

ولما كانت العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بسعيها وراء إشباع الحاجات العامة، فإن مراكز طرفي العقد الإداري غير متكافئة، إذ يجب تغليب الصالح العام على المصلحة الخاصة للمتعاقد؛ مما يجعل المتعاقد مع الإدارة ملزماً بتنفيذ العقد الإداري في كل الظروف، ولا يستطيع التوقف عن التنفيذ بحجة أن التزاماته المتفق عليها قد تم تعديلها من طرف الإدارة؛ أو قد طرأت عليها ظروف جديدة أدت إلى جعلها أكثر إرهاقاً له، بل ولا يستطيع حتى الدفع بعدم التنفيذ- كقاعدة عامة- إذا ما أخلت الإدارة بالتزاماتها معه، عملاً بمقتضيات السير الحسن والمطرد للمرفق العام.

حيث أن الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري سواء أكانت من فعل جهة الإدارة المتعاقدة، أو كانت مستقلة عن عمل الإدارة إطلاقاً، لا تؤدي إلى إعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته العقدية، إلا إذا أصبح هذا التنفيذ مستحيلاً بحيث أنها تشكل حالة من حالات القوة القاهرة، وعلى ذلك فإن المبدأ العام هو التزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد، على الرغم من مصادفته لصعوبات أو ظروف لم تكن في الحسبان إبان إبرام العقد وحتى لو أدت هذه الظروف إلى درجة قلب اقتصاديات العقد في بعض الحالات²؛ غير أنه إذا وجد المتعاقد نفسه إزاء استحالة مطلقة في تنفيذ التزاماته فإن ذلك يؤدي إلى إعفائه من التنفيذ، إذا توافرت العناصر المكونة للقوة القاهرة³.

¹- تتمثل أبرز الالتزامات التي تقع على عاتق المتعاقد مع الإدارة فيما يلي:

-الالتزام الشخصي بتنفيذ العقد.

-الالتزام بتنفيذ العقد في الأجل المحددة في بنود العقد.

-الالتزام بتنفيذ العقد وفق الشروط المتفق عليها في العقد.

-الالتزام بدفع مبلغ الضمان المحدد.

-الالتزام بضمان سلامة الاعمال.

للمزيد من التفاصيل: عليوات ياقوتة، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري-الصفقات العمومية في الجزائر-رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة قسنطينة، 2008-2009، ص.191 وما يليها.

²- نظراً لما سيقابل ذلك من تعويض عادل ومن معاونته الإدارية له في بعض الأحيان.

³- علي محمد علي عبد المولى، المرجع السابق، ص.406.

اذ يتعين على المتعاقد مع الإدارة الامتثال للبنود التعاقدية والقرارات الإدارية الصادرة بشأن تنفيذها، إلا إذا زادت التغييرات الطارئة على تنفيذ العقد الإداري عن الحد المعقول، أو جعلت من تنفيذه أمراً مستحيلاً، وبالتالي يمكن القول أن المتعاقد ملزم -كأصل عام- بتنفيذ العقد الإداري في كل الظروف، دون أن يمنع ذلك من القول بأحقيته أحياناً -وكاستثناء- في الامتناع عن تنفيذه؛ مما يدفع للبحث عن الإطار القانوني لالتزام المتعاقد مع الإدارة في الاستمرار في تنفيذ العقد الإداري تحت كل الظروف، وتبيان واجباته وحقوقه أثناء القيام بهذا الالتزام (المبحث الأول)، وعن الحدود القانونية والاستثناءات التي تُصَيِّقُ من مجال تطبيق هذا المبدأ القانوني العام (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الإطار القانوني لالتزام المتعاقد مع الإدارة بالاستمرار في تنفيذ العقد

الإداري تحت كل الظروف

باعتبار العقد الإداري عقداً من نوع خاص، لا يسعى فقط لهدف مباشر يتمثل في تحقيق مآرب مادية لطرف معين تقابلها واجبات تقع على عاتقه في صالح الطرف الثاني، بل هو يسعى دوماً-ولو بشكل غير مباشر- لإشباع حاجيات عامة موكلة إلى الجهة الإدارية المتعاقدة، مما يجعل المتعاقد مع هذه الأخيرة كذلك في وضع قانوني خاص، فهو يعتبر معاوناً في تنفيذ مهمة مرفق عام. فإن هذه الاعتبارات الناتجة عن ارتباط العقد الإداري بفكرة المرفق العام بما لها من أهمية بالغة ضمن نظريات القانون الإداري¹، جعلت المتعاقد مع الإدارة ملزماً دوماً بالاستمرار في تنفيذ العقد الإداري تحت كل الظروف، ولا يمكنه التذرع بتغير ظروف تنفيذ العقد للتوقف عن تنفيذه، وهو الالتزام الرئيسي الذي يقع على عاتقه في ظل كل النظريات الثلاث.

فتحقيق المصلحة العامة، كغاية تسعى إليها جهة الإدارة من خلال إبرام عقودها الإدارية، يحتم على المتعاقد معها باعتباره معاوناً لها في سبيل تحقيق هذه الغاية أن يستمر في تنفيذ الالتزامات المتولدة عن العقد على الرغم مما قد يصادفه من صعوبات وما قد يعترضه من عقبات أثناء التنفيذ، وأكثر تحديداً، فإنه نظراً لصلة العقد الإداري بالمرفق العام، ووجوب الحرص على استمرار وانتظام سيره، فإن ذلك ينعكس بلا شك على التزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ التزاماته العقدية².

ونظراً لما سبق، يمكن تبين الإطار القانوني لالتزام المتعاقد بالاستمرار في التنفيذ من خلال تحديد الأسس التي يقوم عليها هذا الالتزام والحقوق والواجبات التي يقرها للمتعاقد، وهو ما قد

¹- يكتسي المرفق العام أهمية قصوى ضمن مواضيع القانون الإداري، سواء كفكرة نظرية أو معيار قامت عليها ولا زالت معظم نظريات القانون الإداري، أو كمؤسسة حيوية لا تُؤدى وظائف الدولة إلا بها. للمزيد من التفاصيل حول أهمية المرفق العام: محمد فاروق عبد الحميد، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين المفهومين التقليدي والاشتراكي، دراسة مقارنة "فرنسا-الاتحاد السوفياتي-يوغسلافيا-الجزائر"، د م ج، الجزائر، 1987.

²- علي محمد علي عبد المولى، المرجع السابق، ص.407.

يختلف في بعض الجزئيات بين ما هو مطبَّق في نظرية فعل الأمير (المطلب الأول)، عما هو معمول به في نظريتا الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

التزام المتعاقد مع الإدارة بالاستمرار في تنفيذ العقد الإداري في ظل نظرية

فعل الأمير

سنعالج الإطار القانوني للالتزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد الإداري في ظل نظرية فعل الأمير، من خلال التطرق لحالة تَعَيَّرِ ظروف تنفيذ العقد الإداري بفعل تدخل الإدارة المتعاقدة مستعملة سلطتها في تعديل العقد الإداري انفراديا، كونها تعتبر الانموذج الأكثر وضوحا وتأثيرا لفعل الأمير، فقد يتساءل البعض: كيف لنا أن نلزم المتعاقد بالاستمرار في التنفيذ رغم أن تَعَيَّرِ الظروف ليس خارجا عن إرادة طرفي العقد بل هو من فعل الإدارة المتعاقدة؟

فباعتبار أن علاقة الإدارة بالمتعاقد معها هي علاقة تعاون من أجل تسيير المرفق العام وتحقيق الصالح العام، وبما أن سلطة التعديل الانفرادي جاءت لتحقيق احتياجات المرفق العام وضمان سيره الحسن؛ فقد ظهرت ضرورة قيام المتعاقد بتنفيذ العقد الإداري والاستمرار فيه، فليس له أن يمتنع عن الوفاء بالتزامه حيال المرفق بحجة أن ثمة إجراءات إدارية قد غيرت من الالتزامات الأصلية المتعاقد عليها¹.

وعلى الرغم من أن المتعاقد مع الإدارة غالبا ما يرضى بإدخال الجهة الإدارية لتعديلات على العقد، لكون التعديلات غالبا ما تعني إضافة أعمال وبالتالي فوائد أكثر يجنيها المتعاقد من وراء العقد؛ إلا أنه رغم ذلك فلا يُعَقَلُ أبدا أن يخضع تنفيذ التعديلات التي تدخلها الإدارة على العقد للسلطة التقديرية للمتعاقد، إن شاء نفذَ وإن شاء رَفَضَ، بل إن القانون الإداري يمنح الإدارة المتعاقدة امتيازاً بإدخال تعديلات على العقد دون أحقية المتعاقد معها في الاعتراض على تنفيذ قرار التعديل².

¹ - محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص.138.

² - عاطف محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص.511.

وقد جاء في أحد قرارات ديوان المظالم بالسعودية¹ أن "ليس للمتعاقد مع الإدارة إزاء تعديلها شروط العقد سوى حق المطالبة بالتعويض، فلا يسوغ له الدفع بعدم التنفيذ مهما ترتب عليه من إطالة مدة التنفيذ، طالما كان في مكنه الاستمرار في العمل بعد اجراء التعديلات والإضافات المطلوبة".

ولعلّ التزام المتعاقد بتنفيذ قرار التعديل الإفرادي للعقد الإداري، إضافة لكونه يدخل ضمن مستلزمات السير الحسن للمرفق العام بانتظام واطراد؛ فإنه كذلك يجد أساسه الذي يركز عليه في بعض المبررات القانونية، والتي تجعل منه التزاما مشروعاً يقبله المتعاقد ويخضع له لكونه مبدأ عاماً من مبادئ تنفيذ العقود الإدارية، والتي يُفترض في كل من يُقبل على التعاقد مع الإدارة أن يعلم بها ويدعن لها مسبقاً؛ وتتمثل مبررات أسس المتعاقد بتنفيذ قرار التعديل الإفرادي في مبررات تشريعية (الفرع الأول) وأخرى قضائية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الأسس التشريعية لإلزام المتعاقد بتنفيذ قرار التعديل الإفرادي

تتمثل هذه الأسس المستوحاة من النصوص القانونية المتعلقة بالعقد الإداري، ومن نصوص قانونية تتعلق بالقرار الإداري بشكل عام، في كون التعديل الإفرادي هو قرار إداري لا بد من تنفيذه (أولاً)، وفي كون الانصياع لهذا القرار هو التزام تشريعي (ثانياً).

أولاً: التعديل الإفرادي يتم في شكل قرار إداري

إن القرارات الإدارية بما أنها تستهدف الصالح العام يتعين تنفيذها وتحقيق آثارها القانونية². ولما كانت الإدارة شخصاً معنوياً لا تصرف له ولا حياة إلا من خلال ممثليه، ولما كان التصريح عن رغبات هذا الشخص يتم في شكل تصرفات قانونية-كأصل عام- فإن رغبة الإدارة المتعاقدة في تعديل العقد الإداري لا تتم إلا من خلال إصدارها لقرار التعديل، وهو ذلك القرار

¹ - قرار رقم 422 لسنة 1396 هـ، أشار إليه: لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق، ص.95.

² - أنظر: أحمد كمال الدين موسى، نظرية الإثبات في القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، د ب ن، 2012، ص.99.

الذي يُعبّر عن رغبتها في التعديل صراحة، سواء كان صادرا في شكل قرار إداري عادي، أو اتخذ شكل الأمر المصلي، أو حتى كان قرار شفويا صادرا عن مهندس المصلحة المتعاقدة. فالقرار الإداري الصريح يمكن أن يصدر فقط كإشعار وارد في رسالة خطية، أو في شكل تصريح شفوي.

فبالنسبة للحالة الأولى فقد اعتبر القضاء الإداري الجزائري رسائل موجهة من البلدية لتجار بسوق تتضمن إشعارهم برغبة البلدية في تغيير نشاط السوق من تجارة النسيج إلى بيع الخضر والفواكه، قرارا إداريا من الممكن المنازعة في مشروعيته¹؛ أما بخصوص القرار الإداري الشفوي، فإن الشكل الكتابي ليس له مدى مطلق، فيمكن الاتفاق في العقد على شرعية الأمر الشفوي²، وبالتالي التحرر من هذه الشكلية؛ ولعل ذلك راجع لمتطلبات المرفق العام، وضرورة السرعة في التصدي لكل طارئ.

وعليه -ومهما يكن شكل القرار- فإذا كانت سلطة التعديل الإنفرادي تجد أساسا لها في الفقه والقضاء والتشريع، وتقرض وجودها في مجال تنفيذ العقود الإدارية كمبدأ عام من مبادئ العقود الإدارية، فإن ذلك كله لا يتعدى كونه مجرد سبب وجيه وأساسا لوجود مثل هذه السلطة، دون أن يكفي لإلزام المتعاقد بتنفيذ ما ينشأ عنها من قرارات فقط لأنها كذلك-أي مبدأ عام في العقود الإدارية-ومن ثمة فإن الحجة الدامغة والحل الأرجح في إلزامه على الخضوع لقرار التعديل يكمن في الطبيعة القانونية لهذا القرار.

¹- أنظر: قرار المجلس الأعلى، 18/12/1976، قضية عباس ميلود وآخرون ضد رئيس بلدية البلدية؛ بوشهدة ورشيد

خلوفي، مجموعة أحكام القضاء الإداري، دم.ج، الجزائر، 1979، ص.81.

²- علي الفحام، المرجع السابق، ص.433.

حيث أن القرار الإداري¹ في حد ذاته وبغض النظر عن موضوعه يتميز بكونه انفرادياً وتنفيذياً، ومُحصَّناً بامتياز التنفيذ المباشر².

فقد أقرَّ الفقه والقضاء للإدارة بامتياز تنفيذ قراراتها المشروعة بنفسها مباشرة ولو باستعمال القوة الجبرية في مواجهة الأفراد دون حاجة إلى تدخل القضاء سلفاً، أو استئنائه، وبذلك تتغلب الإدارة على مقاومة الأفراد أو امتناعهم عن تنفيذ القرارات الإدارية وتتمكن من إجبارهم على احترام القانون عن طريق التنفيذ الإداري المباشر³. وبذلك، يصبح القول بأن التعديل الانفرادي للعقد الإداري يتم في شكل قرار إداري، مبرراً أساسياً في تبرير التزام المتعاقد بتنفيذ محتواه.

¹ - نال موضوع القرار الإداري عناية الكثير من الفقهاء، كما أسهم القضاء الإداري في الكشف عن الكثير من ملامحه، ورغم اختلاف تعريفات الفقه والقضاء للقرار الإداري من حيث الألفاظ فإنه ينم عن مضمون واحد. فقد عرفه العميد L. DUGUIT بأنه كل عمل إداري يصدر بقصد تعديل الأوضاع القانونية كما هي قائمة وقت صدوره أو كما تكون في لحظة مستقبلية معينة، وعرفه BONNARD بأنه كل عمل إداري يحدث تغييراً في الأوضاع القانونية القائمة، وعرفه RIVERO بأنه العمل الذي بواسطته تقوم الإدارة باستعمال سلطتها في تعديل المراكز القانونية بإرادتها المنفردة.

أما في الفقه العربي، فقد عرفه الدكتور "سامي جمال الدين" بأنه تعبير عن الإرادة المنفردة لسلطة إدارية بقصد إحداث أثر قانوني معين، وجاء في تعريف الدكتور "ماجد راغب الحلو" بأن القرار الإداري هو إفصاح عن إرادة منفردة يصدر عن سلطة إدارية ويرتب آثاراً قانونية، ويتضح من هذا التعريف أن هناك عدة شروط يجب توافرها لتكون أمام قرار إداري وهي:

- أن يصدر القرار من سلطة إدارية.

- أن يصدر بالإرادة المنفردة للإدارة.

- ترتيب القرار لآثار قانونية.

² - لا بد من التمييز بين نفاذ القرار الإداري وبين تنفيذه، فالقرار الإداري بوصفه عملاً قانونياً من شأنه إحداث آثار قانونية تتمثل في تعديل التنظيم القانوني بصرف النظر عن أي تنفيذ مادي له، وهذا ما يسمى بالقوة التنفيذية للقرار الإداري La force d'exécution؛ أنظر: حسني درويش عبد الحميد، نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء "دراسة مقارنة"، ط3 مزيدة ومنقحة، د ب ن، 2008، ص.17.

³ - أحمد كمال الدين موسى، المرجع السابق، ص.100.

ثانياً: تنفيذ قرار التعديل هو التزام تشريعي

يلتزم المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ قرار التعديل الإفرادي للعقد الإداري بقوة القانون، مما يجعل هذا الالتزام ذو طابع تشريعي، فرضه عليه المشرع وألزمه بتنفيذ قرار التعديل.

حيث نص المشرع الفرعي من خلال م4/12 و5 من د ش إ ع على لزوم خضوع المتعاقد لقرار التعديل الإفرادي وتنفيذ أوامر المصلحة بكل دقة؛ وأضاف النص صراحة في الفقرة 7 من نفس المادة على ما يلي: "...إن مطالبة المقاول تلك لا تبيح له توقيف تنفيذ أمر المصلحة إلا إذا أمر بخلاف ذلك مهندس الدائرة أو المهندس المعماري".

كما تنص م1/35 على ما يلي: "إذا لم يتقيد المقاول بشروط الصفقة أو بأوامر المصلحة التي يتلقاها من مهندس الدائرة أو المهندس المعماري، يعمد المهندس الرئيس إلى إنذاره بلزوم التقيد بتلك الشروط والأوامر في أجل يحدد بمقرر يجرى إبلاغه له بموجب أمر المصلحة".

وقد الزم المشرع المتعاقد بتنفيذ قرار التعديل تحت طائلة تعرضه لعقوبات جزائية من طرف

الإدارة المتعاقدة.

الفرع الثاني

الأسس القضائية لإلزام المتعاقد بتنفيذ قرار التعديل الانفرادي

إضافة لالتزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد الإداري في ظل حالة فعل الأمير، بموجب القواعد القانونية سالفة الذكر، فإن القضاء الإداري ألزمه بذلك مراعاةً لمجموعة من المبادئ العامة المستقر عليها في تنفيذ العقود الإدارية، وذلك كون التزامه هذا هو مجرد تطبيق لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود (أولاً)، لا سيما وأن قرار التعديل ليس في الواقع سوى امتداداً للعقد الأصلي (ثانياً).

أولاً: تنفيذ قرار التعديل يدخل ضمن مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية

تنص المادة 1/107 من القانون المدني على ما يلي: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه بحسن نية. ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام".

وقد استقر الاجتهاد القضائي على تطبيق هذا المبدأ في نطاق العقود الإدارية¹؛ فالعقود الإدارية تخضع لأصل عام من أصول القانون، يقضي بأن يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، وهذا الأصل يُطبَّق في العقود الإدارية، كما يطبق في العقود المدنية²، وهو ما كرَّسه المشرع في المادة 107 من القانون المدني، الذي يُعتبر الشريعة العامة³ لفروع القانون الأخرى في بعض المجالات، ولكن بقدر محدد فقط، دون أن يطغى ذلك على مبدأ استقلالية قواعد القانون الإداري عن القانون المدني وذاتيته التي تميزه عنه.

¹ - محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص. 27.

² - المرجع نفسه، ص. 27.

³ - pour plus de détails, voir : Nicolas BALAT, Essai sur le droit commun, Thèse de doctorat en droit, école doctorale de droit privé ; Université Panthéon –Assas, France, 2014.

وقد جاء في قرار المحكمة الإدارية العليا بمصر أن "العقود على وجه العموم تخضع لأصل عام من أصول القانون، وهو ذلك الذي يقضي بأن يكون تنفيذها متققا مع ما يوجبه حسن النية، وأن هذا الأصل يُطبَّق في العقود الإدارية شأنها في ذلك شأن العقود المدنية"¹.

وبالتالي فإن المتعاقد مع الإدارة يجد نفسه ملزما على تنفيذ قرار التعديل الإفرادي، إعمالا لمقتضيات حسن النية في تنفيذ العقد الإداري، نظرا لكون محتوى قرار التعديل ليس سوى جزءا من الالتزامات المتعاقد عليها ويعتبر من مستلزمات تنفيذ العقد الأصلي، كل ما في الأمر أن بعض هذه الالتزامات استُجِد فيما بعد.

بل وما يزيد من التأكيد لمقتضيات حسن النية كمبرر لإلزام المتعاقد بتنفيذ قرار التعديل الإفرادي، هو أن المتعاقد يعتبر مساهما في تسيير المرفق العام وليس مجرد شخص يسعى نحو مصالحه الشخصية المحضة، ومن ثمة فعليه التقيد أكثر بهذا المبدأ وعدم الإضرار بالسير الحس للمرفق المتعاقد عليه؛ إذ يرى الأستاذ سليمان الطماوي² أن المتعاقد مع الإدارة هو في حقيقته مساعد ومعاون للإدارة في تسيير المرفق العام الذي يتصل به عقده مع الإدارة. وفي هذا الصدد قرر القضاء الإداري المصري في أحد الأحكام الصادرة بتاريخ 17/06/1972 أن "هدف المتعاقد مع الإدارة هو المعاونة في سبيل المصلحة العامة، وذلك بأن يؤدي التزامه بأمانة وكفاءة لقاء ربح وأجر عادل، وهذا يقتضي من الطرفين التساند والمشاركة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات وما يصادفه من عقبات".

ثانيا: قرار التعديل الإفرادي هو امتداد للعقد الإداري الأصلي

من الشروط الأساسية لقرار التعديل الإفرادي ألا يمس بجوهر العقد وألا يؤدي لتغيير موضوع التعاقد الأصلي بشكل كلي، حيث أن سلطة التعديل الإفرادي تقتصر على موضوع العقد ولا تتعداه، كون المتعاقد قد تعاقد مع الإدارة على معاونتها في موضوع معين، وهو يبذل كل ما في وسعه لسد حاجيات المرفق العام المتصل بالعقد في حدود هذا الموضوع فقط، دون أن يتعدى

¹ - تمت الإشارة إليه من طرف: خميس السيد إسماعيل، المرجع السابق، ص.148.

² - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.410.

التزامه هذا الحد¹؛ ومن ثمة كان لزاماً على الإدارة عند تعديل العقد التقييد بموضوعه، وعدم الخروج عنه، وهو ما يسمى بشرط عدم تغيير موضوع العقد.

ومن هذا المنطلق، فإن قرار التعديل ليس سوى امتداداً لموضوع العقد المبرم وتعديلاً للالتزامات المتفق عليها أصلاً، وليس تعاقدًا جديدًا أو إذعانا لشروط جديدة منافية تماما لما تم التعاقد عليه، وعليه فإن عدم تعرض مضمون العقد للتغيير أو التعديل الجوهري يترتب عليه بقاء العقد الأصلي كما تم اشتراطه من قبل.

كما أن على المتعاقد أن يُنفذ التزاماته وفق ما وردت في نصوص العقد أو ما تمليه الشروط العامة في تنفيذ العقود الإدارية، فبموجب العقد يتحدد التزام المتعاقد مع الإدارة، وبموجبه أيضًا تتحدد أوصافه ومقاديره ومواعيد تنفيذه، غير أنه قد تتفق الإدارة مع المتعاقد معها على الأمور العامة في العقد وتترك الأمور التفصيلية فيه اعتمادا على ما تتضمنه الأحكام العامة في العقود الإدارية وبشكل خاص في دفا تر الشروط العامة، أو في قرارات التعديل، فيكون ما تضمنه العقد وما ورد في الشروط العامة وقرارات التعديل ملزما للمتعاقد².

وإن كون قرار التعديل الإفرادي مجرد امتداد للعقد الأصلي يعتبر مبررا أساسيا لإلزام المتعاقد بتنفيذه، إذ لا يحق له الاحتجاج بتغيير مقدار الالتزامات أو طرق التنفيذ، ما دام هذا التغيير ليس جوهريا، ومرد ذلك يرجع لكون آثار العقود الإدارية لا تقتصر على تلك الحقوق والالتزامات التي تنشأ وتتولد عن العقد وقت إبرامه، بل تشمل حقوق والتزامات تتولد في وقت لاحق نتيجة استخدام الجهة الإدارية لحقها في تعديل شروط العقد الإداري، وذلك سعيا لتحقيق المصلحة العامة المتعاقد من أجلها.

وفي هذا السياق قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر في قرارها الصادر في 1969/07/05 بما يلي: «من المبادئ المقررة أن العقود الإدارية تتميز بطابع خاص، مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، ولما كان العقد الإداري يتعلق بمرفق عام فلا يسوغ للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع

¹ - أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص.237.

² - انظر: مومن روييلة، العقود الإدارية، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2007-2010، ص.42.

عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق بحجة أنّ ثمة إجراءات إدارية قد أدّت إلى الإخلال بالوفاء بأحد التزاماتها، بل يتعيّن عليه أداء هذه الاعتبارات أن يستمر في التنفيذ مادام ذلك في استطاعته، ثم يُطالب جهة الإدارة بالتعويض عن إخلالها بالتزاماتها وإن كان لذلك مقتضى، وكان له فيه وجه حق فلا يسوغ له الامتناع عن تنفيذ العقد بإرادته المنفردة وإلاّ حقت مسألته عن تبعه فعله السلبي¹».

¹ - أشار إليه: لمياء هاشم سالم قبح، المرجع السابق، ص.154.

المطلب الثاني

استمرارية تنفيذ العقد الإداري في ظل الظروف الطارئة والصعوبات المادية

غير المتوقعة

إذا كان الاستمرار في تنفيذ العقد الإداري هو التزام يقع على عاتق المتعاقد مع الإدارة رغم تعديل هذه الأخيرة لبنود العقد انفرادياً، لما له ما يبرره من أُسسٍ، فكيف لنا بتكليفه بهذا الالتزام إذا كان تغير ظروف تنفيذ العقد الإداري قد نتج عن مسببات خارجة عن إرادة كلاً طرفي العقد؟ والجواب عن هذا السؤال يبدو بديهياً لو أعدنا التذكير بالعلاقة الوطيدة التي تربط مبادئ تنفيذ العقد الإداري ومبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد، فكان لزاماً وفق هذا المبدأ بقاء المتعاقد على التزامه حتى في ظل تَغْيِيرِ ظروف تنفيذ العقد لأسباب خارجة عن إرادته، حتى لا يتعطل السير الحسن للمرفق العام محل التعاقد، ويقع هذا الالتزام على عاتق المتعاقد سواء في ظل نظرية الظروف الطارئة (الفرع الأول) أو الصعوبات المادية غير المتوقعة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

استمرارية تنفيذ العقد الإداري في ظل نظرية الظروف الطارئة

يُشترط للمطالبة بنظرية الظروف الطارئة أن يستمر المتعاقد رغم الظرف الطارئ في تنفيذ العقد، وذلك حرصاً على دوام سير المرفق العام الذي من أجله أقام القضاء هذه النظرية نفسها. حيث أن الهدف من نظرية الظروف الطارئة هو معاونته المتعاقد مع الإدارة على الاستمرار في تنفيذ العقد تحقيقاً للمصلحة العامة المتمثلة في الحفاظ على سير المرافق العامة بانتظام واطراد، فالعقد ليس إلاّ أحد وسائل الإدارة لضمان سير المرافق العامة¹.

فيتعيّن على طرفي العقد بالرغم من الظروف الطارئة الاستمرار في تنفيذ التزاماتهما، وهذا الاستمرار أساسه ضرورة سير المرفق العام بانتظام واطراد، ومن ثمة لا يعفى المتعاقد مع الإدارة من الوفاء بالتزاماته التعاقدية لوقوع ظرف طارئ على الرغم من أنّ هذا الالتزام أصبح مرهقاً له، وإلاّ تعرض للجزاءات الإدارية، كما أنّ هذا التوقف سوف يحرّمه من حقه في المطالبة بتطبيق النظرية إذا توافرت شروطها وفي مد يد العون والمساعدة له². ومردّد ذلك إلى ضرورات السير الحسن للمرفق العام ومتطلبات المصلحة العامة.

"فتحقيق المصلحة العامة، كغاية تسعى إليها جهة الإدارة من خلال إبرام عقودها الإدارية، تحتمّ على المتعاقد معها باعتباره معاوناً لها في سبيل تحقيق هذه الغاية أن يستمر في تنفيذ الالتزامات المتولدة عن العقد على الرغم ممّا قد يصادفه من صعوبات وما قد يعترضه من عقبات أثناء التنفيذ. وقد حرص مجلس الدولة الفرنسي على تأكيد هذا المعنى في قراره في قضية غاز بوردو حيث أكد على أنّ التزام المتعاقد بمواصلة تنفيذ العقد على الرغم من الارتفاع غير المتوقع لأسعار الفحم ما هو إلاّ التزام مستمد من قاعدة دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وكذلك حرص مجلس الدولة المصري في العديد من قراراته على التأكيد على ضرورة الاستمرار في تنفيذ العقد برغم وجود الظرف الطارئ"³. ومن ذلك ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا في مصر في

¹ - سمير عثمان اليوسف، المرجع السابق، ص.118.

² - هاني علي الطهراوي، القانون الإداري، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998، ص.305.

³ - سمير عثمان اليوسف، المرجع السابق، ص، 119.

حكما الصادر في 1985/11/30 بأنه: «ليس مؤدى تطبيق نظرية الظروف الطارئة-بعد توافر شروطها-أن يتمتع المتعاقد فوراً عن تنفيذ التزاماته الواردة بالعقد، وللمتعاقد أن يدعو الإدارة المتعاقد معها لمشاركته في تحمّل نصيب من الخسارة التي حاقت به نتيجة تنفيذ العقد في ظلّ الظروف الطارئة، فإذا رفضت جهة الإدارة يلجأ المتعاقد إلى القضاء¹».

وإن استمرار المتعاقد في تنفيذ العقد يعدّ من أهمّ الشروط التي يجب أن تتوافر عند طلب التعويض حتى يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وذلك لأنّ توقف المتعاقد عن تنفيذ العقد المبرم بينه وبين الإدارة أو التوقف عن الاستمرار في عملية التنفيذ قد يُلحق ضرراً جسيماً بالمرفق العام وهذا يتنافى مع ما تقتضيه المصلحة العامة وما تهدف إليه نظرية الظروف الطارئة²، من التوفيق بين مصالح المتعاقدين وتعاونهما لتنفيذ المرفق العام المتعاقد عليه.

وقد بين الأستاذ محمود عبد المجيد المغربي العلاقة الوطيدة بين المرفق العام واستمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته رغم الظروف الطارئة بالقول: إنّ حاجات المرفق العام وخاصة مبدأ استمرارية المرفق العام، تلعب دوراً أساسياً في آلية وتطبيق نظرية الظروف الطارئة، فالهدف الأساسي والأهمّ في النظرية هو تأمين استمرارية المرفق العام. ولا يعني هذا الموقف أنه مجرد تأكيد فقهي في هذا المجال، بل هي فكرة نجدها باستمرار معبراً عنها في أحكام القضاء الإداري منذ القرار الشهير في "قضية غاز بوردو" ... لقد أسس مجلس الدولة الفرنسي قراره على المصلحة العامة التي تستلزم استمرار الخدمة من قبل الشركة. وهذه الفكرة تتدخل لتحديد شروط تطبيق النظرية، كما تتدخل بقوة أكثر لتفسير النتائج القانونية لحالة الظروف الطارئة. ومن جهة ثانية حيث أنها معدّة لتأمين استمرارية المرفق، فإنّ نظرية الظروف الطارئة تتضمن التزام المتعاقد المطلق بمتابعة تنفيذ العقد، وإنّ التزام الإدارة المتعاقدة نفسها بمساعدة المتعاقد تأخذ البعد الحقيقي

¹ - أشار إليه: لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق، ص.154.

² - سمير عثمان اليوسف، المرجع السابق، ص.120.

لهذا العون. فالتبرير الواقعي هنا يأخذ بالاعتبار مبدأ العدالة. فالاهتمام هو للحيلولة دون انقطاع المرفق العام في تقديم خدمته أو بإعاقته بسبب تأخر الوضع المالي للمتعهد¹.

كما بين أحد الفقهاء العلاقة الوطيدة بين الالتزام بالاستمرار في تنفيذ العقد الإداري وبين فكرة المرفق العام، بقوله: "على الرغم من المحاولات التي بذلها جانب من الفقهاء لتقليص الدور الذي تلعبه فكرة المرفق العام، إلا أن صلة العقد الإداري بالمرفق العام هي أهم الاعتبارات التي ميزت العقد الإداري بذاتية خاصة مستقلة عن عقود القانون الخاص، ويظهر الأثر الواضح لفكرة المرفق العام من خلال تكييف حقيقة العلاقة التي تربط المتعاقد بالإدارة، فهذه العلاقة يجب أن ينظر إليها على أنها علاقة تعاون وتعاضد ومشاركة من أجل تسيير المرفق العام الذي أبرم من أجله العقد الإداري، مما يستلزم بذل أقصى الجهد من جانب المتعاقد في تنفيذ التزاماته العقدية والتي تتعلق في المقام الأول بتحقيق النفع العام وخدمة المنتفعين من المرفق العام محل التعاقد. هذا بالإضافة إلى أن دوام سير المرفق العام كالتزام يقع على عاتق المتعاقد مع الإدارة فهو أيضا حق للمنتفعين من خدمات المرفق العام، ولذلك فإن القضاء يبدي تشددا واضحا كلما تعلق الأمر بحق المنتفعين في استمرار أداء المرفق العام بانتظام واطراد، وبصرف النظر عن الصعوبات التي يواجهها المتعاقد طالما أنها لم تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا².

¹ - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص. 130، 131. وأضاف في معرض آخر مؤكدا هذه العلاقة الوطيدة بالقول: "إن المبدأ الذي يسود هذه الحالة هو أن استمرارية الالتزام بتنفيذ العقد لا تثير أية مشكلة، ويقضي تفهمه ببساطة شأن الهدف الذي ترمي إليه نظرية الظروف الطارئة في تأمين استمرارية المرفق، هذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في القضية الشهيرة "غاز مدينة بوردو" عندما أصدر قراره المبدئي بأن شركة الغاز مجبرة على استمرار تأمين خدمة المرفق للمنتفعين، وهذا الالتزام يقع أيضا على عاتق جميع المتعاقدين، كمتعهد الأشغال العامة أو التوريد، الذين يحاولون الاستفادة من النظرية. وينتهي هذا المبدأ إلى أن المتعهد يتعين عليه في أن يتابع تنفيذ التزاماته إذا رغب بالاستفادة من نظرية عدم التوقع رغم الحالة الطارئة مادام التنفيذ ممكنا ولم يصل إلى حد استحالة التنفيذ، وإلا فإنه يتعرض للجزاء التعاقدية إذا ما توقف عن متابعة تنفيذ التزاماته دون أن يكون له الحق بالتذرع بالصعوبات الطارئة". محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص. 172.

² - علي محمد علي عبد المولى، المرجع السابق، ص. 408.

ويستفيد المتعاقد عند بقاءه على التزامه رغم الظرف الطارئ من حق المطالبة بعدم توقيع غرامات التأخير، إذا كان مرد عدم احترام مدد التنفيذ راجعا للصعوبات التي اعترضت التنفيذ الطبيعي للعقد¹.

ويثور التساؤل في بصدد هذا الالتزام كآلآتي: إذا توقف المتعاقد عن التنفيذ متذعرا بالظروف الطارئة فهل سيحرمه ذلك من الاستفادة من هذه النظرية أم لا؟

يرى أحد الفقهاء² أن مجلس الدولة الفرنسي اتبع سياسة مرنة في التصدي لهذا الاحتمال، ففي بعض الحالات رفض التعويض استنادا إلى نظرية فعل الأمير وذلك بسبب توقف المتعاقد عن تنفيذ التزاماته، مادام ذلك كان ممكنا؛ وفي حالات أخرى حكم بالتعويض على أساس هذه النظرية، على الرغم من توقف المتعاقد عن التنفيذ، وذلك عندما رأى جسامة الظروف التي تعرّض لها وخصم من مبلغ التعويض قيمة غرامات التأخير.

ويرى أحد الفقهاء -في ذات السياق- أن القضاء الإداري المصري يسمح باستفادة المتعاقد من التعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة حتى ولو توقف عن التنفيذ، مستدلا في ذلك بقرار للمحكمة الإدارية العليا صادر سنة 1962³.

ولكننا لا نؤيد هذا الموقف الذي اتبعه القضاء المصري، لسبب وجيه يتمثل في أن من شأنه تعطيل المرفق العام محل التعاقد عن الخدمة، ودفع المتعاقد للتذرع بالظروف المستجدة للتخلي عن التزاماته، بشكل يهدم تماما النظرية التي بناها القضاء الإداري وشيّد أحكامها على أساس دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد.

ولعل ذلك القرار الذي استدل به الفقهاء لتبرير موقفهم⁴، يعتبر حالة مستثناة عدل عنها القضاء الإداري فيما بعد؛ ونورد لتأكيد موقفنا هذا قرارا للقضاء الإداري بمصر أكد فيه على أن: "...إذا توقف المتعاقد عن تنفيذ العقد المبرم بينه وبين جهة الإدارة بعد أن نفذ جزءا منه فإن

¹ - سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في...، المرجع السابق، ص.152.

² - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.662.

³ - سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في...، المرجع السابق، ص.153.

⁴ - أخذ بهذا الرأي واستدل بنفس القرار كذلك: سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.663.

دواعي تطبيق نظرية الظروف الطارئة تتخلف بالنسبة له، اذ كان يتعين عليه أن يستمر في التنفيذ حتى يحتفظ بحقه في المطالبة بتطبيق تلك النظرية ان توافرت شروط اعمالها¹. وهذا ما يؤكد كذاك العديد من الفقهاء².

الفرع الثاني

استمرارية تنفيذ العقد الإداري في ظل نظرية الصعوبات المادية غير

المتوقعة

إن الصعوبات المادية غير المتوقعة لا تحرر المتعاقد من الالتزام بالتنفيذ ولكن تفسح المجال أمامه للحق في التعويض³، وكل ما في الأمر أن اعتراض الصعوبات للتنفيذ قد تؤدي إلى إعفاء المتعاقد من غرامات التأخير وتحرره من الجزاءات التي تترتب عادة على مثل هذا التأخير في تنفيذ الأشغال موضوع العقد، وهو ملزم بالبقاء على التزامه وإلا سقط حقه في المطالبة بالتعويض على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة⁴.

ذلك أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة لا تؤدي لاستحالة التنفيذ، بل تجعله أكثر ارهاقا وكلفة فقط⁵، وهذا الإرهاق لا يببرر للمتعاقد التوقف عن التنفيذ.

ويترتب على مبدأ التزام المتعاقد بمواصلة تنفيذ العقد، أن المتعاقد الذي يتوقف عن تنفيذ التزاماته العقدية، يتعرض للجزاءات التعاقدية، لا سيما عقوبة غرامات التأخير، دون أن يكون بمكنته الاحتجاج بمواجهته لصعوبات وإرهاق في التنفيذ. ومن ناحية أخرى، فإن تقدير توافر شروط تطبيق النظرية أمر يستقل به قاضي العقد، ولا يحق للمتعاقد الذي واجهته صعوبات في

¹ - صادر بتاريخ 1980/02/06، أشار إليه: هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص.138.

² - مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص.734؛ هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص.137.

³ - ولا يكون الأمر غير ذلك إلا عندما يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا. وعندئذ لا نكون في مواجهة صعوبات غير متوقعة بل نصبح أمام فكرة القوة القاهرة.

⁴ - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.72.

⁵ - مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص.697.

التنفيذ أن يتوقف عن الاستمرار في ذلك التنفيذ بحجة أن العقوبات التي صادفها مما تدرج في نطاق تطبيق هذه النظرية، وقد ينتهي الأمر برفض طلب التعويض لعدم توافر شروط تطبيقها¹. ومن خلال التطبيقات القضائية لمجلس الدولة الفرنسي، فإن المتعاقد الذي يستمر في تنفيذ التزاماته العقدية، يحق له المطالبة بعدم توقيع الغرامات المالية عن التأخر في التنفيذ، فإذا كان التزام المتعاقد باحترام مدد التنفيذ يعتبر أمراً جوهرياً لارتباط هذه المدد بحاجة المرفق محل التعاقد، إلا أنه يجب أن يوضع في الاعتبار الصعوبات التي اعترضت التنفيذ الطبيعي للعقد في المدة المحددة، مما يبرر اعتباره عذراً للإعفاء أو لتخفيض الجزاءات المقررة. وتطبيقاً لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر في قضية:

Ministre des travaux publics C/ Société nationale de construction

بإعفاء الشركة من غرامات التأخير وبتعويضها استناداً لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة عن الصعوبات التي واجهتها أثناء تنفيذ الأشغال².

ومثلاً هو عليه الأمر بالنسبة لنظرية الظروف الطارئة، فإن توقف المتعاقد عن تنفيذ التزاماته بسبب الصعوبات المادية فإنه لا يستحق التعويض وفقاً لهذه النظرية³، وهو الموقف الذي نرى تأييده عملاً بمقتضيات السير الحسن للمرفق العام محل التعاقد، ودرءاً لكل ما من شأنه فتح المجال للمتعاقد للتقاعس عن أداء واجباته، لا سيما وأن التنفيذ لم يصبح مستحيلاً بل مرهقاً فقط، وهو الإرهاق الذي سيفتح المجال للمتعاقد في التعويض، وبالتالي لا ضير في حرمانه من النظرية ان هو توقف عن تنفيذ التزاماته.

ونشير هنا إلى أن أحد الفقهاء يرى في هذا الموقف تشدداً، وأن على الإدارة مراعاة الظروف التي يمر بها المتعاقد، وأن تقف بجانبه، لأنه قد يكون فعلاً متأثر مالياً لدرجة جعلته يتوقف مؤقتاً عن العمل، لذا لا بد ألا يحرم من التعويض -حسب رأيه- بل لا بد من البحث عن حل ودي بين الطرفين، اللهم إلا إذا تبين استغلال المتعاقد للصعوبات المادية كعذر للتهرب من التزاماته، فإنه

¹ - علي محمد علي عبد المولى، المرجع السابق، ص. 417، بتصرف.

² - نفس المرجع، ص. 417، 418.

³ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص. 228؛ هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص. 173؛ سليمان

الطماوي، المرجع السابق، ص. 699.

يُحرم هنا من التعويض¹. وفي رأينا أن هذا الموقف قد يصح إذا ما قمنا بإسناد مهمة تقدير الظروف والتوفيق بين المصالح للقاضي الإداري وليس للإدارة المتعاقدة.

¹ - مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص.698.

المبحث الثاني

نطاق التزام المتعاقد مع الإدارة بالاستمرار في تنفيذ العقد الإداري

رغم ما سبق ذكره من حجج وبراهين يتأسس عليها التزام المتعاقد بالبقاء على تعهده رغم تغيّر الظروف، إلا أن ذلك لم يمنح القاضي الإداري أبدًا من حماية حقوق المتعاقد وعدم تكليفه ما لا يطيق، ومرد ذلك يرجع بالمقام الأول للدور الجوهرى والهدف الأسمى الذي دوما ما يضعه القاضي الإداري نُصَبَ عينيه في كل نزاع اداري، والذي هو البحث عن تحقيق التوازن بين طرفي هذا النزاع، ومن تمة سمح القاضي الإداري للمتعاقد مع الإدارة -في بعض الحالات وبشروط ضيقة- بالتحلل من التزاماته التعاقدية اذا ما وصل تغير ظروف تنفيذ العقد لحد ارهاقه وقلب اقتصاديات عقده وكأنه أمام عقد جديد.

وبنتبع الحالات التي خَفَّفَ فيها القضاء من شدة الالتزام بالاستمرار في تنفيذ العقد الإداري، نجد أنها ليست سوى استثناءً من القاعدة العامة سالفة الذكر، وتتمثل في السماح للمتعاقد بالتوقف عن تنفيذ العقد الإداري في بعض الحالات (المطلب الأول) أو اعفائه من التزاماته التعاقدية نهائيا في حالات أخرى (المطلب الثاني).

المطلب الأول

التوقف عن تنفيذ العقد الإداري

يُشكّل التوقف عن التنفيذ استثناءً من الأصل العام، الذي لا يسمح للمتعاقد بالتخلي عن التزاماته التعاقدية في أي حال من الأحوال، ونظراً لخطورة هذا الاستثناء على مصير العقد الإداري ومن تمة على المصلحة العامة محل التعاقد، فقد أطره القضاء الإداري بمجموعة شروط وضوابط لا بد من مراعاتها للتوقف عن التنفيذ، وذلك ما سنحاول البحث عنه في كل من نظرية فعل الأمير (الفرع الأول) ونظريتي الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التوقف عن التنفيذ في حالة فعل الأمير¹

إذا كان المتعاقد مع الإدارة ملزماً بالاستمرار في تنفيذ العقد الإداري رغم التعديلات الحاصلة عليه من طرف الإدارة المتعاقدة، فإن قرار التعديل الانفرادي من الناحية القانونية والعملية لا يكون ملزماً للمتعاقد إلا إذا جاء مستوفياً لكل الشروط المتطلبية لإصداره؛ فمن المعلوم أنه لا تتمتع الإدارة بسلطة مطلقة في التعديل؛ وذلك حتى لا يُترك المتعاقد في حالة خضوع تام لتعسف الإدارة²، وإلا سيؤدي ذلك لإهدار فكرة العقد من أساسها؛ إذ لا يمكن الحديث عن عقد إذا كان أحد الأطراف قادراً على التهرب من التزاماته، أو فرض التزامات جديدة على الطرف الآخر دون شروط.

وبالتالي فإن الإدارة عند استعمالها لسلطة التعديل الانفرادي؛ ملزمة باحترام مجموعة من الشروط³، منها ما يتعلق بصحة قرار التعديل ومشروعيته؛ ومنها ما تخص موضوع هذا التعديل ومقداره، وإلا فلا يمكنها إلزام المتعاقد بتنفيذ قرار التعديل، بل على العكس من ذلك يحق له أن يمتنع عن التنفيذ، بل والمطالبة حتى بفسخ العقد أو التعويض عما لحقه من ضرر في بعض الحالات.

حيث أن قرار الإدارة إذا ما كان متماشياً مع الشروط القانونية المتطلبية، سواء من حيث تكوينه كقرار إداري، أو من حيث موضوعه والمحل الذي يشمل به بالتعديل، فإنه يكون مشروعاً صحيحاً قابلاً للتنفيذ من قبل المتعاقد، دونما أدنى اعتراض منه؛ لكن هناك بعض التجاوزات

¹ - هذه النقطة كذلك سنعالجها بالتطرق لحالة التعديل الانفرادي للعقد الإداري كأنموذج لنظرية فعل الأمير، وذلك باعتبار أن الفقه قد استقر - كما أسلفنا بيانه في الباب الأول - على أن فعل الأمير لا يصدر إلا من الإدارة المتعاقدة وليس أية إدارة عامة أخرى، كما أن الفعل الصادر عن الإدارة ويؤثر مباشرة على شروط تنفيذ العقد يكون غالباً في إطار استعمالها لسلطة التعديل الانفرادي للعقد.

² - Voir : RAINAUD Jean-Marie, le contrat administratif - volonté des parties ou loi de service public, R D P, N°5, 1985, p1183.

³ - للمزيد من التفاصيل انظر: وليد بدري حسن الجبوري، القيود التي ترد على سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية "في القانون العراقي والقانون المصري"، مذكرة ماجستير، جامعة الدول العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، مصر، 2011.

والأخطاء التي قد تصحب إصدار قرار التعديل، والتي تجعل تنفيذه مجحفاً في حق المتعاقد أو مخالفاً للقانون، مما يؤدي للسماح له بالامتناع عن تنفيذ قرار التعديل في هذه الحالات، وهي:

أولاً: حالة قلب اقتصاديات العقد

إن المتعاقد مع الإدارة لم يُقبل على التعاقد ولم يرضَ بإبرام العقد الإداري، إلا بناءً على ما يملكه من قُدُرات وإمكانات مالية وفنية؛ ومن ثمة لا يمكن للتعديل الانفرادي الذي تُجرّيه الإدارة على العقد الإداري أن يتجاوز هذه الإمكانيات، لأن ذلك سيؤدي لقلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب، والإضرار بمصالح المتعاقد¹.

فإذا كانت سلطة التعديل الانفرادي حقاً للإدارة تجاه المتعاقد معها، فإن هذا الأخير يملك حقاً تجاهها يتمثل في ألا يخل هذا التعديل بالتوازن المالي للعقد، مما قد يلحق به خسائر فادحة لم يتوقعها أثناء التعاقد²، وعليه فإن الإدارة يجب ألا يغيب عن بالها أبداً أن المتعاقد أثناء التعاقد وضع في حسابه إمكانيات فنية ومالية معينة يمتلكها، وعليها أن تراعيها عندما تُقبل على تعديل العقد، حتى لا يصل الأمر إلى قلب اقتصاديات العقد³.

ولقد أقر مجلس الدولة الفرنسي هذا الشرط في إحدى قراراته⁴، كما كرسه المشرع الجزائري بموجب م 8/136 من ت ص ع وتقويضات المرفق العام، إذ نص من خلالها على ما يلي: " ومهما يكن من أمر، فإنه لا يمكن أن يؤثر الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة...". كما نظمته كذلك في م 7/12 من د ش إ ع والتي جاء فيها ما يلي: "عندما يرتئي المفاوض بأن مقتضيات أمر المصلحة تتجاوز التزاماته المتعاقد عليها بالصفقة، فيجب عليه تحت طائلة الفسخ، تقديم ملاحظة خطية ومعلقة الأسباب إلى مهندس الدائرة أو المهندس المعماري خلال أجل عشرة أيام"، وقد أكدت هذه المادة على مبدأ الاستمرار في التنفيذ -كقاعدة عامة في العقود الإدارية- بنصها

¹ - حمد محمد حمد الشلحاني، المرجع السابق، ص. 161.

² - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص. 58.

³ - علي الفحام، المرجع السابق، ص. 264.

⁴ - CE, 14/03/1980, S.A Compagnie industrielle de travaux électrique et mécanique ; cité par : Patrick SCHULTZ, éléments du droit des marchés publics, 2édition .LGDJ, 2002, p146.

على أن "...مطالبة المقاول تلك لا تبيح له توقيف تنفيذ أمر المصلحة الا إذا أمر بخلاف ذلك مهندس الدائرة أو المهندس المعماري".

"فيجب ألا يصل التعديل إلى حد تغيير جوهر العقد وطبيعة الأشغال، لما في ذلك من مساس بالمصالح الشخصية للمتعاقد، الذي تعاقد بناء على معطيات لديه، أقام عليها تقدير إمكانياته الفنية والمالية، وما يتطلبه تنفيذ الأشغال المتفق عليها¹".

إذ يجب أن تكون الأعباء الملقاة على عاتق المتعاقد في الحدود الطبيعية والمعقولة من حيث نوعها وأهميتها، لا أن يكون من شأنها التغيير الجذري لموضوع العقد أو إنشاء محل جديد له غير ما تم الاتفاق عليه؛ أما إذا ما تجاوزت هذه الأعباء الإمكانيات الفنية أو المالية أو الإقتصادية للمتعاقد، فيجوز له في هذه الحالة الامتناع عن تنفيذها.

وفي هذا الصدد قضى الاجتهاد القضائي الفرنسي في أحد قراراته بأن المؤسسة المتعاقدة يمكن، دون ارتكاب خطأ، أن توقف الأعمال إذا ما تم قلب اقتصاديات العقد.

L'entreprise peut, sans commettre de faute, interrompre les travaux si le marché est bouleversé².

ثانيا: حالة مخالفة قرار التعديل للقانون المعمول به

الإدارة أثناء سعيها لتحقيق الصالح العام لا بد أن تخضع لقواعد المشروعية³، وإن لجوئها لسلطة التعديل الإداري ليس سوى سعيها منها لتحقيق الصالح العام، باعتبار احتياجات المرفق العام هي الأساس القانوني الذي تتأسس عليه هذه السلطة، ولما كانت هذه السلطة تتجسد ميدانيا في قرار التعديل، فإن هذا الأخير لا بد من أن يحترم مبدأ المشروعية، شأنه في ذلك شأن باقي أعمال الإدارة، حيث ألزمها المشرع باحترام مبدأ المشروعية في كل أعمالها، وذلك وفق م04 من

¹ - بن شعبان علي، المرجع السابق، ص.86.

² - Voir : CE, 22 novembre 1967, Sieur MERCURIALI, arrêt publié sur web.

³ - انظر: فاروق أحمد خماس ومحمد عبد الله الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، 1992، ص.129.

المرسوم 131/88 التي جاء بها: " يجب أن يندرج عمل السلطة الإدارية في إطار القوانين والتنظيمات المعمول بها"¹.

ففي الحالات التي يجوز للإدارة فيها تعديل العقد الإداري، يرى الأستاذ سليمان الطماوي²، أن عليها أن تحترم مبدأ المشروعية الإدارية³ Le principe de la légalité administrative، فيصدر التعديل من السلطة المختصة بإجرائه، ووفقا للإجراءات الشكلية المقررة⁴. فقرار التعديل شأنه شأن سائر أعمال الإدارة عليه احترام جميع النصوص القانونية التي تنظمه، سواء من حيث الشكل أم الموضوع⁵، ومن ثمة لا يكون قرار التعديل مشروعاً إلا إذا جاء محترماً للقواعد الآتية:

¹ - أنظر المرسوم رقم 88-131، الصادر بتاريخ 04/07/1988، المتضمن تنظيم علاقة الإدارة بالمواطنين، ج.ر. 27، صادرة بتاريخ 06/07/1988، ص.759.

² - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.445.

³ - يقصد بمبدأ المشروعية الإدارية: " تطابق أعمال الإدارة مع القانون، ولا بد أن يُفهم القانون بمفهومه العام، أي كافة القواعد القانونية السائدة في الدولة، سواء كانت تشريعية أو تنظيمية،"؛ أنظر: عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، دار هوم، الجزائر، 2012، ص.13؛ وللمزيد من التفاصيل حول مبدأ المشروعية: علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ص.23 وما بعدها.

⁴ - أنظر قرار CE, 18/07/1930, P.L.M, RDP, 1931, p141, concl. JOSSE؛ أشار إليه: أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص.239.

⁵ - أي أن تكون كل أركان القرار الإداري وعناصره الشكلية والموضوعية صحيحة، إلا أن "الفقه يشير هنا، إلى العناصر الشكلية (ركن الاختصاص وركن الشكل والإجراءات)، إضافة إلى عنصر الهدف (الصالح العام)، دون الأركان الأخرى (المحل والسبب)، والتي وردت في شروط أخرى؛ فركن السبب يتمثل في أن الدافع للتعديل هو تغير الظروف، أما ركن المحل فيشمل احترام كل النصوص المتعلقة بمحل التعديل، كالنسب المعدلة.

1. القواعد المتعلقة بالاختصاص¹

لا يملك تعديل العقد الإداري إلا من أناطه القانون بذلك، فإذا كان يجوز لجهة الإدارة أن تعدّل من شروط العقد الإداري، فلا سبيل إلى القيام بهذا التعديل والاعتداد به قانوناً ما لم تلتزم عند إجرائه بقواعد الاختصاص المقررة، فلا يتأتى التعديل إلا من السلطة المختصة بإجرائه².
فلا سبيل للاعتداد بالتعديل وتنفيذه ما لم تلتزم الإدارة عند إجرائه قواعد الاختصاص المقررة³.
ولقد حدد المشرع الجزائري قواعد الاختصاص في مجال التعديل الانفرادي للعقد الإداري، حيث ألزم في م136 من ت ص ع وتفويضات المرفق العام أن يتم التعديل من قبل المصلحة المتعاقدة⁴، كما حصرت م5/12 د ش إ ع المطبق على صفقات الأشغال العمومية الاختصاص بإصدار قرار التعديل فقط في مهندس الدائرة أو المهندس المعماري⁵؛ وبما أن قواعد الاختصاص

¹- يُعرّف الاختصاص بأنه: "أهلية الجهة الإدارية للقيام بعمل معين"، أو هو " قدرة الموظف قانوناً على اتخاذ القرارات التي تدخل في نطاق صلاحياته"؛ وعلى الإدارة المتعاقدة أن تلتزم حدود الاختصاص المرسوم لها قانوناً، والقاعدة أن تحديد الاختصاص يرد بنص (صريح أو ضمني)، لكن في حالة السكوت، يتم اللجوء لنظرية توازي الاختصاص، فمن يملك إبرام العقد يملك تعديله.

انظر: بوحميده عطاء الله، الوجيز في القضاء الإداري-تنظيم، عمل واختصاص-، دار هومه، الجزائر، 2011، ص.233؛ عبد الناصر عبد الله أبو سمهدانة، القرار الإداري في النظرية والتطبيق، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، ط1، 2012، ص.177.

²- انظر: جمال عباس أحمد عثمان، النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2007، ص.422.

³- مال الله حفتر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص.460.

⁴- تنص م7/136 على ما يلي: " يمكن للمصلحة المتعاقدة عندما تبرر الظروف ذلك، تمديد صفقة...؛ كما أن القضاء الإداري الجزائري لا يتوانى في مراقبة مدى احترام ركن الاختصاص في إبرام العقود الإدارية؛ فقد قرر في أحد قراراته أنه "متى كان منح عقود امتياز تسيير محطات المسافرين ذات المنفعة الجهوية والوطنية من صلاحيات الوالي، فإن التصرف في هذا الشأن من طرف رئيس البلدية...يعد تجاوزاً للاختصاص"، قرار صادر عن مجلس الدولة، بتاريخ 2009/10/29، ملف رقم 042868، نشرة القضاة، ع66، ط2011، ص.361.

⁵- إذ أنها تنص على ما يلي: "...إلا أن ذلك يتم فقط عندما يأمر بتلك التغييرات مهندس الدائرة أو المهندس المعماري بموجب أمر مصلحة...".

من النظام العام¹، فإن القضاء الإداري متشدد في مراقبة مدى احترام قواعد الاختصاص في مجال استعمال سلطة التعديل الانفرادي².

لكن لا يكفي اتخاذ قرار التعديل من السلطة المختصة، حتى يكون سليماً، بل لا بد أن يظهر في الشكل المطلوب، ووفقاً للإجراءات المحددة قانوناً؛ وذلك على النحو الآتي:

II. القواعد المتعلقة بالشكل والإجراءات³

حدد المشرع الجزائري مجموعة من القواعد المتعلقة بأشكال وإجراءات اتخاذ قرار التعديل، وبالتالي لا بد على الإدارة من احترامها حتى يكون القرار صحيحاً، وهي:

أ- القواعد المتعلقة بالشكل

إن انحصار الشكل في القرار المكتوب فقط، دون القرار الشفهي والضمني⁴؛ استوجب أن يتم التعديل بموجب قرار كتابي، حيث نص المشرع الفرعي في م12/أخيرة من د ش ا ع المطبق على صفقات الأشغال العمومية، على ما يلي: "يتعين أن تصدر أوامر المصلحة كتابة".

¹ - انظر: عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، دار هومه، الجزائر، 2012، ص.142؛ بوحميده عطاء الله، المرجع السابق، ص.233.

² - ففي القضاء الإداري العربي، يُذكر:

*في مصر: قررت المحكمة الإدارية العليا أن: "... العقد الإداري لا ينشأ ولا يتعدل إلا بإرادة صحيحة من جهة الإدارة، صادرة ممن يملك التعبير عن هذه الإرادة؛" حكم المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ 1980/11/22.

*في لبنان: قرر مجلس شورى الدولة أن: "قرار التعديل -في قضية الحال- صادراً عن جهة لم تكن طرفاً في العقد المحدد، وليست بالتالي صالحة لاتخاذ القرار المطعون فيه"؛ قرار صادر بتاريخ 2003/01/20.

أشار لهذين القرارين: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.341،342.

³ - شكل القرار الإداري هو القالب الذي يُفَرِّغ فيه هذا القرار، أي المظهر الخارجي له. أما الإجراءات فهي مجموعة الخطوات والمراحل أو العمليات، التي يتعين على الإدارة أن تحترمها عند اتخاذ عملها الإداري. بوحميده عطاء الله، المرجع السابق، ص.238.

⁴ - عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص.150.

ويرى أحد الفقهاء أن عنصر الكتابة شرط لازم في حال ممارسة الإدارة لسلطة التعديل، وهذا -حسب رأيه- شرط طبيعي، فالتعديل فرع أو جزء من الصنفقة الأصلية، ووجب أن يخضع لما تخضع له شكلا بتوافر عنصر الكتابة¹.

كما ورد في نفس المادة (م12/أخيرة) ما يلي: "... ويجب أن تكون مؤرخة ومرقمة ومسجلة"، وتظهر أهمية التاريخ في معرفة ما إذا كان الموظف مختصا من حيث الزمان، وما إذا كان قرار التعديل متماشيا مع مدة سريان العقد أم لا.

ب- القواعد المتعلقة بالإجراءات

إضافة للإجراءات القانونية المعمول بها في اتخاذ القرارات الإدارية على مستوى جهة الإدارة المتعاقدة، فقد استوجب ت ص ع وتفويضات المرفق العام إجراءً معيناً لا بد لقرار التعديل من احترامه في حالات معينة، يتمثل في عرض قرار التعديل على لجنة الصفقات المعنية لبسط رقابتها عليه.

III. القواعد المتعلقة بالهدف²

تحقيق المصلحة العامة غاية عامة يتعين على الإدارة احترامها، مما يلزم الإدارة وهي بصدد القيام بسلطة التعديل، أن يكون دافعها الوحيد هو تحقيق المصلحة العامة³، ولعل تبرير ذلك هو كون الأساس القانوني لسلطة التعديل يتمحور في احتياجات المرفق العام، مما يجعل تغير الظروف معياراً لمعرفة مدى سعي قرار التعديل لتحقيق المصلحة العامة من عدمه. ويرى أحد الفقهاء أن القضاء الإداري المصري مستقر على أن الإدارة لا يحق لها إجراء أي تعديل في شروط العقد، إلا إذا اقتضت ذلك المصلحة العامة⁴.

¹ - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص. 207.

² - يُقصد بالهدف الأثر البعيد والغاية المرجوة من القرار الإداري، والذي يُفترض فيه أن يُحقق المصلحة العامة للإدارة والأفراد، وبالخصوص ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد. بوحميده عطاء الله، المرجع السابق، ص. 244.

³ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص. 52.

⁴ - أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص. 239.

ومن تمة، يمكن للمتعاقد مع الإدارة الامتناع عن تنفيذ القرار الصادر عنها بتعديل العقد طالما أن هذا التعديل مخالف للقانون، دون أن تملك الإدارة الحق في توقيع جزاءات مالية عليه؛ ذلك أن التعديل المخالف للقانون لا يشكل تنفيذه التزاما قانونيا يتعين على المتعاقد الوفاء به¹.

ثالثا: حالة تجاوز التعديل للنسب المالية المسموح بها

بما أن التعديل الانفرادي الذي تُجرّيه الإدارة يجب ألا يغير موضوع العقد، وألا يقلب توازنه المالي، فلا بد إذاً من ألا تتجاوز التعديلات نسبة معينة من التزامات المتعاقد بالزيادة أو النقصان، ويُعد هذا الشرط جوهرياً جداً، باعتباره الوسيلة لتحقيق الشرطين السابقين، وتجسيدهما عملياً.

وتبدو أهمية هذا الشرط كذلك، في كونه يمنح نوعاً من الاستقرار للمعاملات الناجمة عن العقد الإداري، رغم أن هذا الأخير يتميز بنوع من القابلية للتغير؛ حيث أن المتعاقد حين أبرم العقد الإداري كان يتوقع كافة احتمالات التعديل التي قد تطرأ على العقد²، من خلال الاطلاع على ما ينظم هذا العقد من القوانين والتنظيمات ودفاتر الشروط، وفق قرينة لا يعذر أحد بجعله للقانون.

ومن هذا المنطلق فإن دفاتر الشروط غالباً ما تحدد نسباً معينة للزيادة أو النقص، لا يمكن للتعديل تجاوزها، حتى لا يمكن للمتعاقد رفض الامتثال لها³، وهذا ما كرّسه المشرع الجزائري من خلال م5/29 من د ش إ ع المطبق على صفقات الأشغال العمومية⁴.

كما وضع المشرع حداً لحق الإدارة في تعديل العقد، مفاده أن هناك أصلاً عاماً في تنفيذ العقود الإدارية بتعديل كميات أو حجم العقد بالزيادة أو النقص في حدود نسب معينة، دون أن يكون للمتعاقد المطالبة بأي تعويض ما دام التعديل جاء محترماً لتلك النسب، فقد نصت م1/30

¹ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص.60.

² - حمدي حسن الحلقاوي، المرجع السابق، ص.358.

³ - علي الفحام، المرجع السابق، ص.282.

⁴ - إذ جاء فيها: "...يجوز أن يُحدّد في دفتر الشروط المشتركة أو دفتر الشروط الخصوصية إلى أي مدى أو إلى أية حالة وبأية شروط ينبغي بموجبها ضبط التعديلات المدخلة على الصفقة الابتدائية بواسطة ملحق سابق لتنفيذ كل تعديل".

د ش إ ع المطبق على صفقات الأشغال العمومية على أن الإضافة في حجم الأشغال يجب ألا تتجاوز 20% من مبلغ المقاوله، وهو نفس الأمر بالنسبة للإلتقاص من حجم الأشغال¹. كما أوجبت م 139 من ت ص ع الحالي عرض ملحق التعديل على هيئات الرقابة الخارجية القبلية، إذا تجاوز مبلغه زيادة أو نقصا نسبة 10% من المبلغ الإجمالي للصفقة². وألزمت م 136 من ت ص ع وتقويضات المرفق العام، ألزمت الجهة الإدارية بتبرير التعديلات التي تقع على الصفقة أمام لجنة الصفقات، إذا ما تجاوزت نسبة 15 في المئة من المبلغ الأصلي للصفقة في حالة صفقات اللوازم والخدمات والدراسات، ونسبة 20 في المئة في حالة صفقات الاشغال.

¹ - م 1/31 د ش إ ع، كما أن هذه النسب يمكن أن ترتفع إلى 50% بالنسبة للزيادة فيما يخص الصيانة أو التصليح، و35% بالنسبة للنقص في أشغال الصيانة والتصليح؛ وذلك حسب م 2/30 وم 2/31 من نفس الدفتر.

² - كان ت ص ع السابق (المرسوم الرئاسي 10-236) يميز بين نسبتين للتعديل، بحسب اللجنة المختصة بالرقابة عليه، فكانت م 106 منه تحدد ذلك كالآتي، إذا تجاوز النسب الآتية:
* 20% من المبلغ الأصلي للصفقة، بالنسبة إلى الصفقات التي هي من اختصاص لجان الصفقات التابعة للمصلحة المتعاقدة.

* 10% من المبلغ الأصلي للصفقة، بالنسبة إلى الصفقات التي هي من اختصاص اللجان الوطنية واللجان القطاعية للصفقات.

وقد حددت العديد من التشريعات العربية¹ نسبة معينة لا يمكن للتعديل تجاوزها، ففي مصر² تنص في م78 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات على ما يلي: "...يحق للجهة الإدارية تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو بالنقص في حدود 25% بالنسبة لكل بند بذات الشروط والأسعار، دون أن يكون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق في المطالبة بأي تعويض عن ذلك"³.

فمن خلال استقراء تلك النصوص القانونية الخاصة باستعمال الإدارة لسلطتها في التعديل الإنفرادي للعقد الإداري، يتبين أن المشرع وضع حدوداً مالية لسلطة التعديل لا يجوز تجاوزها، بحيث يحق للإدارة التعديل في حدودها زيادة أو نقصاً، وبذلك وضعت هذه القاعدة معياراً مادياً للحد الطبيعي المعقول الذي يستطيع المتعاقد مع الإدارة تحمل أعبائه ويكون ملزماً بتنفيذه.

¹ - من بين هذه التشريعات:

* في سوريا: حدد المشرع السوري نسبة التعديل الانفرادي في م65 من المرسوم التشريعي 228 لسنة 1969، إذ جاء فيها: "يجوز لأمر الصرف زيادة الكميات المتعاقد عليها أو إنقاصها بنسبة لا تتجاوز 30% لكل بند أو مادة على حده، وذلك بنفس الشروط والأسعار الواردة في العقد، ودون حاجة إلى عقد جديد..."; أشار إليه مهندس مختار نوح، المرجع السابق، ص.128،129.

* في لبنان: نصت المادة 32 من دفتر الشروط والأحكام العامة على ما يلي: "إن التعديلات التي تُقرُّها الإدارة أو التي تنتج عن ظروف لا تعود لخطأ المتعهد، والتي من شأنها، تؤدي إلى تغيير في أهمية كميات الأشغال، بمقدار يفوق 25% عن الكميات الملحوظة في الكشف التخميني... فإنها تُولي المتعهد الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي نزل به..."; أشار إليه نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.330،331.

* في ليبيا: حددت م10 من لائحة المزايدات والمناقصات النسبة المسموحة لاستعمال سلطة التعديل الانفرادي؛ حيث جاء فيها: "يكون للجهة المتعاقدة الحق في تعديل موضوع العقد بالزيادة أو بالنقص في حدود نسبة مئوية تحددها شروط العقد، فإذا جاوزت نسبة التعديل 25% من قيمة العقد، يتعين الحصول على موافقة من مجلس الوزراء"; أشار إليه مفتاح خليفة عبد الحميد، المعيار المميز في العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007، ص.188.

² - للمزيد من التفاصيل حول موقف المشرع المصري من سلطة التعديل الانفرادي: علي الفحام، المرجع السابق، ص.203 وما بعدها؛ مهندس مختار نوح، المرجع السابق، ص.126،127.

³ - أنظر: اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري، الصادر بتاريخ 1998/05/08، ج.ر عدد 19 مكرر، في 1998/05/08.

وغني عن البيان، أنه إذا زاد مقدار الأعباء الجديدة الملقاة على عاتق المتعاقد مع الإدارة هذه الحدود، فإنه لا يكون ملزماً بتنفيذها¹.

¹ - حسين درويش، المرجع السابق، ص.55.

الفرع الثاني

التوقف عن التنفيذ في حالي الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير

المتوقعة

يمكن للمتعاقد أن يتوقف عن تنفيذ العقد الإداري إما بالاستناد لحقه -الضيق- في الدفع بعدم التنفيذ لاعتبارات معينة (أولاً)، وإما لاستمرار الظرف الطارئ بشكل يجعل من معالجته للأبد أمراً مستحيلاً (ثانياً).

أولاً: الدفع بعدم التنفيذ

إذا كان الدفع بعد التنفيذ مبدأ مسلماً به فقهاً وقضاً في مجال العقود المدنية¹، وتم تكريسه تشريعياً في العديد من التقنيات المدنية²، إلا أنه ليس كذلك في مجال العقود الإدارية، إذ لا يستطيع المتعاقد مع الإدارة أن يدفع بعدم التنفيذ بحجة أنها قد أخلت بالتزاماتها اتجاهه، إلا إذا وصل امتناعها إلى درجة جعل تنفيذ العقد مستحيلاً.

فالأصل العام في نظرية العقد الإداري يقتضي عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ، وإباحة ذلك ليست سوى استثناءً من الأصل العام³.

وبما أن الحلول التي أوجدها القضاء لحالتي الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة تقوم على أساس مقتضيات سير المرفق العام بانتظام واطراد، ولما كانت قاعدة إلزام المتعاقد على تنفيذ قرار التعديل، تقوم هي الأخرى على هذا الأساس، فإنه لا ضير في عدم إعمالها إذا كان الدفع بعدم التنفيذ لا يهدد سير المرفق العام⁴.

¹ - للمزيد من التفاصيل حول قاعدة الدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني، أنظر: رمزي فريد مبروك، الدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني المصري مقارنة بالقانون الإماراتي والفرنسي، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، طبعة 2000؛ عزوي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص. 426 وما يليها.

² - أنظر المادة 123 من القانون المدني الجزائري، والمادة 161 من القانون المدني المصري.

³ - أنظر: أنور شلال سعيد العاني، الاتجاهات الحديثة من الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية الداخلية والدولية، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، القاهرة، 2016، ص 51.

⁴ - محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص. 138.

حيث اتجه القضاء الإداري إلى الخروج المشروط عن قاعدة عدم جواز الدفع بعم التنفيذ¹، وهذا الدفع مردّه إلى مبادئ العدالة، لكنه مشروط بألا يترتب عنه التأثير على سير المرفق العام². وبخصوص هذا الشرط الوارد على جواز الدفع بعدم التنفيذ، قررت المحكمة الإدارية العليا بمصر أنه "وإن كان الأصل أن الدفع بعدم التنفيذ لا يجوز أن يتمسك به المتعاقد ضماناً لحسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، إلا أنه يجوز للطرفين عند التعاقد أن يخرجوا على هذا الأصل، وفي هذه الحالة يجوز للمتعاقد مع الإدارة التمسك بالدفع بعدم التنفيذ، وبالتالي لا يحق للإدارة أن توقع عليه غرامات تأخير ما دامت قد تراخت في تنفيذ التزاماتها قبله مما أعجزه عن تنفيذ التزامه قبلها"³.

ويتم هذا التوقف عن التنفيذ تحت رقابة القضاء الإداري، الذي يراقب مدى إمكانية الدفع بعدم التنفيذ وآثاره، كما أن القاضي هو الذي يجيز للمتعاقد التوقف عن تنفيذ التزاماته مادامت الإدارة المتعاقدة قد توقفت عن تنفيذ التزاماتها⁴.

وسوف نحاول الإلمام بأهم الجوانب القانونية للدفع بعدم التنفيذ في العقد الإداري، كاستثناء عن قاعدة الاستمرار في التنفيذ، من خلال إبراز أسباب منع الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية (I)، ثم الحالات الاستثنائية التي قبل فيها القضاء الإداري ذلك (II).

¹ - إن المرفق العام من حيث إنشائه وسيره وانتظامه باطراد هو أول واجبات والتزامات الإدارة، وهو في ذات الوقت من أهم واجبات والتزامات المتعاقد معها لأن طبيعة العقد الإداري المبرم بين الإدارة والأفراد تفرض ذلك على عاتق الطرف المتعاقد مع الإدارة، ومن أبرز ملامح هذا الالتزام ما يلي:

- ليس للمتعاقد الدفع بعدم تنفيذ العقد الإداري أو التوقف عنه لأي سبب كان، وإنما عليه الاستمرار فيه دوماً مادام ذلك في استطاعته، ثم يطالب الإدارة بالتعويض عن إخلالها بالتزاماتها أو عن إثراء الإدارة بلا سبب، أو يطلب بإعادة التوازن المالي للعقد.

- أما إذا لم ينفذ أو توقف عن التنفيذ بإرادته المنفردة، فإنّ للإدارة الحق في مسألتته عن فعله السلبي؛ لأنّ المتعاقد عند إبرامه للعقد مع الإدارة كان يعلم أن العقود الإدارية تخضع لنظام قانوني خاص عكس العقود المدنية التي تكون فيها المساواة بين الأطراف.

² - محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص.50.

³ - قرار صادر بتاريخ 1971/12/18، أشار إليه محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص.138،139.

⁴ - محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص.50.

1. أسباب عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ في العقد الإداري

استقر القضاء الإداري على أن الدفع بعدم التنفيذ كأصل عام أمر غير جائز في العقود الإدارية، وإنه لا يجوز للمتعاقد مع جهة الإدارة أن يوقف سير المرفق العام حتى لو قصرت جهة الإدارة في بعض التزاماتها حياله، وأنه يجب على المتعاقد أن يستمر في التنفيذ ثم يطالب بالتعويض بعد ذلك إن كان له مقتضى، وهذه قاعدة أصولية من قواعد تنفيذ العقد الإداري¹. وفي قرارات كثيرة من مجلس الدولة المصري، استمر في رفض الأخذ بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية، وذلك من أجل ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد، حتى في حالة إخلال جهة الإدارة بالتزاماتها، وأن حقه يقتصر فقط في هذه الحالة على المطالبة بالتعويض إن كان له وجه حق².

ويمكن إرجاع الأسباب التي دفعت القضاء الإداري إلى منع الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية إلى ما يلي:

- الطبيعة الخاصة للعقد الإداري.

- تأثير فكرة المرفق العام على مبادئ تنفيذ العقد الإداري³.

أ- الطبيعة الخاصة والذاتية للعقد الإداري

من البديهي القول أن العقد الإداري له خصائص ذاتية تميزه عن غيره من العقود المدنية، سواء من حيث طرق الإبرام، أو من حيث مراكز المتعاقدين، أو من حيث طرق التنفيذ، وكذا من حيث الهدف الذي يسعى له كل عقد. فبينما المتعاقد في علاقة غير متساوية تماما مع الإدارة العامة، نجد أن المساواة تسود بين أطراف العقد المدني إبراما وتنفيذا، ومرد ذلك إلى هدف تسيير المرفق العام الذي يسعى نحوه العقد الإداري دون المدني، وهو ما يجعل المتعاقد مع الإدارة في

¹ - محمد ماهر ألو العينين، مرجع سابق، الكتاب الثاني، ص 282، 283.

² - جمال محمد إبراهيم البلقاسي، مرجع سابق، ص 193.

³ - هناك من الفقهاء من يضيف تعليلا آخر، مفاده أن التزام المتعاقد مع الإدارة هو التزام بتحقيق نتيجة، ولذلك لا يكفي لإبراء ذمته أن يثبت أنه بذل عناية وجهدا كافيين، إنما يجب أن يلتزم بتحقيق الغاية التي استهدفها العقد. هارون عبد العزيز الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 1979، ص.372.

حالة إذعان لشروطها وتدخلاتها المنفردة، مما جعل البعض يصف هذا الوضع القانوني بأنه مركز "تعاقدى شكلا وتنظيمي موضوعا"¹.

وعن الطبيعة الخاصة وما تتميز به العقود الإدارية من خصائص تميزها عن غيرها في مجال القانون الخاص، يقول الدكتور محمد ماهر أبو العينين: "في مجال القانون الخاص فإن مصالح المتعاقدين تكون متكافئة ومتشابهة ومتساوية، لذلك فإن كل متعاقد يحصل على نفس الحقوق والالتزامات التي يحصل عليها المتعاقد الآخر من ذات العقد، في حين أن القواعد الأساسية التي تهيم على تنفيذ العقود الإدارية تقوم على أن العقد يبرم دائما من أجل تأمين وضمان المرفق العام، وأن المتعاقد يعد في الأصل معاونا ومساعدًا للإدارة في تسيير المرفق العام والسير المنتظم والمستمر للمرفق العام، ويجب تغليب وجه المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للمتعاقد، فالإدارة لا تتعاقد من أجل مصلحة خاصة أو فردية بل تتعاقد من أجل مصلحة الجمهور، ومن أجل إشباع حاجات وتوفير احتياجات ومتطلبات المرفق العام محل العقد، ولذلك فإن للإدارة سلطة إنهاء العقد بقرار فردي من جانبها في أي وقت تشاء قبل انتهاء المدة الأصلية للعقد الإداري متى اقتضت المصلحة العامة مثل هذا الإنهاء دون أن يحق للمتعاقد معها أن يعترض على مثل هذا الإنهاء"².

وقد أوضح المفوض Corneille هذه الطبيعة الخاصة للعقد الإداري في تقريره المقدم في قضية Gaz de Poissy إذ يقول: في كل عقد يتصل بسير المرافق العامة فإن الدولة لا تتعاقد كأبي فرد عادي فهي لا تبحث عن تحقيق مصلحة فردية، وإنما تتعاقد من أجل المجموع، من أجل الشعب، من أجل المنتفعين بالمرفق العام، من أجل المصلحة العامة، وبالتالي في كل مرة تبرم فيها عقدا متعلقا بمرفق عام فإنها تستهدف شيئا مختلفا عنا يستهدفه الخاضع للقانون المدني

¹ - أنظر: أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية طبقا لأحكام...، المرجع السابق، ص 12.

² - أشار إليه أنور شلال سعيد العاني، مرجع سابق، ص 71.

أو التجاري، وبما أنها تستهدف شيئاً آخر فإنه لا يجب أن يطبق على الشيء نفس القواعد التي تخضع لها عقود القانون الخاص¹.

إن الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية وما تتميز به من خصائص تؤدي حتماً إلى استبعاد بعض القواعد المستقرة في العقود المدنية ومنها الدفع بعدم التنفيذ، فلا يحق للمتعاقد مع الإدارة كأصل عام أن يتمسك بهذا الدفع في حالة إخلال جهة الإدارة بالتزاماتها المستحقة الأداء، وإنما عليه أن يستمر في التنفيذ ويطلب بالتعويض إن كان له وجه حق. ونلتمس ذلك من خلال أحكام مجلس الدولة التي تواترت على رفض مبدأ الدفع بعدم التنفيذ، نظراً لما تتميز به العقود الإدارية من طبيعة خاصة وخصائص تميزها عن غيرها من العقود المدنية، وفي ذلك بينت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها: إن مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد يطال العقود جميعاً سواء تلك التي تبرم بين الأفراد فيما بينهم أو بين الجهات الإدارية والأفراد، ومن مقتضى إعماله ألا يتعدى أي طرف في العقد عن المطالبة بحقوقه الناشئة عنه والمنبثقة منه، ويلتزم طرفاً العقد بتنفيذ ما اتفقا عليه، وأنه لا يجوز للمتعاقد بعد أن بدأ في التنفيذ أن يتوقف عن العمل بحجة الدفع بعدم التنفيذ لعدم تنفيذ جهة الإدارة لالتزاماتها العقدية، ذلك أن الدفع كأصل عام غير جائز في العقود الإدارية لما تتمتع به من خصائص تميزها عن غيرها، ولا اتصالها بالمرفق العام الذي يجب أن يسر بانتظام، ولا يكون للمتعاقد إلا الحق في التعويض إن كان له وجه حق².

كما أن الطبيعة الخاصة للعقد الإداري تبدو في كون هذا العقد يربط بين طرفين غير متساويين اطلاقاً، وكون المتعاقد مع الإدارة ينظر إليه كمعاون في مهمة تحقيق النفع العام³، مما يجعل مكنة الدفع بعدم التنفيذ مستبعدة في حقه.

¹ - انظر: جمال محمد إبراهيم البلقاسي، الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، 2012، ص.227.

² - المحكمة الإدارية العليا بمصر، طعن رقم 6337 لسنة 46/قضائية عليا، جلسة 2004/03/16، أشار إليه: أنور شلال سعيد العاني، مرجع سابق، ص 72.

³ - انظر في هذا المعنى، وفي أسباب منع الدفع بعدم التنفيذ في العقد الإداري: عزوي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص.426.

ب- أثر فكرة المرفق العام على تنفيذ العقد الإداري

إذا كانت القاعدة الأساسية التي تُهَيِّم على تنفيذ العقود الإدارية تقوم على أن العقد الإداري يُبرم دائما من اجل تأمين وضمّان سير المرفق العام، وأن المتعاقد يُعد في الأصل معاونا ومساعدًا للإدارة في تسيير المرفق العام، وأنه ملتزم بتنفيذ التزاماته بحيث لا يعرض السير المستمر والمنظم للمرفق العام للخطر، فإنه في إجازة الدفع في العقود الإدارية تعطيل لهذه الغاية والمتمثلة بمبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد¹.

ولعل اتصال العقد الإداري بنشاط المرفق العام كان السبب الأبرز والأهم في ترسيخ قاعدة عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية، لارتباطها بمبدأ ثابت يحكم المرفق العام وهو مبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد²، وهذا ما يبدو واضحا وجليا في أحكام مجلس الدولة في عدم إجازة الدفع للمتعاقد مع الإدارة لما فيه من تعطيل لسير المرفق العام³.

فالعقد الإداري ليس سوى وسيلة في يد الإدارة لضمّان سير المرفق العام، سوى بشكل مباشر أم غير مباشر، وهذه الصلة الوطيدة بين العقد الإداري والمرفق العام هي التي تمنع المتعاقد من الدفع بعدم التنفيذ، ذلك أن قاعدة سير المرفق العام بانتظام واطراد تأتي أن يعطل المتعاقد أداء الخدمة لأي سبب ما دام في وسعه أداء تلك الخدمة⁴.

وإعمالا لمبدأ التزام المتعاقد بضمّان سير المرفق العام على نحو منتظم ومستمر، لم يجز مجلس الدولة الفرنسي للمتعاقد مع الإدارة إيقاف التنفيذ أيا كان العذر، وأيا كانت الظروف ما عدا حالة القوة القاهرة التي يمكن أن تنهض مبررا له في ذلك، حيث قرر في قضية Gasnos بأنه على فرض صحة زعم المتعاقد بأن اقتصاديات العقد قد فقدت توازنها على أثر الزيادة غير

¹- أنور شلال سعيد العاني، مرجع سابق، ص 145؛ وذات المعنى أبرزه: مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص. 177، 178.

²- عزايوي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص. 427.

³- أنور شلال سعيد العاني، مرجع سابق، ص 145.

⁴- انظر: سعيد السيد علي، مبدأ الدفع بعدم التنفيذ في العقد "دراسة تطبيقية على أحكام القضاء الإداري في مصر"، دار الكتب المصرية، الجيزة، مصر، ط1، 2006، ص. 62، 64، 65 بتصرف.

المتوقعة في أعباء الاستغلال، فإن ذلك يمكن أن يكون سببا لطلب التعويض من جانبه، ولكن لا يبرر له أن يترك المرفق العام الذي كلف باستغلاله معطلا¹.

وعند ذكرنا لأسباب حظر قاعدة الدفع بعدم التنفيذ في مجال العقود الإدارية، نشير إلى أن أحد الفقهاء² يضيف سببا آخر يؤسس عليه هذا الحظر، وهو إمكانية المتعاقد في الحصول على حقوقه المالية باحتساب الفوائد التأخيرية³، واعتبرها بديلا قانونيا وماليا منحه المشرع الفرعي للمتعاقد مقابل منعه من الدفع بعدم التنفيذ. ونحن وإن كنا نؤيد هذا الرأي في حالة اخلال الإدارة المتعاقدة بالتزاماتها المالية، إلا أننا نرى أنه يصلح سببا لحظر الدفع بعدم التنفيذ في هذه الحالة فقط، ولا يمتد لحالات تغير ظروف تنفيذ العقد الإداري.

II. حالات جواز الدفع بعدم التنفيذ استثناءً

إن مبدأ انعدام الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية قد ساد الفقه الإداري واستقرت عليه أحكام القضاء الإداري لأن في إقراره تعارضا مع مقتضيات سير المرافق العامة وما تحتمه طبيعة العقد الإداري من مميزات خاصة تقتضي مراعاتها من حيث تغليب وجه المصلحة العامة على وجه المصلحة الخاصة عند التعارض، وعدم التماثل والتساوي في المراكز القانونية بين الإدارة القوامه على سير المرفق والمتعاقد معها، والخروج من النظرة المادية البحتة في تكييف المتعاقد مع الإدارة من كونه متعاقدًا يبتغي تحقيق الربح المادي إلى كونه مساعدا يؤدي واجب التعاون في تسيير المرفق⁴.

إلا أن هناك ظروفًا وملازمات قد تصاحب تنفيذ العقد تجعل من التطبيق المطلق للمبدأ أمرا عسيرا ومجافيا للمنظور المتجدد للعدالة التعاقدية، ومبدأ حسن النية الذي يظل العقود جميعا،

¹ أشار إليه: جمال محمد إبراهيم البلقاسي، مرجع سابق، ص 228.

² عزاوي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 427.

³ أطرها ت ص ع وتفويضات المرفق العام في م 122 حاليا، وعالجها الفقيه المذكور أعلاه حسب نص م 89 من المرسوم الرئاسي 10-236 الملغى، ولا يوجد اختلاف في معالجة الفوائد التأخيرية بين كل من النص السابق والحالي.

⁴ أنور شلال سعيد العاني، مرجع سابق، ص 160.

وبالتالي فإن ذلك قد يؤدي إلى ضياع الغرض والهدف المراد منه¹، خاصة بعدما أثبتته التطبيق العملي لمبدأ عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ من ظلم للمتعاقد مع الإدارة في بعض الحالات². فإذا كان مبتغى مبدأ انعدام الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية هو انتظام سير المرافق العامة بانتظام واطراد، فإن القضاء الإداري أعطى للمتعاقد مع الإدارة الحق في التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في حالات كثيرة كلما استشعر فيها أن ذلك التمسك لا يؤثر في دوام سير المرافق العامة، وأن تطبيق المبدأ على تلك الحالات قد يؤدي إلى إعاقة المتعاقدين من القيام بتنفيذ التزاماتهم وبالتالي يحقق عكس الهدف المنشود في عدم إقراره³.

وقد اقر مجلس الدولة الفرنسي في قراراته حالات الخروج على مبدأ انعدام الحق في الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية، عندما رأى من واقع المنازعات المعروضة أمامه انتفاء الأساس القانوني لتطبيق المبدأ، وعدم تحقيق المبدأ للهدف المنشود من إقراره في تلك الحالات. ومن أمثلة ذلك إعفاء مجلس الدولة الفرنسي المتعاقد من المسؤولية عن التأخير إذا كان التأخير لسبب خارج عن إرادته - أي إلى سبب أجنبي -، ومن ذلك ما قضى به باعتبار وجود عقبة غير متوقعة لا يمكن للمتعاقد التغلب عليها مبررا لعدم التنفيذ⁴؛ وسلك القضاء الإداري المصري هذا المسلك حين أجاز في الكثير من القرارات للمتعاقد التوقف عن التنفيذ مراعيًا في ذلك اعتبارات العدالة والتوفيق بين المتعاقدين، لا سيما حينما يكون سبب التوقف عن الدفع يرجع لإخلال الإدارة بالتزاماتها تجاه المتعاقد معها⁵.

¹ - أنظر: سعيد السيد علي، مبدأ الدفع بعدم...، المرجع السابق، ص 80.

² - جعفر مال الله عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص. 179، 180.

³ - أنور شلال سعيد العاني، مرجع سابق، ص 161.

⁴ - C.E 28 mai 1952, commune de sainte - barbeau tlejat, R.P 282.

وفي نفس الشأن ذهب مجلس الدولة المصري في أحكامه إلى اعتبار السبب الأجنبي مبررا كافيا للإعفاء من غرامة التأخير، حيث قضت المحكمة الإدارية العليا بأن قطع الطريق المؤدي إلى موقع الأعمال يعتبر سببا أجنبيا لا يمكن توقعه، وبالتالي إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير. أشار إلى ذلك: أنور شلال سعيد العاني، مرجع سابق، ص 193، 194.

⁵ - أشار للعديد من القرارات الصادرة عن القضاء الإداري في هذا الصدد: مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص. 179 وما يليها.

ويذهب جانب من الفقه¹ إلى جواز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في العقود التي لا تتصل مباشرة بتسيير المرفق العام، مثل عقد شراء سيارات ركوب المديرين وعقود شراء وحدات تصفيف العاملين، ويرجع ذلك إلى أنه إذا كان الأساس القانوني لمبدأ عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية هو ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطراد نظرا للصلة التي تربط العقد الإداري بالمرفق العام، فإنه من الطبيعي أن يسمح بالتمسك بالدفع بعدم التنفيذ إذا كان في عقود لا تؤثر على سير المرفق العام، فإذا أخلت جهة الإدارة بالتزاماتها الناتجة عن مثل هذه العقود، وامتنعت مثلا عن سداد المقابل المنصوص عليه في هذه العقود في وقته المحدد للمتعاقد معها، فإنه يمكن للمتعاقد أن يدفع بعدم التنفيذ حتى تفي الإدارة بالتزاماتها، لأن هذا الدفع لا يؤثر على سير المرفق العام.

ويرى أحده الفقهاء في ذات السياق، بضرورة السماح للمتعاقد بالدفع بعدم التنفيذ، إذا كان إخلال جهة الإدارة قد وصل لدرجة لا يستطيع المتعاقد معها التغلب على ذلك الإخلال دون أن يصيبه ضرر². وهو الرأي الذي نؤيده إذ لا يعقل أن نحرم المتعاقد من مكنة الدفع بعدم التنفيذ إذا طلب منه تنفيذ العقد في وقت يستحيل عليه ذلك، لا سيما إذا كانت هذه الاستحالة تعود إلى إخلال الإدارة بالتزاماتها الواردة في العقد.

ثانيا: القوة القاهرة الإدارية

قد يحدث عمليا أن يتحول الظرف الطارئ إلى قوة قاهرة خلال فترة قصيرة من الزمن وحينئذ يكون من حق المتعاقد أن يتوقف عن تنفيذ العقد خلال تلك الفترة، ويتعين أن يُعاود التنفيذ متى زالت القوة القاهرة وإلا امتنع عليه الاستناد إلى نظرية الظروف الطارئة³. ويحدث هذا التحول حينما تتعذر إعادة التوازن المالي للعقد الإداري نظرا لاستحالة أداء المتعاقد لالتزاماته إلا بمعاونة دائمة من الإدارة⁴، بحيث رأى مجلس الدولة الفرنسي أن استمرار الظرف الطارئ يعتبر بمثابة قوة

¹ - سعيد السيد علي، مبدأ الدفع بعدم...، المرجع السابق، ص 81، 82.

² - مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص.183، 184.

³ - لمياء هاشم سالم قبيع، المرجع السابق، ص.155.

⁴ - وهيب عياد سلامة، المرجع السابق، ص.122.

قاهرة تسمح لكل من المتعاقدين بفسخ العقد، لأنه ليس معقولا اجبار الإدارة على دفع تعويضات للمتعاقد حول الظرف الطارئ إلى الأبد¹، ولعل في ذلك حماية للمال العام من جهة، وتخلصا من عقد يكون قد تجاوزه الزمن ولا بد من استبداله بطريقة أخرى لإدارة المرفق العام محل التعاقد. ويرى بعض الفقهاء أن هذا الحل الذي تبناه مجلس الدولة الفرنسي يُبنى على اعتبارات النفع العام وما تقتضيه من حماية للمال العام وعدم تبديده².

وتمتاز نظرية الظروف الطارئة عن نظرية القوة القاهرة، بأنها لا تؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام بل تجعله مرهقا فقط، وبالتالي لا تخول للمتعاقد المطالبة بإنهاء العقد بل له حق في التعويض فقط، لكن تحوّل مجلس الدولة الفرنسي عن هذا الطرح في سنة 1932³ حين سمح للمتعاقد بالمطالبة بفسخ العقد الإداري إذا تبين أن الظرف الطارئ الذي أصابه لن يسمح له بالعودة إلى توازنه من جديد، رغم مساعدة الإدارة، وأن العقد بدون هذه المساعدة ليس قابلا للاستمرار⁴، وبإسباغه لنفس حكم القوة القاهرة على حالة الظرف الطارئ، فإن مجلس الدولة الفرنسي يكون قد ابتدع نظرية القوة القاهرة الإدارية.

ويقصد بفكرة القوة القاهرة الإدارية أن نكون "إزاء حادث خارجي غير متوقع ويؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد نهائيا، ولكن دون أن يؤدي إلى استحالة مطلقة في تنفيذ العقد، إلا أنه على الرغم من ذلك لا يعفى المتعاقد من تنفيذ التزاماته وإنما فقط يسمح له أو للإدارة بأن يطلب من القاضي فسخ العقد، فهي تعتبر مبررا لفسخ القضاءي ولكن ليست عذرا للإعفاء من التنفيذ كحالة القوة القاهرة التقليدية⁵"، كما أن هناك فرقا جوهريا آخر بين القوة القاهرة الإدارية والقوة القاهرة التقليدية مفاده أن نظرية القوة القاهرة بالمفهوم التقليدي يمكن أن تجد مجالا للتطبيق على كافة أنواع العقود حتى ما كان منها قصير المدة لا يفصل بين إبرامه وتام تنفيذها سوى مدة محدودة،

¹ - سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في...، المرجع السابق، ص.156.

² - محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص.643؛ مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص.745.

³ - CE, 9 décembre 1932, Compagnie des tramways de Cherbourg, précité.

لمزيد من التفاصيل حول وقائع هذا القرار، انظر: سعيد السيد علي، المرجع السابق، ص.155.

⁴ - يونس إسماعيل حسن، المرجع السابق، ص.214.

⁵ - محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص.266.

إلا أن القوة القاهرة الإدارية لا تطبق عمليا إلا بالنسبة إلى عقود الامتياز، نظرا لطول مدتها، مما يمكن معه أن تثار مشكلة الاختلال في اقتصاديات العقد بصفة نهائية¹.

ويقوم القضاء الإداري الفرنسي بمواجهة حالة القوة القاهرة الإدارية باتباع مجموعة حلول²

ومراحل على النحو الآتي:

عندما يبدو أن قلب اقتصاديات العقد قد أصبح نهائيا بلا رجعة، فإن لكل من طرفي العقد أن يطلب من القاضي معاينة هذا الطرف، ويترتب على ذلك وضع حد لتطبيق نظرية الظروف الطارئة وتحرر الإدارة من التزامها بدفع التعويض، ذلك أن نظرية الظروف الطارئة تقوم على أساس فكرة قلب اقتصاديات العقد ذات الطبيعة المؤقتة، فإذا ما اختل توازن العقد الإداري نهائيا، فإنه يجب البحث عن حل آخر³، كإيجاد اتفاق لتعديل بنود العقد لتفادي الازمة، أو تطوير وسائل تنفيذ العقد حسب المستجدات الحاصلة عمليا، ويلعب القاضي الإداري هنا دورا بارزا في حث الأطراف على إعادة بعث الحياة في العقد الذي أصابته ظروف طارئة دائمة⁴.

¹ - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص. 641.

² - انظر لمزيد من التفاصيل حول ذلك: وهيب عياد سلامة، المرجع السابق، ص. 122، 123؛ مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص. 744؛ سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في...، المرجع السابق، ص. 155.

³ - علي محمد علي عبد المولى، المرجع السابق، ص. 468.

⁴ - ويرى الأستاذ علي محمد علي عبد المولى في هذا الصدد أنه "لعلاج هذا الموقف الذي يتمثل في قلب اقتصاديات العقد نهائيا دون أن يؤدي ذلك إلى استحالة مطلقة للتنفيذ، فعلى أطراف العقد أن يبحثوا عن اتفاق جديد كإعادة النظر في شروط العقد لتخطي الأزمة التي اعترضت طريق الاستمرار في تنفيذه، وبصفة خاصة في عقد التزام المرفق العام، محاولة إعادة تنظيم أركان المرفق بصورة تتقف والاحتياجات الجديدة للمتفعين في ظل الاستعانة بوسائل أكثر تقدما بدلا من تلك التي عزف عنها الأفراد وسببت في خلق هذا الوضع الجديد، وعلى قاضي العقد أن يحاول حث الأطراف على الوصول إلى هذا الاتفاق الذي قد يعيد للمرفق توازنه الاقتصادي، فكما هو الحال عند تطبيق نظرية الظروف الطارئة، فعلى القاضي أن يدعوا الأطراف أولا إلى إعادة النظر في شروط العقد بما يجعله قابلا للحياة. ولكي يمكنه من ذلك، ففي وسعه أن يلجأ إلى وسيلة فعالة حاسمة في الضغط على الأطراف، وهي التهديد بالتعويض لمصلحة أحد الطرفين، إذا تكشف موقف الطرف الآخر عن تعنت ترتب عليه الإخفاق في الوصول إلى اتفاق وأساس هذا الفسخ يكمن في كون الاختلال الدائم لاقتصاديات العقد يشكل حالة قوة القاهرة يستحيل معها الاستمرار في تنفيذ الالتزامات المتولدة عن العقد، وذلك هو التطور الجديد الذي أضافه المجلس للنظرية، وبحسب ما جاء بقرار Tram du Cherbourg فإن الموقف الجديد قد خلق حالة قوة القاهرة، ويجيز ترتيبا على ذلك للملتزم ومناح الالتزام نظرا لإخفاقهم في الوصول إلى اتفاق ودي

فالقاضي قد يتأخر في الحكم بفسخ العقد بانتظار أن يستكمل تدخله بمحاولة دعوة الأطراف المتعاقدة إلى ترميم العقد بالمصالحة لإعادة توازنه، بالرغم من أنها ليست مهمته أن يحاول التوفيق بين الطرفين المتعاقدين، ولكن المصلحة العامة ومصلحة المرفق العام في أن يستأنف مسيرته لتحقيق الصالح العام تقبل هذا النوع من التدخل¹.

أما إذا فشل المتعاقدون في الوصول إلى اتفاق لمنح توجيه جديد لطرق تنفيذ العقد بشكل فعال، فإن القاضي لا يجد أمامه من سبيل سوى النطق بفسخ العقد، إما بناء على طلب الإدارة أو بناء على رغبة المتعاقد معها²، ويرجع الفسخ في هذه الحالة إلى كون الاختلال الدائم في اقتصاديات العقد يشكل قوة قاهرة يستحيل معها الاستمرار في تنفيذ العقد، وهذا هو المفهوم الجديد الذي استحدثه مجلس الدولة في قضية tramways de Cherbourg تحت مسمى "القوة القاهرة الإدارية".

ورغم أننا لم نجد أي قرار مبدئي يفيد انتهاج القضاء الإداري الجزائري للنهج الذي سلكه نظيره الفرنسي في هذا المجال، إلا أن ذلك لا يمنع من تطبيق نظرية القوة القاهرة الإدارية في الجزائر إذا ما توافرت شروطها.

... المطالبة بفسخ العقد أمام القاضي مع التعويض إن كان له مقتضى، مع الوضع في الاعتبار شروط العقد وكل ظروف الموضوع ذات العلاقة بالدعوى...؛ علي محمد علي عبد المولى، المرجع السابق، ص.470،469.

¹ - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.42.

² - علي محمد علي عبد المولى، المرجع السابق، ص.468.

المطلب الثاني

حالات اعفاء المتعاقد من التزاماته التعاقدية

يتحلل المتعاقدون من التزاماتهم في العقد الإداري بوضع حد غير طبيعي لهذا الأخير، إما في حالة استحالة تنفيذ الالتزامات العقدية بسبب القوة القاهرة (الفرع الأول) أو بسبب الفسخ القضائي للعقد الإداري (الفرع الثاني).

الفرع الأول

نهاية العقد الإداري لاستحالة تنفيذه

إذا اجتمعت شروط القوة القاهرة للفعل أو الحادث الذي اعترض تنفيذ العقد، فإن ذلك يعد مبررا لإعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته العقدية، وتبعاً لذلك فإن القوة القاهرة تعد سببا لإخلاء مسؤوليته¹، فلا يتعرض للجزاء المقررة لعدم التنفيذ أو التأخر فيه، ويقتصر هذا الإعفاء فقط على الالتزام الذي أصبح تنفيذه مستحيلا بسبب القوة القاهرة، وفي الوقت الذي وجدت فيه هذه الحالة فقط، أما إذا كانت حالة القوة القاهرة مؤقتة، فإنه لا يترتب عليها سوى وقف تنفيذ الالتزام حتى يزول الحادث، فيعود الالتزام الموقوف واجب التنفيذ وعلى المتعاقدين المبادرة إلى استئناف تنفيذ العقد بمجرد انتهاء هذه الحالة². فمن المتفق عليه أن الأفعال المبررة لفسخ العقد ليست بحد ذاتها أن تضع نهاية للعقد بل أن مفعولها فقط هو تعليق تنفيذ الالتزام الذي أصبح غير ممكن التنفيذ ولكن عندما تجعل القوة القاهرة استحالة مطلقة في تنفيذ العقد عندئذ فقط تصبح سببا مشروعاً لفسخ العقد³. وعندما تتلاشى أسباب القوة القاهرة، فإن الالتزام بتنفيذ العقد يعود إلى طبيعته الأولى، مثلا توقف الإضراب فإن الالتزام بالتنفيذ يجب أن يتحقق⁴.

¹ تلعب القوة القاهرة دورا في الاعفاء من الالتزامات في كل من القانون المدني والقانون الإداري، كما وأنها تعتبر سببا لتعطيل تطبيق العديد من الاحكام القانونية الأخرى، مثلما نصت عليه م322 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي جعلت من القوة القاهرة سببا لوقف آجال سقوط الحق. حيث تنص على ما يلي: "كل الآجال المقررة في هذا القانون من أجل ممارسة حق، أو من أجل حق الطعن، يترتب على عدم مراعاتها سقوط الحق، أو سقوط ممارسة حق الطعن، باستثناء حالة القوة القاهرة، أو وقوع أحداث من شأنها التأثير في السير العادي لمرفق العدالة"؛ انظر: القانون 08-09 المؤرخ في 2008/02/25، المتضمن ق ا م ا، ج.ر. عدد 21، الصادرة بتاريخ 2008/04/23.

² علي محمد علي عبد المولى، المرجع السابق، ص.458؛ لمياء هاشم سالم قبيع، المرجع السابق، ص.61.

³ محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.41،42.

⁴ - C.E 5 Janvier 1942, Gaz de la Ferté-Milon P 18, (... Si la grève cesse, l'obligation d'exécuter se trouve rétablie ...) Voir : A. De LAUBADERE, DELVOLVE P et MODERNE F, traité des contrats administratif, LGDJ, paris, T1, 1983. P 59.

ويعد هذا الحكم تطبيقاً لقواعد العدالة، بحيث لا يمكن مسائلة المدين الذي قدم كل ما في وسعه لتنفيذ التزامه ولكن حال بينه وبين ذلك حدث لا يد له فيه¹.

ولكن إذا حصل أن ارتكب المتعهد العاجز عن التنفيذ خطأً ما فإن القاضي يحكم عندئذ بتخفيض جزئي للجزاءات المذكورة، وذلك كما في حالة الإضراب مثلاً عندما تتحقق القوة القاهرة ويتحمل الطرف الآخر مسؤولية جزئية لأنه رفض اتخاذ الإجراءات اللازمة للتوفيق والمصالحة².

كما أن على المتعاقد أن يثبت أنه بذل جهده لمحاولة تجاوز الحادث الذي يشكل قوة القاهرة، لأن في ذلك قرينة على توافر شرط استحالة الدفع والذي يعتبر أهم شرط لقيام القوة القاهرة³.

"وبالنظر إلى الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية وما تستلزمه من بذل أقصى جهد من جانب المتعاقدين لضمان تنفيذ العقد، على اعتبار أنهم مكلفون بمهمة تتعلق بمصلحة عامة، فإن القاضي الإداري يبدي تشدداً واضحاً في تقدير سلوك المتعاقد وما هو متطلب منه من جهود في هذا المجال أكثر مما تتطلبه المحاكم العادية في مجال تنفيذ العقد المدني. فإذا كانت القوة القاهرة تعتبر سبباً مشروعاً لفسخ العقد إذا استحال تنفيذه بصفة مطلقة⁴، إلا أنه يتعين على المتعاقد أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم بفسخ العقد للقوة القاهرة، بينما تستطيع الإدارة إنهاء العقد بقرار منها بناءً على سلطتها في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة⁵.

ومن أمثلة حالات القوة القاهرة التي اعترف بها وطبقها مجلس الدولة الفرنسي، حالة اختفاء أو تلاشي موضوع العقد *la disparition de l'objet du contrat*، فقد اعتبر -في أحد أشهر قراراته⁶ في هذا المجال- أن استقلال إقليم الهند الصينية *l'Indochine* هو قوة القاهرة من شأنها الاعفاء من تنفيذ مشروع انجاز اسطول بحري.

¹ - يونس إسماعيل حسن، المرجع السابق، ص. 207.

² - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص. 41.

³ - لمياء هاشم سالم قبيع، المرجع السابق، ص. 82.

⁴ - علي محمد علي عبد المولى، المرجع السابق، ص. 430، بتصرف.

⁵ - يونس إسماعيل حسن، المرجع السابق، ص. 207.

⁶ - C.E, 24/04/1968, compagnie de navigation Denis frères, cités par : C. LAJOYE, Op CIT, p.193.

وإذا كانت القوة القاهرة تمثل إحدى أسباب إعفاء المتعامل المتعاقد من مسؤوليته حسب الشروط المقررة لهذه الحالة وكذا بنود الصفقة، فإنها تعتبر مصدرا هاما في التعويض عن الأضرار والخسائر التي تلحق بالمتعاقد نتيجة لوقوعها، وغالبا ما يتم النص على كيفية تقدير هذا التعويض بدفاتر شروط الصفقة المتعاقد عليها¹. حيث أن ما يميز القوة القاهرة في العقد الإداري عنها في العقود المدنية، هو أن بعض الشروط العقدية تحتفظ للمتعاقد بالحق في التعويض في حالة القوة القاهرة، وهذا التعويض إما أن ينص عليه في العقد أو يجد أساسا له في دفاتر الشروط². ومن ذلك ما نصت عليه م3/18 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال الفرنسي³، وم4/27 من د ش أ ع الجزائري والتي سمحت للمتعاقد باقتضاء تعويض عن حالة القوة القاهرة، ولكن بشرط اعلام الإدارة كتابيا في أجل 10 أيام من يوم حصول القوة القاهرة، واستتنت الفقرة 6 من ذات المادة التعويض عن حالة القوة القاهرة الخاصة بالأجهزة العائمة كونه مشمول ضمنا في أسعار الصفقة.

وفي ذات السياق رأى الفقيه De LAUBADERE أن القضاء قد أكد صراحة على إمكانية منح التعويض لمواجهة النتائج الضارة للقوة القاهرة حتى خارج نطاق الاشتراطات العقدية، وتطبيقا لذلك فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في قضية Sté Entreprise Coopérative Française أن التأخير في التنفيذ الراجع إلى القوة القاهرة حتى خارج الاشتراطات العقدية، من شأنه أن يبرر منح تعويض للمقاول⁴.

في حين ذهب أحد الفقهاء إلى القول أنه لكي تطبق النصوص الواردة بدفتر الشروط والمتعلقة بالتعويض في حالة القوة القاهرة يجب أن ينص عليها صراحة في العقد باتفاق إرادتي أطراف الرابطة العقدية، ولهذا فإنه في حالة العقد غير المكتوب- وإن كان غير مألوف في المجال

¹ - انظر: بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بجامعة الجزائر، 2008-2009، ص.84.

² - علي محمد علي عبد المولى، المرجع السابق، ص.430.

³ - « En cas de pertes, avaries ou dommages provoqués sur ses chantiers par un phénomène naturel qui n'était pas normalement prévisible, ou en cas de force majeure, le titulaire est indemnisé pour le préjudice subi, sous réserve».

⁴ - أشار إلى هذا الموقف الفقهي والقرار القضائي الذي يدعمه: علي محمد علي عبد المولى، المرجع السابق، ص.431.

الإداري- وفي حالة عدم وجود أية إحالة لهذه النصوص الواردة بدفتر الشروط، فإن المتعاقد لا يمكنه الاستناد إلى هذه الشروط المتعلقة بالتعويض، وبالتالي لا يترتب على القوة القاهرة أي التزام بالتعويض من جانب الطرف الآخر في العقد¹.

إلا أننا نرى أن التعويض المصحوب بالقوة القاهرة لا يكون إلا في حالة وجود نص خاص يجيزه، سواء في دفا تر الشروط أم في بنود العقد الإداري ذاته، أما في حالة سكوت النص فإن الأصل العام يقضي بعدم تعويض المتعاقد عن فسخ العقد للقوة القاهرة، لأن هذه الأخيرة- وإن كانت بغير فعل المتعاقد- فإنها حدث خارج عن إرادة الإدارة كذلك، فكيف لنا بإلزامها بتعويض من غير خطأ صادر من جانبها، فضلا عن أن نهاية العقد الإداري قبل أوانه فيه ضرر للمصلحة العامة المتعاقد حولها كذلك، ومن تمة خسارة للإدارة المتعاقدة.

كما أن القانون قد يحظرُ أحيانا منح التعويض للمتعاقد في حالة القوة القاهرة، ومن ذلك ما جاء في م2/64 من المرسوم التنفيذي المتعلق بتفويض المرفق العام²، والتي تنص على ما يلي: 'كما يمكن السلطة المفوضة للجوء إلى فسخ اتفاقية التفويض³، من جانب واحد، في حالة القوة القاهرة، وبدون أي تعويض للمفوض له'.

ولا بد من الإشارة إلى أن التعويض الممنوح في مثل هذه الحالات لا يقتصر فقط على الأضرار المادية، وإنما يشمل كل أنواع الخسائر كخسارة أماكن تخزين البضائع، والخسارة الناتجة عن أيام التأخير. ومن جانب آخر لا يشمل التعويض ما فات المتعاقد من كسب ولا سيما في حالة الاتفاق على فسخ العقد، كما لا يشمل التعويض الأضرار التي أصابت الإنشاءات غير المرتبطة بتنفيذ العقد والتي لا تمثل ضرورة لهذا التنفيذ، وأخيرا لا يشمل التعويض الارتفاع المتلاحق للأسعار بعد وقوع الفعل الذي اعتبر كقوة القاهرة⁴.

¹- أشار إليه: علي محمد علي عبد المولى، المرجع السابق، ص.431.

²- المرسوم التنفيذي رقم 18-199، مؤرخ في 2018/08/02، يتعلق بتفويض المرفق العام، ج.ر عدد 48، مؤرخة في 2018/08/05، ص.4.

³- مع العلم أن اتفاقية التفويض هي عقد اداري، بموجب نص م6 من المرسوم التنفيذي 18-199 المذكور أعلاه.

⁴- بحري إسماعيل، المرجع السابق، ص.84.

وبصفة عامة فإن دفاتر الشروط تتطلب بعض الشروط في الطلب الذي يتقدم به المتعاقد، ويتشدد القضاء في تطبيق هذه القواعد إلى حد رفضه بسبب عدم تقديمه خلال المدة المحددة وبالشكل القانوني المقرر¹. فقد تخضع طلبات المتعاقد مع الإدارة أحيانا إلى آجال دقيقة لا بد من احترامها، بحيث يتعين على المتعاقد اعلام الإدارة برغبته في التذرع بالقوة القاهرة خلال تلك الآجال والا سقط حقه في ذلك². ومن ذلك ما جاء في م4/27 من د ش أ ع المطبقة على صفقات الاشغال العمومية والنقل، والتي سمحت للمتعاقد باقتضاء تعويض عن حالة القوة القاهرة، ولكن بشرط اعلام الإدارة كتابيا في أجل 10 أيام من يوم حصول القوة القاهرة. كما أن ت ص ع قد سمح بإعفاء المتعاقد من عقوبات التأخير في حالة القوة القاهرة، وذلك من خلال م5/147 من المرسوم الرئاسي 15-247³.

¹ - علي محمد علي عبد المولى، المرجع السابق، ص.463.

² - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.43، بتصرف.

³ - التي تنص على ما يلي: "وفي حالة القوة القاهرة تعلق الآجال ولا يترتب على التأخير فرض العقوبات المالية بسبب التأخير، ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف واستئناف الخدمة التي تتخذها نتيجة ذلك المصلحة المتعاقدة".

الفرع الثاني

الفسخ القضائي للعقد الإداري¹

على الرغم من أن العقد الإداري يجعل للإدارة مركزاً فريداً ومتميزاً، مردّه مسؤوليتها عن تنظيم وسير المرفق العام، إلا أنه يبقى عقداً يجب أن تحترم فيه الإدارة العامة ما اتفقت عليه مع المتعاقد معها، ولا تتجاوزه إلا للضرورة، فإذا ما ثبت أن هذا التجاوز كان انحرافاً بالسلطة العامة، كان للمتعاقد معها أن يلجأ للقاضي مطالباً بفسخ العقد الإداري كجزء لتجاوز سلطاتها²؛ كما يحق له ذلك إذا ما رأى أن الظروف التي استجدت أثناء تنفيذ العقد من شأنها أن تحمله التزامات جديدة تؤدي لإرهاقه بصورة كبيرة؛ فالمتعاقد أبرم العقد وفي حسبانته أوضاع معينة ومحددة، فلا يجوز بالتالي تحميله ما يتجاوز تلك المعطيات، وذلك تحت طائلة الفسخ، إذا ما توافرت حالات معينة (أولاً)، مما ينتج عنه آثار قانونية هامة (ثانياً).

أولاً: حالات الفسخ

رغم التشابه الكبير بين حالات الفسخ وحالات السماح للمتعاقد بالتوقف عن التنفيذ السالف ذكرها³، إلا أن ما يميزهما هو مصير العقد الإداري في كل منهما، فالعقد الإداري يبقى قائماً في

¹ - تقتصر الدراسة في هذه النقطة على الفسخ القضائي للعقد الإداري، ولكن لا يمنع ذلك من القول أن نهاية العقد الإداري بشكل غير طبيعي قد تتخذ صوراً أخرى، وهي: الفسخ الإداري بالإرادة المنفردة للإدارة، والفسخ الاتفاقي برغبة كلا طرفي العقد، والفسخ بقوة القانون للقوة القاهرة مثلاً، وقد نصت م 151 من ت ص ع وتقييدات المرفق على إمكانية الفسخ الاتفاقي للصفقة العمومية بشرط عدم ارتباطه بخطأ من جانب المتعاقد. وسمحت م 150 من ذات التنظيم للمصلحة المتعاقدة باستعمال سلطتها في الفسخ الانفرادي للصفقة. كما أطرت م 34 من د ش إ ع بعض حالات فسخ الصفقة.

للمزيد من التفاصيل حول الحالات الأخرى لفسخ العقد الإداري: أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص. 249؛ عمار بوضياف، المرجع السابق، ص. 353 وما يليها.

C. LAJOYE, Op CIT, p.193 et suites.

² - أنظر: جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 2004، ص. 362.

³ - كما نشير هنا إلى أن فسخ العقد الإداري قد يتشابه لمُدَى بعيد جداً مع بعض الحالات الأخرى للنهائية غير الطبيعية للعقد الإداري، ونذكر منها:

الحالة الثانية ومستمرًا، إلا أن للمتعاقد الحق في التوقف عن التنفيذ ريثما يفصل القاضي الإداري ببطلان إجراءات التعديل أو بتعويض مناسب لما لحقه من ضرر، ولكن في الحالة الأولى فإن للمتعاقد أن يطالب بفسخ العقد نهائيًا، وتحلل جميع الالتزامات المترتبة عنه، وذلك يرجع لجسامة الضرر أو لاستمراره بشكل غير مؤقت، ويحكم القاضي الإداري بالفسخ في الحالات الآتية:

1. إذا تجاوزت الإدارة الحد الأقصى المقرر للتعديلات

يحدث في بعض الأحيان أن تنص بعض العقود أو النصوص القانونية على نسبة مئوية معينة، بالنسبة لحجم الأداءات التي يمكن أن تُطلب من المتعاقد مع الإدارة بعد إبرام العقد، بالزيادة أو النقص، باعتبارها نسبة تمثل الحد الأقصى للتعديلات المفروضة، ولكن فيما زاد عنها يكون للمتعاقد الحق في طلب فسخ عقده¹؛ ومثال ذلك ما نصت عليه المواد 30، 31 من د ش ا ع، مع العلم أن المشرع من خلال هذه المواد حوّل للمتعاقد المطالبة بالفسخ، في حالة تجاوز النسب المحددة، لكن دون التعويض.

***الغاء العقد الإداري:** ويقصد به إنهاء العقد بالإرادة المنفردة للإدارة دون خطأ من المتعاقد، لدواعي المصلحة العامة، وفق ما تتمتع به من امتيازات.

***الاستقاط:** هو فسخ عقد امتياز المرفق العام على مسؤولية الملتزم بسبب خطأه؛ وما يميزها الجزء أن الإدارة لا توقعه إلا بالعودة للقاضي الإداري.

***الاسترداد:** وهو حق الإدارة مانحة الامتياز في أن تنهي عقد الامتياز قبل نهاية مدته، ودون خطأ من الملتزم.

***البطلان:** وهو الجزء الذي قرره القانون عند تخلف ركن من أركان العقد الإداري، وهي التراضي والمحل والسبب.

***الانفساخ:** وهو نهاية العقد لاستحالة تنفيذه لوجود سبب أجنبي كهلاك المحل مثلاً، فيفسخ العقد من تلقاء نفسه.

***التفاسخ:** هو اتفاق المتعاقدين سلفاً على فسخ العقد إذا لم يوف أحدهم بالتزامه، وقد يتفقان على أن يتم الفسخ بمجرد الإخلال بالالتزام تلقائياً دون حاجة للإعذار المسبق.

للمزيد من التفاصيل حول هذه المصطلحات: يونس إسماعيل حسن، المرجع السابق، ص. 49 وما يليها؛ أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص. 255؛ محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص. 579؛ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص. 671؛ زكي محمد البخار، نظرية البطلان في العقود الإدارية "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 1981.

¹ - علي الفحام، المرجع السابق، ص. 294.

فإذا ما لحق المتعاقد ضرر من جراء هذا التجاوز يرى أحد الفقهاء¹ أن قرار التعديل إذا ما تجاوز النسب المحددة، فإن للمتعاقد الحق في طلب فسخ العقد في حالة الزيادة، أو طلب التعويض عما لحقه من ضرر في حالة النقص.

وهو ما قرره التشريع الجزائري، حيث سمح للمتعاقد بطلب الفسخ من خلال م 1/30 من د ش إ ع التي تنص على ما يلي: "...وإذا تجاوزت الإضافة هذه النسبة المئوية، حق له فسخ صفقته فوراً دون تعويض، شريطة اخبار المهندس الرئيس بطلب كتابي في أجل شهرين ابتداءً من تاريخ أمر المصلحة الذي يؤدي تنفيذه إلى نشوء إضافة الاشغال بما يزيد عن النسبة المئوية المحددة، ...". كما أجاز له طلب التعويض أيضاً، وفقاً للمادة 1/31 من د ش إ ع، إذ جاء فيها ما يلي: "... وإذا كان النقص أعلى من هذه النسبة المئوية، يجوز للمقاول تقديم طلب تعويض في نهاية الحساب، مستندا على الضرر الذي سببته له التعديلات المدخلة بهذا الشأن في احتياطات المشروع، وفي حالة تعذر التقاوم الودي يجري تحديد التعويض من قبل المحكمة الإدارية...".

كما يجدر القول بأن الإدارة رغم احترامها لنسب التعديل المقررة، إلا أن ذلك لا يمنع من القول إنها رغم ذلك تبقى مُطالبّة بعدم التعسف في استخدام سلطتها في التعديل².

II. فرض أعباء جديدة على المتعاقد مرهقة لإمكانياته الفنية أو المالية

إن الإدارة المتعاقدة إذا فرضت على المتعاقد معها التزامات جديدة، تفوق إمكانياته الفنية أو المالية، وما كان له ليقبل بها لو علم بها أول مرة، فيحق له المطالبة بفسخ العقد أمام القضاء الإداري³.

إلا أنه وإذا تجاوز التعديل الذي تأمر به الإدارة من حيث أهميته أو طبيعته، الإمكانيات المالية أو الكفاءات الفنية للمتعاقد، فلا شك أن الحل الأمثل الذي يحقق نوعاً من التوفيق -بين

¹ - علي الفحام، المرجع السابق، ص. 283.

² - وقد تبسط مجلس الدولة الفرنسي رقابته على ركن السبب في قرار التعديل الإنفرادي، لتحصص ما إذا كان الدافع من ورائه احتياجات المصلحة العامة أم لا؛ أنظر:

CE, 02/02/1987, société TV6, AJDA, 1987, p315.

³ - حمادة عبد الرزاق حمادة، المرجع السابق، ص. 865.

المصالح المشروعة للمتعاقد وتحقيق أهداف سير المرفق العام-يكن في الحق المعترف به للمتعاقد في طلب إلغاء تلك التعديلات الجديدة مع احتفاظه بعقده؛ إلا أن التعويض المالي فقط- في هذه الحالة-قد لا يكون كافيا لحماية مصالح المتعاقد، عندما يتجاوز التعديل إمكانيته الاقتصادية أو الفنية، مما يدفعه للمطالبة بفسخ العقد¹. فإذا ما أصبح تنفيذ المتعاقد لالتزامه مستحيلاً بسبب عمل الأمير فإنه يُعفى من التنفيذ، وله أن يطلب فسخ العقد إذا ما زادت أعباؤه بدرجة كبيرة².

III. إذا أدى تغير الظروف إلى قلب اقتصاديات العقد

يحق للمتعاقد المطالبة بفسخ العقد، إذا وصل التعديل لقلب اقتصاديات العقد، كما له الحق في التعويض إذا ما توافرت عناصره.

فإذا أصبح تنفيذ العقد مستحيلاً من طرف المتعاقد مع الإدارة، يجوز له المطالبة بفسخ العقد، حيث يعتبر تغير الظروف هنا بمثابة قوة قاهرة يترتب عليها استحالة مواصلة تنفيذ العقد الإداري³، ومن ذلك مثلاً أن يصدر نص قانوني بحظر استيراد السلعة التي التزم المتعاقد على توريدها⁴ ولا يمكن الحصول عليها إلا من خارج الوطن، كما يحق المطالبة بالفسخ إذا زادت أعبائه بشكل يفوق إمكانياته المادية والفنية⁵.

ثانياً: آثار الفسخ

يرضى المتعاقد بكل حرية على المساهمة في سير المرفق العام، ويقبل على التعاقد مع الإدارة، إلا أنه ليس مجبراً على الاستجابة لحاجات المرفق إلى ما لا نهاية؛ ومن ثم يسمح له بالتخلص من النتائج الضارة من فعل تغير ظروف تنفيذ العقد الإداري، والذي تجاوز إمكانياته من خلال المطالبة بالفسخ.

¹ - Sarouat BADAoui, OP CIT, p.125.

² - سمير عثمان اليوسف، المرجع السابق، ص.73،74.

³ - مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص.679، بتصرف.

⁴ - لمياء هاشم سالم قبيع، المرجع السابق، ص.81.

⁵ - وهيب عياد سلامة، المرجع السابق، ص.60.

فبالإضافة إلى حالة القوة القاهرة التي تحرر المتعاقد من الالتزام بالتنفيذ، إذا كان من شأن الإجراء الصادر من الإدارة المتعاقدة أن يصبح التنفيذ مستحيلاً، فإن المتعاقد يمكنه أن يطالب بفسخ العقد إذا ما ترتب على الإجراء الإداري صعوبات تجاوز الحد، صعوبات من شأنها زيادة أعبائه بدرجة كبيرة لا تحتملها إمكانياته المالية أو الفنية. ومن ناحية أخرى فإن التزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ التزاماته العقدية لا يسقط بمجرد طلبه فسخ العقد، وإنما يجب عليه الاستمرار في التنفيذ حتى يحكم القاضي الإداري بالفسخ، فقد لا يقبل طلبه في فسخ العقد فيتعرض للجزاء التعاقدية إذا ما توقف عن تنفيذ التزاماته المتولدة عن العقد، أما إذا حكم القاضي بفسخ العقد، فإن آثاره ترتد إلى تاريخ رفع الدعوى، ويتحرر المتعاقد من الالتزام بالتنفيذ ومن كل النتائج المترتبة على الإجراءات التي قد تكون الإدارة قد اتخذتها ضده كتوقيع غرامات التأخير وما إلى ذلك¹.

وإذا ما توافرت إحدى حالات الفسخ²، فإن القضاء لا يحكم به إلا بتوفر بعض الشروط؛ كما أن للقاضي الحرية في تقدير الظروف التي بمقتضاها يمكن له أن يقضي فيها بفسخ العقد، على أنه سيراعي في ذات الوقت، أهمية التعديل بالنسبة لتوقعات الأطراف وكذلك الإمكانيات الاقتصادية والفنية للمتعاقد مع الإدارة.

وهناك مجموعة من الإجراءات التي يجب إتباعها للمطالبة بالفسخ؛ فإذا تجاوزت الإدارة سلطتها في التعديل، يحق للمتعاقد طلب فسخ عقده، كتابة في أجل شهرين ابتداء من صدور الأمر³.

وهذه المدة مقررة لمصلحة المتعاقد، إذ تسمح له باتخاذ قراره بشأن العقد، فيمكن إذا شاء أن ينسحب في الوقت الذي يراه أكثر ملائمة له، وبذلك ينبغي على المهندس المختص أن يعلنه بالزيادة أو الخفض في الأشغال التي يطالبها، خاصة عند تجاوز النسب المقررة، وذلك عن طريق الأمر المصلحي - حسب الأوضاع والمواعيد المقررة قانوناً - بمجرد أن تطرأ الظروف التي من شأنها طلب التعديل.

¹ - علي محمد علي عبد المولى، المرجع السابق، ص. 422، 424، بتصرف.

² - للمزيد من التفاصيل: علي الفحام، المرجع السابق، ص. 298.

³ - م 30 من د ش إ ع.

هنا نلاحظ ان المشرع قد أحسن فعلا بتحديدده اجلا للفسخ في حالة التعديل الانفرادي للعقد. لكن في حالات المطالبة بالفسخ الناتجة عن الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة لم ينظم حق المطالبة بالفسخ، في حالة قلب اقتصاديات العقد بشكل غير معقول، ولم يحدد أجلا للمطالبة أمام القضاء.

والروابط التعاقدية بين الإدارة والمتعاقد معها، تظل قائمة طالما لم يتم الفسخ؛ وإذا كان الفسخ بناءً على رغبة المتعاقد حتى يتخلص من التزامات تفوق إمكانياته، فهذا لا يجعله السبب في إنهاء العقد، بل على الرغم من أن الفسخ تم بناء على طلبه، إلا أن الواقع أن الإدارة-بسبب تدخلها بالتعديلات الجذرية الصادرة عنها- جعلت من ظروف تنفيذ العقد عبئاً لا يمكنه أن يتحملة، وعلى ذلك يعتبر فعل الإدارة هو السبب المباشر الذي دفع المتعاقد إلى طلب الفسخ؛ لهذا يجب أن يمنح في هذه الحالة تعويضا كاملا، كما أن العقد ينحل ويعتبر كأن لم يكن، ويعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فيرد كل منهما للآخر ما تسلمه، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض¹، وإن آثار الفسخ، تعود بأثر رجعي إلى يوم رفع الدعوى².

فباعتبار أن الفسخ في إطار الصفقات العمومية يمثل الإجراء الأشد صرامة على أطراف الصفقة لما له من تأثير على مراكزهم الاقتصادية وعلى مصالحهم، فإنه يجوز للمتعاقد المتضرر من هذا القرار واعتبارا لخطأ الإدارة، أن يطالب بالتعويض عن الضرر الحاصل له جزاء هذا الخطأ³؛ وفي حالة غياب أي نص على التعويض ضمن بنود العقد أو دفا تر الشروط الإدارية الخاصة، فإن القاضي الإداري يتمتع في هذه الحالة بسلطة واسعة تمكنه من إقرار التعويض لفائدة المتضرر من حالة الفسخ.

فإذا ما انقضت مدة الشهرين دون أن يطلب المفاوض فسخ العقد، اعتبر هذا تنازلا منه عن حقه في المطالبة بالفسخ، ويصبح ملزم بالتنفيذ الكامل لما طلب منه⁴.

¹ - علي الفحام، المرجع السابق، ص.302.

² - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.745.

³-Voir: Gvibal M, Mémento des marchés publics, 2^{ème} Ed, le moniteur, Paris 1998, p. 241.

⁴ - علي الفحام، المرجع السابق، ص.457.

الفصل الثاني
حق المتعاقد مع الإدارة في
التعويض المالي

رأينا أن المتعاقد مع الإدارة قد تعترضه ثلاثة أنواع من العقبات اثناء تنفيذ عقده، وتتمثل إما في شكل إجراءات إدارية تتخذها الجهة الإدارية المتعاقدة، أو في شكل مخاطر ذات طبيعة سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية، لا يد للمتعاقدين في حدوثها، أو في شكل مخاطر وصعوبات مادية غير متوقعة، وكلها تؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مرهقا للمتعاقد¹.

وما يميز كل هذه العقبات الثلاث، فضلا عن كونها لا تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، أنها كلها تستدعي تدخل الإدارة لمعالجة الخلل في التوازن العقدي من خلال تعويض المتعاقد معها حتى يتمكن من تقديم الالتزامات المتعاقد عليها، ويكون التعويض هنا بدون خطأ من جانب الإدارة، بل يدخل ضمن مقتضيات المسؤولية التعاقدية بدون خطأ للإدارة العامة، وإذا كان التعويض في حالة تغير ظروف تنفيذ العقد الإداري قد أصبح مسلماً به ضمن قواعد تنفيذ العقد الإداري، وأصبح حقا للمتعاقد حتى في حالة غياب النص عليه، فإنه يثير التساؤل عن سبب إلزام الإدارة بهذا التعويض وعن كيفية احتساب مقداره؟

وَمَرَدُ هذا التساؤل لكون التعويض المستحق للمتعاقد يختلف حسب كل نظرية على حدة، سواء من حيث الأساس القانوني الذي يرتكز عليه (المبحث الأول) أو من حيث الآليات الكفيلة بتنظيمه (المبحث الثاني).

¹ - هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص.52.

المبحث الأول

الأسس القانونية لمطالبة المتعاقد مع الإدارة بالتعويض المالي

إذا كانت الإدارة المتعاقدة مسؤولة بدون خطأ أمام المتعاقد الذي تغيرت ظروف تنفيذ عقده لسبب لا يد له فيه، وبما أن مسؤوليتها هذه ترتب عليها دفع التعويض الملائم والكافي لجبر ضرره، وأمام غياب نص قانوني صريح يلزمها بذلك -في الغالب من الأحوال- يثور التساؤل عن الأساس القانوني الذي يُبنى عليه التعويض في كل من نظرية فعل الأمير والظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة.

ونظرا لاختلاف كل نظرية عن نظيراتها من حيث الأسباب المكونة لها ومن حيث آثارها على العقد الإداري، فمن البديهي أن يختلف الأساس القانوني للتعويض في كل نظرية على حدة، وهذا ما دفع بالفقهاء إلى البحث عن هذا الأساس لكن آرائهم تعددت واختلفت، ما يستلزم منا البحث عن الأسس التي تبرر التعويض في كل من نظرية فعل الأمير (المطلب الأول) ونظريتي الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الأساس القانوني للتعويض عن فعل الأمير

اقترح الفقه عددا من الأفكار لتبرير التزام الإدارة بتعويض المتعاقد تعويضا كاملا في حالة فعل الأمير¹، إلا أن هناك فكرتين أساسيتين تردد بينهما الفقهاء وانتشرتا مقارنة بباقي الأفكار، وهما فكرة التوازن المالي للعقد وفكرة المسؤولية التعاقدية للإدارة. مما ينبغي معه إبراز مضمونهما كأساس قانوني للتعويض عن فعل الأمير (الفرع الأول)، ثم التطرق للرأي الراجح من بينها (الفرع الثاني).

¹ - أشار لهذه الأفكار المختلفة: علي محمد علي عبد المولى، المرجع السابق، ص.484؛ لمياء هاشم سالم قبيع، المرجع السابق، ص.83 وما يليها؛ مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص.649.

الفرع الأول

الأفكار المقترحة لتبرير التعويض عن فعل الأمير

هناك فكرتان مختلفتان لتفسير كون فعل الأمير يفسح المجال أمام المتعاقد مع الإدارة للمطالبة بالتعويض؛ تدور الأولى حول فكرة التوازن المالي أو توازن اقتصاديات العقد، في حين تتركز الثانية حول فكرة المسؤولية التعاقدية للإدارة.

أولاً: فكرة التوازن المالي للعقد الإداري¹

أي أن أساس التعويض يرجع إلى فكرة التوازن المالي للعقد الإداري، وينتهج غالبية الفقه الفرنسي هذا الاتجاه، كما اعتمد عليه القضاء الإداري المصري في غالبية القرارات الصادرة عنه²، ويرى أصحاب هذا الاتجاه أنه يتعين على الإدارة أن تعيد التوازن المالي للعقد، في كل مرة يتعرض فيها لاختلال توازنه بفعل عمل صادر عنها³؛ ففعل الأمير يعتبر بذاته الحالة النموذجية التي يلعب فيها مفهوم التوازن العقدي وإعادة تصحيحه⁴ الدور الفاعل.

وظهرت هذه الفكرة بمناسبة تنفيذ عقود امتياز المرفق العام، وهي -حسب البعض- تبرر منح التعويض للمتعاقد مع الإدارة، وهي ملازمة لحقها في التدخل أثناء تنفيذ العقد⁵، فالمتعاقد يقبل

¹ - للمزيد من التفاصيل حول فكرة التوازن المالي للعقد الإداري: حمدي علي عمر، المرجع السابق، ص.194؛ لمياء هاشم سالم قبيع، المرجع السابق، ص.29؛ مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص.629.

² - وهيب عياد سلامة، المرجع السابق، ص.61؛ علي الفحام، المرجع السابق، ص.381؛ لمياء هاشم سالم قبيع، المرجع السابق، ص.83. كما أخذ بها كذلك القضاء الليبي، انظر في ذلك: محمد شعبان الدهويي، المرجع السابق، ص.124.

³ - نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.721.

⁴ - وقد جاء في تعليق مفوض الحكومة الفرنسي Léon BLUM على القرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي في 1910/3/21 في قضية Compagnie Française de Tramways ما يلي:

« ... Si l'économie financière du contrat se trouve détruite si par l'usage que l'autorité concédante a fait de son pouvoir d'intervention quelque chose se trouve faussé dans cet équilibre d'avantages et de charges... rien n'empêchera le concessionnaire de saisir le juge du contrat... » ; Cité par :

محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.119، هامش رقم.126.

⁵ - «... Selon l'arrêt، le principe de l'équilibre financier produit un effet très important: il interdit aux parties de limiter à l'avance ... le droit du contractant à indemnité pour les

بالالتزام لتدخلها لأنه يرتقب حقوقا معينة يعول عليها، ومادامت الالتزامات قابلة للزيادة والنقص، فيجب أن تكون الحقوق المقابلة لها كذلك هي الأخرى¹.

ويؤكد بعض الفقهاء موقفهم باعتبارهم أن مبدأ التوازن المالي للعقد يؤدي دورا أساسيا كمبرر للتعويض في مجال المسؤولية العقدية دون خطأ، أي حينما يكون مصدر الضرر راجعا إلى فعل الإدارة، وبالتالي يمكن أن يكون أساسا للتعويض في نطاق نظرية عمل الأمير، أما في خارج هذا النطاق وبصفة خاصة إذا كان اختلال التوازن راجعا إلى غير عمل الإدارة، فإن مبدأ التوازن المالي للعقد وحده لا يمكن أن يبرر التعويض²، والمسؤولية العقدية دون خطأ هي المجال الخصب لفكرة التوازن المالي للعقد الإداري³.

ويرى أحد الفقهاء⁴ أن فكرة التوازن المالي للعقد هي الأساس القانوني الذي سلّم به غالبية الفقه في فرنسا ومصر.

ونشير هنا إلى أن بعض الفقهاء وإن كان قد سلّم بفكرة التوازن المالي للعقد كأساس للتعويض عن فعل الأمير، إلا أنه أرجعها إلى النية المشتركة للطرفين المتعاقدين⁵، بمعنى أن إعادة التوازن المالي للعقد ناتج عن تطبيق شرط تعاقدى ضمني لأطراف العقد، وأن حق التعويض عن عمل الأمير يؤسس فقط على فكرة التوازن المالي في إطار هذا المفهوم المحدد بالنية المفترضة⁶، إلا أن هذا الاتجاه انقَد على أساس أنه "لا يصدق في جميع الحالات، ولذلك فإن تعميم هذه الفكرة وفرضها في غير حالة النص عليها في العقد ينطوي على قدر كبير من التعسف، فإذا تم النص في العقد صراحة على ضمان الإدارة للتوازن المالي للعقد، فإن الأمر لا يخرج عن كونه تفسيراً

sujétions que l'administration lui imposerait en cours de contrat, et qui n'auraient pas été prévisibles lors de la signature de celui-ci». LLORENS François, Op CIT, p.50.

¹ - علي محمد علي عبد المولى، المرجع السابق، ص.488.

² -A. LAUBADERE، DELVOLVE P et MODERNE F، Op CIT، T.1، p.719.

³ -F. Llorens، Op CIT، p.51.

⁴ - علي محمد علي عبد المولى، المرجع السابق، ص.488؛ ومن مؤيدي هذه الفكرة كذلك: مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص.650.

⁵ -Voir : Roger BONNARD, précis de droit administratif, 3^e éd, L.G.D.J, paris, France, 1940, P 641 et 717.

⁶ - Sarouat BADAOUI, Op CIT, p.205 et suite.

لشروط العقد، أما إذا لم ينص في العقد صراحة على ذلك فإن أساس فكرة التوازن المالي للعقد التي تبرر منح التعويض، يرجع إلى قواعد العدالة على اعتبار أن فكرة التوازن المالي تواجه السلطات الاستثنائية التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد، ومن جهة أخرى فإنه بالنظر إلى أن المتعاقد ما هو إلا معاون لجهة الإدارة، فإنه يجب لصالح المرفق العام الحفاظ على التوازن المالي للعقد وإعادة هذا التوازن في كل مرة يختل فيها نتيجة تدخلات جهة الإدارة أثناء التنفيذ¹. كما يرى الفقيه المصري سليمان الطماوي "أنه من الأسلم أن نُقرَّ بفكرة التوازن المالي للعقد دون حاجة لإرجاعها إلى نية الطرفين باعتبارها من خصائص العقد الإداري"².

ثانياً: فكرة المسؤولية التعاقدية

نادى بهذه الفكرة مجموعة من الفقهاء³ الذين رفضوا تأسيس التعويض على فكرة التوازن المالي للعقد، وقيم هذا الاتجاه التعويض على أساس المسؤولية التعاقدية، إذ تصبح الإدارة ملزمة بالتعويض تجاه المتعاقد معها نتيجة عملها الضار⁴؛ أي تتحمل الإدارة نتائج عملها الضار ولو لم ترتكب خطأً، بحيث تقوم هذه الفكرة على المبدأ الجوهرى الذي يميز نظرية المسؤولية العقدية في القانون الإداري، والذي بمقتضاه يمكن إثارة مسؤولية الإدارة العقدية إما بناءً على وجود الخطأ أو بدون خطأ⁵.

ويؤكد العديد من الفقهاء⁶ أن عمل الأمير يشكل الفرض النموذجي للمسؤولية العقدية دون خطأ، وأن هذه الفكرة هي التي يؤسس عليها الحق في التعويض. فيرى الفقيه تروت بدوي أنه "لتفسير حق المتعاقد في التعويض فإن هذا الحق ليس إلا نتيجة لازمة لسلطة التعديل التي تملكها

¹ - علي محمد علي عبد المولى، المرجع السابق، ص.491،492.

² - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.629.

³ - من أبرز أنصار هذه الفكرة:

Saroual BADAOU, Op CIT, p.108 et suite.

جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص.55.

⁴ - Sarouat BADAOU, OP CIT, p.302.

⁵ - علي محمد علي عبد المولى، المرجع السابق، ص.495.

⁶ - أشار إلى هؤلاء الفقهاء: علي محمد علي عبد المولى، المرجع السابق، ص.496.

الإدارة، فالخطأ لم يعد مستلزماً لإثارة مسؤولية السلطة العامة، فالمسؤولية غير التعاقدية دون خطأ تقابلها المسؤولية التعاقدية للتعديلات التي تجريها الإدارة بإرادتها المنفردة على عقودها¹. واستند أنصار هذه الفكرة على قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية ²Bardy، فعندما يقوم الشخص العام المتعاقد بوضع ضريبة فإنّ هذا الإجراء يؤدي إلى قيام مسؤوليته تجاه من تعاقد معه، فمن هنا يظهر أنّ فكرة فعل الأمير تتعلق بالنظرية العامة لمسؤولية الإدارة³. إلا أن البعض قد ذهب إلى أن عمل الأمير لا يصح أن يلحق بفرض المسؤولية التعاقدية دون خطأ، فإذا كانت زيادة النفقات مردّها حقا إلى الإدارة المتعاقدة، فإنها قد تصرفت بصفة أخرى غير تلك التي تعاقدت بها، وعلى ذلك فإنه فهم غير سليم القول بأن الشخص العام المتعاقد يمكن أن تنقصر مسؤوليته التعاقدية عندما يستعمل اختصاصا تشريعيًا أو لائحيا منفصلا تماما عن شروط العقد. وبالتالي فالمسؤولية هنا غير تعاقدية كون الإدارة ظهرت بصفتها سلطة عامة وبالتالي تصرفت خارج النطاق التعاقدية⁴.

وهذا الانتقاد دعمه كذلك الفقيه الفرنسي R. CHAPUS حينما رأى أن المتعاقد الذي يجد نفسه أمام التزامات أكثر إرهاقا يستحق دون شك تعويضا، ولكنه تعويض خارج الإطار العام للمسؤولية، كما اعتبر الأستاذ ES. CHASSERIAU أن المسؤولية دون خطأ تؤسس على فكرة المخاطر، وهو ما لا يصح إلا في حالة المسؤولية غير التعاقدية⁵.

¹- Sarouat BADAOU, Op CIT, p.199 et suite

²- C.E, 29/12/1905.

³- محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.119،120.

⁴- علي محمد علي عبد المولى، المرجع السابق، ص.499.

⁵- أشار إلى رأييهما: علي محمد علي عبد المولى، المرجع السابق، ص.499.

الفرع الثاني

الترجيح بين الأفكار المقترحة للتعويض عن فعل الأمير

بخصوص الرأي الراجح كأساس للتعويض عن فعل الأمير؛ فإن بعض الفقهاء قدّموا رأياً وسطاً باعتبار كلا الاتجاهين صحيحاً ويتم أحدهما الآخر، فيمكن حسب رأيهم - "تأسيس حق التعويض عن عمل الأمير على أساس فكرتي التوازن المالي والمسؤولية التعاقدية معاً، فكل منهما تكمل الأخرى، ولذلك فإننا نرى أنه من المغالاة استبعاد فكرة التوازن المالي للعقد - كما ذهب البعض - ومن المغالاة أيضاً رفض فكرة المسؤولية التعاقدية كأساس للتعويض عن عمل الأمير، ويمكن القول بأن فكرة المسؤولية التعاقدية دون خطأ تعتبر "الأداة الفنية القانونية" التي بمقتضاها يتم منح التعويض للمتعاقد، كما أن فكرة التوازن المالي للعقد تعتبر الآلية التي تبرر هذا التطبيق، فالمسؤولية عن عمل الأمير ماهي إلا مسؤولية تعاقدية على أساس التوازن المالي للعقد، وهذه المسؤولية هي التي تفسر التعويض، ومبدأ التوازن المالي للعقد هو الذي يبرر المسؤولية دون خطأ¹."

ويرى أحد الفقهاء أن المسؤولية هنا هي مسؤولية بدون خطأ على أساس التوازن المالي، ذلك أنّ عمل الأمير يقوم على افتراض مؤداه أنّ الإدارة لم ترتكب خطأ حين تصرفت وإلا قامت المسؤولية على أساس مغاير. فالمسؤولية هنا تصبح شبيهة بالمسؤولية على أساس المخاطر، (...). فإنّ المسؤولية عن فعل الأمير تجد أساسها في التوازن المالي²؛ إذ أن فكرة المسؤولية التعاقدية بدون خطأ تشكل أداة فنية لتعويض المتعاقد، وفكرة إعادة التوازن المالي للعقد تشكل أيضاً التبرير لإقرار التعويض بدون خطأ من الإدارة³.

¹ - A. LAUBADERE، DELVOLVE P et MODERNE F، Op CIT، T.2، p.554.

² - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.655.

³ - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.121.

المطلب الثاني

الأساس القانوني للتعويض عن الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير

المتوقعة

أمام تعدد الأفكار التي قال بها الفقهاء لتبرير التعويض عن هذين النظريتين، فلا بد من التصدي لها وتحليل موقفها والانتقادات التي تعرضت لها، ليتضح بذلك الأساس القانوني للتعويض عن الظروف الطارئة (الفرع الأول) والصعوبات المادية غير المتوقعة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الأساس القانوني للتعويض عن الظروف الطارئة¹

لم يتفق فقهاء القانون على الأساس القانوني الذي يمكن الأخذ به عندما يحكم القاضي بالتعويض عن الظروف الطارئة، ويمكن ارجاع أهم الأفكار التي قيلت في هذا الصدد إلى فكرة النية المشتركة لأطراف العقد (أولاً)، وفكرة التوازن المالي للعقد (ثانياً)، وفكرة سير المرفق العام بانتظام واطراد (ثالثاً).

أولاً: فكرة النية المشتركة لأطراف العقد

ظهر اتجاه يقضي الأخذ بالاعتبار بالنية المشتركة للطرفين المتعاقدين، بمعنى أن التعويض عن المخاطر غير المتوقعة قد افترضه الأطراف ضمناً عند إبرام العقد². وفي هذا السياق يرى الفقيه الفرنسي **bonnard** أن التعويض عن الظروف الطارئة يتوافق مع ما انصرفت إليه نية الطرفين ضمناً أثناء إبرام العقد³.

كما أن الفقيه **De SOTO** رغم أنه من أنصار فكرة التوازن المالي للعقد كأساس للنظرية، إلا أنه حاول الجمع بينها وبين النية المشتركة لأطراف العقد، من منطلق أن النظرية تسعى للحفاظ على التوازن المالي للعقد باعتباره الهدف الذي سعت إليه النية المشتركة للمتعاقدين⁴.

وقد ورد في تقرير مفوض الحكومة الفرنسي **Chardonnet** في قضية **éclairage de bordeaux** تأسيسه للتعويض عن الظروف الطارئة على فكرة النية المشتركة للمتعاقدين، أذ جاء في تقريره:

« Vous avez appliqué très largement le principe que les contrats doivent être exécutés de **bonne foi et conformément à l'intention que les parties en présence avaient pu avoir au moment où elles contractaient...**⁵ »

¹ - للمزيد من التفاصيل: وهيب عياد سلامة، المرجع السابق، ص.122 وما يليها، محمد شعبان الدهوبي، المرجع السابق، ص.142 وما يليها؛ هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص.145 وما يليها.

² - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.176.

³ - أشار إلى رأيه هذا: علي محمد علي عبد المولى، المرجع السابق، ص.504.

⁴ - أشار إلى رأيه هذا: سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في...، المرجع السابق، ص.48.

⁵ - C.E, 30/03/1916, compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, Op CIT.

لكن انتقد العديد من الفقهاء¹ تأسيس حق التعويض في حالة الظروف الطارئة على فكرة النية المشتركة للطرفين، فالفقيه سليمان الطماوي يرى أن هذا الأساس لا يصلح لتفسير التعويض عن الظروف الطارئة²، وهو الرأي الذي يؤيده أحد الفقهاء من منطلق أن البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين مسألة دقيقة جدا، فالقاضي يجب لكي يتعرف على النية المشتركة، عليه أن يعود إلى تاريخ إبرام العقد، وربما يكون قد أبرم منذ فترة طويلة³، مما يصعب عليه مهمة تفسير بنود العقد.

ونحن لا نؤيد تأسيس التعويض هنا على فكرة النية المشتركة لأطراف العقد، على أساس أن العقد لن يخضع لأحكام الظروف الطارئة إلا إذا تحقق شرط عدم العلم وعدم التوقع وقت إبرام العقد، ومن ثمة فلا يمكن لنية المتعاقدين ارتقاب الحل لظرف يفترض فيهما عدم العلم به أصلا؛ كما أن مصالح المتعاقدين المتقابلة في العقد الإداري تصبح أثناء الظروف الطارئة متعارضة جدا، بحيث يسعى المتعاقد للتخلص من التزاماته بعد تغير ظروف تنفيذها، وتسعى الإدارة على نقيض ذلك إلى الإبقاء على هذه الالتزامات وتنفيذ العقد في كل الظروف، مما يجعل التوفيق بين هذه المصالح مهمة للقاضي الإداري وحده وليس له ردها لنية المتعاقدين الضمنية. بل أكثر من ذلك فيمكن للقاضي الإداري حتى عدم الاعتداد بالبنود الصريحة التي تستبعد التعويض عن الظروف الطارئة أو تنظمه بشكل تعسفي في حق المتعاقد مع الإدارة. وتدعيما لرأينا هذا نشير إلى أن أحد الفقهاء اعتبر الأحكام المتعلقة بنظرية الظروف الطارئة من النظام العام، ومن ثمة لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها⁴.

¹- A. De LAUBADERE, F. Moderne, P. Delvolvé, Op CIT, T.2, p.609.

²- سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.668.

³- أشار إليه: علي محمد علي عبد المولى، المرجع السابق، ص.506.

⁴- رأي للدكتور عبد الحميد حشيش، أشار إليه: سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في...، المرجع السابق، ص.49.

ثانيا: فكرة التوازن المالي للعقد

بالنسبة لأنصار هذه الفكرة، فحق التعويض عن الظروف الطارئة يتأسس على تطبيق مبدأ التوازن المالي للعقد، ومن القائلين بها الفقيه الفرنسي¹ WALINE. لكن انتقد فريق من الفقهاء هذا الاتجاه على أساس أن نظرية الظروف الطارئة تتميز جذريا عن نظريات المعادلة المالية، فالأخيرة تؤدي إلى التعويض الكامل للضرر بينما نظرية الظروف الطارئة تقتصر في الواقع على المساعدة والعون وعلى المساهمة في المخاطر فحسب². وهو نفس الانتقاد الذي وجهه البعض لهذا الأساس، حيث يرون أن هذه الفكرة لا تصلح وحدها لتبرير منح تعويض للمتعاقد إذا كان الاختلال الذي أصاب العقد راجعا إلى غير عمل الإدارة³. ومن جهة أخرى، فإنها لا تصلح لتبرير التعويض الذي يحكم به القاضي في حالة الظروف الطارئة حيث لا تطبق هذه النظرية إلا إذا أدت إلى قلب اقتصاديات العقد وليس مجرد اختلال التوازن المالي له فقط⁴.

¹ - أشار إلى تبنيه هذا الموقف: سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.668.

² - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.175. ويجد رأيه هذا ما يرتكز عليه في قرار لمحكمة القضاء الإداري المصرية بتاريخ 17/10/1972، أذ جاء فيه أن: "التعويض تأسيسا على نظرية التوازن المالي للعقد يكون تعويضا كاملا عن جميع الأضرار التي تصيب المتعاقد، أما في حالة الظروف الطارئة فإنه يكون مقصورا على معاونة ومساهمة في مقدار الضرر".، مُشارٌ إليه لدى: سعيد السيد علي، المرجع السابق، ص.53.

"إن فكرة التوازن المالي للعقد تؤدي إلى تعويض المتعاقد تعويضا كاملا وليس مجرد تعويض جزئي، كما أن الإدارة لا تلتزم في حالة تطبيق نظرية الظروف الطارئة بإعادة التوازن الأصلي للعقد وإنما تلتزم فقط بمد يد المساعدة للمتعاقد لكي يمكنه تجاوز الظروف التي اعترضت تنفيذ العقد"، رأي الفقيه **G. PEQUIGNOT** أشار إليه: علي محمد علي عبد المولى، المرجع السابق، ص.508.

³ - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.587.

⁴ - A. LAUBADERE, DELVOLVE P et MODERNE F, T.1, Op CIT, p.719, 720.

وهو ما ذهب إليه أيضا الفقيه F. LLORENS حين رفض تأسيس التعويض في حالة الظروف الطارئة على فكرة التوازن المالي للعقد، نظرا لما تشترطه هذه النظرية من انقلاب في اقتصاديات العقد رأسا على عقب، وليس مجرد اختلال للتوازن المالي للعقد.

F. LLORENS, Op CIT, p.291

كما ينتقد البعض¹ فكرة التوازن المالي للعقد كونها لا تصلح لتبرير التعويض عن الظروف الطارئة الأبدية أو ما تسمى بفكرة القوة القاهرة الإدارية، من منطلق أنه لا يمكن الحديث عن التوازن المالي للعقد الذي لم يعد له وجود نتيجة فسخه لاستحالة التنفيذ، ويرى أحد الفقهاء أن فكرة التوازن المالي للعقد تقابل سلطة الإدارة في تعديل العقد انفراديا، بينما تحدث الظروف الطارئة لأسباب خارجة عن إرادة الإدارة² مما يجعل هذه الفكرة غير قادرة على تبرير التعويض في حالة الظروف الطارئة.

ثالثا: فكرة استمرارية عمل المرفق العام بانتظام واطراد

ذهب العديد من رجال الفقه إلى تأسيس التعويض عن الظروف الطارئة على ضرورات سير المرافق العامة بانتظام واطراد³، فيما أن الإدارة ملزمة على اشباع خدمات المنتفعين بشكل مستمر، وأن المتعاقد هو معاون ومساهم في مهمة تسيير مرفق عام، فلا بد على الإدارة من منحه العون للتمكن من تقديم خدماته المتعاقد عليها للمنتفعين حتى ولو طرأت ظروف تعيق مهمته تلك، وذلك ضمانا لاستمرار سير المرفق العام بانتظام واطراد⁴.

كما يبدو أن فكرة التوازن المالي بنظر "الفقيه **A. De LAUBADERE** غير كافية، فنظرية الظروف الطارئة في الحقيقة ليست فقط لمصلحة المتعهد فحسب بل تهدف إلى إبراز هدف آخر يتعلق بالمرافق العامة واستمرار أدائها لتحقيق المصلحة العامة، فإذا ما طرأت أوضاع تعيق تنفيذ العقد، فعلى الإدارة أن تسرع لمد يد العون لهذا المتعهد للتغلب على تلك الأوضاع غير المتوقعة حتى يستطيع الوفاء بالتزاماته وبالتالي يستطيع المرفق العام أن يؤدي خدماته بصفة مستمرة أي دون توقف". أشار إلى رأيه هذا: محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.176.

¹ - علي محمد علي عبد المولى، المرجع السابق، ص.508.

² - سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في...، المرجع السابق، ص.52،53.

³ -A. De LAUBADERE, t.2, Op CIT, p.74.

ثروت بدوي، المرجع السابق، ص.585؛ اذ يرى أن "نظرا لارتباط العقود الإدارية بنشاط المرفق العام، وما توفره للمواطنين من خدمات أساسية، فقد ابتدع مجلس الدولة الفرنسي نظرية الظروف الطارئة وبالقدر الذي يمكنهم من الاستمرار في تنفيذ التزاماتهم، تحقيقا لمبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد".

⁴ - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.668.

وتحظى هذه الفكرة بقبول بعض الفقهاء من منطلق أنها تتماشى مع الأثر البالغ الذي يعكسه المرفق العام على قواعد تنفيذ العقد الإداري، وأنها تؤكد المبدأ الأسمى لعمل المرفق العام ألا وهو ضرورة سير المرفق العام بانتظام واطراد¹.

لكن رغم رواجها إلا أن البعض انتقد فكرة استمرارية المرفق العام بانتظام واطراد كأساس للتعويض عن الظروف الطارئة، على أساس أنها لا تصلح لتبرير التعويض في حالة فسخ العقد للقوة القاهرة الإدارية. مستدلين على ذلك بأن مجلس الدولة الفرنسي قد أقر مبدأ الحق في التعويض تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة، على الرغم من فوات ما يقرب من اثني عشر عاماً على انقضاء عقد الالتزام، مما يمنعا من تأسيس التعويض على مبدأ استمرارية المرفق العام².

ولهذا فإن الرأي الراجح في الفقه يذهب إلى إرجاع التعويض في حالة تطبيق نظرية الظروف الطارئة إلى أساس مزدوج يتمثل في ضرورات سير المرفق العامة بانتظام واطراد وإلى قواعد العدالة³، ف ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد-حسب البعض⁴- هو الركيزة الأساسية للتعويض عن الظروف الطارئة، ويتم اللجوء لفكرة العدالة إلى جانب هذه الفكرة لمواجهة بعض الحالات التي قد تعجز فيها فكرة دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد عن تبرير التعويض، لا سيما في حالة طلب التعويض بعد فسخ العقد.

وبالتالي يمكن القول أن الرأي الراجح حالياً يرى أن حق المتعاقد بتلقي العون من الإدارة من قواعد تنظيم العقود الإدارية أكده الاجتهاد القضائي بغض النظر عن نية الأطراف المتعاقدة،

¹ - مُشاراً إليه لدى: علي محمد علي عبد المولى، المرجع السابق، ص.510.

² - أشار إلى هذه الأفكار: سعيد السيد علي، المرجع السابق، ص.55،56؛ علي محمد علي عبد المولى، المرجع السابق، ص.513،514.

³ - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.669؛ محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص.622؛ سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في...، المرجع السابق، ص.58، مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص.716،717؛ إذ يرى أن أساس التعويض وفقاً لنظرية الظروف الطارئة يكمن في العدالة أولاً والمصلحة العامة ثانياً. A. De LAUBADERE, F. Moderne, P. Delvolvé, T.2, Op CIT, p.609.

⁴ - سعيد السيد علي، المرجع السابق، ص.58.

مؤسسا إياه من جهة على اعتبارات العدالة¹ التي تفسر مساعدة الإدارة للمتعاقد معها تقليصا للخسارة التي لحقت به، ومن جهة أخرى على أساس أن هذه المساعدة تستدعيها ضرورة إتاحة الفرصة بالسماح للمرفق العام بأن يستمر أداءه وفقا لمبدأ استمرارية المرفق العام بانتظام²؛ وقد لَخَّض أحد الفقهاء³ هذا الدور المزدوج للتعويض في هذه الحالة، حين بيَّن أن التعويض عن الظروف الطارئة ليس تعويضا شاملا لما أصاب المتعاقد من ضرر وما فاتته من كسب كان يسعى ورائه، وإنما يسعى هذا التعويض إلى توحيد جهود الإدارة والمتعاقد معها للتغلب على الظروف التي تعيق السير الحسن للمرفق العام. ولعل هذا ما يبرر كون التعويض عن الظروف الطارئة هو تعويض جزئي فقط، على عكس نظريتي فعل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة.

وقد تبنت المحكمة الإدارية العليا بمصر هذا الأساس المزدوج للتعويض عن الظروف الطارئة، إذ جاء في أحد قراراتها أن "نظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجردة التي هي قوام القانون الإداري، كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة، من خلال كفالة حسن سير المرافق العامة باستمرار واطراد"⁴.

¹ - نشير إلى أن القضاء اللبناني فقد بنى نظرية الظروف الطارئة على فكرة العدالة، حيث جاء في أحد قراراته ما يلي: "هذه النظرية مبناها العدالة وقد أقرها الاجتهاد لحفظ التعادل الصحيح في الالتزامات التي يشترك فيها الأفراد لتأمين المصلحة العامة". قرار أشار اليه: محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.177.

² - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.176.

³ - حمدي علي عمر، المرجع السابق، ص.179.

⁴ - قرار بتاريخ 1972/06/17، مُشارٌ إليه لدى: محمد شعبان الدهوي، المرجع السابق، ص.144.

الفرع الثاني

الأساس القانوني للتعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة¹

لم يتفق الفقهاء حول أساس قانوني واحد للتعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة، فاختلقت وتعددت الأفكار المقترحة لتبرير هذا التعويض، وذلك ما سنحاول عرضه عبر الآتي:

أولاً: النية المشتركة للأطراف المتعاقدة

يرجع الفقيه **G. JEZE** الأساس القانوني لحق التعويض تطبيقاً لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة إلى كون النية المشتركة لأطراف العقد قد انصرفت وقت إبرام العقد إلى تطبيق أسعار خاصة بالنسبة لهذه الصعوبات²، ويدافع أحد الكتاب عن هذه الفكرة بالقول أن النية المشتركة كأساس للتعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة تنشأ عن التزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد تحت كل الظروف، كما أنها تنشأ عن قاعدة حسن النية في تنفيذ العقود³.

إلا أن البعض يرى أن تأسيس التعويض هنا على فكرة النية المشتركة للمتعاقدين أمر منتقد، كونه تبرير غالباً ما يكون تعسفياً، مستنداً على ذلك بأن مجلس الدولة الفرنسي كثيراً ما طبق النظرية رغم احتواء العقد على بند صريح باستبعادها⁴.

ويرى الأستاذ الفرنسي **BENOIT** أن تأسيس التعويض عن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة على فكرة النية المشتركة للمتعاقدين، وإن كان مقبولاً عند بداية ظهور هذه النظرية، نظراً

¹ - للمزيد من التفاصيل: وهيب عياد سلامة، المرجع السابق، ص. 136 وما يليها؛ محمد شعبان الدهويي، المرجع السابق، ص. 163 وما يليها؛ هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص. 177 وما يليها، لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق، ص. 221 وما يليها، مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص. 694 وما يليها.

² - « Le fondement juridique du droit de l'entrepreneur à un prix spécial est le principe que les marchés de travaux publics doivent être exécutés de bonne foi, de part et d'autre. La commune intention des parties, lors de la passation du marché, a été d'appliquer, aux sujétions imprévues, des prix spéciaux ».

رأي للفقيه الفرنسي **G. JEZE** أشار إليه: علي محمد علي عبد المولى، المرجع السابق، ص. 521.

³ - محمد شعبان الدهويي، المرجع السابق، ص. 164.

⁴ - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص. 679؛ وهيب عياد سلامة، المرجع السابق، ص. 163.

لاستناد القضاء إلى ما كان يجري عليه العمل بين الإدارة والمتعاقد معها، إلا أنه لم يعد كذلك بعدما أصبح التعويض إلزامياً في العقود الإدارية حتى في حالة غياب الاتفاق عليه في بنود العقد أو في حالة اشتراط التنفيذ مهما كانت الصعوبات¹.

ثانياً: فكرة المسؤولية

يرى الأستاذ الفرنسي **G. Péquignot** أن التعويض عن الصوبات المادية غير المتوقعة يكمن في فكرة المسؤولية، نظراً لما رآه من صلة بين هذه الصوبات وفعل أو خطأ الإدارة، مما دفعه للقول أن أساس التعويض هو المسؤولية الإدارية دون خطأ².
إلا أننا لا نوافق هذا الطرح، من منطلق منافاته للشرط الأساسي والجوهرى لتطبيق نظرية الصوبات المادية غير المتوقعة، والمتمثل في ضرورة أن تكون هذه الصوبات وليدة ظروف أجنبية تماماً عن طرفي العقد، وإذا ما كانت نتيجة قعل الإدارة فإننا نكون والحالة تلك أمام نظرية فعل الأمير.

وهذا ما قال به كذلك بعض الفقهاء حينما انتقدوا هذه الفكرة، ورأوا أن نظرية الصوبات المادية غير المتوقعة تنتج إرادة الإدارة ومن ثمة لا مجال للحديث عن المسؤولية التقصيرية للإدارة³.

ثالثاً: فكرة التعاون بين الإدارة والمتعاقد معها

يؤسس الأستاذ الفرنسي **BENOIT** التعويض هنا على فكرة التعاون بين الإدارة والمتعاقد معها، من منطلق أن المتعاقد ان واجه صعوبات استثنائية وغير متوقعة أثناء التنفيذ، فإن عليه أن يبذل قصارى جهده، كما يجب على الإدارة أن تساعد بدفع قيمة كل ما قام به من أعمال⁴.

¹ - أشار إلى رأيه هذا: علي محمد علي عبد المولى، المرجع السابق، ص.524.

² - أشار إلى رأيه هذا: علي محمد علي عبد المولى، المرجع السابق، ص.525.

³ - A. LAUBADERE, DELVOLVE P et MODERNE F, T.2, Op CIT, p.507.

محمد شعبان الدهويي، المرجع السابق، ص.165؛ هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص.178.

⁴ - أشار إلى رأيه هذا: علي محمد علي عبد المولى، المرجع السابق، ص.526.

إلا أن هذه الفكرة انتقدتها أحد الفقهاء¹ كونها لا ترقى لتبرير التعويض، باعتبارها فكرة فضفاضة وغير محددة، يمكنها تفسير التعويض ولا تبرره²؛ ونحن كذلك لا نرى تأسيس التعويض هنا على أساس فكرة التعاون بين الإدارة والمتعاقد معها، كون هذه الفكرة-من جهة-لا بد أن توجد في كل العقود الإدارية وتفسر التعويض في كل الصعوبات التي تواجه تنفيذ العقد، ومن جهة أخرى فإن التعاون قد يفسر التعويض الجزئي، أين يتقاسم المتعاقدان المضار ويتحملانها كل حسب وضعه، أما حالة التعويض الكامل الذي يستحقه المتعاقد عن الصعوبات المادية غير المتوقعة فلا تندرج ضمن فكرة التعاون، وإنما هي التزام قائم بذاته على عاتق الإدارة المتعاقدة وحدها.

رابعاً: اعتبارات العدالة والطبيعة الذاتية للعقود الإدارية

يذهب جانب من الفقه³ إلى أن الأساس القانوني للتعويض عن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يكمن في اعتبارات العدالة والطبيعة الذاتية للعقود الإدارية، من منطلق أنه ليس من العدالة أن يترك المتعاقد وشأنه في مواجهة صعوبات استثنائية لم تكن متوقعة وقت إبرام العقد، وليس من العدالة أيضاً أن تلتزم الإدارة بالأسعار المتفق عليها وقت التعاقد رغم تجاوز نفقات المتعاقد لهذه الأسعار، كما أن الطبيعة الذاتية للعقد الإداري جعلت المتعاقد معاوناً ومساهماً في تسيير المرفق العام، مما يفسر التعويض الممنوح له في ظل نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة⁴.

¹ - انظر: أنور أحمد رسلان، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة عين شمس، مصر، العدد 3 و4، 1980، ص.11.

² - من القائلين بهذا الانتقاد كذلك: محمد شعبان الدهوي، المرجع السابق، ص.166.

³ - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.679؛ محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص.662؛ أنور أحمد رسلان، المرجع السابق، ص.13، علي محمد علي عبد المولى، المرجع السابق، ص.534، مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص.695.

⁴ - علي محمد علي عبد المولى، المرجع السابق، ص.531، 532.

وهو نفس الرأي الذي يؤيده أحد الفقهاء¹ كون اعتبارات العدالة تتطلب تعويض المتعاقد مع الإدارة تعويضا كاملا عما أصابه من خسارة وما فاته من كسب، نظرا لأنها خسائر استثنائية وغير متوقعة لا تحصل عادة في العقود الأخرى، وهذه الاعتبارات تتطلبها الطبيعة الذاتية للعقد الإداري.

إلا أن هذه الفكرة كانت محل انتقاد من طرف الأستاذ الفرنسي F. Llorens حيث خالفها باعتبار نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ليست خاصة بالعقود الإدارية فقط، وأن القضاء العادي طبقها في العديد من الحالات كذلك، وبالتالي هي ليست وليدة الطبيعة الذاتية للعقد الإداري².

ونحن نرى تأسيس التعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة على فكرة العدالة والطبيعة الذاتية للعقد الإداري، من منطلق أن قواعد العدالة-التي هي مصدر من مصادر القاعدة القانونية³- لا تسمح للإدارة بترك المتعاقد معها يواجه بمفرده الصعوبات الاستثنائية التي نتجت عن ظروف لا دخل لإرادته فيها، بل ولم يكن يعلم بها وقت إبرام العقد؛ كما أن الطبيعة الذاتية للعقد الإداري تجعل من المتعاقد مساهما في مهمة مرفق عام، مما يستدعي دعمه والوقوف بجانبه لتخطي هذه الصعوبات والا سيكون لها أثر بالغ على السير الحسن للمرفق العام محل التعاقد. أما عن الرأي الذي ينتقد هذه الفكرة باعتبارها تجد تطبيقا لها في أحكام القضاء العادي، فإنه لا ينقص من قيمة هذه الفكرة كثيرا كون أن استقلالية القانون الإداري وذاتية الأحكام الناظمة للعقد الإداري لا تمنعان أبدا من وجود أحكام مشابهة أو مماثلة في كل من القانونين العادي والإداري، وذلك راجع لاشتراك بعض المعاملات في كل من القانونين في الحكمة المبتغاة من وراء النص. وقد أخذ القضاء الإداري المصري بهذا التأسيس، حيث جاء في أحد قرارات المحكمة الإدارية العليا ما يلي: "...فيجب من باب العدالة تعويضه (أي المتعاقد) بزيادة الأسعار المتفق عليها في

¹ - مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص. 695، 696.

² - أشار إلى رأيه هذا: علي محمد علي عبد المولى، المرجع السابق، ص. 532 وما يليها.

³ - انظر م1/أخيرة من القانون المدني الجزائري، سبق الإشارة إليه.

العقد زيادة تغطي جميع الأعباء والتكاليف التي تحملها، اعتباراً أن الأسعار المتفق عليها بالعقد لا تسري إلا على الاعمال العادية المتوقعة فقط،...¹."

¹ - قرار بتاريخ 1997/12/30، مُشارٌ إليه لدى: وهيب عياد سلامة، المرجع السابق، ص.137،138.

المبحث الثاني

كيفية احتساب التعويض ومقداره

رغم اختلاف الصعوبات التي تواجه تنفيذ العقد من حيث الأساس القانوني المعتمد لتبريرها، كما رأينا في النقاط السابقة، إلا أنها كلها تتفق مع بعضها من حيث استحقاق المتعاقد لتعويض مالي يعيد به التوازن المالي الذي افتقده عقده، وقد يتم تحديد هذا التعويض من خلال بنود العقد ودفاتر الشروط في شكل حلول اتفاقية لتخطي الأزمات التي قد تعترض تنفيذ العقد الإداري (المطلب الأول)، وأما في حالة سكوت العقد عن ذلك، فإن القاضي الإداري قد أوجد مجموعة ضمانات وحلول كفيلة بتنظيم طرق اقتضاء التعويض نتيجة تغير ظروف التنفيذ (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الحلول الاتفاقية لمواجهة حالات تغير ظروف تنفيذ العقد الإداري

المبدأ في العقد الإداري، مثل باقي العقود، أنه ينتج جِزَاء توافق إرادتين بقصد إنشاء آثار قانونية، وهذه الآثار تنشأ في ذمة كلٍ من طرفي العقد لأن إرادة كل منهما قد اتجهت لقبول هذا الأثر؛ مما دفع البعض للقول بأن العقد الإداري يستمد قوته الملزمة من الإرادة الحرة لطرفيه، دون الحاجة للاستناد إلى سلطة القانون¹، ومن هذا المنطلق فقد نجد أن نصوص العقد أو دفا تر الشروط قد تتضمن مجموعة من البنود المتعلقة بمواجهة حالات تغير ظروف التنفيذ، من خلال توقع هذه الحالات للحد منها مسبقاً، أو من خلال تنظيم شروط اقتضاء التعويض في ظلها. ومبدئياً نقول بجواز مثل هذه البنود كونها تدخل ضمن القواعد الاتفاقية للمتعاقدين، واللذان يعتبران أحراراً في التعاقد مادام عقدهم لم يخل بقاعدة من قواعد النظام العام. وتتعدد البنود التي يمكن التنصيص عليها في العقد لمواجهة حالات تغير الظروف، فمنها من توجد لمواجهة حالة فعل الأمير (الفرع الأول)، ومنها من تنقرر لتنظيم حالات الصعوبات المادية والظروف الطارئة (الفرع الثاني).

¹ - مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص.111.

الفرع الأول

الحلول الاتفاقية لمواجهة الصعوبات الناتجة عن فعل الأمير

الإدارة عندما تتعاقد مع الخواص من أجل إشباع حاجات المرفق العام، فإنها لا تظهر بمظهر المتعاقد العادي، فهي القائمة على حسن سير المرفق العام، الذي هو في تغير وتطور يستدعيان إمكانية إعادة النظر في علاقاتها مع المتعاقدين¹، ولا يكون لها ذلك إلا من خلال قدرتها على تعديل شروط العقد بما يتماشى مع المتطلبات الجديدة للمرفق العام.

ولكن رغم أن سلطة التعديل الانفرادي للعقد الإداري تمس جميع العقود الإدارية، وتتمتع بها الإدارة حتى في حالة غياب النص عليها، ومرد ذلك كونها ترجع للخصائص الذاتية للعقود الإدارية نتيجة ارتباطها بالمرفق العام، غير أنها قد تصطدم ببعض البنود التعاقدية التي تحُد منها، وتُشكّل هذه البنود في مجملها مجموعة من الضمانات القانونية المقررة للمستثمر الأجنبي في مواجهة هذه السلطة الخارقة، وتضفي استقراراً على البيئة التي تم الاتفاق عليها وقت إبرام العقد.

إذ تتضمن أغلب العقود الإدارية بنوداً صريحة تنص على سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري، ليس لمجرد تكريس هذه السلطة فقط، بل لتنظيمها بقيود لا يجوز للإدارة تجاوزها²، عملاً بمبدأ القوة الملزمة للعقد³.

ولعل المجال الخصب لإدراج مثل هذه الشروط يتجلى في العقود الإدارية الدولية⁴؛ حيث تتميز عقود الدولة في مجال الاستثمار بخصوصية أطرافها، وموضوعها، إضافة لخصائص

¹ - مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص.117.

² - Voir : RAINAUD Jean-Marie, Op CIT, p1183.

³ - لكن لا يحق لأطراف العقد إدراج بنود تحرم الإدارة من سلطة التعديل الانفرادي، فهذه السلطة لا يمكن أبداً أن تُلغى من طرف المتعاقدين؛ حيث يقول أحد الفقهاء:

« Ce pouvoir de modification unilatérale... ne peut être supprimé par le contrat » ; Laurent RICHER, OP CIT, p255.

⁴ - هي تلك العقود التي تبرمها الدولة أو أحد أشخاص القانون العام، مع أحد الأشخاص الخاصة الأجنبية (غالبا ما تكون الشركات متعددة الجنسيات)، وتسمى كذلك عقود التنمية؛ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص.144، هامش رقم.2.

أخرى كالقانون الواجب التطبيق وآليات تسوية نزاعاتها¹...، كل ذلك جعلها مَصَبًا للمواجهة التي تدور بين متناقضين، الدولة كصاحبة سيادة وسلطات خارقة-من جهة-والمستثمر الأجنبي كقوة اقتصادية فعالة يسعى دوما لضمان حقوقه ومشاريعه-من جهة أخرى-وهو الأمر الذي منح هذه العقود ذاتية مميزة لها، تستمدتها من النصوص المحددة للاختصاص التشريعي.

حيث تتميز العقود الإدارية الدولية بتطبيق مجموعة من الأحكام عليها مما لا يوجد له مثيل في باقي العقود الإدارية، ومن أهم هذه الأحكام تلك المتعلقة بتثبيت العقد *La stabilisation du contrat*؛ بحيث لا تستطيع الدولة أن تعدل في الأوضاع القانونية للعقد، لا بإرادتها المنفردة باعتبارها سلطة تنفيذية، ولا بالطريق التشريعي لكونها سلطة تشريعية، ويسمى الشرط الذي يفرض الحالة الأولى شرط عدم المساس بالعقد *La clause d'intangibilité*، أما في الحالة الثانية فيسمى شرط الثبات التشريعي *La clause de stabilité législative*².

وأمام التناقض الذي يبدو للوهلة الأولى بين نظرية فعل الأمير من جهة، والشروط التعاقدية التي تحد من تغيير ظروف تنفيذ العقد من جهة أخرى، يثور التساؤل: كيف كَرَسَ التشريع والقضاء للمتعاقد الحق في تثبيت الاستقرار التشريعي لعقده مع الدولة، رغم أن لهذه الأخيرة سلطة في تعديل العقد انفراديا؟

تصديًا لهذا التساؤل، ونظرا لأهمية شروط عدم المساس بالعقد باعتبارها أبرز مثال للآليات الاتفاقية لمواجهة نتائج فعل الأمير، ينبغي أولا تعريفها، وتمييزها عن غيرها من شروط تثبيت العقد، لكي يتجلى مضمونها (أولا)، ثم التطرق لمدى انطاق الفقه حول وجود هذه الشروط، ومدى

¹- أنظر: إقلولي محمد، شروط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار، مجلة منظمة المحامين لمنطقة تيزي وزو، الجزائر، ع.3، ديسمبر 2005، ص.81.

²- للمزيد من التفاصيل حول شروط الثبات التشريعي، انظر: بوخالفة عبد الكريم، دور الإرادة الاستباقي في تجنب منازعات عقود الاستثمار، دفا تر السياسة والقانون، د ب ن، ع.16، جانفي 2017، ص.185؛ بن أحمد الحاج، شرط الثبات التشريعي بين تجسيد الأمان القانوني ومصلحة الدولة في قانون الاستثمار الجزائري، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة الاغواط، ع.5، مجلد.2، جانفي 2017، ص.530؛ جبايلي صبرينة، شروط الثبات في العقود الإدارية كضمانة لجذب الاستثمارات الأجنبية، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، ع.9، جانفي 2018، ص.261؛ كسال سامية، دور شرط الثبات التشريعي المدرج في عقود الاستثمارات في حماية المستثمر الأجنبي "عقود البترول نموذجا"، مجلة الحقوق والحريات، جامعة بسكرة، العدد الثالث، ديسمبر 2016، ص.176.

الاعتراف التشريعي بها، واللجوء الاتفاقي لها من الناحية العملية، وذلك من خلال التطرق للتكريس القانوني لشروط عدم المساس بالعقد (ثانياً).

أولاً: مفهوم بنود الثبات التشريعي

تهدف هذه الشروط إلى الحيلولة بين الدولة وبين ممارستها لسلطتها في التعديل الإفرادي للعقد الإداري¹؛ وبالتالي فهي مجموعة الشروط الاتفاقية أو التعاقدية، التي تلتزم من خلالها الدولة بعدم تغيير الأحكام والبنود الواردة بالعقد².

ويراد بمثل هذه الشروط التزام الدولة الموجود فيها بالاستثمارات بعدم إدخال تعديلات في التشريعات والتنظيمات التي تحكم الاستثمارات سواء بتعديل أو إلغاء القوانين الخاصة بالاستثمارات، فهي بمثابة توطيد مؤقت معتمد لحق الدولة ككيان ذي سيادة في ممارسة اختصاصاتها التشريعية والتنظيمية³.

ولما كان الدافع الأكبر من وراء وجود هذه الشروط، هو فكرة عدم المساواة بين الأطراف في العقود الإدارية الدولية؛ فيجدر القول أن شروط عدم المساس بالعقد لا تجد لها محلاً في عقود التجارة الدولية العادية، إذ أن المساواة القانونية بين أطرافها، تجعل عدم القدرة على التعديل الإفرادي للعقد من الأمور التي تفرض نفسها بدهاءة، دون حاجة لاشتراطها بمثل هذه الشروط.

ورغم أن كلاً من شروط الثبات التشريعي وشروط عدم المساس بالعقد تسعيان إلى حماية المستثمر الأجنبي، من خلال تنازل الدولة عن ممارسة سيادتها وما تتميز به من مزايا بوصفها سلطة عامة، إلا أن تنازل الدولة عن سلطانها في تعديل العقد يختلف بصدد هذين النوعين من الشروط؛ فبالنسبة لشروط الثبات التشريعي تكمن الحصانة الممنوحة للطرف الأجنبي في حمايته

¹ - أنظر: حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية: تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2001، ص.326.

² - أنظر: أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود الإستثمار والتجارة الدولية، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، جامعة المنصورة، ع5، مصر، 1989، ص.126.

³ - Voir: TERKI "N"."LA PROTECTION CONVENTIONNELLE DE L'INVESTISSEMENT ETRANGER EN ALGERIE". REVUE ALGERIENNE DES SCIENCES JURIDIQUES, ECONOMIQUE ET POLITIQUES. VOLUME N 2. 2001. ALGERIE. p. 19.

من تدخل الدولة بصفقتها سلطة تشريعية، أما بالنسبة لشروط عدم المساس بالعقد فإن الدولة تتخلى عما تملكه من سلطة التعديل الانفرادي بوصفها سلطة تنفيذية¹.

ويمكن تعريف بنود الثبات التشريعي بأنها "تلك الشروط التي تتعهد الدولة بمقتضاها بعدم تطبيق أي تشريع جديد على العقد المبرم مع الشركة الأجنبية، أو هي تلك الشروط التي تهدف إلى تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية وطرف في العقد في ذات الوقت، بمنعها من تغيير القواعد القانونية النافذة على العقد وقت ابرامه"²، ويتضح من خلال التعريف أن هذه البنود تجنب العقد من الخضوع لنظرية فعل الأمير الناتجة عن صدور تشريعات جديدة تخل بالتوازن المالي للعقد، في حين أن بنود عدم المساس بالعقد تحمي العقد من نظرية فعل الأمير الناتجة عن تدخل الإدارة بوصفها متعاقدة في العقد، وهذا كذلك فرق جوهري بين الشرطين.

وأبرز الأستاذ Prosper Weil التفرقة بين شرطي الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد، حيث يرى أن شرط عدم المساس بالعقد يعني تعهد الدولة بعدم تعديل العقد بإرادتها المنفردة، مما يحصن المتعاقد معها من السلطات التي تتمتع بها بوصفها سلط تنفيذية؛ أما شرط الثبات التشريعي فهو -حسب رأيه- يهدف إلى حماية المتعاقد مع الدولة من المخاطر التشريعية، أي التعديلات التي تصدر عنها بوصفها سلطة تشريعية³.

وعلى الرغم من الفروق القائمة بين كل من شروط الثبات التشريعي وشروط عدم المساس بالعقد، إلا أن العقود الإدارية الدولية قد تتضمنهما كلاهما في آن واحد؛ كما أنهما يسعيان من الناحية العملية لهدف واحد، وهو عدم المساس بالعقد، من خلال حصر خضوعه لكل التعديلات التي قد تطرأ فيما بعد⁴.

¹ - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص.326،327.

² - انظر: غسان عبيد محمد المعموري، شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول، مجلة رسالة الحقوق، د.ب.ن، المجلد الأول، ع.2، 2009، ص.172.

³ - Voir : Weil Prosper, les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérés dans les contrats de développement économique, in Mélanges Rousseau, édition Pedone, Paris, France, 1947, p301 et suite.

⁴ - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص.327.

وبعد إبراز مضمون هذه بنود، لا بد من التطرق لمدى تكريسها ووجودها من الناحية العملية، سواء في نقاشات الفقهاء، أو في نصوص القوانين، ووثائق العقود.

ثانياً: التكريس القانوني لبنود الثبات التشريعي

لقد اختلف الفقه حول مسألة صحة شروط عدم المساس بالعقد، وهي المسألة التي تعتبر من أهم الأمور في مجال العقود الإدارية الدولية، نظراً لتعلقها بما للدولة من سيادة وسلطان يسمح لها بالتعديل الإفرادي للعقد-من جهة-وهي تتعلق -من جهة أخرى- بالتزامات الدولة تجاه المستثمر الأجنبي وضرورة الحفاظ على حقوقه¹.

فنظراً لأهميتها هذه؛ تعتبر مسألة صحة شروط عدم المساس بالعقد من المسائل التي تتصارع فيها المبادئ المستقرة في شأن العقود الدولية مع مبدأ سيادة الدولة وسلطتها في التعديل الإفرادى للعقد بما تقتضيه المصلحة العامة²، وهو الأمر الذي خلق الشقاق في صفوف الفقهاء حول مدى صحتها ومشروعية اللجوء لها³؛ فظهر اتجاه مؤيد لها، وآخر منكر، وثالث وسط بينهما⁴، وذلك على النحو الآتي:

*الاتجاه الأول: مؤدى هذا الاتجاه أن الدولة لا يمكنها تعديل العقد انفرادياً، إذا تضمن العقد شرطاً يمنع ذلك، فشرط عدم المساس ينتج آثاره لأن الأطراف في العقد قد ابتغوا ذلك⁵. ولتبرير هذا الاتجاه، فقد تحجج أنصاره بذاتية واستقلالية هذه الشروط عن كل نظام قانوني، فهي صحيحة في ذاتها دون الرجوع لأي نظام قانوني آخر يقرر صحتها؛ فطالما أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا مجال لخرق هذه الشروط التي تم الاتفاق عليها، بالإرادة المنفردة للدولة⁶.

¹ - إقلولي محمد، المرجع السابق، ص.93.

² - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص.343.

³ - للمزيد من التفاصيل: غسان عبيد محمد المعموري، المرجع السابق، ص.174.

⁴ - للمزيد من التفاصيل حول موقف الفقه من شروط الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص.343 وما بعدها؛ إقلولي محمد، المرجع السابق، ص.93 وما بعدها؛ عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة تلمسان، 2010، 2011، ص.156 وما بعدها.

⁵ - إقلولي محمد، المرجع السابق، ص.95.

⁶ - مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص.146.

*الاتجاه الثاني: يغلب هذا الاتجاه سيادة الدولة على مبدأ قدسية العقود، بحيث يجيز لها تعديل العقد، ولو وُجد شرط يمنع ذلك، وذلك من منطلق أن الدولة لاعتبارها السلطة التشريعية هي من تملك سلطة اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، وليس الأطراف المتعاقدون، وبالتالي فكل خلاف لذلك هو انتهاك لسيادة هذه الدولة¹.

ويرتكز أنصار هذا الاتجاه لتدعيمه، على أن شرط عدم المساس بالعقد يتنافى مع الحقيقة الجوهرية التي كان يعلمها المتعاقد الأجنبي علم اليقين وقت التعاقد، وهي كونه متعاقد مع دولة ذات سيادة بوسعها هي أن تجذبه لدائرة القانون العام، لا أن يجذبها هو لدائرة القانون الخاص².

*الاتجاه الثالث: يتزعمه الأستاذ Prosper Weil، وقد حاول التوفيق بين الاتجاهين السابقين، حيث أرجع الفصل في صحة شروط عدم المساس بالعقد ومدى مشروعيتها ووجودها إلى ضرورة النظر إلى النظام القانوني الذي يستمد منه العقد صحته³؛ فإذا كان العقد خاضعا للقانون الوطني، فإن هذا الأخير هو من يتولى الفصل في مدى صحة هذه الشروط، أما إذا خضع العقد للقانون الدولي، فإن هذا الأخير يتولى تحديد مدى القوة الملزمة لشروط عدم المساس بالعقد، ونطاق الالتزامات والآثار الناجمة عن مخالفتها وعدم احترامها⁴.

إلا أن هذه الاختلافات الفقهية لا تمنع من القول أن شروط عدم المساس بالعقد، من الناحية العملية، لا تثير أي إشكال؛ فبعيدا عن الجدل النظري الأكاديمي-مع ما له من أهمية بالغة-تجد هذه الشروط أساسها في نصوص التشريع، وبنود العقود الإدارية الدولية، والقرارات شبه القضائية (قرارات التحكيم).

فلقد أثبتت الممارسات التعاقدية، أن شروط التثبيت التشريعي-بصفة عامة-أصبحت من الشروط المألوفة في عقود الدولة عموما، وعقود الاستثمار خصوصا، لاسيما بعد انفتاح العديد من الدول النامية على الاستثمارات الأجنبية⁵؛ حيث سمحت بها التشريعات الوطنية، ثم كرستها

¹ - عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص.157.

² - مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص.147.

³ - أشار إلى رأيه هذا: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص.369.

⁴ - مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص.147.

⁵ - إقلولي محمد، المرجع السابق، ص.85.

الممارسات التعاقدية المستمرة، لتأكد كذلك أحكام التحكيم على مشروعيتها؛ وذلك على النحو الآتي:

***الاعتراف التشريعي بشروط عدم المساس بالعقد:** جاء قانون الاستثمار الجزائري¹ ليؤكد السماح بهذه الشروط ضمن سياسة جذب الاستثمارات الأجنبية²، حيث نصت م15 منه على ما يلي: "لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا المرسوم التشريعي إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة"³.

***التكريس الاتفاقي لشروط عدم المساس بالعقد:** رغم الاعتراف التشريعي بشروط عدم المساس بالعقد، وفق الأمر 03-01، إلا أن تضمين العقد هذه الشروط يبقى لازماً كضمان إضافي، ذلك أن المستثمر الأجنبي يتردد في التعاقد مع الدولة إذا لم تكن الأرضية القانونية التي سيستثمر فيها مطمئنة له⁴؛ وفعلاً فغالبا ما تحتوي العقود الإدارية الدولية هذا النوع من الشروط رغم ورود النص عليها في القانون.

وفي الجزائر؛ فلقد وردت شروط عدم المساس بالعقد في اتفاقيات الاستثمار⁵ التي أبرمتها الجزائر في السنوات الأخيرة مع بعض المستثمرين الأجانب؛ ومن ذلك مثلاً، ما نصت عليه م1/6 من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الدولة الجزائرية وشركة أوراسكوم تليكوم الجزائر⁶، إذ جاء

¹ - أنظر: الأمر رقم 03-01، المؤرخ في 20/08/2001، يتعلق بتطوير الإستثمار، ج.ر 47، صادرة بتاريخ 2001/08/22، ص.4.

² - إقلولي محمد، المرجع السابق، ص.87.

³ - وهي نفس المادة التي تضمنها المرسوم التشريعي 93-12 الذي يتعلق بترقية الإستثمار، المؤرخ في 05/10/1993، ج.ر 64 الصادرة في 10/10/1993.

⁴ - أنظر: حنافي آسيا، الضمانات الممنوحة للإستثمارات الأجنبية في الجزائر: دراسة قانونية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بجامعة الجزائر، 2008، 2007، ص.32.

⁵ - وهي عقد يبرم بين المستثمر الأجنبي والوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار، وذلك حسب م12 من المرسوم التشريعي 03-01.

⁶ - أنظر: اتفاقية الإستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الإستثمارات ودعمها ومتابعتها وأوراسكوم تليكوم الجزائر، المصادق عليها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 01-416، المؤرخ في 20/12/2001، ج.ر 80، صادرة بتاريخ 26/12/2001، ص.9.

فيها: " تمنع الدولة الجزائرية على نفسها، بعد التوقيع على هذه الاتفاقية، أن تتخذ إزاء الشركة أي ترتيب خاص قد يعيد النظر بصفة مباشرة في الحقوق والامتيازات المخولة بموجب هذه الاتفاقية"¹.
*التكريس شبه القضائي لشروط عدم المساس بالعقد: لقد أكد الاجتهاد التحكيمي شروط عدم المساس بالعقد، والدليل على ذلك أن عدة قرارات صادرة عن هيئات التحكيم في قطاع المحروقات، قد منحت المشروعية لبنود التثبيت الواردة بالعقود الخاصة به²، ومن بينها القرار التحكيمي الشهير الفاصل في النزاع بين الدولة الليبية والشركتين الأمريكيتين California Asiatic oil company & Texaco overseas petroleum company؛ والذي نشب حول تطبيق م16 من نص العقد النموذجي الملحق بقانون البترول الليبي لسنة 1955، والتي نصت على ما يلي: "...ولا يمكن تعديل الحقوق الناجمة صراحة عن هذا الاتفاق إلا بالموافقة المتبادلة بين الأطراف..."³.

وإضافة لبنود تثبيت العقد المشار إليها أعلاه، نجد أن المتعاقدين في العقد الإداري قد يضمنانه بعض الشروط المتعلقة بالتعويض عن نظرية فعل الأمير، وهذه الشروط لا تخرج عن أحد الفرضين الآتيين:

فإما أن يتفق المتعاقدان على الاعفاء الكلي من التعويض عن فعل الأمير، وهو الشرط الذي اتفق الفقهاء على عدم مشروعيته، وعلى جواز المطالبة بالتعويض رغم وجوده بالعقد⁴. وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصرية، حين قررت أن جهة الإدارة لا تملك أن تضع شرطا يعفيها من الالتزام بتعويض الضرر الحاصل للمتعاقد معها، لأن في ذلك تعارضا مع حقه في إعادة التوازن المالي للعقد⁵.

¹ - كما جاءت م6 من اتفاقية الاستثمار الموقعة بين الجزائر والشركة الجزائرية للإسمنت، مؤكدة محتوى م15 من الأمر 03-01، حيث نصت على ما يلي: «... المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل لن يكون لها أثر على الامتيازات المحددة في الاتفاقيات الحالية»؛ أنظر: ج.ر. 72، صادرة بتاريخ 2003/11/13.

² - حناني آسيا، المرجع السابق، ص.32.

³ - للمزيد من التفاصيل حول وقائع هذا القرار التحكيمي وردود الفعل والتساير التي قبلت حوله: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص.372 وما بعدها.

⁴ - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.631؛ لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق، ص.97.

⁵ - قرار صادر بتاريخ 1957/06/30، سبقت الإشارة إليه.

وإمّا أن يتم الاتفاق في العقد على تعويض جزئي يمنح للمتعاقد جبراً لما أصابه من ضرر نتيجة فعل الأمير، وهذا الاتفاق صحيح قانونياً، باعتباره لا يتعارض مع حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي لعقده؛ كما أنه حسب البعض¹ مشروع كون التعويض الكلي ليس من النظام العام ويجوز الاتفاق على خلافه. إلا أننا نرى أن هذا الاتفاق رغم مشروعيته إلا أنه لا يلزم المتعاقد في الحالة التي تتجاوز فيها الأضرار الناتجة عن فعل الأمير توقعات الأطراف، وتؤدي لقلب اقتصاديات العقد بشكل غير متوقع، ففي هذه الحالة لا مانع من لجوء المتعاقد للقضاء للمطالبة بالتعويض الكامل؛ إلا أنه يسقط حقه في هذه الحالة في الجمع بين التعويض الاتفاقي والتعويض القضائي.

¹ - لمياء هاشم سالم قبيع، المرجع السابق، ص.97.

الفرع الثاني

دور الإرادة في مواجهة الصعوبات المادية غير المتوقعة والظروف

الطارئة

تلعب إرادة الطرفين المتعاقدين دورا هاما في مواجهة نتائج الصعوبات المادية والظروف الطارئة، من منطلق أن العقود الإدارية قد تتضمن أحيانا بنودا خاصة بهذه الحالات، وتحدد كيفية اقتضاء التعويض جبرا لما تخلفه من أضرار بالمتعاقدين.

ولذلك ينبغي دراسة الآليات الاتفاقية لتحديد التعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة (أولا)، وعن الظروف الطارئة (ثانيا).

أولا: الآليات الاتفاقية للتعويض عن نتائج الصعوبات المادية غير المتوقعة

قد يحدث في بعض العقود الإدارية أن يتوقع المتعاقدان بعض الصعوبات التي يمكن أن تصادف تنفيذ العقد، فتجعله أكثر كلفة وارهاقا للمتعاقد، فيدرجان ضمنه بنودا تنظم هذه النتائج وتحدد التعويض اللازم لمواجهة ما يترتب عنها من أضرار. ولو ان هذه البنود قليلة الحصول عمليا، إلا أنها قد تُدرج في متن العقد الإداري، وبالتالي لا بد من التصدي لها وتبيان موقف الفقه والقضاء الإداري بصددتها. وعادة ما تسعى هذه البنود إلى تنظيم نتائج الصعوبات المادية غير المتوقعة إما بالإعفاء الكلي من التعويض عنها (أ)، وإما بتحديد هذا التعويض (ب).

أ: البنود التي تستبعد مسؤولية الإدارة عن تعويض المتعاقد معها

لا يجوز الاتفاق على الإعفاء المطلق من المسؤولية عن الأضرار التي قد تلحق بالمتعاقدين بسبب الصعوبات المادية التي تواجهه أثناء تنفيذ العقد، حيث أنه من المقرر في العقود الإدارية أن الإدارة لا تملك تضمينها نصوصا بعدم مسؤوليتها وتعفيها من الالتزام بالتعويض عن الأضرار المترتبة على الصعوبات المادية غير المتوقعة لتعارض ذلك مع المبادئ المقررة في القانون الإداري، والتي تقضي بثبوت حق المتعاقد مع الإدارة في التعويض طبقا للنظريات السائدة في

نظام العقود الإدارية ومنها حقه في تحقيق التوازن المالي للعقد¹. ويسلم غالبية الفقه بعدم مشروعية الاتفاق المبرم بين الإدارة والمتعاقد والذي يمنعه من المطالبة بالتعويض عن الصعوبات التي تواجه تنفيذ العقد².

وعلى الصعيد القضائي، إذا نص العقد صراحة على عدم تعويض المتعاقد مهما كانت الصعوبات التي تواجهه أثناء تنفيذ العقد، فقد فسّر مجلس الدولة الفرنسي هذا الشرط بأنه قَصَدَ فقط الصعوبات العادية التي تواجه المتعاقد، وليس الصعوبات الاستثنائية التي يستحق عنها المقابل التعويض، حتى ولو تضمن العقد شرطاً يعفي الإدارة من المسؤولية حال حدوث صعوبات مادية غير متوقعة³.

ب: البنود التي تحدد أسس التعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة

إذا تضمن العقد شرطاً يتعلق باحتمال وقوع أضرار معينة وتحديد مقدار التعويض المتعلق بها حال حصولها، فعندئذ يكون هذا الشرط صحيحاً ويقتضي إعماله عند احتساب التعويض باعتباره متوقفاً عند إبرام العقد، ولا يحكم بالتعويض في هذه الحالة استناداً لنظريات التوازن المالي التي تشترط بشكل خاص وقوع أعمال طارئة لم تكن بالحسبان عند إبرام العقد⁴.

يسلم الفقه بمشروعية الاتفاق بين الإدارة والمتعاقد بخصوص إعفاء الإدارة من مسؤوليتها عن تعويض بعض الأضرار التي قد تصيبه نتيجة ما يصدر من الإدارة من إجراءات معينة⁵، ورغم أن الفقه اتفق على جواز تضمين العقد مثل هذه الشروط، إلا أنهم اختلفوا قليلاً حول تفسيرها وكيفية تطبيقها.

¹ - انظر: إبراهيم الشارف تفوقه، الصعوبات التي تواجه تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2011، ص.188،189.

² - لمياء هاشم سالم قبيع، المرجع السابق، ص.225.

³ - مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص.700.

⁴ - نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.65.

⁵ - لمياء هاشم سالم قبيع، المرجع السابق، ص.226.

فهناك من ذهب إلى وجوب التقيد بما ورد في العقد من بنود تنظم شروط تطبيق النظرية وأسس التعويض عنها¹، بينما يرى جانب آخر من الفقه أن مجلس الدولة الفرنسي قرر بأن احتواء العقد على ثمن جزافي يغطي عن جميع الأعباء التي يصادفها المتعاقد في التنفيذ لا يحول المتعاقد في مطالبة الإدارة بالتعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة والتي تتسم بطابعها الاستثنائي، فالثمن الجزافي لا يقصد به سوى مواجهة المخاطر العادية المحتملة، أما الصعوبات الاستثنائية غير المتوقعة فإن للمتعاقد الحق في المطالبة بالتعويض إذا توافرت شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة².

هذا ما أكدته البعض بالقول أن هذه البنود تطبق في حالة مواجهة صعوبات معقولة، أما إذا واجه المتعاقد صعوبات غير معقولة، فيجب تعويضه عنها إذا توافرت باقي شروط نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، بمعنى أن المقاول يستحق تعويضا كاملا عن الأضرار التي لحقت به جراء تلك الصعوبات³.

وهناك من يرى ان وجود مثل هذا الشرط في أحد العقود يجعل القاضي يتشدد في اعتبار صعوبات معينة من قبيل الصعوبات المادية التي تخول الحق في التعويض وفقا لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة⁴.

ونحن نرى أن البنود المدرجة في العقد لتنظيم حالات الصعوبات المادية غير المتوقعة، صحيحة ولا ضير في تطبيقها، ولكن وفق الأسس الآتية:

1- يُطَبَّقُ القاضي هذه البنود بين المتعاقدين في حالة النزاع، ليس وفق أحكام الصعوبات المادية غير المتوقعة بل فقط في إطار تطبيق البنود التعاقدية المتفق عليها مسبقا، وهذا مراعاةً للقوة الملزمة للعقد الإداري وإرادة المتعاقدين من جهة، ومن جهة أخرى، لأن كل

¹ - G. Jeze, la force majeure dans les marchés administratifs de fournitures ou de travaux, R.D.P, 1920, p.414.

أشار إليه: مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص.700.

²- لمياء هاشم سالم قبيع، المرجع السابق، ص.225.

³- أنور رسلان، المرجع السابق، ص.855؛ مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص.700.

⁴- لمياء هاشم سالم قبيع، المرجع السابق، ص.226.

صعوبة ترقبها المتعاقدان وافترضوا حدوثها لا تعتبر من قبيل الصعوبات المادية غير المتوقعة، نظراً لأن شرط عدم التوقع قد زال عنها.

2- لا تحكم هذه البنود سوى الصعوبات المحددة في العقد صراحة، ولا تمنح التعويض سوى عن الصعوبات المعقولة والتي تدخل ضمن الإطار المعقول الذي توقعته إرادة المتعاقدين، أما الصعوبات الأخرى التي لم تذكر في العقد صراحة، أو التي رغم ذكرها إلا أنها حدثت بشكل استثنائي يفوق القدرة المالية للمتعاقد، ولا يمكن للتعويض المحدد سلفاً أن يواجهها، فهذه الصعوبات تعتبر صعوبات مادية غير متوقعة، وبحق للمتعاقد معها المطالبة بالتعويض الكامل وفق هذه النظرية، بغض النظر عن البنود التعاقدية.

3- إذا تضمن العقد الإداري بنداً يعفي تماماً الإدارة من المسؤولية، ويتنازل من خلاله المتعاقد عن حقه في التعويض، فإن هذا البند يعتبر باطلاً ولا أثر له، لأن قواعد المسؤولية في هذه الحالة هي من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفها، كما أن التعويض الكامل عن الصعوبات المادية ولو أنه حق للمتعاقد إلا أنه لا يسوغ له التنازل عنه، كونه وسيلة أوجدها القضاء لمساعدة المتعاقد على مواصلة تنفيذ العقد، ضماناً للسير الحسن للمرفق العام. كما أنه مستوحى من قواعد العدالة.

ثانياً: الآليات الاتفاقية للتعويض عن نتائج الظروف الطارئة

رغم أن القضاء الإداري يعتبر ضماناً قانونية فعالة لحماية حقوق المتعاقد مع الإدارة، إلا أن ذلك لا يقلل من أهمية الحلول الاتفاقية التي يضعها أطراف العقد لمعالجة الظروف التي قد تطرأ أثناء تنفيذ العقد، ويبيّن أحد الفقهاء الدور الأساسي للحلول الاتفاقية في تأطير نتائج الظروف الطارئة، بالقول أننا "نلاحظ أنّ الحل الذي تأتي به نظرية الظروف الطارئة لأزمة العقد يظهر في صيغة ضيقة جداً على عكس الحلول التي نصادفها عادةً في نظرتي الصعوبات المادية غير المتوقعة وفعل الأمير اللتين تتعلق صياغتهما بالتعويض عن الأضرار، بينما في نظرية الظروف الطارئة نراها محكومة بفكرة تعاون الطرفين المتعاقدين في حل الأزمة، بمعنى أنّ الإدارة والمتعاقد معها عليهما التعاون الجدي للتخلص من الصعوبات الطارئة واجتياز هذه الأزمة بالتغلب عليها. ومبدأ التعاون هذا يطال جميع آثار ونتائج حالة الظروف الطارئة، وهذا يستند على اتفاق يفرض

على الطرفين من قبل القاضي، وفي حالة فشل هذه المحاولة، على تعاون مالي يتم فيه تقاسم الخسارة بين الطرفين المتعاقدين¹.

ورغم اتجاه كل هذه البنود الى معالجة الأثر الناشئ عن الظروف الطارئة، بشكل خارج عن الاليات القضائية وما قد تحمله من طول في الإجراءات، إلا أنها متعددة ومختلفة باختلاف الصيغة التي تضعها كحل للظروف الطارئة، فمن هذه البنود من تستبعد التعويض تماما عن حدوث الظرف الطارئ (أ)، ومنها من تسعى لإعادة النظر في الأسعار (ب)، في حين تسعى بنود أخرى لفسخ العقد (ج) كما أن هناك اتفاقيات لاحقة لمباشرة تنفيذ العقد تسعى لاستباق الظروف الطارئة قبل حدوثها (د) أو لمعالجة الظروف الطارئة التي تحققت فعلا (ه).

أ: البنود التي تستبعد تعويض المتعاقد

تفترض هذه الحالة أن يدرج المتعاقدان في العقد الإداري بندا يمنع المتعاقد من الاستفادة من التعويض في حالة حدوث الظروف الطارئة.

فباعتبار أن الإدارة هي الطرف القوي في العقد وفق ما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة، فإنها قد تدرج بالعقد شرطا يعفيها من المسؤولية تجاه المتعاقد معها، فيتنازل المتعاقد بالتالي عن حقه في التعويض عن الظروف الطارئة².

ورغم أن هذا الفرض مستبعد الحصول على أرض الواقع لما فيه من مجانبة لحقوق المتعاقد، الذي لا نرى أنه قد يوافق على مثل هكذا شرط، إلا أن الفقه قد تصدى له وعالجه من الناحية القانونية.

فلم يعطي الفقهاء لهذا الشرط أية قيمة قانونية وكأنه لم يكن، وذلك لكون نظرية الظروف الطارئة تعتبر قاعدة من قواعد النظام العام، ولاعتبار أن التعويض هو فائدة مالية للمتعاقد، ووسيلة لتأمين تطبيق مبدأ استمرارية سير المرفق العام في إطار المصلحة العامة³.

¹ - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.131.

² - سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في...، المرجع السابق، ص.187.

³ - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.165.

ويستدل أحد الفقهاء-نؤيد رأيه-في ذلك بالمادة 2/147 من القانون المدني المصري¹ التي جعلت كل اتفاق على خلاف أحكامها باطلا، فيقول: "إذا كان هذا هو الشأن في العقود غير ذات الصلة بالمصلحة العامة، فإن الحكم يصدق من باب أولى على العقود الإدارية ذات الصلة الوثيقة بالمرفق العام"².

وبالتالي نرى استبعاد مثل هذه الشروط التي تعفي الإدارة من مشاركة المتعاقد في الخسائر التي لحقت به، جراء الظروف الطارئة، وذلك لكون هذه النظرية لا تبتغي التعويض فقط بالمقام الأول، وإنما هي تهدف مباشرة الى مساعدة المتعاقد لتمكينه من تجاوز أزمته وبالتالي السير الحسن للمرفق العام محل التعاقد.

وهذا ما كرّسه قضاء مجلس الدولة الفرنسي حين قرر أن "هذا الشرط لا يمكن أن يستبعد حق المؤسسة في طلب الاستفادة من نظرية الظروف الطارئة"³، كما قرر في موضع آخر أن هذا الشرط لا يمنع من إعمال نظرية الظروف الطارئة، وقبل طلب التعويض رغم وجود بند في دفتر الشروط يستبعده⁴.

كما أبرزته محكمة القضاء الإداري بمصر حين قررت أن "جهة الإدارة لا تملك أن تضع في العقود الإدارية نصا عاما بعدم مسؤوليتها، يعفيها من الالتزام بتعويض الضرر الحادث للمتعاقد معها، لأن ذلك يتعارض مع المبادئ المقررة في القانون الإداري من ثبوت حق المتعاقد مع الإدارة في التعويض طبقا للنظريات السائدة في نظام العقود الإدارية، ومنها حقه في التوازن المالي للعقد"⁵.

¹- تقابلها م107/أخيرة من القانون المدني الجزائري.

²- سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.683.

³- C.E, 10/03/1948, Hospices de Vienne, A.J.D.A, 1948, p.31.

⁴- «... Si une clause du marché stipulait que le prix forfaitaire comprenait toutes hausses pouvant provenir de l'application des lois sociales, qu'il était non révisable et ne présentait aucune réserve de quelque nature que ce soit, cette clause ne pouvait à elle exclure tout droit des établissements à réclamer le bénéfice de la théorie de l'imprévision ».

أشار إليه: محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.166.

⁵- قرار بتاريخ 1957/06/30، أشار إليه: سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في...، المرجع السابق، ص.189.

كما كرست هذا المبدأ في قرار آخر أكدت فيه على أن "الإدارة لا تملك أن تضع شرطاً يحول بين المتعاقد وبين التمسك بالقوة القاهرة أو الظروف الطارئة، إذا وقع أيهما وتكاملت شرائطه... فإن هذا الاشتراط غير مشروع لا يعتد به"¹.

ب: شروط التقلبات الطارئة أو إعادة النظر في الأسعار

قد تدرج الإدارة بالعقد نوعاً من التحديد الاتفاقي المعد مسبقاً لمواجهة الظروف الطارئة، وذلك بالسماح بإعادة النظر في المقابل المالي المستحق للمتعاقد في حالة حدوث الظروف الطارئة². فإذا وجدت بنود بالعقد تعالج حالة تقلبات الأسعار مسبقاً، كتتظيم اتفاقي بين أطراف العقد، فإن هذه البنود سليمة من الناحية القانونية ولا مانع من تطبيقها. ولكن تكون في هذه الحالة أمام تطبيق بنود العقد فقط ولا تخضع الظروف الحاصلة لسلطة قاضي العقد وفق نظرية الظروف الطارئة.

لكن طبق القاضي الإداري الفرنسي نظرية الظروف الطارئة وحكم بالتعويض على ضوئها، رغم وجود بنود تقلبات الأسعار، وذلك في حالتين:

عندما لا يستطيع شرط التقلبات أن يلعب دوره بوضوح ودقة؛ فهنا لا يمكن تطبيق هذه الشروط، ويرجع ذلك في معظم الحالات إلى التشريعات الاجتماعية التي تجمد الأسعار والأجور عند حد معين³.

أو عندما يكون هذا الشرط غير كافي لتصحيح الآثار التي أحدثها انقلاب اقتصاديات العقد، مثل مساس الطرف الطارئ بعناصر غير العناصر التي اختيرت كمؤشر في شرط التغييرات⁴، فإن مجلس الدولة الفرنسي يعلن في مثل هذه الحالة «أنّ الشرط، بالواقع، لم يستطع لعب أيّ دور في الظروف الاعتيادية وفقاً لتوقعات الأطراف»، أو أنّه في مثل هذه الظروف، فإنّ الوسيلة المختارة من قبل الأطراف لم تستجب مع هدفها الأساسي... الخ. وعلى العكس من ذلك إذا

¹ - قرار بتاريخ 14/04/1960، أشار إليه: لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق، ص.144.

² - سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في...، المرجع السابق، ص.190.

³ - سليمان الظماوي، المرجع السابق، ص.683.

⁴ - سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في...، المرجع السابق، ص.191.

تحققت للشرط ظروف تطبيقه فإنه يستطيع أن يلعب دوره ولا مجال عندئذ للإفادة من الظروف الطارئة¹.

ولا يجوز في أي حال من الأحوال للمتعاقد أن يجمع بين التعويض عن الظروف الطارئة والتعويضات التي منحها إياه بنود العقد². وفي كل الأحوال فالمتعاقد يملك الحق في الخيار إما أن يطلب التعويض عن الظروف الطارئة أو التعويض نتيجة تطبيق شروط العقد، وله الحق في الحصول على التعويض الأكثر قيمة من بين هذين التعويضين³.

ج: شروط فسخ العقد

"إن وجود شرط في بنود العقد يسمح بفسخه لا يشكل أية عقبة، أكثر من شرط التغييرات أو إعادة النظر في الأسعار، في سبيل تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وكذلك الأمر في حالة فسخ العقد بدون وجود شرط في العقد ينص على ذلك، وقد أثبتت هذه الحالة بمناسبة تطبيق المادة 33 من دفتر الشروط الخاص بإنشاء الجسور والطرق في فرنسا، إذا أعطت هذه المادة الحق للمتعاقد بفسخ العقد في حال تجاوزت نسبة الزيادة السدس (1/6) في الأسعار بالنسبة لتقدير المشروع، ولكن السؤال هل يحرم هذا الحق للمتعاقد من أن يطلب التعويض عن الظروف الطارئة؟ أجاب الاجتهاد الإداري على ذلك مؤكداً قدرة المتعاقد أنه إضافة إلى ما تعطيه المادة 33 المشار إليها فلا شيء يمنعه من حق إثارة مسألة الظروف الطارئة، غير أن قضاء مجلس الدولة حكم بأن المتعاقد لا يستطيع طلب الإفادة من نظرية الظروف الطارئة إلا إذا كان قد تمسك بحقه بفسخ العقد حسب المادة 33⁴.

¹ - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.167.

² - C.E, 16/12/1938, Dury.

أشار إليه: سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في...، المرجع السابق، ص.192.

³ - C.E, 03/01/1936, Commune de Tursac ; «la plus élevée des indemnisations qu'il peut réclamer soit au titre de l'imprévision, soit par application des clauses du contrat ».

أشار إليه: سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.684.

⁴ - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.168.

ويؤكد الفقهاء على أن مجلس الدولة الفرنسي يعطي للمتعاقد الحق في طلب التعويض استناداً إلى نظرية الظروف الطارئة، على الرغم من وجود شرط يسمح له بالمطالبة بفسخ العقد¹.

د: الاتفاقات المبرمة بعد مباشرة تنفيذ العقد

"في الحالة التي تعقد فيها اتفاقات بعد المباشرة في تنفيذ العقد تتعلق بارتفاع الأسعار أو بالظروف الاقتصادية المختلفة فإنّ هذه الشروط لا تحرم المتعاقد من حقه في الاستفادة من الظروف الطارئة إذا كان بإمكانه أن يثبت أنه بالرغم من تطبيقها فإنّ اقتصاديات العقد قد اختلفت بشكل واضح. وعلى عكس ذلك إذا لم يستطع المدعي أن يثبت أيّ عبء خارج التعاقد، لم يكن معروفاً أو منصوصاً عليه بتاريخ آخر اتفاق لاحق، فلا يحق له أن يتقدم بطلب أيّ شيء بالاستناد إلى نظرية الظروف الطارئة²". فإذا قبل المتعاقد مثلاً زيادة في الأسعار التي يتقاضاها من المنتفعين، واتضح فيما بعد أن ذلك لم ينجح في مواجهة الظرف الطارئ، فإن ذلك لا يمنعه من الالتجاء للقضاء الإداري للمطالبة بالتعويض³.

ه: الاتفاقات المبرمة بعد تحقق الظروف الطارئة

"قد يحصل أحياناً، عندما تتحقق حالة الظروف الطارئة، أن تتفق الإدارة والمتعاقد معها على تسوية نتائج الظروف الطارئة ودياً لقاء تعويض محدد، تعتبر هذه التسوية الودية صالحة قانوناً عندما تثار مسألة الظروف الطارئة أمام القاضي، فيقوم هذا الأخير بدعوة الأطراف لتسوية الموضوع فيما بينهم. ففي حال الإيجاب يكتفي القاضي بتطبيق هذه التسوية إذا كان من شأنها وضع حدّ للنزاع⁴". فالتعويض القضائي لمواجهة الظروف الطارئة يعتبر حلاً احتياطياً، لا يلجأ إليه إلا في حالة عدم وجود اتفاق بين المتعاقدين⁵.

¹ - سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في...، المرجع السابق، ص.192؛ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.684.

² - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.169.

³ - لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق، ص.149؛ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.685.

⁴ - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.170.

⁵ - سعيد السيد علي، المرجع السابق، ص.193.

المطلب الثاني

الحلول القضائية للتعويض عن حالات تغير ظروف تنفيذ العقد الإداري

في حالة سكوت بنود العقد عن مواجهة الصعوبات التي قد تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، فإن القاضي الإداري يتدخل لفض النزاع بشكل يضيف التوازن بين طرفي العقد، وذلك من خلال منح تعويض مالي للمتعاقد كفيل بمساعدته على تخطي الأزمة وبالنتيجة تسيير المرفق العام محل التعاقد على أحسن حال.

ورغم أن كل النظريات الثلاث المتعلقة بحالات تغير ظروف تنفيذ العقد الإداري تشترك فيما بينها في أن للمتعاقد الحق في التعويض المالي جبراً لما لحقه من ضرر، إلا أن هناك اختلافاً جوهرياً يكمن في أن هذا التعويض قد يكون تعويضاً كاملاً يشتمل ما لحق بالمتعاقد من خسارة وما فاتته من كسب كان يصبو إليه، في حالتي فعل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة، بينما يكون تعويضاً جزئياً تشارك من خلاله الإدارة فقط جزءاً من الخسائر مع المتعاقد معها، وذلك في حالة الظروف الطارئة. وسنحاول من خلال هذا المطلب التطرق للحلول القضائية المعتمدة لاحتساب التعويض المالي سواء أكان هذا التعويض كاملاً (الفرع الأول) أو جزئياً (الفرع الثاني).

الفرع الاول

حالات التعويض الكامل

يكون التعويض عن تغير ظروف تنفيذ العقد كاملا طبقا لنظرية فعل الأمير (أولا)، ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة (ثانيا).

أولا: التعويض الكامل عن فعل الأمير

سنتطرق للحالات التي تسمح للمتعاقد مع الإدارة بالمطالبة بالتعويض عن فعل الأمير (أ)، ثم لكيفية تقدير هذا التعويض (ب).

أ: حالات التعويض

تستطيع الإدارة من جانبها أن تزيد من الأعباء الملقاة على عاتق المتعاقد معها؛ وينبغي على ذلك، وفي مقابل تلك التدخلات في شروط تنفيذ العقد، أن يكون للمتعاقد حق في التعويض المالي، مقابل ما لحقه من ضرر.

حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي، أنه إذا أدت ممارسة الإدارة لسلطتها في التعديل الانفرادي إلى تسبب ضرر للمتعاقد، من خلال تقاوم التزاماته، فإن ذلك يستدعي تعويضه نتيجة تنامي أعبائه¹؛ ويرى الأستاذة A. De LAUBADERE ومن معه أن التعويض في هذه الحالة يستند على مبدأ التوازن المالي للعقد²، إلا أن جانبا آخر من الفقه، ذهب للقول أن التعويض عن الضرر الناجم عن سوء تقدير ملائمت المرفق، والخلل في تقدير مدى الحاجة للتعديل، يكون

¹ - «la décision unilatérale prise par l'autorité concédante a entraîné des dépenses inutiles pour le concessionnaire, qui a fait exécuter sur les parties du domaine public reprises par l'Etat des aménagements onéreux et, qu'elle est susceptible, en réduisant l'importance du port de plaisance, de modifier au détriment de la ville les conditions d'exploitation et de diminuer les recettes de cette exploitation.

Que, dès lors, le préjudice éprouvé par la ville de Saint-Malo et imputable à cette décision doit- même en l'absence de toute stipulation expresse du cahier des charges applicable au cas de l'espèce- être réparé par l'Etat ... » ; CE, 27/10/1978, ville de Saint-Malo, www.legifrance.gouv.fr, date de la dernière consultation le : 24/06/2018 à 19h00.

² - حسبما ذكرنا من قبل حول الأساس القانوني للتعويض عن فعل الأمير.

على أساس المسؤولية التعاقدية الخطئية للإدارة، خاصة إذا ما ثبت تعسف الإدارة في استعمال سلطتها في التعديل¹.

وفي ذات السياق جاء في أحد أحكام القضاء الإداري المغربي: "وحيث إن الطلب الرامي إلى الحكم للمدعي بالتعويضات عن الاضرار التي لحقته نتيجة عدم استغلاله لمرافق السوق من جراء مقاطعة التجار والحرفيين للسوق كرد فعل على الزيادة الغير المتوقعة في أسعار ورسوم الدخول إلى السوق من طرف السلطة المحلية دون سابق إخبار هو الذي انعكس سلبا على المداخل؛ وحيث مما لا جدال فيه أن التصرف الذي أقدم عليه المجلس يمكن تصنيفه في إطار فعل الأمير التي هي أفعال تأتيتها السلطة العامة ولم تكن متوقعة وقت التعاقد يترتب عليها جعل تنفيذ الالتزامات المتعاقد عليها مرهقة؛ وحيث مما لا جدال فيه، أن المدعي قد لحقه ضرر برفع أسعار الرسوم، ومن ثم فإنه من واجبات الجهة المتعاقدة تعويضه تعويضا كاملا²".

ومهما كان أساس التعويض، فإن الثابت أن للمتعاقد الحق في تقاضي تعويض لجبر ما لحقه من ضرر جراء التعديلات الملقاة على كاهله، سواء ورد النص على هذه التعديلات بالعقد أم لا، خاصة لو كان من شأنها تغيير طبيعة الأشغال؛ وذلك على النحو الآتي:

1. تعويض المتعاقد عن التعديلات التي ترد في شروط العقد

عندما تفرض الإدارة تعديلات في شروط العقد، بزيادة أو تخفيض الأشغال التي يجب على المقاول تنفيذها، فإن له حقا في التعويض، وكثيرا ما تنص دفاتر الشروط على ذلك، وهكذا يكون

¹ - أشار لهذه الآراء: مهندس مختار نوح، المرجع السابق، ص. 137، 138.

² - أشار إليه: محمد القصري، القاضي الإداري ومنازعات الصفقات العمومية، المجلة العربية للفقهاء والقضاء، ع. 46، د.ب.ن، د.س.ن، ص. 126.

هذا الحق مقررا حتى ولو خلى العقد من النص عليه¹؛ وقد ورد النص على أحقية المتعاقد في اقتضاء التعويض جبرا لما لحقه من ضرر، بموجب م32 من د ش إ ع².

وقد اشترط مجلس الدولة الفرنسي للتعويض أن يكون المتعاقد قد تعرض لضرر، وعلى ذلك ففي طلب الإدارة إحلال مواد أقل ثمنا من المتفق عليها أصلا لا يتصور وجود مثل هذا الضرر³.

II. تعويض المتعاقد في حالة التعديل غير المنصوص عليه في العقد

«في مثل هذه الحالة، يستحق المتعاقد ثمنا جديدا عن تلك الأعمال، وهذا ما تنص عليه عادة دفاتر الشروط، وهذا التحديد ليس مقصورا على حالة الأشغال المطلوبة وغير المنصوص عليها، بل يشمل كذلك تلك الإجراءات في حالة إعادة النظر المترتبة على التغيير في الأسعار. ويتقرر السعر الجديد وفقا للإجراءات والأسس التي تحددها دفاتر الشروط، حسب النظام الآتي:

1- تتم مناقشة الثمن بين المهندسين الفنيين وبين المقاول، فإذا ما اتفق الطرفان يعتمد هذا الاتفاق من طرف الإدارة.

2- يحدد الثمن الجديد كما تقضي بذاك دفاتر الشروط، طبقا لأسعار السوق، أو بمقارنتها بالأشغال المماثلة لها؛ وفي حالة عدم إمكان المقارنة يؤخذ بالسعر الجاري⁴» .

1- علي الفحام، المرجع السابق، ص.458.

2- والتي تنص على ما يلي: "عندما تتضمن الصيغة تفصيلا تقديريا بين أهمية مختلف أنواع الأشغال، وعندما يتبين أن التغييرات التي تأمر بها الإدارة أو تنتج عن ظروف غير متأتية من خطأ أو عمل المقاول، فتتناول أهمية مختلف أنواع الأشغال بشكل تختلف فيه المقادير بما يفوق الخمسة والثلاثين بالمائة بزيادة أو نقصان عن المقادير المقيدة في التفصيل التقديري، فيستطيع المقاول عندئذ أن يقدم عند انتهاء الحساب طلبا بالتعويض مرتكزا على الضرر المسبب له من جراء التعديلات الحاصلة بهذا الشأن في احتياطات المشروع".

3 - Voir :

-C.E, 18 mai 1925, courbet.

-C.E27 juin 1932, léonard.

أشار إليهما: علي الفحام، المرجع السابق، ص.459.

4- علي الفحام، المرجع السابق، ص.458،459.

III. تعويض المتعاقد في حالة سوء استعمال سلطة التعديل الإفرادي¹

إذا كان تعديل العقد الإداري من السلطات الممنوحة للإدارة، فإن استعمالها لتلك السلطات لا يجوز أن يكون طليقا من كل قيد، حيث يؤدي ذلك إلى مجموعة من الأضرار غير المبررة، لذلك فإن هذا الاستعمال غير المشروع يشكّل خطأً عقدياً يترتب عليه التعويض، وذلك في حالة استهداف الإدارة بالتعديل تحقيق هدف غير المصلحة العامة، أو عدم توافر الظروف المبررة للتعدي مثلاً.

ويقدم المتعاقد طلباته في نهاية الأمر، بخصوص الحصول على تعويض، حسب المواعيد التي تحدد لمثل هذا النوع من الطلبات (وهي 10 أيام في د ش إ ع²)، ولا يسمح له ذلك بتوقيف تنفيذ الأمر، بل إنه يبقى ملزماً بالخضوع له إلى حين الفصل فيه.

IV. تعويض المتعاقد في حالة تغيير طبيعة الأعمال

في التعديلات التي تفرض على المقاتل، ويكون من نتيجتها تغيير في طبيعة الأعمال، يكون للتعويض نظام خاص، حيث يعوض المقاتل طبقاً لطبيعة الأعمال التي ورد عليها التعديل؛ فإذا ما كانت التعديلات تقلل من حجم الأشغال التي قد تكون أعباؤها المالية في صالحه، وتزيد في ذات الوقت من الأشغال التي قد تكون اقتصادياً في غير مصلحته، يكون من العدل أن يعوض، خاصة إذا ما بلغت قيمة الضرر درجة معينة. ولكي يستوفي المتعاقد حقه في التعويض، لا بد أن يكون قد أصابه علاوة على التخفيض ضرر³.

كما أن التعديل يجب ألا يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد، فمهما كانت سلطة الإدارة في تغيير شروط العقد الإداري، فإنه يجب ألا يغيب عن بالها أنها تتعامل مع متعاقد، قُدّر ظروفه جيداً قبل أن يتعاقد معها، ومن ثمة فهي ملزمة حين تلجأ لتعديل العقد بألا تذهب إلى الحد الذي يؤدي لقلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب Le bouleversement de l'économie du

¹ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص. 114.

² - حسب م 7/12 منه.

³ - علي الفحام، المرجع السابق، ص. 461.

projet، أو أن تغيير من طبيعة العقد أو جوهره Substance du contrat¹؛ فسلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري غير محررة من القيود، وينبغي أن تدور التعديلات في الإطار الذي رسمه العقد، وألا تجعل الإدارة بهذا التعديل الأعمال الجديدة مغايرة في طبيعتها لتلك المتفق عليها في العقد²؛ وللقاضي سلطة تقدير مدى وجود مساس باقتصاد السوق من عدمه³.

V. تعويض المتعاقد في حالة الاعمال الجديدة

لا تستطيع الإدارة أن تفرض على المقاول تنفيذ عمل جديد، وإذا ما استلزمت فرضه فيحق للمقاول المطالبة بفسخ العقد، أو المطالبة بالتعويض إذا ما كان قد نُفذ هذه الأشغال الجديدة⁴. والأعمال الجديدة هي "التي يُعتبر موضوعها غريباً عن العقد الأصلي، بحيث لا تربطها به صلة إطلاقاً؛ أو التي يحتاج تنفيذها إلى أوضاع جديدة تختلف كلياً عن تلك التي نُصَّ عليها في العقد"⁵.

ويستعمل مجلس الدولة الفرنسي مصطلحات كثيرة تعبيراً عن العمل الجديد، منها "العمل الأجنبي عن موضوع العقد Travail étranger a l'objet du contrat"، "العمل الذي لا يمكن اعتباره مرتبطاً بتنفيذ العقد الأصلي Ne pouvant être regardé comme se rattachant à l'exécution du marché passé"⁶.

وتجدر الإشارة إلى أن الأعمال الجديدة L'ouvrage nouveau تختلف عن الأعمال غير المتوقعة L'ouvrage imprévu، والأعمال الإضافية Les travaux supplémentaires؛ إذ يسمح القضاء الإداري للإدارة بتكليف المقاول بتنفيذهما عن طريق سلطتها في التعديل⁷.

¹ - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.478.

وفي هذا الصدد، يرى الأستاذ علي الفحام أنه "لا يمكن للإدارة أن تفرض على المقاول أي تعديل يترتب عليه تغيير في الاقتصاد العام للمشروع، أو يؤدي لقلب اقتصاد العقد رأساً على عقب"؛ مرجعه السابق، ص.443.

² - حسين درويش، المرجع السابق، ص.78.

³ - علي الفحام، المرجع السابق، ص.443.

⁴ - علي الفحام، المرجع السابق، ص.445.

⁵ - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.469.

⁶ - علي الفحام، المرجع السابق، ص.446.

⁷ - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.470.

ويقصد بالأعمال غير المتوقعة، تلك الأعمال التي لم تظهر في العقد، ولكنها ليست غريبة عنه، مثل تكليف المقاول بنقل الأتربة اللازمة للعمل بسبب رطوبة الأرض¹. أما الأعمال الإضافية فهي أعمال لم تظهر في العقد، لكن توقعتها قائمة الأسعار ووضعت لها أسعارًا؛ مثل تكليف المقاول بمد السد إلى مسافة إضافية نتيجة التغيير غير المتوقع لمجرى النهر²؛ وقد عرفها القضاء الإداري المصري بالقول: "الأعمال الإضافية في عقود الأشغال يجب أن تكون من ذات نوع وجنس الأعمال الأصلية..."³.

ويجب على الإدارة ألا تستعمل حقها في فرض أعمال غير متوقعة أو إضافية⁴ إلا بحسن نية، وإلا جاز للمقاول، علاوة على حقه في استيفاء ثمن الأشغال المنجزة، أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر⁵.

هذا؛ وإن حق المتعاقد في التعويض العادل عن الأضرار التي لحقت به نتيجة التعديل الإنفرادي، لا يكون إلا في حالة ممارسة الإدارة لسلطة التعديل الإنفرادي، أما التعديل الاتفاقي الذي يتم وفق آلية الملحق، فلا يرتب لأي منهما الحق في التعويض، إلا بقدر ما ورد في اتفاقهما المشترك⁶.

ب: كيفية تقدير التعويض⁷

¹ - يوسف بركات أبو دقة، المرجع السابق، ص.90.

² - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.470.

³ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمًا، د.د.ن، 2009، ص.56.

⁴ - وتكمن التفرقة بين الأعمال غير المتوقعة والأعمال الإضافية، في طريقة تحديد الثمن؛ ففي الأولى يقدر الثمن استقلالا عن الثمن المتفق عليه في العقد، أما في الثانية فيُقَدَّر بناءً على السعر الوارد في العقد. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.470،471.

⁵ - علي الفحام، المرجع السابق، ص.452.

⁶ - عاطف محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص.229.

⁷ - للمزيد من التفاصيل: هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص.93 وما يليها؛ محمد شعبان الدرهوبي، المرجع السابق، ص.162 وما يليها؛ وهيب عياد سلامة، المرجع السابق، ص.63 وما يليها.

ينتج عن عمل الأمير إعادة التوازن المالي للعقد عن طريق منح المتعاقد مع الإدارة تعويضاً كاملاً عن الأضرار التي لحقت به من جراء هذا العمل¹، أمّا إذا كان المتعاقد قد ساهم بخطئه في إحداث الأضرار المترتبة على عمل الأمير، فإنه لا يستحق تعويضاً كاملاً². ويشترط للمطالبة بالتعويض توافر رابطة السببية المباشرة بين خطأ الإدارة والخسارة التي لحقت بالمتعاقد، ويشتمل التعويض كافة الخسائر اللاحقة بالمتعاقد بما في ذلك التعويض عن الضرر المعنوي³ إذا ثبت حصوله.

فقد سمح القضاء الإداري المصري للمتعاقد بالمطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبي، حيث قرر أن "...التعويض المقضي به في هذه الحالة يشمل الأضرار المادية والأدبية التي لحقت بالمتعاقد بشرط أن تكون ثابتة ثبوتاً يقينياً منعا للإثراء بلا سبب على جهة الإدارة، كما يشمل التعويض كذلك ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاتته من كسب"⁴.

¹ - انظر: مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2008، ص.229؛ خميس السيد إسماعيل، المرجع السابق، ص.223.

² - سمير عثمان اليوسف، المرجع السابق، ص.73.

³ - حمد محمد الشلماني، المرجع السابق، ص.272.

⁴ - قرار المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ 1994/04/26؛ محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص.827.

فوفقاً لنظرية فعل الأمير، يتعين على الإدارة أن تعوض المتعاقد تعويضاً كاملاً¹، ويشمل التعويض الكامل ما لحق المتعاقد من خسارة² نتيجة المبالغ التي تكبدها بسبب فعل الأمير، وما فاته من ربح³ أي المبالغ التي كان المتعاقد سيكسبها لو لم يخلت التوازن المالي للعقد بسبب فعل الأمير⁴.

¹ - غير أنّ 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 وقف 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؛ أنظر قرار:

C.E. 23 Janvier 1952 Chan bouvet, Rec. P 50.

أشار إليه: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص. 723، 724؛ مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص. 677.

كما أنّ مجلس الدولة الفرنسي لا يقضي بتعويض المتعاقد مع الإدارة تعويضاً كاملاً، إذا كان قد شارك بخطئه في إحداث بعض الأضرار المترتبة على فعل الأمير، أو ساعد على تفاقم هذه الأضرار، إذ درج المجلس على استئزال القدر المناسب من التعويض بسبب خطأ المتعاقد؛ أنظر قرار:

C.E. 28 Novembre 1924, Tanti, Rec. P 940. www.memoireonline.com, date de la dernière consultation le : 24/06/2018 à 19h30.

²- le damnum emergens

³- lucrum cessans.

⁴- نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص. 723؛ سمير عثمان اليوسف، المرجع السابق، ص. 73.

فالتعويض يجب أن يكون كاملاً يغطي مجموع الضرر الذي يترتب عن التعديل الإفرادي، وعلى ذلك فأساسه

يشتمل على عنصرين:

الأول: الأساس هو الثمن الوارد في العقد ذاته، فالتعويض يبدو في زيادة الثمن عن هذا الأساس.

الثاني: أن يحصل المفاوض على تعويض يعادل الأضرار التي لحقت به، مثل النفقات التي يكون قد ارتبط بها

قبل توجيه الأمر المصلحي الصادر إليه بالتعديل، وكذلك الكسب الذي ينتظره⁴.

Voir : C.E.21 décembre 1937, jeandet ; cité par :

علي الفحام، المرجع السابق، ص. 459.

وقد أكد القضاء الإداري الفرنسي أحقية المتعاقد في الحصول على تعويض شامل لعنصرَي الخسارة المحققة والربح الفائت¹، كما أبرز القضاء الإداري المصري هذا المبدأ في أحد قراراته² حين قرر أن "...المحكمة تقدر التعويض طبقاً للقواعد المقررة في القانون الإداري وهو يشمل عنصرين: الأول: ما لحق المتعاقد من خسارة، ويتضمن هذا العنصر المصروفات الفعلية التي أنفقها المتعاقد، وهذه المصروفات تختلف باختلاف الأحوال وطبيعة التعديل ونتائجه، ... كما أنه من الجائز أن يترتب على تعديل العقد أثناء تنفيذه خسائر متنوعة، وفي هذه الحالة يجب تقدير هذه الخسارة ما دامت علاقة السببية قائمة بينها وبين الاجراء الذي طلبت جهة الإدارة من المتعاقد معها اتخاذه، والثاني: ما فات المتعاقد مع الإدارة من كسب اعتباراً بأن من حقه أن يعوض عن ربحه الحلال عن عمله ورأس ماله..."

وبهذا تتميز نظرية فعل الأمير عن نظرية الظروف الطارئة، التي تعطي فقط الحق بالتعويض الجزئي، وعلى العكس من ذلك فهي في مجال حساب التعويض تقترب من نظرية خطأ الإدارة³. فيلاحظ على الرغم من أنّ مسؤولية الإدارة عن حالة عمل الأمير تقوم بغير خطأ من جانبها، إلا أنّ القضاء الإداري في مصر وفرنسا استقر على أنّ المتعاقد مع الإدارة يستحق بسبب فعل الإدارة استناداً إلى النظرية تعويضاً كاملاً، فنطاق التعويض وفقاً لهذه النظرية هو نفسه كما في حالة مسؤولية الإدارة العقدية بناءً على خطأ من جانبها، فالتعويض في الحالتين يشمل الخسارة المحققة والكسب الذي كان متوقعاً⁴.

¹- C.E, 29/06/1983, Ste commerciale de représentations.
C.E, 18/11/1988, ville d'Amiens.

أشار إليهما: محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص.541.

²- قرار صادر عن محكمة القضاء الإداري بتاريخ 1957/06/30، أشار إليه: سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.629،630.

³- من هنا فإنّ الكثير من القرارات لا تفرق بين فعل الأمير وخطأ الإدارة، والقاضي يعني في غالب الأحيان من أن يطالب بمعرفة إذا كان العمل المسبب للضرر مصدره أنّ الإدارة أخطأت أم لا؛ محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.123، هامش رقم.130.

⁴- سمير عثمان اليوسف، المرجع السابق، ص.73.

هذا؛ ولتقييم الضرر، فإنّ القواعد العامة لتقدير مقدار التعويض لا تختلف في شيء عن مثيلاتها المطبقة في حالة مسؤولية الإدارة لإخلالها بالتزاماتها التعاقدية، وهنا نشير أنّ طريقة حساب التعويض قد ينص عليها القانون عندما يتكون فعل الأمير بقانون أو خاصة عندما يكون منصوصاً عليه في العقد¹؛ وفي بعض الحالات يكون التقدير بسيطاً جداً عندما يدفع المتعاقد مثلاً ضرائب أو رسوم خاصة وضعت أثناء تنفيذ العقد؛ فيتلخص التعويض برد قيمة الضريبة أو الرسم المدفوع، وقد درج القضاء على ذلك في حالات كثيرة على الحكم للمتعاقد بقيمة الفرق بين سعر الضريبة أو الرسم القديم والجديد²، وقد يلجأ القاضي لتقدير التعويض إلى الاستعانة بالخبراء الفنيين³.

كما قد يتم تحديد التعويض بالاتفاق المسبق للإدارة والمتعاقد معها، بحيث يحددان التعويض المناسب لجبر الضرر الحاصل جراء تصرفات الإدارة وتدخلها أثناء تنفيذ العقد⁴، وفي هذه الحالة يتم اقتضاء التعويض وفق ما هو محدد بنود العقد.

أما في حالة سكوت العقد والقانون عن تحديد التعويض، فيتم اللجوء إلى القضاء لاقتضاء التعويض⁵. وعلى القاضي أن يراعي في احتسابه للتعويض مجموعة قواعد، تتمثل في الآتي:

1. التقيد بطلبات المتعاقد وعدم الحكم بما لم يطلب منه، باعتبار أن التعويض حق شخصي للمتعاقد المضرور وليس مسألة من النظام العام⁶ يثيرها القاضي من تلقاء نفسه.

¹ - هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص.94، بن احمد حورية، المرجع السابق، ص.121.

² - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.124، 125.

³ - انظر: عبد الرزاق عريش، صلاحية الإدارة في التعديل الانفرادي لعقد الاشغال العامة دراسة مقارنة في فرنسا، المغرب والاردن، مذكرة ماجستير، الجامعة الأردنية، 1998، ص.182.

⁴ - لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق، ص.94.

⁵ - هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص.35؛ محمد شعبان الدهوبي، المرجع السابق، ص.129؛ لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق، ص.95.

⁶ - وفي ذات السياق يرى أحد الكُتّاب أن "مبدأ التعويض الكلي ليس من النظام العام، فكثيراً ما يتفق الطرفان على غيره، وعندئذ يجب تطبيق العقد...؛ انظر: طعيمة الجرف، القانون الإداري، دراسة مقارنة في تنظيم نشاط الإدارة العامة، ملتزم الطبع والنشر، القاهرة، 1980، ص.454.

فبالرغم من أن التعويض عن فعل الأمير هو تعويض كامل، إلا أن القاضي الإداري لا يحكم به الا في حدود طلبات الخصوم، فإذا لم يطالب المتعاقد بالتعويض عن الكسب الفائت فليس للقاضي أن يحكم له به تلقائياً¹.

وهذا المبدأ لا يخص دعاوى القضاء الكامل فقط، بل هو مبدأ عام من مبادئ التقاضي، أقرته م26 من ق.ا.م.ا².

II. تقدير القاضي للتعويض يكون بقدر الضرر، بحيث يجب أن يكون متناسبا مع جسامه الضرر الذي أصاب المتعاقد، كما يجب عليه الاخذ في الحسبان مدى مشاركة المتعاقد في الضرر، وعدم احتساب الضرر الذي تم تداركه مسبقاً³.

III. تقدير القاضي للتعويض يكون في تاريخ الحكم به، وهذا حتى لا يتضرر المتعاقد من التأخر في الفصل في الدعوى وما يطرأ خلاله من تغير في الأوضاع الاقتصادية وقيمة العملة⁴. وفضلا عن التعويض، يترتب على عمل الأمير عدم توقيع غرامات التأخير إذا كان عمل الأمير هو السبب في التأخير في التنفيذ⁵، أو جعل تنفيذها أمراً مرهقاً⁶.

¹ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص.242.

² - تنص م1/26 من القانون 08-09 على ما يلي: " لا يجوز للقاضي أن يأسس حكمه على وقائع لم تكن محل المناقشات والمرافعات ".

³ - مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص.624.

⁴ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص.245.

⁵ - سمير عثمان اليوسف، المرجع السابق، ص.74.

⁶ - مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص.678.

ثانيا: التعويض الكامل عن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة¹

إن للمتعاقد الحق بالتعويض الكامل عن الأضرار التي نتجت عن الصعوبات المادية غير المتوقعة، بحيث يعوض في كل الحالات التي يصبح فيها تنفيذ العقد باهظا وأكثر كلفة بسبب هذه الظروف عن التكاليف الزائدة²، بحيث يتوجب على الإدارة أن تدفع للمتعاقد معها كافة النفقات الإضافية، التي تَحْمَلُهَا لمواجهة هذه الصعوبات التي تعترض التنفيذ العادي للعقد³. ويشتمل التعويض الكامل هنا النفقات الفعلية التي تكبدها المتعاقد، مضافا إليها نسبة معينة من الأرباح المعقولة⁴.

وقد قرر القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر للمتعاقد الحق في التعويض عن كافة الأضرار التي لحقت به من جراء الصعوبات المادية غير المتوقعة⁵.

فمجلس الدولة الفرنسي يأخذ دوما بقاعدة التعويض الكامل نتيجة تحقق شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة⁶، وهو ذات النهج الذي تبنته محكمة القضاء الإداري المصرية بقرارها بتاريخ 1957/01/20⁷ حينما قررت أن "التعويض هنا ليس مجرد معاونة جزئية تمنحها

¹ - للمزيد من التفاصيل: حسام القاعد، الرقابة القضائية على مدى التزام الإدارة بإعادة التوازن المالي الإداري في حالة الصعوبات المادية غير المتوقعة (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة البعث، مجلد 39، ع.77، د ب ن، 2017، ص.94 وما يليها.

² - محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص.72،73، بتصرف.

³ - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.699.

⁴ - لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق، ص.217 بتصرف.

⁵ - محمد شعبان الدهويي، المرجع السابق، ص.168.

⁶ - أنور أحمد رسلان، المرجع السابق، ص.878؛ محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص.659.

C.E 02/12/1964, port autonome de bordeaux, «Considérant que le supplément de rémunération alloué à la compagnie par le tribunal administratif tend, non à tenir compte des charges extracontractuelles résultant pour elle d'une situation d'imprévision, mais à réparer les conséquences onéreuses de sujétions imprévues et de circonstances de force majeure qu'elle a rencontrées dans l'exécution des travaux ; que, dès lors, en l'absence de faute relevée à sa charge, l'indemnité à laquelle elle pouvait prétendre devait couvrir l'ensemble du préjudice qu'elle avait subi ; qu'il suit de là que la compagnie est fondée à soutenir que c'est à tort que...le tribunal administratif a laissé à sa charge une part dudit préjudice.» Cité par : Thierry Kirat , L'ALLOCATION DES RISQUES DANS LES CONTRATS, 01/09/2005, <https://halshs.archives-ouvertes.fr>, date de la dernière consultation le : 02/01/2018.

⁷ - أشار إليه: مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص.701.

جهة الإدارة للمتعاقد معها، بل يكون تعويضا كاملا عن جميع الأضرار التي يتحملها المقاول بدفع مبلغ إضافي له على الأسعار المتفق عليها".

كما أكدت المحكمة الإدارية العليا المصرية هذا المبدأ حين قررت أن "تلك الصعوبات غير عادية وترجع إلى طبيعة الأرض والأتربة، وأنه ما كان بإمكان طرفي العقد توقعها، وهو ما يفيد توافر شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، بما يتعين معه تعويض المقاول بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد زيادة تشمل جميع الأعباء والتكاليف التي يتحملها باعتبار الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسري إلا على الأعمال العادية المتوقعة، ...¹".

وقررت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمصر، أنه "في هذه الحالة (الصعوبات المادية غير المتوقعة) لاعتبارات العدالة يتعين تعويض المقاول بزيادة مقابل الاعمال زيادة تغطي جميع الأعمال والتكاليف التي تحملها نتيجة حدوث هذه الصعوبات المادية"².

ورغم أن هذا المبدأ ذو النشأة القضائية قد اصبح قاعدة عامة يُعمل بها في حالة الصعوبات المادية غير المتوقعة، إلا أننا لم نجد تطبيقا له في التشريع ولا القضاء الإداري الجزائريين، وقد أقرت بعض النصوص المقارنة هذا المبدأ صراحة، ومن ذلك م12 من د ش ا ع لأعمال المقاولات المدنية بالعراق التي أقرت للمتعاقد الحق في التعويض الكامل عن الصعوبات المادية غير المتوقعة³، إذ تنص على ما يلي: "...على أنه إذا تعرض المقاول اثناء تنفيذ العقد لأحوال طبيعية استثنائية (عدا الظروف المناخية) أو عوائق اصطناعية، ... فعندئذ يتعين على صاحب العمل أن يدفع التكاليف الإضافية المعقولة التي يتحتم على المقاول انفاقها بسبب مثل هذه الأحوال".

إلا أن مبدأ التعويض الكامل لا يمنع من تحميل المتعاقد قيمة ما تسبب فيه بخطئه من زيادة في أثر الصعوبات المادية غير المتوقعة⁴.

¹ - قرار بتاريخ 1997/12/30، أشار إليه: محمد شعبان الدهويي، المرجع السابق، ص.168، 169.

² - بتاريخ 2004/06/21، أشار إليه: هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص.175.

³ - منشور على موقع: <http://www.iraq-ig-law.org>، تاريخ آخر دخول: 2018/06/29.

⁴ - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.702.

ولتقدير التعويض يلجأ القاضي الإداري إلى السعر المتفق عليه في العقد، إلا أنه يلجأ لتقدير التعويض بشكل مستقل عن العقد وعلى أساس الأسعار الجديدة، إذا ثبت تغير جوهري للأسس التي تم التعاقد على أساسها بسبب الصعوبات المادية غير المتوقعة¹.

¹ - لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق، ص.218؛ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.702؛ وهيب عياد سلامة، المرجع السابق، ص.151.

الفرع الثاني

التأطير القانوني للتعويض الجزئي عن نتائج الظروف الطارئة

رأينا فيما سبق¹ أن المتعاقد مع الإدارة ملزم بالاستمرار في تنفيذ العقد الإداري رغم وجود ظرف الطارئ، وهذا الالتزام يقابله حقه في التعويض لمساعدته على تخطي هذا الظرف ومن ثمة الاستمرار في التنفيذ.

وتتمثل أهم نتيجة للظروف الطارئة في تحمل الإدارة لجزء من الخسارة التي لحقت بالمتعاقد عن طريق تعويضه. غير أن هذا التعويض ليس كاملاً يشمل كل ما أصاب المتعاقد من خسارة وما فاتته من كسب² وإنما هو تعويض جزئي فقط.

والتعويض الجزئي معناه ألا يتضمن أية أرباح ويغطي فقط الخسارة التي لحقت بالمتعاقد، كما أنه لا يغطي الخسارة كاملة بل توزع بين المتعاقد والإدارة³.

ويُعَيَّرُ هذا التعويض عن تحمّل الإدارة لجانب من الخسارة التي نتجت بسبب الظروف الطارئة، إلى جانب المتعاقد الذي يتحمل هو الآخر هذه الخسارة غير المتوقعة، فالخسائر توزع بين طرفي العقد⁴، كما أنّ هذا التعويض لا تحكمه قاعدة ثابتة وإنما هو تعويض نسبي يختلف من حالة ظرف طارئ إلى أخرى، باختلاف ظروف العقد وحالة المتعاقد، ومدى ارتباط العقد الوثيق بالسير الحسن للمرفق العام، وهي كلها اعتبارات تخضع للسلطة التقديرية للقاضي الإداري⁵، الذي رأينا في أساس التعويض أنه أقر نظرية الظروف الطارئة للموازنة بين اعتبارات سير المرفق العام وقواعد العدالة.

¹ - في الفصل الأول من الباب الثاني من الرسالة، ضمن معالجة التزام المتعاقد مع الإدارة بالاستمرار في تنفيذ العقد الإداري.

² - على خلاف ما هو عليه الأمر في كل من نظريتي فعل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة.

³ - محمد شعبان الدهوبي، المرجع السابق، ص.146.

⁴ - لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق، ص.157.

⁵ - انظر: جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 2004، ص.344، محمد

شعبان الدهوبي، المرجع السابق، ص.147.

والمبدأ أن القاضي لا يمكنه تعديل بنود العقد الإداري، فدور القاضي سواء في إطار القانون الخاص أم القانون العام يقتصر على استخلاص إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية وتطبيقها على النزاع الدائر بينهما باعتبارها قانون المتعاقدين، ومن ثمة فإنّ القاضي الإداري لا يستطيع أن يقوم بتعديل شروط العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد ليتلاءم مع الوضع الجديد لأنه لا يملك سلطة اصدار أوامر لأطراف العقد لتغيير ارادتهما، وتقتصر مهمته في تفسير وتطبيق بنود العقد، وليست مهمته تعديل الشروط المتفق عليها بين طرفي العقد¹.

وأياً كانت تأثيرات الظروف الطارئة التي تطرأ على العقد الإداري فإنّ سلطة القاضي الإداري تنحصر في أن يحكم للمتعاقد مع الإدارة بالتعويض دون أن يكون له حق تعديل الالتزامات العقدية².

ولكن بما أن الهدف من وراء إقرار نظرية الظروف الطارئة هو ضمان استمرار عمل المرفق العام بانتظام واطراد، فقد سار مجلس الدولة الفرنسي على أتباع سياسة قضائية أصيلة في المساعي الحميدة وذلك بأن يقرر أولاً دعوة الطرفين إلى التفاوض الودي بغية تعديل شروط العقد، وكثيراً ما تبادر الإدارة المتعاقدة لقبول هذه الدعوة فتزيد من الأسعار المتفق عليها، أو تعدل من بنود تنفيذ العقد بشكل يرفع الإرهاق عن المتعاقد معها³؛ وإذا فشل طرفا العقد في الاتفاق على توزيع الأعباء التي ترتبت على الظرف الطارئ حكم القاضي بالتعويض المالي⁴.

أمّا في مصر فبين أحد الفقهاء⁵ موقف القضاء الإداري المصري وأنه كان في البداية يسمح للقاضي بتعديل بنود العقد لمواجهة الظروف الطارئة، ثم عدل عن موقفه هذا وحرّم القاضي من

¹ - لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق، ص.159.

² - جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص.343.

³ - انظر: محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري في ظل الاتجاهات الحديثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1978.

انظر: فاروق أحمد خماس ومحمد عبد الله الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، جامعة الموصل، 1992، ص.174.

⁴ - لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق، ص.160، سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.665.

⁵ - لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق، ص.161، 162.

هذه المكنة، فيرى أنه "على الرغم من غياب نص قانوني صريح يعطي القاضي حق تعديل العقد في حالة الظرف الطارئ، فقد أوضحت م2/147 من القانون المدني المصري¹ سلطات القاضي المدني في مواجهة الظروف الطارئة بنصها على ما يلي: «... إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها الالتزام التعاقدى وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يردّ الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلاً كلّ اتفاق على خلاف ذلك». ويستخلص من ذلك أنّ القاضي المدني يستطيع أن يحكم بوقف تنفيذ العقد مؤقتاً لحين زوال الظرف الطارئ، أو زيادة المقابل للالتزام المرهق، وقد يرى إنقاص الالتزام المرهق ولكنه لا يستطيع أن يحكم بفسخ العقد لأنّ النص لا يخوّله بذلك. وفي البداية قضت أحكام محكمة القضاء الإداري المصرية بحق القاضي الإداري في تعديل العقد بإنقاص الالتزام المرهق للمتعاقد إلى الحدّ المعقول بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، إلا أنّ الفقه والقضاء قد استقرا فيما بعد على أنّ صلاحية القاضي الإداري في مصر تنحصر في تعويض المتعاقد ولا تصل إلى درجة تعديل العقد، وأن العبارات التي وردت في بعض الأحكام الإدارية، لا تعدو أن تكون هفوة في صياغة الحكم، فحسنت المحكمة الإدارية العليا هذا الأمر في قرارها الصادر بتاريخ 1968/05/11 وقضت بإلغاء حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 1960/07/14 الذي تضمن تعديل شروط العقد وحكمت بالتعويض الجزئي إعمالاً لأحكام نظرية الظروف الطارئة. وقرر هذا القرار: «عدم سلطة القاضي الإداري في تعديل العقد بمناسبة تطبيق نظرية الظروف الطارئة واقتصار دوره على الحكم في التعويض المناسب من ذلك حكمها في تعديل الإتاوة المتفق عليها ينطوي على تعديل لشروط العقد بسبب حادث طارئ أثناء تنفيذه وهو أمر لا يملكه القاضي الإداري».

¹ - أشار هذا الرأي المقتبس للمادة من القانون المدني المصري، وتقابلها في الجزائر م107 من القانون المدني، والتي تنص على ما يلي: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية. ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد في فحسب، بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام.

غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين، أن يردّ الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلاً كلّ اتفاق على خلاف ذلك".

كما أشارت إليه المحكمة الإدارية العليا في مصر في قرارها الصادر في 1985/11/30 بقولها: «ولا يؤدي تطبيق هذه النظرية (الظروف الطارئة) بعد توافر شروطها أن يتمتع المتعاقد فوراً عن تنفيذ التزاماته الواردة بالعقد، بل للمتعاقد أن يدعو الإدارة المتعاقدة معه لمشاركته في تحمّل نصيب من الخسائر التي حاقت به، فإذا رفضت جهة الإدارة يلجأ المتعاقد إلى القضاء ويقصر دور القاضي في هذه الحالة على إلزام الإدارة بالتعويض¹».

وفي سياق مشابه، ألزم القضاء الإداري الجزائري الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد معها عن الخسائر التي لحقت به، من جراء الظروف الطارئة، وذلك في قرار صدر بتاريخ 1993/10/10²، حيث جاء فيه أن السوق محل العقد المبرم بين المستأنف والمستأنف عليه بقي مغلقا بسبب مرض الحمى الذي أصاب المواشي، وأن ذلك يعد حدثاً استثنائياً غير متوقع، يستوجب تعويض الطاعن عن الأضرار التي لحقت به.

ولكن رغم أن القاضي الإداري في هذا النزاع قد أحسن معالجة الأثر الناتج عن الظروف الطارئة من خلال إلزام الإدارة بالتعويض، ولم يمنح لنفسه مكنة تعديل العقد كما في القانون الخاص، إلا أنه يُؤخَذُ عليه أنه أسس قراره على م107 من القانون المدني، وهو أمر كان في غنى عنه، كون القواعد العامة الناظمة للعقود الإدارية تسمح له بالقضاء بالتعويض دونما حاجة للتنصيص على هذه المادة. فمما يعاب على موقف القضاء الإداري الجزائري هنا أنه يعتمد على أحكام القانون الخاص، رغم أن مسؤولية الإدارة هي مسؤولية خاصة تخضع لقواعد ذاتية لها، وأن أحكام القانون المدني هي أجنبية وغير مطبقة عليها، وهذا قد يتعارض مع ذاتية القانون الإداري واستقلالته عن أحكام القانون المدني من جهة. ومع خصوصية نظرية الظروف الطارئة في القانون الإداري وتميزها بأحكام لا مثل لها في القانون المدني من جهة أخرى³، خاصة إذا ما

¹ - انظر كذلك في تحليل هذه القرارات: سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في...، المرجع السابق، ص.165، 166.

² - قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، بتاريخ 1993/10/10، بين (د ح) والمجلس الشعبي البلدي لبلدية عين الباردة، المجلة القضائية، 1994، ع.1، ص.217، سبقت الإشارة إليه.

³ - لا بأس هنا من التذكير بالمواقف الفقهية التي أكدت على أن نظرية الظروف الطارئة هي ذات نشأة قضائية إدارية محضة، ولم يعرف القانون المدني مثيلاً لها إلا بعد استقرار أحكامها في القانون الإداري (كما أشرنا إليه في موضع سابق من الباب الأول لهذه الرسالة)، بحيث يرى الأستاذ محمود عبد المجيد المغربي (مرجعه السابق، ص.126) أن نظرية

علمنا أن الفقه قد اتفق على أن القاضي الإداري لا يمكنه تعديل العقد الإداري لمواجهة الظرف الطارئ، على عكس نظيره المدني، وبالتالي لا يمكن تأسيس التعويض هنا على ضوء م 107 من القانون المدني.

الظروف الطارئة هي في أصلها من صنع الاجتهاد الفرنسي الإداري، لذلك لا بد من الوقوف على المعطيات والاعتبارات التي صاغها قرار مجلس الدولة الفرنسي في قراره الشهير في قضية "غاز بوردو" بتاريخ 1916/03/30. وقد اعتبر بعض الفقهاء أنّ هذا الحكم الرئيسي هو دستور هذه النظرية.

ويرى "أنّ نظرية الظروف الطارئة كما أشادها القضاء الإداري هي نظرية خاصة بالقانون العام وغير قابلة للتطبيق في نطاق القانون الخاص في العلاقات التعاقدية بين الأفراد؛ محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص. 131. ويخفف نوعاً من حدة رأيه هذا، بالقول أن "هذا لا يعني أنّ مبدأ عدم التوقع نفسه، في إعادة النظر في العقود التي اختلت اقتصادياتها بسبب حوادث طارئة، غير قابل للتطبيق في نطاق القانون الخاص. وإذ لم يرحب به من قبل الاجتهاد القضائي العادي، فإنّ تطبيقه في هذا المجال لا يعدم وجود أنصار له. ولكن يجب الإشارة هنا إلى أنّ تطبيق نظرية الظروف الطارئة، إذا قبلها الاجتهاد القضائي العادي، في نطاق القانون الخاص، فلا يعني بالضرورة أنها تطبق هي نفسها كما أشادها مجلس الدولة في القانون الإداري، إذ هي تستند فعلاً إلى اعتبارات متعددة كالعدالة وحسن النية وإعادة التوازن بين التزامات الأطراف المتعاقدة والتفسير المنطقي لتوقعات الأفراد... وهي اعتبارات ليست أجنبية عن نظرية القانون الإداري نفسه، وقد لا يستسيغها القانون الخاص. لأنّ أولى اهتمامات القانون الإداري هو مصلحة المرفق العام أو الحاجة إلى ضرورة تعاون الأطراف في جهد مشترك لتأمين استمرار المرفق من خلال صعوبات تنفيذ العقد. وبكلمة أخرى أنّ نظرية مدنية لعدم التوقع ستكون حتماً شيئاً مختلفاً عن النظرية الإدارية؛ محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص. 131، 132.

ويعود ذات الفقيه للتأكيد على النشأة الإدارية المحضة لنظرية الظروف الطارئة، وعدم توافر أية جذور لهذه النظرية في القانون المدني، بالقول أن "من المفيد أن نشير من باب الفائدة التاريخية أنّ نظرية الظروف الطارئة في القانون الإداري الفرنسي هي من صنع وتكريس مجلس الدولة، ويعود لهذا المجلس الفضل في اعتمادها بشكل علمي دقيق ومدروس، في قراره الشهير عام 1916 في قضية "غاز بوردو". وإذا كانت القواعد الأساسية التي أثارها هذا الحكم لا تزال صالحة للتطبيق. فلا شيء يمنع من الإشارة إلى أنّ تطوراً هاماً قد أصاب هذه النظرية مردّه إلى التحولات الاقتصادية والإدارية التي طبعت النظرية بطابعها إلى حد بعيد. لقد بدت هذه النظرية في الآونة الأولى من تاريخها كسبب من الأسباب التي تدعو إلى إعادة النظر في العقد قبل أن يتناولها بالفعل حكم قضية "غاز بوردو". وكانت تطبق بصورة غير مستمرة ولا منتظمة. فكل ما فعله مجلس الدولة أن صاغها وأوضح شروط تطبيقها والنتائج القانونية المترتبة على هذا التطبيق. والخاصة أنّ نظرية الظروف الطارئة لم يقف تطورها منذ عام 1916 وغدت شاملة لنزاعات غير محدودة في هذا الإطار وتمّ ذلك على يد هيئات متتابعة في مجلس الدولة وسواه؛ محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص. 133، 134. ويؤيد هذا القول كذلك الأستاذ مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، (مرجع السابق، ص. 705) إذ يرى أن نظرية الظروف الطارئة هي من ابتداء القضاء الإداري، ولم تستقر في قضاء القانون الخاص إلا بعد أن وضع القضاء الإداري قواعدها وملاحها.

ومهما يكن فقد استقر الفقه¹ على أن القاضي الإداري يتدخل لمعالجة أثر الظروف الطارئة بالحكم على الإدارة بتعويض المتعاقد معها، تعويضا جزئيا بالنسبة التي يراها مناسبة للمساهمة في الخسائر التي لحقت به، دون أن تكون له مكنة تعديل العقد الإداري.

فيرى أحدهم² أن "دور القاضي يختلف في العقود الإدارية عنه في العقود المدنية، فينما يمكنه تعديل العقد المدني بإنقاص التزامات المدين، فإن دور القاضي في العقود الإدارية يقتصر فقط على الحكم بالتعويض المناسب دون أن يكون له تعديل الالتزامات العقدية". كما يرى الفقيه سليمان الطماوي أن "نظرية الظروف الطارئة تختلف في القانون المدني عنها في القانون الإداري، ومرجع هذا الاختلاف إلى سلطات القاضي في كل من القانونين، ففي نطاق القانون المدني يستطيع القاضي أن يعدل من التزامات المتعاقدين، في حين أن القاضي الإداري لا يستطيع أن يحكم إلا بالتعويض"³.

وهذا هو الوضع الذي نتفق معه، كون أن القاضي الإداري لا يمكنه توجيه أوامر للمتعاقدين من أجل تغيير ما استقرت عليه ارادتهما من قبل، كما أننا لا نتفق هنا مع ما قال به أحد الكُتَّاب⁴ حينما ذهب للقول بأن نظرية الظروف الطارئة في الجزائر تجد أساسها في م 107 من القانون المدني، وذلك لأن هذه المادة لا تتماشى مع الطبيعة الذاتية للعقد الإداري وما يستهدفه من تسيير للمرفق العام. بل حتى أن البعض انتقد صلاحية القاضي المدني في تعديل العقد المدني رغم وجود نص صريح بذلك⁵، فكيف لنا أن نعترف للقاضي الإداري بهذه الصلاحية في غياب النص عليها.

¹ - أجمع الفقهاء على أن "دور القاضي الإداري يقتصر فقط على الحكم بالتعويض، دون أن يكون له حق تعديل الالتزامات العقدية"؛ مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص. 738؛ سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في...، المرجع السابق، ص. 159؛ هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص. 141.

² - محمد شعبان الدهوبي، المرجع السابق، ص. 148.

³ - سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص. 664، 663.

⁴ - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص. 234.

⁵ - حيث يرى هذا الموقف أن "هذه الصلاحية تؤدي الى تعديل آثار العقد بغير إرادة طرفيه، وتصطدم بالتالي مع مبدأ القوة الملزمة للعقد. كما أنها تتجاوز السلطات الممنوحة لقاضي العقد عادة، والتي تنحصر فقط في تفسير بنود العقد وتطبيقه؛ سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في...، المرجع السابق، ص. 162.

كما أننا لا نتماشى مع هذا الطرح كون أن م107 من القانون المدني لا يمكنها أن تطبق على العقود الإدارية، أين لا يملك القاضي الإداري سلطة رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول، بل يكتفي فقط بالتعويض، وذلك لأنه لا يستطيع توجيه أوامر للمتعاقدين من جهة، ولأن الإدارة المتعاقدة حددت بنود العقد الإداري بنا يستهدف تحقيق المصلحة العامة، وهي أدري بتقدير ذلك، مما يجعل تدخل القاضي الإداري لتعديل هذه البنود بمثابة مساس بقواعد سير المرفق العام محل التعاقد من جهة أخرى.

ويمكن للمتعاقد المطالبة بالتعويض مباشرة بعد وقوع الظروف الطارئة، ويعتد القضاء الإداري الفرنسي بتاريخ وقوع الحادث ولا يأخذ في الاعتبار تاريخ المطالبة القضائية، كما يعفي المتعاقد من ضرورة اذار الإدارة قبل المطالبة بالتعويض¹. على أن التعويض يرتبط بوجود الظرف الطارئ، بحيث يتوقف بزوال هذا الظرف أو إعادة النظر في بنود العقد بشكل يزيل الغبن عن المتعاقد².

ولما كان هذا التعويض هو عبارة عن مشاركة الإدارة للمتعاقد معها لجزء من الخسارة التي لحقت به، فلا بد أن يكون تعويضا جزئيا فقط.

فقد أقر القضاء الإداري الفرنسي ضرورة تحمل المتعاقد جانبا من الخسائر، وجعل نسبة مشاركته هذه رمزية في حين تتحمل الإدارة أكبر نسبة، ويراعي القضاء في توزيعه للخسائر عدة اعتبارات، كموقف المتعاقد في مواجهته للظرف الطارئ، والحالة الاقتصادية العامة للمشروع المتعاقد عليه، والوضع الاقتصادي للدولة³.

وهو نفس الاتجاه الذي يتبناه القضاء الإداري المصري، فقد قررت المحكمة الإدارية العليا بمصر أنه "إذا طرأت ظروف طارئة فإن من حق المتعاقد المتضرر أن يطلب من الإدارة مشاركته في هذه الخسارة، ويكون التعويض هنا جزئيا..."⁴.

¹ - لمياء هاشم سالم قبيع، المرجع السابق، ص. 173، مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص. 739، محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص. 634.

² - محمد شعبان الدهوبي، المرجع السابق، ص. 146.

³ - لمياء هاشم سالم قبيع، المرجع السابق، ص. 176 بتصرف.

⁴ - قرار بتاريخ 1972/06/17، أشار إليه: جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص. 329.

ولكن يختلف موقف القضاء الإداري الفرنسي عن نظيره المصري في كون الأول يُحمَل الإدارة بالجزء الأكبر من الخسارة¹، في حين الثاني يذهب الى توزيع عبء الخسارة بين المتعاقد والإدارة مناصفة في أغلب الأحيان²، بل أكثر من ذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي ألغى أحكام المحاكم الإدارية التي قضت بتوزيع عبء الخسارة مناصفة بين المتعاقد والإدارة³.

ولتحديد الخسارة التي اصابته المتعاقد مع الإدارة نتيجة الظروف الطارئة، يتعين على القاضي إجراء موازنة بين أرباح المتعاقد والخسائر التي تعرض لها طوال فترة قيام الظرف الطارئ⁴، وهي مسألة تقنية عادة ما يستعين فيها القاضي بتقارير الخبراء الفنيين⁵.

وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بمصر حينما قررت أن تقدير التعويض عن الظروف الطارئة يتم بالاستعانة بأهل الخبرة تحت تقدير المحكمة⁶.

ورغم عدم اشارته للمشاركة في الخسائر صراحة، إلا أن القضاء الإداري الجزائري قد أقر هو الآخر أحقية المتعاقد في التعويض جبرا لما أصابه من ضرر نتيجة الظروف الطارئة⁷، ولكن لم يبين طريقة احتساب التعويض، بل اكتفى بعبارة "أن المبلغ المعروض من الإدارة معقول"، وكان الأولى منه تحديد طريقة توزيع عبء الخسارة بين المتعاقد والإدارة العامة.

1- فقد تتحمل الإدارة أحيانا نسبة 90 بالمئة من الخسائر؛ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.674.

2- محمد شعبان الدهوبي، المرجع السابق، ص.151.

3- سعيد السيد علي، المرجع السابق، ص.177.

4- مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص.634.

5- سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في...، المرجع السابق، ص.168.

6- قرار بتاريخ 2001/05/08، أشار إليه: هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص.141.

7- قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بتاريخ 1993/10/10، سبقت الإشارة إليه.

خاتمة

تم البحث من خلال هذه الدراسة عن الحالات التي قد تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، فتجعل من تنفيذه صعبا ومرهقا للمتعاقد، وعن الآليات القانونية التي وضعت للتصدي لنتائج هذه الظروف وتأثيرها على العقد الإداري، في شكل دراسة مقارنة بين ما هو معمول به في التشريع والقضاء الجزائريين وفي بعض الأنظمة الأجنبية.

وإن الظروف التي قد تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري وتؤثر على وسائل وشروط تنفيذه المتفق عليها من قبل، تتجلى في ثلاث مجموعات كبرى؛ **الطائفة الأولى** تضم الظروف التي من شأنها جعل تنفيذ العقد الإداري صعبا ومرهقا للمتعاقد، سواء أكانت هذه الظروف صادرة عن الإدارة المتعاقدة في شكل نظرية فعل الأمير، أم ذات أسباب اقتصادية كما نظمتها نظرية الظروف الطارئة، أم كانت عبارة عن ظروف طبيعية في ظل نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة؛ وتسمى هذه النظريات الثلاث بنظريات التوازن المالي للعقد الإداري.

كما أن هذه الطائفة تضم الزيادات التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة والتي لم تدرج في العقد وقت إبرامه، فيتم تعويضه عنها رغم أنه هو المتسبب في هذه الزيادات، وذلك ما تم تنظيمه في ظل نظرية الاثراء بلا سبب في العقد الإداري.

والطائفة الثانية تحتوي الظروف الخارجة تماما عن إرادة طرفي العقد الإداري، والتي من شأنها جعل تنفيذه مستحيلا وتضع حدا نهائيا للرابطة العقدية، وهو ما نظمتها نظرية القوة القاهرة في العقد الإداري.

أما **الطائفة الثالثة** فخصصناها لدراسة التحولات القانونية التي قد تطرأ على المراكز القانونية لكل من الإدارة والمتعاقد معها.

ونوجز في ختام هذه الرسالة أهم الفروق الجوهرية التي تميز كل واحدة من نظريات التوازن المالي عن بعضها البعض، لما في ذلك من أهمية علمية وعملية؛ فرغم التقارب والنقاط المشتركة بين هذه النظريات الثلاث، لدرجة أنها قد تختلط ببعضها البعض، إلا أن هناك فروقا جوهرية تميز بينها وتخص كل واحدة منها بذاتية متميزة.

فتتشابه هذه النظريات في كونها كلها ذات نشأة قضائية محضة، وتقرر مسؤولية الإدارة بدون خطأ، وفي أن الفعل المسبب للإرهاق غير متوقع ولم يكن معلوما وقت التعاقد، وكلها جاءت متأثرا بمبادئ السير الحسن للمرفق العام وتأثيرها على قواعد تنفيذ العقد الإداري. كما يشتركون في ضرورة التزام المتعاقد بالبقاء على التزاماته رغم تغير ظروف التنفيذ.

إلا أنها تختلف عن بعضها البعض من عدة زوايا؛ فمن حيث مصدر الفعل الذي تتحقق به النظرية، نجد أن نظرية فعل الأمير تنشأ عن فعل الإدارة المتعاقدة، ونظرية الظروف الطارئة تنشأ عن المخاطر الاقتصادية، في حين أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة تجد مصدرها في الظواهر الطبيعية. مع الملاحظة أن نظرية الظروف الطارئة توسعت من حيث المصدر على حساب النظريتين الأخرين؛ فنجد أنها تطبق إذا كان الفعل يرجع لحوادث استثنائية كالحروب والزلازل والفيضانات، كما تطبق إذا كان مرجع الفعل يعود لإدارة عامة أو للإدارة العامة المتعاقدة إذا تصرفت كسلطة عامة لا كجهة متعاقدة.

أما من حيث الضرر الناجم عن كل من النظريات، فإن كل ضرر يقبل التعويض عنه في إطار نظريتي فعل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة (ما عدا حالة العقود الجرافية)، في حين يشترط للتعويض عن الظروف الطارئة أن يصل الضرر إلى درجة قلب اقتصاديات العقد. وتختلف نظرية الظروف الطارئة كذلك عن نظريتي فعل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة من حيث النتائج، فالتعويض يكون كاملا في هذين النظريتين وجزئيا فقط في نظرية الظروف الطارئة.

كما تختلف النظريات الثلاث للتوازن المالي عن نظرية القوة القاهرة، في كون هذه الأخيرة تجعل تنفيذ العقد الإداري مستحيلا، على خلاف الأولى التي تجعل من ذلك صعبا فقط. كما تختلف عن نظرية الأعمال الإضافية، في كون هذه الأخيرة تتم بمبادرة من المتعاقد واردة، في حين الأولى تستلزم أن تكون الظروف خارجة عن إرادته تماما؛ كما أن نظرية الأعمال الإضافية تعوض المتعاقد دون اشتراط قلب اقتصاديات العقد، بينما يشترط في نظريات التوازن المالي إصابة المتعاقد بإرهاق كبير أثناء تنفيذ العقد.

وبعد هذه الدراسة المتواضعة-التي تترك المجال للبحث والنقاش-تم التوصل إلى بعض النتائج والملاحظات كالآتي:

أولاً؛ من خلال التطرق للأقوال الفقهية والاجتهادات القضائية التي تناولت أهم طوارئ تنفيذ العقد الإداري، وبعد تحليل مختلف النصوص القانونية المتعلقة بها، توصلت إلى النتائج الآتية:

1- فعل الأمير هو كل إجراء تتخذه الإدارة العامة المتعاقدة ويؤدي إلى زيادة الأعباء المالية للمتعاقدين معها، وتلتزم الإدارة بموجبه بتعويضه عما لحقه من ضرر، سواء صدر هذا الفعل في شكل إجراءات إدارية خاصة أم عامة، وسواء أثرت على تنفيذ العقد بشكل مباشر أم غير مباشر. وعلى كل حال يستحق المتعاقد تعويضاً كاملاً في كل حالات فعل الأمير.

2- الظروف الطارئة هي الظروف الاستثنائية العامة المستقلة عن إرادة طرفي العقد الإداري، والتي لم تكن متوقعة يوم إبرام العقد، من شأنها جعل تنفيذه مرهقاً وأكثر كلفة على المتعاقد؛ وتلتزم الإدارة هنا بالمشاركة في الخسائر التي تصيب المتعاقد من خلال تعويض جزئي يحكم به القضاء.

3- الصعوبات المادية غير المتوقعة هي صعوبات مادية استثنائية لم تكن متوقعة وقت إبرام العقد الإداري، من شأنها جعل تنفيذ العقد أكثر كلفة وارهاقاً للمتعاقد، وتستتبع تعويضه تعويضاً كاملاً من طرف الإدارة المتعاقدة.

4- القوة القاهرة هي حادث فجائي ومستقل عن إرادة طرفي العقد ولا يمكن رده، من شأنه جعل تنفيذ العقد الإداري مستحيلاً، رغم كافة المحاولات والمساعدات من المتعاقد للتنفيذ؛ وهي تؤدي لوضع نهاية للعقد الإداري قبل أوانه.

5- تقع بين كل من نظرية الظروف الطارئة ونظرية القوة القاهرة، نظرية ابتدعها القضاء الإداري الفرنسي، تسمى "نظرية القوة القاهرة الإدارية"، جاءت لعلاج الأثر المستمر والأبدي للظروف الطارئة، التي وإن لم تجعل تنفيذ العقد الإداري مستحيلاً، إلا أنها تجعل المتعاقد عاجزاً عن التنفيذ لولا المعاونة الدائمة من الإدارة العامة المتعاقدة، ففي هذه الحالة يتم فسخ العقد الإداري وتعويض المتعاقد مع الإدارة عما أصابه من ضرر، وفق نظرية القوة القاهرة الإدارية.

6- عالج القضاء الإداري النتائج المترتبة عن تغير ظروف تنفيذ العقد الإداري، بشكل يوحى بتوخيه الدائم لإقامة التوازن المنشود بين طرفي العقد الإداري، فهو من جهة يسعى لحماية المرفق العام محل التعاقد، من خلال الزام المتعاقد مع الإدارة بالاستمرار في تنفيذ العقد الإداري رغم تَغْيِيرِ الظروف، ولم يسمح له أبدا بالتذرع بالتكاليف الإضافية للتوقف عن التنفيذ، وبالتالي الاخلال بمبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد؛ إلا أنه من جهة أخرى لم يغفل حق المتعاقد في التوازن المالي لعقده، من خلال تمتيعه بتعويض يتماشى مع مقدار الضرر الذي لحق به، سواء أكان هذا التعويض كاملا (في نظريتي فعل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة)، أم جزئيا (في نظرية الظروف الطارئة). وقد اتضحت لنا الحرية التي يتمتع بها القاضي الإداري الفرنسي في استنباط الحلول القانونية بتفسير ما وُجِدَ من نصوص قانونية، وتتميم ما نقص منها، وسد الفراغ في حالة غيابها.

7- الاجتهاد القضائي في مصر كان رائدا هو الآخر في التوفيق بين المصالح المتقابلة في العقد الإداري وإقامة التوازن المنشود في حالة تَغْيِيرِ ظروف تنفيذ العقد، وقد اهتدى في ذلك بما توصل إليه نظيره الفرنسي؛ وهي العملية الاجتهادية التي لازالت بطيئة نسبيا في الجزائر، على أمل مواكبة القاضي الإداري الجزائري لما توصل إليه نظرائه الأجانب، لا سيما في ظل عدم وجود نص قانوني شامل يخص تنظيم العقود الإدارية، وفي ظل غياب اجتهادات قضائية جزائرية تعالج نظريات التوازن المالي بشكل دقيق ومستفيض.

8- كما أن إرادة طرفي العقد الإداري تلعب دورا لا بأس فيه للتصدي لحالات تغير ظروف تنفيذ العقد الإداري، وذلك من خلال التأطير الاتفاقي لحالات فعل الأمير والظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة، بتحديد التعويض المستحق للمتعاقد مسبقا وقت ابرام العقد؛ أم من خلال بنود تثبيت العقد (بنود الثبات التشريعي وبنود عدم المساس بالعقد) التي تسعى للإبقاء على الأرضية المتفق عليها مسبقا كما هي، وتنفيذ العقد الإداري في ظلها رغم تَغْيِيرِ الظروف المادية والقانونية المحيطة به، وهو ما نجده في العقود الإدارية الدولية وعقود الاستثمار. ومهما يكن من تعدد واختلاف هذه الآليات الاتفاقية، إلا أن السمة المشتركة بينها هي أنها كلها مشروعة بشرط عدم الاتفاق على حرمان المتعاقد من التعويض عن تَغْيِيرِ الظروف

واخلاء مسؤولية الإدارة تجاهه، لما في هذا الاتفاق من تعارض مع قواعد النظام العام الناظمة للعقود الإدارية.

9- يجب أن تكون العلاقة التي تربط بين المتعاقدين في العقد الإداري، هي علاقة تعاضد وتعاون لا علاقة تعارض وتضاد، بحيث أن ذلك كفيل بتحقيق الهدف الأسمى المنشود من العقد والمتمثل في تحقيق المصلحة العامة.

10- تمثل فكرة المرفق العام واتصالها بالعقد الإداري، أهم مبرر يمكن به تفسير معظم مبادئ ونظريات تنفيذ العقد الإداري، فكل قاعدة يستنبطها القاضي الإداري إلاّ وتجد صداها ولو من بعيد في فكرة المرفق العام ودوام سيره بانتظام واطراد.

11- إن تفوق الإدارة على المتعاقد معها بما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة، ليس فيه انعدام للمساواة بين طرفي العقد، لأن هذه المساواة تتحقق بالموازنة بين المصلحة العامة التي تستهدفها الإدارة، وبين المصلحة الخاصة للمتعاقد الذي يسعى للربح، وهذا هو المعنى الجوهرى لنظريات التوازن المالى للعقد الإداري.

12- اتفق التشريع الفرنسى والجزائري حول منح صلاحية إبرام العقد الإداري للشخص المعنوي العام فقط، في حين أن المشرع المصرى قد توسع كثيرا في ذلك، بحيث منح هذه الصلاحية حتى للمرافق العامة الاقتصادية.

13- تعتبر كل عقود الإدارة العامة هي عقود إدارية بقوة القانون في الجزائر، بالاستناد الى المعيار العضوي، في حين أن المشرع الفرنسى ميّز في قانون التزامات الإدارة بين عقود الإدارة العامة والعقود الإدارية، بحيث أن العقود التي تبرمها الإدارة العامة ليست كلها عقودا إدارية، بل قد تكون عقودا عادية تخضع للقانون الخاص (المدني والتجاري)، وقد تكون عقودا إدارية (تخضع للقانون الإداري)، وذلك ما يستنتج من م1 من هذا القانون. ولعل هذا مرده في استعمال المشرع الفرنسى لمعيار موضوعي في التمييز بين عقود الإدارة العامة، وهو المعيار الذي ينظر إلى مدى استعمال الإدارة لامتيازات السلطة العامة في العقد، أم اكتفائها فقط بالظهور كشخص عادي يتنازل عن امتيازاتها ويتعاقد مثل الخواص.

14- نلاحظ أن المشرع الجزائري اكتفى فقط بمعيار وجود الإدارة طرفا في العقد (وهو ما نستشفه ضمنا من م 800 من ق ا م ا في ظل غياب نص قانوني خاص بالعقود الإدارية)، وأضاف إليه معيارا آخر مالي في ص ع وتفويضات المرفق العام، وبالتالي لم يمنح اعتبارا لمعيار اتصال العقد بالمرفق العام ومعيار البند غير المألوف، على عكس المشرع والقضاء الفرنسيين اللذان استلزما دائما توافر المعيار الأول (وجود الإدارة طرفا في العقد)، وإضافة على الأقل معيار آخر على الخيار (بين الاتصال بالمرفق العام والبند غير المألوف).

ثانيا، وبعد التطرق لموقف التشريع والقضاء الإداري الجزائريين من الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، ومقارنتهما ببعض الانظمة الأجنبية، يمكن اقتراح ما يأتي:

1- رغم أن تنظيم الصفقات العمومية الحالي نص على مبدأ التوازن المالي للعقد الإداري في م 153 منه، والتي تنص على ما يلي: "تسوّى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل.

غير أنه يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق هذه الأحكام أن تبحث عن حلّ ودّي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها، كلما سمح هذا الحل بما يأتي:

إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كلّ من الطرفين ... "

إلا أننا نرى أن تنظيم الصفقات العمومية الجزائري لم يتطرق مباشرة لنظريات التوازن المالي الثلاث، لا بتعريفها ولا بتقنين احكامها، كما أنه لم يُفصّل كثيرا في أحكام التوازن المالي للعقد، خاصة وأنه لم يبين آليات إعادة هذا التوازن لحالته الطبيعية، بل وردّ ذلك إلى الحلول الودية بين الطرفين المتعاقدين، ولم يُشر إلى الدور الذي يلعبه القضاء الإداري في إعادة التوازن المالي للصفقات العمومية، ولم يقنن الحلول التي صاغها القضاء في هذا المجال.

هذا الفراغ التشريعي الذي قد يفتح المجال للكثير من التأويل والتلاعب، يستدعي من المشرع التدخل لتحديد حالات اختلال التوازن المالي للعقد وكيفية ارجاعها لنصابها المعقول.

2- إن للقانون الإداري خصوصيته التي ابتدعها قرار T.C Blanco الفرنسي الشهير، حين صرّح بأن: "مسؤولية الدولة عن الأضرار التي تلحق الأفراد بسبب تصرفات الأعوان الذين تستخدمهم الإدارة في المرفق العام لا يمكن أن تحكمها المبادئ التي يقررها التقنين المدني

للعلاقات التي تحكم الأفراد فيما بينهم، وأن هذه المسؤولية ليست مطلقة ولا عامة ولها قواعد خاصة غير مستقرة وثابتة و إجراءات تحكمها تختلف باختلاف حاجة المرفق و ضرورة التوفيق بين حقوق الدولة و حقوق الأفراد"، وإننا نرى أن أحكام القانون المدني رغم ما تحمله من قواعد ومبادئ قانونية عامة ورغم كونها الشريعة العامة للعديد من المواضيع، إلا أنها تبقى غير قادرة على مسايرة السمات الأساسية للعقد الإداري والتي تعتبر غريبة جدا عن عقود القانون الخاص، كطُرُق إبرام العقود الإدارية، أو سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه وفي التعديل والفسخ الانفراديين للعقد الإداري، لدرجة أن أصبحت هذه السمات بمثابة معيار لتحديد العقد الإداري بكونه عقدا يحتوي بنودا غير مألوفة في علاقات القانون الخاص. وبالتالي نرى أن القاضي الإداري ليس ملزما على الرجوع لأحكام القانون المدني لتنظيم حالات تَعَيَّر ظروف تنفيذ العقد الإداري، بل إنه ملزم على ابتكار الحلول القانونية التي تتماشى وتتكيف مع كل حالة على حدة، مراعاة لهدف المصلحة العامة -من جهة- ولتحقيق التوازن بين طرفي العقد الإداري غير المتساويين -من جهة أخرى- وهذا ما يعاب على بعض قرارات مجلس الدولة الجزائري التي تبني التعويض عن الظروف الطارئة على أساس م107 من القانون المدني، وتبني باقي حالات التعويض على أساس م124 من ذات القانون، رغم الفروق الشاسعة بين أسس التعويض في كل من القانون الإداري والقانون المدني.

3- حدد تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام ممثلي المصلحة المتعاقدة ضمن م4 منه، وهم كالاتي:

الدولة يمثلها الوزير، والولاية يمثلها الوالي، والبلدية يمثلها رئيس المجلس الشعبي البلدي، المؤسسات الأخرى يمثلها المدير أو المدير العام لها أو مسؤول الهيئة العمومية؛ ورغم تحديد هذه المادة لقواعد الاختصاص في إبرام الصفقات العمومية بشكل واضح وشامل، إلا أنها يعاب عليها أنها لا زالت تنص على ممثل أحد الهيئات، وهو "مسؤول الهيئة العمومية"، ولكن لم يعد لهذه العبارة لزوم في م4 من المرسوم الرئاسي 15-247 لأن م6 منه ألغت أحد الأشخاص الذين كانوا يتمتعون بصلاحيات إبرام الصفقة، ألا وهو "الهيئات الوطنية المستقلة"، وبالتالي يبدو أن المشرع الفرعي أغفل نزع ممثل هذه الهيئة من م4؛ وترك صياغتها مثلما كانت عليه في م8 من

المرسوم الرئاسي 10-236 الملغى، ونلاحظ أن صياغة هذه المادة كانت أوضح مما هي عليه الآن، كونها حددت بالضبط كل مسؤول والهيئة التي يمثلها، عكس المادة الحالية التي جاءت سطحية، وذكرت فقط الممثلين القانونيين دون ذكر المؤسسة التي يمثلونها. مما يستدعي من المشرع الفرعي التدخل لإعادة صياغة هذه المادة حسب الأحكام القانونية المستحدثة في سنة 2015.

4- نلاحظ هنا أن المشرع الجزائري لم يُقَيِّن نظرية العقد الإداري، واكتفى فقط بتنظيم جزء من هذه النظرية ألا وهو تنظيم الصفقات العمومية، وتَرَكَ هذه المهمة للقضاء الإداري، الذي يتحمل في ظل هذا الاغفال التشريعي مهمة ثقيلة تتمثل في بلورة وتأطير أحكام العقد الإداري إبرامًا وتنفيذًا ومنازعةً، لا سيما في ظل الاختلاف الفقهي والقضائي الكبير حول العديد من أسس ونظريات العقد الإداري. وهذه التجربة الإيجابية قامت بها العديد من الدول-كما جاء في الرسالة-على غرار فرنسا، ليبيا، سوريا.

5- نلاحظ عدم أخذ القضاء الإداري الجزائري بنظرية فعل الأمير السلبي، رغم أن عدم قيام الإدارة بواجباتها أمر متكرر الحدوث في مجال تنفيذ العقود الإدارية، ومن ذلك عدم قيام البلدية بتعبيد الطرق الرئيسية التي تسلكها شاحنات المتعاقد للقيام بالمهمة المتعاقد عليها، أو عدم قيام الإدارة بتسديد القسط الأول من التسبيق المالي ما يدفع المتعاقد للجوء الى القضاء لإلزامها بذلك؛ مما يكبده خسارة إضافية، ولكن أمام عدم نشر قرارات مجلس الدولة الجزائري فلا يمكن معرفة موقفه من هذه النظرية بشكل جازم.

الملاحق

الملحق الأول: قرار مجلس الدولة المؤرخ في 12-07-2005 قضية (ق ب ع) ضد مدير الشباب والرياضة لولاية البويرة، الغرفة الأولى.

الملحق الثاني: قرار مجلس الدولة بتاريخ 15/04/2003، مقابلة الأشغال العمومية (ل م) ضد بلدية تنس.

الملحق الثالث: قرار مجلس الدولة، الغرفة الأولى، القسم الأول، بتاريخ 04/10/2012، بين ولاية وهران و (غ س)، قضية رقم 069335، غير منشور.

الملحق الرابع: قرار مجلس الدولة، الغرفة الأولى، القسم الأول، بتاريخ 04/10/2012، بين ولاية وهران و (مؤسسة ...)، قضية رقم 071021، غير منشور.

الملحق الخامس: قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا، بين (د ح) والمجلس الشعبي البلدي لبلدية عين الباردة، بتاريخ 10/10/1993.

الملحق السادس: قرار مجلس الدولة، بتاريخ 07/05/2001، قضية بين: (ج ف) ضد بلدية بومقر.

الملحق السابع: قرار المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، بتاريخ 10/04/1968، قضية الدولة ضد شركة الوراقة وصناعة المقوى العصريين وغيرها، غير منشور.

الملحق الثامن: قرار المجلس الأعلى، بتاريخ 25/02/1989، قضية (ش ع) ضد (و و م ومن معه).

الملحق التاسع: قرار مجلس الدولة، بتاريخ 08/03/1999، قضية بين (ب ت) ورئيس المندوبية التنفيذية لولاية سكيكدة.

الملحق العاشر: قرار مجلس الدولة، بتاريخ 2005/07/12، بين (بلدية ثنية الحد) و (ز)
د)، غير منشور.

الملحق الحادي عشر: قرار المجلس الأعلى، قرار بتاريخ 1989/01/14، بين (ع ع) ضد
رئيس بلدية ب س ن.

الملحق الثاني عشر: قرار مجلس الدولة، بتاريخ 2005/07/12، بين بلدية سكيكدة ومصفي
مؤسسة استصلاح م غ.

الملحق الأول

قرار مجلس الدولة المؤرخ في 12-07-2005 قضية (ق ب
ع) ضد مدير الشباب والرياضة لولاية البويرة، الغرفة
الأولى.

.....

:

22350 :

927 :

2005/07/12 :

. . . . /

:_____

:_____

92

1990/04/07

09/90

:

" "

.....

- - - 08 2 280 " "

:

-
-
-
-

:

:

/ / / /

الملحق الثاني

قرار مجلس الدولة بتاريخ 2003/04/15، مقابلة

الأشغال العمومية (ل م) ضد بلدية تنس.

(41)

008072 :
2003/04/15 :

2001/02/18

(43)

/02

3

03

)

.(

41

1997 /12 /29

:

/03

1997/12/29

513.162,32 :

:

:

:

.

:

.

/

()

/

الملحق الثالث

قرار مجلس الدولة، الغرفة الأولى، القسم الأول، بتاريخ

2012/10/04، بين ولاية وهران و(غ س)، قضية رقم

069335، غير منشور.

ق ر ر

الغرفة الأولى

القسم الأول

فصلا في الدعوى المرفوعة:

بين:

السيد والي ولاية وهران القائم في حقه الأستاذ

ملف رقم:

المحامي المعتمد لدى المحكمة العليا الكائن مكتبه برقم

069335

من جهة

وبين:

فهرس رقم:

الساكن برقم وهران القائم في

السيد س

657

حقه الأستاذ المحامي المعتمد لدى المحكمة العليا الكائن مكتبه بـ

قرار بتاريخ:

6 وهران

2012/10/04

من جهة أخرى

إن مجلس الدولة:

قضية:

في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الرابع من شهر أكتوبر سنة

الوالي ولاية وهران

ألفين وإثنى عشر .

ضد:

بمقتضى القانون العضوي رقم 01-98 المؤرخ في 04 صفر 1419

الموافق لـ 30 مايو 1998 والمتعلق باختصاصات مجلس الدولة

وتنظيمه وعمله المعدل والمتمم .

بمقتضى القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25

فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، لا سيما

المواد 876، 884، 888، 889، 898، 899، 915 و 916 منه .

بعد الاستماع إلى السيد غربي الهاشمي مستشار الدولة المقرر في تلاوة

تقريره المكتوب .

بعد الإطلاع على التقرير المكتوب للسيدة درار دليلة محافظ الدولة و

الإستماع إلى ملاحظاتها الشفوية .

و بعد مداولة قانونية أصدر القرار الآتي :

الوقائع والإجراءات:

- بموجب عريضة مودعة لدى كتابة ضبط مجلس الدولة بتاريخ 2011/01/30 إستأنف والي
ران بواسطة محاميه الأستاذ // // // // // الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية لوهران
بتاريخ 2010/10/02 قضية رقم 10/522 و القاضي بإلزام ولاية وهران بأدائها للمدعي //
// // المبلغ (2.907.979 دج) الممثل لقيمة البضائع التوريدات و تعويض قدره (20.000 دج) مع
إعفاء الولاية المدعى عليها من المصاريف القضائية .

و جاء في ملخص عريضته ما يلي :

أن المستأنف عليه بعد فشله في دعوى سابقة إنتهت برفضها لعدم الإثبات بالقرار الصادر
بتاريخ 2009/06/20 تحت رقم 09/73، القرار الذي صار نهائيا و حاز قوة الشيء المقضي فيه ،
أعاد الكرة بالدعوى الحالية التي يلتزم فيها إلزام الوالي بأن يدفع له قيمة الدين المزعوم المتمثل
في بعض الفواتير لتوريدات من موداة الخردوات العامة و مواد الصيانة و معدات الكهرباء .. إلخ
و تبريرا لمزاعمه الحالية قدم محضر إستجواب لرئيس المخزن " بأنه فعلا هناك خدمة مؤداة " على
الفواتير مع العلم أن الدعوى الأولى رفضت لعدم تقديم ما يثبت وجود إيصالات إستلام للمنتوجات
الموردة في مقابل إيصالات الطلب .

علما أن في دعوى الحال لم يقدم المستأنف عليه ما كان قد طلب منه و بالتالي ورغم خلو الملف
من الإثبات ، ألزم القضاة الولاية بأن تدفع المبلغ المطلوب كما أنه يعيب على الحكم المستأنف عدم
التعليل عن تقادم الدين.

و إنتهى إلى طلب إلغاء الحكم المستأنف و فصلا من جديد رفض الدعوى لعدم التأسيس القانوني
و تحميل المستأنف عليه المصاريف .

بمذكرة جواب أودعها الأستاذ بكوش عبد الحق تمسك فيها المستأنف عليه بطلباته وسأل تأييد
القرار المستأنف مع رد كل دفوع المستأنف لعدم تأسيسها .
لقد تم إبلاغ الملف لمحافظ الدولة لتقديم طلباته و قد إلتمس تأييد القرار المستأنف .

- وعليه فإن مجلس الدولة

- من حيث الشكل:

- حيث أنه لا يوجد بالملف ما يثبت تبليغ الحكم المستأنف للأطراف مما يجعل الإستئناف
المسجل ضده بتاريخ 2011/01/30 واردا ضمن الآجال المقررة قانونا و العريضة إستوفت كل
الأوضاع الشكلية مما يتعين التصريح بقبول الإستئناف .

من حيث الموضوع:

و حيث دفعت في الإستئناف بسبق الفصل و حجية الشيء المقضي فيه ، و تعيب من جهة اخرى القصور في التسبيب و عدم الإجابة عن ادفع بتقادم الدين المطالب به - يستخلص من دراسة الملف أن المستأنفة ولاية وهران تعاملت بواسطة مصالحها الإدارية مع المستأنف عليه من أجل تزويدها ب مواد الخردوات لعامة مواد الصيانة و معدات الكهرباء التعامل المبدئي الذي لم تنتهه ، و تمسكت بالدفع الذي مفاده : " أن المدعي لم يقدم ما يثبت تسليم البضاعة لها. حيث ثابت من الوثائق أيضا أن المستأنف عليه و رغم المساعي الودية قصد إستيفاء حقوقه ، إلا أن الولاية لم تسدد له مستحقاته المالية كما هو ثابت من مختلف الطلبات المؤشر عليها من طرف الولاية بضرورة تسوية الوضعية من سنة 1997، 1996 ، إلى غاية سنة 2007 و الإغذارات الموالية. حيث أنه فيما تعلق بدفع المستأنفة بسبق الفصل بموجب القرار تسوية بتاريخ 20/06/2009 الذي رفض الدعوى لعدم الإثبات و الحال أن القرار رفض الدعوى لعدم تقديم ما يفيد التزويد الفعلي للبضائع و هو بذلك لم يفصل نهائيا في النزاع ، و الرجوع بالدعوى الحالية جائز ما دام تستند إلى دلائل جديدة، وهي تقديم وصولات إستلام للتوريدات المطالب بقيمتها، وصولات مؤشر عليها وصادرة عنه مصالح المستأنفة " مخزن الولاية " .

حيث أن تأشيرة الإستلام الصادرة عن "مخزن الولاية تفيد قبض اللوازم المطلوبة بالطلبية للشراء الصادرة عن مصالح الولاية و لفائدتها إلى غاية إثبات العكس ، خلافا لمزاعم الولاية المستأنفة و عليه يتعين رد الدفع المثار بهذا الخصوص لعدم تأسيسه .

حيث أن وصولات الإستلام باللوازم المطلوبة تقابلها فواتير مطابقة تمام المطابقة في محتواها لعدد و كمية و نوعية المطلوب، وهي بذلك كافية للدلالة على أن الخدمة أديت ، و أنه لا داع بذلك بالتأشير على الفاتورة بعبارة " خدمة مؤداة " ما دام وصولات إستلام و طلب الشراء مرفقة بها . حيث أنه بخصوص الدفع بعدم التسليم للبضائع محل الطلبيات فهو دفع مردود ، لكون الولاية حسبما يبدو لم تطلع على الوثائق المستظهر بها في الملف ووصولات الإستلام و لفواتير المؤشر عليها التي تفيد التسليم الحقيقي و الفصلي لكل اللوازم المطالب بمستحقاتها .

عن الدفع بتقادم الدين المطالب به :

حيث و لئن كانت المادة 150 من القانون رقم 90/09 المتعلق بالولاية تنص : "يشتمل التقادم لديون الولاية التي لم يمكن تصفيتها أو الإذن بصرفها أو دفعها في مهلة أربع سنوات إبتداء من بدء السنة المالية التابعة ، و تنتقض نهائيا لفائدة الولاية و المؤسسات العمومية الولائية ، إلا إذا

التأخير ناجما إما بفعل هذه الجماعة أو هيئاتها ، أو ناجما عن ممارسة الطعن أمام جهة قضائية وجود سبب من أسباب القوة القاهرة يمنع المستفيدين من هذه الديون من المطالبة بحقوقهم في الأجل المنصوص عليها أعلاه ."

و حيث ثابت من المراسلات و الإغذارات المستظهر بها في الملف أن المستأنف عليه لم يتهاون بل ما فتئ يطالب بديونه المستحقة من يوم تقديم الفاتورة و أنه لم يتأخر في المطالبة بذلك ، بل التأخير كان ناجما من جانب الإدارة العمومية التي لم تسارع إلى التخلص من تلك الديون ، وبذلك فلا وجود لتقادم الدين مما يتعين رفض الدفع .

حيث أنه وفقا للأسباب المذكورة أعلاه ، فالإستئناف غير مؤسس يتعين رفضه ، و بالمقابل تأييد القرار المستأنف في جميع ترانتيه لحسن تقديره الوقائع و تطبيق القانون .
حيث أن المستأنفة ولاية وهران معفاة من المصاريف.

لهذه الأسباب

- يقرر مجلس الدولة: علنيا حضوريا و نهائيا :

- في الشكل: قبول الإستئناف .

- في الموضوع: تأييد القرار المستأنف.

المستأنفة معفاة من دفع المصاريف.

- بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الرابع من شهر

أكتوبر سنة ألفين و إثني عشر من قبل الغرفة الأولى القسم الأول المشكلة من السيدات و السادة:

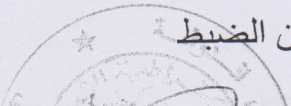
الرئيسة	ميمون رتيبة
مستشار الدولة المقرر	غربي الهاشمي
مستشار الدولة	ميسوري أعمارة
مستشارة الدولة	بن منصور حفيظة

- بحضور السيدة درار دليلة محافظة الدولة وبمساعدة السيد بوخش محمد أمين الضبط

مستشار الدولة المقرر

- الرئيسة

- أمين الضبط



الملحق الرابع

قرار مجلس الدولة، الغرفة الأولى، القسم الأول، بتاريخ
2012/10/04، بين ولاية وهران و(مؤسسة ...)، قضية
رقم 071021، غير منشور.

— ق ر ر —

الغرفة الأولى

القسم الأول

— فصلا في الدعوى المرفوعة: —

— بين: —

— ملف رقم:

071021

بلدية وهران الممثلة من طرف السيد رئيس المجلس الشعبي البلدي الكائن
مقرها بساحة أول نوفمبر
وهران في حقها الأستاذ
المحامي المعتمد لدى المحكمة العليا الكائن مكتبه مير عبد القادر
وهران .

— فهرس رقم:

708

— من جهة

— قرار بتاريخ:

2012/10/04

— قضية:

بلدية وهران

— إن مجلس الدولة:

— في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الرابع من شهر أكتوبر سنة
ألفين و إثني عشر .

— ضد:

— بمقتضى القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 04 صفر 1419

وتنظيمه وعمله المعدل و المتمم .

— بمقتضى القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25
فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، لا سيما
المواد 876، 884، 888، 889، 898، 899، 915 و 916 منه .

(صفقات عمومية)

— بعد الاستماع إلى السيدة ميمون رتيبة رئيسة القسم المقررة في ثلاثة
تقريرها المكتوب .

— بعد الإطلاع على التقرير المكتوب للسيدة درار دليمة محافظ الدولة
والإستماع إلى ملاحظاته الشفوية .

— و بعد المداولة القانونية أصدر القرار الآتي : /.../...

- الوقائع والإجراءات:

- بموجب عريضة مودعة لدى كتابة ضبط مجلس الدولة بتاريخ 2011/04/06 إستأنفت بلدية وهران الممثلة بالحكم الصادر عن الغرفة الإدارية بوهران و القاضي بقبول إعادة السير في الدعوى شكلا و في الموضوع إفراغ القرار التمهيدي الصادر في 2010/05/06 إستبعاد الخبرة المنجزة من طرف الخبير بن جفان عبد الرحمان و القضاء بإلزام بلدية وهران الممثلة بأدائها للمدعية مؤسسة كركب للمياه المبلغ المتبقي بما قيمته 1.834.852,54 دج و تعويض قدره 50.000 دج ورفض ما زاد عن ذلك من طلبات .

حيث جاء فيها أنه تم تكليف مؤسسة كركب للمياه من طرف البلدية من أجل إنجاز نافورة المياه بالنقطة الدائرية بمدخل كنستال و تم تكليف المؤسسة بإنجاز هذه الأشغال بموجب أمر خدمة مؤرخ في 2006/12/19 على أساس إختيارها من طرف اللجنة المكلفة بدراسة و تسوية المشاريع التي تقل عن ستة ملايين دج .

لما شرعت المستأنف عليها في تنفيذ الأشغال تبين أن هذه الأخيرة غير مطابقة لما هو مطلوب القيام به و تم هدمها .

تقدمت المستأنف عليها بدعوى لمطالبته بدينها العالق المقدر بـ 2.456.461,80 دج حيث أصدرت المحكمة الإدارية الحكم محل الإستئناف .

المناقشة القانونية :

حيث أن المحكمة الإدارية أسست حكمها على ما يلي :

حيث أنه فيما يخص الأشغال الجديدة التي أنجزتها المدعية والتي قدمت بشأنها نسخة من الكشف الكمي و التقديري عن الأشغال الأصلية و الأشغال الجديدة بالإضافة إلى محضر تسليم نهائي عن الأشغال الجديدة مصادق عليه من طرف بلدية وهران ، لكن يلاحظ أن المدعية أنجزت أشغال جديدة بعد أن هدمها كونها جاءت غير مطابقة لما طلب منها و أنها لا تعتبر الأشغال الإضافية تابعة للصفقة بأمر الخدمة لتنفيذ الأشغال الجديدة و بالتالي يكون دفع البلدية في محله ينبغي الإلتفات إليه. حيث أن المدعية في إعادة لا يمكنها المطالبة سوى بتسديد المبلغ المتبقي و المقدر بـ 834.852,54 دج الذي بقي في ذمة المدعى عليها إن المبلغ الذي قضت به المحكمة الإدارية غير مؤسس بما أن هذه الأخيرة إعتبرت الأشغال الجديدة في مطابقة للقانون لأنه لا يوجد ملحق لأشغال الجديدة و أمر بخدمة لتنفيذ هذه الأشغال .

وفيما يخص الأشغال الأصلية فإنها جاءت غير مطابقة لما طلب منها وبالتالي أن هذه الأخيرة لم تفي بالتزاماتها التعاقدية ولا تستحق المبالغ المحكوم بها هذا من جهة و من جهة أخرى أن المحكمة لم تحترم مقتضيات المادة 07 من المرسوم رقم 294/92 المؤرخ في 14/11/1992 المتعلق بالرقابة المسبقة لنفقات الدولة .

حيث تلتزم قبول الإستئناف شكلا .

و في الموضوع إلغاء القرار المستأنف و حالة التصدي من جديد القضاء برفض الدعوى لعدم التأسيس القانوني

حيث أن المستأنف عليها تغيبت و لم ترد .

حيث إلتمست محافظ الدولة تأييد القرار المستأنف .

-و عليه فان مجلس الدولة-

- من حيث الشكل:

- حيث أن الإستئناف إستوفى الأوضاع القانونية فهو مقبول .

- من حيث الموضوع :

-حيث يستفاد من دراسة ملف الدعوى أن بلدية وهران الممثلة إستأنفت الحكم الصادر في 21/12/2010 الذي ألزنها بدفع مبلغ 1.834.852,54 دج قيمة الأشغال و مبلغ 50.000 دج تعويضا للمستأنف عليها و إلتمست إلغاءه و من جديد رفض الدعوى لعدم التأسيس .

حيث إتضح لمجلس الدولة أن المستأنف عليها و لإثبات طلبها قدمت للمستأنفة محضر تسليم نهائي للأشغال موقع من جميع الأطراف و يثبت إنجاز هذه الأشغال بـ 100% و دون أية ملاحظة أو تحفظ

حيث قدمت كذلك فاتورة هذه الأشغال مؤشر عليها من طرف المستأنفة .

حيث أكد الخبير المعين من طرف الغرفة أن البلدية لم تتنازع وجود هذه الأشغال أو قيمتها بل تصرح بأن النزاع الواقع ليس في وجود الأشغال الإضافية و إنما لا يوجد بالخزينة المالية المصاريف المطلوبة من طرف المقاوله

حيث أن هذا الدفع غير جدي لأنه ما كان على البلدية مباشرة إنجاز مشروع إلا بعد أن تتوفر على إتمادات مالية .

حيث أن قضاة أول درجة لما قضاوا على النحو المذكور أعلاه يكونوا قد طبقوا صحيح القانون
يتعين تأييد القرار المستأنف .
البلدية معفية من المصاريف .

لهذه الأسباب .

- يقرر مجلس الدولة: علنيا غيابيا نهائيا :
- في الشكل: قبول الإستئناف.
- في الموضوع: تأييد الحكم المستأنف .
- البلدية معفية من المصاريف .

- بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الرابع من شهر
أكتوبر سنة ألفين و إثني عشر من قبل الغرفة الأولى القسم الأول المشكلة من السيدات والسادة:

ميمون رتيبة	الرئيسة المقررة
بن منصور حفيظة	مستشارة الدولة
غربي الهاشمي	مستشار الدولة
ميسوري أعمارة	مستشار الدولة

- بحضور السيدة درار دليلة محافظ الدولة وبمساعدة السيد بوخش محمد أمين الضبط
- الرئيسة المقررة

الملحق الخامس

قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا، بين (د ح) والمجلس

الشعبي البلدي لبلدية عين الباردة، بتاريخ

.1993/10/10

[034] رقم القرار: 99694 قضية: (د.ج) همد: (المجلس الشعبي البلدي لبلدية عين الباردة)

تاريخ القرار: 1993/10/10 المرجع: المجلة القضائية، 1994، عدد 1، ص: 217

الموضوع: آثار العقد - تنفيذ الالتزام التعاقدي - الحادث الاستثنائي - رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

المرجع: المادة 3/107 من القانون المدني.

المبدأ: من المقرر قانونا أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها. وترتب على حدوثها، أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وأن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة. جاز للقاضي تبعا للظروف، وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

ولما ثبت - من مستندات القضية الحالية - أن السوق محل العقد المبرم بين المستأنف والمستأنف عليه (رئيس بلدية عين الباردة) بقي مغلقا بسبب مرض الحمى الذي أصاب المواشي، فإن ذلك يعد حدثا استثنائيا غير متوقع، يجب الأخذ به. ومتى كان كذلك استوجب إلغاء القرار المستأنف، وتعويض الطاعن عن الأضرار التي لحقت.

إن المحكمة العليا

في جلسته العلنية المنعقدة بمقرها الكائن بشارع 11 ديسمبر 1960 الأبيار الجزائر.

بعد المداولة القانونية أصدر القرار التالي بيانه.

بمقتضى القانون 89-22 المؤرخ في 12/12/89 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها.

بمقتضى القانون رقم 90-23 المؤرخ في 18 أوت 1990 المعدل والمكمل للأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08/06/1966 المتضمن ق.إ.م.

بناء على المواد 07، 171 مكرر من 181 إلى 189، 277، 281 و 283، 285 من ق.إ.م.

بعد الاطلاع على العريضة والمذكرات وطلبات الطرفين وجميع مستندات ملف القضية.

بعد الاطلاع على القرار المطعون فيه.

بعد الاستماع إلى السيد فريجة حسين المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب وإلى السيدة
لهيكة مرابط المحامية العامة في تقديم طلباتها المكتوبة.

حيث أنه بموجب عريضة مودعة لدى كتابة ضبط المحكمة العليا بتاريخ 1991/11/26
مؤلفة (د.ح) القرار الصادر عن الغرفة الإدارية لدى مجلس قضاء عنابة الصادر بتاريخ
1991/09/09 والذي قضى برفض طلبات المدعى والمتمثلة في استرجاع مبلغ
700.000,00 دج كان قد دفعه مقابل إيجار سوق المواشي بسبب عدم استغلاله بحجة المرض
رسمي الذي أصاب المواشي.

عن الوجه الثار:

أن القرار المطعون فيه بالاستئناف غير مؤسس وحلل الوقائع تحليلاً خطأ لأن المستأنف لم
يطلب بالتعويض كما جاء في حيثيات القرار وإنما طالب بإرجاع المبلغ أو على الأقل يسدّد مقابل
المدة التي عمل فيها دون المدة التي لم يعمل فيها، وأن المادة 22 من دفتر الشروط اعتمد عليها قضاة
الس قضاء عنابة تحصى الأضرار التي يمكن أن تلحق المستأنف أثناء تنفيذ العقد لأسباب قاهرة
مأرجة عن البلدية. أما عندما يتسبب المستأنف عليه في الأضرار للمستأنف فإنه يلزم بالتعويض.

وعليه

من حيث الشكل: قبول الاستئناف شكلاً لوروده في الآجال القانونية.

وفي الموضوع:

حيث يتضح أنه بالرجوع إلى مستندات الملف ووقائع الدعوى أن السوق بقيت مغلقة بسبب
مرض الحمى الذي أصاب المواشي.

حيث بالرجوع إلى ق.م وخاصة المادة 3/107 أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن
الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز
للقاضي تبعاً للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول،
ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك.

حيث أن المبلغ المعروض من الإدارة معقول.

لهذه الاسباب

تقضي المحكمة العليا:

في الشكل: التصريح بقبول الاستئناف.

في الموضوع: إلغاء القرار الصادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء عنابة في 30/09/1991، وبعد التصدي بتعويض الطاعن بمبلغ 420.000 دج عن الأضرار التي لحقت به والمصاريف على عاتق المستأنف عليها.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في جلسته العلنية المنعقدة بتاريخ المذكور أعلاه من طرف المجلس الأعلى - الغرفة الإدارية - المترتبة من السادة:

جنادي عبد الحميد الرئيس

فريجة حسين المستشار المقرر

ليبيض غنية المستشارة

أبركان فريدة المستشارة

وبحضور مليكة مرابط المحامية العامة: بمساعدة رضا عبادة كاتب الضبط.

الملحق السادس

قرار مجلس الدولة، بتاريخ 2001/05/07، قضية بين:

(ج ف) ضد بلدية بومقر.

قضية: (ج.ف) ضد: (بلدية بومقر)	[456] رقم القرار: 2448
المرجع: مجلة مجلس الدولة، 2003، العدد 3، ص: 103	تاريخ القرار: 2001/05/07

الموضوع: القوة القاهرة - فيضانات - حائط مشيد من طرف البلدية - تضرر مخبزة بفعل مياه المطر - البلدية مسؤولة (لا) - قوة القاهرة (نعم).

وعليه

من حيث الشكل:

حيث لا يوجد بالملف ما يدل على أن القرار قد بلغ مما يتعين التصريح بقبول الاستئناف شكلا.

من حيث الموضوع:

حيث أن المستأنف يطالب بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به من جراء بناء الحائط من طرف البلدية خلف مخبزه وأصبح سدا منيعا في وجه مياه الأمطار وتدفقت داخل المخبزة مما تسبب في تحطيم مختلف العتاد الموجود بها.

لكن حيث يستفاد من دراسة الملف أن بلدية بومقر كانت ضحية فياضانات يوم 17/09/1997 عمت كافة المنطقة وأدت إلى وفاة 3 أشخاص وتحطيم عدة مساكن وإتلاف المتوجات الفلاحية وأصبحت منكوبة ولم يكن المستأنف المتضرر الوحيد من جراء هذه الفيضانات وليس من جراء بناء الحائط من طرف البلدية المتسببة له في الأضرار وبالتالي هناك القوة القاهرة فضلا عن أن المستأنف لم يقدم أي دليل على أن الحائط هو التسبب في الأضرار وبالتالي وبدون مناقشة الوجه يتعين المصادقة على القرار.

بمضي مجلس الدولة: علنيا وحضوريا:

في الشكل: قبول الاستئناف شكلا.

في الموضوع: المصادقة على القرار.

جعل المصاريف القضائية على الخزينة

هذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ التاسع من شهر أفريل من سنة
الفرن وواحد من قبل الغرفة الأولى بمجلس الدولة المشكلة من السادة:

كروغلي مقداد الرئيس

فنيش كمال المستشار المقرر

لعروسي فريدة رئيسة قسم

بن عبيد الوردي المستشار

ميمون رتبية المستشار

بحضور السيد بولصوف موسى مساعد محافظ الدولة بمساعدة السيد بوبتره وليد أمين الضبط.

الملحق السابع

قرار المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، بتاريخ

1968/04/10، قضية الدولة ضد شركة الوراقة وصناعة

المقوى العصريين وغيرها، غير منشور.

في 10 أبريل سنة 1968 .

مَسْئُولِيَّةُ السُّلْطَةِ العُومِيَّةِ - القُوَّةُ القَاهِرَةُ - صِبَانَةُ

التَّبَانِي العُومِيَّةِ

إِذَا كَانَتْ الْأَضْرَارُ اللَّاحِقَةُ بِالشَّرِكَةِ سَبَبًا الْأَمْطَارُ السَّاحِبَةُ،
لِنِزَارَتِهَا ، حَالَةً قُوَّةٍ قَاهِرَةٍ، فَإِنَّ نَتَائِجَ الْفِيضَانِ الضَّارَّةِ شَدَدَتْهَا
رَدَاةً صِبَانَةَ الْقَنَاءِ الَّتِي هِيَ فِي حِرَاسَةِ الدَّوَلَةِ .

الدَّوَلَةُ - ضِدَّ - شَرِكَةِ الْوَرَّاقَةِ وَصِنَاعَةِ الْمُقَوَّى العُصْرِيَّةِ وَفِيهَا .

بِإِنِّ التَّجْلِسِ الْأَعْلَى :

حَيْثُ إِنَّ الْجَزَائِرَ اسْتَأْنَفَتْ بِعَرِيضَةٍ مُؤَرَّخَةٍ فِي 20 أَيْوَانَ سَنَةِ 1961
أَمَامَ مَجْلِسِ الدَّوَلَةِ الْفَرَنْسِيِّ حُكْمًا صَادِرًا مِنَ الْعُكْمَةِ الْإِدَارِيَّةِ بِبَلَدَةِ
الْجَزَائِرِ فِي 29 مَارِسَ سَنَةِ 1961 لَمَّا جَعَلَ عَلَى عَائِقَتِهَا
لِنَيْتَةِ الثَّلَاثِ ، الْأَضْرَارُ اللَّاحِقَةُ بِشَرِكَةِ ((الْوَرَّاقَةِ وَصِنَاعَةِ الْمُقَوَّى
العُصْرِيَّةِ)) مِنْ جَرَّاءِ فَيْضَانِ قَنَاءِ دِيْصُولِي ، بِالْحَرَّاشِ وَفِي شَهْرِ
أَكْتُورَسَنَةِ 1967 ، وَقَدَرُ الثَّلَاثِ الْمُنُوحِ 33 ، 180091 دِينَارٍ ؛

وَحَيْثُ إِنَّ شَرِكَةَ ((الْوَرَّاقَةِ وَصِنَاعَةِ الْمُقَوَّى العُصْرِيَّةِ)) قَامَتْ بِدَرِّهَا
بِاسْتِنَافِ فَرْعِيٍّ فِي نَفْسِ الْحُكْمِ ، مُدَّعِيَةً أَنَّ الْقَضَاءَ الْأَوَّلِيْنَ حَدَدُوا خَطَأً
الضَّرَرَ اللَّاحِقَ بِ 15 ، 540274 فَرَنْكٍ جَدِيدَةٍ وَالْعَالُ أَنْهُ مَبْلَغُ 15 ، 610073
ن . ج . ؛ وَطَلَبَتْ الْقَضَاءَ عَلَى الْجَزَائِرِ بِتَعْوِيْسِ ثَلَاثِي الضَّرْرِ الْمَذْكُورِ ،

أبي 44 ، 40-715 ف. ج ؛ عَلَى أَنْ يُلْتَمَسَ التُّكُّ الْبَاقِي عَلَى عَائِنِي
بِلِدَيْتِي الْجَزَائِرِ ؛

وَحَيْثُ إِنَّهُ وَالْحَالَةَ طَبَّكَ وَمَعْلًا بِالمَادَّةِ 18 مِنَ المَاهِدَةِ القَضَائِيَّةِ
الْجَزَائِرِيَّةِ الفَرَنْسِيَّةِ المُوَرَّخَةِ فِي 28 آوْتِ سَنَةِ 1962 وَجِهَةً مَلَفِ القَضِيَّةِ
إِلَى المَجْلِسِ الأعلى الِذِي صَارَ لَهُ الإِخْتِصَاصُ لِلنَّظَرِ فِيهَا ؛

وَحَيْثُ إِنَّ بِلْدَيْتِي الْجَزَائِرِ الَّتِي اسْتُخْلِفْتُ إِسْرَدَ لِكَ بِلْدَيْتِي الحَمْرَاشِ ؛
طَلَبْتُ ، أَسَامَ مَجْلِسِ القَضَاءِ ، إِخْرَاجَهَا مِنَ القَضِيَّةِ بِتَدْعَوِي أَنَّهُ رَضِيَتْ
بِالحُكْمِ المُسْتَأْنِفِ بِأَدَائِهَا إِلَى الشَّرِكَةِ المُطَالِبَةِ المُبْلَغِ الِذِي حَكَمَ بِهِ عَلَى
الْجَمَاعَةِ الَّتِي حَلَّتْ مَحَلَّهَا ؛

وَحَيْثُ ، مِنْ جِهَةٍ أُخْرَى ، أَنَّ الشَّرِكَةَ ((الوَرَاةَ وَصِنَاعَةَ المَقْسُورِ
العَصْرِيَّتَيْنِ)) أُعْلِنَ مُغْرُوبًا وَوَيْدًا بِاسْتِثْمَارِهَا إِلَى لَجْنَةِ تَسْيِيرِ قَدَمَتْ
فِي 26 أَفْرِيلَ سَنَةِ 1965 عَرِيضَةً أُعْتِبِرَتْ طُسْرُوهَا وَمُصْرِحَةً فِيهَا بِتَفْوِضِ
أَمْرِهَا إِلَى القَضَاءِ ؛

وَحَيْثُ إِنَّهُ تَعَيَّنَ ، وَالْحَالُ أَنَّ القَضِيَّةَ صَالِحَةً لِلْحُكْمِ فِيهَا ،
الْفَصْلُ فِي التَّوْضُوعِ ؛

فِي التَّوْضُوعِ ؛ حَيْثُ إِنَّ الْجَزَائِرَ اسْتَظْهَرَتْ ، تَأْيِيدًا لِاسْتِنَافِهَا
بِأَنَّ أَمطَارَ يَوْمِي 5 وَ 9 أكتُوبَرُ سَنَةِ 1967 وَالْفِيضَانَاتِ النَّاجِمَةَ عَنْهَا كَانَتْ
لَهَا طَابَعُ العَادَةِ الطَّارِيءِ الأَمْسَاسِيَّ يَسْمَحُ بِإِعْتِبَارِهَا كَعَمَالِ قُوَّةِ

قَاهِرَةٌ مُعَيَّنَةٌ ، فِي جَمِيعِ الْأَحْوَالِ ، عَنِ الدَّوْلَةِ مِنْ كُلِّ مَسْئَلَةٍ ؛ كَمَا ادَّعَتْ
أَنَّ الْأَضْرَارَ اللَّاحِقَةَ بِمُنْشَأَتِ الشَّرِكَةِ الْمُتَابِعَةِ سَبَبًا لَا قَلَّةَ المَيَانَةِ بَلْ
نَقَصُ قَنَاءَةِ دِيُولِي الَّذِي خُصِمَ لَمَّا لَمْ يَمُدَّ إِلَيْهِ بِاسْتِعْمَالِهِ فِي إِخْلَاءِ
مِيَاهِ الْأَمْطَارِ ؛ وَأَنَّهَا تَدْعِي أَيْضًا أَنَّ صِيَانَةَ القَنَاءَةِ الْمُسْتَعْمَلِ كَذَلِكَ
لَيْسَتْ عَلَى الْجَزَائِرِ بَلْ عَلَى الْقَائِمِينَ عَلَى ضَفْتَيْهِ ، وَهُمُ الْمُعَيَّنُونَ الْأَصْلِيُّونَ
أَوْ بَلَدِيَّةُ الْحَرَاشِ بِمَقْتَدَرِهَا مُسْتَفْلَةٌ الْمُنْشَأَةُ الْمَسْئُولَةُ عَنْ تَقَائِمِ الظَّرُوفِ الْمُحَلِّقَةِ
لِتَمِيرِ الْمِيَاهِ .

وَلَكِنْ حَيْثُ إِنَّهُ قَبِتَ ، فِي الْقِضِيَّةِ ، أَنَّ الْأَضْرَارَ اللَّاحِقَةَ تَفَاقَمَتْ لِعَدَمِ
صِيَانَةِ القَنَاءَةِ إِذْ وُجِدَ أُنْبُؤُوبٌ كَانَ فِي مَجْرَاهُ سُدُودًا بِالْأَقْدَارِ ؛

وَحَيْثُ إِنَّ القَنَاءَةَ الْأُولَى آجَادُوا إِذَا فِي تَقْدِيرِهِمْ لَكُونِ الْأَضْرَارِ النَّاسِي
لِحَقِّقَتْ مُنْشَأَتِ الشَّرِكَةِ وَإِنْ كَانَ سَبَبُهَا الْأَمْطَارُ الْهَاتِلَةُ الَّتِي كَانَتْ
لِقُوَّتِهَا التَّالِقَةِ حَالَةَ القُوَّةِ الْقَاهِرَةِ فَإِنَّ عَوَاقِبَ القَضَائِنِ الْوُجِيهَةِ
تَفَاقَمَتْ بِسَبَبِ سُوءِ صِيَانَةِ القَنَاءَةِ الَّتِي تَحْتَ حِرَاسَةِ الدَّوْلَةِ وَكَذَلِكَ
يَسْتَبِيبُ نَقِصَ الْأُجْتِبَاعَاتِ الَّتِي اتَّخَذَتْهَا بَلَدِيَّةُ الْحَرَاشِ الَّتِي اسْتَخْلَفَتْهَا
بَلَدِيَّةُ الْجَزَائِرِ وَالَّتِي كَانَتْ تَسْتَعْمِلُهَا لِإِفْرَاقِ مِيَاهِ الْأَمْطَارِ وَالْمِيَاهِ
الْفَاسِيَةِ .

وَمَعَ ذَلِكَ حَيْثُ إِنَّ تَقْدِيرَ وَقَائِعِ النَّازِلَةِ الْبَقِيَّ بِتَحْدِيدِ مَسَاهِمَةِ
الْمُنْشَأَةِ الْعُمُومِيَّةِ فِي تَقَائِمِ الضَّرَرِ بِالنِّصْفِ عِوَضَ الثَّقَلَيْنِ وَبِالنِّزَامِ

الدولة بالرُّبع فقط من إصلاح الضرر البالغ حسب تقدير القضاة الأوَّلِين
الَّذِينَ آمَنُوا فِي ذَلِكَ ، 15 ، 274 ، 54 ق ج . أَيْ مَبْلَغ 54 ، 568 ، 13 د ج .
وَأَنَّهُ تَعَيَّنَ إِذَا تَعَدَّلَ الْحُكْمُ فِي هَذَا الشَّانِ ؛

فَلْيَهْدِهِ الْأَسْبَابُ :

قَالَ يَقْبُولُ الْأِسْتِنَافَ وَالْإِسْتِنَافَ الْفُرُوعِيَّ لِصِحَّتَيْهِمَا شُكْلًا .

وَأَشْهَدُ لِلْجَنَّةِ تَسْيِيرِ الْمُؤَسَّسَةِ ((وَرَاقِيَةِ صِنَاعَةِ الْمُقَوَّى الْعَصْرِيَّتَيْنِ)) بِطَرُوقِهَا
وَوَافَقَ عَلَى الْحُكْمِ الْمُطْعَمُونَ فِيهِ فِي مَبْدِئِهِ . عَلَى أَنَّهُ عَدَّلَهُ وَرَدَّ إِلَى تِلَاقَةِ
عَشْرَ أَلْفًا وَخَمِيسًا مِائَةً وَثَمَانِيَةً وَسِتِّينَ دِينَارًا وَارْبَعَةَ وَخَمِيسِينَ مِائَةً
أَلْبَلَحَ الْيَدِي عَلَى الدَّوْلَةِ أَدَاوُهُ لِقَرْكَةِ ((وَرَاقِيَةِ وَصَلَقِيَةِ
الْمُقَوَّى الْعَصْرِيَّتَيْنِ)) ؛

وَحَكَمَ عَلَى الْقَرْكَةِ الذُّكُورَةَ بِالْحَارِيفِ .

السَّيِّدَانِ : قَائِدُ حَمُودَ ، رَئِيسًا ؛ لَأَهَانَ أَجْوَانِ فَيْلُ ، مُسْتَشَارًا مُقَرَّرًا .

10 avril 1968

RESPONSABILITE DE LA PUISSANCE PUBLIQUE
ENTRETIEN D'OUVRAGES PUBLICS.

Si les dommages subis par les installations de la société étaient dus aux pluies torrentielles ayant constitué, en raison de leur violence un cas de force majeure, les conséquences dommageables de l'inondation ont été aggravées par le mauvais état d'entretien du canal dont l'Etat a la garde.

L'Etat c/ Sté Papeterie Cartonnerie modernes et autres.

LA COUR SUPREME,

Attendu que par requête du 20 juin 1961, l'Algérie a interjeté appel, devant le conseil d'Etat français, d'un jugement du tribunal administratif d'Alger, rendu le 29 mars 1961, en tant qu'il met à sa charge à concurrence d'un tiers, les dommages causés à la société "papeterie cartonnerie modernes" par le débordement, à Maison-Carrée et en octobre 1967, du canal Desseliers, le tiers accordé ayant été estimé à 18.091, 33 NF.

Attendu que la société "papeterie cartonnerie modernes" a fait à son tour appel incident de la même décision, soutenant que c'est à tort que les premiers juges ont fixé à 54.274,15 NF le préjudice subi alors que celui-ci s'est élevé à 61.073,15 NF ; et a demandé la condamnation de l'Algérie à la réparation des deux tiers

dudit préjudice, soit 40,715,44 NF ; le troisième tiers devant être mis à la charge de la ville d'Alger ;

Attendu qu'en cet état en application de l'article 18 du protocole judiciaire algéro-français du 20 août 1962, le dossier de l'affaire a été transmis à la cour suprême devenue compétente pour en connaître ;

Attendu que devant la cour, la ville d'Alger qui avait succédé entre temps à la commune de Maison-Carrée a demandé sa mise hors de cause, au motif qu'elle avait acquiescé au jugement entrepris en versant à la société poursuivante la somme à laquelle la collectivité dont elle avait pris la suite avait été condamnée ;

Attendu, par ailleurs, que l'entreprise "papeterie cartonnerie modernes" a été déclarée bien vacante et son exploitation confiée à un comité de gestion qui a déposé, le 26 avril 1965, une requête qualifiée d'intervention, dans laquelle il déclare s'en remettre à la justice ;

Attendu que l'affaire étant ainsi en l'état, il y a lieu de statuer au fond ;

Au fond : Attendu qu'au soutien de son appel, l'Algérie fait valoir que les pluies des 5 et 9 octobre 1967 et les inondations qu'elles ont provoquées ont eu un caractère imprévisible et exceptionnel permettant de les considérer comme un cas de force majeure exonérant, en tout état de cause, l'Etat de toute respon-

sabilité ; qu'elle sentient également que les dégats survenus aux installations de la société poursuivante sont dûs non à un manque d'entretien mais à une insuffisance du canal Desseliers qui, utilisé comme évacuateur des eaux pluviales, a reçu une destination pour laquelle il n'avait pas été conçu ; qu'elle affirme, enfin que l'entretien du canal, tel qu'il est utilisé, n'incombe pas à l'Algérie, mais aux riverains ; principaux intéressés ou à la commune de Maison-Carrée en tant qu'utilisatrice de l'ouvrage et responsable de l'aggravation des conditions locales d'écoulement des eaux ;

Mais attendu qu'il a été constaté, dans l'affaire, que les dommages subis ont été aggravés par un manque d'entretien du canal, un syphon placé sur son parcours ayant été trouvé obstrué par des déchets ;

Attendu que c'est donc à juste titre que les premiers juges ont estimé que si les dommages subis par les installations de la société étaient dûs aux pluies torrentielles ayant constitué, en raison de leur violence, un cas de force majeure, les conséquences dommageables de l'inondation ont été aggravées par le mauvais état d'entretien du canal dont l'Etat a la garde et aussi à l'insuffisance des dispositions prises par la commune de Maison-Carrée à laquelle a succédé la ville d'Alger qui l'utilisait pour l'évacuation des eaux pluviales et des eaux usées ;

Attendu cependant qu'il sera fait une plus exacte appréciation des faits de la cause en fixant à la moitié, au lieu des

الملحق الثامن

قرار المجلس الأعلى، بتاريخ 1989/02/25، قضية (ش)

(ع) ضد (و و م ومن معه).

ملف رقم : 56392 قرار بتاريخ : 1989/02/25

قضية : (ش ع) ضد : (و و م ومن معه)

مسؤولية الادارة حدوث فيضانات - دون أخذ الاحتياطات اللازمة يلزم الادارة بالتعويض .

(الادة 75 من قانون الولاية الادة 76 من قانون المياه)

متى كان من المقرر قانونا أن الدولة تقوم على مستوى الشبكة الهيدروغرافية بانجاز منشأة التنظيم والتعديل والمعيرة والحجز وتسوية المرتفعات الخاصة بالفيض قصد حماية الاقتصاد الوطني والاشخاص وممتلكاتهم من مخاطر الاضرار التي تحدثها المياه ، ومن ثم فان حدوث فيضانات أدت إلى خسائر مادية دون أن تقوم بمنعها أو على الأقل بتوقعها والعمل على تجنبها بجميع اشغال الصرف الضرورية لايعد قوة قاهرة ويجعل مسؤولية الادارة قائمة .. ومتى كان كذلك استوجب إلغاء القرار المطعون فيه والحكم على المطعون ضدهما بمبلغ مقابل الخسائر اللاحقة به .

إن المجلس الأعلى

المنعقد في جلسته العلنية اصدر بعد المداولة القانونية القرار الآتي بيانه :
بمقتضى القانون رقم 63. 218 المؤرخ في 18. 06. 63 المتضمن تأسيس المجلس الأعلى ،
المعدل والمتم .

بعد الاطلاع على المواد : 07 ، 277 ، 281 ، 283 ، 285 من قانون الاجراءات المدنية .

بعد الاطلاع على العريضة والمذكرات وطلبات الطرفين وجميع مستندات ملف القضية .

بعد الاطلاع على القرار المطعون فيه .

بعد الإستماع الى السيدة المستشارة المقرره ابركان فريدة في تلاوة تقريرها المكتوب وإلى

السيدة مرابط مليكة المحامي العام على تقديم طلباته .

حيث أنه بموجب عريضة مودعة لدى كتابة ضبط المجلس الأعلى بتاريخ 31 جانفي 1987

أستأنف السيد ش .ع القرار الصادر عن الغرفة الادارية بمجلس قضاء سطيف في 06.12.1986

المتضمن رفضه في طلب التعويض .

حيث أنه يذهب إلى أنه وخلال سنة 1978 أبرم مع ولاية المسيلة مديرية المنشآت القاعدية صفقه لانجاز جسر على واد مقطر .

وأته واثاء تنفيذ اشغال الجسر الألف الذكر حدثت فيضانات كبيرة من الواد المذكور سببت اضرارا لمواد البناء وعتاد الطاعن الذي كان موضوعا بالامكنة والمقدرة قيمته ب 78 573 130 دج .
وأته واثاء الاجتماعات المنعقدة بمديرية المنشآت القاعدية لولاية المسيلة التزمت هذه الاخيرة بتحمل مبلغ الاضرار الأنفة الذكر .

وأن هذه المديرية لم تلتزم بعد ذلك بما تعهدت به مما اجبر الطاعن على اللجوء إلى العدالة .
حيث أنه يذهب إلى أن قاضي الدرجة الاولى قد أخطأ عندما حمل الطاعن وحده المسؤولية على أساس تمتعه بالخبرة وعلى أساس أنه هو المكلف بالحراسة .
وأن الاضرار نجمت عن فيضان (واد مقطر) على الاشغال .

وأته ومادامت المسألة متعلقة بواد فإن اشغال التحكم في مجراه والاشغال الضرورية للحيلولة دون فيضانه تقع على عاتق الادارات العمومية المختصة .

وأن مديرية المنشآت القاعدية لم تنجز الاشغال المذكورة ولم تتخذ أي احتياطات لتجنب الفيضان .

وأن مسؤوليتها قائمة وثابته .

وأن قاضي الدرجة الاولى قد أخطأ بالتالي عندما نطق بوجود القوة القاهرة التي تعفي المستأنف عليهم من المسؤولية .

حيث أنه يلتمس إلغاء القرار والحكم على المستأنف عليهم معا وبالتضامن فيما بينهم بدفع المبلغين الآتيين له :

- مبلغ أساسي قدره 78 573 130 دج يمثل قيمة الخسائر .

- مبلغ 100 000 دج كتعويض له عن المقاومة التعسفية .

حيث أن وزير الداخلية يطلب اخراجه من القضية لأن النزاع متولد عن عقد ولا يخضع لوصاية وزارة الداخلية .

حيث أن وزارة الاشغال العمومية تذهب إلى أن الخسائر ناجمة عن فيضانات ومن ثم فان مديرية المنشآت القاعدية هي الوحيدة المسؤولة مادامت لم تقم بالاعمال الضرورية في مثل هذه الوضعية .

وان المادة 27 من دفتر الشروط الادارية العامة القابلة للتطبيق في هذا المجال تنص على مسؤولية المقاول فيما يتعلق بحراسة العتاد ومواد التابعة له .

وأنه يتعين بالتالي رفض طلب المدعى المستأنف .

حيث أن ولاية المسيلة ترد من جهتها بان المستأنف لم يقم بالمبلغ الرسمي عن الخسائر الناجمة عن الفيضانات بأن المستأنف هو الذي قيم وحده قيمة هذه الخسائر وبدون أن يكتسي هذا التقديم الطابع الحضورى .

وأن الصفقة لم تنص من جهة أخرى على اضطلاع المستأنف عليهم بمهمة الحراسة أو على أنهم المسؤولون عن المواد والعتاد المستعملة من انجاز الصفقة .

وأن المادة 127 من القانون المدنى يعفى المستأنف عليهم تماما من المسؤولية .

حيث أن ولاية المسيلة اضافت بموجب مذكرة اضافية بأن الأمر بالخدمة الذى دعي بموجبه المقال إلى تقديم فاتورته عن الخسائر الناتجة عن فيضان (واد مقطر) أمر غير قانونى مادام لم يؤشر عليه لا من طرف صاحب المشروع ولا من طرف مديرية المنشآت القاعدية .

وأن المادة 14 من الصفقة تنص على أن المقال هو الحارس على العتاد وعلى مواد البناء . وأنه وبخصوص الشهادة المعطاة له من طرف مديرية المنشآت القاعدية والتي بموجبها تؤكد هذه الأخيرة مبلغ الخسائر ولكنها لا تعترف به ، معطاه له للسماح له بتبرير الخسائر اللاحقة به تجاه الضرائب .

وحيث أن ولاية المسيلة تطلب تأييد القرار .

في الشكل :

حيث أن القرار المطعون فيه قد بلغ للمستأنف في 31 . 12 . 1986 .

حيث أن العريضة مؤرخة في 31 جانفي 1987 ، ومن ثم فإنه يتعين التصريح بقانونية الاستئناف وبقبوله .

في الموضوع :

عن مسألة المسؤولية عن الضرر .

حيث أنه يستخلص من المادة 75 من قانون الولاية المادة 76 من القانون رقم 17 - 83 المؤرخ في 16 جويلية 1983 المتضمن قانون المياه أن الدولة تقوم على مستوى الشبكة الهيدروغرافية بانجاز منشآت التنظيم والتعديل والمغايرة والحجز وتسوية المرتفعات الخاصة بالفيض قصد حماية الاقتصاد الوطنى والاشخاص وممتلكاتهم من مخاطر الاضرار التي تحدثها المياه .

حيث ان هذه المادة تحدد بالضبط مسؤولية الادارة من حيث أن فيضان واد مالا يعد في نظرها قوة قاهرة مادامت ملزمة إلا بمنعها أو على الأقل بتوقيعها وبالعامل على تجنبها بجميع اشغال الصرف الضرورية .

عن مسألة مبلغ التعويض المستحق الأداء للطاعن .
حيث أنه يستخلص من الشهادة الممنوحة للطاعن من طرف مديرية المنشآت القاعدية ومن
صريحات الولاية نفسها أن مديرية المنشآت القاعدية «تؤكد» مبلغ الخسائر .
حيث أن هذا المبلغ غير منازع فيه من طرف الادارة بالرغم من تلاعبها بالألفاظ محاولة منها
لتهرب من مسؤوليتها ، ومن ثم فإنه يتعين المصادقة عليه .
حيث أن «مقاومة» الادارة تدخل في الاطار العادي لحق الدفاع ومن ثم فإنه يتعين رفض هذا
الوجه الثاني من الطلب .

لهذه الأسباب

يقضي المجلس الأعلى

في الشكل : بقبول عريضة الاستئناف لاستيفائها الأوضاع المقررة قانونا .
في الموضوع : بإلغاء القرار المستأنف ، بالحكم على ولاية المسيلة وعلى مديرية المنشآت القاعدية
وعلى وزارة الاشغال العمومية بدفع مبلغ 130 573 78 دج للطاعن مقابل الخسائر اللاحقة به .
برفض ما زاد على ذلك من طلبات .
بالأمر باخراج وزير الداخلية من القضية .
بالحكم على المستأنف عليهم بالمصاريف .
بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الخامس والعشرين من
شهر فبراير سنة تسع وثمانين تسعمائة وألف ميلادية من قبل المجلس الأعلى الغرفة الادارية المترتبة
من السادة :

جنادي عبد الحميد : الرئيس

ابركان فريدة : المستشارة المقررة

توافق مليكة : مستشارة

وبحضور السيدة مرابط مليكة المحامي العام وبمساعدة السيد عنصر عبد الرحمان كاتب الضبط .

الملحق التاسع

قرار مجلس الدولة، بتاريخ 1999/03/08، قضية بين
(ب ت) ورئيس المندوبية التنفيذية لولاية سكيكدة.

1995/08/06

83.255,80

1999/03/08

1995/04/22

1989/09/09

.1990/11/26

232.390

. 162.678

. 69.712,09

. 69.712,09

.

:

:

-

.

1991/03/09

83.255,80

.

1989/09/09

-

1991/11/18

.

-

.

-

.

:

:

-

:

-

.

-

.

الملحق العاشر

قرار مجلس الدولة، بتاريخ 2005/07/12، بين (بلدية
ثنية الحد) و (زد)، غير منشور.

020289 :

870 :

2005 /07/12 :

/__

.
.. /__

21/90 58

1990/08/15

09 07 06 05

414-92

1992/11/14

.

:

.2003/12/31

:

459,511,92

446,035,73

.

.

1990/08/15

21/90

58

414/92

09 05 06 07

1992/11/14

.2002/06/18

2001/05/12

:

/

/

/

/

الملحق الحادي عشر

قرار المجلس الأعلى، قرار بتاريخ 14/01/1989، بين (ع

ع) ضد رئيس بلدية ب س ن.

ملف رقم 64520 بتاريخ : 1989/01/14

قضية (ع.ع) ضد (رئيس ب.س.ن)

تقسيم اداري - نقل الالتزامات الى البلدية الجديدة - استمرارية المرفق العام -
القضاء بخلاف ذلك - خرق القانون.

من المقرر قضاء انه تطبيقا لمبدأ استمرارية المرفق العام ينقل التقسيم الاداري
الجديد التزامات البلدية القديمة الى البلدية الجديدة ومن ثم فان القضاء بما يخالف
ذلك يعد خرقا للقانون.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال - قضاة الاستئناف اخطأ و عندما
صرحوا بعدم اختصاصهم النوعي لكون النزاع يتعلق بتطبيق مبدأ استمرارية المرفق
العام وتطبيقا لهذا المبدأ تلتزم البلدية الجديدة المنبثقة عن تقسيم اداري جديد
بالالتزامات البلدية القديمة.
ومتى كان كذلك استوجب الغاء القرار المطعون فيه.

ان المجلس الاعلى

في جلسته العلنية المنعقدة بقصر العدالة عابان رمضان الجزائر و بعد المداولة القانونية أصدر
القرار الآتي بيانه.

بمقتضى القانون رقم (218-63) المؤرخ في 1963/6/18 المتضمن تأسيس المجلس الاعلى ،
المعدل والمتمم.

بعد الاطلاع على المواد : 07 ، 277 ، 281 ، 283 و 285 من قانون الاجراءات المدنية.

بعد الاطلاع على العريضة والمذكرات وطلبات الطرفين وجميع مستندات ملف القضية.

بعد الاطلاع على القرار المطعون فيه.

بعد الاستماع الى السيدة ابركان فريدة المستشارة المقررة في تلاوة تقريرها المكتوب ،
والى السيدة مليكة مرابط المحامية العامة في تقديم طلباتها.

حيث أنه بموجب عريضة مودعة لدى كتابة ضبط المجلس الاعلى بتاريخ 1988/02/11
استأنف السيد (ع.ع) بواسطة محاميه الاستاذ / قسول القرار الصادر عن الغرفة الادارية بمجلس
قضاء البلدية في : 1987/12/12 المتضمن التصريح بعدم - الاختصاص النوعي.

حيث أنه يذهب الى انه يملك قطعة ارض فلاحية مساحتها 49 هكتار . تقع اصلا في
تراب بلدية (العمرية).

وان والى المدينة وبمقتضى مقرر مؤرخ في : 27 اوت 1975 اقتطع منها 12 هكتار بواسطة التأميم.

وان بلدية العميرية اقتطعت هي الاخرى 20 هكتارا من المساحة المتبقية.

وانه وفي 1979 تم استخدام 04 هكتارات اخرى في بناء قرية اشتراكية.

وانه وفي 1983 وفي اطار انجاز ملعب لجأت بلدية العميرية مرة اخرى الى ملكية الطاعن.

وانها وفي هذه المرة اتفقت معه على تعويضه بقطعة اخرى معادلة وأن الاتفاق الحاصل بين الطرفين أفرغ في محضر مؤرخ في : 1983/09/24 موقع عليه من طرف اعضاء الهيئة التنفيذية لبلدية العميرية ومن طرف المستأنف.

وان هذا الاخير دخل القطعة الارضية البديلة حازها واتفق عليها بمبالغ مالية كبيرة.

وانه وبعد العمل بالتقسيم الاداري الجديد ثم انشاء بلدية سيدى نعمان الجديدة وصارت قطعة المستأنف واقعة في تراب هذه الاخرة.

وانه وفي : 1986/02/08 ذهب هذا المجلس الشعبي البلدي الى انه ماحل من الاتفاق المبرم في : 24 / 09 / 1983 ونازعت المستأنف في شغله الامكنة.

وان المستأنف رفع دعوى قضائية على رئيس المجلس الشعبي البلدي امام الغرفة الادارية بمجلس قضاء البليدة التي صرحت بعدم اختصاصها.

حيث ان الستأنف ينتقد القرار المطعون فيه على تحريفه بنود القضية عندما نطق بعدم حجية الاتفاق المبرم في المحضر المؤرخ في : 1983/09/24 على المجلس الشعبي البلدي بسيدى نعمان وبكونه لا يستطيع النطق لا بصحته ولا ببطلانه.

وان المستأنف ليحتج بعقد حقيقي ملزم لبلدية سيدى نعمان مادامت طرفا بعدما حلت محل المجلس الشعبي البلدي بالعمارية الموقعة على الاتفاق قبل التقسيم الاداري.

وان الطلب لا يهدف الى اثبات صحة الاتفاق كما ان المستأنف عليه لا يطلب ابطاله وانه ليتعين بالتالي الغاء القرار المطعون فيه والنطق بصحة الاتفاق والحكم على بلدية سيدى نعمان بارجاع القطعة المذكورة الى المستأنف.

حيث ان رئيس المجلس الشعبي البلدي ببلدية سيدى نعمان يتمسك بواسطة محاميه الاستاذ / الجودي/ بعدم قبول العريضة شكلا من حيث ان المستأنف المدعي رفع دعواه على رئيس المجلس الشعبي البلدي وليس على بلدية سيدى نعمان.

حيث ان المستأنف عليه يذهب في الموضوع الى ان الاتفاق الحاصل في شكل محضر لا يمكن اعتباره بمثابة عقد تنشأ عنه حقوق خاصة وأنه لم يتلق موافقة من السلطة الرئاسية العليا.

ان بلدية سيدى نعان ليست زيادة على ذلك طرفا في الاتفاق الحاصل ومن ثم فهو غير قابل للاحتجاج به عليه.

وانه يتعين بالتالي تأييد القرار.

في الشكل :

حيث انه وفي غياب المستندات الدالة على التبليغ يتعين اعتبار الاستئناف استئنافا قانونيا ومقبولا.

في الموضوع :

حيث انه يستخلص من الملف انه وبعد التسميم الاداري الجديد تم انشاء بلدية سيدى نعان وبذلك صارت قطعة المستأنف واقعة في تراب هذه البلدية.

حيث ان هذا التسميم الاداري لم يؤد الى انقطاع في نشاط المرفق العام ، مادام نشاط البلدية السابقة المتعلق بتراب البلدية الجديدة تكفل به البلدية الجديدة تطبيقا لمبدأ استمرارية المرفق العام.

حيث ان هذا المبدأ يلزم البلدية الجديدة على تبنى الالتزامات التي التزمت البلدية القديمة بها وعلى الاعتراف بهذا الاتفاق المبرم بين هذه الاخيرة وبين الطاعن والمفرغ في المحضر المؤرخ في 1983/09/24.

حيث ان قاضي الدرجة الاولى اخطأ بالتالي عندما صرح بعدم اختصاصه ذلك لان المسألة لا تتعلق هنا بتقدير مدى قانونية عقد اداري وإنما بتطبيق مبدأ استمرارية المرفق العام. حيث انه يتعين الغاء القرار المستأنف وإحالة الطرفين على قاضي الدرجة الاولى.

فلهذه الاسباب

يقض المجلس الاعلى في الشكل بقبول العريضة.

في الموضوع : بالغاء القرار المستأنف وباحالة الطرفين على الغرفة الادارية بمجلس قضاء البلدة بالحكم على رئيس المجلس الشعبي البلدى المستأنف عليه بالمصاريف.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ اربع عشر من شهر جانفي سنة تسع وثمانين وتسعمائة والف ميلادية من قبل المجلس الاعلى الغرفة الادارية المترتبة من السادة.

جنادى عبد الحميد الرئيس

ابركان فريدة المستشارة المقررة

توافق مليكة المستشارة

بمساعدة السيد عنصر كاتب الضبط وبحضور السيدة مليكة مرابط المحاماة العامة.

الملحق الثاني عشر

قرار مجلس الدولة، بتاريخ 2005/07/12، بين بلدية

سكيدة ومصفي مؤسسة استصلاح م غ

قضية: بلدية سكيكدة ضد: مصرفي مؤسسة استصلاح م.غ.	[648] رقم القرار: 20288
المرجع: مجلة مجلس الدولة، 2005، العدد 7، ص: 67	تاريخ القرار: 2005/07/12

الموضوع: صفقة عمومية - ديون المؤسسات العمومية المحلة.

المبدأ: ديون المؤسسات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، المترتبة على الإدارة المركزية والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، ملغاة، طبقا لمقتضيات المادة 08 الفقرة 02 من المرسوم رقم 94-294 المؤرخ في 25/09/1994 المتعلق بكيفيات حل واصفية المؤسسات العمومية غير المستقلة والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، والمواد 15، 180، 181، 182 من المرسوم التشريعي رقم 93-18 المتضمن قانون المالية لسنة 1994، والمادة 233 من القانون 01-21 المؤرخ في 22/12/2001 المتضمن قانون المالية لسنة 2002.

ليس للمصفي زيادة على ذلك، الصفة لمقاضاة الإدارة المركزية والجماعات المحلية لمطالبتها بتسديد هذه الديون، إذ يقتصر دوره على إعداد جرد، يرسل بعد التدقيق فيه من طرف لجنة التصفية، إلى أمين الخزينة العمومية.

وعليه

في الشكل: حيث أنه لا أثر في الملف لأي تبليغ قانوني للقرار المستأنف، وأنه وفي غياب تبليغ قانوني للقرار المستأنف يتعين قبول الاستئناف الذي سجلته المستأنفة بتاريخ 2003/12/31.

في الموضوع: حيث أنه يستخلص من الوثائق والمستندات المودعة في الملف بأنه وبتاريخ 2003/01/04، رفع مصرفي مؤسسة استصلاح الممتلكات الغايبه دعوى أمام الجهة القضائية للدرجة الأولى ضد بلدية سكيكدة، بغرض دفع مبلغ 604.817.2 دج مقابل الأشغال التي أنجزت لحساب البلدية ومبلغ 1.000.000 دج كتعويض.

حيث أنه يذهب إلى أنه وخلال سنة 1978 أبرم مع ولاية المسيلة مديرية المنشآت القاعدية صفقه لانجاز جسر على واد مقطر .

وأثناء تنفيذ اشغال الجسر الأتف المذكردت فيضانات كبيرة من الواد المذكور سببت اضرارا لمواد البناء وعتاد الطاعن الذي كان موضوعا بالامكنة والمقدرة قيمته ب 130 573 78 دج .
وأثناء الاجتماعات المنعقدة بمديرية المنشآت القاعدية لولاية المسيلة التزمت هذه الاخيرة بتحمل مبلغ الاضرار الأنفة الذكر .

وأن هذه المديرية لم تلتزم بعد ذلك بما تعهدت به مما اجبر الطاعن على اللجوء إلى العدالة .
حيث أنه يذهب إلى أن قاضي الدرجة الاولى قد أخطأ عندما حمل الطاعن وحده المسؤولية على أساس تمتعه بالخبرة وعلى أساس أنه هو المكلف بالحراسة .
وأن الاضرار نجمت عن فيضان (واد مقطر) على الاشغال .

وأنة ومادامت المسألة متعلقة بواد فإن اشغال التحكم في مجراه والاشغال الضرورية للحيلولة دون فيضانه تقع على عاتق الادارات العمومية المختصة .
وأن مديرية المنشآت القاعدية لم تنجز الاشغال المذكورة ولم تتخذ أي احتياطات لتجنب الفيضان .

وأن مسؤوليتها قائمة وثابته .
وأن قاضي الدرجة الاولى قد أخطأ بالتالي عندما نطق بوجود القوة القاهرة التي تعفي المستأنف عليهم من المسؤولية .
حيث أنه يلتمس إلغاء القرار والحكم على المستأنف عليهم معا وبالتضامن فيما بينهم بدفع المبلغين الآتيين له :

- مبلغ أساسي قدره 130 573 78 دج يمثل قيمة الخسائر .
- مبلغ 100 000 دج كتعويض له عن المقاومة التعسفية .
حيث أن وزير الداخلية يطلب اخراجه من القضية لأن النزاع متولد عن عقد ولا يخضع لوصاية وزارة الداخلية .

حيث أن وزارة الاشغال العمومية تذهب إلى أن الخسائر ناجمة عن فيضانات ومن ثم فان مديرية المنشآت القاعدية هي الوحيدة المسؤولة مادامت لم تقم بالاعمال الضرورية في مثل هذه الوضعية .

وان الهادة 27 من دفتر الشروط الادارية العامة القابلة للتطبيق في هذا المجال تنص على مسؤولية المقاول فيما يتعلق بحراسة العتاد ومواد التابعة له .

وأنه يتعين بالتالي رفض طلب المدعى المستأنف .

حيث أن ولاية المسيلة ترد من جهةها بان المستأنف لم يقم بالمبلغ الرسمي عن الخسائر الناجمة عن الفيضانات بأن المستأنف هو الذي قيم وحده قيمة هذه الخسائر وبدون أن يكتسي هذا التقديم الطابع الحضورى .

وأن الصفقة لم تنص من جهة أخرى على اضطلاع المستأنف عليهم بمهمة الحراسة أو على أنهم المسؤولون عن المواد والعتاد المستعملة من انجاز الصفقة .

وأن البادة 127 من القانون المدنى يعفى المستأنف عليهم تماما من المسؤولية .

حيث أن ولاية المسيلة اضافت بموجب مذكرة اضافية بأن الأمر بالخدمة الذى دعي بموجبه المكاول إلى تقديم فاتورته عن الخسائر الناجمة عن فيضان (واد مقطر) أمر غير قانونى مادام لم يؤشر عليه لا من طرف صاحب المشروع ولا من طرف مديرية المنشآت القاعدية .

وأن البادة 14 من الصفقة تنص على أن المكاول هو الحارس على العتاد وعلى مواد البناء . وأنه وبخصوص الشهادة المعطاة له من طرف مديرية المنشآت القاعدية والتي بموجبها تؤكد هذه الأخيرة مبلغ الخسائر ولكنها لا تعترف به ، معطاه له للسماح له بتبرير الخسائر اللاحقة به تجاه الضرائب .

وحيث أن ولاية المسيلة تطلب تأييد القرار .

في الشكل :

حيث أن القرار المطعون فيه قد بلغ للمستأنف في 31 . 12 . 1986 .

حيث أن العريضة مؤرخة في 31 جانفي 1987 ، ومن ثم فإنه يتعين التصريح بقانونية الاستئناف وبقبوله .

في الموضوع :

عن مسألة المسؤولية عن الضرر .

حيث أنه يستخلص من البادة 75 من قانون الولاية البادة 76 من القانون رقم 17 - 83 المؤرخ في 16 جويلية 1983 المتضمن قانون المياه أن الدولة تقوم على مستوى الشبكة الهيدروغرافية بانجاز منشآت التنظيم والتعديل والمغايرة والحجز وتسوية المرتفعات الخاصة بالفيض قصد حماية الاقتصاد الوطنى والاشخاص وممتلكاتهم من مخاطر الاضرار التي تحدثها المياه .

حيث ان هذه البادة تحدد بالضبط مسؤولية الادارة من حيث أن فيضان واد مالا يعد في نظرها قوة قاهرة مادامت ملزمة إلا بمنعها أو على الأقل بتوقيعها وبالعامل على تجنبها بجميع اشغال الصرف الضرورية .

عن مسألة مبلغ التعويض المستحق الأداء للطاعن .

حيث أنه يستخلص من الشهادة الممنوحة للطاعن من طرف مديرية المنشآت القاعدية ومن صريحات الولاية نفسها أن مديرية المنشآت القاعدية «تؤكد» مبلغ الخسائر .
حيث أن هذا المبلغ غير منازع فيه من طرف الادارة بالرغم من تلاعبها بالألفاظ محاولة منها لتهرب من مسؤوليتها ، ومن ثم فإنه يتعين المصادقة عليه .
حيث أن «مقاومة» الادارة تدخل في الاطار العادي لحق الدفاع ومن ثم فإنه يتعين رفض هذا الوجه الثاني من الطلب .

هذه الأسباب

يقضي المجلس الأعلى

في الشكل : بقبول عريضة الاستئناف لاستيفائها الأوضاع المقررة قانونا .

في الموضوع : بالغاء القرار المستأنف ، بالحكم على ولاية المسيلة وعلى مديرية المنشآت القاعدية وعلى وزارة الاشغال العمومية بدفع مبلغ 78 573 130 دج للطاعن مقابل الخسائر اللاحقة به .
برفض ما زاد على ذلك من طلبات .

بالأمر باخراج وزير الداخلية من القضية .

بالحكم على المستأنف عليهم بالمصاريف .

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الخامس والعشرين من شهر فبراير سنة تسع وثمانين تسعائة وألف ميلادية من قبل المجلس الأعلى الغرفة الادارية المترتبة من السادة :

جنادي عبد الحميد : الرئيس

ابركان فريدة : المستشارة المقررة

توافق مليكة : مستشارة

وحضور السيدة مرابط مليكة المحامي العام وبمساعدة السيد عنصر عبد الرحمان كاتب الضبط .

قائمة المراجع

أولاً: الكتب

(أ) المؤلفات العامة

1. باللغة العربية

(1) إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية - النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن مع شرح قانون المناقصات الكويتي رقم 37 لسنة 1964 - مكتبة الفلاح، الكويت، الطبعة الأولى، 1981.

(2) أحمد كمال الدين موسى، نظرية الإثبات في القانون الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، د ب ن، 2012.

(3) أحمد محمود أحمد الربيعي: مسؤولية الإدارة دون خطأ وتطبيقاتها المعاصرة، دراسة مقارنة، الكتاب الأول، دار الكتب القانونية، مصر، 2015.

(4) مسؤولية الإدارة دون خطأ وتطبيقاتها المعاصرة، دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، دار الكتب القانونية، مصر، 2015.

(5) أحمد محمود جمعة: العقود الإدارية طبقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002.

(6) تطبيق أحكام القانون الخاص على منازعات القانون العام وأثره على ذاتية القانون الإداري واستقلاله مع أحدث الأحكام حتى 2003، ج1، القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005.

(7) أنس جعفر، العقود الإدارية: دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات وتطبيقها للقانون 89 لسنة 1998 الخاص بالمزايدات والمناقصات في مصر ولائحتها التنفيذية مع دراسة لعقود الbot، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002.

- 8) أنور شلال سعيد العاني، الاتجاهات الحديثة من الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية الداخلية والدولية، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، القاهرة، 2016.
- 9) بلال أمين زين الدين، المسؤولية الإدارية التعاقدية وغير التعاقدية، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2011.
- 10) بوحميده عطاء الله، الوجيز في القضاء الإداري-تنظيم، عمل واختصاص-دار هومه، الجزائر، 2011.
- 11) ثروت بدوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009.
- 12) جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 2004.
- 13) جمال عباس أحمد عثمان، النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2007.
- 14) جورج فوديل وبيار ديلفولفييه، القانون الإداري، ج1، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، 2001.
- 15) حسني درويش عبد الحميد، نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء "دراسة مقارنة"، الطبعة الثالثة مزيدة ومنقحة، د ب ن، 2008.
- 16) حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية- تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها- دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2001.
- 17) حماده عبد الرزاق حماده، النظام القانوني لعقد امتياز المرفق العام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2012.
- 18) حمد محمد حمد الشلماني، إمتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007.
- 19) حمدي علي عمر، المسؤولية التعاقدية للإدارة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996.
- 20) خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، 2011، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة، الجزائر.

- (21) خميس السيد إسماعيل، الأصول العامة والتطبيقات العملية للعقود الإدارية والتعويضات مع القواعد القانونية وأحكام المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة والأحكام الحديثة لمحكمة النقض، د د ن، الطبعة الأولى، 1994.
- (22) رمزي فريد مبروك، الدفع بعدم التنفيذ في القانون المدني المصري مقارنة بالقانون الإماراتي والفرنسي، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، طبعة 2000.
- (23) سعيد السيد علي، مبدأ الدفع بعدم التنفيذ في العقد "دراسة تطبيقية على أحكام القضاء الإداري في مصر"، دار الكتب المصرية، الجيزة، مصر، ط1، 2006.
- (24) سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية-دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، مصر، 2008.
- (25) طعيمة الجرف، القانون الإداري، دراسة مقارنة في تنظيم نشاط الإدارة العامة، ملتزم الطبع والنشر، القاهرة، 1980.
- (26) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمًا، د د ن، 2009.
- (27) عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقاتها في لبنان، الدار الجامعية، مصر، د س ن.
- (28) عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، دار هومه، الجزائر، 2012.
- (29) عبد الله بن حمد الوهبي، القواعد المنظمة للعقود الإدارية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، السعودية، الطبعة الأولى، 2002.
- (30) عبد الناصر عبد الله أبو سمهدانة، القرار الإداري في النظرية والتطبيق، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2012.
- (31) عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري، منشأة المعارف للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2004.
- (32) علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، ج1، دار الثقافة، المملكة الأردنية الهاشمية، الطبعة الأولى، 2001.

- (33) علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، ج2، ط1، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، لبنان، 2011.
- (34) علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام "مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري"، د م ج، الجزائر، ط.6، 2005،
- (35) عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الثانية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
- (36) فاروق أحمد خماس ومحمد عبد الله الدليمي، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، 1992.
- (37) فريجة حسين، شرح القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009.
- (38) لحسين بن شيخ اث ملويا، قانون الاجراءات الادارية "دراسة قانونية تفسيرية"، دار هومة، الجزائر، 2012.
- (39) مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، حقوق و ضمانات المتعاقد مع الإدارة والتحكيم في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 2014.
- (40) محمد بن سعيد بن حمد المعمري، الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلتي الانعقاد والتنفيذ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011.
- (41) محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.
- (42) محمد شعبان الدهوبي، حق المتعاقد في التعويض في العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر، 2017.
- (43) محمد صلاح عبد البديع السيد، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، د.د.ن، الطبعة الأولى، 1993.

- (44) محمد علي عارف جلوك، أعمال المقاولات، دار الراتب الجامعية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1999.
- (45) محمد فاروق عبد الحميد، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين المفهومين التقليدي والاشتراكي، دراسة مقارنة، دم.ج، 1987.
- (46) محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري في ظل الاتجاهات الحديثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1978.
- (47) محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام 2004، الكتاب الثاني-تنفيذ العقد الإداري طبقا لقانون المزايدات والمناقصات رقم 89 لسنة 1998، دار الكتب المصرية، 2003.
- (48) محمود خلف الجبوري، النظام القانوني للمناقصات العامة "دراسة مقارنة"، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1987.
- (49) محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وأثارها القانونية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، الطبعة الأولى، 1998.
- (50) مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، ج.2 نظرية الاختصاص، د م ج، ط.6، 2013.
- (51) مصطفى كامل علي، الشروط والإجراءات السابقة على عمل السلطة المتعاقدة وآثارها على عقود الإدارة "دراسة مقارنة"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006.
- (52) مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام ابرامها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2008.
- (53) مفتاح خليفة عبد الحميد، المعيار المميز في العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ج م ع، 2007.
- (54) ممدوح طنطاوي، المناقصات والمزايدات، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، ط.1، 2000.

- (55) مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2005.
- (56) نادية فضيل، الإفلاس والتسوية القضائية في القانون الجزائري، دم.ج، الجزائر، ط2، 2007.
- (57) نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، 2010.
- (58) نعيم مغيب، عقود مقاولات البناء والأشغال الخاصة والعامة-دراسة في القانون المقارن-د.د.ن، الطبعة 3، 2001.
- (59) هاني علي الطهراوي، القانون الإداري، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998.
- (60) يوسف سعد الله الخوري، القانون الإداري العام، ج1، تنظيم إداري، أعمال وعقود إدارية، الطبعة الثانية، د.د.ن، 1998.

II. باللغة الفرنسية

- 1) A. DELAUBADERE et Frank MODERNE et Pierre DELVOLVE, traité des contrats administratifs, T2, 2eme édition, LGDJ, 1983.
- 2) A. LAUBADERE, DELVOLVE P et MODERNE F, traité des contrats administratif, LGDJ, paris, T1, 1983.
- 3) C. LAJOYE, droit des marchés publics, BERTI édition, paris, France.
- 4) Christophe GUETTIER, droit des contrats administratifs, PUF, 2011.
- 5) F. Moderne : Les quasi-contrats administratifs, Sirey, 1995
- 6) GAJA, 16 éditions, Dalloz, France, 2007.
- 7) Gvibal M, Mémento des marchés publics, 2^{ème} Ed, le moniteur, Paris 1998.
- 8) Jean-Claude Ricci, mémento de la jurisprudence administrative, 4eme Edition, HACHETTE, paris, France.
- 9) Laurent RICHER, droit des contrats administratifs, 5 édition, LGDJ, 2006.

- 10) Mohamed KOBTAN, le régime juridique des contrats de secteur public, étude de droit comparé algérien et français, OPU, Alger, Algérie, 1984,
- 11) Patrick Janin : Cours de Droit administratif, Presse Universitaires de Lyon, France, 1994.
- 12) Patrick SCHULTZ, éléments du droit des marchés publics, 2e édition .LGDJ, 2002.
- 13) Roger BONNARD, précis de droit administratif, 3e éd, L.G.D.J, Paris, France, 1940.
- 14) S. BRACONNIER, Droit des marchés publics, Imprimerie nationale, 2002.
- 15) Saroit BADAoui, le fait du prince dans les contrats administratifs, LGDJ, France, 1955.
- 16) Weil Prosper, les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les contrats de développement économique, in Mélanges Rousseau, édition Pedone, Paris, France, 1947.

ب) المؤلفات المتخصصة

- 1) إبراهيم الشارف تقوقه، الصعوبات التي تواجه تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2011.
- 2) أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1973.
- 3) حسين درويش، السلطات المخولة لجهة الإدارة في العقد الإداري، مكتبة الأنجلو المصرية، الطبعة الأولى، 1961.
- 4) سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية "دراسة مقارنة"، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 2007.
- 5) سمير عثمان اليوسف، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن المالي للعقد الإداري، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
- 6) السيد عيد نايل، مدى تأثير الالتزامات العقدية بوفاء المتعاقد "دراسة مقارنة"، مركز البحوث، كلية العلوم الإدارية، جامعة الملك سعود، دون سنة النشر.

- 7) عاطف محمد عبد اللطيف، امتيازات الإدارة في قانون المناقصات والمزايدات (دراسة مقارنة لأحكام العقود الحكومية في القانون الأمريكي)، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة 1، 2009.
- 8) عبد الحكم فوده، آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، بحث علمي على ضوء الفقه وقضاء النقض، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ط1، 1999.
- 9) عبد الرؤوف هاشم بسيوني، شبه العقد في القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط1، 2017.
- 10) علي الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري-دراسة مقارنة-دار الفكر العربي، مصر، 1976.
- 11) غازي عبد الرحمن ناجي، التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه، دار الحرية للطباعة، بغداد، العراق، 1986.
- 12) كنعان محمد محمود المبرجي، الاعتبار الشخصي في العقد الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014.
- 13) لمياء هاشم سالم قبع، اختلال التوازن المالي في العقد الإداري، دار الكتب القانونية، مصر، 2013.
- 14) محمد السناري، الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د.س.ن.
- 15) هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2015.
- 16) وهيب عياد سلامة، دروس في العقود الإدارية مع التعمق "التوازن المالي للعقد وفكرة التعويض غير القائم على الخطأ"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2011.
- 17) يونس إسماعيل حسن، أحكام الفسخ في العقود الإدارية "دراسة مقارنة"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2015.

ثانياً: المقالات

أ) باللغة العربية

- 1) أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود الإستثمار والتجارة الدولية، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، جامعة المنصورة، العدد.5، ج م ع، 1989.
- 2) حسام القاعد، الرقابة القضائية على مدى التزام الإدارة بإعادة التوازن المالي الإداري في حالة الصعوبات المادية غير المتوقعة (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة البعث، مجلد 39، ع.77، د ب ن، 2017.
- 3) أشرف جابر، الإصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد: صنعة قضائية وصياغة تشريعية-لمحات في بعض المستجدات، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص، ع.2، ج.2، نوفمبر 2017.
- 4) إقلولي محمد، شروط الإستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الإستثمار، مجلة منظمة المحامين لمنطقة تيزي وزو، العدد3، ديسمبر 2005.
- 5) أنور أحمد رسلان، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة عين شمس، مصر، العديدين.3 و4، 1980.
- 6) بن أحمد الحاج، شرط الثبات التشريعي بين تجسيد الأمان القانوني ومصلحة الدولة في قانون الاستثمار الجزائري، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة الاغواط، ع.5، مجلد.2، جانفي 2017، ص.530.
- 7) بوخالفة عبد الكريم، دور الإرادة الاستباقي في تجنب منازعات عقود الاستثمار، دفاتر السياسة والقانون، د.ب.ن، ع.16، جانفي 2017، ص.185.
- 8) توفيق الغناي، المسؤولية الإدارية التعاقدية، مجلة دراسات قانونية، كلية الحقوق بصفافس تونس، عدد خاص، 2006.
- 9) جبايلي صبرينة، شروط الثبات في العقود الإدارية كضمانة لجذب الاستثمارات الأجنبية، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، ع.9، جانفي 2018، ص.261.

- 10 حمزة بن خدة، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، مجلة علوم إنسانية، منشور على الموقع التالي: <http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net>، تاريخ آخر دخول في: 2018/01/26.
- 11 حنفي محمد غالي، نظرية الظروف الطارئة وعمل الأمير ومدى انطباقها على عقود بيع أملاك الحكومة المبرمة في خلال السنوات 1950-1951-1952، تعليق على الحكم الصادر بتاريخ 30 ماي 1957 في القضية رقم 808 سنة 1955 مدني القاهرة، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة الثانية، ع3، سبتمبر 1958.
- 12 عبد اللطيف القرني، الفقه القانوني بين النظرية والتطبيق... رؤية تحليلية، منشور بتاريخ 2014/07/14، بموقع: <http://www.aleqt.com>، تاريخ آخر دخول: 2018/06/16.
- 13 عبد المنعم اليزري، تطبيقات نظرية الإثراء بلا سبب في العقود الإدارية "العقود الباطلة نموذجاً"، مجلة منازعات الأعمال بالمغرب العربي، منشور عبر موقع: <http://frssiwa.blogspot.com>، تاريخ آخر دخول في 2016/06/11، بدون ترقيم للصفحات.
- 14 عزاوي عبد الرحمن، خصوصية المصطلحات القانونية في القانون الإداري وانعكاساتها على مفهوم الأعمال الإدارية القانونية ومقوماتها (حالة العقد الإداري)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، العدد 01، مارس 2012.
- 15 غسان عبيد محمد المعموري، شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول، مجلة رسالة الحقوق، د.ب.ن، المجلد الأول، ع.2، 2009.
- 16 كسال سامية، دور شرط الثبات التشريعي المدرج في عقود الاستثمارات في حماية المستثمر الأجنبي "عقود البترول نموذجاً"، مجلة الحقوق والحريات، جامعة بسكرة، العدد الثالث، ديسمبر 2016، ص.176.
- 17 مجدي عبد الحميد شعيب، مدى تأثير نظرية العقود الإدارية بأحكام القانون المدني "دراسة تأصيلية لأحكام البطلان لبيان طبيعة علاقة القانون الإداري بالمدني في فرنسا ومصر"، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، السنة 23، العدد 01، 2015.
- 18 محمد القصري، القاضي الإداري ومنازعات الصفقات العمومية، المجلة العربية للفقه والقضاء، ع.46، د.ب.ن، د.س.ن.

- 19) محمد بوكماش، أثر الجعلية في تقييد مبدأ سلطان الإرادة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، مجلة البحوث والدراسات، ع 13، السنة 9، د ب ن، شتاء 2012.
- 20) محمود أبو السعود، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، الكويت، 1997.
- 21) مهند نوح، الاثراء بلا سبب في القانون العام، مقال منشور بالموقع الالكتروني: <http://www.arab-ency.com>، آخر تاريخ للدخول: 2016/06/12، دون ترقيم للصفحات.

ب) باللغة الفرنسية

- 1) B. RAHAL, La concession de service public en droit algérien, IDARA, V 4, N 1, 1994
- 2) Benoît Plessix, La part de la doctrine dans la création du droit des contrats administratifs, Revue de droit d'Assas, Revue éditée et diffusée par l'Université Panthéon-Assas, Paris, France, No4, Octobre 2011.
- 3) Charles Dudognon, l'avenant au contrat administratif, RDP, N°5, 2009.
- 4) Éric Gherardi, le régime du contrat de travaux publics - exemple d'une exception singulière au droit commun- article publié sur internet, google.com.
- 5) Fatome E et Moreau J, les relations contractuelles entre collectivités publiques - l'analyse juridique dans le cadre de la décentralisation- AJDA, 1990.
- 6) Gabriel ECKERT, Les pouvoirs de l'Administration dans l'exécution du contrat et la théorie générale des contrats administratifs, Contrats et Marchés publics n° 10, Octobre 2010, étude 9.
- 7) Laurent CHOMARD, Décompte général définitif (DGD) et réception de travaux, Publié le 20 mars 2014 - Mis à jour le 8 août 2017, sur : <http://marches-publics.legibase.fr>.
- 8) LLORENS François, le pouvoir de modification unilatérale et le principe de l'équilibre financier dans les contrats administratifs, R.F.D.A, mai -juin 1984.
- 9) MOULOUD Sabri, le droit des marchés publics en Algérie : réalité et perspectives, IDARA, 2008, V18, N1.

10) RAINAUD Jean-Marie, le contrat administratif - volonté des parties ou loi de service public, R D P, N°5, 1985.

11) TERKI N, N, la protection conventionnelle de l'investissement en Algérie, REVUE ALGERIENNE DES SCIENCES JURIDIQUES ECONOMIQUE ET POLITIQUES. V 2, 2001.

12) Thierry Kirat , L'ALLOCATION DES RISQUES DANS LES CONTRATS, 01/09/2005, <https://halshs.archives-ouvertes.fr>.

ثالثاً: الرسائل والمذكرات الجامعية

1. باللغة العربية

أ) الرسائل

- 1) أحمد فتح الله أبو سكيينة، النظرية العامة للإثراء بلا سبب في القانون الإداري "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1995.
- 2) بن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2011-2012.
- 3) جمال محمد إبراهيم البلقاسي، الدفع بعدم التنفيذ في العقود الإدارية "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة القاهرة، 2012.
- 4) حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2001.
- 5) زكي محمد البخار، نظرية البطلان في العقود الإدارية "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 1981.
- 6) زينة سالم محمد الطائي، نظرية الصعوبات غير المتوقعة في التشريع العراقي، رسالة دكتوراه، جامعة الدول العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، مصر، 2012.
- 7) عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة تلمسان، 2011، 2010.

- (8) علي محمد علي عبد المولى، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 1991.
- (9) عليوات ياقوتة، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري-الصفقات العمومية في الجزائر- رسالة دكتوراه، كلية الحقوق بجامعة قسنطينة، 2008-2009.
- (10) فيصل خالد المكراد، التعاقد من الباطن في العقود الإدارية (دراسة تطبيقية مقارنة)، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2013.
- (11) كريمة علة، جرائم الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012-2013.
- (12) محمد سعيد حسين أمين، الأسس العامة التي تحكم التزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري-دراسة مقارنة-رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1984.
- (13) محمد موسى إبراهيم، المخاطر التي تواجه تنفيذ العقد الإداري دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، 2005.
- (14) هارون عبد العزيز الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 1979.

(ب) المذكرات

- (1) إبراهيم بوخضرة، آثار الإفلاس "دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون التجاري الجزائري"، مذكرة ماجستير، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2006.
- (2) أحمد محمد هزاع الشمري، القوة الملزمة للعقد الإداري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2010.
- (3) بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بجامعة الجزائر، 2008-2009.

- 4) بن أحمد حورية، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2011/2010.
- 5) بولقواس سناء، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الدولية ذات الطابع الدولي "التحكيم نموذجاً"، مذكرة ماجستير، قانون إداري وإدارة عامة، كلية الحقوق، جامعة باتنة، الجزائر، 2010-2011
- 6) حناني آسيا، الضمانات الممنوحة للإستثمارات الأجنبية في الجزائر-دراسة قانونية-مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بجامعة الجزائر، 2008، 2007.
- 7) دحمون حفيظ، التوازن في العقد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بجامعة الجزائر العاصمة، 2011-2012.
- 8) زوزو زوليخة، جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ورقلة، 2012، 2011.
- 9) سعد ناصر العجمي، عوارض تنفيذ العقود الإدارية وتطبيقاتها القضائية في دولة الكويت، مذكرة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، 2009.
- 10) عبد الرزاق عريش، صلاحية الإدارة في التعديل الانفرادي لعقد الأشغال العامة دراسة مقارنة في فرنسا، المغرب والاردن، مذكرة ماجستير، الجامعة الأردنية، 1998.
- 11) فاضل شاكر أحمد مصطفى، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، معهد الدراسات الإسلامية العليا، جامعة بغداد، العراق، 1967.
- 12) معاشي سميرة، آثار حكم شهر الإفلاس بالنسبة لجماعة الدائنين، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2005/2004.
- 13) مومن روبيلة، العقود الإدارية، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2007-2010.
- 14) وليد بدري حسن الجبوري، القيود التي ترد على سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية "في القانون العراقي والقانون المصري"، مذكرة ماجستير، جامعة الدول العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، مصر، 2011.

15) يوسف بركات أبو دقة، امتيازات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في النظرية العامة وقانون الصفقات العمومية بالجمهورية الجزائرية، دبلوم الدراسات العليا في القانون العام، كلية الحقوق بجامعة الجزائر، 1977.

II. باللغة الفرنسية

- 1) FRIEDRICH Clemmy, Histoire doctrinale d'une mise en discours : Des contrats de l'administration au contrat administratif (1800-1960), DOCTORAT DE L'UNIVERSITE DE TOULOUSE, 2016.
- 2) Lisa Preux, le traitement de l'imprévision en droit des contrats publics et privés, master en droit, paris, France, 2013/2014.
- 3) MARION UBAUD-BERGERON, la mutabilité du contrat administratif, thèse, UNIVERSITÉ MONTPELLIER I, 2004.
- 4) Nicolas BALAT, Essai sur le droit commun, Thèse de doctorat en droit, école doctorale de droit privé ; Université Panthéon –Assas, France, 2014.

رابعاً: النصوص القانونية

أ) الوطنية

- 1) القانون 84-09، المؤرخ في 04/02/1984، يتعلق بالتنظيم الإقليمي للبلاد، ج.ر.ع.6، مؤرخة في 07/02/1984، ص.139.
- 2) القانون 90-21، مؤرخ في 15/08/1990، يتعلق بالمحاسبة العمومية، ج.ر.ع.35، مؤرخة في 15/08/1990. المعدل والمتمم.
- 3) القانون رقم 04-02، مؤرخ في 25/12/2004، يتعلق بالوقاية من الأخطار الكبرى وتسيير الكوارث في إطار التنمية المستدامة، ج.ر.ع.84، لسنة 2004.
- 4) القانون 08-09 المؤرخ في 25/02/2008، المتضمن ق.م.أ، ج.ر.ع.21، الصادرة بتاريخ 23/04/2008.

- (5) القانون 10-11، مؤرخ في 22-06/2011، يتعلق بالبلدية، ج.ر. عدد 37، مؤرخة في 2011/07/03.
- (6) القانون رقم 07-12 يتعلق بالولاية، مؤرخ في 28 ربيع الأول عام 1433 الموافق ل 21 فبراير سنة 2012، ج.ر.ع.12، مؤرخة في 2012/02/29.
- (7) القانون 07-13، المؤرخ في 2013/10/29، يتضمن تنظيم مهنة المحاماة، ج.ر.ع.55، مؤرخة في 2013/10/30، ص.3.
- (8) الأمر الأمر 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967، يتضمن قانون الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 52 لسنة 67. المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 70-57 المؤرخ في 1971/12/29، ج.ر. عدد 70 السنة السابعة. والأمر رقم 71-84 المؤرخ في 1971/12/29 ج.ر. عدد 107 السنة الثامنة.
- (9) الأمر 58-75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج.ر. 78، صادرة في 1975/09/30، ص.818.
- (10) الأمر 59-75، المؤرخ في 1975/09/26، يتضمن القانون التجاري، ج.ر. عدد 101، مؤرخة في 1975/12/19، ص.1306. المعدل والمتمم.
- (11) الأمر رقم 03-01، المؤرخ في 2001/08/20، يتعلق بتطوير الاستثمار، ج.ر. 47، صادرة بتاريخ 2001/08/22، ص.4.
- (12) الأمر رقم 12-05، المؤرخ في 2005/07/24، يتضمن قانون المياه، ج.ر. 60 صادرة بتاريخ 2005/09/4، ص.3.
- (13) المرسوم التشريعي 93-12 الذي يتعلق بترقية الإستثمار، المؤرخ في 1993/10/05، ج.ر. 64 الصادرة في 1993/10/10.
- (14) المرسوم الرئاسي 02-250، مؤرخ في 2002/07/24، ج.ر. 52، الصادرة بتاريخ 2012/07/28، ص.03.
- (15) المرسوم الرئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 2010/10/07، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم، ج.ر. 75، الصادرة بتاريخ 2010/12/08، ص.20.

- 16) المرسوم الرئاسي رقم 12-23، مؤرخ في 18/01/2012، ج.ر. 4، الصادرة بتاريخ 26/01/2012، ص.04.
- 17) المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16/09/2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية عدد 50 لسنة 2015، مؤرخة بتاريخ 20/09/2015.
- 18) المرسوم التنفيذي 89-01 المؤرخ في 15/01/1989، الذي يضبط كفاءات تحديد دفاتر الشروط المتعلقة بالإمتياز في احتكار الدولة للتجارة الخارجية، ج.ر.3، لسنة 1989، ص.70.
- 19) المرسوم التنفيذي 91-434 المؤرخ في 09/11/1991، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 57 لسنة 91. المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي 94-178 المؤرخ في 26/06/1994، ج.ر. عدد 42؛ والرسوم التنفيذية 96-54، المؤرخ في 22/01/1996، ج.ر. عدد 06.
- 20) المرسوم التنفيذي 94-294، مؤرخ في 25/09/1994، يتضمن كفاءات حل وتصفية المؤسسات العمومية غير المستقلة والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، ج.ر.ع.63، مؤرخة في 05/10/1994، ص.14.
- 21) المرسوم التنفيذي رقم 01-416، المؤرخ في 20/12/2001، يتضمن المصادقة على اتفاقية الإستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الإستثمارات ودعمها ومتابعتها وأوراسكوم تليكوم الجزائر، ج.ر. 80، صادرة بتاريخ 26/12/2001، ص.9.
- 22) المرسوم التنفيذي 02-232 المؤرخ في 24/06/2003، ج.ر. عدد 39 مؤرخة في 29/06/2003 صفحة 9.
- 23) المرسوم التنفيذي رقم 09-399، مؤرخ في 29/11/2009، يحدد آليات توقع الفيضانات، ج.ر. عدد 71، مؤرخة في 02/12/2009.
- 24) المرسوم التنفيذي 17-162، المؤرخ في 15/05/2017، يحدد القانون الأساسي النموذجي للثانوية، ج.ر. عدد 55، مؤرخة في 17/05/2017، ص.7.

- (25) المرسوم التنفيذي رقم 18-199، مؤرخ في 02/08/2018، يتعلق بتفويض المرفق العام، ج.ر عدد 48، مؤرخة في 05/08/2018، ص.4.
- (26) المرسوم 82-145 المؤرخ في 10 أفريل 1982، ينظم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، الجريدة الرسمية عدد 15 لسنة 82، بتاريخ 23/04/1982. المعدل والمتمم بموجب المرسوم 84-51 المؤرخ في 25/12/1984، ج.ر عدد 9 السنة الواحدة والعشرون؛ والرسوم 86-126 المؤرخ في 13/05/1986، ج.ر عدد 20 السنة الثالثة والعشرون؛ والرسوم التنفيذية 91-320 المؤرخ في 14/09/1991، ج.ر عدد 44 السنة الثامنة والعشرون.
- (27) المرسوم رقم 88-131، الصادر بتاريخ 04/07/1988، المتضمن تنظيم علاقة الإدارة بالمواطنين، ج.ر 27، صادرة بتاريخ 06/07/1988، ص.759.
- (28) القرار المؤرخ في 21/11/1964، ج.ر 6 صادرة في 19/01/1965، ص.46، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل.

ب) الأجنبية

أ. في مصر

- (1) القانون رقم 131 لسنة 1948 بإصدار القانون المدني، منشور على موقع: www.google.com
- (2) قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري، الصادر بالقانون رقم 89 لسنة 1998، الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية، عدد 19 مكرر، بتاريخ 8/5/1998، منشور على موقع: www.google.com
- (3) قرار رقم 1367 لسنة 1998، بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات، المنشور بتاريخ 6/9/1998، منشور على موقع: www.google.com

أ. في سوريا

- (1) القانون رقم 15 لعام 2004/11/24، المتضمن نظام العقود، بسوريا، منشور عبر موقع: www.google.com

III. في ليبيا

1) لائحة العقود الإدارية الصادرة بقرار اللجنة الشعبية العامة رقم 363 بتاريخ 2007/07/05، منشور على <http://site.eastlaws.com> ، تاريخ آخر دخول: 2018/07/21.

IV. في فرنسا

1) Loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration, JORF, 1965, p. 945.

2) Décret n°2006-16 du 30 juin 2006 ; portant code des marchés publics.

3) Ordonnance no 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, JORF no 169, 24/07/2015.

4) Ordonnance no 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, JORF no 25, 30/01/2016.

5) ordonnance n 2016-131 du 10/02/2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n0035 du 11/02/2016, texte n26.)

6) Arrêté du 8 septembre 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux. JORF n°0227 du 1 octobre 2009.

7) Circulaire du 20 novembre 1974 RELATIVE A L'INDEMNISATION DES TITULAIRES DE MARCHES PUBLICS EN CAS D'ACCROISSEMENT IMPREVISIBLE ET DE LEURS CHARGES ECONOMIQUES, JORF du 30 novembre 1974 page 11971.

خامسا: مصادر القرارات القضائية

- 1) بوشهدة ورشيد خلوفي، مجموعة أحكام القضاء الإداري، د.م.ج، الجزائر، 1979.
- 2) سايس جمال، الإجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، ج1، ج2، ج3، الطبعة الأولى، منشورات كليك، الجزائر، 2013.
- 3) المجلة القضائية للمحكمة العليا الجزائرية، ع.4، 1990.
- 4) المجلة القضائية للمحكمة العليا، ع.1، 1988.

- (5) المجلة القضائية للمحكمة العليا، ع.1، 1991.
- (6) المجلة القضائية للمحكمة العليا، ع.1، 1994.
- (7) مجلة المحكمة العليا، ع.01، 2011.
- (8) مجلة مجلس الدولة، ع 07، سنة 2005.
- (9) مجلة مجلس الدولة، ع.1، 2002.
- (10) مجلة مجلس الدولة، ع.3، 2003.
- (11) مجلة مجلس الدولة، ع.4، 2003.
- (12) نشرة القضاة، العدد 06، طبعة 2011.

سادسا: المواقع الإلكترونية

- 1) archiv.jura.uni-saarland.de/France
- 2) <http://marches-publics.legibase.fr>,
- 3) <http://www.aleqt.com>
- 4) <http://www.iraq-ig-law.org>.
- 5) <https://elawpedia.com>.
- 6) <https://halshs.archives-ouvertes.fr>.
- 7) <https://www.universalis.fr/encyclopedie/georges-vedel>
- 8) www.conseil-etat.fr.
- 9) www.doctrine.fr.
- 10) www.google.com.
- 11) www.legifrance.gouv.fr.
- 12) www.memoireonline.com
- 13) www.senat.fr.

الفهرس

الصفحة	الموضوع
أ	إهداء.....
ب	شكر وتقدير.....
ج	قائمة المختصرات.....
01	مقدمة.....
	الباب الأول: التأصيل القانوني لحالات تغير الظروف أثناء تنفيذ العقد الإداري.....
10	الفصل الأول: الظروف التي من شأنها جعل تنفيذ العقد الإداري صعبا
13	المبحث الأول: طوارئ التنفيذ المرتبطة بإرادة طرفي العقد الإداري...
15	المطلب الأول: نظرية فعل الأمير في العقود الإدارية.....
17	الفرع الأول: مفهوم نظرية فعل الأمير.....
19	أولاً: تعريف نظرية فعل الأمير.....
19	ثانياً: صُورُ نظرية فعل الأمير.....
25	الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية فعل الأمير.....
47	أولاً: حدوث ضرر للمتعاقد.....
47	ثانياً: عدم توقع الفعل المسبب للضرر.....
49	ثالثاً: صدور الفعل الضار عن الإدارة المتعاقدة.....
51	رابعاً: عدم صدور خطأ عن الإدارة المتعاقدة.....
54	المطلب الثاني: تَغْيِيرُ طُرُقِ تنفيذ العقد نتيجة لفعل المتعاقد مع الإدارة..
55	الفرع الأول: نطاق الأعمال التي يدخلها المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري.....
57	أولاً: الأعمال الضرورية.....
57	ثانياً: الأعمال المفيدة.....
65	الفرع الثاني: تعويض المتعاقد مع الإدارة عن الأعمال التي يدخلها على العقد الإداري.....
66	أولاً: نطاق تطبيق نظرية الاثراء بلا سبب في حالة الأعمال الإضافية من المتعاقد.....
67	ثانياً: شروط أعمال نظرية الاثراء بلا سبب في حالة الأعمال الإضافية من المتعاقد.....
72	المبحث الثاني: طوارئ التنفيذ المستقلة عن إرادة طرفي العقد لإداري
79	المطلب الأول: نظرية الظروف الطارئة.....
80	الفرع الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة.....
81	

81	أولاً: تعريف نظرية الظروف الطارئة
84	ثانياً: نشأة نظرية الظروف الطارئة
92	الفرع الثاني: شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة
92	أولاً: نطاق العقود الإدارية التي تشملها النظرية
94	ثانياً: تحديد صاحب الحق في إثارة النظرية
96	ثالثاً: شروط الظرف الطارئ
107	المطلب الثاني: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة
108	الفرع الأول: مفهوم نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة
108	أولاً: تعريف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة
110	ثانياً: الأساس القانوني لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة
113	الفرع الثاني: شروط إعمال نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة
114	أولاً: الصعوبات المادية غير المتوقعة هي واقعة مادية مستقلة عن الأطراف المتعاقدة
115	ثانياً: الصعوبات المادية تنجم عن صعوبات لم تكن متوقعة عند إبرام العقد
118	ثالثاً: الصعوبات غير المتوقعة هي مصاعب ذات صفة غير طبيعية إطلاقاً
119	رابعاً: يجب أن تؤدي الصعوبات المادية إلى الإخلال باقتضائيات العقد
122	الفصل الثاني: ظروف استحالة تنفيذ العقد وتغيير الوضعية القانونية لأحد أطرافه
125	المبحث الأول: نظرية القوة القاهرة في العقود الإدارية
128	المطلب الأول: مفهوم نظرية القوة القاهرة
129	الفرع الأول: تعريف القوة القاهرة
134	الفرع الثاني: تطبيقات القوة القاهرة في العقود الإدارية
134	أولاً: حالة الظواهر الطبيعية
137	ثانياً: حالة الصعوبات التي تواجه الأطراف المتعاقدة
137	ثالثاً: حالة زعم المتعاقد بشأن المتعاقد الثانوي أو المورد
138	رابعاً: حالة التشريعات الاجتماعية
138	خامساً: حالة الإضراب
139	سادساً: حالة الحرب
141	المطلب الثاني: شروط نظرية القوة القاهرة
142	الفرع الأول: القوة القاهرة حدث خارجي عن إرادة المتعاقدين ولا يمكن توقعه
142	أولاً: القوة القاهرة حدث خارجي عن إرادة طرفي العقد
142	ثانياً: القوة القاهرة حدث غير مرتقب ولا يمكن توقعه

146 الفرع الثاني: القوة القاهرة حادث يستحيل التصدي إليه.
146 أولاً: المفهوم التقليدي لاستحالة التنفيذ: القوة القاهرة التقليدية
148 ثانياً: المفهوم المستحدث لاستحالة التنفيذ: القوة القاهرة الإدارية
151 المبحث الثاني: تَعْيُر المركز القانوني للمتعاقد في العقد الإداري
152 المطلب الأول: تَعْيُر المركز القانوني للمتعاقد مع الإدارة.
154 الفرع الأول: أهمية الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية
159 الفرع الثاني: أثر زوال الاعتبار الشخصي على تنفيذ العقد الإداري ..
161 أولاً: حالة وفاة المتعاقد مع الإدارة
165 ثانياً: حالة إفلاس المتعاقد مع الإدارة
170 المطلب الثاني: تَعْيُر الوضعية القانونية للإدارة المتعاقدة
171 الفرع الأول: تحديد الإدارة المتعاقدة في العقد الإداري
173 أولاً: الإدارة المتعاقدة في العقد الإداري
 ثانياً: المصلحة المتعاقدة في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات
178 المرفق العام.
 ثالثاً: الاستثناءات التي ترد على ركن الاختصاص في ابرام العقد
181 الإداري
 الفرع الثاني: حالات تَعْيُر وضعية الإدارة المتعاقدة وأثره على تنفيذ
187 العقد الإداري
187 أولاً: تَعْيُر الطبيعة القانونية للإدارة المتعاقدة
190 ثانياً: زوال الشخصية القانونية للإدارة المتعاقدة
 الباب الثاني: الحلول القانونية لمواجهة الأثر الناتج عن تَعْيُر ظروف
196 تنفيذ العقد الإداري
 الفصل الأول: التزام المتعاقد مع الإدارة بالاستمرار في تنفيذ العقد
198 الإداري
 المبحث الأول: الإطار القانوني لالتزام المتعاقد مع الإدارة بالاستمرار
201 في تنفيذ العقد الإداري تحت كل الظروف
 المطلب الأول: التزام المتعاقد مع الإدارة بالاستمرار في تنفيذ العقد
202 الإداري في ظل نظرية فعل الأمير
 الفرع الأول: الأسس التشريعية لإلزام المتعاقد بتنفيذ قرار التعديل
203 الانفرادي
203 أولاً: التعديل الانفرادي يتم في شكل قرار إداري
206 ثانياً: تنفيذ قرار التعديل هو التزام تشريعي
 الفرع الثاني: الأسس القضائية لإلزام المتعاقد بتنفيذ قرار التعديل
207 الانفرادي
 أولاً: تنفيذ قرار التعديل يدخل ضمن مقتضيات حسن النية في تنفيذ
207 العقود الإدارية

208	ثانياً: قرار التعديل الإفرادي هو امتداد للعقد الإداري الأصلي
		المطلب الثاني: استمرارية تنفيذ العقد الإداري في ظل الظروف
211	الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة
		الفرع الأول: استمرارية تنفيذ العقد الإداري في ظل نظرية الظروف
212	الطارئة
		الفرع الثاني: استمرارية تنفيذ العقد الإداري في ظل نظرية الصعوبات
216	المادية غير المتوقعة
		المبحث الثاني: نطاق التزام المتعاقد مع الإدارة بالاستمرار في تنفيذ
219	العقد الإداري
220	المطلب الأول: التوقف عن تنفيذ العقد الإداري
221	الفرع الأول: التوقف عن التنفيذ في حالة فعل الأمير
222	أولاً: حالة قلب اقتصاديات العقد
223	ثانياً: حالة مخالفة قرار التعديل للقانون المعمول به
228	ثالثاً: حالة تجاوز التعديل للنسب المالية المسموح بها
232	الفرع الثاني: التوقف عن التنفيذ في حالي الظروف الطارئة
		والصعوبات المادية غير المتوقعة
232	أولاً: الدفع بعدم التنفيذ
240	ثانياً: القوة القاهرة الإدارية
244	المطلب الثاني: حالات اعفاء المتعاقد من التزاماته التعاقدية
245	الفرع الأول: نهاية العقد الإداري لاستحالة تنفيذه
250	الفرع الثاني: الفسخ القضائي للعقد الإداري
250	أولاً: حالات الفسخ
253	ثانياً: آثار الفسخ
256	الفصل الثاني: حق المتعاقد مع الإدارة في التعويض المالي
		المبحث الأول: الأسس القانونية لمطالبة المتعاقد مع الإدارة بالتعويض
258	المالي
259	المطلب الأول: الأساس القانوني للتعويض عن فعل الأمير
260	الفرع الأول: الأفكار المقترحة لتبرير التعويض عن فعل الأمير
260	أولاً: فكرة التوازن المالي للعقد الإداري
262	ثانياً: فكرة المسؤولية التعاقدية
264	الفرع الثاني: الترويج بين الأفكار المقترحة للتعويض عن فعل الأمير
		المطلب الثاني: الأساس القانوني للتعويض عن الظروف الطارئة
265	والصعوبات المادية غير المتوقعة
266	الفرع الأول: الأساس القانوني للتعويض عن الظروف الطارئة
266	أولاً: فكرة النية المشتركة لأطراف العقد
268	ثانياً: فكرة التوازن المالي للعقد

269	ثالثاً: فكرة استمرارية عمل المرفق العام بانتظام واطراد
		الفرع الثاني: الأساس القانوني للتعويض عن الصعوبات المادية غير
272	المتوقعة
272	أولاً: النية المشتركة للأطراف المتعاقدة
273	ثانياً: فكرة المسؤولية
273	ثالثاً: فكرة التعاون بين الإدارة والمتعاقد معها
274	رابعاً: اعتبارات العدالة والطبيعة الذاتية للعقود الإدارية
277	المبحث الثاني: كيفيات احتساب التعويض ومقداره
		المطلب الأول: الحلول الاتفاقية لمواجهة حالات تغيّر ظروف تنفيذ العقد
278	الإداري
		الفرع الأول: الحلول الاتفاقية لمواجهة الصعوبات الناتجة عن فعل
279	الأمير
281	أولاً: مفهوم بنود الثبات التشريعي
283	ثانياً: التكريس القانوني لشروط عدم المساس بالعقد
		الفرع الثاني: دور الإرادة في مواجهة الصعوبات المادية غير المتوقعة
288	والظروف الطارئة
		أولاً: الآليات الاتفاقية للتعويض عن نتائج الصعوبات المادية غير
288	المتوقعة
291	ثانياً: الآليات الاتفاقية للتعويض عن نتائج الظروف الطارئة
		المطلب الثاني: الحلول القضائية للتعويض عن حالات تغير ظروف
297	تنفيذ العقد الإداري
298	الفرع الأول: حالات التعويض الكامل
298	أولاً: التعويض الكامل عن فعل الأمير
309	ثانياً: التعويض الكامل عن الصعوبات المادية غير المتوقعة
		الفرع الثاني: التأطير القانوني للتعويض الجزئي عن نتائج الظروف
312	الطارئة
320	خاتمة
328	قائمة الملاحق
343	قائمة المراجع
363	الفهرس

تم بتوفيق الله وحمده

المخلص

يمكن أن تطرأ بعض الظروف أثناء تنفيذ العقد الإداري، فتجعل من تنفيذه صعبا ومرهقا للمتعاقد، وتؤثر على وسائل وشروط تنفيذه المتفق عليها من قبل، وقد تكون هذه الظروف المستجدة إما بفعل الإدارة المتعاقدة، من خلال ما تتمتع به من سلطات وصلاحيات قد تسمح لها باتخاذ إجراءات تمس بالمركز المالي للمتعاقد؛ أو بسعي من المتعاقد وبتدخل منه، لما يرى في ذلك من فائدة على حسن تنفيذ العقد، وقد تكون نتيجة لظروف خارجة عن إرادة طرفي العقد الإداري، تؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مرهقا وتترتب عليها خسائر غير مألوفة في الحالات العادية، كما قد تؤدي هذه الظروف إلى استحالة تنفيذ العقد الإداري كليا. بل وقد تتغير الوضعية القانونية لأحد المتعاقدين بتعرضه لوقائع طبيعية أو أحكام قانونية من شأنها التأثير على مركزه القانوني، ومن ثمة التأثير على تنفيذ العقد الإداري ككل.

الكلمات المفتاحية

العقد الإداري، الصفقة العمومية، الملحق، التوازن المالي للعقد، نظرية فعل الأمير، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، نظرية الظروف الطارئة، نظرية القوة القاهرة، الاثراء بلا سبب، القضاء الإداري.

Résumé

Au courant de l'exécution du contrat administratif, ce dernier peut être soumis à certaines circonstances qui rendent son exécution difficile et fastidieuse et qui influencent les modalités et les conditions d'exécutions convenus au paravant. Ces circonstances peuvent être dû à la volonté de l'administration contractante dans l'expression de ses compétences et de ses prérogatives de recourir à des procédures qui touchent au statut financier de la deuxième partie contractante, ou bien par le fait du cocontractant et de son intervention qui visent à rétablir le principe de bonne foi dans l'exécution du contrat. Cela peut être aussi dû à des circonstances en dehors la volonté des contractants et qui influencent directement sur la pénibilité de l'exécution du contrat et qui font subir aux contractants des dommages inattendus et exceptionnels. De surcroit, ces circonstances peuvent rendre le contrat totalement inexécutable. Le statut juridique de l'un des contractants peut également changer du fait de son exposition à des évènements naturels et à des règles juridiques et de ce fait porter atteinte à l'exécution du contrat administratif dans sa globalité.

Mots clés

Contrat administratif, marché public, l'avenant, l'équilibre financier du contrat, la théorie de fait du prince, La théorie des sujétions imprévues, la théorie de l'imprévision, la théorie du force majeure, l'enrichissement sans cause, juridiction administrative.

Abstract

In the course of the execution of the government contract, this last one may be subject to certain circumstances which make its execution difficult and tedious and which affect the terms and conditions of executions agreed upon beforehand. These circumstances may be due to the will of the Contracting Administration in the expression of its competences and prerogatives to resort to proceedings that affect the financial statute of the second contracting party, or by the actions of the counterparty and his intervention aiming to restore the principle of good faith in the execution of the contract. This may also be due to circumstances beyond the control of the contractors which directly influence the arduous nature of the contract and which cause to the contractors unexpected and exceptional damages. In addition, these circumstances may turn the contract to completely unenforceable. The legal status of one of the contracting parties may also change because of its exposure to natural events and legal rules and thereby affect the execution of the government contract in its entirety.

Keywords

Government contract, public contract, additional clause, financial balance of the contract, act of state, theory of hardship, theory of urgent circumstances, theory of force majeure, unjust enrichment, administrative jurisdiction.