



جامعة عين تموشنت - بلحاج بوشعيب -



كلية الحقوق

قسم الحقوق

الخطر في الصفقات العمومية للأشغال

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق - تخصص: قانون عام

تحت إشراف الأستاذة :

أ. حبشي ليلي

من اعداد الطالبين:

دافي عبد الحكيم

منصور كمال الدين

لجنة المناقشة:

الرئيس	د. مزودي عبد الحق	استاذة محاضرة "أ"	جامعة عين تموشنت
المشرف	د. حبشي ليلي	استاذة محاضر "ب"	جامعة عين تموشنت
الممتحن	د. صديق سهام	استاذة محاضرة "أ"	جامعة عين تموشنت

السنة الجامعية: 2023/2022

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر وتقدير

الحمد لله الذي علم بالقلم، علم الإنسان ما لم يعلم، الحمد لله المنان، الملك، القدوس، السلام
مدبر الليالي والأيام، مصرف الشهور والأعوام، قدر الأمور فأجراها على أحسن نظام، ما شاء كان
وما لم يشأ لم يكن، الحمد لله على ما أنعم به على فضله الخير الكثير والعلم الوفير، وأعانني على
إنجاز هذا العمل الذي أحسبته عبادة من العبادات، جعلها الله خالصة لوجهه الكريم.
وبعد الحمد لله تعالى وشكره على إنهاء هذه الرسالة، أتقدم بخالص الشكر وعظيم الامتنان
للأستاذة الفاضلة "حبشي ليلي" على ما قدمته لنا من علم نافوعطاء متميز وإرشاد مستمر،
وإلى أعضاء لجنة المناقشة على تشريفهم لنا بقبول مناقشة مذكرتنا فجزاهم الله عنا كل خير، وإلى
كل الأساتذة الذين لم يخلوا علينا بعلمهم حتى وصلنا لما نحن عليه الآن.
وأخيرا نهدي كل عبارات الشكر والعرفان إلى كل شخص مد لنا يد المساعدة لإنجاز هذه المذكرة
من بعيد أو من قريب ولو بكلمة طيبة.

شكرا-بارك الله فيكم جميعا-

إهداء

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على رسول الله، أما بعد
نهدي هذا العمل المتواضع إلى والدينا لقول تعالى: "رب
أوزعني أن أشكر نعمتك التي أنعمت علي وعلى والدي
وأن أعمل صالحا ترضاه وأدخلني برحمتك في عبادك
الصالحين". سورة النمل الآية 19

كما نهدي هذا العمل إلى أشقائنا وإلى كل عائلتنا دون
استثناء وإلى زملائنا في الدراسة وإلى كل شخص دعمنا
في إتمام هذه المذكرة.

عبد الحكيم

إهداء

بسم الله يرعاني و يحفظني و يوفقني اتقدم بهذا العمل المتواضع كهدية الى

من سهرت الليالي و حملتني وهنا على وهن و الجنة تحت اقدامها

يا نبع الحنان و العطاء يا عطر الدفاء و الحنان

امي الغالية " حفظها الله و اطال في عمرها"

من ارادني بلوغ المعاني و من دعمني بدعائه آناء الليل و اطراف النهار و تحمل

المشقات و العناء

إلى روح "ابي حبيبي " رحمه الله

كمال

قائمة اهم المختصرات

ص: الصفحة

ر: رقم

ع: عدد

ط: الطبعة

ج ر: جريدة الرسمية

ق إ م: قانون الإجراءات المدنية

مقدمة

إن التحول الذي شهدته وظيفة الدولة - من دولة حارسة إلى دولة متدخلة - أدى إلى اتساع مجالات السلطة العامة، فازدادت مهام أعوان الإدارة و هو ما نتج عنه بالضرورة البحث عن أنجع السبل لتسيير المرافق العامة، فانعقدت الملتقيات والمؤتمرات الدولية حول الحوكمة و الحكم الرشيد.

متعاملين فإن كانت الصفقة العمومية تلك العقود المكتوبة، في مفهوم المشرع الجزائري، التي تبرم مع . اقتصاديين وفقا لشروط قانونية لتلبية حاجات الإدارة العامة في مجال الأشغال و اللوازم و الخدمات... هي الوسيلة الفعالة التي تملكها الإدارة لضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد من خلال ضخ المبالغ المالية الضخمة في المشاريع الحيوية من أجل دفع عجلة التنمية الوطنية إلا أنها تبقى نشاط السلطات العمومية الأكثر عرضة لخطر الرشوة باعتبارها نقطة الالتقاء الكبرى بين القطاعين العمومي و الخاص، حيث تمنح لمختلف الناشطين العموميين والخواص إمكانيات متعددة لتحويل المال العام لأجل تحقيق المصلحة الشخصية.

أثناء نسخة 2004 للمنتدى العالمي لمنظمة التعاون والتنمية الاقتصادية (OCDE) حول الحوكمة - محاربة الرشوة و ترقية النزاهة في الصفقات العمومية - اعتبرت قلة الشفافية و المسؤولية أكبر خطر للنزاهة في الصفقات العمومية، أما أثناء نسخة 2005 للتحقيق لدى رؤساء مؤسسات منتدى الاقتصاد العالمي اعتبرت الرشوة الممارسة من قبل الشركات متعددة الجنسيات في منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية OCDE أكثر انتشارا في مجالات الصفقات العمومية عنها في بقية مجالات المخاطر الأخرى، الضرائب العدالة استغلال النفوذ في مستوى الدولة.

غير أن الرشوة، قلة الشفافية والنزاهة ليست المخاطر الوحيدة التي تتهدد الصفقة العمومية، كما أن هذه المخاطر تحكمها قواعد القانون الجزائري؛ أما في القانون الإداري هناك فئة من الصعوبات و الظروف الاستثنائية التي تعترض تنفيذ العقد اصطلح على تسميتها بنظرية المخاطر في العقود الإدارية.

معالجة للظروف الاستثنائية غير المتوقعة التي تطرأ في مرحلة التنفيذ والتي تخل بالتوازن المالي

للصفقة و لعله ترك ذلك للسلطة القضائية.

و من ثم تزداد أهمية نظرية العقود الإدارية باعتبار مصدرها القضائي، كما تزداد في الوقت الحاضر نظرا لأن خطة الإصلاح الاقتصادي التي انتهجتها الدولة تتجه نحو التطبيق التدريجي لنظام الاقتصاد الحر وتشجيع الاستثمار في المجالات الاقتصادية المختلفة، لذلك أصبحت الدولة تعهد إلى عديد من مقاولي

الأشغال العمومية و رجال الأعمال بمهمة تنفيذ الكثير من المشاريع العامة الحيوية، مما قد يثير العديد من الإشكالات القانونية بين طرفي العلاقة العقدية لا سيما في مرحلة التنفيذ و خاصة إذا ما اعترض تنفيذ الصفة العمومية مشكلات و صعوبات لم تكن متوقعة في مرحلة الإبرام. و بذلك تشكل هذه الدراسة أحدث موضوعات القانون الإداري.

إشكالية الدراسة:

خطر في الصفقات العمومية يشير إلى العوامل أو الظروف التي يمكن أن تؤثر سلباً على نجاح أو تنفيذ صفقة عمومية للأشغال. هذه الصفقات تشمل مشروعات تمويلها وتنظيمها من قبل الجهات الحكومية أو العاملين في القطاع العام لتنفيذ أعمال عامة مثل بناء الطرق والجسور والمباني الحكومية والمرافق العامة الأخرى.

يمكن أن يكون الخطر في الصفقات العمومية عبارة عن مجموعة من العوامل والمتغيرات، منها:

مخاطر تنفيذية: تشمل هذه المخاطر تأخيرات في التنفيذ، مشكلات في التخطيط والإشراف، وصعوبات في تنفيذ المشروع بفعالية.

مخاطر مالية: تشمل تلك المخاطر التكاليف الزائدة، والزيادة في الميزانية الأصلية للمشروع، وارتفاع تكلفة المواد أو الأجور، وتأخيرات في دفعات المال من الجهة المشترية.

مخاطر تنظيمية وقانونية: يمكن أن تتضمن مثل هذه المخاطر عدم الامتثال للقوانين واللوائح المحلية والوطنية، ومشاكل في الحصول على التصاريح والموافقات اللازمة.

مخاطر بيئية: تتعلق بتأثير المشروع على البيئة والالتزام بالمعايير البيئية وتطلبات الحفاظ على البيئة.

مخاطر سلامة العاملين: تشمل تلك المخاطر حوادث العمل واحتياجات السلامة والصحة المهنية للعمال في موقع العمل.

مخاطر اقتصادية: يمكن أن تتضمن تقلبات في الأسواق والتضخم وتغيرات في أسعار العملات والفائدة.

مخاطر التعامل مع المقاولين: يمكن أن تتعلق بثقة الجهة المشترية في مقاولي المشروع وقدرتهم على تنفيذه بفعالي

إن عدم تبيان مفهوم و طبيعة الضمانات الواجب على الإدارة المتعاقدة إيجادها بغرض حسن اختيار المتعاملين معها وتوفير أفضل شروط تنفيذ بنود الصفقة يدفعنا إلى التساؤل عن الطبيعة القانونية لهذه الضمانات في ظل وجود نصوص قانونية متعددة خارج نطاق قانون الصفقات العمومية ، تفيد كلها بضرورة توفير الضمانات الكافية لحماية حقوق الأطراف المتعاقدة.

لذا فإن إشكالية البحث تكمن في ما يلي:

ماهو الخطر في الصفقات العمومية للأشغال ؟ و كيف يتم مواجهة ؟

فرضيات الدراسة:

إن تقديم دراستنا تكون وفقا لصياغة الفرضيات التالية:

· دوافع لجوء الإدارة العمومية إلى إبرام الصفقات العمومية هي إشباع الحاجات العمومية و تسيير المرافق العامة تقتضي بالضرورة إيجاد المصادر المالية الكافية و التعاقد مع أحسن المتعاملين ومنه وضع ضمانات مناسبة كشرط أساسي للحفاظ على المال العام من مخاطر الاستغلال السيء له ، و هذه الضمانات يجب أن تغطي كافة مراحل الصفقة العمومية خصوصا مرحلة الإبرام .

· تمثل الضمانات المقررة في مجال الصفقات العمومية فائدة مزدوجة لأطراف الصفقة ، فهي حق و واجب في آن واحد، خاصة بالنسبة للمتعاقد الذي يمتاز مركزه القانوني بكونه أقل من منزلة المصلحة المتعاقدة في مرحلة تنفيذ العقد المبرم بينهما، ومنه يتطلب الأمر توفير الحماية اللازمة.

أهداف البحث

أهداف شخصية تعود أصوله إلى وظيفتي السابقة كإطار بالإدارة المحلية لقرابة عقدين من الزمن، توليت خلالها العديد من المهام منها على وجه الخصوص رئيس مصلحة الشؤون الاقتصادية صادف توظيفي انتقال النظام السياسي في البلاد من التسيير الأحادي إلى التعددية الحزبية، و ما تبع ذلك من تطورات سياسية اقتصادية اجتماعية، و ما شهدته المنظومة القانونية من ثورة تشريعية بما فيها تنظيم الصفقات

العمومية، و هو الموضوع الذي تناولته بالدراسة في مذكرة الماجستير من خلال إبراز حقوق والتزامات أطراف العلاقة العقدية؛ و من ثم تأتي هذه الدراسة كامتداد لسابقتها.

أهداف موضوعية

المفارقة الكبيرة التي يعرفها تنفيذ الصفقات العمومية؛ و المتمثلة في التعطيل الكبير الذي يشهده تنفيذ الصفقة العمومية ميدانيا - نتيجة المخاطر التي تطرأ بعد مرحلة الإبرام - لا سيما قطاع الأشغال العمومية (الطريق السيار المطار الدولي المشاريع السكنية، المنشآت الرياضية...الخ) بالرغم من الأهمية الكبرى التي توليها الدولة لهذا القطاع من خلال الأموال الضخمة التي ترصدها له في ميزانيتها السنوية.

منهج الدراسة:

للإجابة على الإشكالية المطروحة و معالجة مختلف جوانب الموضوع ، نعتمد في هذه الدراسة على المنهجين الاستقرائي والتحليلي معا بالإضافة للجوء أحيانا إلى المنهج الوصفي و كذا المقارنة مع التشريعات الأخرى كالتشريع المصري والتشريع الفرنسي هدف تقديم إيضاحات وافية في هذا الإطار.

ومنه فقد تم تقسيم الدراسة إلى فصلين، يشمل الفصل الأول على عرض للمبادئ و الإجراءات التي تحكم عملية إبرام الصفقة العمومية من حيث أساليب وطرق اختيار المتعامل المتعاقد والأسس التي تضبطها ، وكذا إلى قواعد تسوية النزاعات الناتجة عن قرار منح الصفقة العمومية، وهي كلها تمثل ضمانات تكوين الصفقة العمومية..

الفصل الأول

الإطار المفاهيمي لمخاطر الصفقات

العمومية للأشغال

تمهيد :

المخاطر في صفقات العقود العمومية هي الأحداث أو الظروف التي يمكن أن تؤثر بشكل سلبي على نجاح أو تنفيذ صفقة عامة لأعمال معينة. هذه المخاطر تشمل مجموعة متنوعة من الجوانب والعوامل التي يجب مراعاتها وإدارتها خلال جميع مراحل تنفيذ الصفقة العمومي و عليه سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين المبحث الأول بعنوان المخاطر الإدارية للمخاطر الإدارية أما المبحث الثاني بعنوان المخاطر الاقتصادية للصفقات العمومية .

المبحث الأول

المخاطر الإدارية

لما كانت فكرة المخاطر الإدارية ذات مصدر قضائي، فلم تكرس أغلب التشريعات أي نص قانوني لنظرية فعل الأمير. فإذا كانت الإدارة المتعاقدة تستطيع أن تصدر من القرارات ما تشاء حفاظاً على المصلحة العامة والتي من شأنها أن تؤثر في التوازن المالي للصفقة، فإنه من باب العدالة في تنفيذ العقود أن تقوم الإدارة بتعويض المتعاقد معها عن الأضرار المترتبة عن تصرفاتها. المتعاقد و حسن النية

و لُب ما تصبو إليه نظرية فعل الأمير هو إعادة التوازن المالي بين الأعباء التي تثقل كاهل المتعامل و بين المزايا التي يستأثر بها؛ إلا أن ذلك لا يتم بصورة تلقائية بل يتطلب العديد من الشروط والإجراءات؛ حيث يثير منح التعويض للمتعاقد - إعمالاً لنظرية فعل الأمير - العديد من المسائل القانونية على رأسها البحث عن الأساس القانوني المبرر لمنح التعويض.

و من ثم تعددت الآراء الفقهية حول أساس التعويض في نظرية فعل الأمير - حتى و لو أجمعت حول حق المتعامل المتعاقد في الحصول على التعويض الكامل:

و فمن الفقه من ربط التعويض بأساس مستمد من العقد انقسموا في ذلك اتجاهين منهم من نادى بمبدأ المسؤولية العقدية للإدارة و منهم من أعزاه لفكرة التوازن المالي للعقد.

أما الفريق الثاني فقد ربط التعويض بأفكار غير تعاقدية مثل الإثراء بلا سبب أو احترام المبادئ الأساسية في القانون الإداري. يجمع

المطلب الأول

فكرة الإثراء بلا سبب

الفقه بأن أول من نادى بفكرة الإثراء بلا سبب كأساس للتعويض في نظرية فعل الأمير هو الفقيه Maurice Hauriou بمناسبة تعليقه على قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية Zeilabadine ومن بين

ما جاء فيه أنّ الطاعن المفسوخ عقده مبتسراً، طالب بالتعويض لعدم كفاية منحة معاشه لعدم احتساب السنوات المتبقية من مدة العقد عند تقدير معاشه.¹

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي رفض طلبه مبرراً ذلك بعدم ارتكاب الإدارة أي خطأ و أنّ فسخ العقد جاء بناءً على قانون يقضي بحلّ الفرق التي كان يتبعها ، فضلاً على أنّ القانون لا يَعتد عند تقدير المعاش إلا بسنوات الخدمة الفعلية.²

إلا أن الفقيه أعطى قراءة أخرى للقضية حيث قدّر بأنّ إثراء الإدارة بلا سبب من خلال تخفيض النفقات التي كان يتعيّن عليها إسداؤها قد اقتصدتها بصور القانون المشار إليه و الذي من شأنه توفير مقابل باقي القيمة المستحقة للطاعن عن المدة المتبقية من العقد و هو ما أدى إلى افتقار الطاعن.³

فقرّر الفقيه بأنّ الإدارة - و إن لم تخطئ بالفسخ المبتسر للعقد حفاظاً على المصلحة العامة - إلا أنّ هذا الإجراء في المقابل، قد ترتب عليه تسوئ مركز المتعاقد معها من خلال انتقاص المزايا المالية المقررة له في العقد، ممّا يعني أنّ الإدارة قد أثرت على حسابه دون أن يستند هذا الإثراء إلى سبب معيّن

في العقد، الإثراء بلا سبب تعد هي و عليه فإنّ ما قامت به الإدارة المتعاقدة يدخل ضمن فرضيات فعل الأمير؛ و بالتالي فإنّ فكرة الأساس القانوني لمنح المتعاقد المضورر التعويض الكامل استناداً لنظرية فعل الأمير.

و قد أيّد بعض من الفقه⁴ هذا الأساس للتعويض، حيث يرون بأنّ المصلحة المتعاقدة التي أنقصت بإجراء انفرادي المزايا المالية للمتعاقد تكون بذلك قد أثرت على حساب المتعامل المتعاقد معها دون أن يستند هذا الإثراء إلى سبب في هذا العقد.

¹ علي محمد علي عبد المولى، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري - دراسة مقارنة - رسالة مقدمة لنيل شهادة

الدكتوراه في الحقوق جامعة عين شمس، القاهرة، 1991، ص.484

² د. نذير بن محمد الطيب أوهاب، نظرية العقود الإدارية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون الإدارة العامة للطباعة والنشر بمعهد الإدارة، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2006 ص169.

³ C.E 19 Nov. 1909, req. n° 32193, Zeilabadine, Rec. 896.Consulté sur site :

<https://www.gallica.bnf.fr> le 15 Oct. 2020 à 11h00mn. / Cf. S.1910.3, p 1, note M.Hauriou

⁴ د, نذير بن محمد الطيب أوهاب المرجع السابق، ص 169.

و إن كانت فكرة الإثراء بلا سبب من المبادئ المستقرّة في إطار قواعد القانون الخاص، إلا أن القضاء الإداري في القانون المقارن قد طبّقها مع بعض الاختلافات التي تتعلّق بطبيعة و خصوصية العقد الإداري. حيث نجد أنّ غالبية الفقه¹ يشترط لتطبيق النظرية وجوب توافر جملة من الشروط المادية و القانونية و وجوب رضاء الإدارة.

الفرع الأول

الشروط المادية *Les clauses matérielles*

لتطبيق فكرة الإثراء بلا سبب كأساس للتّعويض في نظريّة فعل الأمير يستوجب قيام ثلاثة شروط وهي: الإثراء، الافتقار و العلاقة السببية بينهما .

البند الأول الإثراء : *l'enrichissement*

و يقصد بالإثراء تلك الزيادة الإيجابية في الدّمة المالية للمُثْرَى سواء كانت زيادة حقيقية عن طريق إضافة عنصر إيجابي جديد لها أو بتحسين عنصر قائم فيها.²

أو كانت حكمية بتفادي النّقص في أحد العناصر الإيجابية القائمة³

و قد اعتمد مجلس الدولة الفرنسي على فكرة الإثراء بلا سبب كأساس للتّعويض في العديد من قراراته حيث قدّر بأن استمرار أحد الملتزمين في إدارة المرفق العام بعد انتهاء مدة العقد ممّا يحقق منفعة غير مبرّرة للإدارة⁴ .

و ذلك كما قرّر بأنّ إثراء الإدارة يتحقق عند قيام أحد المقاولين بتنفيذ أعمال نافعة لصالح الإدارة عندما حلّت الدّولة (وزارة البناء) الفرنسية محلّ مدينة بوردو بإنجاز أشغال هامة و ضرورية على بعض العقارات التابعة لهذه الأخيرة، حيث ترتب على تلك الأشغال إثراء الدّمة المالية العقارية لمدينة بوردو على حساب الدّولة، مما

¹ محمد أنس قاسم جعفر، العقود الإدارية (مراجعة د. محمد عبد الحميد أبو زيد مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، القاهرة، 1999، ص 163

² أحمد السيد محمد محمود عطية، المرجع السابق، ص 78.

³ رياض إلياس عيسى الجريسات، نظرية التوازن المالي للعقد الإداري، دراسة مقارنة رسالة مقدّمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة ، 2007، ص 140.

⁴ C.E 20 Mars 1942, Dame veuve Bastic, Rec.92

حذا بالقضاء الإداري إلى أن يلزم مدينة بوردو بردّ إلى الدولة كل المبالغ التي أنفقتها هذه الأخيرة و أثرت بها المدينة.¹

و باستقراء قرار مجلس الدولة الفرنسي في القضية أعلاه، نجد بأنّه قرّر بأنّ فكرة الإثراء بلا سبب مبدأ عام يطبّق حتى في غياب نصّ في مادة الأشغال العمومية. و من ثمّ يتبادر التساؤل إلى أي مدى يمكن إعمال هذه الفكرة في بقية العقود الإدارية؟

و الإجابة على هذا التساؤل - في تقديرنا - هي متضمنة في القرار ذاته، حيث استعمل القاضي الإداري مصطلح مبدأ عام؛ و المبدأ العام لا يطبّق على عقد دون غيره، و هو ما ذهب إليه بعض الفقه في تحليله لذات القرار.²

إنّ ما تجدر الإشارة إليه، أنّ القاضي الإداري لم ينظر إلى إثراء الإدارة دون الطرف الآخر، بل وزن الأمر بميزان المنفعة العامة مقدّرا درجة نفعية الأشغال لفائدة الإدارة و درجة افتقار المتعاقد معها؛ فلا يجب أن ننسى بأنّ الهدف من كل ذلك هو إعادة التوازن المالي للعقد.

البند الثاني : الافتقار l'appauvrissement

يقصد بالافتقار تكبّد المتعاقد مع الإدارة خسائر تؤثر سلبا على ذمّته المالية بسبب أداء عمل أو تقديم خدمة لفائدة الإدارة، و عليه فالافتقار تحدده النفقات و الخسائر الحقيقية دون احتساب الأرباح التي كان من الممكن أن يحصل عليها المفقر.

¹ C.E 14 Oct. 1966, Ministère de la construction C/. ville de Bordeaux, concl. M. Galmot R.D.P, 1967, p. 159.

² >> L'exécution des dits travaux a entraîné tout à la fois pour l'État des dépenses importantes et pour la ville de Bordeaux un enrichissement corrélatif résultant tant de l'accroissement de la valeur de son patrimoine immobilier ainsi leur (les travaux publics) fondement légal se principe général applicable même trouve dans le principe de l'enrichissement sans cause, sans texte à la matière des travaux publics

البند الثالث : وجود العلاقة السببية بين الإثراء والافتقار lien de causalité

أي أنه يتعين وجوب وجود رابطة سببية بين الإثراء و الافتقار ؛ بمعنى أن يحصل الثاني مترتبا على الأول و العكس صحيح. فالعلاقة السببية قد تكون مباشرة ؛ عندما يكون الإثراء بفعل أحد الطرفين (المُتْرَى/ المفتقر)، كأن يقوم المقاول بأشغال ضرورية نافعة للإدارة تؤدي إلى افتقاره¹. كما قد تكون غير مباشرة في حالة التعاقد من الباطن، حيث تثري ذمة الإدارة المتعاقدة على حساب افتقار المتعاقد من الباطن. كما يتحقق الإثراء كذلك في حالة العقد الباطل.

و تطبيقا لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي بالتعويض لشركة أميركية عن توريدها لمعدات للجيش الفرنسي في غياب عقد يربطهما؛ حيث أبرم الجيش عقودا صورية مع شركة ألمانية حيث مرّرت الشركة الألمانية العملية للشركة الأميركية التي قامت بالتوريد و هو ما نتج عنه إثراء للجيش و افتقار للشركة الأميركية²

الفرع الثاني**الشروط القانونية Clauses juridiques**

تتلخص الشروط القانونية لإعمال فكرة الإثراء بلا سبب في انعدام الدعوى الموازية أو ما يعرف بين الفقه الإداري بشرط الاحتياطية و انعدام سبب الإثراء.

البند الأول : انعدام الدعوى الموازية

لإعمال فكرة الإثراء بلا سبب يشترط ألا يكون أمام الطاعن المفتقر أية دعوى أخرى لجبر الضرر الذي لحقه. وهو ما يعرف بانتفاء الدعوى الموازية أو القيد الاحتياطي ؛ بمعنى أنه لا يمكن تفعيل دعوى الإثراء بلا سبب في ظل وجود أمام المفتقر سبل قانونية أخرى للحصول على حقه في التعويض، على هذا الأساس فإنّ جمهور الفقه الفرنسي يطلق على الفكرة اصطلاح النظرية ذات الطابع الاحتياطي³.

¹ أحمد السيد محمد محمود عطية، المرجع السابق، ص 79.

² - (3) Rec.533. Durant, C/. commune d'Aubigny-en-Artois, req. n° 95262, 17 Mai 1929, C.E

Rec.635. «France-Reconstruction-Plan », Ste. 02 Déc. 1966, C.E

³ Laurent Richer, Droit des contrats administratifs, 5ème éd. L.G.D.J/ E.J.A, Paris, 2006

البند الثاني : انعدام سبب الإثراء المقصود بهذا الشرط غياب المبرر الذي يعطي للإدارة الحق في الاحتفاظ بما أثرت به، مثل استناد الإثراء إلى بند عقدي أو إلى نص قانوني.

و من ثم فإنّ إثراء الإدارة يكون مشروعاً إذا ما كان نتيجة لتطبيق بنود العقد، حيث يتعين عندها الاحتكام إلى البنود العقدية لا إلى فكرة الإثراء بلا سبب.¹

و العقد المعتد به هو الذي استوفى جميع أركانه الشكلية و الموضوعية، أي العقد الصحيح، أما العقد الذي لم يبرم أو الذي تخلف ركن من أركانه، أو الذي تخلف فيه الترخيص أو التصديق من السلطة المختصة فهو الذي يفتح باب إعمال نظرية الإثراء بلا سبب.²

كما أنّ مشروعية الإثراء تبقى قائمة إذا ما كان سببه نص قانوني، ففي مثل هذه الحالة فإنّ القانون هو السبب المشروع لإثراء الإدارة؛ و من ثم يجب استبعاد إعمال فكرة الإثراء بلا سبب كأساس للتعويض.³

الفرع الثالث: رضاء الإدارة بالأعمال المسببة لإثرائها *Consentement de l'administration* تهدف الإدارة من وراء القيام بنشاطاتها إلى تحقيق المصلحة العامة، و من ثم لا يجوز للأفراد التدخل في مظاهر النشاط الإداري دون رضاً من الشخص المعنوي العام - بما يسبب إرباكاً للإدارة العامة مما قد يدخل تصرفاتها في دائرة عدم المشروعية.

و من ثمّ فقد حرص القضاء الإداري في القوانين المقارنة⁴ على ألا يترك للأفراد مطلق الحرية في التدخل في النشاط الإداري، دون علم و رضاً من الإدارة العامة، بالأعمال المسببة لإثرائها.

إلا أن فكرة الإثراء بلا سبب كأساس للتعويض في نظرية فعل الأمير لاقت من الفقه⁵ العديد من الانتقادات:

أولاً: إن فكرة الإثراء بلا سبب ذات طبيعة احتياطية (*elle a un caractère subsidiaire*) و من ثم فإنّ القاضي الإداري يستبعد تطبيقها في ظلّ وجود دعوى أصلية لتعويض المتعاقد عن الضرر الذي لحقه جراء

¹ Frank Moderne, Les quasi-contrats administratifs, Dalloz, Paris, 1995, p90

² أحمد السيد محمد محمود عطية، المرجع السابق، ص 83.

³ C.E 07 Mai 1948, req. n° 78586 Royer, Concl. Odent, Rec.199.

⁴ C.E 13 Janv.1965, Sté des établissements Raoul Duval, Rec.980.

⁵ C.E 02 Déc. 1966, Sté. « France-Reconstruction-Plan », Rec.635 précité.

- C.E 06 Mai 1985, Association Eurolat et crédit foncier de France, Rec.141.

.C.E 07 Oct. 1988, Vincent C/. commune de Vouvray, R.D.P. 1989 no9, p 1797 -

تصرّف الإدارة المتعاقدة معه، لأنّ الأساس القانوني لا يُبنى إلا على فكرة رئيسة تفسّر الأوجه المختلفة للنظام المؤسس، و هو ما تفنقر إليه فكرة الإثراء بلا سبب.¹

ثانياً: إن تقدير التعويض الممنوح وفقاً لنظرية الإثراء بلا سبب يقوم على ضوء ما أثرت به الإدارة، في حين التعويض يكون كاملاً في نظرية فعل الأمير (ما لحقه من خسارة و ما فاته من كسب).

ثالثاً : لا يحكم القاضي بالتعويض للمفتقر - طبقاً لنظرية الإثراء بلا سبب - إلا في حالة علم و رضا الإدارة بالأعمال التي قام بها المفتقر و أدت إلى إثرائها؛ في حين يحكم القاضي الإداري للمتعاقد بالتعويض في نظرية فعل الأمير متى توافرت شروطها دون الأخذ بعين الاعتبار رضا الإدارة.²

و من جانبنا إذ نؤيد الانتقادات التي وجّهت لفكرة الإثراء بلا سبب، فإننا نضيف إليها، أنّ التعويض في نظرية الإثراء بلا سبب يكون في العقود الناقصة أو العقود الباطلة أو في شبه العقود؛ في حين التعويض طبقاً لنظرية فعل الأمير لا يتصوّر إلا في حالة قيام عقد إداري صحيح.³

و عليه فإنّ نظرية الإثراء بلا سبب لا تصلح أن تكون أساساً قانونياً للتعويض في المخاطر الإدارية.

المطلب الثاني

احترام المبادئ الأساسية في القانون الإداري

يرى أنصار هذا الاتجاه⁴ بأنّ الأساس القانوني لمسؤولية الشخص العمومي المتعاقد عن فعل الأمير منبجعه وجوب احترام المبادئ الأساسية في القانون الإداري، كمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة التعويض على أساس المخاطر، و مبدأ الحفاظ على المصلحة العامة و مبدأ استمرارية المرافق العامة.⁵

و الملاحظ أنّ المبادئ التي اعتمدها أنصار هذا الأساس هي مبادئ عامة استحدثتها القضاء الإداري ثم تبنتها مختلف الدساتير و التشريعات.¹

¹ رياض إلياس عيسى الجريسات المرجع السابق، ص 143.

² د. جابر جاد نصار العقود الإدارية، ط.2، دار النهضة العربية القاهرة، 2004، ص 275

³ أحمد السيد محمد محمود عطية، المرجع السابق، ص 91.

⁴ أ.د. محمد الصغير بعلي العقود الإدارية المرجع السابق، ص 8.

⁵ Guy Braibant et Bernard Stirn, "Le droit administratif Français", presses de sciences po. et Dalloz, Paris, 2007, p 333

فجميع الأفراد ملزمون بالمساهمة في تحمّل التكاليف العامة حسب إمكانياتهم و قدراتهم²، واحترام المبادئ الأساسية في القانون الإداري يأتي كنتيجة حتمية للمساواة بين المواطنين للانتفاع بالخدمات العامة التي تقدّمها الدولة عن طريق المرافق العامة.³

فمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة يقتضي ألا يتحمّل المتعاقد مع الإدارة وزراً و عبئاً يزيد عما يتحمّله غيره من الأفراد، خاصة و هو يساهم في النشاط الإداري. فإذا ما كان تدخل الإدارة أدى إلى زيادة أعباء المتعاقد معها دون تعويضه، فلا شك أنّ تلك الزيادة سترهقه مما يخلّ بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة. و لإعمال مسؤولية الإدارة لاختلال المساواة أمام الأعباء العامة يشترط مجلس الدولة الفرنسي أن يكون الضرر الذي لحق بالمتعاقد خاصاً و غير عادي.⁴

الفرع الأول: خصوصية الضرر <<la spécialité et l'anormalité du préjudice

إن خصوصية الضرر (la spécialité du préjudice) يصعب - من حيث الأصل- تطبيقه خارج حالة عدم تنفيذ حكم قضائي (qu'en cas d'inexécution d'une décision de justice)؛ إلا أن مجلس الدولة الفرنسي قد قرّر أنّ الضّرر يكون خاصاً إذا ما ثبت أنّ النشاط الخاص لشخص ما قد تأثر أكثر من غيره.

¹ أنظر المواد 26، 27، 35 و 37 من الدستور الجزائري 2020 ج.ر العدد 82 مؤرخة في 30 ديسمبر 2020.

² د. السيد فتوح محمد هنداوي، القاضي الإداري و التوازن المالي في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، ط.1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2016، ص 267.

³ le conseil d'État n'en admet pas moins que

>>> le préjudice est spécial lorsque

(ترجمة حرّة في المتن). l'activité particulière d'une persome a été atteinte plus que d'autres.

Cf :- C.E 22 Juin 1984 (deux arrêts du même jour), Secrétaire d'État auprès du ministre des transports chargé de la mer C/.Sté Sealink UK limited et C/.Sté << Jokelson et Handstaen >>

Rec.246 et 247, Sté Townsend car-ferries, J.C.P 1985.II .20444, note Pacteau

C.E 06 Nov. 1985, (deux arrêts du même jour) Ministre d'État, ministre des transports C/.⁴

Cie touraine air transport et Sté Condor Flugdienst, Rec.312/313 ; AJ. 1986.84 Chr. Hubac et Azibert; D. 1986.584, note Rainaud. (Source des arrêts, G.A.J.A, op.cit, p 257

الفرع الثاني

الضرر غير العادي

إنّ غير اعتيادية الضرر لا تتحقق إلا ابتداءً من الوقت الذي تتجاوز فيه سلبية - عدم تحرك - inaction¹ السلطات المختصة مدة معينة، و مثاله المدة الزمنية لتنفيذ الأحكام القضائية. و غير اعتيادية الضرر تشمل جسامته الضرر (1)(la gravité du dommage).

و تُقدّر حسب الظروف التي أنجز فيها النشاط؛ و من ثم فإنّ مجلس الدولة الفرنسي لم يضيف الطبيعة غير الاعتيادية للضرر المترتب عن تجميد حركة السفن بسبب الإضراب القانوني لأعوان القنوات¹ و في الاتجاه نفسه قرّر مجلس الدولة الفرنسي بأنّ الخطأ في تطبيق القانون يشكّل - من حيث الأصل - خطأ و يرتب مسؤولية الإدارة لإلحاقه ضرراً حقيقياً و خاصاً (un prejudice certain et special)، مما يستوجب التعويض لأنّه بالجسامة الكافية (3) (gravité suffisante)

و في حكم آخر قرّر مجلس الدولة الفرنسي بأنّ البناء المنشأ دون رخصة بناء، في ظل جهلها للضوابط العمرانية، فإنّ الإدارة لم ترتكب خطأ عندما لم تأمر بوقف الأشغال، غير أن الخطأ في تطبيق القانون و التنظيم قد سبّب للمالك المجاور ضرراً ، و نظراً لطبيعته الخاصة و غير الاعتيادية فلا يجب أن ينظر إليه كعبء يتحمّله المعني، بل ينتج له الحق في التعويض²

¹ (2) - (Cf :-C.E 06 Nov.1985, Cie touraine air transport et Sté Condor Flugdienst suscité. C.E 17 Janv. 1986, ville de Paris C/. Duvinage, Rec. 10/R.F.D.A 1986.824, concl. Stirn - .source G.A.J.A, op.cit, p 258

C.E. Ass., 07 Mai 1971, Ministre de l'économie et des finances et ville de Bordeaux C/. (3) Sastre, Rec.334, concl. Gentot, source G.A.J.A, op.cit, p 258. Consulté également sur site : <https://www.gallica.bnf.fr> le 15 Oct. 2020 à 13h00mn

² C.E. Ass. 20 Mars 1974, req. n° 90547, Ministre de l'aménagement du territoire, de l'équipement et du logement, Rec.200, Concl. Rougevin-Baville, Consulté sur site: [.https://www.gallica.bnf.fr](https://www.gallica.bnf.fr) le 15 Oct. 2020 à 13h00mn

و قد تبلورت فكرة المساواة أمام الأعباء العامة من خلال قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية Couiteas (5) حيث قضى بمشروعية امتناع الإدارة عن تنفيذ حكم قضائي حفاظاً على النظام و الأمن¹

العام في بلد تحت الحماية (pays de protectorat) ، حيث قضت محكمة سوسة التونسية باحتفاظ السيد Couitéas بملكية قطع أراضي و حقه في طرد السكان الأصليين المستغلين لها.

حيث طلب الطاعن في العديد من المرات من السلطات المختصة بتنفيذ الحكم غير أن الحكومة الفرنسية رفضت اللجوء إلى القوات العسكرية - الضرورية للقيام بتلك العملية - نظراً للاضطرابات الخطيرة التي ستجتم عن طرد العديد من السكان الأصليين للأراضي التي يقدرّون بأنهم ملاكها منذ زمن بعيد.²

حيث قُضِيَ للسيد Couitéas بالتعويض لأنّ الإجراء المتخذ ضده - عدم تنفيذ حكم قضائي مهور بالصيغة التنفيذية - قد ألحق به ضرراً قد تحمّله لوحده تحقيقاً للمصلحة العامة بالحفاظ على النظام العام بعدم تحريك الجيش الذي هو الوسيلة الوحيدة لإجلاء 8000 مواطن تونسي أصلي يستغلون منذ الأزل 38000 هكتار.

و بذلك كان هذا القرار أول نقطة انطلاق للاجتهااد القضائي المؤسس للمسؤولية دون خطأ للأشخاص المعنوية العامة لاختلال المساواة أمام الأعباء العامة.

كما أن دافعي المصلحة العامة و المخاطر يعتبران من بين المبادئ الأساسية للقانون الإداري التي استند إليها بعض من الفقه لتأسيس مسؤولية الإدارة في التعويض عن فعل الأمير³ ؛ حيث يرون بأنّه لما كانت مسؤولية الإدارة مسؤولية دون خطأ، فهي مسؤولية على أساس المخاطر، و لكي لا يتحمّل المتعاقد الإدارة بمفرده الأعباء التي رتبها فعل الأمير الذي اتخذ بهدف المصلحة العامة، يجب أن تتحملها الخزينة العامة تحقيقاً لمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة.

Ce défaut d'application d'une législation et d'une réglementation n'en a pas moins causé au > ¹ propriétaire voisin un préjudice qui, en raison de son caractère spécial et anormal, ne peut être regardé comme une charge incombant à l'intéressé et qui, par suite, est de nature à lui ouvrir droit à réparation

C.E 30 Nov. 1923, req. n° 38284 et 48688, Sieur Basilio Couitéas, Concl. Rivet Rec.789, ²

Consulté sur site : <https://www.gallica.bnf.fr> le 15 Oct. 2020 à 14h00mn

³ د. د. سعاد الشراوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 253

مع حيث تكرر هذا المصطلح للعديد من المرّات في قرار مجلس الدّولة الفرنسي في قضية السيد Couitéas السالف ذكره من خلال ملاحظات مفوّض الحكومة Rivet و التي اعتمدها قضاة المجلس لبناء حيثيات القرار ومن بين ما جاء فيه :

حرم للمدة قد ألحق به تحقيقاً للمصلحة العامة، ضرراً مؤسساً...¹.

من الاستمتاع التام و دون تحديد و من ثم فإنّ رفض الحكومة مساس خطير بالحقوق الفردية للسيد Couitéas و لكن لأجل المصلحة العامة...".

و تترتب مسؤولية الإدارة دون خطأ، عندما - بدوافع من المصلحة العامة - لا تقوم بالترتيبات التي كان من العادي القيام بها في فرضيات ثلاث:

أولاً: الامتناع عن تنفيذ قرار قضائي:

حيث يمثل قرار Couitéas النموذج لهذه الفرضية.

كما أن مجلس الدولة الفرنسي قد قضى بالتعويض ، لكلّ حامل لحكم أو قرار قضائي، عن الأعباء المترتبة بدوافع المصلحة العامة عندما يكون امتناع القوة العمومية مؤسساً²

ثانياً: الامتناع عن إعادة استتباب النظام العام: أين تم تمديد الاجتهاد القضائي في قرار Couitéas ليطل غياب قوّات الشرطة في حالة اضطراب النظام العام؛ إذ كان من المفروض على قوات الشرطة الأخذ بالترتيبات القانونية و المادية اللازمة لإعادة استقرار النظام العام، فغيابهم يُكوّن خطأ³.

¹ «...» Cons. que la privation de jouissance totale et sans limitation de durée résultant pour le requérant, de la mesure prise à son égard, lui a imposé, dans l'intérêt général, un préjudice <<...fondé

² Ainsi le refus du gouvernement porte gravement atteinte aux droits individuels du sieur Couitéas, mais dans un intérêt général

C.E 30 Sept. 1983, Maillard, Rec.858;J.C.P.1984.II.20258 note Debouy et Plaisant - G.A.J.A, op.cit, p 25

³ C.E Sect. 27 Mai 1977, SA Victor Delforge, Rec.253; J.C.P 1978 II.18778, note Pacteau, G.A.J.A, op.cit, p 257

حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي بأن تدخل قوات الشرطة، عوضاً من استتباب النظام كان سيؤدّي إلى تقاوم الفوضى، وبذلك عدم تدخلها و إن كان مبرراً لاعتبارات المصلحة العامة - قد الخواص من الحماية التي يستحقونها ؛ و من ثم فالأعباء المترتبة عليهم يجب على الإدارة جبرها

أولاً: لا يصلح مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة لقيام مسؤولية الإدارة دون خطأ إلا خارج النطاق التعاقدى بينما مسؤولية الإدارة المتعاقدة في نظرية فعل الأمير هي مسؤولية تعاقدية دون الزاوية تختلف شروط أعمال كل فكرة.

ثانياً: إن فكرة المساواة أمام الأعباء العامة لا يمكن إعمالها لتأسيس التعويض المستحق طبقاً لنظرية فعل

الأمير و ذلك لاختلاف مصدر الفعل المرتب للمسؤولية في كل منهما. فإذا كانت التدخلات التشريعية ذات الصبغة السياسية، الاقتصادية و الاجتماعية، و كذلك التصرفات القانونية و المادية للإدارة، و عدم تنفيذ الأحكام القضائية بدوافع المصلحة العامة التي تثير مسؤولية الإدارة على أساس المبادئ العامة للقانون الإداري مثل المساواة أمام الأعباء العامة، المخاطر و المصلحة العامة؛ فإن الأمر على خلاف ذلك، حيث يُكوّن تدخل الإدارة المتعاقدة بالتعديل هو المحرك الأساسي لإعمال نظرية فعل الأمير¹

ثالثاً: إن المبادئ العامة للقانون الإداري فكرة واسعة و غير واضحة المعالم حيث، كما سبق و أن أشرنا إليه، فالقاضي الإداري يؤسس التعويض حيناً على مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، و حيناً يؤسسه على فكرة المخاطر و حيناً آخر يؤسسه على مبدأ المصلحة العامة، ممّا يُصعب معه تبرير حق المتعاقد في التعويض وفقاً لها، تطبيقاً لقواعد فعل الأمير.

ولما كان فعل الأمير من الأفكار الدقيقة ذات المضمون القانوني المحدد، لأجل ذلك كانت النتيجة المنطقية استبعاد تطبيق فكرة واسعة و مبهمة في نطاق فكرة واضحة و دقيقة²

رابعاً : إن دوافع المصلحة العامة تمكّن السلطات المختصة بأن تمنح بعض التمييزات للتعويض - بناءً على أسس موضوعية مستمدة من نصوص القانون - تمس فئة من المواطنين دون البقية، فإن الأمر على خلاف

L'intervention des forces de police, loin de rétablir l'ordre, peut aggraver les désordres. Mais leur abstention, si justifiée qu'elle soit par des considérations d'intérêt général, peut

¹ أحمد السيد محمد محمود عطية، المرجع السابق، ص 97.

² Elattar Fouad, le marché de travaux publics, étude comparée de droit administratif français et égyptien, thèse, Paris 1953, p 320

ذلك في نظرية فعل الأمير، حيث كل تدخل من جانب الإدارة المتعاقدة أثناء تنفيذ العقد - حتى لو كان بدافع لمصلحة العامة - يعطي للمتعاقدين معها الحق في الحصول على تعويض كامل جبرا للضرر الذي ألحقه تدخل الإدارة دون تمييز بينهم¹ بهم

من جانبنا نرى بأن فكرة المبادئ الأساسية للقانون الإداري مثل مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، فكرة المصلحة العامة أو فكرة المخاطر إنما يمكن إعمالها في نطاق المسؤولية غير التعاقدية دون خطأ الإدارة.

من و من ثم يجب استبعادها كأساس للتعويض في نظرية فعل الأمير لأنه بكل بساطة مسؤولية الإدارة المتعاقدة هنا هي مسؤولية تعاقدية دون خطأ، لا شك أن غياب الرابطة العقدية يعطل، بكل تأكيد و إعمال فكرة المبادئ الأساسية للقانون الإداري كأساس للتعويض في نظرية فعل الأمير.

المطلب الثالث

المسؤولية العقدية دون خطأ

في ظل الانتقادات التي وُجّهت للنظريات التي أسست مسؤولية الإدارة في التعويض عن فعل الأمير استنادا إلى أفكار و مفاهيم غامضة و مبهمة خارجة عن الإطار التعاقدية، مثل الإثراء بلا سبب و المساواة أمام الأعباء العامة أو المصلحة العامة ؛ بات من الضروري البحث عن أساس ينبع من الرابطة العقدية، يرتب مسؤولية الإدارة المتعاقدة و من ثم ينتج للمتعاقد معها الحق في المطالبة بالتعويض و على ذلك، فإن الأساس القانوني لحق المتعاقد في التعويض عن فعل الأمير يكمن في المسؤولية التعاقدية للإدارة.

حيث يرى أصحاب هذا الاتجاه بأن أساس التعويض عن فعل الأمير هو المسؤولية العقدية و من المنطقي أن يطبق عليها قاضي العقد مبدأ التعويض الكامل للضرر اللاحق².

بالإضافة إلى صاحب الرأي الأول المذكور أعلاه يرى أنصار هذا الاتجاه بأن الخصوصية التي تميز المسؤولية العقدية، مردّها إلى العلاقة و الرابطة بين العقد الإداري و مقتضيات المرفق العام من جهة و مظاهر السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد معها من جهة أخرى¹ .

¹ Tagen Ragab, l'équilibre financier des contrats administratifs, étude comparative des droits français et égyptien, thèse, Paris, 2004, p 138

² Manuel Gros, op.cit, p 179.

و يعتبر أنصار فكرة المسؤولية العقدية دون خطأ بأن فعل الأمير يشكّل الفرض النموذجي أو التّموج الأصلي (l'archétype) للنظرية و هي التي يُؤسس عليها الحق في التعويض²

حيث يؤكّد الأستاذ ثروت بدوي أنّه لتفسير حق المتعاقد في التّعويض فإنّ هذا الحق ليس إلا نتيجة لازمة مباشرة (le corollaire) لسلطة التعديل التي تملكها الإدارة. فالخطأ لم يعد مستلزماً لإثارة مسؤولية السلطة العامة، فالمسؤولية غير التعاقدية دون خطأ، تقابلها المسؤولية التعاقدية للتعديلات التي تجريها الإدارة بإرادتها المنفردة على عقودها <<³

كما يستند أنصار هذا الاتجاه إلى أنّ المتعاقد مع الإدارة ما كان ليقبل تحمّل بعض الالتزامات التعاقدية إلا مقابل تعويض معيّن، بناءً على ذلك فإنّه في حالة زيادة الالتزامات الملقاة على عاتقه فإنّه يتعين على الإدارة جبر الضرر الذي لحق المتعاقد معها بتعديل التعويض الذي يحصل عليه⁴

خطأ و يرى البعض من أنصار الفكرة أنّ حق المتعاقد في التّعويض مردّه المسؤولية التعاقدية دون فالإدارة لم ترتكب أي خطأ في تدخلها الذي أخلّ بالمركز المالي للمتعاقد معها، فالإجراء الذي اتخذته الإدارة إنّما كان يهدف للمحافظة على استمرارية المرفق العام⁵. و من ثمّ ففكرة المسؤولية العقدية دون خطأ تصلح كأساس للتّعويض عن فعل الأمير.

¹ « Le fondement de l'indemnisation pour fait de prince étant celui de la responsabilité contractuelle, il est normal que le juge lui applique le principe de l'indemnisation intégrale du (2) – Pierre Delvolvé, responsabilité contractuelle, encyclopédie Dalloz, Paris, 1987, p. 5 R.F.D.A no 1, 2013.

² Les liens entre le contrat administratif et les principes...constituent une autre cause de particularisme de la responsabilité contractuelle administrative... en particulier... la théorie du fait du prince et ses conséquences indemnitaires en sont la plus parfaite illustration».

³. د محمود حلمي، العقد الإداري، ط2، دار الفكر العربي، د.ب، 1977، ص 122.

⁴ Saroit Badaoui, op.cit, p133. Ce droit n'est que le corollaire du pouvoir modificateur qui appartient à l'administration. La faute n'est plus exigée pour engager la responsabilité de la puissance publique. À la responsabilité extracontractuelle sans faute correspond la responsabilité contractuelle pour les modifications apportées unilatéralement par l'administration à ses contrats

⁵ راجع رياض إلياس عيسى الجريسات المرجع السابق، ص 141.

كما يرى فريق آخر من أنصار الفكرة بأنه من طبيعة العقد الإداري أن تلتزم المصلحة المتعاقدة بتعويض المتعاقد معها كلما كان تدخلها من شأنه أن يرهق الطرف الآخر حتى ولو كان تدخلها خالٍ

من كل خطأ، ذلك أنّ مسؤوليتها هي مسؤولية عقدية دون خطأ وإنما تقرّر التعويض حفاظاً على التوازن

المالي للعقد¹.

و من ثم فإنّ كلّ تدخل مشروع للإدارة المتعاقدة بهدف تحسين تنفيذ العقد شأنه أن يُتقلّح من و كاهل المتعاقد معها بالتزامات لم تكن متوقعة لحظة إبرام العقد، يوجب على الإدارة المتعاقدة تقديم تعويض للمتعاقد معها حفاظاً على المعادلة المالية للعقد.

و المسؤولية العقدية للإدارة دون خطأ ليست نظرية فقهية إنّما استقاها الفقه الإداري من قرارات مجلس الدولة الفرنسي؛ حيث من بين القرارات القضائية التي يذكرها الفقه² عن هذا الأخير قرار Bardy حين أكد المفوض Romieu على أنّه³ "عندما يكون الشخص العام الموقع على العقد هو الذي فرض الضريبة، فإنّه يُرتب مسؤوليته تجاه من تعاقد معه

و هو ما ذهب إليه Mestre في تعليقه على قرار مجلس الدولة الفرنسي⁴ (Ville d'Elbet). فضلاً عن ذلك فإنّ مجلس الدولة الفرنسي قد أقرّ بتعويض الطاعن عن فعل الأمير تأسيساً على فكرة المسؤولية التعاقدية في القضية التي اشتهرت بين الفقهاء باسم Les les erguelen، حيث قضى بأنّ مرسومًا قد قلّص من نطاق الحقوق التي كانت تستأثر بها الشركة، و هذا التقليل ألحق بها ضرراً و من ثمّ يترتب المسؤولية التعاقدية للدولة⁵

إلا أنّ فكرة المسؤولية العقدية دون خطأ كأساس للتعويض عن فعل الأمير لم تسلم من نقد بعض الفقه: أولاً: يرى بعض من الفقه أنّه يُشترط لإعمال نظرية فعل الأمير أن يصدر الفعل الضار، المرهق للمتعاقد من

¹ د. محمود حلمي المرجع السابق، ص 122.

² علي محمد علي عبد المولى المرجع السابق، ص ص 498.

³ أحمد السيد محمد محمود عطية، المرجع السابق، ص 105.

⁴ رياض إلياس عيسى الجريسات، المرجع السابق، ص 142.

⁵ Lorsque c'est la personne publique signataire du contrat qui établit un impôt, elle engage sa responsabilité envers celui qui a contracté avec elle C.E 29 Déc. 1905, Bardy, Rec.

1014.Concl. Romieu

الإدارة المتعاقدة؛ إلا أن ذلك لا يعني ربط نظرية فعل الأمير بفكرة المسؤولية التعاقدية دون خطأ، حيث يرى الأستاذ Dufau إذا كانت مباشرة الإدارة المتعاقدة لاختصاصاتها "القانونية و التنظيمية" خارج النطاق التعاقدية، لها بحق تأثيرات عكسية على تنفيذ العقد، و لكن لا يمكن أن يكون مجالاً للمسؤولية العقدية لأن السلطة مانحة الالتزام تدخلت بصفة غير تلك التي تعاقدت بها... إذن خارج النطاق التعاقدية¹

و من ثم يمكن الأعمال الجزئي لفكرة المسؤولية العقدية للإدارة دون خطأ لتأسيس التعويض طبقاً لنظرية فعل الأمير ، أي في حالة الإجراءات الخاصة الصادرة عن الإدارة المتعاقدة و المستمدة من صلب العقد مثل - سلطة التعديل الانفرادي إلا أنه لا يمكن أعمال النظرية إذا ما كانت الإجراءات عامة مثل التشريع و التنظيم واللوائح و لو كانت صادرة عن الإدارة المتعاقدة بمقتضى اختصاصها غير العقدي.²

حيث يرى جانب من الفقه أنه - بناءً على ما سبق - يعد من قبيل العبث أن نؤسس التعويض الممنوح عن فعل الأمير على فكرة المسؤولية العقدية دون خطأ

ثانياً: أما جانب آخر من الفقه يرى بعدم صلاحية فكرة المسؤولية العقدية دون خطأ كأساس للتعويض الممنوح طبقاً لنظرية فعل الأمير ، ذلك أن العقد أبرم في ظروف معينة و أن المتعاقد قدر إمكانياته المالية و الفنية وفقاً لها، وهذا ما لا يحدث عند أعمال نظرية فعل الأمير، فتدخل الإدارة المتعاقدة قد يكون خارج بنود العقد، فلا يمكن أعمال المسؤولية العقدية إذا ما كان الإجراء غير تعاقدية، و من ثم لا يمكن التسليم

بهذه الفكرة كأساس لمنح التعويض في نظرية فعل الأمير في ظل غياب الخطأ، فالمسؤولية العقدية تفترض ارتكاب خطأ من أحد المتعاقدين . حيث يتساءل صاحب هذا الرأي : " نحن لا نرى ل لماذا أن نتحدث - و الحال هذه عن المسؤولية ، حتى دون خطأ³.

¹ Jean Dufau, les concessions du service public, éd. Du moniteur, Paris, 1979, p 105.

من بين ما جاء فيه

<< Certes l'exercice de ses compétences (légal et réglementaire) a des répercussions sur l'exécution du contrat, mais il (fait du prince) ne peut y avoir matière à responsabilité contractuelle puisque l'autorité concédante intervient en une autre qualité que celle de cocontractante, donc en dehors du régime contractuel . (ترجمة حرّة في المتن) .

² أحمد السيد محمد محمود عطية، المرجع السابق، ص 107.

³ Maurice André Flamme, Traité théorique et pratique des marchés publics, Bruxelles-Bruylant, Tomen, 1969, p 637.

يجب و نحن من جانبنا نرى بأن فكرة المسؤولية العقدية دون خطأ لا يمكن تعميم استعمالها، كأساس للتعويض في نظرية فعل الأمير، عن كل إجراء صادر عن الإدارة المتعاقدة؛ ذلك أنّ هذه الأخيرة لا تنحصر علاقاتها مع متعاقد واحد فقط، و لا تقتصر تصرفاتها في مجال واحد ؛ فهي المحافظة على النظام العام و هي التي تسهر على تحقيق المصلحة العامة و من ثمّ فتصرفاتها قد تكون غير عقدية. و عليه لا تستقيم فكرة جزئية كأساس لنظرية كاملة، بل تحتاج إلى دعامة تقويها، و هو محور المطلب الرابع أدناه.

المطلب الرابع

فكرة إعادة التوازن المالي للعقد

إن عناصر المرفق العام هي عبارة عن مشروع ذي نشاط منظم و نفع عام، وهيمنة للسلطة العامة عليه بحيث تكون لها الكلمة الأخيرة في إنشائه و إدارته وإلغائه¹

و في مقابل الامتيازات الخطيرة التي تستأثر بها المصلحة المتعاقدة سلطة الرقابة و التوجيه، سلطة التعديل الانفرادي، سلطة توقيع الجزاءات سلطة الإنهاء المبتسر للعقد - فإنّ العدالة تقتضي أن يُحقق العقد الإداري توازنا شريفا بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة و بين المزايا التي ينتفع بها حتى لا يكون العقد الإداري مغرما بالنسبة له²

و هذا التوازن المالي أو كما يسمّى المعادلة المالية (L'équation financière) للعقد تجعل من هذا الأخير عبارة عن كُلتّ تتلازم فيه مصالح الأطراف³. و هو مبدأ قضائي أقره الفقه، و مؤداه؛ إذا ما طرأت - بعد الانعقاد أثناء التنفيذ - ظروف من شأنها زيادة أعباء المتعاقد قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب، من واجب الإدارة المتعاقدة أن تتحمل جزءاً من هذه الأعباء مساهمة منها في التخفيف من الخسائر التي لحقت بالمتعاقدين معها حتى يسترجع العقد توازنه المالي مرة أخرى⁴

Ne nous voyons pas pourquoi il faudrait en l'espèce parler de responsabilité, même sans faute

<< ?

¹ د. طه إبراهيم الفياض، المرجع السابق، ص 249.

² عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دن، د.ب، 2004، ص 191.

³ عبابسة نورالدين، المرجع السابق، ص 100.

⁴ د. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، نظرية العمل الإداري، د.ط، دن، 1993، ص 362.

و إن لم يكن لها ضلع في حدوث تلك الظروف، و بالرغم من عدم ارتكابها لأي خطأ يستوجب مسؤوليتها عنه و يرجع بعض الفقه¹ الحكمة من فكرة التوازن المالي للعقد إلى هدفين:

أولاً: حماية المصلحة العامة عن طريق ضمان استمرارية و انتظام المرفق العام المتعاقد بشأنه و في ذات الوقت حماية المصلحة المالية الخاصة للمتعاقد من الأحداث و الطوارئ الخارجية التي تؤدي إلى إرهاقه. ثانياً: عدم تنفير الأفراد و بعث الاطمئنان في نفوس الأشخاص الراغبين في التعاقد مع الإدارة على مصالحهم المالية إذا ما طرأت ظروف استثنائية على تنفيذ الشروط العقدية.

كما أنّ فكرة التوازن المالي للعقد، في رأي بعض الفقه² ، هي فكرة منطقية، ذلك أن اتصال العقد الإداري بنشاط مرفق عام الذي يبرر للإدارة أن تغيّر في التزامات المتعاقد معها، فإن ذلك أيضاً هو الذي يبرر ضرورة وجود التوازن المالي لالتزامات المتعاقد و حقوقه حتى يستطيع أن يستمر في تنفيذ العقد.

و حق المتعامل المتعاقد في التوازن المالي مرجعه إلى لحظة الإبرام، فالمتعاقد إنّما قبل بمشاركة الإدارة بنشاطها من خلال تسيير و إدارة المرفق العام محلّ العقد لأنه كوّن فكرة عامة عن مدى حقوقه و مدى

Le contrat administratif formant un tout dans lequel les intérêts des parties se >> conditionnent «.

و من هذا التقدير التزاماته و قدر نسبة تلك الحقوق إلى تلك الالتزامات، فتكوّن لديه التوازن المالي للعقد، فقد قبل المخاطر المالية للمشروع - ما يحتمله من خسارة أو ربح و من ثم أقدم على التعاقد³

¹ د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، القانون الإداري، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1993، ص 206.

² د. جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 384.

³ د. C.E 11 Mars 1910, req.n° 16178, Cie génle française des tramways, Rec.224, Concl.

Léon Blum, G.A.J.A, op.cit, n° 22, p 134. / Consulté sur site : <https://www.gallica.bnf.fr> le 16 Octobre 2020 à 12h00mn

من بين ما جاء فيه:

Il est de l'essence même de tout contrat de concession de chercher et de réaliser dans la >>> mesure du possible, un équilibre entre les avantages qui sont apportés au concessionnaire et les charges qui lui sont imposées... les avantages et les charges doivent se balancer de façon à former la contrepartie des bénéfices probables et des pertes prévues. Dans tout contrat de concession il est impliqué - comme un calcul- l'équivalence honnête entre ce qui est accordé

فإذا ما تغيّرت تلك المعطيات - بتدخل من الإدارة المتعاقدة حتى لو كان مشروعاً - التي بني عليها المتعاقد حساباته، ممّا أدّى إلى اختلال التوازن المالي للعقد وجب تقرير تعويضاً مالياً له حتى يستعيد العقد توازنه المالي.

و لقد ظهرت فكرة التوازن المالي للعقد لأول مرة بمناسبة تدخل الإدارة في عقد الامتياز، و صاغها المفوض (Leon Blum) في تقريره الذي قدّمه في قضية (2) (Cie française des tramways).

الفقه الإداري يردّد عباراته و التي جاء فيها على وجه و منذ ذلك التاريخ لا يزال القضاء و الخصوص : " إنّه لمن جوهر كلّ عقد التزام، أن يبحث ويحقق بقدر الإمكان، التّساوي بين المزايا المقرّرة للمتّزم و بين الأعباء المفروضة عليه... فالمزايا و الأعباء يجب أن تتوازي بما يحقق التوافق بين الأرباح و الخسائر المحتملة فكّ عقد التّزام يتضمّن - كما - الحساب - التّوازن الشريف بين ما يمنح للمتّزم و بين ما يُطلب منه... و هذا ما يسمّى بالتوازن المالي و التجاري المعادلة المالية لعقد الالتزام.

حيث يردف المفوض (Leon Blum) قائلاً :

إذا اختل التّوازن الاقتصادي للعقد، و إذا كان لإعمال السلطة مانحة الالتزام لسلطتها في التدخل قد أدى إلى إحداث اضطراب في التوازن بين المزايا و الأعباء بين الالتزامات و الحقوق... فليس ثمة ما يمنع المتّزم بأن يرفع الأمر إلى قاضي العقد، مُثبتاً أنّ تدخل الإدارة رغم كونه مشروعاً بذاته و ملزماً له - قد ألحق به ضرراً يجب التعويض عنه¹

au concessionnaire et ce qui est exigé de lui....c'est ce qu'on appelle l'équivalence financière
<< et commerciale, l'équation financière du contrat de concession

Et il ajoute que : "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 faussée dans cet équilibre d'avantages et de charges, d'obligations et de droits que nous avons essayé de définir, rien n'empêchera le concessionnaire de saisir le juge du contrat. Il démontrera que l'intervention, bien que régulière en elle même, bien qu'obligatoire pour lui, lui a causé un (ترجمة حرّة في المتن) . dommage dont réparation lui est due مصطفى أبو زيد فهمي، الوسيط في القانون

الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1999، ص 344.

>> و فكرة التوازن المالي للعقد أصبحت دارجة، ليس فقط، في العديد من تقارير مُفَوِّضِيَّ الحكومة لدى مجلس الدولة الفرنسي ، بل وحتى في العديد من قرارات ذات المجلس كقراره الصادر في قضية société (l'énergie industrielle) حيث تتعلق وقائع القضية بتعديلات أجرتها الإدارة بشأن نقل خطوط الكهرباء على جانب الطرق العامة، ففرّر مجلس الدولة بأنّ النفقات المترتبة عن تلك التعديلات و التي تتحملها الشركة الملتزمة لا تدخل في توقعات الأطراف المتعاقدة، وتؤدّي إلى إخلال التوازن المالي للعقد، ممّا يحق معه للشركة في الحصول على التعويض».¹

هو المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي لذات المجلس في قراره الصادر بتاريخ في هذا القرار على تأكيد فكرة التوازن المالي للعقد الإداري في 02/02/1983 (3) أين القضاء حرص مواجهة سلطة الإدارة و تدخلاتها أثناء تنفيذ العقد.

و من بين القرارات التي أكد فيها مجلس الدولة الفرنسي كذلك فكرة التوازن المالي للعقد قراره الصادر في 27 أكتوبر 1978 حيث كان هناك عقد التزام بين الدولة مانحة (الالتزام و المدينة (الملتزم) مؤداه إنشاء و استغلال ميناء للنزهة (Port de plaisance).

حيث قام الوالي - باعتباره ممثلاً للدولة بالتعديل انفرادياً للأراضي المخصصة لإنجاز المشروع خلافاً لما كان متفقاً عليه في دفتر الشروط، رفعت المدينة - بصفتها ملتزمة - طعناً ضدّ قرار الإدارة أمام القاضي الإداري الذي استبعد كلّ الأسس التعاقدية للتعويض، لأنّ الاستناد إليها كان من شأنه أن يحرم الطاعنة من أي تعويض، إنّما استند إلى فكرة إعادة التوازن المالي للعقد - حتى في حالة غياب نص صريح بذلك في العقد-، لأنّ التعديلات التي أدخلتها الإدارة ترثبت عنها نفقات غير مجدية للطرف²

¹ Concl. Corneille sous C.E 03 Déc. 1920, Fromassol, Rec.1036 :

حيث يقول المفوض : لا يمكن بموجب المبدأ التوازن المالي للعقد " لأحد المتعاقدين - بسلطته الخاصة أن يعدّل توازن >> الصفقة

«...principe que l'un des contractants ne peut, de sa propre autorité, modifier l'équilibre du marché

² le cocontractant a droit au maintien de l'équilibre financier du contrat (1) – C.E 27 Oct. 1978, req. n° 05722 ville de Saint-Malo, Concl. Labetoulle, Rec.401. Consulté sur site:

<https://www.legifrance.gouv.fr> le 05 Déc. 2020 à 13h30mn

الملتزم. حيث قامت المدينة بإنشاءات كبيرة على أجزاء من الدومين العام المسترد من قبل الدولة. كما أدى التعديل إلى التقليل من الأهمية العملية للميناء مما يؤدي إلى تخفيض الاستغلال، و عليه فإن الضرر الذي لحق المدينة يتعيّن التعويض عنه من قبل الدولة حتى في حالة غياب أي نص صريح في العقد يشير إلى ذلك.

و قد استتبط بعض الفقه¹ بأن أهمية قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Saint-Malo) - السالف الذكر - تكمن في نتائجه، حيث يرى بأن:

تأكيد القاضي الإداري على التزام الإدارة المتعاقدة بإعادة التوازن المالي المختل بفعالها لا يستند إلى بنود العقد؛ و من ثمّ فالإدارة المتعاقدة لا تعفى من هذا الالتزام حتى في حالة وجود نص يمنع جبر الضرر الذي لحق بالمتعاقدين.

هذا القرار يعتبر تكريسا واضحا لمدى الحماية التي يوفرها القضاء الإداري لمتعاقدي الإدارة حيث قرّر حماية المتعاقد لا استنادا إلى بنود العقد التي لا توفر له الحق في التعويض، إنّما أسس هذا الأخير استنادا إلى إعادة التوازن المالي للعقد.

. تعلق حق المتعاقد في التوازن المالي بالنظام العام، وبذلك يغدو من المبادئ العامة المنطبقة على العقود الإدارية دون نص؛ و عليه يستبعد تطبيق كلّ بند تعاقدي يحدّ أو يلغي هذا الحق.

و على درب مجلس الدولة الفرنسي سار القضاء الإداري في بعض من الدول العربية، الآخذة بنظام الازدواج القضائي، بفكرة التوازن المالي كأساس للتّعويض عن فعل الأمير.²

و قد تبنّى جمهور الفقه الإداري فكرة التوازن المالي كأساس للتّعويض في نظرية فعل الأمير، إلا أنّهم اختلفوا حول تحديد مضمون الفكرة تبعا للزاوية التي تناولها كلّ فقيه بالدراسة؛ سواء:

. في فرنسا، و نذكر من بينهم:³

¹ أحمد السيد محمد محمود عطية، المرجع السابق، ص. 115

² أ. إبراهيم الشارف الطاهر تفوقه، الصعوبات التي تواجه تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2011، ص 220.

³ أحمد السيد محمد محمود عطية، المرجع السابق، ص 119.

1/ Péquignot الذي يرى بأنه إذا كانت سمة العقود الخاصة الثبات و الجمود فإنّ العقود الإدارية تتسم بالمرونة و بعدم الثبات ، و بالتالي تحلّ فكرة التناسب بين التزامات المزايا التي يأمل في الحصول عليها محلّ التطابق بين حقوق و التزامات الأطراف في العقود الخاصة. و التوازن المالي هو عبارة عن معادلة رياضية¹ "une équation mathématique" فالعقد الإداري حركي من النموذج (أ ب) = (أ ب)، فإذا ما بدّلت الإدارة المتعاقد و الالتزام الأصلي (أ) بالالتزام (أ) فإنّ الحق في التعويض الأصلي (ب) للمتعاقد يصبح (ب) و النظام التعاقد الذي استعاد توازنه يبقى مستقرا²

من المعلوم بأنه من بين القواعد الأساسية للعقود 2- أما الفقيه De Soto يرى الإدارية توجد القاعدة المسماة بالمحافظة على التوازن المالي للعقد و التي بموجبها إذا اختلّ هذا التوازن بفعل الإدارة أو لظرف استثنائي يجب دفع تعويض للمتعاقد المتضرر.... لأنّ المحافظة على هذا التوازن تشكل قاعدة جوهرية لنظرية العقود الإدارية...³

¹ . فهد مجعد المطيري، دور التحكم في الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري، دراسة مقارنة بين الكويت، مصر و فرنسا، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015، ص 133.

² Georges Péquignot, Des contrats administratifs " contenu et effets spéciaux des contrats administratifs", extrait du jurisc lasseur administratif, librairies techniques, Paris, 1954, fasc.511,n° 237, p 11.

: حيث يقول الفقيه

<< L'équilibre du contrat administratif est dynamique et de type $(a/b) = (a'/b')$. Si

l'administration substitue une obligation (a') à l'obligation originaire, la rémunération de son cocontractant qui était (b) à l'origine deviendra (b') et le système contractuel, ainsi rééquilibré, sera maintenu>>.

³ Jean De Soto, note sous C.E 10 Mars 1950, Dép1. de la seine C/. Sté des transports en commun de région parisienne, D.1950, JCP .454.

حيث يذكر الفقيه

<< On sait que parmi les règles essentielles des contrats administratifs figure la règle dite du maintien de l'équilibre financier du contrat d'après laquelle ; si l'action de l'administration ou une circonstance exceptionnelle ont modifié cet équilibre, une indemnité doit être versée au cocontractant lésé.....le maintien de cet équilibre constitue une norme fondamentale de la ...théorie des contrats administratifs >> (ترجمة حرّة في المتن)

(3) – François Llorens, commentaire de l'arrêt du conseil d'État du 02 Fév. 1983, union de transports publics urbains et régionaux, R.F.D.A n° 0 (0), Mai-juin, 1984, pp 50-51.

التوازن المالي للعقد لا يشكّل سوى 3- في حين ينظر الأستاذ (3 F. Llorens) بأن مصححا، جد مهما دون شك، و لكن لا يمكن إعماله إلا عند غياب اتفاق الطرفين أو لجبر الظروف الطارئة، فلا يمكنه بأي حال نزع كلّ تفعيل لإرادة الطرفين، و لا أن يُحوّل العقد الإداري إلى نظام ضمان لفائدة المتعاقد¹

- أما الأستاذ (1 Delaubadère) فهو ينكر فكرة المعادلة الرياضية و الحساب الجامد للذات نادى بهما الفقيه Péquignot إنّما في رأيه التوازن المالي هو التوازن الشريف بين الالتزامات و الحقوق L'équilibre . honnête des obligations et des prestations .

. أما في الوطن العربي تبقى فكرة التوازن المالي هي الأساس الراجح عند جمهور الفقه الإداري

للتعويض عن فعل الأمير² .

إلا أن فكرة التوازن المالي، رغم رواجها في القضاء الإداري و عند جمهور الفقه الإداري، لم تسلم هي الأخرى من النقد؛ حيث يرى بعض الفقه³ أنّ " نظرية التوازن المالي للعقد الإداري هي خطرة و غير صحيحة في آن واحد أما خطورتها تكمن في قوّة امتدادها، حيث تُقدّم كقاعدة شاملة لكل اقتصاديات العقد الإداري، فالفقه لم يقتصر عند إثارتها لتفسير التعويض الممنوح للمتعاقد جبرا للضرر الذي ألحقه به التعديل الانفرادي للعقد من قبل الإدارة، إنّما وسعها لتشمل تدهور وضعية المتعاقد بسبب فعل، غريب عن العقد، و لا يؤثر إلا على المحيط القانوني، الاجتماعي أو الاقتصادي الذي يُنفذ في حين عدم صحتها - حسب ذات الفقيه⁴ يبقى قائما حتى في الحالات التي نقصر فيها تطبيق نظرية التوازن المالي عندما يكون الضرر الذي

من بين ما جاء فيه باللغة الفرنسية

"L'équilibre financier du contrat ne constitue qu'un correctif, sans doute fort important, mais qui n'est appelé à jouer qu'à défaut d'accord des parties, ou pour pallier les effets de circonstances imprévisibles. En aucun cas, il ne saurait ôter à la volonté des parties toute portée, ni transformer le contrat administratif en un système de garantie au profit du cocontractant

¹ André Delaubadère, Frank Moderne et Pierre Delvolvé, Traité des contrats administratifs, T1, L.G.D.J, Paris, 1983, p 717

² د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 654.

³ إبراهيم الشارف الطاهر توفيق، المرجع السابق، ص 220

⁴ Saroit Badaoui, op.cit, p 130

Cette théorie de l'équilibre financier du contrat administratif est aussi dangereuse >> qu'inexacte...Elle dangereuse par sa force d'extension, elle est présentée comme une formule

لحق بالمتعاقد كان بفعل السلطة المتعاقدة قد أثر و مباشرة على بنود العقد، لانتهاء التماثل بين الضرر والتوازن المالي المختل».

فعند إبرام العقد نتيجة لخطأ و في الحساب قد يقبل المتعاقد أسعارا غير مجزية لتغطية النفقات المبذولة. فإذا ما تدخلت الإدارة أثناء التنفيذ، فإن مرجع القاضي للحكم بالتعويض هو السعر الحقيقي وقت تدخل الإدارة و ليس السعر الذي قبل به المتعاقد عند الإبرام ، هذا من جهة و من جهة أخرى فإن فكرة التوازن المالي للعقد لا تفسر التعويض الذي يحصل عليه المتعاقد عندما تقرّر الإدارة إنهاء العقد بإرادتها المنفردة دون خطأ من المتعاقد، فلم يعد هناك عقد حتى يُفترض التحدّث عن الحفاظ على التوازن المالي لعقد غير موجود.¹

و يخلص الفقيه إلى أنّ فكرة التوازن المالي غرّارة و مدعاة للغموض فالعبارة لا تترجم بجد اقتصاديات العقد الإداري... و من ثمّ لسنا بحاجة للجوء لفكرة التوازن المالي لأنها مصطنعة و غير صحيحة لتفسير حق المتعاقد في التعويض.²

و لقد ردّ أنصار فكرة التوازن المالي للعقد على هذه الانتقادات بما يلي:

فحجة الخطورة - التي وُصفت بها النظريّة، بالنظر إلى مجالها العام و المطلق، كونها تطبّق و تفعل بالنسبة للأفعال الصادرة عن الإدارة المتعاقدة أو عن غيرها - غير مقنعة برأيهم، ذلك أن القضاء الإداري قد طبق النظرية في حالة التصرّفات الصادرة عن الإدارة المتعاقدة أو عن غيرها.¹

synthétique de toute l'économie du contrat administratif, la doctrine ne s'est pas contentée de l'invoquer pour expliquer l'indemnité accordée au cocontractant pour le préjudice que l'administration lui cause en modifiant le contrat, mais aussi lorsque l'aggravation de la situation du cocontractant provient d'un fait qui, étranger au contrat, n'agit que sur le milieu

:حيث يذكر الفقيه¹

<< ...Même en limitant l'application de la théorie de l'équilibre financier aux cas où le cocontractant subit un préjudice du fait de l'autorité contractante agissant directement sur les >> Il en déduit que : << la notion de l'équilibre clauses du contrat...la théorie est inexacte ;. financier est trompeuse et prête à confusion...En fin de compte, nous ne croyons pas avoir besoin de recourir à l'idée synthétique et inexacte de l'équilibre financier pour expliquer le

² droit du cocontractant à une indemnité

-Georges Vedel et Pierre Delvolvé, Droit administratif, P.U.F, Thémis, 9ème éd. 1984, p 422.

Cf :- Jean Rivéro, Jean Waline, droit administratif, 17ème édition, Dalloz, Paris, 1998, p 122

حين نقد عدم صحتها إنما هو نقد مبني على ملاحظات شخصية، ذلك أنّ المعادلة الرياضية التي بني عليها الفقيه نقده، هي في حد ذاتها منتقدة من قبل جمهور الفقه الإداري، حيث يرون في التوازن المالي للعقد ذلك التوازن الشريف l'équivalence honnête لا الحساب الجامد

أما النقد الأخير² و المتمثل في عجز النظرية عن تفسير التعويض المستحق للمتعاقد في حالة الإنهاء الانفرادي للعقد خطأ دون من المتعاقد إنما مردّه المصلحة العامة.

و من جانبنا نرى بأنّ فكرة التوازن المالي للعقد هي الأصلح من بين كل النظريات التي نادى بها الفقه الإداري ذلك أنّ التوازن المالي للعقد هو المبدأ العام الذي نشأت عنه نظريات المخاطر الثلاث؛ نظرية فعل الأمير، نظرية الظروف الطارئة و نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، فمن يملك الكلّ يملك الجزء.

كما أن القيمة القانونية التي أعطاهما القضاء الإداري لفكرة التوازن المالي للعقد تفوق القيمة القانونية للوائح التي تصدرها السلطة المتعاقدة أو التي تُضمّنهما في بنود العقد بغية الإضرار بالمتعامل المتعاقد معها من خلال حرمانه من حق إعادة التوازن المالي للعقد؛ ثمّ أنّ المشرع الجزائري تبني بصريح العبارة فكرة التوازن المالي للصفقة³

¹ حيث تنص المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15/247 على ما يلي: تسوى النزاعات التي تطرأ أثناء تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها. كما يجب على المصلحة المتعاقدة، دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة أعلاه، أن تبحث عن حلّ ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي: - إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين..... الملاحظ على هذه المادة: -إلزام المصلحة المتعاقدة بالبحث عن الحل الودي دون المتعامل المتعاقد معها.

³ تسبيق الحل الودي على الحل القضائي، عكس ما هو في القانون المقارن (الفرنسي) حيث قاضي العقد هو الذي يدعو الطرفين إلى محاولة إيجاد حل ودي أنظر على سبيل المثال:

- C.E 09 Déc. 1932, req. no 89655, Cie des tramways de Cherbourg, Rec. 1050, Concl. - Josse

المبحث الثاني

مفهوم المخاطر الاقتصادية

سبق و أن عرفنا في المبحث الأول من هذا الباب عند عرضنا لنظرية فعل الأمير كيف للمتعاقل المتعاقد الحصول على التعويض عن المخاطر الإدارية، ممّا يمكّنه من الحفاظ على التوازن المالي للصفقة التي أبرمها مع الإدارة العامة و بالتالي الاستمرار في تنفيذها.

إلا أن هذه المخاطر ليس لها دائما مصدرا إداريا و هو ما يثير التساؤل حول مصير المتعاقل المتعاقد في مواجهة تلك المخاطر ؟ و التي يعود سببها إما للحروب، للزلازل، للفيضانات أو للأزمات الاقتصادية ممّا يؤدي إلى الارتفاع الفادح للأسعار، ومن ثم الإخلال بالتوازن المالي للصفقة بما يهدد المتعاقل المتعاقد بالإفلاس و يُرغمه على التوقف عن تنفيذ التزاماته العقدية.

فلو طرح الإشكال على القواعد العامة المدنية لكان حله " العقد شريعة المتعاقدين "، فلا يتحلل المتعاقد من التزاماته العقدية مهما ناء بعبء الخسائر الفادحة طالما أنّ الظروف الاستثنائية لم تبلغ درجة القوة القاهرة

أما الإجابة الثانية و هي التي جاء بها القضاء الإداري، حيث تعتبر حلاً وسطا بين الحالة العادية التي يستطيع فيها المتعاقد أن يفي بالتزاماته و القوة القاهرة التي يستحيل عليه فيها تنفيذ التزاماته إطلاقا؛ لكن قد يناله من ذلك التنفيذ إرهاقا ماليا شديدا يضيفي ظلاله على حسن سير المرفق العام، محلّ العقد، بانتظام و اضطراب و يهدده بالانقطاع و خطر التوقف عن تلبية حاجيات المرتفقين

حيث ابتكر القضاء الإداري نظرية الظروف الطارئة التي تفتح للمتعاقل المتعاقد الحق في مطالبة المصلحة المتعاقدة من المساهمة، و لو بصورة مؤقتة، في تحمّل جانبا من الخسائر التي ألحقها به الظرف الطارئ.

وهي نظرية أصيلة (originale) طبقت في بدايتها على العقود الإدارية.

حيث يرى الأستاذ Delaubadere بأنّها تُكوّن إحدى الخطوط البارزة لخصوصية هذه العقود

و إن كانت تدرج في النظرية العامة للمخاطر التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد إلا أنّها تحتل مكانة خاصة نظرا لتعقيدها، فهي ليست ببساطة نظريات مخاطر التنفيذ الأخرى فعل الأمير ، الصعوبات المادية...¹.

¹ André Delaubadère, Frank Moderne et Pierre Delvolvé, T.C.A.Tn, op.cit, p560.

أما جانب آخر من الفقه يعتبر هذه النظرية أوفر حظا من سابقتها ذلك أنّ مجلس الدولة الفرنسي قد طبقها منذ وقت مبكر على كافة العقود الإدارية بوضوح تام لم يثر خلافا في الفقه الإداري، لا حول مضمونها و لا حول مداها.¹

المطلب الأول

نشأة المخاطر الاقتصادية و أساسها

قد يتعرّض المتعامل المتعاقد مع الإدارة العامة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية لظروف طارئة غير منتظرة لم تكن متوقعة في مرحلة الإبرام و يكون من شأن تلك الطوارئ أن تقلب اقتصاديات الصفقة رأسا على عقب، حيث يجد المتعامل المتعاقد نفسه أمام صعوبة في تنفيذ التزامه التعاقدية قد يصل حدّ الاستحالة. و لمواجهة هذا الموقف ظهرت نظرية القوة القاهرة و التي يؤدّي تطبيقها إلى حلّ الرابطة العقدية بانقضاء الالتزام لاستحالة تنفيذه. إلا أنّه في بعض الأحيان، قد لا يؤدّي ظرف الطارئ إلى استحالة التنفيذ، بل يجعل منه أثقل إرهاقا و أكثر كلفة عما قدره الطرفان عند إبرام الصفقة.

الفرع الأول

نشأة نظرية الظروف الطارئة

يذهب جانب من الفقه² إلى أنّ تاريخ نظرية الظروف الطارئة يتّصل بتاريخ الالتزام، بتطوّر مفهومه، و تأثير مبدأ العدالة فيه. فنشأة الدولة الحديثة ليست هي بداية وجود الالتزام- في تقدير أصحاب هذا الرأي ، بل لهذا الالتزام جذوره الضاربة في القدم ؛ حيث كان التعامل فيما بين شعوب الحضارات الغابرة قائما إما على أساس قواعد القانون الطبيعي أو على أساس قانون الضرورة الاجتماعية أين تمّ تغليب مبدأ العدالة على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

و هو ما يدفعنا للبحث عن جذور النظرية في الأنظمة القانونية القديمة على النحو الآتي:

أولا : في الشرائع القديمة للشرق الأوسط

¹ André Delaubadère, Jean Claude Venezia, Yves Gaudemet, traité de droit administratif op.cit, p 838. Constitue l'un des traits les plus remarquables du particularisme de cette théorie >>

² د. محمود علي الرشدان، نظرية الظروف الطارئة، دراسة مقارنة في القانون المدني و الشريعة الإسلامية والقانون الإداري، دراسة تحليلية مدعمة بالأحكام القضائية، دار البازوري العلمية للنشر و التوزيع، عمان الأردن، 2014، ص 27

لم يتناول الباحثين ، القوانين المصرية القديمة بدراسة تفصيلية تهدف إلى تبيان موقفها من نظرية الظروف الطارئة؛ حيث يذكر جانب من الباحثين¹ بأنّ الحديث عن نظرية الظروف الطارئة في هذا المقام لا يوجد لها بناءً متكاملًا، بل يكاد يخفت ضوءها إلا بصيصا منه في بعض التطبيقات المتناثرة.

فلم يكن لهلاك محصول المدين - لسبب خارج عن إرادته كالنوازل الطبيعية مثلا- ليشفع لنوكله عن الوفاء بالتزامه؛ فالفلاح الذي يفني عمره في جمع محصوله قد يحدث و أن يهلك إثر حدث طبيعي أو تأكله الحيوانات أو يستولي عليه اللصوص؛ و عند مجيء الجباة ينكّلون به و بأسرته.

فالبزغم ما في التّمودج السابق من قسوة بالمدين إلا أنّ هناك بعض المظاهر في هذه القوانين تعترف - و لو في حدود ضيقة - بأثر تغيير الظروف على الالتزام العقدي.

حيث ينقضي الإيجار بوفاة المستأجر، كما تضمنت عقود إجارة الأشخاص استئجار الرّق أو العبيد) أنه إذا حالت ظروفًا دون قيام القنّ بالعمل المطلوب، توجب على سيّده (المؤجر) التّعويض عن مدة التعطيل. كما أنّ الدولة الفرعونية قامت بتعويض الأسر المتضرّرة من الظروف الطارئة - مثل فيضان النيل- بقِطْعٍ أرضية جديدة.

و كان قانون حمورابي قد اعترف ببعض الآثار القانونية لما يحدث من تغييرات في ظروف العقد بعد إبرامه حيث اعترف للزوجة التي هجر زوجها المدينة، في الظروف العادية، أو فراره منها، في الظروف غير العادية، حق فسخ عقد الزواج أو التزوّج من غيره.

كما أنّ للزوجة التي أُسر زوجها و لم يترك لها التّفقة اللازمة لمثونتها الحق في إعادة الزواج من غيره.

و الفلاح العاجز عن تسديد ديونه كانت تبرأ ذمته إذا تنازل عن ناتج أرضه لجماعة الدائنين، و أما إن كان إيساره نتيجة لأسباب خارجة عن إرادته مثل النوازل الطبيعية كالفيضانات و الجفاف و الجائحة و البرد؛ فإنّ الأمر حينئذ لا يخرج عن كونه تطبيقًا للظروف الطارئة، حيث كان له حق المطالبة بتأجيل الوفاء بديونه بمجرد وقوع تلك النوازل.

¹د. محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني و الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة دار المطبوعات الجامعية جورج عوض ، الإسكندرية، 2007، ص 20. أنظر كذلك: - سحر جبار يعقوب، فسخ العقد الإداري لاستحالة التنفيذ بسبب الظروف الطارئة ، مجلة مركز دراسات الكوفة العدد السابع، 2008، ص ص 147-148.

و بذلك تكون نظرية الظروف الطارئة قد تكوّنت في الضمير الخلفي قبل الضمير القانوني؛ لكن سرعان ما انتكست فكرة الظروف الطارئة في المجتمع الأوروبي على إثر تراجع و ضعف نفوذ الكنيسة بانتشار المذهب الفردي الذي أدّى إلى سيادة مبدأ سلطان الإرادة.

أمّا في الشريعة الإسلامية فقد أخذ الفقه الإسلامي بنظرية الظروف الطارئة و ذلك بإقراره نظرية الضرورة، حيث تُعدّ نظرية الظروف الطارئة إحدى تطبيقاتها ، قد ساق فقهاء الشريعة عدّة أدلة للقول وبصحة الأخذ بنظرية الظروف الطارئة لإعادة التوازن المالي للعقد:

1/- إنّ عدم إعادة التوازن المالي للعقد المختل نتيجة الظروف الطارئة التي تحدث أثناء فترة التنفيذ يُكوّن إرهاباً و حرجاً للمتعاقد الإدارة العامة، مع هو أمر يتنافى و مقاصد الشريعة الإسلامية؛ حيث يقول المولى عزّ وجلّ: ” لا يُكَلِّفُ اللهُ نَفْساً إِلاَّ وِسعها <<(2).“

2/ من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية في باب المعاملات إقامة العدل، و لا شك أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة يُعدّ إحدى وسائل إقامة العدل، وقد قال الله عزّ و جلّ في محكم تنزيله:

إنّ الله يأمر بالعدل و الإحسان <<(3).

3- جعل الله سبحانه و تعالى التراضي قيدا لإباحة التجارة بقوله:

يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارةً عن تراضٍ منكم... >>(4) .

و إنّ في تطبيق نظرية الظروف الطارئة تحقيقاً للتراضي، في حين اختلال التوازن المالي للصفقة يعدّ إغفالا للرضا؛ ذلك أنّ المتعاقد يكون قد أبرم العقد وهو راض و سينفذه مكرها.

4- وجوب رفع الضرر عن المضرور، ويتم ذلك بتعويض المتعاقد عن الأضرار التي لحقت به جزاء الظرف الطارئ.

كما أن القانون الروماني لم يعترف بتطبيق نظرية الظروف الطارئة في بداية عهده لتأثره بالثقافة الإغريقية؛ لأنّه لا يأخذ بفكرة الغبن، فالقاعدة في القانون الروماني أنّ الغبن لا يعيب الرضا و لا يؤثر في صحة العقد و انعقاده، طالما أنّ هذا العقد قد استوفى بقية الشروط الشكلية و الموضوعية لقيامه. و لم يكتف القانون الروماني بإنكار فكرة الغبن أثناء تكوين العقد فحسب، بل و حتى في مرحلة التنفيذ(1).

و من ثم فإنّ نظرية الظروف الطارئة لم تعرف لها طريقاً في القانون الروماني إلا أنّ الفقهاء الرومان كما يذكر الفقه (2) ، دعوا إلى الأخذ بنظرية الظروف الطارئة، حيث يقول شيشرون عندما يتغيّر الزمن يتغيّر الواجب».

و من أقوال سينيكا ” أنا لا أعتبر حانثاً لعهدي و لا يمكن اتّهامي بعدم الوفاء إلا إذا بقيت الأمور على ما هي عليه وقت التزامي ثم لم أنفّده، و التغيير الذي يطرأ على أمر واحد يجعلني حرّاً في أن أناقش التزامي

من جديد، و يخلصني من كلامي الذي أعطيته، و يجب أن يبقى كل شيء على حالته التي كان عليها في الوقت الذي تعهدت فيه لكي أستطيع المحافظة على كلامي¹.

و بالاحتكاك أخلاق مع و لقد كانت للفتوحات الرومانية الواسعة عظيم الأثر في تطوّر الأفكار الفقهية الرومانية، ثقافة الشعوب التي احتلتها الإمبراطورية الرومانية، و هو ما انعكس إيجابا على ذلك و القانون الروماني².

حيث خرج الفقهاء الرومان من رداء الشكلية التي كانت تحيط بالقانون وصولا إلى الغاية النهائية للقانون ألا وهي إسعاد الناس و تحقيق منفعتهم.

عظفا على ما سبق، نظم رأينا إلى الاتجاه الفقهي

(4) الذي يرى بأنّ الفلسفة الرومانية هي التي حدّدت³

الإطار العام لنظرية الظروف الطارئة؛ و لا نبالغ إذا قلنا بأنّ شيشرون و سينيك هما أوّل من وضع⁴. أساس هذه النظرية و مؤداه أنّ العقد يبقى مستمرا ما استمرت الظروف التي أبرم فيها⁵، و هو ما يُعرف باسم بقاء الأمور على ما هي عليه أو الشرط الضمني.

ثانيا : في شرائع القرون الوسطى

نتيجة لمحاربة أباطرة الرومان للدين المسيحي و تعقب كلّ مظاهره، فما كان من الكنيسة إلا أن نظمت نفسها لتتنشئ نظاما متكاملا يغنيها هي و أتباعها عن الدولة ؛ و كان أمرا منطقيا أن يكون من بين مظاهر التنظيم سنّ التشريعات التي عُرفت بالقانون الكنسي. و قد تبلورت ثلاثة مبادئ⁶ هامة سادت التعامل في ظل القانون

¹ محمد أبو بكر عبد المقصود، المرجع السابق، ص - د. محمد جمال مطلق الذنبيات المرجع السابق، ص 200. و انظر كذلك:

² محمد أبو بكر عبد المقصود، المرجع السابق، ص

³ لمرجع نفسه،

⁴ د. محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 28.

⁵ د. محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص 29.

⁶ حول تلك المبادئ انظر المرجع نفسه ص 300-31 حيث يذكرها المؤلف باللغة الفرنسية:

1er Le principe du juste prix : Pour toute marchandise, pour tout service, il y a et il doit y avoir à un moment donné et sur un marché donné un juste prix équivalent, lequel ne dépend pas de la volonté des échangistes, ni de leurs désirs ou besoins, ni de quoi que se soit d'individuel.

2ème Le principe de prohibition du prêt à intérêt. 3ème Le principe de clause rebus sic stantibus.

الكنسي أولاً : مبدأ الثمن العادل و مضمونه أنّ كلّ سلعة و كل خدمة، يكون و يجب أن يكون لها في وقت معيّن وفي سوق معيّن ثمن عادل مناسب لا يعتمد على إرادة المتبايعين لا على رغباتهما أو حاجاتهما و لا على أي شيء يتعلق بالفرد.

تحريم القرض بفائدة أي تحريم الربا (l'usure) في جميع صورته.

ثالثاً: مبدأ بقاء الأمور على ما هي عليه وقت إبرام العقد؛ فإذا تغيّرت تلك الظروف أصبح تنفيذ العقد جائراً بالنسبة لأحد الأطراف مما يبرّر إعادة النظر في بنود العقد لرفع الظلم عن الطرف المرهق.

و قد جمع أحد فقهاء القانون الكنسي هذه المبادئ في قوله: "ضع نفسك دائماً في مكان من تعامله وضع من تعامله في مكانك وبذلك تستطيع أن تحكم في الأمر حكماً عادلاً؛ فاجعل نفسك بائعاً إذا ما اشتريت و مشترياً إذا بعت و بذلك تباع و تشتري بالعدل".¹

و بذلك تكون نظرية الظروف الطارئة قد تكوّنت في الضمير الخلقي قبل الضمير القانوني؛ لكن سرعان ما انتكست فكرة الظروف الطارئة في المجتمع الأوروبي على إثر تراجع و ضعف نفوذ الكنيسة بانتشار المذهب الفردي الذي أدّى إلى سيادة مبدأ سلطان الإرادة.

أمّا في الشريعة الإسلامية فقد أخذ الفقه الإسلامي بنظرية الظروف الطارئة و ذلك بإقراره نظرية الضرورة، حيث تُعدّ نظرية الظروف الطارئة إحدى تطبيقاتها²، قد ساق فقهاء الشريعة عدّة أدلة للقول و بصحة الأخذ بنظرية الظروف الطارئة لإعادة التوازن المالي للعقد:

1/- إنّ عدم إعادة التوازن المالي للعقد المختل نتيجة الظروف الطارئة التي تحدث أثناء فترة التنفيذ يُكوّن إرهاباً و حرجاً للمتعامل المتعاقد الإدارة العامة، مع هو أمر يتنافى و مقاصد الشريعة الإسلامية؛ حيث يقول المولى عزّ وجلّ: " لا يُكَلِّفُ اللهُ نَفْساً إِلاَّ وِسعها >>³

2/ من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية في باب المعاملات إقامة العدل، و لا شك أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة يُعدّ إحدى وسائل إقامة العدل، وقد قال الله عزّ و جلّ في محكم تنزيله:

إنّ الله يأمر بالعدل و الإحسان >>⁴

¹أورد المقولة - د. محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص31.

Mettez- vous toujours à la place du prochain et le mettez-en à la votre et vous jugerez bien ;
rendez-vous vendeur en achetant et acheteur en vendant et vous vendez et achetez
justement. - 124 -

² محمد أبو بكر عبد المقصود، المرجع السابق، ص 6.

³ سورة البقرة، الآية 286

⁴ سورة النحل، الآية 90.

3- جعل الله سبحانه و تعالى التراضي قيذا لإباحة التجارة بقوله:

يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارةً عن تراضٍ منكم... >¹ .

و إنّ في تطبيق نظرية الظروف الطارئة تحقيقاً للتراضي، في حين اختلال التوازن المالي للصفقة يعدّ إغفالا للرضا؛ ذلك أنّ المتعامل المتعاقد يكون قد أبرم العقد وهو راضٍ و سينفذه مكرها.

4- وجوب رفع الضرر عن المضرور، ويتم ذلك بتعويض المتعامل المتعاقد عن الأضرار التي لحقتة جزاء الظروف الطارئ.

فالضرر في الشريعة الإسلامية يُزال و الضرورات تبيح المحظورات، و الر الأشدّ يزال بالضرر الأخفّ، و درء المفاسد أولى من جلب المنافع، فالقاعدة الفقهية- بناءً على قوله صلى الله عليه و سلم - " لا ضرر و لا ضرار ".

عظفا على ما سبق فقد انتهى مجلس المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في دورته الخامسة عام 1404هـ إلى الأخذ بتطبيق نظرية الظروف الطارئة وذلك أثناء حدوث الأزمات الاقتصادية على النحو الآتي:²

أولاً: في العقود المتراخية التنفيذ (مثل عقود التوريد، و المقاولات)، إذا تبدلت الظروف التي تمّ فيها التعاقد تبدلاً غير الأوضاع و التكاليف و الأسعار تغييراً كبيراً، لأسباب طارئة عامة لم تكن متوقعة في مرحلة الإبرام ، فأصبح بها تنفيذ الالتزام العقدي مرهقا للملتزم، و يكبده خسائر جسيمة غير معتادة نتيجة لتقلبات الأسعار في طرق التجارة، دون أن يكون للمتعاقد ضلعا فيها؛ فإنّه يحق للقاضي تعديل الحقوق و الالتزامات العقدية بصورة تُوزّع القدر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة على الطرفين المتعاقدين.

ثانياً: كما يجوز للقاضي أن يمهل الملتزم ، إذا وجد أنّ السبب الطارئ قابل للزوال في وقت قصير، و لا يتضرر الملتزم له كثيرا بهذا الإمهال.

بعد أن عرضنا النبذة التاريخية لفكرة الظروف الطارئة و عرفنا ما مدى إعمالها في القوانين و الشرائع القديمة، سنحاول من خلال المطلب الموالي توضيح كيف انتقلت الظروف الطارئة من فكرة إلى نظرية متكاملة.

ثانيا : تعريف نظرية الظروف الطارئة و أسباب ظهورها

¹ سورة النساء، الآية 29.

² - محمد أبو بكر عبد المقصود ، المرجع السابق، ص8.

لقد كان لنداء فقهاء القرن السادس عشر بإقرار مبدأ سلطان الإرادة في العقود صداه، إذ زالت الشكلية التي كان يتطلبها القانون الروماني، و أصبحت الإرادة هي الأساس في ترتيب و تحديد الآثار المترتبة على التصرفات، و انضم إليهم فلاسفة القرنين السابع والثامن عشر، فنادوا بحرية الإرادة في العقود.

(1) - حول الموضوع راجع:

و شاع القول بأن أصل القانون لا بد أن لا يكون القوة الإلهية أو الدولة أو الجماعة بل هو الفرد نفسه فقدروا بأن مصادر الالتزام تنحصر في الإرادة فلا التزام إلا بها و ما القانون - في نظرهم - إلا وليد الإرادة التي ارتضاها الناس لأنفسهم و اختاروا الخضوع لسلطانها..

ثالثا : أسباب ظهور نظرية الظروف الطارئة

كان ظهور النظريات المتطرفة في تقديس حرية الفرد و استقلال إرادته - خلال القرنين الثامن عشر و التاسع عشر - وليدا للظروف الاقتصادية و الاجتماعية السائدة آنذاك؛ حيث ازدهرت الصناعات الكبرى و انتشرت الشركات الضخمة، مما أدى إلى احتكار السوق و التحكم في وسائل الإنتاج.

و تحت غطاء الحرية الاقتصادية و حماية لمصالحها اتخذت الرأسمالية من الحرية الفردية، راية لها تحول دون انتشار النشاط النقابي الذي يهدف إلى حماية الطبقة الشغيلة، فأضحت هذه الأخيرة ضحية لهذا الاستغلال.

و أمام هذه الأوضاع الخطيرة تعالت أصوات الإصلاحيين و علماء الاجتماع للحيلولة دون هذا الاستغلال البشع و الحد من سلطان الإرادة وتقييد المذهب الفردي بما يتفق و المصلحة العامة. فتأثرت التشريعات الحديثة بهذه النزعة الجماعية و تدخلت في سلطان الإرادة و ضيقت نطاقه و قيدته بقيود كثيرة، فأصبحت نظرية العقد لا تقوم على إرادة الفرد بقدر ما تقوم على التضامن الاجتماعي¹. و بدأ يفل نجم المذهب الفردي، فلم يعد لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين تلك القوة الإلزامية، و لم يعد القاضي حاميا للإرادة الفردية بل أصبح خادما للمصلحة العامة.

ثم تطورت المبادئ القانونية القائمة على قواعد أخلاقية مثل نظرية التعسف في استعمال الحق، و فكرتي الإثراء بلا سبب و النظام العام و الآداب العامة، كوسيلتين بين يدي القاضي للحد من الحرية الفردية كما

ظهرت نظرية الاستغلال وظهرت نظرية الظروف الطارئة التي أخذ الفقهاء يلتصقون لها سندا من المبادئ العامة في القانون لعدم وجود نصا عاما يُعين على تطبيقها² و في ظل غياب نص قانوني يحكم كيفية تطبيق نظرية الظروف الطارئة كان للقضاء دور أساسي في إنشائها، فعرفت بالنظرية القضائية، ذلك ما سنتناوله بالدراسة في الفرع الثاني من هذا المطلب.

¹د. محمود علي الرشدان المرجع السابق، ص 12. د. محمود علي الرشدان المرجع السابق، ص 13.

²المرجع نفسه، ص 15.

الفرع الثاني

تعريف نظرية الظروف الطارئة

تعددت تعريفات النظرية بين اللّغة و الفقه والقضاء، ذلك ما سنعرضه في البنود الآتية:

البند الأول: التعريف اللغوي

اللغة، الظروف في جمع مفرده ظرف و معناه دائر على وعاء الشيء¹، أمّا الطّارئ لغة؛ هي اسم الفاعل من طرأ، و معناه جاء فجأة و من بعيد و الطارئ هو الغريب خلاف الأصلي، و الطارئة جمع طوارئ و طارئات بمعنى الداهية²

و منه فالظروف الطارئة لغةً. هي جميع الأحوال الغريبة التي تطرأ فجأة و لا يُدرى من أين جاءت.

البند الثاني: التعريف الفقهي

عرف الأستاذ Delaubadère نظرية الظروف الطارئة على النحو الآتي: عندما تطرأ ظروف مستقلة عن إرادة المتعاقد، غير متوقعة عند إبرام العقد الإداري، و يكون من شأنها قلب اقتصادياته دون أن تجعل تنفيذه مستحيلاً، و تؤدّي إلى خسارة للمتعاقد لهذا الأخير، مع بقائه ملزماً بالاستمرار في تنفيذ التزاماته، الحق في مساعدة الإدارة، لتخطي الصعوبة المستحدثة بتحملها جزءاً من الخسارة المترتبة عن تلك الظروف <<

كما عرفها الأستاذ (JL.Delvolve 1) بأنّها : " وضعية تتميز بحدوث ظروف استثنائية غير متوقعة مستقلة و عن الطرفين من شأنها ، قلب اقتصاديات العقد، أين تجعل من المدين الملتزم، في غير استحالة من تنفيذ الالتزام، لكن لا يُمكنه التنفيذ دون التّعريض للإفلاس، وفي كلّ الأحوال إلى ضرر معتبر

¹أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر للطباعة والنشر و التوزيع ، د.ب، 1979، ص 644.

²مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، د.ب، 2014، ص 555. حيث يذكر : 5560

(André Delaubadère, Frank Moderne et Pierre Delvolvé, T.C.A., op.cit, p – 4)

و لقد تعددت، في الفقه العربي، تعاريف نظرية الظروف الطارئة؛ حيث عرفها البعض¹ بأنها : مدهامة تنفيذ العقد الإداري، ظروف استثنائية خارجة عن إرادة الطرفين و غير متوقعة عند إبرام، فتحدث اضطرابا خطيرا في اقتصاديات العقد، فتقلب رأسا على عقب توازنه المالي، لكن دون أن تجعل تنفيذه مستحيلا، هذه الظروف من شأنها أن تُلحق بالمتعامل المتعاقد خسائر فادحة لا بُدَّ أن تُلقى ظلالها على طريقة تنفيذه للعقد و كما عرفها البعض الآخر² على النحو الآتي: " أنه إذا حدث أثناء تنفيذ العقد الإداري أن طرأت ظروف أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد فقلبت اقتصادياته، و إذا كان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلا بل أثقل عبئا وأكثر كلفة ممّا قدره المتعاقدان التقدير المعقول،...فإنّ من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في الخسارة...".

<< Lorsque des circonstances indépendantes de la volonté du cocontractant et imprévisibles lors de la conclusion du contrat administratif viennent en bouleverser l'économie sans pour autant rendre impossible son exécution et entraînent un déficit pour le cocontractant, celui-ci, tout en demeurant strictement tenu de poursuivre l'exécution de ses obligations, a droit à l'aide de l'administration pour surmonter la difficulté survenue en prenant en charge une

فالنظرية تقوم إذا على اضطراب للصفقة مصدره سبب أجنبي خارج عن إرادة الأطراف و يُنتج الحق في جبرٍ جزئيٍّ للضرر أساسه الحاجة في الحفاظ على السير المنتظم للمرفق العام³ و السبب الأجنبي عادة ما يتمثل في مخاطر اقتصادية تحدث فجأة عند تنفيذ الصفقة في شكل أزمات اقتصادية، حروب زلزال أو قرار بتخفيض قيمة العملة...الخ⁴

البند الثالث: التعريف القضائي

عرفت المحكمة الإدارية العليا في مصر نظرية الظروف الطارئة بقولها : إنّ تطبيق نظرية الظروف الطارئة تستلزم أن تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية أو من عمل جهة

¹مصطفى أبو زيد فهمي، الوسيط في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 324.

²سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 666.

³أ.د. محمد الصغير بعلي العقود الإدارية المرجع السابق، ص 92. - المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 546 و 108

لسنة 35 جلسة 04/04/1993 المجموعة ص، ذكره د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 738.

⁴ C.E 30 Mars 1916, Cie générale d'éclairage de Bordeaux, Rec.125, Concl. Chardenet

G.A.J.A, op.cit, no 31, p 189.

إدارية غير الجهة المتعاقدة أو من عمل إنسان آخر، لم تكن في حساب المتعاقد عند إبرام العقد لا يملك لها دفعا و من شأنها أن تُنزل به خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما فإذا ما توافرت هذه الشروط مجتمعة التزمت جهة الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في تحمّل نصيبا من خسائره، ضمانا لتنفيذ العقد على الوجه الذي يكفل حسن تنفيذ المرافق العامة بانتظام و اضطراد...>

و إن كانت جذور النظرية قديمة، إلا أنّها قد ولدت بقرار من القرارات الهامة ذات المبادئ، و هو قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية Cie générale éclairage de Bordeaux (5)، و نظرا لأهميته سنوجز أهم ما جاء في هذه القضية:

تتلخص وقائع القضية؛ أنّه في عام 1904 حصلت الشركة العامة للإنارة Bordeaux على عقد امتياز توريد الغاز والكهرباء لمدينة Bordeaux لمدة 30 سنة. و قد حدّد دفتر الشروط سعر الغاز و الكهرباء الواجب على الشركة البيع به، و روعي في تحديد هذا السعر ثمن الفحم في ذلك الوقت.

حيث أنّه المادة الأساسية لصنع الغاز و استخراجها، وقد حدّد سعر توزيع الغاز في عقد الامتياز بمبلغ 0.18 سنتيما للمتر المكعب على أساس أنّ متوسط سعر الفحم عند التعاقد هو 23 فرنكا للطن.

و كان أقصى تغيّر لسعر الكهرباء و الغاز تبعا لتغيّر أسعار الفحم قد توقعه الطرفان، الملتزم و مانح الالتزام، عند الإبرام هو ارتفاع ثمن طنّ الفحم من 23 فرنك إلى 28 فرنك، بناءً على أنّ أقصى سعر وصله الفحم قبل ذلك هو 28.4 فرنك، و كان ذلك إبان الحرب بين فرنسا و بروسيا في عام 1874.

إلا أنه عند اندلاع الحرب العالمية الأولى، ارتفعت الأسعار ارتفاعا فاحشا الفحم إلى 117 فرنك.

و وصل سعر الطن من إزاء هذه الظروف، أضحي من العسير على الشركة أن تورد الكهرباء و الغاز بالسعر المحدّد في دفتر الشروط، بل و أصبحت مهددة بخسارة فادحة قد تحول دون الاستمرار في تقديم خدماتها لجمهور المرتفقين.

لذا طلبت الشركة الملتزمة من البلدية مانحة الالتزام إعادة النظر في دفتر الشروط و السماح لها برفع الأسعار بما يتماشى و الارتفاع غير المتوقع لسعر الفحم ؛ إلا أنّ البلدية رفضت طلب الشركة، و تمسكت بالقوة الملزمة للعقد استنادا إلى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، طالما أن تنفيذ الالتزام لم يُصبح مستحيلا. رفع الأمر إلى مجلس محافظة (Conseil de préfecture de la Gironde) و الذي تمسك بدوره بالعقد شريعة المتعاقدين، وقضى باستمرار الشركة الملتزمة في تنفيذ الالتزام طبقا لما جاء في دفتر الشروط.

و لما عُرض النزاع على مجلس الدولة الفرنسي أقرّ هذا الأخير مبدأ جديدا مفاده؛ أنه إذا طرأت ظروف جديدة لم يكن في الإمكان توقعها، و كان من شأنها أن تؤدي إلى اختلال اقتصاديات العقد اختلالا

جسيما، فإنّ هناك ما يُبرّر أن تساهم جهة الإدارة و لو مؤقتا في تحمّل جزءا من الخسارة التي تلحق بالمتعاقدين من جراء هذا الارتفاع.

حيث قضى بأنه:

لهذا السبب من الأنسب التقرير من جهة، بأنه من واجب الشركة الملتزمة ضمان سير المرفق العام المتعاقد بشأنه، و من جهة أخرى، فيجب عليها أن تتحمل - طيلة هذه الفترة الانتقالية- قسطا فقط من النتائج المكلفة لوضعية القوة القاهرة التي يضعها على عاتقها التفسير المنطقي للعقد. و إنّه نتيجة لذلك، و بإلغاء القرار المطعون ضده ، يُحال الطرفين أمام مجلس المحافظة الذي له، إذا لم يتفق الطرفان حول الشروط الخاصة التي في ظلها يمكن للشركة الاستمرار في الخدمة، أن يُحدّد، مع مراعاة كل الظروف الواقعة، مبلغ التعويض الذي تستحقه الشركة بسبب الظروف غير التعاقدية التي تضمن في ظلها أداء المرفق خلال تلك الفترة...¹

و من ثم يمكن تعريف نظرية الظروف الطارئة بأنها: وضعية غير تعاقدية ناشئة عن ظروف استثنائية غير متوقعة عند الإبرام ، و مستقلة عن إرادة الطرفين؛ تؤدي إلى قلب اقتصاديات الصفقة، إذ تلحق بالمتعامل المتعاقد ضررا جسيما جزاء استمراره في تنفيذ بنود العقد، دون أن تجعل من هذا التنفيذ أمرا مستحيلا، مما يستوجب تعويضه بتحمل الإدارة المتعاقدة معه جزءا من الخسارة .“

و يرى جانب من الفقه الإداري في فرنسا² بأن غاية نظرية الظروف الطارئة لا تهدف إلى حماية مصالح المتعاقد بل المصلحة العامة.

الفرع الثالث

أساس نظرية الظروف الطارئة

لقد اختلف الفقه حول الأساس القانوني لحق التعويض في نظرية الظروف الطارئة، حيث يرى البعض أن أساس هذا الحق يكمن في النية المشتركة لأطراف العقد (المطلب الأول)، بينما يرى البعض الآخر أنه ينحصر في فكرة العدالة (المطلب الثاني)، و يرجعه فريق ثالث إلى القانون و التنظيم (المطلب الثالث) في حين يرجح فريق آخر من الفقه مبدأ استمرارية المرفق العام كأساس لهذا الحق (المطلب الرابع) و أخيرا يرى بعض الفقهاء أنّ أساس حق التعويض في نظرية الظروف الطارئة قوامه فكرة التوازن المالي للعقد (المطلب الخامس). ذلك ما سنحاول تفصيله تباعا:

أولا : النية المشتركة للمتعاقدین

يرى بعض الفقه أنّ حق التعويض في نظرية الظروف الطارئة إنّما يرجع إلى ما انصرفت إليه نية المتعاقدين ضمنيا أثناء إبرام العقد، فالنية المشتركة لأطراف العقد هي أساس حق التعويض في نظرية الظروف الطارئة.

¹ لأكثر تفصيل راجع بالفرنسية قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية الشركة العامة للإنارة لمدينة Bordeaux الصادر بتاريخ 30 مارس 1916 السالف ذكره. لأكثر فائدة نوجز ما جاء فيه باللغة الفرنسية:

² Manuel Gros, op.cit, p 179.

حول الموضوع راجع المطلب الأول من المبحث الثالث من الفصل الأول من هذا كما حاول اتجاه فقهي من أنصار فكرة التوازن المالي للعقد - التقريب بينها و بين فكرة النية

المشتركة للمتعاقدين، علة ذلك أن الاجتهاد القضائي يتمسك بالمحافظة على التوازن المالي للعقد لأن ذلك ما انصرفت إليه نية المتعاقدين.¹

تقدير هذا الاتجاه:

لم يسلم هذا الاتجاه من نقد الفقهاء له، حيث تركّز نقدهم حول نقطة محورية مؤداها: أنه إذا كانت نظرية المخاطر الاقتصادية تُؤسس حقا على فكرة النية المشتركة للمتعاقدين، فإنّ هذه النية يمكن أن تنصرف إلى استبعاد تطبيق تلك النظرية صراحة أو ضمنا، إلا أن تلك النظرية تُطبّق على الرغم من وجود شرط بالتنازل عن تطبيقها، حيث أنّ الأحكام المتعلقة بتلك النظرية من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها²

كما يرى جانب آخر من الفقه بأن هذا الأساس تعسفي في معظم الحالات، لا يصلح دائما لتبرير و القواعد البريتورية التي يخلتها القضاء الإداري و لو استتر خلف حيلة التفسير (4) ، و هو أساس خالٍ من كل قاعدة علمية؛ فالحديث عن النية المشتركة لمحاولة تأسيس نظرية الظروف الطارئة هو دليل قطعي عن نوع من الاضطراب الفقهي³

فضلا على أنه لا يجوز الاتفاق الصريح على استبعاد تطبيق النظرية باعتبار الأحكام المتعلقة بها من النظام العام، انتقدت هذه الفكرة كذلك لكونها تقوم على أساس الافتراض ، و هو أمر لا يمكن أن يعتمد كأساس للقواعد القانونية الإدارية، فكيف يسوغ القول باستبعاد شرط مُتفق عليه صراحة و اللجوء إلى نية مفترضة غير مؤكدة(2).

و في تقديرنا فإنّ النية المشتركة للمتعاقدين لا تصلح كأساس لحق التعويض عن نظرية المخاطر الاقتصادية؛ لأنّ البحث عن الإرادة المشتركة لطرفي العقد يتطلب من القاضي الرجوع إلى تاريخ إبرامه لكي يتعرّف على هذه النية المشتركة و قد يكون ذلك التاريخ بعيدا و قد يكون الزمن قد أتى على بعض معالمها، و هو ما لا يسمح للقاضي التحديد الدقيق لما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين وقت الإبرام الصفقة

ثانيا القانون و التنظيم

¹ د. محمد السناري، المرجع السابق، ص 24. - د. محمود حلمي المرجع السابق، ص 130.

² علي محمد علي عبد المولى، المرجع السابق، ص 505.

³ Émilie Labrot, L'imprévision étude comparée droit public droit privé des contrats, édition L'Harmattan, Paris, 2016, p 95.

يرى الأستاذ محمد الصغير بعلي بأنّ نظرية الظروف الطارئة تجد لها أساسين: الأول أساس مدني يتمثل في المادة 107 من القانون المدني، و الثاني أساس تنظيمي يتمثل في المادة 102 من المرسوم الرئاسي 02/250 و يوافقه في الأساس الثاني الأستاذ عمار بوضياف¹

تقدير هذا الرأي:

ألا يهدّد القول بالأساس المدني استقلالية القانون الإداري؟ فلطالما انتقد الفقه الإداري في الجزائر التأسيس المدني لقرارات مجلس الدولة الجزائري، معيين عليه الذهنية المدنية *Esprit civiliste*؛ و من ثم لا تصلح في تقديرنا النصوص المدنية كأساس للتعويض في نظرية الظروف الطارئة، ذلك أنّها نظرية قضائية إدارية أصيلة وُجدت قبل تبني القانون المدني لها.²

أما فيما يخصّ الأساس الثاني و بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 15-247- السالف ذكره، نجد بأنّ المشرع تبنى صراحة فكرة التوازن المالي للعقد للتعويض عن كلّ المخاطر التي تطرأ أثناء تنفيذ الصفقة العمومية؛ ذلك أنّ الغاية من وراء فكرة التوازن المالي للصفقة هي ضمان استمرارية سير المرفق العام محلّ العقد بانتظام و اضطراد، و هو ما نلمسه في البندين الثاني والثالث من الفقرة الأولى للمادة 153 حيث جاء فيها:³

- التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة،

- الحصول على تسوية نهائية أسرع و بأقل تكلفة.

ثالثا : فكرة العدالة

يرى أصحاب هذا الاتجاه بأنّ نظرية الظروف الطارئة تقوم بالدرجة الأولى على فكرة العدالة التي تعتبر أحد أهم أركان القانون الإداري، و هي بالتالي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، من خلال الحفاظ على استمرارية عمل المرفق العام و ضمان حسن سيره بانتظام و اضطراد.⁴

تقدير هذا الرأي:

استبعد - و بحق - جانب من الفقه فكرة العدالة كأساس للتعويض في نظرية الظروف الطارئة، على اعتبار أنّ هذه الفكرة فضفاضة لا تصلح لتبرير النظام القانوني للعقد بصفة عامة⁵

¹ المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247 السالف ذكره.

² علي بن عبد الكريم أحمد السويلم، المرجع السابق، ص 89. بعلي محمد الصغير، العقود الإدارية المرجع السابق، ص 93.

³ د. هاني عبد الرحمان إسماعيل، المرجع السابق، ص 1182.

⁴ أ.د. نواف كنعان، المرجع السابق، ص 368.

⁵ Marcel Waline, op.cit, p 622. Cf. :- Jean-Marie Rainaud, " Le contrat administratif : Volonté des parties ou loi de service public", R.D.P. 1985, p 1193.

رابعاً : فكرة التوازن المالي للعقد

من يرى بأن فكرة التوازن المالي للعقد الإداري هي أساس النظرية و غايتها، حيث أنّ فكرة التوازن المالي تُمثل مكاناً بارزاً في النظرية العامة للعقد الإداري، وتُعتبر أمراً مفترضاً في كل عقد إداري دون حاجة للنص عليه.¹

تقدير هذا الرأي:

لم يسلم هذا الاتجاه من سهام النقد و ذلك من عدة زوايا :

أولاً: نظرية الظروف الطارئة تفترض حدوث قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب، و ليس مجرد أخلال للتوازن المالي للعقد

ثانياً: أنّ فكرة التوازن المالي ليست كافية في كل حال، لأنها تميل إلى تقديم التعويض عن الظروف الطارئة وكأنه تقرر لمصلحة المتعاقد فقط، في حين أنّ هذا التعويض هو قبل كل شيء وسيلة لضمان استمرارية المرفق العام²

ثالثاً: أنّ فكرة التوازن المالي للعقد لا يمكن أن تبرّر حق المتعاقد في طلب التعويض إذا ما تقلبت اقتصاديات العقد نهائياً و ما بقي للمتعاقد سوى طلب فسخ العقد ؛ للعقد كأساس لطلب التعويض بعد انتهاء العقد³

و من ثم لا تصلح فكرة التوازن المالي

رابعاً : أن فكرة التوازن المالي للعقد تقوم على مقابلة الحق المعترف به لجهة الإدارة في تعديل العقد الإداري تحقيقاً للمصلحة العامة في حين أنّ التعويض طبقاً لنظرية الظروف الطارئة يتم على الرغم من أنّ الضرر الذي لحق بالمتعاقد يرجع إلى سبب أجنبي عن جهة الإدارة المتعاقدة، و غالباً ما يكون حادثاً أو ظرفاً اقتصادياً (2).

¹ د. حسن محمد عواضة، المبادئ الأساسية للقانون الإداري (دراسة مقارنة)، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت، لبنان، 1997،

² André Delaubadère, Frank Moderne et Pierre Delvolvé, T.C.A.Tn, op.cit, p 609.

<< Mais l'idée du rétablissement de l'équilibre financier n'est en tout cas pas suffisante parce qu'elle tend à présenter l'indemnité d'imprévision comme instituée uniquement dans l'intérêt du cocontractant alors que cette indemnité est d'abord un moyen d'assurer la continuité du service public.

³ د. محمد السناري، المرجع السابق، ص 27.

و الملاحظ أن صاحب هذا النقد الأخير قد أخط بين سلطات و امتيازات المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعامل المتعاقد معها و بين فكرة التوازن المالي للعقد. فامتيازات الإدارة المتعاقدة معترف بها كخاصية من خصائص العقود الإدارية و المتعامل المتعاقد يعلم مسبقا مع من تعاقد وبالتالي يكون قد توقع حدوث مثل تلك التعديلات. أما فكرة التوازن المالي للعقد يشترط فيها عدم توقع الظرف الطارئ لحظة الإبرام.

و في تقديرنا، فإنّ مبدأ التوازن المالي للعقد، كونه النظرية الأم التي تفرّعت عنها كلّ من نظريات المخاطر الإدارية المخاطر الاقتصادية و الخاطر المادية، لا تصلح كأساس لحق التعويض في نظرية الظروف الطارئة دون سواها.

خامسا : فكرة استمرارية المرفق العام

يرى أنصار الفكرة بأنّ حاجات المرفق و خاصة مبدأ استمرارية المرفق العام تلعب دورا أساسيا في آلية و تطبيق نظرية عدم التوقع (الظروف الطارئة)؛ فالهدف الأساسي و الأهم في النظرية هو تأمين استمرارية المرفق العام¹

حيث يذهب الرأي الراجح في الفقه إلى إرجاع التعويض للطبيعة الذاتية للعقود الإدارية و صلتها بالمرافق العامة التي يجب أن تستمر في إساءة خدماتها بانتظام و ديمومة لاعتماد الأفراد و ترتيب حياتهم وأعمالهم عليها، فلا يعقل تعطيلها عن أداء خدماتها ممّا يؤدي إلى شل حركة الحياة في الدولة². و بذلك إذا ما طرأت ظروف غير متوقعة وترتب عليها إرهاب المتعاقد فإنّ المصلحة المتعاقدة تهبّ إلى معاونته و إلا لما سُميت كذلك بنظرية اقتسام الخسائر | Théorie de partage des | للتغلب على تلك الظروف، لأنّ النظرية ملازمة لمبدأ استمرارية المرفق العام³

كما أن فكرة الاستمرارية هي أكثر الأفكار ترديدا في قرارات مجلس الدولة الفرنسي المتعلقة بنظرية المخاطر الاقتصادية ، حيث اعتبر < أنّ نظرية الظروف الطارئة مرتبطة بأساسها: ضرورة استمرارية المرفق العام...يجب على المتعاقد الاستمرار في تنفيذ العقد مهما ناءت به الصعوبات المالية. فالظرف الطارئ ليس بالقوة القاهرة، فليس للمتعاقد التذرع به لوقف خدماته، فإن فعل يكون قد ارتكب خطأ مما يُبرّر توقيع العقوبات عليه و حرمانه من نظرية الظروف الطارئة⁴

¹د. محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص

² Abdelhamid Hachich, La théorie de l'imprévision dans les contrats administratifs Étude comparée du droit français et du droit de la R.A.U–thèse Caen, 1962, p 392.

³د. محمود حلمي المرجع السابق، ص 129

⁴د. ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 142.

مع تسليم نقاد فكرة الاستمرارية بالمكانة الأساسية التي تشغلها في نظرية العقد الإداري بصفة عامة ومع و بمكانتها البارزة فيما يتعلّق بالقواعد التي تحكم التزامات و حقوق المتعاقد الإدارة بصفة خاصة، مع إقرارهم بأنّ فكرة الاستمرارية هي التي استلهمها مجلس الدولة الفرنسي عند إقراره لنظرية الظروف الطارئة.

-إلا أنّهم يرون أنّ هذه الفكرة لا تصلح وحدها - في جميع الحالات لتأسيس حق التعويض في نطاق نظرية الظروف الطارئة، خاصة بعد التطورات التي لحقت بهذه النظرية¹

و دون التقليل من شأن هذه الفكرة و الدور الأساسي الذي تؤديه في تفسير و توضيح نظرية الظروف الطارئة و ما يترتب عليها من نتائج قانونية، إلا أنها ليست مانعا من وجود اعتبارات أخرى لمنح التعويض على أساس آخر غير فكرة الاستمرارية، ومن ثمّ خالص نقاد هذه الفكرة إلى أنّها لا تكفي لوحدها كأساس للتعويض في نظرية المخاطر الاقتصادية.²

و من ثم فهم يرون بإرجاع التعويض في حالة تطبيق نظرية الظروف الطارئة إلى أساس مزدوج، يتمثل في ضرورات سير المرافق العامة و إلى قواعد العدالة.

و لقد ردّ أنصار فكرة الاستمرارية على النقد الموجّه لهذه الفكرة، حيث يرون بأنّه لا يدحض هذا الرأى ما وُجّه إليه من نقد؛ ذلك لأنّ المتعامل المتعاقد مع الإدارة إذا علم سلفا بأنّه لن يحصل على تعويض إذا ما حدث طارئ حتى و لو استمر في تنفيذ العقد عندها سيتوقف عن التنفيذ بمجرد حدوث الظرف الطارئ إلى أن توافق الإدارة على مشاركته في تحمل عبء الظرف الطارئ.³

و مما لا شكّ فيه أنّ مثل هذا المسلك من قبل المتعامل المتعاقد يعرقل حسن سير المرفق العام بانتظام و اضطراب و العكس صحيح؛ فإذا علم المتعاقد منذ البداية بأنّ الإدارة المتعاقد معها لن تتخلّى عن مساعدته في تجاوز الظرف الطارئ عند حدوثه فإنّه سيستمر في تنفيذ العقد، ممّا يحقق مبدأ سير المرفق العام بانتظام و اضطراب.

و في تقديرنا تبقى فكرة استمرارية المرفق العام بانتظام و اضطراب هي الأساس الراجح في تقرير حق التعويض للمتعامل المتعاقد أثناء أو بعد انقضاء العقد، ذلك أنّ نظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرتين الأولى أساسية موضوعية والثانية تبعيّة شخصية. فلو لا الفكرة الأساسية الموضوعية (استمرارية سير المرفق العام رغم حدوث الظرف الطارئ) لما تبعتها الفكرة التبعيّة الشخصية (حصول المتعاقد على التعويض).

المطلب الثاني

شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة

¹في الفقه العربي علي محمد علي عبد المولى المرجع السابق، ص 512.

²محمد أبو بكر عبد المقصود، المرجع السابق، ص - د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 745.

³د. محمد السناري المرجع السابق، ص 31.

لتطبيق نظرية اقتسام الأعباء يجب أن تتوافر جملة من الشروط؛ أن يكون الحدث غير عادي و غير متوقع (المطلب الأول) أن يكون الحدث خارج عن إرادة الطرفين (المطلب الثاني) أن يحصل الطارئ بعد أثناء تنفيذها المطلب الثالث و أخيرا أن يؤدي الطارئ إلى انقلاب اقتصاديات الصفقة (المطلب الرابع).

الفرع الأول

أن يكون الحدث غير عادي و غير متوقع

كان الفقه التقليدي، عند نشأة النظرية، ينظر إلى طبيعة الحدث على أنه ظرف طارئ اقتصادي. ذلك على أساس أن نظرية الظروف الطارئة إنما قصد بها حماية المتعاقد من المخاطر الاقتصادية و هو ما يُميّزها عن نظرية فعل الأمير التي تهدف إلى حماية المتعاقد من المخاطر الإدارية و عن نظرية الصعوبات المادية التي تحمي المتعاقد من المخاطر الطبيعية.

و كان ذلك هو مذهب مجلس الدولة الفرنسي في بداياته عند إقراره للتعويض استنادا إلى نظرية المخاطر في العقود الإدارية.

إلا أنه في الوقت الحاضر - حسب جمهور الفقه الإداري و مع تزايد تدخل الدولة في المجال الاقتصادي و الصناعي و التجاري أصبح نطاق الطرف الطارئ شاسعا؛ بحيث لا يجب أن يكون بالضرورة حدثا اقتصاديا، فقد يكون حدثا طبيعيا (كالزلازل ، البركان أو الفيضان) أو حدثا سياسيا (إعلان حرب غلق ممرات مائية أو إجراء إداري صادر عن جهة إدارية أخرى غير الجهة المتعاقدة)¹

و الملاحظ على قرارات مجلس الدولة الفرنسي ذات الصلة بالموضوع، أن قضاة المجلس لم يستقروا عند أعمالهم لنظرية الظروف الطارئة على نوع معين من الظروف؛ فقد اعتمدوا في الأول على الظروف الاقتصادية (زيادة سعر الفحم) ثم على الظواهر الطبيعية و في الأخير على إجراءات السلطات العمومية²

و لما كان القضاء الإداري يتشدد في ضرورة توافر شرط عدم التوقع للطرف الطارئ، و على اعتبار كما يرى - و بحق - جانب من الفقه³ ، أن كل عقد يحمل في طياته بعض من المخاطر التي يجب أن يضعها المتعاقد في حسابه و تدخل في توقعات أطراف العلاقة العقدية؛ و جب البحث عن مفهوم الحدث الاستثنائي (الفرع الأول) و مفهوم شرط عدم التوقع (الفرع الثاني) و عن معيار عدم التوقع (الفرع الثالث) ثم عن خصائص عدم التوقع (الفرع الرابع).⁴

أولا : الحدث الاستثنائي

¹- د. محمد السناري، المرجع السابق، ص 46

²- د. سامي جمال الدين المرجع السابق، ص 366.

³- د. محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 582.

⁴أحمد بن محمد الشمري، المرجع السابق، ص

يُشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية أن يقع [حادث] أو ظرف طارئ و أن يكون من الحوادث] الاستثنائية العامة¹.

و يُقصد بالحدث الاستثنائي، ذلك الحدث النادر الحصول و الشاذ عن المألوف و الشامل لطائفة من الناس؛ كفيضان عارم أو اكتساح جراد أو انتشار وباء حيث في تنفيذ كل صفقة طويلة المدى توجد مخاطر (aléas) لكن يجب التمييز بين المخاطر العادية (aléas ordinaires) و التي يكون التعاقد قد قبلها، والمخاطر الاستثنائية (aléas extraordinaires) التي وحدها تُنشئ الظرف الطارئ؛ فالظرف الاستثنائي هو الحدث الذي تجاوز كل حساب الأطراف عند إبرام الصفقة².

ثانيا : مفهوم شرط عدم التوقع

هذا الشرط الأساسي و الجوهري الذي سُميت النظرية باسمه، يعني أنّ الحدث الذي أدى إلى قلب اقتصاديات العقد لم يتوقعه المتعاقدين لحظة إبرام العقد الحدث فالحدث غير المتوقع . حسب تعبير مفوض الحكومة Corneille في قضية Fromassol هو الذي يُخط كل الحسابات التي كان بإمكان الأطراف إجرائها وقت التعاقد و يتجاوز أقصى الحدود التي بإمكان الأطراف توقعها³

مع ملاحظة : أنّ هناك من الفقه من يستعمل مصطلح [حادث و حوادث] كذا وردت خطأ في بعض المؤلفات و الأصحّ حدث و أحداث من الفرنسية (Événement(s) et non pas Accidents)

«.....L'événement déjouant tous les calculs que les parties ont pu faire au moment du contrat et dépassant les limites extrêmes que les parties ont pu envisagé ».

و يُقصد بالحدث الاستثنائي، ذلك الحدث النادر الحصول و الشاذ عن المألوف و الشامل لطائفة من الناس؛ كفيضان عارم أو اكتساح جراد أو انتشار وباء⁴

حيث في تنفيذ كل صفقة طويلة المدى توجد مخاطر (aléas) لكن يجب التمييز بين المخاطر العادية (aléas ordinaires) و التي يكون التعاقد قد قبلها، والمخاطر الاستثنائية (aléas extraordinaires)

¹ André Delaubadère, Yves Gaudemet, Droit administratif général, op.cit, p 714. Voir

également

² Jean Rivero, Jean Waline, op.cit, p 132

³ Martine Lombard, Gilles Dumont, Droit administratif, 4ème édition, Dalloz

Paris, 2001, p 249

⁴ د. محمد السناري، المرجع السابق، ص 45 .

التي وحدها تُنشئ الظرف الطارئ؛ فالظرف الاستثنائي هو الحدث الذي تجاوز كلّ حساب الأطراف عند إبرام الصفقة.¹

ثالثاً: مفهوم شرط عدم التوقع

هذا الشرط الأساسي و الجوهرى الذي سُميت النظرية باسمه، يعني أنّ الحدث الذي أدّى إلى قلب اقتصاديات العقد لم يتوقعه المتعاقدين لحظة إبرام العقد.²

الحدث فالحدث غير المتوقع . حسب تعبير مفوض الحكومة Corneille في قضية Fromassol هو الذي يُخط كلّ الحسابات التي كان بإمكان الأطراف إجرائها وقت التعاقد و يتجاوز أقصى الحدود التي بإمكان الأطراف توقعها ...

مع ملاحظة : أنّ هناك من الفقه من يستعمل مصطلح[حادث و حوادث] كذا وردت خطأ في بعض المؤلفات و الأصحّ حدث و أحداث من الفرنسية (Événement(s) et non pas Accidents) إذ جاء فيه:

“.....L'événement déjouant tous les calculs que les parties ont pu faire au moment du contrat et dépassant les limites extrêmes que les parties ont pu envisagé ».³

كما أنّ الصيغة التقليدية للحدث غير المتوقع التي كثيراً ما ترددت في قرارات مجلس الدولة الفرنسي هي كالاتي: "الحدث غير المتوقع هو ذلك الذي لا يمكن منطقياً للمتعاقد توقعه لحظة الإبرام"⁴

و يرى جانب من الفقه (بأن درجة توقع الظرف الطارئ تتأثر بصفة المتعاقد فيما إن كان شخصاً طبيعياً أم شخصاً معنوياً ؛ فمهما أوتي الما قول الفرد من إمكانات فإن قدرته على توقع الظرف الطارئ تبقى محدودة، و ذلك بخلاف الشركة التي تملك إمكانات و خبرات تمكنها من توقع الظرف الطارئ فالشركات التجارية - مثلاً - تكون على دراية بالأزمات التي تحصل في الموائى.⁵

غير أنّ هذا الزأى في تقديرنا غير سليم ذلك أنّ المعيار الذي اعتمده القضاء الإدارى لإعمال نظرية الظروف الطارئة إنّما هو معيار موضوعى و ليس معياراً ذاتياً كما ذهب إليه صاحب هذا الاتجاه، على أنّ تبقى للقاضي سلطة تقديرية في تقرير إمكانية التوقع من عدمها بالنظر إلى الظروف السائدة يوم التعاقد

¹ - André Delaubadère, Yves Gaudemet, Droit administratif général, op.cit, p 714

² د. محمود عبد المجيد المغربي. المرجع السابق، ص 151

³ C.E 30 Mars 1916, Cie générale d'éclairage de Bordeaux, Rec.194 précité.

⁴ محمد أبو بكر عبد المقصود، المرجع السابق، ص 29.

⁵ علي محمد علي عبد المولى، في رسالته المرجع السابق، ص 268.

رابعاً : خصائص عدم التوقع

باستقراء قرارات القضاء الإداري و كذا الآراء الفقهية نستخلص بأنّ لشرط عدم التوقع جملة من الخصائص:
أولاً: من حيث المصدر : فالحدث الذي يمكن أن يوصف بأنه غير متوقع قد يكون مصدره الظواهر الطبيعية أو قد يرجع إلى التدخلات و التصرفات الإنسانية¹. و من ثم اعتبر مجلس الدولة الفرنسي بأنّ

(1) – “ L'événement imprévisible est celui qui ne pouvait raisonnablement être envisagé par le contractant au moment où il a traité.

C'est l'expression utilisée par le conseil d'État français à travers ses différents arrêts statuant en matière de la théorie de l'imprévision.

أغلبية الظواهر الطبيعية أحداث غير متوقعة متى كانت استثنائية في حدتها و مدتها(1)؛ مثل الجفاف الاستثنائي (أما الأحداث ذات المصدر الإنساني كالحروب و الأفعال التخريبية و الإرهابية فهي تخضع لظروف الحال، و تبقى سلطة بريتورية إمّا أن يُضفي أو ينفي عليها القاضي صبغة عدم التوقع.
ثانياً: من حيث الفجائية و هذا العنصر يكون أكثر وضوحاً في النوازل كارتفاع منسوب المياه في الأنهار و الأعاصير و الفيضانات المفاجئة(3)؛ حيث يُعتبر أحد الخصائص الأساسية التي تتميز بها فكرة عدم التوقع.

ثالثاً: من حيث الزمّنة كثيراً ما تردّد في قرارات مجلس الدولة الفرنسي عند عرضه لشرط عدم التوقع :
عبارة "بالنظر إلى ظروف الزّمان والمكان" Eu égard aux circonstances de temps et de lieu
عند تقديره لإمكانية عدم التّوقّع من عدمها على القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار زمان و مكان إبرام العقد.

قد جاء فيه:

...ces dommages résultent uniquement de pluies qui, tant par leur importance exceptionnelle que par leur durée, ont présenté le caractère d'un cas de force majeure...» – C.E 16 Déc. 1892, Ministre des travaux publics C/.Couderc,
Lamarre et Bènière, Rec.911 (2)–

و قد جاء فيه:

¹ .C.E 20 Janv. 1932, req. n° 8329, Demoiselles Malamaire, Concl. Routellier, Rec.79 – 1

La sécheresse de l'été 1881 qui a nécessité de la part des entrepreneurs des dépenses imprévues peut être considérée comme constituant un cas de force majeure».

ذلك لأنَّ شرط عدم التوقع في نظرية الظروف الطارئة يُقدَّر بذات الظروف التي يُقدَّر بها في حالة القوة القاهرة. و يعتبر علي محمد علي عبد المولى، في رسالته السالف ذكرها، ص 268، هذا القرار من أوائل الأحكام التي اعتبرت الظواهر الطبيعية أحداث غير متوقعة.

و قد جاء فيه:

... des pluies ou des inondations d'une gravité et d'une soudaineté exceptionnelles >>. – C.E 1r Août 1923, n° 55195 et 55196, Sieur Martignier et Sté en commodité, Rec.649.

خامسا من حيث التكرار

يتشدّد مجلس الدولة الفرنسي في التسليم بعدم توقع الحدث كلما كان هناك تكرارا أو دورية في وقوع الحدث، و أكثر القرارات وضوحا في هذا الشأن ما أقره مجلس الدولة الفرنسي في قضية¹ Ville de Royan C. Sieur Gracieux

حيث رفض المجلس منح التّعويض للمتعاقد عن الأضرار التي أصابته من جراء فيضان النهر بسبب الأمطار الغزيرة، حيث قدّر قضاة المجلس بأنّ هذه الأمطار تعادل في غزارتها و مدتها لما سبق أن حدث في ذات المكان قبل أربعة و عشرين سنة، مما أدى إلى تخلف شرط عدم التوقع.

الفرع الثاني: أن يكون الحدث خارج عن إرادة الطرفين

يشترط لإعمال نظرية الظروف الطارئة أن يكون الحدث الطارئ الذي قلب اقتصاديات العقد خارجا عن إرادة الأطراف المتعاقدة. و مستقلا فشرط الاستقلال و الخارجية يجب أن يكون على حدّ سواء عن المتعاقد الفرع الأول) و عن الإدارة المتعاقدة (الفرع الثاني).²

أولا : بالنسبة للمتعاقد المتعاقد

فاستقلاليتها عن المتعاقد المتعاقد بألا يكون متسببا في إحداثه بفعله (السلبى أو الإيجابى).

حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي بأنّ الغزارة الاستثنائية للأمطار و كذا طول فترة تساقطها تمثل إحدى حالات القوة القاهرة.

¹ علي محمد علي عبد المولى في رسالته المرجع السابق، ص 271.

² C.E 22 Fév. 1967, req. n°64329, Ville de Royan C/. Gracieux, Concl. Vught, Rec.951.

قد جاء فيه:

Les précipitations d'une importance au moins égale se sont produites dans le même lieu en 1935 soit il y a vingt quatre ans, ce qui rend l'événement non imprévisible».

يستوي في ذلك أن يكون عن عمدٍ أو إهمال أو تقصير في سبيل درئه و اتقائه¹

إنَّ المتعامل المتعاقد لا يستطيع إثارة عدم التّوقع إلا إذا كان الحدث الذي أخل باقتصديات الصفقة خارجا عن إرادته و أجنبيا عنه من هذه الناحية لا بدّ أن يكون هذا الشرط مؤكّدا و مطلقا، فهو يؤدّي إلى استبعاد عدم التّوقع في كلّ مرّة يكون فيها للمتعاقد علاقة باضطراب العقد سواء منه مباشرة أو عن إهمال في توقي هذا الحدث الطارئ².

و عليه فإنّ استقلالية إرادة المتعاقد عن إحداث الظرف الطارئ الذي أخل باقتصديات الصفقة كشرط لإعمال نظرية الظروف الطارئة، هو من البداهة، بحيث لم يثر لا جدلا و لا خلافا فقهيّا بعكس استقلالية الحدث عن إرادة الإدارة المتعاقدة.³

ثانيا : بالنسبة للإدارة المتعاقدة

بقدر ما يقر الفقه و القضاء الإداري بأنّ الظرف الطارئ يجب أن يكون أجنبيا و خارجيا بالنسبة لطرفي العلاقة العقدية، المتعامل المتعاقد والإدارة المتعاقدة معها، فاستقلاليته عن هذه الأخيرة بالأّ يكون لها ضلع في إحداثه(3)؛ بقدر ما أثار شرط الخارجية condition d'extériorité بالنسبة للإدارة المتعاقدة

جدلا فقهيّا و أسأل الكثير من الحبر بين مؤيد ومعارض لفكرة الخارجية.⁴

يشترط الفقه التقليدي⁵ لإعمال نظرية الظروف الطارئة أن يكون الحدث مستقلا تماما عن إرادة الإدارة المتعاقدة، أمّا إذا كان نتيجة لعمل الإدارة المتعاقدة أو لتقصيرها فتطبق نظرية فعل الأمير، أو نظرية المسؤولية التقصيرية إذا كان الضرر نتيجة خطأ⁶ ، إلا أنّ هذا الاتجاه لم يسلم من النّقْد.⁷

البند الثاني: الاتجاه المعارض

¹ André Delaubadère, Yves Gaudemet, droit administratif des biens, op.cit, p 417.

² Jean Rivero, Jean Waline, op.cit, p 132.

³ Pierre Laurent Frier, Jacques Petit, op.cit, p 355.

⁴ د. سعاد الشراوي، المرجع السابق، ص 527.

⁵ د. محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص 156.

⁶ أ. د. محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 94.

⁷ د. أحمد محمود جمعة المرجع السابق، ص 311.

كان الرأى الأول المؤيد لفكرة استقلالية إرادة الإدارة المتعاقدة عن إحداث الظرف الطارئ هو السائد إلى غاية صدور قراري مجلس الدولة الفرنسي خلال الأربعينيات من القرن الماضي.¹

الأول كان في قضية (3) Sté L'énergie industrielle) أمّا الثاني كان في قضية (Ministre des حيث يتعلّق القرارين بأوامر صادرة من الإدارة مانحة الالتزام إلى الملتزم بنقل أعمدة الكهرباء، و هو ما أدى إلى الزيادة في نفقات المتعاقد، و كان الأصل أن تطبق نظرية فعل الأمير لجبر الضرر الذي لحق بالملتزم بمنحه التعويض الكامل، إلا أنه تعذر تطبيق نظرية المخاطر الإدارية من وجهين:²

الأول: بناءً على لائحة الإدارة العامة الصادرة في 28 جويلية 1927.³

إذ يذكر الفقيه:

Pour que la théorie de l'imprévision s'applique il faut qu'on se trouve en présence d'un événement tout à fait indépendant de la volonté des parties contractantes, en particulier de la volonté de l'administration. Sinon, il y a fait du prince ; c'est ce qu'on appelle la distinction entre l'aléa économique et l'aléa administratif».

و قد أيده في مذهبه كل من:

– Georges Péquignot, J.C.A, ancien fascicule 511 n°445, précité. – Jacques Montmerle, "Commentaire pratique du cahier des clauses et conditions générales imposées aux entrepreneurs des travaux des ponts et chaussées », Tò, 4ème éd.1951, p 186.

الثاني: بناءً على بند وارد في دفتر الشروط لعقد التزام الطاقة الكهربائية، و الذي بمقتضاه لم يكن بإمكان الملتزم أن يطلب أي تعويض من جزاء تغيير محلّ أو تعديل المشروعات المقامة بمعرفته في

الطرق العامة، إذا كانت هذه التعديلات بناءً على طلب من السلطة المختصة لدواعي الأمن العام".⁴

و من ثم تساءل أصحاب هذا الاتجاه (1) هل من المستساغ عدم إمكانية الاستناد لنظرية الظروف الطارئة بحجة أنّ قلب اقتصاديات العقد يرجع إلى فعل الإدارة المتعاقدة؟

و الإجابة على هذا التساؤل نجدها عند الأستاذ (2) (Delaubadère) الذي يرى بأنّه " إذا كانت خسارة المتعامل المتعاقد ترجع إلى فعل الإدارة المتعاقدة فمن مصلحته أن يطلب التعويض استنادا لنظرية فعل

¹ د. مفتاح خليفة و د. محمد السلماني، المرجع السابق، ص 269.

² د. عدنان عمرو، المرجع السابق، ص 209.

³ C.E 08 Déc. 1944, Sté L'énergie industrielle, précité

⁴ د. محمود حلمي، المرجع السابق، ص 127.

الأمير لأنها الأفضل له من الناحية المالية؛ إلا أنّ هذا لا يعني عدم إثارة نظرية الظروف الطارئة في مثل هذه الحالات، بل هي الواجبة الإثارة في حالة تخلف شروط تطبيق نظرية فعل الأمير لسبب أو لآخر.

و بناءً على هذا الرأي تولدت الاتجاهات المستبعدة لإرادة الإدارة المتعاقدة في إحداث الظرف الطارئ كشرط لإعمال نظرية الظروف الطارئة، و حصرتها فقط على استبعاد إرادة المتعاقد. و بذلك ساوت بين وحدة مجال التطبيق، في كلّ من نظرية فعل الأمير و نظرية الظروف الطارئة، فيما يتعلق بالأعمال المنسوبة لجهة الإدارة.¹

حيث جاء في مؤلفه باللغة الفرنسية:

« ...La vérité est que lorsque le déficit du cocontractant est dû au fait de l'administration contractante, le contractant a tout intérêt à se placer sur le terrain de la théorie du fait du prince qui lui est favorable au point de vue du montant de l'indemnisation. Mais cela n'implique pas que la théorie de l'imprévision soit insusceptible d'être évoquée en pareils cas. C'est elle qui le serait effectivement dans les cas où, pour telle ou telle raison, la théorie du fait du prince ne pourrait pas être évoquée » Il étai ses dires par l'arrêt du C.E du 08.Déc.1944, Sté l'énergie industrielle susdit.

علماً أنّ الفقيه Jeze في تعليقه على قرار Ste L'énergie industrielle أبدى دهشته البالغة من التمسك بنظرية الظروف الطارئة في هذا المجال²

و بقي الجدل الفقهي قائماً حول الشرط المتعلق بكون الظرف الطارئ مستقلاً عن إرادة طرفي العقد بين موسعه لطرفي العلاقة العقدية و مقصره على جهة المتعاقد دون الإدارة؛ ذلك أنّ حُكمي مجلس الدولة الفرنسي اللذين استخلص منهما الأستاذ Delaubadere الاتجاه الجديد للمجلس ليسا تطبيقاً أكيداً لنظرية الظروف الطارئة حسب تقدير الأستاذ (Sablier)³.

و تبعاً لذلك ظهر اتجاه وسط

وجوب استقلالية الظرف الطارئ بالنسبة للإدارة كما هو يرى بأنّ الحال بالنسبة للمتعاقد معها ليس صحيحاً و سليماً بشكل مطلق، كما أنّ القول بأنّ الظرف الطارئ يشترط أن يكون أجنبياً على الإدارة هو أمر يؤدّي

¹ علي محمد علي عبد المولى، المرجع السابق، ص 35.

² د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 670.

³ علي محمد علي عبد المولى المرجع السابق، ص 312.

إلى تناقض بل إلى شيء من العبث. و سبب الغموض - في تقدير هذا الاتجاه الذي يحيط بهذا الشرط هو أنّ الإدارة المتعاقدة أو الإدارة بصفة عامة عندما تتخذ إجراءات تؤدّي إلى انقلاب اقتصاديات العقد فإنّ المتعاقد يمكنه أن يثير نظرية فعل الأمير التي تعتبر أفضل له.

و في تقديرنا يبقى التفسير المنطقي لما جاء في قراري مجلس الدولة الفرنسي المذكورين أعلاه، حين استبعد قضاة المجلس تطبيق نظرية فعل الأمير ؛ إنّما كان ذلك بسبب تخلف شروط تطبيقها، و طبق نظرية الظروف الطارئة على سبيل الاحتياط حفاظا على استمرارية المرفق العام.¹

فإذا كان تفسير قراري مجلس الدولة الفرنسي في قضية Sté L'énergie industrielle و من بعده في قضية .. / Ministre des travaux publics ، يُعدّ في نظر أصحاب الرأي المقصرين شروط استقلالية الطرف الطارئ عن المتعامل المتعاقد دون الإدارة المتعاقدة معه، اتجاها جديدا لاجتهاد مجلس الدولة الفرنسي، حيث يقول الفقيه

«Est-ce là une application de la théorie de l'imprévision? La négative est certaine, la situation de fait est différente. Dans la théorie de l'imprévision, il s'agit d'événements économiques d'où résulte un préjudice; ici c'est un fait de l'administration».²

بماذا يفسرون العبارات الصريحة التي جاءت في قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية مدينة d'Elbeuf الذي صدر بعد القرارين أعلاه تحديدا بعد أربعة أشهر وثلاثة عشر يوما حيث جاء فيه:

>>

عن بما أنّ اختلال عقد الالتزام لم يكن بسبب تصرفات مانح الالتزام و إنّما مرجعه إلى ظروف مستقلة . إرادة الأطراف فليس من أثره فقط أن يحول دون قبول طلب التعويض عن الأعباء غير التعاقدية بل هو كذلك شرط لقبول ذلك الطلب».³

و في تعليقه على هذا القرار تأسف الأستاذ Delabadère عن العبارات الصريحة المدرجة فيه و التي تخالف ما ذهب إليه الفقيه عند قوله بالاتجاه الجديد لمجلس الدولة الفرنسي في تقصيره شرط الاستقلالية في جهة المتعاقد دون الإدارة المتعاقدة في إحداث الطرف الطارئ.

وقد حاول مرّة أخرى أنصار الاتجاه الجديد لمجلس الدولة الفرنسي تأكيد ما ذهبوا إليه في أنّ شرط

¹ د. سعاد الشرقاوي، المرجع السابق، ص 528.

² - Bernard Sablier, " Les imprévus et les pouvoirs nouveaux de l'administration dans les marchés publics et de travaux ", Thèse, Nice, 1979, p 169

³ C.E 15 Juil. 1949, ville d'Elbeuf, Rec.358.

الاستقلالية إنما متعلّق بإرادة المتعاقد indépendant de la volonté de l'exécutant بدلا من الأطراف المتعاقدة indépendant de la volonté des parties contractantes مستدلين بما جاء في قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية 4 (Sté Leflon et Cite et Holtegen).
و تتعلّق القضية بعقد توريد أبرم مع وزارة الدفاع الفرنسية، حيث طالب المورد بتعويضه عن النفقات التي تكبدها من جراء تخفيض الفرنك الفرنسي في أوت 1969 و الذي قرّره السلطات العامة، استنادا إلى نظرية فعل الأمير.¹

حيث جاء فيه: (ترجمة حرة في المتن)

« Le fait que le bouleversement d'un contrat de concession ne serait pas imputable aux agissements du concédant et serait dû à des circonstances indépendantes de la volonté des parties non seulement n'a pas pour effet de rendre irrecevable une demande d'indemnité pour charges extracontractuelles, mais encore est la condition de recevabilité d'une telle demande» (2) – André Delaubadère, Frank Moderne, Pierre Delvolvé, T.C.A, Tí, op.cit, p 591.

حيث يذكر الفقيه:

le conseil d'État lui-même, dans une formule ...en parlant d'extériorité "aux parties malheureusement insérée dans l'arrêt du 15 juillet 1949, Ville d'Elbeuf, précité, a nettement exprimé cette même idée. ...».

و انظر كذلك:

– André Delaubadère, Frank Moderne, Pierre Delvolvé, T.C.A, TII, op.cit, p 592.

إلا أنّ طلب التّعويض رفض باعتبار المتعاقد لا يوجد في موقف مختلف عن بقية المواطنين، كما رفض كذلك التّعويض استنادا إلى نظرية الظروف الطارئة لتخلف شروطها ، بالنظر إلى أنّ النفقات الإضافية التي تكبدها المورد لم تصل إلى حدّ قلب اقتصاديات العقد، و ليس بسبب شرط استقلالية الطرف الطارئ عن الإدارة المتعاقدة.

¹ علي محمد علي عبد المولى، المرجع السابق، ص308.

فصلا في هذا الجدل نرى بأن للمتعاقد مع الإدارة أن يستفيد من نظرية الظروف الطارئة في حالتين: الأولى: إذا كان مصدر الظرف الطارئ من سلطة إدارية غير تلك المتعاقدة معه، و نشاط في ذلك رأي الفقيه (1) (Delaubadère).

الثانية: احتياطيا؛ إذا صدر الظرف الطارئ من السلطة الإدارية المتعاقدة و فشل المتعاقد المتضرر في إثبات خصوصية الضرر كشرط لتطبيق نظرية فعل الأمير ؛ على أن يبقى الأصل و هو شرط استقلالية الظرف الطارئ عن إرادة الطرفين. و ليكن كذلك؛ فما هو الوقت الذي ينشأ فيه اضطراب الصفقة؟

الفرع الثالث: أن يحصل الطارئ بعد إبرام الصفقة و أثناء تنفيذها

يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يقع الظرف الاستثنائي في الفترة ما بين إبرام الصفقة و التاريخ المحدد لإتمام تنفيذها ؛ و يكون من شأن ظهور الحدث الخارجي الطارئ أن يؤدي إلى قلب اقتصاديات الصفقة، و يسمح بالتالي الاحتجاج بإثارة تطبيق النظرية²

حيث يرى : 593 Tn, T.C.A, Pierre Delvolvé, Frank Moderne, André Delaubadère, (1) - p (op.cit)

" théorie de l'imprévision" peut l'être également lorsque le <<< Il va de soi qu'elle bouleversement provient d'un fait d'une administration autre que l'administration contractante; en pareil cas, elle constituera même le seul chef d'indemnisation que le cocontractant pourra invoquer puisque la théorie du fait du prince ne pourra pas jouer >>.

علما بأن مجلس الدولة الفرنسي، وإن كان قد حدد شروط أعمال لنظرية، في أحدث قراراته، حيث ربط استقلالية الظرف الطارئ عن المتعاقد، إلا أنه لم يهمل العوامل الأخرى المساهمة في قلب اقتصاديات الصفقة.³

هذه القاعدة بيّنة لا تحتاج إلى توضيح إلا من ناحية بعض الاستثناءات الواردة عليها:

أولا الظروف التي تطرأ قبل إبرام الصفقة

الأصل فيها عدم استحقاق المتضرر لأيّ تعويض لأنه لم يكتسب بعد صفقة المتعامل المتعاقد طبقا لنصوص المرسوم الرئاسي 15-247 لأن الصفقة لم تنشأ بعد و بالتالي لا ترتب أي أثر.

¹ C.E 02 Mars 1977, req.no 00385, Sté Leflon et Cie et Hoeltegen, Concl. Gentot, Rec.890.

² د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية، ط، منشأة، المعارف الإسكندرية، 2011 ص118

³ د. محمود حلمي، المرجع السابق ص126.

و لكن نظرا لتفرد العقود الإدارية ببعض الخصائص من جهة، و نظرا لإجراءات إبرام الصفقة العمومية و المراحل التي تمر بها من جهة أخرى، و يجب أن يوضع في الحسبان تلك الفترة الممتدة بين إيداع العروض و قبل توقيع الصفقة أو التصديق عليها، حيث يبقى المتعهد ملتزما بعرضه و لا يحق له بالرجوع فيه.¹ و من ثم إذا طرأت أحداث خلال تلك الفترة يحق للمتعهد طلب التعويض عنها لوحدة العلة، شريطة أن ترسي الصفقة عليه.²

أما إذا تراخت الإدارة عن إرساء الصفقة على أحد المتعهدين إلى ما بعد المدة المحددة؛ فإن للمتعهدين سحب عطاءاتهم، فإن رست الصفقة على أحدهم و لم يسحب عطاءه اعتبر عالما بالظرف الطارئ وقت تعاقد و ارتضى به و من ثم لا حق له في التعويض استنادا إلى نظرية الظروف الطارئة³ و هو الاجتهاد القضائي المكرس في قرارات مجلس الدولة الفرنسي حين قضى بأنه لا يمكن اعتبار التقلبات الحاصلة بين تاريخ العرض و تاريخ التصديق غير متوقعة و غير مرتقبة (لإمكانية المتعهد عطاءه قبل انعقاد العقد) مما يحرم المدعي حق الاستفادة من التعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة⁴

C.E 15 Janv. 1932, req. n° 5771, Sté des entreprises Limousin, Concl. Mazerat, Rec.64. – C.E 6/2 SSR du 17 Juin 1981, n° 07246, Commune de Papeete, Rec.814.<< à la date de la signature...les hausses de matières premières et des produits pétroliers et dérivés s'étaient déjà produites et les variations ultérieures des indices des prix étaient prévisibles...>>.

و قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية (la pomme de terre) هو الأكثر وضوحا، حيث رفض المجلس التعويض استنادا لنظرية الظروف الطارئة لتخلف شرط عدم التوقع عند تاريخ التصديق على العقد.

ثانيا : الظروف التي تطرأ بعد المدة المحددة للتنفيذ

القاعدة العامة أنه لا تعويض عن الأحداث التي تطرأ بعد نهاية الصفقة، فلا يمكن للمتعاقد أن يحصل على تعويض عن الظروف الطارئة اللاحقة لمدّة التنفيذ¹. أما إذا كان التأخير في التنفيذ سببه المتعاقد فالأصل

¹ د. سعاد الشرقاوي، المرجع السابق، ص 530.

² عباسية نور الدين، مذكرة الماجستير، المرجع السابق، ص 119.

³ د. محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص 158.

⁴ د. سعاد الشرقاوي، المرجع السابق، ص 531.

فيه في تقديرنا - كذلك عدم استحقاق التعويض بحيث يتعين عليه تحمّل وزر خطئه²، كما أنّه يتعيّن دفع التعويض الكامل للمتعاقل المتعاقد إذا كان سبب التأخير يعود إلى خطأ المصلحة المتعاقدة تأسيساً على المسؤولية العقدية بخطأ.

و أهم ما جاء فيه من وقائع:

أن الشركة المدعية كانت قد تعاقدت مع الحكومة الجزائرية (إيّا الاحتلال الفرنسي للجزائر) على توريد مادة البطاطا في الفترة الممتدة بين أوّل أبريل 1958 إلى أوّل أبريل 1959 و بسبب الأحداث التي وقعت في 13 ماي 1958 مما أدى إلى ارتفاع فاحش في الأسعار ، طالبت الشركة بتعويضها عن النفقات، غير العادية و الخارجة عن النطاق التعاقدى، التي تكبدتها جراء تلك الأحداث ؛ بيد أنّ العقد لم يُصادق عليه إلا بتاريخ 29 ماي 1958 ، و بناءً على المادة السادسة من دفتر الشروط العامة كان بإمكان الشركة العدول عن تعهدها³ بين تقديم العطاء و حتى التصديق النهائي على العقد. و كان المعيار و الفيصل الذي اعتمده مجلس الدولة الفرنسي لتحديد ما إذا كان ارتفاع الأسعار يدخل ضمن توقعات الأطراف أم لا إنّما هو تاريخ التصديق على العقد. و باعتبار ارتفاع الأسعار كان قد حدث قبل التصديق، فإنّ التغيرات اللاحقة لا يمكن اعتبارها في هذا التاريخ غير متوقعة. و عليه رفض المجلس التعويض استناداً لنظرية الظروف الطارئة.

و قد جاء فيه:

Un cocontractant ne peut << obtenir une indemnité d'imprévision s'agissant de circonstances postérieures au terme de la concession >>.

و قد جاء فيه:

Si la perte subie par l'entrepreneur est due à une faute commise par le cocontractant lui-même il n'a droit à aucune indemnité : <<...la prolongation de la durée d'exécution du marché litigieux au-delà du 1er Décembre 1947 est uniquement imputable à l'entrepreneur qui n'avait pas mis à la disposition du chantier un nombre d'ouvriers suffisant pour que les travaux fussent terminés dans le délai qui lui était imparti >>.

¹ C.E 31 Oct. 1980, req. n°10712,10740 et 10742, Ministre de l'équipement et de l'aménagement du territoire c / Sté du port de pêche de Lorient, Concl. Massot, Rec.397.

² C.E 20 Déc. 1961, S.A.R.L " La pomme de terre", Rec.731.

³ C.E 29 Avril 1949, n°89750, Ministre de la guerre C / Debosque, Rec. 191, G.A.J.A, op.cit, p 193.

عكس ما يذهب إليه الجانب الأول من الفقه الذي يرى بإمكانية إثارة نظرية الظروف الطارئة في حالة ما إذا كان الخطأ في التأخير مرجعه الإدارة المتعاقدة، لا الجانب الثاني (2) الذي يرى بأن تلتزم الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعامل المتعاقد معها عن الأضرار المترتبة على ذلك وفقاً لنظرية فعل الأمير. ذلك أن كلا الاتجاهين أغفلا بأن مسؤولية الإدارة في كلٍّ من نظرية المخاطر الإدارية و المخاطر الاقتصادية هي مسؤولية عقدية دون خطأ.

غير أن الإشكال يَوق إذا كان امتداد تنفيذ الصفقة قد تم بناءً على رضا الطرفين؟ و هل يمكن المطالبة بالتعويض حتى بعد نهاية العقد؟

هنا يجب التمييز بين التجديد و الملحق و انتهاء العقد:¹

أولاً: ففي حالة انتهاء المدة الأولى لتنفيذ الصفقة و تم تجديد العقد فإن تاريخ التجديد هو الذي يُعتد به لتقدير شرط عدم التوقع للظروف التي يواجهها المتعامل المتعاقد خلال المدة الثانية للعقد.²

ثانياً: أما في حالة إبرام الطرفين لمعلق³ فإن تاريخ إبرام هذا الملحق هو الذي يُعتد به لتقدير إمكان التوقع أو عدم إمكان التوقع للحدث اللاحق لهذا التاريخ⁴

(4) - تناول المشرع الجزائري الملحق في القسم الخامس من الفصل الرابع من الباب الأول من الأمر الرئاسي 15-247 في المواد 135 إلى 139؛ حيث تنص المادة 135 منه على:⁵

يمكن المصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق للصفقة في إطار أحكام هذا المرسوم - و هو ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر في قضية بلدية Papeete السالف ذكره، حيث رفض التعويض عن النفقات غير التعاقدية الناتجة عن ارتفاع أسعار المواد الأولية و المنتجات البترولية... باعتبار أن ارتفاع الأسعار اللاحق لتاريخ الملحق كان متوقعا.⁶

علما بأن توقع الحدث من قبل المتعامل المتعاقد لا ينفي دائماً عدم توقع الآثار التي قد يُرتبها ذات عليه يجب على القاضي عند تقديره لشرط عدم التوقع أن يأخذ في الحسبان تاريخ إبرام العقد و مدى ارتباطه بمحلّ عدم التوقع و ما إذا كان الحدث أو النتائج مترتبة عليه⁷ حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي في قضية Sté Eau et assainissement C. Ville de Paris بأنه إذا كان من الممكن في تاريخ العقد

¹ علي محمد علي عبد المولى المرجع السابق، ص 265.

² د. سعاد الشراوي، المرجع السابق، ص 531.

³ د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 674.

⁴ C.E 19 Oct. 1966, Sté " Les viviers de Saint-Malo", Rec.1020

⁵ د. محمود عبد المجيد المغربي المرجع السابق، ص 159.

⁶ د. منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 760

⁷ د. محمود عبد المجيد المغربي المرجع السابق، ص 159.

توقع احتلال مقاطعة Ruhr من قبل فرنسا و بلجيكا إلا أنّ النتائج المترتبة عن هذا الاحتلال لم يكن بالإمكان توقعها لا سيما الزيادة في أسعار المواد الأولية(2).

ثالثاً: أما بعد نهاية الصفقة يمكن كذلك الحصول على التعويض ، إنّ هذا الحال قد يُفاجئ في نظر الرّأي المؤسس نظرية الظروف الطارئة على أساس فكرة استمرارية المرفق العام، ذلك أنه إذا انتهى العقد فليس هناك مجال للسماح للمتعاقد بضمان الخدمة.¹

حيث يجيب الأساتذة M.Long/G.Braibant/P.Delvolvé/B.Genevois بأن هذه النظرة الجد سطحية تجهل الحقيقة فالتطلع إلى الحصول على تعويض يساهم في تحفيز المتعاقد على الاستمرار في تنفيذ العقد، فاستقامته يجب أن تُعوّض، حتى لا نقول تكافئ، بأثر رجعي.

لذلك نجد مجلس الدولة الفرنسي يقرر منح التعويض عن الظروف الطارئة حتى ولو جاء الطلب بعد وصول العقد لأجله.²

الفرع الرابع

أن يؤدي الظرف الطارئ إلى قلب اقتصاديات الصفقة

يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يُرتب الظرف الطارئ إرهاقا للمتعاقد حيث قدروا أن :

<< Cette vue trop simpliste, méconnaît la réalité : La perspective d'obtenir une indemnité contribue à inciter le cocontractant à poursuivre l'exécution du contrat ; ses diligences doivent

être compensées, pour ne pas dire récompensées, rétrospectivement . (ترجمة حرة في المتن).

بحيث يؤدي الحدث إلى صعوبة تنفيذ المتعاقد لالتزاماته العقدية و إلى تحمله لخسارة كبيرة غير متوقعة مما يؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد، أي قلب اقتصادياته³

و الانقلاب في اقتصاديات الصفقة هو ذلك الاضطراب الكبير في التنفيذ الذي تنشأ عنه الوضعية المعبر عنها اصطلاحاً بالوضعية غير التعاقدية (situation extracontractuelle) و تسمى فترة دوامها بالفترة غير التعاقدية période extracontractuelle بدايتها من اللحظة التي تتجاوز فيها أعباء المتعاقد

¹ . C.E 04 Nov. 1932, n°12014, Sté Eau et assainissement C./ Ville de Paris, Rec.916

² . 267. C.E sect. 12 Mars 1976, Départt. des Hautes-Pyrénées C. Sté Sofilia, .²Rec.155.prcité. Source des deux arrêts: G.A.J.A, op.cit, p 195.

³ أحمد بن محمد الشمري، المرجع السابق، ص 87.

المتعاقد أقصى حدود الزيادة التي كان يمكن توقعها، أي تجاوز السعر الجديد الناتج عن الحدث الطارئ (السعر الحدّ 3) (prix limite).¹

و تنتهي هذه الفترة عند توقف أعباء المتعامل المتعاقد عند حدّ ما فلا تزيد عليه؛ إما لأنّ الوضع الاستثنائي أصبح دائما أو لأنّ الزيادة الشديدة في الأعباء تراجعت إلى الحد الذي كان متوقعا وقت الانعقاد .

و تسمّى الأعباء التي تتولّد عن الوضعية غير التعاقدية في الفترة غير التعاقدية بالأعباء الخارجة عن العقد (charges extracontractuelles)

و من ثمّ يثار التساؤل حول مدلول الأعباء غير التعاقدية، هل يُقصد بها خسارة الاستغلال (الفرع الأول) أم تجاوز الحد الأقصى للأسعار (الفرع الثاني) أم الإخلال بالتوازن المالي للعقد (الفرع الثالث). انظر أيضا:

أولا : خسارة الاستغلال

إنّ انقاص الربح أو انعدامه أو تكبّد بعض الخسائر الطفيفة لا يكفي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة لأن كل صاحب مشروع معرّض بحكم مخاطر المهنة (Les risques du métier) للربح أو الخسارة² حيث استبعد مجلس الدولة الفرنسي تطبيق نظرية الظروف الطارئة متى كانت الخسائر طفيفة ، كما يذكر الفقه(3) بأن مجلس الدولة الفرنسي يشترط أن يكون العبء من الأهمية بما كان؛ أدناه بالتقريب يتراوح بين 5 و 10% من المبلغ الإجمالي للعقد.

و هو ما يستشفّ من أحد أحدث قراراته أين قضى بتخلّف شرط الانقلاب عندما لا تتجاوز الأعباء الإضافية 3% من المبلغ الإجمالي للصفقة.³

و عليه يُشترط في المقام الأول أن يُرتب الحدث خسارة في الاستثمار لإعمال نظرية الظروف الطارئة.

ثانيا : تجاوز الحد الأقصى للأسعار

إنّ تواجد المتعامل المتعاقد في الوضعية غير التعاقدية في الفترة غير التعاقدية يستلزم أن تكون آثارها على الصفقة قد تجاوزت ما يُسمّى بالحد الأقصى للأسعار. الحد الأقصى للأسعار هو ذلك الحدّ و الاحتمالي لارتفاع الأسعار الذي كان يمكن توقعه عند إبرام العقد

¹د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية، المرجع السابق، ص 122.

²د. محمد السناري، المرجع السابق، ص 85.

³د. سعاد الشراوي، المرجع السابق، ص 533.

<< Ainsi l'augmentation de diverses charges sociales spécifiques à La Martinique représentant une charge supplémentaire de l'ordre de 2% du montant global d'un marché ne saurait être regardée comme ayant entraîné un bouleversement économique de l'équilibre financier du marché >>¹

إذ يذكر الفقيه بأن:

« La jurisprudence exige un surcoût d'une certaine importance, dont le minimum paraît se situer approximativement entre 5 et 10% ».

- راجع كذلك : -

حيث تكون الأطراف المتعاقدة قد أخذت في الحسبان - لحظة - الإبرام الارتفاع المحتمل للأسعار الذي يمكن أن يطرأ عند تنفيذ الصفقة، و هو الأمر الوارد في ظل التقلبات الاقتصادية العالمية في الوقت الحاضر.² إلا أن تجاوز هذا الارتفاع لـ " عتبة عدم التوقع " le seuil de l'imprévision هو الذي يؤدي إلى تفعيل نظرية الظروف الطارئة، وعليه قد يخطأ من يظن بأن إدراج بنودا تعاقدية، في الصفقة أو في دفتر الشروط، تنص على تحيين أو مراجعة الأسعار (2)، قد يؤدي إلى تعطيل أعمال نظرية الظروف الطارئة.

فلا يجب أن تغفل بأن مثل تلك البنود هي شروط تعاقدية أدرجت لتحكم ظروفًا كانت متوقعة لحظة الإبرام؛ و هو ما يتنافى مع روح نظرية الظروف الطارئة التي إنما ابتكرت لتنظم الفترة غير التعاقدية؛ أين تتعطل البنود العقدية، إما لعجز و إما لقصور، لإيجاد حل للصعوبات المالية التي رتبها ظرف الطارئ. و لقد وردت عبارة الحد الأقصى للأسعار في العديد من قرارات مجلس الدولة الفرنسي (3)، حيث اعتبرها شرطاً جوهرياً لقيام نظرية الظروف الطارئة، من ذلك ما جاء في قراره الصادر في قضية بلدية Tursac عندما قضى بأن :

الارتفاع في الأسعار لم يتجاوز الحد الذي كان بإمكان الأطراف توقعه، و في هذه الظروف لا يُمنح أي تعويض عن الظروف الطارئة» (4).

¹ Christophe Guettier, Droit des contrats administratifs, Thémis Droit, P.U.F, 2008, p 426.

² علي محمد علي عبد المولى المرجع السابق، ص 390.

En ce qui concerne la détermination du prix maximum de revient ayant pu entrer dans les prévisions des parties :- Cons. que ce prix-limite est celui du prix de revient du mètre cube de gaz et du kilowatt d'électricité...>>.

و قد جاء فيه: (ترجمة حرّة في المتن)

حيث تكون الأطراف المتعاقدة قد أخذت في الحسبان - لحظة - الإبرام الارتفاع المحتمل للأسعار الذي يمكن أن يطرأ عند تنفيذ الصفقة، و هو الأمر الوارد في ظل التقلبات الاقتصادية العالمية في الوقت الحاضر.¹ إلا أن تجاوز هذا الارتفاع لـ " عتبة عدم التوقع " "le seuil de l'imprévision" هو الذي يؤدي إلى تفعيل نظرية الظروف الطارئة، وعليه قد يخطأ من يظنّ بأن إدراج بنودا تعاقدية، في الصفقة أو في دفتر الشروط، تنص على تحيين أو مراجعة الأسعار²، قد يؤدي إلى تعطيل أعمال نظرية الظروف الطارئة.

فلا يجب أن تغفل بأنّ مثل تلك البنود هي شروط تعاقدية أُدرجت لتحكم ظروفًا كانت متوقعة لحظة الإبرام؛ و هو ما يتنافى مع روح نظرية الظروف الطارئة التي إنّما ابتكرت لتنظم الفترة غير التعاقدية؛ أين تتعطل البنود العقدية، إما لعجز و إما لقصور، لإيجاد حل للصعوبات المالية التي رتبها الظرف الطارئ. و لقد وردت عبارة الحد الأقصى للأسعار في العديد من قرارات مجلس الدولة الفرنسي(3)، حيث اعتبرها شرطا جوهريا لقيام نظرية الظروف الطارئة، من ذلك ما جاء في قراره الصادر في قضية بلدية Tursac عندما قضى بأنّ :

>>الارتفاع في الأسعار لم يتجاوز الحد الذي كان بإمكان الأطراف توقعه، و في هذه الظروف لا يُمنح أي تعويض عن الظروف الطارئة»³

و يرى الأستاذ (1) Delaubadère بأن فكرة الحد الأقصى للأسعار يمكن توسيعها من سعر

التكلفة هي التي قد تعطي موارد المتعاقد، فعوضا من أن يرتفع سعر التكلفة إلى أكثر مما كان متوقعا، فإنّ الموارد تنخفض إلى أقلّ ممّا كان متوقعا : فالنتيجة بالنسبة للمتعاقد نفسها كما في حالة ارتفاع سعر التكلفة فالتوازن المالي للعقد يكون قد اختل.

¹ د. هاني عبد الرحمان اسماعيل المرجع السابق، ص 117.

² أ.د. محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 94.

³ أ.د. مصطفى أبو زيد فهمي، الإدارة العامة نشاطها و أموالها ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص94

و عليه؛ فالأعباء غير التعاقدية للصفقة المترتبة عن تجاوز الحد الأقصى للأسعار، يجب على القاضي في تقديره لهذا الأخير، أن يأخذ بعين الاعتبار كل من ارتفاع سعر التكلفة إلى أكثر مما كان متوقعا أو انخفاض إيرادات المتعاقد إلى أقل مما كان متوقعا عند إبرام الصفقة.¹

ثالثا: الإخلال بالتوازن المالي للعقد

لإعمال نظرية الظروف الطارئة يُشترط أن يصل حجم الخسائر في الاستغلال و تجاوز الحد الأقصى للأسعار إلى قلب اقتصاديات العقد.

و يُقصد بقلب اقتصاديات العقد اختلال التوازن المالي للصفقة الذي من شأنه أن يلحق بالمتعاقد خسارة ماحقة تؤدي إلى الإضرار بمركزه المالي مما يؤثر على استمراره في تنفيذ التزاماته.²

و لما كانت فكرة اقتصاديات الصفقة فكرة نسبية تقدر في كل حالة وفقا لظروف كل صفقة على حده لذلك يأخذ القضاء الإداري لقيام هذا الشرط بعدة اعتبارات:

أ/- رقم الأعمال: لتحديد نسبة الضرر التي يتحملها المتعاقد، يأخذ القاضي بعين الاعتبار الوضعية المالية للشركة، الأرباح المحققة في الماضي و المزايا المتوقعة في المستقبل، الطبيعة الهشة نوعا ما للشركة .

<< "....il résulte de l'instruction que cette hausse n'a pas dépassé les limites de celle que les parties pouvaient envisager; que, dans ces conditions, aucune indemnité d'imprévision ne saurait être allouée».³

و هو ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر في قضية Cie française des cables télégraphiques

ب /- المبالغ المالية الممنوحة للمتعاقد و التيسيرات التي يحصل عليها المتعاقد بناءً على بنود العقد عند مواجهة ظرف طارئ⁴. و هو ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في قضية مدينة Nice

¹ د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص

² André Delaubadère, Frank Moderne, Pierre Delvolvé, T.C.A, Tí, op.cit, p 596.

³ - M. Long/P. Weil/G. Braibant/P. Delvolvé/B. Genevois, G.A.J.A, op.cit, p 195

⁴ د. محمد السناري، المرجع السابق، ص 95. Pour établir la proportion du préjudice mis à la charge du 95 cocontractant, le juge tient compte de la situation financière de l'entreprise, des bénéfices réalisés dans le passé et des avantages escomptés pour l'avenir, du caractère plus ou moins précaire de l'exploitation >>. (1) - C.E 21 Avril 1944, Cae française des cables télégraphiques, précité G.A.J.A, op.cit, p 195

حيث قدّر بعدم تحقق شرط قلب اقتصاديات العقد باعتبار حصول المتعاقد على تعويض بموجب بنود العقد في حالة ارتفاع الأجر. ج- مقارنة الخسائر بشرط مراجعة الأسعار : من بين التطورات التي أُدخلت على نظرية الظروف الطارئة و التي أفرغتها جزئياً من آثارها ، هو إدراج المتعاقدين في عقودهم بنوداً لمواجهة تغيّر أو مراجعة الأسعار.

إلا أن بنود التغيّر أو المراجعة تلك، لم تجفّف نظرية الظروف الطارئة؛ إما لأنّ تلك البنود عطلت بموجب إجراء من السلطة العامة يقضي بتجميد الأجر و إما لأنها لم تشمل الأحداث التي طرأت. فوجود بند المراجعة الجزافية بسبب ارتفاع أسعار المواد، الأجر أو المصاريف العامة لا يتعارض مع منح تعويض عن الأعباء غير التعاقدية، عندما لا يُفعل هذا البند في الظروف العادية طبقاً لما ذهب إليه إرادة الطرفين.

(7) - من بين القرارات القضائية لاجتهاد القضاء الإداري في هذا الشأن:

حيث قضى فيها مجلس الدولة الفرنسي بأن: 67. C.E 02 Fév.1951, Secrétaire d'État à la
- défense, Rec

الأنشطة التي يبدو أنّها مرتبطة بالنشاط الأساسي لموضوع العقد و التي تعتبر توابيع أو ملحقات أو فروع ضرورية للالتزام الأصلي في العقد الأساسي¹

فإذا حقق خسارة في أحد العقود و أرباحاً في عقود أخرى ملحقة، فإنّه يُنظر إلى مجموعة العقود على أنّها اتفاق واحد ؛ و يُشترط أن يكون قلب اقتصاديات العقد قد حدث في العقد و العقود الملحقة به كوحدة واحدة دون تجزئة مختلف النشاطات التي يشملها ، كأن تشمل الصفقة جملة من الأشغال العامة بالإضافة إلى إدارة مرافق عامة عن طريق الالتزام²

هـ - استبعاد الأنشطة غير المرتبطة بالصفقة، و هو ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر في قضية (5) Société Sofilia).

و استبعاد الأرباح السابقة و الأرباح الاحتمالية اللاحقة للطرف الطارئ:

لأن مفهوم الخسارة الفادحة يُقدّر من قبل القاضي بالنظر إلى مجموع الظروف المسببة له؛ فكون الشركة استطاعت توزيع الأرباح على المساهمين لا يستبعد بالضرورة منح تعويض استناداً إلى نظرية الظروف الطارئة، لأنّ الأرباح قد تكون أخذت من الاحتياطات المُكوّنة في السنوات المربحة السابقة لفترة عدم التوقع(6).

¹ علي محمد علي عبد المولى المرجع السابق، ص 398. - د.سعاد الشراقوي، المرجع السابق، ص 534.

² C.E 01 Juil. 1949, Établissement Violla, Rec.318. Le contrat avait pour objet l'exécution de plusieurs travaux publics.

L'existence d'une clause de révision du forfait en raison de la hausse des matériaux, des salaires et des frais généraux ne s'oppose pas à l'allocation d'une indemnité pour charges extracontractuelles lorsqu'en fait cette clause, n'a pas joué dans des conditions normales conformément à la commune intention des parties >>.

حيث يذكر : 598 Tn, T.C.A, Pierre Delvolvé, Frank Moderne, André Delaubadère, (3 - p, op.cit)

« ...Si le contrat couvre plusieurs objets, la pluralité des seconds n'empêche pas l'unité du premier il faut donc tenir compte des résultats d'ensemble du contrat, sans faire le partage entre les différentes activités qu'il couvre

و هو ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر في قضية 1 (ville d'Avignon): و تتلخص وقائعه في أنّ شركة التزام توزيع الغاز لم تتوقف عن توزيع الأرباح على المساهمين فيها و في ذات الوقت رفعت دعوى ضد مدينة Avignon مطالبة بتعويضها عن الاختلال الذي أصاب العقد الذي أبرمته . مع المدينة.

احتجت مدينة Avignon في دفاعها بعدم أحقية الشركة المدعية الحصول على أي تعويض طالما أنّها استمرت في توزيع الأرباح على المساهمين فيها أثناء الفترات التي تطالب فيها بالتعويض.

غير أنّ مجلس الدولة الفرنسي أقر صراحة بأنّ توزيع الأرباح على المساهمين لا يستبعد بالضرورة بأنّ الشركة لم تتحمل خلال تلك الفترة أعباء غير تعاقدية، من شأنها أن تبرّر منحها تعويضا إعمالا لنظرية الظروف الطارئة.

خلاصة

إنَّ الوضعية غير التعاقدية التي تتولّد عن ظروف استثنائية غير متوقعة في تاريخ إبرام الصفقة و الخارجة عن إرادة طرفي العلاقة العقدية، و التي من شأنها أن تقلب اقتصاديات الصفقة و تؤدّي إلى إنتقال كاهل المتعامل المتعاقد، تستوجب البحث عن حل استثنائي محله تعويض المتعامل المتعاقد عن الضرر الذي لحقه طيلة الفترة غير التعاقدية.

هذا الحل الاستثنائي ابتكره مجلس الدولة الفرنسي من خلال قراره الشهير، الذي اعتبره الفقه الإداري دستور نظرية الظروف الطارئة، في قضية *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*. حيث جاء هذا الحلّ الاستثنائي استجابة لضرورة استمرارية المرفق العام، مبرّرا كيفية معالجة وضع غير تعاقدية حفاظا على التوازن المالي للعقد.

الفصل الثاني

الطابع الاستثنائي الغير العادي في
الصفات العمومية

تمهيد :

تعتبر سلطة المصلحة المتعاقدة في فسخ الصفقة العمومية من أهم مظاهر السلطة العامة المقررة لها في مجال تنفيذ الصفقات العمومية تمارسها بإرادتها المنفردة و دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء، لذلك يعد الفسخ من أخطر الامتيازات المقررة للمصلحة المتعاقدة على عقود الصفقات العمومية إجمالاً، لأنه يهدف إلى إنهاء الرابطة التعاقدية بينها وبين المتعامل المتعاقد، الأمر الذي يؤثر سلباً على تنفيذ مضمون العقد، خاصة و أنه يتضمن إشباع حاجة عامة للمواطنين.

و نظراً لخطورة إجراء فسخ الصفقة العمومية على عملية إشباع الحاجات العامة، كان من الضروري إخضاع عملية الفسخ لإجراءات قانونية مميزة.

و على ذلك أورد المشرع الجزائري أحكام خاصة بالفسخ بموجب قانون الصفقات العمومية¹ من خلال المواد المدرجة في القسم العاشر من الفصل الرابع منه المتعلق بتنفيذ الصفقات العمومية و الأحكام التعاقدية ، بحيث نجده منح للمصلحة المتعاقدة سلطة فسخ العقد بإرادتها المنفردة في حال تقصير المتعامل المتعاقد في أداء التزاماته التعاقدية، أو بالاتفاق معه في حالة وجود ظروف مبررة، كما أتاح لها سلطة إنهاء العقد من جانب واحد هذا حتى في حالة عدم ارتكاب المتعامل المتعاقد لأي خطأ تعاقدي، يكفي فقط أن يكون اللجوء إلى هذا الإجراء مبرراً بسبب المصلحة العامة.

و بهذا سوف نتطرق في هذا الفصل إلى سلطة الفسخ في عملية تنفيذ الصفقة العمومية، وذلك عن طريق شرح صور الفسخ وبيان شروطها وأثارها والتي تتمثل أساساً في صورتين وهما الفسخ الجزائي، والفسخ التقديري أو الإداري.

¹أنظر المواد من 149 إلى 152 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المرجع السابق.

المبحث الأول

الخطر وفق نظرية التقدير غير متوقعة

يعتبر الفسخ الجزائي في مجال الصفقات العمومية أخطر أنواع الجزاءات التي يمكن أن تلجأ إليها المصلحة المتعاقدة في توقيعها على المتعامل المتعاقد الذي أخل بالتزاماته اتجاه المصلحة المتعاقدة، و يمكن لهذه الأخيرة أن توقع جزاء الفسخ بإرادتها المنفردة و يؤدي هذا الفسخ إلى إنهاء الرابطة التعاقدية بينهما نتيجة الأخطاء التي ارتكبتها المتعامل المتعاقد التي تحول دون التنفيذ الجيد للصفقة العمومية¹ -

و يعتبر الفسخ الجزائي من أشد الجزاءات التي تمتلك الإدارة الحق في توقيعها في حالة المتعاقد لم يعد قادرا على الوفاء بالالتزامات التعاقدية على النحو المرغوب فيه لضمان حسن سير المرفق العام.

المطلب الأول

أحكام الفسخ الجزائي.

تتدرج الجزاءات الموقعة على المتعامل المتعاقد المقصر في أداء التزاماته حسب درجة الخطأ الذي يرتكبه، إذ يعد الفسخ أخطر الجزاءات التي يمكن أن توقعها الإدارة، يترتب عليه وضع نهاية للعقد والمفترض في هذا الجزاء وقوع خطأ جسيم من المتعاقد والمتمثل من إخلاله بالتزام تعاقدية أو قانوني، والإدارة وحدها تملك تقدير جسامة هذا الإخلال، ولها توقيع جزاء الفسخ تحت رقابة القضاء.

هذا ونجد أن المادة 149 من تنظيم الصفقات العمومية نصت على أنه "إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعدار ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد، وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعدار المنصوص عليه أعلاه، فإن المصلحة

المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد ، و يمكنها كذلك القيام بفسخ جزئي للصفقة.

ويمكننا تعريف الفسخ الجزائي بأنه جزاء تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة عندما يثبت لها بصورة قاطعة عجز أو عدم مقدرة المتعاقد على تنفيذ الالتزامات محل التعاقد بصورة مرضية، منها عدم مراعاة تنفيذ العمال أو عدم تسليم التوريدات في المواعيد المقررة تنتهي بمقتضاه الرابطة التعاقدية بين المصلحة المتعاقدة وبين المتعاقد معها .²

¹ أعمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الثالثة جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص216. 2 - أنظر المادة 149 من المرسوم الرئاسي 15/247، المرجع السابق.

² ربيعة سبكي، سلطات المصلحة المتعاقدة تجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، قانون عام كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو، 2013، ص140

الفرع الأول

شروط الفسخ الجزائي.

رغم ما تتميز به المصلحة المتعاقدة من سلطة واسعة تخولها إنهاء عقد الصفقة العمومية من طرف واحد متى قدرت أن المصلحة العامة تستدعي ذلك غير أنها ملزمة بمجموعة من الشروط الواجب احترامها ليكون هذا الإجراء مشروع.

أولا : وقوع خطأ جسيم من المتعامل المتعاقد.

ليس كل تقصير صادر من المتعامل المتعاقد يعتبر مبررًا لممارسة سلطة الفسخ الجزائي من قبل المصلحة المتعاقدة، بل لا بد أن يكون الخطأ المرتكب من طرف المتعامل المتعاقد له درجة معينة من الجسام. ويعرف الخطأ الجسيم بأنه كل إخلال صادر عن المتعامل المتعاقد بالالتزام التعاقدية أو قانوني جوهري، ويعتبر شرط جسامته الخطأ ضروري من أجل التقليل من تعسف الإدارة والحد من توقيع جزاء الفسخ عن الأخطاء البسيطة التي لا تتناسب مع الخطأ المرتكب من قبل المتعامل¹ -

المتعاقد ويفترض في الخطأ الجسيم سوء النية أو الإهمال وعدم التبصر الذي يبلغ من الجسامته حدًا يجعل له أهمية خاصة.

والمشروع الجزائري في نص المادة 149 من تنظيم الصفقات العمومية، وبالرغم من أهمية شرط ارتكاب المتعامل المتعاقد لخطأ جسيم لتوقيع جزاء الفسخ عليه، إلا أنه لم يشترط درجة الجسامته للخطأ المرتكب ، وهذا من شأنه أن يسمح للإدارة المتعاقدة اعتبار أي خطأ يرتكبه المتعامل المتعاقد مبررًا لفسخ الصفقة تعسفاً. حيث نجد أن دفتر الشروط الإدارية العامة المتعلقة بصفقات الأشغال العامة يتضمن العديد الأخطاء الجسيمة التي تعرض المقاول لجزاء الفسخ.²

فقد أشار دفتر الشروط الإدارية العامة إلى العديد من الأخطاء التي يرتكبها المقاول و التي تعتبر من قبيل ال³-أخطاء التي تبرر الفسخ، المتمثلة في عدم مباشرة المقاول للأشغال محل التعاقد في الأجل المحددة في أوامر المصلحة الصادرة عن مهندس الدائرة أو المهندس المعماري، عدم التزام المقاول بالتقيد الدقيق بأوامر المصلحة و رفض المقاول للتغييرات المفروضة عليه من خلال العمل بموجب أمر صادر إليه عن مهندس

¹ محمد سليمان الطماوي ، المرجع السابق، ص545.

² محمد الصادق قابسي . ، سلطة المصلحة المتعاقدة في الفسخ الجزائي للصفقة العمومية ، مجلة العلوم الاجتماعية

والإنسانية، جامعة العربي التبسي، تبسة الجزائر، المجلد 9 العدد 2 ، العدد 16 ديسمبر 2018 ، (ص434-ص453)،

³ سهام بن دعاس ، أحكام فسخ الصفقة العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 247115 ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و

السياسية، المجلد 57 ، العدد 05، 2020 ، ص 313.

الدائرة أو المهندس المعماري، وقوع أعمال التدليس المخالفات المتكررة من جانب المقاول لشروط الشغل، أو التقصير الخطير من جانبه في الالتزامات المتعاقد عليها¹.

ثانيا : الإعذار.

أكد المشروع الجزائري من خلال نص المادة 1149 من المرسوم الرئاسي 15/247 على ضرورة إعذار المتعامل المتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ وبالتالي يتم تنبيهه بالأخطاء المرتكبة من طرفه والجزاء الذي سيوقع عليه إذا لم يتداركها ، ويعد هذا الإعذار ضمانا في مواجهة تعسف المصلحة المتعاقدة في استعمال سلطتها في فسخ الصفقة.²

و يعتبر الإعذار إجراء تمهيدي جوهري سابق لتطبيق الفسخ الجزائي فالمصلحة المتعاقدة قبل ممارستها لسلطة الفسخ وجب عليها إعذار المتعامل المتعاقد، كما يعتبر الفسخ الغير مسبوق بهذا الإجراء، معيبا ويعفي المتعامل المتعاقد من نتائجه، لأن الإعذار يعد بمثابة فرصة ثانية للمتعامل المتعاقد لتدارك تقصيره و تنفيذ التزاماته التعاقدية.³

ونظرا لخطورة جزاء الفسخ و ما يترتب عليه من آثار، فالرأي في فرنسا فقها و قضاء هو وجوب قيام الإدارة بإعذار المتعاقد معها ، و إعطائه مهلة كافية قبل توقيع هذا الجزاء، إلا إذا نص العقد أو القانون على الإعفاء من هذا الإعذار ، أما في مصر فإن قضاء مجلس الدولة لا يلزم جهة الإدارة بأعذار المتعاقد معها قبل توقيع جزاء الفسخ إلا إذا نص العقد أو دفتر الشروط أو القانون على وجوب الإعذار⁴

و هذا ما أكده القضاء الإداري الجزائري من خلال أحكام قضائية كثيرة أشارت على ضرورة الإعذار المسبق للمتعامل المتعاقد قبل توقيع جزاء الفسخ، من ذلك القرار الصادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا بتاريخ 1990\07\28 بخصوص قضية (توهامي الطاهر ضد والي ولاية عنابة) و الذي جاء في مضمونه " أن الإدارة لم توجه إنذار للمتعامل معها قبل توقيع جزاء الفسخ، لاسيما و أن المادة 6 و المادة 35 من العقد تقتضيان ضرورة الإعذار المسبق قبل توقيع جزاء الفسخ، كما أن نص المادة 102 من المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في

1982\04\ المتضمن تنظيم الصفقات العمومية يقضي صراحة ضرورة الإعذار المسبق للمتعامل قبل توقيع هذا الجزاء " 1 .

¹ص444. 2- لطيفة جرار ، المرجع السابق، ص19.

² أنظر المادة 149 من المرسوم الرئاسي 15/247، المرجع السابق.

³ محمد عاطف المنبا، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، 2007، ص272.

⁴ محمد الصادق قبسي المرجع السابق، ص144.

و بالرجوع إلى القرار الصادر عن وزير المالية بتاريخ 28\03\2011 نجهه يحدد البيانات التي يجب أن يتضمنها الإعذار و أجل نشره، حيث نصت المادة 2 منه على أن الفسخ لا يتم من جانب المصلحة المتعاقدة إلا بعد توجيه إعدارين للمتعاقد المتعاقذ العاجز. كما ألزمت المادة 3 من القرار المذكور أعلاه على أن يتضمن الإعذار بيانات محددة تذكر بكل وضوح و دون غموض.

يجب أن يتضمن الإعذار الذي توجهه المصلحة المتعاقدة إلى¹

المتعامل المتعاقد البيانات الآتية:

تعيين المصلحة المتعاقدة و عنوانها.²

- تعيين المتعامل المتعاقد و عنوانه.

- التعيين الدقيق للصفقة و مراجعتها.

- توضيح أن كان أول أو ثاني إعدار عند الاقتضاء

موضوع الإعذار.

- الأجل الممنوح لتنفيذ موضوع الإعذار.

- العقوبات المنصوص عليها في حالة رفض التنفيذ.³

أما بالنسبة لشكل الإعذار فقد بينته المادة 4 من القرار السابق الذكر بأنه يكون في رسالة عليها ترسل إلى المتعامل المتعاقد مع إشعار بالاستلام ونشره وجوبا في النشرة الرسمية

موصى

لصفقات المتعامل العمومي.

الفرع الثاني: آثار الفسخ الجزائي

لا يتم فسخ الصفقة العمومية بمجرد إخلال المتعامل المتعاقد المقصر بمجرد إخلاله بالتزاماته التعاقدية و إنما يتم ذلك بعد تلقيه إعدارين قانونين و منحه مدة كافية لتدارك تقصيره و إصلاح أخطائه و في حال رفض تنفيذ موضوع الإعذار ، جاز للمصلحة المتعاقدة فسخ الصفقة العمومية المبرمة بينهما من جانب واحد

¹سهام بن دعاس، المرجع السابق، ص 315.

²عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، الجسور للنشر و التوزيع، الجزائر ، 2019، ص 306

³ جوادي شيماء، نهاية الصفقة العمومية ، مذكرة لنيل شهادة ماستر أكاديمي ، حقوق ، تخصص قانون إدارة ، كلية الحقوق

و العلوم السياسية ، جامعة مسيلة ، 2020 - 2021 ، ص 306

و بعد تبليغه للمتعاقد المقصر، ويرتب آثاراً في مواجهة كلا طرفيها ، تختلف حسب نوع الصفقة التي كانت تجمعهما و تتمثل هذه الآثار

أولاً: إنهاء الرابطة التعاقدية بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد.

جزاء الفسخ من الجزاءات المنهية للرابطة التعاقدية، فبمجرد صدور قرار الفسخ تنقطع العلاقة التعاقدية بين طرفي الصفقة و تنتهي الرابطة التعاقدية بينهما بالنسبة للمستقبل و بالتالي يتوقف المتعامل المتعاقد عن أداء و تنفيذ الالتزامات التعاقدية الواردة في عقد الصفقة التي شملها الفسخ و ذلك من تاريخ الإعلان عن قرار الفسخ للمتعاقد، أو ابتداء من تاريخ المحدد في قرار الفسخ، و هو ما يكون من أثره عدم الاعتداد بالأعمال التي ينفذها المتعامل بعد هذا التاريخ.¹

تجدر الإشارة إلى أن الفسخ في النظرية العامة للعقود الإدارية يشمل كل أجزاء العقد الذي كان الطرفين، أي أن يكون كلياً لا جزئياً، إذ لا يمكن للإدارة أن تفسخ الجزء الذي لا يحقق يجمع كما نفعاً و تبقي على الجزء الذي يحققه لها في حين أن المشروع الجزائري قد خالف هذه القاعدة و اعترف بالفسخ الجزئي لعقد الصفقة كما هو مبين من نص م 149. 21

ثانياً : تحميل المتعامل المتعاقد جزء الفسخ:

جاء في المادة 152 الفقرة الرابعة من مرسوم الرئاسي رقم 2247\15 أنه " لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة التعاقدية بفسخ الصفقة العمومية عند تطبيقها البنود التعاقدية للضمان، و المتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها، و زيادة على ذلك يتحمل هذا الأخير التكاليف الإضافية التي تتجم عن الصفقة الجديد"، من خلال نص هذه المادة يترتب على الفسخ الجزئي للصفقة تحمل المتعامل المتعاقد تبعات هذا الجزء الخطير ، و منها نشوء حق المصلحة المتعاقدة في طلب التعويض اللازم لجبر الضرر اللاحق بها حتى صدور قرار الفسخ، كما يحق لها مصادرة التأمين المالي المقرر في الصفقة التي كانت تجمعها ، و كذا كفالة حسن التنفيذ التي سبق للمتعامل المتعاقد تقديمها، علماً أن القرار الذي تتخذه المصلحة المتعاقدة في هذا الصدد نهائي لا يقبل الاعتراض من قبل المتعامل المتعاقد³ كما يتحمل المتعامل المتعاقد الذي صدر في حقه قرار الفسخ المسؤولية و التكاليف الإضافية التي تتجم عن الصفقة الجديدة التي تبرمها المصلحة المتعاقدة بعد اتخاذ قرار الفسخ من أجل تنفيذ التزامات الصفقة التي شملها الفسخ ، بحيث يتحمل كافة النفقات التي تنتج عن إبرام عقد جديد مع الغير.⁴

¹ سهام بن دعاس، المرجع السابق، ص316.

² سهام بن دعاس، المرجع السابق ، ص317.

³ أنظر المادة 149 من المرسوم الرئاسي 15/247، المرجع السابق.

⁴ أنظر المادة 152، المرجع نفسه .

كما نفعاً و تبقى على الجزء الذي يحققه لها في حين أن المشروع الجزائري قد خالف هذه¹ القاعدة واعترف بالفسخ الجزئي لعقد الصفقة كما هو مبين من نص م 149.

ثانيا : تحميل المتعامل المتعاقد جزاء الفسخ:

جاء في المادة 152 الفقرة الرابعة من مرسوم الرئاسي رقم 2247\15 أنه " لا يمكن الاعتراض على قرار المصلحة التعاقدية بفسخ الصفقة العمومية عند تطبيقها البنود التعاقدية للضمان، و المتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها، و زيادة على ذلك يتحمل هذا الأخير التكاليف الإضافية التي تتجم عن الصفقة الجديد"، من خلال نص هذه المادة يترتب على الفسخ الجزئي للصفقة تحمل المتعامل المتعاقد تبعات هذا الجزاء الخطير ، و منها نشوء حق المصلحة المتعاقدة في طلب التعويض اللازم لجبر الضرر اللاحق بها حتى صدور قرار الفسخ، كما يحق لها مصادرة التأمين المالي المقرر في الصفقة التي كانت تجمعها ، و كذا كفالة حسن التنفيذ التي سبق للمتعامل المتعاقد تقديمها، علماً أن القرار الذي تتخذه المصلحة المتعاقدة في هذا الصدد نهائي لا يقبل الاعتراض من قبل المتعامل المتعاقد²

كما يتحمل المتعامل المتعاقد الذي صدر في حقه قرار الفسخ المسؤولية و التكاليف الإضافية التي تتجم عن الصفقة الجديدة التي تبرمها المصلحة المتعاقدة³ بعد اتخاذ قرار الفسخ من أجل تنفيذ التزامات الصفقة التي شملها الفسخ ، بحيث يتحمل كافة النفقات التي تنتج عن إبرام عقد جديد مع الغير.⁴

الصفقة، و من الطبيعي أن يستند رافع الدعوى (إدارة أو متعامل متعاقد) لسبب جدي يوجب الفسخ القضائي و يبرر استجابة القاضي الإداري لموضوع الدعوى.

ثانيا : حالات الفسخ القضائي.

يمكن لأي من طرفي الصفقة العمومية رفع دعوى أمام القضاء الإداري للمطالبة بفسخ الرابطة التعاقدية في حال الإخلال بالالتزامات،² مع العلم أن المصلحة المتعاقدة بإمكانها فسخ الصفقة دون اللجوء للقضاء و ذلك عن طريق إصدار قرار إداري يقضي بفسخ الرابطة التعاقدية و تبقى سلطتها بالفسخ قائمة حتى و لو كانت هذه السلطة غير منصوص عليها في العقد لكنها تمارس تحت رقابة القاضي الإداري و الذي يحكم بالتعويض المالي إذا تعسفت الإدارة في استعمال هذا الحق.⁵

¹سهام بن دعاس، المرجع السابق ، ص317.

²أنظر المادة 149 من المرسوم الرئاسي 15/247، المرجع السابق.

³محمد عاطف البناء، المرجع السابق ، 2007، ص 273.

⁴أنظر المادة 152، المرجع نفسه .

⁵طاهري حسين القانون الإداري و المؤسسات الإدارية، ط1، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، 2007، ص122.

1. الفسخ القضائي على أساس خطأ المصلحة المتعاقدة.

وتتمثل حالات الفسخ على أساس خطأ المصلحة المتعاقدة إلى كل من حالة الإخلال بالالتزامات التعاقدية والفسخ مقابل حق الإدارة في تعديل الصفقة وسوف يتم التطرق إلى كل حالة على حدة.¹

أ. الفسخ للإخلال بالالتزامات التعاقدية.

للمتعامل المتعاقد مع الإدارة الحق في اللجوء على القضاء الإداري للحصول على حكم قضائي يقضي بفسخ الصفقة العمومية إذا أخلت الإدارة بالالتزامات إخلالا جسيما، وهي تختلف باختلاف طبيعتها فهناك الالتزامات المالية كإخلالها بأداء المقابل المادي، أو الإخلال بالالتزامات بتمكين المتعاقد معها من البدء في التنفيذ، إذ يترتب عليه فسخ الصفقة إذا كان الإخلال جسيما، إضافة إلى التعويض عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب.

ب. الفسخ في مقابل حق الإدارة في تعديل الصفقة العمومية

تعد سلطة التعديل أهم مظاهر التي تميز العقد الإداري عن غيره من عقود القانون الخاص، فإذا كان أطراف العقد المدني لا يتمتع أي منهما بسلطة انفرادية إتجاه الطرف الآخر، كما يمكنه تعديل أحكام العقد بإرادة واحدة وإلزام الطرف الآخر بهذا التعديل، فإن العقد الإداري و خلافا للقواعد المعمول بها في مجال القانون الخاص يمكن للمصلحة المتعاقدة تعديله بإرادتها المنفردة.

و لما كانت الإدارة تمثل جهة الطرف الذي يسعى إلى تحقيق المصلحة العامة، وجب أن تتمتع بامتيازات تجاه المتعاقد معها ، تمثل في أحقيتها في تعديل العقد بإرادتها المنفردة دون أن يكون للمتعاقد معها حق الاحتجاج أو الاعتراض طالما كان التعديل ضمن الإطار العام للصفقة و استوجبته المصلحة العامة، و سلطة الإدارة في التعديل ليست مطلقة بل تمارس ضمن إطار²

محدود و ضوابط دقيقة تتمثل في:

1. ألا يتعدى التعديل موضوع العقد.

العقد و لا يجوز للمصلحة المتعاقدة أن تتخذ من سلطة التعديل ذريعة لتغيير موضوع إرهاب الطرف المتعاقد معها ، و إلا كنا أمام عقد جديد، لأن المتعامل الاقتصادي قبل التعاقد و الالتزام بتنفيذ مضمون العقد في

¹ أعمار بوضياف الصفقات العمومية في الجزائر ، ط1، جسر للنشر و التوزيع، الجزائر، 2007، ص236. 2- محمد

الصغير بلعي المرجع السابق، ص104.

² حورية بن أحمد، سلطات القاضي الإداري في فسخ الصفقات العمومية، مجلة القانون و العلوم السياسية، العدد 04، جوان 2016، 467.

أجال محددة، يجب التأكد من قدراته المالية و الفنية أن يكون التعديل من حيث المدى و الأثر نسبيا حتى لا يؤثر على العقد الأصلي.¹

. أن يكون للتعديل أسباب موضوعية.

هناك عوامل تدفع الإدارة للتعديل ذلك بهدف ضمان حسن سير المرافق العامة و

تلبية الخدمة العامة للجمهور على أحسن وجه، لأن الإدارة تتعاقد في ظل ظروف معينة قد تتغير بعد توقيع العقد خاصة في الصفقات العمومية التي تأخذ زمنا طويلا في تنفيذها كعقد الأشغال أو التوريد، فإذا تغيرت الظروف ووجب الاعتراف للإدارة بحق تعديل العقد بما يتماشى و الظروف الجديدة ومراعاة العقد الأصلي.

تجدر الإشارة إلا أن سلطة التعديل لم يسلم بها جميع الفقهاء القانون الإداري، فهناك الرأي

المنكر والرأي المؤيد الذي حصرها في نوع من العقود كعقد الأشغال العامة.

و بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 247\15 و تحديدا من المواد 135 إلى 139 وردت تحت عنوان الملحق، و نصت المادة 135 على إمكانية المصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق للصفقة في إطار أحكام هذا المرسوم كما نصت م 136 من المرسوم الرئاسي 247\15 "يشكل الملحق، وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، و يبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليصها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة".¹

||- الفسخ القضائي بدون خطأ المصلحة المتعاقدة:

قد يلجأ المتعامل المتعاقد إلى القاضي الإداري من أجل فسخ الرابطة التعاقدية الإدارية،² و لكن ليس على أساس الخطأ الصادر عن المصلحة المتعاقدة و إنما بدون خطأ، بمعنى ظهور ظروف جديدة تؤدي إلى استحالة الاستمرار في تنفيذ الصفقة العمومية، و أبرز هذه الحالات القوة القاهرة.

أ. الفسخ القضائي بسبب القوة القاهرة.

هي حادث مفاجئ خارجي لا دخل للمتعامل المتعاقد و الإدارة فيه و يستحيل دفعه، يؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد استحالة مطلقة يترتب عليها إعفاء المتعامل المتعاقد من التنفيذ دون توقيع عليه أي عقوبة أو غرامة من تأخير ، و هذه الحالة تتيح للمتعامل المتعاقد اللجوء إلى القضاة الإداري لطلب فسخ العقد .³

¹ أعمار بوضياف الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق، ص146.

² أنظر المادة 136 من المرسوم الرئاسي 247\15، المرجع السابق.

³ مونية جليل، التنظيم الجديد للصفقات العمومية وفقا للمرسوم الرئاسي 247\15 ، موقع للنشر ، الجزائر، 2018، ص182.

تعرف القوة القاهرة بأنها حادث مستقل عن إرادة الأطراف المتعاقد وغير ممكن توقعه، وهو يحول بصورة مطلقة دون تنفيذ الالتزامات التعاقدية، استناداً لهذا التعريف تستنتج العناصر الأساسية المكونة لهذه النظرية وهي:¹

1. الحادث الأجنبي الخارجي: (l'exteriorite) بحيث يكون خارج ومستقل عن إرادة

عدم إمكانية التوقع أو حادث غير مترقب (l'imprévisibilité): يجب أن تكون بعيدة عن كل الظروف و الحوادث التي من شأنها أن تساهم في حدوثها، إذ أكد مجلس الدولة الفرنسي في العديد من أحكامه أن الحادث غير المترقب أو غير المتوقع هو ذلك الحادث الذي لا يمكن للمتعاقد الاقتصادي أن يواجه أثناء إبرام الصفقة أو تنفيذها، و اعتبر قرار المجلس أن الحرب أو قيام إضراب أو صدور تشريع اجتماعي جديد، لا يمكن أن تعتبر جميعها بحادث غير متوقع عندما ما يثبت الواقع أنه في زمن العقد كانت الظروف مضطربة و يمكن توقع صدور مثل هذه الحوادث.²

3. لا يمكن دفع الحادث : عدم إمكانية صدده من قبل المتعاقد ومانعا جذريا من تنفيذ الالتزامات التعاقدية، بحيث تكون الاستحالة مطلقة وهذا ما يجعل سلطة القاضي الإداري شديدة التضييق من تقدير وجود القوة القاهرة التي تميز بين نوعين:

القوة القاهرة لا يمكن التغلب عليها ، و بالتالي تؤدي إلى عدم التنفيذ.

و القوة القاهرة التي يسهل تجاوزها و لكن من شأنها أن تقلب التوازن المالي للعقد نهائيا، هذا ما يؤدي إلى فسخ العقد قضائيا، لكن القاضي الإداري قد يتأخر في لفظ كلمة الفسخ

الفصل الثاني بانتظار أن يستكمل تدخله بمحاولة دعوة الأطراف المتعاقدة إلى ترميم الصفقة للمصالحة من أجل إعادة توازنه، مع العلم أنها ليست من اختصاص القاضي الإداري و لكن المصلحة العامة تفرض و تقبل هذا النوع من التدخل هذا ما يجعل نظرية القوة القاهرة في القانون العام تختلف عن نظيرتها في القانون

3

الخاص كما تختلف كذلك فيما يخص الآثار القانونية، حيث ويعتبر التدخل كامتياز للقاضي الإداري من أجل الضغط على الطرفين المتعاقدين، هذا لا يمكن الأخذ به بالنسبة للقاضي المدني الذي يتعين عليه الحكم بفسخ العقد ليس إلا.

¹ محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص 22.

² فارق محمد عبد الرحمان سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية و ضوابطها،

دراسة مقارنة ، الطبعة ، 2010 ، دار النهضة العربية القاهرة 2015 ، ص 262.

³ مفتاح خليفة عبد الحميد إنهاء العقد الإداري، دراسة مقارنة دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2014، ص 75.

الفرع الثاني

الفسخ المجرد .

و سوف يتم التطرق في هذا الفرع إلى الصورة الثانية من صور الفسخ الجزائي وهي الفسخ المجرد لفسخ ، وذلك عن طريق تحديد مفهومه والآثار الذي تترتب عنه:

أولاً : مفهوم الفسخ المجرد .

ويقصد بالفسخ المجرد إنهاء الرابطة التعاقدية تماما وإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد، ويكون للمصلحة المتعاقدة الحق في اقتطاع غرامات التأخير أو المطالبة بالتعويضات عن الأضرار التي تلحقها نتيجة لفسخ العقد لخطأ المتعاقد ويشير الفقه الفرنسي أنه من الضروري أن توضح الإدارة صراحة في إعلانها للفسخ بأنه مجرد وذلك لأنه يستبعد كل تعويض لصالح المقاول المتعاقد أو لصالح الإدارة المتعاقدة ولا تستطيع الإدارة أن تحمل المتعاقد معها النفقات المالية لعقد جديد أبرمته.¹

و المشروع الجزائري و إن لم ينص على هذا النوع من الفسخ الجزائي المجرد صراحة في المرسوم الرئاسي 247/15 إلا أنه بالرجوع إلى هذا الأخير في مادته 149 نجده تحدث عن الفسخ من جانب واحد الذي يتم من طرف للمصلحة المتعاقدة بإرادتها المنفردة دون أي قيد أو شرط إظهار مسؤولية المتعامل المتعاقد الناجمة عن الفسخ بسبب تقصيره و بالتالي فإن هذه المادة لم تشير صراحة إلى هذا النوع إلا أنها تضمنت أحكام فسخ تتفق مع الفسخ الجزائي²، المجرد غير أنه بالرجوع إلى المرسوم التنفيذي 21/219 المتضمن دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال العامة نجده أشار كذلك ضمناً إلى هذا النوع من الفسخ من خلال المادة 122 فقرة 22 والثالثة منه في حالة وجود نقائص خطيرة تنسب إلى الحاصل على الصفقة، ورغم الإعذار المسلم من طرف المصلحة المتعاقدة، يمكن لهذا الأخير أن يقرر إنهاء الصفقة العمومية، ويمكن أن يكون هذا الفسخ بسيط أو على مسؤولية المقاول دون سواه. في الحالة الأولى، تتحمل المصلحة المتعاقدة النتائج المحتملة، أما في الحالة الثانية، يتحمل المقاول التبعات المالية القائمة عن استكمال "الأشغال" دون الإشارة مباشرة إليه بالفسخ المجرد.³

ثانياً : آثار الفسخ المجرد :

تتمثل مجمل آثار الفسخ المجرد في:

-انتهاء الرابطة التعاقدية وعودة طرفي العلاقة إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد⁴.

¹حورية بن أحمد، المرجع السابق، ص471.

²أنظر المادة 149 من المرسوم الرئاسي رقم 15/247، المرجع السابق.

³أنظر المادة 122/2 من المرسوم التنفيذي رقم 21/219، المرجع السابق.

⁴هارون عبد العزيز الجمل، الجزاءات في عقود الأشغال العامة، بحث مقدم للحصول على درجة دكتوراه في القانون

- يكون للإدارة المتعاقدة الحق في اقتضاء غرامات التأخير ، أو المطالبة بالتعويضات عما لحقها من أضرار من جراء فسخ العقد أو الصفقة لخطأ المتعاقد.

— لا يمكن للجهة المتعاقدة بعد فسخ الصفقة تحميل المتعاقد المقصر لأعباء مالية لصفقة جديدة تقوم بإبرامها.

- بعد الفسخ يقوم كل من طرفي الصفقة برد ما تحصل عليه من الطرف الآخر، إذ تقوم الإدارة بتسليم المتعاقد معها الأصناف التي قام بتوريدها، وقيمة ما قام به من أشغال التأمينات التي دفعها، و في المقابل يقوم المتعاقد برد ما يكون قد حصل عليه من الإدارة من أموال تنفيذاً لموضوع الصفقة. تسليم المتعاقد الأشغال التي قام بإنجازها قبل فسخ الإدارة، و ذلك لتصفية العقد و إقامة كشف حساب للفسخ في الصفقة.

المبحث الثاني

الخطر وفق القوة القاهرة

يحق للمصلحة المتعاقدة أن تقرر فسخ عقد الصفقة العمومية إذا قدرت أنه أصبح غير مفيد و لا يلي احتياجات المصلحة العامة، كما لها أن تتفق مع المتعامل المتعاقد على تقريره، إذا قدرت ضرورة اللجوء إليه و حتمية ظروف تحيط بإنجاز الصفقة و تنفيذها فهي توقع هذا الأمر دون خطأ من المتعامل المتعاقد و يخضع لسلطتها التقديرية باعتبارها المسؤول الأول الأخير على حسن سير المرافق العامة، على ذلك فإن للمصلحة المتعاقدة تقدير و تقرير و فسخ الصفقة العمومية إما لدواعي المصلحة العامة، أو بالاتفاق مع المتعامل المتعاقد معها، و هما صورتا الفسخ التقديري أو الإداري المقرر لصالحها، و اللتان تم نص عليهما بموجب المادتين 150 و 151 من القانون الصفقات العمومية و هو ما سيتم التعرف إليه في هذا المبحث بالدراسة والتحليل.¹

المطلب الأول

فسخ الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة.

لقد أجمع الفقه والقضاء الإداريين على أن الإدارة لا يمكنها إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة إلا عند قيام سبب من الأسباب التي تتعلق بالمصلحة العامة.

إذ قد تستند المصلحة العامة، ومتطلبات تسيير المرفق العام أن تقوم الإدارة بإنهاء العقد الإداري، بإرادتها المنفردة قبل انتهاء آجاله لانعدام الفائدة من الاستمرار فيه، دون الحاجة إلى إثبات صدور أي خطأ من جانب المتعاقد معها.²

ف نجد أن المادة 150 من قانون الصفقات العمومية تنص على أنه "يمكن للمصلحة المتعاقدة القيام بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد، عندما يكون مبرراً بسبب المصلحة العامة حتى

بدون خطأ من المتعامل "المتعاقد ، و عليه يمكن للمصلحة المتعاقدة فسخ الصفقة إذا كانت

المصلحة العامة تتطلب ذلك، وحقها في ذلك يستند إلى مقتضيات سير المرافق العامة الوفاء بحاجياتها العامة، و جعلها مسايرة للتطورات الحاصلة التي تستلزمها.³

¹سهام بن دعاس، المرجع السابق، ص ص 318-319.

²مفتاح خليفة عبد الحميد المرجع السابق ، 2007، ص114.

³عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري ، منشأ المعارف، الإسكندرية، مصر، 1990، ص238

الفرع الأول

شروط ممارسة سلطة إنهاء الصفقة لدواعي المصلحة العامة.

و إذا كان هدف الإدارة من إبرام العقد الإداري هو تحقيق المصلحة العامة فإن بوسعها¹ المحور إنهائه بالإدارة المنفردة و دون حاجة لاستصدار حكم قضائي إذا ما تعارض تنفيذها مع المصلحة العامة، أو أصبح هذا التنفيذ غير ذي أثر في تحقيقها ذلك لأن المصلحة العامة الذي يدور حوله العقد الإداري باعتباره وسيلة الإدارة لتحقيقها 2.

هي وسلطة الإدارة في فسخ العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة تقوم على مقتضيات المرفق العام ومواكبة تطوراته المستمرة، فإذا أصبح العقد يمثل² عقبة لتحقيق الإدارة لأهدافها فلا ينبغي أن يبقى قائماً، كما أن هذه السلطة تفررت كمبدأ عام لتشمل طوائف الدعوة الإدارية المختلفة، كعقد الأشغال العامة وعقد التوريد وعقد الالتزام، وغيرها من العقود الإدارية الأخرى.³

و تعتبر هذه السلطة من النظام العام باعتبارها حق للإدارة و لو لم يوجد نص يجيزها، بالتالي لا يجوز للإدارة التنازل عنها بداية في العقد و لا يحق لأطراف العقد الاتفاق على ما يخالف ممارستها ، و إذا ورد نص في العقد يجيز هذه السلطة فإنه يكون كاشفا لها و ليس مقررًا لها، كما لا يجوز للمتعاقد الاعتراض عليها ما دام حقه في التعويض الكامل مضمون. وسلطة الإدارة في إنهاء عقد الصفقة لدواعي المصلحة العامة، ليست مطلقة بل هي مقيدة بشروط.

أولاً : ارتباط الانتهاء بأسباب تتعلق بالمصلحة العامة.

قد تستد المصلحة العامة و متطلبات تسيير المرفق العام أن تقوم الإدارة بإنهاء العقد هي الإداري بإرادتها المنفردة قبل انتهاء مدته، و ذلك لانعدام الفائدة من الاستمرار في هذا العقد و دون الحاجة إلى إثبات خطأ من جانب المتعاقد معها، و يعتبر ذلك من أهم السلطات الممنوحة للإدارة، و من ثم فهو من أبرز الخصائص التي تميز العقود الإدارية عن العقود المدنية.⁴

فالمصلحة العامة تمثل بالنسبة للعمل الإداري الباعث و الغاية، و بالتالي فتحقيق المصلحة العامة شرط موضوعي لمشروعية العمل الإداري، على عكس نشاط الأفراد الذي يشمل المصالح الشخصية فقط، فالجهة

¹ أحمد عثمان عياد مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1973، ص 257.

² .. هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية، دراسة تطبيقية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014، صص 73-74

³ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري و تسوية منازعاته قضاءً، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر،

2010، ص 130

⁴ مفتاح خليفة عبد الحميد المرجع السابق ، صص 89-91.

المتعاقدة لا تعمل إلا و تحقيق الصالح العام هدفها، فإذا حادت عن هذا الهدف شاب قرارها عيب الانحراف بالسلطة¹

و تجدر الإشارة إلى أن حالات تحقق المصلحة العامة تتنوع و تختلف ، إذ لا يمكن حصرها و مع ذلك فقد حدد القضاء الإداري في فرنسا و مصر بعض الحالات على سبيل المثال لا الحصر التي اعترف بوجودها تتحقق المصلحة العامة ، و بالتالي تؤخذ كمبرر لإنهاء بدقة،²

و في الجزائر نجد أن القضاء و الفقه لا يخالف هذا الاتجاه باعتبار أن الإدارة العامة تنهي العقد الذي أبرمته بإرادتها المنفردة دون تقصير من المتعامل المتعاقد إذا ما قدرت أن ذلك تقتضيه المصلحة العامة، هذا مراعاة لمبدأ الملائمة و التكيف و من هذا المنطلق نخلص³

إلى أن شرط المصلحة العامة شرط ضروري لقيام الإدارة بأي إجراء من شأنه إنهاء عقده

و من الأمثلة على هذا الشرط، حالة تغير الظروف الاقتصادية التي تثقل كاهل الميزانية العامة للدولة، و عليه لا يجوز للإدارة ممارسة هذه السلطة إذا كان دافعها أسباب شخصية أو عقائدية أو سياسية أو لتحقيق مصلحة مالية لها و إلا كان هذا الإنهاء غير مشروع.⁴

و بالرجوع إلى أحكام تنظيم الصفقات العمومية نجد أن المشروع الجزائري قد أجاز بصفة صريحة للإدارة إنهاء الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة و لدواعي المصلحة العامة، لكنه أغفل عن تحديد الحالات التي يمكن اعتبارها شرط لتوفر المصلحة العامة و التي تبرر إنهاء الصفقة العمومية من جانب المصلحة للمتعاقد و دون خطأ من المتعاقد محل تهديد خطير أمام تعسف الإدارة تحت سائر استعمال المصلحة للمتعاقد لسلطة إنهاء الصفقة لدواعي المصلحة العامة⁵

ثانيا: أن يصدر قرار الإنهاء في إطار المشروعية.

يجب أن يتوفر في قرار الإدارة بإنهاء العقد الإداري بالإدارة المنفردة جميع الشروط اللازمة لصحة الأعمال المبنية على سلطة تقديرية، و على الإدارة عند قيامها بإنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة أن تراعي جميع الإجراءات المنصوص عليها في العقد أو في القوانين و اللوائح و إلا كان قرار الإنهاء غير مشروع.

¹هاشمي فوزية، المرجع السابق، ص152.

²المرجع نفسه، ص114

³مقداد زينة، سلطة الإدارة فسخ العقد الإداري، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية و السياسية، العدد الرابع، المجلد الثاني ص422.

⁴مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سابق، ص 123.

⁵هاشمي فوزية، المرجع السابق، ص 123.

و على ذلك يجب أن يكون قرار إنهاء الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة مستوفي جميع الشروط الشكلية و الموضوعية مثل أي قرار إداري آخر ، و بالتالي يجب صدوره من الجهة الإدارية المختصة المتمثلة غالبا في المصلحة المتعاقدة ، و أن يصدر وفقا للإجراءات و الشكلية المقررة من طرف القانون ، وأن يكون هناك سبب و دافع لاتخاذها، إضافة إلى ضرورة توفر ركني المحل و الغاية المتمثلة دائما في المصلحة العامة، و في حالة ما إذا تخلف أحد العناصر السابقة يكون قرار الإنهاء لدواعي.

المصلحة العامة بأحد معيب عيوب القرار الإداري الذي تجعله عرضة لعدم المشروعية، حتى و إن كان غير قابل للإلغاء كونه من القرارات المتصلة.

هذا المتمثلة و يتعين صدور قرار إنهاء الصفقة العمومية عن السلطة المختصة بإبرامه و حسب نص المادة 24 من المرسوم الرئاسي رقم 15/247 ، من مسؤول الهيئة¹ -العمومية أو الوزير المختص أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي أو المدير العام أو مدير المؤسسة العمومية ما لم يرد هذا العقد تحديداً لسلطة أخرى تختص بإصدار قرار إنتهائه.

كما تجدر الإشارة إلا أن قرار الإدارة بإنهاء الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة لا يمكن أن يسري بأثر رجعي ، و هذا حسب الحكم الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 12\04\1977 والذي جاء فيه " أن قرار الإدارة بإنهاء العقد يسري ابتداء من تاريخ إبلاغه إلى المتعاقد و ليس من تاريخ سابق على هذا الإبلاغ

الفرع الثاني

أثار فسخ عقد الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة.

يترتب على ممارسة الإدارة سلطة إنهاء عقد الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة جملة من الآثار القانونية سوف نتطرق إليها في هذا الفرع بالتفصيل²

أولا : انقضاء العلاقة التعاقدية بين طرفي الصفقة العمومية .

يترتب على إنهاء عقد الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة، انقضاء الالتزامات التعاقدية بيت طرفي العقد و بذلك يجب تصفية هذا العقد و تسوية المبالغ الناشئة عن إنتهائه، هذه التصفيات تستند إلى المبالغ المستحقة للمتعاقد أو على العكس لمصلحة المتعاقدة صاحبة الأشغال.

فيجب على المتعاقد أن يقوم بإثبات الأشغال التي تم تنفيذها أو الأجزاء المنفذة من هذه الأشغال أو التي في طور التنفيذ.¹

¹سهام بن دعاس، المرجع السابق ، ص320-321.

²نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص407.

وأن يقوم بإجراء جرد للموارد والتجهيزات والأدوات المتعلقة بالعمل، وبعد ذلك يعد محضرًا بكل ذلك يتضمن استلام الأشغال أو الأجزاء المنفذة منها.

أما بالنسبة لعقد التوريد فيترتب على إنهائه لدواعي المصلحة العامة أن يتوقف المورد عن تسليم وتوريد المواد المتفق عليها في العقد بداية من تاريخ نفاذ قرار الإنهاء الانفرادي. و تجدر الإشارة إلا أن المادة 152 من المرسوم الرئاسي رقم 15/247 في فقرتها الثانية أشارت إلى أنه في حالة فسخ²

الصفقة العمومية باتفاق الطرفين يتم توقيع وثيقة الفسخ التي تنص على الحسابات المتعلقة بالأعمال المنجزة و الأشغال الباقية لكنها لم تشر إلى تطبيق ذلك في حالة الإنهاء الانفرادي لدواعي المصلحة العامة.

ثانيا : حق المتعامل المتعاقد في التعويض.

التعويض و يقابل سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري حق المتعامل المتعاقد في الحصول على هذه السلطة امتياز مهم للإدارة في عقودها الإدارية حيث تستطيع إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة و دون خطأ من المتعاقد ، و ليس للمتعاقد معها إلا الحق في التعويض، كما أن المتعاقد لا يتحمل النتائج المترتبة على قيام الإدارة بهذا الإنهاء.³

وهذا فقد استقرت أحكام القضاء الإداري و بخاصة قضاء مجلس الدولة الفرنسي على أن قرار فسخ الصفقة بالإدارة المنفردة و دون خطأ المتعامل المتعاقد، يجب أن يقابله تعويض مناسب بسبب الخسارة التي لحقت به بفعل المشتريات التي قام بها و الاستثمارات التي تم فسخها، حيث تقع عليه عبئ إثبات الخسارة و الأضرار التي لحقت به و إلا فلا مجال للتعويض. وقد يكون التعويض اتفاقي وقانوني كما قد يكون قضائي أو تعويض كامل:⁴

1 . التعويض الاتفاقي والقانوني:

المتعاقد عندما يرد نص صريح في العقد الإداري و القوانين واللوائح يبين كيفية حصول مع الإدارة لمقدار التعويض عند إنهاء عقده بدون خطأ منه و لدواعي المصلحة العامة، فيجب تطبيق هذا النص بصورة كاملة⁵، كما قد يتفق الطرفان على تقدير مبلغ جزائي كتعويض، أو قص التعويض على الأضرار التي

¹المرجع نفسه، ص407.

²انظر المادة 152 من المرسوم الرئاسي 15/247، المرجع السابق.

³مقداد زينة ، المرجع السابق، ص423.

⁴سهام بن دعاس ، المرجع السابق، ص322.

⁵عثماني محمد الأمين ، سلطة الإدارة المنفردة في إنهاء العقد الإداري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص إدارة الجماعات

المحلية ، جامعة الدكتور طاهر مولاي سعيدة ، سنة 2015-2016، ص24.

لحقت بالمتعاقد بالفعل، مع استبعاد التعويض عن الأرباح التي فاتته أو اشتغال التعويض على العنصرين كليهما، أي تعريضه عما لحقه من خسارة و ما فاتته من ربح.¹

. التعويض القضائي:

يحق للمتعاقد المتضرر من إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة اللجوء إلى القضاء المختص، وأن يثبت إما خطأ الإدارة أو تجاوزها لأحد بنود العقد للمطالبة بالتعويض، أو حتى عند القيام بأعمال ثانوية أو يحمل أعباء إضافية وغيرها من حالات² التعويض.

3. التعويض الكامل:

إذا سلم القاضي الإداري بقيام مسؤولية الإدارة نتيجة للخطأ الذي ارتكبه، أيا كان نوع الخطأ المرتكب فإنه يقضي بالتعويض الذي يعطي كامل الضرر الذي وقع على المضرور، ويقصد بالتعويض الكامل عن الأضرار التعويض الذي يغطي ما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب، وهذان هما العنصران اللذان يقدر القاضي الإداري على أساسهما التعويض.³

ثالثا : الرقابة القضائية على الإنهاء الانفرادي لدواعي المصلحة العامة.

استقر الفقه و

القضاء الإداري في فرنسا على قاعدة عامة مفادها أنه لا يحق للقاضي أن يلغي القرار الصادر عن الإدارة لإنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة أو فسخه، حتى ولو كان هذا القرار تعسفيا حيث أنه ليس للمتعاقد المتضرر من قرار تعسفيا حيث أنه ليس للمتعاقد المتضرر من قرار الإنهاء الانفرادي إلا الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه إذا كان له وجه حق دون أن يكون له حق المطالبة بإلغاء قرار الإنهاء، فعندما تلجأ الإدارة لاستعمال سلطتها في إنهاء العقد من طرف واحد عليها أن تعرض المتعاقد معها عن الضرر الذي لحق به.⁴

¹مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص 29-30.

²نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 420.

³عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثانية دار الرحالة، الجزائر، 1997، ص 140.

⁴عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 277.

القضاء، و تعويض الإدارة الجزئي لا يعني حرمان المتعاقد من المطالبة بالتعويض المستحق أمام الأصل أن بنود العقد أو دفاتر الشروط أو القوانين هي التي تحدد مقدار هذا التعويض، أما إذا لم يكن محدد مسبقا فإن تقديره يرجع للقاضي الإداري¹.

المطلب الثاني

الفسخ الاتفاقي للصفقة العمومية.

قد يتفق المتعاقد مع جهة الإدارة على سلطة إنهاء العقد قبل مدته أو تمام تنفيذه و يكون الإنهاء في هذه الحالة اتفاقيا يستند إلى موافقة الطرفين، و قد يكون إنهاء العقد بهذه الطريقة مصحوبا بالتعويض عن ما فات المتعاقد من كسب، نتيجة لإنهاء العقد قبل أوانه إذا ما اتفقا الطرفان على ذلك. و للوقوف على أحكام الفسخ الاتفاقي للصفقة العمومية سنقوم بالدراسة و التعرض لشروطه و مختلف الآثار الذي يرتبها.²

الفرع الأول: شروط الفسخ الاتفاقي

إلى جانب الفسخ الأحادي، أجازت المادة 151 من المرسوم الرئاسي 15/247 اللجوء إلى الفسخ التعاقدى حسب الشروط المدرجة في الصفقة بحيث نصت المادة المذكورة أعلاه على أنه زيادة على الفسخ من جانب واحد المذكور في المادتين 149 و 150 يمكن القيام

بالفسخ التعاقدى للصفقة العمومية عندما يكون مبررًا بظروف الخارجية عن إرادة المتعامل³

المتعاقد، حسب الشروط المنصوص عليها صراحة كهذا الغرض.⁴

هذا و تتمثل شروط الفسخ الاتفاقي فيما يلي:

أولاً: وجود اتفاق بين طرفي الصفقة على فسخ العقد.

يتميز الفسخ الاتفاقي عن باقي أنواع الفسخ الأخرى أنه نابع من إرادة الأطراف المتعاقدة وإنها انسأقت إليه طوعا وهو بمثابة العقد الجديد الذي يوضع حدا أو نهاية لعقد قديم ولا شيء يمنع في أن ينص العقد الفاسخ على أحقية المتعامل المتعاقد في الحصول على التعويض اللجوء إلى الفسخ الاتفاقي.

¹صوفان عطه ، يونس عروج ، النظام القانوني للصفقات العمومية في ضوء المرسوم الرئاسي 15/247، مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق ، تخصص قانون الجماعات الإقليمية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة عبد الرحمان ميره ، بجاية ، 2015-2016، ص 52.

²مازن ليلو أبو راضي، المرجع السابق، ص 152.

³عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، القسم الثاني ، ط2019، المرجع السابق، ص304.

⁴سهام بن دعاس ، المرجع السابق ، ص ص 323-324.

وإذا كانت المصلحة المتعاقدة تستند في إصدار قرار فسخ الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة، أما على سلطتها في توقيع الجزاء أو لدواعي المصلحة العامة، فإنها في هذا النوع من الفسخ تستند إلى الاتفاق الذي يجمعها بالمتعامل المتعاقد، و العقد الذي يمكنهما من فسخ الصفقة المبرمة بينهما و الذي على الأغلب قد يتخذ صورة بند يندرج في دفتر الشروط الصفقة التي كانت تجمعهما، أو يكون في شكل اتفاق لاحق يجمعهما يقرران بموجبة الفسخ.

ثانيا : توفر الظروف خارجية عن إرادة المتعامل المتعاقد.

بالرجوع إلى نص المادة 151 من قانون الصفقات العمومية نجد أنها اشترطت لإمكانية¹ و القيام بالفسخ التعاقدية للصفقة التي تجمع بين المتعامل المتعاقد المصلحة المتعاقدة أن يكون مبررا بظروف خارجية عن إرادة هذا الأخير و حسب الشروط المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض، بمعنى أنه أحال إلى تطبيق البنود الواردة في دفتر الشروط فيما يخص مسألة الفسخ في هذه الحالة².

تجدر الإشارة إلى أن الفسخ الذي أورده المشروع في قانون الصفقات العمومية تعتبر مبرراً للفسخ القضائي بسبب القوة القاهرة و ليس مبرراً للفسخ التعاقدية، لأن هذا الأخير يكون بناء على اتجاه إرادتي كلا طرفي الصفقة لوضع حد لتنفيذها و إنهاء العلاقة التعاقدية بينهما، متى قدرا أن مصلحتهما في ذلك و الأمر لا يحتاج للتبرير ، و من ثم يجب تعديل هذا النص و ضبطه بما يتوافق و القواعد العامة المقررة لفسخ العقود التي تبرمها الإدارة باعتبارها سلطة عامة.

بالإضافة إلى الشروط التي جاءت بها المادتين 149 و 150 من المرسوم الرئاسي 15/247 نجد أن المرسوم التنفيذي 21/219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية هو الآخر قد تطرق إلى شروط التي تبرر اللجوء إلى الفسخ التعاقدية وهذا بموجب المادة 123/2 والتي تنص يبرر الفسخ التعاقدية بظروف خارجية عن إرادة المقاول وهذا لاسيما في حالة:³

وفاة المقاول عندما لا يضمن الورثة متابعة الخدمات، موضوع الصفقة العمومية للأشغال التي كان يحوزها.

الإفلاس أو التسوية القضائية، إلا إذا وافقت المصلحة المتعاقدة، في حالة قد يرخص وكيل الدائنين للوصي عن طريق المحكمة، بمتابعة استغلال المؤسسة ومنه التقدم بعروض لمتابعة النشاط، يقبل إتمام تنفيذ الصفقة العمومية للأشغال مع نفس المقاول، وفي هذه الحالة يجب أن يتم التكفل بهذه الوضعية في ملحق يتضمن تحويل التسيير.⁴

¹المرجع نفسه ، ص324.

²جوادي شيماء، المرجع السابق، ص44.

³سهام بن دعاس ، المرجع السابق ،ص325.

⁴أنظر المادة 123/2 من المرسوم التنفيذي 21/219 ، المرجع السابق.

العجز الجسدي للمقاوم الظاهر و الدائم ، و الذي يعيق حسن التنفيذ للصفقة العمومية للأشغال،¹-

و في هذه الحالة يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تقوم بفسخها "

وأضاف المشرع الفقرة الثالثة من نفس المادة أنه في حالة تم الفسخ بناء على الشروط المذكورة الفقرة الثانية من نفس المادة، لا يستفيد المتعامل المتعاقد من أي تعويض.

الفرع الثاني

آثار الفسخ الاتفاقي:

يترتب على اتفاق طرفي الصفقة العمومية على وضع حد بإرادتهما المشتركة للرابطة التعاقدية جملة من الآثار القانونية والتي تتمثل فيما يلي:

أولاً: إنهاء العلاقة التعاقدية بين طرفي الصفقة العمومية:

عن إن لجوء المصلحة المتعاقدة بعد الاتفاق مع المتعامل المتعاقد للفسخ التعاقدية للصفقة القائمة بينهما يؤدي حتما إلى قطع العلاقة التعاقدية التي كانت تجمعهما، و توقف كل طرف أداء الالتزامات المفروضة عليه بموجب الصفقة التي يشملها الفسخ، حيث أنه المفترض أن يشمل اتفاق الفسخ الإجراءات و الترتيب التي سوف يتم بها وضع نهاية للصفقة² و كذا الواجبات المقررة للطرفين و النتائج المترتبة على هذا الفسخ.

ثانياً : توقيع الطرفان وثيقة فسخ الصفقة العمومية.

تنص المادة 152 فقرة الثانية 3 من قانون الصفقات العمومية على أنه و من في حالة فسخ صفقة عمومية جارية التنفيذ باتفاق مشترك ، يوقع الطرفان وثيقة الفسخ التي يجب أن تنص على تقديم الحسابات المعدة تبعا للأشغال المنجزة و الأشغال الباقي تنفيذها تطبيق مجموع بنود الصفقة بصفة عامة".

ولما كان للفسخ الاتفاقي الطابع الرضائي فقد أو جبت المادة 152/02 المذكورة أعلاه توقيع وثيقة أو اتفاقية الفسخ بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد تتضمن التسوية المالية للأشغال المنجزة وهذا حفاظا على حقوق المتعامل المتعاقد.³

المصلحة و بالإضافة إلى نص المادة 123/4 على أنه في حال الفسخ التعاقدية للصفقة العمومية، فإنه يجب أن تتضمن وثيقة الفسخ على تقديم الحساب المعد وفق الأشغال المنجزة، و الأشغال التي لم يتم

¹أنظر المادة 123/3 ، من المرسوم التنفيذي /21/219 ، المرجع السابق.

²عمار بوضياف ، شرح تنظيم الصفقات العمومية ، قسم الثاني ، ط2019، المرجع السابق ،ص303. 3- أنظر المادة 152/02 من المرسوم الرئاسي رقم 15/247، المرجع السابق.

³أنظر المادة 123/4 من المرسوم التنفيذي /21/219 ، المرجع السابق.

إنجازها بعد، و التي يجب أن تكون موقعة من قبل المتعامل المتعاقد المتعاقدة، كما أنه يمكن أن يكون الفسخ الاتفاقي للصفقة مصحوبا بتعويض المتعامل المتعاقد عما فاته من كسب عن تكملة تنفيذ العقد و الأرباح التي كان سيجنيها لو أتم العقد، أو بدون وفقا لما يتفق عليه المتعاقدان، و هو ما يترك لحريرتهما المطلقة.¹

¹محمد سليمان الطماوي ، المرجع السابق ،ص767.

خاتمة

خاتمة

في القانون الجزائري، تتم معالجة الخطر في الصفقات العمومية من خلال مجموعة من القوانين واللوائح التي تنظم هذه الصفقات وتحدد الإجراءات اللازمة للحفاظ على نزاهة الصفقات ومكافحة الفساد. الخطر في الصفقات العمومية يشمل في العديد من الحالات توريث تداعيات قانونية وجزائية إذا تم انتهاك القوانين واللوائح المعمول بها. وفيما يلي بعض النقاط الهامة في هذا السياق:

القانون رقم 06-17: يعتبر القانون رقم 06-17 المؤرخ في 19 ذو القعدة عام 1438 هـ الموافق 12 أغسطس 2017 ميلادي، بمثابة النص الأساسي الذي ينظم الصفقات العمومية في الجزائر. يهدف هذا القانون إلى تحقيق الشفافية ومكافحة الفساد في الصفقات العمومية.

الهيئة الوطنية للمساواة: تأسست الهيئة الوطنية للمساواة في 2016 بهدف مراقبة ومراجعة الصفقات العمومية والتحقق من امتثالها للأنظمة واللوائح.

عقوبات جزائية: في حالة اكتشاف مخالفات أو فساد في الصفقات العمومية، يمكن تطبيق عقوبات جزائية على المتورطين والمسؤولين.

التدابير الوقائية: يتعين على الجهات الحكومية والمشتريين اتخاذ التدابير الوقائية للحد من الخطر، بما في ذلك تطبيق معايير الشفافية والشفاء العام.

إجراءات الطعن والشكاوى: يتاح للموردين والمتعاملين مع القطاع العام تقديم طعون أو شكاوى إذا كانوا يشكون من تجاوزات أو مخالفات في الصفقات العمومية.

من المهم الإشارة إلى أن تفاصيل وتفسيرات أكثر تفصيلاً للقوانين واللوائح تأتي عادة في القوانين والأنظمة التنفيذية ذات الصلة. لذلك، يجب على الأفراد والجهات القانونية البحث في القوانين واللوائح الحالية والاستشارة مع المحامين أو الخبراء القانونيين لفهم كامل للتفاصيل والمتطلبات المحددة في مجال الصفقات العمومية في الجزائر.

إن أهم ما يميز النظام القانوني للصفقات العمومية في الجزائر هو أنه لم يتضمن تعريفاً محدداً للضمانات في مجال الصفقات العمومية بل نص فقط على أن البحث عن هذه الضمانات هو التزام يقع على المصلحة المتعاقدة سواء لاختيار الطرف المتعاقد أو لتنفيذ الصفقة، و اشتماله على سلسلة من الضمانات المختلفة والمستمدة تارة من تقنيات القانون الخاص مثلما هو الحال بالنسبة للكفالة، الضمان العشري والرهن الحيازي، وتارة أخرى من الأحكام العامة المدرجة سواء في تنظيم الصفقات العمومية رقم 02-250 المعدل والمتمم أو في بعض النصوص القانونية الأخرى مثل: القانون رقم 06-01 المؤرخ في 20/02/2006 المتعلق

بالرقابة من الفساد ومكافحته ، القانون رقم 08-12 المؤرخ في 25/06/2008 المتعلق بالمنافسة ، الأمر رقم 96-22 المؤرخ في 09/07/1996 المتعلق بقمع مخالفة التشريع والتنظيم الخاصين بالصرف وحركة رؤوس الأموال من وإلى الخارج المعدل والمتمم و الأمر رقم 05-06 المؤرخ في 23/08/2005 المتعلق بمكافحة التهريب .

. نتائج الدراسة :

في القانون الجزائري، يتم التعامل مع مسائل الخطر في الصفقات العمومية من خلال التشريعات والقوانين ذات الصلة بالصفقات العمومية والمشتريات الحكومية. من أجل فهم الخطر في هذا السياق، يمكن النظر في النقاط التالية:

قانون الصفقات العمومية: في الجزائر، هناك قوانين وأنظمة تنظم الصفقات العمومية، مثل قانون الصفقات العمومية والإشهادات المحلية والمشتريات العمومية. هذه القوانين تحدد الإجراءات والشروط التي يجب أن تلتزم بها الجهات الحكومية والمقاولين عند تنفيذ الصفقات العمومية، بما في ذلك إدارة المخاطر. الإجراءات الإدارية: القانون الجزائري يتطلب من الجهات الحكومية والمقاولين الامتثال لإجراءات إدارية محددة عند تنفيذ الصفقات العمومية. ذلك يتضمن التأكد من تنفيذ المشروع وفقاً للمواصفات المحددة والجدول الزمني.

العقوبات: إذا تم اكتشاف أي ممارسات غير قانونية أو فساد في الصفقات العمومية، يمكن أن تتعرض الجهات المعنية لعقوبات قانونية. ذلك يشمل غرامات مالية وعقوبات أخرى قد تصل إلى السجن. الشفافية ومكافحة الفساد: القانون الجزائري يشجع على الشفافية ومكافحة الفساد في الصفقات العمومية. هناك إجراءات لمراقبة العمليات والتحقق من الامتثال للمعايير القانونية والأخلاقية. التحكيم: في حالة حدوث نزاعات في الصفقات العمومية، يمكن للأطراف اللجوء إلى التحكيم كوسيلة لحل النزاع بطريقة غير تقليدية وخارج النظام القضائي التقليدي.

من المهم ملاحظة أن القوانين واللوائح قد تتغير مع مرور الوقت، لذا يجب دائماً الرجوع إلى القوانين والتشريعات الحالية في الجزائر لفهم الخطر في الصفقات العمومية والالتزام بالأنظمة والإجراءات الجاري بها العمل.

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم

أولاً : المؤلفات باللغة العربية:

أ - المؤلفات العامة :

- أحمد بن محمد الشمري، القوة الملزمة للعقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.
- أمين عاطف صليبا، الوافي في القانون الإداري العام، مبادئ أساسية، طر، المؤسسة الحديثة للكتاب طرابلس، لبنان، 2017
- جورج سعد، القانون الإداري العام و المنازعات الإدارية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، 2006
- جورج شفيق ساري، تطوّر طريقة و معيار تمييز و تحديد العقد الإداري في القانون الفرنسي و المصري، د.ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- جورج فيدل، بيار دالفولفي القانون الإداري (ترجمة منصور (القاضي الجزء الأول، الطبعة الأولى المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2001.
- حسن محمد عواضة المبادئ الأساسية للقانون الإداري (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1997.
- خالد خليل الظاهر، القانون الإداري (دراسة مقارنة)، الكتاب الثاني، الطبعة الأولى، دار المسيرة للنشر و التوزيع و الطباعة، عمان، الأردن، 1997.
- سامي جمال الدين أصول القانون الإداري، نظرية العمل الإداري، دن، د.ط، 1993.
- سعداوي مفتاح، قضايا قانونية معاصرة ، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2018.
- عبد الغني بسيوني عبد الله القانون الإداري، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1993.
- عبد العليم عبد المجيد مشرف، حدود انصراف أثر العقد الإداري إلى الغير، د.ت، دن، د.ب. عدنان عمرو مبادئ القانون الإداري، نشاط الإدارة و وسائلها الطبعة الثانية، منشأة المعارف الإسكندرية، 2004.

قائمة المصادر و المراجع

- علي خطار شطناوي الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمّان، الأردن. 2003.
- عمار عوادي، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر، 2005.
- محمد بكر حسين الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- محي الدين القيسي، القانون الإداري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان. 2007.
- مصطفى أبو زيد فهمي الوسيط في القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1999-2000.
- مصطفى أبو زيد فهمي، الإدارة العامة نشاطها و أموالها دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية. 2002.
- ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري، الطبعة الأولى، مطبعة لباد، سطيف، 2006.
- نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان الأردن، 2007.
- يوسف سعد الله الخوري، القانون الإداري العام، الجزء الأول، تنظيم إداري، أعمال و عقود إدارية دن، 1998.
- ب - المؤلفات الخاصة:**
- . إبراهيم الشارف الطاهر تفوقه الصعوبات التي تواجه تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2011.
- إبراهيم طه الفياض العقود الإدارية، الطبعة الأولى، مكتبة الفلاح، الصفاة، الكويت 1981.
- أحمد محمود جمعة العقود الإدارية وفقا لقانون المناقصات المزايادات الجديد، منشأة المعارف الإسكندرية، 2002.

قائمة المصادر و المراجع

- السيد فتوح محمد هنداوي، القاضي الإداري و التوازن المالي في العقود الإدارية، دراسة مقارنة الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2016.
- أيمن فتحي محمد عفيفي، الوجيز في العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دن، 2017.
- ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية مكتبة القاهرة الحديثة، 1963.
- جابر جاد نصار، العقود الإدارية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- حازم بيومي المصري، التوازن في العقد الإداري الدولي (الفيديك، اليونسترال)، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة 2010
- حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي المبادئ والأسس العامة)، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.ت.
- رشا محمد جعفر الهاشمي الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.
- سامي حسن نجم الحمداني، أثر العقد الإداري بالنسبة إلى الغير، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب طرابلس لبنان 2012
- سعاد الشراوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
- سليمان الطماوي، الأسس العام للعقود الإدارية دراسة مقارنة، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي القاهرة، 1991.
- عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه القضاء - التشريع، د.ط، منشأة المعارف الإسكندرية، 2003.
- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دن، 2004.
- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية 2011.

قائمة المصادر و المراجع

- أيمن فتحي محمد عفيفي، الوجيز في العقود الإدارية، الطبعة الأولى، د.ن، 2017.
- ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية مكتبة القاهرة الحديثة، 1963.
- جابر جاد نصار، العقود الإدارية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- حازم بيومي المصري، التوازن في العقد الإداري الدولي (الفيديك، اليونسترال)، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة 2010
- حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي المبادئ والأسس العامة)، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.ت.
- رشا محمد جعفر الهاشمي الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.
- سامي حسن نجم الحمداني، أثر العقد الإداري بالنسبة إلى الغير، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب طرابلس لبنان 2012
- سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
- سليمان الطماوي، الأسس العام للعقود الإدارية دراسة مقارنة، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي القاهرة، 1991.
- عبد الحميد الشواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه القضاء - التشريع، د.ط، منشأة المعارف الإسكندرية، 2003.
- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، د.ن، 2004.
- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية 2011.
- عبد العزيز عبد المنعم خليفة تنفيذ العقد الإداري و تسوية منازعاته قضاء و تحكيما، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2014.

قائمة المصادر و المراجع

- عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد أثر الظروف الطارئة و الصعوبات المادية على تنفيذ العقد الإداري،
الولاء للطبع و التوزيع، د.ب، 1990.

- عبد الله نواف العنزي، النظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة، الإسكندرية. 2010.

- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، الطبعة الأولى، جسور للنشر و التوزيع، المحمدية
الجزائر، 2007.

- فارس علي جانكير، سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري، الطبعة الأولى منشورات
الخليج الحقوقية، بيروت، لبنان، 2014.

فهد مجعد المطيري، دور التحكيم في الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري، دراسة مقارنة بين الكويت
مصر و فرنسا، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015.

- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية و التحكيم د.ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية
2004.

- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2015.

- مازن ليلو راضي الوسيط في القانون الإداري، الطبعة الأولى المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس لبنان،
2013.

- مازن ليلو راضي معايير تمييز العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2016.

- محمد الصغير بعلي العقود الإدارية، دار العلوم للنشر و التوزيع، الحجار، عنابة، 2005.

ج الرسائل و المذكرات الأكاديمية:

ج - الرسائل:

- أحمد السيد محمود عطية، نظرية عمل الأمير (دراسة مقارنة في التشريع الوضعي و الإسلامي، رسالة
لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق جامعة الإسكندرية، 2006.

قائمة المصادر و المراجع

رياض إلياس عيسى الجريسات نظرية التوازن المالي للعقد الإداري دراسة مقارنة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق جامعة عين شمس، القاهرة، 2007.

عسبي عبد القادر الحسن التزامات و حقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، 1997.

- علي بن عبد الكريم أحمد السويلم، فكرة التوازن المالي للعقد الإداري في المملكة العربية السعودية رسالة دكتوراه جامعة عين شمس، القاهرة، 2007.

- علي محمد علي عبد المولى، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق جامعة عين شمس، القاهرة، 1991.

ج2 - المذكرات :

- عبابسة نورالدين تنفيذ الصفقة العمومية بين امتيازات المصلحة المتعاقدة و حقوق المتعامل المتعاقد مذك: رة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة أم البواقي، 2009.

د/ المقالات العلمية:

- حسن درويش، نظرية الظروف الطارئة كأساس للتعويض في العقد الإداري، مجلة العدالة العدد 27 السنة الثامنة، وزارة العدل و الشؤون الإسلامية و الأوقاف، أبو ظبي، دولة الإمارات العربية المتحدة 1981.

- سحر جبار يعقوب، فسخ العقد الإداري لاستحالة التنفيذ بسبب الظروف الطارئة، مجلة مركز دراسات الكوفة، العدد السابع، سنة 2008.

عبابسة نور الدين، الشروط الاستثنائية كمعيار مميز لعقد الصفقة العمومية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية جامعة باتنة 1 المجلد 06 العدد 01 جانفي 2019.

- محمد أبو بكر عبد المقصود إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ظل الأزمة المالية العالمية " نظرية الظروف الطارئة " المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر لكلية الحقوق، جامعة المنصورة، في الفترة الممتدة من 01-02 أبريل 2009.

ثانيا : النصوص الرسمية:

١ - الدساتير:

دستور 2020 الجريدة الرسمية العدد 82 المؤرخة في 15 جمادى الأولى 1442 هـ الموافق 30 ديسمبر 2020 م.

ب القوانين:

القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر 1429 هـ الموافق 25 فيفري 2008 م المتعلق بالإجراءات المدنية و الإدارية الجريدة الرسمية العدد 21 الصادرة بتاريخ 23 أبريل 2008.

القانون رقم 11-10 المؤرخ في 02 رجب 1432 هـ الموافق 22 جوان 2011 المتعلق بالبلدية

الجريدة الرسمية العدد 37 المؤرخة في أول شعبان 1432 هـ الموافق 03 جويلية 2011.

القانون رقم 12-07 المؤرخ في 28 ربيع الأول 1433 هـ الموافق 21 فبراير 2012 م المتعلق بالولاية الجريدة الرسمية العدد 12 المؤرخة في 07 ربيع الثاني 1433 هـ الموافق 29 فبراير 2012. ج- الأوامر :

الأمر رقم 67 90 المؤرخ في 17 جوان 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية. الجريدة الرسمية العدد 52 المؤرخة في 27 جوان 1967.

الأمر رقم 5875 المؤرخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم. الجريدة الرسمية العدد 78 المؤرخة في 24 رمضان 1395 هـ الموافق 30 سبتمبر 1975

د - المراسيم

- المرسوم رقم 14582 المؤرخ في 10 أبريل 1982 المنظم للصفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي الجريدة الرسمية العدد 15 المؤرخة في 13 أبريل 1982.

- المرسوم الرئاسي -02- 250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية. الجريدة الرسمية العدد 52 المؤرخة في 28 جويلية 2002.

قائمة المصادر و المراجع

- المرسوم الرئاسي -10 236 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 الجريدة الرسمية العدد 58 المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

- المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ 16 سبتمبر 2015 الجريدة الرسمية العدد 50 المؤرخة في 20 سبتمبر 2015 المتضمن قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.

- المرسوم التنفيذي -43491 المؤرخ 09 نوفمبر 1991 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية. الجريدة الرسمية العدد 57 المؤرخة في 13 نوفمبر 1991.

هـ - القرارات :

- القرار الوزاري الصادر بتاريخ 21 نوفمبر 1964 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الأشغال الخاصة بالوزارة الجريدة الرسمية العدد 101 المؤرخة في 11 ديسمبر

1964.

ثالثا: المؤلفات باللغة الفرنسية:

III1- Ouvrages généraux:

-Jean-Marie AUBY et Robert DUCOS-ADER, Droit administratif, Dalloz Paris, 1967.

-Jean-Marie AUBY et Robert DRAGO, Traité de contentieux administratif Tome, 3ème édition, L.G.D.J, Paris, 1984.

-Francis-Paul BENOIT, Le droit administratif français, Dalloz, Paris, 1968.

-Guy BRAIBANT et Bernard STIRN, "Le droit administratif français", presses de sciences po et Dalloz, 2007.

-Roger BONNARD, Précis de droit administratif, 3ème édition, L.G.D.J, Paris 1940.

- Pierre–Henri CHALVIDAN, Christine HOUTEER, Droit administratif éditions Nathan, Paris, 1995.
- René CHAPUS, Droit administratif général, Tome1, 12 ème édition, édition Montchrestien, Paris, 1998.
- André DELAUBADERE, Jean–Claude VÉNÉZIA, Yves GAUDEMET Traité de droit administratif général, Tomei, 15ème édition, L.G.D.J, E.J.A, Paris, 1999.
- André DELAUBADERE et Yves GAUDEMET, Traité de droit administratif Tomei, 16ème édition, L.G.D.J, Paris, 2001.
- André DELAUBADERE et Yves GAUDEMET, Droit administratif général Tomei, 16ème édition, Delta, Paris, 2002.
- Patrick FRAISSEIX, Jean–Paul VALETTE, Précis de droit public, 1ère édition presses universitaires de France, collection Major, Paris, 2000.
- Pierre–Laurent FRIER, Jacques PETIT, Précis de droit administratif, 4ème édition, Montchrestien, Paris, 2006.
- Patrick JANIN, cours de droit administratif, presses universitaires de Lyon 1994.

رابعاً : المعاجم والقواميس

– معجم مقاييس اللغة، لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا ، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع

د.ب، 1979.

– المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، الطبعة الرابعة مكتبة الشروق الدولية، د.ب 2014.

خامسا المواقع الإلكترونية

Webographie

<https://www.arafer.fr> -/1

<https://www.doctrine.fr> -/2

<https://www.droit-des-contrats-publics.eff.fr> -/3

<https://www.fntp.fr> -/4

الفهرس

خطة البحث	
01	مقدمة
الفصل الأول : الإطار المفاهيمي لمخاطر الصفقات العمومية للأشغال	
07	المبحث الأول : المخاطر الإدارية للصفقات العمومية
07	المطلب الأول: فكرة الإثراء بلا سبب
09	الفرع الأول : الشروط المادية
11	الفرع الثاني : الشروط القانونية
13	المطلب الثاني : احترام المبادئ الأساسية في القانون الإداري
14	الفرع الأول : خصوصية الضرر
15	الفرع الثاني : الضرر الغير العادي
19	المطلب الثالث : المسؤولية العقدية دون خطأ
23	المطلب الرابع : فكرة إعادة التوازن المالي للعقد
32	المبحث الثاني : مفهوم المخاطر الاقتصادية للصفقات العمومية
33	المطلب الأول : نشأة المخاطر الاقتصادية و أساسها
33	الفرع الأول : نشأة نظرية الظروف الطارئة
40	الفرع الثاني : تعريف نظرية الظروف
43	الفرع الثالث : أساس نظرية الظروف الطارئة
48	المطلب الثاني : شروط اعمال نظرية الظروف الطارئة
48	الفرع الأول : أن يكون الحديث غير عادي و غير متوقع

53	الفرع الثاني : أن يكون الحديث خارج عن ارادة الطرفين
59	الفرع الثالث : أن يحمل الطارئ بعد إدراج الصفقة و أثناء تنفيذها
63	الفرع الرابع : أن يؤدي الطرف الطارئ إلى قلب اقتصاديات الصفقة
الفصل الثاني : الطابع الاستثنائي الغير العادي في الصفقات العمومية	
73	المبحث الأول : الخطر وفق نظرية التقدير الغير المتوقعة للصفقات العمومية
73	المطلب الأول: أحكام الفسخ الجزائي
74	الفرع الأول : شروط الفسخ الجزائي
76	الفرع الثاني : آثار الفسخ الجزائي
82	الفرع الثالث : الفسخ المجرد
84	المبحث الثاني : الخطر وفق القوة القاهرة للصفقات العمومية
84	المطلب الأول : فسخ الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة
85	الفرع الأول : شروط ممارسة سلطة إنهاء الصفقة لدواعي المصلحة العامة
87	الفرع الثاني : آثار فسخ عقد الصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة
90	المطلب الثاني : الفسخ الاتفاقي للصفقة العمومية
90	الفرع الأول : شروط الفسخ الاتفاقي
92	الفرع الثاني : آثار فسخ الاتفاقي
95	خاتمة
	قائمة المصادر و المراجع