

التوازن المالي كأثر لنظرية فعل الأمير في التعديل الإفرادي للعقد الإداري – دراسة مقارنة-

*The Effect Of The Prince's Doctrine On The Unilateral Amendment Of
The Administrative Contract – Comparative Study-*

مولود محمودي

Mouloud MAHMOUDI

طالب دكتوراه، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد زبانة ولاية غليزان

مخبر التشريعات الدولية للبحار وأثرها على المنظومة القانونية البحرية في الجزائر

Doctorate Student, Institute Of Legal And Administrative Sciences, University Center
Ahmed ZABANA Relizane

Institute Of The International Legislation Of The Sea And Its Impact On The Marine
Legal System In Algeria

mouloud.mahmoudi@cu-relizane.dz

قويدر منقور

Kouider MANKOUR

أستاذ محاضر أ، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد زبانة ولاية غليزان

PROFESSOR LECTURER A, Institute Of Legal And Administrative Sciences,
University Center Ahmed ZABANA Relizane

kouider.mankour@cu-relizane.dz

تاريخ النشر: 2020/12/27

تاريخ القبول: 2020/07/09

تاريخ إرسال المقال: 2020/02/25

ملخص:

تلتزم الإدارة بالتوازن المالي للعقد الإداري الذي يعتبر كأثر لنظرية فعل الأمير بتعديلها الإفرادي للعقد، وعدم تحميل المتعاقد أعباء مالية زائدة، فيلتزم هذا الأخير بتنفيذ إلتزاماته التعاقدية، في المقابل يكون له الحق في التعويض الكامل في حالة إستمراره في تنفيذ العقد أو الحق في فسخ العقد في حالة إستحالة التنفيذ، وكذا الحق في إعفائه من غرامة التأخير في حالة إثباته أن فعل الأمير هو السبب في تأخره في تنفيذ تعديل العقد الإداري أو جعل تنفيذ هذه الإلتزامات مرهقا له.

إن الضرر الذي يتم تعويض المتعاقد عليه يكون نتيجة إختلال التوازن المالي للعقد، كما أنه في صور الإجراء العام في صورة تعديل شروط تنفيذ العقد يتم تعويض المتعاقد بتوافر شروط على سبيل الحصر، بخلاف صورة تعديل ظروف

تنفيذ العقد، فالقاعدة العامة يتم رفض التعويض، وإستثناء يتم التعويض في أضيق الحدود، إلا أنه يمكن مساءلة الإدارة على أساس نظرية الظروف الطارئة في حالة قلب إقتصاديات العقد.

كلمات مفتاحية:

نظرية فعل الأمير؛ التعديل الإنفرادي للعقد الإداري؛ التوازن المالي للعقد الإداري؛ حقوق المتعاقد؛ إلتزامات المتعاقد.

Abstract:

The administration is committed to the financial balance of the administrative contract, which is considered to be effect of the theory, the prince doing its unilateral amendment of the contract, and the contractor does not bear excessive financial burdens, so the latter is committed to implementing his contractual obligations, in return he has the right to full compensation in the event of continuing to Implement the contract, or the right to cancel the contract in the event of impossibility of execution, as well as the right to exempt him from the penalty of delay in the event that he proves that the prince's act is the reason for delaying the criticism of amending the administrative contract or making the implementation of these obligations are stressful for him.

it is in the damage to which the contractor is compensated is a result of the contract's financial imbalance, as well copies of the general procedure in the form of amending the conditions for the implementation of the contract, will be compensated by the availability of conditions, for example the waist, unlike the picture of modifying the conditions under which the contract was enforced, said the general rules is compensation is rejected and exception is made compensation is in the narrowest possible limits, but it can be compensated on the basis of the theory of emergency conditions in the case of the overturning of the contract economies.

keywords:

The Princes Doctrine; Solitary Amendment Of The Administrative Contract; Financial Balance Of The Administrative Contract; Rights Of The Contractor; Obligation Of The Disabled.

مقدمة:

تلجأ الإدارة من أجل سير المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة إلى إستعمال سلطتها في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة، التي تعتبر من أخطر السلطات التي تمارسها دون موافقة المتعاقد معها أو النص عليها في العقد¹، وهذا خلافا لما هو وارد في القانون المدني إذ تنص المادة 106 من القانون المدني ((العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون))²، لكن سلطة الإدارة في التعديل الإنفرادي ليس حقا مطلقا، بل يكون وفق شروط وضوابط تخضع لرقابة القضاء الإداري لإختصاصه بالفصل في النزاعات الإدارية من أجل إقامة التوازن المالي للعقد الإداري بإعتبار أن المتعاقد مع الإدارة يعتبر طرف ضعيف في العقد.

إن التعديل الإنفرادي للعقد ينتج عنه إرهاب المتعاقد بدون خطأ من الإدارة، أو ما يعبر عنه بفعل الأمير التي تعتبر من إبتداع مجلس الدولة الفرنسي الذي يجب أن تتوفر فيها شروط لتطبيقها، مما ينتج عنها آثار بالنسبة للمتعاقد، فالهدف من الدراسة يكمل في التطرق إلى الأثر الأساسي لنظرية فعل الأمير بتعديل العقد الإداري الذي يتمثل في التوازن

المالي للعقد، بعدم تكليف المتعاقد ما يفوق إمكانياته لأنه قام مسبقا بتحديد إمكانياته، فيترتب عليه إلزام بتنفيذ العقد الإداري، في المقابل يتمتع بحقوق نتيجة قيامه بتنفيذ تعديل العقد الإداري تتمثل في تعويضه تعويضا كاملا، وحقه في طلب الفسخ لإستحالة التنفيذ، وكذا حقه في إعفائه من غرامة التأخير، وعليه يمكن طرح الإشكالية الآتية: ما الأثر المترتب على إختلال تعديل العقد الإداري بفعل نظرية فعل الأمير ؟ وللإجابة على هذه الإشكالية سنعتمد على المنهج الوصفي التحليلي والمنهج المقارن وفق الخطة الآتية:

في المطلب الأول التوازن المالي للعقد الإداري في نظرية فعل الأمير، وفي المطلب الثاني: آثار التوازن المالي لتعديل العقد الإداري في نظرية فعل الأمير.

المطلب الأول: التوازن المالي للعقد الإداري في نظرية فعل الأمير

يشمل التوازن المالي للعقد الإداري بمعناه الواسع كل ما يتحمله المتعاقد من أعباء زائدة نتيجة قيام الإدارة بتصرف خاطئ أو بسبب قرارات صادرة عنها أثناء مرحلة تنفيذ العقد الإداري أو بسبب ظروف غير متوقعة خارجة عن إرادتها ما يعبر عنه بفعل الأمير، فيترتب له الحق في التعويض³، نتناول في هذا المطلب تعريف التوازن المالي للعقد الإداري في الفرع الأول، ونظرية فعل الأمير في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف التوازن المالي للعقد

التوازن المالي للعقد هو ((ضرورة وجود تناسب بين إلتزامات المتعاقد وحقوقه حتى يمكنه تنفيذ العقد على النحو المتفق عليه))، فإبرام العقد الإداري من طرف المتعاقد مع الإدارة كان الهدف منه تحقيق الربح، إلا أن إستعمال الإدارة لسلطتها قد يعوق المتعاقد من تحقيق هدفه، لذلك تم وضع شروط وضوابط للإدارة يجب عليها الإلتزام بها عند إجرائها للتعديل للعقد الإداري من أجل التوازن المالي للعقد الإداري، التي تعتبر مجرد توجيه عام الهدف منها المحافظة على طبيعة العقد الإداري عند تعديل العقد الإداري سواء بالزيادة أو النقصان، ومرجعا للقاضي الإداري في تحديد التعويض في حالة عرض النزاع أمامه، كما أن الحفاظ على التوازن المالي للعقد مرجعه إعتبارات العدالة، وتنفيذ العقد الإداري يكون بحسن نية قصد تحقيق المصلحة العامة وسير المرفق العام بانتظام، ويستوجب تعويض المتعاقد مع الإدارة دون خطأ وفق نظرية فعل الأمير⁴.

ظهرت فكرة التوازن المالي في مجال تنفيذ العقود الإدارية لأول مرة بمناسبة تنفيذ عقود إلتزام المرفق العام، في الحكم الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 1910/03/11 في قضية الشركة الفرنسية للترام، التي صاغ مفوض الدولة ليون بلوم في تقريره الذي جاء فيه ((من الأمور الجوهرية في عقود الإلتزام ضرورة أن يتحقق بقدر الإمكان التساوي بين المزايا التي تقررت للملتزم وبين الأعباء التي تفرض عليه ... فالمزايا والأعباء يجب أن تتوازي بما يحقق التوافق بين الفوائد المحتملة والإلتزامات المفروضة، ففي كل عقد إلتزام يتضمن - كما لو كان حسابا - التوازن الشريف بين ما يمنح للملتزم وبين ما يتطلب منه ... وهذا ما يطلق عليه التوازن المالي والتجاري، والمعادلة المالية لعقد الإمتياز))⁵، ولا يزال الفقه والقضاء يردد هذه العبارات لتوضيح فكرة التوازن المالي للعقد الإداري مثل الحكم الصادر عن محكمة مارسيليا بتاريخ 2015/07/13 في قضية SARL DISCIOM⁶.

يرى الباحث أن معيار منح المتعاقد التعويض الكامل عما فاتته من كسب وما لحقه من خسارة هو الذي يعتبر التوازن المالي كأثر أساسي لنظرية فعل الأمير في التعديل الإداري للعقد الإداري⁷، فبمنح المتعاقد التعويض الكامل جراء الأعباء التي تحملها بمناسبة تنفيذه لتعديل العقد، في المقابل يتم منح الإدارة سلطة تسيير المرفق العام وعدم تعطيله وتحقيق المصلحة العامة وتلبية حاجيات المواطنين ليتحقق التوازن بين المتعاقدين أو ما يسمى بالتوازن الشريف أو المعادلة المالية. نص المشرع الجزائري على التوازن المالي للعقد الإداري في قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم 247/15 في المادة 153 منه ((تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها .

يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة الأولى أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي:

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين.

- التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة.

- الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة ...))، كما أنه في حالة عدم التوصل إلى تسوية ودية للنزاع يتم عرض النزاع على لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة المحدثه بالمادة 154 من نفس المرسوم الرئاسي، والتي ألزمتها المشرع على وجوب إيجاد حل ودي ومنصف للنزاع الناجم عن تنفيذ العقد، نتمن موقف المشرع الجزائري بالتطرق إلى الحل الودي لتسوية النزاعات الخاصة بالصفقات العمومية من خلال إيجاد التوازن المالي للصفقة العمومية، وعدم تغليب مصلحة الإدارة المتعاقدة على حساب مصلحة المتعاقد معها، إلا أنه من جانب آخر تبقى باقي العقود الإدارية الأخرى من دون نظام قانوني ينظمها، وفي انتظار وضع قانون خاص بالعقود الإدارية ينظم سلطات الإدارة مثل سلطة التعديل تطبق أحكام المرسوم الرئاسي رقم 247/15 على باقي العقود الإدارية الأخرى.

طبق القضاء الإداري الجزائري التوازن المالي للعقد الإداري في أحكامه مثل الحكم الصادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في 1964/12/11 قضية بلدية فوكة والمتعامل " غاز كهرياء الجزائر "، إذ ذكر في حيثيات الحكم ((... ونظرا إلى أن المدرسة لم يكن بناؤها متوقعا حين التعاقد ... تعتبر عملا جديدا وترتب نفقات تخل بتوازن العقد، حتى ولو كانت لا تؤثر جذريا على إقتصادياته فإنه على الإدارة أن تعوض الشركة الملتزمة))⁸، وكذا القرار الصادر عن مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 2005/07/12 في قضية (ق.ع.ب) ضد مدير الشباب والرياضة لولاية البويرة تطرق فيه القاضي إلى التوازن المالي للعقد الإداري بشكل غير مباشر بقوله ((... وأن الأشغال الإضافية وبما أنها كانت ضرورية للإنجاز حسب قواعد الأشغال المطالب بإنجازها فإن صاحب المشروع ملزم بتسديدها حتى وإن لم يتلق أي أمر بإنجاز هذه الأشغال من طرف صاحب المشروع ولا صاحب المبنى))⁹، فعبارة أن صاحب المشروع ملزم بتسديد ثمن الأشغال الإضافية تدل على التوازن المالي للعقد الإداري.

الفرع الثاني: نظرية فعل الأمير

يرجع الفضل مرة أخرى لمجلس الدولة الفرنسي بإبتداعه نظرية فعل الأمير في مجال العقود الإدارية من أجل الحفاظ على التوازن المالي للعقد لتحقيق المصلحة العامة وسير المرفق العام، وقد سار مجلس الدولة المصري على نفس النهج الفرنسي بتبنيه نظرية فعل الأمير.

فالسطة الإدارية ينبغي عليها دائما السعي من أجل تحقيق النفع العام من وراء إبرامها للعقود الإدارية، فإذا إحتل التوازن المالي للعقد نتيجة تعديلها للعقد الإداري عليها مد يد المساعدة للمتعاقد معها الذي يعتبر كمعاون لها في تنفيذ العقد من أجل سير المرفق العام، وفي حالة إمتناعها سيؤدي ذلك إلى عدم الرغبة من المواطنين في التعاقد معها، ما يؤدي إلى جمود المرفق العام، فالتوازن المالي للعقد الإداري أمر مفترض في كل العقود الإدارية ومن حق المتعاقد تعويضه دون الحاجة للنص على ذلك في العقد، كما أنه ليس من المصلحة العامة والعدالة أن يتحمل المتعاقد وحده الظروف التي تطرأ على العقد¹⁰، ويتم تعويض المتعاقد تعويضا كاملا جراء التعديل الإفرادي للعقد الإداري، ويعرفها الدكتور سليمان الطماوي بأنها ((عمل يصدر من سلطة عامة دون خطأ من جانبها ينجم عنه تسوئ مركز المتعاقد في عقد إداري ويؤدي إلى إلزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضرور عن كافة الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك بما يعيد التوازن المالي للعقد))¹¹.

كما تعرف نظرية فعل الأمير بأنها كل ((إجراء تتخذه جهة الإدارة المتعاقدة بقرار فردي خاص تصدره أو بقواعد تنظيمية عامة يكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة بحيث يترتب على ذلك جعل تنفيذ المتعاقد لإلتزاماته التعاقدية أكثر كلفة مما يلحق به ضررا يستوجب التعويض))¹².

وعرفها الدكتور عمار بوضياف بأنها ((جميع الأعمال الإدارية المشروعة الصادرة عن السلطة الإدارية المتعاقدة وتؤدي إلى الإضرار بالمركز المالي للمتعاقد))¹³، وعليه يلاحظ على التعريفات الفقهية أنها عرفت نظرية فعل الأمير بأنها أعمال صادرة عن السلطة الإدارية في صورة إجراء فردي خاص أو عام دون خطأ تؤدي إلى زيادة الأعباء المالية للمتعاقد، مما ينتج عنه تعويض لصالحه من أجل التوازن المالي للعقد الإداري.

أولاً: صور عمل الأمير

الإجراءات المتخذة من الإدارة في فعل الأمير قد تتخذها في شكل قرار إداري خاص بالتعاقد أو قواعد تنظيمية عامة، ولكنها تؤثر في موضوع العقد وتعديل الظروف التي تم مراعاتها عند الإقدام على إبرام العقد، وقد تؤثر هذه الإجراءات تأثيرا مباشرا كتعديل شروط العقد بالإرادة المنفردة للإدارة أو غير مباشرة على العقد، أما التأثير غير المباشر فإنه يحدث نتيجة رفع أسعار السلع المتعاقدة عليها أو التي يستعملها في تنفيذ العقد أو رفع الأجور من قبل الإدارة.

1- الإجراءات الخاص

يتمثل الإجراءات الخاص في إستعمال الإدارة لسلطتها في تعديل العقد بإرادتها المنفردة، وله صورتين الإجراء المعدل لشروط تنفيذ العقد الإداري وذلك بالتعديل سواء بالزيادة أو بالنقصان، أو في شروطه، أو مدة تنفيذ العقد، مما يكلف المتعاقد تكاليف لم تكن في حسبانها وقت تحديده للثمن المتعاقد عليه¹⁴، والإجراء المؤثر في ظروف تنفيذ العقد الإداري

بشرط أن يكون من شأنه زيادة تكاليف مالية لم يكن في وسع المتعاقد توقعها أثناء إبرام العقد، كقيام الإدارة بأشغال عامة كتعديل مراحل سير العمل، أو إدخال وسائل حديثة من تلك المتفق عليها¹⁵.

2- الإجراء العام

يتمثل الإجراء العام في صورته كإجراء عام في القوانين أو اللوائح التي تزيد من أعباء المتعاقد مع الإدارة وله صورتين، صورة أن يؤدي إلى تعديل شروط تنفيذ العقد الإداري ((بإلغاء تلك الشروط أو بتعديل فحواه))¹⁶، يمكن للمتعاقد الحصول على التعويض الكامل بشرط أن يكون الإجراء العام أمر، وتم النص عليه من طرف المشرع بحق المتعاقد في التعويض¹⁷، وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ في الحكم الصادر عنه بتاريخ 28 أبريل 1939 في قضية بين الدولة وشركة سكك الحديد، بموجب الدعوى المقدمة من الشركة ضد التعديل الذي حدث نتيجة صدور القانون بتاريخ 16 جويلية 1935 الذي خفض نفقات الدولة في جميع الميادين بنسبة 10 %، فقامت الدولة بإسترداد مرفق السكك الحديدية في مقابل مبالغ سنوية تدفعها للشركة، ف قضى المجلس حسب تقرير المفوض (Josse) بتعويض الشركة تعويضا كاملا لتوفر شروط نظرية فعل الأمير¹⁸، وصورة أن يعدل الإجراء العام ظروف تنفيذ العقد الإداري بما يجعل هذا التنفيذ أكثر كلفة على المتعاقد مع الإدارة مثل التشريعات الضريبية أو الجمركية، يرفض مجلس الدولة الفرنسي التعويض عن الإجراء الذي يعدل ظروف تنفيذ العقد كقاعدة عامة، إلا أنه إستثناء يقبل التعويض في حدود ضيقة، كما أنه يمكن للمتعاقد طلب التعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة في حالة رفض التعويض على أساس نظرية عمل الأمير¹⁹.

إعتمدت فكرة التوازن المالي للعقد الإداري في الفقه والقضاء الإداريين الفرنسي والمصري كأساس قانوني لنظرية فعل الأمير تبرر التعويض الذي يحصل عليه المتعاقد مع الإدارة عن الأضرار التي تصيبه ، وحجتهم في ذلك النية المشتركة للطرفين المتعاقدين بمعنى أن ((إعادة التوازن المالي للعقد هي أثر لتطبيق شرط تعاقدى ضمني للنية المفترضة للمتعاقدين أثناء التعاقد))²⁰، وفي الجزائر نفس الرأي إعتد التوازن المالي للعقد الإداري كأساس لنظرية فعل الأمير حسب المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15، وتنص المادة 486 من القانون المدني الجزائري ((إذا ترتب على عمل قامت به السلطة الإدارية بمقتضى القانون نقص كبير في الإنتفاع بالعين المؤجرة جاز لمستأجر حسب الظروف أن يطلب فسخ الإيجار أو إنقاص ثمنه وله أن يطالب بتعويضه إذا كان عمل السلطة الإدارية قد صدر بسبب يكون المؤجر مسؤولا عنه كل هذا ما لم يوجد إتفاق يقضي بخلاف ذلك))، فالعمل الذي نص عليه المشرع في المادة بتدخل السلطة الإدارية بمقتضى القانون يسبب نقص كبير في الإنتفاع بالعين المؤجرة للمستأجر وهذا ما يعبر عنه بفعل الأمير، فيترب للمستأجر الحق في الفسخ أو إنقاص الثمن أو الحق في طلب التعويض على أساس التوازن المالي للعقد.

ونصت التعليمات الصادرة عن وزير الداخلية تحت رقم 842/94.3 بتاريخ 07 ديسمبر 1994 على سلطة الإدارة مانحة الإمتياز أن تحافظ على التوازن المالي للمشروع ((... لما كان للإدارة مانحة الإمتياز أن تتدخل كما سبقت الإشارة إليه وتعديل قوائم الأسعار، وقواعد تشغيل وتسيير المرفق العام محل الإمتياز، فإنه ليس من العدل في حالة حدوث أضرار مالية، أن يقوم الملتزم بتحملها، وعليه فمن المسلم به، أن كل إخلال من طرف الإدارة مانحة الإمتياز بالتوازن المالي للعقد، يجب عليها أن تتحمله ... إن حقوق الملتزم في هذه الحالة مرتبطة بضمان سير المرفق العام موضوع الإمتياز

بإنتظام وإضطراب، بحيث من واجبه أن يستمر في أداء الخدمات، وإشباع الحاجات العامة للمتفاعلين دون توقف، ولا يعفيه من هذا الإلتزام إلا القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ (...))²¹.

ثانيا: شروط تطبيق نظرية عمل الأمير

1- أن يتعلق الأمر بعقد إداري فلا تطبق في القانون الخاص حتى وإن كانت الإدارة طرفا في العقد، وقد أخذت محكمة القضاء الإداري المصري في حكمها الصادر بتاريخ 03 مارس 1957 بهذا الشرط ((متى كان الأمر بين الشركة والحكومة خارجا عن نطاق الرابطة العقدية، فإن طلب التعويض عن الأضرار التي تترتب على التشريع الجديد إستنادا إلى نظرية " عمل الأمير " يكون على غير أساس سليم من القانون إذ من المقرر أن المسؤولية التي تترتب التعويض في نطاق نظرية " أعمال الأمير " لا تقوم إلا في حالة ما إذا كان المضرور بسبب التشريعات الجديدة تربطه بالدولة رابطة عقدية أثر فيها التشريع الجديد (...))²².

2- صدور الإجراء من السلطة الإدارية التي أبرمت العقد : فيشترط لتطبيق هذه النظرية أن يكون الفعل صادر عن السلطة الإدارية وليس سلطة أخرى، وإلا طبقت نظرية الظروف الطارئة إذا ما توافرت شروط أخرى، وهذا الشرط لم يطبقه مجلس الدولة إلا حديثا، ومن أهم الأحكام الحكم الصادر بتاريخ 2020/02/06 في قضية SARL AGENCE ORGANICOM²³.

ومن تطبيقات نظرية فعل الأمير في الجزائر، القرار الصادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في 1964/12/11 الذي تتلخص وقائعه في الصفقة المبرمة بين بلدية فوكة والمتعامل " غاز كهرباء الجزائر " من أجل توصيل الأعمدة والخطوط الكهربائية، إلا أن بلدية فوكة أصدرت قرار يتعلق ببناء مدرسة في المسار المحدد لمدا الأعمدة والخطوط الكهربائية، مما ترتب عنه قيام المتعامل المتعاقد بتغيير مسار وجه الأعمدة وتحمله أعباء مالية إضافية من أجل تنفيذ موضوع الصفقة، وعند مطالبته البلدية بالتعويض رفضت، فلجأ إلى الغرفة الإدارية لمجلس قضاء العاصمة الذي كيف عمل البلدية بأنه داخل في فعل الأمير للإعتبارات الآتية: تعلق موضوع النزاع بعقد صفقة عمومية ، عدم توقع المتعامل المتعاقد لقرار بناء المدرسة، صدور قرار بناء المدرسة عن المصلحة المتعاقدة²⁴.

3- أن يتسبب هذا الإجراء أو الفعل الضار ضررا للمتعاقد وهذا ما يؤدي إلى إختلال التوازن المالي للعقد، كما لا يشترط في الضرر درجة معينة من الجسامة مثل الحكم الصادر عن محكمة بوردو بتاريخ 2018/05/09 في قضية SOCIETE LYONNAISE DE EAUX FRANCE²⁵، فدرجة جسامة الضرر تتمثل في الضرر الفعلي الذي يصيب المتعاقد أو ينقص من الربح الذي كان يهدف إليه عند تعاقد مع الإدارة، إلا أنه في الغالب إذا أدى تعديل العقد الإداري إلى إختلال التوازن المالي للعقد فيتم تعويض المتعاقد عن الضرر الذي أصابه²⁶.

4- أن يكون الضرر الذي أصاب المتعاقد ضررا خاصا، فإذا كان الضرر الذي يطلب المتعاقد التعويض عنه لا يتعلق به فقط بل أصاب عدد غير محدود من المتعاقدين، فلا يمكن تطبيق نظرية فعل الأمير.

5- أن يكون الإجراء المتخذ من الإدارة مشروعاً أي أن مسؤولية الإدارة في هذه الحالة تترتب على أساس المسؤولية العقدية بلا خطأ بإختلال التوازن المالي للعقد، وليس على أساس المسؤولية بخطأ بفعل ممارسة الإدارة لسلطتها على نحو غير مشروع كعدم إستهداف المصلحة العامة مثلاً²⁷.

6- أن يكون الإجراء الصادر من الإدارة غير متوقع، فإذا كان الإجراء صادر من الإدارة متوقع لا يتم تطبيق نظرية فعل الأمير وتطبق نصوص العقد وهو ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصرية في الحكم الصادر بتاريخ 30 يونيو 1957 ((ومن شروط تطبيق عمل الأمير أن يكون الإجراء أو التشريع الجديد غير متوقع الصدور وقت التعاقد، فإذا توقعته نصوص العقد فإن المتعاقد مع الإدارة يكون قد أبرم العقد وهو مقدر لهذه الظروف الأمر الذي يترتب عليه تعذر الإستناد إلى نظرية فعل الأمير))²⁸.

كما أن الإجراء الصادر من الإدارة غير المتوقع لإثباته يجب أن يستند إلى معيار موضوعي وليس معيار شخصي بمعنى يستحيل بالنسبة لأي متعاقد مع الإدارة في وضع المتعاقد الحالي أن يتوقع وقت إبرام العقد الإجراء الصادر من الإدارة غير المتوقع، كما أن هذا الشرط يخضع لرقابة القاضي الإداري للتحقق من مدى توقع الإجراء الصادر من الإدارة أم لا لتحديد مبلغ التعويض المستحق للمتعاقد²⁹.

المطلب الثاني: آثار التوازن المالي للعقد الإداري في نظرية فعل الأمير

إن من الآثار المترتبة على التوازن المالي للعقد الإداري في نظرية فعل الأمير بتعديل الإدارة للعقد الإداري إلزام المتعاقد بتنفيذ تعديل العقد الإداري (الفرع الأول)، وحقوق المتعاقد نتيجة التوازن المالي للعقد الإداري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: إلزام المتعاقد بتنفيذ تعديل العقد الإداري

لا يمكن للمتعاقد إثر قيام الإدارة بتعديل العقد الإداري الإمتناع عن تنفيذه ما دام أن الإدارة تسعى لتحقيق المصلحة العامة وكذا لمشروعية تعديل العقد الإداري من طرفها، كما أنه في المقابل يكون للمتعاقد الحق في التعويض الكلي بتطبيق نظرية فعل الأمير، وعليه فلا يعقل أن يخضع تنفيذ تعديل العقد الإداري للسلطة التقديرية للمتعاقد في تنفيذ التعديل أو الإمتناع عن تنفيذه، وقد جاء في قرار ديوان المظالم بالسعودية ((ليس للمتعاقد مع الإدارة إزاء تعديلها شروط العقد سوى حق المطالبة بالتعويض، فلا يسوغ له الدفع بعدم التنفيذ مهما ترتب عليه من إطالة مدة التنفيذ طالما كان في مكنه الإستمرار في العمل بعد إجراء التعديلات والإضافات المطلوبة))³⁰، لذلك سنتناول مبررات تنفيذ تعديل العقد الإداري التشريعية (أولاً)، ومبررات تنفيذ تعديل العقد الإداري القضائية (ثانياً).

أولاً: مبررات تنفيذ تعديل العقد الإداري التشريعية:

إن تعديل العقد الإداري من طرف الإدارة يتم بقرار إداري، لذلك فإن تنفيذ القرار يجب تنفيذه وهو إلزام تشريعي.

1- تعديل العقد الإداري يتم في شكل قرار إداري:

إن الغاية من صدور قرار تعديل العقد الإداري هو تحقيق المصلحة العامة وسير المرفق العام بانتظام، فمن آثار القرار الإداري أن له قوة تنفيذية دون الحاجة للجوء للقضاء وطلب الصيغة التنفيذية من أجل تنفيذه مادام قرار تعديل العقد الإداري مشروع فهو مبرر لتنفيذ قرار التعديل³¹.

2- تنفيذ قرار التعديل إلزام تشريعي:

إن إلزام المتعاقد بتنفيذ قرار تعديل العقد الإداري هو إلزام تشريعي، إذ نصت المادة 12 فقرة 4 و 5 من دفتر الشروط الإدارية العامة على لزوم خضوع المتعاقد لقرار التعديل الإفرادي وتنفيذ أوامر المصلحة بكل دقة، وتضيف الفقرة 7 من نفس المادة ((... إن مطالبة المقاول تلك لا تبيح له توقيف تنفيذ أمر المصلحة إلا إذا أمر بخلاف ذلك مهندس الدائرة أو المهندس المعماري))، وتنص المادة 35 فقرة 1 من دفتر الشروط الإدارية العامة ((إذا لم يتقيد المقاول بشروط الصفقة أو بأوامر المصلحة التي يتلقاها من مهندس الدائرة أو المهندس المعماري، يعتمد المهندس الرئيس على إنذاره بلزوم التقيد بتلك الشروط والأوامر في أجل يحدد بمقرر يجرى إبلاغه له بموجب أمر المصلحة))³².

كما أن تنفيذ قرار التعديل أخضعه المشرع الجزائري إلى حق الإدارة في تطبيق عقوبات جزائية منها عقوبة التأخير في تنفيذ قرار التعديل حسب المادة من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 في المادة 147 منه ((يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الإلتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق فرض عقوبات مالية...)).

ثانيا: مبررات تنفيذ تعديل العقد الإداري القضائية

بعد تعرفنا على المبررات التشريعية التي تلزم المتعاقد بتنفيذ قرار تعديل العقد الإداري، فإن هناك مبررات قضائية تتمثل في مبرر تنفيذ قرار تعديل العقد تطبيقاً لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد الإداري، وإمتهاده للعقد الأصلي.

1- مبرر تنفيذ قرار تعديل العقد الإداري من مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية

إن تنفيذ العقد الإداري بحسن نية يعتبر إلزام من إلزام أطراف العقد في القانون المدني، وهذا الأخير الذي يعتبر الشريعة العامة الذي تخضع له العقود الإدارية في حالة عدم وجود نص في القانون العام، إذ تنص المادة 107 من قانون المدني ((يجب تنفيذ العقد طبقاً لما إشتمل عليه بحسن نية ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام))، وقد أكدت المحكمة الإدارية المصرية على مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية ((... من المبادئ المسلمة أن العقود تخضع لأصل عام من أصول القانون يقضي بأن يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، وهذا الأصل مطبق في العقود الإدارية شأنها في ذلك شأن العقود المدنية))، كما أن مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد الإداري يوجب على الإدارة عند تعديلها للعقد الإداري أن يكون مبرراً بتوافر الشروط، وإحترامها للقيود التشريعية والقيود العامة وعدم الانحراف بسلطتها في التعديل بسحب العقد من متعاقد ومنحه لمتعاقد آخر من دون سبب يبرر ذلك، وهذا ما يؤدي إلى قيام مسؤوليتها على عيب الانحراف بالسلطة أمام قاضي تجاوز السلطة، أو تقوم الإدارة بتنفيذ العقد بنفسها ما يؤدي إلى عدم قيام المتعاقد بتنفيذ العقد الإداري³³.

2- إمتداد قرار تعديل العقد الإداري للعقد الأصلي:

إن سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري يجب أن تقتصر على موضوع العقد ولا تتجاوز به بأن تمس بجوهر العقد أو تغير موضوعه لأن المتعاقد فقد قام عند إبرامه للعقد بدراسة إمكانياته جيدا من أجل تنفيذ العقد الإداري، لذلك فإن قرار تعديل العقد الإداري هو إمتداد للعقد الأصلي وليس عقد جديد، مما يترتب عليه إلزام ضد المتعاقد بتنفيذه على أساس أنه عقد غير جديد، وهو ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في مصر في قرارها الصادر في 1969/07/05 ((من المبادئ المقررة أن العقود الإدارية تتميز بطابع خاص، مناطه إحتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، ولما كان العقد الإداري يتعلق بمرفق عام فلا يسوغ للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق بحجة أن ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلى الإخلال بالوفاء بأحد التزاماتها، بل يتعين عليه أداء هذه الإعتبارات أن يستمر في التنفيذ مادام ذلك في إستطاعته، ثم يطالب جهة الإدارة بالتعويض عن إخلالها بالتزاماتها وإن كان لذلك مقتضى، وكان له فيه وجه حق فلا يسوغ له الإمتناع عن تنفيذ العقد بإرادته المنفردة وإلا حقت مسألته عن تبعة فعله السليبي))³⁴.

الفرع الأول: حقوق المتعاقد نتيجة التوازن المالي للعقد الإداري

إن من الحقوق التي تنتج للمتعاقد بالتزام الإدارة بالتوازن المالي للعقد الحق في التعويض الكامل يشمل كل ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب، والحق في طلب فسخ العقد إذا تبين أن هناك صعوبة في تنفيذ العقد بعد تعديله، كما له الحق في الإعفاء من غرامة التأخير في حالات معينة.

نتطرق في هذا الفرع إلى تعويض المتعاقد تعويضا كاملا (الفرع الأول)، فسخ العقد (الفرع الثاني)، الإعفاء من غرامة التأخير (الفرع الثالث).

أولا: تعويض المتعاقد مع الإدارة تعويضا كاملا

ينتج على تطبيق نظرية فعل الأمير تعويض المتعاقد مع الإدارة تعويضا كاملا عن كافة الأضرار التي لحقت به جراء التعديل الإنفرادي للعقد الإداري يعيد التوازن المالي للعقد، ويختلف تحديد التعويض فيما إذا تم تحديده في العقد أو بواسطة المشرع أو في حالة عدم تحديد التعويض نهائيا³⁵، والحكم الصادر عن محكمة القضاء الإداري المصري أكد ذلك بقوله ((طبقا لنظرية فعل عمل الأمير تلزم الإدارة بتعويض المتعاقد معها عن جميع الأضرار التي تلحقه من جرائه بما يعيد التوازن المالي للعقد))³⁶.

1- تحديد التعويض في العقد:

ففي هذه الحالة يتم الإتفاق على تحديد التعويض بين الإدارة والمتعاقد معها مسبقا أثناء توقيع العقد ولا يمكن للإدارة إدراج نص يتضمن إعفائها من التعويض في حالة وقوع ضرر جراء التعديل الإنفرادي للعقد الإداري، فقد أجمع الفقه الفرنسي على عدم مشروعية هذا الشرط، أما في مصر فقد أيد الفقه الغالب هذا الإتجاه، وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصري ((من المقرر في العقود الإدارية أن جهة الإدارة لا تملك أن تضع فيها نصا عاما بعدم مسؤوليتها يعفيها من الإلتزام بتعويض الضرر الحادث للمتعاقد معها، لأن ذلك يتعارض مع المبادئ المقررة في القانون الإداري من ثبوت حق المتعاقد مع الإدارة في التعويض طبقا للنظريات السائدة في نظام العقود الإدارية ومنها حقه في التوازن المالي

للعقود الإدارية³⁷، لكن يجوز الإتفاق بين الإدارة والمتعاقد على إستبعاد التعويض عن جزء من الأضرار التي تصيب المتعاقد نتيجة إجراء تتخذه الإدارة كفرض الضرائب وذلك بسبب تخلف شرط عدم التوقع ويتشدد القضاء الإداري الفرنسي والمصري في تفسير هذا الشرط ويضيق منه³⁸.

وفي الجزائر فقد تضمن دفتر الشروط الإدارية العامة في المادة 32 منه على حق المتعاقد في التعويض جبرا للضرر اللاحق به ((... فيستطيع المفاوض عندئذ أن يقدم عند إنتهاء الحساب طلبا بالتعويض مركزا على الضرر المسبب له من جراء التعديلات الحاصلة بهذا الشأن في إحتياطات المشروع...)).

2-تحديد التعويض من طرف المشرع:

في حالة تحديد التعويض من طرف المشرع يجب على طرفي العقد الإلتزام به، وهو ما تم تكريسه في القانون الفرنسي المتعلق بفسخ العقود المبرمة لتوفير حاجات مرفق الدفاع الوطني الصادر بتاريخ 5 سبتمبر 1940، والذي تطرق إلى كيفية تعويض المتعاقدين الذين إختيروا من جراء فسخ عقودهم بقوة القانون³⁹.

3-عدم تحديد التعويض من طرف المشرع:

يقوم القضاء بتحديد التعويض الكامل عن الضرر الذي أصاب المتعاقد والريح الذي ضاع منه في حالة عدم تحديده من طرف المشرع، حيث جاء في قرار المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ 1957/06/30 ((يشمل التعويض عن فعل الأمير عنصرين هما:

1- ما لحق المتعاقد مع الإدارة من خسارة، ويتضمن هذا العنصر المصروفات الفعلية التي أنفقها المتعاقد وهذه المصروفات تختلف بإختلاف الأحوال وطبيعة التعديل ونتائجه، كما أنه من الجائز أن يترتب على تعديل العقد أثناء تنفيذه خسائر متنوعة وفي هذه الحالة يجب تقدير هذه الخسائر ما دامت العلاقة السببية قائمة بينها وبين الإجراء الذي طلبت جهة الإدارة من المتعاقد معها إتخاذ مثل طلب الإدارة.

2- ما فات المتعاقد مع الإدارة من كسب إعتبارا بأنه من حقه أن يعوض عن ماله، إلا أنه يجب عدم تجاوز التعويض حجم الضرر الحقيقي الذي أصاب المتعاقد ويتم تقدير ذلك من طرف القاضي عن طريق الخبرة، إلا أنه يشترط للحصول على التعويض وجوب توافر مايلي:

أ-عدم مساهمة المتعاقد المضروب بخطئه في إحداث بعض الأضرار المترتبة على فعل الأمير.

ب-عدم تضمين العقد الإداري نصا يعفي الإدارة المتعاقدة من المسؤولية.

ج-أن يستمر المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد قدر إستطاعته⁴⁰، فمن الخسارة التي تلحق المتعاقد إصدار الإدارة قرار يعدل العقد بالإسراع في تنفيذ الأشغال، ما ينجم عنه إختلال التوازن المالي للعقد بالنسبة للمتعاقد بزيادة أعباء مالية⁴¹، أما بخصوص إعفاء الإدارة من المسؤولية في حالة إختلال تعديل العقد الإداري فقد قررت محكمة القضاء الإداري ذلك بقولها ((من المقرر في العقود الإدارية أن جهة الإدارة لا تملك أن تضع نصا عاما يعفيها من الإلتزام بتعويض الضرر الحادث للمتعاقد معها، لأن ذلك يتعارض مع المبادئ المقررة في القانون الإداري من ثبوت حق المتعاقد مع الإدارة في التعويض طبقا للنظريات السائدة في نظام العقود الإدارية ومنها حقه في التوازن المالي))⁴².

طبق مجلس الدولة الجزائري آثار نظرية فعل الأمير في القرار الصادر عنه بتاريخ 09 أفريل 2001 في قضية (متر، ب) ضد رئيس المجلس الشعبي لبلدية المغير ومن معه في الصفقة العمومية المبرمة بينهما، وتم تقدير التعويض الكامل على أساس عنصر الخسارة اللاحقة والكسب الضائع⁴³، نلاحظ أن المشرع الجزائري ساير الأنظمة القضائية المقارنة بإعتماده في تحديد التعويض على ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاتته من كسب.

رفض مجلس الدولة الفرنسي في بعض الحالات التعويض على أساس نظرية فعل الأمير:

1- في مجال الإجراءات الضريبية: إعتبر مجلس الدولة الفرنسي مجال الإجراءات الضريبية تكاليف عامة مفروضة

على الجميع ولا تقتصر على المتعاقد، إلا أنه إذا أدى فرض الضرائب إلى قلب إقتصاديات العقد، فإنه يمكن تعويض المتعاقد على أساس نظرية الظروف الطارئة وليس نظرية فعل الأمير.

2- في مجال الإجراءات الإقتصادية والنقدية: مثل التشريع المتعلق بالإستيراد والتصدير أو التشريع المحدد للسعر

وكذا الإجراءات المتعلقة بالنظم النقدية أو الإقتصادية⁴⁴.

ثانيا: فسخ العقد

يمكن للإدارة في حالة إستحالة تنفيذ تعديل العقد الإداري فسخ العقد الإداري بإرادة المنفردة، إلا أن المتعاقد لا يمكن له فسخ العقد إلا عن طريق القضاء، وذلك أمام قاضي العقد بإعتباره صاحب الإختصاص الأصيل بالفصل في المنازعات التي تطرأ عن تنفيذ العقد الإداري، الذي يكيف فعل الأمير في هذه الحالة بالقوة القاهرة⁴⁵، وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا ((لما كان من المسلم به أن المتعاقد مع جهة الإدارة لا يملك فسخ العقد بإرادته المنفردة بقرار منه في حالة إخلال جهة الإدارة بالتزاماتها التعاقدية، وإنما يتعين عليه اللجوء إلى القضاء يطلب فسخ العقد، هذا الفسخ القضائي وصفه جزاء لخطأ الإدارة لا يوقع إلا إذا ثبت أن جهة الإدارة المتعاقدة قد إقترفت خطأ عقديا بحسبان أن الجزاء الأصيل الواجب توقيعه على جهة الإدارة في حالة تحقق مسؤوليتها العقدية هو التعويض))⁴⁶، إن الدعوى المقدمة من المتعاقد بخصوص طلب فسخ العقد لا يترتب عليها توقفه عن تنفيذ العقد الإداري المعدل، كما أنه يمكن للإدارة فرض عليه غرامات التأخير في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية، إلا أنه وبصدور قرار فسخ العقد يتم إعفاء المتعاقد من التزاماته التعاقدية وكذا غرامات التأخير المفروضة عليه⁴⁷.

وتضمن المرسوم الرئاسي رقم 247/15 في المادة 151 منه على الفسخ للصفقة العمومية عندما يكون مبررا

بظروف خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد.

ثالثا: الإعفاء من غرامات التأخير

يعرف الدكتور سليمان الطماوي الجزاءات المالية بأنها ((عبارة عن المبالغ التي يحق للإدارة أن تطالب بها المتعاقد عند إخلاله بالتزاماته التعاقدية، ويكون الغرض منها إما تغطية ضرر حقيقي لحق بالإدارة نتيجة لخطأ المتعاقد أو توقيع عقاب على المتعاقد بغض النظر عن أي ضرر لحق بالإدارة))⁴⁸، ومن بين الجزاءات المالية التي توقعها الإدارة على المتعاقد منها غرامات التأخير التي تعتبر عن مبالغ إجمالية من المال يتم تقديرها من الإدارة سلفا، ويتم إدراجها بالعقد يتم فرضها كجزء على الطرف المخل بالتزاماته، وقد نص المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية

وتفويضات المرفق العام في المادة 147 منه ((يمكن أن ينبجر عن عدم تنفيذ الإلتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به...))، وتوقيع غرامات التأخير من الإدارة على المتعاقد معها في حالة عدم تنفيذ المتعاقد لتعديل العقد الإداري يتم تحديده إما:

1- وجود نص في العقد يحدد غرامة التأخير.

2- بتدخل المشرع والنص على غرامة التأخير في القوانين والأنظمة للمناقصات والمزايدات والعقود الإدارية.

ويمكن للمتعاقد مع الإدارة أن يطلب من الإدارة إعفائه من غرامات التأخير المالية إذا أثبت أن تأخيره في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية في الأجل المحدد في العقد أو أن تنفيذ هذه الإلتزامات أصبح مرهقا له وكلفه أعباء زائدة بسبب فعل الأمير، وفي حكم لمحكمة القضاء الإداري الصادر بتاريخ 1956/01/11 قرر بأنه يمكن ((للإدارة إعفاء المتعاقد معها من غرامات التأخير كليا أو جزئيا في الحالات التالية:

1- إذا كانت جهة الإدارة هي المتسببة في مدة التأخير.

2- إذا كان المتعهد ضحية خالصة لقوة قاهرة.

3- إذا طلب المتعهد رسميا أجل جديد للتوريد وتم الموافقة من طرف الإدارة دون تحفظ من جانبها.

4- إذا قدرت جهة الإدارة ظروف المتعهد وقررت إعفائه من آثار مسؤوليته عن التأخير⁴⁹.

وإشترط المشرع الجزائري لإعفاء المتعاقد من العقوبات المالية بسبب التأخير أن لا يكون المتعاقد هو المتسبب في تأخير تنفيذ إلتزاماته، إذ نصت المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 ((... يعود القرار بالإعفاء من دفع العقوبات المالية بسبب التأخير إلى مسؤولية المصلحة المتعاقدة ويطبق هذا الإعفاء عندما لا يكون التأخير قد تسبب فيه المتعامل المتعاقد الذي تسلم له في هذه الحالة أوامر بتوقيف الأشغال أو بإستئناها...))، وكذا القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1989/12/16 في قضية (ع.ط) ضد والي ولاية قالمة الذي أعفى المقاول من غرامة التأخير بسبب أن التأخير كان بسبب الإدارة وليس المقاول⁵⁰، يلاحظ على أن المشرع الجزائري وكذا القضاء الإداري يعتمد على سبب إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير أن يكون المتسبب في التأخير في تنفيذ إلتزاماته التعاقدية هو الإدارة، بخلاف القضاء الإداري المصري وبالتحديد في الحكم الصادر عن محكمة القضاء المصري بتاريخ 1956/01/11 حدد حالات يتم فيها إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير، مما وسع من إمكانية إعفاء المتعاقد من غرامة التأخير.

يمكن للمتعاقد الجمع بين الحصول على التعويض الكامل والفسخ في حالة إستحالة تنفيذ العقد، أو الجمع بين التعويض الكامل وإعفائه من غرامات التأخير إذا كان ليس هو المتسبب في التأخير⁵¹.

خاتمة

الحماية التي عنيت بها فكرة التوازن المالي للعقد ليس الغاية منها حماية مصلحة المتعاقد فقط، بل تحقيق المصلحة العامة وسير المرفق العام بانتظام، وتهدف نظرية التوازن المالي للعقد إلى ضرورة قيام الإدارة بمعالجة الخلل، وإقامة التوازن المالي للعقد الذي يعتبر الأثر الأساسي لنظرية فعل الأمير في التعديل الإنفرادي للعقد الإداري، وعدم تكليف المتعاقد ما

لا يطبق لأنه قام مسبقا بتحديد إمكانياته عند إبرام العقد، فيقع على عاتق المتعاقد الالتزام بمواصلة تنفيذ العقد الإداري المعدل في المقابل يتمتع بحقوق تتمثل في منحه تعويضا كاملا سواء بالنص على ذلك في العقد أو من طرف المشرع، وفي غياب ذلك يتم اللجوء إلى القضاء الذي يتم تقدير التعويض عما أصاب المتعاقد من خسارة وما فاتته من كسب، وفي الإجراء العام في صورته الأولى المتعلق بتعديل شروط تنفيذ العقد الإداري بإلغاء تلك الشروط أو بتعديل فحواها يحصل المتعاقد على التعويض بشرط أن يكون الإجراء العام آمرا، ولم يتم إسبتهاده من المشرع صراحة، أما في صورته الثانية في تعديل ظروف تنفيذ العقد كقاعدة عامة يتم رفض التعويض، وإستثناء يمكن التعويض في أضيق الحدود، إلا أنه يمكن إقامة مسؤولية الإدارة على أساس نظرية الظروف الطارئة إذا أدى إلى إختلال التوازن المالي للعقد، والضرر الذي يتم في الغالب التعويض عنه هو الذي يؤدي إلى إختلال التوازن المالي للعقد، كما أنه يمكن إعفاء المتعاقد من التنفيذ في حالة إستحالة تنفيذ العقد الإداري وطلب الفسخ وكذا عدم توقيع غرامة التأخير إذا كان عمل الإدارة هو المتسبب في التأخير، إلا أن المتعاقد يكون له الحق في التعويض الجزئي في حالة ثبوت مساهمته بخطئه في حدوث الضرر، كما أن حق المتعاقد في التوازن المالي للعقد الإداري هو إمتداد للمقابل المالي.

إن الشرط المتعلق بصدور الفعل من الإدارة العامة في نظرية فعل الأمير، قد عدل عنه القضاء الفرنسي وأصبح يشترط لتطبيق نظرية فعل الأمير أن يكون الفعل صادر من الإدارة المتعاقدة وليس الإدارة العامة. من المستحسن أن يتم مستقبلا وضع نظام قانوني خاص بالعقود الإدارية وتعديلها وعدم الإقتصار على تنظيم الصفقات العمومية فقط، وتوسيع من حالات إعفاء المتعاقد في غرامات التأخير.

قائمة المراجع:

I. النصوص القانونية:

- (1) الأمر رقم 58/75، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، تاريخ الصدور 1975/09/26، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 78، تاريخ الصدور 1975/09/30.
- (2) المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، تاريخ الصدور 16 سبتمبر 2015، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 50، تاريخ الصدور 2015/09/20.
- (3) دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المتعلقة بوزارة تحديد البناء والأشغال العمومية والنقل، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 6، تاريخ الصدور 19 يناير 1965.

II. الكتب:

- (1) هاني عبد الرحمان إسماعيل، النظام القانوني لعقد التوريد (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2012 م.
- (2) هشام حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2015 م.
- (3) زينب سالم، الرقابة القضائية على العقد الإداري في مرحلة التنفيذ، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2016 م.
- (4) ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2015 م.
- (5) محمد مقبل سالم العندي، آثار العقد الإداري (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، 2015 م.
- (6) محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي.
- (7) نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية.
- (8) سليمان محمد طماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، مطبعة جامعة عين شمس، دار الفكر العربي.
- (9) عبد العزيز عبد المنعم، الوحي في الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتاب الحديث.
- (10) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، مصر، 2004 م.
- (11) عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيمًا، جلال حزي وشركائه، منشأة المعارف، مصر، 2009 م.
- (12) عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، طبعة مزيّدة ومنقحة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر.
- (13) مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلحاني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2008 م.

III. المقالات:

- (1) واصف يوسف الزبون، مدى مشروعية نص العقد على مخالفة نظريات إعادة التوازن المالي: دراسة مقارنة، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الشرعية والقانونية غزة، 20/02/2020. Consulté le <https://journals.iugaza.edu>

- (2) مخلص توفيق مشاوش خشمان، محمد يوسف الحسين، العقود الإدارية وجزائها في فقه القضاء الإداري الأردني والقضاء، دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد 43، ملحق 3، 2016.
- (3) مجدوب عبد الحليم، خلاصي عبد الاله، نظرية عمل الأمير ودورها في الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري (دراسة مقارنة)، مجلة المشكاة في الاقتصاد والتنمية والقانون، المجلد 05، العدد 10، السنة 2019، الجزائر.
- (4) جابري فاطمة، حق التعاقد مع الإدارة في ضمان الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 3، العدد 11، سبتمبر 2018، الجزائر.

IV. رسائل الدكتوراه:

- باللغة العربية:

- (1) هاشمي فوزية، آثار تنفيذ الصفقات العمومية على الطرفين المتعاقدين - دراسة مقارنة-، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي ليايس بلعباس 19 مارس 1962، 2018/2017.
- (2) محفوظ عبد القادر، أثر تغير الظروف على تنفيذ العقد الإداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2019/2018.

- باللغة الأجنبية:

- (1) Aiad SHWEKAT, Les droits et les obligations des parties au contrat administratif dans les droits français et libyen Etude comparative, ED SJP Science Politique, UNIVERSITE DE TOULOUSE 1 CAPITAL, 04 Juin 2016. www.theses.fr.

V. مذكرات الماجستير:

- (1) عباد صوفية، المركز القانوني للمتعاقد في تنظيم الصفقات العمومية الجزائري، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار عنابة، 2011.
- (2) الإجتهد القضائي:
- (1) سايس جمال، رشيد خلوفي، الإجتهد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء 5 و 6، طبعة 2، منشورات كليك، الجزائر، 2018 م.

•ARRETS CITES:

- (1) CCA DE MARSEILLE, 6^{ème} Chambre Formation à 3, 13/07/2015, N° 13MA04378, inédit au recueil Lebon. <https://www.legifrance.gouv.fr>. (consulté le 16/05/2020)
- (2) CCA DE LYON, 4^{ème} Chambre 06/02/2020, N°18LY01969, inédit au recueil Lebon. <https://www.legifrance.gouv.fr>. (consulté le 16/05/2020)
- (3) CCA BORDEAUX, 1^{er} Chambre Formation à 3, 09/05/2018, N°15BX 0270, inédit au recueil Lebon. <https://www.legifrance.gouv.fr>. (consulté le 16/05/2020).

- ¹ - المرسوم الرئاسي رقم 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، تاريخ الصدور 16 سبتمبر 2015، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 50، تاريخ الصدور 20/09/2015، المادة 136 منه، ص.136.
- ² - الأمر رقم 58/75، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، تاريخ الصدور 26/09/1975، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 78، تاريخ الصدور 30/09/1975، ص.7.
- ³ - نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، ص.604.
- ⁴ - عبد العزيز عبد المنعم، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتاب الحديث، ص.ص.191.192.
- ⁵ - نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.602.
- ⁶ - CCA DE MARSEILLE, 6^{ème} Chambre Formation à 3, 13/07/2015, N° 13MA04378, inédit au recueil Lebon. <https://www.legifrance.gouv.fr>. (Consulté le 16/05/2020)
- ⁷ - محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، ص.300.
- ⁸ - عباد صوفية، المركز القانوني للمتعاقل في تنظيم الصفقات العمومية الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار عنابة، 2011، ص.64.
- ⁹ - سايس جمال، رشيد خلوفي، الإجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء 5، طبعة 2، منشورات كليك، الجزائر، 2018 م، ص.ص.2060.2061.
- ¹⁰ - هاني عبد الرحمان إسماعيل، النظام القانوني لعقد التوريد (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2012 م، ص.1158.
- ¹¹ - نفس المرجع، ص.ص.72.73.
- ¹² - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، مصر، 2004 م، ص.193.
- ¹³ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، طبعة مزيطة ومنقحة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ص.238.
- ¹⁴ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيمًا، جلال حزي وشركائه، منشأة المعارف، مصر، 2009 م، ص.ص.171.172.
- ¹⁵ - جابري فاطمة، حق المتعاقل مع الإدارة في ضمان الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 3، العدد 11، سبتمبر 2018، الجزائر، ص.190.
- ¹⁶ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيمًا، المرجع السابق، ص.172.
- ¹⁷ - مجدوب عبد الحليم، خلاصي عبد الاله، نظرية عمل الأمير ودورها في الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري (دراسة مقارنة)، مجلة المشكاة في الإقتصاد التنموية والقانون، المجلد 05، العدد 10، السنة 2019، الجزائر، ص.251.
- ¹⁸ - جابري فاطيمة، المرجع السابق، ص.188.
- ¹⁹ - سليمان محمد طماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، مطبعة جامعة عين شمس، دار الفكر العربي، ص.ص.641.642.
- ²⁰ - محمد مقبل سالم العندلي، آثار العقد الإداري (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، 2015 م، ص.79.
- ²¹ - عباد صوفية، المرجع السابق، ص.63.
- ²² - مجدوب عبد الحليم، خلاصي عبد الاله، المرجع السابق، ص.252.
- ²³ - CCA DE LYON, 4^{ème} Chambre 06/02/2020 N°18LY01969, inédit au recueil Lebon. <https://www.legifrance.gouv.fr>. (Consulté le 16/05/2020).
- ²⁴ - هاشمي فوزية، آثار تنفيذ الصفقات العمومية على الطرفين المتعاقدين - دراسة مقارنة -، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجليلي ليايس بلعباس 19 مارس 1962، 2017/2018، ص-ص.279.280.
- ²⁵ - CCA BORDEAUX, 1^{er} Chambre Formation à 3, 09/05/2018, N°15BX0270, inédit au recueil Lebon. <https://www.legifrance.gouv.fr>. (Consulté le 16/05/2020).
- ²⁶ - مجدوب عبد الحليم، خلاصي عبد الاله، المرجع السابق، ص.ص.252.253.
- ²⁷ - ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2015 م، ص.ص.233.234.
- ²⁸ - سليمان محمد طماوي، المرجع السابق، ص.629.

²⁹ - Aiad SHWEKAT, Les droits et les obligations des parties au contrat administratif dans les droits français et libyen Etude Comparative, DOCTORAT, ED SJP Science Politique, UNIVERSITE DE TOULOUSE 1 CAPITAL, 04 Juin 2016, p. 240.

³⁰ - محفوظ عبد القادر، أثر تغير الظروف على تنفيذ العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2019/2018، ص. 203.

³¹ - نفس المرجع، ص. 204.

³² - دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال المتعلقة بوزارة تحديد البناء والأشغال العمومية والنقل، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 6، تاريخ الصدور 19 يناير 1965.

³³ - هاشمي فوزية، المرجع السابق، ص. 176.

³⁴ - محفوظ عبد القادر، المرجع السابق، ص. 210. 208.

³⁵ - محمد مقبل سالم الغندلي، المرجع السابق، ص. 92. 91.

³⁶ - مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلحاني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2008 م، ص. 252.

³⁷ - واصف يوسف الزبون، مدى مشروعية نص العقد على مخالفة نظريات إعادة التوازن المالي: دراسة مقارنة، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الشرعية والقانونية

غزة، ص. 461. 460. (Consulté le 20/02/2020) <https://journals.iugaza.edu>

³⁸ - نفس المرجع، ص. 463.

³⁹ - محمد مقبل سالم الغندلي، المرجع السابق، ص. 93.

⁴⁰ - نفس المرجع، ص. 94. 93.

⁴¹ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص. 199.

⁴² - مجدوب عبد الحليم، خلاصي عبد الاله، المرجع السابق، ص. 254.

⁴³ - عباد صوفية، المرجع السابق، ص. 93.

⁴⁴ - هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2015 م، ص. 88. 87.

⁴⁵ - محمد مقبل سالم الغندلي، المرجع السابق، ص. 94.

⁴⁶ - زينب سالم، الرقابة القضائية على العقد الإداري في مرحلة التنفيذ، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2016 م، ص. 125.

⁴⁷ - محمد مقبل سالم الغندلي، ص. 95. 94.

⁴⁸ - مخلد توفيق مشاوش خشمان، محمد يوسف الحسين، العقود الإدارية وجزائها في فقه القضاء الإداري الأردني والقضاء، دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد 43، ملحق 3، 2016، ص. 4.

⁴⁹ - محمد مقبل سالم الغندلي، المرجع السابق، ص. 96. 95.

⁵⁰ - سايس جمال، رشيد خلوفي، الإجتهااد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء 6، طبعة 2، منشورات كليك، الجزائر، 2018 م، ص. 667. 664.

⁵¹ - سليمان محمد طماوي، المرجع السابق، ص. 654.