

حق المتعاقد مع الإدارة في ضمان الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري Right of Contractor with the Administration to ensure the maintenance of the financial balance of the administrative contract

تاريخ قبول المقال للنشر: 2018/05/08

تاريخ إرسال المقال : 2018/03/17

ط.د. جابري فاطيمة / جامعة طاهري محمد - بشار

ملخص:

قد يتعرض المتعاقد مع الإدارة بمناسبة تنفيذ العقد الإداري لبعض الظروف التي لم تكن في الحسبان عند إبرام العقد، والتي من شأنها أن تضيق أعباء إضافية تثقل كاهله وهو الأمر الذي يستلزم تدخل الإدارة المتعاقدة لإحداث ما يعرف بالتوازن المالي للعقد الإداري، والهدف من ذلك التدخل هو إحداث التوازن بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي يتمتع بها وذلك من خلال تعويضه بناء على شروط ونظريات معينة حتى وإن لم يوجد أي خطأ من جانب الإدارة .

الكلمات المفتاحية: عقد إداري، توازن مالي، تعويض، نظريات.

ABSTRACT:

The Contractor May be exposed to administration on the occasion of implementation of the administrative contract for certain circumstances which were not taken into account when concluding the contract and which would reduce the burdens of the right to move its own , and That Is what requises the intervention of the contracting administration to create what Is know as the Financial balance of the administrative contract ,The purpose of This intervention Is to burdens borne by the Contractor and the administration and the advantages enjoyed by and through compensating of the terms and Theories of certain even if not found There were no administrators at the side.

Key words : Administrative contract, Financial balance, Compensation, Theories.

مقدمة:

يعتبر العقد الإداري من بين الوسائل التي تلجأ إليها السلطات الإدارية العامة لتسيير المرافق العامة، فالغاية من إبرام العقد الإداري تكمن أساساً في كفالة حسن سير المرافق العامة تحقيقاً للمصلحة العامة، وتلك الغاية لن تتحقق فعلاً إلا بتنفيذ الالتزامات العقدية الناجمة عن العقد تنفيذاً سليماً وفقاً للشروط الواردة به وفي المدة المحددة للتنفيذ، ألا أن المتعاقد مع الإدارة قد تواجهه أثناء تنفيذ العقد الإداري ظروف لم يكن باستطاعته توقعها لحظة إبرام العقد من شأنها التأثير على عملية التنفيذ، فلا يجوز أن يساهم المتعامل المتعاقد - من خلال تعاقد مع الإدارة - في الحفاظ على حسن سير المرفق العام دون مقابل، فهو دائماً يسعى إلى تحقيق الكسب المادي من وراء تلك العملية التعاقدية.

لذا يتعين على الإدارة المتعاقدة التدخل من أجل مساعدة المتعاقد معها لمواجهة تلك الظروف التي تعرقل تنفيذ العقد الإداري، وبالتالي تؤثر سلباً على سير المرافق العامة.

فالسؤال المطروح: ما المقصود بالتوازن المالي للعقد الإداري؟ وما هي الآليات التي تسمح بإعادة ذلك التوازن للعقد الإداري؟.

وللإجابة على هذه الإشكالية تم تقسيم مجال الدراسة إلى مطلبين:

المطلب الأول: ماهية فكرة التوازن المالي للعقد الإداري.

المطلب الثاني: وسائل التوازن المالي للعقد الإداري.

المطلب الأول: ماهية فكرة التوازن المالي للعقد الإداري.

إن تنفيذ العقود الإدارية يخضع لقاعدة جوهرية مفادها أن المتعامل المتعاقد ملزم بتنفيذ التزاماته، على نحو لا يعرض للخطر السير المنظم للمرفق العام بل يجب عليه أن يسهله، وفي مقابل ذلك يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تضمن التوازن المالي للعقد في كل حالة يختل فيها ذلك التوازن لأي سبب، سواء كان راجعاً هذا السبب للإدارة أو إلى غيرها.

ومن أجل ضمان مبدأ استمرارية المرافق العامة، استقر الفقه والقضاء في فرنسا، مصر والجزائر على فكرة إعادة التوازن المالي للعقد تحقيقاً للعدالة.

هذا الحق كرسه تنظيم الصفقات العمومية الجزائري من خلال المادة 2/153 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15¹ والتي جاء فيها: «يجب على المصلحة المتعاقدة، دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة أعلاه، 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.....»

ويتضح من نص المادة 153 من تنظيم الصفقات العمومية أن المشرع الجزائري يبيح

صراحة للإدارة المعنية حق إعادة النظر في أسعار الصفقات وفقا للظروف الجديدة تحت عنوان إيجاد التوازن المالي للتكاليف المترتبة في ذمة أطراف الرابطة العقدية.

ومن هنا فإن المشرع جعل هذا الحق- التوازن المالي للصفقة العمومية- التزاما يقع على عاتق المصلحة المتعاقدة وهذا باتخاذ طريق التسوية الودية للنزاعات بهدف التنفيذ الحسن و الأكمل للصفقة المتعاقدة عليها.

لذا سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول : مفهوم فكرة التوازن المالي للعقد الإداري.

الفرع الثاني : نشأة فكرة التوازن المالي

الفرع الأول : مفهوم فكرة التوازن المالي للعقد الإداري

إن فكرة التوازن المالي للعقود الإدارية مسلم بها بصفة عامة، إلا أن الصعوبة تكمن في تحديد مدلولها وشروط تطبيقها، شأنها في ذلك شأن فكرة التوازن ذاتها، ذلك أن مجلس الدولة الفرنسي لم يكلف نفسه عناء تحديد مدلول فكرة التوازن المالي للعقود الإدارية، ولا توضيح شروط استعمالها² الأمر الذي أدى إلى اختلاف الآراء بشأن تحديد المفهوم القانوني للفكرة، فذهب جانب من الفقه الفرنسي يتزعمه الأستاذ بيكينو إلى رد فكرة التوازن المالي إلى معادلة حسابية فيما بين الالتزامات والحقوق صورها كما يلي: أن حقوق المتعاقد التي يحصل عليها من العقد عند إبرامه لأول مرة تساوي (أ) وأن التزاماته تساوي (ب) فإن نسبة حقوقه الجديدة بعد الزيادة أو النقصان إلى التزاماته الجديدة يجب أن تكون هي ذات النسبة بين حقوقه والتزاماته الأصلية، فتصبح المعادلة كما يلي:

$$\frac{أ}{ب} = \frac{أ}{ب}$$

حيث يرى هذا الفقيه أنه في العقود الإدارية يوجد نوع من التناسق بين التزامات المتعاقد والكسب المادي الذي ينتظره، في حالة اختلال هذا التوازن، يتعين إرجاعه إلى ما كان عليه تحقيقا للعدالة ذلك من خلال تلك المعادلة الحسابية.

أما الدكتور سليمان الطماوي يرى أن التوازن المالي للعقد الإداري لا يعني وضع نسبة حسابية صارمة بين الحقوق والالتزامات، كما مثل له الفقيه «بيكينو» في معادلته الحسابية، وإنما يقصد به أن مرونة التزامات المتعاقد تقتضي مرونة حقوقه في مواجهة الإدارة، فمادامت الالتزامات قابلة للزيادة أو النقصان، فيجب أيضا أن يكون هذا هو شأن الحقوق المقابلة لها وهذا ما يعبر عنه بالتوازن الشريف بين الالتزامات والحقوق³.

أما الدكتور ثروت بدوي فيرى أن نظرية التوازن المالي خطيرة وغير صحيحة ويتعين حذفها نهائيا من نظرية العقود الإدارية، وذلك لأنها تفسر بطريقة غير صحيحة حق المتعاقد في التعويض نتيجة تعديل الإدارة للعقد المبرم بينهما، حيث أن هذا التعويض ما هو إلا نتيجة لازمة

لسلطة التعديل التي تملكها الإدارة.⁴

الفرع الثاني : نشأة فكرة التوازن المالي

تعتبر نظرية التوازن المالي نظرية قضائية النشأة، كان للقضاء الإداري الفرنسي ممثلاً في مجلس الدولة الفضل في إظهارها إلى حيز الوجود بمناسبة قضية مشهورة عرضت عليه، تعرف باسم قضية العربات الكهربائية بتاريخ 11 مارس 1910.⁵

حيث تتلخص وقائع هذه القضية الشهيرة في أن الشركة الفرنسية العامة للعربات الكهربائية أبرمت عقد امتياز لاستغلال خطوط النقل بالعربات الكهربائية مع الدولة وقد تم تحديد ساعات الخدمة التي تؤديها الشركة، وعدد العربات التي تلتزم كذلك بتوفيرها.

وقد حدث أن تزايد عدد سكان المدينة، مما أحدث ظروفًا خاصة سببت عجزاً في مرفق النقل الأمر الذي دفع بحاكم مقاطعة «بوش دي رون» إلى إصدار قرار بتاريخ 23 جوان 1903، لما له من سلطة الحفاظ على الأمن العام، حيث تضمن ذات القرار تحديد ساعات خدمة العربات الكهربائية صيفاً، مما ألزم الشركة بزيادة عدد العربات الموضوعة تحت الخدمة لإشباع حاجات الجمهور المتزايدة.

غير أن هذا الوضع لم تقبله الشركة الفرنسية العامة للعربات الكهربائية، مما دفعها إلى اعتبار هذا القرار باطل غير مشروع لمخالفته شروط العقد المبرم وطالبت أمام القضاء الإداري بإلغائه، وقد تطور النزاع إلى أن عرض الأمر على مجلس الدولة الفرنسي.

وقد دفعت الشركة الفرنسية، أن قرار حاكم مقاطعة «بوش دي رون» مخالف للمادة 11 من الاتفاق المبرم، إضافة لمخالفته لنص المادة 14 من دفتر الأعباء.

وفي مقابل دفاع الشركة الفرنسية العامة للعربات الكهربائية، ومراعاة للمادة 33 من لائحة الإدارة العامة في 06 أوت 1881، فالوالي يحدد باقتراح من المتعهد جدول خدمة العربات الكهربائية مما أدى بالوزير المكلف بالأشغال العمومية إلى أن يدفع أمام مجلس الدولة الفرنسي، بأن عبارة «جدول الخدمة» لا تتعلق فقط بساعات خدمة القطارات بل بعددها أيضاً.

لكن الشركة الفرنسية العامة للعربات الكهربائية، دفعت هي الأخرى بأن إدراج شرط ضمن دفتر الأعباء يبين فيه الحد الأدنى لعدد القطارات المطلوب توفيره من قبل المتعهد، يحدد من طرف الدولة في الإطار التعاقدي، ولا تستطيع بعد ذلك تعديل هذا الحد إلا عن طريق إبرام ملحق «جدول الخدمة».

و أمام دفوع كل من الشركة المتعهد، و دفوع الوزير المكلف بالأشغال العمومية ممثلاً عن المصلحة المتعاقدة، ورد في تقرير مفوض الدولة ليون بلوم أن: «أنه من أسس كل عقد امتياز أن نبحت قدر الإمكان، مساواة المزايا التي تمنح للمتعاقد والالتزامات التي يتحملها والتي تتطلب أن يكون هناك توازن بين الأرباح المحتملة والخسائر المرتقبة والتي قد يتعرض

لها....»⁶.

المطلب الثاني : وسائل التوازن المالي للعقد الإداري

قد تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري ظروف تزيد من الأعباء والالتزامات الملقاة على عاتق المتعامل المتعاقد، فيختل معها التوازن المالي للعقد والأمر الذي من شأنه أن يعيق مواصلة التنفيذ وبالتالي كفالة سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

إن اختلال التوازن المالي للعقد الإداري قد يكون إما بفعل الإدارة مباشرة حين تمارس سلطتها في التعديل وإما نتيجة لإجراءات عامة لا يقصد بها المتعاقد نفسه، لكنها تؤثر على التزاماته التعاقدية، أو بفعل ظروف اقتصادية خارجية، في هذه الحالات الإدارة لا ترتكب خطأ ما ولكن لاعتبارات العدالة وصالح المرفق العام معا يقتضيان تدخل الإدارة والمشاركة للتغلب على ما يعترض عملية تنفيذ العقد من صعوبات ، وذلك عن طريق تعويض المتعاقد معها عما يلحقه من ضرر⁷.

أما عن الأساس القانوني لهذا التعويض فقد أوجده القضاء الإداري بعيدا عن أحكام عقود القانون الخاص التي تخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين و بالتالي إلزام المدين بالوفاء في جميع الظروف مادام ذلك ممكنا، ولا يعفيه من ذلك إلا حالة القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا.

وتتلخص الحالات التي يتم فيها تعويض المتعامل المتعاقد على أساس فكرة التوازن المالي للعقد الإداري ودون خطأ من جانب المصلحة المتعاقدة في حالة ما يسمى بنظرية فعل الأمير (فرع أول) أو نظرية الظروف الطارئة (فرع ثاني) وإما ما يسمى بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة (فرع ثالث).

الفرع الأول : نظرية فعل الأمير

لدراسة هذه النظرية لا بد من تحديد مضمونها (فقرة أولى)، وتحديد شروطها (فقرة ثانية) والصور المختلفة لهذه النظرية (فقرة ثالثة).

الفقرة الأولى : مضمون نظرية فعل الأمير

يقصد بفعل الأمير ذلك الإجراء العام أو التصرف الذي تتخذه الإدارة المتعاقدة لدى ممارستها لسلطاتها ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد أو في الالتزامات المتضمنة في العقد⁸.

وتعرف أيضا بأنها عبارة عن إجراء قانوني صادر من السلطات العامة، يؤدي بالنتيجة إلى جعل تنفيذ العقد الإداري أكثر كلفة وأشد إرهاقا بالنسبة للمتعاقد الذي يحق له في هذه الحالة المطالبة بالتعويض الكامل عن الأضرار التي لحقت به⁹.

الفقرة الثانية : شروط تطبيق النظرية

من مفهوم النظرية يتضح أن تطبيقها يتطلب توافر مجموعة من الشروط تتمثل فيما يلي:

أولاً : صدور الإجراء من جهة الإدارة المتعاقدة

يتعين أن يصدر الإجراء الذي يخل بالتوازن المالي وعلى أساسه تطبق نظرية فعل الأمير من الإدارة العامة وأجهزتها الإدارية المتعاقدة كجزء من ممارستها لاختصاصاتها القانونية، أو بعبارة أخرى يجب أن يكون التصرف صادر عن الشخص المعنوي العام الذي أبرم العقد.¹⁰

أما إذا كان العمل صادراً من جهة إدارية أخرى غير الجهة المتعاقدة، فإن المتعاقد لا يحصل على التعويض استناداً إلى هذه النظرية، بل بإمكانه المطالبة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا توافرت شروطها بالنسبة للإدارة المتعاقدة معه، أما بالنسبة للجهة التي أصدرت الإجراء فيمكنه مقاضاتها وفقاً لقواعد المسؤولية الإدارية.¹¹

وتجدر الإشارة أن مجلس الدولة الفرنسي كان يطبق نظرية فعل الأمير حتى ولو صدر الإجراء من جهة غير الجهة المتعاقدة، بمعنى يكفي اتخاذ الإجراء من إحدى السلطات العامة، لكن المجلس تراجع عن هذا الاتجاه واشترط أن يكون العمل الذي رتب ضرراً للمتعاقد والذي يستوجب التعويض صادراً من الإدارة المتعاقدة.¹²

ثانياً : أن يكون هناك عقد إداري مبرم بين طرفين متعاقدين

و يعد هذا الشرط أمراً بديهياً مادامنا بصدد نظرية تتعلق بعقود القانون العام، التي تختلف اختلافاً كبيراً عن عقود القانون الخاص، فينبغي أن يكون التعديل المسبب للخلل في التوازن المالي منصباً على عقد إداري، ومن ثم يستبعد تطبيق نظرية فعل الأمير على عقود الإدارة المدنية.¹³

ثالثاً : أن يكون عمل أو فعل الأمير مشروع.

يجب أن يكون الإجراء أو التصرف الصادر من الإدارة المتعاقدة والمترب عليه ضرر بالمتعامل المتعاقد غير مخالف للنظام القانوني السائد بالدولة، المتكون من مختلف مصادر المشروعية سواء كانت مكتوبة أو غير مكتوبة، فالإجراء الذي يتيح المطالبة بالتعويض هو إجراء مشروع في حد ذاته.

أما إذا كانت أفعال الإدارة غير مشروعة من حيث إخلالها بالالتزامات التعاقدية، فإن خطأ الإدارة يرتب مسؤوليتها عن التعويض على أساس المسؤولية العقدية.¹⁴

رابعاً : أن يكون هذا الإجراء غير متوقع

ويقصد بذلك أن يكون الإجراء الصادر من الإدارة المتعاقدة غير متوقع الحدوث لحظة إبرام العقد، أي لم يتوقع أي من الطرفين المتعاقدين أثناء عملية الإبرام صدور أي إجراء أو تصرف لاحق يؤثر في اقتصاديات العقد، فإذا توقعه الطرفان ووضعوا له البنود المناسبة فلا مجال عندها لتطبيق النظرية.¹⁵

خامساً : أن يترتب على الإجراء الذي تتخذه الإدارة ضرر يصيب المتعاقد معها

مناطق تطبيق نظرية فعل الأمير هو الضرر الذي يصيب المتعاقد مع الإدارة نتيجة للتصرف الصادر عنها، وهذا شرط بديهي لأن الضرر يعتبر أحد أركان المسؤولية بصفة عامة سواء في إطار القانون العام أو الخاص، فتعويض الإدارة للمتعاقد معها وإن كان قائماً على انتفاء ركن الخطأ (مسؤولية عقدية بدون خطأ)، إلا أنه يشترط أن يلحق بالمتعاقد ضرر جراء عمل الإدارة. ولا يشترط أن يكون الضرر على درجة معينة من الجسامة، فأياً كان حجم الضرر ولو كان يسيراً يستوجب تعويض المتعاقد، فقد يتمثل في ضرر فعلي يصيب المتعامل المتعاقد وقد يكون مجرد إنقاص من الربح الذي عول عليه، وكل ما يتطلبه مجلس الدولة الفرنسي حدوث نوع من الخلل في التوازن المالي للعقد.¹⁶

الفقرة الثالثة : صور فعل الأمير

إن الإجراءات المشروعة الصادرة عن جهة الإدارة والتي يمكن أن يطلق عليها وصف الأمير والتي من شأنها أن تؤدي إلى تفاقم أعباء المتعامل المتعاقد تأخذ صورة إجراء عام (كالقوانين واللوائح التنظيمية)، أو تكون في صورة إجراء فردي خاص (كالقرارات الفردية).

أولاً : صدور عمل الأمير في صورة إجراء تنظيمي عام

يقصد بصورة إجراء عام صدور قوانين ولوائح من جهة السلطة العامة تسري على فئة كبيرة من الأشخاص ومن بينهم المتعاقد مع الإدارة الذي يتعرض إلى أعباء تثقل كاهله ولعل الإشكال المطروح في هذا الصدد هو مدى إمكانية تعويض المتعاقد عن الأضرار التي تصيبه من جراء صدور إجراءات ذات طابع عام تمس جميع المواطنين وغير مقصورة على المتعاقد لوحده. للإجابة على هذا الإشكال ينبغي التمييز بين الإجراءات العامة التي تمس الأوضاع العقدية للعقود الإدارية، وبين الإجراءات التي تؤثر في ظروف تنفيذها.

1- الإجراءات العامة التي تمس الأوضاع العقدية .

تتجلى هذه الحالة في صدور إجراءات عامة من شأنها تعديل الأوضاع العقدية للعقود الإدارية أو فسخها دون أن يكون المتعامل المتعاقد قد ارتكب خطأ ما، ففي هذه الحالة يمكن تطبيق نظرية فعل الأمير شريطة أن يكون هذا الإجراء العام هو قانون أمروا أن المشرع لم يستبعد صراحة تعويض المتعامل المتعاقد المتضرر¹⁷، وبغض النظر عن مشروعية القوانين الصادرة

في هذا الخصوص، على القاضي الإداري الالتزام بذلك .

وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ في أحكامه ومن أمثلتها الحكم الصادر في 28 أبريل 1939، وتتلخص وقائعه في أنه صدر في فرنسا قانون بتاريخ 16 جويلية 1935 يقضي بخفض نفقات الدولة في جميع الميادين بنسبة 10%، وأدى تطبيق هذا القانون إلى تعديل الاتفاق الذي تم بين الدولة وشركة سكك الحديد، والذي استردت الدولة بمقتضاه مرفق السكك الحديدية في مقابل مبالغ سنوية تؤديها الدولة إلى الشركة فلما تظلمت الشركة بصفتها متعامل متعاقد من خفض تلك الأقساط بنسبة 10% وفقا للقانون السالف الذكر قضى المجلس في حكمه، وفقا لتقرير المفوض « Josse » بتعويض الشركة تعويضا كاملا استنادا إلى توافر شروط نظرية عمل الأمير¹⁸.

2- الإجراءات العامة المؤثرة في ظروف تنفيذ العقد الإداري.

قد يصدر الإجراء العام التشريعي أو التنظيمي دون أن يمس بشروط العقد، ولكنه يؤثر على ظروف تنفيذه، مما يجعل عملية التنفيذ أكثر مشقة على المتعاقد، فالقاعدة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي ألا يعوض على الأضرار التي تصيب المتعامل المتعاقد في هذه الحالة، والاستثناء الذي يرد عليها هو الحكم به على أساس نظرية عمل الأمير، ولكن في حالة رفض التعويض فإن ذلك لا يمنع من المطالبة به استنادا إلى نظريات أخرى متى توافرت شروطها¹⁹.

أ- الحالات التي رفض فيها التعويض:

إن المستقر عليه قضاء أنه لا مجال لتطبيق نظرية عمل الأمير إذا صدرت تدابير عامة أدت إلى التأثير في ظروف تنفيذ العقد الإداري، وذلك استنادا لاعتبارات تتعلق أساسا بأن المتعاقد مع الإدارة يتحمل النتائج المترتبة على التدبير العام سواء كان قانونا أو تنظيما وذلك كسائر المواطنين، هذا فضلا على أنه لا يمكن الحديث عن جبر الضرر الحاصل للمتعاقد مع الإدارة إلا انقلبت اقتصاديات العقد رأسا على عقب²⁰.

ولقد حدد مجلس الدولة الفرنسي حالات على سبيل المثال رفض من خلالها التعويض على أساس نظرية عمل الأمير²¹ وهي كالآتي:

- في مجال التدابير المالية: إن الإجراءات العامة ذات الطبيعة المالية المتعلقة أساسا بفرض ضرائب جديدة أو زيادتها، لا يمكن إثارتها من قبل المتعاقدين مع الإدارة لتطبيق آلية عمل الأمير.

- في مجال التدابير الاقتصادية والنقدية: في حالة صدور إجراءات لتنظيم عملية الاستيراد والتصدير وإجراءات زيادة نفقات النقل في السكك الحديدية، وكذلك التشريعات المتعلقة بشؤون النقد.

ب- الحالات الاستثنائية التي قبل فيها التعويض:

لقد سبق وأن أشرنا أن المبدأ العام يقضي بأن لا محل لتطبيق نظرية عمل الأمير في مجال التدابير ذات الصبغة العامة والتي تؤثر في شروط تنفيذ العقد الإداري ، إلا أن هذا المبدأ ليس مطلقاً بل ترد عليه استثناءات ، حيث يستطيع المتعاقد المطالبة بالتعويض وفقاً لآلية عمل الأمير ويكون ذلك عندما ينص القانون (أو الإجراء العام) ذاته على التعويض أو تنص بنود العقد على ذلك ، وفي غير هاتين الحالتين يقبل الاجتهاد القضائي تطبيق نظرية عمل الأمير في الشروط التي سنتوقف عندها لاحقاً.

● عمل الأمير الإيجابي

قد تصدر السلطات العامة تدابير عامة تؤثر في ظروف التنفيذ، وتتخذ صور التأثير الإيجابي يمكن من خلالها تطبيق نظرية فعل الأمير استثناءً نورد ما يأتي:

- أن يتضمن الإجراء العام (سواء كان قانوناً أو لائحة) نصاً يقضي بإمكانية الاستفادة من آثار عمل الأمير وهذه المسألة لا تثير أية صعوبات لوضوح النص، وما على القاضي الإداري إلا أن يمكن المتعامل المتعاقد من التعويض وفقاً لآلية عمل الأمير تطبيقاً لرغبة المشرع.

- أن يتضمن العقد الإداري بنداً يسمح بتعويض المتعاقد في حالة تضرره من الإجراءات العامة اللاحقة لإبرام العقد وتؤثر في تنفيذه.

- قبول الاجتهاد القضائي التعويض على أساس نظرية فعل الأمير: بصرف النظر عن حالة التعويض المنصوص عليها في القانون أو في العقد الإداري، فإن مجلس الدولة الفرنسي قبل التعويض استناداً لنظرية عمل الأمير في بعض الحالات الاستثنائية، معتبراً إياها سبباً لاختلال التوازن المالي، خصوصاً في الحالات التي يمس فيها الإجراء العام موضوعاً جوهرياً في العقد كان له تأثير حاسم في دفع المتعامل المتعاقد إلى إبرامه، فضلاً عن الضرر الخاص²² الذي يصيب المتعاقد من جراء التدابير العامة وهذا الضرر الخاص لا يشاركه فيه سائر من يمسهم التدبير العام.

● عمل الأمير السلبي:

يقصد بعمل الأمير السلبي امتناع الإدارة عن تطبيق القوانين واللوائح التي يتعين تطبيقها وعزوفها عن اتخاذ إجراءات معينة حيث يؤدي هذا الامتناع إلى تفاقم أعباء المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذ التزاماته التعاقدية²³.

وإذا كان الاجتهاد القضائي الإداري قضى بتمكين المتعاقد مع الإدارة من الاستناد إلى نظرية فعل الأمير في حالة اتخاذ السلطات العامة لإجراءات إيجابية تؤثر في ظروف التنفيذ في حالات استثنائية فإنه بالمقابل عمل ذات القضاء على تمكين المتعامل المتعاقد من الاستفادة من آثار عمل الأمير السلبي والتي تتجلى في تلك الانعكاسات السلبية المترتبة عن امتناع المصلحة المتعاقدة عن أداء الواجبات المنوطة بها حماية للاقتصاد الوطني، هذا الامتناع من شأنه أن يسبب اختلال التوازن المالي للعقد الإداري.

ثانيا : التدابير الصادرة في صورة إجراء خاص

يقصد بالإجراء الخاص ذلك الإجراء الفردي الذي تتخذه السلطة الإدارية المتعاقدة في مواجهة المتعاقد معها ويؤدي إلى تعديل في الأحكام التعاقدية أو إلى التأثير في ظروف تنفيذ العقد الإداري المبرم بينهما.

1- التدابير الخاصة التي تمس الأحكام التعاقدية.

إن السلطة الإدارية المتعاقدة تستطيع بإرادتها المنفردة وضمن بعض الشروط وفي حدود معينة أن تعدل العقود الإدارية التي تبرمها ، دون أن يكون للمتعاقد حق الاعتراض سواء أكان الأمر يتعلق بتعديل التزامات المتعاقد أو بفسخ العقد قبل الآجال المتفق عليها، فهذا الحق ثابت للإدارة وإن لم ينص عليه ضمن بنود العقد²⁴.

إن هذا التدخل من جانب المصلحة المتعاقدة والذي يمس بالأحكام التعاقدية يشكل نموذجا لعمل الأمير نظرا لاختلال التوازن المالي، و من حق المتعامل المتعاقد أن يعرض بمقتضاه²⁵.

2- التدابير الخاصة المؤثرة في ظروف تنفيذ العقود الإدارية.

قد يكون الأثر المترتب عن الإجراء الفردي الخاص الصادر من المصلحة المتعاقدة لا يمس تعديل العقد مباشرة، بل يؤثر على ظروف تنفيذه مما يضيف أعباء جديدة على عاتق المتعاقد .

وعلى هذا الأساس يمكن للمتعامل المتعاقد إثارة عمل الأمير والمطالبة بالتعويض نظرا لاختلال التوازن المالي للعقد الإداري المبرم بسبب تدخل الإدارة المتعاقدة ، ومن بين الإجراءات الخاصة المؤثرة في تنفيذ العقد نذكر ما يلي²⁶:

- القرارات الصادرة عن المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعامل المتعاقد بمناسبة ممارسة سلطة الرقابة والتوجيه والتي تؤدي إلى زيادة الأعباء المالية .

- تدابير الضبط الإداري الصادرة عن الإدارة المتعاقدة.

- عمليات الأشغال العامة التي تقوم بها المصلحة المتعاقدة وتلحق بالمتعاقد أضرارا في تنفيذ العقد الإداري.

- قيام المصلحة المتعاقدة بأعمال مادية تجعل تنفيذ العقد مرهقا بالنسبة للمتعامل المتعاقد.

الفرع الثاني : نظرية الظروف الطارئة

لدراسة هذه النظرية كنموذج لتعديل التعديل خارج الإطار التعاقدى يقتضي الأمر التطرق إلى مفهومها (فقرة أولى) و تحديد شروط تطبيقها (فقرة ثانية) و الآثار المترتبة عن

تطبيقها (فقرة ثالثة) .

الفقرة الأولى : مفهوم نظرية الظروف الطارئة

أولا : التعريف بالنظرية

تعددت تعريفات الظروف الطارئة ولعل أبرز تلك التعريفات بأنها عبارة عن حوادث وظروف غير متوقعة عند إبرام العقد تؤدي إلى قلب اقتصادياته وتترتب عليها خسارة غير محتملة تجعل عملية التنفيذ مرهقا مما يعطي المتعاقد الحق في المطالبة بتعويضه عن هذه الخسارة²⁷.

وهناك من يعرف نظرية الظروف الطارئة بأنها عبارة عن ظروف استثنائية خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد والتي تقع أثناء تنفيذ العقد ، ولم يكن من الممكن توقعها عند التعاقد، ويترتب عليها أن تجعل تنفيذ العقد متضررا أو مرهقا بدرجة كبيرة مما يتعين على الإدارة تعويضه بما يسمح للمتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد²⁸.

ثانيا : نشأة نظرية الظروف الطارئة

1- نظرية الظروف الطارئة في فرنسا.

إن نظرية الظروف الطارئة كسابقتهما- نظرية عمل الأمير- من خلق مجلس الدولة الفرنسي، والقوانين الفرنسية القديمة لاسيما منها القانون المدني و الصادرة قبل الحرب العالمية الأولى كانت تأخذ بمبدأ سلطان الإرادة وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ولم تأخذ بنظرية الظروف الطارئة استنادا إلى أنها تعمل على زعزعة استقرار العقد وتنازل من قوته الملزمة وتسمح للقاضي تعديله بناء على رغبة أحد الطرفين المتعاقدين بغض النظر عن موافقة الطرف الآخر، في حين أن هدف تلك القوانين المحافظة على العقد والإبقاء على قوته الملزمة وعدم تعديله مهما كانت الظروف إلا في حالة القوة القاهرة وفي هذه الحالة يفسخ العقد²⁹.

ولم يأت القانون المدني الفرنسي الحديث بجديد في هذا الشأن ، حيث لم يأخذ بفكرة الظروف الطارئة وذلك نظرا للقوة الملزمة للعقد التي تفرض على المتعاقدين التنفيذ الصارم لالتزاماتهم التعاقدية، وتأكيدا لذلك نصت المادة 1134 منه على أن: «العقد شريعة المتعاقدين ولا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو لقوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا»³⁰.

هذا وإن كانت نظرية الظروف الطارئة قد انتكست في عقود الأفراد الخاضعة لأحكام القانون المدني، إلا أنها ظهرت في نطاق العقود الإدارية التي تخضع لأحكام القانون العام باعتبارها من العوامل المساعدة لتسيير المرافق العامة بانتظام واطراد³¹.

وقد ارتبطت النشأة القضائية للنظرية بالحكم الشهير لمجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 30 مارس 1916 في قضية غاز بوردو، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن شركة الغاز للإضاءة بمدينة بوردو كانت ملزمة بأن تقوم بتوريد الغاز للمدينة بسعر معين ونتيجة لوقوع

الحرب ارتفع سعر الفحم، ووجدت الشركة أن الأسعار التي تتقاضاها من الجهة الإدارية المتعاقدة معها لا تغطي نفقات الشركة، فطلبت تعديل هذه الأسعار برفعها إلى الحد المعقول، غير أن الجهة الإدارية لم توافق على ذلك استنادا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فاضطرت الشركة إلى الالتجاء لمجلس الدولة الذي قضى بتعديل العقد بين الجهة الإدارية والشركة بما يتناسب والأسعار الجديدة، وقرر أنه إذا طرأت ظروف جديدة لم يكن في الإمكان توقعها، وترتب عليها زيادة في أعباء الشخص المتعاقد بما يؤدي إلى إخلال التوازن المادي للعقد إخلالا جسيما، فإن للشخص أن يطلب من الإدارة ولو بصفة مؤقتة المساهمة في تحمل الخسائر التي تلحق به من جراء هذه الظروف³².

وعليه، فإن نظرية الظروف الطارئة طبقت في بادئ الأمر على عقود الامتياز، لكن هذا لا يمنع تطبيقها على باقي أنواع العقود الإدارية لاسيما تلك التي يستغرق تنفيذها وقتا أطول³³.

2- نظرية الظروف الطارئة في مصر.

بالنسبة لموقف النظام القانوني المصري فعلى غرار ما سارت عليه المحاكم المدنية الفرنسية كان يرفض تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وذلك استنادا إلى أنه مادام تنفيذ العقد ممكنا فإنه يتعين على المتعامل المتعاقد القيام به ولو صار تنفيذه مرهقا.

و استمر الحال كما هو حتى صدر القانون رقم (129) لسنة 1947 المتعلق بالتزامات المرافق العامة حيث نصت المادة السادسة منه على أنه: «إذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها ولا يد لمانح الالتزام أو الملتزم فيها وأفضت إلى الإخلال بالتوازن المالي للالتزام أو إلى تعديل كيانه الاقتصادي كما كان مقدرا وقت منح الالتزام، جاز لمانح الالتزام أن يعدل قوائم الأسعار، وإذا اقتضى الحال أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر في استغلاله أو لخفض الأرباح الباهظة إلى القدر المعقول³⁴.

وبذلك أصبحت نظرية الظروف الطارئة مقررة في مصر بنصوص تشريعية ليس فقط بالنسبة للعقود الإدارية وإنما حتى بالنسبة للعقود المدنية.

3- نظرية الظروف الطارئة في الجزائر.

تجد نظرية الظروف الطارئة أساسها القانوني في الجزائر في نص المادة 3/107 من القانون المدني³⁵ والتي جاء فيها: «غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاته لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك.»

وهكذا فإن المشرع الجزائري قنن نظرية الظروف الطارئة لأنها فكرة تتوافق مع مبادئ العدالة، فليس من العدل أن يترك المتعاقد يتحمل بمفرده الأعباء المالية بحجة أن الإدارة ليست المتسببة في هذه الظروف الجديدة.

وتجد نظرية الظروف الطارئة أساسها في تنظيم الصفقات العمومية في المادة 138 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 والتي ورد فيها بصريح العبارة إمكانية إعادة التوازن المالي في إطار الملحق ودون الحاجة للخضوع لهيئات الرقابة الخارجية، بما يعني أن تنظيم الصفقات العمومية راعى الظروف الطارئة الوضع الجديد والأعباء المالية للمتعاقد، فأجاز إعادة الاعتبار المالي له في إطار حل ودي يتجسد في ملحق للصفقة الأصلية³⁶.

الفقرة الثانية : شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

لكي يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة لأبد من توافر عدة شروط مجتمعة وهي:

أولاً: وقوع ظرف طارئ غير متوقع بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه

ويشترط أن يكون الظرف الطارئ لا يمكن دفعه أو تداركه³⁷، وأن يطرأ خلال مرحلة التنفيذ وقبل تمامها فالأصل أنه إذا وقع الظرف قبل إبرام العقد فلا يمكن تطبيق النظرية. ولكن قد يحدث الظرف الطارئ بعد انتهاء المدة المحددة للتنفيذ، في هذه الحالة إذا كان التأخير بسبب المتعاقد مع الإدارة فيكون هو المسؤول عن تبعات الظرف الطارئ بالإضافة إلى مسؤوليته العقدية الناشئة عن تأخره في التنفيذ، وإذا وافقت المصلحة المتعاقدة على امتداد تنفيذ بناء على طلب المتعاقد، فيتعين في هذه الحالة تطبيق نظرية الظروف الطارئة³⁸.

ويأخذ الظرف الطارئ صوراً عدة، فقد يتمثل في:

- أحداث سياسية: كإعلان الحرب....إلخ.
- أحداث اقتصادية: كالارتفاع المفاجئ وغير المتوقع في الأسعار....إلخ.
- أحداث طبيعية: كالزلازل أو السيول... إلخ.
- إجراءات إدارية: إذا كانت صادرة عن غير الجهة الإدارية المتعاقدة³⁹.

ثانياً: أن يكون الظرف الطارئ استثنائياً غير متوقع

يشترط لتطبيق هذه النظرية أن يكون الظرف الطارئ استثنائياً ولا يمكن توقعه عند إبرام العقد كأن يجد المتعاقد مع الإدارة نفسه إزاء حالة لم يكن يتوقع حدوثها لا بناء على دفتر الشروط الإدارية ولا من خلال دراسته الأولية للمشروع.

ثالثاً: أن يكون الظرف الطارئ أجنبياً عن المتعاقد مع الإدارة

يجب ألا يكون لإرادة المتعامل المتعاقد دخل في إحداثه، حيث لا يستفيد المتعاقد من الظرف الطارئ إذا كان هو الذي تسبب فيه⁴⁰.

أما إذا كان الفعل الضار صادراً من الإدارة المتعاقدة ففي هذه الحالة تطبق نظرية عمل الأمير، أما إذا كان صادراً من جهة إدارية أخرى غير متعاقدة فلا يطبق مجلس الدولة الفرنسي

نظرية عمل الأمير وإنما نظرية الظروف الطارئة متى توافرت شروطها.

رابعاً : أن يؤدي الظرف الطارئ إلى إرهاب المتعاقد وقلب اقتصاديات العقد

يشترط لكي يتم إعمال نظرية الظروف الطارئة أن يؤدي الظرف الطارئ إلى إصابة المتعاقد بخسائر فادحة تجاوز الخسارة العادية المألوفة بحيث يترتب عليها قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب⁴¹، إذ يصبح تنفيذ الالتزام التعاقدي في ظله أمراً مرهقاً للغاية.

وتقدير مدى جسامه الضرر الذي تلحقه الظروف الطارئة بالمتعامل المتعاقد متروك للقاضي نفسه، وفي هذا التقدير ينظر إلى العقد بمجمله كوحدة واحدة متكاملة العناصر فلا ينظر إلى جانب من جوانب العقد الذي من الممكن أن يكون مجزياً ومعوّضاً عن العناصر الأخرى التي أدت إلى الخسارة، وهو ما لا يمكن التحقق منه إلا من المستخلصات النهائية وبعد عمل الحساب النهائي⁴².

الفقرة الثالثة : الآثار المترتبة عن تحقق نظرية الظروف الطارئة

إن الهدف من نظرية الظروف الطارئة هو تمكين المتعامل المتعاقد من الاستمرار في تنفيذ العقد على الرغم من حدوث الظروف الطارئة، ويكون ذلك عن طريق المعاونة التي تقدمها له المصلحة المتعاقدة للتخفيف من الصعوبات التي يواجهها بسبب هذه الظروف، فإنه من الطبيعي أن تترتب آثار قانونية على تطبيق هذه النظرية.

أولاً : استمرار المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته

إن وقوع الظرف الطارئ لا يعفي المتعامل المتعاقد من التزاماته التي تنشأ عند إبرام العقد، فالإلتزام المتعاقد بالاستمرار في التنفيذ وإن كان مرهقاً له إلا أنه تقتضيه ضرورة سير المرفق العام بانتظام واطراد⁴³، لذا فإن فكرة الظروف الطارئة تقع في مركز وسط من الحالة العادية التي يستطيع فيها المتعاقد القيام بتنفيذ التزاماته وبين حالة القوة القاهرة التي تؤدي إلى تحريره من التزاماته⁴⁴.

وبناء على ذلك، فإن توقف المتعاقد عن مواصلة تنفيذ التزاماته فإنه يسقط حقه في المطالبة بتطبيق النظرية إذا توافرت شروط تطبيقها، فضلاً عن أن المصلحة المتعاقدة يمكنها فرض الجزاءات بما في ذلك غرامات التأخير هذا من ناحية.

ومن ناحية أخرى فإن مسألة تقدير توفر شروط تطبيق النظرية من اختصاص القاضي، ولا يحق للمتعاقد الذي واجهته صعوبات في التنفيذ أن يتوقف عن ذلك بحجة تحقق شروط النظرية⁴⁵.

وإذا ما تحول الظرف الطارئ إلى قوة القاهرة جعلت تنفيذ العقد مستحيلاً، فيجوز للمتعامل المتعاقد التوقف عن التنفيذ طوال مدة وجود ذلك الظرف، على أن يستأنف التنفيذ بمجرد زواله وإلا اعتبر مخلاً بالتزاماته.

ثانيا : التزام الإدارة المتعاقدة بالتعويض

نتيجة لالتزام التعاقد مع الإدارة بمواصلة تنفيذ العقد الإداري، بالرغم من وجود الظرف الطارئ، فإن على المصلحة المتعاقدة هي الأخرى أن تلتزم تجاهه بتحمل جزء من الخسارة التي تعرض لها التعاقد بسبب ذلك الظرف الطارئ.

ويكون التعويض الذي تقدمه جهة الإدارة في هذه الحالة جزئيا ومؤقتا إلى غاية زوال الظرف الطارئ وذلك حتى يعود التوازن المالي للعقد إلى الحالة التي كان عليها عند الإبرام⁴⁶.

الفرع الثالث : نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

لدراسة هذه النظرية لابد من تحديد مضمونها (فقرة أولى) وتحديد شروط تطبيقها (فقرة ثانية)، ثم التعرض لمختلف الآثار المترتبة عنها (فقرة ثالثة).

الفقرة الأولى : مضمون نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

إن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من ابتداء مجلس الدولة الفرنسي وذلك في منتصف القرن التاسع عشر، و كان أول حكم قضائي صدر في ذلك هو حكم «دوشي» « Duché » الصادر في 24 مارس 1864، حيث انتهى المجلس في هذا الحكم إلى تعويض التعاقد مع الإدارة عن أية صعوبات مادية غير متوقعة واجهته أثناء تنفيذ العقد لكي يتمكن من مواصلة التنفيذ⁴⁷.

فنكون في إطار تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة إذا ما صادف تنفيذ العقد الإداري صعوبة مادية بحتة ذات طابع استثنائي لم يتوقعها المتعامل التعاقد ولم يكن بوسعه ذلك، مما يجعل تنفيذ التعاقد لالتزامه التعاقد في ظلها أكثر إرهاقا وكلفة، فإن الأضرار التي تلحقه تبعا لذلك تمكنه من المطالبة بالاستفادة من آثار الصعوبات المادية غير المتوقعة⁴⁸.

الفقرة الثانية : شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

لكي تقوم نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة مفسحة المجال للحق بالتعويض عن الخسائر التي تكبدها المتعامل التعاقد، لابد أن تتوافر مجموعة من الشروط يمكن تحديدها كالآتي:

أولا : يجب أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية

وهذه الصعوبات المادية ترجع في أغلب الحالات إلى ظواهر طبيعية، و من ثم فإن أكثر التطبيقات تتعلق بصعوبات مادية مرجعها إلى طبيعة الأراضي التي تنفذ فيها الأشغال العامة، كأن يكتشف عند التنفيذ عن طبيعة صخرية في حين أن التنفيذ العادي للعقد يفترض طبيعة سهلة⁴⁹، فتكون هذه الصعوبات سببا في استحقاق المتعامل التعاقد للتعويض.

لكن قد توجد صعوبات مادية غير متوقعة مصدرها الإنسان (فعل الغير)، كوجود قناة خاصة بجوار موقع العمل لم تظهر في المواصفات التي أعدت على أساسها شروط العقد⁵⁰.

ثانيا : يجب أن تكون الصعوبات المادية غير متوقعة عند إبرام العقد

ولغرض تطبيق آلية الصعوبات المادية غير المتوقعة يجب أن تكون الصعوبات المادية غير متوقعة عند إبرام العقد، وهذا هو أساس وجوه النظرية، وهو عدم التوقع، لذلك سميت به ويتطلب القضاء من المتعاقد أن يتحرى طبيعة الصعوبات التي قد تواجهه عند المباشرة في التنفيذ⁵¹.

وهنا يبدو دور القاضي هاما إذ يتعين عليه البحث فيما إذا كان المتعاقد قد بذل في تاريخ إبرام العقد الجهد الضروري، وأن يكون قد تحرى بنفسه طبيعة الأعمال وعمل كل ما يلزم لذلك من اختبارات وغيرها للتأكد من صلاحية المواصفات والتصميمات المعتمدة، كما على المتعامل المتعاقد إخطار الإدارة في الوقت المناسب بملاحظاته⁵².

ثالثا : ألا تكون الصعوبات المادية غير المتوقعة من عمل الإدارة أو المتعاقد معها

يفترض في الصعوبات المادية غير المتوقعة ألا تكون من عمل الإدارة أو بسبب تدخلها حيث لو كان مرجعها ذلك فلا مجال لتطبيق النظرية، بل يعوض المتعاقد على أساس خطأ الإدارة إذا كانت قد أخطأت، أو على أساس نظرية فعل الأمير إذا لم يكن هنالك خطأ من جانبها. وفي ذات الوقت يتعين ألا يكون المتعاقد قد أحدث تلك الصعوبات المادية أو ساهم في زيادة أثارها الخطرة⁵³، وعليه أن يثبت أنه لم يكن في وسعه توقي آثار تلك الصعوبات بما يملكه من وسائل، كما يجب عليه أن يثبت أنه لم يخرج عن شروط العقد أثناء قيامه بتنفيذ التزاماته.

رابعا : يجب أن تكون الصعوبات ذات طابع استثنائي بحث

فالصعوبات المادية ليست فقط عقبات يصادفها المتعاقد عن التنفيذ، ولكنها عقبات من نوع غير مألوف، ولا يمكن أن تنتمي إلى طائفة المخاطر العادية التي يتعرض لها المتعاقد عند التنفيذ، وللقاضي الإداري تقدير طبيعة الصعوبات ومدى اعتبارها عادية أو استثنائية وذلك وفقا لكل حالة على حدة⁵⁴.

خامسا : أن يكون من شأن الصعوبات المادية غير المتوقعة الإخلال باقتصاديات العقد (إلحاق ضرر بالعقد)

يعتبر هذا الشرط من أهم شروط النظرية، باعتبارها تهدف إلى معالجة الاختلال في التوازن المالي الحاصل في العقد، وذلك عن طريق تعويض المتعامل المتعاقد تعويضا كاملا بما يعيد العقد إلى الحالة التي كانت عليها لحظة الإبرام.

وعلى ذلك فإذا كان من شأن الصعوبات أن تلحق بالمتعاقد خسائر بسيطة فإنه لا مجال لتطبيق هذه النظرية، فيجب أن يصل الضرر حدا يتجاوز الخسارة المألوفة ليقرب اقتصاديات

العقد ويتبين هذا من مقدار النفقات والتكاليف التي ينفقها المتعاقد⁵⁵.

الفقرة الثالثة : الآثار المترتبة على تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

إذا توافرت شروط تحقق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، فإن ذلك يرتب آثاراً قانونية تتمثل في الآتي:

أولاً : استمرار المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته رغم الصعوبات غير المتوقعة

إن الهدف الرئيسي من تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة هو تمكين المتعاقد مع الإدارة من تنفيذ التزاماته التعاقدية مادام ذلك ممكناً وفي استطاعته لضمان ديمومة سير المرافق العامة بانتظام واطراد، لذا يجب على المتعاقد الذي تواجهه صعوبات مادية غير متوقعة مواصلة التنفيذ مادام ذلك ممكناً وليس مستحيلاً، ذلك أن هذه النظرية لا تؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزامات التعاقدية، ولكنها تجعل من عملية التنفيذ أكثر إرهاقاً وكلفة⁵⁶.

ويرى بعض الفقه⁽⁵⁷⁾ أنه إذا توقف المتعامل المتعاقد عن تنفيذ التزاماته بسبب الصعوبات المادية، فإنه لا يستحق تعويضاً عن الأضرار الناجمة عن تلك الصعوبات بالإضافة إلى حق المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاء عليه.

ثانياً : حق المتعامل المتعاقد في الحصول على التعويض

تلتزم المصلحة المتعاقدة طبقاً لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بتعويض المتعاقد معها عن كافة الخسائر التي تكبدها بسبب تلك الصعوبات، هذا التعويض الذي من شأنه إعادة التوازن المالي لحماية لحقوق المتعاقد.

الخاتمة:

من خلال ما تقدم ذكره، نستنتج أن للمتعامل المتعاقد الحق في المطالبة بإعادة التوازن المالي للعقد الإداري وذلك متى طرأت أحداث أو وقائع من شأنها أن تؤدي إلى إرهابه.

وتعتبر نظرية التوازن المالي نظرية قضائية النشأة يعود للقضاء الإداري الفرنسي الفضل في إظهارها إلى حيز الوجود من خلال القضايا المعروضة عليه، ويعود سر إقرار هذه النظرية أن المتعامل المتعاقد يلتزم في كل الحالات بالوفاء بالتزاماته التعاقدية وتنفيذ ما تعهد به.

كما أنه من جهة أخرى لا يمكن للمصلحة المتعاقدة تركه لوحده يعاني من الضائقة المالية، ما من شأنه أن يؤدي إلى إفلاسه والتوقف عن التنفيذ، وهو ما سيؤثر على سير المرفق العام وخدمة الجمهور، بما يفرض في النهاية الاعتراف للمتعامل المتعاقد بحقه في التوازن المالي.

إن الاعتراف للمتعاقد بهذا الحق يدخل إما تحت نظرية فعل الأمير أو نظرية الظروف الطارئة أو نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وعليه يمكن أن نجمل بعض التوصيات المرتبطة بهذا الموضوع:

- 1- العمل على وضع تقنين شامل وواضح لنظريات حفظ التوازن المالي في كل القوانين.
 - 2- يقتضي ضمان الوفاء بالالتزامات وضرورة المحافظة على الوضع المالي وخدمة المرافق العامة العمل على تطبيق نظريات حفظ التوازن المالي.
 - 3- ضرورة مراعاة ما بذله المتعاقد من مجهودات للتغلب على ما صادفه أثناء تنفيذ العقد من ظرف طارئ و صعوبات مادية أو عمل الأمير ومدى تعاون الإدارة المتعاقدة و مساعدتها للمتعاقد في تخطي تلك الصعوبات كمقتضيات للتعويض في العقود الإدارية.
- الهوامش:**

- 1 المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية العدد 50، لسنة 2015.
- 2 مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، حقوق و ضمانات المتعاقد مع الإدارة والتحكيم في العقد الإداري، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2014، ص.630.
- 3 سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، ط. الخامسة، 2005، ص.587.
- 4 مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص.631.
- 5 عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2011، ص.237.
- 6 محمد علي الخلايلة، القانون الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط. الأولى، 2012، ص.316.
- 7 محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الأولى، 2008، ص.291.
- 8 Jean Claude Zarka , L'essentiel du Droit Public, Gualino L'extenso éditions, 2^{ème} édition, 2015, p.99.
- 9 بديع مستو، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، مجلة جامعة البعث سوريا، المجلد 38 العدد 19 لسنة 2016، ص.90.
- 10 عبد العزيز خليفة، الوجيز في الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتاب الحديث، القاهرة ط. 2008، ص.214.
- 11 حمدي عطية مصطفى عامر، الأعمال القانونية للسلطة الإدارية القرار الإداري- العقد الإداري دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2015، ص.549.
- 12 محمد أنس قاسم جعفر، العقود الإدارية دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات مع دراسة للقانون 89 لسنة 1998 الخاص بالمزايدات والمناقصات في مصر ولائحته التنفيذية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط. 1999، ص.158.
- 13 عبد المنعم الضوى، السلطة العامة في مواجهة الأفراد عبر القانون و العقد و القرار الإداري، مكتبة الوفاء القانونية الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2016، ص.446.
- 14 عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط. 2010، ص.177.
- 15 مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص.661.
- 16 سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص.602.
- 17 محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وأثارها القانونية دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، الطبعة الأولى 1998، ص.93.

- 18 سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص. 613.
- 19 نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى 2010، ص. 707.
- 20 بلال أمين زين الدين، المسؤولية الإدارية التعاقدية والغير تعاقدية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، الطبعة الأولى 2015، ص. 581.
- 21 محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص. 97-98.
- 22 تعتبر فكرة الضرر الخاص فكرة موضوعية متعلقة بظروف كل قضية على حدة، وبالرجوع إلى اجتهاد قضاء مجلس الدولة الفرنسي نجد أنه قد عوض على أساس نظرية عمل الأمير استناداً لفكرة الضرر الخاص في الحالات الآتية:
- في مجال الرسوم والعوائد: إذا تعلق الأمر بضرائب محلية كالتجنيها البلديات شريطة أن تكون الإدارة التي فرضت الضرائب و الرسوم هي نفسها الإدارة المتعاقدة.
- في مجال تنظيم الأسعار نتيجة للاقتصاد الموجه.
- للتفصيل أكثر حول فكرة الضرر الخاص كشرط لتطبيق فعل الأمير عند صدور تدابير عامة تؤثر في ظروف تنفيذ الصفقات العمومية، أنظر/ سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص. 622 وما بعدها.
- 23 محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص. 108.
- 24 عمار بوضياف، المرجع السابق، ص. 212.
- 25 محمد أنس قاسم جعفر، المرجع السابق، ص. 164.
- 26 محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص. 112.
- 27 Jean-Claude Zarka, op.cit, p.99.
- 28 مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص. 706.
- 29 Laurent Richer, Droit des Contrats Administratifs, L.G.D.J., paris 2004, pp.255-256.
- 30 سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث القاهرة، ط. 2006، ص. 21.
- 31 محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ط. 2003، ص. 543.
- 32 سعيد السيد علي، المرجع السابق، ص. 24 وما يليها.
- 33 Jean François Brisson, Les fondements juridiques du droit des marchés publics, imprimerie Nationale éditions, paris, 2004, p.196.
- 34 نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص. 735.
- 35 الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية العدد 78 لسنة 1975.
- 36 عمار بوضياف، المرجع السابق، ص. 243.
- 37 مازن ليلوراضي، العقود الإدارية، دار قنديل للنشر والتوزيع عمان، الطبعة الأولى 2011، ص. 178.
- 38 مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص. 722-723.
- 39 جمال عباس أحمد عثمان، النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، المكتب

- العربي الحديث الإسكندرية، ط. 2007، ص. 436.
- 40 زكريا المصري. العقود الإدارية ما بين الإلزام القانوني والواقع العملي دراسة مقارنة محلية ودولية، دار الفكر والقانون المنصورة، ط. الأولى 2014، ص. 128.
- 41 Marion Ubaud- Bergeron, Droit des Contrats Administratifs, Lexis Nexis, paris, 2015, p.336.
- 42 مازن ليلوراضي، المرجع السابق، ص. 179.
- 43 سمير عثمان اليوسف، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن المالي للعقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2009، ص. 118.
- 44 سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص. 661.
- 45 حسن محمد علي حسن البنان، أثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري، مجلة الرافدين للحقوق، العراق، المجلد 16، العدد 58 سنة 2013، ص. 189.
- 46 محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص. 542.
- 47 محمد أنس قاسم جعفر، المرجع السابق، ص. 166.
- 48 عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق، ص. 204.
- 49 سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص. 693.
- 50 مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص. 689.
- 51 محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص. 67.
- 52 سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص. 695.
- 53 سمير عثمان اليوسف، المرجع السابق، ص. 85.
- 54 حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي المبادئ والأسس العامة، منشأة المعارف بالإسكندرية، د.س.ن. ص. 339.
- 55 مازن ليلوراضي، المرجع السابق، ص. 184.
- 56 مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص. 697.
- 57 عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق، ص. 212.