

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة غرداية



كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

المخاطر التعاقدية في القانون الإداري

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي

مسار: الحقوق، تخصص: قانون إداري

تحت إشراف:

- د . شول بن شهرة

إعداد الطالب:

- شقراني محمد رضا

أعضاء اللجنة المناقشة

الاسم واللقب	الدرجة العلمية	المؤسسة	الصفة
نسيل عمر	أستاذ مساعد " أ "	جامعة غرداية	رئيسا
الدكتور: شول بن شهرة	أستاذ محاضر " أ "	جامعة غرداية	مشرفا و مقررا
الأستاذ: سيد اعمر محمد	أستاذ مساعد " أ "	جامعة غرداية	مناقشا

الموسم الجامعي: 2015/2014

شكر و عرفان

بعد حمد الله وشكره - سبحانه وتعالى - والصلاة والسلام على النبي مُحَمَّد صلى الله عليه وسلم وصحبه أجمعين.

أتقدم بأخلص الشكر والتقدير إلى :

كل أساتذتي وأخص بالذكر الدكتور الفاضل *شول بن شهرة* الذي أشرف على هذه المذكرة ولم ييخل علي بنصائحه وتوجيهاته القيمة التي كانت لي عوناً في إنجاز هذا العمل.

كما أشكر الأستاذ الراعي العيد، والأستاذ أيت عودية بلخير، والأستاذ بوحميذة عبد الكريم، الذين ساعدوني في إنجاز هذه المذكرة.

ولا يفوتني أن أشكر طاقم الجامعة، أساتذة، موظفين، عمال، على ما قدموه كل في مجال اختصاصه...

و إلى كل من ساهم في إنجاز هذا العمل المتواضع من قريب أو من بعيد.

الإهداء

إلى الأهل الذين غزوني حبا وحنانا وغرسوا في معاني الإباء وضحوا بالغالي و النفيس من أجلني
إلى صاحب الروح الطيبة والقلب الكبير ورمز العطاء
والدي العزيز.... الذي شملني بعطفه وحنانه.... وتحمل معي أشد ساعات العسر حتى أوصلني إلى بر
الأمان.... أتمنى له موفور الصحة وطول العمر
حمامة الروح والدي الحبيبة التي ربنتني.... إلى من تجسدت السعادة في أحضانها وارتسمت بسمة الفرحة في
عيونها.... فهي ينبوع الحنان الدافئ....
إلى من تحمل معي ساعات العسرة، والعناء وشاركني همومي.... وغمرني بعطفهم وحنانهم أختي عبد الكريم،
إيمان، إبراهيم، حمزة وأختي مريم العريزة على نفسي
إلى جميع أفراد عائلة شقراني، وعائلة بلي.
إلى سلوى الفؤاد وشرابن القلب.... أصدقائي الأحباء فاروق، جمال الدين، لمين، عبد الرحيم، يعقوب،
قدور، النعمان، وليدة، حسيبة، جهاد، عز الدين. جلال، نذير، عبد الرزاق، إسماعيل، عبد الهادي، محمد
الذهبي، رئيس المحكمة الإدارية، مجدوب، محمد، حليلة، أمينة، سارة، زينب، عمر، بو حفص،
أسماء، خديجة، صورية، يوسف، زهير.

إلهم جميعا أهدي هذا العمل

ملخص

إن المخاطر التعاقد التي تنشأ عن التعامل المتعاقد تختلف عن المسؤوليات الأخرى التي يتضمنها القانون الإداري بصفة عامة وبتحديد خصائص المخاطر التعاقدية تجعل التعامل المتعاقد أكثر توجها و إلماما بها كونها ترتبط بعقد إداري بالدرجة الأولى و إشتغالها على طابع المفاجئ الغير المرتقب مسبقا ، و أن هذه المخاطر أساسها قضائي و هذا هو محل القانون الإداري .

تنقسم أنواع المخاطر التعاقدية سواء في صورة إجراءات خاصة أو إجراءات عامة و التي تشكل طرفا مفاجأ يؤدي إلى صعوبات مادية غير متوقعة .

كما أن المخاطر في العقود الادارية يعني الاستمرار في تنفيذ الالتزامات التعاقدية و هذا حفاظا على المصلحة العامة إذ أنه من الواجب على المتعاقد إلمام التزاماته التعاقدية يجوز له إشراك متعامل ثانوي دون أن يكون الأخير الأصل . و كل هذا وفق مبدأ استمرارية المرافق العامة .

أما بالنسبة للتعويض على المخاطر التعاقدية من شأنه الحفاظ على التوازن المالي و هذا حسب كل الظروف سواء كان وفق نظرية فعل الأخير و هذا مما لا يدع مجالاً للجدل كون الإدارة ساهمت بزيادة الأعباء المالية أو أن الأمر يتعلق بنظرية الظروف الطارئة و بالرغم من خروجه عن ادارة طرفي العقد إلا أن عملية اعادة التوازن المالي تستوجب انصاف المضرور و منحه تعويضا .

Résumé

Les risques découlant du contrat le commerçant de l'entrepreneur se distingue des autres responsabilités contenues dans le droit administratif en général

La détermination des propriétés Alkmaar contractuelles font le commerçant contractée plus orientée et se familiariser avec le contrat en ce qui concerne principalement administrative et ils contiennent le caractère soudain de non-prospectif à l'avance, et que cette judiciaire et cela est un lieu de droit administratif basé sur le risque.

Divisée types de risques contractuels, soit sous la forme d'une actions et procédures publiques ou privées qui font une avance surprise partie à des difficultés inattendues matérielles.

Les risques dans les contrats administratifs moyens de continuer à mettre en œuvre les obligations contractuelles et ce afin de préserver l'intérêt public, car il est du devoir de l'entrepreneur familial avec ses obligations contractuelles peut impliquer trader secondaire sans que ce dernier origine. Et tout cela en conformité avec le principe de la continuité des services publics.

Quant à la rémunération sur les risques contractuels permettrait de maintenir l'équilibre budgétaire et ce, en fonction de toutes les circonstances, que ce soit selon le dernier acte de la théorie et cela est quelque chose qui ne laisse pas de place pour le débat le fait que la direction a contribué à augmenter le fardeau financier ou qu'il agit de la théorie de la situation d'urgence et même si il a quitté pour les parties de l'administration Cependant, le contrat ré-équilibrer le processus financier nécessite équité blessés et l'indemnisation accordée.

مقدمة

مقدمة

مقدمة:

تهدف العقود الإدارية إلى تحقيق أهداف لا ينبغي أن تخرج عن إطار المصلحة العامة، فكل عقد إداري يبرم لتحقيق مصلحة عامة، ولكن بطرق متغيرة و من زوايا مختلفة، وهذا الهدف عادة ما يتعلق بتشغيل المرافق العامة، فحينئذ تقوم الإدارة بإشراك الأفراد في إدارة المرافق العامة عن طريق عقود إدارية، حيث تعهد الإدارة لبعض أفراد القانون الخاص بإدارة مرافق عام، أو عقد مقابله بغرض إشباع الخدمة العامة المنبثقة عن تشغيله، كما أن العقود الإدارية تستخدم لتنفيذ خطة الدولة في تحقيق أهداف أخرى متصلة بالشؤون الاقتصادية أو الإدارية.

ويعتبر موضوعنا ذو أهمية بالغة نظرا لما تقتضيه هذه التصرفات من صرف للمال العام ولجوء الدولة للخصائص، مما يستدعي متابعة صارمة ميدانيا، فأهمية الموضوع تستجوب دراسة أكاديمية عميقة تبحث في هذه المخاطر وأسباب حدوثها.

إن كون موضوع العقود الإدارية مجال واسع ومتطور وفيه ما يقال نظرا لنشراك القطاع العام والخاص فيه، جعلنا نميل إلى هذه الدراسة لأسباب موضوعية، و هي تطلعا أن نسلط الضوء علي هذا النشاط الإداري، وما يكتنفه من غموض بداية من إجراءات التعاقد، و مرورا بتنفيذها إلى غاية نهايتها، حيث أن هذه العلاقة قد تتسبب في أضرار وبالأحرى يكون المتضرر فيها الأفراد المتعاقدين، وكل هذا نرمي من وراءه الكشف عن بعض التفاصيل والاجتهادات الفقهية و القضائية من شأنها أن تتصدى، وتوقف قدر الإمكان بين التوازن المالي للإدارة المتعاقدة والطرف الأخر المتعاقد.

مقدمة

أما الأسباب الذاتية هي تخصصنا في مجال القانون الإداري اوجب علينا الخوص في هذا الموضوع حتى نساهم في تزويد المختصين والمعنيين ببعض المعطيات التي من شأنها أن تكون مغل دراسات مستقبلية.

ويتعين علينا من خلال دراستنا أن نطمح إلى أهداف تكون نتاج دراستنا نذكر منها:

- رسم الأسس العامة التي تقوم عليها العقود الإدارية من خلال تضمن هذه العقود مسبقا شروطا من شأنها التقليل علي الأقل من هذه المخاطر.
- إرساء قانون في مجال العقود، حيث نتطلع إلى إرساء القانون الإداري خصوصا في مجال التعاقدات الإدارية على أسس سليمة تتناول بالتفاصيل الجزئية.
- توضيح الغاية من إبراز المخاطر التعاقدية ومرايها، فأن جمهور المشتغلين بالقانون الإداري لأشد الحاجة إلى ما يقوم مقام لمثل موضوعنا بالنسبة إلى المبادئ التي يعتنقها القانون العام في مجال العقود الإدارية.

وصادفنا من خلال البحث عن الدراسات السابقة لموضوع مذكرة مقدمة لاستكمال شهادة ماستر أكاديمي حقوق، بعنوان نظرية فعل الأمير و آثارها في المادة الإدارية، جامعة قاصدي مرباح، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق ورقلة، السنة الجامعية 2014/2013. وكذلك مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، بعنوان دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان السنة الجامعية 2011/2010. حيث أن هذه الدراسات لم تدقق في مخاطر التعاقد كما سنتطرق لها.

مقدمة

وتتمثل أول صعوبة التي واجهتها في إعداد موضوعي كوني ضريب مما يجعل إمكانية البحث عسيرة نظرا لعدم توفر إمكانيات الخاصة لمثل حالتي، بالإضافة إلى عامل الزمن الذي يتطلب متسع من الوقت حتى أتمكن من الإلمام قدر الإمكان بجوانب الدراسة، كما أن موضوع مخاطر العقود الإدارية له صلة قريبة لموضوع الصفقات العمومية والتي بدورها أصبحت قوانينها متطورة من حين لآخر، مما يزيدنا صعوبة في مواكبة تطورات هذه القوانين.

الإشكالية:

- فيما تتمثل المخاطر التعاقدية في مجال القانون العام؟

ينبثق عن هذه الإشكالية تساؤلات فرعية أبرزها:

- ما مفهوم المخاطر التعاقدية؟ ما هي أنواعها؟

- ما هي المراحل التي تشتمل على المخاطر التعاقدية؟

- كيف يمكن جبر أضرار المخاطر التعاقدية؟

ولمعالجة الإشكالية اتبعت المنهج الوصفي التحليلي، اعتمدنا فيها علي المنهج الوصفي قاصدين

من خلاله إلى تشخيص جوانب الموضوع مع إدخال مناهج أخرى تتمثل في المنهج التاريخي و المنهج المقارن و المنهج التحليلي.

فحدود دراستنا شملت التشريع الجزائري ثم الفرنسي والمصري كونهم أكثر تشابه من حيث المنظومة

القانونية.

مقدمة

وللإجابة على هذه الإشكالية أقترح خطة مقسمة إلى فصلين:

الفصل الأول: مفهوم المخاطر التعاقدية في القانون الإداري، والذي ينقسم إلى مبحثين:

المبحث الأول: تعريف المخاطر التعاقدية في القانون الإداري، والذي بدوره يتضمن مطلبين:

المطلب الأول: المخاطر التعاقدية وتمييزها عن غيرها من المخاطر في القانون الإداري، وفيه فرعين:

الفرع الأول: تعريف المخاطر التعاقدية.

الفرع الثاني: تمييز المخاطر التعاقدية عن غيرها من المخاطر في القانون الإداري.

المطلب الثاني: خصائص المخاطر التعاقدية في القانون الإداري، وفيه ثلاث فروع:

الفرع الأول: الارتباط بعقد إداري.

الفرع الثاني: الطابع المفاجئ للمخاطر التعاقدية.

الفرع الثالث: الأصل والأساس القضائي للمخاطر التعاقدية في القانون الإداري.

المبحث الثاني: أنواع المخاطر التعاقدية، والذي يتضمن مطلبين:

المطلب الأول: المخاطر الإدارية في العقود الإدارية، وفيه فرعين:

الفرع الأول: المخاطر الإدارية في صورة إجراء خاص.

الفرع الثاني: المخاطر الإدارية في صورة إجراء عام.

المطلب الثاني: المخاطر الاقتصادية والعقود الإدارية، ويحتوي على فرعين:

الفرع الأول: الظروف الطارئة في العقود الإدارية.

الفرع الثاني: الصعوبات المادية غير المتوقعة في العقد الإداري.

الفصل الثاني: تسيير المخاطر في العقود الإدارية.

مقدمة

المبحث الأول: الاستمرارية في تنفيذ الالتزامات، ويتضمن هو الآخر مطلبين:

المطلب الأول: واجب أداء المتعاقد التزاماته التعاقدية، وفيه فرعين:

الفرع الأول: استمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته بنفسه.

الفرع الثاني: استمرار تنفيذ المتعاقد لالتزاماته بمساعدة متعامل ثانوي.

المطلب الثاني: أساس وجوب الاستمرار في تنفيذ العقد الإداري، وفيه فرعين:

الفرع الأول: الاتصال بالمرفق العام.

الفرع الثاني: خضوع العقد الإداري لمبدأ سير المرفق العام بانتظام وباضطراد.

المبحث الثاني: تعويض المتعامل المتعاقد عن أضرار المخاطر، ويتضمن مطلبين:

المطلب الأول: التعويض وفقا لنظرية فعل الأمير، والذي يحوي ثلاث فروع:

الفرع الأول: شروط تطبيق نظرية فعل الأمير.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على تطبيق فعل الأمير.


الفرع الثالث: كيفية تحديد التعويض ومداه.

المطلب الثاني: التعويض وفقا لنظرية الظروف الطارئة، ويحتوي ثلاث فروع:

الفرع الأول: تعريف الظروف الطارئة.

الفرع الثاني: شروط تطبيق الظروف الطارئة.

الفرع الثالث: نتائج تطبيق الظروف الطارئة.



الفصل الأول
مفهوم المخاطر التعاقدية في القانون الإداري

تمهيد:

من المعروف أن الأدوات التي تباشر الإدارة بها نشاطها، وتسعى بها لتحقيق أهدافها، تتمثل في القرارات الإدارية¹ التي تصدرها بإرادتها المنفردة الملزمة للأفراد، ويليهما العقود الإدارية التي تجتد الإدارة نفسها مضطرة - لتحقيق ما تسعى إليه - إلى أن تتحد إرادتها مع إرادة أو إرادات أخرى، لينتج عن ذلك عقد بين الإدارة وغيرها. وتتميز القرارات الإدارية أنها توجد تعبيراً عن إرادة الإدارة المنفردة، دون اتحاد مع إرادة أخرى، ودون تدخل من أي إرادة أخرى، وأن تكون القرارات ملزمة للمخاطبين بها. ويجب أن نتذكر هنا، أن الإدارة لا تستطيع إلزام غير المواطنين، بمعنى أن القرارات الإدارية لا تكون ملزمة لغير المواطنين، أي أن الإدارة لا تستطيع أن تصدر قرارات إدارية تلزم بها الأجانب، مقيمين على أرض الوطن أو مقيمين خارج أرض الوطن.

فإذا كنا بصدد أداة العقود التي قد تلجأ لها الإدارة لتحقيق أهدافها، نجد أن العقد لا ينعقد ولا يكون له وجود، إلا بالتقاء إرادة الإدارة مع إرادات أخرى، منفردة أو في شكل تجمعات قانونية، تنتمي لأشخاص القانون الخاص، أو كانت من أشخاص القانون العام. وباعتبار ما تعقده الإدارة عقداً، فإنه يخضع في تكوينه للقواعد العامة في العقود، حسبما تنظمها النظرية العامة في العقود في القانون الخاص، والتي تعلن أن عناصر العقد - أي عقد - تكاد تنحصر في الرضا والسبب والحل.

¹ - علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، دار الهدى، الجزائر، ص111.

وتتميز عقود أشخاص القانون الخاص، بأنها يتم انعقادها بين أطراف ذوي إرادات متساوية، مما يجعل تطبيق القانون عليها ميسوراً، فضلاً عن أنها عقود قديمة، وأنها تخضع لقواعد القانون الخاص القديمة كذلك.

وفي الجانب الآخر فإن العقد الإداري، عقد يتم عقده بين الإدارة العامة وآخرين، والقاعدة أن للإدارة العامة هدف متفق عليه، تسعى لتحقيقه، وهو هدف الصالح العام، فيحين أن المتعاقد مع الإدارة - وهو في الغالب الأعم من أفراد القانون الخاص - يسعى لتحقيق صالحه الخاص، وأنه لا يهتم بالصالح العام، ولا يسعى لتحقيق الصالح العام.

من هنا كان العقد الذي تبرمه الإدارة،¹ بين طرفين يسعى أحدهما لتحقيق الصالح العام، ويسعى الآخر لتحقيق صالحه الخاص. ولما كان المنطق على أن يكون الصالح العام أفضل وأهم وأولى بالرعاية من الصالح الخاص، ما قد ينجر عليه مخاطر تعاقدية للطرف الضعيف، وهو ما سنتناوله في هذا الفصل كالاتي:

المبحث الأول: المخاطر التعاقدية في القانون الإداري:

إن الإدارة هي تقوم بوظائفها الموكلة إليها بمقتضى القانون تكون عرضة لأخطاء وأخطار مختلفة أثناء تنفيذها لمهامها، فإذا أخطأت وسببت ضرر للغير فإنها تكون مسؤولة أمام المتضرر والقضاء يجبر الضرر أو التعويض عنه فالمبدأ العام هو أن الإدارة تسال عن كل تصرفاتها²، من هنا كان العقد الذي تبرمه الإدارة، بين طرفين يسعى أحدهما لتحقيق الصالح العام، ويسعى الآخر

¹ - محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، دون تاريخ النشر، ص785.

² - مسعود شيهوب، المسؤولية عن المخاطر وتطبيقاتها في القانون الإداري: دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص194.

لتحقيق صالحه الخاص .ولما كان المنطق يقتضي على أن يكون الصالح العام أفضل وأهم وأولى بالرعاية من الصالح الخاص، فقد ترتب على ذلك أن تكون إرادة من يسعى لتحقيق الصالح العام، أعلى من إرادة الطرف الذي يسعى لتحقيق صالحه الخاص فقط.

ولقد ترتب على ذلك أن صار العقد الذي تبرمه الإدارة - وهي راعية لصالح العام والساعية على تحقيقه - بين طرفين إرادة أحدهما أعلى من إرادة الآخر، بالمخالفة للقاعدة العامة المستقرة في دائرة علاقات القانون الخاص، والتي تقر المساواة المطلقة بين إرادات المتعاقدين .وبهذا يقوم فارق هام وجوهري، بين عقود القانون الخاص، وعقود القانون العام.

على أن الإدارة لا تسير على مبدأ واحد، مفاده أن تكون في عقودها دائماً صاحبة الإرادة العليا، وإنما تلجأ أحياناً إلى قواعد القانون الخاص في تعاقداتها، متخليّة عن امتيازات السلطة العامة التي يمنحها المشرع لها للقيام على تحقيق الصالح العام¹.

ومن هنا صارت العقود التي تبرمها الإدارة، دائرة بين نوعين من التعاقدات، نوع تتمسك فيه بامتيازاتها، مما يجعل إرادتها أعلى من إرادة المتعاقد معها، فيظهر العقد في شكل يخالف شكل عقود قانون العلاقات الخاصة، ومتضمناً شروطاً لا نظير لها في مجال علاقات القانون الخاص، ويكون بديها أن يخضع هذا النوع من العقود، لنظام قانوني يختلف عن النظام القانوني للعقود في القانون الخاص.

¹ - محمد شافعي ابوراس ، العقود الإدارية ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر، 2002، ص3.

ويتمثل النوع الثاني، فيما تعقده الإدارة من عقود، متخفية عن سلطاتها وامتيازاتها، فتكون في موقع مساوٍ لموقع المتعاقد معها، وإرادتها مساوية لإرادته، ومن ثم يخضع العقد في كل منازعاته لقواعد القانون الخاص، وهكذا كانت دراسة أصول وأحكام العقود الإدارية، ضرورية للتمييز بين النوعين.

ولم تظهر هذه التفرقة إلا مع ظهور القانون الإداري، والذي بدأ ظهوره بالمعنى الفني الدقيق في فرنسا مع بداية القرن التاسع عشر، وبدأ مجلس الدولة الفرنسي في ابتكار نظريات القانون الإداري وإرساء قواعدها، ومن بينها المخاطر التعاقدية، التي نحن بصدد دراستها.

المطلب الأول: تعريف المخاطر التعاقدية وتمييزها عن غيرها من المخاطر في القانون الإداري

قبل التطرق لتعريف المخاطر التعاقدية وجب التعرّيج على مفهوم العقد الإداري فحسب مجلس الدولة الفرنسي، فإن "العقد الإداري هو كل اتفاق يبرمه أحد الأشخاص المعنوية العامة بغرض تسيير مرفق عام، على أن تظهر في الاتفاق نية الشخص المعنوي العام¹ في الأخذ بوسائل وأحكام القانون العام، إما بتضمين الاتفاق شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص، أو بالسماح للمتعاقد معها - وهو أحد أشخاص القانون الخاص - بالاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام."

وأكدته محكمة القضاء الإداري، في حكمها الصادر في 16 ديسمبر 1956:

¹- ناصر لباد، القانون الإداري، ج2، دون دار النشر، 2004، الجزائر، ص394.

إن العقد الإداري، هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام، بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، وأن يظهر نيته في هذا العقد بالأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

ويعرف "سليمان الطماوي" العقد الإداري بأنه " ذلك الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وذلك بأن يتضمن العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص، أو أي حول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام" ¹.

ومن خلال ما تقدم من تعاريف للعقود الإدارية فإنه قد يحصل وان يخل احد أطراف العقد الإداري بالتزاماته بخطئه فيسبب ضرراً للطرف الآخر، وهنا نكون أمام خطر تعاقدي ².

وهو ما سيتم التطرق له في الفرعين التاليين.

الفرع الأول : تعريف المخاطر التعاقدية:

تقوم نظرية المخاطر في القانون الإداري على قاعدة مفادها : أنه من يتسبب في مخاطر أو انشأ مخاطر ينتفع منها، فعليه تحمل تبعه الأضرار الناتجة عنها.

فالمنفعة التي تجنيها الإدارة عادة من النشاط تفرض عليها تحمل تبعات و مخاطر هذا

¹ - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط 3، دار الفكر العربي، القاهرة ، 2005، ص50.

² - م124 من القانون المدني ج ج د ش رقم 78 الصادرة في 1975/09/30.

النشاط. مبادئ العدل والإنصاف تنتفي أن تتحمل الإدارة مخاطر النشاط كمقابل للمنفعة التي تجتنيها منه¹.

في مجال العقود الإدارية، نجد أن الإدارة العامة تتمتع في مواجهة المتعاقد معها بسلطة تعديل العقد، أو تعديل طريقة تنفيذه وهذا يعد طابع رئيسي لنظام العقود الإدارية، بل هو من أبرز الخصائص التي تميز نظام العقود الإدارية عن العقود المدنية .

وتقتضي هذه السلطة أن الإدارة تملك من جانبها وحدها و بإرادتها المنفردة- على خلاف المؤلف في معاملات الأفراد فيما بينهم - حق تعديل العقد أثناء تنفيذه، وتعديل إلتزامات المتعاقد معها على نحو غير متوقع أو معلوم لدى المتعاقد وقت إبرام العقد من شأن هذا التعديل أن يزيد من أعباء المتعاقد، دون أن يتمكن من الاحتجاج بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة العقد شرعية المتعاقدين . ذلك لان طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة استمرارية المرفق العام، تفرض حصول تغيير في ظروف العقد وطرق تنفيذه تبعاً لمقتضيات سير المرفق العام².

من جهة أخرى، يحصل أن يتعرض المتعاقد مع الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد إلى ظروف غير متوقعة لم تكن الإدارة المتعاقدة طرفاً فيها و تؤدي إلى صعوبة تنفيذ العقد وفقاً للتوازن المالي المتفق عليه وقت إبرام العقد .³

هذه الظروف قد تأخذ صورة الظرف الاقتصادي كالكساد أو تضخم حاد، أو ارتفاع مفاجئ وغير متوقع لأسعار مواد البناء، وقد يكون الظرف سياسياً كإعلان حالة الحرب، كما قد

¹ - مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص 04.

² - بلال أمين زين الدين، المسؤولية الإدارية التعاقدية وغير التعاقدية: دراسة مقارنة، ط: 1، ريم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 571.

³ - محمد رفعت عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 541

يكون ظرفاً طبيعياً كحالة زلزال أو فيضان، أو خيراً قد يكون الظرف إجراءً تشريعياً أو تنظيمياً صادر عن جهة أخرى غير الجهة المتعاقدة¹.

مما سلف يتضح أن المخاطر في العقد الإداري ناتجة عن حق الإدارة المتعاقدة في تعديل بنود العقد أو عن ظروف طارئة خارجة عن فعل وإدارة طرفي العقد الإداري، والتي من شأنها أن تؤثر سلباً على التوازن المالي للعقد .

وعليه يمكننا تعريف المخاطر التعاقدية في القانون الإداري بأنها: " مجموع التغييرات غير المتوقعة والحاصلة بغير فعل المتعاقد مع الإدارة، والتي تخل بالتوازن المالي للعقد الإداري " .

حماية التوازن المالي للعقد الإداري لا ترتبط بخطأ الإدارة أو بخطأ المتعاقد، وإنما مبعثها ضرورة حماية المصلحة المالية الخاصة للمتعاقد إذا ما طرأت أحداث تخرج عن إرادته و تزيد من أعبائه إلى حد بعيد.

وحماية مصلحة المتعاقد الخاصة وحقه في استيفاء حقوقه و أرباحه التي كان يعول عليها حين إبرام العقد.

يتضمن أيضاً حماية المصلحة العاقد ومصلحة المرافق العامة، لان إهدار مصالح المتعاقد المشروعة تضرب المصلحة العامة من حيث أنها لا تشجع الأفراد و الشركات الكبيرة على الإقبال على التعاقد مع الإدارة.

¹ - حمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص541.

كما تضر بالمرفق التي انعقد العقد لتلبية احتياجاتها أو لتسييرها . هذه المرافق ستصاب بضرر بليغ إذا ما توقف المتعاقد عن تنفيذ العقد مرهقاً للغاية للمتعاقد من الناحية المالية¹.

الفرع الثاني: تمييز المخاطر التعاقدية عن غيرها من أنواع المخاطر في القانون الإداري

بهدف توضيح أكبر لمفهوم المخاطر الإدارية، من المفيد تمييزها عن نظريات المخاطر الأخرى في القانون الإداري.

أولاً: تمييز المخاطر التعاقدية عن المخاطر التقصيرية للإدارة العامة:

نظرية المخاطر التقصيرية للإدارة هي أساس للمسؤولية الإدارية عن أفعالها بدون خطأ، فتقوم عندما تنتفي عن الفعل الإداري الذي سبب الضرر المستوجب للتعويض صفة الخطأ.

فإذا كانت المسؤولية الخطئية للإدارة تقوم على اجتماع أركان:

الخطأ، الضرر و العلاقة السببية بينهما، فإن المتضرر في حالة المسؤولية الإدارية القائمة على أساس المخاطر معفى من إثبات وجود خطأ شخصي أو مرفقي يمكن نسبته إلى الإدارة حتى يمكن مساءلتها، فيكفي أن يقيم الدليل على وجود رابطة سببية بين تصرف الإدارة المشروع وبين الضرر الذي لحقت به حتى يحكم القاضي بالتعويض كجزاء لانعقاد تلك المسؤولية².

يتم السعي من خلال اعتماد نظرية المخاطر في المسؤولية الإدارية التقصيرية إلى تحقيق الموازنة بين المصلحة العامة المتمثلة في إتاحة المجال أمام الإدارة للقيام بمشروعات و أداء خدماتها

¹ - محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 539، ص 540.

² - بلال أمين زين الدين، المرجع السابق، ص 363.

ومهامها القومية، وبين المصالح الخاصة للأفراد المتساوين أمام تلك الأعباء العامة و التكاليف العامة بحيث لا يمكن بحال من الأحوال أن يتحملها البعض دون البعض الآخر، وهو ما يتفق أيضاً مع مبادئ العدالة¹.

من خلال ما سبق، يتضح أن نظريتي: المخاطر التعاقدية و المخاطر التقصيرية للإدارة العامة، إنما تشتركان في التأسيس المسؤولية تقوم على خطأ الإدارة، كما أنهما تشتركان في الأساس القائم على تحمل التبعة ومبادئ العدالة والإنصاف.

غير أن أوجه الاختلاف الجوهرية للمخاطر التعاقدية و المخاطر التقصيرية يكمن في الإطار الموضوعي لكل منهما. فبينما تطبق نظرية المخاطر التعاقدية على نشاط الإدارة العامة التعاقدية أي في مجال العقود الإدارية حصراً، نجد المخاطر التقصيرية تطبق على التصرفات القانونية و المادية الصادرة بالإرادة المنفردة بالإدارة .

ثانياً: تمييز المخاطر التعاقدية عن المخاطر الاجتماعية

يقصد بالمخاطر الاجتماعية: "مخاطر ذات صلة وثيقة بالحياة في الجماعة، لا يمكن أن يتحمل نتائجها شخص بمفرده، بل الجماعة هي التي تحمل عواقب هذه الأخطار، لاسيما و أن مثل هذه المخاطر كثير ما تهدد النظام العام"².

قد تأخذ المخاطر الاجتماعية شكل حوادث مرور، أو حوادث عمل انتشار عدوى، بظالة ناتجة عن أزمات اقتصادية، أو شكل كوارث طبيعية.....إلخ.

¹ - المرجع نفسه، ص361

² - علي فيلاي، الالتزامات : الفعل المستحق للتعويض، ط:2، موفم للنشر، الجزائر، 2007، ص339.

تقوم نظرية المخاطر الاجتماعية على مساواة المواطنين أمام التكاليف العمومية التي تفرض التضامن بين مكونات المجتمع، فبعض الأخطار ينبغي تركها على عبء الأفراد، و لكن من الضروري إضفاء الطابع الجماعي عليها توجيهاً للتخفيف من آثارها . وتحقيقاً لهذه الغاية نجد أن الدولة تتكفل بجبر تلك الأضرار تحت عنوان : " مقتضيات التضامن الاجتماعي " ، كما حدث مع ضحايا الثورة التحريرية الجزائرية، أو مع الأضرار الناتجة عن الأعمال الإرهابية¹.

تتشترك نظريتا : المخاطر التعاقدية والمخاطر الاجتماعية، في البحث عن تحقيق مقتضيات العدالة، حماية للصالح العام بالعمل على جبر الأضرار التي تلحق بالأشخاص و التي قد تؤثر سلباً على المصلحة الجماعية. كما أنهما تشتركان بصفة خاصة في المخاطر ذات الطابع الاقتصادي التي تؤثر على التوازنات المالية للمتعاقدين مع الإدارة و على الوضعية المالية للمتضررين في المجتمع .

بالرغم من الإشتراك في الأساس، إلا أن الاختلاف بين المخاطر التعاقدية و المخاطر الاجتماعية يظهر في مجال كل منهما، فبينما تحدث المخاطر التعاقدية في إطار عقد إداري لتؤثر على المتعامل المتعاقد مع الإدارة؛ تحدث المخاطر الاجتماعية في إطار الحياة المشتركة لأعضاء المجتمع الواحد و تؤثر على فئة محددة منهم .

¹ - المرجع نفسه، ص.340

المطلب الثاني : خصائص المخاطر التعاقدية في القانون الإداري

إن المخاطر التعاقدية في القانون الإداري تشتمل على مجموعة خصائص عن غيرها من مخاطر الأخرى بين المتعامل المتعاقد والإدارة ولذلك سوف نتطرق إلى خصائص التي تميز المخاطر التعاقدية .

الفرع الأول : الارتباط بعقد إداري

العقد الإداري : عقد يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً يتعاقد بوصفه سلطة عامة، و أن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه، وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية، و هو انتهاج أسلوب القانون العام فيما تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية بالنسبة إلى روابط القانون الخاص".¹

من أبرز ما يميز المخاطر التعاقدية عن غيرها من صور المخاطر الأخرى في القانون الإداري - كما سبق بيانه - هو ارتباطها الموضوعي بالعقد الإداري.

ومن المهم هنا تحديد المقصود بالعقد الإداري نظراً لأنه ليست كل عقود الإدارة لها صفة العقود الإدارية حيث يمكن للإدارة أن تبرم عقوداً مدنية² تخضع لأحكام القانون المدني الذي لا يتيح استعمال امتيازات السلطة العامة من جهة واحدة للإدارة.

¹ - محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري ، المقومات، الإجراءات، الآثار، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، 2006، ص 19.

² - علاء الدين عشي، المرجع السابق، ص 140.

الفرع الثاني: الطابع المفاجئ للمخاطر التعاقدية

تتسم المخاطر التعاقدية بخاصية عدم التوقع، فيجب أن تكون الإجراءات الصادرة عن الإدارة أو الظروف.

المضرة بالمتعاقد غير متوقعة وقت إبرام العقد، فإذا توقع العقد الإجراء، فتستبعد عنها صفة المخاطر، وما يترتب عنها من تعويضات لصالح تطبيق البنود التعاقدية، لكن هنا يطرح سؤال حول مدى تعارض الطابع المفاجئ للتعديلات التي تدخلها الإدارة على البنود التعاقدية من جهة و العلم المفترض لدى الجميع بحق الإدارة العامة في تعديل عقودها الإدارية دون الحاجة لموافقة مسبقة من المتعاقد معها حتى ولو لم ينص العقد على ذلك . فكيف يمكن القول - حينئذ - بأن المتعاقد لم يتوقع التعديل؟.

إجابة على ذلك يعتبر الأستاذ سليمان الطماوي أن عدم التوقع لا ينصرف لا ممل الحق في التعديل، فهو متوقع دائماً، و يفترض علم المتعاقد، إنما يتصرف إلى حدود التعديل و مداه¹.

المنطق ينطبق على المخاطر التي تطرأ على العقد الإداري بغير عمل الإدارة المتعاقدة، فإنه وبالرغم من أن كل عقد يمتل في طياته بعض المخاطر، وكل متعاقد حذر يقدر هذه المخاطر ويزنّها عند إبرام العقد، إلا أنه ما يعد من قبيل المخاطر التعاقدية هو الظرف الذي يفوق كل تقدير

¹ - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية: دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، مصر، 2005، ص ص 602 603.

يمكن أن يتوقعه الطرفان المتعاقدان و يتفرع على كون الحادث غير المتوقع أنه غير قابل للدفع، ذلك أن الحادث الذي يمكن دفعه يستوي شأنه أن يكون متوقعاً أو غير متوقع¹.

الفرع الثالث: الأصل والأساس القضائي للمخاطر التعاقدية في القانون الإداري

يعتبر نظام العقود الإدارية من إنشاء القضاء الإداري الذي حرص على إيجاد نظام قانوني مستقل وخاص بالعقد الإداري يستوعب كل خصائص النشاط الإداري يهدف استبعاد تطبيق القواعد العامة².

إلى للعقد من خلال معالجة آثار المخاطر التعاقدية التي تمس الحقوق و المزايا المالية للمتعاقد مع الإدارة، فالصلاحيات الواسعة للإدارة والعوارض التي قد تطرأ خلال تنفيذ العقد. تؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد، و هو ما أدى بالقاضي لفرض تعويضات للمتعاقد جراء المخاطر التعاقدية وفقاً لشروط محددة يجب أن تتوفر فيها³.

وكان أول تطبيق لذلك بمناسبة تدخل الإدارة في عقود الامتياز وجاء في تقرير المفوض "ليون بلوم" société français de trammaf. في قضية التي صدر فيها قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1910/03/11، انه: "من جوهر كل عقد امتياز أن يتم البحث و تحقيق بقدر الإمكان، مساواة بين الحقوق المقدمة للمتعاقد في عقد الامتياز والتكاليف المفروضة عليه.... الحقوق و التكاليف يجب أن تتوازن بطريقة تشكل الطرف المقابل للأرباح الممكنة والخسائر المتوقعة

¹ - سليمان محمد الطماوي ، مرجع سابق، ص650.

² - سليمان محمد الطماوي ، المرجع نفسه، ص38.

³ - بلال أمين زين الدين، المرجع السابق، ص570.

. كل عقد امتياز يتضمن حسابيا الموازنة الصادقة بين ما يتمتع به المتعامل في عقد الامتياز و ما يفرض عليه ... وهو ما نسميه بالتوازن المالي و التجاري، أو المعادلة المالية في عقد الامتياز¹.

المبحث الثاني: أنواع المخاطر التعاقدية

أثناء تعاقد الإدارة مع أشخاص القانون الخاص من أجل تسيير مرفق عام أو انجاز مشروع لأجل منفعة عامة منبثقة عن هذا التعاقد أخطار تكون نتاج إجراءات إدارية تتخذها الإدارة و التي تسمى المخاطر الإدارية و هذا موضوعنا في المطلب الأول، كما ينتج عن هذا التعاقد مخاطر تؤثر على التوازن المالي للعقد و التي تسمى المخاطر الإقتصادية نتاولها في المطلب الثاني.

المطلب الأول : المخاطر الإدارية في العقود الإدارية:

يقصد بالمخاطر الإدارية كل إجراء تتخذه السلطات العامة يكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة أو في الالتزامات التي تنص عليها العقد².

قد تأخذ المخاطر الإدارية في العقد الإداري صورة إجراء خاص (الفرع الأول)، أو صورة إجراء عام (فرع ثان).

¹ - محمد سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 584 585.

² - بلال أمين زين الدين، المرجع السابق، ص 143.

الفرع الأول: المخاطر الإدارية في صورة إجراء خاص:

يقصد هنا بالإجراء الخاص، كل عمل إداري يصدر عن الإدارة المتعاقدة في إطار تنفيذ العقد و الذي قد يؤدي سواء إلى تعديل مباشر في شروط العقد (أولاً)، أو إلى التأثير على ظروف التنفيذ (ثانياً).

أولاً: الإجراء الذي يؤدي إلى تعديل مباشر في شروط العقد:

بمقتضى هذه السلطة يكون بإمكان الجهة الإدارية المتعاقدة أن تقوم بتعديل شروط العقد بما يؤدي لزيادة أو إنقاص إلتزامات المتعاقد معها، أو تعديل الجدول الزمني لمراحل التنفيذ بصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد، وذلك بإرادتها المنفردة دون إن يكون للمتعاقد معها الاحتجاج بقاعدة الحق المكتسب و بقاعدة القوة الملزمة للعقد و أن العقد شريعة المتعاقدين المعمول بها في نطاق عقود القانون الخاص¹.

نجد هنا الحق المقرر للإرادة المتعاقد سنده وأساسه في قواعد تنظيم وتسيير المرفق العام بانتظام وباضطراد وقابلية للتعديل والتغيير في أي وقت لمواجهة الظروف المتغيرة بما يحقق المصلحة العامة، فالإدارة هي صاحبة الحق و الاختصاص في تنظيم و تسيير المرفق العام، و تقام مسؤوليتها إن هي أحلت بالتزامها هذا، ومن ناحية أخرى، فإنه عند إبرام العقد تكون نية الطرفين قد انصرفت في الواقع إلى ضرورة الوفاء بحاجات المرفق العام بكل ما قد ينتج ذلك، و يؤكد هذه النية المشتركة

¹ - محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص253.

أن المتعاقد مع الإدارة لا يستطيع، قبل إبرام العقد إلا أن يقبل الشروط التي تضعها هذه الأخيرة جملة أو يرفضها جملة، فإذا قبلها، فإن قبوله هذا يتضمن التسليم بحق الإدارة في التعديل.¹

صور تعديل شروط العقد يمكن أن تتنوع و تختلف حسب الظروف و يمكن أن تشمل

على سبيل المثال ما يلي:

1. تعديل كمي بزيادة إلتزامات المتعاقد، مثل زيادة مقدار أو كمية الأدوات و الأصناف

الموردة بنسبة معينة، أو إضافة حجات أو ملحقات جديدة بالمباني التي تقرر إنشائها

في عقد الإشغال العامة .

2. تعديل كمي بإنقاص إلتزامات المتعاقد، مثل خفض مقدار أو كمية المورددة بنسبة معينة

في عقد التوريد، أو إلغاء أجزاء وحجات معينة في المباني بالنسبة لعقد الأشغال العام.

3. تعديل في البرنامج الزمني للتوريدات أو تنفيذ الأعمال سواء بالإسراع أو الإبطاء أو

وضع نظام أولويات في تنفيذ بعض التوريدات و بعض الأعمال قبل غيرها.²

إن سلطة تعديل الشروط التعاقدية من قبل الإدارة المتعاقدة ليست مطلقة، و إنما ترتبط

بشروط أبرزها:

1. لما كانت سلطة التعديل تستند إلى مقتضيات سير المرافق العامة، فيجب أن تكون قد

استجدت ظروف بعد إبرام العقد تبرر هذا التعديل، بحيث لا تستطيع الإدارة أن تلجأ

إلى تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة دون تغيير الظروف التي تم إبرام العقد في ظلها.

¹ - محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع نفسه ، الصفحة نفسها.

² - محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص532.

2. في الحالات التي يجوز للإدارة فيها إن تعديل من شروط العقد الإداري يجب عليها أن تحترم في إجراء هذا التعديل القواعد العامة للمشروعية فيصدر التعديل من السلطة المختصة بإجرائه ووفقاً للإجراءات التمكين المقررة .

3. أن لا تتناول سلطة التعديل جميع بنود العقد، فالإدارة لا تملك تعديل شروط العقد الأخرى، المنبئة الصلة بالمرفق العام، فلا يجوز أن تعدل من الثمن و المقابل المالي المتفق عليه للمتعاقد مثلاً.¹

ثانياً : الإجراء الذي يؤثر على ظروف تنفيذ العقد:

يحدث أن يكون الإجراء الخاص المتخذ من طرف الإدارة المتعاقدة غير مؤثر مباشرة على شروط العقد، ولكنه يؤدي لتغيير ظروف تنفيذ العقد بما من شأنه أن يحمل المتعاقد أعباء جديدة غير متوقعة عند التعاقد، و يدخل في هذه الطائفة الإجراءات التالية :

1. القرار الذي يصدر من جهة الإدارة المتعاقدة التي المتعاقد معها بمقتضى سلطتها في الرقابة و التوجيه، و لكنها تحمل المتعاقد أعباء جديدة.

2. بعض إجراءات الضبط الإداري التي تصدر من جهة الإدارة المتعاقدة التي تؤدي إلى زيادة أعباء المتعاقد، ما لأمر الصادر من جهة الإدارة المتعاقدة - باعتبارها سلطة ضبط - إلى الشركة المتعاقدة بنقل أسلاك الكهرباء إلى مكان آخر لدواعي المحافظة على سلامة المواطنين .

3. قيام الإدارة بأشغال عامة تسبب للمتعاقد أضراراً في تنفيذ العقد.

¹ - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 440 446.

4. قيام الإدارة المتعاقدة بأعمال مادية من شأنها أن تزيد في أعباء المتعاقد¹.

الفرع الثاني: المخاطر الإدارية في صورة إجراء عام

يقصد بالإجراء العام هنا، صدور تشريعات أو لوائح، من غير الجهة المتعاقدة يكون من شأنها زيادة أعباء المتعاقد مع الإدارة، و هنا أيضا قد يؤدي الإجراء العام الصادر عن السلطة العامة إما إلى تعديل مباشرة في شروط العقد (أولاً)، و إما إلى التأثير في ظروف التنفيذ الخارجية (ثانياً).

أولاً: الإجراء العام المؤدي إلى تعديل شروط العقد:

قد يؤدي التشريع أو التنظيم إلى تعديل مباشر في شروط العقد إما بتعطيل بعض شروطه، أو بتعديل، فحواها، أو بإنهاء العقد قبل الأوان.²

و يلاحظ كثرة... هذه الإجراءات في الوقت الحاضر نظرا لتزايد تدخل السلطات العمومية في عدة مجالات بعد الأزمات الاجتماعية و الاقتصادية المتكررة .

من بين التطبيقات القضائية التي أدرجت الإجراءات ضمن المخاطر الإدارية؛ قضية التي صدر فيها قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 28 أبريل 1939 *chemins de fer l'ouest* حيث صدر في فرنسا مرسوم يقضي بخفض نفقات الدولة في جميع الميادين بنسبة 10%، تطبيق هذا المرسوم على شركة سلك حديد الغرب" أدى إلى تعديل العقد الذي تم بينها وبين الدولة والذي استردت الدولة بمقتضاه مرفق السلك الحديدية.

¹ - سليمان محمد الطماوي، المرجع نفسه، ص 606.

² - سبكي ربيحة، سلطات المصلحة المتعاقدة باتجاه المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، تخصص: قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2013/2014، ص 67.

مقابل مبالغ سنوية تؤديها الدولة إلى الشركة، لجوء الشركة إلى القاضي الإداري كـييف بتخفيض مستحقاتها السنوية بـ 10% كمخاطر إدارية، و قرار جبر الأضرار التي تعرضت لها بناء على نظرية فعل الأخير¹.

ثانياً: الأجراء العام المعدل في ظروف تنفيذ العقد:

في هذه الحالة لا تؤدي القوانين والتنظيمات إلى المساس بشروط العق ، بل يقتصر أثرها على التأثير في ظروف التنفيذ الخارجية بما يجعل التنفيذ أكثر مشقة على المتعاقد، و هو ما يمكن أن يحدث في أكثر من مجال.

وفي مجال الضرائب و الرسوم، باتخاذ تدابير جبائية تؤدي إلى صعوبة التنفيذ. و مثال ذلك فرض ضرائب جديدة ذات طابع عام، أو زيادتها على الإنتاج.

وفي مجال الإجراءات الاجتماعية: كالتشريعات التي تستهدف تحسين أحوال العمل و العمال، و التي يكون من شأنها زيادة أعباء التنفيذ مثل التشريعات الخاصة بزيادة الأجور، أو بغلاء المعيشة أو التامين ضد إصابة العمل، أو فتح إجازات بأجر للعمال...إلخ.

وفي مجال التنظيمات الاقتصادية والمالية، وذلك مثل التشريعات التي تصدر بتنظيم التصدير والاستيراد، أو التشريعات التي تقرر في شؤون التنفيذ².

¹ - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص613.

² - المرجع نفسه، ص617.

المطلب الثاني: المخاطر الاقتصادية والعقود الإدارية:

تنقسم المخاطر الاقتصادية في العقود الإدارية إلى ظروف طارئة (فرع 1) و إلى صعوبات مادية غير متوقعة (فرع 2).

الفرع الأول: الظروف الطارئة في العقد الإداري:

يقصد بالظروف الطارئة قيام أحداث استثنائية خارجة عن إرادة أطراف العقد الإداري بعد إبرامه و أثناء تنفيذه، يترتب عليها زيادة الأعباء التي تقع بالكامل على المتعاقد مع الإدارة و إرهاقه من ناحية الخسائر التي تلحق به جراء هذه الظروف، و من ناحية زيادة الالتزامات المفروضة عليه بتنفيذ العقد، وإن كان التنفيذ في هذه الحالة ليس مستحيلاً¹.

خلافاً للمخاطر الإدارية، لا يجب للظرف الطارئ أن يؤدي فقط إلى ضياع الربح، بل يجب أن تكون جسامة الضرر اللاحق بالمتعاقد يفوق الهامش العادي من الخسارة المحتملة، و الذي يقدر بصفة نسبية حسب الظروف و الملابسات، و في الجانب المعاكس لا يجب أن تبلغ جسامة الضرر مستوى العجز الدائم عن تنفيذ العقد لتكون حينئذ في حالة القوة القاهرة التي تستقل بنظام قانوني خاص بها².

¹ - بلال أمين زين الدين، المرجع السابق، ص 585 .

² - أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011، ص393،

يرجع الاعتداد القضائي بالظروف الطارئة في العقود الإدارية لقضاء مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 30 مارس 1916 في قضية الشركة العامة للإنارة في بوردو، حيث أنشأ مركزاً وسطاً بين الحالة العادية التي يستحيل فيها تنفيذ الالتزام إطلافاً.

فعقب نشوب الحرب العالمية الأولى ارتفعت أسعار الفحم ارتفاعاً فاحشاً لدرجة أن وجدت شركة الإنارة لمدينة بوردو أن الأسعار التي تتقاضاها أبعث بكثير من المبالغ الواجبة لتغطية نفقات الإدارة فتقدمت الشركة للسلطة مانحة الامتياز طالبة رفع تلك الأسعار غير أن طلبها قوبل بالرفض، و تم التمسك بمواصلة تنفيذ العقد على أساس العقد شريعة المتعاقدين، و أن تنفيذ التزام الشركة لم يصبح مستحيلاً، لأن الفحم بالرغم من ارتفاع أسعاره، إلا انه يبقى متوفراً انتهى المطاف بالشركة بالتقدم بدعوى أمام مجلس الدولة، فإذا به يقرر مبدأ جديداً مستمد من قاعدة دوام سير المرفق العام، مقتضاه أنه إذا جرت ظروف لم تكن بالحسبان، وكان شأنها أن تزيد الأعباء الملقاة على عاتق الملتزم إلى حد الإخلال بتوازن العقد اختلالاً جسيماً، فللملتزم الحق في أن يطلب من الإدارة - و لو مؤقتاً - المساهمة في الحد من الخسائر التي تلحق به.¹

و يبدو أن المشرع الجزائري قد نص على نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني بموجب المادة 107 منه القول: " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه و بحسن نية ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضاً ما هو من ملتزماته وفقاً للقانون، والعرف، والعدالة بحسب طبيعة الالتزام .

¹ - سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 617.

غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها إن تنفيذ الالتزام التعاقدية، و إن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يحدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف، وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول و يقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك.

لم يخلو المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل و المتمم، من الإشارة لهذه الحالة إذ أجاز التسوية الإدارية للظروف الطارئة بموجب آلية الملحق حيث نصت المادة 105 من المرسوم بأن: " لا يمكن إبرام الملحق و عرضه على هيئة الرقابة الخارجية للصفقات المختصة، إلا في حدود آجال التنفيذ التعاقدية، غير أن هذا الحكم لا يطبق في الحالات الآتية :..... إذا تترتب على أسباب استثنائية، وغير متوقعة و خارجة عن إرادة الطرفين، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد اختلالاً معتبراً أو أدى إلى تأخير الأجل التعاقدية الأصلي...."¹

الفرع الثاني : الصعوبات المادية غير المتوقعة في العقد الإداري:

قد تستجد بعد إبرام العقد الإداري و أثناء تنفيذه صعوبات مادية و غير متوقعة من قبل طرفي العقد تجعل هذا التنفيذ أمراً مرهقاً بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة وأكثر تكلفة، هذه هي نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة و التي تجدها لها تطبيقات عديدة في العقود الإدارية و لاسيما في مجال عقود الأشغال العمومية.

¹ - قانون الصفقات ع 10-236 ج ج د ش عدد 58 الصادرة في 2010/10/07 ص 03 .

مثل تفاجئ المقاول بوجود طبقات غزيرة من المياه تحتاج إلى نفقات غير عادية في سحبها و تجفيفها، أو فوجئ بوجود طبقات صخرية عند حفر أحد الآبار الارتوازية أو وجد أترية متكثلة بدلا من الطمي عند الحفر مصارف.¹

كما يجب أن تكون هذه الصعوبات غير متوقعة لطرفي العقد وقت إبرامه فالأصل أن المقاول ملتزم بالتقصي و التحري عن الصعوبات التي قد تصادفه عند التنفيذ، و رغم ذلك فقد تتم مصادقة صعوبات مادية استثنائية لم يكن من المتوقع حدوثها لا بناء على دفتر الشروط و لا من دراسته الوالية للمشروع أو بالرغم مما نبه إليه أو ما اتخذ من حيلة لا تفوت على الشخص ليصير بالأمر قبل الإقدام على المساهمة في تسيير المرفق العام كما يشترط لتطبيق هذه النظرية أن تكون الصعوبات ذات طابع الثنائي فالصعوبات المادية ليست مجرد عقبات يصادفها المتعاقد عند التنفيذ لكنها عقبات من نوع غير مألوف لا تنتمي إلى الصعوبات العادية التي يتعرض لها المتعاقد عند التنفيذ.²


¹ - بلال أمين زين الدين، المرجع السابق، ص590.

² - بلال أمين زين الدين، نفس المرجع، ص591.

خلاصة الفصل الأول:

استدعت الضرورة فيها إلى تحديد ما هي المخاطر التعاقدية حتى نستطيع تمييزها عن باقي المخاطر التي يتضمنها القانون الإداري بصفة عامة كما أن تحديد خصائص هذه المخاطر يجعل المعنى بها أكثر توجيهاً و إماماً بها خصوصاً كونها ترتبط بعقد إداري بالدرجة الأولى و اشتغالها على الطابع المفاجئ الغير مرتقب مسبقاً، و أن هذه المخاطر أساسها قضائي وهذا هو مجال القانون الإداري .

كما شملت نهاية هذا الفصل أنواع المخاطر التعاقدية سواء في صورة إجراءات خاصة أو إجراءات عامة و التي تشكل طرفاً مفاجئاً يؤدي إلى صعوبات مادية غير متوقعة.



الفصل الثاني
تسيير المخاطر في العقود الإدارية

الفصل الثاني : تسيير المخاطر في العقود الإدارية

لا شك أن الإدارة ملزمة بالتعامل مع المخاطر التعاقدية، سواء كانت هي المتسببة في حدوثها أو كانت نتاج ظروف خارجة عن إرادتها مما يستدعي الوقوف على ضوابط تجعل من تحقيق المصلحة العامة التي وجدت هذه العقود لأجلها أولها وجوب الاستمرار في تنفيذ الالتزامات سواء من ناحية الطرف المتعاقد أو من جانب الإدارة و هذا ما يكون محل دراسة في المبحث الأول أما الضابط الثاني أن تضمن الإدارة المتعاقد للمتعاقل معها تعويضا عن الأضرار التي لحقت به أو قد تلحق به بسبب استمرار في تنفيذ العقد و هذا دائما مراعاة للمصلحة العامة المنشودة من طرف الإدارة فيكون التعويض بموجبها يحقق التوازن المالي إما وفق نظرية فعل الأمير أو وفق نظرية الظروف الطارئة و كل هذا تتضمنه الدراسة في المبحث الثاني.

المبحث الأول : الاستمرار في تنفيذ الالتزامات التعاقدية:

يعتبر استمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية بنفسه أساس تحقيق خدمة المرفق العامة للغاية التي أنشئ من أجلها حيث أن المتعاقد على دراية بتقنيات المشروع و كذلك إعادة بعث الدراسة و إجراءات التعاقد من جديد تعطل زمنيًا الوقت الذي يستغل فيه المرفق العام، و إن كان من الجائز استعانة المتعاقد الأصلي بمتعاقد ثانوي لإتمام تنفيذ التزاماته حيث أن وجوب الاستمرار في تنفيذ العقد الإداري يدخل ضمن خضوع مبادئ سير المرافق العامة للاضطراب والانتظام أي الديمومة، وهذا ما يكون محل دراستنا في مطلبين ضمن هذا المبحث.

المطلب الأول: واجب أداء المتعاقد التزاماته التعاقدية

بالرغم مما تشبهه المخاطر التعاقدية من صعوبات جديدة في إتمام المتعاقد مع الإدارة لما كان قد التزم به وقت إبرام العقد ، إلا انه ملزم بمواصلة أداء التزاماته بنفسه كقاعدة عامة (فرع 1)، أو عبر متعاقد ثانوي استثناء (فرع 2).

الفرع الأول: استمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته بنفسه

القاعدة العامة : لا يستطيع المتعاقد في مثل هذه الحالة أن يفسخ العقد بإرادته المنفردة لأن هذا الحق محجوز للإدارة وحدها. كما لا يستطيع بحج الأصل أن يدفع بعدم التنفيذ المقرر لأطراف عقود القانون الخاص.

وذلك لاعتبارات تسيير المرفق العام بانتظام و باضطراد. كما سيأتي بيانه لاحقا .

وكل ما يشد طبعه المتعاقد في حالة وقوع مخاطر تعاقدية، هو أن يستمر في التنفيذ طالما ظل ذلك في استطاعته، فادا توقف المتعاقد عن التنفيذ خلافا لهذا الأصل، أمكن للإدارة أن توقع عليه الجزاءات المقررة، فضلا عن الرجوع عليها بالتعويضات اللازمة.

وهذا يعتبر القاضي الإداري أن فسخ العقد الإداري كأصل عام أمر ترخص فيه جهة الإدارة وحدها ضمانا لحسن سير المرفق العام، وليس للمتعاقد معها إلا حق المطالبة بالتعويض. إذا كان ذلك مؤسسا.

ويشني على ذلك انه ليس للمتعاقد مع الإدارة أن يفسخ العقد المبرم معها بقرار منه في حالة حدوث مخاطر تعاقدية بل يتعين عليه اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم منه بذلك .

كما أن الدفع بعدم تنفيذ غير جائز أيضا، كأصل عام في العقود الإدارية، و من ثم فلا يجوز للمتعاقد مع جهة الإدارة أن يوقف سير المرفق لأي سبب، حتى ولو كان خطأ أو تقصير من جانب الإدارة في تنفيذ التزام من التزاماتها التعاقدية¹.

لا يقصد بالداء الشخصي للعمل أو الخدمة موضوع العقد أن يلتزم المتعاقد بالتنفيذ وحده دون الاعتماد على الغير أو الاستعانة بهم لتنفيذ المشروع محل العقد، إذ لا يمكن تصور ذلك خاصة في عقد الأشغال، بل المقصود به أن المتعاقد لا يمكن أن يلقي بمسؤولية التي تعهد بالوفاء بها إلى الغير فيتصل من بعض التزاماته .

فهو مسئول بعد توقيع الصفقة عن التنفيذ الكامل التام والنهائي للمشروع حتى ولو عهد للغير القيام بجزء من العمل أو الخدمة في إطار التعامل الثانوي.²

كما يلزم المتعاقد بتنفيذ العقد حسب الشروط والأوصاف المتفق عليها، فإذا كانت جهة الإدارة قد أعلنت عن الصفقة كأصل عام ومكنت التعامل المتعاقد من دفتر الشروط و اطلع عليه، وتعهد بتنفيذ الخدمة وتعاقدا مع الإدارة ، وجب _ حينئذ_ أن يتحمل نتيجة تعهده و التزامه بان ينفذ موضوع الصفقة حسبما تم التعاقد عليه، فان كان الأمر يتعلق بتوريد تجهيز أو

¹ - محمد فؤاد عبد الباسط ، المرجع السابق، ص 388-389.

² - عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، ط12، دار للنشر والتوزيع، الجزائر 2007، ص175.

عتاد فوجب أن يكون حسب الأوصاف المتفق عليها، وان كان الأمر يخص عقد أشغال جسر مثلا فوجب أن يتم حسب الشروط التقنية المتعاقد عليها وهكذا.¹

طالما كان للصفقة العمومية صلة بالخدمة العامة وتحسن سير المرفق العام، وجب أن ينفذ موضوع الصفقة في الأجل المتفق عليه ولا يجوز كأصل عام للمتعاقد تجاوز هذا الأجل، بل أن يتجاوز المدة يعطي للإدارة حق الفسخ الجزائي ويتحمل المتعاقد وحده النتائج القانونية المترتبة على ذلك.²

الفرع الثاني : استمرار تنفيذ المتعاقد لالتزاماته بمساعدة متعامل ثانوي

إن كانت القاعدة المسلم بها انه يمنع على المتعاقد مع الإدارة أن يحل غيره محله في تنفيذ جميع التزاماته التعاقدية ، أو ينفذ بعض هذه الالتزامات إلا أن المشرع أجاز اللجوء إلى متعامل ثانوي بموافقتها مقدما.

و في هذا الإطار تقضي المادة 109 من قانون الصفقات العمومية 250/02 بان
 "يمكن اللجوء إلى متعامل ثانوي بالشروط التالية :

- يجب أن يحدد في الصفقة صراحة المجال الرئيسي للجوء إلى متعامل ثانوي وفي دفتر الشروط إذا أمكن ذلك .

- ينبغي أن يحظى اختيار كل متعامل ثانوي وجوبا بموافقة المصلحة المتعاقدة مقدما³.

¹ - عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، المرجع السابق، ص176.

² - عمار بوضياف، المرجع نفسه، ص176،

³ - قانون الصفقات العمومية 250/02، مرجع سابق.

- عندما تكون الخدمات الواجب أن ينفذها المتعامل الثانوي.
- منصوص عليها في الصفقة يمكن هذا الأخير قبض مستحققاته مباشرة.
- يجب أن يخصم مبلغ الحصة القابلة للتحويل من مبلغ الخدمات التي يتعين تقديمها.¹

هذا وفقا للمادة 108 من قانون الصفقات العمومية، فان المتعامل المتعاقد هو المسؤول الوحيد تجاه المصلحة المتعاقدة عن تنفيذ جزء الصفقة المتعامل فيها بشكل ثانوي.

إذا حصل التنازل عن العقد الإداري بدون موافقة الإدارة فان التنازل يعتبر باطلا بطلانا يتعلق بالنظام العام، ويكون خطأ من جانب المتعاقد يترتب عليه توقيع الجزاءات المنصوص عيها في العقد أو إلغاؤه اعتبارا بان الخطأ المذكور خطأ جسيما.

يجب هنا التمييز بين التنازل الجزئي لتنفيذ العقد لمتعامل ثانوي و بين الاتفاقات التي قد يرمها المتعاقد بقصد تسهيل مهمته في تنفيذ التزاماته التعاقدية، سواء فيما يتعلق بحصوله على الموارد المالية أو المعونة الفنية، أو شراء الأصناف المطلوب توريدها.

فهذا النوع الثاني من التعاقد جائز كقاعدة عامة، تفريقا على حرية المتعاقد في اختيار طريقة الوفاء بالتزاماته، ولا يحد من هذا المبدأ إلا ما قد يرد في العقد صراحة من ضرورة الحصول على أصناف معينة أو من شركات معينة، أو ما قد يرد من اللوائح والقوانين بهذا الصدد كمنع التعامل مع شركات معينة¹.

¹ - محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، 421.

كما انه من المنطقي أن يستعين المتعاقد بمعاونين إذا كانت طبعة العقد والعرف تتطلب ذلك ، فلا يسوغ القول بان يقوم المتعهد الأصلي بتنفيذ التزاماته و حده، من غير الاستعانة بمجهودات غيره في أعمال التنفيذ وإلا وضع أمام استحالة مطلقة¹.

المطلب الثاني : أساس وجوب الاستمرار في تنفيذ العقد الإداري

يقوم مقتضى إلزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد بالرغم من المخاطر التعاقدية على ارتباط العقد الإداري بالمرفق العام و انسحاب مبدأ استمرارية سيره بانتظام و باضطراب على تنفيذ العقد.

الفرع الأول : الاتصال بالمرفق العام

العقد الإداري ليس إلا إحدى وسائل الإدارة لضمان سير المرافق العامة ، ومن ثم فانه من اللازم ألا ينظر إلى العقد الإداري باعتباره مصدرا لالتزامات تعاقدية فحسب_ كما هو الشأن في القانون الخاص_ بل يتعين أولا و قبل كل شيء أن يوضع في الاعتبار أن العقود الإدارية تؤدي دورا هاما في تسيير المرافق العامة بطريق مباشر أو غير مباشر.

فحينها يتصل العقد بتسيير المرافق العامة، فان الدولة لا تعاقده كسائر الأفراد، أنها لا تستهدف تحقيق مصالح خاصة أو ذاتية كمصالح الأفراد، بل تتعاقد باسم الجماعة، و لصالح المستفيدين من المرافق العامة، بقصد تحقيق الصالح العام . ومن هنا يختلف موقف الدولة المتعاقدة

¹ - سليمان محمد الطماوي ، المرجع السابق، ص 422.

في هذا المجال عن متعاقد القانون الخاص، فالمتعاقد هو حقيقة مساعد ومعاون للإدارة في تسيير المرفق العام الذي تتصل به عقده مع الإدارة.

وذلك بان يؤدي التزامه بأمانة وكفاية لقاء ربح و اجل عادل، وهذا يقتضي من الطرفين التساند والمشاركة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات وما يصادفه من عقبات¹.

الإدارة تستمد امتيازاتها في مجال العقود الإدارية لا من نصوص هذه العقود الإدارية، لكن من طبيعة المرفق العام، أو اتصال العقود به، ووجوب الحرص على استمرار وانتظام سيره بما يحقق المصلحة العامة، ولذلك فان الإدارة تتمتع بهذه الامتيازات في مجال العقود الإدارية ولو لم تنص عليها تلك العقود².

هذا و إذا انقطعت صلة العقد بالمرفق العام انتفى عنه الوصف القانوني للعقد الإداري، ومن ذلك ما يرمه الأشخاص المعنوية العامة من عقود تتصل باستغلال أموالها الخاصة و التصرف فيها . فمثلا بيع البلدية لثمار بعض الحدائق المملوكة لها لا يعتبر عقودا إدارية لأنها لا علاقة لها بتسيير مرفق عام و تصرف تلك العقود إلى استغلال البلدية للدومين المملوك لها ملكا خاصا تتصرف فيه على شاكلة الأفراد³.

¹ - محمد سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 410.

² - المرجع نفسه، ص 412.

³ - محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق ص 42.

الفرع الثاني: خضوع العقد الإداري لمبدأ سير المرفق العام بانتظام وباضطراد

غاية المرفق العام انه يؤدي للأفراد خدمات أساسية يتوقف عليها تنظيم معيشتهم إلى حد كبير، فهم لا يتخذون مثلاً احتياطات لتزويد أنفسهم بالماء الصالح للشرب أو النور اعتماداً على مرفقي توريد المياه والكهرباء .

كما أن الكثير من الأشخاص تعتمد أساساً في التنقل داخل الدولة أو المدينة على مرافق النقل فمن اليسير أن تتصور مدى الارتباك الذي ينجم عن تعطل مرفق من مرافق و لو بمد قصيرة.

لقد اجمع الفقهاء على أن أولى القواعد الأساسية التي تحكم سير جميع المرافق العامة هو انتظامها في السير بدون انقطاع، بحيث يجد الخدمة التي يقدمها المرفق ميسرة في الميعاد والمكان المتعارف عليه لأدائها فيه.

بالرغم من أن معظم التشريعات لا تنص صراحة على هذا المبدأ لكن القضاء أمره في أحكامه¹.

من أجل ضمان مبدأ استمرارية المرافق العامة، فنص القانون على بعض الالتزامات و الشروط التي تفيده وسائل المرافق العامة ، فعلى مستوى الوسائل البشرية للمرافق العامة ، يتم تقييد ممارسة الإضراب عموماً هو توقف أو امتناع الموظفين عن القيام بوظائفهم لمدة معينة ، دون أن يقصدوا ترك وظائفهم أو التنازل عن مزاياها.

¹ - محمد سليمان الطماوى، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، ط6، دار الفكر العربي، القاهرة، 2007، ص500.

غير أن الإضراب اعتبر حقا للموظفين إلا أنه يعتبر أمرا خطيرا على المرفق العام، لان توقف الموظفين عن أداء واجباتهم قد يصيب المرفق العام بالشلل و التوقف عن تحقيق غاية المنفعة العامة .

ولذلك اتجهت العديد من الأنظمة لتقييد ممارسة هذا الحق لمجموعة من الشروط والضوابط¹.

أما بالنسبة للوسائل المادية للمرفق العام فقد أضفى المشرع حماية خاصة و مميزة على أملاك وأموال الإدارات العامة، سواء كانت حماية مدنية أو جنائية².

فيما يتعلق بالعقود الإدارية، فان مقتضى سير المرافق العامة بانتظام و الاستمرار يتطلب في حال وجود مخاطر تعاقدية إيجاد معادلة و توافق بين عاملين:

- التزام المتعاقد لاستمرار في تنفيذ الصفقة لماها من اثر على المصلحة العامة و تلبية احتياجات الجمهور.

- ومن جهة أخرى، ضرورة تدخل الإدارة أو المصلحة المتعاقدة لمنع أي اختلال في التوازن المالي للعقد من خلال تحمل كل أو جزء من الأعباء المالية الإضافية نضير ما تتمتع به من حقوق وسلطات³.

¹ - محمد رفعت عبد الوهاب، مرجع سابق، ص308.

² - محمد الصغير بعلی ، القانون الإداري ، دار العلوم للنشر و التوزيع ،الجزائر، 2005 ، ص230.

³ - المرجع نفسه، ص 232-233.

المبحث الثاني: تعويض المتعامل المتعاقد عن أضرار المخاطر

يعتبر تعويض المتعامل المتعاقد عن أضرار المخاطر أساس إعادة التوازن المالي الذي أحل أو أدى إلى افتقار هذا الأخير - المتعامل - فيكون هذا الجبر إما وفق نظرية فعل الأمير أو على أساس الظروف الطارئة، حيث لا يعقل أن يثري المتعاقد الإدارة إثراء بلا سبب كونه يستمر في تنفيذ التزاماته التعاقدية و منه نخص كل نظرية من النظريتين السابقتين بالدراسة في مطلب مستقل :

المطلب الأول: التعويض وفقا لنظرية فعل الأمير

قد تضرر الإدارة في مجال العقود الإدارية إلى اتخاذ إجراءات هي في الحقيقة مشروعة ولكنها ترتب زيادة أعباء المتعاقد معها أي الأعباء المالية التي لم يكن يتوقعها أو يتوقع آثارها¹.

وحتى ينبغي أعمال نظرية عمل الأمير في مجال العقود الإدارية لابد أن يتوافر في الإجراء الذي أساء للمركز الإداري للمتعاقد مع الإدارة الشروط الآتية:

1. صدور الإجراء عن جهة الإدارة المتعاقدة: إن فكرة وحدة الدولة تعجل كل ما يصدر عن السلطة التنفيذية من إجراءات تعد و كأنها صادرة عن جهة الإدارة المتعاقدة حيث لا عبرة بتحديد أجهزتها واستقلال كل جهاز عن الآخر فكل تمثل شخص معنوي واحد هو الدولة².

2. عدم توقيع قيام الإدارة المتعاقدة بهذا الإجراء: أي كون جهل المتعاقد من إمكانية قيام الجهة الإدارية المتعاقدة بهذا الإجراء أي فعل الأمير وبالتالي فلا يجوز له المطالبة

¹ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007، ص143.

² - ناصر لباد، الأساس في القانون الإداري، دار المجد للنشر والتوزيع، سطيف، الجزائر، الطبعة الأولى، 2001، ص49.

بتعويض عنه حيث كان يتعين عليه وضعه في الاعتبار عند تقديره للمقابل المادي للتعاقد.

وكذلك تنطبق نظرية عمل الأمير إذا توقع المتعاقد صدور الإجراء إلا أنه لم يتوقع ولم يكن بإمكانه توقع مدى الآثار الذي يحدثه.

3. أن يلحق الإجراء ضرراً خاصاً بالمتعاقدين: إن الضرر الذي تدعيه الشركة أو المقاوله بسبب زيادة أسعار مواد البناء ليس ضرراً خاصة بتلك الأخيرة الشركة أو المقاوله بحسبان أن تلك الزيادة قد تم سريانها على جميع التعاقدات سواء في النطاق الإداري أو النطاق تعاملات الأفراد وبالتالي فلا تكون شروط انطباق نظرية عمل الأمير متحققة بالنسبة للتنازل المائل الأمر الذي يتعين معه القضاء برفض طلب التعويض.

4. عدم كون الإجراء نتيجة خطأ الإدارة: إذا لم تقصد الإدارة هذا الإجراء وكان نتيجة خطأ صدر منها، فلا يكون هناك مجالاً لتطبيق نظرية فعل الأمير، حيث نكون في إطار المسؤولية العقدية التي تستند في أساسها إلى الخطأ، في حين تقوم مسؤولية الإدارة عن التعويض في نطاق عمل الأمير بلا خطأ، بل تقوم على أساس نية وقيام الإدارة بهذا الإجراء¹.

¹ - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، دار جسر، 2011، ص238.

الفرع الأول: شروط تطبيق نظرية فعل الأمير

لكي تطبق نظرية فعل الأمير ينبغي مراعاة الشروط الآتية:

أ. أن يكون مجالها و تعلقها بعقد إداري¹، فالنظرية لا تطبق على عقود القانون الخاص ولو كانت الإدارة طرفاً فيه.

ب. أن تتخذ السلطة الإدارية التي أبرمت العقد إجراء من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد معها، أما إذا صدر هذا الإجراء من سلطة أخرى من سلطات الدولة، كالسلطة التشريعية مثلاً فإن القضاء الإداري لا يطبق هذه النظرية إلا في حالات استثنائية نشأ فيها عن هذا الإجراء ضرر خاص للمتعاقد، ويفضل القضاء الآن في هذه الحالة تطبيق نظرية الظروف الطارئة، إذا توافرت شروطها الأخرى².

ت. أن يكون الإجراء المتخذ مشروعاً ولا يقوم على أساس الخطأ.

ث. أن يسبب الإجراء للمتعاقد ضرراً حقيقياً من شأنه الإخلال بالتوازن المالي للعقد على جانب كبير من الجسامة، بمعنى أن الإجراء الذي اتخذته الإدارة المتعاقدة بعد التعاقد وبداية تنفيذ العقد نتيجة زيادة الأعباء أدى إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد مما شكل ضرراً حقيقياً للمتعاقد، وكل هذا لا يستدعي أن يكون على درجة كبيرة من الجسامة بل

¹ - العقد الإداري: هو ذلك العقد الذي يبرمه شخص اعتباري عام بقصد تسيير مرفق عام، وتظهر فيه نيته في الأخذ بأحكام القانون، ويتجلى ذلك بتضمن العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص، علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، الجزء الثاني، ص 139.

² - سمير عثمان اليوسف، نظرية الظروف الطارئة، منشورات أعلي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2009، ص 70.

يكفي حدوث الضرر الذي يؤدي افتقار المتعاقد بمعنى خسارة دون ربح وبالتالي هو ضرر حقيقي وجب المطالبة بالتعويض عنه¹.

كما يجب أيضا أن يكون الإجراء غير متوقع، فإذا ما صدر قانون خلال تنفيذ العقد يقضي برفع الرسوم الجمركية وهو ما يسبب ضررا للمتعاقد مع الإدارة، إلا أن طرفي العقد قد توقعوا صدور مثل هذا القانون، ووضعوا شروطا (نصا) ليحكم هذه الحالة، فان هذا النص هو الذي يطبق دون اللجوء إلى عمل الأمير التي لا يلجأ لها في حالة طلب التعويض عن أمر غير متوقع وقت إبرام العقد².

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على تطبيق نظرية فعل الأمير

يترتب على التسليم بنظرية فعل الأمير ما يلي:

منح المتعاقد المضار من جراء العمل الصادر من السلطات العامة، تعويضا كاملا ولكن قد يتولد عن عمل الأمير بجانب هذه النتيجة، نتائج أخرى منها:

1. تحرر المتعاقد من الالتزام بالتنفيذ إذا ترتب على عمل الأمير استحالة التنفيذ، كصدور

تشريع يمنع استيراد سلعة معينة لا يمكن الحصول عليها إلا من خارج البلد.

2. حق الملتزم المتعاقد في المطالبة بعدم توقيع الغرامات المالية عن التأخير في التنفيذ

بحيث إن فعل الأمير التنفيذ عسيرا³.

¹ - ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت، الطبعة الأولى، 1988، ص154-155.

² - سمير عثمان اليوسف، المرجع السابق، ص71.

³ - سليمان الظماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، مصر، 2005، ص627.

3. منح الحق للمتعاقد بالمطالبة بفسخ العقد بسبب زيادة أعبائه بدرجة كبيرة لا تتحملها

إمكانياته المالية أو الفنية.

وكل هذه الآثار تردد الفقه بين أساسين لتبرير التعويض في حالة عمل الأمير:

1. الأساس الأول: هو فكرة التوازن المالي للعقد (l'équilibre financier du contrat)

حيث نجد أن مجلس الدولة المصري قد سلم به معظم أحكامه و فتاويه.

وعلى أساس هذه الفكرة يتعين على الإدارة أن تعيد التوازن المالي للعقد كلما اختل التوازن

نتيجة فعل الإدارة.

2. الأساس الثاني: وهو المسؤولية التعاقدية للإدارة (la responsabilité

contractuelle de l'administration) و الواقع كما يلاحظ الأستاذ - دي

لوبادير- أنه لا خلاف بين الفكرتين، فالمسؤولية عن عمل الأمير هي مسؤولية تعاقدية، على

أساس التوازن المالي للعقد، وهنا يفسر اشتراط مجلس الدولة الفرنسي في الوقت الحاضر أن

يكون عمل الأمير من فعل جهة الإدارة المتعاقدة، ورفضه التعويض عن هذا الأساس إذا ما

كان عمل الأمير من فعل سلطة عامة أخرى غير جهة الإدارة المتعاقدة.

الفرع الثالث: كيفية تحديد التعويض ومداه

1. يجب على الإدارة أن تعوض المتعاقد تعويضاً كاملاً (indemnisation

intégrale)، إذا ما ثبت أن العمل الضار من قبيل "عمل الأمير" والتعويض الكامل

يشمل عنصرين هما :

- ما يلحق المتعاقد من خسارة بسبب عمل الأمير، كالتنقبات الإضافية نتيجة فرق السعر، أو الرسوم الجديدة....الخ.
- العنصر الثاني هو ما فاته من كسب، ويشمل المبالغ المعقولة التي كان من حق المتعاقد أن يعول عليها لو لم يحتل توازن العقد نتيجة لعمل الأمير¹.
- 2. نجد أن مجلس الدولة الفرنسي يخرج أحيانا عن مبدأ التعويض الشامل في بعض الصور لأسباب مختلفة منها:
 - يهمل مجلس الدولة- عنصر الكسب المتخلف في الصور، كما هو الشأن في حالة إنهاء الإدارة لبعض العقود نتيجة لظروف الحرب أو بسبب وقف القتال، فهنا يكتفي المجلس بتعويض الأضرار الفعلية المترتبة على فسخ العقود دون اعتبار للأرباح التي كان من شأن المتعاقد أن يحققها لو لم يتم الفسخ.
 - لا يحكم مجلس الدولة بالتعويض الكامل إذا ساهم المتعاقد(الملتزم) بخطئه في إحداث بعض الأضرار المترتبة على عمل الأمير أو ساهم في زيادة تلك الأضرار فيحكم بالتالي المقدار المناسب لخطأ المتعاقد، وهي مجرد حالة تطبيق للقواعد العامة .
- وأمام كل هذا فقد استقر الفقه والقضاء الإداريان (فرنسا ومصر) على أن هذا الوضع يتطلب إيجاد توافق وتوازن ومعادلة بين عاملين هما:

¹ - سليمان الظماوي، المرجع السابق، ص630.

1. التزام المتعامل المتعاقد بمواصلة تنفيذ العقد لما له من اثر على المصلحة العامة و احتياجات

الجمهور ذلك أن توقفه عن تنفيذ الصفقة من شأنه الإخلال بمبدأ استمرارية المرافق

العامة.

2. ضرورة تدخل الإدارة أو المصلحة المتعاقدة لسد ومنع أي إخلال في التوازن المالي للعقد،

من خلال تحمل الأعباء المالية المترتبة عن الأحداث المستجدة، نظير ما تتمتع به من

حقوق وسلطات، وعلى كل فأن الحفاظ على التوازن المالي للعقد إنما يستند على ما

يسمى بنظرية فعل أو نظرية الظروف الطارئة¹.

إن تبني الحل الودي لنزاع الناتج عن الأمير جاء به الموسوم الرئيسي 10-236،²

المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، خصوصا المادة 115 منه: "تسوى النزاعات التي تطرأ عن

تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.

غير انه يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق هذه الأحكام 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...

¹ - محمد الصغير باعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص89.

² - الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية عدد58، الصادرة في 2010/10/07، صفحة 3.

يبدو واضحاً من هذا النص أن الموسوم الرئيسي أرسى قاعدة الحل الودي للنزاع الناتج عن التنفيذ، وهنا نخص بالذكر فعل الأمير، وكل هذا تفادياً للنزاع القضائي الذي يكلف أطرافه طول الإجراءات وطول الانتظار، فإذا ما تم الاتفاق على حل النزاع ودياً يتولى الوزير المعني أو المسئول عن الإدارة المعنية إصدار مقرر يثبت فيه هذا الاتفاق وبين طبيعته الالتزامات الجديدة.

فحسنا فعل المشرع الجزائري حينما تبنى مبدأ الحسم الودي لمنازعات الصفقات العمومية وكذلك من باب الأولى العقود الإدارية الأخرى وكل هذا في مرحلة التنفيذ وكل هذا يعطي فسحة للإدارة المتعاقدة حتى لا تتعطل المشاريع العمومية، من ظروف تطورات جديدة على مستوى المشروع أو أفكار من شأنها أن تتجسد أثناء العقد والتي مفادها تحسين نوعية المرفق العمومي. وبالتالي استدراك النقائص، وإضافة تحسينات لتوها، دون اللجوء إلى مناقصات وعقود أخرى قد تطول إجراءاتها وتكلف مبالغ على عاتق الخزينة كان من الأحرى تجنبها من خلال الحل الودي بين الطرف المتعاقد و الإدارة، وكل هذا يضمن في النهاية استلام المشروع في أجاله، وهو ما يتماشى و هدف خطة الصفقات العمومية - والتي ضمن العقود الإدارية- في القطاعات المختلفة للدولة¹.

إن فكرة التعويض الناتجة عن فعل الأمير تطرق جانب من الفقه والقضاء واللجوء إلى أعمال فكرة الخلال بالتوازن المالي بين طرفي العقد والإدارة والمتعاقد معها لإسناد مسؤوليتها التعاقدية بدون خطأ عليها.

¹ - عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، الجزء الأول، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، 2013، ص ص 320 321.

وخالصة مؤدى هذه الفكرة أن ما قامت به الإدارة من إجراءات أو ما حدث أثناء تنفيذ العقد من ظروف و مستجدات استثنائية و بالأخص الاقتصادية منها سواء كان تأثيرها الاقتصادي مباشراً أو بطريقة غير مباشرة ، فكان لزاماً على الإدارة بأن تعيد هذا التوازن المالي بين طرفي العقد الإداري مرة أخرى بأن تدفع للمتعاقد قدر ما فاته من ربح وما لحقه من خسارة ومل تكبده من مصروفات ونفقات وتكاليف، ورغم الانتقادات التي وجهت لهذه الفكرة إلا أن جانب من الفقه المصري يتزعمه الأستاذ سليمان الطماوي، يذهب إلى القول بأن فكرة التوازن المالي لجبر نظرية عمل الأمير تفسر التعويض الذي يحكم به للمتعاقد إذا ما كان مرجع الضرر إلى فعل الإدارة على الأقل في نطاق هذه النظرية (أي فعل الأمير) أما خارج النظرية فأن فكرة التوازن المالي للعقد وحدها لا تكفي لتبرير التعويض¹.

المطلب الثاني: التعويض وفقاً لنظرية الظروف الطارئة

قد تدخل معطيات تزيد على كاهل المتعاقد مصاريف و التزامات مالية دون أن تكون الإدارة ذات صلة بهذه الظروف، وكذلك الشأن بالنسبة للمتعاقد الملتزم، وهذا ما يسمى بنظرية الظروف الطارئة، والتي أوجدها الفقه كأساس من بين الأسس التي يلجأ إليها في التعويض عن المخاطر التعاقدية وهذا ما سنتطرق إليه في الفرعين التاليين:

¹ - بلال أمين زين الدين، مرجع سابق، ص 599 600.

الفرع الأول: تعريف الظروف الطارئة

يقصد بالظروف الطارئة ، أن يحدث بعد إبرام العقد و خلال مرحلة تنفيذ العقد ظروف استثنائية عامة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الالتزام بالتعويض الجزئي يغطي ما أصابه من خسارة، مع ملاحظة أن هذه النظرية، تسود في العقود المستمرة التنفيذ أو الفورية التي يؤجل تنفيذها.

لقد عمل مجلس الدولة الفرنسي على تطبيق هذه النظرية على عقد النقل و الأشغال العامة و عقود التوريد ، و إن كانت شروط انطباق هذه النظرية من النادر جدا أن تجتمع في عقد التوريد نظرا لأن مدة تنفيذها تكون قصيرة.

لقد وقف الفقه من هذه النظرية موقفا متذبذبا، فمنهم من رفض تطبيق هذه النظرية و منهم من أيد تطبيقها. و في هذا الجانب يمكن التساؤل عما إذا كان المدين مجبرا على الوفاء بالتزامه العقدي بالرغم مما لحق به من إرهاق جراء الظرف الطارئ أم يعفى من تبعه تنفيذ التزاماته مثل القوة القاهرة التي تعمل على جعل تنفيذ الالتزام مستحيلا.

أما موقف القانون فقد تبني المشرع المصري هذه النظرية عندما أصدر قانون مجلس الدولة المصري رقم 112 لسنة 1946 فقد نصت المادة 147 م،م على :

- العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون.

- و مع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها و ترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام و إن لم يعد مستحيلا و صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي و تبعا للظروف، و بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى حد المعقول.

الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

يشترط لإعمال نظرية الظروف الطارئة اجتماع الشروط التالية :

1. أن تحدث ظروف استثنائية عامة غير متوقعة، فالحوادث قد يكون سياسيا، اقتصاديا، طبيعى، إداري، و لكن صادر من غير جهة الإدارة المتعاقدة، و إلا لكانا أمام نظرية فعل الأمير، و كذلك يجب ألا يكون الظرف الطارئ متوقعا حين إبرام العقد مع الإشارة إلى أن مسألة التوقع من عدمه تخضع لسلطة القاضي التنفيذية و التي يقدرها على ضوء الظروف و الملابسات التي أحاطت إبرام العقد و درجة استثنائية.
2. أن يكون من شأن الظرف الطارئ أن يؤدي إلى جعل تنفيذ الالتزام العقدي أشد إرهاقا و أكثر كلفة¹.

بمجرد توافر هذه الشروط يتمكن القاضي دائما أن يعمل على جعل طرفي الالتزام يتفاوضان لأجل تعديل العقد الإداري إذ لن يكون بإمكان القاضي تعديل العقد بمبادرة

¹ - سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 2006، ص56.

شخصية، ولكنه يمكن أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول كما أن التعويض الذي يحصل عليه المتعاقد في هذه الأثناء ليس تعويضا شاملا و إنما معاونة جزئية من قبل الإدارة.

إن مجمل القول نظرية الظروف الطارئة تعتبر حادث خارجي يؤدي إلى جعل الالتزام العقدي مرهقا فقط من دون أن يؤدي إلى فسخ العقد. و حيث حاولت الدراسات تحديد الحالة التي يؤدي بها الظرف الطارئ إلى إنهاء العقد الإداري.

الفرع الثالث: نتائج تطبيق نظرية الظروف الطارئة

بعده نتائج منها :

1. العقد الإداري تطابقه إرادة الإدارة مع إرادة المتعاقد سواء أكان شخص طبيعي أم معنوي بهدف تحقيق مصلحة عامة.
2. أثناء تنفيذ العقد قد تحدث ظروف عامة استثنائية، تتحمل الإدارة جزء من الخسارة اللاحقة بالمتعاقد.
3. لا شك أن الظرف الطارئ لا يؤدي إلى إنهاء فسخ العقد الإداري، إلا إذا اشتركت معه القوة القاهرة و الذي يؤدي إلى قلب الميزان الاقتصادي بصورة تجعل المتعاقد يعجز تماما عن أداء التزاماته العقدية فحينئذ يتم فسخ العقد الإداري¹.

ويعتبر الفقه حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية " غاز بورودو دستور نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الإدارية لشموله معظم الأحكام الرئيسية و التفصيلية لها، و التي تبلى

¹ - عمار بوضياف، التعويض وفقا للظروف الطارئة، ص240.

في أنه إذا حدث تنفيذ العقد الإداري أن طرأت ظروف وأحداث استثنائية، لم تكن متوقعة عند إبرامه ولا يمكن دفعها أدت إلى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب، وأدت إلى اختلاله اختلالا جسيما. وجعلت تنفيذه أكثر إرهاقا للمتعاقد وبالتالي فإن للمتعاقد المضار الحق في طلب مساعدة جهة الإدارة للتغلب على هذه الظروف ومشاركته في تحمل جزء من الخسارة التي حاقت به¹.

بعد ذلك توافرت أحكام مجلس الدولة الفرنسي في الأخذ بأحكام هذه النظرية، ليدخل مجالها في تطبيقات كافة العقود الإدارية الأخرى غير عقد التزام المرافق العامة، الذي كان محلا لحكم غاز بوردو. لتليها بعض التعديلات أقحمها مجلس الدولة الفرنسي منها ما يكون من حيث نهاية الظروف الطارئة منها ما يتعلق بمصدر الفعل الذي يتحقق به الظرف الطارئ فقد كان المسلم به حتى عهد قريب أن هذا الفعل يجب أن يكون بعيدا عن الإدارة أما الآن فإن مجلس الدولة الفرنسي. و ابتداء من حكمه الصادر في 10 يوليو 1949 في قضية "ville d'Elbeuf" و تماشيا مع سياسة الاقتصاد الموجه التي تمارسها معظم الدول في الوقت الحالي قد وسع من نطاق الظروف الطارئة، بحيث تشمل أيضا الأفعال التي تصدر من السلطات الإدارية².

كما أن مجلس الدولة الفرنسي لم يقف فقط مبررا نظرية الظروف الطارئة عند حد استمرارية المرفق العام، حيث أعلن عن مبدأ جديد يقضي بإمكانية منح التعويض عن الظروف

¹ - سعيد السيد علي، المرجع السابق، ص 27.

² - جديدة تتعلق بمعيار التفرقة بين عمل الأمير و الظروف الطارئة، نضرا لوجود مجال مشترك لمصدر الفعل الذي مرجعه عمل الجهة الإدارية الفعل الذي يتحقق به الظرف الطارئ إلى خلق مشكلة وان أدى هذا التوسع من مجلس الدولة الفرنسي في مصدر

الطارئة على الرغم من انقضاء العقد. وسواء كان ذلك بسبب الفسخ، أو بسبب النهاية الطبيعية للعقد .

كان رد فعل الإدارة إن وجدت نفسها ملتزمة بتحمل النصيب الأكبر من الخسائر المترتبة على الظرف الطارئ. دون أن تكون مسؤولة عن إحدائه في العديد من الحالات، لذلك سعت الإدارة من جانبها إلى تضمين عقودها مع الأفراد ببعض الشروط بتغيير مراجعة الأسعار و الرسوم.

أما رد فعل المشرع الفرنسي تجاه هذه النظرية ، فقد تدخل في بعض المناسبات لكي يقنن بعض القواعد المتعلقة بالنظرية ، إلا أن هذه التدخلات مازالت نادرة ، مما يمكن معه القول أن تلك النظرية نشأت وظلت حتى الآن في فرنسا نظرية قضائية¹ .

أما المشرع الجزائري يظهر تفنيبه ضمن مجال قانون الصفقات العمومية من خلال المرسوم الرئاسي رقم 02-250² و الذي تنص المادة 52(الفقرة الأولى) على انه : " يمكن أن يكون السعر ثابتا أو قابلا للمراجعة " .

أولا : السعر الثابت Le prix fixe : قد تنص الصفقة على أن يكون السعر ثابتا وحينئذ لا يمكن للإدارة أن تغير (رفعا أو تخفيضا)، استنادا على سلطتها في التعديل.

¹ - وتأكيذا للطبيعة القضائية لنظرية الظروف الطارئة في فرنسا يراجع حكم الدولة الفرنسية في قضية "steent quillery saint-maure" الصادر في 8 جانفي 1982 حيث جاء فيه: " 20 et du 07 novembre 1973et du 20 novembre 1974..... N'ont pas de caractériser réglementaire et ont pour seul objet de fournir des références aux maîtres d'ouvrage

² - الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 52 الصادرة في 2010/07/28 صفحة 03 .

ثانيا : السعر القابل للمراجعة Le prix révisable : قد ينص العقد الإداري أو الصفقة – في حد ذاته- على إمكانية مراجعة السعر وفق كيفية أو صيغة والية تحدد مسبقا في الصفقة تسمح بتحسين L'actualisation السعر و تجعله متجاوبا مع التطور العام للأسعار¹.

أما في مصر فقد احدث محكمة الاستئناف الوطنية محاولة الأخذ بالنظرية و طبقتها بالفعل في حكمها الصادر في 19 ابريل 1931، في إحدى الدعاوى المرفوعة أمامها. حيث قضت بأنه ".... إن كان من المقرر احترام العقود باعتبارها شريعة المتعاقدين مادام لم يصبح تنفيذها مستحيلا استحالة مطلقة لحادث قهري إلا انه يجب أن يكون مقيدا بمقتضيات العدالة و روح الإنصاف.

وخلاصة أخذ بهذه النظرية، فحد أن المشرع الجزائري فعل حسنا، حينما مبدأ الحسم الودي لمنازعات الصفقات العمومية و التي تدخل ضمنها العقود الإدارية ، وكأنه استباقا للظروف الطارئة ، وحتى لا تتعطل المشاريع العمومية، وحتى يمكن أطراف النزاع من إيجاد حل يناسبهم يضعونه حدا لمخاطر قد تطرأ أثناء تنفيذ العقد².

من اجل جاءت المادة 102 من المرسوم الرئاسي 10-236 من قانون الصفقات العمومية معلنة على ضوابط الحل الودي و حدوده وأحكامه فنصت على أن الحل الوادي يجب أن يراعى فيه ما يلي :

¹ - محمد الصغير باعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر 2005، ص82.

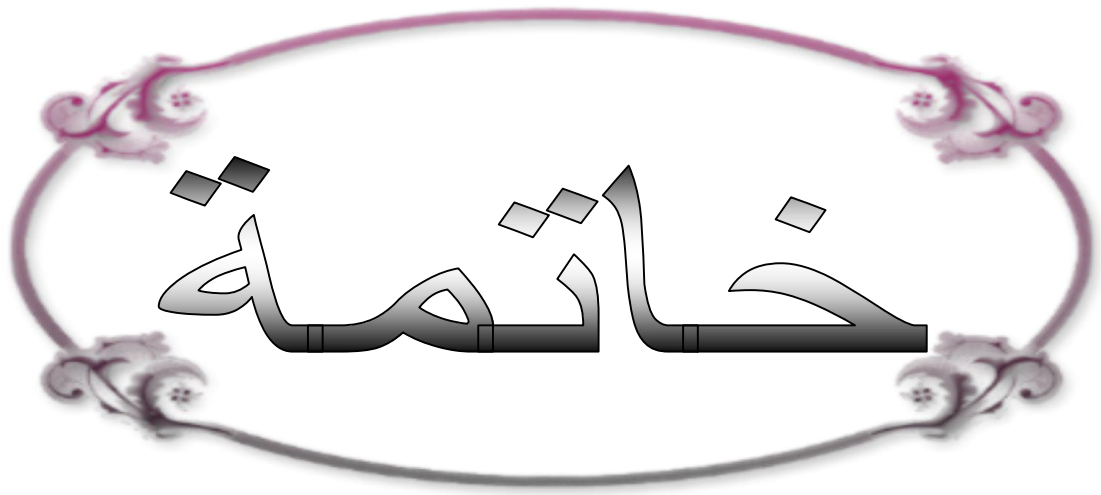
² - عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص321.

الحرص على إيجاد التوازن في تحمل التكاليف بين الطرفين المتعاقدين فقد تظهر أثناء التنفيذ ظروف تفرض على المتعامل المتعاقد تحمل نفقات أكثر فحين المطالبة بها يجب على الإدارة المعنية أن تأخذ بعين الاعتبار هذه الظروف الجديدة فتنبص المادة 102 في غاية من الوضوح فهو يتيح صراحة للإدارة حق المادة النضر في أسعار الصفقة وفقا للظروف الجديدة .

خلاصة الفصل الثاني:

خلصنا من خلال دراسة الفصل الثاني أن تسيير المخاطر في العقود الإدارية يعني الاستمرار في تنفيذ الالتزامات التعاقدية و هذا حفاظا على المصلحة العامة إذ انه من الواجب على المتعاقد إلمام التزاماته التعاقدية بنفسه دون أن يوكل لطرف آخر هذه المهمة ولكن يجوز له إشراك متعامل ثانوي دون أن يكون هذا الأخير هو الأصل و كل هذا وفق مبدأ استمرارية المرافق العامة.

أما بالنسبة للتعويض عن المخاطر التعاقدية فمن شأنه الحفاظ على التوازن المالي وهذا حسب كل ظرف سواء كان وفق نظرية فعل الأمير وهذا مما لا يدع مجالاً للجدل كون الإدارة هي ساهمت بزيادة الأعباء المالية أو أن الأمر يتعلق بنظرية الظروف الطارئة و بالرغم من خروجه عن إدارة طرفي العقد إلا أن حتمية إعادة التوازن المالي تستوجب إنصاف المضرور ومنحه تعويضا.



خاتمة:

إن الموضوع العقود الإدارية موضوع واسع من شأنه فتح المجال للبحث أكثر فأشباع الحاجات العامة وتحقيق المصلحة العامة يستدعي استعمال الإدارة شتى الوسائل للوصول إلى الهدف المنشود، سواء كانت هذه الوسائل تصرفات قانونية تدخل ضمن القانون العام أو تصرفات تفوض بموجبها هذه المهمة إلى أشخاص القانون الخاص الذين تتوفر فيهم الشروط اللازمة والكفاءات العالية تجعلهم ينوبون عن الدولة لأداء هذه المهمة. فتعريف العقد الإداري على أنه توافق إدارتين إحداهما تمثل أحد الأشخاص القانون العام وفق المعيار العضوي وأنه يتضمن بندا غير مألوف في القانون الخاص و أضاف المشرع المصري انه يحقق منفعة عامة و يؤدي إلى تحقيق مصلحة خاصة للطرف المتعاقد مع الإدارة، فكل هذه الشروط التي تضمنها تعريف العقد الإداري، تؤدي ميدانيا إلى بعض الاختلالات أو المخاطر، خصوصا المخاطر التعاقدية التي هي موضوع دراستنا فبعد تحليل هذا المجال خلصنا إلى عدة نتائج نذكر أهمها:

- الحاجة الضرورية للعقود الإدارية التي تعتبر من بين وسائل الإدارة لتحقيق المصلحة العامة مثلها مثل القرارات الإدارية.
- تضمن العقود الإدارية بندا غير مألوف في القانون الخاص وهو الذي يبين أن الإدارة هي التي تملك امتيازات السلطة العامة.
- إمكانية حدوث ظروف جديدة تدخل على العقد الإداري سواء كان بإرادة الإدارة المتعاقدة (نظرية فعل الأمير) أو حدوث ظروف طارئة تؤثر على التوازن المالي للعقد.

خاتمة

- عدم خلو ميدان التعاقدات الإدارية من المخاطر سواء كانت عقود إدارية تحتاج إلى استشارات أو صفقات عمومية محددة بموجب قوانين، فلا شك أن المخاطر التعاقدية واقعة مادية تدخل على العقد الإداري تؤدي إلى احتمالات توجب على الاجتهادات الفقهية و القانونية و القضائية التدخل لاستدراك المخاطر السابقة ووضع أسس

مقترحات مستقبلية من شأنها الحد أو التقليل على الأول من هذه المخاطر نذكر من أبرزها :

- ضرورة تضمّن العقود الإدارية مسبقاً لبنود احترازية ضد وقوع هذه الظروف سواء لجوء الإدارة لنظرية فعل الأمير أو حدوث ظروف طارئة.
- إيجاد دراسات تقنية و مالية مسبقة لموضوع العقد الإداري المزمع إبرامه تقلص بموجبه حدوث إضرار تكون على الأقل طفيفة .
- جعل مجال التعاقدات الإدارية أكثر تطوراً سواء من الجانب الفقهي أو من الجانب القضائي حيث لا بد من منح هذا الأخير القضاء الإداري فسحة أوسع للاجتهاد قصد تزويد المنظومة القانونية بشروط تضمن التوازن المالي لأطراف العقد.
- تنظيم ملتقيات وأيام دراسية تكون موضوعاتها تصب في مجال العقود الإدارية والمخاطر التي تترتب عنها و الأخذ بتوصيتها.

خاتمة

- وفي الأخير، إن العقود الإدارية مسارها مضطرد مع مسار المرافق العامة التي أصبحت نسبية و متحركة تحتاج إلى تطور المنظومة القانونية التي توجب على المشرع عدم الإبقاء على النصوص القانونية دون بلورة وفق المعطيات الجديدة.

قائمة المصادر و المراجع

فهرس المحتويات

الشكر والعرفان

الإهداء

ملخص

مقدمة أ-هـ

الفصل الأول: مفهوم المخاطر التعاقدية في القانون الإداري

- المبحث الأول: المخاطر التعاقدية في القانون الإداري.....08
- المطلب الأول: تعريف المخاطر التعاقدية وتمييزها عن غيرها من المخاطر في القانون الإداري.....10
- الفرع الأول: تعريف المخاطر التعاقدية.....11
- الفرع الثاني: تمييز المخاطر التعاقدية عن غيرها من المخاطر في القانون الإداري.....14
- المطلب الثاني: خلاصائص المخاطر التعاقدية في القانون الإداري.....17
- الفرع الأول: الارتباط بعقد إداري.....17
- الفرع الثاني: الطابع المفاجئ للمخاطر التعاقدية.....18
- الفرع الثالث: الأصل والأساس القضائي للمخاطر التعاقدية في القانون الإداري.....19
- المبحث الثاني: أنواع المخاطر التعاقدية.....20
- المطلب الأول: المخاطر الإدارية في العقود الإدارية.....20
- الفرع الأول: المخاطر الإدارية في صورة إجراء خاص.....21
- الفرع الثاني: المخاطر الإدارية في صورة إجراء عام.....24
- المطلب الثاني: المخاطر الاقتصادية والعقود الإدارية.....26
- الفرع الأول: الظروف الطارئة في العقود الإدارية.....26
- الفرع الثاني: الصعوبات المادية غير المتوقعة في العقد الإداري.....28
- خلاصة الفصل الأول.....30

الفصل الثاني: تسيير المخاطر في العقود الإدارية

32.....	المبحث الأول: الاستمرارية في تنفيذ الالتزامات
33.....	المطلب الأول: واجب أداء المتعاقد التزاماته التعاقدية
33.....	الفرع الأول: استمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته بنفسه
35.....	الفرع الثاني: استمرار تنفيذ المتعاقد لالتزاماته بمساعدة متعامل ثانوي
37.....	المطلب الثاني: أساس وجوب الاستمرار في تنفيذ العقد الإداري
37.....	الفرع الأول: الاتصال بالمرفق العام
39.....	الفرع الثاني: خضوع العقد الإداري لمبدأ سير المرفق العام بانتظام وباضطراد
41.....	المبحث الثاني : تعويض المتعامل المتعاقد عن أضرار المخاطر
41.....	المطلب الأول : التعويض وفقا لنظرية فعل الأمير
43.....	الفرع الأول: شروط تطبيق نظرية فعل الأمير
44.....	الفرع الثاني: الآثار المترتبة على تطبيق فعل الأمير
45.....	الفرع الثالث: كيفية تحديد التعويض ومداه
49.....	المطلب الثاني: التعويض وفقا لنظرية الظروف الطارئة
50.....	الفرع الأول: تعريف الظروف الطارئة
51.....	الفرع الثاني: شروط تطبيق الظروف الطارئة
52.....	الفرع الثالث: نتائج تطبيق الظروف الطارئة
57	خلاصة الفصل الثاني
59	خاتمة
63	قائمة المراجع

فهرس المحتويات

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر:

القوانين:

1. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، القانون المتضمن تنظيم الصفقات العمومية عدد58، الصادرة في 2010/10/07،صفحة 03.
2. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، القانون المتضمن تنظيم الصفقات العمومية عدد 52 الصادرة في 2010/07/28 صفحة 03.

ثانياً: المراجع

1. ابوراس محمد شافعي، العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2002.
2. الحلو ماجد راغب، القانون الإداري، دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت، الطبعة الأولى، 1988.
3. الطماوي محمد سليمان ، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، مصر،2005.
4. الطماوي محمد سليمان ، الأسس العامة للعقود الإدارية: دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2005.
5. الطماوي محمد سليمان ، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة 3، دار الفكر العربي، القاهرة، 2005.
6. السيد علي سعيد ، نظرية الظروف الطارئة، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 2006.
7. باعلي محمد الصغير ، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر 2005.

8. باعلي محمد الصغير ،العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع،عنابة،الجزائر،.2005.
9. باعلي محمد الصغير ، القانون الإداري ، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابه.
10. بوضياف عمار ، الصفقات العمومية في الجزائر، ط12، دار للنشر والتوزيع، الجزائر 2007
11. بوضياف عمار ، المرجع في المنازعات الإدارية، الجزء الأول، حبور للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى،
2013
12. بوضياف عمار ، المرجع في المنازعات الإدارية،الجزء الثاني، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى
2013.
13. بلال أمين زين الدين، المسؤولية الإدارية التعاقدية وغير التعاقدية: دراسة مقارنة، ط: 1، ريم للنشر
والتوزيع،2011.
14. عبد المنعم خليفة عبد العزيز ، مسؤولية الإدارة عن تصرفاتها القانونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،
مصر،2007.
15. عثمان اليوسف سمير ،نظرية الظروف الطارئة، منشورات أعلي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة
الأولى،2009، ص70.
16. عشى علاء الدين ،مدخل القانون الإداري،دار الهدى،الجزائر،2010.
17. فيلالى علي ، الالتزامات : الفعل المستحق للتعويض، ط:2، موفم للنشر، الجزائر، 2007
18. محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005.
19. شيهوب مسعود ، المسؤولية عن المخاطر وتطبيقاتها في القانون الإداري: دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات
الجامعية، الجزائر، 2000.
20. لباد ناصر ،الأساسي في القانون الإداري ، دار المجد للنشر والتوزيع، سطيف، الجزائر، الطبعة
الأولى،2001.

21. محيو أحمد ، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ط5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011،
22. محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري : المقومات، الإجراءات، الآثار، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية، 2006.

ثالثا: المذكرات

- سبكي ربيحة، سلطات المصلحة المتعاقدة باتجاه المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية. مذكرة ماجستير، فرع: قانون الإجراءات الإدارية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013.