جامعة 08 ماي 1945 –قالمة–

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم: الحقوق تخصص: قانون عام

مذكرة مكملة لمتطلبات نيل شهادة الماستر في القانون

بعنوان:

إعادة التوازن المالي للصفقة العمومية

إعداد الطلبة:

❖ خلفلاوي سارة

❖ عبداللليوي

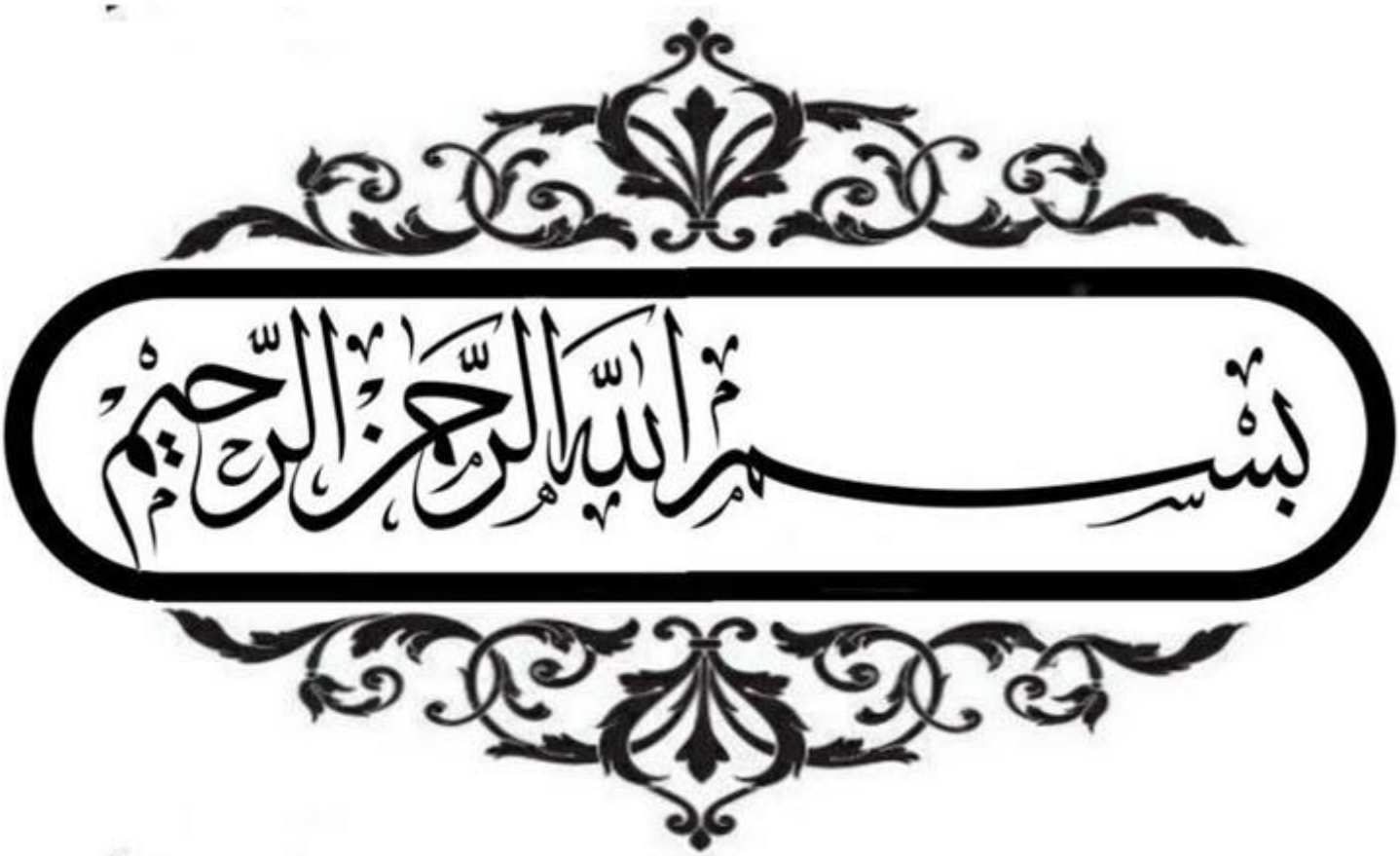
تحت إشراف:

❖ أ.د فنيدس أحمد

تشكيل لجنة المناقشة

الرقم	الأستاذ	الجامعة	الرتبة العلمية	الصفة
01	أ.د فارة سماح	جامعة 08 ماي قالمة	أستاذ التعليم العالي	رئيسا
02	أ.د فنيدس أحمد	جامعة 08 ماي قالمة	أستاذ التعليم العالي	مشرفا
03	أ. صدوق أمينة	جامعة 08 ماي قالمة	أستاذ محاضر .ب.	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2025/2024


بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وتقدير

الحمد لله حمدا كثيرا حتى يبلغ الحمد منتهاه والصلاة والسلام على أشرف مخلوق أناره الله بنوره واصطفاه

ثم كل الشكر والتقدير والاحترام لأستاذنا الفاضل الدكتور فنيدس أحمد المشرف على هذا العمل

وعلى كل توجيهاته وإرشاداته التي لم يبخل بها علينا يوما.

كما أتقدم بجزيل الشكر والعطاء إلى كل يد رافقتنا في هذا العمل سواء من قريب أو من بعيد والشكر موصول كذلك إلى كل الذين سهروا معنا لإنجاز هذا العمل

كما لا أنسى أنا أشكر الأساتذة والمؤطرين الذين تعلمنا على أيديهم وأخذنا منهم الكثير

إهداء

إلى من كلله الله بالهيبة والوقار ...

إلى من علمني العطاء دونّ انتظار ...

إلى فخري أبي ...

إلى الشمس التي أنارت طريقي وغرست في قلبي الأمان والاطمئنان

إلى كل حياتي أمي...

إلى القمر الوهاج أخي... ياسر

إلى من يسكن قلبي ورافقني في دربي زوجي ... سفيان

إلى نجومي أخواتي ... مريم ونور الهدى وشيماء وإسراء

إلى أزهاري بناتي... جنى وتوبة

إلى رفيقتي في دربي صديقتي... نجلاء

إلى أسرتي الثانية أسرة زوجي حفظهم الله ورعاهم

خلفلاوي سارة

إهداء

إلى كل من كلل العرق جبينه ومن علمني أن النجاح لا يأتي إلا بالصبر والإصرار

إلى النور الذي أنار دربي والسراج الذي لا ينطفئ نوره أبدا...

من بذل الغالي والنفيس واستمدت منه قوتي وإعتزازي بذاتي

إلى ...أبي...

إلى من جعل الجنة تحت أقدامها وسهرت الليالي لأجل راحتي ودعائها إلى الإنسانة العظيمة التي طالما تمنيتة أن أقر عينها في يوم كهذا

إلى...أمي...

إلى ضلعي الثابت وأمان أيامي

إلى من شددت عضدي بهم إلى قرة عيني

إلى... إخوتي...عبد الجليل ومحمد نزار

وأخواتي... أنفال وغفران

إلى الغالية جدتي أطال الله في عمرها وأدام صحتها

إلى صديقتي ورفيقة دربي ... سارة

عبداللليوي

نجلاء

مقدمة

مقدمة

عند ممارسة الإدارة لنشاطها تقوم بنوعين من الأعمال المختلفة في طبيعتها ووصفها القانوني، فالنوع الأول يسمى بالأعمال المادية، وهي تلك الأعمال التي تقوم بها الإدارة العامة ولا تهدف من ورائها إلى إحداث آثار قانونية مباشرة، مثل مشاريع الطرق والصرف الصحي والمياه والكهرباء، غير أنه في بعض الحالات التي تحدث فيها الإدارة ضررا للغير تصبح مسؤولة ويترتب عليها تعويض المتضرر من تنفيذ هذه الأعمال.

أما النوع الثاني من أعمال الإدارة العامة فيسمى بالأعمال القانونية، وهي تلك الأعمال التي تقوم بها الإدارة وتهدف من ورائها إلى إحداث آثار قانونية، وهذه إما أن تكون بالإرادة المنفردة لها وتتمثل في القرارات الإدارية، والتي تعد أهم وسيلة تستطيع من خلالها الإدارة العامة أداء واجباتها في إدارة المرافق العامة وحماية النظام العام، وقد تلجأ الإدارة إلى أسلوب العقود الإدارية في ممارسة نشاطها والتي تقوم بإبرامها مع أحد الأشخاص.

هذا العقد الذي تبرمه الإدارة العامة لا يختلف في مفهومه عن العقد المدني الذي يبرمه الأفراد فيما بينهم، غير أنهما يختلفان من حيث النظام القانوني الذي يخضع لهكل منهما، ويعود ذلك إلى أن الإدارة تبرم العقد باعتبارها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا تتوافر للمتعاقد معها.

إن وجود فكرة السلطة العامة في العقود الإدارية وفي النظام القانوني لهذه العقود هو الذي يميزها عن عقود القانون الخاص، ويضفي عليها طابعا مستقلا تماما عن تلك العقود، وحيث أنه إذا كان للإدارة الحق في إخضاع عقودها لنظام السلطة العامة فإن ممارسة هذا الحق يكون بإعلانها عن رغبتها في مباشرة امتيازات السلطة العامة، ويكون ذلك بتضمين العقود التي تبرمها شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

وعليه، لا تخضع العقود التي تبرمها الإدارة لنظام قانوني واحد، فهي على نوعين: الأول عقود الإدارة التي تخضع للقانون الخاص والتي تماثل العقود التي يبرمها الأفراد في نطاق القانون الخاص، والنوع الثاني هو العقود الإدارية التي تخضع للقانون العام والتي تبرمها الإدارة باعتبارها سلطة عامة تستهدف تنظيم مرفق عام أو تسييره، بعض هذه العقود تسمى الصفقات العمومية، والتي تعد الأداة والوسيلة المثلى التي تتمكن بواسطتها الإدارات العمومية من تحقيق برامجها وتلبية حاجاتها.

تتمتع المصلحة المتعاقدة بحقوق لا يتمتع بها المتعاقد معها، تخولها حق مراقبة تنفيذ الصفقة وتوجيه المتعاقد نحو الأسلوب الأصلح في التنفيذ، وحق تعديل شروط الصفقة بإرادتها المنفردة، دون أن

يستطيع المتعاقد معها أن يتمسك بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، غير أنه إذا كانت الصفقة العمومية تعطي امتيازات لجهة المصلحة المتعاقدة تفوق ما يتمتع به المتعامل المتعاقد معها وذلك باعتبارها تمثل السلطة العامة وترعى المصلحة العامة كطرف في الصفقة، فإنه في المقابل تعطي حقوقا للمتعامل المتعاقد معها.

يمكن حصر حقوق المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة في؛ حقه في الحصول على المقابل المالي، حقه في التعويض، حقه في ضمان التوازن المالي للعقد، هذا الأخير يكون إذا حدثت ظروف أو أحداث طارئة، بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه تؤدي إلى زيادة أعباء المتعامل المتعاقد المالية بشكل كبير وتخل بالتوازن المالي للعقد، فإنه يجب على المصلحة المتعاقدة أن تعوضه وتساهم في تحمل ما لحقه من خسائر لكي تعيد التوازن المالي للعقد.

وعليه، فالقصد من منح المتعاقد ضمان التوازن المالي للعقد، هو ضرورة حماية المصلحة الخاصة للمتعاقد عند حدوث ظروف وأحداث خارجة عن إرادته، تؤدي إلى زيادة أعبائه بصورة مرهقة، وفي ذلك حماية للمصلحة العامة عن طريق ضمان سير المرفق العام محل التعاقد بانتظام واطراد.

أهمية الموضوع:

هناك أهمية عملية وأخرى علمية

الأهمية العملية:

تكمن الأهمية العملية للموضوع في بيان الحدود التي يجب على المصلحة المتعاقدة وهي تتذرع بالمصلحة العامة أن تقف عندها، بالشكل الذي لا يثقل كاهل المتعامل المتعاقد معها، ولا يؤدي إلى إرهاقه بتحميله أعباء إضافية تتجاوز ما هو متفق عليه في بنود العقد، ما يجعله يطالب بحقه في التعويض وإعادة التوازن المالي للصفقة العمومية.

الأهمية العلمية:

تكمن أهمية الموضوع في أن الامتيازات التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعامل المتعاقد معها أو في مواجهة متطلبات المرفق العام تعتبر من أهم مميزات الصفقة العمومية، وذلك راجع إلى حرص المصلحة المتعاقدة على المصلحة العامة دون تردد، حيث تعتبر هذه الامتيازات التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة من أخطر السلطات التي أن تهدد العملية التعاقدية والمصلحة التي يسعى المتعامل المتعاقد إلى تحقيقها، أين المصلحة المتعاقدة هنا لا تتدخل في مجال مسكوت عنه فقط في

الصفقة العمومية، بل تحاول أن تغير في الالتزامات التعاقدية المنصوص عليها في الصفقة بالزيادة والنقصان.

وتمارس هذه السلطة في إطار ما يسمح به القانون، وفي المقابل يتمتع المتعامل المتعاقد معها بحقوق عديدة كحقه في التعويض سواء على أساس المسؤولية الإدارية دون خطأ أو على أساس المسؤولية التقصيرية للمصلحة المتعاقدة

هدف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى بيان ما ينتج عن السلطات الممنوحة للمصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية أو الظروف الطارئة والقوة القاهرة من أضرار ترهق المتعامل المتعاقد وما يترتب عليها من المسؤولية الإدارية بخطأ وبدون خطأ.

كما تهدف أيضا إلى الإلمام بالآثار الناتجة عن هذه المسؤوليات والتي تعطي للمتعامل المتعاقد الحق في التعويض إصلاحا لتلك الأضرار.

الإشكالية المطروحة:

الى أي مدى يمكن ضمان التوازن المالي للصفقة العمومية ؟

أسباب اختيار الموضوع:

هناك أسباب ذاتية وأخرى موضوعية

الأسباب الذاتية:

تتمثل الأسباب الذاتية في:

- ✓ دراستنا في اختصاص القانون العام
- ✓ الدافع الشخصي للبحث في مواضيع الصفقات العمومية وما تثيره من إشكالات أثناء التنفيذ

الأسباب الموضوعية:

تتمثل الأسباب الموضوعية في:

– الطبيعة التي تتمثل بها الصفقات العمومية وما ينتج عنها من التزامات متبادلة بين أطراف العلاقة التعاقدية من صلاحيات وسلطات تتمتع بهم المصلحة المتعاقدة ما يؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد.

– حق المتعامل المتعاقد في التعويض من أهم الحقوق التي منحاها له المشرع، جبرا للأضرار التي ترهقه أثناء مرحلة تنفيذ الصفقة.

الدراسات السابقة:

هناك عدة دراسات تناولت الموضوع من بعض جوانبه

الدراسة الأولى:

محمد شعبان الدرهوبي، حق المتعاقد في التعويض في العقد الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017، والتي طرحت إشكاليته على النحو الآتي:

ما مدى استحقاق المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقد للتعويض عن الأضرار التي قد تلحق به أثناء تنفيذه للعقد؟

وتوصلت إلى أن للمتعاقد المطالب بالتعويض عما يحلق به من أضرار في مجال العقد الإداري سواء كان هذا الضرر ناجم عن خطأ الإدارة أو عن عدم خطأها

الدراسة الثانية:

كريكو فريال، مبدأ التوازن المالي للعقد الإداري في ظل التشريع الجزائري، المجلد 23، العدد 01، 2023، وقد طرحت إشكاليتها على النحو الآتي:

ما المقصود بالتوازن المالي للعقد؟ وماهية الطرق والآليات التي تسمح بإعادة التوازن المالي للعقد؟

وتوصلت إلى أن التوازن المالي للعقد يقصد به بقاء حقوق والتزامات الأطراف المتوازنة من وقت نشوء العقد أي منذ لحظة إبرامه ويبقى تمام تنفيذه وهو أمر مفترض في كل عقد إداري كما أنه من حق المتعاقد مع الإدارة أن يعوض بمقتضاه في حالة الإخلال به دون الحاجة إلى نص على ذلك في العقد

منهج الدراسة:

للإجابة على الإشكالية المطروحة استعملنا المنهج الوصفي لأنه يمكن من وصف وتحليل العناصر المدروسة، وتبيان العلاقات القائمة بينها، للوصول إلى الغاية المبتغاة من الدراسة، مستعينا بآليات التحليل والنقد والتقويم، كونه المنهج المناسب للدراسات القانونية.

صعوبات البحث:

واجهتنا عدة صعوبات في إنجاز هذا البحث

– الاعتماد على المراجع المتخصصة المحررة باللغة الأجنبية بعد ترجمتها وما تطلبه ذلك من جهد.

– صعوبة الوصول إلى الاجتهاد القضائي وانتقاء منه ما يخدم الموضوع.

– غالبية المراجع تناولت الموضوع في جزئيات

خطة البحث:

تم تقسم الموضوع إلى فصلين مسبوقين بمقدمة ومتبوعين بخاتمة

الفصل الأول بعنوان: عوامل اختلال التوازن المالي للصفقة العمومية وتناولنا فيه أولا اختلال التوازن المالي للصفقة العمومية بفعل المصلحة المتعاقدة وثانيا اختلال التوازن المالي للصفقة العمومية خارج إرادة المصلحة المتعاقدة.

الفصل الثاني بعنوان: الآثار المترتبة عن اختلال التوازن المالي للصفقة العمومية وتناولنا فيه أولا التعويض الكامل كأداة لإعادة التوازن المالي للصفقة العمومية وثانيا التعويض الجزئي كأثر لنظرية الظروف الطارئة

الفصل الأول

الفصل الأول

أسباب اختلال التوازن المالي للصفقة العمومية

تبرم الصفقات العمومية ويتم تنفيذها عن طريق المتعاملين المتعاقدين مع المصلحة المتعاقدة، والغرض من إبرام هذه الصفقات هو تحقيق المصلحة العامة وينتج عن تنفيذها أثار كثيرة تميزها عن غيرها من العقود الأخرى، بحيث تقوم المصلحة المتعاقدة أحيانا بأعمال قانونية تحدث أثار متعلق بالغير وأحيانا أخرى تقوم بأعمال مادية لتنفيذ قانون أو قرار إداري ما، فالمصلحة المتعاقدة تتمتع بجملة من الصلاحيات كسلطة الإشراف والرقابة وكذلك سلطة التعديل وتوقيع الجزاءات وسلطة إنهاء الصفقة.

في حين أنها تفرض على المتعامل المتعاقد جملة من الالتزامات مقابل حصوله على حقوقه المالية مثل حقه في التوازن المالي والذي يهدف إلى ترتيب حقوق والتزامات المتعامل المتعاقد وقد ينجم عن تنفيذ الصفقة أحداث أو وقائع من شأنها إرهاقه بما يعطي له الحق في المطالبة بالتعويض، وللصفقة العمومية كثير من الخصائص ويعد التوازن المالي للعقد من أهمها، بحيث يهدف إلى ترتيب حقوق والتزامات الأطراف عند إنشاء العقد بطريقة تجعلها متوازنة ومتكافئة.

فحماية المصالح المالية للمتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة من شأنه تحقيق المصلحة العامة، ومصلحة المرفق الذي يرتبط ارتباطا وثيقا مع هذا العقد، وتتمثل المصلحة المالية للمتعامل المتعاقد في التزام المصلحة المتعاقدة بتعويضه عن كل ضرر يصيبه أثناء تعديلها لشروط العقد في حدود صلاحياتها، فالمتعاقد بتنفيذه لالتزاماته التعاقدية فهو يسعى إلى تحقيق الأرباح.

بحيث تظهر فكرة التوازن المالي للعقد الإداري من خلال ثلاث نظريات يتوجب من خلالها على المصلحة المتعاقدة تعويض المتعامل المتعاقد المتضرر عند اختلال توازن عقده المالي، فقد تظهر اثناء تنفيذ هذا الأخير ظروف تزيد من الأعباء والمصاريف والتي تقع على عاتق المتعامل المتعاقد وهذا ما يعيق مواصلة التنفيذ وبالتالي التأثير سلبا على سير المرفق العام بانتظام وإطراد.

كما أن المصلحة المتعاقدة قد تقوم بتعديلات في بنود الصفقة حسب السلطة المخولة لها قانونا بما يخدم المرفق العام، ما يؤدي إلى زيادة في أعباء المتعامل المتعاقد ما يجعل تنفيذه لعقده مرهقا وقد يؤدي به الأمر إلى الإفلاس وإغلاق المشروع والتوقف عن كل نشاط وهو ما يؤثر على سير المرفق العام والخدمات المقدمة للجمهور.

وبعد إبرام العقد وعند تنفيذه إذا حدث ظرف أو أحداث طارئة أدت إلى الزيادة في أعباء المتعامل المتعاقد المالية وأخلت بالميزانية المالية للعقد فإنه يكون على المصلحة المتعاقدة في هذه الحالة التدخل وتعويضه وتساهم في تحمل ما لحقه من ضرر لتعيد التوازن المالي للصفقة العمومية.

وعليه، فإن اختلال التوازن المالي للصفقة العمومية يكون إما بفعل المصلحة المتعاقدة، وإما خارج إرادتها.

المبحث الأول

اختلال التوازن المالي بسبب فعل المصلحة المتعاقدة

تتمتع المصلحة المتعاقد أثناء تنفيذ الصفقة العمومية، بسلطات عديدة، منها ما وجد لمواجهة إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته وأخرى لمواكبة تطورات المرفق العام، وهذه الأخيرة تكون في صورة أفعال مشروعة غير أنها قد تزيد في أعباء المتعامل المتعاقد ما يجعل تنفيذه للصفقة مرهقا، وهذا ما يلزم المصلحة المتعاقدة بتعويضه لإعادة التوزان المالي للصفقة العمومية، لأنها المسؤول الأساسي على استمرارية خدمات المرفق العام المقدمة للجمهور.[1]

إن عمل الأمير يصدر بإرادة السلطة التي قامت بتوقيع العقد مع المتعامل المتعاقد، وبذلك تخرج كل الأعمال التي تقع خارج سلطة المصلحة المتعاقدة أو التي صدرت بناء على طلب المتعامل المتعاقد معها هذ من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن فعل الأمير يكون مشروعا بصفة دائمة وبذلك لا تتوافق النظرية مع الأعمال غير المشروعة أو الناتجة عن أخطاء إدارية.[2]

والواضح في أفعال الأمير أنها لا يمكن وصفها بأنها خطأ، بل إنها إجراءات عامة تصدر عن سلطة صاحبة الاختصاص، ولها السلطة التقديرية في إصدارها متى ما كانت تخدم الصالح العام، ولا يجوز أن تشكل العقود الإدارية قيودا على حريات السلطات العام في الدولة، ومن هنا يتضح لنا أن

---

[1] -Rachid zoaima et Marie Christine rouault, Droit administratif, BERTI édition, ALGER. 2009. p220.

[2]– عبد الغاني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، دراسة مقارنة للأسس ومبادئ القانون الإداري، منشاة المعارف الإسكندرية، سنة 1991 ص.564

مسؤولية المصلحة المتعاقدة في تعويض المتعامل المتعاقد معها عما نزل به من أضرار مادية من جراء هذه الإجراءات لا يمكن أن يكون مؤسسا على خطأ.[1]

والأساس وراء إقرار هذه النظرية هو وجوبية التزام المتعامل المتعاقد بتنفيذ ما تعهد به، وألا يتوقف عن أداء التزاماته محتجا بغلاء الأسعار في بعض المواد وهنا يظهر لنا من خلال عبارة صاحب المشروع ملزم بتسديد ثمن الأشغال الإضافية وجوبية التوزان المالي للصفقة العمومية.[2]

من جهة أخرى، لا يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تتركه لوحده يعاني من هذه الذائقة المالية، ما يجعله يتعرض للإفلاس وغلق المشروع، والتوقف عن كل نشاط، مما يؤثر سلبا على سير المرفق العام بانتظام واطراد، والتوقف عن خدمة الجمهور، وهذا ما يفرض للمتعامل المتعاقد حقه في التعويض.[3]

ولتوضيح قيام نظرية فعل الأمير سنتطرق أولا مفهوم نظرية فعل الأمير، وثانيا إلى الصور التي يتخذها فعل الأمير.

المطلب الأول: مفهوم نظرية فعل الأمير

تعد نظرية فعل الأمير أول النظريات العامة التي أرادت إقامة التوازن المالي بين التزامات وحقوق المتعامل المتعاقد،[4] ولقد كانت الأساسيات التي اقتضت منح المصلحة المتعاقدة سلطة التعديل هي نفسها الأساسيات التي أقرت بالتعويض للمتعامل المتعاقد، بحيث أن الأفراد يقدمون على التعاقد مع

---

[1]– همدان طاهر محمد علي، فكرة التوزان المالي للعقد الإداري في القانون اليمني والقانون المقارن، مجلة الباحث العربي، كلية الحقوق، جامعة تعز، مجلد 03، العدد 01، سنة 2022، ص 138.

[2]– قويدر منقور، مولود محمودي، في التوازن المالي كأثر لنظرة فعل الأمير في التعديل الانفرادي للعقد الإداري، دراسة مقارنة، مجلة الدراسات القانونية المقارنة معهد العلوم القانونية والإدارية المركز الجامعي أحمد زبان ولاية غليزان، المجلد 06، العدد، 02، سنة 2020، ص 1446.

[3]– عمار بوضياف، **الصفقات العمومية في الجزائر دراسة تشريعية وقضائية وفقهية**، دار جسور للنشر والتوزيع، المحمدية–الجزائر، سنة 2007، ص167.

[4] –محمد شعبان الدرهوبي، حق المتعاقد في التعويض في العقد الإداري، كلية الدراسات العليا للعلوم الأمنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، في 2017، ص108.

المصلحة المتعاقدة دون الخوف من الأثار المترتبة عن السلطات العامة التي تسمح بها المصلحة المتعاقدة.[1]

وقد أُعتبر فعل الأمير أحد حالات المسؤولية التعاقدية دون خطأ، يتكون من إجراء غير متوقع يتخذه الشخص العام المتعاقد والذي يجعل تنفيذ العقد أكثر كلفة أو يخل بالتوازن الاقتصادي للاتفاقية، ويتمثل هذا التدخل في تدابير تتخذها السلطة العامة بموجب الصلاحيات العامة التي تمتلكها، هذه التدابير يمكن أن تكون محددة في عقد المعني أو تكون ذات طبيعة عامة وخارجة عن سيطرة هذا الأخير. [(2)]

ولتوضيح قيام نظرية فعل الأمير سنتطرق أولا إلى تعريف نظرية فعل الأمير، وثانيا إلى وشروط قيامها.

الفرع الأول: تعريف فعل الأمير

مقتضى نظرية عمل الأمير هو أنه قد تتدخل المصلحة المتعاقدة بإجراءات معينة يترتب عليها زيادة الأعباء المالية للمتعامل المتعاقد عن الحد الذي تم التعاقد عليه، وصولا إلى المستوى الذي يخل بالتوازن المالي المطلوب، وهنا ينبغي على السلطة الإدارية صاحبة المصلحة أن تسعى دائما إلى تحقيق المنفعة العامة بحفاظها على التوازن المالي للعقد، فإذا اختل التوازن المالي لهذا الأخير توجب عليها مساعدة المتعامل المتعاقد معها والذي يعتبر أداة مساعدة لها في تنفيذ العقد من أجل سير المرفق العام بانتظام واطراد، فالتوازن المالي أمر مهم في كل العقود الإدارية [(3)].

ومنه، سنتطرق أولا إلى التعريف التشريعي لفعل الأمير، وثانيا إلى التعريف القضائي له، وأخيرا إلى تعريفه الفقهي.

أولا: التعريف التشريعي لنظرية فعل الأمير:

ذكر المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية التوازن المالي للصفقة العمومية بقوله: "تسوى النزاعات التي تطرآ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، يجب على

---

[1] – سحر جبار يعقوب، فسخ العقد الإداري لاستحالة التنفيذ بسبب الظروف الطارئة، مجلة دراسات الطوفة، العدد 07، كلية القانون، جامعة الكوفة، العراق، 2008، ص 147.

[(2)]- Christophe lajoye, op.cit., P 210.

[(3)]– مولود محمودي، قويدر منقور ، مرجع سابق ص1447.

المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق احكام الفقرة الأولى أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كل ما سمح هذا الحل بما يأتي:

إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة عن كل طرف من الطرفين.

التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة.

الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة....."[1]

ففكرة التوازن المالي للصفقة في الجزائر اعتمدت كأساس لنظرية فعل الأمير حسب المرسوم الرئاسي 247/15، وبهذا فقد قنن المشرع الجزائري هذه النظرية وحسننا ما فعل حين أقر مبدأ الحل الودي للفصل في النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية.[2]

وأوجب المشرع التسوية الودية بقوله: "...يجب على المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفتر الشروط اللجوء إلى إجراء التسوية الودية للنزاعات ..." [3]

وينص القانون المدني الجزائري على: "إذ ترتب على عمل قامت به السلطة الإدارية بمقتضى القانون نقص كبير في الانتفاع بالعين المؤجرة جاز للمستأجر حسب الظروف أن يطلب فسخ الإيجاز أو إنقاص ثمنه وله أن يطلب بتعويضه إذا كان عمل السلطة الإدارية قد صدر بسبب يكون المؤجر مسؤولا عنه كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك"[4]

ثانيا: التعريف القضائي لنظرية فعل الأمير:

هذه النظرية أنشأها القضاء الإداري الفرنسي، وهي تخص جميع الأعمال الإدارية المشروعة، التي تصدر عن المصلحة المتعاقدة وتؤثر سلبا، مما يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمركز المالي للمتعامل

---

[1]– المادة 87 فقرة 01 من القانون 23–12، المؤرخ في 2023/08/05 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 51، في 2023/08/06

[2] – عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، طبقا للمرسوم الرئاسي15–247، المؤرخ في 15 سبتمبر 2015، القسم الثاني، دار جسور للنشر والتوزيع، سنة 2017، ص 51.

[3]– الماد 87 فقرة 02 من القانون رقم 23–12

[4]– المادة 486 من الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 26سبتمبر1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية الجزائرية، عدد 78، الصادر في 30 سبتمبر1975، المعدل والمتمم.

المتعاقد.[1] يطلق عليها اسم "**نظرية المخاطر الإدارية**" وهذا يتوافق مع تعريف مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة القضاء الإداري بمصر.

إن القضاء الإداري الجزائري بالرغم من حداثته مقارنة بالقضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر، فقد اعتنق واعتمد فعل الأمير كسبب من أسباب اختلال التوازن المالي للعقد، غير أنه لم يكلف نفسه عناء وضع تعريف له.[2]

ومن أمثلة التطبيقات القضائية في هذا الصدد قرار مجلس الدولة رقم 077702 حيث جاء في إحدى حيثياته: "**حيث أنه ثابت من وثيقة الحسم النهائي والعام والغير مؤرخة والمقدمة من طرف المستأنفة والمبرمة بين البلدية والمستأنفة والتي تخص نفس الصفقة المشار إليها أعلاه، أنه جاء في مادته الأولى أن هذا الحسم العام والنهائي يتضمن إدراج الأشغال الإضافية وإدراج أشكال تكميلية...**"

"**حيث أنه يمكن تدارك انعدام محضر الأشغال التكميلية بمحضر الاستلام النهائي غير المميز بين الأشغال الأصلية والأشغال التكميلية ...**"

في الموضوع: إلغاء القرار المستأنف وفصلا من جديد بالإلزام المستأنف عليها بأن تدفع للمستأنفة 7.548.239.48 دج" [3]

فالقضاء الإداري في فرنسا طبق النظرية على جميع الأعمال الإدارية الصادرة عن السلطات العامة في الدولة والتي ينتج عنها الإخلال بالتوازن المالي للعقد الإداري، غير أنه قام بتحديد نطاق هذه الأعمال وقام بتضييقه وجعلها تندرج ضمن الأعمال التي تصدر عن السلطة الإدارية المسؤولة عن إبرام العقد، وتبعه في هذا الاتجاه مجلس الدول المصري. [4]

---

[1] – عمار بوضياف، **مرجع سابق**، سنة2007، ص167.

[2] – هزة أحمد، زغدودي أنيس، الحقوق المالية للمتعامل المتعاقد في الصفقات العمومية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، سنة 2018، ص 50

[3] – مجلس الدولة، الغرفة الأولى، القرار رقم077702 ، مؤرخ في 2013/12/05 الموقع الرسمي لمجلس الدولة .https://www.conseildetat.dz/ar

[4] – عبد الغاني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، دراسة مقارنة للأسس ومبادئ القانون الإداري، منشاة المعارف الإسكندرية، سنة 1991 ص،564

ثالثا: التعريف الفقهي لنظرية عمل الأمير:

عرفها الفقه بأنها: **"جميع الأعمال الإدارية المشروعة الصادرة عن السلطة الإدارية المتعاقدة وتؤدي إلى الإضرار بالمركز المالي للمتعامل المتعاقد"**[1].

في حين عرفها البعض الأخر بأنها: **"تلك الأعمال والإجراءات الإدارية المشروعة التي تتخذها وتصدرها السلطات الإدارية المتعاقدة، ويكون من شأنها زيادة الأعباء المالية بالنسبة للطرف المتعاقد مع الإدارة أو زيادة الامتيازات المنصوص عليها في العقد، الأمر الذي يشكل مخاطر إدارية استثنائية والغير عادية** [2].

كما يعرفها أخرون بأنها: **"عمل يصدر من سلطة عامة دون خطأ من جانبها، ينجم عنه تسوية مركز المتعاقد في العقد الإداري، ويؤدي إلى التزام جهة المصلحة المتعاقدة بتعويض المضرور عن كافة الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك بما يعيد التوازن المالي للعقد".**

وتعرف أيضا بأنها: **"الأعمال المشروعة الصادرة عن السلطة الإدارية التي أبرمت العقد، وتنصب هذه الأفعال إما على ذات العقد أو على ظروف تنفيذه وتودي إلى زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مما يرتب له الحق في التعويض"**[3].

وعليه، يمكن وضع تعريف شامل لنظرية فعل الأمير بأنها: " الأعمال الإدارية المشروعة والتي تؤثر في التوزان المالي للصفقة العمومية أو هي كل التصرفات القانونية التي تصدرها المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية دون خطأ منها، تؤثر سلبا على المركز المالي للمتعامل المتعاقد معها وذلك من خلال فرض التزامات جديدة تترتب عليها أعباء مالية إضافية ترهق المتعامل المتعاقد وتؤثر على سير تنفيذ العقد الإداري."

الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية عمل الأمير

من المعروف أنه لحصول المتعامل المتعاقد على تعويض لزم توفر عدة شروط وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء الإداري ولهذا لتطبيق نظرية عمل الأمير اشترط ما يلي:

---

[1] عمار بوضياف، مرجع سابق، ص167.

[2] كريكو فريال، **مبدأ توازن العقد الإداري في ظل التشريع الجزائري**، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة1، المجلد23، العدد01، سنة 2023، 2023، ص129.

[3]– محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص111.

أولا: وجود عقد إداري

من شروط قيام هذه النظرية أن يتعلق فعل الأمير بعقد إداري، لأن هذه النظرية لا تطبق على عقود الإدارة الخاصة، بل على العقود التي تتسم بالطابع العام، [1]وجب أن يكون العمل الذي كان سببا في فقدان العقد الإداري لتوازنه صادر عن ذات المصلحة المتعاقدة التي تعاقد معها المتعامل المتعاقد، فإن كان القرار أو العمل صادرا عن جهة إدارية أخرى فلا يمكن في هذه الحالة إعمال نظرية عمل الأمير وتطبيقها فإذا ما قامت المصلحة المتعاقدة بتعديل العقد ونجم عن ذلك آثار مالية أمكن للمتعامل المتعاقد حق المطالبة بإعادة التوازن المالي للصفقة[2].

بمعنى آخر فإنه لا يمكن إعمال وتطبيق نظرية الأمير إلا إذا كان الضرر ناتجا عن تصرف أو إجراء اتخذه الشخص العام نفسه الذي أبرم العقد، [3] وإذا كان الفعل الضار صادرا عن شخص معنوي عام غير الذي أبرم العقد، امتنع بذلك تطبيق نظرية عمل الأمير لأنه تخلف شرط من شروطها ولكن هذا لا يمنع تطبيق نظرية الظروف الطارئة[4].

ثانيا: أن يكون الإجراء الضار صادرا عن المصلحة المتعاقدة

بالنسبة لهذا الشرط هو أن يكون هناك عمل ضار صادرا عن المصلحة المتعاقدة كجزء من مهامها لاختصاصاتها القانونية، وإذا كان هذا العمل الضار صادرا من جهة إدارية أخرى –غير الجهة المتعاقدة–فإن المتعامل المتعاقد لا يستفيد من التعويض حسب نظرية عمل الأمير،[5] ولهذا وجب أن يكون الضرر ناتجا عن فعل من أفعال السلطة العامة بحيث لا تطبق نظرية فعل الأمير إذا كان الضرر غير ناتج عن فعل من أفعال المصلحة المتعاقدة [6].

بمعنى أن نظرية عمل الأمير لا تطبق إلا إذا كان هناك ضرر نتيجة تدبير اتخذته السلطة العامة نفسها التي أبرمت العقد، فمثلا إذا كانت الدولة هي المتعاقدة وهي تعتبر شخص عام فليس من

---

[1]– عبد الغني بسيوني عبد الله، مرجع سابق، ص565.

[2] عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 168–169.

[3] يوسف سعد الله الخوري، **القانون الإداري العام**، الجزء الأول، تنظيم إداري أعمال وعقود إدارية، الطبعة 02، سنة 1998، ص478.

[4] عبد الغني بسيوني عبد الله، مرجع سابق، ص565.

[5] محمد شعبان الدرهوبي، **مرجع سابق**، ص114.

[6] يوسف سعد الله الخوري، مرجع سابق، ص478.

اللازم أو الضروري أن يكون أن يكون الإجراء مسبب الضرر صادرا عن الإدارة العامة المتعاقدة نفسها بل إن صدور الإجراء عن وزارة أخرى يكفي لتطبيق هذه النظرية لأن كل الإدارات العامة تكون في النهاية شخصا معنويا واحدا وهو الدولة.

ومنه فإذا كان تدبير المصلحة المتعاقدة يشكل إجراء عاما يصيب الجميع على حد سواء، فإن القضاء لا يقر له بالتعويض إسنادا لنظرية فعل الأمير، بحكم أن الإجراءات العامة لا ينجر عنها حق التعويض إلا إذا كانت سببا في فقدان العقد لتوازنه المالي، أو ألحقت بالمتعامل المتعاقد ضررا كبيرا[1]

ثالثا: عدم وقوع خطأ من الإدارة

وهنا يتبين أنه ليكون عمل أو فعل الأمير مشروعا توجب أن يكون التدبير الصادر من المصلحة المتعاقدة هو الذي يترتب عليه ضرر بالمتعامل المتعاقد والذي يتكون من مختلف المصادر المشروعة، فالتدبير الذي يتيح المطالبة بالتعويض هو مشروع في حد ذاته، أما إذا كانت تصرفات المصلحة المتعاقدة تتصف بعدم المشروعية من حيث إخلالها بالالتزامات التعاقدية، فإن غلط المصلحة المتعاقدة يرتب مسؤوليتها عن التعويض على أساس المسؤولية التعاقدية. [2]

بمعنى أن يكون الإجراء المتخذ من المصلحة المتعاقدة مشروعا وأن المسؤولية الإدارية تترتب على أساس المسؤولية العقدية بلا خطأ وليس على أساس المسؤولية بخطأ، وذلك عن طريق ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطتها على نحوا غير صحيح أي غير مشروع[3]

رابعا: أن يكون الإجراء الضار غير متوقع

حتى يكون للمتعامل المتعاقد الحق في طلب التعويض من المصلحة المتعاقدة والعمل بنظرية فعل الأمير وجب أن يكون الفعل الضار غير متوقع لأنه إذا كان ظاهرا للمتعاقد عند إبرام العقد أن هناك ظروف تؤدي إلى زيادة في المصاريف والأعباء الإضافية فهنا وجب عليه أخذها بعين الاعتبار [4]

---

[1] يوسف سعد الله الخوري، مرجع نفسه، ص488.

[2] جابري فاطمة، حق المتعاقد مع الإدارة في ضمان الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري، جامعة طاهري محمد، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد11، بشار، سنة 2018، ص186.

[3] – قويدر منقور، مولود محمودي، مرجع سابق، ص 1450.

[4] يوسف سعد الله الخوري، مرجع سابق، ص478.

لأنه لو كانت هذه الإجراءات متوقعة أو ظاهرة عند المتعامل المتعاقد فلا تنطبق عليها نظرية عمل الأمير ولا يمكن للمتعامل المتعاقد أن يحصل على أي تعويض، [1] فهذا يعتبر شرطا أساسيا وضروريا لقيام نظرية عمل الأمير ولحصول المتعامل المتعاقد على التعويض في حالة ما إذا اختل التوازن المالي للعقد.

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

ليكون هناك تعويض للمتعامل المتعاقد وجب أن يكون هناك ضرر بسبب فعل أو إجراء قامت به المصلحة المتعاقدة، وهو الأساس لتطبيق نظرية عمل الأمير ويعتبر أحد أركان المسؤولية بصفة عامة[2].

المطلب الثاني: الصور التي يتخذها فعل الأمير ونطاق تطبيقها.

تختلف الحالات التي تطبق فيها نظرية عمل الأمير بحسب الصورة التي يمكن يتخذها الإجراء الصادر من الناحية التطبيقية، فقد يكون عبارة عن إجراء فردي صادر من المصلحة المتعاقدة يؤدي إلى تعديل بنود الصفقة مباشرة او على شكل إجراء عام صادر عن إحدى السلطات العامة يؤدي إلى تعديل شروط الصفقة.[3]

تتخذ المصلحة المتعاقدة إجراءات في فعل الأمير في أشكال عدة، فقد تكون في شكل قرار إداري خاص بالتعاقد أو قواعد تنظيمية، وهذا ما يجعلها تؤثر في موضوع العقد[4]، وكذلك في الظروف التي قاموا بمراعاتها لتحقيق تنفيذ أفضل للصفقة.

وقد تؤثر هذه الإجراءات تأثير مباشر كتعديل شروط الصفقة بالإرادة المنفردة للمصلحة المتعاقدة أو غير مباشرة كرفع الأسعار المتعاقد عليها أو رفع أجور العمال، بحيث تأخذ التدابير المشروعة الصادرة عن جهة المصلحة المتعاقدة صورا عديدة تختلف فيما إذا كانت صورة إجراء عام أو في صورة إجراء خاص.

---

[1] عبد الغني بسيوني عبد الله، مرجع سابق، ص565.

[2] جابري فاطمة، مرجع سابق، ص187.

[3]- مجدوب عبد الحليم، خلاصي عبدالإله، نظرية الأمير ودورها في الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري، دراسة مقارنة، مجلة المشكاة في الاقتصاد التنمية والقانون، المجلد 05، العدد 10، السنة 2019، ص 249.

[4] كريكو فريال، مرجع سابق،ص129.

الفرع الأول: عمل الأمير في صورة إجراء خاص.

الإجراء الخاص عادة ما يقصد به ذلك التدبير الفردي الذي تقوم به المصلحة المتعاقدة لمواجهة المتعاقد معها ويؤثر على ظروف تنفيذ العقد الإداري ويؤدي إلى التعديل في الأحكام التعاقدية في العقد المبرم بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد.[1]

فالإجراء الخاص يظهر من خلال سلطات المصلحة المتعاقدة في إضافة البعض من التعديلات في العقد الإداري، وذلك سواء بالزيادة أو النقصان وذلك بإرادتها المنفردة وقد يلمس التعديل أحد شروط العقد أو مدة تنفيذه، وهذا ما يجعل تنفيذ العقد على المتعامل المتعاقد مرهقا وذلك بزيادة تكاليف إضافية في بنود الصفقة.[2]

بالتالي، فعمل الأمير في صورة إجراء خاص يخص إما الإجراءات والتدابير الخاصة التي تمس الأحكام التعاقدية، أو التدابير والإجراءات الخاصة التي تؤثر على ظروف تنفيذ العقد الإداري.

أولا: الإجراءات والتدابير الخاصة التي تمس الأحكام التعاقدية.

يتمحور هذا الإجراء حول قيام المصلحة المتعاقدة ببعض التغييرات في التزامات المتعامل المتعاقد معها سواء بالزيادة أو النقصان، وهذا ما يفرض للمتعامل المتعاقد حقه في ضمان التوازن المالي للعقد الإداري، ومن هنا تظهر لنا ضرورة تعويضه تعويضا كاملا عما لحقه من كل التعديلات وذلك ضمن دائرة احترام المصلحة المتعاقدة للقيود المتعلقة بحق التعديل، فإذا ما تطاولت هذه الاخيرة على تلك القيود فإن تصرفها يندرج تحت ما يسمى بالخطأ. [3]

ومنه فالمصلحة المتعاقدة يمكنها أن تغير وتعدل العقود الإدارية التي تبرمها ولكن وجب أن يكون ذلك ضمن بعض الشروط وفي حدود معينة، ولا يمكن المتعامل المتعاقد أن يعترض ويعتبر هذا التدخل من طرف المصلحة المتعاقدة الذي يمس بالأحكام التعاقدية ضمانا لحق المتعامل المتعاقد في التعويض.[4]

---

[1] جابري فاطمة، مرجع سابق، ص189.

[2] كريكو فريال، مرجع سابق، ص130.

[3] محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص119.

[4] جابري فاطمة، مرجع سابق، ص190.

ثانيا: التدابير والإجراءات الخاصة التي تؤثر على ظروف تنفيذ العقد الإداري.

هو الإجراء أو التدبير الصادر من طرف المصلحة المتعاقدة للتأثير على ظروف تنفيذ العقد وليس بغرض المساس به وتغيير أحد شروطه، مما يحمل المتعامل المتعاقد أعباء كثيرة لم يتوقعها عند إبرام الصفقة، وأفضل مثال لذلك تدخل المصلحة المتعاقدة وفرض سلطتها في الرقابة والتوجيه[1].

الفرع الثاني: عمل الأمير في صورة إجراء عام.

هو تلك التنظيمات التي تصدرها المصلحة المتعاقدة والتي تزيد في أعباء المتعامل المتعاقد معها وقد تؤدي إلى تعديل شروط الصفقة وتؤثر في ظروف تنفيذها[2].

فالإجراء العام يتمثل في القوانين واللوائح ويظهر في صورتين أولهما تؤدي إلى تعديل مباشر في شروط العقد الإداري، والثانية هي أن يؤثر الإجراء في ظروف تنفيذ العقد الإداري[3].

ومنه، وجب التطرق أولا إلى الإجراء العام الذي يؤدي إلى تعديل مباشر في شروط العقد، وثانيا إلى الإجراء العام الذي يؤثر في ظروف تنفيذ العقد.

أولا: الإجراء العام الذي يؤدي إلى تعديل مباشر في شروط العقد.

في مثل هذه الحالات يؤدي هذا الإجراء إلى تعديل شروط العقد وذلك بالزيادة في التزامات المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة ما يجعله يتعرض إلى الخسارة أو نقص في الأرباح.

والجدير بالذكر هو أن هذه الحالة تتجلى في صدور إجراءات عامة من شأنها تعديل الأوضاع العقدية للعقود الإدارية أو فسخها، دون أن يرتكب المتعامل المتعاقد خطأ ما.

---

[1] محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص120.

[2] هزة أحمد، زغدودي أنيس، مرجع سابق، ص51.

[3] كريكو فريال، مرجع سابق، ص131.

وتطبق نظرية فعل الأمير في هذه الحالات، بشرط أن يكون هذا الإجراء العام هو قانون آمر وأن المشرع لم يستبعد صراحة تعويض المتعامل المتعاقد المتضرر، وبغض النظر عن مشروعية القوانين الصادرة في هذا الخصوص، على القاضي الإداري الالتزام بذلك[1].

ثانيا: الإجراء العام الذي يؤثر في ظروف تنفيذ العقد

في كثير من الأحيان يصدر الإجراء العام التنظيمي أو التشريعي دون المساس بشروط الصفقة، ولكن يؤثر تأثيرا كبيرا على ظروف تنفيذه، ما يجعله مرهقا للمتعامل المتعاقد ومكلفا له. [2]

وفي هذه الحالة لا يؤثر هذا الاجراء التنظيمي في شروط العقد بصفة مباشرة، وانما يؤثر على ظروف التنفيذ الخارجية للصفقة مما يجعله مرهقا وأكثر صعوبة.[3]

المبحث الثاني

اختلال التوازن المالي للصفقة العمومية خارج إرادة المصلحة المتعاقدة

في كثير من الأحيان لا يحدث اختلال في التوازن المالي للصفقة بسبب تصرفات المصلحة المتعاقدة وفقط، بل ويحدث هذا الاختلال أيضا بسبب خارج عن إدارتها، ويكون السبب وراء ذلك إما ظروفا اقتصادية أو اجتماعية، كنظرية الظروف الطارئة الناتجة عن تغيرات مفاجئة في الطبيعية، أو تقنية الصعوبات المادية الغير متوقعة.

ويكون من نتائج هذه الحوادث الاختلال بالتوازن المالي للعقد وإلحاق أضرار بالمتعامل المتعاقد، ولقد اتخذ القانون الجزائري فيما يتعلق بالعقود المدنية موقفا صارما وذلك حول قضية اختلال التوازن المالي للصفقة حيث رفض قطعا المساس بهذا الأخير، غير أنه اتخذ موقفا مخالفا بالنسبة لمجال العقود الإدارية.

وقد احتضن هذا القانون نظرية الظروف الطارئة وقام بتطبيقها في مجال العقود الإدارية التي تكون خاضعة لأحكام القانون العام، وذلك تماشيا مع تطورات المرفق العام والحرص على تسييره في انتظام واطراد.

---

[1] جابري فاطمة، مرجع سابق، ص188.

[2] – جابري فاطمة، مرجع سابق، ص 188.

[3] – مجدوب عبد الحليم ، خلاصي عبدالإله، مرجع سابق، ص 251.

والقانون الجزائري ميز نظرية الظروف الطارئة على نظرية فعل الأمير بأن العمل الذي كان سببا في الخلل المالي بالنسبة لنظرية عمل الأمير صدر عن المصلحة المتعاقدة بينما في نظرية الظروف الطارئة ليس للمصلحة المتعاقدة أي يد في الخلل الذي يصيبها فهو عرض خارجي وليس لإرادتها أي دخل فيه.

كما تتميز نظرية الظروف الطارئة عن نظرية الصعوبات المالية غير المتوقعة فهذه ال"أخيرة رغم أنها هي الأخرة لا يد في أطراف العقد في حدوثها إلى أنها تجعل تنفيذ العقد مستحيلا وهذا عكس نظرية الظروف الطارئة التي تجعل تنفيذ العقد مرهقا ما يرتب حق المتعامل المتعاقد في التعويض.

ولهذا سنتطرق فيما يلي إلى نظرية الظروف الطارئة أولا ثم نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ثانيا

المطلب الأول: نظرية الظروف الطارئة:

لقد بدأ ظهور هذه النظرية إثر الأزمات بعد الحرب العالمية الأولى، وظهرت في وقتنا الحالي لمواجهة الظروف التي تقع أثناء تنفيذ العقد وتؤدي إلى اختلال اقتصادياته، ما يلزم على المصلحة المتعاقدة أن تتحمل بعض الأعباء كي يعود التوازن المالي للعقد.

هذه النظرية تعد من الأسس التي تقوم عليها العقود الإدارية، ومنه لا يجوز الاتفاق على استبعاد تطبيقها، وتعتبر فكرة تتوافق مع مبادئ العدالة، لأنه ليس من العدل أن يتحمل المتعامل المتعاقد الأعباء المالية لوحده، بحجة أن المصلحة المتعاقدة ليست سبب في هذه الظروف الجديدة. [1]

لكن وجب أن يكون مصدر الظرف الطارئ ظواهر طبيعية أو ظروف اقتصادية وإجراءات إدارية صادرة عن غير المصلحة المتعاقدة صاحبة الصفقة أو المشروع،[2] من المتفق عليه هو أن الظرف الطارئ حدث خارج عن إدارة المتعاقدين وغير متوقع يجتمع معه وبصورة ثابتة استحالة تنفيذ العقد بكامله

[1] – جاربري فاطمة ، مرجع سابق، ص 192–193.

[2]– هزة محمد، زغدود أنيس، مرجع سابق، ص 53.

أو تنفيذ أحد أو بعض الموجبات التعاقدية.[1] وهو يعد من النظام العام وهذا معناه أنه يقع باطلا كل اتفاق على استبعاد تطبيق هذه النظرية.

تتميز نظرية الظروف الطارئة عن نظرية عمل الأمير في أن العمل الذي يتسبب في الخلل، بالنسبة لنظرية فعل الأمير يصدر عن المصلحة المتعاقدة، بينما في نظرية الظروف الطارئة لا دخل للمصلحة المتعاقدة في مصدر الخلل المالي، بحيث يكون مصدر هذا الخلل عارض خارجي، كطوارئ تحدث بسرعة دون توقع حدوثها أو حساب أضرارها، كما أنها لا تتشابه مع القوة القاهرة، لأن هذه الأخيرة رغم أنها هي أيضا لا يد لأطراف العقد في حدوثها، إلا أنها تجعل تنفيذ العقد مستحيلا، وهذا خلافا لنظرية الظروف الطارئة التي تجعل تنفيذ العقد ممكنا ولكنه مرهقا للمتعامل المتعاقد، ويبقى من حقه المطالبة بإعادة التوازن المالي للصفقة العمومية[2].

ولقد ظهر اختلافا بين الفقهاء في أساس مسؤولية المصلحة المتعاقدة عن الظروف الطارئة فهناك من يرى وجوبية المحافظة على التوازن المالي للصفقة، ومنهم من يرى أنها نية مشتركة بين طرفي العقد، وهناك اتجاه ثالث يرى الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية (ديمومة المرفق العام وسيره بانتظام واطراد)، والرأي الأرجح والأصح في أساسا التعويض في نظرية الظروف الطارئة هو أساس مزدوج بين سير المرفق العام بانتظام واطراد قواعد العدالة.[3]

وفي مجال هذه النظرية، وجب التطرق أولا إلى ماهية الظروف الطارئة وثانيا إلى شروط تطبيقها.

الفرع الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة

نظرية الظروف الطارئة هي من النظريات التي تظهر مع بروز الظروف الاستثنائية بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه، بحيث لم تكن هذه الحوادث متوقعة وهذا ما يؤدي إلى اختلال التوازن بين التزامات الطرفين ويصبح الالتزام الملقى على عاتق المتعامل المتعاقد مرهقا.[4]

وهنا سنتطرق أولا إلى تعريف نظرية الظروف الطارئة، وثانيا إلى شروط تطبيقها.

---

[1] – يوسف سد الله الخوري، مرجع سابق، ص 490

[2] – عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 53، 54.

[3] – همدان طاهر محمد علي، مرجع سابق، ص 144

[4] - جابري فاطمة، مرجع سابق، ص 191، 192.

أولا: تعريف نظرية الظروف الطارئة

هنا وجب استعراض التعريف التشريعي لنظرية الظروف الطارئة، ثم التعريف القضائي، وأخيرا التعريف الفقهي.

1- التعريف التشريعي لنظرية الظروف الطارئة

وجدت نظرية الظروف الطارئة أساسها القانوني في القانون المدني بحيث جاء في نص أحد مواده ما يلي: "**غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتيب حوادثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدين، وإن لم يصبح مستحيل، 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**"[1]

كما تجد هذه النظرية أساسها أيضا في تنظيم الصفقات العمومية والذي ورد فيه عبارات صريحة عن إمكانية إعادة التوازن المالي في إطار الملحق.[2]

ولقد أشار إليها القانون رقم 23-12 في أحد مواده كما يلي: " **يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملاحقة للصفقة العمومية المبرمة في إطار أحكام هذا القانون.**

يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابع للصفقة العمومية، ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة العمومية.

ويكمن أن تغطي الخدمات، موضوع الملحق، خدمات تكميلية تدخل في الموضوع الإجمالي للصفقة العمومية." [3]

---

[1]- المادة 107 الفقرة 03 من الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم.

[2] - المادة 138 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 50، الصادر بتاريخ ، 20 سبتمبر 2015.

[3] - المادة 81 من القانون رقم 23-12 المؤرخ في 18 محرم 1445 الموافق لي 05 أوت 2023، الذي يحدد القواعد العامة للصفقة العمومية.

2-التعريف القضائي لنظرية الظروف الطارئة

لقد أخذ القضاء الإداري بهذه النظرية لأن القضايا التي ترفع إليه تتصل اتصالا صريحا بالمصلحة العامة ولذلك أوجب القضاء التوفيق بين تطبيق القواعد القانونية الصحيحة والمصلحة العامة، حيث يعتبر القضاء الإداري قضاء مرن، بحيث لا يتقيد بصرامة النصوص التشريعية، إذ يطبق في أغلب الأحيان مبدأ العدالة[1].

بالرغم من أن جذور هذه النظرية قديمة إلى أنها ولدت من خلال أحد اهم القرارات ذات المبادئ وهو قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية شركة الإنارة بوردو حيث قضى: "**لهذا السبب من الأنسب التقرير من جهة بأنه من واجب الشركة الملتزمة بضمان سير المرفق العام المتعاقد بشأنه ومن جهة أخرى فيجب عليها أن تتحمل طيلة هذه الفترة الانتقالية قسط فقط من النتائج المكلفة من وضعية القوة القاهرة التي يضعها على عاتقها التفسير المنطقي للعقد، وإنه نتيجة لذلك وبإلغاء القرار المطعون ضده يحال الطرفين أمام مجلس المحافظة الذي له، إذ لم يتفق الطرفان حول الشروط الخاصة التي في ظلها يمكن الشركة الاستمرار في الخدمة، ان يحدده مع مراعاة كل الظروف الواقعة مبلغ التعويض الذي تستحقه الشركة بسب الظروف الغير تعاقدية التي تضمن في ظلها أداء المرفق العام خلال تلك الفترة...**"[2]

وتتمحور وقائع هذه القضية في أنه عقب نشوب الحرب العالمية الأولى حدث ارتفاع رهيب في أسعار الفحم، هذا ما أثر على شركة الإضاءة لمدينة بودر الفرنسية بحيث توصلت إلا أن الأسعار التي تتقاضاها مقابل التزاماتها بإنارة المدنية لا تكفي لتغطية نفقات الإنارة، ولهذا قامت الشركة للمصلحة المتعاقدة تطلب برفع الأسعار.

لقد طبق القضاء الجزائري نظرية الظروف الطارئة، وهذا ما يظهر من خلال القرار[3] رقم99694 الصادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بتاريخ 1993/10/10 في قضية **(د.ج)**ضد رئيس المجلس

---

[1]- مروك أحمد، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، سنة 2015، 25.

[2] - دافي عبد الحكيم، منصور كمال الدين، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة تموشنت، بلحاج بوشعيب، سنة 2023، ص 42-43.

[3]- للمحكمة العليا، الغرفة الإدارية، القرارر قم 99694، المؤرخ في 10 أكتوبر 1993، المجلة القضائية، العدد الأول، 1994، ص 217.

الشعبي البلدي لبلدية عين الباردة، حيث جاء في حيثيات القرار: "**من المقرر أنه إذا طرئت ظروف استثنائية لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي إن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ولما ثبت أن السوق محل العقد المبرم بين المستأنف والمستأنف عليه بقى مغلقا بسبب مرض الحمى الذي أصاب المواشي فإن ذلك يعد حادثا استثنائيا يجب الأخذ به** "

3- التعريف الفقهي لنظرية الظروف الطارئة:

لقد تعددت التعريفات الفقهية لهذه النظرية بحيث يعرفها البعض بأنها: "**إذا حدث أثناء تنفيذ العقد الإداري وأن طرأت ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد فقلبت اقتصادياته، وإذا كان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلا بل أثقل عبئا وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول وإذا كانت الخسارة الناشئة عن ذلك تتجاوز الخسائر العادية التي يتحملها أي متعاقد إلى خسائر فادحة استثنائية وغير مادية فإنه من حق المتعاقد المتضرر أن يطلب من الطرف الأخر مشاركته في هذه الخسائر التي تحملها فيعوضه تعويضا جزئيا**"[1]

في حين يعرفها البعض الأخر على أنها: " **كل حادث عام لاحق على تكوين العقد، وغير متوقع الحصول أثناء التعاقد، ينجم عنه اختلال بين المنافع المتولدة عن عقد يتراخى تنفيذه إلى أجل أو أجال، بحيث يصبح تنفيذ المدين لالتزاماته كما أوجبه العقد يرهقه إرهاقا شديدا ويهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف**"[2] .

وتعرف أيضا بأنها:" **تلك النظرية التي يكون أساس قيامها على حدوث ظروف لم يكن في وسع المتعاقد أن يتوقعها وإذا توقعها فلم يكن في مقدوره أن يدفعها أو يتلقاها وبالتالي فهي خارجة عن إرادة المتعاقد وليست بفعله ومن شأنها أن تجعل تنفيذ الالتزامات مرهقا وليس مستحيلا**"[3]

[1] – محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص 133.

[2]– مروك أحمد، مرجع سابق، ص 52.

[3]– محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص 134.

كما تعريف نظرية الظروف الطارئة بأنها: "**وضعية غير تعاقدية ناشئة عن ظروف استثنائية غير تعاقدية ناشئة وغير متوقعة عند الإبرام، ومستقلة عن إرادة الطرفين تؤدي إلى قلب اقتصاديات الصفقة، إذا تلحق بالمتعامل المتعاقد خسائر جراء استمراره في تنفيذ الالتزامات في الصفقة**"[1].

مما تقدم يمكن تقديم تعريف شامل لنظرية الظروف الطارئة كما يأتي:

." اذا حدث أثناء تنفيذ الصفقة أن طرأت ظروف أو احداث لم تكن متوقعة عند ابرام العقد فقلبت اقتصادياته، واذا كان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلا، بل أثقل عبئا وأكثر تكلفة مما قدره طرفان العقد، وإذا كانت هذه الخسارة الناشئة عن ذلك تتجاوز الحد المألوف، الى الحد الذي يستطيع المتعامل المتعاقد أن يتحملها، فان من حقه المطالبة بالإعانة من الطرف الاخر في الخسارة التي لحقت به، فتعوضه تعويضا جزئيا ولإعادة التوازن المالي للصفقة العمومية .[2]

الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة:

تمثل نظرية الظروف الطارئة محورا هاما وأساسيا لحماية المتعاملين المتعاقدين ضد النتائج التي تترتب على اختلال التوازن المالي للصفقة العمومية وقت ابرامها وأثناء تنفيذها، نتيجة ظروف استثنائية طرأت وجعلت تنفيذ الالتزام مرهقا[3]،فان أغلب الصفقات التي تكون عرضة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة هي صفقات الأشغال العامة، التي يمر تنفيذها بمدة زمنية ويقل تطبيقها في صفقات اللوازم لأن مدة تنفيذها قصيرة،[4]

ولإعمال نظرية الظروف الطارئة وحتى يمكن للمتعامل المتعاقد مطالبة المصلحة المتعاقدة بالتعويض استنادا لهذه النظرية يجب توفر مجموعة من الشروط، وتكون هذه الأخيرة تقريبا في نفس الدرجة على كل المستويات سواء تشريعيا أو فقهيا أو قضائيا والتي يمكن إجمالها في:

---

[1]– دافئ عبد الحكيم، منصور كمال الدين، مرجع سابق، ص 43.

[2] _فنيدس أحمد،محاضرات منازعات الصفقات العمومية،مطبوعة بيداغوجية، كلية الحقوق، جامعة قالمة، 2020_2021، ص56،57.

[3] _اقصاصي عبد القادر، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ الالتزام التعاقدي، المجلة الافريقية للدراسات القانونية والسياسية،جامعة أحمد دراية، أدرار_الجزائر،المجلد02، العدد02، السنة 2018،ص 132.

[4]– هزة أحمد، زغدودي، أنيس، مرجع سابق، ص 53.

أولا: وقوع ظرف طارئ غير متوقع ولا يمكن دفعه:

يجب أن يقع بعد إبرام الصفقة وأثناء تنفيذ بنود العقد ظرف طارئ لا يمكن تخطيه وتداركه،[1]ويكون خارجا عن نطاق التوقعات المتعلقة بتنفيذ العقد الإداري، إضافة إلى ذلك عدم قدرة المتعامل المتعاقد على تخطي هذا الظرف دون حدوثه.

وتتنوع هذه المخاطر التي يتعرض لها المتعاقد وتفوق التوقع وتتجاوز الحد المألوف إلى: [2]

1- أحداث سياسية كإعلان عن حالة حرب أو غلق ممرات مائية...إلخ

2- أحداث اقتصادية: كأزمات الاقتصادية وارتفاع الأجور والأسعار ...إلخ

3- احداث طبيعية: تكون الطبيعة الأم هي العامل الرئيسي فيها كزلازل والجفاف والفيضانات ...إلخ

4- إجراءات إدارية: إذا كانت صادرة عن غير الجهة الإدارية المتعاقدة وهذا أساس هذه النظرية لأن كل العقود تحمل في طياتها بعض المخاطر.

ويعتبر معيار عدم التوقع معيار موضوعي، وليس شخصي، ومعناه أن كل عقد يحمل في طياته قدرا متوقعا من المخاطر عليه الحذر في تقدير هذه الأخطار أثناء إبرامه، إن لم يفعل ذلك فعليه تحمل ما لحق من ضرر أما إن طرئ حادث يفوق طاقة توقع الملتزم والملزم هنا وجب تفعيل هذه النظرية. [3]

ثانيا: أن يكون الظرف الطارئ أجنبيا عن طرف العقد

وهذا معناه أنه إذا حدث اختلال في التوازن المالي للعقد نتيجة لعمل أو تقصير صادر من جهة المتعامل المتعاقد أو كان هناك تقصير من جانب المصلحة المتعاقدة فتطبق نظرية عمل الأمير أو المسؤولية التقصيرية إذا كان الضرر نتيجة خطأ، والتي توجب على المتعامل ألا تكون لإرادته دخل في "إحداث الظرف الطارئ بحيث لا يستفيد من التعويض إذا كان هو الذي تسبب فيه.[4]

---

[1]- عبد الغاني البسيوني، مرجع سابق، ص 566.

[2]- محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص 135.

[3] - محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص 135.

[4] - جاربري فاطمة، مرجع سابق، ص193.

ثالثا: أن يؤدي الظرف الطارئ إلى إرهاق المتعاقد وقلب اقتصاديات العقد:

يشترط أن يكون للظرف الطارئ أثر على العقد بحيث يتوجب أن يكون من شأنه الحاق خسائر بالمتعامل المتعاقد ترهقه، [1]وتتجاوز الخسارة العادية المألوفة ما يتسبب في قلب اقتصاديات العقد ما يجعل تنفيذ الالتزام التعاقدي في سياقه أمر مرهقا. [2]

رابعا: أن يستمر المتعاقد رغم الظروف الطارئة في تنفيذ العقد:

الهدف من هذا الشرط هو إعمالا لمبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد واحترام ديمومته، وهو الغرض الأساسي الذي من أحله وضعت نظرية الظروف الطارئة في حد ذاتها، وزيادة على ذلك وجب أن يقع هذ الظرف خلال مدة تنفيذ العقد أو في فترة تجديده وليس بعدها.

المطلب الثاني: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

نشأة هذه النظرية في تنفيذ العقود العامة لأعمال البناء وتبقى محصورة في نطاق الأعمال العامة وعند إبرام العقد يفترض بصفتها محترفا في مجاله قادر على تقييم صعوبات المسندة إليه بينما يجب على الجهة العامة أن تزوده بجميع المعلومات التي لديها ومع ذلك إذا ظهرت صعوبات غير متوقعة تتجاوز المخاطر العادي لتنفيذ ولم يكن لها تأثير على الوضع القانوني للعقد فإن المقاول ملزم بمواصلة تنفيذ العقد ولكنه يستحق تعويضا عبر زيادة السعر.[3]

في عالمنا الحديث المتسارع الذي يتميز بتغيرات اقتصادية واجتماعية متلاحقة، يواجه الأفراد والأسر والمؤسسات على حد سواء تحديات جمة في سبيل تحقيق الاستقرار المالي، وبينما تعد القدرة على التخطيط للمستقبل المالي ورسم الميزانيات من الركائز الأساسية للإدارة المالية السليمة، إلا أن الواقع غالبا ما يحمل في طياته مالا يمكن توقعه أو تنبئه من صعوبات فمثلا في مجال الصفقات لا يمكن توقع ما يحدث بعد إبرام الصفقة من صعوبات وعوائق.

[1] – كريكو فرياك، مرجع سابق، ص 131.

[2]– جاربري فاطمة، مرجع سابق، ص194

[3] - Christophe lajoye, Droit des marchés publics, enannexele code marchés publice, la faculté de droit de CAEN galino editeur, EJA, Paris, 2005, Berti editions, Alger, 2007, Page179.

نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة هي إحدى نظريات القانون الإداري والتي ابتكرها القضاء الإداري من أجل تمكين المتعاقد من تنفيذ التزاماته ويلجأ اليها إذا توافرت شروط تطبيقها لتعويض المتعاقد مع الإدارة وذلك لإعادة التوازن المالي للعقد[1].

بعض الفقهاء يؤيدون قصر تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة على صفقات إنجاز الأشغال دون غيرها، لكون أن الاجتهاد القضائي الإداري لم يطبقها إلا على صفقات الأشغال العامة، وهي العقود التي تتطلب التعاون البناء والكامل من جميع الأطراف، ضمانا السير الحسن للأشغال، وفي مقابل ذلك ظهر اتجاه فقهي يرى بأن فكرة الصعوبات المادية غير المتوقعة تطبق على جميع أنواع العقود الإدارية، وإن ظهرت واقعا فإنه تتجسد في صورة أعمال تكميلية كطلب من المورد، ويذهب أيضا في عرض تبرير لهذا الرأي من المورد كفرز الأخشاب لا يعتبر من قبيل العمليات المطلوبة أداؤها في العقد الأصلي، ومن ثم تشكل هذه العملية صعوبة غير متوقعة.[2]

وبالتالي سنتطرق أولا إلى تعريف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وثانيا إلى شروطها.

الفرع الأول: التعريف بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

دائما ما يواجه المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذه لالتزاماته مع المصلحة المتعاقدة صعوبات مادية غير متوقعة وقت ابرام الصفقة العمومية، وتتسبب هذه الصعوبات في اختلال التوازن المالي للصفقة العمومية، وتؤثر على التنفيذ السليم للعقد الاداري، ما يجعله مرهقا بالنسبة للمتعامل المتعاقد[3].

ولمعرفة هذه النظرية من كل جوانبها سنقوم بتعريفها تعريفا تشريعيا أولا، ثم تعريفها قضائيا ثانيا، ثم تعريفها فقهيا كما يلي:

[1]– محمد شعبان الدرهوبي ، مرجع سابق، ص162.

[2] – بوداود أحلام ، مرجع سابق، ص 24 و25.

[3] _عيساني جمال،لعروسي أحمد، نظرية الصعوبات المادية غير متوقعة في عقود الأشغال العامة في التشريع الجزائري،المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية،المجلد07،العدد01،سنة 2022،ص 1317.

أولا: التعريف التشريعي لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

لم يضع المشرع الجزائري تعريفا واضحا مباشرا لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في النصوص القانونية في التشريع الجزائري، ولكنه أشار إليها بشكل غير مباشر وأقرها بدفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال تحت مسمى التبعات التقنية غير المتوقعة كما يلي:

"تعد التبعات التقنية الغير المتوقعة، صعوبات مادية غير عادية واستثنائية التي تعترض المقاول أثناء تنفيذ الصفقة العمومية للأشغال والتي لا يرجع سببها للأطراف المتعاقدة ولم تكن متوقعة عند ابرام الصفقة المعنية، دون الاخلال بنوعية الدراسات"[1].

ثانيا: التعريف القضائي لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

قدم القضاء الإداري شرحا مختصرا لآلية الصعوبات المادية غير المتوقعة، لكن لم يسمح له الاجتهاد بوضع أساس أعمق لتوضيح المعالم التي تحكم الصعوبات المادية غير المتوقعة، ورجوعا للتطبيقات القضائية في الجزائر بخصوص الصعوبات المادية غير المتوقعة، نجد قرار [2] مجلس الدولة رقم 10102 الصادر بتاريخ 10 جانفي 2002 أين تتلخص وقائع القضية في أن السيد (م، بوزيان) إبرام مع البلدية كرزاز عقدا قصد حفر أبار الرملية التي تبعد عن الكثبان الرملية ب 30 متر وبعد بدأ التنفيذ صادفته صعوبات مادية كلفته نفقات إضافية أخلت بالتوازن العقد المبرم، مما دفع المتعاقد إلى اللجوء للقضاء الإداري للحصول على التعويضات، إذ عرض النزاع على الغرفة الإدارية لمجلس قضاء بشار والتي فصلت فيه بقرار أيده مجلس الدولة الجزائري، بتاريخ لاحق بعد الاستئناف الذي قام به المتعامل المتعاقد.

وجاء في حيثياته: " إن الأشغال التي يمكن للمتعامل المتعاقد طلب تعويضا عنها هي صعوبات تصادفه، حين تنفيذه لالتزاماته التعاقدية مادية استثنائية غير متوقعة" .

---

[1] _المادة 108، فقرة01 ،دفتر البنود الادارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال ،الموافق عليه بموجب المرسوم التنفيذي 21_219المؤرخ في 08شوال 1442،الموافق 20مايو 2021،الجريدة الرسمية ،رقم 50، مؤرخة في 24يونيو 2021،ص54.

[2]– مجلس الدولة، الغرفة الأولى، القرار رقم 10102 الصادر بتاريخ 10 جانفي 2002 ، بوداود احلام حماية الاختلالات المالية للعقد الاداري مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، سنة 2023–2024، ص28.

ثالثا: التعريف الفقهي لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

اختلف الفقهاء حول تعريف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وعلى هذا الأساس يمكن تقديم جملة من التعريفات كما يأتي:

تعرف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بأنها: " نظرية خاصة في مقاولات الأشغال العامة تفترض صعوبات مادية لا يستطيع الفريقان توقعها ترمي بثقل أعباء خطيرة وغير طبيعية على عاتق المقاول مثل مواجهة طبقات مائية غير متوقعة في حفر نفق وحق التعويض معترف به للمقاول عن كامل الضرر".

كما عرفت على أنها: "إذا ما صادف المتعاقد في تنفيذ التزاماته صعوبات ذات طبيعة استثنائية خالصة ولا يمكن توقعها بحال من الأحوال عند ابرام العقد وتؤدي الى جعل تنفيذ العقد مرهقا فان من حقه أن يطالب بتعويض كامل عما تسببه هذه الصعوبات من أضرار".[1]

وعرفت أيضا: " الصعوبات المادية غير المتوقعة آلية خاصة بصفقات الأشغال العامة على مستوى الممارسة على الأقل، حيث يعترض تنفيذ الصفقة صعوبات مادية، لا يستطيع الطرفان المتعاقدان توقعها"[2].

وعرفت بأنها: "حالة عامة غير مألوفة أو غير طبيعية أو واقعة مادية عامة لم تكن في حسبان المتعاقدين وقت التعاقد ولم يكن في وسعهما ترتيب حدوثها بعد التعاقد ويترتب عليهما أن يكون تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة وان لم يصبح مستحيلا".[3]

بناء على ما سبق يمكننا تعريف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بأنها: "**أحداث أو ظروف غير متوقعة على الإطلاق وقت إبرام الصفقة، ولا يكون للمتعاقد أي يد فيها، هذه الظروف تؤدي إلى اضطراب كبير في الاقتصاد المالي للعقد، مما يهدد المتعاقد بخسائر جسيمة لم تكن في حسبانه**".

---

[1]– محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص156.

[2] – بوداود أحلام، مرجع سابق، ص24.

[3] – سيقاق الحاج وبن عراج مصطفى، مرجع سابق، ص10.

الفرع الثاني: شروط نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

نظرا للطبيعة المادية للصعوبات التي يواجهها المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذه لالتزاماته التعاقدية التي تكون عادة استثنائية وغير متوقعة، فان نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة تتعلق عادة بعقود الأشغال، والأساس من هذه النظرية هو تحقيق العدل بين أطراف الصفقة[1].

و لكي تقوم نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة مفسحة المجال للحق بالتعويض عن الخسائر التي تكبدها المتعامل المتعاقد، لابد ان تتوافر مجموعة من الشروط يمكن تحديدها كالآتي [2].

أولا: أن تكون الصعوبات مادية واستثنائية (غير عادية):

لابد من الصعوبات التي تواجه المتعاقد أن تكون لها طبيعة مادية، وليست معنوية، وترجع هذه الصعوبات المادية في أغلب الحالات إلى ظواهر طبيعية مرجعها طبيعة الأرض التي تنفذ فيها الأشغال العامة كأن تكون طبيعة الأرض صخرية، ويمكن أن تكون الصعوبات المادية بفعل الغير، أي وليدة عمل أجنبي لا علاقة لإرادة طرفي العقد به، كظهور قناة خاصة مجاورة لموقع العمل لم تشر إليها المواصفات على أساسها إبرام العقد.[3]

وهذه الصعوبات المادية ترجع في أغلب الحالات إلى ظواهر طبيعية، ومن ثم فان أكثر التطبيقات تتعلق بصعوبات مادية مرجعها إلى طبيعة الأراضي التي تنفذ فيها الأشغال العامة، كأن يكشف عن التنفيذ عن طبيعة صخرية في حين أن التنفيذ العادي للعقد يفترض طبيعة سهلة، فتكون هذه الصعوبات سببا في استحقاق المتعامل المتعاقد للتعويض [4].

وهذه الصعوبات في الغالب ترجع إلى ظواهر طبيعية، لم تكن في حسابات المتعاقد وقت إبرام العقد، يترتب عليها أن يصبح تنفيذ المتعاقد لالتزاماته أكثر ارهاقا وأكثر كلفة مما قدر وقت إبرام العقد، لو قابل متعهد الأشغال العامة أرضا غير صالحة للبناء تعترض المتعاقد أثناء التنفيذ أو وجود طبقات صخرية تستدعي من المتعاقد زيادة في التكاليف لإزالة الصخور، أو تكون هذه الصعوبات المادية بفعل الغير مثال ذلك وجود قناة خاصة مجاورة لموقع العمل لم ينوه عنها في المواصفات التي جرى على

---

[1] _همدان الطاهر محمد علي، مرجع سابق، ص149.

[2]– جابري فاطمة، مرجع سابق، ص 195.

[3]– غسان عبد اللطيف الجيوش، مرجع سابق، ص156.

[4]– جابري فاطمة، مرجع سابق، ص195.

أساسها اعداد العقد أو اضطرار المتعاقد الى اصلاح طريق لمقتضى ضرورة تنفيذ أشغال عامة مسندة اليه.[1]

ترجع هذه الصعوبات المادية في أغلب الحالات الى ظواهر طبيعية تنجم عن:

أ-حالة الأرضية:

كصخور يصعب استخراجها، وجود مياه جوفية أو منابع، الطبيعة الصعبة لطبقات الأرض، وجود أرضيات غير متجانسة وغير مستقرة تستدعي زيادة العمق وتعديل الخصائص المتعلقة بالأساسيات...[2]

ب-الأخطار المناخية:

كأمطار مستمرة في المنطقة التي تشهد هطول نسبة ضعيفة من الأمطار بالنسبة لأشغال الحفر، فيضانات وسرعة الرياح ودرجة الحرارة التي تتجاوز النسب المرتقبة في دفتر التعليمات الخاصة...[3]

جـ-العوائق المصطنعة:

نقص أساسات العمارات المجاورة أو المحيطة في إقامة الأشغال... [4].

ثانيا: أن تكون الصعوبات المادية غير متوقعة وقت التعاقد:

لغرض تطبيق آلية الصعوبات المادية غير المتوقعة يجب أن تكون الصعوبات غير متوقعة عند ابرام العقد، وهو ما نص عليه المشرع بقوله: " ولم تكن متوقعة عند ابرام الصفقة... [5]، وهذا هو أساس وجوهر النظرية، وهو عدم التوقع، لذلك سميت به ويتطلب القضاء من المتعاقد أن يتحرى طبيعة الصعوبات التي تجابهه عند المباشرة في التنفيذ.

---

[1] – محمد شعبان الدرهوني، مرجع سابق، ص 158، 159.

[2]– المادة 108، فقرة 05 من دفتر البنود الإدارية العامة المطبق على الصفقات العمومية للأشغال، الموافق عليه بموجب المرسوم التنفيذي 21-219، المؤرخ في 08 شوال 1442هـ، الموافق ل 20 مايو 2021، الجريدة الرسمية رقم 50، المؤرخة في 24 يونيو 2021.

[3] – المادة 108 فقرة 06 من دفتر البنود الإدارية العامة المطبق على الصفقات العمومية للأشغال

[4] – المادة 108 فقرة 04 من دفتر البنود الإدارية العامة المطبق على الصفقات العمومية للأشغال

[5] – المادة 108 فقرة 01، من دفتر البنود الإدارية العامة المطبق على الصفقات العمومية للأشغال

يجب أن يكون من غير الممكن توقعها من قبل أطراف العقد، أي أن تتوفر على عنصر المفاجأة، إذ يجب على المقاول أن يتأكد بنفسه من صلاحية المواصفات والتصميمات والدراسات المعتمدة من الإدارة، كما على المصلحة المتعاقدة أن تضع تحت تصرفه جميع المعلومات والمستندات التي تساعده على تنفيذ العقد. [1]

وأيضا يشترط لإمكانية الحصول على تعويض أن تكون الصعوبات التي تواجه المتعامل المتعاقد غير متوقعة لحظة ابرام العقد من قبل طرفي العقد، ويجب على المتعاقد أن يقوم بكافة الإجراءات الاحتياطية التي تضمن التحري ودراسة ظروف العقد من جميع الجوانب، بحيث تكون الصعوبات المادية قد فاقت كل توقعاته بعد بذل هذا الجهد. [2]

حتى يمكن للقاضي تطبيق هذه النظرية فإنه يتعين أن تكون الصعوبة المادية مفاجأة للمتعامل المتعاقد، بحيث لم يتوقع مصادفتها له في أثناء التنفيذ، ولم يكن بوسعه توقعها، وهذا يعني أنه إذا وقع المتعامل المتعاقد تعهدا يعترف فيه أنه أجرى الدرس، والكشف الحسي على موقع العمل، فلا مجال عندئذ لتطبيق هذه النظرية، لأنها في هذه الحالة تفقد أحد شروطها، وهو أمر المفاجأة من قبل المتعاقدين في تاريخ إبرام العقد[3].

ثالثا: أن تكون الصعوبات المادية خارجة عن إرادة المتعاقدين:

يفترض في الصعوبات المادية غير المتوقعة ألا تكون من عمل المصلحة المتعاقدة أو بسبب تدخلها، حيث لو كان مرجعها ذلك فلا مجال لتطبيق النظرية[4]، كما يجب ألا يكون للمتعامل المتعاقد يد في إحداث تلك الصعوبات وهو ما نص عليه المشرع بقوله: ".... لا يرجع سببها للأطراف المتعاقدة..."[5]

---

[1] – جابري فاطمة، مرجع سابق، ص 196.

[2] –محمد شعبان الدرهوني، مرجع سابق، ص159.

[3] –غسان عبد اللطيف الجيوش، مرجع سابق، ص 157 و158.

[4] – جابري فاطمة، مرجع سابق، ص 196.

[5]– المادة 108 فقرة 01 من دفتر البنود العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال الموافق عليه بموجب المرسوم التنفيذي 21–219المؤرخ في 20 ماي 2021 جريدة رسمية الجزائرية رقم 50 مؤرخة في 24 جوان 2021.

وأن يثبت أنه لم يكن بوسعه توقيها بما لديه من وسائل وإمكانيات، وأنه لم يخالف نصوص العقد وأوامر المصلحة المتعاقدة أثناء التنفيذ، وبالمقابل يجب ألا تكون هذه الصعوبات ناتجة عن فعل المصلحة المتعاقدة[1].

فيجب ألا تكون له يد في إحداثها أو حتى في زيادة أثارها الخطرة، وأن يثبت أنه لم يكن في وسعه توقي أثارها، كما يجب كذلك أن يثبت أنه لم يخرج عن شروط العقد أثناء قيامه بتنفيذ التزاماته[2].

رابعا: أن يترتب على الصعوبات المادية غير المتوقعة ضرر مرهق للمتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة:

هذه الصعوبات يجب أن تكون خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد وتؤدي إلى زيادة تكلفة تنفيذ العقد بشكل كبير وغير معقول، بحيث يصبح تنفيذ العقد مرهقا جدا للمتعامل المتعاقد ويهدد بخاسرته الفادحة أو إفلاسه.

وفي ذات الوقت يتعين ألا يكون المتعاقد قد أحدث تلك الصعوبات المادية أو ساهم في زيادة أثارها الخطرة، وعليه يثبت أنه لم يكن في وسعه توقي أثار تلك الصعوبات بما يملكه من وسائل، كما يجب عليه أن يثبت أنه لم يخرج عن شروط العقد أثناء قيامه بتنفيذ التزاماته[3].

في هذه الحالة يمكن للقضاء الإداري التدخل لتعديل شروط العقد أو منح المتعامل المتعاقد تعويضا عن الأضرار الإضافية، لضمان استمرارية المرفق العام دون ارهاق المتعامل المتعاقد بشكل مفرط، والهدف هو تحقيق توازن بين مصلحة المتعاقدة في استمرار العقد ومصلحة المتعاقد في عدم تكبده خسائر فادحة بسبب ظروف لم يكن له يد فيها.

خامسا: أن يستمر المتعاقد في التنفيذ رغم مصادفة الصعوبات المادية غير المتوقعة:

إن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة لا تطبق بشكل تلقائي بمجرد اعتراض تنفيذ العقد الإداري صعوبة مادية استثنائية غير متوقعة، بل يجب أن يتولد عن تلك الصعوبة ضرر، وليس بإمكان

---

[1]– غسان عبد اللطيف الجيوش، مرجع سابق، ص159.

[2] – محمد شعبان الدرهوني، مرجع سابق، ص161.

[3]– جابري فاطمة، مرجع سابق، ص196.

المتعاقد التغلب على الصعوبة المادية التي واجهته من دون تكاليف إضافية،[1] أي أن المتعاقد إذا توقف عن التنفيذ فإنه يتعرض لمختلف الجزاءات المترتبة على ذلك، إضافة إلى احتمال فقده لحق المطالبة بالتعويض على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة [2].

[1]– غسان عبد اللطيف الجيوش، مرجع سابق، ص160.

[2]– محمد شعبان الدرهوبي ، مرجع سابق، ص 162.

خاتمة الفصل الأول

إن أسباب اختلال التوازن المالي للعقد تكون إما بفعل المصلحة المتعاقدة عندما تقوم بالتدخل مباشرة بإجراءات للتعديل في التزامات المتعامل المتعاقد اما بالزيادة أو بالنقصان أي بالتعديل في بنود الصفقة ، أو بطريقة غير مباشرة تؤثر على ظروف تنفيذها بما يزيد في أعباء المتعامل المتعاقد ما يجعل تنفيذه للعقد مرهقا.

أو تكون خارجة عن إرادة المصلحة المتعاقدة كظروف استثنائية تطرأ بعد ابرام العقد أو أثناء تنفيذه ترهق المتعامل المتعاقد وتجعل تنفيذه للعقد متعبا، أو بسبب قوة قاهرة وصعوبات مادية غير متوقعة تجعل تنفيذ الصفقة مستحيلا ما يترتب عليه خسائر تلحق بالمتعامل المتعاقد.

وتوصلنا من خلال ما سبق الى أن المصلحة المتعاقدة قد تقوم بإجراءات مباشرة أو غير مباشرة تزيد من أعباء المتعامل المتعاقد وتؤثر في ظروف تنفيذه العقد، ما يجعله أكثر ارهاقا وتكلفة أو حدوث ظروف استثنائية خارجة عن ارادة الطرفين تزيد من التزامات المتعامل المتعاقد وهذا ضمن دائرة الظروف الطارئة، أو تعرضه لقوة قاهرة كظروف مادية لم يكن بالوسع توقعها أثناء أبرام العقد تتمثل في نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة ما يتسبب باختلال في مصالح أطراف العقد ،وهذا ما يلزم المصلحة المتعاقدة بالتدخل لإعادة التوازن المالي للعقد الاداري بتعويض المتعامل المتعاقد اما تعويضا كليا أو جزئيا.

الفصل الثانـي

الفصل الثاني

الجزاء المترتب عن اختلال التوازن المالي للصفقة العمومية

تعتبر الصفقة العمومية أداة مهمة في تنظيم العلاقات التعاقدية بين الأطراف، فهي تولد التزامات وحقوق متبادلة بين طرفيها، والهدف منها تحقيق المصلحة العامة، بحيث تتمتع المصلحة المتعاقدة بإمتيازات وصلاحيات عديدة إستثنائية، ولكن هذا لا يعني تملصها من حقيقة وجوب إحترامها لالتزاماتها التعاقدية، وإلا تعين عليها تحمل نتائج إخلالها بها.

وبالمقابل فالمتعامل المتعاقد يتمتع أيضا بالعديد من الحقوق، مع تنفيذ ما يقع على عاتقه من التزامات عقدية، وينجم على دخول الصفقة العمومية مرحلة التنفيذ آثار عديدة منها ما يتعلق بالمتعامل المتعاقد تتمثل في الاعتراف له بمجموعة من الحقوق، وتحمله مجموعة التزامات لفائدة المصلحة المتعاقدة التي تسعى إلى تحقيق الهدف من إبرام الصفقة العامة وتحقيقا للصالح العام.

فإذا تغيرت تلك المصلحة أو لم يتم تقديرها التقدير الصحيح من طرف المصلحة المتعاقدة، فالمتعامل المتعاقد تلحقه خسائر ناجمة عن هذا الخطأ فإذا اختل التوازن المالي للصفقة العمومية بسبب تصرفات المصلحة المتعاقدة أو بسبب خارج عن إرادتها فإن المتعامل له كامل الحق في المطالبة بضمان هذا التوازن المالي مهما كان سبب اختلاله.

وتعتبر نظرية التوازن المالي للصفقة أساس لحق المتعاقد المتعامل في التعويض، وهي فكرة أسست عليها النظريات القانونية التي أستند عليها في تحديد حقوق والتزامات المتعاملين المتعاقدين، وهي تجسد فكرة العدالة والمصلحة العامة.

وقد يكون التعويض كاملا أو جزئيا طالما أن المبدأ العام في التعويض يهدف إلى الموازنة بين حقوق والتزامات المتعاقدين، وهنا يظهر التعويض على أساس خطأ المصلحة المتعاقدة في تحديد أو تقدير المصلحة أو الخدمة المتعاقد عليها.

وقد يظهر أيضا هذا الخطأ في مراحل مختلفة من التنفيذ مثل التعديل في بنود العقد، أو الإخلال بشروط التنفيذ مما يؤثر سلبا على مصالح المتعامل المتعاقد ما يترتب عليه الحق في التعويض.

وعليه سنتطرق أولا إلى التعويض الكامل كأداة لإعادة التوازن المالي للصفقة العمومية وثانيا إلى التعويض الجزئي كأداة لإعادة التوازن المالي للصفقة العمومية.

المبحث الأول

التعويض الكامل كأداة لإعادة التوازن المالي للصفقة العمومية

يسعى المتعامل المتعاقد إلى تحقيق ربح معين جراء تنفيذه لالتزاماته التعاقدية، فإذا ما حدث شيء يمنعه من تحقيق هذا الربح الذي تطلع عليه بسبب إجراءات قامت بها المصلحة المتعاقدة أو بسبب مجموعة من الظروف والصعوبات التي جعلت تنفيذه لالتزاماته مرهقا وأكثر إتعابا ما حال بينه وبين الفائدة التي كان يتطلع إلى تحقيقها، هنا وجب على المصلحة المتعاقدة معه أن تتدخل لتعيد للصفقة العمومية توازنها المالي [1].

ولهذا وجب على المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة تنفيذ التزاماتهم التعاقدية طالما لم تتغير الظروف التي عقدت خلالها الصفقة

بحيث لا تعتبر هذه القاعدة كأساس مطلق على اعتبار أن المتعامل المتعاقد قد تصادفه ظروف خارجة على إرادته لم تكن متوقعة في حال إبرام الصفقة ما يجعل تنفيذه للعقد مرهقا أو شبه مستحيل وقد تكون هذه الظروف بإرادة المصلحة المتعاقدة أو خارجة عنها.

ولضمان استمرار المتعامل المتعاقد في تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه في الصفقة وجب الإقرار له بجملة من الحقوق وهي التعويض الكامل عن الأعمال والأعباء الإضافية في حالة ما إذا كان العامل المتسبب في الضرر ناتج عن المصلحة المتعاقدة وصادر منها، أو تعويضه تعويضا جزئيا إذا كان الضرر خارجا عن إرادته وإرادة المصلحة المتعاقد ولم يكن متوقعا أثناء إبرام العقد.[2]

ولهذا تلتزم المصلحة المتعاقدة عند تعديلها الانفرادي لبنود العقد بفكرة التوازن المالي للصفقة العمومية والذي يعتبر كأثر لنظرية فعل الأمير، بحيث لا يمكنها تحميل المتعامل المتعاقد أعباء إضافية، في حين أنه ملزم بأداء التزاماته التعاقدية مقابل حصوله على حقه في التعويض الكامل إذا مسه ضرر تسبب له بتكبد خسائر أرهقته ما جعل تنفيذه للعقد مرهقا[3].

---

[1]– محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص107

[2] – عمار بوضياف ،مرجع سابق ، ص166.

[3] – مولود محمودي وقويدر منقور، مرجع سابق، ص 1443.

فعندما تتوفر الشروط الأساسية لتطبيق نظرية عمل الأمير، فإن المتعامل المتعاقد المتضرر يستحق تعويضا كاملا يعيد للعقد توازنه المالي، وهذه هي النتيجة الأساسية لنظرية عمل الأمير وعلى هذا الأساس سنقوم بالبحث أولا في أساس التعويض وثانيا في نظام التعويض[1].

المطلب الأول: التعويض الكلي كأثر لنظرية عمل الأمير

يسعى المرفق العام لهدف واحد هو تحقيق المصلحة العامة وتلبية حاجيات الجمهور، مما يجعله في سعي دائم للتطور مع متغيرات المصلحة العامة ومقتضياتها وبما أن الصفقة ترتبط إرتباطا وثيقا بالمرفق العام فإن تغير الظروف يدفع المصلحة المتعاقدة للتغير في بنود العقد بالزيادة أو بالنقصان لحسن سير المرفق العام، ما يترتب عليه إرهاق المتعامل المتعاقد وبروز حقه في التعويض[2].

الهدف والغاية الأساسية من نظرية عمل الأمير هو إعادة التوازن المالي للصفقة، وموازنته بين الأعباء التي ترهق كاهل المتعامل المتعاقد وبين المزايا التي يتمتع بها.

ويثير منح هذا التعويض تطبيقا لنظرية عمل الأمير الكثير من التساؤلات القانونية، وأهمها البحث عن الأساس القانوني المبرر لمنح هذا التعويض،[3] وفي هذا الصدد نص قانون الصفقات العمومية على تحديد حاجات المصالح المتعاقدة الواجب تلبيتها مسبقا قبل الشروع في أي إجراء لإبرام صفقة عمومية ويكون هذا التحديد استنادا إلى تقدير إداري صادق وعقلاني.[4]

وسنحاول أولا دراسة أساس التعويض وثانيا نظام التعويض بالتفصيل فيما يلي:

---

[1]– محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص 122.

[2] – عاهد محمود جاسم كرغولي، مسؤولية المتعاقد في حالة التنفيذ المعيب للعقد أمام الإدارة، الطبعة الأولى، هاتريك للنشر والتوزيع، أربيل، زانكو، شاع أحمدي خان، العراق، سنة2023، ص 38.

[3] – دافي عبد الكريم منصور كمال الدين، مرجع سابق، ص 7.

[4] – المادة 16 من القانون 23–12يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية المؤرخ في 18محرم 1445 الموافق 05 اوت 2023

الفرع الأول: أساس التعويض

من المتفق عليه منذ القدم أن تطبيق نظرية عمل الأمير يترتب عليه أثر قانوني يتمثل في إعادة التوازن المالي للصفقة العمومية الذي اختل بسبب أعمال صادرة من المصلحة المتعاقدة وذلك بتعويضه تعويضا كاملا [1].

وبالرغم من أن المشرع الجزائري اعترف للمصلحة المتعاقدة بممارسة سلطة التعديل في بنود الصفقة إلا أن هذه السلطة ليست مطلقة وتبقى مقيدة بالتزامها باحترام شروط تطبيقها فلا يجوز للمصلحة المتعاقدة إصدار قرار بالتعديل دون موافقة من المتعامل المتعاقد ودون أن يكون السبب من مقتضيات المصلحة العامة.

ويقابل قيام المصلحة المتعاقدة بالممارسة المشروعة لسلطة تعديل الصفقة حق المتعامل المتعاقد في التعويض، وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بحق المتعامل المتعاقد في التعويض إذا لحق به ضرر من جراء التعديل سواء كان بالنقصان أو بالزيادة، ولذلك وجب على المصلحة المتعاقدة عندما تقرر التعديل في بنود الصفقة أن تحترم طبيعة العقد الأصلي[2].

ففي غالب الأحيان تلجأ المصلحة المتعاقدة للتعديل في بنود الصفقة العمومية والزيادة في أعباء المتعامل المتعاقد إذا ارتأت أن هذه الصفقة لن تحقق مصلحة للمرفق العام ويكون ذلك بدون خطأ يصدر عن المتعامل المتعاقد معها قبل انتهاء وقت تنفيذ العقد[3].

فسلطة التعديل التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة تظهر من خلال التصرف في بنود الصفقة وذلك متى إرتأت أن هذه الصفقة اصبحت لا تتلائم مع متطلبات المرفق العام[4].

---

[1] – عمار عوابدي القانون الاداري الجزء الثاني، النشاط الاداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2002، ص277-278

[2] – زينب سالم، الرقابة القضائية على العقد الإداري مرحلة التنفيذ، دار الجامعة الجديدة، أزاريطة، الإسكندرية، 2016، ص 275.

[3] – عبد الوهاب محمد الانهاء الانفرادي للصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة في ظل احكام المرسوم الرئاسي 15_247 مجلة العلوم القانونية والاجتماعية جامعة زيان عاشور الجلفة العدد09ص533

[4] - Brahim boulifa, marchés publics, manuel méthodologique, Berti édition, deuxième édition, Alger, 2016, page 400.

وبتنفيذ المصلحة المتعاقدة لسلطة تعديل الصفقة يظهر للمتعامل المتعاقد الحق في التعويض جراء ما لحق به من ضرر وما فاته من كسب، نتيجة هذا القرار يعني تعويضه عن خسارته وهذا ما تقتضيه قواعد العدالة[1].

كما يعتبر حق المتعامل المتعاقد في التعويض هو الأثر الأساسي الناتج عن أعمال المصلحة المتعاقدة دون خطأ، وهنا وجب عليه أن يثبت ما لحقه من ضرر ويحصل على التعويض حتى ولم ينص العقد على عناصره وهنا يكون التعويض المستحق تعويضا كاملا، ويتم تقديره من قبل القضاء الإداري في حالة ما إذا لم ينص عليه في بنود العقد[2].

ولقد أستند في تبرير حصول المتعامل المتعاقد على التعويض في نظرية عمل الأمير على التعديل الانفرادي للصفقة، ويظهر ذلك من خلال ما تقوم به المصلحة المتعاقدة عندما تقوم بالإنقاص من الامتيازات المالية للمتعامل المتعاقد أو زيادتها، أو عن طريق القيام بإجراءات صادرة عنها بإرادتها المنفردة ما يؤدي إلى التأثير على حساب المتعاقد.[3]

ومن هنا فإن حق المتعامل المتعاقد في التعويض يكون ناتجا عن صعوبات واجهته في التنفيذ ما أدى إلى إرهاقه بحيث تعتبر عملية إبرام الملاحق التابعة للصفقة العمومية هدفها تحقيق التوازن في التزامات الاطراف المتعاقدة، وهنا فالقصد بالتسوية الودية لأي طارئ أثناء الصفقة.[4]

---

[1] - Marie christine rouault léssentiel de droit administratif général 14 éditions gualino paris France 2017 p87

[2] – مقداد زينة سلطة الادارة في فسخ العقد الاداري المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، العدد4، المجلد2، سنة 2018، ص23، 24

[3] محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص 123.

[4] – بوداود أحلام، حماية الإختلالات المالية للعقد الإداري، مذكرة نهائية لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعوم السياسية، قسم القانون، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، 2024، ص 41

ولهذا فإنه وجب على المصلحة المتعاقدة أثناء فرض أعمال إضافية على المتعامل المتعاقد فتتعبه أن تبرم ملحقا يكون الغرض منه إعادة التوازن المالي للصفقة العمومية، وذلك تماشيا مع قواعد القانون التي تقرر ضرورة إبرام الملاحق دون المساس بجوهر العقد الأصلي[1].

كما لا يمكن الاستناد أيضا في طلب التعويض على الخطأ التقصيري، حيث أن المصلحة المتعاقدة لم ترتكب خطأ بل استعملت صلاحيات وسلطات مخولة لها قانون وهذا ما يظهر فكرة التعويض على أساس التعديل الانفرادي للصفقة وممارستها لمصالحها في إطارها القانوني.[2]

ومما سبق نستخلص أن عملية إبرام الملحق وتطبيقها في إطار ما يعرف بالتدابير والإجراءات التي تمارسها المصلحة المتعاقدة والتي تتوفر على شروط تطبيق عملية الأمير حيث غالبا ما تبرم عند الزيادة أو الإنقاص في بنود الصفقة العمومية وذلك ضمانا وحماية لحقوق المتعامل المتعاقد وعدم إرهاقه.[3]

ومن الأمثلة القضائية قرار مجلس الدولة رقم 064983[4] عند نظره في الاستئناف المرفوع من والي ولاية الجزائر ضد الإتحاد الوطني للفنون الثقافية والذي جاء في أحد حيثياته: "**حيث أن وجود الأمر بالخدمة وإقرار الولاية بإنجاز الأشغال يثبتان قيام العلاقة التعاقدية وإكمال الأشكال وإسلامها للمحضر المذكور أعلاه يعطي الحق للمقاول في قيمة تلك الاشغال وأن القول بعد وجود كشف كمي وتقديري ولا تحديد للأسعار هو درب لعدم الاطلاع على وثائق الملف إذ أن الفاتورة مؤشر والمصادق عليه من مكتب الدراسات المبالغ للأشغال المنجزة ومديرية الشباب تؤكد الفاتورة رقم 161 التي تحتوي على الوحدة والسعر والميلغ فهي عبارة عن كشف كمي وتقديري**"، ومنه فقد أيد مجلس الدولة القرار المستأنف وأقر حق المقاول في التعويض عن كل ما أنجزه من أشغال.

---

[1] – زمال صالح مبادئ تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري قراءة في احكام نص المادة 209 من المرسوم الرئاسي 15-247 العدد 32 حوليات جامعة الجزائر 1 سنة 2018ص 505

[2] – إبراهيم خرشيد محمد المفرجي، مسؤولية الإدارة عن أعمالها التتعاقدية في القانون، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، شارع عبد الخالق تروث، القاهرة، سنة 2018، ص 66.

[3] – بوداود احلام مرجع سابق ص 42

[4] – مجلس الدولة، الغرفة الأولى، القرار رقم 064983 المؤرخ في 12 جانفي، 2012، مجلة مجلس الدولة، العدد 12، 2014، ص 111.

فعدم التزام المصلحة المتعاقدة بتسديد حقوق المتعامل المتعاقد ضمن الآجل المحددة، يترتب عليه حقه في التعويض.

أولا: مبدأ مساواة الأفراد أمام الأعباء العامة

من الواضح أن فكرة الخطأ لم ترتقي إلى المستوى المطلوب في القيام بدورها الكامل في الحفاظ على ضمانات المتعاملين المتعاقدين وحقوقهم إزاء المصلحة المتعاقدة وامتيازاتها، ما جعل القضاء والفقه يبحثون عن الأساس لإقرار المسؤولية الإدارية بالرغم من عدم توافر الخطأ.[1]

1_في التشريع

القانون المدني قد نص على أنه: "**يجب تنفيذ العقد طبقا لما أشتمل عليه وبحسن نية، ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام غير أنه إذ طرأت أي 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 مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا أي اتفاق على خلاف ذلك**"[2]

وقد وجه لهذا المبدأ الكثير من الانتقادات تظهر أو تتلخص في عدم تحديد معالمه، وعدم إمكانيته تبرير مسؤولية الإدارة دون خطأ إلا خارج الإطار التعاقدي ما يجعله لا يجد مكانا فيه.[3]

وهذا يسمح لنا بطرح فكرتين متضادتين أولهما أن تعتبر أن المسؤولية في هذه الحالة قائمة بدون خطأ وقد نقدر على اعتبارها بالعكس ولقد اعتمد هذا الأساس من طرف من لم يؤمنوا بفكرة التوازن المالي للصفقة وذلك باعتبار أن التزام المصلحة المتعاقد بالتعويض على أنه التزام نابع من الصفقة وأن مسؤوليتها هي مسؤولية تعاقدية وإن كانت مسؤولية بدون خطأ.[4]

---

[1]– بشير علي خلف جاسر العبيدي، مسؤولية الإدارة عن أعمالها المشروعة، دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، شارع عبد الخالق ثروت، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة 2018، ص 51.

[2] – المادة 107 الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 26سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجريدة الرسمية الجزائرية عدد78، الصادرفي 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم

[3] – محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص 124.

[4] – إبارهيم خورشيد محمد المفرجي، مرجع سابق، ص 74–75.

2_القضاء

لقد قضى مجلس الدولة الجزائري في قراره الصادر في 12-07-2005 أن: "**هذه الأشغال الإضافية كانت ضرورية لأنهاء مشروع دار الشباب بالبويرة، وأن الأشغال الإضافية وبما أنها كانت ضرورية للإنجاز، حسب قواعد الأشغال المطالب بإنجازها، فإن صاحب المشروع ملزم بتسديدها، حتى وإن لم يتلقى أي أمر بإنجاز هذه الأشغال من طرف صاحب المشروع ولا صاحب المبنى، وأنه في قضية الحال، اعتراف صاحب المشروع بالأشغال الإضافية إنما لم يتفق مع المستأنف حول قيمة الأسعار الموحدة، وأنه يتعين إلغاء القرار المستأنف وفصلا من جديد القول بأن للمستأنف الحق في مقابل الأشغال الإضافية المنجزة وتعيين خبير بمهمة الانتقال الأمكنة، ودراسة الوثائق التي بحوزة الأطراف، وتحديد مقابل الأشغال الإضافية المنجزة من طرف المستأنف**"[1].

أما بالنسبة للأعمال التي يقوم بها المتعامل المتعاقد والتي تكون ضرورية ولم ينص عليها في بنود الصفقة ولكنها تعتبر لازمة لأداء عمل أصلي محل العقد لتنفيذه بصورة جيدة، أو أن يقوم بأعمال غير ضرورية ولكنها تعود بالنفع على المصلحة المتعاقدة، هنا جاز للمتعامل المتعاقد المطالبة بالتعويض عن تلك الأعمال الاضافية التي قام بها.

أما بالنسبة لمجلس الدول الفرنسي فيرى أن حق المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة في التعويض على عمل الأمير مستندا إلى فكرة المسؤولية التعاقدية، في حين ينتقد البعض هذه الفكرة وذلك أنها غير كافية لتبرير التعويض في حالة ما إذا كان إجراء تعديل المركز المالي للعقد صادر عن جهة غير المصلحة المتعاقدة، ولذلك توجب إيجاد فكرة أخرى تدعم فكرة المسؤولية التعاقدية وتساعد في اعتبارها أساسا للتعويض.[2]

[1] – مجلس الدولة، قرار رقم 22350 ، المؤرخ في 12جويلية 2005، قضية (ق.ع.ب)، ضد مدير الشباب والرياضة البويرة، زينب سالم، الرقابة القضائية على العقد الإداري في مرحلة التنفيذ، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الإسكندرية، 2016، ص 282.

[2] – محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص 126.

3_فقهيا

لقد تعددت الاتجاهات الفقهية في بيان حق المتعامل المتعاقد في التعويض على مسؤولية المصلحة المتعاقدة دون خطأ[1]، وتختلف نظرية الظروف الطارئة عن مفهوم نظرية عمل الأمير في كون نظرية الظروف الطارئة تكون بصفة مستقلة عنّ إرادة الطرفين في الصفقة.[2]

كما يذكر الفقه أيضا أنه إذا تضمنت الصفقة العمومية شروطا يتنازل بمقتضاها المتعامل المتعاقد مع جهة المصلحة المتعاقدة مقدما على حقه في المطالبة بالتعويض فتعتبر هذه الشروط باطلة، وذلك لأن نظرية الأمير تعتبر نظرية.

ثانيا: فكرة التوزان المالي للعقد

لقد أقر المشرع الجزائري مبدأ الحل الودي لحسم النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية، ولقد رُخص للمتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة إعادة النظر في الأحكام المالية للصفقة، فالصفقات العمومية لم تكن يوما مجالا لتحميل المتعامل المتعاقد خسائر ترهقه جراء ما تُحدثه للمصلحة المتعاقدة من تغييرات،[3]ومن هنا تظهر فكرة التوازن المالي للعقد وقد أُخذ بهذا الأساس الفقه والقضاء الفرنسي عند التعويض على عمل الأمير بحيث يرى أصحاب هذا الاتجاه أنه على المصلحة المتعاقدة أن تعيد التوازن المالي للعقد إذا اختل نتيجة لإجراء صادر منها.[4]

ويرجع أساس فكرة التوازن المالي للعقد على أساس النية المشتركة للطرفين المتعاقدين، إلى أن هذا الأمر لا يكون إلا في حالة وجود نص صريح في العقد على ضمان المصلحة المتعاقدة لتوازنه المالي.

---

[1]– محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص 122.

[2]– عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي، القدرة القانونية للإدارة في تعديل العقد، مجلة العقود، مجلد 09، العدد 16، كلية الحقوق، جامعة نهرين، العراق، 2006، ص 18.

[3] – عمار بوضياف، مرجع سابق، 2017، ص 51.

[4] – محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص 124.

فإذا ورد هذا النص فإن هذه القاعدة يكون مرجعها إلى العدالة ومصلحة المرفق العام، وللمتعامل المتعاقد الحق في ضمان التوازن المالي للعقد الإداري، لأنه حريص على حقه في ضمان التوازن المالي للصفقة العمومية بحيث يكون هناك توازن بين مستحقاته وأعبائه المالية[1].

وتعَد هذه الفكرة أساسا عاما يؤخذ به في حالات التعويض التي يستحقها المتعامل دون خطأ ينسب إلى جهة المصلحة المتعاقدة، وذلك تجسيدا لأساس المسؤولية وفكرة التوازن المالي للصفقة العمومية[2].

ففكرة المسؤولية التعاقدية للمصلحة المتعاقدة تقوم على أساس مفاده أن هذه الأخيرة إذا قامت بإجراء أدى إلى تعديل الشروط التعاقدية للصفقة، أو جعل ظروف تنفيذها أكثر عسرا وإرهاقا، فإن المصلحة المتعاقدة تتحمل نتائج فعلها الذي كان سبب في إرهاق المتعامل المتعاقد.

بحيث يكون هذا إلا في حالة واحدة وهي وجود نص صريح في العقد ينص على تحمل المصلحة المتعاقدة للتوازن المالي للعقد، فإذا ورد هذا النص فإن هذه القاعدة يكون مرجعها إلى فائدة المرفق العام والمتعامل المتعاقد وتعد هذه الفكرة أساسا عاما يؤخذ به في حالات التعويض التي يستحقها المتعامل المتعاقد، دون خطأ ينسب إلى المصلحة المتعاقدة.[3]

فالتوازن المالي للصفقة العمومية هو تجسيد لمبدأ المساواة بين النفقات والالتزامات، مع احتساب ربح ملائم يكون سبب في إرضاء المتعامل المتعاقد، وأن اتصال العقد بالمرفق العام يفسر وجوبية وجود توازن مالي بين التزامات المتعامل المتعاقد وحقوقه، كي يستطيع أن يستمر في تنفيذ العقد والمحافظة على سير المرفق العام بانتظام واطراد.

وهذا لا يطبق إلا عندما يكون اختلال التوزان بفعل المصلحة المتعاقدة، وأنه لا يتبع في حالة الظروف الخارجية مثل الصعوبات المادية غير المتوقعة والظروف الطارئة، ولا يعتبر التوازن المالي للعقد موازنة حسابية جامدة بين الالتزامات والحقوق المتقابلة، بل هو موازنة تسعى إلى إقامة التعادل في

---

[1] – علـى تعبـان عبـاس، إعـادة التـوازن المـالي فـي العقـد الإداري، مجلـة المعهـد الإداري، مجلـة علميـة محكمـة مفتوحة المصدر (ISSn.2518.5519)، سنة، 2024، ص 261–262.

[2] – محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص 125.

[3] – بوشـكيو عثمـان، التـوازن المـالي للصـفقات العموميـة، مـذكرة لنيـل شـهادة ماجسـتير، كليـة الحقـوق والعلـوم السياسية، قسم الحقوق، المركز الجامعي سوق أهراس، سنة2005، ص 115.

التزامات المتعامل المتعاقد والتزامات المصلحة المتعاقدة لضمان تنفيذ العقد تنفيذا سليما وإعادة الاطمئنان للمتعامل المتعاقد في ضمان تحقيق الربح.[1]

الفرع الثاني: نظام التعويض

من أجل حماية حقوق المتعامل المتعاقد في التعويض اجتمع الفقه والقضاء على أن تطبيق نظرية فعل الأمير يترتب عليه أثار عديدة أهمها إعادة التوازن المالي للصفقة العمومية الذي اختل بسبب فعل الأمير وهو ما يمنح المتعامل المتعاقد الحق في التعويض.

والذي يفترض الاتفاق عليه بين أطراف الصفقة العمومية من خلال تسوية ودية أو حلا وديا حسب ما يجيزه القانون، ولكن بالرغم من ذلك فإن هذه الفرضية ليست مؤكدة النجاح[2] .

ووفقا لنظرية الأمير فإن التعويض يصبح حقا معترفا به فقط للمتعامل المتعاقد بتوفر مجموعة من الشروط وبنظام معين، ولهذا سنحاول دراسة هذا النظام بالتطرق إلى مقدار التعويض أولا ثم إلى تحديد التعويض ثانيا.

أولا: مقدار التعويض

يحق للمتعامل المتعاقد المطالبة بالتعويض الكامل إذا توفرت شروط تطبيق نظرية عمل الأمير وهو يعتبر النتيجة الأساسية للنظرية.[3]

ويكون التعويض كاملا لما لحق المتعامل المتعاقد من خسارة وما فاته من كسب ومن التطبيقات القضائية الحكم رقم 00911، الصادر عن المحكمة الإدارية بقالمة والذي جاء في إحدى حيثياته: " **حيث أن مبلغ الفاتورة هذا معتبر، وأن المدعي عليها قد تفوتنا على المدعي فرصة استثمار واستغلاله منذ تاريخ تحرير الفاتورة الموافقة ليوم 2012/09/20 وهذا ما يجعله متضررا بسبب ما فاته من كسب وما لحقه من خسارة، الأمر الذي يجعل طلبه الراميّ إلى تعويضه عن الضرر المؤسس وعليه صدر الحكم الآتي:**

في الموضوع: القضاء بإلزام المدعي عليها بأن تدفع للمدعي قيمة الفاتورة رقم 67.2012 المحررة في 2012/09/20 بمبلغ مليونين وأربعمائة وإحدى عشرة ألفا ومائة وّأربعة وعشرون دينار

---

[1] – كريكو فريال، مرجع سابق، ص 126–127.

[2] – كريكو فريال، مرجع نفسه، ص 127.

[3] – محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص 126.

وثلاثين سنتيما (2.411.124.30 دج) وإلزامها بأن تدفع له مبلغ خمسون ألفا جبرا للضرر اللاحق به"

ومعنى ما لحق المتعامل المتعاقد من خسارة هو المصاريف التي أنفقها وتختلف بإختلاف الأموال وطبيعة التعديل الذي تعرضت له الصفقة ونتائجه، ومن أمثلة ذلك هو إذا طلبت المصلحة المتعاقدة من المتعامل المتعاقد سرعة إنجاز الأعمال وإنهائها فإن ذلك يؤدي إلى زيادة أعباء المتعامل المتعاقد وذلك ما يرهقه.

كما أنه يمكن أيضا أن يترتب على تعديل الصفقة أثناء تنفيذها خسائر ترهق عاتق المتعامل المتعاقد وفي هذه الحالة يجب على المصلحة المتعاقدة تقدير الأعباء.[1]

أما ما فاته من كسب فيقصد به الربح الذي كان في حساب المتعامل المتعاقد أنه سيحققه جراء تعاقده مع المصلحة المتعاقدة.

فمجلس الدولة الفرنسي خرج عن مبدأ التعويض الشامل في بعض الأحيان وهذا يعني استثناءات التعويض الكامل ومنها:

أنه أغفل عنصر الكسب أو الربح الذي يحققه المتعامل المتعاقد في حالة إنهاء المصلحة المتعاقدة لبعض الصفقات نتيجة لقوة قاهرة كالحروب فقد اكتفى المجلس في مثل هذه الحالات بالتعويض عن الخسائر الفعلية الناجمة عن فسخ الصفقة دون الاهتمام بالأرباح التي كانت من الممكن أن يحققها المتعامل المتعاقد إذا لم يفسخ العقد[2]

أما بالنسبة للتشريع الجزائري فقد عرف أساسه ضمن عناصر الضرر القابل للتعويض بحيث نص القانون المدني على أنه: "**إذا لم ينفذ الالتزام أو تأخر في تنفيذه جاز للدائن أن يطالب المدين بالتعويض عما لحقه من ضرر، ما لم يثبت المدين أن عدم التنفيذ راجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه**"

ولقد نص أيضا على أنواع الضرر القابل للتعويض في: "**يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم تنفيذ الالتزام أو التأخر في تنفيذه**"[3]

---

[1] – همدان الطاهر محمد علي، مرجع سابق، ص 141.

[2] – محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص 128.

[3] – المادة 182 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية الجزائرية، العدد 21، الصادرة بتاريخ 23-أفريل-2008

ثانيا: طرق تحديد التعويض

في حالة تحديد التعويض يتم الاتفاق بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد معها مسبقا أثناء توقيع الصفقة، ولا يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تدرج ضمن النصوص نص يتضمن إعفائها من التعويض في حالة وقوع أضرار نتيجة التعديل الانفرادي للصفقة[1].

وفي الجزائر فقد تضمن دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال على "...**فيستطيع المقاول عندئذ أن يقدم عند انتهاء الحساب طلبا بالتعويض مرتكزا على الضرر المسبب له من جراء التعديلات الحاصلة بهذا الشأن في احتياطات المشروع...**"[2]

ففي حالة تحديد التعويض من طرف المشرع فهنا وجب على طرفي العقد الالتزام به، وهو ما تم العمل به في القانون الفرنسي المتعلق بفسخ العقود المبرمة لتوفير حاجات مرفق الدفاع الوطني والذي جاء فيه طريقة تعويض المتعاقدين الذين اختيروا من جراء فسخ عقودهم بقوة القانون.

أما إذا لم يتم تحديد التعويض من طرف المشرع فإن القضاء يقوم بتحديد التعويض الكامل عن الضرر الذي لحق بالمتعامل المتعاقد والكسب الذي فاته جراء هذا الضرر ولقد جاء في أحد قرارة المحكمة الإدارية العليا أن التعويض عن عمل الأمير يشمل عنصرين أولهما ما لحق المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة من خسارة وثانيهما ما فاته من كسب[3] .

والجدير بالذكر هنا هو أن التعويض الكامل الذي يحصل عليه المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة على إثر تطبيق نظرية عمل الأمير يتم تحديده بإحدى الطرق الآتية:

1- أن تتفق المصلحة المتعاقدة مع المتعامل المتعاقد سلفا عند تحرير الصفقة على مقدار التعويض الذي يمكن دفعه له عن الضرر الذي قد يلحقه جراء تصرفاتها وبما يضمن مصالحهما معا.

---

[1] – مولود محمودي وقويدر منقور، مرجع سابق، ص 1452.

[2] – للمادة 32 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للاشغال الموافق عليه بموجب المرسوم التنفيذي 21-219 المؤرخ في 08 شوال 1442 الموافق ل 20 مايو 2021 جريدة رسمية رقم 50 بتاريخ 24 يونيو 2021

[3] – مولود محمودي وقويدر منقور، مرجع سابق، ص 1453.

2- تحديد التعويض بواسطة المشرع كما ذكرنا سابقا أو للجوء إلى القضاء إذا لم يوجد نص سابق في العقد يحدد التعويض.[1]

المطلب الثاني: التعويض الكلي كأثر لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

تنهض نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة على أساس مواجهة المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة أثناء تنفيذه لالتزاماته العقدية، لمشاكل وصعوبات مادية استثنائية لم يكن له أن يتوقعها حينما أبرم العقد، ولا يشترط أن تؤدي هذه الصعوبات الى جعل تنفيذ المتعاقد لالتزاماته مستحيلا، وانما يكفي أن تؤدي الى جعل هذا التنفيذ مرهقا ومكلفا بصورة لم يتوقعها أثناء ابرام العقد .[2]

وفي هذا الصدد صدر القرار رقم 00647عن المحكمة الإدارية بقالمة، والذي جاء في احدى حيثياته

حيث أنه...بعد اطلاعها على الوثائق المقدمة ودراستها، خلصت الى أن الأشغال ثبت إنجازها، والمبلغ المستحق يقدر بمليون وثلاثمائة وأربعة وخمسون ألف وثلاثمائة وخمسة وعشرون دينار جزائري (1.354.325.00دج)، وان الكميات المنجزة ليس مبالغ فيها بل في حدود المعقول، كون أي عملية ردم بالأتربة وبفعل المؤثرات الخارجية وبفعل الضغط تتطلب كميات كبيرة [3]

إذا توفرت شروط تحقق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، فان ذلك يرتب اثارا قانونية تتمثل في تعويض المتعامل المتعاقد. [4]

وعليه، سنتطرق أولا أساس التعويض وثانيا أساس التعويض.

الفرع الأول: أساس التعويض

اختلفت الآراء حول تحديد الأساس القانوني الذي تقوم عليه نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من حيث منح المتعاقد التعويض عن هذه الصعوبات، فهناك منهم من أرجع أساس التعويض في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة الى النية المشتركة للعقد، ومنهم من يذهب الى فكرة المسؤولية

[1] – محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص 129-128.

[2] – ابراهيم خورشيد محمد المفرجي، مرجع سابق، ص72.

[3] – المحكمة الإدارية قالمة، الغرفة رقم 02، الحكم رقم : 19-0064، المؤرخ في 04 فيفري 2020

[4] – جابري فاطمة، مرجع سابق، ص197.

التقصيرية، وأيضا من يرى أساس التعويض في فكرة التعاون بين الإدارة والمتعاقد معها ووجهة نظر أخرى ترجع الأساس الى اعتبارات العدالة والطبيعة الذاتية للعقود الإدارية.[1]

أولا: النية المشتركة للطرفين:

بموجب هذه الفكرة التي يراها بعض الفقهاء أساسا للتعويض في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وان مفهوم هذه الفكرة هو أن طرفي العقد المتعاقدين قد اتفقا ضمنا عند التعاقد على أساس ان السعر المتفق عليه في العقد قصد تحديده مقابل التنفيذ في الظروف العادية، أما بخصوص الصعوبات المادية غير المتوقعة التي تصادف خلال تنفيذ الواجبات العقدية لم تكن في الحسبان لطرفي العقد ويفترض أنهما قصدا أن يقدر مقابلها بطريقة خاصة خارج السعر العقدي[2].

ثانيا: فكرة المسؤولية التقصيرية:

اختلف الفقهاء حول أساس التعويض في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة فبعض الفقهاء أرجعوا أساس التعويض الى المسؤولية التقصيرية التي تشير الى مسؤولية المصلحة المتعاقدة عن الأضرار التي تنتج عن أخطائها، حتى لو كانت هذه الأخطاء ناتجة عن ظروف خارجة عن ارادتها أو صعوبات واجهتها في تنفيذ خططها.

الفكرة الأساسية هي أن الإدارة تتحمل تبعات الضرر الناتج عن أخطائها، ولا يمكنها التهرب من هذه المسؤولية بحجة عدم صحة المعلومات لديها أو وجود صعوبات، بل يجب أن تتحمل الضرر.[3]

ثالثا: فكرة التعاون بين المصلحة المتعاقد والمتعامل المتعاقد معها:

يرى بعض الفقهاء أن أساس التعويض في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة هو التعاون بين الإدارة والمتعاقد معها وذلك من خلال تنفيذ التزاماته التعاقدية رغم الصعوبات المادية غير المتوقعة التي تواجهه وذلك ما يجعل التنفيذ أكثر كلفة وارهاقا، حيث أن بعض الفقه يرى أنه إذا توقف المتعامل

---

[1] – محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص163.

[2] – مـازن دحـام العـاني، الأسـاس القـانوني للتعـويض فـي نظريـة الصـعوبات الماديـة غيـر المتوقعـة، المرجـع الالكتروني للمعلوماتية،http://mail.almerja.com ، تاريخ الدخول 30/06/2025، الساعة 20:00.

[3] – محمد شعبان الدهوبي، مرجع سابق، ص165.

المتعاقد عن تنفيذ التزاماته بسبب الصعوبات المادية، فإنه لا يستحق تعويضا عن الأضرار الناجمة عن تلك الصعوبات بالإضافة إلى حق المصلحة المتعاقدة في توقيع الجزاء عليه[1].

هذا يجب يعني أنه يجب على المصلحة المتعاقدة أن تغطي كافة النفقات الإضافية التي تحملها المتعاقد معها، في سبيل مواجهة الصعوبات التي اعترضت تنفيذ العقد بصورة طبيعية، وليس مجرد مساهمة جزئية في تحمل تلك الأعباء[2].

بالتالي تتجسد فكرة التعاون بين المصالحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد معها ذلك من خلال أن المتعاقد ينفذ التزامه في تنفيذ العقد لسير المرفق العام ولا يتوقف، بالتالي هنا على المصلحة المتعاقدة تعويضه عن كافة الأضرار والصعوبات المادية غير المتوقعة التي لحقته.

رابعا: اعتبارات العدالة والطبيعة الذاتية للعقود الإدارية:

يتجه بعض الفقهاء الى أن أساس التعويض في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يرجع إلى اعتبارات العدالة والطبيعة الذاتية للعقود الإدارية، حيث يعتبر المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة ماد يد العون، وتقديم المساعدة لها لغاية تسيير المرافق العامة بانتظام واطراد، وأكد الفقه أن العلاقة بين المصلحة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد معها مهما قد دخلت في طور جديد، فلم تعد المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد معها مجرد متعاقدين يتساومان بل أصبحا طرفين يتعاونان ويتعضدان من أجل تسيير المرافق العامة المختلفة التي ما وجدت العقود الإدارية الا لدوام سيرها بانتظام واطراد.[3]

الفرع الثاني: نظام التعويض:

ان التعويض المستحق لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في حال توافر شروطها هو التعويض عن كامل الأضرار التي تلحق به ولا تعتبر معاونة مالية جزئية للمتعامل المتعاقد أو مشاركة له فيما تحمله من خسائر كما هو الحال في نظرية الظروف الطارئة حيث يكون ذلك بدفع مبلغ إضافي له على الأسعار المتفق عليها.

وسنتطرق في دراستنا الى كيفية تناول مقدار التعويض وكيفية حساب مقدار التعويض[4].

---

[1] _جابري فاطمة، مرجع سابق، ص 197.

[2] _مصطفى عافري، محسن عابد، مرجع سابق، ص59

[3] – مازن دحام العاني، مرجع سابق

[4] _محمد شعبان الدهوبي، مرجع سابق، ص167.

أولا: مقدار التعويض:

تلتزم المصلحة المتعاقدة طبقا لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بتعويض المتعامل المتعاقد معها عن كافة الخسائر التي تكبدها بسبب تلك الصعوبات، هذا التعويض الذي من شأنه إعادة التوازن المالي للصفقة حماية لحقوق المتعامل المتعاقد[1].

وعليه يتعين على الإدارة متى توافرت شروط النظرية أن ترد الى المتعاقد كافة النفقات الإضافية التي تحملها لمواجهة الصعوبات التي اعترضت التنفيذ العادي للعقد، وجبر كافة الأضرار التي تكبدها نتيجة ذلك.[2]

وقد أشارت بعض المواد من المرسوم الرئاسي 15-274 الى فكرة التعويض عندما نصت على وجوب إيجاد توازن للتكاليف التي تترتب على الطرفين أثناء تنفيذ الصفقة: "...يجب على المصلحة المتعاقدة...أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي:

-ايجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين،

-التسوية الى أسرع انجاز لموضوع الصفقة،

-الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة."[3]

ثانيا: طرق تحديد التعويض:

يترتب عل توفر شروط هذه النظرية حصول المتعاقد مع الإدارة على تعويض كامل عن جميع الأضرار التي يتحملها، وذلك بدفع مبلغ إضافي له على الأسعار المتفق عليها.[4]

ويرى البعض أنه لا يشترط لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير العادية ألا يكون الضرر جسيما، أو مرهقا، وانما يستحق المقاول تعويضا عما أصابه من أضرار، صغيرة ضئيلة كبيرة أو ضخمة.[5]

---

[1] _ جابري فاطمة، مرجع سابق، ص197.

[2] _ عيساني جمال، لعروسي أحمد، مرجع سابق، ص 12.

[3] _المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-274.

[4] – غسان عبد اللطيف الجيوش، مرجع سابق، ص162.

[5] – غسان عبد الطيف الجيوش، مرجع نفسه، ص163.

وفي هذا السياق نجد القرار رقم00647 صدر عن المحكمة الإدارية بقالمة، والذي جاء في احدى حيثياته:

"**حيث أنه... بعد إطلاعها على الوثائق المقدمة ودراستها، لخصت الى أن الأشغال ثبت إنجازها والمبلغ المستحق يقدر بمليون وثلاثمائة وأربعة وخمسون ألف وثلاثمائة وأربعة وخمسون ألف وثلاثمائة وخمسة وعشرون دينار جزائري (1.354.325.00 دج)، وأن الكميات المنجزة ليس مبالغ فيها بل في حدود المعقول، كون أي عملية ردم بالأتربة وبفعل المؤثرات الخارجية وبفضل الضغط تتطلب كميات كبيرة**".

المبحث الثاني

التعويض الجزئي كأثر لنظرية الظروف الطارئة

من أجل إعادة التوازن المالي للعقد الإداري ابتدع الفقه والقضاء عدة نظريات لمواجهة الظروف غير المتوقعة وما يترتب عليها من إخلال في التوازن المالي للعقد، بحيث تختلف باختلاف طبيعة الظروف الناتجة عن عمل المصلحة المتعاقدة، فإذا كان الظرف الواقع غير متوقع من طبيعة اقتصادية أو سياسية ولم يكن من جهة المصلحة المتعاقدة أي دخل في حدوثه، هنا وجب على هذه الأخيرة أن تساهم بتحمل جزء من الخسارة التي لحقت بالمتعامل المتعاقد وتعويضه جزئيا استنادا إلى نظرية الظروف الطارئة.[1]

تعتبر المسؤولية على أساس المخاطر بأنها لا تمثل مبدأ عاما، أي أنها ليست ذات أساس عام ترجع إليه كل حالات المسؤولية، فالقاعدة العامة في مجال المسؤولية الإدارية هو الخطأ ولهذا السبب عرفت المسؤولية على أساس المخاطر بالطابع التكميلي للمسؤولية القائمة على أساس الخطأ[2].

وقد تطرأ أثناء تنفيذ الصفقة العمومية ظروف غير متوقعة يكون من شأنها تأثير في اقتصاديات الصفقة، بطريقة يختل توازنها، ولذلك أوجبت العدالة والنفع العام تقديم يد المساعدة للمتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقد لإعادة التوازن المالي للعقد وإعادته إلى حالته الطبيعية الأولى التي كان عليها لحظة الإبرام.[3]

---

[1] – إبراهيم خورشيد محمد المفرجي، مرجع سابق، ص 145.

[2] – بشير علي خلف جاسر لعبيدي، مرجع سابق، ص 49.

[3] – إبراهيم خورشيد محمد المفرجي، مرجع سابق، ص 144.

لا يعفى المتعامل المتعاقد من التزاماته التعاقدية الا في حالة القوة القاهرة والتي تفوق درجة تحمله والتي تتمثل في الحوادث الغير متوقعة والتي لا يمكن دفعها، فلا مجال للمتعامل في طلب الاعفاء من التزاماته حتى ولو لحق به ضرر بل له الحق في طلب التعويض فقط وذلك تماشيا مع مصلحة المرفق العام ولهذا ظهرت نظرية الظروف الطارئة.

فالتعويض على أساسها هو تعويض يُمنح للمتعامل المتعاقد عندما تطرأ ظروف غير متوقعة أثناء تنفيذ العقد تؤدي إلى اختلال في توازنه المالي، مما يجعل التنفيذ مرهقاً لكنه ليس مستحيلاً.

هذه الظروف تكون خارجة عن إرادة الأطراف وغير قابلة للتوقع أو الدفع عند إبرام العقد، ويهدف التعويض إلى مشاركة المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد في تحمل الأعباء لضمان استمرار تنفيذ العقد، فالتعويض لا يشمل كامل الخسائر أو الأرباح الفائتة، بل يقتصر على جزء من الأضرار التي لحقت بالمتعامل المتعاقد.[1]

وتعتبر نظرية التوازن المالي للصفقة العمومية نظرية قديمة عرفتها المدارس القانونية المختلفة وجاءت لتعالج حالات استثنائية نادرة ومساعدة المتعاقد للتغلب على الخسائر، حيث تطبيقها يعني الانتصار لمبادئ العدالة وحسن النية وتحقيق المصلحة العامة واستشعار المسؤولية اتجاه المتعاملين مع الدولة والمستفيدين من خدماتها.[2]

وبإعمال هذه النظرية تترتب اثار عديدة أهمها التعويض الجزئي كأداة لإعادة التوازن المالي للصفقة العمومية ولذلك سنتطرق الى أساس هذا التعويض أولا ثم لنظام التعويض ثانيا

---

[1] القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 21، الصادر بتاريخ 23 أبريل 2008.

[2]- علاء الدين محمد سيد أبو عقيل، الأساس القانوني لإعادة التوازن المالي للعقد الإداري وتحرير سعر الصرف نموذجا، مجلة الدراسات الفقهية والقانونية، المعهد العالي للقضاء، عمان، العدد19، سنة 2024، ص 83.

المطلب الأول: أساس التعويض

قد تنهض ظروف غير متوقعة أثناء تنفيذ العقد الإداري تؤدي إلى الزيادة في أعباء المتعامل المتعاقد وهذه الظروف لا علاقة للمصلحة المتعاقدة بها، ولم يكن في الوسع توقعها عند إبرام العقد وهذا ما يؤدي إلى قلب اقتصاديات الصفقة مما يعرف المتعامل المتعاقد إلى خسارة فادحة.[1]

ومنه تنشأ نظرية الظروف الطارئة التي تعترف بحق المتعاقد في المطالبة بالتعويض عن جزء من الخسائر التي لحقت به نتيجة هذه الظروف، وتقوم هذه النظرية على مبدأ حسن النية المشتركة بين طرفي العقد الإداري، حيث يُعتبر التعويض وسيلة لإعادة التوازن المالي للعقد دون المساس بالتزاماته الجوهرية، وذلك حفاظاً على استمرارية تنفيذ العقد وحماية المصلحة العامة[2].

إن الهدف من نظرية الظروف الطارئة هو تمكين المتعامل المتعاقد من الاستمرار في تنفيذ العقد على الرغم من حدوث الظروف الطارئة، ويكون ذلك عن طرق المعاونة التي تقدمها له المصلحة المتعاقدة للتخفيف من الصعوبات التي يواجهها بسبب هذه الظروف، فإنه من الطبيعي أن تترتب أثار قانونية على تطبيق هذه النظرية [3].

ولكن لم يتفق الفقهاء على أساس واحد يتم الرجوع اليه في تبرير منح المتعاقد تعويضا جزئيا استنادا الى نظرية الظروف الطارئة[4].

وقد طرحت بعض الأفكار لتبرير التزام المصلحة المتعاقدة بمشاركة المتعامل المتعاقد في تحمل جزء من الأضرار الناجمة عن الظروف الطارئة وقد ترتب على تطبيق هذه النظرية وفقا لما استقر عليه الفقه والقضاء بالإجماع إلزامها بهذه الإعانة للمتعامل المتعاقد [5]

---

[1] – إبراهيم خورشيد محمد المفرجي، مرجع سابق، ص 151.

[2] – أثر نظرية الظروف الطارئة على تنفيذ العقد الإداري – دراسة مقارنة، مجلة العلوم القانونية، 2023

[3]– جابري فاطمة، مرجع سابق، ص191.

[4]– محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص142.

[5] – إبراهيم خورشيد محمد المفرجي، مرجع سابق، ص 153.

ولقد اقترحت عدة أسس لتبرير التعويض الجزئي في التوازن المالي للعقد على أساس نظرية الظروف الطارئة منها:[1] فكرة النية المشتركة للعقد، فكرة التوازن المالي للعقد، الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية وصلتها بالمرافق العامة وسنقوم بشرح كل أساس بالتفصيل فيما يأتي:

الفرع الأول: فكرة النية المشتركة للعقد:

ذهب بعض الفقهاء إلى أن التعويض الذي يحكم به القاضي في حالة تطبيق نظرية الظروف الطارئة يستند إلى المصلحة المتعاقدة المشتركة لطرفي العقد الضمنية أثناء إبرام العقد، وتقوم فكرة النية المشتركة للمتعاقدين عندما يتعرض المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذ الصفقة إلى ظروف استثنائية أو إلى نية طرفي العقد ويحكم على أساس النية المشتركة في تحمل أطراف العقد عباء الخسارة الناتجة عن هذه الظروف الاستثنائية، وذهب جانب من فقه القانون الوضعي على تأييد هذه الفكرة.

بحيث يتم تعويض المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة بناء على الإرادة الضمنية لهما معا وذلك لتمكين المتعامل المتعاقد من تنفيذ العقد والأساس للنية المشتركة هو انصراف إرادة كل منها عند إبرام الصفقة إلى فكرة التوازن المالي للعقد والتي تعتبر أساس التعويض بشكل عام، وقد اتجاه القضاء الإداري في فرنسا إلى الأّخذ بالنية المشتركة بين المتعاقدين في أحكام مجلس الدولة الفرنسي، ويظهر ذلك في حكم عقد امتياز سكك الحديد عام 1938 حيث أصدر مجلس الدولة الفرنسي حكمه على النية المشتركة، وإن الظروف لم تتغير وإذا حدث وتغيرت تم اعتماد فكرة النية المشتركة وحكم بتعويض المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة.[2]

إلا أن هذا الأساس كان محل انتقاد بعض الفقهاء لاعتبار أن النية المشتركة للمتعاقدين أمر دقيق وصعب على القاضي، لأن ذلك يتطلب أن يعود الى تاريخ ابرام العقد، وممكن أن يكون العقد أبرم منذ فترة طويلة، بالإضافة الى ذلك ممكن النية المشتركة للمتعاقد والمصلحة المتعاقدة تكون انصرفت بالتالي

---

[1] _ لفراس أسامة، إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، مذكرة ماستر، تخصص دولة ومؤسسات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن زيان عاشور الجلفة، الجزائر، سنة 2014، ص49.

[2] – محسن ملك أفضلي أردكاني، ناصر حسين جبار الساعدي، الأسس التي تقوم عليها الظروف الطارئة وطبيعة التعويض عن أثارها في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، مجلة الجامعة العراقية، العدد 66، المجلد 03، ص 148.

نستبعد تطبيق النظرية صراحة أو ضمنيا، لكن يجب تطبيق نظرية الظروف الطارئة لأنها تعتبر من النظام العام[1].

الفرع الثاني: فكرة التوازن المالي للعقد:

يعتبر إجراء الموازنة بين مصلحة المتعامل المتعاقد و مصلحة المصلحة المتعاقدة من المسائل المهمة جدا إذ أن القاضي يوازن بين مصلحتين متعارضتين فمن صالح المصلحة المتعاقدة وجوب تنفيذ المتعامل المتعاقد لالتزاماته في وقتها المحدد وبالكيفية التي اتفق عليها الطرفان في بنود الصفقة، أما المصلحة المتعاقدة فتوجب عليها الأخذ بيد المتعامل المتعاقد ورفع الإرهاق الشديد عنه ويتحقق التوازن بين مصلحة المتعاقدين من خلال توزيع الخسارة بينهما ما يؤدي إلى تحقيق المساواة من أجل تحقيق التوازن بينهما فلا يحصل كل منهما إلى على ما يستحق .[2]

وتعتبر نظرية الظروف الطارئة من أهم الوسائل لحماية الأفراد المتعاملين ضد النتائج التي تترتب عن اختلال التوازن المالي للصفقة أثناء الإبرام ووقت التنفيذ نتيجة ظروف طارئة عامة واستثنائية أدت إلى إرهاق المتعامل المتعاقد.

فقد تطرأ ظروف غير محسوبة وطارئة تؤدي إلى الزيادة في أعباء المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذ الصفقة العمومية وهذه الظروف لا علاقة لها بأفعال المصلحة المتعاقدة تؤدي الى قلب اقتصاديات الصفقة مما يؤدي الى خسارة غير محتملة للمتعامل المتعاقد.

وقد أجاز القضاء الإداري في حالة حدوث مثل هذه الظروف الطلب من المصلحة المتعاقدة إعادة التوازن المالي للصفقة العمومية ومد يد العون للمتعامل المتعاقد ومساعدته في تحمل عبء الخسارة التي تعرض لها لكي يستمر التنفيذ حفاظا على سير المرفق العام وحماية للمصلحة العامة [3].

وليس للقاضي أن يعدل في شروط الصفقة بنفسه لإعادة التوازن المالي للعقد وكل ما يستطع فعله في هذا الشأن هو دعوة المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة للاتفاق فيما بينهما على توزيع

---

[1] _محمد شعبان الدرهوبي، مرجع سابق، ص142،143.

[2] – نصر رمضان سعد الله حربي، حدود سلطة القاضي في تعديل العقد في إطار نظرية الظروف الطارئة، دراسة مقارنة، مقارنة بين القانون المصري والفرنسي، مجلة الدراسات القانونية الاقتصادية، المجلد 10، العدد 03، سبتمبر 2024، ص 2225.

[3] – إبراهيم خورشيد محمد المفرجي، مرجع سابق، ص 151

الخسائر التي ترتبت على الظرف الطارئ أو إعادة النظر في بنود الصفقة وتغيرها للمتماشي مع الظرف الجديد.

لأنهما أصبحا بسبب هذا الظرف الطارئ في مركز جديد يخرج عن نطاق تطبيق بنود العقد، ومحاولة رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويتسم تعويض هنا بأنه وقتي أي أنه يرتبط بالظرف الطارئ فإذا حدث وأن توقف هذا الأخير زال معه التعويض، ولقد حرص مجلس الدولة الفرنسي على تعويض المتعاقد بنسبة 90% من جملة الخسائر التي ظهرت مع ظهور ظرف طارئ وقد تزيد أو تقل هذه النسبة وفقا لظروف كل حالة على حدة[1].

وهنا يظهر أثر نظرية الظروف الطارئة في تحقيق العدالة للمتعامل المتعاقد وهو الأساس الأهم الذي تعتمد عليه نظرية الظروف الطارئة لأن الصفقة وقت إبرامها انعقدت على مصالح والتزامات متوازنة بين طرفين لأن كل منهما يرتبط بهدف معين يسعى إلى تحقيق مصلحة بموجب الاتفاق لتحقيقها ولكن تغير الظروف أدى إلى اختلال التوازن بين المصالح وانعدام التعادل بينهما فأصبح كل من الطرفين بين خاسر ورابح.[2]

فالمشرع يسعى إلى تحقيق التوزان بين الواجبات والحقوق في الصفقة العمومية من الناحية الاقتصادية، وهو المفهوم الأصلي والصحيح وبالرجوع إلى المرسوم الرئاسي247/15 نجده لا يقصد فقط عدم اختلال التوازن بين الواجبات والحقوق من الناحية الاقتصادية ولكن عدم الخروج عن التوازن المالي للصفقة العمومية الذي كان عند الإبرام [3].

وهذا ما جعله يحرص على أن يتم التعديل بالموازنة بين مصلحة الطرفين

أما بالنسبة للفقه فيرى أن أساس التعويض في نظرية الظروف الطارئة يرجع الى فكرة التوازن المالي للعقد، كأساس للمطالبة بالحق في التعويض، غير أنه تم انتقاد هذه الفكرة على أساس أنها تؤدي

---

[1] – زينب سالم، مرجع سابق، ص 282.

[2]– اقصاصي عبد القادر، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ الإلتزام التعاقدي، المجلة الإفريقية لدراسات القانونية والسياسية جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، المجلد 02، العدد 02، السنة 2018، ص 132.

[3]– المادة 136 المرسوم الرئاسي 15-247: "يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة"

الى تعويض المتعامل المتعاقد تعويضا كاملا، وهذا على خلاف الأثار التي يمكن أن تترتب عن تطبيق نظرية الظروف الطارئة، حيث يكون التعويض جزئيا ومؤقتا[1].

وفي الأخير فإن الأساس وراء إقرار هذا المبدأ هو تحقيق العدالة بين المتعاملين المتعاقدين وإعادة التوازن المالي للصفقة، فالعقد وقت نشأته أبرم على مصالح مبرمة بين الطرفين فكل منهما يهدف إلى تحقيق مجموعة من المصالح ويرتبط بموجب الاتفاق على تحقيقها، غير أن تغير هذه الظروف يؤدي إلى اختلال تلك المصالح وانعدام التوازن بينها فيصبح طرفي العقد بين رابح وخاسر ولهذا فقد حرص المشرع على أن يتم التعديل بالموازنة بين مصلحة الأطراف.[2]

الفرع الثالث: الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية وصلتها بالمرافق الإدارية:

يرجع بعض الفقهاء أن أساس التعويض في نظرية الظروف الطارئة راجع إلى الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية وصلتها بالمرافق العامة، ونظرا لصلة العقد الإداري بالمرفق العام فالأصل أن المرافق العامة يجب أن تؤدي خدماتها باستمرار وعلى المصلحة المتعاقدة أن تعمل على تحقيق هذه القاعدة فان طرأت ظروف غير متوقعة وترتب عليها إرهاق المتعاقد فإنه على المصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى معاونته للتغلب على تلك الظروف حتى يستطيع أن يتمكن من الوفاء بالتزاماته، فالتعويض هنا يستند إلى ضروريات سير المرافق العامة[3].

ونستخلص مما سبق ومن خلال الدراسات التي قمنا بها اختلاف الفقهاء حول أساس التعويض في تطبيق نظرية الظروف الطارئة، لكن الأغلبية الساحقة اتفقت على ثلاث أسس التي قمنا بدراستها فكرة النية المشتركة للعقد، فكرة التوازن المالي والطبيعة الذاتية للعقود الإدارية وصلتها بالمرافق العامة.

---

[1] _عبد الحفيظ مانع، محمد هاملي،أثر نظرية الظروف الطارئة على تنفيذ العقد الإداري _دراسة مقارنة_، المجلد 07، العدد01، سنة2022، ص24.

[2] – أقصاصي عبد القدر، مرجع سابق، ص 132، 133.

[3] _عادل قرانة، مبدأ التسوية الودية للنزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15_247، المجلد 15، العدد02، سنة2021، ص604.

المطلب الثاني: نظام التعويض

إن التعويض المستحق اعمالا لنظرية الظروف الطارئة هو التعويض الجزئي وليس التعويض الكامل على النحو الوارد في نظرية فعل الأمير، والتعويض الجزئي هنا معناه ألا يتضمن أي أرباح فلا يشمل الا الخسارة التي لحقت المتعاقد مع الإدارة من جراء الظرف الطارئ[1].

بحيث يقتضي هذا التعويض مصلحة المرفق العام وضمان حسن سيره، ولذلك وجب على المصلحة المتعاقدة أن تتشارك مع المتعامل المتعاقد فيما لحقه من ضرر وتتحمل جزء من الأتعاب وذلك حفاظا على التوازن المالي للعقد الاداري.

ويقصد بذلك، أن التعويض الذي يحصل عليه المتعامل المتعاقد لا يكون كاملا بل يكون بالقدر الذي يسمح له بالاستمرار في التنفيذ، مع العلم أن هذا التعويض يكون مؤقتا ويرتبط بالظرف الطارئ وفقط وبالتالي ينتهي دور المصلحة المتعاقدة بإعانة المتعامل المتعاقد بزوال هذا الظرف الطارئ[2].

وعليه سنتناول في هذا الفرع أولا حق المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة في الحصول على تعويض جزئي، وثانيا القواعد العامة في تقدير التعويض وفقا لأحكام نظرية الظروف الطارئة.

الفرع الأول: حق المتعامل المتعاقد في الحصول على تعويض جزئي

تقع فكرة الظروف الطارئة في مركز الوسط بين الحالة العادية التي يستطيع فيها المتعامل المتعاقد بالقيام بالتزاماته مع المصلحة المتعاقدة وبين القوة القاهرة التي تجعله في مركز إعفاء من تنفيذه إلتزاماته

إن التعويض المترتب للمتعامل المتعاقد جراء الظروف الطارئة التي ألمت به يحسب على أساس الخسائر التي يتكبدها بين لحظة حصول الظرف الطارئ ولحظة توقفه، وبالتالي يكون التعويض في هاته الحالة مقتصرا على مدى مساهمة المصلحة المتعاقدة في الخسارة اللاحقة بالمتعامل المتعاقد[3].

والأصل أن يقوم طرفا العقد بتنفيذ التزاماتهما الناشئة عن هذه الصفقة طالما لم تطرأ أي ظروف أثناء التنفيذ أما إذا طرأت هذه الأخيرة وكانت غير متوقعة وخارجة عن إرادتهما أدت إلى إخلال التوازن المالي للصفقة، كان على طرفي العقد النص على كيفية توقيها، و في هذه الحالة ألزمت المصلحة

---

[1] _محمد شعبان الدهوبي، مرجع سابق، ص146.

_مصطفى عافري، محسن عابد، مرجع سابق، ص[2]64

[3] _مجدوب عبد الحليم، عوارض تنفيذ العقد الإداري–نظرية الظروف الطارئة أنموذجا، المجلد08 ، العدد02، سنة2022، ص1151.

المتعاقدة بإعادة هذا التوازن عن طريق مساعدة المتعامل وجبر الضرر اللاحق بالمتعامل المتعاقد وذلك لضمان استمرارية المرفق العام بانتظام واطراد.[1]

الفرع الثاني: القواعد العامة في تقدير التعويض وفقا لأحكام نظرية الظروف الطارئة

نتيجة لالتزام المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة بمواصلة تنفيذ العقد الإداري، بالرغم من وجود الظرف الطارئ، فان على المصلحة المتعاقدة هي الأخرى أن تلتزم تجاهه بتحمل جزء من الخسارة التي تعرض لها المتعاقد بسبب ذلك الظرف الطارئ[2].

إن عملية تقدير التعويض واحتسابه، عملية صعبة، لذلك يلجأ القضاء عند الحكم بالتعويض إلى مجموعة من القواعد ويمكن حصر هذه القواعد في العوامل التالية:[3]

أولا – تحديد بداية الظروف الطارئة

إن التزام المصلحة المتعاقدة بمساعدة المتعاقد معها لتجاوز نتائج الظرف الطارئ يشمل فقط الفترة التي اختل فيها التوازن المالي للعقد الإداري نتيجة هذا الظرف، وبالتالي فهو التزام مؤقت وليس دائم، ويطلق على هذه الفترة تسمية الفترة غير التعاقدية.[4]

ويعتبر تحديد تاريخ بداية الظرف الطارئ وانتهائه من الأمور المهمة جدا، فهاته الفترة فقط هي التي يجوز فيها للمتعامل المتعاقد مع جهة المصلحة المتعاقدة المطالبة بالتعويض عنها استنادا إلى نظرية الظروف الطارئة، إذ أنه من غير الممكن أن يستفيد المتعاقد من التعويض عن الفترات التي سبقت وقوع الظرف الطارئ ولا عن الفترات اللاحقة على زواله، فاستحقاق التعويض وفقا للنظرية يدور وجودا وعدما مع الظرف الطارئ[5].

---

[1] – بـن عبـد المالـك بوفلجـة، النظـام القـانوني للتعـويض فـي العقـود الإداريـة قـرأة فـي تنظـيم الصـفقات العموميـة وتفويضات المرفق العام 15-247، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 17، سنة 2017، ص 122، 123.

[2] _جابري فاطمة، مرجع سابق، ص195.

[3] _محمد شعبان الدهوبي، مرجع سابق، ص149.

[4] _عبد الحفيظ مانع، محمد هاملي، مرجع سابق، ص25.

[5] _مجدوب عبد الحليم، مرجع سابق، ص1152.

ثانيا – تحديد الخسارة التي لحقت بالمتعاقد في الظروف الطارئة:

إن المقصود بالخسارة الفعلية تلك الأعباء التي تحملها المتعاقد الذي أرهقه التنفيذ نتيجة الظروف الطارئة التي أدت الى الاخلال بالتوازن المالي للعقد إخلالا خطيرا، وتحديد الخسائر الفعلية بمقتضى النتائج الفعلية لاستغلال المشرع، ومن ثم يستبعد عند التقدير تلك الأرباح التي حققها المتعامل المتعاقد قبل الظروف الطارئة والأرباح المحتمل تحقيقها في المستقبل، والخسائر التي تكون قد تكبدها المتعامل المتعاقد قبل تحقيق الظروف الطارئة لأنها من قبيل المخاطر العادية[1].

ثالثا: توزيع عبء الخسارة بين المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة:

توزيع عبء الخسارة بين المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة أو ما يعرف بمساهمة الادارة بتحمل الخسائر، هو مبدأ يبرز حق المتعامل المتعاقد في التعويض مع المصلحة المتعاقدة ولكن هذا التعويض لا يكون على ما فاته من كسب وانما على الخسائر التي لحقت به، وليس عن كل الخسائر بل على البعض منها وفقط[2]، وهذا هو أهم ما يميز نظرية الظروف الطارئة عن نظريتي فعل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة.

فالمتعامل المتعاقد لا يحصل على كامل التعويض عن الخسائر التي لحقته من جراء الظرف الطارئ، وإنما يجب عليه المساهمة إلى جانب المصلحة المتعاقدة في تحمل هذه الخسائر، غير أنه لا توجد قواعد محددة في توزيع الخسائر المترتبة على الظرف الطارئ بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد معها[3].

بحيث يكون للمتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقد الحق في التعويض ولكن هذا التعويض يكون فقط جزئيا تدفعه المصلحة المتعاقدة والواقع أن مجلس الدولة الفرنسي يضع الجزء الأكبر من الخسارة على ذمة المصلحة المتعاقدة وليس على ذمة المتعامل المتعاقد معها.[4]

---

[1] – لفراس أسامة، مرجع سابق، ص53 وص54.

[2]_سامية قلوشة، مرجع سابق، ص293

[3]– عبد الحفيظ مانع، محمد هاملي، أثر نظرية الظروف الطارئة على تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، مجلة الدراسة والبحوث القانونية، المجلد 07، العدد 01، 2022، ص27.

[4] – سامية قلوشة، نظرية الظروف الطارئة ومجلة الفكر القانوني والسياسي، مجلد07، العدد 01، سنة 2023، ص 293.

ولذلك وجدت عدت نصوص في بنود الصفقة العمومية متعلقة بشروط تحين ومراجعة الأسعار بهذه الطريقة يكون المتعامل المتعاقد في أمان من التقلبات المحتملة في أسعار المواد التي تدخل في تنفيذ موضوع الصفقة العمومية، ولذلك فإنه يمكن منح التعويض عن أثار الظرف الطارئ للمتعامل المتعاقد في حالة عدم عودة التوازن المالي للصفقة العمومية بالرغم من تطبيق الشروط المتعلقة بمراجعة الأسعار وهو المبدأ الذي أقره مجلس الدولة الفرنسي بمفهوم المخالفة في قضية Dragages et travaux Publics société [1] .

رابعا: وجوب استمرارية المتعامل المتعاقد في تنفيذ العقد

تعتبر هذه النظرية من النظريات التي ظهرت في القانون الإداري مستندة الى مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واطراد، ولهذا وجب على المتعامل المتعاقد أن يلتزم بالاستمرار في تنفيذ العقد الذي عقده مع المصلحة المتعاقدة، إذا أراد الحصول على ما ينتج عن نظرية الظروف الطارئة من أثار[2].

ويعتبر هذا الشرط من أهم الشروط اللازمة لتنفيذ نظرية الظروف الطارئة، وذلك لضمان استمرارية المرفق العام بكل انتظام وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي من خلال قضية غاز بوردو، ولذلك من أهم التزامات المتعامل المتعاقد هو الاستمرارية في تنفيذ الصفقة بالرغم من وجود الظرف الطارئ ولذلك فهو حلقة الوصل بين الحالة العادية التي يكون فيها المتعامل المتعاقد قادرا على تنفيذ العقد وبين ما يواجهه من ظروف قاهرة.

ومنه في حالة توقف المتعاقد المتعامل عن تنفيذه للصفقة وعدم الوفاء بالتزاماته سقط حقه في المطالبة بالتعويض، كما يحق للمصلحة المتعاقدة فرض الجزاءات بكافة أنواعها إذ لم يتمم الالتزامات التي على عاتقه، ولذلك يصبح من الممكن الحصول على التعويض بين كل من المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة في حال تم بينهما اتفاق ودي فتقوم المصلحة المتعاقدة بإعادة النظر في شروط العقد وإعادة توازنه المالي له.[3]

---

[1] – عبد الحفيظ مانع، محمد هاملي، مرجع سابق ص 27.

[2] – سامية قلوشة، مرجع سابق، ص293

[3] – مصعب إياد إبراهيم الكروي، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على العقد الإداري، دراسة مقارنة ما بين القانون الأردني والعرقي والمصري، مذكرة لنيل شهادة الماجستر في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، سنة 2021، ص 94، 95.

ولهذا يتعين على المتعامل المتعاقد الذي يريد الاستفادة من التعويض على نظرية الظروف الطارئة أن يواصل تنفيذ التزاماته رغم الظرف الواقع ما دام هذا التنفيذ ممكنا، ولم يصبح مستحيلا لأنه اذا كان تنفيذه ممكنا وتقاعس المتعامل في ذلك فقد حقه في المطالبة بالتعويض.[1]

نستخلص مما سبق أنه يترتب على قيام نظرية الظروف الطارئة، أن المتعامل المتعاقد يبقى ملزما بالاستمرار في تنفيذ العقد، مع تعويضه بالقدر الذي يمكنه من الاستمرار في تنفيذ العقد، يجب تشاركه المصلحة المتعاقدة في تحمل ما لحقه من خسارة، أي أن التعويض هنا يكون جزئيا. [2]

الفرع الثالث: فترة سريان الظرف الطارئ

من المسلم به أن نظرية الظروف الطارئة تعالج أحداث طارئة تحدث أثناء تنفيذ الصفقة ولم تكن متوقعة، ويصعب تحديد المدة التي يمكن أن يظل هذا الظرف الطارئ قائما، فقد ينتهي اهذا الظرف خلال مدة قصيرة وقد يمتد الى مابعد انتهاء مدة العقد .

ومن المعروف ايضا أنه خلال مدة بقاء الظرف الطارئ تلزم المصلحة المتعاقدة بالتعويض للمتعامل المتعاقد عن الاضرار التي يحدثها هذا الأخير يالطريقة التي يتم الاتفاق عليها بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد، أما اذا استغرق الظرف الطارئ كامل مدة العقد أو باقي المدة المحددة له فان المتعاقد يمكن تعويضه عن ذلك الى حين تسليم الأعمال ،وتنتهي حالة الظرف الطارئ اذا ثبت استحالة عودة التوازن المالي للصفقة وأن أثرها سوف يستمر ويدوم ولا أمل في انتهائها عندها تلجأ المصلحة المتعاقدة الى الفسخ.[3]

ولذلك لتجاوز نتائج الظرف الطارئ تلتزم المصلحة المتعاقدة بتقديم يد العون للمتعامل المتعاقد معها وذلك في مدة زمنية محددة وهي الفترة التي حدث فيها الاختلال في توازن الصفقة نتيجة ظروف الواقعة وبالتالي فهو التزام مؤقت وليس دائم ويعتبر تحديد تاريخ بداية فترة الظرف الطارئ من أهم الأشياء البالغة الأهمية لأن حسب هذه الخسائر يبدأ من تاريخ هذا الظرف وليس تاريخ المطالبة بالتعويض، فإذا

---

[1]_ مصباح عمر التائب، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ العقد الإداري، مجلة الحق، العدد 08، سنة 2020، ص160

[2] – أحمد فنيدس، منازعات الصفقات العمومية، مطبوعة بيداغوجية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قالمة، 2025، ص35.

[3] _حسان عبد السميع هاشم أبو العلا،نظرية الظروف الطارئة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ص99، المنصورة سنة 2013.

استمر لفترة طولية ولم يكن هناكّ أي أمل في زوال فإنه لا يجوز في مثل هذه الحالة تطبيقه نظرية الظروف الطارئة وإنما يجب على المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة **أن** يحاولوا التوصل**إلى** حل ودي يتم الاتفاق عليه لتجاوز هذه المحنة، فإذا فشلوا في ذلك ذهبوا إلى فسخ العقد بطريقة الترضي.

ولحساب الخسارة اللاحقة بالمتعاقد نتيجة هذه الظروف ذهب قضاء مجلس الدولة الفرنسي إلى الأخذ بعين الاعتبار مجموعة من القواعد عند تقديره لهذه الخسارة تتمثل في أنه لا يمكن أن يدخل في حساب هذه الخسارة التي لحقت بالمتعامل المتعاقد جراء هذه الظروف الطارئة الأرباح التي كانت من الممكن أن تعود عليه لو أنه نفذ العقد في ظل ظروف عادية.

كما لا يمكن دمج الأرباح التي جناها المتعامل المتعاقد قبل حصول الظرف الطارئ عند حساب الخسارة التي لحقت به وكذلك لا يمكن للمتعامل المتعاقد أن يطالب بالتعويض عن الخسائر التي لحقت به قبل بداية الظروف الطارئة[1] .

[1] – عبد الحفيظ مانع، محمد هاملي، مرجع سابق، ص 26.

خاتمة الفصل الثاني:

ان مسؤولية المصلحة المتعاقدة بدون خطا تعطي وتمنح المتعامل المتعاقد الحق في التعويض الكلي بما يتناسب مع الضرر اللاحق به، وهو ما تجسده نظرية فعل الأمير من خلال قيام المصلحة المتعاقدة بتعديل في بنود الصفقة ما يزيد من التزامات المتعامل المتعاقد، وهو ما يترتب عليه الحق في التعويض الكلي.

أما نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة فهي الصعوبات التي تصادف المتعامل المتعاقد أثناء تنفيذه للصفقة ولم يكن بالإمكان توقعها عند التعاقد فجعلت تنفيذه مرهقا وهنا كان من حق المتعامل المتعاقد طلب تعويض عن كل الأضرار التي لحقت به.

أما التعويض الجزئي فيكون نتاجا للظروف الطارئة والغير مألوفة والغير طبيعية والتي لم تكن متوقعة اثناء إبرام العقد فقلبت اقتصادياته وتكون هذه الظروف وإن لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلا فإنها تجعله أكثر إرهاقا ما يترتب عليه حق المتعامل المتعاقد في التعويض ويفرض على المصلحة المتعاقدة أن تعيد إلى العقد توازنه المالي وتجبر الضرر الذي لحق بالمتعامل المتعاقد.

الخاتمة

الخاتمة:

تتمتع المصلحة المتعاقدة بجملة من الامتيازات لمواجهة كل إخلال محتمل من طرق المتعامل المتعاقد معها بالتزاماته التعاقدية أو لمواجهة متطلبات المرفق العام، هذه السلطات لا مقابل لها في القانون الخاص، ومناط هذه السلطات مقتضيات سير المرافق العامة وتحقيق الصالح العام، وضمان الاستغلال الناجع لمالية الدولة.

غير أنه إذا كانت الصفقة العمومية تعطي امتيازات لجهة المصلحة المتعاقدة تفوق ما يتمتع به المتعامل المتعاقد معها وذلك باعتبارها تمثل السلطة العامة وترعى المصلحة العامة كطرف في الصفقة، فإنه في المقابل تعطي حقوقا للمتعامل المتعاقد معها، يمكن حصر ها في؛ حقه في الحصول على المقابل المالي، حقه في التعويض، حقه في ضمان التوازن المالي للعقد.

يعتبر المقابل المالي للصفقة أهم الحقوق التي يتمتع بها المتعامل المتعاقد، لأنه يهدف من وراء تعاقده إلى تحقيق عائد مالي، كما أن هناك حالات معينة يستحق فيها المتعامل المتعاقد بعض التعويضات من جهة المصلحة المتعاقدة، وذلك في حالة عدم تنفيذ المصلحة المتعاقدة الالتزامات الواقعة على عاتقها طبقا لشروط العقد، أو نتيجة ارتكابها أخطاء أو تقصيرها في تنفيذ التزاماتها، وفي حالة الأعمال الإضافية الضرورية أو المفيدة .

كما يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تساهم في تحمل ما لحق المتعامل المتعاقد من خسائر، وتعيد التوازن المالي للصفقة العمومية إذا حدثت ظروف خارجة عن إرادته وأدت إلى زيادة أعبائه المالية بشكل كبير، يجعل تنفيذ العقد مرهق للمتعامل المتعاقد ولكنه غير مستحيل.

إن اختلال التوازن المالي للصفقة العمومية يكون إما نتيجة ممارسة المصلحة المتعاقدة لسلطة تعديل بنود الصفقة العمومية، أي فعل الأمير، أين يترتب على ذلك أعباء إضافية تتطلب تعويضا من المصلحة المتعاقدة، لأن المتعامل المتعاقد يعلم أن كل التزام يقابله حق، أو نتيجة ظروف استثنائية خارجة عن إرادة طرفي العقد وتلحق ضرر بالمتعامل المتعاقد يجعل تنفيذ العقد مرهق مما يتطلب تضامن المصلحة المتعاقدة معه وتعوضه بشرط أن يستمر في التنفيذ وهذا تكريسا لمبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد.

يترتب على اختلال التوازن المالي للعقد تعويض كلي عن الأعباء الإضافية في حالة فعل الأمير وفي حالة الصعوبات المادية غير المتوقعة، وتعويض جزئي بقدر ما يسمح بإتمام الصفقة في حالة الظروف الطارئة.

وتوصلنا إلى أن قواعد إرساء الصفقة وتوازنها غير كفيلة نوعا ما بتحقيق التوازن المالي الذي يساهم في ضمان استقرار العمليات وحماية حقوق المتعاملين، ويجب على الإدارة والمستثمرين الاهتمام بالتوازن المالي وتجنب الاخلال به ، مع مراعاة الاليات المتاحة لإعادة التوازن المالي وعدم الاخلال به.

ونختم هذا البحث بما تم التوصل إليه من نتائج وتوصيات

النتائج:

1- يتميز التعويض الذي يخص المتعاقد مع الإدارة وفقا لنظرية فعل الأمير أنه يشمل كل ما لحق بالمتعاقد وما فاته من كسب وهذا فيه ضرر لخزينة الدولة.

2- تستنتج أنه لتطبيق نظرية الظروف الطارئة يشترط أن يحدث ظرف طارئ يكون من شأنه احداث اختلال مالي في العقد لمصلحة الإدارة حتى يحق للمتعاقد أن يتمسك بنظرية الظروف الطارئة ويشترط أن تكون هناك خسارة وليس نقص في الأرباح، وأن الظرف الطارئ الذي يؤدي الى قلب اقتصاديات العقد أن يكون غير متوقع عند ابرام العقد ويكون التعويض جزئيا.

3- نستنتج أنه إذا حدث أثناء العقد صعوبات مادية لم يتوقعها طرفا العقد أثناء التعاقد وجعلت هذه الصعوبات تنفيذ العقد أشد ثقلا على المتعاقد من جهة الإدارة، فانه من حق المتعاقد اللجوء الى القضاء للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقته ويكون التعويض كاملا.

4_تعتبر هذه النظريات قضائية وهي غير مشار اليها في القانون المدني أي عدم وجود أساس قانوني واضح لهذه النظريات.

5_الاجتهاد القضائي الذي يعتمد عليه غير منظم .

التوصيات :

1- يتعين على الإدارة اعمال دورها في تنفيذ العقد والتمسك بنصوص خاصة وعدم الخروج عن أساسها، لضبط حصيلة الأخطاء مع المتعاقد معها وبالتالي استمرارية المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة.

2- التأكد قبل ابرام العقد من الظروف التي ممكن أن تطرأ عليها وذلك لتفاديها ومعرفة الظرف الطارئ الذي من الممكن أن يقع عليها، بالإضافة للتحقق من شرط تطبيقها لنظرية الظروف الطارئة وذلك باعتبار أن المتضرر الأساسي هو المصلحة العامة للأشخاص وأن الغاية الأساسية للعقود الإدارية هي تحقيقها المصلحة العامة لضمان سير المرفق العام بانتظام .

3_وجوب اجراء دراسات لمواقع الأشغال قبل عقد ابرام الصفقة وذلك لعدم وجود صعوبات أثناء تنفيذ الصفقة.

4_ادراج الاجتهادات القضائية في النصوص القانونية وتنظيمها لتسهيل استخدامها ولتكون ذات فائدة أكثر.

5_وضع أساس قانوني واضح يعتمد عليه لتغطية النقص في القانون المدني،في قضايا الصفقات العمومية .

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولا: قائمة المصادر

i.القوانين

1. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، عدد78، الصادر في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.

2. القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21، الصادرة بتاريخ 23-أفريل-2008، المعدل والمتمم .

3. القانون 23-12، المؤرخ في 2023/08/05 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 51، في 2023/08/06،المعدل والمتمم.

ii.المراسيم

1. المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 الجريدة الرسمية، العدد50، الصادرة بتاريخ 2015/09/20،المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام .

2. المرسوم التنفيذي 21-219المؤرخ في 08 شوال 1442 الموافق ل 20مايو 2021، الجريدة الرسمية، العدد 50 مؤرخة في 24 يونيو 2021،يتضمن الموافقة على دفتر البنود الادارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

ثانيا: قائمة المراجع

i.المؤلفات

أ- المؤلفات باللغة العربية

1. محمد شعبان الدرهوبي، حق المتعاقد في التعويض في العقد الإداري، كلية الدراسات العليا للعلوم الأمنة، دار الجامعة الجديدة، لإسكندرية، في 2017.

2. إبراهيم خو الرشيد، محمد المفرجي، مسؤولية الإدارة عن أعمالها التعاقدية في القانون، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، عبد الخالق ثروت، القاهرة، 2018.

3. بشير علي خلف جاسر العبيدي، مسؤولية الإدارة عن أعمالها المشروعة، دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، شارع عبد الخالق ثروت، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة 2018.

4. زينب سالم، الرقابة القضائية على العقد الإداري في مرحلة التنفيذ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2016.

5. عبد الغاني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، دراسة مقارنة للأسس ومبادئ القانون الإداري، منشاة المعارف الإسكندرية، سنة 1991 .

6. عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر دراسة تشريعية وقضائية وفقهية، دار جسور للنشر والتوزيع، المحمدية–الجزائر، سنة 2007.

7. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، طبقا للمرسوم الرئاسي 15–247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015

8. عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002.

9. يوسف سعد الله الخوري، القانون الإداري العام، الجزء الأول، تنظيم إداري أعمال وعقود إدارية، الطبعة 02، سنة 1998.

10. عاهد محمود جاسم كرغولي، مسؤولية المتعاقد في حالة التنفيذ المعيب للعقد أمام الإدارة، الطبعة الأولى، هاتريك للنشر والتوزيع، سنة 2023.

ب– المؤلفات باللغة الأجنبية

1. Brahim boulifa, marchés publics, manuel méthodologique, Berti édition, deuxième édition, Alger, 2016.

2. Christophe lajoye, Droit des marchés publics, enannexele code marchés public, la faculté de droit de CAEN galino éditeur, EJA, Paris, 2005, Berti éditions, Alger, 2007.

3. Marie christine rouault l'essentiel de droit administratif général 14 éditions gualino, Paris , France, 2017 .

4. Rachid zoaima et Marie Christine rouault, Droit administratif, BERTI édition, ALGER. 2009.

ii.المقالات

1. . كريكو فريال، مبدأ توازن العقد الإداري في ظل التشريع الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة

2. . مجدوب عبد الحليم، عوارض تنفيذ العقد الإداري–نظرية الظروف الطارئة أنموذجا، المجلد08،

3. .قويدر منقور، مولود محمودي، في التوازن المالي كأثر لنظرة فعل الأمير في التعديل الانفرادي للعقد الإداري، دراسة مقارنة، مجلة الدراسات القانونية المقارنة معهد العلوم القانونية والإدارية المركز الجامعي أحمد زبان ولاية غليزان، المجلد 06، العدد، 02، سنة 2020.

4. همدان طاهر محمد علي، فكرة التوزان المالي للعقد الإداري في القانون اليمني والقانون المقارن،

5. حسان عبد السميع هاشم أبو العلا،نظرية الظروف الطارئة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ص99، المنصورة سنة 2013.

6. بن عبد المالك بوفلجة، النظام القانوني للتعويض في العقود الإدارية قرأة في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام 15–247، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 17، سنة 2017.

7. عيساني جمال، لعروسي أحمد، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في عقود الأشغال العامة في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 07، العدد01، سنة 2022

الإخوة منتوري، قسنطينة1، المجلد23، العدد01، سنة 2023.

8. اقصاصي عبد القادر، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ الالتزام التعاقدي، المجلة الإفريقية لدراسات القانونية والسياسية جامعة أحمد دراية، أدرار، الجزائر، المجلد 02، العدد 02، السنة 2018.

9. جابري فاطمة، حق المتعاقد مع الإدارة في ضمان الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري، جامعة طاهري محمد، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد11، بشار، سنة 2018.

10. زمال صالح مبادئ تفويض المرفق العام في التشريع الجزائري قراءة في احكام نص المادة 209 من المرسوم الرئاسي 15-247 العدد 32 حوليات جامعة الجزائر 1 سنة 2018.

11. سحر جبار يعقوب، فسخ العقد الإداري لاستحالة التنفيذ بسبب الظروف الطارئة، مجلة دراسات الطوفة، العدد 07، كلية القانون، جامعة الكوفة، العراق، 2008.

12. عادل قرانة، مبدأ التسوية الودية للنزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية في ظل المرسوم الرئاسي 15_247، المجلد 15، العدد02، سنة2021.

13. عبد الحفيظ مانع، محمد هاملي، أثر نظرية الظروف الطارئة على تنفيذ العقد الإداري _دراسة مقارنة_، المجلد 07، العدد01، سنة2022.

14. عبد المطلب عبد الرزاق الهاشمي، القدرة القانونية للإدارة في تعديل العقد، مجلة العقود، مجلد 09، العدد 16، كلية الحقوق، جامعة نهرين، العراق، 2006،

15. عبد الوهاب محمد الانهاء الانفرادي للصفقة العمومية لدواعي المصلحة العامة في ظل احكام المرسوم الرئاسي 15_247 مجلة العلوم القانونية والاجتماعية جامعة زيان عاشور الجلفة العدد09، العدد02، سنة2022.

16. علاء الدين محمد سيد أبو عقيل، الأساس القانوني لإعادة التوازن المالي للعقد الإداري وتحرير سعر الصرف نموذجا، مجلة الدراسات الفقهية والقانونية، المعهد العالي للقضاء، عمان، العدد19، سنة 2024.

17. على تعبان عباس، إعادة التوازن المالي في العقد الإداري، مجلة المعهد الإداري، مجلة علمية محكمة مفتوحة المصدر (ISSn.2518.5519)، سنة، 2024.

18. مجلة الباحث العربي، كلية الحقوق، جامعة تعز، مجلد 03، العدد 01، سنة 2022.

iii.الأطروحات والمذكرات

أ- أطروحات الدكتوراه

1. مروك أحمد، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، بن يوسف بن خدة، سنة 2015.

2. هاشمي فوزية، آثار تنفيذ الصفقات العمومية على الطرفين المتعاقدين –دراسة مقارنة– أطروحة دكتوراة في العلوم القانونية، جامعة الجلالي اليابس، كلية الحقوق، سيدي بلعباس، 2018.

ب- مذكرات الماجستير

1. بوشكيو عثمان، التوازن المالي للصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، المركز الجامعي سوق أهراس، سنة2005.

2. مصعب إياد إبراهيم الكروي، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على العقد الإداري، دراسة مقارنة ما بين القانون الأردني والعرقي والمصري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، سنة 2021.

ت- مذكرات الماستر

1. بوداود أحلام، حماية الاختلالات المالية للعقد الإداري، مذكرة نهائية لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعوم السياسية، قسم القانون، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، 2024.

2. دافي عبد الحكيم، منصور كمال الدين، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة تموشنت، بلحاج بوشعيب، سنة 2023.

3. لفراس أسامة، إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، مذكرة ماستر، تخصص دولة ومؤسسات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بن زيان عاشور الجلفة، الجزائر، سنة 2014.

4. هزة أحمد، زغدودي أنيس، الحقوق المالية للمتعامل المتعاقد في الصفقات العمومية كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، سنة 2018.

iii. المحاضرات

1. أحمد فنيدس، منازعات الصفقات العمومية، مطبوعة بيداغوجية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قالمة، 2025.

iv. القرارات القضائية

1. المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، القرار رقم 99694، المؤرخ في 10 أكتوبر 1993، المجلة القضائية، العدد الأول، 1994.

2. مجلس الدولة الغرفة الأولى، القرار رقم 10102 الصادر بتاريخ 10 جانفي 2002، بوداود احلام حماية الاختلالات المالية للعقد الاداري مذكرة نهائية لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، 2023-2024.

3. مجلس الدولة، الغرفة الأولى، القرار رقم 064983 المؤرخ في 12 جانفي، 2012، مجلة مجلس الدولة، العدد 12، 2014.

4. المحكمة الإدارية بقالمة، الغرفة رقم 02، القرار رقم 21-00812 المؤرخ في 15 فيفري 2022.

v. المواقع الإلكترونية

1. مازن دحام العاني، الأساس القانوني للتعويض في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، المرجع الالكتروني للمعلوماتية، http://mail.almerja.com

فهرس المحتويات

العنوان	الصفحة
شكر وتقدير	-
إهداء	-
مقدمة	01
الفصل الأول: أسباب اختلال التوازن المالي للصفقة العمومية	07
المبحث الأول: اختلال التوازن المالي بسبب فعل المصلحة المتعاقدة	08
المطلب الأول: مفهوم نظرية فعل الأمير	09
الفرع الأول: تعريف فعل الأمير	10
الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية عمل الأمير	13
المطلب الثاني: الصور التي يتخذها فعل الأمير ونطاق تطبيقها	16
الفرع الأول: عمل الأمير في صورة إجراء خاص	17
الفرع الثاني: عمل الأمير في صورة إجراء عام	1

	8
المبحث الثاني: اختلال التوازن المالي للصفقة العمومية خارج إرادة المصلحة المتعاقدة	19
المطلب الأول: نظرية الظروف الطارئة:	20
الفرع الأول:مفهوم نظرية الظروف الطارئة	21
الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة:	25
المطلب الثاني: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:	26
الفرع الأول: التعريف بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:	28
الفرع الثاني: شروط نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة	30
الفصل الثاني: الجزاء المترتب عن اختلال التوازن المالي للصفقة العمومية	31
المبحث الأول: التعويض الكامل كأداة لإعادة التوازن المالي للصفقة العمومية	32
المطلب الأول: التعويض الكلي كأثر لنظرية عمل الأمير	33

الفرع الأول: أساس التعويض	34
الفرع الثاني: نظام التعويض	41
المطلب الثاني: التعويض الكلي كأثر لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:	44
الفرع الأول: أساس التعويض	44
الفرع الثاني: نظام التعويض:	46
المبحث الثاني: التعويض الجزئي كأثر لنظرية الظروف الطارئة	48
المطلب الأول: أساس التعويض	49
الفرع الأول: فكرة النية المشتركة للعقد:	50
الفرع الثاني: فكرة التوازن المالي للعقد:	51
الفرع الثالث: الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية وصلتها بالمرافق الإدارية:	54
المطلب الثاني: نظام التعويض	54

الفرع الأول: حق المتعامل المتعاقد في الحصول على تعويض جزئي	55
الفرع الثالث: فترة سريان الظرف الطارئ	55
الخاتمة	61
قائمة المصادر والمراجع	65
فهرس المحتويات	71

ملخص

الملخص:

ان أسباب اختلال التوازن المالي للعقد قد تكون ناتجة عن تدخل المصلحة المتعاقدة بإجراءات مباشرة وغير مباشرة تؤثر على التزامات المتعاقد، أو بسبب ظروف استثنائية خارجية عن إرادة طرفي الصفقة مثل الظروف الطارئة أو الصعوبات المادية غير المتوقعة، هذا يؤدي الى ارهاق المتعاقد ماليا وجعله عاجزا عن تنفيذ العقد.

في هذه الحالات يلتزم المصلحة المتعاقدة بإعادة التوازن المالي للصفقة، وذلك بجبر الضرر الذي لحق بالمتعامل المتعاقد، بتعويضه عن كامل الضرر في حالة فعل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة، وجزئي في حالة الظروف الطارئة.

Abstract :

The reasons for the financial imbalance of the contract may result from the contracting authority's intervention through direct or indirect measures that affect the contracting party's obligations, or from exceptional circumstances beyond the control of both parties to the transaction, such as emergency circumstances or unforeseen financial difficulties. This leads to financial burdens on the contracting party and renders them unable to implement the contract.

In these cases, the contracting authority is obligated to restore the financial balance of the contract by compensating the contracting party for the full amount of the damage in the event of the principal's actions or unforeseen financial difficulties, and partially in the event of emergency circumstances.