جامعـــــة الجزائـــر 1

كلية الحقوق

سلطة القاضي الإداري في مراقبة التوازن العقدي

في ظل قانون الصفقات العمومية

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم

تخصص القانون العام

إعداد الطـالب: سليـم قديـان

إشراف الأستاذ الدكتور: عجـة الجيـلالي

لجنة المناقشة

الأستاذ الدكتور حميداتو محمد	جامعة الجزائر 1	رئيســـا
الأستاذ الدكتور عجة الجيلالي	جامعة الجزائر 1	مقـــررا
الدكتور دخينيسة أحمد	جامعة الجزائر 1	عضـــوا
الدكتور عليان لخضر	جامعة الجزائر 1	عضـــوا
الدكتورة قدوج حمامة	جامعة بومرداس	عضـــوا
الدكتورة جليل مونية	جامعة بومرداس	عضـــوا

السنة الدراسية 2022/2021

شكـــر وعرفان

اللهم لك الحمد حمدا كثيرا مباركا فيه كما ينبغي لجلال وجهك وعظيم سلطانك

لا نحصي ثناء عليك أنت كما أثنيت على نفسك.

أتقدم بأسمى عبارات الشكر والتقدير وبكل معاني التقدير والامتنان

*إلى **الأستاذ الدكتور الفاضل الجيلالي عجة***

الذي أشرف على هذا العمل ولم يبخل علي بالتوجيه وتسديد الخطى لأجل أن

يرى هذا العمل النور

*كما أتقدم بالشكر والعرفان إلى **الأستاذ الدكتور** **Pierre BOURDON***

على ما بذله من جهد ووقت وملاحظات وتوجيهات أنارت أمامي سبيل البحث

الإهــداء

إلى اللذان أنارا لي درب الحياة وعلماني مبادئها وقيمها أمي وأبي

إلى التي أشعلت لي شموع الأمل لكي أواصل على درب العلم زوجتي رفيقة الكفاح

إلى قرة عيني أولادي

إلى اخوتي وأخواتي الأعزاء

إلى كل من مد لي يد العون في هذا البحث

إلى كل طالب علم سعى واجتهد في طلبه

أهدي هذا الجهد المتواضع.

قائمة لأهم المختصرات

أولا: باللغة العربية

ج.ر.ج. ---------- الجريدة الرسمية الجزائرية

ص. ---------- الصفحة

ط ---------- الطبعة

ج ---------- الجزء

د.ط ---------- دون طبعة

د.د.ن ---------- دون ذكر دار نشر

د.س.ن ---------- دون ذكر سنة النشر

د.ب.ن ---------- دون ذكر بلد النشر

د.م.ج ---------- ديوان المطبوعات الجامعية

ق ا م ا ---------- قانون الإجراءات المنية والإدارية

م د ف ---------- مجلس الدولة الفرنسي

ثانيا: باللغة الفرنسية:

La liste des abréviations:

L.G.D.J---------- Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
G.A.J.A ---------- Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative.
Rec. ---------- Recueil Lebon (Recueil Des Arrêts du Conseil D'état Français.
Rec. Lachaume ---------- Les Grands Décisions de la Jurisprudence Administrative.
RS. ---------- Recueil Sirey.
ART ---------- Article
TC ---------- (Arrêt du) Tribunal Des Conflits.
CÉ ---------- (Arrêt du) Conseil D'état.
Op.cit. ---------- (Ouvrage précédemment cité)
Ed. ---------- (édition)
R.D.P ---------- (Revue du Droit public.)
R.I.D.C ---------- (Revue International du Droit Comparé)
A.J.S.P ---------- (La Revue des juristes de sciences po)
O.P.E ---------- (Office des publications universitaires.)
P.U.F ---------- (Presses Universitaires de France.)
R.F.D.A ---------- (Revue Française de Droit Administratif)
OHADA ----- (Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires.)
CCAG ---------- (Cahier de clauses administratives générales)

مقدمة.

تقوم الإدارة بممارسة نشاطها عن طريق أعمال مادية وأعمال قانونية، والعمل القانوني يمكن إرجاعه إلى صنفين، يتمثل الأول في التصرفات التي تتخذها الإدارة من جانب واحد دون أن يشارك معها طرف آخر ومثلها القرارات الإدارية، أما الثاني فهي التصرفات التي تقوم بها الإدارة بالاشتراك مع طرف آخر بحيث تتجه إرادتهما نحو إحداث أثر قانوني يتمثل في إنشاء التزام أو تعديل التزام قائم أو إلغائه، ونعني بذلك العقد الإداري وسائر الأعمال الاتفاقية.[1]

وتختلف القواعد القانونية التي تحكم العقود الإدارية عن تلك التي تحكم عقود القانون الخاص، إذ تتميز الأولى بطابع خاص، حيث تهدف الإدارة من التعاقد إلى إشباع حاجات عامة تعلو على مصالح الأفراد الخاصة، ففي العقود الإدارية تكون مصالح الطرفين غير متكافئة بسبب اختلاف الهدف الذي تسعى إليه الإدارة عن هدف المتعاقد معها، بينما تكون مصالح الطرفين في عقود القانون الخاص متساوية ومتوازنة كما أن الإدارة في العقد الإداري تكون مقيدة بمراعاة إجراءات معينة.[2]

وتلعب العقود الإدارية دورا هاما في سبيل تسيير النشاط الإداري، وكفالة وحسن سير المرافق العامة، ولا يتحقق ذلك بمجرد ابرام العقود، ولكن بتحقيق الغاية والهدف من ابرامها من خلال تنفيذها وفقا لما اتفق عليه وفي الآجال المحددة للتنفيذ، إلا أنه قد يعترض تنفيذ العقد ظروف مختلفة[3]، سواء بسبب تدخلات الإدارة المتعاقدة أو من الغير أو تحدث ظروف خارجية تؤثر على تنفيذ العقد الإداري بما يختل معه التوازن المالي للعقد الإداري.

ومن هنا دعت الحاجة والضرورة إلى البحث عن كيفية الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري وإعادته لحالته الأولى وقت إبرام العقد الذي من شأنه أن يضمن استمرار تنفيذ العقود الإدارية وأداء دورها في إشباع حاجيات المرافق العامة.

إن الظروف الجديدة التي قد تطرأ على العقد الإداري من شأنها أن تؤثر على تنفيذه بسبب زيادة الأعباء والالتزامات المالية على المتعاقد، ومنه يستوجب الأمر وضع حلول لما يطرأ من تغيرات وإجاد

1- أنظر د. لمياء هاشم سالم قبع، اختلال التوازن المالي في العقد الإداري، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر 2013 ، ص 29. جمال عثمان جبريل، ابراهيم محمد علي، العقود الإدارية، آثار العقد الإداري، كلية الحقوق، جامعة المنوفية 2001-2002، دون دار نشر، ص 3.

2- أنظر، أ. ابراهيم الشارف الطاهر تفوقه، الصعوبات التي تواجه تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، ، الاسكندرية، مصر، 2011 ، ص 10.

3- أنظر، - د. السيد فتوح محمد هنداوي، دور القاضي الإداري في إعادة التوازن المالي في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى 2015، ص 02.

وسيلة فعالة لتمكين المتعاقد مع الإدارة من المواصلة في تنفيذ العقد لضمان سير المرافق العامة بانتظام واستمرار، وبالتالي تثار أمامنا التساؤلات التالية: **ماهي السلطات المخولة للقاضي الإداري لحماية حق المتعاقد مع الإدارة في إعادة التوازن العقدي، وإلى أي حد يمكن له أن يوفق بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة؟**

تكمن الأهمية العلمية من دراسة موضوع دور القضاء في مراقبة التوازن العقدي في أهمية العقود الإدارية ذاتها، نتيجة الكم الهائل للصفقات العمومية التي تبرمها الدولة في ظل الحركة التنموية وتنفيذ الكثير من المشاريع الحيوية، حيث تسعى الإدارة إلى ضمان تنفيذها وفقا لشروطها وفي آجالها المحددة، إلا أنه قد تطرأ ظروف جديدة على العقد تؤثر على تنفيذه بسبب زيادة الأعباء والالتزامات المالية على المتعاقد، والتي تتطلب وضع حلول لما يطرأ من تغيرات وإجاد وسيلة فعالة لتمكين المتعاقد من المواصلة في تنفيذ العقد لضمان سير المرافق العامة بانتظام واستمرار، كما أن أهمية هذا الموضوع تكمن أيضا في أنه يعد ضمانة للمتعاقدين مع الادارة بما يشجعهم على التعاقد معها، ويعتبر من المواضيع الحديثة ووليد التغيرات التشريعية، وتطورات الظروف الاجتماعية والاقتصادية اذ يوصف بالجديد المتجدد على مستوى الدراسات القانونية المعاصرة لاسيما في الجزائر.

وتبرز الأهمية العملية لهذه الدراسة من خلال تسليط الضوء على الإشكالات القانونية التي تثيرها الظروف والعقبات التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري بصفة عامة والصفقة العمومية بشكل خاص، وذلك بالتعرض لكافة صور اختلال التوازن العقدي سواء كانت راجعة إلى طرفي العقد أم كانت بسبب ظروف خارجية، ومحاولة إيجاد الحلول لمعالجة اختلال التوازن المالي، يضاف إلى ذلك أن هذا الموضوع له علاقة بالتطورات الكثيرة التي تعرفها المنظومة التشريعية لاسيما في القضاء الإداري، فالحديث عن دور القضاء في مراقبة التوازن العقدي يتميز بالديمومة، ويحتاج دائما الى الدراسة والبحث فيه كلما اقتضت التغيرات والتطورات الاجتماعية، خاصة و أن العقود الإدارية تتطور و تتنوع و هي في اتساع مستمر ، حيث وصلت إلى المستوى الدولي.

فضلا عن الوقوف على مواطن القوة والضعف في نصوص تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، من خلال تبيان المحاسن والفراغات والغموض الذي يتخلل بعض نصوصه، كذلك المساهمة ولو بصورة يسيرة في توفير مادة علمية وعملية للباحثين كمحاولة لإثراء المكتبة في هذا المجال.

ومما لا شك فيه أن آفاق المعرفة ليس لها حدود، فضلا عن أن المعرفة لا تنتهي ولا تنقضي بكثرة الدراسات بل تزداد وتثرى، وهذا يصدق على موضوع العقود الإدارية، فلا يزال من المجالات الخصبة للبحوث العلمية، والذي يحتاج إلى دراسات كثيرة لمحاولة تأصيل مفاهيمه القانونية، لاسيما وأن هذه الأخيرة في حراك وتطور مستمر تتأثر بالتطورات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي تحيط بها.

وإن كان موضوع العقود الإدارية تناولته أقلام كثيرة إلا ان موضوع إعادة التوازن للعقد الإداري لم يكون موضوع بحوث كثيرة، والدراسات التي تناولته اقتصرت على النظام القضائي المصري والفرنسي دون الجزائري، واقتصرت الدراسات في الجزائر خاصة على حقوق وامتيازات الإدارة، ومنها ما تناولت حقوق المتعاقد مع الإدارة بصفة عامة من دون التفصيل والتدقيق في الحق في إعادة التوازن المالي.

إن هذه الدراسة ليست إعادة عرض ما سبق بحثه، إذ أنها تتضمن معالجة الإشكالات التي تتعرض تنفيذ العقد الإداري ومحاولة إجاد حلول تشريعية وقضائية من خلال عرض وتحليل النصوص التشريعية والاجتهادات القضائية في الجزائر وبعض النظم المقارنة للاستفادة من التجارب في هذا المجال.

وأثناء إنجاز هذه الدراسة كانت هناك صعوبات كثيرة ومتعددة في الكثير من مراحل البحث، حيث أن موضوع هذه الدراسة يعتمد بشكل كبير على الأحكام والاجتهادات القضائية، ودراستها لا تقف على تبيان موقف القضاء في وقت معين، بل تتعدى ذلك إلى تتبع القضاء في مختلف المراحل خاصة في ظل التعديلات الكثيرة للنصوص القانونية، فتقتضي الدراسة البحث ومعرفة إن كان القضاء قد ثبت على فكرة ومبدأ واحد أم أقر حلولا مختلفة مع دراسة أسباب التحول عن موقفه، لذلك وجدت هذه الدراسة من أشق الأمور، إذ يجب الإحاطة بأكبر قدر متيسر من الاجتهادات القضائية حتى تكون الاستنتاجات أقرب إلى الدقة، وما زادة المهمة مشقة وصعوبة هو ندرت الاجتهادات القضائية لمجلس الدولة الجزائري في هذا المجال، الذي لايزال حديثا وفتيا، مما حتم الأمر البحث في النظم القضائية المقارنة خاصة منها القضاء الفرنسي والمصري مما يستلزم بذل جهد إضافي للحصول على هذه الاجتهادات.

وبالإضافة إلى ما سبق تبيانه فإن هذه الدراسة أيضا تقتضي البحث في مختلف التعديلات لنصوص تنظيم الصفقات العمومية والذي يعتبر من أكثر النصوص المرنة والكثيرة التعديل، الأمر الذي يجعل منها شاقة وتتطلب جهدا إضافيا.

وفيما يخص نطاق البحث فإن هذه الدراسة ترتكز على صور اختلال التوازن المالي للعقد الإداري دون وقوع خطأ من جانب طرفي العقد، وبذلك يخرج من تلك الدراسة صور اختلال التوازن المالي الناتج عن أخطاء الجهة الإدارية أو المتعاقد معها، فلا يمكن للمتعاقد المطالبة بالتوازن المالي بسبب خطئه، كما أن اختلال التوازن إذا كان بسبب خطأ الإدارة ففي هذه الحالة تنعقد مسؤوليتها العقدية بالتعويض ولا يكون ذلك في نطاق إعادة التوازن المالي التي تقوم على المسؤولية دون خطأ، ولعل ما يبرر ذلك هو الصلة الوثيقة للعقد بالمرفق العام بما يحقق المصلحة العامة ويقتضي ضرورة التنفيذ.

لإنجاز هذا البحث اعتمدت على المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية، وفي الوقت ذاته اعتمدت على المنهج الوصفي من خلال بيان موقف القضاء والآراء الفقهية، مع إجراء مقارنة وذلك من خلال طرح الحلول التشريعية والقضائية والفقهية المقارنة للاستفادة منها، والاستفادة من التجارب التي أخذت بها مختلف النظم المقارنة، خاصة النظام الفرنسي والمصري، للاطلاع على التطورات الحديثة التي شهدتها العقود الإدارية بصفة عامة ونظريات التوازن العقدي بصفة خاصة.

ومن أجل الالمام بموضوع البحث بما يستحقه من دراسة اعتمدت على المنهج التقليدي الذي يعتمد على التقسم الثنائي لأنه يتلاءم مع موضوع الدراسة وقسمت البحث إلى بابين، خصصت الباب الأول للتوازن العقدي وطرق الفصل في منازعات العقود الإدارية، أما الباب الثاني فيتعلق بمعالجة اختلال التوازن المالي في العقود الإدارية.

الباب الأول
التوازن العقدي وطرق الفصل في منازعات العقود الإدارية

تمهيد

تتطلب دراسة موضوع سلطة القاضي في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، ضرورة التعرض لبيان التوازن العقدي التي تستوجب بيان مفهوم العقد أولا، ومن ثم ماهية التوازن المالي للعقود الإدارية، كما تتطلب هذه الدراسة قبل الخوض في أسباب اختلال التوازن العقدي وكيفية معالجته، التطرق إلى وسائل تسوية المنازعات في العقود الإدارية

ومنه سوف تقسم الدراسة في هذا الباب وفقا لما يلي:

الفصل الأول: فكرة التوازن للعقد الإداري.

الفصل الثاني: آليات تسوية المنازعات في العقود الإدارية.

الفصل الأول

فكرة التوازن للعقد الإداري

المبحث الأول: ماهية العقد الإداري

يعد العقد الإداري الوسيلة الثانية التي تعتمدها الإدارة في تسيير عملها والقيام بنشاطها بعد القرار الإداري، إلا أن الفرق بينهما هو أن القرار الإداري يصدر عن الإدارة بإرادتها المنفردة من أجل إنشاء أو تعديل او إلغاء مركز قانوني معين، أما العقد الإداري فينشأ بتوافق إرادتين أو أكثر لإحداث أثر قانوني معين.[1]

وإذا كان العقد هو الوسيلة الطبيعية في سبيل انجاز أهداف الإدارة وتنفيذ مشروعاتها، غير أنه ليس جميع الاتفاقات التي تعقدها الإدارة وتدخل طرفا فيها تعتبر عقودا إدارية، ويقسم الفقه عقود الإدارة إلى قسمين، الأولى تتمثل في العقود التي تبرمها ذات الطبيعة المدنية أو التجارية، والثانية تلك العقود التي تبرمها الإدارة بوصفها سلطة عامة وتهدف بها إلى تنظيم مرفق عام أو تسييره، وهذا النوع يطلق عليه اسم العقود الإدارية.[2]

ولذلك يوجد فارق هام بين عقود الإدارة (Contrats d'administration) والعقود الإدارية (Contrats administratifs)، لأن عقود الإدارة تشمل جميع العقود التي برمها الإدارة سواء كانت إدارية أو مدنية، هذا في حين لا ينطبق اصطلاح العقود الإدارية إلا على العقود التي تظهر فيها الإدارة بوصفها سلطة عامة.[3]

وسوف تكون دراستي لهذا المبحث بالبحث ابتداء في مفهوم العقد الإداري ثم أتطرق إلى أهم أنواع العقود الإدارية.

1- د. محمد جمال مطلق الذنيبات، الوجيز في القانون الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، والدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان الأردن، الطبعة الأولى، 2003 ص 243.

2- أنظر في ذلك: - د. محمد الصغير بعلي، القرارات والعقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2017، ص 176، 177. وأيضا: - د. عمار عوابدي، القانون الإداري النشاط الإداري، الجزء الثاني، 2014 ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر الطبعة السادسة -2014 ص 186 - د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2008، ص 25.

- Philippe FOILLARD, Droit administratif, série Manuels, Groupe Larcier, collection Paradigme, 3éme édition , 2014, pp 221.

3- د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر (دون طبعة، دون سنة نشر)، ص 515

المطلب الأول: مفهوم العقد الإداري

لم تظهر فكرة العقود الإدارية إلا في تاريخ متأخر لا يكاد يتجاوز مطلع القرن العشرين وقد مر تحديد مفهوم نظرية العقود الإدارية بعدت تطورات كان للقضاء دورا بارزا في إرساء قواعدها، كما أسهم الفقه في ذلك، وفي هذا المطلب سوف أتناول نشأة نظرية العقود الإدارية، ثم ابحث في تعريف العقد وأركانه.

الفرع الأول: نشأة نظرية العقود الإدارية.

كان لتوسع نشاط السلطة العامة وتدخلها في مجالات عدة في نهاية القرن التاسع عشر ومطلع القرن العشرين وانتشار المرافق العامة المهنية والاقتصادية والتجارية وغيرها دورا في خلق مبادئ قانونية جديدة تتميز عن قواعد القانون الخاص وتتماشى مع طبيعة نشاط الإدارة وهدفها وقد ساهم في ذلك بشكل كبير قضاء مجلس الدولة الفرنسي الذي يعود له الفضل في تأسيس العديد من نظريات القانون الإداري ومنها نظرية العقود الإدارية.[1]

وفيما يلي سأعرض نشأة نظرية العقد الإداري في فرنسا على أساس أنه هو السباق في خلق قواعدها وأحكامها ثم أعرض نشأة العقود الإدارية في الجزائر وبعض النظم العربية المقارنة.

أولا: نشأة العقد الإداري في فرنسا.

لقد كانت العقود التي تبرمها الإدارة تعتبر من قبيل التصرفات العادية التي تطبق عليها أحكام وقواعد القانون الخاص ويختص بالفصل في المنازعات التي تثار بشأنها القضاء العادي.

لكن استثناء على هذه القاعدة فإن المشرع الفرنسي جعل بعض المنازعات المتعلقة ببعض العقود التي تبرمها الإدارة من اختصاص القضاء الإداري ومنها قانون 28 بيلفوز (la loi du 28 Pluviôse) [2] للسنة الثامنة، حيث بموجب المادة الرابعة (04) منه جعل المنازعات المتعلقة بعقود الأشغال العامة وعقود بيع أملاك الدولة من اختصاص مجالس الأقاليم[3] (المحاكم الإدارية)، وبعدها قانون 17 يوليو سنة

1 - أنظر: - د. محمد علي الخلايلة، القانون الإداري، الكتاب الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2012، ص 260. - د. محمد جمال مطلق الذنيبات، الوجيز في القانون الإداري، المرجع السابق ص 05.

2- أنظر د. فطومة بودلال ، التحكيم في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2015-2016 ، ص 13

- La loi du 28 pluviôse an VIII est une loi française promulguée le 28 pluviôse an VIII , soit le 17 février 1800 . Elle est alors une des premières grandes lois du consulat sous Napoléon qui souhaitait réformer et professionnaliser l'administration révolutionnaire

3- Aiad SHWEKAT, Les droits et les obligations des parties au contrat administratif dans les droits français et libyen, Étude comparative, Thèse, Université de Toulouse 1, (UT1 Capitole), 4 juin 2016 p 24.

1790، ثم قانون 26 سبتمبر سنة 1793 الخاص بعقود القروض العامة المبرمة من قبل الدولة، والمرسوم بقانون الصادر في 17 يونيو سنة 1938 الخاص بالعقود المتضمنة شغل الدومين العام.

وقياسا على هذه العقود اعتبر مجلس الدولة بعض العقود الأخرى التي لم يرد فيها نص عقودا إدارية وجعل الاختصاص بمنازعاتها تؤول للقضاء الإداري عن طريق القياس كعقود توزيع المياه والغاز وعقود طلب المعاونة استنادا على أنها تتضمن عنصر الأشغال العامة.[1]

وكان الأسلوب المتبع في تحديد العمل لإداري ومنه توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والإداري يرتكز على أعمال السلطة (les actes d'autorité)، وبعدها عدل الفقه والقضاء الفرنسي عن هذا المعيار إلى معيار المرفق العام.[2]

فنظرية العقود الإدارية من النظريات التي ارساها مجلس الدولة الفرنسي بخصوص العقود الإدارية، ويعتبر حكم "تيري" [3](Terrier) الصادر عام 1903 الأساس الذي شيدت عليه فكرة العقود الإدارية بطبيعتها.[4]

حيث تقرر بهذا الحكم *أن اختصاص القضاء الإداري يتناول كل ما يتعلق بتنظيم وتسيير المرافق العامة قومية كانت أو محلية، سواء كانت وسيلة الإدارة في ذلك عملا من أعمال السلطة العامة أو تصرفا عاديا، فالعقود التي تبرمها الإدارة بهذا الخصوص هي من قبيل الأعمال الإدارية بطبيعتها ويجب أن يختص القضاء الإداري بالفصل في كل ما ينجم عنها من منازعات*".[5]

وفي تقرير مفوض الحكومة "روميو" (Romieu) المقدم في هذه الدعوى حرص على إبراز أن فكرة المرفق العام وإن كانت ضرورية لكي يختص القضاء الإداري بالفصل في المنازعات المتعلقة بأعمال

---

1 - أنظر د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 38.

2- د. مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، العقود الإدارية، في القانون الليبي والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 09، 10.

3 - CE, 6/2/1903, TERRIER, Rec., Voir, SHWEKAT Aiad, op.cit. p 26.

4 - وتتلخص وقائع هذه القضية: في أن مجلسا بلديا أعلن عن مكافأة تمنح لكل شخص يشترك في الحملة التي قامت بها المدينة من أجل القضاء على الأفاعي الخطرة التي تهدد السكان وصحتهم، ولتحقيق هذه الغاية قام المجلس البلدي برصد مبلغ مالي معين للإنفاق على المكافآت المطلوبة، وعندما تقدما السيد "تيري" (Terrie) مطالبا بالمكافأة المقررة له، فوجئ بنفاذ الاعتماد المخصص، فرفع دعوى أمام القضاء الإداري، انتهى مجلس الدولة إلى تقرير اختصاصه بنظر النزاع، على أساس أن الوعد بالجائزة قد تضمن إيجابا من المجلس البلدي، وأن قيام السيد "تيري" باصطياد الأفاعي يعد قبولا، ومن ثم يكون بينهما عقد، وهذا العقد يتعلق بمرفق عام، ولذا يكون الاختصاص بنظر المنازعات التي يثيرها هذا العقد من اختصاص القضاء الإداري. للاطلاع على تفاصيل القضية راجع على سبيل المثال: - د. مفتاح خليفة عبد الحميد، المعيار المميز للعقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 21، 22. -. محمد علي الخلايلة، مرجع سابق، ص 267.

5- د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع – عمان الأردن، الطبعة الأولى 2010، ص 18

الإدارة، إلا أن الإدارة حرة في أن تلجأ إلى وسائل القانون الخاص إذا ما رأت أن تلك الوسائل أجدى في تسيير المرافق العامة[1]، وبعبارة أخرى فإن عقود الإدارة لا تعتبر عقود إدارية بطبيعتها لمجرد اتصالها بمرفق عام إلا إذا كانت تقوم على وسائل القانون العام.

والحقيقة أنه إذا كانت فكرة المرفق العام بدت ملازمة للعقد الإداري في هذا الحكم إلا أنها لم تعد تلازمه فيما بعد، ولم تعد ضرورية لإسباغ الصفة الإدارية على عقود الإدارة بصورة دائمة.

وبعدها بدأت تتوالى أحكام القضاء الفرنسي في الأخذ نظرية العقود الإدارية حتى تأكد بشكل واضح من خلال قرار مجلس الدولة الفرنسي عام 1912 في قضية شركة الجرانيت بأن قرر فيها "...*أن عقد التوريد التي تبرمه الإدارة بالشروط والضوابط التي تحكم عقود الأفراد هو عقد عادي من عقود القانون الخاص*..."[2]، وبمفهوم المخالفة يعني ذلك أن مثل هذه العقد لو تضمن شروطا غير مألوفة في عقود الأفراد لكانت عقودا إدارية.

وبهذا تمكن مجلس الدولة الفرنسي من بناء نظرية العقود الإدارية في القانون الإداري.

ثانيا: نشأة العقد الإداري في الجزائر.

لقد مر نظام العقود الإدارية في الجزائر خاصة الصفقات العمومية بعدة مراحل تبعا للتطورات السياسية والاقتصادية، ويمكن تقسيم التطورات التي مرت بها الصفقات العمومية في الجزائر إلى أربعة مراحل أساسية، والتي سوف يتم تفصيلها فيما يلي:

أ – مرحلة ما قبل الاستقلال:

بعد سنة 1848 مر النظام القانون والقضائي الجزائري بصفة عامة، ونظام العقود الإدارية بصفة خاصة، بنفس التطورات التي مر بها النظام الفرنسي[3]، بحيث أصبحت الجزائر خاضعة لنظام ازدواجية

1- أنظر كل من: - د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 39. - د. مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الأنظمة القضائية المقارنة والمنازعات الإدارية، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2005، ص 121.

- Maurice HOURIOU, La jurisprudence administrative, 1892-1929. Tome 1, HACHETTE LIVRE - BNF, 2018, p. 447.

2 - د. محمد علي الخلايلة، مرجع سابق، ص 261.

3- الفترة الممتدة ما بين 1830 و 1848 وعلى الرغم من إنشاء مجلس الإدارة (le conseil de l'administration)، عقب الاحتلال مباشرة، الذي كان يختص من حيث المبدأ في القضايا الإدارية، إلا أنه كان هيئة إدارية عسكرية، يغلب امتيازات الإدارة والسلطات العسكرية، وكان يرفض مجلس الدولة بباريس الطعون بالاستئناف والنقض المرفوعة ضد قراراته، كما حدث في قضية (Cappé) 1833، ثم تحول إلى مجلس المنازعات (le conseil du contentieux)، والذي كان يمارس كافة اختصاصات التي كانت تمارسها مجالس العملات (les conseils des préfectures) في فرنسا ويطعن في قراراته أمام مجلس الدولة بباريس.

القضاء والقانون الفرنسي، فأنشأت بتاريخ 1949/02/08 ثلاث مجالس للعمالات (Des conseils des préfectures) في كل من وهران والجزائر العاصمة وقسنطينة والتي تحولت إلى محاكم إدارية في 30 سبتمبر 1953[1]، وكان يتم الطعن بالاستئناف في أحكامها أمام مجلس الدولة بباريس.

وفي مجال العقود الإدارية كان التشريع الفرنسي في هذه الفترة هو الذي يحكم نظام العقود الإدارية، ومن ذلك المرسوم بقانون الصادر في 30 أكتوبر 1953 المعدل والمتعلق بتمويل صفقات الدولة والجماعات العمومية، والمرسوم رقم 53-405، المعدل والمتعلق بنظام صفقات الدولة والمؤسسات العمومية غير الخاضعة للقوانين والعادات التجارية، والمرسوم رقم 56-256 المؤرخ في 13 مارس 1956 المعدل والمحدد بقواعد إبرام صفقات الدولة، والمرسوم رقم 57-24 المؤرخ في 08 جانفي 1957 والمتعلق بالصفقات المبرمة في الجزائر.

وأخيرا المرسوم رقم 59-370 المؤرخ في 28 فبراير 1959 والمتعلق بمساهمة المؤسسات في الصفقات العمومية قصد تسهيل التنمية في الجزائر، والقرار المؤرخ في 12 فبراير 1957 المعدل والقاضي بتمديد التنظيم الفرنسي إلى الجزائر.[2]

ب – المرحلة الانتقالية:

بعد استرجاع السيادة الوطنية ورثت الجزائر بنية إدارية فرنسية أبقي عليها ثابتة بصدور القانون رقم 62-157 المؤرخ في 1962/12/31 المتضمن تمديد سريان النصوص القانونية الفرنسية على الجزائر المستقلة إلا ما كان متعارضا مع السيادة الوطنية[3]، وقد صدرت في هذه المرحلة مجموعة من النصوص التنظيمية التي تسري على العقود الإدارية التي كانت تبرمها الإدارات العامة في تلك الفترة[4]، ولا شك أن لهذه المرحلة عظيم الأثر في تأثر بالنمط الفرنسي في تنظيم الصفقات العمومية خاصة أن فرنسا حاولت

1- للتفصيل أكثر راجع في ذلك: - د. عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الأول، القضاء الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الخامسة، 2014، ص 160 وما بعدها. - باية سكاكني، دور القاضي الإداري بين المتقاضي والإدارة، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثانية، 2006، ص 09 وما بعدها.

- Claude BONTEMS, Les Origines de la justice administrative en Algérie, Revue Algérienne, des sciences juridiques, économiques, et politiques, Publiée trimestriellement par l'institut du droit, Algérie, N 2-3 Septembre 1975, P 277- 296.

2- د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الرابع، 2011، ص11.

3 - القانون 62-157، المؤرخ في 1962/12/31، المتعلق بتمديد العمل بالقوانين الفرنسية **على الجزائر المستقلة إلا ما كان متعارضا مع السيادة الوطنية**، ج. ر. عدد 02 صادرة في 1963/01/11.

4 - أنظر: د. محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 182، 183.

قدر الإمكان أن تبعد من مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية المؤسسات الصناعية و التجارية لأسباب متعلقة أساسا بالتوجيه الليبرالي لهذه الدولة[1]، وكان يتم الفصل في منازعاتها أمام المحاكم الإدارية الثلاث[2] ويطعن في أحكامها بالاستئناف أمام الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى.

ج) – المرحلة الاشتراكية.

لم تدم المرحلة الانتقالية التي شهدها النظام الجزائري طويلا حتى تدخل المشرع بمجموعة من الإصلاحات على المستوى القانوني والقضائي، وذلك من خلال إصداره للأمر رقم 65 – 278، المؤرخ في 1965/11/16، المتضمن التنظيم القضائي وبموجبه ألغيت المحاكم الإدارية وأنشئ المجالس القضائية وحول اختصاص الفصل في القضايا الإدارية إلى الغرف الإدارية على مستوى كل مجلس قضائي[3]، بصفتها قاضي أول درجة، كما يختص المجلس الأعلى بالنظر في الطعون بالاستئناف في القرارات الصادرة عن هذه الغرف.

وفي سنة 1967 صدر أول تشريع للصفقات العمومية بموجب الامر رقم 67–90 المتضمن قانون الصفقات العمومية[4]، وقد خضع هذا الأمر لعدة تعديلات[5]، ويعتبر هذا القانون ذو طابع تشريعي صدر بموجب أمر، ويعتبر القانون الوحيد التي أقر فيه نظام الصفقات العمومية بموجب أمر.

وتجدر الإشارة إلى أن مجال تطبيقه اقتصر على الجانب الإداري دون التجاري والصناعي، وبعدها صدر سنة 1982 المرسوم 82–145 والمتعلق بالمتعامل العمومي والذي وسع من الهيئات المعنية بمجال تطبيقه إلى جميع الإدارات العمومية، جميع المؤسسات والهيئات العمومية، جميع المؤسسات الاشتراكية، وأي وحدة تابعة لمؤسسة اشتراكية يتلقى مديرها تفويضا لعقد الصفقة.[6]

1- د. عمارة مسعودة، دراسة نقدية لمفهوم الصفقة العمومية، في ظل المرسوم الرئاسي الجديد 15-247 المؤرخ في 2015/09/16 المنظم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 2، العدد 11، ماي 2017، ص 34، 35.

2 - بالإضافة إلى انشاء المحكمة الإدارية بالأغواط بموجب المرسوم الصادر في 08 جانفي 1968، أنظر للتفصيل أكثر: عمار عوابدي، مرجع سابق، ص168.

3- الأمر رقم 65-278، المؤرخ في 1965/11/16، المتضمن التنظيم القضائي، ج. ر، عدد 96، لسنة 1965.

4- الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967، المتضمن قانون الصفقات العمومية، ج. ر عدد 52، لسنة 1967

5- التعديلات التي خضع لها الأمر رقم 67-90 تتمثل في الآتي: - الأمر رقم 69-32 مؤرخ في 1969/05/22 ج. ر عدد 11 لسنة 1969. - الامر رقم 70-57 المؤرخ في 1970/08/06، - أمر رقم 71-84، في 1971/12/29، - أمر 72-12 مؤرخ في 1972/04/18، - أمر 74-9، مؤرخ في 1974/01/30، أمر رقم 76-11، في 1976/02/20.

6- المادة 5 من المرسوم 82-145 الصادر في 1982/04/10، المتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي، ج. ر، عدد 15 لسنة 1982.

وهذه المرحلة لم تدم طويلا إذ صدر القانون 88-01 المتعلق بالقانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية [1]، والذي صدر بعده المرسوم رقم 88-72[2] المعدل والمتمم للمرسوم 82-145، وهكذا أخرج المشرع عقود المؤسسات الاقتصادية واقتصر مجال التطبيق فقط على المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.[3]

د – المرحلة الليبيرالية:

بعد صدور دستور 1989 والتخلي عن النظام الاشتراكي والانفتاح نحو الرأسمالية، الأمر الذي أدى إلى وضع نظام قانوني يتماشى مع الوضع السياسي والاقتصادي الجديد من خلال التمييز بين القانون العام والقانون الخاص كما هو سائد في النظام الليبيرالي، وذلك تأثرا بالنموذج الفرنسي.

ولقد تم إصدار المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، و قد ضيق المشرع من خلاله مجال التطبيق واستبعد المؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري، وذلك بموجب المادة الثانية (02) التي عددت على سبيل الحصر الهيئات المعنية واقتصر الأمر على الإدارات العمومية والهيئات الوطنية المستقلة والولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.[4]

ثم جاء دستور 1996 بتنظيم قضائي جديد، فإلى جانب القضاء العادي تم إنشاء جهات قضائية إدارية بصفة مستقلة[5]، من مجلس الدولة [6] ومحاكم إدارية.[7]

---

1 - القانون رقم 88-01 المؤرخ في 12 جانفي 1982، المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية، ج. ر. عدد02 لسنة 1988

2 - المرسوم 88-72 المؤرخ في 29 مارس 1988، يعدل ويتمم المرسوم 82-145 ج. ر. عدد 13 لسنة 1988.

3- للتفصيل أكثر راجع - د. عمار بوضياف، معايير تحديد الصفة العمومية في التشريع الجزائري وموقف القضاء الإداري منها، مجلة الفقه والقانون، العدد 22 غشت 2014، ص 42 وما بعدها.

4 - راجع المادة 02 من المرسوم التنفيذي 91-434 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج. ر. ج.، عدد 57 لسنة 1991.

5- راجع المواد:171، 172 من دستور 1996، المعدل بموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس سنة 2016، المتضمن التعديل الدستوري، ج. ر العدد 14 لسنة 2016، والتي تقابلها المواد 151، 152 قبل هذا التعديل، وتقابلها نصوص المواد 179، 180 من التعديل الدستوري لسنة 2020 المعدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020، المتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر سنة 2020، ج. ر عدد 82 لسنة 2020.

6- القانون العضوي 98-01، مؤرخ في 1998/05/30، يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، ج. ر، عدد 37، لسن 1998.

7- القانون العضوي رقم 98-02، المؤرخ في 1998/05/30، المتعلق بالمحاكم الإدارية، ج. ر، عدد 37، لسن 1998.

وبعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإداري في 2008، أصبحت المحاكم الإدارية صاحبة الولاية العامة للفصل في منازعات العقود الإدارية.[1]

من جانب آخر ونظرا للسياسات الاقتصادية (الخوصصة والشراكة الأجنبية) تم إعادة صياغة تنظيم الصفقات العمومية من خلال المرسوم الرئاسي 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.[2]

وما يميز هذا المرسوم انه صدر بموجب مرسوم رئاسي خلافا لسابقيه، ولأجل تجسيد أكبر لقواعد الشفافية وتعزيز مبدأي الحرية والمساوات بين المتعاملين صدر المرسوم الرئاسي رقم 10-236، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية[3]، المعدل والمتمم.[4]

وأخيرا المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[5]، والذي جاء بناء على انشاء فوج عمل وزاري تضمن كل ممثلي الوزارة وكذا ممثلين عن ارباب العمل الخواص والعموميين ونتج عنه الخروج بتدابير لتخفيف اجراءات ابرام الصفقات العمومية لأجل تلبية حاجيات الإدارة في شفافية و فعالية مع احترام شروط الاقتصاد وترشيد استعمال المال العام طبقا للمعايير الدولية[6]، وهذا ما أكدت عليه المادة الأولى من المرسوم 247/15.

وأهم ما جاء به هذا المرسوم هو ما يتعلق بتفويضات المرفق العام، بحيث خصص المشرع الباب الثاني[7]، للأحكام المطبقة على تفويضات المرفق العام.[8]

---

1 - قانون 08-09 مؤرخ في 2008/02/25، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر، عدد21، لسنة 2008.

2 - مرسوم رئاسي رقم 02-250، المؤرخ في 2002/07/24، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 03-301، مؤرخ في 2003/09/11، ر. ج. ج، عدد 52 لسنة 2003.

3 - المرسوم الرئاسي رقم 10-236، مؤرخ في 07 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج. ر، عدد 58، لسنة 2010.

4- المعدل بـما يلي: - المرسوم الرئاسي 11-98 المؤرخ في 2011/03/01، ج. ر عدد 14 لسنة 2011، - المرسوم الرئاسي 11-222 مؤرخ في 2011/07/16، ج. ر عدد 34 لسنة 2011، - المرسوم الرئاسي 12-23، المؤرخ في 18 يناير 2002، ج. رعدد 04 لسنة 2012، - والمرسوم الرئاسي رقم 13-03، المؤرخ في 13 يناير 2013، ج. ر. ج عدد 02 لسنة 2013.

5- مرسوم رئاسي 15-247، مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج. ر عدد 50 لسنة 2015.

6- راجع د. عمارة مسعودة، مرجع سابق، ص 37

7- وإن كان ذلك مقتصر على 04 مواد فقط، بحيث يرى البعض أنها غير كافية، أنظر د. محمد صغير بعلي، مرجع سابق، ص 188.

8- وقد أحالت المادة 207 في فرتها الثالثة من المرسوم الرئاسي 15-247 كيفيات تطبيق أحاكم هذا الباب بموجب مرسوم تنفيذي، إلا أن هذا الأخير لم يصدر بعد.

والملاحظ أن تنظيم تفويض المرافق العام جاء متصلا بأحكام الصفقات العمومية[1]، وهذا ما جاء في نص المادة 209 من نفس المرسوم.[2]

ولم يعرف المشرع الجزائري تفويض المرفق العام[3]، بل أشار إلى أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تفوض تسيير المرفق، وذلك ما لم توجد نصوص تشريعية تقضي بغير ذلك، فيتكفل المفوض له بصفة أساسية باستغلال المرفق العام، كما يمكن للسلطة المفوضة التي تتصرف لحساب الإدارة العمومية أن تعهد للمفوض له انجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لسير المرفق[4]، كما أشار المرسوم الرئاسي 15-247 إلى انه يمكن أن يأخذ تفويض المرفق العام وفقا لما جاء في المادة 210 شكل الامتياز أو الإيجار، أو الوكالة المحفزة أو التسيير أو أشكال أخر.

أما على مستوى الفقه، فقد تعددت التعريفات الفقهية[5] ولم يتم التوصل إلى تعريف جامع مانع لتفويض المرفق العام، فقد عرف الأستاذ (R. CHAPUS) عقود تفويضات المرفق العام على أنها "عقود موضوعها تكليف المتعاقد مع الإدارة مهمة تنفيذ مرفق عام إداري أو اقتصادي بصورة جزئية أو كلية". [6]

وبهذا يمكن القول أن المرسوم الرئاسي 15-247 يضيف إلى مجال العقود الإدارية أنواع أخرى بنص القانون إضافة إلى تلك المنصوص عليها في المادة 29 منه[7]، وبالتالي يمكن القول أن تفويض

1- أنظر، سهام سليمان، تفويضات المرفق العام كتقنية جديدة في التشريع الجزائري، مجلة الدراسات القانونية، مخبر السيادة والعولمة، جامعة يحيى فارس بالمدية، الجزائر، العدد 02 حجم 03، جوان2017، ص 156.

2- والتي نصت على انه: **"تخضع اتفاقيات تفويض المرفق العام لإبرامها للمبادئ المنصوص عليها في المادة 5 من هذا المرسوم"**، وبالرجوع إلى المادة 05 نجدها تنص على أنه: **"لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، ضمن احترام أحكام هذا المرسوم"**

3- لقد أورد المشرع الفرنسي تعريفا محددا لتفويض المرفق العام بموجب المادة 03 من قانون (Murcef) رقم 1168-2001 الصادر في 11 ديسمبر 2001، والتي عرفت تفويض المرفق العام بأنه: **"عقد يتعهد من خلاله شخص معنوي عام للغير (المفوض له) وسواء كان عاما او خاصا تحقيق مرفق عام هو مسؤول عنه، بحيث تكون العائدات متصلة بصورة جوهرية بنتائج استثمار المرفق، والمفوض له قد يكون مكلفا ببناء منشآت أو باكتساب أموال لازمة للمرفق"**

4- راجع المادة 07 من المرسوم الرئاسي 15-247.

5- للاطلاع على مختلف التعريفات راجع في ذلك: - سليمان سهام، مرجع سابق، ص 157 وما بعدها. –خديجة حرمل ، النظام القانوني الخاص بتفويضات المرفق العام على ضوء قانون الصفقات العمومية الجديد، مجلة الدراسات القانونية، مخبر السيادة والعولمة، جامعة يحيى فارس بالمدية، الجزائر، العدد 02 حجم 03، جوان2017، ص 106، 107.

6 - René CHAPUS, le droit administratif général, Tom 1, 15 éd Montchrestien, Paris, 1996, P516.

7- تنص المادة 29 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنه: **"تشمل الصفقات العمومية إحدى العمليات التالية أو أكثر: – إنجاز الأشغال، – اقتناء اللوازم، – إنجاز الدراسات، – تقديم الخدمات..."**

المرفق العام يعتبر عقد من العقود الإدارية يتعلق من حيث موضوع النشاط بتسيير المرفق العام من الجانب التجاري والصناعي.

ثالثا: نشأة العقد الإداري في بعض النظم العربية المقارنة.

في مصر وقبل انشاء مجلس الدولة سنة 1946، كانت تطبق قواعد وأحكام القانون الخاص أو القواعد الواردة في بعض النصوص الخاصة التي تتعلق بالعقد الإداري على أساس أن مهمة القاضي هي تطبيق النصوص القانونية وليس إنشائها، فلم تعرف نظرية العقد الإداري في القضاء المصري إلا بعد انشاء القضاء الإداري بالقانون رقم 112 لسنة 1946 وبعدها صدور قانون رقم 129 لسنة 1947 المتعلق بالتزام المرافق العامة، وصولا إلى صدور دستور 11 سبتمبر 1971 ومن بعده قانون مجلس الدولة لسنة 1972 ليصبح مجلس الدولة صاحب الولاية العامة بنظر منازعات العقود الإدارية.[1]

أما في المغرب فقد مر نظام الصفقات العمومية بعدة تطورات منذ ابتداء مرسوم 1965[2] الذي كان قبل إحداث المحاكم الإدارية بالمغرب وبعدها مرسوم 1976[3] ثم مرسوم 1998[4] ومرسوم 2007[5]، وصولا إلى مرسوم سنة 2013[6] الذي بدأ سريانه في الفاتح يناير سنة 2014، ووفقا لنصوص نظام الصفقات العمومية في المغرب فإنها تخضع في إبرامها وتنفيذها لقواعد خاصة منصوص عليها في هذا النظام، وقد اعطى المشرع المغربي للصفقة العمومية صفة العقد الإداري بنص القانون.

كما يعتبر القضاء الإداري المغربي الصفقة عقدا إداريا بنص القانون من دون الحاجة للبحث عن شروط غير مألوفة[7]، وفيما يخص المنازعات التي قد تثور في شأن العقود الإدارية بصفة عامة في

1- أنظر في ذلك: - د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 41 وما بعدها. - د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر دون تاريخ، ص 16 وما بعدها. - د. محمد خلف الجبوري، مرجع سابق، ص 20 وما بعدها.

2- مرسوم عدد 116-65-2 الصادر في 19 مايو 1965 بتحديد الشروط والكيفية التي تبرم بموجبها صفقات الأشغال والأدوات أو النقل لحساب الدولة، الجريدة الرسمية المغربية، عدد 2744، بتاريخ 02 يونيو 1965، ص 670.

3- المرسوم عدد 479-76-2 الصادر بتاريخ 1976/10/14، بشأن صفقات الأشغال أو الأدوات أو الخدمات المبرمة لحساب الدولة، ج ر المغربية، عدد 3339 في 1976/10/27، الصفحة 3270

4 - المرسوم عدد 482-98- الصادر في 30 ديسمبر 1998 بتحديد شروط وأشكال إبرام صفقات الدولة، الجريدة الرسمية المغربية عدد 4654 بتاريخ 1997/01/07 ص 4.

5- المرسوم رقم 388-06-2 في 05 فبراير 2007 المتعلق بتحديد شروط وأشكال ابرام الصفقات العمومية والمقتضيات المتعلقة بمراقبتها وتدبيرها، الجريدة الرسمية المغربية عدد 5518 بتاريخ 19 ابريل 2007، الصفحة 1235.

6- المرسوم رقم 349-12-2 المؤرخ في 20 مارس 2013 المتعلق بالصفقات العمومية، الجريدة الرسمية المغربية عدد 6140 بتاريخ 04 ابريل 2013 ص 3023.

7- د. محمد باهي، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2015، ص 29.

القانون المغربي فإن الاختصاص يؤول فيها للمحاكم الإدارية[1]، وتنظر محاكم الاستئناف الإدارية بالنظر في استئناف أحكام المحاكم الإدارية.[2]

والملاحظ على تلك النصوص سواء في فرنسا أو الجزائر أو في مصر أنها لا تحدد طبيعة العقود الإدارية المشار إليها، ولكنها تحدد فقط اختصاص القضاء الإداري بنظرها.

غير أنه لما كان النظام الإداري يقوم على أساس استقلال القضاء الإداري على القضاء العادي واستقلال القانون الإداري عن القانون المدني فإنه من الطبيعي أن يطبق القضاء الإداري مبادئ وأحكام القانون الإداري على العقود الإدارية.

الفرع الثاني: تعريف العقد الإداري.

يطلق العقد في اللغة على معان كثيرة منها: الربط، والشدة، والتوثيق ماديا كان أو معنويا، فيقال عقدت البيع أي أبرمته ووثقته، وعقد النكاح وعقدته، إحكامه وإبرامه.[3]

أما اصطلاحا فالعقد بصفة عامة هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين سواء كان هذا الأثر إنشاء التزام أو تعديله[4].

ويعرف العقد أيضا على انه "توافق إرادتين على إنشاء التزام أو على نقله"[5]، ومن هنا يتفق العقد الإداري مع العقد المدني من حيث أن كل منهما يقوم على أساس توافق إرادتين على انشاء أو تعديل التزام، كما يتفق العقد المدني مع العقد الإداري من حيث الأركان الأساسية الواجب توافرها أثناء التعاقد والمتمثلة في الرضا والمحل والسبب.[6]

1- أنظر المادة 08 من القانون رقم 90-41 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 225-91-1 بتاريخ 10 سبتمبر 1993 المحدث بموجبه المحاكم الإدارية، الجريدة الرسمية المغربية عدد 4227 بتاريخ 1993/11/13 ص 2168.

2- أنظر أحكام القانون رقم 03-80 لسنة 2006، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف، رقم 07-06-1 الصادر في 14 فبراير 2006، الجريدة الرسمية المغربية، عدد 5398 بتاريخ 2006/02/23 ص 490.

3 - أنظر، - د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2015/2014، ص 25. لسان العرب، ابن منظور، مرجع سابق، 298/3.

4 - Christophe GUETTIER. Droit des contrats administratifs, 3ème éd., Thémis-droit PUF, Paris, 2011, p. 74.

- د. علي عبد الأمير قبلان آثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الأول، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت لبنان، الطبعة الثانية، 2014، ص 193

5- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 1998، الطبعة الثانية، ص 80.

6- الدكتور ابراهيم عبد العزيز شيحا، الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري، الدار الجامعية للطباعة والنشر/ بيروت، لبنان 1997، ص 619

ومن منطلق أن التعريف التشريعي يعلو على بقية التعريفات أستهل هذا الفرع بالبحث عن موقف المشرع من تعريف العقد الإداري لأتبعه برأي القضاء وأخيرا التعريفات الفقهية فيما يلي:

أولا: التعريف التشريعي.

لم يعرف المشرع الجزائري العقد الإداري[1]، بل حدد مفهوم الصفقة العمومية بموجب المادة الثانية من تنظيم الصفقات العمومية[2] وتفويضات المرفق العام وعرفتها على النحو الآتي:"**الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات.**" [3]

يتضح من خلال هذا النص أن المشرع لم يقم بإعطاء تعريف واضح بل اكتفى بإبراز الهدف من خلال الصفقة فقط مع الإحالة إلى التشريع فيما يتعلق بشروطها ونظامها القانوني

وعلى ذلك تعتبر الصفقة عقدا من العقود يسري عليها ما يسري على عقود القانون المدني إلا ما قيد التنظيم الخاص به، وتعتبر استجابة لمنفعة عامة تتناول إنجاز أشغال أو تقديم خدمات أو دراسات أو تموين بمقابل مالي وفقا لأسقف مالية محددة، لفائدة أشخاص عموميون أو باعتمادات مالية عمومية في شكل قروض للدولة.[4]

1- وقد أورد القانون المدني الصادر بموجب الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، الجريدة الرسمية العدد 78 المؤرخة في 1975/09/30 المعدل والمتمم، في المادة 54 تعريفا للعقد على أنه: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص او عدة أشخاص نحو شخص او عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما"

2- للاطلاع على مختلف التعريفات التي وردت عبر قوانين وتنظيمات الصفقات العمومية الصادرة في مراحل مختلفة منذ أول أمر للصفقات العمومية رقم 67-90 المؤرخ في 1967/06/17 راجع في ذلك: - د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 35 وما بعدها.

3 - المادة 02 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015 العدد 50.

4- أ. خرشي النوى، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 114، 130.

وبالنسبة للمشرع الفرنسي، فالملاحظ أنه هو أيضا لم يعرف العقد الإداري[1]، بل عرف الصفقة العمومية في قانون الصفقات العمومية.[2]

ويعرفها المشرع المغربي في المادة الرابعة من مرسوم 2013/03/20 المتعلق بالصفقات العمومية الصفقة بأنها "**عقود بعوض تبرم بين صاحب مشروع من جهة، وشخص ذاتي او اعتباري من جهة أخرى، يدعى مقاولا أو موردا أو خدماتيا، وتهدف إلى تنفيذ أشغال أو تسليم توريدات أو القيام بخدمات، وفق التعاريف الواردة بعده**" [3]

كما يعرف المشرع التونسي الصفقة العمومية على أنه "**عقد مكتوب تبرم لإنجاز أشغال أو لتقديم خدمات أو لإنجاز دراسات تحتاجها الإدارة**".[4]

ثانيا: التعريف القضائي.

يعرف مجلس الدولة الفرنسي العقد الإداري في قرار صادر بتاريخ 12 ديسمبر 1930 على أنه "*العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام من أجل تنظيم وتسيير مرفق عام مع مراعاة قواعد وأحكام القانون العام التي تختلف في ذلك عن قواعد وأحكام القانون الخاص*" [5]

وفي تعريفات أخرى مشابهة يعرف مجلس الدولة الفرنسي العقد الإداري على أنه العقد المبرم من طرف شخص معنوي من أجل تسيير مرفق عام على ان يتضمن شروط استثنائية شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، أو السماح للشخص المساهمة مباشرة في تسيير مرفق عام.[6]

1- عرف المشرع الفرنسي العقد في المادة 1101 من القانون المدني بانه: "اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص أو أكثر بإعطاء شيء أو القيام بعمل او الامتناع عنه.

2 - voir L'article 04 du code des marchés publics, Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics**,** journal officiel, n°0169, du 24 juillet 2015, page 12602, texte n° 38
« ... les marchés publics sont les contrats conclus à titre par un ou plusieurs acheteurs soumis à la présente ordonnance avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services… »

3- أنظر المادة 04 من المرسوم رقم 349-12-2 المؤرخ في 20 مارس 2013 المتعلق بالصفقات العمومية المغربي، الجيدة الرسمية المغربية عدد 6140 بتاريخ 04 ابريل 2013 ص 3023

4- الأمر عدد 3158، المؤرخ في 2002/12/17 الذي تم تنقيحه بمقتضى الامر عدد 1638 المؤرخ في 2003/08/04، المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، أشار إلى هذا التعريف، - د. عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 38.

5 - Aiad SHWEKAT, op.cit. p 19.

6 - C E 19 mai 1963, chambre sociale, coopérative agricole, la prospérité fermière, Recueil Lebon, p. 289. - C E 20 mars 1996, commune de Saint-Céré, Recueil Lebon, p 87.

ووفقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي يمكن تعريف العقد الإداري بانه "*العقد الذي يبرمه شخص عام، أو يبرم لحسابه ويخضع في منازعته للقانون الاداري و القضاء الاداري سواء بنص صريح في القانون او لتضمنه شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص او اذا كان يعهد للمتعاقد الاخر بالمساهمة المباشرة في انجاز او تسيير مرفق عام*".[1]

والملاحظ من خلال هذا التعريف أنه تضمن كلمة "**او**" وليس "**و**" على عكس القضاء الإداري في كل من مصر وتونس والذي ستعرضه فيما بعد.

ومنه نستخلص بأن العقد يكون اداريا إذا كان أحد أطرافه شخصا عام أو وقع لحسابه وتوافر فيه أحد الشرطين الآتيين: أن يتضمن العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة في القانون الخاص، أو إذا كان العقد يعهد للمتعاقد بالإسهام المباشر في تسيير مرفق عام.

وفي الجزائر ذهب مجلس الدولة في تعريفه للصفقات العمومية إلى القول: *"...وحيث أنه تعرف الصفقة العمومية بأنها عقد يربط الدولة بالخواص حول مقاولة أو إنجاز مشروع أو أداء خدمات..."*.[2]

ما يلاحظ على هذا التعريف أنّ مجلس الدولة حصر مفهوم الصفقة العمومية على أنّها عقد يبرم بين الدولة بأحد الخواص، إلا أن الصفقة العمومية أو العقد الإداري بصفة عامة لا يقتصر فقط على الدولة، فيمكن أن يكون أحد اطرافه الدولة أو الجماعات المحلية (الولاية والبلدية) أو مؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية أو حتى تلك المؤسسات العمومية الخاضعة للقانون التجاري إذا كانت ممولة جزئيا أو كليا من أموال عمومية وفقا لما نصت عليه المادة السادسة (06) من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

ومن جهة أخرى فإنه كان من الأجدر تغير مصطلح الخواص باستعمال مصطلح المتعاملين الاقتصاديين، واستعمل مصطلح مجال الأشغال عوض مقاولة كما ورد في نص المادة الثانية (02) من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام. [3]

1- د. جمال عباس عثمان، النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 16، 17.

2 - قرار مجلس الدولة (غير منشور) مؤرخ في 17 ديسمبر 2002 في قضية رئيس المجلس الشعبي لبلدية ليوة ببسكرة ضد (ق.أ)، قضية رقم 6215 فهرس 00873

3- د. عاقلي فضيلة، النظام القانوني للصفقات العمومية ودوره في تسيير المال العام، مقال في مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر، العدد 09 سبتمبر 2015، ص 29.

أما في مصر جرى القضاء الإداري على تعريف العقد الإداري بأنّه: *" العقد الّذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شرطا أو شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص".*[1]

وفي نفس الاتجاه ذهبت المحكمة الإدارية في تونس في قرار لها صدر بتاريخ 30 جانفي 1989 القضيـة ع 573 (غير منشور) بالقول :"...*وحيث أنّ العقد المبرم بين شخص معنوي عمومي وأحد الأفراد لا يكفي بذاته لاعتباره من صنف العقود الإدارية بل لابدّ أن يستهدف تشريك المتعاقد في تسيير مرفق عام بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته وأن تتضمّن بنوده شرطا من الشروط الاستثنائية غير مألوفة في القانون الخاص والتي تنبّئ عن نية الإدارة في انتهاج أسلوب القانون العام".*[2]

وفي القضاء الإداري المغربي الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى بأن: *"الصفقة تعتبر عقدا إداريا بنص القانون وبالتالي لا حاجة للبحث عن وجود شروطا غير مألوفة في العقد المتعلق بالصفقات المبرمة لصالح الإدارة للقول بأن الأمر لا يتعلق بعقد في مجال القانون الخاص".*[3]

ثالثا: التعريف الفقهي.

لقد أجمع فقهاء القانون الإداري على أن أحكام العقود الإدارية هي من صنع القضاء الإداري في فرنسا، وعلى الرغم من الطابع القضائي للعقد الإداري ومع محاولة المشرع في الأنظمة المقارنة تقنين بعض الجوانب للعقد الإداري، إلا أن دور الفقه في تحليل الأجزاء المختلفة لهذه النظرية يظل بارزا، فظهرت عدة محاولات فقهية لتحديد مفهوم العقد الإداري.

وقد أيد جانب كبير من الفقهاء ما ذهب إليه القضاء الإداري وعلى رأسهم الدكتور سليمان محمد الطماوي بحيث يعرفون العقد الإداري على أنه "ذلك العقد الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون العام

1- للاطلاع على الأحكام المختلفة للقضاء المصري أنظر في ذلك: - د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص من 58- 61.

- د. محمد ماهر أبو العينين، القاضي الإداري وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية، وفقا لأحكام وفتاوى مجلس الدولة، الكتاب الأول، المفاهيم العامة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2016، ص 05 وما بعدها. - د. هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ص 19 وما بعدها.

- أنظر أيضا: حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم 1383، لسنة 35 ق عليا، جلسة 1995/01/08، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء 49 ص 58، أشار إليه: - د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، (دون سنة نشر)، ص36. وأشار إليه أيضا: - د. محمد ماهر أبو العينين، مرجع سابق، ص 05.

2- الدكتور عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، القسم الأول، جسور للنشر، والتوزيع، الجزائر الطبعة الخامسة، 2017، ص 97، 98.

3- القرار عدد 788، الصادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى بتاريخ 14 نوفمبر 1996 المنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى. – أشار إليه: د. محمد باهي، مرجع سابق، ص29.

بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام وذلك بتضمين العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة في عقود القانون الخاص أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام".[1]

كما يجمع الفقه في كون العقد الإداري هو عقد شأنه شأن العقد في القانون الخاص يتم بتوافق إرادتين على إنشاء التزام أو تعديله أو إلغائه وقوامه الإيجاب والقبول الذي يجب أن يتم من خلال الأوضاع الشكلية والإجراءات المنصوص عليها حتى ينتج آثاره الصحيحة وشأنه شأن العقود الخاصة بحيث يقوم على التراضي وإلا كان ذلك سببا في عدم مشروعيته.[2]

ويذهب الفقيه (L. DUGUIT) إلى أن العقد الإداري شأنه شأن العقود الأخرى له ذات الخصائص والآثار القانونية، وإذا كان الاختصاص المتعلق به المحاكم الإدارية، فإن ذلك مرده إلى غاية العقد ذاته مثل العقود التجارية على سبيل المثال[3].

كما يرى الفقيه (A. DE LAUBADERE) أن العقد الإداري هو "توافق إرادتين على إنشاء التزام وليس كل توافق يعتبر عقدا فهو يذكر الصفة العقدية على التصرفات الفردية ذات المظهر التعاقدي التي تجريها الإدارة"[4]، ويذهب الأستاذ (RICHER LAURENT) إلى أن العقد الإداري هو توافق إرادتين من أجل إحداث أثر قانوني معين سواء كان هذا الأثر بإنشاء التزام أو تعديله ، وهو العقد الذي يبرم من طرف الإدارة من أجل تنظيم او تسيير مرفق عام، والشروط التي تحكم هذا العقد هي مختلفة عن تلك المقررة في عقود القانون الخاص.[5]

1- أنظر في ذلك: - د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 41. - د. محمد صغير بعلي، مرجع سابق، ص 189.
- د. عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة السادسة، 2014، ص 192. – د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2010، ص 11. - د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007، ص 06، - د. بشار جميل عبد الهادي، العقد الإداري، الجوانب القانونية والإدارية والأدبية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2015، ص 20،

2 - أنظر في ذلك: - د. عبد الفتاح صبري أبو الليل، أساليب التعاقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة طنطا، 1993، ص 13. - د. عمار عوابدي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 186. – د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2005، ص 07.

3 - Léon DUGUIT. Traité de droit constitutionnel, 2ème éd., Paris, 1923, p 91. - DUGUIT Léon. Traité de droit constitutionnel, 3ème éd., Paris, 1927, p 384.

4 - André DE LAUBADERE. Traité des contrats administratifs, T. 2, LGDJ, Paris, 1984, p. 125.

- André DE LAUBADERE, Franck MODERNE, Pierre DELVOLVE. Traité des contrats administratifs, 2ème éd., 1983, p. 29.

5 - Laurent RICHER. Droit des contrats administratifs, 8ème éd., LGDJ, Paris, 2012, p. 17

ومن خلال استقراء التعريفات السابقة للعقد الإداري[1] يتضح بأن العقد الإداري شأنه شأن العقد المدني، يتم بتوافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، وذلك بإنشاء أو تعديل التزام، كما يتفق العقد الإداري مع العقد المدني من حيث الأركان الأساسية الواجب توافرها أثناء التعاقد والمتمثلة في الرضا والمحل والسبب، بالإضافة إلى أن شروط صحة الرضا والمحل والسبب تتفق في جزء كبير منها مع الشروط المقررة لذلك في العقود المدنية، إلا أن الاختلاف الجوهري يظهر بصورة جلية في المبادئ العامة والقواعد التي تحكم كل من العقدين، وذلك من حيث القواعد الخاصة بالتكوين والإبرام، والأحكام والقواعد الموضوعية الخاصة بآثار العقد وتنفيذه.[2]

وبناء على ما سبق ذكره يمكن تعريف العقد الإداري على أنه اتفاق بين شخص من أشخاص القانون العام مع شخص أو عدة أشخاص طبيعية أو معنوية بقصد تسيير أو تنظيم مرفق عام على أن يتبع في ذلك أسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في قواعد القانون الخاص، أو بتمكين المتعاقد من الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام.

الفرع الثالث: أركان العقد الإداري.

لقد سبقت الإشارة إلى أن العقد الإداري يتفق مع العقد المدني من حيث أن كل منهما يقوم على أساس توافق إرادتين على انشاء أو تعديل التزام، كما يتفق العقد المدني مع العقد الإداري من حيث الأركان الأساسية الواجب توافرها أثناء التعاقد، وعلى ذلك فيما عدا ما تستلزمه العقود الادارية تسري عليها ما يسري على عقود القانون المدني، فحتى يعتبر العقد صحيحا لابد من أن يحتوي أركانه.[3]

وترتيبا على ذلك سوف أناقش أركان العقد الإداري من رضاء ومحل وسبب فيما يلي:

1- وللاطلاع على مزيد من التعريفات المختلفة للعقود الإدارية راجع في ذلك: - د. عمار عوابدي، مرجع سابق، ص 192. - د. مفتاح خليفة عبد الحميد / د. حمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، الدار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية – مصر، 2008، ص 15وما بعدها. - د. بة يمانة جلال حسن، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2017 ص 37 وما بعدها، - د. مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 20، 21،

2- أنظر في ذلك: - د. علي عبد الأمير قبلان آثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 189 وما بعدها. - د. علي محمد بدير، د. عصام عبد الوهاب البزرنجي، د. مهدي ياسين السلامي، مبادئ وأحكام القانون الإداري، العاتك لصناعة الكتاب، 2011، ص 471.

3- تناول المشرع الجزائري شروط العقد في القسم الثاني من الفصل الثاني من الكتاب الثاني للقانون المدني من خلال المواد من 59 إلى 98، كما نصت المادة 1108 من القانون المدني الفرنسي أنه يجب توافر شروط أربعة لصحة العقد وهي الرضا الأهلية، المحل والسبب.

أولا: ركن الرضا.

يقصد بالرضا (Du Consentement) توافق الإيجاب والقبول قصد ترتيب أثر قانوني معين، فالرضاء يفترض وجود الإرادة، فالشخص معدوم الإرادة لا يمكن أن يصدر منه رضاء كالمجنون والطفل غير المميز أو من انعدمت إرادته تحت تأثير ما، ولما كانت الإرادة أمر باطني يدور بداخل النفس فلا بد من ان يكون لها مظهر خارجي يسمى التعبير عن الإرادة، والتعبير عن الإرادة قد يكون صراحة أو يكون دلالة[1]، فيكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو اتفاق الطرفين على أن يكون صريحا، وهذا ما نصت عليه المواد 59، 60 من القانون المدني الجزائري.

والعقد الإداري في تكوينه لا يختلف عن العقد المدني من حيث أركانه باستثناء أن الإدارة تحكمها قواعد خاصة في إبرام العقود وهي لا تتمتع بالحرية في ذلك حيث تلتزم باتباع طرق وإجراءات محددة في نصوص خاصة، ففي العقود الإدارية تغلب الشكلية في التعبير عن الإرادة، وذلك بواسطة الكتابة وفقا للأشكال والشروط القانونية المقررة في إبرام العقود الإدارية ومن ثم يتحدد الرضا وفقا للأسلوب الذي تنتهجه الإدارة في اختيار المتعاقد معها.[2]

وبالتالي لانعقاد العقد الإداري صحيحا لابد من توافق الإرادتين بتطابق الإيجاب والقبول، وتم التراضي بين الطرفين وفقا للقانون من حيث الاختصاص والشكل وأهلية التعاقد، وخلت الإرادة من عيوب الرضى، ومن ثم يتحدد الرضا وفقا للأسلوب الذي تنتهجه الإدارة في اختيار المتعاقد معها.[3]

فالنظرية المدنية لعيوب الرضا لا تطبق على عقود القانون الخاص فحسب، بل تطبق أيضا على عقود القانون العام على الرغم من أن الغلط والتدليس والاكراه نادرا ما نجدها في العقود الإدارية.[4]

أ – **الغلط:** يكون الغلط (L'erreur) حين يعتقد أحد الطرفين بصحة ما ليس صحيحا أو بعدم صحة ما هو صحيح، وليس كل غلط يقع فيه المتعاقد يؤدي إلى إبطال العقد، فيشترط المشرع في الغلط حتى

1- أنظر في ذلك د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 146، 147

2- فالصفقات العمومية مثلا تبرم كقاعدة عامة وفقا لإجراء طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة، أو وفق إجراء التراضي وفقا لأحكام المواد 39 وما بعدها من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، - أنظر في طرق إبرام الصفقات العمومية - د. عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 193 وما بعدها، - د. محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 219 وما بعدها.

3- أنظر د. علي عبد الأمير قبلان، مرجع سابق، ص 197 وما بعدها

4- أنظر، جورج فوديل، بيار دلفوفيه (G. VEDEL – P. DELVOLVE) القانون الإداري، الجزء الأول، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2008، ص 343.

يجوز للمتعاقد أن يطلب إبطاله أن يكون الغلط الذي وقع فيه جوهري يبلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن ابرام العقد لو لم يقع فيه، ويمكن للغلط ان ينتج عنه انعدام الرضى، فيؤدي إلى إبطال العقد بطلانا مطلقا، كما يجوز إبطال العقد إذا كان الغلط نسبيا مثل الغلط في مادة الشيء، أما إذا لم يمس الغلط أي صفة جوهرية فيستمر العقد[1]، ويعتبر الغلط جوهريا (l'erreur essentiel) على الأخص إذا وقع في صفة الشيء يراها المتعاقدان أنها السبب الرئيسي للتعاقد.

ويفرق مجلس الدولة الفرنسي بين الغلط في صفة جوهرية في الشيء والذي يؤدي إلى بطلان العقد وبين الغلط في صفة غير جوهرية في الشيء والتي لا تؤدي إلى بطلان العقد، ويتضمن الغلط نوعان يكون في صفة الشيء أو في ذات المتعاقد أو صفة من صفاته، إذا كانت تلك الصفة هي السبب الرئيس في التعاقد. [2]

ب – التدليس: يرى معظم الفقهاء أن التدليس وهو نوع من أنواع الغش ويكون بإيهام الطرف الآخر بغير الحقيقة، وذلك بالالتجاء إلى استعمال الحيلة والخداع لحمله على التعاقد بحيث لولاها لما رضى على التعاقد[3]، ويجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ اليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة، ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة او ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة.[4]

ج – الإكراه: ويعتبر الإكراه (La Violence) الممارس على أحد المتعاقدين لدفعه على التعاقد أيضا عيبا من عيوب الرضى التي تؤدي إلى إبطال العقد، سواء كان هذا الإكراه ماديا او معنويا، ويقصد به الضغط الذي تتأثر به إرادة الشخص مما تدفعه إلى التعاقد، والإكراه وإن كان يفسد الرضا فإنه لا يعدمه فالمكره إرادته موجودة ولو انتزعت منه هذه الإرادة رهبة ودفعه الخوف إلى التعاقد[5].

1- أنظر المادة 82 من القانون المدني الجزائري.

2- أنظر في ذلك: - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 379. – د. سعاد الشرقاوي، مرجع سابق ص 241 وما بعدها. - عليوات ياقوتة، تطبيقات نظرية العقود الإدارية على الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2008-2009، ص 75.

3- أنظر في ذلك: - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 390. - أ. خرشي النوى، مرجع سابق ص117.

4- المادة 86 من القانون المدني الجزائري والتي تقابلها المادة 125 من القانون 131 لسنة 1948 المتعلق بالقانون المدني، (نشرة بالوقائع المصرية، العدد 108، مكرر (1) الصادرة في 09 يوليو 1948.)

5- أنظر في ذلك د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 419 وما بعدها.

لذلك إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها الطرف الآخر في نفسه يجوز إبطال العقد للإكراه، وبذلك حتى يترتب على الإكراه إبطال العقد يجب أن يتم استعمال وسيلة من وسائل الإكراه تهدده بخطر محدق هو أو أحد أقاربه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال، وأن تدفع هذه الوسيلة الطرف المعني إلى التعاقد، وأن تكون هذه الوسيلة صادرة من الطرف الآخر أو تكون لها علاقة به. [1]

ويشير الفقيه (DE LAUBADERE) إلى أن حالات الإكراه في العقد الإداري نادرة، وغالبا ما ينتهي القضاء الفرنسي إلى إعلان بطلان العقد الإداري للإكراه مطبقا في شأنها قواعد القانون المدني.[2]

وقد طبق القضاء الإداري الفرنسي قواعد القانون المدني في شأن عيوب الإرادة في الكثير من قراراته منها قرار مجلس الدولة بتاريخ 11 فبراير 1972 في قضية المصلحة الوطنية للإسكان ببدل إيجار معتدل (Calvados) ، وحكم المحكمة الإدارية بباريس بتاريخ 21 أبريل 1971.[3]

وقضى مجلس الدولة بالبطلان بعد أن تعاقد أحد ممثلي الشركات مع الإدارة بصفته الشخصية، في حين أن الإدارة قد قصدت التعاقد معه بصفته ممثلا للشركة[4]، وقد تجسد موقف القضاء الإداري الفرنسي من الرضائية في العقد الإداري في أحكامه فأقر مجلس الدولة الفرنسي في حكم له بتاريخ 1991/11/18 في قضية: (Le chaton /c/ commune de Guidel) بأن الإجراءات التي يتم فيها إبرام العقد الإداري تشكل عملية مركبة، تقود بدورها إلى تكوين التعبير عن الإرادة.[5]

وطبق أيضا قواعد القانون المدني في شأن الإجراءات الإدارية التي اتخذتها الإدارة لإجبار شركة على تعاقد، في حكم مجلس الدولة بتاريخ 1895/02/15 في قضية (Sté des mines de Lens) الذي قضى *"مما تقدم، يتضح أن التهديد الذي تستند الشركة أليه وتشكو من آثاره لم يتسم في طبيعته بطابع العنف والإكراه، على وجه يعيب الرضى لدى متولي إدارة الشركة..."* ، وفي حكم آخر في قضية (Bouniol de Gineste) استعملت الإدارة أسلوب الاستيلاء كي تضمن قيام المتعاقد بتنفيذ العقد.[6]

1- أنظر المواد 88، 89 من القانون المدني.

2 - André DE LAUBADERE, Traité de droit administratif, 6em éd Paris, L.G.D.J, 1973, Op.cit., p 540.

3- أشار إليها: - (G. VEDEL- P. DELVOLVE)، ترجمة منصور القاضي، مرجع سابق، ص 343، 344.

4- حكم مجلس الدولة الصادر في 1950/04/26 في قضية (Domergue) أشار أليه د. علي عبد الأمير قبلان، مرجع سابق، ص 248.

5- أشار أليه: - د. علي عبد الأمير قبلان، مرجع سابق، ص 197.

6 - أنظر: د. علي عبد الأمير قبلان، مرجع سابق، ص 254.

كما أن القضاء الإداري في الجزائر يسير على هذا النهج، حيث قضى مجلس الدولة ببطلان العقد استنادا لقواعد القانون المدني في قراره بتاريخ 2001/07/09، حيث جاء في القرار *"...حيث أن (ب.أ) تحصل على العقد محل الطعن الحالي عن طريق التصريح الكاذب أمام مصالح أملاك الدولة، وأنه يترتب على كل تصريح كاذب البطلان....حيث وأنه يتعين إلغاء القرار المستأنف ومن جديد التصريح ببطلان عقد بيع المحل..."*[1]

كما جاء قرار مجلس الدولة مؤرخ في 2004/04/06 في حيثياته *"...أن مهام الوكالة العقارية الممثلة بمديرها تختص بإبرام جميع العقود، وعليه فإن عقد البيع المبرم من طرف رئيس البلدية باطلا".*[2]

أما موقف القضاء الإداري المصري فيؤكد وجود الرضائية في العقد الإداري، كما يؤكد أيضا وجود إرادة الشخص العام في الكثير من أحكامه[3]، حيث قضت المحكمة الإدارية العليا *"بأن العقد الإداري شأنه في ذلك شأن العقود التي تخضع لأحكام القانون الخاص، يتم بتوافق إرادتين تتجهن إلى إحداث أثر قانوني معين، هو إنشاء التزام أو تعديله..."* [4]،

وقضت المحكمة الإدارية العليا فيما يخص عيب التدليس بما يلي: *"طبقا لحكم المادة 127 من القانون المدني، ومن حيث أنه عن ادعاء الطاعن بأن جهة الإدارة دلست بإيهامها بان السعر الذي يتعاقد به هو سعر مجز يحقق له ربحا فإن هذا الادعاء عار عن الصحة، إذ تخلو الأوراق مما يفيد ذلك... وفضلا عن ذلك فإن ذلك لا يعتبر تدليسا في مفهوم المادة 125 من القانون المدني للمطالبة بإبطال العقد..."*[5]

---

1 - قرار مجلس الدولة في 2001/07/09، فهرس 516 (غير منشور).

2 - قرار مجلس الدولة بتاريخ 204/04/06، رقم: 10979، قضية (م.م.ب) ضد بلدية الشطية، مجلة مجلس الدولة، 2004، العدد 05، ص 217. - وفي آخر مؤرخ في 2000/06/26 نجد قضاء مجلس الدولة يستند صراحة على نص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، قرار في 2000/06/26، رقم 210419، (غير منشور)

3- أنظر أحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم 1383 لسنة 35. ق، جلسة 1995/01/08، والطعن رقم 631 لسنة 25. ق، جلسة 1993/02/02. أشار إليها - د. علي عبد الأمير قبلان آثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 197.

4- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، قضية رقم 1020، سنة 19. ق، في 1967/04/08، مجموعة المبادئ القانونية للمحكمة في العقود الإدارية في خمسة عشر عاما، ص 107. - أنظر: - د. صفاء فتوح جمعة، مرجع سابق، ص 52.

5- أشارت إليه: - د. سعاد الشرقاوي، مرجع سابق، ص 247، 248.

ثانيا: ركن المحل.

يعرف المحل (L'objet) في الفقه على انه الأمر الذي يلتزم المدين القيام به، وهو الشيء الذي يلتزم المتعاقد بتنفيذه كالقيام بعمل او الامتناع عن عمل.[1]

وما دام أن العقد الإداري يتصل في الغالب بالمرفق العام سواء كان ذلك في مجال الأشغال أو التوريد والنقل أو الخدمات أو الدراسات أو تفويضات تسيير المرفق العام، ويهدف إلى تحقيق المصلحة العامة فإن المحل يكون هو أيضا متصل بالمرفق العام.[2]

ويجب في المحل أن يكون موجودا وأن لا يكون مستحيلا، وأن يكون مشروعا غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، وأن يكون معينا، غير أنه يجوز أن يكون المحل شيئا مستقبلا ومحققا، وأن يكون معينا بذاته أو بنوعه ومقداره، أو نوعه فقط، وأن يكون قابلا للتعامل فيه.[3]

وقد طبق القضاء الإداري في فرنسا أحكام القانون المدني في الكثير من القضايا، فقضى مجلس الدولة في قرار له صادر بتاريخ 1997/12/22 بإبطال عقد بين بلدية وإحدى الشركات الخاصة، لأن موضوع هذا العقد لم يقتصر على حراسة العقارات والمنقولات العائدة لهذه البلدة فحسب، بل عهد إلى هذه الشركة مهمة السهر على ضبط الطرق العامة لكل القطاع البلدي.[4]

وفي مصر يطبق القضاء الإداري أيضا قواعد القانون المدني وذلك فيما عدا ما تستلزمه طبيعة العقود الإدارية[5]، فيشترط القضاء الإداري في محل العقد ـ أيا كان العقد ـ أن يكون قابلا للتعامل فيه، أي أن لا يكون محضرا أو غير مشروع لمخالفته للنظام العام حيث قضت المحكمة الإدارية العليا في هذا الصدد "...*من حيث أن الثابت انه من شأن استعمال الأدوات محل العقد تعريض سلامة المستهلكين لخطر التسمم وهو أمر في ذاته مخاف للنظام العام...*" .[6]

---

1 - راجع، د. ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع B.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005، ص 120.

2 - راجع، د. عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزام، القسم الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1990، ص 112.

3 - أنظر المواد 92، 93، 94، ى95 من القانون المدني الجزائري.

4- أنظر د. علي عبد الأمير قبلان، مرجع سابق، ص 275.

5- د. صفاء فتوح جمعة، مرجع سابق، ص 52.

6- أنظر حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، قضية 1303، بتاريخ 31 ديسمبر سنة 1966، مجموعة المبادئ القانونية للمحكمة، لسنة 12 قضائية في خمسة عشر عاما، ص .503

وعلى ذلك فإن العقد الإداري كالعقد المدني يجب أن يكون محل هذا العقد معينا تعيينا كافيا ومشروعا، ممكنا غير مستحيل، ومحددا.

ثالثا: ركن السبب.

يقصد بالسبب (La cause) في عملية ابرام العقود الدافع الباعث للتعاقد، وفي العقود الإدارية سبب المصلحة المتعاقدة تبرره اعتبارات المصلحة العامة من خلال اشباع الحاجات العامة للجمهور، في حين أن سبب المتعاقد مع الإدارة هو تحقيق الربح[1]، ويشترط المشرع الجزائري في السبب أن يكون موجودا ليس وهميا، وأن يكون مشروعا غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، وإلا كان العقد باطلا. [2]

ومعنى وجود السبب توافر الغرض المباشر الذي يقصد إليه الملتزم، أما عن مشروعية السبب فيقصد به ألا يكون سبب الالتزام مخالفا للنظام العام والآداب، ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه.[3]

والسبب ركن جوهري وأساسي في العقد الإداري مع مراعاة ما يتعلق بطبيعة العلاقة الإدارية، وإن كانت أحكام القضاء الإداري قليلة في هذا الشأن ومرد ذلك أنه من النادر أن تتعاقد الإدارة دون سبب أو سبب باطل، وذلك لأن الدوافع التي تبعث الإدارة على التعاقد تتمثل دائما في تحقيق المصلحة العامة وفي ضرورة سير المرفق العام.[4]

ويوجد من يجعل الشكل ركن رابع للعقد الإداري مستندين في ذلك إلى أن المشرع يخضع بعض عقود الإدارة صراحة إلى وجوب خضوعها لشكليات وإجراءات محددة وأن بعض العقود تستلزم الكتابة منها تلك التي وردت في قوانين الصفقات العمومية في مختلف الأنظمة المقارنة.[5]

إلا أنه وحسب رأيي فإن الشكل في العقد لا يمكن اعتباره ركنا من أركان العقد، على أساس أن الركن هو الذي لا يقوم العقد بدونه، ومنه فإن الشكل يعتبر شرط متعلق بصحة العقد وليس خاصا بطبيعته،

1- راجع د. ماهر محمد حامد، مرجع سابق، ص 124.

2- أنظر المادة 97 من القانون المدني

3- أنظر المادة 98 من القانون المدني

4- أنظر د. صفاء فتوح جمعة، مرجع سابق، ص 53.

5 - أنظر في ذلك: - عليوات ياقوتة، مرجع سابق، ص 83. - أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري، في الجزائر، رسالة ماجيستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012-2013، ص 46.

ويعتبر الشكل شرطا في ركن الرضا، فالأصل العام هو أنه يجوز التعبير عن الإرادة باللفظ او الإشارة أو الكتابة، بل يجوز أيضا أن يكون التعبير ضمنيا، فصحيح أن المشرع يشترط في بعض العقود الإدارية أن تكون مكتوبة، لكن يمكن أن يؤدي دورا مكملا حتى في مجال الصفقات العمومية كما لو يقوم متعاقد مع الإدارة بأعمال إضافية[1] لم يكن منصوص عليها في العقد المكتوب.

وفي هذا الشأن جاء في حيثيات قرار مجلس الدولة الصادر في 2016/03/03 بأنه:

"... حيث تبين أن أصل المبلغ المطالب به يتعلق بأشغال إضافية لأنه –أي المدعي وقتها– تلقى مستحقات قيمة الاتفاقية، حيث أن المستأنف لم يقدم ما يثبت أن هذه الأشغال الإضافية المزعومة هي أشغال ضرورية للمشروع مع تحديد ذلك، كما أنه لم يقدم ما يثبت أن الأشغال أمرت بها صاحبة المشروع..."[2]

ويتضح من خلال حيثيات هذا القرار أن الاشغال الإضافية ترتب آثارها، وتكون جهة الإدارة ملزمة بأداء مقابل هذه الأشغال، بشرط أن تكون هذه الأشغال ضرورية لتنفيذ العقد، حتى ولو لم يتوفر فيها عنصر الكتابة.

وهذا ما أكده في القرار الصادر بتاريخ 2005/07/12 ورد بحيثياته أنه *"... وبما أن الأشغال الإضافية كانت ضرورية لإنجاز المشروع حسب قواعد الأشغال المطالب بإنجازها فإن صاحب المشروع ملزم بتسديدها حتى وإن لم يتلقى أي أمر بإنجاز هذه الأشغال من طرف صاحب المشروع.."* [3]

وفي قرار سابق للمجلس الأعلى بتاريخ 1975/06/25 ورد بحيثياته أنه *"... حيث أن المقاول (أ. أ) لم يستطع تبرير ذلك بأمر مكتوب على هذا القسم من الاعمال إلا أنه يستخلص من وثائق الملف لاسيما .... أنه موافق على المبلغ المقترح...."* [4]

1- الأعمال الإضافية أشار إليها المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المؤرخ في 20 مايو سنة 2012 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال (ج ر س عدد 50 لسنة 2012) في المواد 20 و34 منـــــه

وسيأتي تفصيل ذلك عند التطرق لموضوع الأعمال الإضافية في الباب الثاني.

2- قرار صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2016/03/03 فهرس 2016/0398، ملف رقم 114117، (غير منشور).

3- قرار مجلس الدولة مؤرخ في 2005/07/1، رقم: 22350، مجلة مجلس الدولة، 2005، العدد 7، ص 92

4- قرار المجلس الأعلى في 1975/06/25 (دون رقم)، نشرة القضاة، سنة 1978، العدد 1، ص 42. – أنظر، أ. سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء 1، منشورات كليك، الجزائر، الطبعة 01، 2013، ص40.

وقد استقر القضاء الإداري في فرنسا ومصر على أن العقد الشفوي التكميلي تتصرف إليه طبيعة العقد الأصلي بحكم ارتباطه به وتعويله عليه وبالتالي فلا حاجة لاستظهار الكتابة.[1]

المطلب الثاني: صور العقود الإدارية

يميز الفقه بين نوعين من العقود الإدارية، عقود إدارية مسماة، والتي لكل منها اسمها المعروف ونظامها القانوني الخاص بها[2]، مثل عقد الأشغال العامة، وعقد التوريد، وعقد الامتياز وغيرها، وعقودا إدارية غير مسماة، والتي تبرمها الإدارة على خلاف المألوف كلما تطلبت ذلك مقتضيات سير المرفق العام، وتتمتع بخصائص منفردة اكتسبتها من خلال ذاتيتها وذلك لاحتوائها على الأركان الأساسية التي يتعين توافرها في العقد الإداري[3]، فلم يعد الأمر مقتصرا على عقود محددة حصرا.

وسأتناول فيما يلي أهم العقود الإدارية كون أن التطرق إلى جميع الأنواع ودراسة نظامها القانوني يتجاوز نطاق هذا البحث.

الفرع الأول: عقد الأشغال العامة

لقد اهتم الفقه و القضاء الإداري بتعريف عقد الأشغال العامة (le marché de travaux publics) فقد عرفه معظم الفقهاء على أنه: " اتفاق بين الإدارة و أحد الأفراد أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام و بقصد تحقيق المنفعة العامة، في نظير المقابل المتفق عليه، وفقا للشروط الواردة بالعقد".[4]

كما أن القضاء عرف عقد الأشغال العامة حيث ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أن عقد الأشغال العامة هو عقد اداري باستمرار[5]، وقد توسع مجلس الدولة الفرنسي في فكرة الأشغال العامة حين ألحق

1- د. صفاء فتوح جمعة، العقد الإداري الالكتروني، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، الطبعة الأولى 2014، ص 57.

2- راجع: - د. محمد صغير بعلي، مرجع سابق، ص 206. – د. بشار جميل عبد الهادي، مرجع سابق، ص 29

3- د. محمد جمال مطلق الذنيبات، مرجع سابق، ص 257، 258. - د. بشار جميل عبد الهادي، مرجع سابق، ص30.

4 - أنظر على سبيل المثال: - د. سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص122. - د. عمار عوابدي، مرجع سابق، ص 198. - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 46.

- Ahmed MAHIOU, cour d'institutions administratives, 3em éd, O P U, Algérie, 1981, p 234.

- André DE LAUBADERE, Traité théorique et pratique des contrats administratifs, T1 1956, mise à jour 1959, p 39 – 40.

5 راجع في ذلك: - د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص123. - د. فهد مرزوق فهد العنزي، النظام القانوني لإبرام عقد الأشغال العامة في دولة الكويت، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، قسم القانون العام، جامعة القاهرة، 2007-2008، ص 11.

بها عدة عقود أخرى مغايرة لما لها من علاقة بالأشغال العامة، كالعقود المبرمة مع المهندسين لتصميم الأعمال والإشراف.[1]

أيضا ورد في حكم محكمة القضاء الإداري في مصر تعريف لعقد الأشغال العامة بقولها *"... ومن حيث أن عقد الأشغال العامة هو عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام، وفرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام، و تحقيقا للمصلحة العامة مقابل ثمن يحدده في العقد"* [2]

أما على المستوى التشريعي فلم تعرف أغلب التشريعات المقارنة عقد الأشغال العامة وإنما وجدت بعض النصوص التي يصف فيها المشرع بعض الأشغال على أنها أشغال عامة، فنجد المشرع الفرنسي يشير في المادة الخامسة (05) من قانون الصفقات العمومية إلى الأهداف من صفقة الأشغال العامة.[3]

المشرع الجزائري أيضا لم يعرف عقد الأشغال العامة في مختلف تنظيمات الصفقات العمومية[4]، بل أشار إلى الهدف من صفقة الأشغال وعلى ما تشتمله، فقد ورد بالمرسوم الرئاسي 15-247 أن الصفقة العمومية للأشغال تهدف إلى إنجاز منشأة أو أشغال بناء أو هندسة مدنية من طرف مقاول، في ضل احترام الحاجات التي تحددها المصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع، كما بين في نفس المادة أن الصفقات العمومية للأشغال تشمل البناء أو التجديد أو الصيانة أو التأهيل أو التهيئة أو الترميم أو الإصلاح أو التدعيم أو الهدم للمنشأة أو جزء منها.[5]

1- د. حسن عبد الله حسن ، عقود مقاولات الاعمال، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2015، ص 12.

2 - أنظر حكم محكمة القضاء الإداري صادر في 23 ديسمبر 1956 في القضية رقم 284 لسنة 08 قضائية، أشار إليه: - د. مي محمد عزت علي شرباش، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، النظام القانوني للتعاقد بنظام B.O.O.T، 2010، ص 35. - د. خليل صالح الصمرائي، عقد الأشغال العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2017، ص 19. - د. عبد الغاني بسيوني عبد الله، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر (دون طبعة، دون سنة نشر)

3 - Voir L'article 05 du code des marchés publics.

4 - للتفصيل حول صفقة الاشغال العامة في مختف تنظيمات الصفقات العمومية السابقة راجع: - د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247، القسم الأول، الطبعة الخامسة، مرجع سابق، ص 171 وما بعدها.

5- راجع المادة 29 من المرسوم الرئاسي 15-247.

- وهو نفس النص الذي ورد في المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المؤرخ في 20 مايو 2021 والمتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبق على الصفقات العمومية للأشغال، مع ملاحظة أنه أضاف ما تشمل عليه الصفقات العمومية للأشغال عل سبيل المثال.

وذهب الفقه إلى تأصيل عقد الأشغال العامة كونه في حقيقة الأمر عقد مقاولة الموجود والمكرس في القانون المدني[1] ،غير أنه لما اتصل بمرفق عام وكان الهدف منه تحقيق مصلحة عامة سمي العقد بعقد الأشغال العامة تميزا له عن العقد المدني وكونه من العقود الإدارية لا المدنية.[2]

وفي رأيي حسنا فعل المشرع بعدم تعريفه للأشغال العامة لأن عقد الأشغال العامة هو من العقود الدائمة التطور، ولا يمكن تقييدها بنص تشريعي.

ومن خلال التعاريف التي أوردها الفقه والقضاء يتضح لنا أن عقد الأشغال العامة يستوجب توافر ثلاث عناصر تتمثل في أن تكون الأشغال تنصب على عقار، وأن تتم لحساب شخص عام، وتهدف لتحقيق المنفعة العامة وسأحاول تناولها على التفصيل التالي:

أولا: يجب أن ينصب موضوع عقد الأشغال العامة على عقار.

فيجب أن ينصب عقد الأشغال العامة على عقار، وتتجسد مثل هذه الأشغال على سبيل المثال في أعمال البناء و الحفر و الترميم أو الهدم و شق الطرق و غيرها من المواضيع التي أضفى عليها مجلس الدولة الفرنسي صفة عقود الأشغال العامة.[3]

وقد بين المشرع الجزائري في المادة 05 /2 من المرسوم التنفيذي 21 – 219 المتضمن الموافقة على دفاتر البنود الإدارية ما تشمل عليها الصفقة العمومية للأشغال على سبيل المثال، منها: (الجسور، ، الأنفاق، الطرق ، فتح المسالك، أشغال المطارات، الأشغال الغابية، الأشغال البحرية، أشغال محطات إنجاز الكهرباء والطاقة الشمسية وطاقة الرياح ....الخ) [4]

ويستوي في ذلك إن كان العقار بالطبيعة أو عقارا بالتخصيص (les immeubles par destination) كإقامة خطوط تلفونية ومد أسلاك تحت الماء.

1- تنص المادة 549 من القانون المدني على أنه: **"المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"**

2- أنظر د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الرابعة مرجع سابق، ص91.

3- د. زكريا المصري، العقود الإدارية ما بين الالتزام، القانون، والواقع العملي، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، الطبعة الأولى 2014، ص 30

4- راجع المادة 05 من المرسوم التنفيذي 21 – 219 المتضمن الموافقة على دفاتر البنود الإدارية المؤرخ في 20 مايو 2021 (ج ر س 50 لسنة 2021)

كما أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي قد توسع في فكرة الأشغال العامة فأدخل فيها كافة الأعمال المتعلقة بالصيانة، ومثال ذلك التنظيف والكنس والرش في الطرق العامة، ونقل المواد اللازمة للتنفيذ العمل.[1]

أما المنقول فلا يصح أن يكون محلا لعقد الأشغال العامة أيا كانت قيمته أو حجمه، و لو كان مملوكا للدولة ومخصصا للمنفعة العامة[2]، فلا يمكن أن يعتبر عقدا إداريا الاتفاقات التي يكون محلها منقول مهما كانت ضخامة هذا المنقول، وعلى هذا الأساس لم يعتبر القضاء الإداري عقودا من عقود الأشغال العامة الاتفاقات التي تكون محلها إعداد أو بناء أو ترميم سفينة أو حظيرة متحركة للطائرات.[3]

ثانيا: يجب أن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام.

فيجب أن يتم تنفيذ الأشغال العامة لحساب شخص من أشغال القانون العام حتى تتصف الأشغال بأنها أشغال عامة، فلا تعتبر العقود المبرمة بين أشخاص القانون الخاص، عقود إدارية حتى و لو كان موضوعها تنفيذ أشغال عامة باستثناء تلك التي تخضع لأحكام الوكالة وفقا لقواعد القانون المدني[4]، وليس من الضروري أن يكون العقار محل الأشغال مملوك للشخص المعنوي العام.

و هذا ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي بقوله أنه يكفي أن يتم العمل لحساب الشخص المعنوي العام، حتى ولو كان محله عقارا خاصا، كالحالة التي يؤول فيها العقار للشخص المعنوي العام في النهاية، أو كان للشخص المعنوي العام إشراف مباشر على الأعمال محل النشاط.[5]

ثالثا: يجب أن يكون الهدف من الأشغال تحقيق المصلحة العامة.

بالإضافة إلى توفر العنصرين السابقين يجب أن يكون الهدف من وراء موضوع العقد خدمة المصلحة العامة و النفع العام، و ارتبطت فكرة الأشغال العامة في بداية الأمر بالمرفق العام، فكانت تعتبر أشغالا

---

1 - أنظر حكم مجلس الدولة الفرنسي 09 فبراير سنة 1934 في قضية "Mabille" وحكمه الصادر في 28 مايو سنة 1935 في قضية "Quignard" أشار إليه: د. سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 124.

2- د. حسن عبد الله حسن، المرجع السابق، ص 12.

3 - André DE LAUBADAIRE, traite élémentaire de droit administratif, 5eme éd, paris, 1970, p 262.
- أنظر أيضا: حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 17يونيو1938 في قضية "le Tournir"، أشار إليه: د. سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 123.

4- راجع أحكام الوكالة في القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر رقم 58/75 الصادر في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم والتي وردت بالفصل الثاني من الباب التاسع، خاصة المواد من 571 إلى 574.

5- حكم مجلس الدولة الصادر في 22 يونيو سنة 1928، أشار إليه: د. سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 124.

عامة تلك التي تتم على عقارات مخصصة لمرفق عام، و لو كانت غير مملوكة للإدارة، لكن سرعان ما انفك هذا الرابط بين الفكرتين[1]، وتم الاعتراف بصفة الأشغال العامة لأعمال تمت على عقارات غير مخصصة لمرافق عامة في قضية (Commune de Monségur) بتاريخ 10 يناير سنة 1921.[2]

كما ارتبطت فكرة الأشغال العامة بفكرة الدومين العام[3]، بحيث تعتبر الأشغال التي تتم على عقارات تدخل في نطاق الدومين العام من قبيل الأشغال العامة على عكس ما لو تمت الأعمال على عقار يدخل في نطاق القانون الخاص والتي تخرج عن وصف العقود الإدارية، ولكن سرعان ما انفك هذا الترابط بين الفكرتين، حيث أصدرت محكمة التنازع الفرنسية حكما فصلت بموجبه بين فكرة المصلحة العامة التي يتولاها المرفق و بين الدومين العام.[4]

وهكذا انفصلت فكرة الأشغال العامة عن فكرتي المرفق العام والأموال العامة، و أصبح يكفي أن تحقق الإدارة من وراء العقد مصلحة عامة، ولا يشترط ان تتم هذه الأشغال على مال عام او عقار مخصص لمرفق عام كما لان الغاية تحقيق مصلحة عامة.[5]

وتجدر الإشارة إلى أنه يوجد من الفقهاء من يضيف عنصر رابع يتمثل في وجوب أن تتمثل أعمال الأشغال العامة في أعمال البناء أو الهدم أو ترميم أو صيانة[6]، إلا أنني أؤيد ما ذهب إليه معظم الفقه، وذلك كون أن هذا العنصر يدخل ضمن العنصر الأول المتعلق بأن ينصب عقد الأشغال العامة على عقار، كون أن الأعمال التي تنصب على العقارات تتضمن كل من البناء والهدم والترميم وغيرها.

---

1 - د. مي محمد عزت علي شرباش، مرجع سابق، ص 36

2 - د. سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 125.

3 - ويقصد بالدومين العام الأموال التي تمتلكها الدولة أو هيئاتها العامة والتي تخضع للقانون العام وتكون مخصصة للنفع العام ومنها ، الأنهار والطرق والحدائق العامة ، ولا تتقاضى الدولة ثمناً من الأفراد لقاء استخدامهم لها ، لمنها تفرض الرسوم للانتفاع منها كالرسوم التي تفرض مقابل زيارة الحدائق والمتاحف أو عبور الطرق.

4 - أنظر، حكم صادر عن محكمة التنازع الفرنسية في 1942/10/24 ، أشار إليه بن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، دكتوراه، جامعة منتوري، قسنطينة، 2012/2011 ص 06.

5- أنظر: محكم التنازع الفرنسية، في قضية (Effiminieff) ضد اتحاد التعمير، T C , 28 mars 1955 rec, 617، أشار إليه: - عليوات ياقوتة، مرجع سابق، ص 51.

6 - د. ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص 281

الفرع الثاني: عقد التوريد.

لم يعرف المشرع الجزائري عقد التوريد في تنظيم الصفقات العمومية[1]، فقد أشار فقط إلى الهدف الذي تهدف إليه الصفقة العمومية للوازم والمتمثل في اقتناء أو إيجار أو بيع، لعتاد أو مواد مهما كان شكلها موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورد، ويبين أيضا في تنظيم الصفقات العمومية أنه يمكن أن تشمل الصفقة العمومية للوازم مواد تجهيز منشآت إنتاجية كاملة غير جديدة والتي تكون مدة عملها مضمونة أو مجددة بضمان[2]

ومن أهم ما جاء به المرسوم الرئاسي 15-247 أنه قدم تكييفا لبعض العقود التي تتداخل موضوعاتها أحيانا وتجمع بين موضوع صفقتين، فقدم حلا من خلال الفقرة 06 و08 من المادة 29 في حالة اقتران عقد اللوازم بقيام أشغال أو اقترانه بتقديم خدمات، بحيث يعتبره على التوالي عقد اقتناء لوازم متى لم تتجاوز قيمة الأشغال أو قيمة الخدمات قيمة اللوازم ذاتها.

والملاحظ في المشرع الجزائري ينتهج نفس نهج المشرع الفرنسي في وصفه لعقد التوريد.[3]

ويعرف الدكتور محمد صغير بعلي أن عقد التوريد على أنه "اتفاق تبرمه الإدارة أو المصلحة المتعاقدة مع شخص آخر (المورد) وذلك بقصد تموينها وتزويدها باحتياجاتها من المنقولات مثل الأثاث المكتبي للإدارة، والأدوية بالنسبة للمستشفى، الكتب للمكتبة العمومية...الخ"[4]

ما يلاحظ من خلال نصوص تنظيم الصفقات العمومية ترابط صفقة النقل مع صفقة اقتناء اللوازم (التوريد) فكل مواضيع هذه الصفقة تتعلق بمنقولات بكافة أصنافها وحالاتها، سواء كانت اقتناء أو إيجار، وهي ما يميزها عن صفقات الأشغال والدراسات.

غير أن ما يميزها أيضا عن صفقة الخدمات هو أن صفقة اقتناء اللوازم (التوريد) تساهم غالبا في زيادة الذمة المالية للإدارة، على عكس صفقة الخدمات، التي يتعلق موضوعها بصيانة منقول على سبيل المثال، فإن تلك الخدمة وإن أسهمت في إطالة عمر المنقول فإنها لا تزيد في حجم ذمتها المالية.[5]

1- لأكثر تفصيل حول صفقة اقتناء اللوازم في تنظيمات الصفقات العمومية السابقة، راجع: - د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247، القسم الأول، الطبعة 05، مرجع سابق، ص 178 وما بعدها.

2- المادة 29 فقرة 06، و09 من المرسوم الرئاسي 15-247.

3- Voir L'article 05 du code des marchés publics. « *... Les marchés publics de fournitures ont pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location-vente de produits. Un marché public de fournitures peut comprendre, à titre accessoire, des travaux de pose et D'installation...* »

4 - د. محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 210

5- راجع خرشي نوى، مرجع سابق، ص 123

وتجدر الإشارة إلى أن عقد التوريد وإن كان يتشابه مع عقد النقل في كون أن كيلاهما ينصب على منقول، إلا انه يختلف معه في كون أن هذا الأخير يتعهد بموجبه فرد أو شركة للنقل بنقل أشياء للإدارة أو وضع وسيلة نقل تحت تصرفها.[1]

حيث ينصرف عقد النقل عادة إلى نقل الأشياء أو الأشخاص، وليس توريد الأشياء بشرائها وتقديمها للإدارة، وقد يكون التزام الناقل فوريا ينتهي بمجرد وضع المنقولات بالمكان المخصص لها، كما قد يكون مستمرا كما في حالة نقل الطلبة.

وقد عرفته محكمة القضاء الإداري المصرية على أنه "*... اتفاقا بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين.*"[2]، ولقد تبنى معظم فقهاء القانون الإداري هذا التعريف.[3]

وعلى ذلك فإن الاتجاه السائد في القضاء المصري لا يميز في تحديد طبيعة عقود التوريد الإدارية طالما توافرت عناصرها حتى لو أخذت صورا مختلفة كأن يقتصر التوريد على مرة واحدة وبين ما أن يتم التوريد على دفعات متعددة.[4]

في حين نجد قضاء مجلس الدولة الفرنسي يميز بين أن يقتصر التوريد على مرة واحدة، ويطلق على هذا العقد في هذه الحالة (marché de livraison) وبين أن يتم التوريد على دفعات متعددة ويسمى في هذه الحالة (marché de fournitures multiples) ويذهب القضاء الفرنسي عادة إلى أن العقد الأول من عقود القانون الخاص، مع أنه يمكن أن يكون عقد إداري إذا توافرت فيه شروط العقد الإداري.[5]

ومما سبق يمكن القول أن عقد التوريد يستوجب توافر ثلاث عناصر هي:

1- د. محمد خلف الجبوري، مرجع سابق، ص 34.

2 - أنظر: حكم محكمة محكم القضاء الإداري، جلسة1952/12/021، مجموعة أحكام المجلس، السنة السابعة، ص 76.

- حكم محكمة القضاء الإداري، في القضية 284، لسنة 08 قضائية، بتاريخ 23 ديسمبر 1956 (أشار إليه د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص59).

3- أنظر في ذلك: - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع السابق، ص 79. - د. عمار عوابدي، مرجع سابق، ص 198. - د. بشار جميل عبد الهادي، مرجع سابق، ص 37.

4- أنظر: -د. محمد جمال مطلق الذنيبات، مرجع سابق، ص 259.

5- حكم مجلس الدولة في 1912/11/06، في قضية (Sté des forges chantiers de la méditerranée)، المجموعة ص 104، أشار إليه – د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص135.

أولا: أن محل عقد التوريد تقديم منقولات.

على خلاف عقد الأشغال العامة الذي لا يرد إلا على عقار فإن عقد التوريد يتعلق دائما بمنقول، فيتعلق بأشياء متنوعة منقولة لازمة لخدمة مرفق عام كالمواد الصناعية والبضائع، والمواد الطبية وغير ذلك[1]، كما أن عقد التوريد يختلف عن استيلاء الإدارة عن المنقولات المملوكة للأفراد، فالأول يتم رضاء وبالاتفاق بين الطرفين، أما الثاني فيتم بموجب قرار إداري ولضرورة ملحة تحتم على الإدارة القيام بذلك، وينفذ بالطريق الجبري مقابل تعويض عادل.[2]

ثانيا: احتواء العقد على وسائل القانون العام.

لا يكون عقد التوريد عقدا إداريا إلا إذا استخدمت الإدارة فيه أساليب القانون العام بأن تضمنه بشروط وبنود استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، او كان دور المتعاقد معها فيه هو القيام بتنفيذ مرفق عام[3] وهذا ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في 16 ديسمبر 1956 بقولها *"..... ومن حيث أن هذه المنازعة خاصة بعقد توريد، وهو من العقود الإدارية التي لا تخضع لأحكام القانون الخاص، وإنما يفصل فيها على مقتضى مبادئ القانون العام في شأن العقود الإدارية، .... في أنها تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، فإنه من أجل تحقيق هذا الهدف خولت جهة الإدارة سلطات استثنائية، وحق تطبيق قواعد غير مألوفة في عقود القانون الخاص..."* [4]

ثالثا: أن يستهدف تحقيق مصلحة عامة.

فيشترط لأجل اعتبرا عقد التوريد عقدا إداريا أن يستهدف من وراء موضوع العقد خدمة المصلحة العامة والنفع العام، وفقا لما تم التطرق إليه فيما يخص عقد الأشغال العامة.

هذا وإن عقود التوريد في الواقع العملي قد تتخذ عدة صور مثل عقود التوريد الصناعية، والتي لا يكتفي فيها المورد على تسليم المنقولات فحسب، وانما أيضا بصناعة البضائع المتفق على توريدها، وقد تشمل عقود التحويل.

1- أنظر – د. عمار عوابدي، مرجع سابق، ص 210. – د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 16 وما بعدها.

2- عبد الغاني بسيوني عبد الله، مرجع سابق، ص 571

3- راجع - د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1996، ص 574

4 - حكم محكمة القضاء الإداري في 1956/12/16، القضية رقم 1609، لسنة 10 القضائية، (وزارة التموين ضد السيد/محمد محمد خليل)، أشار إليه د. سليمان الطماوي، ص 133.

الفرع الثالث: عقد الدراسات والخدمات.

عمد المشرع في مختلف تنظيم الصفقات العمومية إلى دمج هذين العقدين معا[1]، و إن كان قد فصل بينهما في المرسوم الرئاسي 15-247، ومن هنا سأتناول العقدين معا في هذا الفرع كون أن المفهوم الواسع لعقد الخدمات يشمل أيضا عقد الدراسات.

أولا: عقد الخدمات.

تنص الفقرة الأخيرة من المادة 29 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنه "**تهدف الصفقة العمومية للخدمات المبرمة مع متعهد خدمات إلى إنجاز تقديم خدمات، وهي صفقة عمومية تختلف عن صفقات الأشغال أو اللوازم أو الدراسات.**"

من خلال هذا النص يتضح لنا ان المشرع لم يوضح عقد الخدمات وإنما تم تحديده تحديدا سلبيا من خلال القول أن صفقة الخدمات تختلف عن صفقة الأشغال واللوازم او الدراسات، والشأن نفسه بالنسبة لتنظيمات الصفقات العمومية السابقة، فمن الواضح أن المشرع وجد صعوبة في تحديد مفهوم الخدمات، وترجع هذه صعوبة تحديد مفهوم عقد الخدمات من قبل المشرع لتنوع الخدمات واتساع مفهوم الخدمة[2]

وعلى المستوى الفقهي يعرف عقد الخدمات على أنه "اتفاق بين الإدارة وشخص آخر طبيعي أو معنوي قصد تقديم خدمات يحتاجها المرفق العام في إدارته وتسييره نظير مقابل مالي."[3]

كما يعرف أيضا بأنه " أداء خدمة من طرف شخص خاص لمصلحة شخص من أشخاص القانون العام، وهذه الخدمة لا تتضمن بناء او توريد أو تصنيع شيء ما، وإنما يقوم المتعاقد هنا بإنجاز عمل أو القيام بنشاط ما يعود بالفائدة على الشخص العام في سبيل تأدية وظيفته."[4]

1- لم يتم تناوله في كل من المرسوم رقم 82-145، المرسوم التنفيذي 91-434، بحيث اقتصر الأمر على عقود الأشغال واللوازم والخدمات، وذلك لكون أن المشرع ابتغى من مصطلح الخدمات الوارد لاسيما في المواد 04، و13 من المرسوم 82-145 مفهوما شاملا وواسعا ليضم عقد الدراسات من منطلق أنه عقد خدمة وإن كانت مميزة عن غيرها من الخدمات كونها ذات طابع فني. للتفصيل أكثر، راجع: د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247، القسم الأول، مرجع سابق، ص 182 وما بعدها.

- تجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي يجعل من صفقة الخدمات مفهوما واسعا يشمل الدراسات وذلك من خلال المادة 03 من المرسوم المؤرخ في 2013/03/20 المتعلق بالصفقات العمومية، الذي سبق الإشارة إليه.

2- د. عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 188.

3- راجع في ذلك: - د. محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 212. - د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الرابعة، مرجع سابق، ص 96.

4 - Christophe LAJOYE, droits des marchés publics, 2eme éd, GUALINO éditeur, paris, 2005, p 30.

وعقود الخدمات يمكن أن تنقسم إلى ثلاثة أنواع وهي الخدمات عادية والتي لا تحتاج إلى إمكانيات علمية او تكنلوجية متطورة، بل هي خدمات عادية كخدمات التنظيف والحراسة، والنوع الثاني يتعلق بخدمات النقل ويتعلق الأمر بنقل الأشخاص والبضائع[1] ، أما النوع الثالث فيتعلق بخدمات فكرية وتتمثل في عقد الدراسات الذي سيتم التطرق إليه.

ثانيا: عقد الدراسات.

إن عقد الدراسات وخلافا لعقد الأشغال واقتناء اللوازم لم يرد في كافة تنظيمات الصفقات العمومية، بحيث يتم تناوله تارة، ويغفل الإشارة إليه تارة أخرى. [2]

إلا أن المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام جاء مفصلا في عديد المسائل ومقدما تعريفات لمصطلحات لم تكن محددة من قبل، فقد جاءت الفقرات 10، 11، و12 من المادة 29 لترفع اللبس عن عقد الدراسات فبين المشرع من خلالها أن عقد الدراسات يهدف إلى إنجاز خدمات فكرية، ويشمل عند إبرام صفقة الأشغال على الخصوص مهمات المراقبة أو الجيوتقنية والإشراف على إنجاز الأشغال ومساعدة صاحب المشروع، كما تحتوي الصفقة العمومية للإشراف على الإنجاز في إطار إنجاز منشأة أو مشروع حضري أو مناظر طبيعية تنفيذ مهام لاسيما منها دراسات أولية أو التشخيص أو الرسم المبدئي، ودراسات مشاريع تمهيدية موجزة ومفصلة، دراسات المشروع، دراسات التنفيذ أو عندما يقوم بها المقاول تأشيرتها، ومساعدة صاحب المشروع في إبرام وإدارة تنفيذ صفقة الأشغال، وتنظيم وتنسيق وتوجيه الورشة واستلام الأشغال.

ومن هنا يتضح بأن المشرع أعطى أهمية لعقد الدراسات وأراد له أن يلعب دورا توجيهيا في إفادة الإدارة في كافة مراحل المشروع[3]، من دراسات تمهيدية مسبقة تقنية وجيوتقنية، ودراسات أثناء تنفيذ المشروع ومساعدة صاحب المشروع إلى استلام الأشغال، كما أن المشرع ربط عقد الدراسات بصورة أكثر بمجال الأشغال ، إلا أنه حسب رأيي لم يستبعد المجالات الأخرى من إمكانية إجراء دراسات بشأنها.

1- لتفصيل أكثر راجع: - مانع عبد الحفيظ، طرق ابرام الصفقات العمومية وكيفية الرقابة عليها في ظل القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2008/2007، ص 48 وما بعدها.

2- تجدر الإشارة إلى أن المادة 02 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15 ماي 1988 المتضمن كيفيات ممارسات تنفيذ الأشغال في مجال البناء وأجر ذلك، ج. ر عدد 43 لسنة 1988 عرفت الاستشارة الفنية على أنها "وظيفة شاملة لمهام التصميم والدراسات والمساعدة والمتابعة والمراقبة، وإنجاز المباني مهما تكن طبيعتها ووجهتها..."

3- د. عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 185.

ويتميز عقد الدراسات عن غيره من العقود الأخرى، في كونه ذو طابع فني وتقني ينصب على دراسات تقنية وعلمية البحتة سواء تعلق الأمر بعقار أو منقول.

وعلى ذلك يعد عقد الدراسات في القانون الجزائري عقدا إداريا بتحديد القانون، وتلزم الإدارة إن أرادت إبرام هذا العقد بالخضوع لتنظيم الصفقات العمومية من حيث طرق الابرام وإجراءاته أو من حيث الرقابة، وتخضع لرقابة القضاء الإداري في المنازعات التي تثار في شأنه.

ومن الجانب الفقهي يعرف عقد الدراسات على أنه "اتفاق بين الإدارة المتعاقدة ومتعامل متعاقد (شخص طبيعي أو معنوي) يلتزم بمقتضاه هذا الأخير بإنجاز دراسات محددة في العقد لقاء مقابل تلزم الإدارة بدفعه تحقيقا للمصلحة العامة"[1]

الفرع الرابع: عقد امتياز المرافق العامة.

يعتبر عقد امتياز أو التزام المرافق العامة (la concession des services) من أشهر وأهم العقود الإدارية المسماة، إذ يعد أسلوبا لإدارة المرافق العامة، وقد زادت في الآونة الأخيرة أهمية عقد الامتياز نظرا لاتجاه الدولة للاقتصاد الحر، خاصة بعد ظهور المرافق العامة الصناعية والتجارية، وفي هذا الإطار برز دور جديد لعقد الالتزام كوسيلة لتحقيق هذا الاتجاه، فضلا عن ظهور صور جديدة لهذا العقد، وفيما يلي سأبحث في تحديد مفهوم عقد الامتياز، ثم أتطرق إلى الطبيعة القانونية لهذا العقد.

أولا: تعريف عقد الامتياز.

بالرجوع إلى بعض النصوص القانونية نجدها تعرف عقد الامتياز، من ذلك قانون الأملاك الوطنية، الذي ينص في الفقرة الاولى من المادة 64 مكرر منه على أنه : **"يشكل منح امتياز الأملاك الوطنية العمومية المنصوص عليه في هذا القانون والأحكام التشريعية المعمول بها العقد الذي تقوم بموجبه الجماعة العمومية صاحبة الملك المسماة السلطة صاحبة حق الامتياز بمنح شخص معنوي او طبيعي يسمى صاحب الامتياز حق استغلال ملحق الملك العمومي الطبيعي أو تمويل بناء و/أو استغلال منشأة عمومية لغرض خدمة عمومية لمدة معينة تعود عند نهايتها المنشأة أو التجهيز محل منح الامتياز إلى السلطة صاحبة حق الامتياز."**[2]

1- أنظر: - د. عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 186. - د. محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 212.

2- راجع، المادة 64 مكرر من القانون 08-14 المؤرخ في 20 يوليو 2008 المعدل والمتمم للقانون 90-30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية ج. ر، عدد 44 لسنة 2008.

كما يعرفه القانون رقم 05-12، المتضمن قانون المياه حيث يعرف عقد الامتياز بأنه "... **عقد من عقود القانون العام لكل شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون العام او القانون الخاص يقدم طلبا بذلك طبقا للشروط المحددة في هذا القانون والكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم.**"[1]

وتجدر الإشارة إلى أنه توجد عدت تعريفات تشريعية أخرى[2]، وردت في نصوص متفرقة تعرفه تبعا للقطاع الذي صدرت في شأن تنظيمه، لتأتي التعليمة الصادرة عن وزير الداخلية والجماعات المحلية تحت رقم : 842/3.49 المتعلقة بامتياز المرافق العمومية المحلية وتأجيرها، لتعطي تعريفا واضحا ودقيقا لعقد الامتياز، مع تضمنها لأحكام تفصيلية بخصوص امتياز المرافق العمومية المحلية وتعد إطارا مرجعيا في هذا المجال، حيث جاء فيها: "**أن أسلوب الامتياز يعتبر الطريقة الأكثر شيوعا في استغلال المرافق العامة وهو عقد تكلف بمقتضاه الجهة الإدارية المختصة فردا أو شركة خاصة بإدارة مرفق عام واستغلاله لمدة معينة من الزمن بواسطة عمال وأموال يقدمها صاحب حق الامتياز وهو الملتزم على مسؤوليته مقابل رسوم يدفعها المنتفعون من خدماته وذلك في إطار النظام القانون الذي يخضع له هذا المرفق.**"[3]

أما بالنسبة المرسوم الرئاسي 15-247 فقد عرف الامتياز على أنه: تعهد السلطة المفوضة للمفوض له إما إنجاز منشاة او اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله، وإما تعهد له فقط باستغلال المرفق، بحيث يستغل المفوض له المرفق العام باسمه وعلى مسؤوليته، تحت مراقبة السلطة المفوضة، ويتقاضى عن ذلك أتاوى من مستخدمي المرفق العام، ويمول المفوض له الإنجاز واقتناء الممتلكات واستغلال المرفق العام بنفسه.[4]

1- أنظر المادة 76 من القانون رقم 05-12 المؤرخ في 04 أوت 2005، المتضمن قانون المياه ج. رعدد 60 لسنة 2005، المعدل والمتمم بالقانون 08-03، المؤرخ في 04 أوت 2008، ج. ر، عدد 04 لسنة 2008، والقانون رقم 09-02، المؤرخ في 22 جويلية 2009، ج. ر عدد 26 لسنة 2009.

- كما عرفته المادة 04 من الامر 96-13 المؤرخ في 15 يونيو 1996 والمتضمن قانون المياه " يقصد بالامتياز بمفهوم القانون عقد من عقود القانون العام، تكلف الإدارة بموجبه شخصا اعتباريا عموميا أو خاصا، قصد ضمان أداء خدمة ذات منفعة عمومية" ج. ر عدد 37 لسنة 1996 (ملغى).

2- للاطلاع على مختلف التعريفات التشريعية والتنظيمية لعقد الامتياز راجع: - المادة 04 من القانون رقم 10-03 المؤرخ في 15 أوت 2010، الذي يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة، ج. ر عدد 46، لسنة 2010. - المواد 01، و02 من المرسوم التنفيذي 96-308، المؤرخ في 18 سبتمبر 1996 يتعلق بمنح امتياز الطريق السريع، ج. ر عدد 55، لسنة 1996.

3- التعليمة رقم 842/3.94، صادرة عن وزير الداخلية والجماعات المحلية والبيئة والإصلاح الإداري، موجهة إلى السادة الولاة، صادرة بتاريخ 07 ديسمبر 1994.

4 - أنظر المادة 210 المطة 01 من المرسوم الرئاسي 15-247.

والملاحظ من خلال تصفح أحكام الباب الثاني من المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالأحكام المطبقة على تفويضات المرفق العام يتضح من أن المشرع انتهج ذات النهج الذي اعتمده المشرع الفرنسي .

بحيث أصبح الامتياز يدخل في فئة عقود إدارة المرافق العامة وأطلق عليها تسمية موحدة هي عقود تفويض المرافق العامة، (les contrats de délégation de service) ومنه فإن عقود تفويضات المرافق العامة أصبحت تظم كل أنواع العقود التي تكون من شاكلة عقود الامتياز.[1]

كما اهتم الفقه بدراسة عقد التزام المرافق العامة أو عقد الامتياز من خلال محاولة تحديد مفهومه[2]، ودراسة نظامه القانوني.

فعرفه الدكتور محمد الصغير بعلي بأنه "طريقة من طرق إدارة وتسيير المرافق العامة وعقد من العقود الإدارية، يتمثل في اتفاق الإدارة المتعاقدة أو الملتزمة مع شخص خاص عادة يسمى الملتزم أو صاحب الامتياز بإدارة وتسيير وتشغيل أحد المرافق العامة لمدة معينة مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين والمستعملين للمرفق العام مع تحمل مخاطر ذلك ربحا أو خسارة"[3]

ويعرفه الدكتور سليمان الطماوي بأنه عقد إداري يتولى الملتزم ـ فردا كان أو شركة ـ بمقتضاه وعلى مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة فضلا عن الشروط تضمنها الإدارة عقد الامتياز."[4]

وعلى مستوى القضاء الإداري عرفه مجلس الدولة الجزائري في قرار له صادر في 2004/03/09 على أنه *"... عقد الامتياز التابع لأملاك الدولة هو عقد إداري تمنح بموجبه السلطة الامتياز للمستغل،*

1- لأكثر تفصيل راجع: - د. بن علية حميد، إدارة المرافق العامة عن طريق الامتياز، دراسة التجربة الجزائرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد 03 سنة 2009، ص 117 وما بعدها.

2- للاطلاع على مختلف التعريفات حول عقد امتياز المرفق العام راجع في ذلك: .MAHIOU Ahmed, op.cit. p 234 - - د. عمار عوابدي، مرجع سابق، ص198. – د. بن علية حميد، مرجع سابق، ص 117. - د. سعاد الشرقاوي، مرجع سابق، ص 46 وما بعدها. د. عمار بوضياف، عقد الامتياز في التشريع الجزائري مع تطبيقات لامتياز المرافق المحاية، مجلة الفقه والقانون، العدد 21 ، يوليوز 2014، ص 08. - د. بشار جميل عبد الهادي، مرجع سابق، ص 34. - د. سعيد بوعلي، نسرين شريقي، مريم عمارة، القانون الإداري، دار بلقيس، الجزائر، الطبعة الثانية، 2016، ص 125. - أ. خرشي النوي، مرجع سابق، ص 138. - د. مازن ليلو راضي، مرجع سابق، ص 57. – د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 68.

- Joël CARBAJO, Droit des services publics, 3eme éd, Edition Dalloz, paris, 1997, p 82.

3- أنظر د. محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 112، 113، 114.

4- د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 106.

بالاستغلال المؤقت لعقار تابع للأملاك الوطنية بشكل استثنائي وبهدف محدد متواصل مقابل دفع إتاوة لكنه مؤقت وقابل للرجوع فيه ..."[1]

من خلال هذا التعريف يتضح أن مجلس الدولة اعترف صراحة بالطابع الإداري العام لعقد الامتياز بما يخوله من سلطات استثنائية لجهة الإدارة تمارسها اتجاه الطرف المتعهد لاسيما سلطتها في الرجوع فيه.

وقد عرفته محكمة القضاء الإداري المصرية في حكم بتاريخ 25 /03/ 1956 بقولها *"... التزام المرافق العامة ليس إلا عقدا إداريا، يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية، بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية، طبقا للشروط التي توضع له، بأداء خدمة عامة للجمهور، وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستلائه على الأرباح، وعقد الالتزام هو عقد إداري ذو طبيعة خاصة، موضوعه إدارة مرفق عام، لمدة محدودة، و يتحمل الملتزم بنفقات المشروع وأخطاره المالية، و يتقاضى عوضا يحصله من المنفعتين"*[2]

من التعريفات السابقة يمكن القول أن عقد الامتياز هو عقد إداري مبرم بين شخص من أشخاص القانون العام وأحد الأشخاص الطبيعية أو المعنوية الخاصة يلتزم من خلاله هذا الأخير ضمان تسيير المرفق بكل المخاطر وتحت رقابة السلطة مانحة الامتياز، ويتقاضى رسوما من المنتفعين مقابل الخدمة التي استفادوا منها مع خضوعه لقواعد سير المرافق العامة فضلا عن شروط عقد الامتياز.

ثانيا: طبيعة عقد الامتياز.

الاتجاه السائد فقها وقضاء أن عقد الالتزام هو عمل وتصرف مركب يتضمن أحكام وبنود تنظيمية، وأحكام تعاقدية[3]، والشروط التعاقدية هي الشروط التي يجري الاتفاق بشأنها بين الملتزم والإدارة، وهي تنظم العلاقة بين السلطة مانحة الالتزام والملتزم، وتخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ولا يجوز

1- قرار مجلس الدولة، بتاريخ 2004/03/09، رقم: 11950، مجلة مجلس الدول، عدد 5، ص 212. أورده: - رشيد خلوفي، جمال سايس، اجتهادات أساسية في القضاء الإداري، منشورات كليك، الجزائر، الطبعة الأولى، 2015، ص 404.

2 - حكم محكمة القضاء الإداري في 1956/03/25، المبادئ، السنة العاشرة، ص 259، أشار إليه: - د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 46 وما بعدها. - وقد ورد نفس التعريف في حكم آخر بتاريخ 1990/02/20 أشار إليه: - د. مفتاح خليفة عبد الحميد، د. حمد محمد حمد الشلماني، مرجع سابق، ص 39.

3- راجع: - د. محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 214. - د. سعاد الشرقاوي، مرجع سابق، ص 52 وما بعدها.
- André DE LAUBADERE, Traité théorique et pratique des contrats administratifs, op.cit. p 374.

تعديلها إلا بموافقة الملتزم، وغالبا ما تتصل هذه الشروط بالجوانب المالية للعقد بين الملتزم والإدارة، وتتضمن أيضا مدة الامتياز.[1]

أما الشروط التنظيمية هي تلك الشروط المتعلقة بقواعد وتنظيم المرفق وتسييره، وهي التي توضح كيفية أداء الخدمة للمنتفعين، وهي الشروط التي تفرضها الإدارة على الملتزم، فالأصل أن الإدارة هي التي تقوم بذلك، وإذا كان عقد الالتزام يخول لها أن تتخلى عن ذلك لأسباب تقدرها إلى الملتزم، فإن ذلك يكون وفقا للشروط والقيود التي تحددها هي والتي لا تخضع للمساومة أو المفاوضة بينها وبين الملتزم.[2]

وهذه الشروط تملك الإدارة دائما تغييرها وتعديلها بما يتلاءم وحاجة المرفق وضرورة انتظامه واطراده في أداء الخدمة، وتمارس الإدارة في مواجهة الملتزم سلطة الرقابة والإشراف على ممارسة عمله وفقا لشروط العقد والقواعد الأساسية لسير المرافق العامة، على أن لا تصل سلطتها في إصدار قراراتها حدا يغير من طبيعة الالتزام وتعديل جوهره، أو أن تحل محل الملتزم في إدارة المرفق.[3]

ويمكن أن يتخذ عقد الامتياز صور أخرى مثل عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) [4] بمختلف أشكاله، وتعتبر تطورا حديثا لعقود الالتزام إلا أن هناك اختلاف فيما بينهما، ومن بين أهم أوجه الاختلاف هو أن عقد الامتياز هو عقد إداري بطبيعته، بينما عقد البوت لابد لنا من تفحص شروطه، فقد تكون إدارية، وقد تكون مدنية بحسب نصوص كل عقد، كما أن سلطة الإدارة في الاشراف والتوجيه تكون محدودة في الحالات التي يحددها عقد البوت.[5]

1- أنظر، د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 69. - د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 49 وما بعدها.

2- لأكثر تفصيل راجع: - د. عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 106 وما بعدها.

3- راجع، د. مفتاح خليفة عبد الحميد، د. حمد محمد حمد الشلماني، مرجع سابق، ص41.

4- واصطلاح (B.O.T) هو اختصار للكلمات الإنجليزية الثلاث التالية: - البناء (BUILD) - التشغيل (OPERATE)- ونقل الملكية (TRANSFER).

5- د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 38.

وتعرف عقود البوت على أنها " تلك المشروعات التي تعهد بها الحكومة إلى احدى الشركات وطنية كانت أو أجنبية، سواء كانت شركات القطاع العام أو القطاع الخاص (وتسمى شركة المشروع)، وذلك لإنشاء مرفق عام وتشغيله لحسابها مدة من الزمن ثم نقل ملكيته إلى الدولة أو الجهة الإدارية" [1]

كما أن عقود البوت (B.O.T) لها أشكال متعددة منها عقود البناء ونقل الملكية (B.O.O.T)، عقود البناء والإيجار ونقل الملكية (B.L.T)، عقود البناء ونقل الملكية والتشغيل (B.T.O)، عقود البناء والتمليك والتشغيل (B.O.O)، وغيرها.[2]

والجدير بالذكر أن الإدارة قد تبرم بعض العقود الإدارية الأخرى غير تلك المشار إليها في نص المواد 29 و210 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[3]، ومن بين أهم العقود الأخرى التي لم يرد ذكرها في تنظيم الصفقات العمومية نذكر على سبيل المثال عقد القرض، وعقد تقديم المعاونة أو المساهمة وعقد النقل العام، وعقد البيع والإيجار والشراء، وغيرها.

1- للاطلاع على مختلف التعاريف راجع: - د. كمال طلبه المتولي سلامة، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010، ص 23. - جابر جاد نصار، عقود البوت (B.O.T) والتطور الحديث لعق الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2002، ص 76 وما بعدها. - د. محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم (B.O.T)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004، ص 74. - د. مي محمد عزت علي شرباش، مرجع سابق، ص 33. - أ. أمال بولغاب، عقد البوت (B.O.T)، بين سلطة الإدارة وسلطة الإرادة، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر، العدد 03، جانفي 2013، ص 137، 138.

2- للتفصيل أكثر راجع: - أبو بكر أحمد عثمان، عقود البوت ومتطلبات تطبيقها في العراق، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 10، عدد 37، سنة 2008، ص 351 وما بعدها. - د. مفتاح خليفة عبد الحميد، د. حمد محمد حمد الشلماني، مرجع سابق، ص 46 وما بعدها. - أ. أمال بولغاب، مرجع سابق، ص 140، 141.

3- حيث أن المشرع لما أشار في المواد 29، و210 لهذه العقود أشار إليها على سبيل المثال، بحيث وردت في هذه النصوص على التوالي (- تشمل الصفقات العمومية إحدى العمليات التالية أو أكثر... - كما يمكن أن يأخذ تفويض المرفق العام أشكالا أخرى...)، راجع المواد: 29، 210 من المرسوم الرئاسي 15-247.

المبحث الثاني: معايير تمييز العقود الإدارية.

أن الإدارة تدخل طرفا في الكثير من العقود وتقوم بإبرام العديد من الاتفاقات، ولكن ليس كل العقود والاتفاقات التي تبرمها الإدارة وتكون طرفا فيه هي عقود إدارية، فالإدارة كما سبق وأن رأينا تبرم نوعين من العقود، عقود مدنية وعقود إدارية، ومن الضروري أن نفرق بين هذين النوعين من العقود، وذلك لما لهذه التفرقة من أهمية من حيث النظام القانوني الذي يطبق على كل منهما، وكذا تحديد الجهة القضائية المختصة بالفصل في المنازعات التي تثور بشأنها، حيث تخضع العقود المدنية لأحكام القانون الخاص، في حين تحكم أحكام القانون العام العقود الإدارية، و يؤول في منازعات العقود الإدارية إلى القضاء الإداري، بينما يؤول الاختصاص إلى القضاء العادي في منازعات العقود المدنية.[1]

ثم أن مسألة البحث عن معيار جامع وواضح لتحديد طبيعة العقد الذي تبرمه الإدارة هي مسألة معقد وصعبة، وبالرغم من هذه الصعوبات فإن الفقه والتشريع والقضاء يحاول باستمرار البحث عن معيار لتحديد طبيعة العقد الذي تبرمه الإدارة، ومنه تحديد الجهة القضائية المختصة بالفصل في منازعاته.

وسأتناول بالبحث والتحليل العقود الإدارية بتحديد القانون في المطلب الأول، العقود الإدارية بطبيعتها في المطلب ثاني، أما المطلب الثالث فأخصصه لموقف المشرع الجزائري.

1- أنظر، د. علي محمد بدير، د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، مبادئ وأحكام القانون الإداري، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، مصر، 2011، ص 475.

المطلب الأول: العقود الإدارية بتحديد القانون.

سبقت الإشارة عند التطرق لنشأة العقود الإدارية في فرنسا، الى أن هناك نصوص قانونية تشير صراحة الى بعض العقود وتصنفها بأنها عقود إدارية، كما أن المشرع قد يجعل الاختصاص بالنظر في منازعات بعض العقود إلى القضاء الإداري[1]، مما يعني أنها عقود إدارية تخضع لقواعد القانون العام الذي يطبق على القضاء الإداري.

ويرى معظم فقهاء القانون العام أن العقود الإدارية بتحديد القانون تنقسم إلى ثلاثة طوائف[2]، الأولى تتمثل في أن تكون العقود التي حددها المشرع عقود إدارية بطبيعتها باستمرار، والثانية لا تكون إدارية بطبيعتها في بعض الحالات، والطائفة الأخيرة هي التي لا يكون فيها العقد في كل أحواله إداريا، ويكون اختصاص القضاء الإداري به على اختلاف طبيعته.

وعلى هذا تكون دراستي من خلال هذا المطلب بتخصيص فرع لكل نوع من هذه الأنواع الثلاث.

الفرع الأول: العقود الإدارية التي يختص بها القضاء الإداري وتكون إدارية بطبيعتها باستمرار.

بعض العقود التي حددها المشرع بموجب نصوص قانونية خاصة هي عقود إدارية باستمرار وفقا لطبيعتها الذاتية (Contras administratifs par nature)، ويقصد بذلك أن هذه العقود وفقا لطبيعتها وخصائصها الذاتية في كل الأحوال هي عقود إدارية، ويكون تحديد المشرع لها تحصيل حاصل.[3]

ومن أمثلة هذه العقود نذكر عقد الأشغال العامة التي ورد بشأنها قانون 28 بيلفوز للسنة الثامنة للثورة الفرنسية (la loi du 28 Pluviôse) ، والذي نص في المادة الرابعة على أن جميع المنازعات التي تنشأ بمناسبة عقود الأشغال العامة هي من اختصاص مجالس الأقاليم[4]، سواء بالنسبة للعقود التي تبرمها الدولة أو الأقاليم.[5]

---

1 - Philippe YOLKA, droit des contrats administratifs, L.G.D.J, paris, 2013, p 47.

2- راجع في ذلك: - د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 54 وما بعدها. – د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 25.

3- أنظر، د. جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 25.

4- راجع في ذلك: د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 38. - د. محمد بن سعيد بن حمد المعمري، الرقابة القضائية على العقود الإدارية، في مرحلة الانعقاد والتنفيذ، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2011، ص 10. - أ. إبراهيم الشارف الطاهر تفوقه، الصعوبات التي تواجه تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2011، ص 23.
- André DE LAUBADERE, Traité de droit administratif, Op.cit., p 667. / - Aiad SHWEKAT, op.cit. p 31. - Philippe FOILLARD, op.cit. p 221.

5- د. هيثم حليم غازي، مرجع سابق، ص 15.

ونفس الشيء بالنسبة لعقد الالتزام، فكل من عقد الأشغال العامة وعقد الالتزام يعتبران دائما من العقود الإدارية نظرا لصلة الأول الوثيقة بالمنفعة العامة، وتعلق الثاني بإدارة مرفق عام.[1]

كما أن مجلس الدولة الفرنسي وسع من اختصاصه كما سبق الإشارة وذلك عن طريق القياس على عقد الأشغال العامة الذي حدده المشرع ليمتد إلى عقود المعاونة، العقود الخاصة بالإضاءة وتوزيع المياه في المدن، والعقود التي تتعلق بالكنس في الشوارع، وغيرها وذلك على أساس أن هذه العقود تتضمن عنصرا من عناصر الأشغال العامة.[2]

الفرع الثاني: العقود التي يختص بها القاضي الإداري ولا تكون إدارية بطبيعتها في كل الحالات.

وهي العقود التي جعل المشرع الاختصاص للقضاء الإداري للفصل في المنازعات المتعلقة بها، على الرغم من أن هذه العقود ليست عقود إدارية بطبيعتها في جميع الأحوال، فقد يكون من عقود القانون الخاص أو من عقود القانون العام بحسب الأحوال.

ومن قبيل هذه العقود عقد التوريد وهي العقود التي صدر بشأنها مرسوم 11 جوان سنة 1806 الذي نص في المادة 13 منه على أن مجلس الدولة كجهة قضاء إداري هو الذي يختص بالنظر والفصل في المنازعات المتعلقة بعقود التوريد التي تعقدها الدولة[3].

إلا أن هذا النص يقتصر على تلك التي تبرمها الدولة على عكس عقد الاشغال العامة الذي يجعل من العقود التي تبرمها الأقاليم أيضا من اختصاص القضاء الإداري.[4]

فعقد التوريد قد يكون إداريا وقد لا يكون كذلك، إذا لم تتوفر فيه شروط العقد الإداري كما في حالة توريد بعض السلع لإحدى المرافق الصناعية أو التجارية دون النص في العقد على أي شرط غير مألوف في عقود القانون الخاص.[5]

1- أنظر في ذلك: - د. زكريا المصري، مرجع سابق، ص 15. - د. ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص 563.

2- للاطلاع على مختلف أحكام مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن راجع في ذلك: د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 55. – د. مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سابق، ص 19. - عليوات ياقوتة، مرجع سابق، ص 30.

3 - أنظر في ذلك: - د. عمار عوابدي، مرجع سابق، ص 190. - د. علي محمد بدير، د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، مرجع سابق، ص 476.

4- د. هيثم حليم غازي، مرجع سابق، ص 15.

5- د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 33، 34.

ومن ذلك أيضا عقود القرض العام بموجب قانون 18 جويلية 1790 وقانون 26 سبتمبر 1793، حيث أصبح القضاء الإداري يختص بالفصل في المنازعات التي تثور بشأنها.[1]

وكذلك عقود شغل الدومين العام من طرف الأشخاص العاديين بموجب المرسوم بقانون الصادر في 17 جوان 1938[2]، وهي تلك العقود التي تبرم بين إدارة أو أحد الأفراد بمقتضاها تسمح الإدارة لفرد أو مجموعة أفراد بشغل أرض مملوكة لها، كالعقد الذي يسمح باستعمال قطعة أرض من الاملاك العامة لوضع بعض المواد فيها.[3] ومن أمثلة ذلك أيضا استغلال عقار تابع للدولة لفتح مقهى، أو استغلال الشواطئ ووضع شمسيات وغيرها.[4]

الفرع الثالث: العقود التي يختص بها القاضي الإداري وهي بطبيعتها عقود مدنية.

فقد تكون بعض العقود من حيث طبيعتها الذاتية من عقود القانون الخاص في كل الأحوال، ويجعل المشرع وعلى خلاف حقيقتها الاختصاص للقضاء الإداري للنظر بمنازعاتها مثل عقود بيع أملاك الدولة الخاصة العقارية[5]، وإدراج مثل تلك المنازعات في نطاق اختصاص القضاء الإداري تعرض إلى عدة انتقادات، كما أن مجلس الدولة الفرنسي يضيق اختصاصه بتلك المنازعات الى أقصى حد ممكن.[6]

بالإضافة إلى العقود التي تم تبيانها فإن المشرع الفرنسي ومن خلال نصوص قانونية حديثة أضاف عقود أخرى إلى العقود الإدارية بتحديد القانون، وذلك منذ دخول قانون "مورسيف" (MURCEF) الصادر بتاريخ 11 ديسمبر 2001 حيز التنفيذ[7]، حيث أن المادة الثانية منه والمعدلة بموجب المادة 66 من القانون الصادر في 14 أكتوبر 2015 تعتبر جميع العقود التي يتم إبرامها من قبل الأشخاص العامة في مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية لها طابع العقود إدارية.[8]

---

1 - أنظر، د. مازن ليلو راضي، مرجع سابق، ص 25.

2 - أنظر، د. جمال عباس عثمان، مرجع سابق، ص 46.

3 - Ahmed MAHIOU, op.cit. p 360.

4 - Philippe FOILLARD, op.cit. p 221.

5- أنظر في ذلك: - جورج فوديل، بيار دلفوفيه (G. VEDEL – P. DELVOLVE)، مرجع سابق، ص 321.

6- أنظر، د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 56.

7 - Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (MURCEF), Modifié par loi n° 2015-1268 du 14 octobre 2015-art.66.

8 - « *I. - Les marchés passés en application du code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs…* »

فالمشرع من خلال هذا القانون وسع بشكل كبير من نطاق العقود الإدارية بتحديد القانون لتشمل أيضا عقود التأمين التي كان يحكمها القانون الخاص سابقا[1]، كما صنفت عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص على أنها عقود إدارية بموجب المادة الأولى من الأمر المؤرخ في 2004/06/17 المعدل والمتمم.[2]

تجد الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي وبموجب القانون الصادر في 26 نوفمبر2018 استعمل مصطلح "عقود الطلبات العمومية" « les contrats de la commande publique » [3]، بدلا عن "الصفقات العمومية «marchés publics» والذي كان منصوص عليه في القانون رقم 2015-1268 الصادر بتاريخ 14 أكتوبر 2015.[4]

وبموجب الأمر رقم 2018-1074 أعلاه يعتبر المشرع عقود الطلبات العمومية هي عقود مبرمة ما بين المصلحة المتعاقدة من أجل تلبية احتياجاتها من أشغال أو لوازم أو خدمات مع متعامل اقتصادي واحد أو أكثر، وتعتبر عقود إدارية تخضع لهذا القانون، إذا تم إبرامها من قبل شخص من أشخاص القانون العام[5]، وتستثنى منها بعض العقود بموجب نصوص خاصة، والتي وردت في الجزء الأول من الباب الأول من هذا القانون، منها عقود العمل، وبعض العقود أو الاتفاقات التي تهدف إلى نقل السلطات أو المسؤوليات بين المتعاملين أو الإدارة بغرض القيام بمهام للمصلحة عامة من دون مقابل.[6]

وبصفة عامة فإن معظم الفقهاء[7]، يذهبون إلى أنه وإن كان المعيار التشريعي لتحديد العقود الإدارية كان مقبولا في بداية نشأة القانون الإداري، والذي كان يقوم آنذاك على معيار السلطة العامة، فكان تحديد

---

1 - Voir, Philippe FOILLARD, op.cit. p 222.

2 - Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, Modifié par loi n° 2009-179 du 17/02/2009, abrogé par ordonnance n°2015-899 du 23/07/2015.

3 - Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique. www. Légifrance .FR, Dernière modification du texte le 12 février 2020.

4 - l'article 04 de l'ordonnance n° 2018-1074 : ((…… - b) Les mots : « de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics » sont remplacés par les mots : « du code de la commande publique »…))

5 - Voir, les articles L 2, L06 de l'ordonnance n° 2018-1074.

6 - Voir, l'article : L 1100-1 de l'ordonnance n° 2018-1074.

7- للاطلاع على مختلف الانتقادات راجع في ذلك: - هيثم حليم غازي، مرجع سابق، ص 14، 15. - د. جمال عباس عثمان، مرجع سابق، ص 47، 48. - د. مازن ليلو راضي، مرجع سابق، ص 26، 27. - د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 25. د. مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، مرجع سابق، ص 64. - د. عمار عوابدي، مرجع ساب، ص 191. - د. جورج فوديل، بيار دلفوفيه (G. VEDEL – P. DELVOLVE)، مرجع سابق، ص 321، 322.

الطبيعة القانونية للمنازعة يقوم على أساس الهدف من العمل موضوع النزاع، إلا أنه بعد ذلك أصبحت فكرة العقود الإدارية بتحديد القانون لا تتفق مع الأساس الحديث التي يقوم عليها القانون الإداري، فالنصوص القانونية لم تتعرض إلى بيان الطبيعة الإدارية لهذه العقود، وإنما اكتفت بالإشارة إلى أن الاختصاص القضائي بمنازعاتها هو القضاء الإداري كما أن معظم العقود الإدارية وأغلبها هي عقود إدارية بطبيعتها ولا تحتاج إلى النص عليها في القانون.[1]

ومن وجهة نظري أؤيد هذا النقد انطلاقا من كون طبيعة العقد لا تتحدد بالنص، وإنما تتحدد بطبيعة العقد وحقيقته الذاتية وذلك من خلال موضوعه والقواعد التي تنظمه، فليس مجرد النص على اختصاص القضاء الإداري بالعقود يعني بصفة قطعية أنه عقد إداري، فالكثير من العقود التي نص المشرع على اختصاص القضاء الإداري بمنازعاتها لا تتلاءم مع التكييف الذي يضفيه عليها المشرع، كما أن الأصل أن هذا التحديد ليس من عمل المشرع، لذلك فإن تحديد الطبيعة القانونية للعقد يترك للقضاء، بحيث أعتقد أنه هو الأقدر على كشف الطبيعة القانونية للعقد، وما النص القانوني الا مجرد عامل مساعد للقاضي يهتدي به للوصول الى حقيقة طبيعة هذه العقود.

1- د. عمار عوابدي، مرجع سابق، ص 190، 191.

المطلب الثاني: العقود الإدارية بطبيعتها.

الملاحظ من خلال الدراسة السابقة أن القضاء الإداري وسع من اختصاصه فيما يتعلق بالعقود الإدارية، إلا أن هذا لم يعد كافيا خاصة عندما بدأ القضاء الفرنسي يغير من معيار اختصاصه المستمد من فكرة السلطة العامة منذ النصف الثاني من القرن التاسع عشر إلى معيار المرفق العام، الذي ترك أثره على اختصاص القضاء الإداري بالمنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية.[1]

وإن كان معيار المرفق العام قد ظهر في منتصف القرن التاسع عشر[2]، إلا أنه لم يؤخذ به في مجال العقود الإدارية إلا في أوائل القرن العشرين بمناسبة فصل مجلس الدولة في قضية "تيري" (Terrier)، التي سبق الإشارة إليها، ومنذ ذلك لم تعد عقود الإدارة تكتسب صفتها الإدارية بناء على إرادة المشرع، وإنما بناء على خصائصها الذاتية، استنادا إلى المعايير التي وضعها القضاء.

ويتفق معظم فقهاء القانون العام[3] على أن المعايير والضوابط التي تتحدد على أساسها الطبيعة الإدارية للعقد الإداري هي ثلاثة تتثمل الأولى في أن يكون أحد طرفي العقد جهة إدارية عامة والتي سأتناولها في الفرع الأول، وأن يتصل العقد ويرتبط بمرفق عام وهي عنوان الفرع الثاني، وأخيرا اعتماد واتباع وسائل القانون العام بحيث يتضمن العقد شروطا استثنائية وغير مألوفة في عقود القانون الخاص والتي سوف تفصل في الفرع الثالث من هذا المطلب.

الفرع الأول: وجود شخص معنوي عام طرفا في العقد.

يمثل هذا العنصر الجانب العضوي في المعيار المميز للعقد الإداري، الذي يستند في المقام الأول على صفة المتعاقدين، ويقصد به أنه لإضفاء الصفة الإدارية على العقد يجب أن يكون أحد أطرافه على الأقل شخص من أشخاص القانون العام، والعقد الذي لا تكون الإدارة طرفا فيه من حيث المبدأ لا يعتبر

1- أنظر، - د. علي محمد بدير، د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، مرجع سابق، ص 477. – د. مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سابق، ص 20.

2- ابتداء من سنة 1855 أخذ مجلس الدولة الفرنسي بمعيار المرفق العام وذلك في قضية "روتشليو" (Rotchlo)، كما طبقت محكمة التنازع هذا المعيار في حكمها قضية "بلانكو" (Blanco)، الذي صدر بمناسبة نزاع حول مسؤولية الدولة عن إصابة الفتاة (بلانكو)، وكان المتسبب في الحادث عربة نقل مملوكة لمصنع التبغ التابع للدولة، فقد كان من شأن تطبيق معيار السلطة العامة، أن يؤول الاختصاص بالنظر في هذه المنازعة إلى المحاكم العادية، غير أن محكمة التنازع أقرت باختصاص مجلس الدولة بالنظر في النزاع استنادا إلى معيار المرفق العام، كون أن الضرر كان ناتجا عن نشاط مرفق عام. راجع مثلا: د. مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سابق، ص 21.

3- أنظر على سبيل المثال: - د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 58 وما بعدها، - د. عمار عوابدي، مرجع سابق، ص 192 وما بعدها. - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، الطبعة الاولى، 2011، ص 09 وما بعدها. - د. هيثم حليم غازي، مرجع سابق، ص 19 وما بعدها.

عقد إداريا، ومن ثم فإن العقد المبرم بين أشخاص القانون الخاص لا يكون إداريا حتى ولو كان أحدهم مكلف بتحقيق مصلحة عامة[1]، وضرورة أن تكون الإدارة طرفا في العقد أمر يوجد ما يبرره، كون أن القواعد الإدارية وجدت لتحكم نشاط الإدارة دون نشاط الأفراد الذي يحكمه القانون الخاص.[2]

ويندرج تحت أشخاص القانون العام الدولة والوزارات والمصالح والإدارات التابعة لها، والأشخاص العامة المرفقية كالهيئات العامة والنقابات المهنية والغرف والهيئات التي تمارس جانبا من امتيازات السلطة العامة، وأخيرا الأشخاص العامة المحلية.[3]

وعلى الرغم من أهمية هذا الشرط في تحديد العقد الإداري إلا أن القضاء الإداري أورد عليه بعض الاستثناءات، حيث أنه يمكن أن يكون العقد المبرم بين أشخاص القانون الخاص عقدا إداريا حتى وإن لم تكن الإدارة طرفا فيه، كما أنه قد تبرم الإدارة بعض العقود المدنية، وسأبين ذلك بالتفصيل فيما يلي:

أولا: العقود التي يكون أطرافها من أشخاص القانون الخاص.

الأصل أن العقد الذي يبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص لا يعتبر عقدا إداريا، إلا أنه استثناء على هذه القاعدة قضت محكمة التنازع الفرنسية في حكم لها بتاريخ 08 جويلية 1936 في قضية (Société Entreprise peyrot)، بأن *"إنشاء الطرق العامة له صفة الأشغال العامة التي تؤول للدولة، وهي تنفذ في الأصل بطريق الإدارة المباشرة، ويترتب على ذلك أن العقود التي تنفذ بواسطة رب العمل تخضع للقانون العام، وحيث أنه يجب أن نطبق ذات القاعدة على العقود التي تبرم بالشروط المنصوص عليها في القانون الخاص بنظام الطريق السيار دون حاجة إلى التمييز بين العقود التي تبرمها الدولة، وتلك التي يبرمها، بصفة استثنائية صاحب الامتياز، الذي يتعاقد لحساب الدولة، وسواء أكان هذا الملتزم شخصا معنويا عاما أو شركة اقتصاد مختلط،... ومن ثم فأيا كانت الوسائل المستعملة في إنشاء الطريق السيار فإن العقود المبرمة بين المقاولين بواسطة الإدارة أو بواسطة شركة الاقتصاد المختلط، تكون لها طبيعة عقود الأشغال العامة."*[4]

1- راجع في ذلك: - د. جوادي إلياس، معايير تحديد مفهوم العقد الإداري وتمييزه عن العقود الأخرى، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر، العدد 09، سبتمبر2015، ص 17.
- المستشار سمير عثمان اليوسف، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في الوازن المالي للعقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2009، ص 22. - جمال عباس عثمان، مرجع سابق، ص 52.
- PEISER GUSTAVE, Droit administratif général, 26éme éd, Dalloz 2014, p 82.

2 - VELLEY SERGE, Droit administratif, 4ème édition, Dalloz, Paris, 2003, p84

3- للتفصيل أكثر أنظر: - د. عبد الغني بسيوني، مرجع سابق، ص 217. – د. عمار عوابدي، مرجع سابق، ص 188.

4 - T.C, 8juillet 1963, Entreprise Peyrot c/. Société de l'autoroute Estérel-côte d'azur, GAJA. et RDP, 1963, p. 787. Voir, FOILLARD Philippe, op.cit. p 222. - SHWEKAT Aiad, op.cit. p 40.

وعلى الرغم من أن شركات الاقتصاد المختلط تعد من أشخاص القانون الخاص إلا أن محكمة التنازع الفرنسية أقرت في هذا الحكم بالطابع الإداري للعقد الإداري.[1]

غير أن هذا الاجتهاد ظل محصورا في إطار أعمال الطرق فحسب، بحيث أخرج من هذا التطبيق عقود الأشغال التي لا تتعلق بأعمال الطرق، فقد رفضت محكمة التنازع تطبيق هذا الاجتهاد على عقد يتعلق ببناء خطوط السكك الحديدية في حكم لها بتاريخ 12 جانفي 1972 في قضية (S.N.C.F) ضد (Entreprise Solon)[2]، في حين طبق القضاء الفرنسي هذا الاجتهاد في أحكام أخرى تتعلق بأشغال الطرق.[3]

كما أن القضاء الفرنسي يعتبر العقود التي يبرمها شخص من أشخاص القانون الخاص بالوكالة عن شخص معنوي عام عقودا إدارية، حيث استند مجلس الدولة الفرنسي على نظرية الوكالة في القانون المدني ليضفي على العقد الصبغة الإدارية[4]

وقد استقر الفقه والقضاء المصري في هذا المجال على أن علاقة المتعاقدين في العقود الإدارية لا تستند إلى شروط العقود بالقدر الذي تستند فيه إلى القوانين التنظيمية الخاصة بالمرفق العام[5]، كما أقرت المحكمة الإدارية العليا في الكثير من أحكامها على أنه يمكن أن يكون العقد إداريا إذا أبرمه أحد أشخاص القانون الخاص بوصفه وكيلا عن شخص عام، وإذا تعاقد ذلك الشخص لحساب أحد الأشخاص المعنوية العامة، حيث ستنصرف آثار العقد للإدارة.[6]

ثانيا: التعاقد كأشخاص القانون الخاص.

لا يكفي لقيام العقد الإداري أن تكون الإدارة طرفا فيه، بل يجب أن تبرمه بوصفها سلطة عامة، فالإدارة لما تبرم عقودها بوصفها شخص من أشخاص القانون الخاص، متجردة من امتيازات السلطة

1- أنظر، د. فهد مرزوق فهد العنزي، مرجع سابق، ص 42.

2 - T.C, 12 janvier 1972, SNCF c/ Ent. Solon, Rec., p. 944.

3- Voir, - C.E, Sect. 30 mai, 1975, Société d'équipement de la Région Montpelliérain, Rec, p. 326.
- T.C, 7 juillet 1975, Commune d'gde, Rec., p 798. – T.C, 12/11/1984, SEM, du tunnel Sainte-Marie-aux-Mines, AJDA 1985, p. 156.

4 - أنضر، مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سابق، ص 73.

5- أنظر، د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 82.

6- للاطلاع على مختلف الاجتهادات القضائية المصرية في هذا الشأن راجع في ذلك: - د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 72. - د. مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سابق، ص 79. - د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 33، 34.

العامة، تعتبر هذه العقود عقودا مدنية وتخضع لقواعد القانون الخاص، والاختصاص بالمنازعات التي تثور بشأنها يؤول للقضاء العادي.[1]

ففي حكم لمحكمة التنازع الفرنسية سنة 1980 أقرت بأنه إذا لم يتعلق العقد بمهمة تنفيذ مرفق عام، فإنه يمكن مع ذلك أن يكون عقدا إداريا إذا تضمن شرطا من الشروط الاستثنائية غير مألوف في عقود القانون الخاص، وإن لم يتصل العقد بمرفق عام...، مما ينبئ عن رغبتها في استخدام أساليب السلطة العامة ووسائل القانون العام.[2]

وفي مصر استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا على أن الإدارة إذا لم تتعاقد بوصفها سلطة عامة لا يضفي على العقد الصبغة الإدارية.[3]

أما بالنسبة للعقود التي يكون كلا طرفيها من أشخاص القانون العام فالقضاء الإداري الفرنسي كان يعتبرها عقود إدارية، إلا أنه بعد صدور حكم محكمة التنازع بتاريخ 21 مارس 1983 في قضية اتحاد التأمينات لباريس (U.A.P) وضعت محكمة التنازع قاعدة مفادها أن *" العقد المبرم بين شخصين من أشخاص القانون العام يأخذ من حيث المبدأ الطابع الإداري عدا الحالة التي بالنظر إلى موضوع العقد لا يرد من الطرفين إلا علاقات القانون الخاص"*، ويرى الأستاذ (FOILLARD Philippe) أن مصطلح من حيث المبدأ يعني أنه مفترض، ويقبل الاستثناء، ومنه فإذا تعاقد شخصين من أشخاص القانون العام بأسلوب القانون الخاص وتصرفا كالأشخاص العادين لا يكون العقد إداري.[4]

وقد أكد مجلس الدولة هذا الاجتهاد في قراره الصادر في 11 ماي 1990 في قضية مكتب الإعانة الاجتماعية ضد المنظمة الشعبية للسكن ببدل إيجار معتدل، فعلى الرغم من أنه مبرم بين شخصين من أشخاص القانون العام إلا أن مجلس الدولة لم يعتبره عقدا إداريا لكون أنه لم يصدر عن الطرفين في أثناء ابرام العقد وفي تنفيذه إلا علاقات القانون الخاص، ومنه فهو عقد مدني.[5]

1- راجع: - د. محمد علي الخلايلة، ص 266. - د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 32. - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية الإدارية في مجال العقود والقرارات الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007، 73.
- SHWEKAT Aiad, op.cit. p 39.

2- حكم محكمة التنازع الفرنسية في 07 جويلية 1980، أشار إليه د. ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص 54.

3- أنظر: - حكم المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم 1383، سنة 35 ق. جلسة 1995/01/08. - المحكمة الإدارية العليا رقم 339 لسنة 27 ق. جلسة 1983/11/19. - المحكمة الإدارية العليا في 1987/02/21. أشار إليها: - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية، مرجع سابق، ص 11. - د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 33. - ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص 44، 45.

4 - FOILLARD Philippe, op.cit. p 224.

5 - MARIE Christine, Droit administratif, Gualino éditeur, Paris, 2005. p. 310.

وفي المقابل اعتبرت محكمة التنازع العقد إداريا في حكمها الصادر بتاريخ 1991/12/07 في قضية (C.R.O.U.S) وأحد مكاتب السكن ببدل إيجار معتدل (مؤسسة عامة) وذلك بالنظر إلى بنود العقد الذي يرتدي الطابع الإداري.[1]

الفرع الثاني: اتصال العقد بمرفق عام.

لا يكفي أن تكون الإدارة طرفا في العقد لكي يسبغ عليه الصفة الإدارية، وإنما يجب أن يتعلق الأمر أيضا بنشاط مرفق عام[2]، والمرفق العام يقصد به المشروع أو الهيئة التي تنشئها الإدارة لإشباع حاجات عامة، وهي النشاط أو الخدمة التي تؤدي للجمهور من أجل تحقيق المصلحة العامة[3]، وللمرفق العام معنيان، المعنى العضوي أو الشكلي، ويعني المنظمة أو الهيئة التي تقوم بممارسة النشاط، والثاني المعنى الموضوعي أو المادي وهو النشاط الذي تقدمه الإدارة لإشباع حاجات عامة للأفراد.[4]

واتصال العقد بالمرفق العام يأخذ عدة صور وأشكال حسب موضوع العقد، فقد يكون ذلك الاتصال بالمرفق العام من حيث تنظيمه أو تسييره أو إدارته أو استغلاله، أو المعاونة أو المساهمة فيه.[5]

وظهر أول تطبيق لفكرة المرفق العام في مجال العقود الإدارية في القضاء الإداري الفرنسي في حكم مجلس الدولة في قضية "تيري" (Terrier)، التي سبقت الإشارة إليها حيث تقرر أن اختصاص القضاء الإداري يتناول كل ما يتعلق بتنظيم وسير المرافق العامة، وطنية كانت او محلية، وسواء أكانت وسيلة الإدارة في ذلك عملا من أعمال السلطة أم تصرفا عاديا، فالعقود التي تبرمها الإدارة بهذا الخصوص هي أعمال إدارية بطبيعتها، يختص القضاء الإداري بالفصل في كل ما ينجم عنها من منازعات.[6]

---

1 - TC. 1991, CROUS Académie Metz-Nancy. - FOILLARD Philippe, op.cit. p 224.

2- راجع: - د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 35. – أ. إبراهيم الشارف الطاهر تفوقة، مرجع سابق، ص 39.

3- راجع د. فطومة بودلال ، مرجع سابق، ص21

4- أنظر، د. محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص 41.

5- أنظر، د. عمار عوابدي، مرجع سابق، ص 195. - أ. كعنان محمد محمود المفرجي، الاعتبار الشخصي في العقد الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندري، مصر، الطبعة الأولى، 2014، ص 27.

6- أنظر: - د. مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سابق، ص 89. - د. جوادي الياس، مرجع سابق، ص 19. -

ثم بدأت الأحكام تتوالى[1] مؤكدة هذا الاتجاه، ومن ذلك حكم مجلس الدولة بتاريخ 04 مارس سنة 1910 في قضية "تورون"[2] (Theorond)، وحكم محكمة التنازع الفرنسية الصادر بتاريخ 28 مارس 1955 في قضية (Effimief).[3]

والملاحظ على هذه الأحكام كانت تتطلب توفر شرطين لإضفاء الطابع الإداري على العقد، الأول الاتصال بالمرفق العام، والثاني تضمن العقد بنود غير مألوفة[4]، الأمر الذي أدى إلى جدل لدى فقهاء القانون العام في فرنسا حول كيفية تحديد هذان المعياران، فمنهم من يذهب إلى أنهما يجتمعان، وبالتالي وجود معيار مزدوج، والبعض يذهب إلى أنه يكفي وجود أحدهما لإضفاء صفة العقد الإداري.[5]

إلا أنه بعد قضية "الزوج بارتين" [6] (Époux Bertin) سنة 1956، وضع حد للجدل الذي كان قائما، أين أصبح كل معيار كاف لوحده لإضفاء الصبغة الإدارية على العقد، وأكد مجلس الدولة على ضرورة الارتباط والاتصال بالمرفق العام في العديد من أحكام لاحقة، من ذلك حكمه في قضية (Cornetto) بتاريخ 26 سبتمبر 1984، كما تبنت محكمة التنازع الفرنسية هذا الحل في العديد من أحكامها.[7]

ويتضح من اجتهادات القضاء الإداري الفرنسي أنه يكتفي بشرط اتصال العقد بمرفق عام لإضفاء الطابع الإداري على العقد الإداري (سواء في حالة اشتراك المتعاقد في خدمة المرفق العام، أو يكون

1- للاطلاع على مختلف الاحكام في هذا الشأن راجع: - د. هيثم حليم غازي، مرجع سابق، ص 31. - د. ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص 67 وما بعدها. - د. مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سابق، ص 90.

2- أنظر في ذلك: - د. محمد باهي، مرجع سابق، ص139. - د. جمال عباس عثمان، مرجع سابق، ص 70. - د. مسعود شيهوب، مرجع سابق، ص 121.

3- أنظر، د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 77.

4 - LANGELIER Élise, L'office du juge administratif et le contrat administratif, thèse de doctorat en droit public, université de Poitiers, 2012. P 38.

5 - SHWEKAT Aiad, op.cit. p 44.

6- CE 20 avril 1956. Époux Bertin, Recueil Lebon, p. 167 et RDP 1956, p. 809.

- وتتلخص وقائع هذه القضية في أن السيد Bertin وزوجته قد تعهدا بموجب عقد شفوي أبرم مع الإدارة بتاريخ 1944/11/24 بالقيام بتقديم الطعام للرعايا السوفيات اللاجئين في مركز إعادة ترحيل اللاجئين بمدينة (Meaux)، في انتظار عودتهم إلى بلدهم روسيا، وذلك مقابل مبلغ جزافي يقدر بثلاثون فرنك للفرد الواحد في اليوم، وأكد مجلس الدولة أن العقد المذكور يهدف إلى منح ذوي الشأن في هذا الصدد القيام بإحدى مهام المرفق العام المكلف بضمان إعادة ترحيل اللاجئين الأجانب، وأقر مجلس الدول أن الظرف يكفي بمفرده لإضفاء الطبيعة الإدارية على العقد المذكور، ومن ثم يعتبر العقد إداريا، دون الحاجة إلى البحث عما إذا كان يتضمن بنود استثنائية غير مألوفة أم لا، ويدخل إذا في اختصاص القاضي الإداري. - أنظر، مفتاح خليفة عبد الحميد، مرجع سابق، ص 91.

7- للاطلاع على مختلف الأحكام راجع: - جورج فوديل، بيار دلفولفيه، مرجع سابق، ص321 وما بعدها.
- SHWEKAT Aiad, op.cit. p 45.

موضوعه خدمة المرفق العام ذاته) فيعتبر القضاء أن هذا الشرط كاف لوحده مستقلا دون حاجة لأن يتضمن العقد بنود استثنائية غير مألوفة في قواعد القانون الخاص.

أما في مصر فقد استقر الفقه والقضاء على ضرورة توافر الشروط مجتمعة لإضفاء الصفة الإدارية للعقد، وهو الامر الذي أكدته المحكم الإدارية العليا في الكثير من أحكامها[1]، من ذلك ما قررته في الحكم الذي سبقت الإشارة إليه الصادر بتاريخ 1995/01/18 على أنه "*ومن حيث أن العقد الإداري على ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة هو العقد الذي تكون الإدارة طرفا فيه ويتصل بنشاط مرفق عام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته مراعاة للمصلحة العامة، وتأخذ فيه الإدارة بأسلوب القانون العام.*"

الفرع الثالث: اتباع وسائل القانون العام.

رأينا كيف أن مجلس الدولة الفرنسي يكتفي بشرط اتصال العقد بالمرفق العام لكي يضفي عليه الصفة الإدارية، دون أن يتطلب توافر شروط استثنائية غير مألوفة في قواعد القانون الخاص، لكن أهمية الشروط الاستثنائية غير المألوفة (clauses exorbitantes) تظهر في العقود التي لا تتصل اتصالا قويا بالمرفق العام، إذ أن تحديد طبيعتها واعتبارها عقودا إدارية يعتمد في هذه الحالة على توافر هذه الشروط.

وظهر هذا المعيار لأول مرة في فرنسا في حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 1912/07/31 في قضية "شركة الجرانيت" (société des granits porphyroïdes des Vosges) [2]، والذي أشار فيها تقرير مفوض الحكومة (Léon Blum) إلى الظروف الاستثنائية، وكانت هذه هي المرة الأولى الذي يستخدم فيها هذا التعبير ليتعمم بعد ذلك[3]، ويستفاد من هذا الحكم أن وجود بنود استثنائية لا نجدها عادة في عقود القانون الخاص تجعل العقد الذي تبرمه الإدارة يتصف بالصفة الإدارية.[4]

1- للطلاع على مختلف الأحكام راجع مثلا: - د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 74 وما بعدها. - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية الإدارية في مجال العقود والقرارات، مرجع سابق، ص 75 وما بعدها. - د. السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص 18. - د. عبد الغني بسيوني، مرجع سابق، ص 521، 522.

2 - CE, 31 juillet 1912, (Société des Granits Porphyroïdes des Vosges), Rec. GAJA, 15^{em} édition, 2005, Dalloz. P 151. - FOILLARD Philippe, op.cit. p 225.

- وتتلخص وقائع القضية في نزاع بين مدينة ليل والشركة يتعلق بتنفيذ عقد توريد حجر (الجرانيت) إلى مدينة ليل لبناء الأرصفة، حيث قضى مجلس الدولة بأن الأمر يتعلق بعقد من عقود القانون الخاص لأنه لا يتضمن شروطا استثنائية.

3- أنظر، د. محمد باهي، مرجع سابق، ص 139.

4- د. ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص 55.

ثم تواترت بعد ذلك أحكام القضاء الإداري في فرنسا[1]، كما أن مجلس الدولة وسع من نطاق تطبيق الشروط الاستثنائية الغير مألوفة في مجال القانون الخاص، حيث ظهرت فكرة النظام غير المألوف بمناسبة حكم مجلس الدولة بتاريخ 19 جانفي 1973 في قضية "شركة استغلال الكهرباء لنهر سانت"[2] (rivière du Sant)، فقرر أن العقد أبرم في نطاق قانوني فرضه المشرع (نظام غير مألوف) والتي تتضمن بالنسبة إلى الطرفين حقوقا أو واجبات لم ترد في بنود العقد.

وتعتبر فكرة النظام غير المألوف مرحلة من مراحل تطور معيار البنود غير المألوفة وجوهره هو أنه يعتبر العقد إداريا بمجرد أن يكون له نظام محدد يتضمن أحكام غير مألوفة في عقود القانون الخاص.[3]

وقد تأكدت أهمية الشروط الاستثنائية كمعيار لتحديد العقد الإداري في الكثير من الأحكام القضائية الحديثة[4]، ويبدو من خلال اجتهادات القضاء الإداري الفرنسي أن معيار الشروط الاستثنائية والنظام غير المألوف يلعب دورا هاما في تحديد العقد الإداري بحيث يكفي توافرها لإضفاء عليه الصفة الإدارية حتى وإن لم يكن متصلا بالمرفق العام، على عكس القضاء المصري الذي يشترط توافر الشروط مجتمعة.

ففي القضاء الإداري المصري[5] وإن كان يعد احتواء العقد شروطا استثنائية غير مألوفة هو العنصر الحاسم في تمييز العقد الإداري، غير أنه لا يكفي وحده، بل يجب أيضا أن تكون الإدارة طرفا في العقد وأن يتصل بنشاط مرفق عام.[6]

وإن كان هناك إجماع لدى الفقه والقضاء على أهمية الشروط الاستثنائية غير المألوفة في قواعد القانون الخاص لاعتبار العقد إداري، إلا أن هناك صعوبة في تحديد هذه الشروط، وقد كان للفقه والقضاء عدة محاولات لتحديد مفهومها وإبرازها.

---

1 - للاطلاع على مختلف الأحكام: راجع: - د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 88. - د. محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص 49. - جورج فوديل، بيار دلفولفيه، مرجع سابق، 226، 227.

2 - CE, Sect., 19 janvier 1973, Société d'exploitation électrique de la Rivière du Sant, Rec. 48. GAJA, 15^{em} édition, 2005, Dalloz, p 153. - FOILLARD Philippe, op.cit. p 225.

3 - د. جمال عباس عثمان، مرجع سابق، ص96.

4 - TC, 22 octobre 2001, commune de Villepinte, société NRG, Recueil Lebon, 2001, p. 748. - CE, 6 décembre 2002, RFDA 2003, p. 291. - SHWEKAT Aiad, op.cit. p 50. – CE, 1er juillet 2010, Société Bioenerg, GAJA, Dalloz, 18^{em} éd, 2011, p.147.

5 - للاطلاع على مختلف الأحكام راجع مثلا: - د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 85، 87. - د. ماجد راغب الحلو، ص 56 وما بعدها. - د. هيثم حليم غازي، مرجع سابق، ص 39، 40. - د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 38، 39.

6 - أنظر د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 37.

فبعض الفقهاء يعرفون الشروط الاستثنائية بأنها "تلك الشروط التي تكون باطلة إذا ما وجدت في عقود القانون الخاص لمخالتها للنظام العام."[1]

إلا أنه ما أعيب على هذا التعريف هو أن مخالفة أحكام النظام العام تقوم على الأسس المعروفة في أحكام القانون العام والخاص معا، فلا يمكن وجود نصوص مخالفة للنظام العام في أحدهما دون الآخر، فالنظام العام هي واحدة في كل من أحكام القانون العام والخاص.[2]

ويرى البعض أن الشروط الاستثنائية تنتمي إلى الامتيازات الاستثنائية المقررة للأفراد ولكنه ليس بالضرورة شرطا غير مألوف في عقود الأفراد، اذ يستمد من النظرية العامة للعقود الإدارية أو من اعتبارات القانون العام.[3]

كما حاول القضاء الإداري الفرنسي تعريف الشروط الاستثنائية غير المألوفة من خلال حكم مجلس الدولة بتاريخ 1950/10/20 في قضية "ستان" (Stein)[4]، حيث عرفها بأنها: " *تلك التي تمنح أحد الطرفين المتعاقدين حقوقا أو تحمله التزامات غريبة في طبيعتها عن تلك التي يمكن أن يوافق عليها من يتعاقد في نطاق القانون المدني أو التجاري.*"[5]

وفي مصر عرفت المحكمة الإدارية العليا الشروط الاستثنائية بأنها *"الشروط التي تضعها الإدارة بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها، وذلك بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق من المرافق العامة.*"[6]

غير أن كل هذه الجهود لم تكن كافية لتحديد الشروط الاستثنائية غير المألوفة مما أدى بالفقه إلى عرض بعض الحالات الأساسية التي يمكن أن تتوفر من خلالها، ويمكن تقسيمها إلى طائفتين الأولى تتمثل في تلك الشروط التي تتسم بطابع السلطة العامة، والثانية ترد تطبيقا لقواعد القانون العام.

---

1 - WALINE Marcel, Précis de droit administratif, Paris, 1970, p. 499. - CHAPUS René, Responsabilité publique et responsabilité privée, Thèse, Paris, 1954, p. 128. - RIVERO Jean. Précis de droit administratif, 4ème édition, Dalloz, Paris, 1970, p 108.

2 - د. مازن ليلو راضي، مرجع سابق، ص 47.

3 - DE LAUBADERE André, Traité de contrat administratif, Op.cit. p.85. - BENOIT Francis-Paul, Le droit administratif français, Dalloz, paris, 1968, p. 598.

4 - CE 20 octobre, 1950, Stein, Recueil Lebon, p. 505. - SHWEKAT Aiad, op.cit. p 49.
- أنظر أيضا، د. ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1999، ص 153.

5 - أنظر، د. محمد صغير بعلي، مرجع سابق، ص 203، 204

6 - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في 1993/02/25، أشار له: - د. جمال عباس عثمان، مرجع سابق، ص 81.

أولا: الشروط التي تتسم بطابع السلطة العامة.

وهي الشروط المتسمة بطابع السلطة العامة ومن ثم فلا مجال لها في روابط القانون الخاص، لأنها من ناحية تعطي للإدارة سلطات استثنائية في مواجهة المتعاقد معها، ومن جهة أخرى تمنح للمتعاقد مع الإدارة بعض الامتيازات في مواجهة الغير وهي أكثر الشروط الاستثنائية وضوحا.[1]

فبالنسبة للشروط التي تقرر للإدارة امتيازات في مواجهة المتعاقد معها تعتبر أهم الشروط الاستثنائية ومن ذلك سلطة الإدارة في الإشراف على تنفيذ العقد، وحقها في تعديل التزامات المتعاقد معها، ومنها كذلك سلطة الإدارة في فسخ العقد بإرادتها المنفردة دون موافقة المتعاقد معها، وسلطة توقيع العقوبات في حالة إخلال المتعاقد بالتزاماته من دون اللجوء إلى القضاء.[2]

أما الشروط التي تخول المتعاقد مع الإدارة سلطات اتجاه الغير فهي تلك الشروط التي يتمتع بها غالبا الملتزم في عقود الامتياز، من ذلك تلك التي تخوله سلطة نزع الملكية للمنفعة العامة، ومن تلك الشروط أيضا تلك التي تتجلى في عقود الأشغال العامة وتعطي للمقاول سلطة الاستيلاء المؤقت على العقارات أو شغلها مؤقتا.[3]

ثانيا: الشروط التي تعتبر تطبيقا لقواعد القانون العام.

هذه الطائفة من الشروط ترتبط بمبادئ القانون العام، فلئن كانت لا تتضمن أي مظهر من مظاهر السلطة، غير انها تمثل وضعا غير مألوف في مجال العقود المدنية، ومن أمثلة تلك الشروط أن تتضمن بنود العقد ما يفيد الإحالة إلى مبادئ وقواعد القانون الإداري، كتلك التي تعطي حقوق للمتعاقد مع الإدارة لإعادة التوازن المالي للعقد إذا ما طرأت ظروف أثناء تنفيذ العقد وأحدثت للمتعاقد إرهاقا ماليا.[4]

ومن تلك الشروط أيضا الإحالة إلى دفاتر الشروط، وكذلك الشروط التي تجعل الاختصاص في النظر والفصل في المنازعات المتعلقة بالعقد من اختصاص القضاء الإداري.[5]

---

1 - أنظر: - د. محمود خلف الجبوري، مرجع سابق، ص 50. - د. جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 42.

2- أنظر: - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 77. - د. جوادي إلياس، مرجع سابق، ص 21. - زيان محمد أمين، د. دبيح زهيرة، موقف المشرع الجزائري من معايير تحديد العقد الإداري، مجلة البحوث والراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 02، العدد 12، الجزء الثاني، جوان 2017، ص 396.

3- راجع: - د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 92، 93. – د. محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 204.

4 - راجع: - د. هيثم حليم غازي، ص 43. - د. محمد خلف الجبوري، مرجع سابق، ص 52.

5- أنظر، د. عمار عوابدي، مرجع سابق، ص 197.

بالإضافة إلى تلك الصور والحالات للشروط الاستثنائية فإن البعض يضيف إليها شروط أخرى منها اشتراك المتعاقد في إدارة المرفق العام بصورة مباشرة، كما هو الحال في عقد التزام المرافق العامة.[1]

ومن خلال ما سبق يمكن استخلاص أن معيار تمييز العقد الإداري تستمد من طبيعة العقد ذاته، وهي كون الإدارة طرفا فيه، واتصاله بنشاط مرفق عام، واستعمال الإدارة لأساليب القانون العام، وقد تجتمع هذه العناصر الثلاثة في العقد وتضفي عليه الصفة الإدارية، كما قد يكون العقد إداريا دون أن تتوافر جميع هذه العناصر، بحيث يكفي عنصر واحد فقط من لإضفاء الصبغة الإدارية على العقد.

ويعتبر اتباع الإدارة لأسلوب القانون العام أهم معيار معتمد من قبل القضاء، وتجدر الإشارة إلى أنه في فرنسا وبعد صدور قانون "مورسيف" (MURCEF) الصادر بتاريخ 11 ديسمبر 2001 الذي سبقت الإشارة إليه، وسع من مجال العقود الإدارية بتحديد القانون، وتعتبر بموجبه جميع العقود التي يتم إبرامها من قبل الأشخاص العامة في مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية عقود إدارية، إلا أنه خارج إطار الصفقات العمومية يبقى للقضاء دور بارز في تحديد العقد الإداري معتمدا على المعايير السابقة.

1- راجع في ذلك: - د. عمار عوابدي، مرجع سابق، ص 198. - د. هيثم حليم غازي، ص 45.

المطلب الثالث: معايير تحديد العقد الإداري في النظام القانوني الجزائري.

ان معيار تحديد العقد الإداري في النظام الجزائري هو معيار تشريعي وليس قضائي، فالقضاء في الجزائر لم يصل إلى مصاف الاجتهاد القضائي لمجلس الدولة الفرنسي، كون أن القضاء الإداري في الجزائر لم يحاول إضافة معايير جديدة لتمييز العقد الإداري مكتفيا بتطبيق النصوص التشريعية

من ذلك على سبيل المثال قرار محكمة التنازع بتاريخ 2011/04/04 حيث ورد بحيثياته «*...أنه وعندما يخص النزاع شخص خاضعا للقانون العام، فإن الاختصاص يعود إلى الجهة القضائية الإدارية مثلما يستخلص من مقتضيات المادتين 800 و 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية*" [1]

وفي قرار آخر بتاريخ 2007/12/09، جاء في حيثياته "*...وأن قضية الحال تتعلق بعقد توريد قطع غيار لعربات لبلدية زمورة، وأن حضور شخص معنوي من أشخاص القانون العام طرفا في النزاع يكفي لجعل القاضي الإداري مختصا للفصل فيه*"[2]

وفي قرارات سابقة صادرة عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا انتهج القضاء الإداري نفس الاتجاه[3]، لذلك فإن العقود الإدارية في الجزائر محددة من طرف المشرع وذلك إما بصفة مباشرة كما هو الشأن في عقود الامتياز التي سبق الإشارة إليها أو بطريقة غير مباشرة وذلك بأن يجعل المشرع الاختصاص بالنظر في منازعاتها للقضاء الإداري.

---

1 - قرار محكمة التنازع بتاريخ 2011/04/04، تحت رقم 100، في قضية (ب ح) ضد رئيس بلدية ديدوش مراد ومن معه، مجلة المحكمة العليا، 2011، عدد 01 ص 377.

- أنظر أيضا: - قرار محكمة التنازع بتاريخ 2010/05/17، تحت رقم 89، في قضية (و ع) ضد والي ولاية سعيدة و م .و نفطال، مجلة المحكمة العليا، 2011، عدد 02 ص 396.
- قرار محكمة التنازع بتاريخ 2007/12/09، تحت رقم 34، قضية (ب ب) ضد وزير السياحة لولاية وهران، مجلة المحكمة العليا، 2009، عدد خاص ص 77.
- قرار محكمة التنازع في 2008/03/16، رقم 60، قضية مقاولة أشغال الطق ضد الوكالة الولائية لتيبازة، مجلة المحكمة العليا، 2009، عدد خاص ص 189.

2- قرار محكمة التنازع بتاريخ 2007/12/09 تحت رقم 45 في قضية (ب. ك. ع) ضد بلدية زمورة، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، سنة 2011، ص 115.

3 - انظر، قرار المحكمة العليا (الغرفة الإدارية) بتاريخ 13 جويلية 1985 تحت رقم 42353 بين الجمعية الدينية لمسجد الأمير عبد القادر والجامعة الإسلامية من جهة، وبين السيد ب ش / ع وبحضور مجموعة من الإدارات (التي لا علاقة لها بالنزاع) الذي يلتمس ب ش /ع فيه تعويض عن هدم فيلته بسبب بناء مسجد الأمير عبد القادر، وحكمت له الغرفة الإدارية بمجلس قسنطينة بذلك، ولقد جاء في قرار المحكمة العليا ان "الجمعية الدينية ليست شخصا من أشخاص القانون العام (ومن ثمة) فإن المجلس القضائي بقسنطينة لا يحق له طبقا للمادة (07 ق ا م) نظر الدعوى المرفوعة ضد هذه الجمعية، - قرار غير منشور.

- للاطلاع على اجتهادات قضائية أخرى أنظر: - د. مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثاني، نظرية الاختصاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة السادسة، 2013، ص 10، 48، 56. - باية سكاكني، مرجع سابق، ص 29.

وبالرجوع إلى نصوص المواد 82 و153 من المرسوم الرئاسي 15-247 فنجده لم يحدد الجهة القضائية المختصة بالفصل في منازعات الصفقات العمومية[1]، الأمر الذي يحيلنا للقواعد العامة.

فقد نصت المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ان: " **المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية. تختص بالفصل في أول درجة، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البليدة أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها.**"

كما حدد تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الأشخاص المعنوية التي تخضع لأحكامه وحصرتها المادة السادسة منه في الدولة، والجماعات الإقليمية، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، والمؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية.

من خلال هذه المواد يتضح أن المشرع الجزائري تبنى في الأصل المعيار العضوي، وهو معيار يتسم بالبساطة مقارنة مع المعايير التي لاحظنا إشكالاتها الكثيرة في فرنسا، وتكمن هذه البساطة في المعرفة المسبقة للجهة القضائية التي يؤول إليها الاختصاص.[2]

وبالاستناد إلى هذا المعيار يعتبر كل تصرف أو عمل، بما في ذلك العقود، صادر من أحد الأشخاص العامة يختص بالفصل في منازعاته القضاء الإداري ويطبق في شأنه قواعد القانون العام، إلا في حالات استثنائية.

ومنه سوف اتناول فيما يلي المعيار العضوي الذي اعتمده المشرع كأصل لتحديد العقد الإداري، ومن ثم المعاير الأخرى التي استعان بها المشرع الجزائري كاستثناء.

الفرع الأول: المعيار العضوي كأصل لتحديد العقد الإداري.

يتجسد هذا المعيار من خلال نص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي ذكرت الأشخاص المعنوية العامة على سبيل الحصر، ولتحديد مجالات تطبيق هذا المعيار يتطلب تحديد مفهوم كل من الدولة والولاية والبلدية والمؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية.

1- حيث نصت المادة 01/153 منه على أنه " تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار التشريعية والتنظيمية المعمول بها...."

2 - د. رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، تنظيم واختصاص القضاء الإداري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثانية، 2013، ص 277، 278. - د. مسعود شيهوب، مرجع سابق، ص 11.

أولا: الدولة.

يأخذ مصطلح الدولة هنا على المفهوم الضيق للدولة وليس المفهوم الواسع المعروف في القانون الدستوري، والمقصود بالدولة وفقا لهذا المفهوم مختلف الإدارات العمومية التي تتشكل منها السلطة المركزية، وينطوي تحت وصفها رئاسة الجمهورية والأجهزة المرتبطة بها، الوزارة الأولى والوزارات المختلفة والمصالح الخارجية للوزارات المتمثلة في المديريات التنفيذية على مستوى الولايات، مثل مديرية التربية، مديرية الفلاحة، وغيرها.[1]

وعموما فإن كل الإدارات المركزية غير المتمتعة بالشخصية المعنوية تندرج ضمن مفهوم الدولة، أما إذا كانت هذه المرافق تتمتع بالشخصية المعنوية فلا تندرج ضمن مفهوم الدولة لأنه في هذه الحالة تكون لها شخصية معنوية مستقلة عن الشخصية المعنوية للدولة.[2]

ثانيا: الجماعات الإقليمية.

الجماعات الإقليمية وفقا للدستور[3] تتمثل في الولاية والبلدية.

أ) الولاية: وهي مجموعة إقليمية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي وهي وحدة إدارية منفصلة عن الدولة انفصالا عضويا وقانونيا، و يقصد بها أيضا الدائرة الإدارية غير الممركزة للدولة.[4]

ويندرج ضمن مصالح الولاية المرافق التي على مستوى الولاية المسيرة عن طريق الاستغلال المباشر الغير متمتعة بالشخصية المعنوية، بينما تعتبر مستقلة عن الولاية ولا تندرج ضمن مفهومها إذا أخذت شكل الاستغلال المستقل.

فالمرافق العامة الولائية التي يمكن انشائها من قبل المجلس الشعبي الولائي[5] تكون مكتسبة للشخصية المعنوية المستقلة، وتدخل ضمن المؤسسات العمومية المستقلة.

1- أنظر، د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247، القسم الأول، مرجع سابق، ص 101.

2- أنظر، د. مسعود شيهوب، مرجع سابق، ص 12.

3- أنظر، المادة 17 من التعديل الدستوري لسنة 2020.

4- راجع، المادة الأولى من القانون 12-07 المؤرخ في 21 فبراير 2012 والمتعلق بالولاية، ج. ر عدد 12 لسنة 2012.

5- أنظر المواد 146، 147 من قانون الولاية.

ولما كانت الولاية تتمتع بالشخصية القانونية يمكن لها أن تدخل في علاقات عقدية[1] لتنفيذ مشاريع تنموية، وتعتبر العقود التي تبرمها الولاية كأصل عام عقود إدارية، ولقد أكد المشرع على خضوع الولاية لتنظيم الصفقات العمومية.[2]

ب) البلدية: وتعتبر البلدية البنية القاعدية في التنظيم الإداري الجزائري وتتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة[3]، وهي وحدة إدارية منفصلة انفصالا عضويا وقانونيا عن كل من الدولة والولاية، ويندرج ضمن مصالحها مختلف المصالح والمرافق العامة التابعة للبلدية المسيرة عن طريق الاستغلال المباشر، خلافا للمرافق العامة البلدية المستقلة والمكتسبة للشخصية المعنوية.[4]

ولما كانت البلدية تتمتع بالشخصية المعنوية وبأهلية التعاقد، فإن مهامها المختلفة والمتنوعة بهدف النهوض بأعباء التنمية المحلية وتحقيق المصلحة العامة، يتوجب عليها هي الأخرى الدخول في علاقات عقدية من القانون العام، وتعتبر عقودها كأصل عام عقود إدارية، وقد أكد المشرع على خضوع البلدية لتنظيم الصفقات العمومية وذلك بموجب أحكام خاصة في قانون البلدية.[5]

ثالثا: المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

المؤسسة العمومية هي أسلوب من أساليب تسيير المرافق العامة، وتعرف على انها: "جهاز أو هيكل إداري يعمل على تلبية احتياجات الجمهور بتقديم خدمات في مجال معين كالصحة والتعليم...الخ"[6].

والمؤسسات العمومية يمكن أن تكون على مستوى وطني أو محلي[7]، ومن أمثلة المؤسسات العمومية الوطنية الجامعات والمستشفيات الجامعية، والمجالس الوطنية المتخصصة وغيرها.

1- أنظر، المواد 49، 50 من القانون المدني.

2- تنص المادة 135 من القانون 12-07 على أنه: **"تبرم الصفقات الخاصة بالأشغال أو الخدمات أو التوريدات للولاية ومؤسساتها العمومية ذات الطابع الإداري طبقا للقوانين والتنظيمات المعمول بها والمطبقة على الصفقات العمومية"**

3- راجع المادة الأولى من القانون 11-10 المؤرخ في 22 يونيو 2011، يتعلق بالبلدية، ج. ر عدد 37، لسنة 2011.

4 - تنص المادة 153 من قانون البلدية على انه **"يمكن البلدية أن تنشئ مؤسسات عمومية بلدية تتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة من أجل تسيير مصالحها."**

5- راجع، المادة 189 من قانون البلدية.

6- أنظر د. مسعود شيهوب، مرجع سابق، ص 19.

7- أنظر، د. عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، القسم الأول، الإطار النظري للمنازعات الإدارية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، 2013، ص 238.

وعلى المستوى المحلي نجد مؤسسات عمومية محلية ذات صبغة إدارية، فقد خول قانون الولاية للمجلس الشعبي الولائي سلطة إنشاء مؤسسات عمومية ولائية قصد تسيير مرافقها العمومية بموجب المواد 146، 147 من قانون الولاية، كما خولت المادة 153 من قانون البلدية للمجلس الشعبي البلدي سلطة انشاء مؤسسات عمومية بلدية لتسيير مرافقها، وتكون هذه المؤسسات العمومية المحلية ذات صبغة إدارية أو ذات صبغة تجارية وصناعية.

وتخضع المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري لتنظيم الصفقات العمومية، فالعقود التي تبرمها هذه المؤسسات مثل عقود التوريد أو الترميمات التي تقوم بها، تعتبر كأصل عام عقود إدارية، ويختص بالفصل في منازعاتها القضاء الإداري، بحسب نص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

كما أن المشرع ومنذ الاستقلال وعبر كافة المراحل والتعديلات لتنظيم الصفقات العمومية يجعل من المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري خاضعة لأحكام تنظيم الصفقات العمومية، وذلك بحكم طبيعة نشاطها الذي لا يهدف إلى الربح، واعتمادها على التمويل العام[1]، وهذا ما أكدته المادة 06 من المرسوم الرئاسي 15-247.

الفرع الثاني: المعيار المادي كاستثناء في تحديد العقد الإداري.

يرتكز المعيار المادي على طبيعة نشاط المرفق العام، أو على امتيازات السلطة العامة، فيعتبر العقد إداري حسب هذا المعيار إذا اتصل محله بمرفق من المرافق العامة أو بتضمين العقد شروط استثنائية غير مألوفة، وعليه فإن هذا المعيار يستند على طبيعة النشاط وليس لوجود الإدارة كطرف في العقد.[2]

وإن كان المشرع الجزائري يأخذ كأصل بالمعيار العضوي وذلك من خلال حصر الأشخاص المعنوية العامة التي يختص بمنازعاتها القضاء الإداري في الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية دون غيرها.

1- أنظر، عمار بوضياف، مرجع سابق، مرجع سابق، ص 106.

2- راجع في ذلك: - د. محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 201. – باية سكاكني، مرجع سابق، ص 30، 31.

إلا أنه كاستثناء يأخذ بالمعيار المادي،[1] وذلك بالنظر إلى طبيعة النشاط ومدى اتصال العقد بالمرفق العام أو باتباع الإدارة لأسلوب القانون العام.[2]

فقد نصت المادة الأولى من القانون رقم 98-02 المتعلق بالمحاكم الإدارية على أنه " **تنشأ محاكم إدارية كجهات قضائية للقانون العام في المادة الإدارية...**"[3]

ويفهم من هذا النص وخاصة مصطلح " للقانون العام في المادة الإدارية" أن المشرع يستند على المعيار المادي.[4]

وزيادة على الاستثناءات الواردة في المادة 802 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[5]، يعتبر المشرع العقود التي تبرمها المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية عقود إدارية تخضع لأحكام تنظيم الصفقات العمومية.[6]

كما أن الإدارة يمكن أن تكون طرفا في بعض العقود إلا أنها لا تعتبر عقود إدارية، وسيتم تفصيل ذلك على النحو التالي.

أولا: المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري

بالإضافة إلى النوع التقليدي للمؤسسات العمومية، فإن التطور الوظيفي للدولة وتخليها عن دور الدولة الحارسة وتدخلها في شتى المجالات، خاصة الاقتصادية والتجارية أفرز نوع جديد من المؤسسات وهي

1- أنظر، د. بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار بغدادي للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثانية، 2009، ص 186.

2- ومن الأمثلة التي توضح تبني المشرع للمعيار المادي كاستثناء، تلك التي أقر فيها اختصاص المحاكم الإدارية في القضايا المخولة لها بموجب نصوص خاصة، عملا بأحكام الفقرة الأخيرة من المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نذكر منها: - القانون 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 14 لسنة 2006، الذي يجيز الطعن في قرارات اللجنة الوطنية أمام مجلس الدولة. - القانون 06-03 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن مهنة المحضر القضائي، والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 14 لسنة 2006. – والقانون رقم 13-07 المؤرخ في 29 أكتوبر 2013 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة، المنشور في الجريدة الرسمية عدد 55 لسنة 2013، والذي يجيز الطعن في قرارات اللجنة الوطنية للطعن أمام مجلس الدولة عملا بأحكام المادة 132 منه.

3- أنظر المادة 01 من القانون 98-02 المؤرخ في 30 مايو 1998، يتعلق بالمحاكم الإدارية، ج. ر عدد 37 لسنة 1998.

4- أنظر، د. رشيد خلوفي، مرجع سابق، ص 284، 285.

5- أنظر المادة 802 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

6- راجع المادة 06 من المرسوم الرئاسي 15-247.

المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري[1]، والاقتصادي، والتي لم ترد في نص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الأمر الذي يطرح التساؤل حول الاختصاص القضائي بالنظر في منازعاتها، وهل يمكن أن تكون خاضعة لنصوص خاصة، وبالتالي يؤول الاختصاص بمنازعاتها للقضاء الإداري انطلاقا من الإحالة الواردة في الفقرة الأخيرة من المادة 801 أعلاه[2].

وتقتضي الدراسة التفصيل في المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري والتي تنقسم إلى مؤسسات عمومية اقتصادية، ومؤسسات عمومية ذات طابع تجاري والصناعي [3]

01) المؤسسات العمومية الاقتصادية.

لقد وجد الفقه صعوبة في تحديد مفهوم المؤسسات العمومية الاقتصادية واختلفت التعريفات الفقهية في هذا الشأن، ولم يتم التوصل إلى تعريف جامع[4].

أما على المستوى التشريعي فتعرف من خلال القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية على انها "**شركات مساهمة أو شركات محدودة المسؤولية تملك الدولة و/أو الجماعات المحلية فيها مباشرة أو بصفة غير مباشرة، جميع الأسهم و/أو الحصص**"[5]، كما عرفها الأمر 01-04 المتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخوصصتها بانها: "**شركات تجارية تحوز فيها الدولة أو أي شخص معنوي آخر خاضع للقانون العام أغلبية رأس المال الاجتماعي مباشرة، أو غير مباشرة وهي تخضع للقانون العام**"[6]

---

1 - أنظر، محمد أمين مزيان، زهيرة دبيح، مرجع سابق، ص 401.

2- تنص المادة 801 في فقرتها الأخيرة على أنه: "**تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل: ... 3- القضايا المخولة لها بموجب نصوص خاصة.**"

3- بعد تعديل المادة 02 من المرسوم الرئاسي 02-250 بموجب المرسوم الرئاسي 08-238 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008 ج. ر عدد 62 لسنة 2008، تم إضافة المؤسسات العمومية الاقتصادية إلى جانب المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، إلى المؤسسات الخاضعة لأحكام تنظيم الصفقات عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا من ميزانية الدولة.

4- للاطلاع على مختلف التعريفات الفقهية راجع: - د. عجة الجيلالي، قانون المؤسسات العمومية الاقتصادية، من اشتراكية التسيير إلى الخوصصة، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص من 180 إلى 193.

5- راجع المادة 05 من القانون رقم 88-01 المؤرخ في 12 يناير 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج. ر عدد 02 لسنة 1988.

6- راجع المادة 02 من الأمر 01-04 المؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصوصيتها، ج. ر عدد 47، لسنة 2001.

ونصت المادة 02 من القانون 88-04 المعدل والمتمم للقانون التجاري على أنه " **المؤسسات العمومية الاقتصادية أشخاص معنوية تخضع لقواعد القانون التجاري، وتؤسس هذه المؤسسات في شكل شركة مساهمة أو في شكل شركة محدودة المسؤولية**"[1]

وتخضع هذه المؤسسات من حيث إنشائها وتنظيمها وسيرها للأشكال التي تخضع لها شركات رؤوس الأموال المنصوص عليها في القانون التجاري.[2]

ومن خلال هذه النصوص يفهم من أن المؤسسة العمومية الاقتصادية شركة تجارية تملك الدولة فيها أغلبية رأس المال، وتخضع للقانون التجاري، وفيما يخص طبيعة العقود التي تبرمها هذه المؤسسات فهي عقود تجارية تخضع لمبدأ سلطان الإرادة ولقاعدة العقد شريعة المتعاقدين[3]، وهذا ما أكدته المادة 59 من القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية.[4]

وبالرجوع إلى تنظيم الصفقات العمومية في مختلف مراحله نجد أن المشرع يوسع تارة مجال التطبيق ويخضع المؤسسات العمومية الاقتصادية لأحاكم الابرام وتارة أخرى يستثني هذه المؤسسات، فبعد أن اقتصرت المادة الأولى من الأمر 67-90 على المجال الإداري، أخضع المشرع جميع المؤسسات والإدارات العمومية أيا كانت طبيعتها لأحكام تنظيم الصفقات العمومية بموجب المرسوم رقم 82-145 المنظم للصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي.[5]

ثم عدل بالمرسوم 88-72 وحصر مجال التطبيق مرة أخرى على الهيئات العمومية ذات الطابع الإداري[6]، ليؤكد ذلك بموجب المرسوم 91-434.[7]

1- راجع المادة 02 من القانون 88-04 المؤرخ في 12 يناير 1988 المعدل والمتمم للأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون التجاري، ويحدد القواعد الخاصة المطبقة على المؤسسات العمومية الاقتصادية، ج. ر عدد 02 لسنة 1988.

2- راجع المادة 05 من الامر 01- 04.

- وقد كانت المواد 55، 56 من القانون التوجيهي 88-01 المؤرخ في 1988/01/12 (الملغاة بموجب الأمر 01-04) تجعل الاختصاص للقضاء الإداري إذا كانت هذه المؤسسات مؤهلة قانونا لتسيير مباني عامة أو جزء من الأملاك العامة.

3- أنظر، د. عجة الجيلالي، مرجع سابق، ص 234.

4- تنص المادة 59 من القانون 88-01 على أنه: "**لا تخضع المؤسسات العمومية الاقتصادية والهيئات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري التي تحكمها قواعد القانون التجاري لأحكام الامر رقم 67-90 المؤرخ في 17 يونيو سنة 1967 والمتضمن قانون الصفقات العمومية**"

5- راجع المادة 05 من المرسوم رقم 82-145.

6- راجع المادة 01 من المرسوم 88-72.

7- راجع المادة 02 من المرسوم 91-434.

في حين أن المرسوم الرئاسي 02-250 وسع من مجال تطبيق أحكام الصفقات العمومية ليشمل بذلك المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عندما تكلف بإنجاز مشاريع بمساهمة نهائية لميزانية الدولة، من دون الإشارة إلى المؤسسات العمومية الاقتصادية[1]، والذي تم تعديله بموجب المرسوم الرئاسي 08-338 أين تم إضافة المؤسسات الاقتصادية إلى جانب المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري عندما تكلف هذه المؤسسات بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا من ميزانية الدولة.[2]

ونفس النهج انتهجه المشرع في المرسوم الرئاسي 10-236[3]، حيث أخضع المؤسسات العمومية الاقتصادية لأحكامه، إلا أنه أعاد واستثناها بعد تعديله بالمرسوم الرئاسي رقم 13-03 أين استثناها على الرغم من الإبقاء على المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.[4]

أما المرسوم الرئاسي 15-247 فاستعمل مصلح عام حيث استعمل المشرع كلمة "**المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري**"، وأخضعها لأحكام الإبرام عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية.[5]، ويفهم من الوهلة الأولى أن المؤسسات العمومية الاقتصادية تدخل في نطاقه.

إلا أنه ومن خلال استقرائنا لنص المادة 09 منه نجد أن المشرع يستثنى هذه المؤسسات من الخضوع لأحكام إبرام الصفقات العمومية، على الرغم من أن النص ألزم هذه المؤسسات بإعداد إجراءات إبرام الصفقات حسب خصوصيتها على أساس مبادئ حرية الاستفادة من الطلب والمساواة في التعامل مع المترشحين وشفافية الإجراءات والعمل على اعتمادها من طرف هيئات اجتماعية[6]، ومنه فإن عقود هذه المؤسسات ذات طبيعة تجارية وتخرج منازعاتها عن اختصاص القضاء الإداري.

وعلى مستوى القضاء قضى مجلس الدولة بعدم الاختصاص النوعي بمنازعة استنادا إلى أن مؤسسة التسيير السياحي هي مؤسسة عمومية اقتصادية خاضعة لأحكام القانون الخاص.[7]

1- راجع المادة 02 من المرسوم 02-250.

2- راجع المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 08-338 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008، المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 02-250، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المؤرخ في 24 يوليو سنة 2002، ج. ر عدد 62 لسنة 2008.

3- راجع المادة 02 من المرسوم الرئاسي 10-236.

4- راجع المادة 02 من المرسوم الرئاسي 13-03 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 10-236.

5- أنظر المادة 06، المطة 04 من المرسوم الرئاسي 15-247.

6- راجع المادة 09 من المرسوم الرئاسي 15-247.

7- قرار مجلس الدولة بتاريخ 2002/11/05، تحت رقم 3889، في قضية (ز.ش) ضد المدير العام لمؤسسة التسيير السياحي. أورده - أ. كيلالي زهرة، الاختصاص النوعي في منازعات المرافق العمومية على ضوء القوانين والاجتهاد القضائي، مجلة ميلاف للبحوث والدراسات، المركز الجامعي عبد الحفيظ بوالصو، ميلة، الجزائر العدد الرابع، ديسمبر 2016، ص 271.

وانتهجت محكمة التنازع نفس الاتجاه، من ذلك قرارها بتاريخ 2012/01/09 ، حيث جاء في حيثياته "*... وبما أن النزاع قائم بين شخص طبيعي خاضع للقانون الخاص ومؤسسة عمومية اقتصادية فإن الفصل فيه من اختصاص الجهات القضائية الخاضعة لنظام القضاء العادي...*"[1]

02) المؤسسات العمومية التجارية والصناعية.

لقد اختلف الفقه أيضا حول تحديد مفهوم المؤسسات العمومية التجارية والصناعية، وتمييزها عن المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري من جهة وبينها وبين المؤسسات العمومية الاقتصادية من جهة أخرى ، ولم يتم الاتفاق على تعريف جامع مانع لهذه المؤسسات[2]

أما على المستوى التشريعي فالنصوص وإن كانت تميز بين المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري[3]، إلا أنها لم تفصل بشكل واضح، فيستعمل في التمييز أحيانا الإشارة إلى موضوع النشاط وأحيانا أخرى إلى القانون المطبق، فالهيئات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري من حيث طبيعة نشاطها والقانون الذي تخضع له لا تختلف عن المؤسسات العمومية الاقتصادية إلا فيما يخص طريقة تمويلها وتعاملها مع ميكانيزمات السوق[4]

ويحدد الطابع الصناعي والتجاري للهيئة العمومية وقواعد تنظيمها وسيرها بموجب عقد الإنشاء والقوانين الأساسية المتخذة وفق الشكل التنظيمي.[5]

1- قرار محكمة التنازع بتاريخ 2012/01/09، تحت رقم 112، في قضية (ب م) ضد شركة سونلغاز، مجلة المحكمة العليا، 2012، عدد 01 ص 416.

2- راجع في ذلك: د. مسعود شيهوب، مرجع سابق ص 22، 23.

3- حيث وردت في مختلف نصوص تنظيما الصفقات العمومية كما سبقت الإشارة أليه كل من المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، وتم إخضاع المؤسستين معا في بعض الفترات لأحكام الإبرام، وفي فترات أخرى اقتصر الأمر على المؤسسات العمومية الاقتصادية دون المؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري.

- كما أن القانون 88-01 ميز من حيث بين كل من المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية الصناعية والتجارية والمؤسسات العمومية الإدارية، حيث خصص الباب الثاني للمؤسسات العمومية الاقتصادية، بينما الباب الثالث فجاء تحت عنوان " الهيئات العمومية والتجمعات الأخرى" وعنون القسم الأول من الفصل الأول منه ب: "الهيئات العمومية ذات الطابع الإداري"، بينما جاء القسم الثاني تحت عنوان "الهيئات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري"

4- تنص المادة 44 من القانون 88-01 على أنه: " **عندما تتمكن هيئة عمومية من تمويل أعبائها الاستغلالية جزئيا أو كليا عن طريق عائد بيع إنتاج تجاري ينجز طبقا لتعريفه معدة مسبقا ولدفتر الشروط العامة الذي يحدد الأعباء والتقيدات التي تعود على عاتق الهيئة والحقوق والصلاحيات المرتبطة بها وكذا عند الاقتضاء حقوق وواجبات المستعملين، فإنها تأخذ تسمية "هيئة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري"**"

- وتنص المادة 1/47 على أنه " **تتحول الهيئة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري إلى مؤسسة عمومية اقتصادية إذا أمكن أن يتبع عندئذ هدفها وسير عملها آليات السوق ونص المخطط الوطني للتنمية على شروط ذلك**"

5- راجع المادة 46 من القانون 88-01.

ومن الجانب القضائي فنجد أن القضاء يستند في التميز بينها على طبيعة النشاط وقانون إنشائها، حيث ورد بحيثيات قرار المحكمة العليا، الغرفة الإدارية بتاريخ 19 نوفمبر 1983 ما يلي: *"أن المركز الوطني لتنشيط المؤسسات هيئة عمومية ذات طابع تجاري... وأن هذا الطابع منصوص عليه صراحة في القانون الأساسي لهذه المؤسسة في المادة الأولى منه..."* [1]

وفيما يتعلق بطبيعة العقود التي تبرمها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري فإنها تخضع في الأصل إلى القانون الخاص، غير أنه قد تخضع استثناء لتنظيم الصفقات العمومية في حالات معينة، فالمرسوم الرئاسي 15-247 أوجب خضوعها لأحكامه، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية.[2]

لكن على الرغم من خضوع العقود التي تبرمها هذه المؤسسات لأحكام تنظيم الصفقات العمومية إلا أنه من الناحية العملية تبقى مشكلة الاختصاص بنظر منازعاتها قائمة على أساس أن هذه المؤسسات لم يرد ذكرها ضمن الأشخاص العامة التي وردت في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على سبيل الحصر، كما أن المرسوم الرئاسي 15-247 لم ينص صراحة على اختصاص القضاء الإداري بمنازعاتها واكتفى بإخضاعها لأحكام الصفقات العمومية.

وبالرجوع إلى موقف القضاء نجد أنه يطبق نصوص تنظيم الصفقات العمومية ويتقيد بها حرفيا، ولذلك نجد أحكامه متباينة في هذا الشأن تبعا للتعديلات التي طرأت على تنظيم الصفقات العمومية، حيث أن المشرع وفقا لما سبقت الإشارة إليه، يجعل من المؤسسات ذات الطابع التجاري والصناعي تخضع لأحكام تنظيم الصفقات العمومية، وتارة أخرى يستثنيها ويخرجها من مجال التطبيق.

فقد كان القضاء يقر بمبدأ عدم خضوع المؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري لتنظيم الصفقات العمومية، ومنه عدم اختصاص القاضي الإداري بالنظر في النزاع التي تكون طرفا فيها مع أحد الأشخاص الخاضعة للقانون الخاص، حيث أن المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 1991/11/09 المتعلق بالصفقات العمومية لم تكن تدرج عقود المؤسسات التجارية والصناعية ضمن الصفقات العمومية.

1- قرار المحكمة العليا، غ /الإدارية رقم 34862 في 1983/11/19، قضية (ح. ع) والمركز الوطني لتنشيط المؤسسات ومعالجة المعلومات في قطاع البناء، (قرار غير منشور) أشار إليه: د. مسعود شيهوب، مرجع سابق، ص 24.

2- راجع المادة 06 من المرسوم 15-247.

ومن ذلك قرار مجلس الدولة بتاريخ 2002/11/15، الذي ورد في حيثياته أنه: "*طبقا للمادة 59 من القانون رقم 89-05 فإن المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري لا تخضع لتنظيم الصفقات العمومية*".[1]

وبعد تعديل تنظيم الصفقات العمومية وإخضاع تلك المؤسسات لأحكامه، غير القضاء من موقفه وأضحى يختص بمنازعات العقود التي تبرمها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري لما تكلف هاته الأخيرة بإنجاز مشاريع استثمارية عمومية بمساهمة نهائية لميزانية الدولة.

من ذلك قرار مجلس الدولة بتاريخ 2007/05/09 الذي جاء في حيثياته: "*.... بناء على نص المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 2002/07/24، فإن الصفقات العمومية التي تبرمها المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، عندما تكلف هذه الأخيرة بإنجاز مشاريع استثمارية عمومية بمساهمة نهائية بميزانية الدولة فإن الاختصاص يؤول للقضاء الإداري... وحيث يستخلص من الوثائق المودعة بالملف أن ديوان الترقية والتسيير العقاري لما أبرم الصفقة العمومية بمساهمة نهائية لميزانية الدولة، فإن الاختصاص للبت في النزاع يكون من اختصاص القاضي الإداري.*"[2]

وقد أكدت محكمة التنازع هذا الاتجاه في اجتهاداتها من ذلك قرارها بتاريخ 2012/06/12، الذي ورد بحيثياته "*أن القاضي الإداري هو المختص بالفصل في المنازعات المتعلقة باستثمار عمومي ممول بمساهمة نهائية من ميزانية الدولة، الناجمة عن صفقة عمومية مبرمة بين الوكالة الوطنية للسدود، المؤسسة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، وبين مؤسسة عمومية ذات طابع اقتصادي*".[3]

1- قرار صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2002/11/05، ملف رقم 03889، في قضية (ز. ش) ضد المدير العام لمؤسسة التسيير السياحي للشرق قسنطينة، مجلة مجلس الدولة، العدد 03، سنة 2003، ص 109.

- ومن ذلك أيضا: - قرار مجلس الدولة بتاريخ 2003/04/15، الغرفة الأولى، مجلة مجلس الدولة، العدد 04، 2003، ص 77، والذي ورد في حيثياته أن الوكالات المحلية للتسيير والتنظيم العقاري الحضري هي مؤسسات ذات طابع صناعي وتجاري وبالتالي لا تكون نزاعاتها القائمة مع متقاضين خاضعين للقانون الخاص من اختصاص الجهة القضائية الإدارية.

- للاطلاع على قرارات قضائية أخرى في هذا الشأن، راجع، د. عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، القسم الاول، مرجع سابق، ص 253، 254.

2- قرار صادر عن مجلس الدولة، الغرفة الأولى، القسم الأول، بتاريخ 2007/05/09، ملف رقم: 34786، في قضية المؤسسة ذات المسؤولية المحدودة (أ. غ) ضد ديوان الترقية والتسيير العقاري ببشار، (قرار غير منشور)

3- قرار محكمة التنازع بتاريخ 2012/06/12، ملف رقم: 000132، (قضية المؤسسة العمومية الاقتصادية لإنجاز السود "سابطا" ضد الوكالة الوطنية للسدود)، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، لسنة 2013، ص 456.

- ومن ذلك أيضا: - قرار محكمة التنازع قرار محكمة التنازع بتاريخ 2007/11/13، رقم 42 في قضية (ق ج) ضد الشركة الجزائرية للتأمين، مجلة المحكمة العليا، 2009، عدد خاص، ص 103.

كما أقرت المحكمة العليا بتاريخ 2008/02/06 أن القضاء العادي هو المختص بالفصل في النزاعات الناجمة عن صفقة عمومية مبرمة بين شخصين خاضعين للقانون الخاص، حيث ورد في حيثياته ما يلي: "*... حيث ومن المقرر قانونا عملا بأحكام المادة 02 من المرسوم 250-02 المؤرخ في 2002/06/24 أن النزاع يكون البت فيه من اختصاص القضاء الإداري متى كلفت مؤسسة عمومية ذات طابع تجاري، بموجب صفقة عمومية بإنجاز مشروع استثماري بمساهمة نهائية من ميزانية الدولة، ... حيث كان على القضاة أن يتأكدوا من المساهمة النهائية من ميزانية الدولة ليأخذوا، كما فعلوا، بالعنصر الموضوعي وليس العضوي...*"[1]

ومما سبق يمكن القول أن اعتماد المشرع على المعيار العضوي لتحديد اختصاص الجهات القضائية لا يمنع من اعتماد المعيار الموضوعي في بعض الحالات على وجه الاستثناء، فالقضاء يطبق النصوص القانونية لتنظيم الصفقات العمومية في شأن الخضوع لأحكام الإبرام، ويعتبر الاتفاقات التي تبرمها المؤسسات العمومية التجارية والصناعية عندما تكون ممولة بمساهمة نهائية من الدولة بمثابة عقود إدارية يؤول الاختصاص بمنازعاتها إلى القضاء الإداري.

وهو ما أكدته المادة 804 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي حددت الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية في موضوع العقود الإدارية بالمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه، وفي مادة الأشغال العمومية أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال، فالملاحظ من أن هذه المادة أقرت الاختصاص للمحاكم الإدارية في مجال العقود الإدارية والأشغال العمومية.

ثانيا: العقود التي تبرمها الأشخاص العامة ولا تعتبر عقود إدارية.

لا يمكن اعتبار جميع العقود التي يتم إبرامها من قبل الأشخاص المعنوية العامة بمثابة عقود إدارية، إذ يشترط لاعتبارها عقود إدارية أن تسلك الإدارة فيها طريق القانون العام[2]، لذلك وجب ابعاد جملة من

1- قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، بتاريخ: 2008/02/06، ملف رقم: 414667، (قضية الصندوق الوطني للتأمينات الاجتماعية، ضد مؤسسة أشغال البناء، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، سنة 2008، ص 219.

- أنظر أيضا: - قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، بتاريخ 2008/06/04، ملف رقم 468744، (قضية ديوان الترقية والتسيير العقاري ضد مقاولة أشغال البناء)، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، لسنة 2009، ص 176.

2 - أنظر، عمار بوضياف، معيار تحديد الصفقة العمومية في التشريع الجزائري وموقف القضاء الإداري منها، مجلة الفقه والقانون، العدد الثاني والعشرون، غشت 2014، ص 53.

العقود التي يكون أحد أطرافها شخص من الأشخاص العامة، وبناء على المرسوم الرئاسي 15-247 فإن المشرع قد استثنى خضوعها لأحكام الصفقات العمومية بموجب المادة 07 منه.

من ذلك العقود المبرمة من طرف الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري فيما بينها، وكذلك العقود المبرمة مع المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تزاول نشاطا لا يكون خاضعا للمنافسة، فلا تخضع عقود التزويد بالكهرباء والغاز[1]، والتزويد بالماء إلى أحكام تنظيم الصفقات العمومية، كذلك الشأن بالنسبة للعقود المتعلقة بالإشراف المنتدب على المشاريع، وعقود اقتناء وتأجير أراض أو عقارات، والعقود المبرمة مع بنك الجزائر، والعقود المبرمة بموجب إجراءات المنظمات والهيئات الدولية، والمتعلقة بخدمات الصلح والتحكيم، والعقود المبرمة مع المحاميين بالنسبة لخدمات المساعدة والتمثيل.[2]

ومن العقود التي لا يعتبرها المشرع أيضا عقود إدارية أن تلجأ البلدية إلى خدمات خبراء ومستشارين عن طريق التعاقد من أجل انجاز مهام ظرفية وفق الشروط المحددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما طبقا لنص المادة 132 من قانون البلدية، كما أن عقود النقل[3] وعقود التأمين[4] بحسب قضاء المحكمة العليا لا تعتبر عقود إدارية حتى ولو كان أحد أطرافها شخص عام.

نخلص مما سبق إلى أن المشرع الجزائري يأخذ كأصل عام بالمعيار العضوي لتحديد العقد الإداري، فكلما كان أحد أطراف العقد شخص من أشخاص القانون العام يعتبر العقد إداري ويخضع للقانون العام، ويختص القاضي الإداري بمنازعاته، وكاستثناء يأخذ بالمعيار المادي، فيعتبر العقد إداري إذا اتصل محله بمرفق عام[5] أو بتضمين العقد شروط استثنائية غير مألوفة.[6]

1- أنظر، المواد 82، 85 من القانون رقم 02-01، المؤرخ في 2002/02/05 المتعلق بالكهرباء وتوزيع الغاز بواسطة القنوات، ج. ر عدد 08 لسنة 2002.

2- راجع المادة 07 من المرسوم الرئاسي 15-247.

3- قرار المحكمة العليا رقم 271334 بتاريخ 2002/03/05، في قضية (ش. ك ومن معه) ضد الديوان الجزائري المهني للحبوب، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2004، ص 157.

4- قرار المحكمة العليا رقم 252824، بتاريخ 2001/06/20، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، 2002، ص 2011.

5- وفي هذا الصدد نصت المواد 02، و29 من المرسوم الرئاسي 15-247 على العمليات التي تتعلق بالنشاط المرفق العام وتلبية حاجاته ويتعلق الأمر بمجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات.

6- من الشروط الاستثنائية غير المألوفة في قواعد القانون الخاص نذكر مثلا ما تضمنته المادة 150 من المرسوم 15-247 التي منحت الحق للمصلحة المتعاقدة في الفسخ المنفرد للصفقة.

هذا وقد أضاف بعض فقهاء القانون العام في الجزائر معايير أخرى لتحديد الصفقات العمومية من بينها المعيار المالي والمعاير الشكلي، و يقصد بالمعيار المالي اشتراط حد مالي أدنى لأجل إخضاع الأشخاص المعنوية العامة لأحكام إبرام الصفقات العمومية، ويكون هذا الحد الأدنى المالي محدد بموجب تنظيم الصفقات العمومية[1]، مستندين في ذلك على المواد 06، و 13 من المرسوم الرئاسي 15-247.

أما المعيار الشكلي فمضمونه أن تتم الصفقة العمومية في شكل عقود مكتوبة وفقا لإجراءات تنظيم الصفقات العمومية[2]، مستندين في ذلك على نص المادة 02 من المرسوم الرئاسي 15-247 التي تعرف الصفقات العمومية على أنها عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به.

إلا أنني لا أؤيد هذا الاتجاه، فلا يمكن اعتبار الحد المالي معيار لتحديد العقد الإداري، فإن كان المشرع يشترط حد مالي لخضوع الصفقة لإجراءات الابرام، فهذا لا يعني أن عدم خضوعها لتلك الإجراءات تنتفي معه الصفة الإدارية للصفقة، فالعقود التي يتم إبرامها من الأشخاص العامة حتى وإن لم تستوفي الحد المالي الأدنى المحدد بموجب النصوص القانونية، إلا أنها لا تفقد الصفة الإدارية إذا توفرت فيها بقية الشروط من اتصالها بالمرفق العام واتباع في شأنها أسلوب القانون العام، وهذا ما أكده مجلس الدولة في العديد من قراراته حين قضى بعدم اشتراط خضوع الصفقة لإجراءات الإبرام دون أن يقضي بعدم الاختصاص، وذلك لاعتبار هذه الصفقة تبقى تخضع لقواعد القانون العام على الرغم من أنها لم تستوفي الحد الأدنى المطلوب بموجب تنظيم الصفقات العمومية.[3]

كما أن شرط الكتابة لا يمكن أن يعول عليه في تحديد العقد الإداري، فإن كانت الكتابة شرط لإثبات الصفقة العمومية فهذا لا يعني أن العقود الغير مكتوبة التي يتم إبرامها من قبل الأشخاص العامة لا تعتبر عقود إدارية، والدليل على ذلك فإن الأعمال الإضافية التي يقوم بها المتعاقد مع الإدارة تعتبر امتداد ومكملة للعقد الإداري، والنزاع الذي يثور بشأنها يختص به القضاء الإداري ويطبق في شانه قواعد القانون العام، وهذا ما قضى به مجلس الدولة في القرار الصادر في 2005/07/12، وأيضا قراره بتاريخ 2016/03/03، الذي سبق الإشارة إليهما عند التطرق إلى أركان العقد الإداري، فالعقد الشفوي التكميلي تنصرف إليه طبيعة العقد الأصلي بحكم ارتباطه به وتعويله عليه وبالتالي فلا حاجة لاستظهار الكتابة.

1- راجع في ذلك: - د. عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 128 وما بعدها. - أ. خرشي النوى، مرجع سابق، ص 128.

2- أنظر، د. مسعود شيهوب، مرجع سابق، ص 56.

3- قرار مجلس الدولة بتاريخ 2001/10/30 رقم: 03955 الغرفة الرابعة، (غير منشور) - قرار مجلس الدولة بتاريخ 2003/12/16، رقم: 11306، الغرفة الأولى. - أشار إليها: د. عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 144،143.

المبحث الثالث: ماهية التوازن المالي للعقد الإداري.

إذا كانت القاعدة العامة في العقود المدنية تقتضي بأن العقد شريعة المتعاقدين الأمر الذي يقتضي ثبات التزامات وحقوق الطرفين وعدم تغيرها أثناء فترة تنفيذ العقد، فإن الأمر يختلف في مجال العقود الإدارية، التي تكون فيها التزامات وحقوق المتعاقد مع الادارة تتسم بالمرونة ويمكن أن تتغير من دون أن تكون له يد في ذلك.[1]

فالمتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقد قد يجد نفسه معرضا إلى زيادة أو نقصان الالتزامات والاعباء المالية أكثر مما يحدث في العقود المدنية ، بسبب ظروف لم يكن يتوقعها أثناء إبرام العقد، الأمر الذي يستدعي إجاد تناسب بين حقوقه والتزاماته حتى يتمكن من تنفيذ العقد على النحو المتفق عليه، وهو ما يعبر عنه بفكرة التوازن المالي للعقد الإداري.[2]

وتعتبر نظرية التوازن المالي من الخصائص الذاتية للعقود الإدارية ولا محل لها في عقود القانون الخاص.[3]

وسوف أحاول من خلال هذا المبحث أن أتطرق إلى نشأة التوازن المالي ثم أبين مفهومه

المطلب الأول: نشأة فكرة التوازن المالي للعقد الإداري.

تقتضي دراسة موضوع نشأة فكرة التوازن المالي التطرق إلى نشأته في كل من النظام القضائي الفرنسي، (الفرع الأول) ، ثم في الجزائر (الفرع الثاني) وبعض الدول العربية المقارنة (فرع ثالث)

الفرع الأول: نشأة فكرة التوازن المالي في فرنسا.

لقد ظهرت فكرة التوازن المالي لأول مرة على لسان مفوض الدولة "ليون بلوم" "Léon Blum" في تقريره الذي قدمه إلى مجلس الدولة بمناسبة تنفيذ عقود التزام المرفق العام في القضية المعروفة باسم "الشركة الفرنسية العامة للترام" "Compagnie générale française des tramway" والتي صدر في شأنها حكم مجلس الدولة بتاريخ 11 مارس 1910[4]، والذي يتعلق بقيام محافظ مقاطعة الرون بفرض

1- أنظر د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 257.

2- راجع في ذلك د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 584، 585، - د. رياض إلياس عيسى الجريسات، نظرية التوازن المالي للعقد الإداري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 2007، ص 46.

3- راجع في ذلك د. علي عبد العزيز الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1975 ص 307. – لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق، ص 335.

4- C.E. 11 mars 1910 ; Comp. générale française des tramways, Cité par : Jean Claude RICCI, Droit administratif général, Hachette supérieur, 2007, p. 227.

جدول على شركة ترام مارسيليا يتضمن ذكر عدد من السفريات يزيد من الحد الأدنى المنصوص عليه في دفتر الشروط.[1]

حيث ورد في تقرير مفوض الدولة[2] أنه "*من الأمور الجوهرية في عقد الالتزام ضرورة أن يتحقق بقدر الامكان التساوي بين المزايا التي تقررت للملتزم وبين الأعباء التي تفرض عليه...، إذ يجب أن تتوازى المزايا والأعباء على نحو يحقق التوافق بين الفوائد المحتملة والالتزامات المفروضة، فكل عقد التزام يتضمن التوازن الشريف بين ما يمنح للملتزم وما هو متطلب منه... وهذا ما يسمى بالتوازن المالي أو الاقتصادي لعقد الالتزام، فإذا اختل التوازن الاقتصادي للعقد، وإذا أدى استعمال السلطة مانحة الالتزام حقها في التدخل في حدوث شيء من الاختلال في هذا التوازن بين المزايا والأعباء وبين الالتزامات والحقوق، فليس ما يمنع الملتزم من اللجوء إلى قاضي العقد ليثبت أن التدخل وإن كان مشروعا في حد ذاته وإن كان ملزما له، إلا أنه سبب له ضرر يتعين معه تعويضه.*"[3]

وبعد أن عرض مفوض الدولة "ليون بلوم" فكرته بأن مانح الالتزام يستطيع عند الاقتضاء أن يفرض على الملتزم زيادة في الالتزامات الملقاة على عاتقه لضمان سير المرفق العام وفي سبيل تحقيق المصلحة العامة فإنه من ناحية أخرى يؤكد على مبدأ التكافؤ الشريف بين الحقوق والالتزامات، وبالتالي في مقابل ذلك للملتزم الحق في إعادة التوازن المالي لعقده.[4]

1- لمزيد من التفاصيل راجع: - د. أحمد السيد محمد محمود عطية، نظرية عمل الأمير، دراسة مقارنة في التشريع الوضعي والفقه الاسلامي، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، 2006 ، ص 253.

- VIDAL. Laurent, l'équilibre financier du contrat dans jurisprudences administratif, édition BRUYLANT, Bruxelles, 2005, P. 122 et s.

2- «Il est de l'essence même de tout contrat de concession de rechercher et de réaliser dans la mesure du possible, une égalité entre les avantages qui sont accordés au concessionnaire et les charges qui lui sont imposées…
Les avantages et les charges doivent se balancer de façon à former le centre partie des bénéfices probables et des pertes prévues. Dans tout contrat de concession et impliqué, comme un calcul, l'équivalence honnête entre ce qui est accordé au concessionnaire et ce qui est exigé du lui... c'est ce qu'on appelle l'équivalence financier et commerciale du contrat concession »

3- أشار إليه كل من: - د. إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2003، ص 299.

- د. علي بن عبد الكريم أحمد السويلم، فكرة التوازن المالي للعقد الإداري في المملكة العربية السعودية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2007، ص 37.

- د. خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2015/2014، ص 310.

4- راجع. د- علي عبد العزيز الفحام، مرجع سابق، ص 307.

وهو المبدأ الذي أقره مجلس الدولة في حكمه، مقررا بموجبه مشروعية التعديلات التي قامت بها الإدارة من جهة، ومن جهة أخرى الاحتفاظ للملتزم بحقه في التعويض[1]

وبذلك فإن هذا الحكم قد قرر مبدأين أساسيين، المبدأ الاول يتمثل في عدم ثبات العقود الإدارية، بحيث يمكن للإدارة أن تدخل تعديلات على العقد من دون موافقة المتعاقد استنادا إلى مقتضيات المصلحة العامة واحتياجات المرفق العام، وتكون ملزمة للمتعاقد مع الإدارة، أما المبدأ الثاني فيتمثل في ضمان المتعاقد مع الإدارة في إعادة التوازن المالي للعقد وذلك بهدف الحفاظ على المصالح الخاصة للمتعاقد، وضمان سير المرافق العامة بانتظام واضطراد.[2] وهذان المبدآن يؤكدان ذاتية العقود الإدارية وتمييزها عن النظام القانوني لعقود القانون الخاص.[3]

وتوالت أحكام مجلس الدولة الفرنسي بعد ذلك وأصبحت فكرة التوازن المالي للعقد الإداري من المبادئ الأساسية في العقود الإدارية، حيث أضحى اصطلاح "التوازن المالي" و"التوازن الشريف" مألوفا في تقارير مفوضي الدولة المقدمة لمجلس الدولة الفرنسي بمناسبة العقود الإدارية[4]، فنجد مفوض الدولة "لاتورنيري" "LATOURNERIE" تعرض أيضا لهذا المبدأ في إحدى مذكراته لقد قرر مجلس الدولة *أنه في الحالة التي ارتبطت فيها الإدارة مع الغير بعقد، فليس لها أن تعدل تعسفا توازنه المالي*" في قضية عرضت على مجلس الدولة الفرنسي والتي صدر في شأنها حكم في 09 مارس 1928[5]. وهو ما أشار إليه أيضا مفوض الدولة "ANDRIEUX" بأن "المدينة قد أخلت بتوازن الأعباء والالتزامات بالعقد"[6].

وفي حكم لمجلس الدولة الفرنسي صادر في قضية "Sté l'énergie industrielle" قضى مجلس الدولة بالتعويض للشركة المتعاقدة مبررا ذلك بأن النفقات الناتجة عن تلك التعديلات والتي تحملتها

1- و ما ورد في الحكم المذكور أيضا: "...ومن حيث أن قرار مدير إقليم مصب الرون قد اتخذ في حدود السلطات التي عهدت بها اليه المادة 33 من لائحة الإدارة العامة في 6 اغسطس 1881 التي صدرت تنفيذا لقانون يونيه 1880 و15 يوليو 1845 وهما يقرران أن للإدارة الحق في إقرار مواعيد القطارات من حيث أمر المرور ويسره، لكن كذلك الأمر بالتعديلات والضافات اللازمة لكفالة السير العادي للمرفق تحقيقا لصالح الجمهور...، وإنه نتيجة لذلك فإن مجلس الإقليم لم يكن على حق في تقرير الإلغاء في الحكم المطعون فيه، وأن للشركة إذا اعتقدت أنها على حق أن يتقدم بطلب التعويض عن الضرر الذي يثبت أنه لحق بها بسبب الزيادة التي طرأت على تكاليف الاستغلال"

- أشار إليه د. عال الله جعفر عبد الملك الحمادي، ضمانات المتعاقد مع الإدارة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات العربية، قسم البحوث والدراسات القانونية، القاهرة، 2012 ص 214. - د. علي بن عبد الكريم أحمد السويلم، مرجع سابق، ص 37.

2- د. محمد صلاح عبد البديع السيد، دور فكرة التوازن المالي للعقد في التوفيق بين سلطة تعديل العقد والحقوق المالية للمتعاقد، دار النهضة العربية، طبعة 2009، ص 34.

3- د. السيد فتوح محمد هنداوي، مرجع سابق، ص 84.

4- أنظر د. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 2012 ص 603.

5- أشار إلى هذا الحكم: د. علي عبد العزيز الفحام، مرجع سابق، ص 309.

6- أشار إليه: - د. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقود البوت، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الثانية 2010، ص218.

الشركة المتعاقدة و التي أدت إلى اختلال التوازن المالي للعقد لم يكن يتوقعها أي طرف من أطراف العقد، ومادام أنها أدت إلى اختلال التوازن المالي للعقد فإنه يحق معه للشركة الحصول على تعويض[1].

وقد أكد أيضا مجلس الدولة على فكرة التوازن المالي للعقد في حكمه الصادر بتاريخ 25 أكتوبر 1978 في قضية "Ville de Saint-Malo" والتي تتعلق بعقد التزام مبرم بين الدولة ومدينة (سان مالو) بهدف إنشاء واستغلال ميناء، حيث أكد مجلس الدولة بضرورة التزام الإدارة بإعادة التوازن المالي للعقد، والذي اختل بسببها، وذلك حتى في حالة غياب نص صريح في العقد[2].

وقد طبق القضاء الإداري الفرنسي في العديد من أحكامه هذا المبدأ[3]، ويلاحظ من قضاء مجلس الدولة الفرنسي أنه يتطور نحو تأسيس نظرية عامة للتوازن المالي للعقد الإداري يمكنها جبر النتائج وخصوصا المالية منها كأثر لنظرية عدم الثبات والمرونة في تنفيذ العقد الإداري[4].

الفرع الثاني: نشأة فكرة التوازن المالي في الجزائر.

سبق وأن رأينا في المبحث الأول من هذا الفصل بأن النظام القضائي في الجزائر مر بعدة مراحل تبعا للتطورات السياسية والاقتصادية، وتطرقت إلى هذه المراحل بالتفصيل حين تناولت نشأة العقود الإدارية في الجزائر[5]، بحيث خلصنا إلى أن النظام القضائي في الجزائر مر بعدة مراحل وفترات متأرجحة بين نظام القضاء المزدوج ونظام القضاء الموحد[6]، تبعا للتطورات والتغيرات السياسية والدستورية التي عرفتها البلاد.

فقد عرفت الجزائر نظام قضاء المظالم[7] وطبقته حتى عهد الاحتلال الفرنسي للجزائر، وبعدها طبق النظام القانوني والقضائي الفرنسي بالجزائر بما في ذلك نظام العقود الإدارية منذ سنة 1848[8]، وبعد الاستقلال مر النظام القضائي بمرحلة انتقالية، ففي أول عهده كانت تطبق فيها النصوص القانونية

---

1 - C.E 24Novembre 1944, Sté l'énergie industrielle, R.D.P 1946. P. 323.

2- أشار إليه: - د. السيد فتوح محمد هنداوي، مرجع سابق، ص 85.

3- د. محمد صلاح عبد البديع السيد، مرجع سابق، ص34.

4- للاطلاع على مختلف أحكام مجلس الدولة في هذا الشأن راجع: - د. أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص218. - د. عال الله جعفر عبد الملك الحمادي، مرجع سابق، ص 214، 215.
- VIDAL. Laurent, op.cit. P 123 et s.

5- أنظر ص 09 من هذه الأطروحة

6- أنظر د. محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة 2009 مرجع سابق، ص 62.

7- لأكثر تفصيل راجع : - د. عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص 58، 59.

8- لمزيد من التفاصيل راجع في ذلك: - أ. بوعمران عادل، بعض ملامح تطور المنازعة الإدارية في الجزائر، قراءة تاريخية ونقدية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتامنغست، العدد الخامس، جانفي 2014، ص 32 وما بعدها.

الفرنسية ما عدى ما يتعارض منها مع السيادة الوطنية وذلك إلى غاية صدور الأمر رقم 65-278 المؤرخ في 1965/11/16 والمتضمن التنظيم القضائي والذي بموجبه تم إلغاء المحاكم الإدارية، وانشاء الغرف الإدارية على مستوى المجالس القضائية، وبصدور دستور 1996 تم إنشاء مجلس الدولة كقضاء إداري مستقل عن القضاء العادي وبذلك الرجوع إلى الازدواجية القضائية[1]، وصدر بعدها القانون العضوي 98-01 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، وبعده القانون العضوي 98-02 المتعلق بالمحاكم الإدارية، وبعدها صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية سنة 2008، بحيث أضحت المحاكم الإدارية صاحبة الولاية العامة للنظر في منازعات العقود الإدارية كقاضي أول درجة[2] وينظر مجلس الدولة بصفته قاضي استئناف[3]

وفي مجال العقود الإدارية يعتبر دفتر البنود الإدارية العامة الخاص بالصفقات التي تبرمها وزارة الأشغال العمومية الصادر بتاريخ 1964/11/21 الذي سبق الإشارة إليه من أهم التطبيقات لفكرة التوازن المالي في الجزائر، لاسيما بما جاءت به المواد 32 و33 منه.[4]

ثم صدر أول تشريع للصفقات العمومية بموجب الأمر رقم 67-90[5] المؤرخ في 17 جوان 1967، والذي ألغى العمل بالنصوص التشريعية والتنظيمية الفرنسية التي كانت سارية في المرحلة الانتقالية منذ 1962 الى غاية صدر الأمر 67-90.[6] وقد تضمن الباب السادس من هذا القانون التسوية الودية للمنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية من خلال تشكيل لجنة استشارية مهمتها البحث عن عناصر عادلة يمكن قبولها من أجل إيجاد تسوية ودية[7]، وبعدها توالت تشريعات الصفقات العمومية إلى غاية صدور تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الحالي، والتي كرست كلها فكرة التوازن المالي للصفقة العمومية.[8]

1- أنظر المادة 171 من الدستور، والتي تقابلها المادة 179 من التعديل الدستوري لسنة 2020.

2- أنظر المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

3- أنظر المادة 10 من القانون العضوي 98-01.

4- وقد صدر مؤخرا : المرسوم التنفيذي رقم 91-219 المؤرخ في 20 مايو 2021 والمتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبق على الصفقات العمومية للأشغال الصادر بالجريدة الرسمية عدد 50 لسنة 2021.

5- ولقد سبق الإشارة إلى التعديلات التي خضع لها الأمر 67-90 في الفصل الأول من هذا الباب.

6- راجع المادة 165 من الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 17 يونيو 1967 المتضمن قانون الصفقات العمومية، ج. ر العدد 52 لسنة 1967.

7- أنظر المواد من 152 إلى 170 من الأمر رقم 67-90.

8- والمواد التي تضمنت فكرة التوازن المالي في مختلف تنظيمات الصفقات العمومية نردها على التوالي:
- المادة 104 من المرسوم التنفيذي 82-145 المعدل والمتمم.
- المادة 99 من المرسوم التنفيذي 91-434 المعدل والمتمم.
- المادة 102 من المرسوم الرئاسي 02-250 المعدل والمتمم.
- المادة 115من المرسوم الرئاسي 10-236 المعدل والمتمم.
- المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247.

وعلى المستوى القضائي فإن القضاء الإداري في الجزائر أكد أيضا على مبدأ التوازن المالي للعقود الإدارية، فقد صدر قرار عن المجلس الأعلى بتاريخ 1975/06/25 فصلا في النزاع القائم بين وزير الأشغال العمومية ضد (أ. أ) في قضية صفقة عمومية لإنجاز مجموعتين من المساكن، تضم الأولى تسعين مسكن بقرية تازودة والثانية خمسن مسكن بقرية كافالو، إلا أنه أثناء الأشغال قررت الإدارة المتعاقدة بما تتمتع به من سلطة التعديل سحب رخصة بناء عشرة مساكن من كل مجموعة وبناء العشرين مسكن بقرية زيامة المنصورية، وعلى الرغم من أن موضوع النزاع كان يتعلق بدفع قيمة المنجزات إلا أن القرار احتوى على ما يدل اعترافه للإدارة بسلطة التعديل الانفرادي للعقد وما يتبعه من حق المتعاقد من المطالبة بالتعويض عن اختلال التوازن المالي، بحيث قرر أنه *"...يتعذر على المقاول أن يرفض إنجاز هذه البناءات..."*[1]

كما أقرت الغرفة الإدارية للمحكمة العليا بتاريخ 10 أكتوبر 1993 حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي من خلال قضائها : *" من المقرر قانونا أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف، وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول"*[2]، وفي قرار آخر للغرفة الإدارية للمحكمة العليا في 1999/08/08 في قضية تتعلق بنزاع حول القوة القاهرة ظروف استثنائية تتعلق بالوضعية الاقتصادية أقرت أنه *"...لا يمكن التمسك بالقوة القاهرة في قضية الحال لأنه ليس للوضعية لا طابع عدم التوقع ولا الاستثناء..."*[3]، كما قرر مجلس الدولة أيضا هذا المبدأ بتاريخ 2003/04/15 في نزاع يتعلق حول الأشغال الإضافية وتحيين أسعار الصفقة [4]

الفرع الثالث: نشأة فكرة التوازن المالي في بعض الدول العربية المقارنة

في مصر لم تكن فكرة التوازن المالي للعقد الإداري معروفة قبل إنشاء مجلس الدولة المصري عام 1946، ومن ثم كانت تطبق حينها قواعد القانون الخاص على عقود الإدارة أيا كانت طبيعتها، وبعد إنشاء مجلس الدولة المصري وظهور التفرقة بين العقود الإدارية والعقود المدنية واختصصه بنظر المنازعات الإدارية أتيحت له الفرصة في تأصيل فكرة التوازن المالي للعقد الإداري[5]، وذلك في حكم

1- قرار المجلس الأعلى بتاريخ 1975/06/25، أشار إليه:- أ. محفوظ عبد القادر، مرجع سابق، ص 63

2- قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا بتاريخ 1993/10/10، سبق الإشارة إليه.

3- قرار صادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا بتاريخ 1999/03/08 فهرس 1999/125 غير منشور، في قضية (ب.ت) ضد رئيس المندوبية التنفيذية لبلدية سكيكدة. أشار إليه: - د. رشيد خلوفي، أ جمال سايس، اجتهادات في القضاء الإداري، الطبعة الأولى 2015، منشورات كليك، الجزائر ، ص205.

4- قرار مجلس الدولة بتاريخ 2003/04/15 يحمل رقم 6052، سبق الإشارة إليه.

5- أنظر د. عال الله جعفر عبد الملك الحمادي، مرجع سابق، ص 215.

محكمة القضاء الإداري المطول في القضية رقم 983 للسنة 09 ق. بتاريخ 1957/06/30[1]، وقد أكدت على ذلك المبدأ أيضا في حكمها الصادر في 1970/03/01[2]

كما أقرت المحكمة الإدارية العليا هذا المبدأ حيث قضت "... *إن حق المتعاقد في العقد الإداري في التعويض العادل عن الأضرار التي تلحق بمركزه التعاقدي... بسبب ممارسة جهة الإدارة سلطتها في تعديل العقد بما يتلاءم والصالح العام، إنما ينصرف أثره وتقوم مقتضياته حين تمارس جهة الإدارة من جانبها وحدها وبإرادتها المنفردة تعديل العقد أثناء تنفيذه تبعا لمقتضيات سير المرفق العام.*"[3]

نفس المبدأ الذي أخذت به الجمعية العمومية للقسم الاستشاري في فتواها الصادرة في 1956/02/4[4] بحيث أقرت بحق الملتزم في التوازن المالي في حالة اختلاله بسبب تدخل الإدارة من خلال ممارستها لسلطتها في التعديل.

كما أن المشرع المصري كرس هذه الفكرة بموجب المادة السادسة من القانون رقم 149 لسنة 1947 الخاص بالتزام المرافق العامة، والمواد 22 مكرر و22 مكرر 1، من القانون رقم 5 لسنة 2005.[5]

وفي ليبيا أقرت المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 1970/06/03 على مبدأ التوازن المالي للعقد الإداري[6] وقد أكد القضاء في ليبيا على هذا المبدأ فيما بعد في العديد من أحكام المحكمة العليا الليبية منها حكمها الصادر في 1975/03/06 في الطعن الإداري رقم 21/8 [7]، وحكم آخر في1978/02/16[8]، كما أخذ مجلس شورى الدولة اللبناني بمبدأ التوازن المالي في الكثير من قراراته.[9]

1- حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ 1957/06/30، سبق الإشارة إليه

2- حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم 927 لسنة 22 ق، جلسة 1970/03/01، مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري، ص 641.

3- حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 562 لسنة 16 ق، جلسة 1978/04/15، أشار إليه د. رياض إلياس عيسى الجريسات، مرجع سابق، ص 64.

4- أشار إليها: - د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 595.

5- أنظر المواد : 22 مكرر، 22 مكرر1 من القانون رقم 05 لسنة 2005 المتعلق بتعديل بعض أحكام تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بموجب القانون رقم 89 لسنة 1998.

6- طعن إداري رقم 05، لسنة 29 ق، بتاريخ 1983/06/03، أشار إليه د. مريم محمد ساسي حواش محمد، التوازن المالي للعقد الإداري في القانون الليبي والمقارن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، 2013 ، ص 50.

7- راجع حكم المحكمة العليا الليبية، جلسة 1975/03/06، طعن إداري رقم 21/8 ق، م م ع السنة 11، العدد3 ص 42.

8- حكم المحكمة العليا الليبية، جلسة 1978/02/12، طعن إداري رقم 23/13 ق، م م ع السنة 14، العدد3 ص 59

9- لمزيد من التفصيل أنظر: - د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص 602، 603.

المطلب الثاني: مفهوم التوازن المالي

الفرع الأول: موقف الفقه من تحديد فكرة التوازن المالي للعقد الإداري

إذا كانت فكرة التوازن المالي مسلم بها بصفة عامة، إلا أن هناك صعوبة في تحديد مدلولها[1]، ولم يكلف مجلس الدولة الفرنسي عناء تحديد مدلول فكرة التوازن المالي وتوضيح شروط استعمالها، الأمر الذي أدى إلى اختلاف الفقهاء في تحديد مفهوم فكرة التوازن المالي.[2]

فيرى بعض الفقهاء وعلى رأسهم الفقيه "بيكينو" " Pequegnat " بأنه يوجد في العقود الإدارية نوع من التناسق بين التزامات المتعاقد وحقوقه، ولابد من إعادة هذا التوازن في حالة اختلاله، ويمثلون هذا التوازن بمعادلة رياضية "Une équation mathématique" يجب إعادتها عندما يتغير أحد الحدين[3]، وتكمن تلك المعادلة الحسابية في أنه: إذا كانت حقوق المتعاقد مع الإدارة عند ابرام العقد هي (أ) تساوى التزاماته وهى (ب) فإنه بعد التعديل يجب أن تكون حقوقه (أ) تساوى التزاماته الجديدة (ب) أي أن النسبة بين حقوقه والتزاماته لا تتغير $\frac{\text{أ}}{\text{ب}}$ قبل التعديل = $\frac{\text{أ}}{\text{بَ}}$ بعد التعديل.[4]

لكن أغلب الفقهاء ينتقد هذه المعادلة الحسابية الجامدة، إذ يرون أن تعويض المتعاقد يختلف من حالة إلى أخرى[5]، وما يؤاخذ على هذا الرأي أيضا أنه يفسر فكرة التوازن المالي للعقد تفسيرا حرفيا وهو يتنافى مع الطابع المرن لفكرة التوازن المالي[6]، كما أنه من الناحية العملية يستحيل على القاضي في أن يعيد ذلك التوازن الأصلي.[7]

وهناك من انتقد فكرة التوازن المالي، وهو الرأي الذي تبناه الدكتور ثروت بدوي[8]، حيث يرى عدم الأخذ بها في مجال العقود الإدارية، ذلك أنه يؤخذ على هذه الفكرة أنها خطرة كون أن بعض الفقهاء

1- راجع في ذلك : - د. بة يمان جلال حسن، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2017 ، ص 236.

2- د. عال الله جعفر عبد الملك الحمادي، ضمانات المتعاقد مع الإدارة، المرجع السابق، ص 207.

3 -PEQUIGNOT Georges, Contribution à la théorie générale du contrat administratif, Thèse, Montpellier, 1945, p. 363.

4 -PEQUIGNOT Georges, Théorie générale du contrat administratif , éditions A Pédone, librairie de la cour d'appel et de l'ordre des avocats paris 1945. P 451.

5- راجع د. علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 395

6- أنظر د. بن شعبان علي، مرجع سابق، ص 200.

7- DE LAUBADERE André, Traité de droit administratif, tome 1, 16ème édition, E.J.A, Paris 2001. P :717, 718.

8- BADAOUI Saroit, Le fait du prince dans les contrats administratifs en droit français et en droit égyptien, Thèse, Paris, 1955, p 129

يضفون عليها طابع عام من خلال محاولة إرجاعهم كل تعويض يستحقه المتعاقد على جهة الإدارة حتى ولو كان اختلال التوازن بغير فعل الإدارة ما يؤدي إلى زيادة الأعباء المالية على الدولة، فيرى أن فكرة التوازن المالي في هذه الحالة عاجزة عن تبرير التعويض، كما يرى أنها غير صحيحة، ومرد ذلك كون أنه ليس في جميع الحالات يتطابق التعويض الذي يحكم به للمتعاقد مع التوازن المالي للعقد كما روعي عند التعاقد، فقد يقبل المتعاقد بأسعار غير مجدية وقت التعاقد بسبب سوء تقديره، فإن كان هناك تدخل من قبل الإدارة فإن التعويض الكامل الذي يحكم به القاضي يكون على أساس السعر الحقيقي وليس على أساس السعر وقت التعاقد.[1]

ويرى جانب من الفقه أن فكرة التوازن المالي هي فكرة ملازمة لفكرة سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري[2]، حيث يرى الاستاذ "دي لوبادير" "DE LAUBADERE" أن فكرة التوازن المالي للعقد لا تطبق إلا إذا كان اختلال التوازن راجع إلى فعل الإدارة [3] ، ويضيف الأستاذ "دي لوبادير" بأنه هناك فرض واحد يمكن أن نلجأ فيه إلى نظرية التوازن المالي عندما يكون عدم التوازن راجع إلى عمل خارجي عن الإدارة وهي حالة الظروف الطارئة بشرط حدوث انقلاب في العقد وليس اختلال في التوازن، كما أن الإدارة في هذه الحالة غير ملزمة بإعادة التوازن الأصلي، بل يقتصر دورها في هذه الحالة على تقديم العون للمتعاقد معها حتى يتمكن من مواجهة الظروف الطارئة.[4]

ويرى غالبية الفقه أن فكرة التوازن المالي قاعدة عامة تطبق في جميع الأحوال، والإدارة تكون ملزمة بضمان التوازن المالي في كل مرة يختل ذلك التوازن ولأي سبب كان[5]، ويتبنى هذا الاتجاه الفقيه "ديسوتو" "De Soto" حيث يرى أنه من القواعد الأساسية للعقود الإدارية، تظهر قاعدة الإبقاء أو المحافظة على التوازن المالي للعقد والتي مقتضاها أنه يجب تعويض المتعاقد مع الإدارة في حال اختل التوازن المالي سواء كان بعمل الإدارة أو ظرف استثنائي خارج عن إرادتها، وعلى القاضي أن يجتهد في سبيل الإبقاء على هذا التوازن.[6]

وهو نفس الاتجاه الذي تبناه معظم الفقهاء في الجزائر حيث يرون بأن الحفاظ على التوازن المالي للعقد إنما يستند على ما يسمى بنظرية فعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة[7]

1- راجع في ذلك: - د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 586.- د. بة يمان جلال حسن، مرجع السابق، ص 236.

2- راجع د. بن شعبان علي، مرجع سابق، ص 204

3- DE LAUBADERE André, Traité élémentaire du droit administratif, 6ème édition, LGDJ, Paris. P 314

4- راجع د. علي عبد العزيز الفحام، مرجع سابق، ص 317

5- أنظر: د. علي عبد العزيز الفحام، مرجع السابق، ص 313. - د. بة يمان جلال حسن، مرجع سابق، ص 236

6- De Soto, note au D, 1950 J P 456

7- راجع كل من: - د. محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 288. د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، مرجع سابق، ص 50

كما يرى الدكتور سليمان الطماوي أن التوازن المالي للعقد الإداري مجرد توجيه عام يستهدف الإبقاء على العقد كما روعي عند التعاقد، ومعاملته كظاهرة طبيعية، ويرى أن العقد الإداري قد تزيد الإدارة أو تنقص من التزاماته فمن الطبيعي أن تتناسب حقوقه مع التزاماته بالزيادة أو النقصان، فيجب الحفاظ على التوازن المالي للعقد للمحافظة على خواصه الأصلية، ويستند إليه القاضي في تقدير التعويض المناسب للمتعاقد مع الإدارة للوصول إلى التوازن العادل بين التزامات وحقوق الطرفين.[1]

ويضيف الدكتور سليمان الطماوي أن فكرة التوازن المالي للعقد الإداري وإن كانت لا تكفي لتبرير التعويض في كل الحالات، إلا أن هذه الفكرة تمثل حقيقة ثابتة لا يمكن إنكارها، ومرونة التزامات المتعاقد مع الإدارة تستوجب مرونة متساوية مع حقوقه سواء بالزيادة او النقصان، لاسيما وإن كان سبب هذا الاختلال راجع إلى الإدارة، كما انه ليس معنى ذلك وضع معادلة حسابية صارمة، ويرى بأن مثل هذا الجمود الحسابي هو الذي استند اليه الدكتور ثروت بدوي لأجل انتقاد فكرة التوازن المالي[2]

وقد وضع معظم الفقهاء أسس رئيسية تقوم عليها فكرة التوازن المالي: يستند الأول على أنه لا يقصد بالتوازن هنا التوازن الحسابي بل التوازن الشريف بين التزامات المتعاقد وحقوقه المقابلة لتلك الالتزامات. أما الأساس الثاني: فيقوم على أن التوازن المالي يركن اليه للتعويض في حالة الضرر الذي يرجع إلى فعل الإدارة أما خارج تلك الحالة فإن فكرة التوازن المالي يكملها مبدأ التعويض بدون خطأ.[3]

كما أنه يرجع جانب من الفقه أساس فكرة التوازن المالي للعقد إلى النية المشتركة للطرفين المتعاقدين[4]، إلا أن الدكتور سليمان الطماوي يرى أنه حتى و إن كانت الكثير من أحكام مجلس الدولة الفرنسي تشير إلى فكرة النية المشتركة للمتعاقدين[5]، ولكن لا يصلح هذا الرأي إلا في حالة النص صراحة في العقد على فكرة التوازن المالي، أما في حالة عدم النص فإن الأساس يمكن إرجاعه إلى فكرة العدالة وصالح المرفق العام.[6]

1- راجع في ذلك : - د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 587. – سعاد الشرقاوي، مرجع سابق، ص 394 - د. علي عبد العزيز الفحام، مرجع سابق، ص 317. - د. السيد فتوح محمد هنداوي، مرجع سابق، 82. - د. مازن ليلو راضي، مرجع سابق، ص 135، 136.

2- أنظر د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 587.

3- أنظر كل من: - د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 578، 579. - د. لمياء هاشم سالم قبع، مرجع سابق، ص 84، 85 . - د. بة يمان جلال حسن، مرجع سابق، ص 237. - د. علي عبد الأمير قبلان، مرجع سابق، ص 395.

4- أنظر د. أمل لطفي حسن جاب الله، آثار العقود الإدارية، الاسراء للطباعة، بدون تاريخ، ص 218 .

5- voir. BADAOUI Saroit, op.cit. p 205, 206

6- د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 589.

ومن خلال الآراء الفقهية السابقة يمكن أن نخلص إلى أنه لا يمكن التسليم بما نادى به جانب من الفقه حول ضرورة التخلص من هذه الفكرة، كما أن فكرة التوازن المالي لا يمكن تطبيقها في حالة اختلال التوازن المالي للعقد بسبب خارج عن إرادة الإدارة، ولا يمكن تبرير تعويض المتعاقد في هذه الحالة، هذا وإن كان معظم الفقه يجمع على أن فكرة التوازن المالي تصلح لتبرير التعويض الذي يحصل عليه المتعاقد بسبب تدخل الإدارة، إلا أنه لأجل استحقاق التعويض وفقا لنظرية عمل الأمير يشترط أن يكون الإجراء الذي اتخذته الإدارة غير متوقع وقت إبرام العقد، الأمر الذي ينتفي في هذه الحالة كون أن المتعاقد مع الإدارة كان يعلم وقت التعاقد، أو يفترض فيه أن يكون على علم بإمكانية قيام الإدارة بإجراء التعديل[1]، وعليه فإن فكرة التوازن المالي بحسب رأيي هي توجيه عام يستهدف الابقاء على العقد كما روعي عند التعاقد ، فهو حالة العدل التي ارتضاها الطرفان لحظة إبرام العقد، وغايته هي الحفاظ على طبيعة العقد بالحالة التي تمت التعاقد عليها، وفكرة التوازن المالي هي نظرية قائمة بذاتها مستقلة عن النظريات القانونية لتعويض المتعاقد كنظرية عمل الأمير ونظرية الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة، وهي تقوم على أساس العدالة وصالح المرفق العام الذي يساهم فيه المتعاقد، حتى يكون حافزا لتعاقد الإفراد مع الإدارة.

الفرع الثاني: موقف القضاء من تحديد فكرة التوازن المالي للعقد الإداري.

إن مجلس الدولة الفرنسي وعلى الرغم من أن نشأة فكرة التوازن المالي في مجال العقود الإدارية تعود إليه كما سوف يتم تفصيله في المطلب الثاني، إلا أنه لم يكلف نفسه عناء تحديد مفهوم فكرة التوازن المالي للعقد الإداري ولا توضيح شروط تطبيقها وذلك لما يعرف عنه من روح واقعية عملية تستهدف الحكم على كل حالة فردية وفقا لظروفها الخاصة [2]، وترك الأمر للفقه.

وبالنسبة للقضاء الإداري الجزائري فإنه وعلى الرغم من أنه يعتبر من أهم المؤسسات التي يعول عليها في بناء مبادئ وأسس وقواعد القانون الإداري[3] إلا أن أحاكمه في مجال التوازن المالي للعقود الإدارية تعتبر قليلة جدا، ولم يرد ضمنها أي تعريف لفكرة التوازن المالي للعقود الإدارية على الرغم من الاعتماد عليها كأساس لحكم بالتعويض للمتعاقد مع الإدارة لإعادة التوازن المالي للعقد في حالة اختلاله.

حيث أقرت الغرفة الإدارية للمحكمة العليا بتاريخ 10 أكتوبر 1993 في قضية (د.ح) ضد (المجلس الشعبي البلدي لبلدية عين الباردة) المبدأ الآتي:

1- د. بن شعبان علي، مرجع سابق، ص 206

2- أنظر د. سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 585

3- أ. محفوظ عبد القادر، وجود سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري، دراسة مقارنة بين الفقه والتشريع والقضاء في الجزائر وفرنسا ومصر، مجلة الفه والقانون، العدد 28 فبراير 2015، ص 63.

" من المقرر قانونا أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف، وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول" حيث ورد بهذا القرار أنه *".... ولما ثبت من مستندات القضية الحالية أن السوق محل العقد المبرم بين المستأنف والمستأنف عليه (رئيس بلدية عين الباردة) بقى مغلق بسبب مرض الحمى الذي أصاب المواشي، فإن ذلك يعد حدثا استثنائيا غير متوقع، يجب الأخذ به، ومتى كان ذلك استوجب إلغاء القرار المستأنف وتعويض الطاعن عن الأضرار التي لحقت به"*[1]

وفي قرار آخر للغرفة الإدارية للمحكمة العليا في 1999/08/08 في قضية تتعلق بنزاع حول القوة القاهرة ظروف استثنائية تتعلق بالوضعية الاقتصادية أقرت أنه *"...لا يمكن التمسك بالقوة القاهرة في قضية الحال لأنه ليس للوضعية لا طابع عدم التوقع ولا الاستثناء..."*[2]

وقد قضى مجلس الدولة أيضا بتاريخ 2003/04/15 في نزاع يتعلق حول الأشغال الإضافية وتحيين أسعار الصفقة، حيث قرر المجلس أن *"...المادة المثارة من قبل المستأنف قصد تحصله عن فوائد التأخير والتعويض عن الضرر توضح ضرورة إنجاز ملحق لما يتغير المبلغ الأصلي للصفقة زيادة أو نقصان بأكثر من عشرون بالمائة ولا يشير إلى الفوائد عن التأخير ولا إلى التعويض بعد تسديد وضعيات مراجعة الأسعار..."*[3]

ومن التطبيقات الهامة لفكرة التوازن المالي في التشريع الجزائري ما نصت عليه المادة 32 من القرار المؤرخ في 1964/11/21 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية، والتي أقرت حق المقاول في طلب التعويض عن الأضرار التي تلحق به بسبب التعديلات أو التغييرات التي تأمر بها الإدارة أو تنتج عن ظروف غير

1- قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا بتاريخ 1993/10/10 في قضية رقم 99694، المجلة القضائية 1994، العدد 01 ص 217. أشار إليه كل من: - د. لحسين بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، الطبعة الخامسة، 2010، دار هومة، الجزائر، ص 73. - د. رشيد خلوفي، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء الأول، الطبعة الأولى 2013، منشورات كليك، الجزائر، ص 585، 586.

2- قرار صادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا بتاريخ 1999/03/08 فهرس 1999/125 غير منشور، في قضية (ب.ت) ضد رئيس المندوبية التنفيذية لبلدية سكيكدة. أشار إليه: - د. رشيد خلوفي، أ جمال سايس، اجتهادات في القضاء الإداري، الطبعة الأولى 2015، منشورات كليك، الجزائر ، ص205.

3- قرار مجلس الدولة بتاريخ 2003/04/15 يحمل رقم 6052، مجلة مجلس الدولة، 2003، العدد 04، ص 71.
- أورده د. رشيد خلوفي، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء الثاني، الطبعة الأولى 2013، منشورات كليك، الجزائر، ص 1085، 1086

متأتية من خطأ أو عمل المقاول إذا لم تفوق نسبة الخمسة وثلاثين بالمائة بالزيادة أو النقصان.[1] كما نصت المادة 33 من ذات القرار على جواز تعديل الأسعار بحسب الظروف.[2]

هذا وقد تبنى المشرع الجزائري هذه الفكرة أيضا في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وبشكل صريح بحيث أن المشرع أكد على أن النزاعات التي تنشأ أثناء تنفيذ الصفقة تسوى في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، وأنه يجب على المصلحة المتعاقدة أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقتها وذلك من خلال إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين.[3] بما يعني أن المشرع راعى الظروف الطارئة والوضع الجديد والوضع المالي للمتعاقد، وبذلك أجاز إعادة التوازن المالي في إطار حل ودي يتجسد في ملحق للصفقة الأصلية وفقا لما هو منصوص عليه في المواد 135، 136 من المرسوم الرئاسي 15-247.[4]

و قد أقرته المواد 20، و106 من المرسوم التنفيذي رقم 21- 219 المؤرخ في 20 مايو 2021 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال.

فقد تضمنت المادة 20 من المرسوم التنفيذي 21-219 مراجعة أسعار الصفقة العمومية للأشغال لاسيما في حالة تقلبات الأسعار، كما تضمنت حالة الأعمال الإضافية والأعمال التكميلية

حيث جاء الباب الثاني من هذا المرسوم تحت عنوان ((الأحكام المتعلقة بالأخطار أو النزاعات التسوية الودية والعقوبات، و تضمنت المادة 106 الأخطـــار التي يمكن أن تتعرض إليها الصفقات العمومية للأشغال بنوعيها: المتوقعة ، وعير المتوقعة

وتضمنت المادة 107 التبعـات التقنيـة غير المتوقعة والتي تعد صعوبات مادية غير عادية واستثنائية التي قد تتعرض المتعاقد أثناء تنفيذ الأشغال والتي لا يرجع أسبابها إلى الأطراف المتعاقدة ولم تكن متوقعة عند إبرام الصفقة.

1- أنظر المادة 32 من القرار المؤرخ في 1964/11/21 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، ج ر رقم 06 لسنة 1965.

2- أنظر المادة 33 من القرار المؤرخ في 1964/11/21، المتضمن المصادقة على دفتر الشروط، سبق الإشارة إليه.

3- أنظر المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الذي سبق الإشارة إليه.

4- أنظر المواد 135، 136 من المرسوم الرئاسي 15-247.

كما نجد أن القانون المدني كان له السبق في الاهتمام بفكرة التوازن المالي من خلال نص المادة 107 والتي يمكن أن يهتدي بها القاضي الإداري، بحيث أقرت أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن يصبح الالتزام مرهقا على المدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، فإنه يجوز للقاضي تبعا للظروف ومراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.[1]

أما بالنسبة للقضاء المصري فقد عرفت محكمة القضاء الإداري المصرية مبدأ التوازن المالي وبينت أساسه[2] في حكمها الشهير الصادر بتاريخ 1957/06/30 والذي جاء فيه "...*أن طبيعة العقود الإدارية إنما تحقق بقدر الإمكان توازنا بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي ينتفع بها اعتبار بأن نصوص العقد تؤلف في مجموعها كلا من مقتضاه التوازن بين مصالح الطرفين المتعاقدين، فإذا ترتب على تعديل التزامات المتعاقد مع الإدارة زيادة في أعبائه المالية، فإنه ليس من العدل ولا من المصلحة العامة نفسها أن يتحمل المتعاقد وحده تلك الأعباء، بل يكون له في مقابل ذلك أن يحتفظ بالتوازن المالي للعقد تأسيسا على أن هذا العقد ينظر إليه كوحدة من حيث تحديد الحقوق المالية للمتعاقد، فإذا ما انتهى تدخل الإدارة في العقد بالتعديل إلى الإخلال بهذه الحقوق كما حددت عند ابرام العقد فيجب إعادة التوازن المالي للعقد إلى ما كان عليه، كما أنه إذا كان حق الإدارة في التعديل أمر يفترض قيامه في ذهن المتعاقد مع الإدارة عند ابرام العقد، فإنه يجب أن يقابل هذه السلطة حق آخر للمتعاقد هو أنه يقدر من جانبه هو أيضا أن جهة الإدارة ستعوضه عما يلحقه من ضرر نتيجة لممارستها سلطة التعديل، وهذا التعويض يقوم على أنه لا يتصور أن المتعاقد مع الإدارة يقبل معاونتها في تسيير المرفق بالمجان وبغير مقابل، بل الطبيعي أنه قرر طبقا لتقديراته أنه سيظفر مقابل التزاماته العقدية بفائدة معينة وربح معلوم، فإذا سلم للإدارة بحق التعديل تحقيقا للمصلحة العامة فإن العدالة تأبى حرمان المتعاقد من حقه المشروع في الفائدة أو الربح الذي قدره عند إبرام العقد*".[3]

ومنذ صدور هذا الحكم أصبحت فكرة التوازن المالي للعقد الإداري من المبادئ المستقرة والأساسية في العقود الإدارية، وقد أصاب الهدف في تحديد مفهوم فكرة التوازن المالي، وبيان أسبابها ومبرراتها الإيجابية

1- راجع المادة 107 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

2- راجع د. لمياء هاشم سالم قبع، مرجع سابق، ص 31.

3- حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم 983 لسنة 9 ق، جلسة 1957/06/30، مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري، ص 607.

- لتفاصيل أكثر عن هذا الحكم راجع في ذلك: - المستشار حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية، العقود الإدارية في التطبيق العملي (المبادئ والأسس العامة)، منشأة المعارف، مصر، 1997، ص 317، 318. - د. السيد فتوح محمد الهنداوي، مرجع سابق، ص 86، 87. - د. سيد أحمد محمد جاد الله، سلطة القاضي إزاء العقد الإداري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2007، ص 377، 378، 379.

مقابل ممارسة الإدارة لسلطتها في التعديل أو حتى عند تغيير ظروف العقد وظهور صعوبات غير متوقعة[1]، وقد صدرت أيضا عن نفس المحكمة أحكام أخرى تبرز من خلالها أوجه الاختلاف بين نظرية الظروف الطارئة ونظرية التوازن المالي[2]

كما أن المحكمة الإدارية العليا في مصر أكدت الفكرة التي أقرتها محكمة القضاء الإداري في الكثير من أحكامها.[3]

الفصل الثاني

آليات تسوية المنازعات في مجال العقود الإدارية

إن العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة لتسيير مرافقها العمومية تثير في الواقع العملي عدة منازعات سواء عند إبرام العقد الإداري أو عند تنفيذه، إذ قد يحدث تصادم بين مصلحة الإدارة باعتبارها أحد أطراف العقد، وذلك فيما يتعلق بمدى مشروعية استخدامها لسلطاتها اتجاه المتعاقد معها أو بمدى أداء الالتزامات المتبادلة بينهما، وكذلك في حالة اختلال التوازن العقدي، حيث يمكن للطرف المتضرر أن يلجأ إلى الطريق الودي عن طريق الطعن الإداري (المحث الأول)، وفي حالة عدم الاستجابة له، يمكنه أن يسلك طريق القضاء للمطالبة بحقوقه (المبحث الثاني)، كما أن التحكيم يعتبر من الطرق البديلة لحل منازعات العقود الإدارية (المبحث الثالث) .

المبحث الأول: اللجوء إلى الطعن الإداري لتسوية منازعات العقود الإدارية.

إذا كان اللجوء إلى القضاء هو الطريق المعتاد للفصل في المنازعات الإدارية، غير أن ذلك قد يؤدي من الناحية العملية إلى تراكم القضايا وإطالة أمد النزاع، ولذلك أقر المشرع في مادة منازعات العقود

1- أنظر: د. السيد فتوح محمد هنداوي، مرجع سابق، ص 86.

2- أشار إلى هذه الأحكام كل من: - د. علي عبد العزيز الفحام، مرجع سابق، ص 314، 315. - د. حمدي ياسين عكاشة، مرجع سابق، ص 316 وما بعدها.

3- أشار إلى هذه الأحكام د. السيد فتوح محمد هنداوي، مرجع سابق، ص87، 88.

الإدارية اللجوء إلى الحل الودي من أجل الوصول إلى تسوية ودية أسرع من شانها أن توفر الوقت والجهد والمال، وتخفف العبء الواقع على كاهل القضاء، فضلا عن أن التسوية الودية تتماشى مع اعتبارات الثقة في الإدارة بإعطائها فرصة لتصحيح أخطائها بإرادتها.

المطلب الأول: مفهوم الطعن الإداري.

لتحديد مفهوم الطعن أو التظلم الإداري يقتضي الأمر البحث في تعريفه والتطرق إلى أهم صوره، وصولا إلى تبيان أهميته.

الفرع الأول: تعريف الطعن الإداري.

المشرع الجزائري وإن كان قد تطرق إلى الطعن الإداري أو التظلم في نصوص قانونية متفرقة، إلا أنه لم يقم بتعريفه، تاركا هذه المسألة للفقه.

وتوجد عدة محاولات فقهية لتعريف التظلم أو الطعن الإداري، ويذهب جانب من الفقهاء في الجزائر إلى أن التظلم الإداري يتمثل في "تلك المراجعة الإدارية المسبقة التي تشكل عنصر من عناصر الإجراءات الإدارية لا القضائية تستهدف حل النزاع الإداري دون تدخل القضاء، ولا يتم تحريك الإجراءات القضائية إلا بعد فشل المراجعة الإدارية."[1]

ويرى البعض الآخر أن التظلم الإداري هو "طلب أو شكوى يقدمها شخص (المتظلم) إلى الجهة الإدارية المختصة ينازع فيها عمل قانوني ألحق به أذى"[2]، وهناك من عرفه على أنه "الطريقة القانونية أو الشكوى أو الطلب المرفوع من المتظلم للحصول على حقوقه أو لتصحيح وضعيته"[3]

كما عرف على أنه "عبارة عن شكاية يتقدم بها المتظلم إلى الإدارة مصدرة القرار أو الجهة التي تعلوها مباشرة يطلب فيها إعادة النظر في القرار الإداري بسحبه أو تعديله وذلك قبل اللجوء إلى القضاء."[4]

---

1 - أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة فائز أنجق وخالد بيوض، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 1992، ص 72.

2- أنظر، د. بوحميدة عطاء الله، الوجيز في القضاء الإداري، تنظيم عمل واختصاص، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثانية، 2013، ص 213.

3 - أنظر، د. خلوفي رشيد، قانون المنازعات الإدارية، شروط قبول الدعوى الإدارية، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 112.

4- أنظر، د. حسين فريجة، شرح المنازعات الإدارية، دراسة مقارنة، دار الخلدونية، للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، 2011، ص181.

و في الفقه المصري يعرف على أنه "طلب يتقدم به صاحب الشأن إلى الإدارة لإعادة النظر في قرار إداري يدعي مخالفته للقانون"[1]، ويذهب الدكتور سليمان الطماوي بأن المقصود بالتظلم "أن يصدر قرار معيب فيطعن فيه المتظلم إلى الجهة التي أصدرته أو إلى جهة رئاسية طالبا سبه أو تعديله"[2]

وعلى المستوى القضائي فالملاحظ أن القضاء في الجزائر لم يحدد ولم يعرف التظلم أو الطعن الإداري واقتصر دوره في هذا الشأن على تطبيق النصوص القانونية فيما يخص مدى إلزاميته كما سيتم تفصيله.

أما في القضاء المصري فعرفته المحكمة الإدارية العليا بقولها " *التظلم يمتد ليشمل كل ما يفيد تمسك المتظلم بحقه ومطالبته باقتضائه*"[3]

ويستخلص مما سبق أن التظلم الإداري هو ذلك الإجراء الذي يرفعه صاحب الصفة والمصلحة إلى الجهة الإدارية المختصة قبل اللجوء إلى القضاء والذي يطلب من خلاله إعادة النظر في القرار أو العمل القانوني الصادر من جانب الإدارة وذلك إما بسحبه أو تعديله أو إلغائه.

الفرع الثاني: صور الطعن الإداري.

الطعن الإداري أو التظلم يمكن أن يأخذ شكلان، فيكون الطعن ولائي أو رئاسي

أولا: الطعن الولائي.

هو الطعن الذي يوجه إلى مصدر القرار نفسه[4]، وتوضح فيه المخالفات التي يطلب من خلاله سحبه أو تعديله أو إلغائه بما يتفق وقواعد المشروعية، والتظلم الولائي عادة ما ينظر إليه بجدية إذا كان مبني على أسس صحيحة خشية من اللجوء إلى السلطة الرئاسية.[5]

وقد تناول المشرع الجزائري التظلم الولائي، وخضع إلى عدة تعديلات انطلاقا من الأمر 66-154، ثم القانون 90-23 المتضمن تعديل قانون الإجراءات المدنية، وصولا إلى القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

---

1 - أنظر، د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1995، ص 320.

2- أنظر، د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، الكتاب الأول، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1986، ص 623.

3- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ 1965/06/27، في الطعن رقم: 389، للسنة 08 ق، أشار له د. نجم الأحمد، التظلم الإداري، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 29، العدد الثالث، 2013، ص 12.

4- د. مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الهيئات والإجراءات أمامها، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة 2005، ص 313.

5- د. ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص 66.

ويكون الطعن ولائي عندما يرفع أمام مصدر القرار نفسه، وهي الحالة التي لا تكون فيها سلطة إدارية تعلو الجهة التي أصدرت القرار.[1]

وقد أشار القضاء إلى التظلم الولائي في الكثير من أحكامه، من ذلك قرار مجلس الدولة بتاريخ 1998/11/32، الذي ورد بحيثياته أنه "*حيث أنه بالرجوع إلى مقتضيات المادة 275 من تقنين الإجراءات المدنية، فلا يكون الطعن بالبطلان المرفوع ضد القرارات الصادرة عن السلطة الإدارية المركزية مقبولا إلا إذا كان مسبوقا بطعن ولائي موجه لمصدر القرار...*" [2]

ثانيا: الطعن الرئاسي.

وهو الطعن الذي يوجه إلى رئيس مصدر القرار[3]، فيتولى الرئيس بناء على سلطته الرئاسية سحب القرار أو إلغائه أو تعديله.[4]

وعلى المستوى القانوني في الجزائر، فقد عرف الطعن أو التظلم الرئاسي تطبيقا له في ظل الأمر 66-154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم، وكانت تعتبر المواد 169 مكرر، و275 من قانون الإجراءات المدنية الإطار القانون للطعن الرئاسي.

إلا أنه وبموجب القانون 90-23، ألغى العمل بالطعن الرئاسي على مستوى الغرف الإدارية بالمجالس القضائية (سابق) وظل العمل بالتظلم الرئاسي طبقا لأحكام المادة 275 من قانون الإجراءات المدنية التي كانت تنص على أنه "**لا تكون الطعون بالبطلان مقبولة ما لم يسبقها الطعن الإداري التدرجي الذي يرفع أمام السلطة التي تعلو مباشرة الجهة الإدارية التي أصدرت القرار**"

وكان القضاء يفرق بين التظلم الرئاسي والتظلم الولائي، ويطبق النصوص القانونية التي كانت سارية المفعول، حيث قضى مجلس الدولة في قراره بتاريخ 2002/05/13 برفض الطعن شكلا لمخالفة شرط الطعن الإداري التدرجي المنصوص عليه بموجب أحكام المادة 275.[5]

1- راجع المادة 275 من الأمر رقم 66-154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية.

2- قرار مجلس الدولة، الغرفة الأولى، الصادر بتاريخ 1998/11/23، ملف رقم: 145206 في قضية مؤسسة الأشغال الهندسية الحضرية لبلدية الدار البيضاء، ضد وزير السكن (قرار غير منشور).

3- د. مسعود شيهوب، مرجع سابق، ص 313.

4- د. ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص 66.

5 - أنظر، قرار مجلس الدولة، الغرفة الرابعة، الصادر بتاريخ 2002/05/13، ملف رقم: 06814، في قضية مدير المؤسسة العمومية لإحياء الممتلكات الغابية لولاية الشلف، ضد محافظ الغابات لولاية الشلف (قرار غير منشور).

إلا أنه بصدور القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم يعد يتبنى المشرع شكل التظلم الرئاسي وأضحى له صورة واحدة تتمثل في التظلم الولائي.

حيث نصت الفقرة الأولى المادة 830 منه على أنه: **"يجوز للشخص المعني بالقرار الإداري تقديم تظلم إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار في الآجال المنصوص عليها في المادة 829".**

فالمشرع يقصد من كلمة "الجهة الإدارية مصدرة القرار" التظلم الولائي، وهذا على عكس ما كان منصوص عليه في ظل الأمر رقم 66-154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الذي كان يميز بين التظلم الرئاسي والتظلم الولائي.

الفرع الثالث: أهمية الطعن الإداري.

تظهر أهمية الطعن الإداري في كونه يعتبر الطريق الأيسر بالنسبة للمتظلم المضرور في إجراءاته ومصاريفه من الطعن القضائي[1]، ويقلل من حجم المنازعات التي تطرح على القضاء.[2]

ذلك أن الاعتماد على الآليات الرضائية لتسوية منازعات الصفقات العمومية عوض اللجوء إلى القضاء يعمل على توفير عدة مصاريف، كمصاريف التسجيل وأتعاب المحامي، ومصاريف التنقل والمعاينات والخبرات والتكليف ومحاضر التنفيذ وإشكالاته، فضلا عما قد يحكم به القضاء من تعويضات قد ترهق كاهل الطرفين، ومن ثم فإن سلوك طريق التسوية الودية يخول لهما إمكانية الاتفاق بشأن قيمة التعويضات التي يتفق عليها بإرادتهما من دون إلزامه من قبل القضاء.[3]

ومن شأن التظلم السماح للإدارة بمراجعة قرارتها أو تعديلها من دون اللجوء إلى القضاء، فعن طريق التظلم تتاح لها الفرصة لمعالجة العيوب وأوجه النقص التي تشوب أعمالها، ويجنبها الامتثال للأحكام القضائية[4]، كما أن التظلم يعتبر من أهم الوسائل الودية لحل النزاعات في مرحلتها الأولى، ومن خلاله تعزز الإدارة من مركزها وتزداد ثقة الأفراد بها، وبالتالي تتولد آثار إيجابية وتكون أعمال الإدارة مقبولة لدى الرأي العام.[5]

1- د. ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص 65.

2- راجع في ذلك: - د. بوحميدة عطاء الله، مرجع سابق، ص 217. - د. خليل صالح السامرائي، مرجع سابق، ص 315.

3- أنظر، بن دعاس سهام، نظام التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية، مجلة الدراسات القانونية، مخبر السيادة والعولمة، جامعة يحيى فارس بالمدية، الجزائر، العدد 02 حجم 03، جوان 2017، ص 215.

4 - راجع، د. نجم الأحمد، مرجع سابق، ص 09، 10.

5- د. حسين فريجة، مرجع سابق، ص 182، 183.

كما أن الطعن الإداري والتسوية الودية للنزاعات تجنب توقف المشاريع الاقتصادية، والتي قد يترتب عنها آثار سلبية قد تؤدي إلى فسخ الصفقة، وتضطر الإدارة إلى إعلان الصفقة من جديد مما يكلف الخزينة مصاريف إضافية وتفقد الثقة لدى المستثمرين في التعامل مع الإدارة.[1]

المطلب الثاني: الطابع القانوني للطعن الإداري.

يكتسي التظلم أو الطعن الإداري المسبق أهمية بالغة، ويحتل مكانة خاصة في التشريع الجزائري، وقد عرف موضوع التظلم الإداري عدت تعديلات سواء في القواعد العامة أو من خلال النصوص الخاصة بما في ذلك تنظيم الصفقات العمومية.

1- أنظر، بن دعاس سهام، مرجع سابق، ص 215.

الفرع الأول: الطعن المقرر في القواعد العامة.

لقد كان قانون الإجراءات المدنية لدى إصداره سنة 1966[1]يشترط لقبول الدعوى الإدارية ضرورة اللجوء المسبق إلى الطعن أمام الإدارة[2]، ثم عرف الإجراء تعديل سنة 1990[3] فعدلت المادة 196 مكرر[4]،كما تم استحداث إجراء الصلح بموجب المادة 196 مكرر03.

إلا أن هذا التعديل كان يشوبه الغموض وعدم الدقة في الصياغة، مما أثار عدة خلافات، وأبدى الفقه مواقف متناقضة في شأن مدى إلزامية الطعن المسبق أمام الغرف الإدارية.

وذهب كثير من الفقهاء إلى القول أن المشرع أقر قاعدة جديدة مفادها أن التظلم غير ملزم في المنازعات الإدارية المرفوعة أمام الغرف الإدارية، حيث أصبح يميز بين دعاوى الإلغاء المرفوعة أمام الغرف الإدارية بالمجالس القضائية وتلك المرفوعة أمام الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا.[5]

وما يرجح هذا الرأي الذي أؤيده أن عرض أسباب مشروع قانون رقم 90-23 المعدل لقانون الإجراءات المدنية والإدارية أعلن عن نية المشرع في إلغاء التظلم لتخفيف العبء على المتقاضين وتبسيط إجراءات الدعوى الإدارية التي يشكل التظلم أحد مظاهر تعقيدها[6]، وهذا ما طبقه القضاء في الكثير من قراراته من ذلك قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1996/12/01.[7]

وبصدور القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية[8] أصبح التظلم اختياري[9]

---

1 - الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية (ملغى).

2 - راجع المواد 169 مكرر، 275 من الأمر 66-145.

3 - بموجب القانون رقم 90-23 المؤرخ في 18 غشت 1990

4 - نصت المادة 169/1 مكرر من قانون الإجراءات المدنية على أنه "**لا يجوز رفع الدعوى إلى المجلس القضائي من أحد الأفراد إلا بتطبيق الطعن في قرار إداري** "، وكانت تتضمن المادة 169 قبل التعديل سبعة فقرات تتعلق بالتظلم، وبعد إلغائها وردت المادة 169 في القسم الثاني من الباب الثاني المتعلق بالإجراءات المتبعة أمام المجلس القضائي بمعنى أنها تعني الطعن القضائي، فضلا عن استحداث إجراء الصلح الذي حل محل الطعن الإداري.

5 - أنظر، د. محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر،2009، ص 171.

6 - أنظر، د. مسعود شيهوب، مرجع سابق، ص 295.

7 - أنظر، قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1996/12/01، رقم: 158459، في قضية مدير التربية لولاية سكيكدة، ضد (ح. ك)، نشرة القضاة، 1998، العدد 53، ص82.

8 - الذي ألغى أحكام الأمر رقم 66-154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية بموجب المادة 1064 منه.

9 - تنص المادة 830 /1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:" **يجوز للشخص المعني بالقرار الإداري تقديم تظلم إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار في الأجل المنصوص عليه في المادة 829 أعلاه.**"

وهي نفس القاعدة المطبقة بالنسبة للإجراءات المتبعة أمام مجلس الدولة [1]، مع إبقاء نظام الصلح كإجراء اختياري في دعوى القضاء الكامل[2]،وبذلك تبنى المشرع الجزائري كأصل عام مبدأ جوازية الطعن الإداري المسبق وترك للمتضرر الحرية في اللجوء إلى التظلم أو التوجه مباشرة إلى القضاء، ولا يكون وجوبي إلا بموجب قوانين خاصة، مثل ما هو عليه الشأن في المنازعات الضريبية.[3]

الفرع الثاني: الطعن المقرر في تنظيم الصفقات العمومية.

يعتبر التظلم الإداري من أهم الطرق الودية لتسوية المنازعات في مجال العقود الإدارية سواء في مرحلة الإبرام أو مرحلة التنفيذ، وقد خصه تنظيم الصفقات العمومية بأحكام خاصة في مختلف تنظيمات الصفقات العمومية، وتباينت أحاكم التظلم وطبيعته القانونية من مرحلة إلى أخرى.

ففي ظل الأمر رقم 67-90 لسنة 1967 كانت إجراءات التسوية الودية واجبة تسبق كل دعوى قضائية، فقبل اللجوء إلى القضاء لابد من رفع الأمر إلى اللجنة الاستشارية التي تكون مهمتها البحث عن عناصر عادلة لإيجاد تسوية ودية للمنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية[4]، وأكد القضاء الإداري على الطابع الإلزامي للطعن الإداري في مجال منازعات الصفقات العمومية في الكثير من قراراته، وطبق أحكام المواد 152 من قانون الصفقات العمومية، و 169 من قانون الإجراءات المدنية.[5]

واستمر العمل بإلزامية التظلم في ظل المرسوم رقم 82-154، بحيث أوجب على المصلحة المتعاقدة أن تبحث على حل ودي للنزاعات التي تطرأ أثناء تنفيذ الصفقة العمومية.[6]

1- راجع المادة 907 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2- راجع المادة 970 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

3- راجع نصوص المواد 70، 82، 83من القانون 01-21 المؤرخ في 22 ديسمبر 2001 يتضمن قانون المالية لسنة 2002، والمتضمن قانون الإجراءات الجبائية المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 79 لسنة 2001.

- كما أن القضاء الإداري يعتبر الطعن المسبق في المنازعات الضريبية إجراء جوهري، راجع في ذلك على سبيل المثال:
- قرار مجلس الدولة رقم 18557 الصادر بتاريخ 2005/10/18، في قضية (ب.ن) ضد إدارة الضرائب، مجلة مجلس الدولة، العدد 07، 2005، ص 107. - قرار مجلس الدولة رقم 8697 الصادر بتاريخ 2003/05/20، في قضية الشركة ذات المسؤولية المحدودة (عيادة صور) ضد مديرية الضرائب لولاية باتنة (قرار غير منشور)– قرار المحكمة الغرفة الإدارية، بتاريخ 14 جويلية 1991، رقم: 74767، (غير منشور).

4- راجع المادة 152 من الأمر رقم 67-90، المتضمن قانون الصفات العمومية.

5- راجع على سبيل المثال: - قرار المجلس الأعلى، الصادر بتاريخ 1982/12/25، رقم: 32002، في قضية (س. م) ضد (ب. م) و (ت. ن)، نشرة القضاة، 1983، العدد 01، ص 191. - قرار المجلس الأعلى، بتاريخ 09 نوفمبر 1985 رقم 43731، في قضية (ش. ذ. م. م. س) ضد وزير الري ووالي ولاية الجزائر، المجلة القضائية، العدد 02، 1989، ص 175.

6- راجع المادة 104 من المرسوم رقم 82-145 المنظم للصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي.

وهو نفس ما جاء به المرسوم التنفيذي رقم 91-434، بالإضافة إلى ذلك فإن المشرع في هذا المرسوم نص صراحة على أن مسألة حل الخلافات تسوى في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل[1]، مما يعني الإحالة على أحكام المواد 196 ، 275 من قانون الإجراءات المدنية.

وأكد القضاء الإداري في الكثير من أحكامه في تلك لفترة على وجوبية الطعن قبل عرض النزاع على القضاء مطبقا أحكام المواد 99، 100، 101 من المرسوم 91-434.[2]

وبصدور المرسوم الرئاسي 02-250 تم استحداث إجراء لم يكن منصوص عليه في تنظيمات الصفقات العمومية السابقة، والمتمثل في المنح المؤقت للصفقة، الذي بموجبه تخطر الإدارة المتعاقدة المتعهدين بالاختيار المؤقت للمتعاقد معها، ومنح المشرع للمتعهد الذي يحتج على الاختيار الذي قامت به المصلحة المتعاقدة أن يرفع طعنا أمام لجنة الصفقات المختصة[3]، واستنادا إلى نص المادة 101 فإن الطعن في المنح المؤقت إجراء اختياري وليس وجوبي.[4]

كما أن تسوية النزاعات المتعلقة بتنفيذ الصفقة تتم في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية الجاري العمل بها[5]، وقد ورد صراحة في المادة 102 من المرسوم أعلاه أنه "**يمكن المتعامل المتعاقد أن يرفع طعنا**..."

و نجد أيضا أن القضاء الإداري أكد على جوازية الطعن في العديد من الأحكام، من ذلك قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 2005/06/07 الذي ورد بحيثياته أنه "*...حيث أن أحكام الطعن المسبق الإلزامي الذي كان منصوص عليها في المادتين 100، و101 من المرسوم رقم 91-434 تم تعديلها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 02-250، ويمكن للمتعاقد قبل رفعه الدعوى القضائية، تقديم طعن أمام اللجنة الوطنية للصفقات العمومية طبقا لأحكام المادة الجديدة 102، ولكنه مجرد اختيار وليس إلزاما...*"[6]

1- راجع المادة 99 من المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

2- من ذلك: - قرار مجلس الدولة بتاريخ 2004/09/21 رقم: 15885، في قضية بلدية سكيكدة ضد مقاولة (م. ب)، مجلة مجلس الدولة، العدد 07 ص 77. – قرار مجلس الدولة بتاريخ 2004/12/21، رقم: 16348، في قضية بلدية وهران ضد مؤسسة (ب)، مجلة مجلس الدولة، 2005، العدد 07، ص 38.

- تجدر الإشارة إلى أن القرارات المشار إليها طبق فيها المرسوم 91-434، كون أن وقائع الدعوى كانت في ظل هذا المرسوم.

3- راجع المادة 101 من المرسوم الرئاسي 02-250.

4- عدلت المادة 101 بموجب المادة 17 من المرسوم الرئاسي 08-338، المؤرخ في 26 أكتوبر 2008، ج. ر لسنة 2008 عدد62، ولم يمس التعديل طبيعة الطعن الذي ظل اختياري، وتضمن فقط الإجراءات والجهة المختصة بدراسة الطعن في المنح المؤقت.

5- وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية فإنه بموجب المادة 196 مكرر، المعدلة بالقانون 90-23 أضحى الطعن جوازي كما سبق الإشارة إليه.

6- قرار مجلس الدولة بتاريخ 2005/06/07، رقم: 21173، في قضية (م. ش. ب) لبلدية تنس ضد (ط. ق)، مجلة مجلس الدولة، 2005، العدد 07، ص 89.

وقد أبقى المرسوم الرئاسي 10-236 على جوازية الطعن في منازعات الصفقات العمومية، سواء المتعلقة منها بالإبرام[1] أو التنفيذ[2]، ثم صدر المرسوم الرئاسي 12-23 دون أن يعدل في الطابع الاختياري للطعن، غير أنه استحدث نوع من القرارات التي تصدر عند إبرام الصفقة يتمثل في قرار الإقصاء أو الحرمان من دخول في الصفقة، والذي يمكن الطعن فيه أمام لجنة الصفقات المختصة.[3]

ونجد أن المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[4] يؤكد على الطابع الجوازي للطعن من خلال نصوص المواد 82، و155 منه، هذا وقد وسع المشرع من إجراءات الطعن في القرارات المنفصلة المتعلقة بمنازعات الإبرام، وذلك بتمكين المتعهد من الطعن في قرار المنح المؤقت[5] أو إلغائه، أو إعلان عدم الجدوى، أو إلغاء الإجراء سواء في إطار طلب العروض أو إجراء التراضي بعد الاستشارة[6]، من دون الإشارة إلى إمكانية الطعن في قرار الإقصاء من المشاركة.[7]

أما في مجال المنازعات الناتجة عن التنفيذ، فالمشرع خصص القسم الحادي عشر من الفصل الثالث للباب الأول تحت عنوان "التسوية الودية للنزاعات"[8]، وألزم المصلحة المتعاقدة أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها.[9]

كما أن وجوب إدراج المصلحة المتعاقدة في دفتر الشروط اللجوء لإجراء التسوية الودية للنزاع قبل اللجوء إلى القضاء، والذي من شأنه أن يوسع من هذا الالتزام ليمتد إلى المتعاقد مع الإدارة ما دام أن

1 - راجع المادة 114 من المرسوم الرئاسي 10-236.

2 - راجع المادة 115 من المرسوم الرئاسي 10-236.

3- المادة 125 مكرر التي استحدثت بموجب المادة 13 من المرسوم الرئاسي 12-23، والتي تم تعديلها فيما بعد بموجب المادة 08 من المرسوم الرئاسي 13-03 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي 10-236.

4 - والذي ألغى أحكام المرسوم 10-236 بموجب المادة 215 منه.

5 - من أهم القواعد التي جاء بها المرسوم الرئاسي 15-247 إلزامية نشر إعلان المنح المؤقت في الجرائد الرسمية وفي النشرة الرسمية للصفقات العمومية، وضرورة تحديد العناصر التي سمحت باختيار حائز الصفقة بموجب المادة 65.

6 - راجع المادة 82/01 من المرسوم الرئاسي 15-247.

7 - حالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية مبينة بموجب المادة 75 من المرسوم الرئاسي 15-247.

8 - وقد كان في ظل المرسوم الرئاسي 10-236 تحت عنوان "تسوية النزاعات"

9 - راجع المادة 153/2 من المرسوم الرئاسي 15-147.

دفتر الشروط هو وثيقة تعاقدية[1]، وتضمنت الفقرة الثالثة من المادة 153 على أنه في حالة عدم اتفاق الطرفين يعرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات.

نستنتج مما سبق توضيحه أن الطعن الإداري طبقا لأحكام المرسوم الرئاسي 15-247 يعتبر جوازي سواء في مرحلة الإبرام أو مرحلة التنفيذ، غير أن المشرع يلزم المصلحة المتعاقدة بالبحث عن حل ودي، ووجوب إدراج هذا في دفتر الشروط، مما قد يكون ملزم أيضا للمتعامل المتعاقد مع الإدارة، وفي حالة عدم اتفاق الطرفين يعرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة.

فالملاحظ أن المشرع يفرق بين التسوية الودية التي تكون ملزمة للمصلحة المتعاقدة، أو حتى للمتعاقد مع الإدارة في حالة إدراجها في دفتر الشروط، وبين الطعن أمام اللجنة المختصة الذي يلي إجراء البحث عن الحل الودي.

وحسب رأيي فإن البحث عن الحل الودي الذي أوجبه المشرع على المصلحة المتعاقدة يعد نوع من أنواع الصلح الغير منصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث يعتبر هذا الصلح صلح إداري أو ما يعرف بالتراضي في المجال الإداري، يتم باتفاق طرفي العقد خارج مرفق القضاء، والذي يطلق عليه الفقه الفرنسي [2](la transaction en matière administrative)

الفرع الثالث: مدى إلزامية الحل الذي يصدر عن اللجان المختصة بالنظر في الطعن الإداري.

تختلف الآثار المترتبة عن اللجوء إلى الطعن بحسب المرحلة التي يكون فيها النزاع، حيث يمكن أن يكون هذا النزاع في مرحلة الابرام أو في مرحلة تنفيذ الصفقة، كما تختلف معه الجهة المختصة بالنظر في الطعن الإداري، وسوف يتم استعراض الآثار المترتبة عن اللجوء إلى الطعن من حيث مدى الزاميتها بالنسبة للمصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد في كل من المنازعات التي تنشأ أثناء مرحلة إبرام الصفقة أولا، ثم الآثار التي تترتب على الطعن أثناء مرحلة التنفيذ.

1- أنضر، د. بن بوزيد دغبار نورة، منازعات الصفقات العمومية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 15، جوان 2016، ص 446.

2 - Catherine BERGEAL, et Frédéric LENICA, le contentieux des marchés publics, imprimerie nationale, édition techniques, Paris, 2004, p. 281 et suive.

- راجع أيضا: - طيبون حكيم، منازعات الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في إطار مدرسة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013/2012، ص 73.

أولا: مدى إلزامية نتائج الطعن في مجال منازعات إبرام الصفقة.

خول المشرع للمتعامل المتعاقد مع الإدارة الحق في ممارسة الطعن في المنازعات المتعلقة بإبرام الصفقة، أمام لجنة الطعن المختصة في كل من إجراء المنح المؤقت للصفقة أو إلغائه أو إعلان عدم الجدوى او إلغاء الإجراء سواء في إطار طلب العروض او إجراء التراضي بعد الاستشارة، وفقا لإجراءات محددة وفي آجال محددة.

تنظر لجنة الطعن المختصة في الطعون المرفوعة أمامها بما يخول لها القانون حق الرقابة، وتأخذ قرار في أجل خمسة عشر يوما يسري من تاريخ انتهاء أجل العشرة أيام المحددة بموجب المادة 82 من المرسوم الرئاسي 15-247، حيث تعتبر لجنة الطعن المختصة هي مركز اتخاذ القرار فيما يخص الرقابة الداخلية للصفقات العمومية[1]، وتتوج الرقابة التي تمارسها اللجنة بمقرر منح التأشيرة أو رفضها[2]، على أنه في حالة الرفض يجب أن يكون معللا عملا بأحكام المادة 02/195، وعندما ترفض لجنة الصفقات المختصة التأشيرة أو تقرر أن الطعن مؤسس تأخذ المصلحة المتعاقدة في الحسبان قرار اللجنة وتواصل تقييم العروض.[3]

ويتضح مما سبق أن الحل الذي تتوصل إليه لجنة الصفقات المختصة في الفصل في النزاعات في مرحلة الإبرام أطلق عليه المشرع مصطلح "قرار" ويعتبر إلزامي للمصلحة المتعاقدة.

هذا وإنه وبالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 10-236 نجد أن اللجان المختصة بالفصل في النزاع المتعلق بمرحلة ابرام الصفقات العمومية تصدر رأيا عوض قرار، الأمر الذي يفسر على أن المشرع جعل منه أمر استشاري غير ملزم لجهة الإدارة.[4]

ثانيا: مدى إلزامية نتائج الطعن في مرحلة تنفيذ الصفقة.

يترتب عن عرض النزاع أمام لجان التسوية الودية المختصة بالنظر في نزاعات التنفيذ قيام هذه اللجان بالبحث عن العناصر المتعلقة بالقانون أو الوقائع لإيجاد حل ودي ومنصف للنزاع كلما أدى هذا الحل

1- أنظر المادة 195 من المرسوم الرئاسي 15-247.

2- المادة 178 من المرسوم الرئاسي 15-247.

3- المادة 03/195 من المرسوم الرئاسي 15-247.

4- المادة 03/114 من المرسوم الرئاسي 10-136

لإيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين، التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة، والحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة.[1]

وبحسب ما جاءت به أحكام المادة 155 من المرسوم الرئاسي 15-247 فإن لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة تصدر رأيا في شأن الطعن المرفوع أمامها ويتم تبليغه إلى أطراف النزاع بموجب رسالة مضمنة الوصول، وترسل نسخة منه إلى سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.[2]

ومن خلال هذه المادة يستخلص بأن لجنة التسوية الودية للنزاعات لها طابع استشاري والمصلحة المتعاقدة ليست ملزمة بالرأي الذي تصدره، ولها السلطة التقديرية في قبوله من عدمه، وذلك على الرغم من وجوبية تضمين دفتر الشروط لشرط حل الخلافات أمام لجنة التسوية الودية لتسوية النزاعات[3]

هذا وتجدر الإشارة إلى أنه في ظل المرسوم الرئاسي 10-236 كان يترتب على تسوية النزاعات التي تطرأ في مرحلة تنفيذ الصفقة صدور مقرر في حالة اتفاق الطرفين، ويصبح هذا المقرر نافذا، بغض النظر عن غياب تأشيرة هيئة الرقابة الخارجية القبلية.[4]

المطلب الثالث: الجهة المختصة بالنظر في الطعن الإداري.

النزاع الذي قد يطرأ في مجال الصفقات العمومية يمكن أن يكون في مرحلة إبرام الصفقة أو أثناء مرحل التنفيذ، ومنه تختلف الجهة المختصة بالنظر في الطعن الإداري بحسب طبيعة هذا النزاع، وقد خصص المشرع في إطار الرقابة الخارجية على الصفقات العمومية لجان إدارية يؤول إليها الاختصاص بنظر الطعون سواء في مرحة الإبرام أو مرحة تنفيذ الصفقة.

الفرع الأول: اللجان المختصة بالنظر في الطعن الإداري في المنازعات الناتجة عن الإبرام.

سبقت الإشارة إلى أن المشرع بموجب تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وسع من مجالات الطعن وخول للمتعهد الحق في الطعن في المنازعات الخاصة بإبرام الصفقة، والمتعلقة بالمنح

1- المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247.

2- المادة 155/ 6 و7 من المرسوم الرئاسي 15-247.

3- راجع د. رحماني راضية، النظام القانوني لتسوية منازعات الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه ل م د، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 2017/2016، ص118.

4- راجع المادة 114 من المرسوم الرئاسي 10-136.

المؤقت للصفقة أو إلغائه أو إعلان عدم الجدوى او إلغاء الإجراء سواء في إطار طلب العروض او إجراء التراضي بعد الاستشارة.

وقد خصص المشرع بموجب تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لجان مكلفة بالرقابة والتسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية في مرحلة الإبرام وقسمها إلى قسمان، القسم الأول يتضمن لجان الصفقات للمصالح المتعاقدة والتي تتمثل في لجنة البلدية للصفقات العمومية، اللجنة الولاية للصفقات العمومية، لجان الصفقات للمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، ويتضمن القسم الثاني اللجنة القطاعية للصفقات العمومية، واللجنة الجهوية للصفقة العمومية.

أولا: لجان الصفقات للمصالح المتعاقدة.

أوجب على كل مصلحة متعاقدة استحداث لجنة للصفقات تكلف بالرقابة القبلية الخارجية للصفقات العمومية[1]، تختص بمعالجة الطعون التي يقدمها المتعهدون[2]

أ- اللجنة البلدية للصفقات العمومية

تتشكل الجنة البلدية للصفقات العمومية من رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله رئيسا، وممثل عن المصلحة المتعاقدة، ومنتخبين اثنين يمثلان المجلس الشعبي البلدي، وممثلين عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة المالية ومصلحة المحاسبة)[3]، وممثل عن المصلحة التقنية المعنية بالخدمة للولاية حسب موضوع الصفقة.[4]

بالإضافة إلى دراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق الخاصة بالبلدية، تختص أيضا اللجنة البلدية للصفقات العمومية بمعالجة الطعون التي يقدمها المتعهدون ضد المنح المؤقت للصفقة أو إلغائه، أو إعلان عدم الجدوى أو إلغاء الإجراء.

فمن خلال المادة 82 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام يتضح أن الطعن في المنازعات الخاصة بإبرام الصفقة ترفع لدى اللجنة المختصة، ومن بين اللجان المختصة تمت الإشارة إلى لجان الصفقات البلدية.[5]

---

1 - راجع المواد 06 و165 من المرسوم الرئاسي 15-247.

2 - المادة 169 من المرسوم الرئاسي 15-247.

3- حرص المشرع على الدور الأساسي لوزارة المالية في المراقبة، وذلك من خلال العضوية بممثلين عن مصلحة الميزانية وعن مصلحة المحاسبة في كل اللجان، وهو ما يؤكد صلة الصفقات العمومية بالخزينة العمومية والمال العام

4 - راجع المادة 173 /2 من المرسوم الرئاسي 15-247.

5- راجع المادة 82/ الفقرات 01، 10 و11 من المرسوم 15-247

وينعقد الاختصاص للجنة البلدية للصفقات وفقا لحدود اختصاص لجنة الصفقات لسلطة الوصاية[1]، وقد أحسن المشرع صنعا حين عقد الاختصاص لهذه اللجان وفق حدود اختصاص لجنة الصفقات لسلطة الوصاية، حيث كان اختصاصها في ظل المرسوم الرئاسي 10-236 إقليمي، إذ لا ينعقد إلا إذا كانت المؤسسات المحلية تقع في حدود نطاقها الجغرافي[2]، ولم يكن المشرع موفق في ذلك، كون أن المؤسسات منها ما هي ذات طابع وطني حتى ولو كانت تقع في النطاق الجغرافي للبلدية، فكيف يصح الأمر إذا تم عقد اختصاص لجنة البلدية أو الولائية للنظر في طعن يخص مؤسسة وطنية.

كما أن الاختصاص أيضا مرهون بالمعيار المالي، إذ يجب لعقد الاختصاص للجنة البلدية للصفقات أن يقل مبلغ الصفقة عن مائتي مليون دينار (200.000.000دج) بالنسبة لصفقات الأشغال العمومية أو اللوازم، وخمسين مليون دينار(50.000.000 دج) بالنسبة لصفقات الخدمات، وعشرين مليون دينار (20.000.000 دج) بالنسبة لصفقات الدراسات[3]، كما أن دراسة ملاحق البلدية يكون ضمن حدود مالية محددة أيضا.[4]

ب- اللجنة الولائية للصفقات العمومية

تتشكل اللجنة الولائية للصفقات طبقا للمادة 173 من المرسوم الرئاسي 15-247 من الوالي أو ممثله رئيسا، ممثل المصلحة المتعاقدة، ثلاثة ممثلين عن المجلس الشعبي الولائي، ممثلين عن الوزير المكلف بالمالية من مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة، مدير المصلحة التقنية المعنية بالخدمة الولائية حسب موضوع الصفقة، ومدير التجارة بالولاية.

تختص اللجنة الولائية للصفقات بالإضافة إلى دراسة الطعون التي يقدمها المتعهدين طبقا لأحكام المادة 82 من المرسوم الرئاسي 15-247، تختص أيضا بدراسة مشاريع دفتر الشروط والملاحق.[5]

وينعقد الاختصاص للجنة الولائية للصفقات وفقا لحدود اختصاص لجنة الصفقات لسلطة الوصاية عملا بأحكام الفقرة 11 من المادة 82 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، كما يشترط

1- راجع المادة 82/11 من المرسوم الرئاسي 15-247.
2- راجع المادة 114 من المرسوم الرئاسي 10-236.
3- راجع المواد: 173/2، 174/1 من المرسوم الرئاسي 15-247.
4- محددة بموجب المادة 139 من المرسوم الرئاسي 15-247.
5- أنظر المادة 173 من المرسوم الرئاسي 15-247.

المشرع أيضا توافر المعيار العضوي والمالي في اسناد الاختصاص[1]، فيجب بحسب المعيار المادي أن تكون الإدارة المعنية بالصفقة هي الولاية أو المصالح غير الممركزة للدولة والمصالح الخارجية للإدارات المركزية غير تلك التي تختص بها لجنة الصفقات للمؤسسات العمومية الوطنية[2]، كما يمكن أن يمتد اختصاصها إلى البلدية والمؤسسات العمومية المحلية التابعة للولاية أو البلدية، إذا بلغ الحد المالي المبالغ المحددة في المادة 173 المطة الثانية.[3]

أما عن الحد المالي المطلوب لعقد اختصاص اللجنة الولائية للصفقات فيشترط المشرع أن يساوي أو يقل السفق المالي عن مليار دينار (1000.0000.000 دج) بنسبة لصفقة الأشغال، وأن لا يفوق مبلغ ثلاثمائة مليون دينار (300.000.000 دج) بالنسبة لصفقة اقتناء اللوازم، وأن يساوي أو يقل عن مائتي مليون (200.000.000 دج) بالنسبة لصفقة الخدمات، ويساوي أو يقل عن مبلغ مائة مليون دينار (100.000.000 دج) بالنسبة لصفقة الدراسات[4]

ج- لجنة الصفقات للمؤسسات العمومية الوطنية والهيكل غير الممركز للمؤسسات العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري.

تتشكل هذه اللجنة حسب المادة 172 من المرسوم الرئاسي 15-247 من ممثل السلطة الوطنية رئيسا، المدير العام أو مدير المؤسسة أو ممثله، ممثلين عن الوزير المكلف بالمالية (المديرية العامة للميزانية، والمديرية العامة للمحاسبة)، ممثل عن الوزير المعني بالخدمة حسب موضوع الصفقة، ممثل وزير الأشغال العمومية، وممثل عن الوزير المكلف بالتجارة.

وتختص هذه اللجنة بدراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق الخاصة بهذه المؤسسات[5]، في حين لم تتم الإشارة في المرسوم الرئاسي 15-247 الى اختصاص هذه اللجنة بنظر الطعون.

وينعقد اختصاص هذه اللجنة عندما تكون هذه المؤسسات معنية بالصفقة في حدود المستويات المحددة بموجب المادة 184 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.[1]

1- راجع، د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، مرجع سابق، ص 102، 103، 104.

2- أنظر المادة 173، المطة الأولى، من المرسوم الرئاسي 15-247.

3 - أي أن يساوي مبلغها أو يفوق التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة عن مائتي مليون دينار (200.000.000دج) بالنسبة لصفقات الأشغال العمومية أو اللوازم، وخمسين مليون دينار (50.000.000 دج) بالنسبة لصفقات الخدمات، وعشرين مليون دينار (20.000.000 دج) بالنسبة لصفقات الدراسات

4- راجع المادة 173 من المرسوم الرئاسي 15-247.

5 - راجع المادة 172/1 من المرسوم الرئاسي 15-247.

د- لجنة الصفقات للمؤسسات العمومية المحلية والهيكل غير الممركز للمؤسسات العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري.

وتتشكل هذه اللجنة طبقا للفقرة الثانية من المادة 175 من المرسوم الرئاسي 15-247 من ممثل السلطة الوصية رئيسا، المدير العام او مدير المؤسسة أو ممثله، ممثل منتخب عن مجلس المجموعة الإقليمية المعنية، ممثلين عن الوزير المكلف بالمالية من مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة، ممثل عن المصلحة التقنية المعنية بالخدمة للولاية حسب موضوع الصفقة، ومدير التجارة بالولاية.

تختص لجنة الصفقات للمؤسسات العمومية المحلية والهيكل غير الممركز للمؤسسات العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري بدراسة مشاريع دفتر الشروط والصفقات والملاحق[2] الخاصة بالمؤسسة، ولم يشار في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام إن كانت تختص بنظر الطعون أو لا.

وينعقد الاختصاص لهذه اللجنة عندما تكون الإدارة المعنية بالصفقة مؤسسات عمومية محلية أو هيكل غير ممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري، بالإضافة إلى المعيار المالي المكرس بموجب المادة 173 المطة الثانية التي سبق الإشارة إليها.

ويثور التساؤل حول إن كانت هذه اللجنة ولجنة الصفقات للمؤسسات العمومية والهيكل غير الممركز للمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري تختص بدراسة الطعون أم لا.

وحسب رأيي فإن المشرع لم يخول لهاتين اللجنتين الاختصاص بالنظر في الطعون التي يمكن أن يرفعها المتعهدين والمتعلقة بمنازعات الابرام، فلم ترد ضمن أحكام تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أية إشارة إلى اختصاصها بالنظر في هذه الطعون، وما ورد في نص المادة 169 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام حول اختصاص لجنة الصفقات لمصلحة المتعاقدة بنظر الطعون متوقف على الشروط المنصوص عليها في المادة 82، وبالرجوع إلى الفقرة العاشرة من هذه المادة، نجد أنها حينما أشارت لاجتماع اللجان المختصة للنظر في الطعون، لم تتضمن المواد 172

1- حيث حددتها المادة 184 من المرسوم الرئاسي 15-247 كما يلي: - بالنسبة لصفقة الأشغال إذا كان فوق مبلغ التقدير الإداري للحاجات أو الصفقة مليار دينار (1000.000.000 دج)، - وبالنسبة لصفقة اللوازم أن يكون يفوق مبلغ ا ثلاثمائة مليون دينار (300.000.000 دج) وأن يفوق مبلغ مائتي مليون دينار (200.000.000 دج) بالنسبة لصفقة الخدمات، وأن يفوق مبلغ مائة مليون دينار (100.000.000 دج) بالنسبة لصفة الدراسات.

2- دراسة مشاريع الملاحق تكون وفقا للأسقف المحددة في المادة 139 من المرسوم الرئاسي 15-247.

و175 والمتعلقة على التوالي بلجنتي الصفقات للمؤسسات المحلية والوطنية[1]، كما أن تشكيلة كل من اللجنتين لم تتضمن ممثل عن المصلحة المتعاقدة على غرار بقية اللجان[2]

وبالرجوع إلى أحكام الفقرة الموالية لنفس المادة نجدها تنص إلى أنه "**وبالنسبة للصفقات العمومية التابعة لاختصاص لجنة الصفقات للمؤسسات العمومية المذكورة في المادة 06 أعلاه، تقدم الطعون لدى لجنة الصفقات البلدية أو الولائية أو القطاعية، وفق حدود اختصاص لجنة الصفقات لسلطة الوصاية**"

ومنه فإن الاختصاص بالنظر في الطعون للمؤسسات العمومية المحلية يؤول إلى لجنة الصفقات البلدية أو الولائية أو القطاعية وفق لحدود اختصاصها لسلطة الوصاية، فإذا كانت المؤسسة المحلية تابعة لوصاية البلدية أو الولاية فتختص بنظر الطعون التي ترفع في منازعات الابرام على التوالي كل من لجنة الصفقات البلدية أو الولائية، بينما إذا كانت المؤسسة المحلية تابعة لوصاية السلطة المركزية أو إذا تعلق الامر بمؤسسة وطنية فإن الاختصاص بنظر الطعون يؤول إلى لجنة الصفقات القطاعية.

كما أنه يفهم من مضمون المادة 82/11 من المرسوم الرئاسي 15-247 أن الأمر لم يقتصر على المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، فالمشرع من خلال استعماله لكلمة "**المذكورة في المادة 06**" لم يستثني المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا وبمساهمة كلية أو جزئية من الدولة أو الجماعات الإقليمية.

ثانيا: اللجان القطاعية والجهوية للصفقات العمومية.

أ- اللجنة القطاعية للصفقات العمومية.

تتشكل اللجنة القطاعية للصفقات العمومية حسب المادة 185 من المرسم الرئاسي 15-247 من الوزير المعني أو ممثله رئيسا، ممثل الوزير المعني نائب الرئيس، ممثل المصلحة المتعاقدة، ممثلان عن القطاع المعني، ممثلان عن وزير المالية (المديرية العامة للميزانية والمديرية العامة للمحاسبة)، ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة، ويتم تعيين أعضاء اللجنة الدائمين والإضافيين طبقا للمادة 187 من طرف الوزير المعني بموجب قرار[3] بناء على اقتراح الوزير الذين يخضعون لسلطته.

1- راجع المواد 82، 172، 175 من المرسوم الرئاسي 15-247.

2- حيث أن اجتماع اللجان المختصة بالنظر في الطعون المنصوص عليها في المواد 171، و173، و174، 185 والتي يكون بحضور ممثل المصلحة المتعاقدة بصوت استشاري حسب نص المادة 82 الفقرة 10.

3- أنظر على سبيل المثال: - القرار الوزاري المؤرخ في 12 يناير 2016 المتضمن تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة المالية، ج. ر عدد 17، لسنة 2016.

وتتمثل صلاحيات هذه اللجنة في مراقبة صحة إجراءات إبرام الصفقات العمومية، ومساعدة المصالح المتعاقدة التابعة لها في تحضير الصفقات العمومية واتمام ترتيبها، والمساهمة في تحسين ظرف مراقبة صحة إجراءات إبرام الصفقات العمومية.[1]

كما تختص اللجنة القطاعية للصفقات العمومية في مجال الرقابة حسب المادة 82 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بدراسة الطعون المتعلقة بالمنح المؤقت للصفقة أو إلغائه أو إعلان عدم الجدوى أو إلغاء الإجراء، سواء في إطار طلب العروض أو إجراء التراضي بعد الاستشارة فظلا عن دراسة مشاريع دفاتر الشروط والصفقات والملاحق.

وينعقد الاختصاص للجنة القطاعية وفقا لحدود اختصاص لجنة الصفقات لسلطة الوصاية[2]، ويكون بناء على المعيار المالي الذي يحدد المستوى المالي لعقد اختصاصها بحسب نص المادة 184 المشار إليها، بينما فيما يتعلق بصفقات الإدارة المركزية يجب أن يفوق السقف المالي لصفقة الأشغال واللوازم عن اثنى عشر مليون دينار (12.000.000 دج) وأن يفوق مبلغ ستة ملايين دينار (6.000.000 دج) بالنسبة لصفقة الخدمات والدراسات.[3]

ب- اللجنة الجهوية للصفقات العمومية.

وهي لجنة جديدة من حيث التسمية[4]، وتتشكل هذه اللجنة من الوزير المعني أو ممثله رئيسا، ممثل المصلحة المتعاقدة، ممثلين عن الوزير المكلف بالمالية (مصلحة الميزانية ومصلحة المحاسبة)، ممثل عن الوزير المعني بالخدمة حسب موضوع الصفقة، ممثل عن الوزير المكلف بالتجارة. [5]

تختص هذه اللجنة حسب المادة 171 من المرسوم الرئاسي 15-247 بدراسة دفاتر الشروط والصفقات الخاصة بالمصالح الخارجية الجهوية للإدارات المركزية، وذلك ضمن حدود المستويات المحددة بموجب تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

---

1 - راجع المادة 180 من المرسوم الرئاسي 15-247.

2- راجع المادة 82/11، من المرسوم الرئاسي 15-247.

3- راجع المادة 184 مط 5 و6 من المرسوم الرئاسي 15-247.

4- يتساءل بعض الفقهاء عن سر هذه التسمية "اللجنة الجهوية" التي لا تبدو واضحة من خلال تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، أنظر على سبيل المثال: - د. عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 85.

5- راجع المادة 171 من المرسوم الرئاسي 15-247.

ولعقد الاختصاص للجنة الصفقات الجهوية يجب أن يساوي السقف المالي أو يقل عن مبالغ مليار دينار (1.000.000.000 دج) بالنسبة لصفقات الأشغال، ويساوي أو يقل عن مبلغ ثلاثمائة مليون دينار (300.000.000 دج) بالنسبة لصفقة اقتناء اللوازم وأن لا يتجاوز مبلغ مائتي مليون دينار (200.000.000 دج) بالنسبة لصفقة الخدمات، وأن يساوي أو يقل المبلغ عن مائة مليون دينار (100.000.000 دج) بالنسبة لصفقة الدراسات.[1]

وتختص أيضا بمراقبة الملاحق، ضمن حدود المستويات المحددة بموجب المادة 139 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المشار إليها سابقا.

أما فيما يخص معالجة الطعون، فيفهم من خلال الفقرة 10 من المادة 82[2] أن المشرع خول لهذه اللجنة النظر في الطعون التي تدخل في اختصاصها حسب المستويات المحددة في المطات 01 إلى 04 من المادة 184 المشار إليها.

حيث أشير في هذه الفقرة إلى لجنة الصفقات المختصة المحدد تشكيلها في المادة 171 والتي تتعلق بتشكيل اللجنة الجهوية للصفقات، فضلا عن أن ممثل المصلحة المتعاقدة يعتبر عضو في هذه اللجنة.

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا تم إرسال طعن إلى لجنة صفقات عن طريق الخطأ، وجب على رئيس هذه اللجنة أن يعيد توجيهه إلى لجنة الصفقات المختصة ويخبر المتعهد المعني بذلك، ويؤخذ بعين الاعتبار عند دراسة الطعن تاريخ الاستلام الأول.[3]

نستخلص مما سبق أن الطعون التي يرفعها المتعهدون المتعلقة بمنازعات ابرام الصفقات وفي إطار الرقابة الخارجية وفي ظل حرص المشرع على التسوية الودية لهذه المنازعات استحدثت على كل مصلحة متعاقدة لجنة صفقات وتم الاعتماد في اسناد الاختصاص لكل لجنة على المعيارين العضوي والمالي.

وما يمكن ملاحظته مما سبق أن المشرع على الرغم من أنه وسع من مجال الطعن في القرارات المنفصلة المتعلقة بمنازعات الإبرام، إلا أنه أغفل الإشارة إلى إمكانية الطعن في قرار الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية.

1- راجع المادة 184 مط 01، و02، 03، 4 من المرسوم الرئاسي 15-247.

2- تنص المادة 82/10 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنه "وفي حالة الطعن في المنح المؤقت للصفقة لا يمكن أن يعرض مشروع الصفقة على لجنة الصفقات المختصة لدراسته إلا بعد انقضاء أجل ثلاثين (30) يوما، ابتداء من تاريخ نشر إعلان المنح المؤقت للصفقة الموافق للآجال المحددة لتقديم الطعن ولدراسة الطعن من طرف لجنة الصفقات المختصة ولتبليغ قرارها. وتجتمع في هذه الحالة لجنة الصفقات المختصة المحددة تشكيلها في المواد 171و 173 و174 و185 أدناه بحضور ممثل المصلحة المتعاقدة بصوت استشاري. "

3- راجع المادة 82/7 من المرسوم الرئاسي 15-247.

كما أن المشرع لم يحدد الجهة المختصة بالنظر في الطعون المتعلقة بالمنازعات الناتجة عن إبرام الصفقات العمومية مع المتعاملين المتعاقدين الأجانب على عكس المنازعات الناتجة عن التنفيذ التي جعل الاختصاص للبت فيها يؤول إلى سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المنشأة لدى الوزير المكلف بالمالية.[1]

ويطرح التساؤل في ظل هذا الغموض وسكوت المشرع حول الجهة المختصة التي يمكن أن يرفع أمامها المتعهدين الأجانب الطعون المتعلقة بمنازعات الإبرام، فكان على المشرع تحديد الجهة المختصة بالنظر في الطعون المتعلقة بالمنازعات الناتجة عن إبرام الصفقات مع المتعاملين المتعاقدين الأجانب.

الفرع الثاني: اللجان المختصة بالتسوية الودية للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة.

بعد الانتهاء من الإجراءات المتعلقة بإبرام الصفقة وبعد الموافقة عليها[2] واعتمادها من طرف المصلحة المتعاقدة تدخل الصفقة العمومية في مرحلة التنفيذ، ومن ثم تترتب مجموعة من الحقوق والالتزامات لطرفي الصفقة، وقد يحدث أن تنشأ نزاعات في هذه المرحلة سواء عند البدء في التنفيذ أو أثناء التنفيذ أو عند التسليم النهائي للصفقة.

ولقد حرص المشرع كما سبقت الإشارة إليه، على إرساء مبدأ التسوية الودية للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة، وتم وضع مجموعة من الضوابط والمعايير للوصول إلى حل ودي للنزاع، كما نص على إنشاء لجان تختص بالتسوية الودية لهذه النزاعات على المستوى المركزي والمحلي. [3]

فقد أوجب المشرع أن يتم إنشاء لدى كل وزير ومسؤول هيئة عمومية وكل والي، لجنة للتسوية الودية للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين[4]، والتي يتم عرض النزاع أمام أمامها في حالة عدم اتفاق الطرفين وعدم التوصل إلى حل ودي.

1- راجع المادة 213 من المرسوم الرئاسي 15-247.

2- راجع المادة 04 من المرسوم الرئاسي 15-247.

3- راجع، د. مونية جليل، دور لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في مجال حماية المنافسة في الصفقات العمومية، مجلة حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 31، الجزء الأول، جوان 2017، ص 403.

4- راجع المادة 154 من المرسوم الرئاسي 15-247.

أما بالنسبة للصفقات المبرمة بين متعاملين أجانب فهي تخضع طبقا لنص المادة 213 من المرسوم الرئاسي 15-247[1] إلى سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[2]

ولقد حدد المشرع تشكيل لجان التسوية الودية للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية بموجب المادة 154 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وميز بين لجنة التسوية على مستوى الوزارة والهيئة العمومية ولجنة التسوية الودية للنازعات في الولاية.

أولا: لجنة التسوية الودية للنزاعات على مستوى الوزارة والهيئة العمومية.

تتشكل اللجنة على مستوى الوزارة والهيئة العمومية من ممثل عن المصلحة المتعاقدة، وممثل عن الوزارة المعنية بموضوع النزاع، وممثل عن المديرية العامة للمحاسبة، ويترأس اللجنة على مستوى الوزارة[3] الوزير، وعلى مستوى الهيئة العمومية مسؤول تلك الهيئة، ويتم تعيين أعضاء اللجنة بموجب مقرر صادر بحسب الحال عن الوزير أو مسؤول الهيئة العمومية، بالنظر لكفاءتهم، ويمكن لرئيس اللجنة الاستعانة على سبيل الاستشارة بأي كفاءة من شأنها مساعدة اللجنة وتوضيح أشغالها.

تختص اللجنة الوزارية بدراسة نزاعات الإدارة المركزية ومصالحها الخارجية، وتختص لجنة الهيئة العمومية بدراسة نزاعات الهيئة العمومية والمؤسسات العمومية الوطنية التابعة لها.

ثانيا: لجنة التسوية الودية للنزاعات على مستوى الولاية.

تتشكل اللجنة من ممثل عن الوالي رئيسا، وممثل عن المصلحة المتعاقدة، وممثل عن المديريات التقنية للولاية المعنية بموضوع النزاع، وممثل عن المحاسب العمومي المكلف، ويتم تعيين أعضاء اللجنة

1- تنص المادة 213 من المرسوم الرئاسي 15-247 في الفقرة الثانية، المطة 07 على أنه: *" تتولى هذه السلطة الصلاحيات الآتية: .....– **البت في النزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين المتعاقدين الأجانب"***

2- وقد أوكلت الفقرة الأخيرة من المادة 213 من المرسوم الرئاسي 15-247 تحديد تنظيم وكيفيات سير سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام بموجب مرسوم تنفيذي، والذي لم يصدر لحد الان.

3- أنظر على سبيل المثال القرار الصادر عن وزير التعليم العالي والبحث العلمي رقم 153 بتاريخ 2016/02/14 يتضمن تشكيل لجنة التسوية الودية للنزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية، النشرة الرسمية لوزارة التعليم العالي والبحث العلمي، الثلاثي الأول لسنة 2016، ص 276.

بموجب مقرر صادر عن الوالي المعني، بالنظر لكفاءتهم، ويمكن لرئيس اللجنة الاستعانة على سبيل الاستشارة بأي كفاءة من شأنها مساعدة اللجنة.

تختص اللجنة بدراسة نزاعات الولاية والبلديات والمؤسسات العمومية المحلية التابعة لها والمصالح غير الممركزة للدولة.

وتجدر الإشارة إلى هذه اللجان ينحصر اختصاصها في النزاعات التي تحدث بين الإدارة المتعاقدة والمتعاملين الاقتصاديين الجزائريين، كون أن المنازعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع المتعاملين المتعاقدين الأجانب تختص بالبت فيها سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المنشأة لدى وزارة المالية[1]، كما لا يمكن أن تلجأ المصلحة المتعاقدة للتحكيم الدولي في إطار تسوية النزاعات التي تطرأ عن تنفيذ الصفقات العمومية المبرمة مع متعاملين متعاقدين أجانب إلا بعد الموافقة المسبقة للحكومة.[2]

الفرع الثالث: المعايير المقررة للوصول إلى حل ودي للنزاع.

أوجب المشرع على المصلحة المتعاقدة أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بإيجاد توازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من طرفي العقد، والتوصل لأسرع إنجاز لموضوع الصفقة، والتوصل إلى تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة.[3]

أولا: إيجاد توازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من طرفي الصفقة.

فمن المحتمل أن يواجه المتعاقد مع الإدارة ظروف لم تكن متوقعة عند إبرام العقد تجعل تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل الطرف المتعاقد شديدة الإرهاق[4]، وقد يؤدي ذلك إلى خسائر مالية وتحمل نفقات إضافية من دون أن يكون له يد فيه، فإذا ترتب على هذه الظروف التي يمكن أن تطرأ على تنفيذ العقد زيادة في الأعباء المالية للمتعاقد مع جهة الإدارة، فإن له في مقابل ذلك الحق في إعادة التوازن المالي للعقد إلى ما كان عليه.[5]

1- راجع المادة 213 من المرسوم الرئاسي 15-247.

2- راجع الفقرة الأخيرة من المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247.

3- راجع المادة 153/2 من المرسوم الرئاسي 15-247.

4- بشار جميل عبد الهادي، مرجع سابق، ص 37.

5- د. بة يمان جلال حسن، مرجع سابق، ص 234.

ولهذا أوجب المشرع من خلال المادة 153 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أن تأخذ بعين الاعتبار الظروف الجديدة التي أدت إلى اختلال في التوازن العقدي، وتحاول أن تحسم الأمر وديا وتنصف المتعامل المتعاقد، وذلك بإعادة النظر في أسعار الصفقة وفقا لهذه الظروف.[1]

ثانيا: التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة.

إن النزاعات التي قد تطرأ أثناء تنفيذ الصفقة قد تؤدي إلى تعطيل تنفيذ هذه الصفقات مما قد يؤثر سلبا على نجاح المشاريع العامة وعرقلة برامج الاستثمار وإيقاف عجلة التنمية، ومن أجل تفادي ذلك استوجب الأمر إيجاد آليات لإزالة هذه العراقيل والمعيقات عن طريق تسوية المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية في أقرب الآجال[2]، لأجل ضمان تسيير المرافق العامة بانتظام وإطراد.

وفي هذا الصدد خصص المشرع قسم خاص في تنظيم الصفات العمومية وتفويضات المرفق العام تحت عنوان "التسوية الودية للنزاعات"[3] تضمن ثلاثة مواد، وأكد من خلال المادة 153 على ضرورة أهمية عامل الوقت لأجل إنجاز موضوع الصفقة، فأوجب على المصلحة المتعاقدة أن تبحث عن حل ودي للنازعات كلما سمح هذا الحل بالتوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة.[4]

ثالثا: الوصول إلى تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة.

لقد أولى المشرع أهمية كبيرة لمعير الوقت لتنفيذ الصفقة من خلال تكراره لكلة "أسرع" في المادة 156 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وهذا من شأنه أن يكفل ضمان مواصلة العمل وتنفيذ الصفقة في آجالها المحددة في العقد، وحتى لا يتسبب النزاع إلى زعزعة استمرارية الصفقات[5]

كما تم التأكيد على أهمية عنصر الوقت من خلال الآجال التي فرضها في شأن الإجراءات المتبعة أمام اللجان المختصة بالنظر في المنازعات التي تطرأ على تنفيذ الصفقة، بحيث أوجب المشرع على

1- أنظر، د. عمار بوضياف، الطرق السريعة لتسوية منازعات الصفقات العمومية في الجزائر، بين قانون الإجراءات المدنية والإدارية ومرسوم الصفقات لسنة 2015، مجلة الفقه والقانون، العدد 53، مارس 2017، ص 30.

2- راجع: - أ. موساوي مليكة، التحكيم كطريق بديل لحل النزاع في مجال الصفقات العمومية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر، العدد 09، سبتمبر 2015، ص117.

3- في ظل المرسوم الرئاسي 10-236 جاء تحت عنوان "تسوية النزاعات" تضمن المادتان 114، و115.

4- راجع المادة 153/2 المطة الثانية من المرسوم الرئاسي 15-247.

5- راجع، د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية في المرسوم الرئاسي المؤرخ في 07 أكتوبر 2010، مرجع سابق، ص 325.

الطرف الخصم بعد استدعائه من طرف رئيس اللجنة أن يبدي رأيه في النزاع ويبلغه لرئيس اللجنة في أجل أقصاه عشرة (10) أيام من تاريخ مراسلته، وعلى اللجنة المختصة أن تقوم بدراسة النزاع في أجل أقصاه ثلاثين (30) يوما ابتداء من جواب الطرف الخصم، وتبلغ المصلحة المتعاقدة قرارها في رأي اللجنة للمتعامل المتعاقد في أجل أقصاه ثمانية (08) أيام من تاريخ تبليغها برسالة موصى عليها وتعلم اللجنة بذلك.[1]

هذا وقد أوجب المشرع على المصلحة المتعاقدة ان تبحث على حل ودي بأقل تكلفة، وحرص على أن تكون هذه التسوية نهائية بما يكفل عدم الرجوع على المصلحة المتعاقدة مستقبلا حول نفس النزاع.

إلا أنه ما يمكن ملاحظته من خلال المرسوم الرئاسي 15-247 هو عدم التطرق لكيفية تجسيد الاتفاق في حالة الوصول إلى حل ودي، مما قد ينتج عنه نزاعات حتى بعد الوصول إلى الاتفاق ولا تكون هناك تسوية نهائية للنزاع.

وبما أن تنظيم الصفقات العمومية مرسوم إجرائي في أغلب مواده، فمن الضروري تدارك هذا الفراغ التنظيمي بإرساء الحل الذي كان معتمد في ظل المرسوم الرئاسي 10-236، من خلال إصدار مقرر يتم اثبات فيه هذا الاتفاق.[2]

1- راجع المادة 155 من المرسوم الرئاسي 15-247.

2 - حيث كانت تنص المادة 115/3و4 من المرسوم الرئاسي 10-236 على أنه "**وفي حالة اتفاق الطرفين، يكون هذا الاتفاق موضوع مقرر يصدره الوزير أو مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي، حسب طبيعة النفقات المطلوب الالتزام بها في الصفقة**

ويصبح هذا المقرر نافذا، بغض النظر عن غياب تأشيرة هيئة الرقابة الخارجية القبلية."

المطلب الرابع: شكل وآجال وإجراءات الطعن في منازعات الصفقات العمومية.

على الرغم من أن المشرع يعتبر الطعن في النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية سواء في مرحلة الإبرام أو التنفيذ إجراء اختياريا إلا أنه نظم إجراءاته بموجب نصوص خاصة، ففي حالة اللجوء إلى الطعن فلابد من الالتزام بالشكليات والآجال والإجراءات المحددة بموجب هذه النصوص.

الفرع الاول: شكل الطعن الإداري في منازعات الصفقات العمومية.

إذا كانت القاعدة العامة تقتضي أنه لا يشترط في الطعن الإداري شكلا معيانا[1] إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك، غير أنه يجب أن يشتمل الطعن الإداري أو التظلم على بعض البيانات الضرورية من ذلك بيان تاريخ التظلم، واسم المتظلم وعنوانه ووظيفته، الجهة المتظلم إليها، موضوع التظلم مع تبيان القرار المطعون فيه وتاريخ صدوره وتاريخ تبليغه، إمضاء المتظلم ، وأخيرا المرفقات إن وجدت[2]، كما أنه يجب أن يكون الطعن الإداري واضحا ومحدد المعنى، وأن تكون عباراته دقيقة غير مبهمة.[3]

1- أنظر، د. حسين فريجة، مرجع سابق، ص 181.

2- راجع في ذلك: - د. بوحميدة عطاء الله، مرجع سابق، ص 213. - خالد خوخي، التسوية الودية للنزاعات الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2012/2011، ص 83.

3- أنظر، د. ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص324.

فتحديد تاريخ التظلم، وتاريخ تبليغ القرار المطعون فيه له أهمية من الناحية العملية، لاسيما في حساب مواعيد الطعن والتي قيدها المشرع بآجل محددة، كما ان تبيان اسم ولقب الطاعن ووظيفته وعنوانه من شأنه أن يثبت الصفة والأهلية، حيث يشترط في الطاعن أن تتوفر فيه الصفة والمصلحة والأهلية.[1]

هذا وقد حدد تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجهات المختصة بالنظر في الطعن الإداري، وذلك بحسب نوع النزاع واختصاص الجهة المختصة، حيث يفرق التنظيم بين النزاعات التي تطرأ أثناء الإبرام والنزاعات التي تطرأ أثناء تنفيذ الصفقة، كما أن المشرع حدد اللجان المختصة بالنظر في هذه الطعون وبين اختصاص كل لجنة بحسب المعايير التي سبق التطرق إليها.

وتجدر الإشارة إلى أنه في حالة توجيه الطعن إلى جهة إدارية غير مختصة عن طريق الخطأ، يمكن للجهة المقدم أمامها الطعن أن تحوله إلى المصلحة أو الهيئة المعنية مع إشعار المعني بذلك[2]، وهذا ما أكدت عليه أيضا الفقرة السابعة من المادة 82 من المرسوم الرئاسي 15-247، التي سبق الإشارة إليها.

الفرع الثاني: آجال الطعن الإداري في منازعات الصفقات العمومية.

لقد سبقت الإشارة إلى ان المشرع أولى أهمية بالغة لعامل الوقت في تنفيذ الصفقات العمومية، فالسرعة في تسوية النزاعات مسألة تخدم طرفي العقد، وعلى عكس ما هو مقرر في القواعد العامة[3] فإن آجال الطعن في مجال منازعات الصفقات العمومية يراعى فيها عامل الزمن.

حدد المشرع أجل الطعن في المنازعات المتعلقة بالإبرام بعشرة (10) أيام تسري من تاريخ أول نشر لإعلان المنح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو في الصحافة او في بوابة الصفقات العمومية[4]، حيث أوجب المشرع على المصلحة المتعاقدة من أجل السماح للمتعهدين من ممارسة حقهم في الطعن أن تبلغ في إعلان المنح المؤقت للصفقة عن نتائج تقييم العروض التقنية والمالية لحائز الصفقة مؤقتا، مع الإشارة إلى لجنة الصفقات المختصة بدراسة الطعون، كما ألزماها

1- أنظر، د. بوحميدة عطاء الله، مرجع سابق، ص 215.

2- أنظر المادة 23/2 من المرسوم رقم 88-131 المؤرخ في 04 يوليو سنة 1988 المنظم للعلاقة بين الإدارة والمواطن، ج. ر عدد 27، ص 1013.

3- حيث يحدد قانون الإجراءات المدنية والإدارية آجال الطعن الإداري (التظلم) في القرارات الإدارية بأربعة أشهر يبدأ سريانها من تاريخ التبليغ الشخصي بنسخة من القرار الإداري الفردي، أو من تاريخ نشر القرار الإداري التنظيمي عملا بأحكام المادة 830 منه.

4- راجع المادة 82/3 من المرسوم الرئاسي 15-247.

بالدعوى في إعلان المنح المؤقت المتعهدين الراغبين في الاطلاع على النتائج المفصلة الاتصال بمصالحها في أجل أقصاه ثلاثة (03) أيام لتبليغهم كتابيا.

كما حدد تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام آجال الطعن في إعلان عدم الجدوى وإلغاء إجراء إبرام الصفقة وإلغاء منحها المؤقت بعشرة (10) أيام تسري من تاريخ استلام رسالة الإعلام، وأوجب المشرع على المصلحة المتعاقدة إعلام المتعهدين والمترشحين بقراراتها بموجب رسالة موصى عليها مع وصل الاستلام، مع دعوتهم بإمكانية الاطلاع على المبررات و تبليغهم بالنتائج كتابيا في أجل أقصاه ثلاثة (03) أيام من تاريخ استلام الرسالة.[1]

وإذا تزامن اليوم الأخير مع يوم عطلة أو يوم راحة قانونية يمدد التاريخ المحدد لرفع الطعن إلى يوم العمل الموالي، طبقا لأحكام المادة 82 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.[2]

إلا أن المشرع أغفل تحديد آجال رفع الطعن بالنسبة للمنازعات المتعلقة بتنفيذ الصفقة، حيث أنه وبالرجوع إلى نص المادة 155 من المرسوم الرئاسي 15-247 نجدها تخول الحق للمتعاقد والمصلحة المتعاقدة بعرض النزاع على لجنة التسوية الودية بالمنازعات المختصة من دون أن تحدد آجال عرض هذا النزاع، فكان على المشرع ألا يترك الآجال مفتوحة.

وبما أن المشرع فرض على المصلحة المتعاقدة بموجب المادة 153 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ أثناء تنفيذ الصفقة، كما أوجب عليها إدراجها في دفتر الشروط اللجوء إلى التسوية الودية للنزاعات قبل كل مقاضاة أمام العدالة، بما يعني امتداد هذا الالتزام إلى المتعاقد، وفي حالة عدم اتفاق خول المشرع للطرفين إمكانية عرض النزاع أمام لجنة التسوية الودية للنزاعات المختصة، فكان على المشرع أن يحدد أجلا لعرض النزاع يبدأ سريانه مثلا من تاريخ عدم اتفاق الطرفين، لاسيما وأنه ومن خلال ذات المادة يعطي المشرع أهمية بالغة لعنصر الوقت كما سبق توضيحه.

1- راجع المادة 82/5 من المرسوم الرئاسي 15-247.
2- وهذا ما هو مقرر في القواعد العامة طبقا لأحكام المادة 405 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الفرع الثالث: الإجراءات المتبعة أمام اللجان المختصة للنظر في الطعن الإداري.

سبق وأن تمت الإشارة إلى أن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام قد حدد اللجان المختصة بالنظر في منازعات الابرام وتلك الخاصة بمنازعات تنفيذ الصفقات، وبين اختصاص كل لجنة من هذه اللجان، وفيما يلي أبين الإجراءات المتبعة أمام هذه اللجان.

أولا: الإجراءات المتبعة أمام اللجان المختصة بالفصل في منازعات الإبرام.

بعد رفع الطعن أمام لجنة الصفقات العمومية المختصة في الآجال المحددة أعلاه، تجتمع بناء على مبادرة من رئيسها[1]، ولا تكون اجتماعات اللجنة صحيحة بحسب الفقرة الثالثة من المادة 191 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام إلا بحضور الأغلبية المطلقة لأعضائها، وإذا لم يتحقق النصاب في الاجتماع الأول تجتمع اللجنة من جديد في غضون الثمانية أيام الموالية وتصح مداولاتها أيا كان عدد الحضور.

وأوجب المشرع على أعضاء اللجنة المشاركة شخصيا في اجتماعاتها ولا يمكن أن يمثلوا إلا بمستخلفيهم بحسب المادة 4/191 من المرسوم الرئاسي 15-247، وقد خول المشرع للجنة الصفقات العمومية المختصة الحق في أن تستعين بأي شخص ذي خبرة من شأنه مساعدتها في أشغالها.[2]

وتتخذ اللجنة قراراتها بأغلبية الأصوات ويرجح صوت الرئيس في حالة التساوي، ويتعين عليها أن تتخذ قرارها في أجل خمسة عشر (15) يوما ابتداء من تاريخ انقضاء أجل العشرة أيام المحددة للطعن، ويجب أن يبلغ هذا القرار للمصلحة المتعاقدة وصاحب الطعن.[3]

ثانيا: الإجراءات المتبعة أمام اللجان المختصة بالفصل في النزاعات المتعلقة بتنفيذ الصفقة.

عندما تفشل مساعي لمصلحة المتعاقدة في الوصول إلى حل ودي، وبعد رفع النزاع أمام لجنة التسوية الودية المختصة من طرف أحد أطراف الصفقة، يتولى رئيس اللجنة دعوة الطرف الخصم برسالة موصى عليها مع وصل الاستلام وهذا بغرض إعطاء رأيه في النزاع المعروض على اللجنة، ويجب على الطرف

1- راجع المادة 191/1 من المرسوم الرئاسي 15-247.

2- راجع المادة 191/2 من المرسوم الرئاسي 15-247.

3- راجع الفقرة 09 من المادة 81 من المرسوم الرئاسي 15-247.

الخصم أن يبلغ رئيس اللجنة رأيه في النزاع في أجل أقصاه عشرة (10) أيام تسري من تاريخ المراسلة، ويكون ذلك عن طريق رسالة موصى عليها مع وصل الاستلام[1]،

وتجدر الإشارة هنا إلى أن النص العربي في الفقرة الثالثة من المادة 155 من المرسوم الرئاسي استعمل عبارة "**تدعى الجهة الشاكية**" بينما جاء في النص الفرنسي عبارة: (La partie adverse est invitée)، وهو الأصح بحسب الدكتور عمار بوضياف[2]، وأنا أؤيد موقفه، حيث أن الفقرة التي تليها استعمل مصطلح الطرف الخصم، كما أنه إجرائيا بعد رفع النزاع إلى اللجنة من قبل الشاكي يتم استدعاء الطرف الخصم لإبداء رأيه وليس الشاكي الذي قدم تقريرا مفصلا مرفقا بكل الوثائق الثبوتية.

ويمكن للجنة أن تستمع لأطراف النزاع وتطلب منهما إفادتها بكل معلومة او وثيقة من شأنها مساعدتها في عملها، وتؤخذ آراء اللجنة بأغلبية الأصوات على أن يرجح صوت الرئيس في حالة التساوي.[3]

ويبلغ رأي اللجنة لطرفي النزاع بحسب الفقرة السادسة من المادة 155 من المرسوم الرئاسي 15-247 بإرسال موصى عليه مع وصل الاستلام، وترسل نسخة من هذا الرأي إلى سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وتبلغ المصلحة المتعاقدة قرارها في رأي اللجنة للمتعامل المتعاقد في أجل أقصاه ثمانية أيام ابتداء من تاريخ تبليغها برسالة موصى عليها مع وصل الاستلام، وتعلم اللجنة بذلك عملا بأحكام الفقرة الأخيرة من نفس المادة.

من خلال ما تم التعرض إليه في هذا المبحث يتضح جليا أن المشرع الجزائري أوجب على المصلحة المتعاقدة ان تبحث على حل ودي قبل أي منازعة على مستوى القضاء، وحرص على أن تكون هذه التسوية بأقل تكلفة ونهائية بما يكفل عدم الرجوع على المصلحة المتعاقدة مستقبلا حول نفس النزاع.

حيث أن موضوع سلطة القاضي الإداري في مراقبة التوازن العقدي في ظل قانون الصفقات العمومية يستوجب التعرض لموضوع التسوية الودية لهذه النزاعات التي جعل منها المشرع وجوبية قبل اللجوء إلى القضاء.

1- راجع الفقرات 02، و03 من المادة 155 من المرسوم الرئاسي 15-247.

2- أنظر، د. عمار بوضياف، الطرق السريعة لتسوية منازعات الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص 33.

3- راجع المادة 155/5 من المرسوم الرئاسي 15-247.

فمن الناحية العملية كما سبق وأن تم عرضه فإن معظم النزاعات التي تم عرضها مباشرة على القاضي الإداري رفضت على اعتبار أنه لم يتم عرضها على اللجان المختصة بالنظر في منازعات الصفقات العمومية قبل اللجوء إلى القضاء.

المبحث الثاني: اللجوء إلى القضاء لتسوية منازعات العقود الإدارية.

قد يحدث أن لا تؤدي التسوية الودية دورها في حل النزاع، فهنا يتدخل القضاء لأجل إجاد حل نهائي وفعال، لما يتوفر لدى القاضي من معلومات قانونية، وفنية من خلال امكانية الاستعانة بخبراء، فظلا عن الحياد والاستقلالية، والتي قد لا تتمتع بها الجهات المختصة بالنظر في الطعن الإداري.

فالرقابة القضائية تعتبر ضمانة ضد تعسف المصلحة المتعاقدة ، وتحمي الحقوق الخاصة للأفراد، ومن جهة أخرى فهي تعمل على المحافظة على المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام، وتمتاز رقابة القضاء على منازعات العقود الإدارية بتنوعها، فقد تكون في المرحلة التمهيدية للتعاقد، أو أثناء تنفيذ العقد، وبعد انتهائه.

من خلال هذا المبحث سوف يتم التطرق إلى الاختصاص القضائي في مجال منازعات العقود الإدارية (مطلب أول)، ومن ثم تبيان نطاق اختصاص القضاء الإداري بمنازعاتها (مطلب ثاني).

المطلب الأول: الاختصاص القضائي في منازعات العقود الإدارية.

لم يقم المشرع بإعطاء أي تعريف للاختصاص في مختلف النصوص القانونية بل اكتفى بتنظيم قواعده وتبيان طبيعته من خلال النصوص الإجرائية، وبالرجوع للفقه نجده يعرف الاختصاص القضائي على أنه "الأهلية القانونية للجهة القضائية للنظر في النزاع"[1] ويعرف أيضا على أنه ولاية القضاء بالفصل في القضايا المطروحة أمامه وفقا لمعايير النوع والموقع الإقليمي[2]، وتعرفه محكمة التنازع في الجزائر على أنها "أهلية جهة قضائية بالفصل في ادعاء معين ماديا وإقليميا"[3]

ولتعدد الجهات القضائية التي تتولى الفصل في النزاعات نوعيا ومكانيا، تعتبر مسألة تحديد الاختصاص بمثابة الوسيلة الضرورية التي تساعد الجهات القضائية على الوقوف على مدى اختصاصها بالنظر في النزاع، كما تتضح القواعد الإجرائية المتبعة أمام كل جهة قضائية.[4]

وللوقوف على الاختصاص القضائي لمنازعات العقود الإدارية يتطلب الأمر استعرض كل من الاختصاص النوعي والإقليمي للجهات القضائية الإدارية.

الفرع الأول: الاختصاص النوعي للجهات القضائية الإدارية.

ليست كل العقود التي تبرمها الإدارة تعتبر عقود إدارية، حيث أن الفقه يفرق بين عقود الإدارة، فمنها ما تتجرد فيها الإدارة من امتيازات السلطة العامة، وتتصرف كالأفراد العادين مستعملة قواعد القانون الخاص، ومنها ما تتعامل فيها بوصفها صاحبة سلطة عامة تتمتع بامتيازات وسلطات استثنائية غير مألوفة في قواعد القانون الخاص، وفي الحالة الأخيرة تعتبر عقودها عقود إدارية وتطبق عليها قواعد القانون العام، ويختص بمنازعاتها القضاء الإداري.[5]

1- أنظر د. رشيد خلوفي، القضاء الإداري، تنظيم واختصاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، من دون سنة نشر، ص 228.

2- أنظر - د. بربارة عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 74.

3- راجع د. رحماني راضية، مرجع سابق، ص 207.

4- أنظر د. بوجادي عمر، اختصاص القضاء الإداري في الجزائر، أطروحة دكتوراه دولة، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2011 ، مرجع سابق ، ص10.

5- أنظر د. رحماني راضية، المرجع السابق، ص185.

يتفق الفقه والقضاء على أن المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية يختص بها كقاعدة عامة القضاء الإداري، وفقا لمعايير أقامها الاجتهاد القضائي الفرنسي[1]، وما تدخل القضاء العادي إلا على سبيل الاستثناء[2]، هذا وقد سبق استعراض المعايير المحددة للعقود الإدارية بصفة عامة، وتم التفصيل في موقف النظام الجزائري[3] ، وتم التوصل إلى أن معيار تحديد العقد الإداري في النظام الجزائري هو معيار تشريعي حيث أن المشرع الجزائري يأخذ كأصل عام بالمعيار العضوي لتحيد العقد الإداري، فكلما كان أحد أطراف العقد شخص من أشخاص القانون العام يعتبر العقد إداري ويخضع للقانون العام، ويختص القاضي الإداري بمنازعاته، وكاستثناء يأخذ بالمعيار المادي، فيعتبر العقد إداري إذا اتصل محله بمرفق عام[4] أو بتضمين العقد شروط استثنائية غير مألوفة، مع الإشارة إلى المعيار المالي الذي يتعلق بالمؤسسات العمومية التي تخضع للقانون التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية.

تعتبر قواعد الاختصاص من النظام العام، ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها، وللقاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه في أي مرحلة تكون عليها الدعوى[5]، ومن أجل تفادي مسألة تنازع الاختصاص لابد من أن تكون تلك القواعد معروفة لدى أطراف النزاع، وأن تتسم بالوضوح وعدم الغموض أو الإبهام.

وتقتضي دراسة الاختصاص النوعي للجهات القضائية الإدارية التطرق إلى اختصاص كل من المحاكم الإدارية ومجلس الدولة.

أولا: الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية.

المحاكم الإدارية في النظام الجزائري لها اختصاص قضائي فقط، على عكس مجلس الدولة الذي يمارس بالإضافة إلى الوظيفة القضائية وظيفة استشارية، الأمر الذي يجعلها مختلفة عن نظيرتها في

1- لقد تم التطرق لهذا الموضوع بالتفصيل في الفصل الأول من هذا الباب حين تم تناول نشأة العقود الإدارية، ص 06 وما بعدها، أين خلصنا إلى أن النظام القضائي في الجزائر انتقل من نظام وحدة القضاء إلى الازدواجية التي أقرتها المادة 171 من دستور1996، والتي على أساسها تم إنشاء مجلس الدولة والمحاكم الإدارية ومحكمة التنازع ، والتي نظمتها القوانين العضوية على التوالي 98-01، 98-02، و98-03،

2- أنظر أ. كيلالي زهرة، الاختصاص النوعي في منازعات المرافق العمومية على ضوء القوانين والاجتهاد القضائي، مجلة ميلاف للبحوث والدراسات، المركز الجامعي لميلة، العدد الرابع، ديسمبر 2016 ، ص 261.

3- لقد تم التفصيل في الفصل الأول من هذا الباب في معايير تحديد العقد الإداري، ص 45 وما بعدها.

4- وفي هذا الصدد نصت المواد 02، و29 من المرسوم الرئاسي 15-247 على العمليات التي تتعلق بالنشاط المرفق العام وتلبية حاجاته ويتعلق الأمر بمجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات.

5- راجع، المادة 807 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية

النظام القضائي الفرنسي، أين نجد المحاكم الإدارية تتمتع باختصاصات استشارية بالإضافة إلى تمتعها بالاختصاصات القضائية الأصيلة[1]

تستمد المحاكم الإدارية وجودها القانوني من نص المادة 171 من دستور 1996 حتى وإن لم تنص صراحة على المحاكم الإدارية، فمصطلح "*الجهات القضائية*" الذي وردة في الفقرة الثانية منها[2]، تشمل كل الجهات القضائية التي تخضع لرقابة مجلس الدولة ومنها المحاكم الإدارية.

وهذا ما أكده التعديل الدستوري لسنة 2020 في الفقرة الثانية من المادة 179، بحيث نصت على انه **"يمثل مجلس الدولة الهيئة المقومة لأعمال المحاكم الإدارية للاستئناف والمحاكم الإدارية والجهات الأخرى الفاصلة في الأعمال الإدارية"**[3]

ومن خلال هذه المواد يتضح جليا أن اختصاص المحاكم الإدارية تم تحديده بشكل عام، حيث يؤول إليها الاختصاص للبت في جميع الدعاوى الإدارية عدى المنازعات التي استثناها المشرع وجعل الاختصاص بالنظر فيها لمجلس الدولة.[4]

جسدت المادة الثانية من المرسوم التنفيذي 98-356[5] نفس الفكرة باستعمالها لمصطلح "جهات قضائية للقانون العام في المادة الإدارية".[6]

وما يمكن ملاحظته أن المشرع يستعمل عبارة غامضة في "جهات قضائية للقانون العام" في المادتين، ويقصد بها الاختصاص العام في النزاع الإداري يؤول إليها[7]، وما دام أن هذه المواد جاءت عامة ولم تحدد بشكل دقيق النزاعات التي تختص بها المحاكم الإدارية، فإن هذا المفهوم يحيلنا إلى تطبيق قانون

1- أنظر د. بن منصور عبد الكريم، الازدواجية القضائية في الجزائر، أطروحة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2015 ، ص 40.

2- تنص المادة 02/171 من الدستور على أنه "*يؤسس مجلس دولة كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية*"

3- راجع المادة 02/179 من التعديل الدستوري لسنة 2020.

4- راجع المواد 09 و 10 من القانون العضوي 98-01.

5- المرسوم التنفيذي 98-356 المؤرخ في 14 نوفمبر 1998 والذي يحدد كيفية تطبيق أحكام القانون 98-02 والمتعلق بالمحاكم الإدارية، ج. ر عدد 85 لسنة 1998.

6- تم تعديل هذه المادة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 11-195 المؤرخ في 22 مايو 2011 ، ج .ر العدد 29 لسنة 2011، والمعدل للمرسوم التنفيذي 98-356 المؤرخ في 14 نوفمبر 1998 والذي يحدد كيفية تطبيق أحكام القانون 98-02 والمتعلق بالمحاكم الإدارية.

7- أنظر د. بوحميدة عطاء الله، اختصاص الجهات القضائية الإدارية: تغيير مستمر (تطورات المادة 07 ق ا م)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، عدد 2008/03 ، ص 251.

الإجراءات المدنية والإدارية، لاسيما وأن المشرع يستوجب إخضاع الإجراءات المطبقة أمام المحاكم الإدارية لأحكاه. [1]

وبالرجوع إلى أحكام المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإن الاختصاص يؤول للمحاكم الإدارية في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية، جعل المشرع الاختصاص للمحاكم الإدارية بموجب نص المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى ثلاث أنواع من القضايا: تتمثل الأولى في دعاوى إلغاء القرارات الإدارية والدعاوى التفسيرية ودعاوى فحص المشروعية للقرارات الصادرة عن الولاية والمصالح غير الممركزة للدولة على مستوى الولاية، والبلدية والمصالح الإدارية الأخرى للبلدية، والثانية تتمثل في دعاوى القضاء الكامل، أما الثالثة فخصها بالقضايا المخولة لها بموجب نصوص خاصة، وسيتم التطرق لهذه الدعاوى بالتفصيل حينما يتم التطرق لموضوع نطاق اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية.

يلاحظ على هذه المادة أن المشرع قد أضاف إلى اختصاص المحاكم الإدارية الدعاوى المتعلقة بقرارات المصالح الغير ممركزة على مستوى الولاية والمتمثلة في المديريات التنفيذية على مستوى الولاية، والتي كانت في السابق تطرح الكثير من الاشكالات في تحديد الجهة القضائية المختصة بالبت في منازعاتها، حيث كان يوجد من يعتبرها تقسيم إداري تابع للولاية، ومنهم من كان يعتبرها مصلحة من مصالح الوزارة، كونها لا تتمتع بالشخصية المعنوية وبالتالي لا تحوز على أهلية التقاضي، باستثناء بعض المديريات التي كانت تتمتع بأهلية التقاضي.[2]

يرى غالبية الفقه أن المشرع لم يوفق في توزيع قواعد الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية، وخاصة عندما أسقط من اختصاصاها صلاحية النظر في بعض المنازعات، وذلك من خلال تضييق مجال المنازعة الإدارية التي جاءت بها المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية[3]، وأن المشرع أخفق عندما سحب من المحاكم الإدارية الاختصاص بنظر بعض المنازعات المحددة حصرا، وكان من الأفضل أن يعقد الاختصاص للنظر في دعاوى الإلغاء وفحص المشروعية أو التفسيرية المرفوعة ضد قرارات

1- أنظر المادة 102 من القانون 98-02.

2- أنظر د. بوشنافة جمال - ط. د. بوراس عادل، إشكالات التقاضي على درجتين في المادة الإدارية بين متطلبات المبدأ وتوجيهات المشرع الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد التاسع، مارس 2018، المجلد الأول، ص 309.

3- أنظر د. بن منصور عبد الكريم، مرجع سابق، ص 44.

السلطة المركزية والهيئات العمومية الوطنية، والمنظمات المهنية الوطنية للمحكمة الإدارية بالعاصمة، وبذلك يكون قد كرس فعلا مبدأ التقاضي على درجتين.[1]

فمن الأولى أن تختص المحاكم الإدارية بالنظر ابتدائيا في جميع النزاعات بما في ذلك دعاوى الإلغاء وفحص المشروعية أو الدعاوى التفسيرية ضد القرارات المركزية، وهذا تسهيلا للإجراءات التقاضي وعدم تعقيدها من جهة، والقضاء على التميز بين ما هو مركزي وغير مركزي من جهة أخرى. [2]

ثانيا: الاختصاص النوعي لمجلس الدولة.

يعتبر مجلس الدولة حديث النشأة[3] جاء لتكريس نظام الازدواجية القضائية الذي انتهجته الجزائر منذ سنة 1996، فبعد إنشائه أصبح العمل القضائي الذي كان يناط به إلى الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا من اختصاصه.

يعرفه القانون العضوي 98-01 على أنه "**هيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية وهو تابع للسلطة القضائية الإدارية يضمن توحيد الاجتهاد القضائي ويسهر على احترام القانون**"[4]

ومنه فإن مجلس الدولة ليس تابع للسلطة التنفيذية كما هو الحال عليه بالنسبة لمجلس الدولة الفرنسي[5]، كما أنه يتمتع بالاستقلالية عن السلطة التنفيذية[6]، ويخضع أعضائه للقانون الأساسي

1- راجع في ذلك: - د. عمار بوضياف، توزيع قواعد الاختصاص القضائي بين مجلس الدولة والمحاكم الإدارية في التشريع الجزائري، مجلة التواصل، جامعة باجي المختار عنابة، العدد 17 ديسمبر 2006، ص 205.
- BOUDIAF Amar, le critère organique et ses problème juridique à la lumière de code de procédure civile et administrative, Revue de conseil d'État, n 10-2012, p 28.
- د. بن منصور عبد الكريم، مرجع سابق ، ص 38.
- أ. غيتاوي عبد القادر، توزيع قواعد الاختصاص النوعي بين مجلس الدولة والمحاكم الإدارية، في القانون الجزائري، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر، المجلد 02 العدد 01، ص 122

2- أنظر أ. فريد علواش، أ. ماجدة شهيناز بودوح، مبدأ التقاضي على درجتين في المادة الإدارية، حالة الجزائر، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة بسكرة، عدد 02 ، مجلد 02 ص 267.

3- أحدث مجلس الدولة بموجب المواد 171، 172 من دستور 1996، وحدد عمله واختصاصه القانون العضوي 98-01.

4- أنظر المادة 02 من القانون 98-01.

5- أنظر في ذلك: - د. عمار بوضياف، النظام القضائي الجزائري، دار ريحانة، الجزائر، 2004، ص 221 وما بعدها.
- أ. غيتاوي عبد القادر، مرجع سابق، ص 113.

6- ما يؤكد هذه الاستقلالية ما ورد بنص المادة 163 من الدستور على أنه "**القضاء سلطة مستقلة. القاضي مستقل، لا يخضع إلا للقانون**"، وما أكدته المادة 13 من القانون 98-01.

للقضاة، وعلى غرار مجلس الدولة الفرنسي [1] فإن مجلس الدولة الجزائري يتمتع بالإضافة إلى الاختصاصات القضائية اختصاصات استشارية[2]، إلا أنه سيتم التركيز فقط على الاختصاص القضائي.

من خلال تصفح القانون العضوي 98-01 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله يتضح بأن الاختصاصات ذات الطابع القضائي لمجلس الدولة تم إدراجها في الفصل الأول من الباب الثاني، وخصصت لها المواد 09، 10، 11 منه، والمتمثلة فيما يلي:

01)- مجلس الدولة بصفته قاضي أول وآخر درجة.

يشكل الإطار القانوني الذي يحدد اختصاص مجلس الدولة بصفته قاضي أول وآخر درجة المادة 09 من القانون العضوي 98-01 ، والمادة 901 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

حيث يختص مجلس الدولة ابتدائيا ونهائيا في الطعون بالإلغاء المرفوعة ضد القرارات التنظيمية أو الفردية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية، والمنظمات المهنية الوطنية، وكذا الطعون الخاصة بالتفسير ومدى شرعية القرارات التي تكون نزاعاتها من اختصاص مجلس الدولة.

من خلال نصوص هذه المواد يتضح أن المشرع خول لمجلس الدولة البت بصفة ابتدائية ونهائية في منازعات السلطات المركزية للدولة كالوزارة والهيئات العمومية الوطنية مثل مجلس المنافسة والمجلس الأعلى للقضاء والمنظمات المهنية الوطنية مثل المنظمة المهنية للمحامين، والغرفة الوطنية للموثقين، والغرفة الوطنية للمحضرين القضائيين وغيرها من الهيئات العمومية ذات الطابع الوطني، وذلك في دعاوى الإلغاء الموجهة ضد القرارات الفردية والتنظيمية، أو دعاوى فحص المشروعية.[3]

1- منذ انشاء مجلس الدولة في القرن الثالث عشر تحت تسمية "مجلس الملك" قام بدور استشاري ومارس وظائف حكومية إدارية في المسائل القانونية والقضائية، وكان يقدم آراء للملك بخصوص النزاعات الإدارية، وفي مرحلة ثانية بعد الثورة الفرنسية 1789 سمي بمجلس الدولة وأصبح أهم مجلس استشاري للإدارة وأعلى جهة على هرم القضاء الإداري.

2- للاطلاع على الاختصاص الاستشاري لمجلس الدولة راجع المواد: 142، 143، من الدستور، والقانون العضوي رقم 18-02 المؤرخ في 04 مارس 2018 المعدل والمتمم للقانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30 مايو 1998 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله.

- راجع في ذلك أيضا: د. معاشو عمار، اختصاصات مجلس الدولة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، عدد 2007/03. ، ص 193 وما بعدها.

- د. عمار بوضياف، القضاء الإداري في الجزائر، دراسة وصفية تحليلية مقارنة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثانية 2008، ص145 وما بعدها.

- د. زروق العربي، ط د. خروبي يسمينة، دور مجلس الدولة في صناعة النصوص القانونية في النظام الدستوري الجزائري، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 05 عدد 01، سنة 2019 ، ص 106 وما بعدها.

3- أنظر د. عمار بوضياف، توزيع قواعد الاختصاص القضائي بين مجلس الدولة والمحاكم الإدارية في التشريع الجزائري، مرجع سابق ص 186.

ولعل سبب إخراجه دعاوى القضاء الكامل من اختصاص مجلس الدولة يعود إلى طبيعة النزاع في حد ذاته، كون الفصل في مثل هذه القضايا لا يحتاج إلى خبرة ومؤهلات قضائية عالية كقضاء الإلغاء وفحص المشروعية أو التفسير، لذلك جعلها من اختصاص المحاكم الإدارية حتى ولو تعلق بسلطات الإدارية المركزية للدولة.[1]

وبالتالي فإن دعوى القضاء الكامل للنزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية يؤول الاختصاص بالنضر فيها للمحاكم الإدارية حتى ولو كان أحد أطرافها شخص من الأشخاص العامة المركزية المنصوص عليهم بموجب المادة 09 من القانون 98-01، والمادة 901 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والمادة 06 من المرسوم الرئاسي 15-247.

يستنتج مما سبق أن منازعات العقود الإدارية التي يختص بالنظر في منازعاتها مجلس الدولة تتمثل أساسا في المنازعات المتعلقة بدعاوى القرارات المنفصلة التي تصدر عن المصلحة المتعاقدة للسلطات الإدارية المركزية، الهيئات الإدارية المستقلة والمؤسسات العمومية الوطنية[2]، ومن ثم إخراج المنظمات المهنية لأنها لا تخضع لتنظيم الصفقات العمومية.[3]

الأمر الذي يستدعي استعراض وتحديد هذه الهيئات فيما يلي:

أ- السلطات الإدارية المركزية:

تتشكل السلطات الإدارية المركزية من كل المؤسسات الإدارية غير المحلية[4]، ويقصد بها مجموعة الإدارات العامة المتمركزة على مستوى العاصمة والمتمثلة في مصالح رئاسة الجمهورية، مصالح الوزير الأول، الإدارة المركزية للوزارات وما يرتبط بها من أجهزة وتنظيمات وفروع إدارية غير متمتعة بالشخصية المعنوية، سواء كانت بالعاصمة أو عبر الولايات مثل المديريات العامة الوطنية، لأنها تمثل عدم التركيز الإداري كإحدى صور النظام المركزي. [5]

ب- الهيئات الإدارية المستقلة:

1- راجع، د. عمار بوضياف، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى، الجزائر، 2009، ص 125.

2- أنظر د. رحماني راضية، مرجع سابق، ص 212، 213.

3- أنظر المادة 06 من المرسوم الرئاسي 15-247.

4- أنظر د. رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص 351.

5- أنظر د. بوحميدة عطاء الله، الوجيز في القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 67، 68.

وتتمثل في السلطات الأخرى غير السلطة التنفيذية مثل السلطة التشريعية والسلطة القضائية والمحكمة الدستورية في حالة قيامهم بأعمال وتصرفات ذات صبغة إدارية[1] ، وأيضت تعتبر من الهيئات الإدارية المستقلة الأجهزة والهيئات القائمة في إطار السلطة التنفيذية مثل المجلس الأعلى للتربية، المجلس الإسلامي الأعلى، سلطة ضبط البريد والمواصلات، لجنة ضبط الكهرباء والغاز، وغيرها[2]

ج- المؤسسات العمومية الوطنية:

هي عبارة عن مرافق حدد اختصاصها على أساس موضوعي أو إقليمي تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي تقوم بمساعدة الدولة لقيامها بوظائف متعددة، وتكون تحت إدارة منظمة عامة، وتتمثل في المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية، والمؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري بشرط أن تكون مكلفة بإنجاز عملية ممولة جزئيا أو كليا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات المحلية[3]، وتنقسم المؤسسات العمومية الوطنية إلى مؤسسات عمومية وأخرى محلية، وتختص بالنظر في الدعاوى المرفوعة ضد القرارات التي تصدر عن المؤسسات العمومية المحلية المحاكم الإدارية[4]، أما بالنسبة للقرارات التي تصدر عن المؤسسات العمومية الوطنية تكون محل طعن، إلغاء ، فحص المشروعية، والدعاوى التفسيرية، أمام مجلس الدولة.[5]

02)- مجلس الدولة كقاضي استئناف.

الاستئناف هو وسيلة قضائية يكفل من خلالها المشرع لأطراف النزاع بإعادة طرحه من جديد أمام جهة قضائية أعلى درجة من تلك التي صدر عنها الحكم المطعون فيه، بغرض إلغاء الحكم المستأنف أو تعديله جزئيا أو كليا[6]، وانتقال موضوع النزاع إلى جهة الدرجة الثانية في التقاضي ينتج عنه التزام هذه الأخيرة بإعادة الفصل في موضوع الدعوى من جديد، من حيث الوقائع ومن حيث القانون، ولها في ذلك نفس سلطات الدرجة الاولى.[7]

1- أنظر د. بوجادي عمر، مرجع سابق ، ص 225.

2- للاطلاع أكثر راجع د. بوحميدة عطاء الله، مرجع سابق، ص 68.

3- أنظر المادة 06 من المرسوم الرئاسي 15-247.

4- المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

5- أنظر د. رحماني راضية، مرجع سابق، ص 212

6- René CHAPUS, droit du contentieux administratif, Paris, Montchrestien, 13^{em} édit, 2008 pp 866.

7- د. بوشنافة جمال، د. بوراس عادل، مرجع سابق، ص 310.

يعتبر الطعن بالاستئناف من أهم الطعون المقررة ضد الأحكام التي تصدرها المحاكم الإدارية، ويعتبر حجر الزاوية لمبدأ التقاضي على درجتين، هذا المبدأ الذي يوفر ضمانة هامة من ضمانات العدالة[1]، بحيث يؤدي إلى تدارك أخطاء القضاة، فقد يكون الحكم محل الاستئناف مشوبا بخطأ أو قصور، بسبب قلة إلمام قضاة الدرجة الاولى بقواعد القانون أو كيفية تطبيقه، وقد يحيد القاضي عن جادة الصواب، أو قد لا يبذل عناية في تمحيص الوقائع[2]، كما يمكن الاستئناف الأطراف من تقديم ما فاتهم من دفوع وأدلة أمام المحاكم الابتدائية.[3]

يعود الأساس القانوني الذي يمنح الاختصاص لمجلس الدولة بالنظر في النزاعات بصفته قاضي استئناف إلى نص المادة 10 من القانون العضوي 98-01، التي تنص على أنه "**يفصل مجلس الدولة في استئناف القرارات الصادرة ابتدائيا من قبل المحاكم الإدارية في جميع الحالات مالم ينص القانون على خلاف ذلك.**" وتؤكد على ذلك الفقرة الثانية من المادة 02 من القانون 98-02 بالنص على أن "***أحكام المحاكم الإدارية قابلة للاستئناف أمام مجلس الدولة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.***"

كما يجد الاستئناف أيضا أساساه القانوني في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فقد جعل المشرع كل الأحكام الابتدائية والأوامر القضائية الصادر عن المحاكم الإدارية كقاعدة عامة قابلة للاستئناف أمام مجلس الدولة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.[4]

على خلاف القضاء العادي فإن مجلس الدولة في الجزائر يعد جهة الاستئناف الوحيدة في القضاء الإداري، ولا توجد جهات قضائية إدارية أخرى تستأنف أمامها الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية المنتشرة عبر كافة التراب الوطني، إذ أن الطعن بالاستئناف ضد الأحكام والأوامر الصادرة عنها يكون أمام مجلس الدولة بالعاصمة[5]، كما أن سلطة مجلس الدولة بصفته قاضي استئناف أوسع من تلك التي تتمتع بها المجالس القضائية على مستوى القضاء العادي، فهو يباشر وظيفته القضائية عندم ينظر في

1- أنظر د. سمية كروان- أسماء كروان، آثار الطعن بالاستئناف ضد أحكام المحاكم الإدارية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد التاسع، جوان 2016، ص 525.

2- أنظر د. بن منصور عبد الكريم، مرجع سابق، ص 32

3- راجع المادة 949 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

4- راجع المواد: 800، 902، 937، ،943 و949 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية.

5- والتي يبلغ عددها 48 محكمة إدارية حسب المادة 02 المرسوم التنفيذي رقم 11-195 الذي سابق ذكره.

الاستئناف باعتباره هيئة قضائية عليا لا معقب بعد ذلك على القرارات التي يصدرها، والتي لا تقبل الطعن بالنقض، كما سوف يتم توضيحه فيما بعد.[1]

يتمتع مجلس الدولة ليس فقط بصلاحيات الاستئناف من إعادة دراسة الملفات من حيث الوقائع بل أكثر من ذلك فإنه له صلاحيات دراستها أيضا من حيث القانون[2]، والتي هي وضيفة من المفروض مخولة لقاضي النقض.[3]

وهذا الاتجاه سلكه مجلس الدولة في الكثير من قراراته، حيث قضى "*... يستنتج مما سبق أن قضاة المجلس أخطأوا، في تطبيق القانون ويتعين إلغاء قرارهم وفصلا من جديد إلزام المستأنف عليه بهدم البناء المشيد بدون رخصة.....*"[4]

وقضى أيضا "*.... حيث أن قضاة الدرجة الأولى لما اعتبروا الوقائع ثابتة في حق المستأنف اعتمادا على مقرر لجنة التأديب دون مراعاة أحكام المادة 25 من المرسوم رقم 84-10، ودون التأكد من صحة استدعاء المستأنف بصفة قانونية أمام لجنة التأديب يكونون قد أخطأوا في تطبيق القانون، مما يعرض قرارهم للإلغاء.*"[5]

وهذا كان معمول به حتى قبل إنشاء مجلس الدولة، فقد قررت الغرفة الإدارية للمحكمة العليا في بعض الأحكام قبول الطعن في القرارات الصادرة عن الغرف الإدارية لدى المجالس القضائية ونظرتها فيها على أنها استئناف وليس نقض[6]، وفي أحيان أخرى ذهبت في اتجاه عدم قابلية الطعون لعدم قانونيتها.[7]

1- أنظر د. صاش جازية، نظام مجلس الدولة في القضاء الجزائري، أطروحة دكتوراه دولة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008/2007، ص 346.

2- أنظر د. مسعود شيهوب، مرجع سابق، ص127.

3- أنظر المواد: 339، 358، 959 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

4- قرار مجلس الدولة في 2005/10/18، يحمل رقم: 020217، مجلة مجلس الدولة عدد 07، 2005، ص 123، 124.

5- قرار مجلس الدولة في 2004/04/20، تحت رقم: 009898، مجلة مجلس الدولة، عدد 05، 2004، ص 143-145.

6- راجع قرار المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، رقم 42001 الصادر بتاريخ 01 جوان 1985 ، غير منشور.

7- راجع قرار المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، رقم 28897 الصادر بتاريخ 1982/10/20 في قضية شركة ف. ك ضد مديرية الضرائب، قرار غير منشور، أشار اليه د. مسعود شيهوب، مرجع سابق، ص 127.

كما أن مجلس الدولة في بعض القرارات وهو ينظر في النزاع بصفته قاضي استئناف قام بإلغاء الحكم وتصدى من جديد للفصل في النزاع بقرار نهائي غير قابل للنقض، و يمكن أن يحيل الملف بعد الإلغاء على المحكمة الإدارية.[1]

فقد قضى على أنه "*....وعلى هذا الأساس وتطبيقا لأحكام المادة 35 من القانون 90-31 فإن طلب المستأنف مؤسس قانونا، مما يجعل قاضي الدرجة الأولى قد أخطأ فيما قضى به، وعليه يتعين إلغاء القرار المستأنف والفصل من جديد بحل الجمعية المستأنف عليها ومصادرة أملاكها لفائدة الدولة...*"[2]

و قضى أيضا بتاريخ 2005/10/5، بأنه "*... إن ما جاء بمضمون القرار محل الطعن ليس تسبيبا بمفهوم القانون لأنه في هذه الحالة، يتعذر على مجلس الدولة مناقشة مدى شرعة هذا القرار، وعلى هذا الأساس فإن الوجه المثار مؤسس لأن القرار محل الطعن فعلا معيب بعيب انعدام الأسباب مما يتعين إبطاله وإحالة الأطراف من جديد أمام الجهة القضائية نفسها ليحاكم من جديد وفقا للقانون...*" [3]

من خلال هذه القرارات يتضح أن الطعن بالاستئناف أمام مجلس الدولة ليس بمفهوم الطعن بالاستئناف المقرر بالنسب للمجالس القضائية أمام القضاء العادي، وإنما هي أقرب إلى رقابة القانون منها إلى رقابة واقع النزع، فبالإضافة إلى البحث عن النتيجة القانونية التي قد يستخلصها قاضي الموضوع من واقع النزاع المطروح أمامه، ينضر في كثير من الأحيان في مدى التطبيق الصحيح للقانون.[4]

03)- مجلس الدولة كقاضي نقض.

يعتبر الطعن بالنقض طريق من طرق الطعن الغير العادية يرفع أمام مجلس الدولة، ليس لإعادة الفصل فيه من جديد، وإنما يقتصر على مجرد تقرير المبادئ القانونية السليمة ومراقبة مدى تطبيق القانون أمامه.[5]، فلا يشكل الطعن بطريق النقض امتدادا للخصومة الاولى ولا درجة من درجات

1- أنظر د. مسعود شيهوب، مرجع سابق، ص128.

2- قرار مجلس الدولة في 2006/03/28، يحمل رقم: 030115، مجلة مجلس الدولة عدد 08، 2006، ص 243، 244.

3- قرار مجلس الدولة بتاريخ 2005/10/25، تحت رقم: 7279، مجلة مجلس الدولة، عدد 08، 2006، ص 235، 236

4- أنظر د. بوجادي عمر، مرجع سابق ، ص 327.

5- أ. فرحات فرحات، مدى قابلية الطعن في قرارات مجلس الدولة، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، 2017، المجلد العاشر العدد الرابع، ص 174.

التقاضي، حتى يصح أن يكون للخصم فيه من الحقوق والمزايا ما كان لهم أمام جهة الموضوع، من تقديم طلبات أو أوجه دفاع جديدة لم يسبق عرضها من قبل أمام درجتي التقاضي[1]

على عكس ما كانت تتمتع به الغرفة الإدارية للمحكمة العليا التي كانت لا تختص إلا كقاضي إلغاء واستئناف فقط، حذا المشرع حذو المشرع الفرنسي، في أن جعل مجلس الدولة مختص بالفصل في الطعون بالنقض.[2]

بالرجوع إلى نص المادة 179 من الدستور[3] نجد أن المشرع منح لمجلس الدولة مهمة الاجتهاد القضائي، وتقويم أعمال الجهات القضائية الإدارية، وقد أقرت المادة 11 من القانون العضوي 98-01 على أنه " *يفصل مجلس الدولة في الطعون بالنقض في قرارات الجهات القضائية الإدارية الصادرة نهائيا وكذا الطعون بالنقض في قرارات مجلس المحاسبة*".

وهو نفس المعنى الذي جاءت به نص المادة 903 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية مع منحه كذلك الاختصاص بنظر الطعون بالنقض المخولة له بموجب نصوص خاصة [4]

و يقصد بالقرارات النهائية التي تصدر عن الجهات القضائية الإدارية والتي يختص مجلس الدولة بالفصل فيها بالنقض هي تلك القرارات التي تصدر عن مجلس الدولة عندما يفصل في النزاع بصفته قاضي أول وآخر درجة، أو بصفته قاضي استئناف، ففي الحالتين يصدر مجلس الدولة قرار نهائي، أما بالنسبة للمحاكم الإدارية فلا تصدر عنها بصفة عامة قرارات (أحكام) ابتدائية نهائية[5]، ومع ذلك تصدر المحاكم الإدارية في بعض الأحيان أحكام نهائية في حالات معينة، ومحددة في القانون على سبيل الحصر، ويوجد من يدخل ضمن هذه الأحكام بعض المنازعات الانتخابية[6]، إلا أنني لا أؤيد هذا الرأي

1- أنظر، د. باربارة عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 261.

2- أنظر د. بوجادي عمر، مرجع سابق، ص 345.

3- التي كانت تقابلها المادة 171 من دستور 1996.

4- المادة 11 من القانون العضو 98-01.

5- حيث أن المادة 02 /2 من القانون العضوي 98-02 تنص على أنه "*أحكام المحاكم الإدارية قابلة للاستئناف أمام مجلس الدولة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك*"

6- أنظر د. بن منصور عبد الكريم، مرجع سابق، ص 49.

وذلك استنادا على الأحكام التي وردت بالقانون العضوي المتعلق بالانتخابات يتضح أنه لا يجوز الطعن فيها بالنقض.[1]

أما بالنسبة للنصوص الخاصة المشار إليها في المادة 903 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نذكر منها الطعون ضد القرارات الصادرة عن مجلس المنافسة إذا تعلق الأمر بمنازعة ذات طابع إداري عندما يتخذ مجلس المنافسة قرار رفض التجميع[2] ، حيث تم تكييف مجلس المنافسة على أنه سلطة إدارية مستقلة بحسب القانون 03-03 المتعلق بالمنافسة[3]، وكذا قرارات مجلس سلطة الضبط بحسب المادة 22 من القانون رقم 18-04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الالكترونية[4]، وأيضا قرارات المجلس الأعلى للقضاء في تشكيلته التأديبية والتي تكتسي طابعا قضائيا، وبهذه الصفة لا يمكن الطعن فيها بالبطلان وإنما عن طريق النقض.[5]

وهو التوجه الذي سار عليه مجلس الدولة عند فصله في الطعون المرفوعة ضد القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء في تشكيلته التأديبية، حيث جاء في قراره بتاريخ 2006/04/19 أنه "... *حيث ان المدعية تلتمس إبطال القرار المطعون فيه والحكم بإعادة إدماجها في سلك القضاة، حيث أن اجتهاد مجلس الدولة بقرار الغرفة المجتمعة الصادرة بتاريخ 2005/06/07 تحت رقم 016886 استقر على أن المجلس الأعلى للقضاء مؤسسة دستورية وأن تشكيلته وإجراءات المتابعة أمامه والصلاحيات الخاصة التي يتمتع بها عند انعقاده كمجلس تأديبي تجعل منه جهة قضائية إدارية متخصصة تصدر أحكاما نهائية قابلة للطعن فيها بالنقض أمام مجلس الدولة وهذا عملا بالمادة 11 من القانون العضوي رقم 98-*

1- حيث أن المواد 21، و 78 من القانون العضوي رقم 16-10، المؤرخ في 25 غشت 2016، المتعلق بنظام الانتخابات، ج.ر عدد 50 تنص في فقراتها الأخيرة و ما قبل الأخيرة على التوالي على أنه "*يكون حكم المحكمة الإدارية غير قابل لأي شكل من أشكال الطعن*"

- وهذا أيضا كان ينطبق على هذه المنازعات التي كانت تخضع للأمر رقم 97-07 المؤرخ في 06 مارس 1997، المتعلق بالقانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، ج.ر عدد 12، لسنة 1997، أين كانت تصدر أوامر عن المحاكم العادية في شأن هذه المنازعات بموجب المادة منه 25، إلى غاية تعديلها بموجب المادة 05 من القانون العضوي رقم 04-01، المؤرخ في 07 فبراير 2004، ج.ر عدد 09 لسنة 2004، والمعدل أيضا بموجب القانون العضوي 07-08، المؤرخ في 28 جويلية 2007، ج.ر عدد 48 لسنة 2007، - والقانون العضوي رقم 12-01 المؤرخ في 12 يناير 2012، المتعلق بنظام الانتخابات، ج.ر عدد 01 - 2012

2- أنظر المادة 03/19 من الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق بالمنافسة، ج.ر عدد 43 لسنة 2003.

3- أنظر، د.حبيبة نموشي، الرقابة القضائية على قرارات مجلس المنافسة الصادرة في مجال عمليات التركيز الاقتصادي، مجلة الشريعة والاقتصاد، العدد الثاني عشر (12)، ديسمبر 2017، ص 306.

4- راجع القانون رقم 18-04 المؤرخ في 10 مايو سنة 2018 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية، ج.ر عدد 27 لسنة 2018.

5- أنظر د. عادل بوعمران، مرجع سابق، ص 246.

01 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه والتي تنص على أنها تفصل في الطعون بالنقض في قرارات الجهات القضائية الصادرة نهائيا. ولذا فإن قرارات المجلس الأعلى للقضاء المنعقدة كهيئة تأديبية لا تكون قابلة إلا للطعن بالنقض مما يترتب عن ذلك التصريح بعدم قبول الطعن بالبطلان الحالي." [1]

يختص مجلس الدولة أيضا كقاضي نقض بالنظر في الطعون في القرارات الصادرة عن كل الغرف مجتمعة بمجلس المحاسبة طبقا لنص المادة 11 من القانون العضوي 98-01، والمادة 110 من قانون مجلس المحاسبة[2]، أي في القرارات النهائية المترتبة عن الاستئناف أمام مجلس المحاسبة[3]، وعندما يقرر مجلس الدولة نقض قرار مجلس المحاسبة يفصل في الموضوع بحسب المادة 958 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

إلا أن أحكام هذه المادة تخالف القاعدة العامة في مجال الطعن بالنقض التي تقتضي أن لا يفصل مجلس الدولة في الموضوع عند النقض، بل يقوم بإحالته إلى الجهة القضائية التي أصدرته مشكلة بتشكيلة أخرى أو إلى جهة قضائية أخرى من نفس الدرجة[4]، ومبرر ذلك أنه لا يمكن تحقيق مقتضيات هذه القاعدة بالنسبة لمجلس المحاسبة الذي صدر قراره المطعون فيه عن هيئة وحيدة وهي الغرف مجتمعة، لذا تقرر فصل مجلس الدولة في الموضوع بعد النقض دون إحالة. [5]

إلا أن هذا يتناقض مع أحكام المادة 110 من قانون مجلس الدولة، التي تفرض على تشكيلة كل غرفة مجتمعة الامتثال للنقاط القانونية التي تم الفصل فيها من قبل مجلس الدولة بعد النقض[6]، الأمر الذي يستوجب إعادة صياغة هذه المادة بما يتماشى والمادة 958 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

1- قرار مجلس الدولة بتاريخ 2006/04/19 في الملف رقم 025039، مجلة مجلس الدولة، العدد 09، سنة 2009، ص 57، 58.

- أنظر أيضا قرار مجلس الدولة بتاريخ 2007/07/11، ملف 037228، مجلة مجلس الدولة، العدد 09، سنة 2009 ، ص 56، 60.

2- أنظر المادة 110 من الأمر95-20 المؤرخ في 17 يوليو 1995، والمتعلق بمجلس المحاسبة، ج.ر عدد 39، والمعدل بالأمر رقم 10-02 المؤرخ في 26 غشت سنة 2010، ج.ر عدد 50 لسنة 2010،

3- قرار مجلس الدولة بتاريخ 2007/07/11، ملف 037228، مجلة مجلس الدولة، العدد 09، سنة 2009 ، ص 56، 60.

4- المادة 364 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

5- للتفصيل أكثر أنظر بن وارث محمد عبد الحق، الرقابة على القرارات القضائية لمجلس المحاسبة، مجلة ميلاف للبحوث والدراسات، المجلد 05 العدد 01، جوان 2019 ، 324 وما بعدها.

6- أنظر المادة 03/110 من الأمر 95-20 المعدل والمتمم.

ثالثا: مدى تكريس مبدأ التقاضي على درجتين أمام الجهات القضائية الإدارية.

ما يمكن استخلاصه من خلال ما سبق عرضه، أن المشرع أطلق الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية بأن جعل منها صاحبة الولاية العامة للبت في كل المنازعات الإدارية فيما عدى ما استثناه من القضايا التي جعل الاختصاص فيها يؤول لمجلس الدولة، و إن كان مقيد في مجال القضاء الابتدائي والنهائي، ويقتصر على نوع محدد من النزاعات والمتمثلة في دعاوى الإلغاء وفحص المشروعية والدعاوى التفسيرية المرفوعة ضد قرارات السلطة المركزية والهيئات العمومية الوطنية، والمنظمات المهنية الوطنية.

وإن كان المشرع قد كرس مبدأ التقاضي على درجتين من خلال النصوص التي عقدت الاختصاص للمحاكم الادارية بصفتها قاضي أول درجة في جميع النزاعات الإدارية بموجب حكم قابل للاستئناف أمام مجلس الدولة بصفته قاضي استئناف.[1]

إلا أنه عندما عهد لمجلس الدولة بسلطة الفصل في بعض النزاعات الإدارية المحددة بموجب المادة 09 من القانون 98-01، يكون بذلك قد أخل بمبدأ التقاضي على درجتين والذي يعتبر كأحد الضمانات الأساسية للمتقاضين[2]، وهذا ما يعني بالضرورة الإنقاص من حق التقاضي من خلال حرمان المتقاضي في النزاع الإداري في فرصة أخرى من مراجعة الأحكام القضائية الإدارية في درجة الاستئناف أو درجة أعلى. [3]

فالنظام القضائي الفرنسي والذي يعتبر المرجعية للنظام القضائي الجزائري، لم يهمل مبدأ التقاضي على درجتين، فقد تبناه بعد إنشاء المحاكم الاستئنافية في المواد الإدارية وذلك بموجب قانون 31 ديسمبر 1987[4] ، وبهذا أصبحت وظيفة مجلس الدولة الرئيسية هي النقض. [5]

1- راجع المادة 10 من القانون 98-01، المادة الأولى من القانون 98-02، والمادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2- فقد كرسته المادة 02/165 من الدستور من خلال النص على أنه "**يضمن القانون التقاضي على درجتين، ويحدد شروط وإجراءات تطبيقه**"، كما نصت المادة 06 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "***المبدأ أن التقاضي يقوم على درجتين، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.***"

3- أنظر د. بوفراش صفيان، المساس بحق التقاضي في النزاع الإداري في ظل القانون الجزائري، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المجلد 2016، العدد 01، ص 67.

4- أنظر عبد الوهاب محمد رفعت، دراسة حول قانون 31 ديسمبر 1987، الخاص بإصلاح القضاء الإداري في فرنسا، مجلة كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، العدد الاول لسنة 1989، ص 198.

5- أنظر د. بن منصور عبد الكريم، مرجع سابق، ص 34.

يمكن القول أن الجهات القضائية الإدارية في النظام الجزائري حاليا ناقصة لا تنسجم ومقتضيات مبدأ التقاضي على درجتين في استمرار غياب "محاكم استئناف إدارية"، فقد أضحى من الضروري إنشاء جهة قضائية كدرجة ثانية من درجات التقاضي في المادة الإدارية يؤول إليها الاختصاص بالنظر في الاستئناف[1] مثل ما هو عليه الحال بالنسبة للمجالس القضائية في القضاء العادي، ويبقى مجلس الدولة كجهة طعن وكهيئة مقومة للأعمال القضائية وفقا لما هو مقرر في الدستور[2] ، وبذلك يتجسد مبدأ التقاضي على درجتين المنصوص عليه بموجب المادة 06 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

من جهة أخرى فإنه وخلافا للجهات القضائية العادية فإن الاستئناف بالنسبة للجهات القضائية الإدارية حاليا يرفع أمام نفس الجهة التي تنظر في الطعن بالنقض والمتمثل في مجلس الدولة، وهذا ما يطرح الاستفسار حول عدم التجانس بين الجهتين القضائيتين ومدى تكريس مبدأ التقاضي على درجتين أما الجهات القضائية الإدارية.

كما أن مجلس الدولة حاليا في الجزائر يعد جهة الاستئناف الوحيدة في القضاء الإداري، و في غياب "محاكم الاستئناف الإدارية" على مستوى النظام القضائي الإداري مما يثقل كاهل قضاة مجلس الدولة من خلال الكم الهائل من القضايا التي ستعرض عليه بمناسبة استئناف الاحكام والأوامر التي تصدر عن المحاكم الإدارية، ومنه سيؤثر بالسلب ويشغله عن الوظيفة الأساسية المعهودة إليه والمتمثلة في النظر في الطعون بالنقض والاجتهاد القضائي[3]، أو حتى المساهمة في التشريع[4]، الأمر الذي يتسبب في إطالة أمد النزاع والتأخر في الفصل في الاستئناف الذي يأخذ وقت طويل، ناهيك عن خرق مبدأ تقريب القضاء من المواطنين، بسبب تواجد الهيئة المنوط بها النظر في الاستئناف بالعاصمة.[5]

1- تجدر الإشارة إلى أنه وبموجب التعديل الدستوري لسنة 2020 تمت الإشارة إلى المحاكم الإدارية للاستئناف من خلال نص المادة 179 في فقرتها الثانية، الأمر الذي يوحي بإنشائها مستقبلا.

2- تنص المادة 02/179 من الدستور على أنه "*يؤسس مجلس دولة كهيئة مقومة لأعمال لمحاكم الإدارية للاستئناف والمحاكم الإدارية والجهات الأخرى الفاصلة في المواد الإدارية.*"

3- راجع المادة 179 من الدستور الجزائري.

4- راجع المادة 02/143 من الدستور الجزائري.

5- د. عمار بوضياف، القضاء الإداري في الجزائر، مرجع سابق، ص 161.

أكثر من ذلك فإنه وعلى الرغم من أن المشرع لم يتبنى صراحة عدم خضوع القرارات الصادرة عن مجلس الدولة للطعن بالنقض، سواء بصفته قاضي استئناف أو قاضي أول وآخر درجة في القضايا التي يفصل فيها بصفة ابتدائية ونهائية.[1]

إلا أن قضاء مجلس الدولة عمل على استثنائها من خلال قراراته المتعاقبة، مما يعتبر مساس بحق التقاضي من خلال حجب طريق من طرق الطعن الغير عادية والمتمثل في طريق الطعن بالنقض.[2]

فقد قضى مجلس الدولة بأنه "*لا يمكن لمجلس الدولة الفصل بطريق الطعن بالنقض في قرار صادر عنه عملا بأحكام القانون العضوي رقم 98-01، الصادر في 1998/05/30 المتعلق بمجلس الدولة.*[3]

وفي قرار آخر حديث قضى مجلس الدولة بأنه " *لئن كان مجلس الدولة مختص كقاضي نقض بالفصل في الطعون بالنقض المرفوعة حسب المادة 11 من القانون العضوي 98-01،... والمادة 903 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ضد الأحكام الصادرة نهائيا عن المحاكم الإدارية وقرارات مجلس المحاسبة، والقرارات الصادرة عن بعض الجهات المختصة المفتوحة ضدها الطعن بالنقض أمامه بموجب نصوص خاصة، فإن القرارات الصادرة عنه كجهة عليا للقضاء الإداري وجهة الاستئناف الوحيدة المقومة لأعمال جميع المحاكم الإدارية موضوعا وقانونا تكتسي طابع نهائي مطلق لا يجوز الطعن فيها عن طريق النقض.*" [4]

1- حيث أن المادة 11 من القانون 98-01 تجعل مجلس الدولة مختص بالنضر في الطعون بالنقض في قرارات الجهات القضائية الإدارية الصادرة نهائيا.

- كما نصت المادة 903 /1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه "*يختص مجلس الدولة بالنظر في الطعون بالنقض في القرارات الصادرة في آخر درجة عن الجهات القضائية الإدارية.*"

2- أنظر د. بوفراش صفيان، مرجع ابق، ص 79.

3- أنظر القرار الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2002/09/23 في الملف رقم: 007304 ، مجلة مجلس الدولة، العدد 02، 2002، ص 155.

- أنظر أيضا في هذا الشأن قرار مجلس الدولة، الغرفة الأولى، بتاريخ 2004/01/20، ملف رقم: 011052 ، مجلة مجلس الدولة، العدد 02، 2002، ص 155.

4- أنظر القرار الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2012/07/19 في الملف رقم: 072652 ، مجلة مجلس الدولة، العدد 10، 2012، ص 172، 173.

- أنظر أيضا في هذا الشأن قرار مجلس الدولة، الغرفة الأولى، بتاريخ 2004/01/20، ملف رقم: 011052 ، مجلة مجلس الدولة، العدد 02، 2002، ص 155.

الفرع الثاني: الاختصاص الإقليمي للجهات القضائية الإدارية.

يقصد بالاختصاص الاقليمي للمحاكم الإدارية أهليتها للنظر في القضايا الإدارية القائمة في دائرة إقليمها حسب ما يحدده التنظيم المعمول به [1]، وهو ولاية الجهة القضائية بالنظر في الدعاوى المرفوعة أمامها استنادا إلى معيار جغرافي يخضع للتقسيم القضائي.[2]

يعتبر الاختصاص الاقليمي مكمل للاختصاص النوعي، ومسألة تحديد الاختصاص الاقليمي للجهة القضائية الإدارية تكتسي أهمية في ضمان السير الحسن لجهاز العدالة، و تسمح بتحديد الجهة القضائية المختصة مكانيا بالفصل في النزاع، وبما أن اختصاص مجلس الدولة هو وطني كما سبق تبيانه، فإن مسألة الاختصاص الاقليمي لا تطرح في شأنه، حيث أن المسألة تطرح في حالة تعدد الجهات القضائية مثلما هو الشأن بالنسبة للمحاكم الإدارية، وقد نظم المشرع قواعد الاختصاص الاقليمي للمحاكم الإدارية، كما بين طبيعته وتطرق إلى تسوية منازعاته، والتي سيتم التفصيل فيها فيما يلي:

أولا: طبيعة الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية.

إذا كانت قواعد الاختصاص النوعي من النظام العام سواء بالنسبة لجهات القضاء العادي أو الإداري، فإن طبيعة الاختصاص الاقليمي ليست واحدة، فبالنسبة للجهات القضائية العادية لا تعتبر قواعد الاختصاص الاقليمي من النظام العام، وبالتالي يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها.[3]

في حين أن المشرع جعل من الاختصاص الاقليمي للمحاكم الإدارية من النظام العام، ويجب على القاضي إثارته من تلقاء نفسه، كما يجوز لأي طرف من أطراف الدعوى إثارته في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، شأنه في ذلك شأن الاختصاص النوعي.[4]

الملاحظ من خلال المادة 807 أن المشرع استعمل عبارة "***أية مرحلة كانت عليها الدعوى***"، والمعروف أن مرحلة الدعوى تنتهي عند الفصل في القضية في أول درجة، وهي العبارة التي لا تترجم القاعدة المذكورة في نفس الفقرة في صياغتها باللغة الفرنسية.

1- أنظر د. رشيد خلوفي، مرجع سابق، ص 311.

2- أنظر د. بربارة عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 83.

3- أنظر المواد 46، 47 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

4- أنظر المادة 807 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

حيث جاء جاءت باللغة الفرنسية « en tout état de cause » أي أن إثارة الدفع بعدم الاختصاص القضائي ممكنة في كل الأحوال، بمعنى أنه يمكن إثارة الدفع بعدم الاختصاص أمام مجلس الدولة ولو لأول مرة. [1]

إلا أنه من الناحية العملية يأخذ مجلس الدولة بالمعنى الذي جاء به النص الفرنسي، ويذهب إلى أن المقصود هو "أي مرحلة تكون عليها القضية" أي يمكن الدفع به أمام مجلس الدولة، ولو لأول مرة، فقد قضى مجلس الدولة تلقائيا بعدم الاختصاص، كما قبل الدفوع المتعلقة بالنظام العام على الرغم من عدم إثارته أمام الدرجة الاولى، فمجلس الدولة يفسر العبارة على أنها في أي مرحلة تكون عليها القضية. [2]

وفي هذا الشأن قضى مجلس الدولة *"... وما دام أن الصفة والمصلحة في المدعي والمدعى عليه من النظام العام وللقاضي إثارتها من تلقاء نفسه وكذا الحق للأطراف في أي مرحلة تكون عليها الدعوى..."*[3]

كما قضى في قرار آخر : *"... حيث أن الحكم المستأنف بقبول دعوى ليست من اختصاصه يكون قد خالف القانون، وحي يتعين إلغاء الحكم المستأنف والقضاء من جديد بعد اختصاص المحكمة الإدارية بالبليدة..."* [4]

وقضى أيضا: *"... ويثير القاضي انعدام الصفة في المدعى أو المدعى عليه، في أي مرحلة تكون عليها الدعوى."*[5]

ثانيا: تحديد قواعد الاختصاص الاقليمي وفقا للقواعد العامة.

أحالت المادة الأولى من القانون العضوي 89-02 في فقرتها الأولى مسألة الاختصاص الاقليمي للمحاكم الإدارية إلى التنظيم، وبالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم98-356 والمعدل بموجب المرسوم التنفيذي 11-195 نجده يحدد اختصاصها الاقليمي وفقا للجدول الملحق بهذا المرسوم.[6]

1- أنظر د. رشيد خلوفي، مرجع سابق ، ص332.

2- راجع في ذلك: - قرار مجلس الدولة في 2001/01/22، رقم 568 فهرس 18، قرار غير منشور، أورده – لحسين بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في قضايا مجلس الدولة، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 291، 292.

3- قرار مجلس الدولة بتاريخ 2011/01/13 تحت رقم 055958، الغرفة الأولى، القسم الأول، قرار غير منشور.

4- قرار مجلس الدولة في 2017/01/12 تحت رقم: 113026، فهرس 2007/60، قرار غير منشور.

5- قرار مجلس الدولة بتاريخ 2010/12/23، تحت رقم 055518، الغرفة الأولى، القسم الأول، قرار غير منشور.

6- راجع المادة 02 من المرسوم التنفيذي 11-195، الذي سبقت الاشارة إليه.

ولمعرفة المحكمة الإدارية التي يؤول إليها الاختصاص المحلي بالنظر في نزاع معين اعتمد المشرع معيارا أساسيا في توزيع الاختصاص الاقليمي بين المحاكم الإدارية، وهو نفس المعيار المعتمد في المواد المدنية[1]، والمتمثل في قاعدة أن الجهة القضائية لموطن المدعى عليه كأصل عام هي المختصة بنظر النزاع، وإن لم يكن له موطن معروف فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له[2]، وإذا تعدد المدعى عليهم يؤول الاختصاص الاقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها أحدهم.[3]

شرعت هذه القاعدة من أجل حماية الاطراف، والحفاظ على حقوقهم الخاصة، والتي تنبع من فكرة أن المدعي هو الذي عليه أن يسعى إلى المدعى عليه، ومن ثم وجب عليه مخاصمته أمام الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطنه لتقليص حجم الإزعاج الذي تسببه الدعوى.[4]

ثالثا: الاستثناءات الواردة على قواعد تحديد الاختصاص الاقليمي.

إن الاستثناءات الواردة على القاعدة العامة في مجال الاختصاص الاقليمي للمحاكم الإدارية وردت ضمن المادة 804 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وجاءت خلافا لأحكام المادة 803 التي تحيل إلى أحكام المواد 37، و38.

المشرع من خلال هذه المادة أبعد قاعدة موطن المدعى عليه وأوجب رفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية على قاعدة مكان النشاط او قواعد واعتبارات اخرى[5]، وتعتبر قائمة الاستثناءات ليست معقدة، والهدف كما جاء في عرض أسباب مشروع تعديل قانون الإجراءات المدنية، هو تقريب القضاء من المتقاضين وتخفيف البطء الملاحظ على مستوى المنازعات الإدارية ومن ثم وجوب توزيع الأعباء. [6]

والاستثناءات التي جاءت بها المادة 804 أعلاه والمتعلقة بالعقود الإدارية والصفقات العمومية وردت في الفقرات 02، 03، و06 والمتمثلة فيما يلي:

1- المادة 803 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصت على أنه" *يتحدد الاختصاص الاقليمي للمحاكم الإدارية طبقا للمادتين 37 و38 من هذا القانون*"

2- المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

3- المادة 38 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

4- أنظر د. مسعود شيهوب، مرجع سابق، ص 122.

5- أنظر د. بوجادي عمر، مرجع سابق، ص 86.

6- أنظر د. مسعود شيهوب، مرجع سابق، ص 122.

01)- الدعاوى المتعلقة بمادة الأشغال العمومية.

جعل المشرع الاختصاص بالنسبة الدعاوى المتعلقة بالأشغال العمومية يؤول إلى المحكمة الإدارية التي يقع بدائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال، وما يلاحظ هو سهولة هذا النوع من الإجراء بالنسبة للشخص الذي يريد منازعة الإدارة من حيث تحديد المكان الجغرافي التي تتم على اقليمه ممارسة النشاط، ومنه تتحدد الجهة القضائية التي يعود إليها الاختصاص بالفصل في النزاع على أساس مكان التنفيذ.

إلا أنه وعلى الرغم من سهولة هذا المعيار فإنه يبقى أقل دقة من معيار الواقعة المولدة للضرر، لأن تنفيذ الأشغال العمومية قد يمتد إلى منطقة جغرافية واسعة ويمس دائرة محكمتين أو أكثر، ويتعين حينئذ تفسير مكان التنفيذ تفسيرا ضيقا للتمكن من مطابقته مع مكان الواقعة المولدة للضرر.[1]

02- الدعاوى المتعلقة بمادة العقود الإدارية.

أوكل المشرع الاختصاص إلى المحاكم الإدارية في مادة العقود الإدارية مهما كانت طبيعتها أمام المحكمة التي يتم بها ابرام العقد أو تنفيذه، ومن هنا فإن المشرع منح للخصوم إمكانية الاختيار ما بين مكان الابرام أو مكان التنفيذ لانعقاد اختصاص المحكمة الإدارية.[2]

ما يمكن ملاحظته هو أن اختيار معيار مكان الابرام قد يتولد عنه بعض الإشكالات، وذلك لأنه قد يختار الأطراف المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها مكان ابرام العقد، والتي غالبا ما يكون مكان الابرام بالعاصمة، ومنه فقد يؤدي إلى ضغط على مستوى المحكمة الإدارية للجزائر العاصمة.[3]

03)- الدعاوى المتعلقة بمادة التوريدات أو الأشغال أو تأجير خدمات فنية أو صناعية.

تختص بالفصل فيها المحاكم التي تقع في دائرة اختصاصها مكان ابرام الاتفاق أو مكان تنفيذه إذا كان أحد الاطراف مقيما به، وفقا لأحكام المطة 06 من المادة 804.

من خلال هذه المادة يتضح أن هنالك تكرار فيما يخص الاختصاص الاقليمي لمنازعات الأشغال، بحيث سبق وأن بين المشرع الاختصاص ضمن المطة الأولى، أين جعل المحكمة المختصة هي التي يقع

1- أنظر د. بوجادي عمر، مرجع سابق، ص 93.

2- أنظر المادة 804 المطة الثالثة

3- أنظر د. رحماني راضية ، ص 233.

بدائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال، و على اعتبار الأشغال العمومية نوع من أنواع العقود الإدارية فإن الفقرة الثالثة عقدت الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه.

الأمر الذي يطرح التساؤل حول السبب الذي جعل المشرع يكرر مادة الأشغال في المطة السادسة، ويوجد من يرجع ذلك إلى أن التكرار كان مقصود بغرض حل كافة الإشكالات التي يمكن أن تنجم عن الصفقات العمومية.[1]

وبحسب رأيي فإن المشرع جانب الصواب حين أورد مادة الأشغال في المطات 02، 03، و06 من المادة 804 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فبالإضافة إلى التكرار فإنه من الناحية العملية قد تثير هذه المادة عدة إشكالات حول المحكمة الإدارية المختصة اقليميا بالنظر في النزاع، وذلك للتناقض الموجود، حيث ورد بالمطة الثانية مكان التنفيذ، وورد في المطة الثالثة مكان ابرام العقد أو تنفيذه، بينما في المطة السادسة يجعل المشرع مكان التنفيذ معلق على شرط أن يكون أحد الأطراف مقيما به.

ويكمن الإشكال أنه في حالة ما إذا كان موضوع العقد الإداري أشغال ورفع أحد الأطراف النزاع أمام المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها مكان تنفيذ العقد على فرض أنه لا يقيم أي طرف من الأطراف بدائرة اختصاص المحكمة التي رفعت أمامها الدعوى، فهنا يجد القاضي إشكال في اختيار الفقرة التي يطبقها على النزاع لعقد اختصاصه، لاسيما وأن مسألة تحديد الاختصاص من النظام العام والمشرع يلزم القاضي بإثارتها من تلقاء نفسه، حتى ولو لم يثرها الخصوم، ومنه يستوجب إعادة صياغة هذه المادة بشكل يتم من خلاله تفادي التكرار والتناقض وذلك بسحب الشرط الذي أورده في الفقرة السادسة.

الفرع الثالث: تنازع الاختصاص ومسألة الارتباط.

قد يحدث تنازع في الاختصاص أو ارتباط في الطلبات أو مشاكل متعلقة بمسائل الاختصاص بين هيئات القضاء الإداري، سواء كان ذلك بين محكمة إدارية ومجلس الدولة، أو بين محكمتين إداريتين[2]، وقد خصص المشرع حلول لمعالجة مسائل الاختصاص ضمن قانون الإجراءات المدنية، والتي سيتم تبيانها فيما يلي:

أولا: بالنسبة لتنازع الاختصاص بين الجهات القضائية الإدارية.

1- أنظر د. رحماني راضية، مرجع سابق، ص 233.

2- أنظر د. بوحميدة عطاء الله، اختصاص الجهات القضائية الإدارية، مرجع سابق، ص 261.

تنص المادة 808 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "**يؤول الفصل في تنازع الاختصاص الاقليمي للمحاكم الإدارية، وفي تنازع الاختصاص بين محكمة إدارية ومجلس الدولة إلى اختصاص هذه الأخيرة بكل الغرف مجتمعة.**"

ويعتبر هذا خروجا عن القاعدة العامة في تنازع الاختصاص الذي تختص بالفصل فيه محكمة التنازع، والذي يحدث بين جهتين قضائيتين تابعتين لنظامين قضائيين مختلفين عادي وإداري، أما بالنسبة للحالتين المذكورتين في نص المادة أعلاه فهو تنازع بين هيئتين قضائيتين إداريتين[1] قد يكون بين محكمتين إداريتين أو محكمة إدارية ومجلس الدولة.

01)- الفصل في تنازع الاختصاص بين محكمتين إداريتين.

بالرغم من إنشاء 48 محكمة إدارية على المستوى الوطني، وكذا تبيان الحدود الإقليمية التي تمارس فيها هذه المحاكم الإدارية اختصاصها[2]، إلا أنه قد يثور نزاع بشأن تحديد المحكمة المختصة إقليميا بالنظر في النزاع، وقد يكون هذا التنازع إيجابي أو سلبي، تنازع إيجابي كأن تتمسك كل جهة باختصاصها، أو سلبي كأن تتمسك كل جهة قضائية بعدم اختصاصها[3]

ففي الحالتين يؤول الاختصاص لمجلس الدولة لفض هذا التنازع وتحديد المحكمة الإدارية المختصة بالفصل في النزاع، وعندما يفصل مجلس الدولة، يحيل القضية أمام المحكمة الإدارية المختصة، ولا يجوز لهذه الأخيرة التصريح بعدم اختصاصها.[4]

والجدير بالذكر أنه إذا أعلنت محكمة إدارية اختصاصها بالنزاع وصدر عنها حكما في الموضوع، يمتنع عن أي محكمة أخرى الفصل في النزاع حتى ولو كانت هي المختصة طبقا لقواعد الاختصاص الاقليمي عملا بمبدأ حجية الشيء المقضي فيه.[5]

02)- الفصل في تنازع الاختصاص بين مجلس الدولة ومحكمة إدارية.

قد يكون التنازع في الاختصاص بين محكمة إدارية ومجلس الدولة، وهنا يختص مجلس الدولة بغرفه المجتمعة بالفصل في هذا التنازع.

1- أنظر د. بوحميدة عطاء الله، الوجيز في القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 106.

2- أنظر المادة 02 من المرسوم التنفيذي 11-195 المحدد لكيفية تطبيق أحكام القانون 98-02 المشار إليه سابقا.

3- أنظر د. رحماني راضية، مرجع سابق، ص 234

4- المادة 814 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

5- أنظر أ. كنتاوي عبد الله، تنازع الاختصاص ونظام الإحالة بين هيئات القضاء الإداري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة القانون والمجتمع، المجلد 03، العدد 02، ص 210.

واختصاص الغرف مجتمعة لمجلس الدولة، بالنظر في تنازع الاختصاص بين محكمة إدارية ومجلس الدولة، كان بناء على تدخل لجنة الشؤون القانونية والإدارية والحريات دعما لاجتهاد القضاء الإداري، وإضفاء النوعية على قرارات مجلس الدولة المتعلقة بالفصل في تنازع الاختصاص بينه وبين المحاكم الإدارية.[1]

ويتشكل مجلس الدولة عند انعقاده كغرفة مجتمعة من رئيس مجلس الدولة، نائب رئيس مجلس الدولة، رؤساء الغرف، عمداء ورؤساء الأقسام، وتتم الجلسة بحضور محافظ الدولة[2]

تجدر الإشارة إلى أنه من الناحية العملية فإن حالات تنازع الاختصاص أصبحت نادرة، وذلك بعد تنظيم مسألة تنازع الاختصاص بالمواد من 809 إلى 814 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[3]

ثانيا: مسألة الارتباط ونظام الإحالة.

الارتباط وإحالة الاختصاص من الأمور التي عالجها المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، من خلال صورتين تتعلق الأولى بحالة الارتباط بين محكمة إدارية ومجلس الدولة، أما الثانية فتخص حالة الارتباط بين محكمتين إداريتين. [4]

01)- حالة الارتباط بين محكمة إدارية ومجلس الدولة:

وتتخذ هذه الحالة صورتين أيضا، فقد تكون الدعوى المرفوعة أمام المحكمة الإدارية بطلبات مستقلة لكنها مرتبطة بعضها يعود إلى اختصاص مجلس الدولة، كما قد يكون هناك ارتباط بين بعض الطلبات في الدعوى المرفوعة أمام المحكمة الإدارية بدعوى أخرى مرفوعة أما مجلس الدولة.

أ- دعوى واحدة وطلبات مستقلة بعضها من اختصاص مجلس الدولة.

"عندما تخطر المحكمة الإدارية بطلبات مستقلة في نفس الدعوى، لكنها مرتبطة، بعضها يعود إلى اختصاصها والبعض الآخر يعود إلى اختصاص مجلس الدولة، يحيل رئيس المحكمة جميع هذه الطلبات إلى مجلس الدولة".[1]

1- أنظر د. بربارة عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 494.

2- أنظر المادة 32 من القانون العضوي 98- 01.

3- أنظر أ. كنتاوي عبد الله، مرجع سابق، ص 213.

4- أنظر رشيد خلوفي، مرجع سابق ، ص 336.

ومعنى ذلك أنه ترفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية المختصة، وعند النظر في الدعوى يتقدم أحد أطرافها بطلبات مستقلة عن الطلب الأصلي، ويتبين للقاضي أن الاختصاص بالنظر في هذه الطلبات المستقلة يؤول إلى مجلس الدولة، ففي هذه الحالة يجب على رئيس المحكمة أن يحيل الدعوى برمتها على مجلس الدولة أي كل من الطلبات الأصلية التي من اختصاص المحكمة الإدارية والطلبات المستقلة التي هي من اختصاص مجلس الدولة، على أن يكون اختصاص مجلس الدولة كقاضي أول درجة، أي يجب أن تكون حالة الارتباط هذه في الدرجة نفسها من درجات التقاضي.

وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن بأنه: *"... لا يمكن الاعتراف بعلاقة ارتباط إلا بين طلبات تكون في الدرجة نفسها للمحكمة، مثل طلبين من الدرجة الأولى، أو ما بين طلبين في الاستئناف، ولا يمكن أن يوجد ارتباط ما بين طلب من الدرجة الأولى واستئناف، أو طعن بالنقض".*[2]

ب- ارتباط بين بعض الطلبات في الدعوى المرفوعة أمام المحكمة الإدارية بدعوى أخرى مرفوعة أما مجلس الدولة وتدخل في اختصاصه.

"عندما تخطر المحكمة الإدارية بطلبات، بمناسبة النظر في دعوى تدخل في اختصاصها، وتكون في نفس الوقت مرتبطة بطلبات مقدمة في دعوى أخرى مرفوعة أمام مجلس الدولة، وتدخل في اختصاصه، يحيل رئيس المحكمة تلك الطلبات أمام مجلس الدولة".[3]

ومفاد ذلك أن ترفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية وبالموازاة توجد دعوى أخرى مرفوعة أمام مجلس الدولة، وأنه على مستوى المحكمة الإدارية تم تقديم طلبات من قبل أحد أطراف الدعوى، هي من اختصاصها، لكن ترتبط بالطلبات المقدمة في الدعوى المرفوعة أمام مجلس الدولة، وهذا على خلاف الحالة الأولى التي تكون فيها الطلبات مرتبطة ومستقلة، لكن لا تدخل في اختصاصها. فقد أقر مجلس الدولة الفرنسي بوجود ارتباط بين طلب يهدف إلى ابطال قرار لتجاوز السلطة، وطلب التعويض الرامي إلى إصلاح الضرر الناتج عن ذلك القرار.[4]

1- المادة 01/809 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2- قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 06 أكتوبر 1961 في قضية «Demarze» أشار إليه: - أ. كنتاوي عبد الله، مرجع سابق، ص 216.

3- المادة 02/809 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

4- قرار مجلس الدولة الفرنسي في 07 ديسمبر 1962، في قضية السيدة « Coursières » أشار أليه أ. كنتاوي عبد الله، مرجع سابق، ص 217.

02)- حالة الارتباط بين محكمتين إداريتين:

تتفرع هذه الحالة أيضا إلى صورتين تتمثل الأولى في أن تكون هناك دعوى واحدة وطلبات يعود الفصل فيها إلى محكمتين، أما الصورة الثانية فتكون عندما تكون دعوتين مستقلتين أمام محكمتين إداريتين وطلبات مرتبطة بالاختصاص الاقليمي لكل محكمة.

أ- دعوى واحدة وطلبات يعود الفصل فيها إلى محكمتين.

تنص المادة 810 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على انه "***تختص المحكمة الإدارية إقليميا بالفصل في الطلبات التي تعود إلى اختصاصها الاقليمي وفي الطلبات المرتبطة بها التي تعود إلى الاختصاص الإقليمي إلى محكمة إدارية أخرى***"

ومن خلال أحكام المادة أعلاه يتضح أن المشرع وسع من مجال الاختصاص الاقليمي للمحكمة الإدارية إلى اختصاص محكمة إدارية أخرى إذا كان هناك ارتباط بين طلبات تعود أصلا إلى اختصاصها مع طلبات أخرى تعود لاختصاص محكمة إدارية أخرى، ويرى معظم الفقه أن هذا التوسيع يتماشى وتبسيط الإجراءات وتسهيل العمل القضائي الإداري، الأمر الذي جعل المشرع يخرج عن قاعدة الاختصاص الاقليمي من النظام العام، ليجيز ذلك بنص صريح.[1]

ب- دعوتين مستقلتين وطلبات مرتبطة بالاختصاص الاقليمي لكل محكمة.

تنص المادة 811 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه "***عندما تخطر محكمتان إداريتان في آن واحد بطلبات مستقلة، لكنها مرتبطة وتدخل في الاختصاص الاقليمي لكل منهما، يرفع رئيس المحكمتين تلك الطلبات إلى رئيس مجلس الدولة. يخطر كل رئيس محكمة الرئيس الآخر بأمر الإحالة. يفصل رئيس مجلس الدولة بأمر بالارتباط، إن وجد، ويحدد المحكمة او المحاكم المختصة في الطلبات.***"

والاختلاف بين نص المادتين أعلاه يتمثل في أن نص المادة 810 لا ينصرف إلى تقديم الطلبات المرتبطة التي لا يعود الاختصاص الاقليمي للمحكمة الإدارية للفصل فيها أمام محكمتين في نفس الوقت، وإنما رفعت أمام محكمة واحدة فقط، بينما في نص المادة 811، فإن الطلبات قد رفعت إلى المحكمتين وأمام كل محكمة طلبات تخرج عن نطاق اختصاصها الاقليمي.[2]

1- أنظر في ذلك: - د. رشيد خلوفي، مرجع سابق، 338. - د. رحماني راضية، مرجع سابق، ص 236. - أ. كنتاوي عبد الله، مرجع سابق، ص 218.

2- أ. كنتاوي عبد الله، مرجع سابق، ص 219.

الغاية من الإجراءات التي وضعها المشرع هي تجنب احتمالية صدور حكمين قضائيين مختلفين، لذلك فمسألة الارتباط تحتم ترك المجال للمحكمة المختصة اقليميا بتلك الطلبات دون نكران اختصاص المحاكم الاخرى للفصل في هذه الطلبات، وإنما هي مسألة إجرائية لتحقيق الهدف من اللجوء إلى القضاء لحل النزاع، وليس لتعقيد الإجراءات وإثقال كاهل المتقاضي.[1]

وتجدر الإشارة إلى أنه عندما يصل الملف عن طريق الإحالة إلى مجلس الدولة يفصل فيه إذا كان من اختصاصه النوعي، أو يحيلها بموجب أمر إحالة إلى المحكمة الإدارية بعد الفصل في مسألة الاختصاص، ويترتب أمر الإحالة ارجاء الفصل في الخصومة[2]، ولا يجوز للمحكمة التي أحيلت إليها القضية التصريح بعدم اختصاصها. [3]

المطلب الثاني: نطاق اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية.

يقصد بمنازعات العقود الإدارية بالمعنى الدقيق لها، كافة المنازعات المتعلقة بالعقد الإداري في ذاته سواء تعلقت المنازعات بإبرام العقد أو تنفيذه أو إلغائه أو فسخه[4]، ويتدخل القاضي الإداري في مجال العقود الإدارية في ثلاثة مجالات يكون الأول عن طريق قضاء الإلغاء في إطار تطبيق نظرية القرارات الإدارية المنفصلة (الفرع الاول)، كما يتخل عن طريق دعاوى القضاء الكامل (الفرع الثاني)، زيادة على تدخله عن طريق قضاء الاستعجال (الفرع الثالث).

1- أنظر د. سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الثاني، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 1041.

2- أنظر المواد 809، 811، 812 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

3- أنظر المادة 814 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

4- د. عليوات ياقوتة، مرجع سابق، ص 162.

الفرع الأول: قضاء الإلغاء في مجال العقود الإدارية.

القاعدة العامة أن الإجراءات والتدابير التي تتخذها الإدارة في مواجهة المتعامل معها تندرج ضمن ولاية القضاء الكامل، فالقرارات التي تصدر عن المصلحة المتعاقدة في مجال تنفيذ موضوع الصفقة العمومية، هي في حقيقتها ليست قرارات إدارية، وإنما هي إجراءات إدارية تتخذها الإدارة المتعاقدة في منطقة العقد أثناء سريانه، والاستثناء يكمن في أنه يجوز الطعن بالإلغاء في بعض القرارات التي تصدر عن الإدارة بصفتها سلطة وليست مصلحة متعاقدة، مثل قرارات الضبط الإداري[1] ، بينما يختلف الأمر بالنسبة للقرارات الإدارية المنفصلة التي تصدرها المصلحة المتعاقدة أثناء مرحلة إبرام العقد إذ أنه يمكن الطعن فيها بالإلغاء، ومن أجل الالمام أكثر بموضوع دعوى الإلغاء في مجال منازعات العقود الإدارية تستوجب الدراسة التطرق إلى مفهوم القرارات الإدارية المنفصلة أولا، ثم تبيان القرارات المنفصلة أو القابلة للانفصال وفقا لتنظيم الصفقات العمومية.

أولا: مفهوم القرارات الإدارية المنفصلة.

القرار الإداري هو "عمل قانوني انفرادي صادر عن مرفق عام من أجل إحداث أثر قانوني معين تحقيقا للمصلحة العامة"[2]، ويفرق الفقه بين القرارات البسيطة والتي لا تحتاج لأجل صدورها إلى إجراءات قانونية أخرى، وقرارات إدارية مركبة تعتمد في وجودها إلى وجود العديد من الأعمال القانونية الأخرى، ومن بينها القرارات الإدارية المنفصلة أو القابلة للانفصال.[3]

ويعرف الفقه القرارات الإدارية المنفصلة[4] على أنها "القرارات التي لا تصدر قائمة بذاتها ومستقلة عن عمل قانوني آخر، بل تصدر مرتبطة ومصاحبة لأعمال إدارية أخرى، فقد تأتي هذه القرارات سابقة أو معاصرة أو لاحقة لعمل إداري قانوني آخر مرتبط به"[5]

1- لمزيد من التفاصيل راجع في ذلك: - د. خضري حمزة، الرقابة القضائية على الصفقات العمومية في الجزائر، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خيضر بسكرة، العدد الثالث عشر،، ص201.

2- أنظر د. محمد الصغير بعلي، القرارات والعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 08.

3- أنظر د. بن أحمد حورية، الرقابة الإدارية والقضائية على الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه علوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2018/2017، ص 231.

4- لمزيد من التعريفات راجع في ذلك: - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية، مرجع سابق ، ص 34. - د. حبيب ابراهيم حمادة الديلمي، القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري، الطبعة الأولى، دار الريحانين، العراق، 2016، ص 37، 38. - د. أبوبكر صديق عمر، الرقابة على سلطة الإدارة في إبرام العقود الإدارية بطريق المناقصات، منشورات الجلبي الحقوقية، لبنان، 2013، ص 19.

5- أنظر د. عمار عوابدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة، والقانون الإداري، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 93.

ويعتبر مجال العقود الإدارية من المجالات التي تصدر الإدارة من خلالها القرارات الإدارية المنفصلة أو القابلة للانفصال، فالقرار المنفصل هو "قرار يساهم في تكوين العقد الإداري ويستهدف اتمامه، إلا أنه ينفصل ويختلف عنه في طبيعته"[1]، وهو "القرار الذي يساهم في تكوين العقد الإداري ويستهدف اتمامه، إلا أنه ينفصل عن العملية التعاقدية مما يجيز فيه الطعن بالإلغاء واستقلاله عن العقد".[2]

نشأت فكرة القرارات الإدارية المنفصلة على يد مجلس الدولة الفرنسي، حيث كان في بداية الأمر يرفض قبول دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية المركبة[3] ، إذ كانت تسود في فرنسا خلال القرن التاسع عشر فكرة مفادها أن جميع القرارات التي تساهم في تكوين الصفقة العمومية تحتفظ بذاتيتها المستقلة حتى لحظة ابرامها، فإذا تم هذا الإبرام تفقد هذه القرارات استقلاليتها وتذوب في العقد الذي تم ابرامه.[4]

على الرغم من أن مجلس الدولة الفرنسي أقر كأصل عام أنه إذا كان محل المنازعة عقدا إداريا سواء تعلق بانعقاده أو صحته أو تنفيذه وانقضائه، فإن المنازعة تدخل في ولاية القضاء الكامل. [5]

إلا أنه لم يقم بإقصاء قضاء الإلغاء من منازعات الصفقات العمومية في إطار ما يعرف "بنظرية القرارات المنفصلة"، فقد فصل مجلس الدولة الفرنسي القرارات التي تواكب وتلازم إبرام العقد بشكل مستقل عن العقد، وتجسد ذلك من خلال حكم في قضية (Martin)[6] الصادر بتاريخ 04 أكتوبر سنة 1905[7]،

1- أنضر بومعزة إيمان، الرقابة القضائية على القرارات الإدارية المنفصلة، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، المجلد 03 العدد 01، 2018، ص 213.

2- أنظر د. طيبي سعاد، - ط. د تقية توفيق، الرقابة على القرارات الإدارية المنفصلة الصادرة أثناء المرحلة التمهيدية للصفقة العمومية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد 01، لسنة 2019، ص 78.

3- أنظر بومعزة إيمان، المرجع السابق، ص 211.

4- أنظر عتيق حبيبة، القرارات الإدارية المنفصلة بين النظرية والتطبيق، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، العدد الثالث، مارس 2018، ص 249.

5- أنظر د. تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2013 ، ص 214.

6- وتتلخص وقائعها في أن السيدة (Martin) بصفتها مستشارة بمحافظة (Loir-et-Cher) أدرج دعوى إلغاء ضد مداولات شهر أوت للسنوات 1900، 1901، 1902، الخاصة بامتياز الخط الكهربائي (Tramways) فدفعت الإدارة بأن المداولات المطعون فيها أدت إلى إبرام عقد وأنه لا يمكن أن تكون محل طعن بالإلغاء، بل تخضع لاختصاص قاضي العقد، إلا أن مجلس الدولة طبق نظرية القرارات الإدارية المنفصلة وقضى بإلغاء القرارات لتجاوز السلطة.

7- Guy Braibant, Pierre Delvolvé, Bruno Genevois, Marceau Long, Prosper Weil, les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 22ème édition, Dalloz, paris, 2019 P 92.

حيث أنه ومنذ صدور هذا الحكم أصبح لكل شخص متضرر من قرار إداري سابق على عملية إبرام العقود الإدارية أن يطالب بإلغائه أمام الجهة القضائية الإدارية المختصة بالإلغاء.[1]

كما استقر مجلس الدولة في مصر على أن القرارات الإدارية المنفصلة أو القابلة للانفصال عن العقد يجوز الطعن فيها بالإلغاء بوصفها قرارات إدارية مستقلة عن العقد[2]، وقد جاء في حكم لمحكمة القضاء الإداري المصرية أنه "*يجب التفرقة بين العقد ذاته، أو بعبارة أدق الرباط التعاقدي وبين القرارات الإدارية التي يتوقف عليها انعقاده، إذ أن هذه القرارات تعتبر مستقلة عن العقد ويجوز الطعن فيها بالإلغاء*"[3]

ثانيا: مجال تطبيق القرارات المنفصلة في النظام الجزائري.

لقد عرف النظام الجزائري هو الآخر نظرية القرارات الإدارية المنفصلة التي وضع أساساها القضاء الإداري الفرنسي سواء في مجال المنازعات الضريبية، أو منازعات نزع الملكية من أجل المنفعة العامة أو المنازعات الانتخابية[4] ، لكن تقتضي الدراسة التطرق فقط إلى تلك القرارات المنفصلة في مجال العقود الإدارية.

تجد دعوى الإلغاء للقرارات الإدارية المنفصلة أساساها ضمن الدستور[5] وتكريسا للنص الدستوري صدر القانون العضوي 98-01، المتعلق بمجلس الدولة[6]، والقانون 98-02 المتعلق بالمحاكم الإدارية[7]، أين جعل المشرع الاختصاص بالنظر في دعاوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية للقضاء الإداري، وبالرجوع إلى تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[8]، نجد أحكامه تقرر أن النزاعات المتعلقة بالصفقات العمومية تسوى في إطار أحكام التشريع والتنظيم المعمول به ، بمعنى

1- أنظر د. خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه علوم، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2015/2014 ، ص 254.

2- أنظر د. عليوات ياقوتة، مرجع سابق، ص163.

3- حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في 1996/11/18 في القضية رقم: 1180، أشار إليه د. تياب نادية، مرجع سابق، ص 217.

4- راجع عتيق حبيبة، مرجع سابق، ص من 264 إلى ص 266.

5- تنص المادة 168 من الدستور على أنه "*ينظر القضاء في الطعون في قرارات السلطة الإدارية*" والتي كانت تقابلها المادة 163 من دستور 1996.

6- راجع المادة 9 من القانون العضوي 98-01.

7- راجع المواد 01 و 02 من القانون العضوي 98-02.

8- أنظر المواد 82، و 153 من المرسوم الرئاسي 15-247.

الإحالة على القواعد العامة التي تحكم الدعاوى الإدارية، والمتمثلة بالخصوص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[1]

وتتنوع القرارات الإدارية المنفصلة بحسب المرحلة التي تصدر فيها هذه الأخيرة فهناك قرارات تصدر أثناء مرحلة تنفيذ الصفقة، والتي لا تقبل الطعن بالإلغاء كقاعدة عامة لأنها تدخل ضمن العملية التعاقدية[2] ، وهناك قرارات إدارية منفصلة تصدر في مرحلة إبرام الصفقة ونذكر منها الأنواع الآتية:

01- قرار الإعلان عن طلب العروض.

يعد الإعلان من الإجراءات الجوهرية التي ترتكز عليها الصفقة العمومية والتي تكرس مبدا المساواة والشفافية وحرية المنافسة.[3]

استقر القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر على أن القرارات الإدارية السباقة على إبرام العقد أو الممهدة لانعقاده مثل قرارات الاعلان عن الصفقة، وفحص العطاءات، وقرار استبعاد أحد المعهدين وقرار إرساء الصفقة تعتبر قرارات إدارية منفصلة والتي يمكن الطعن فيها بالإلغاء أمام القضاء الإداري إذا وقعت مخالفة للشروط والشكليات الجوهرية المقررة قانونا[4]، فباعتبار الاعلان شرط أساسي في قيام الصفقة فكل إخلال بأحكامه يمكن أن يكون محل دعوى إلغاء أمام الجهة القضائية المختصة.[5]

لقد حدد المشرع الجزائري كافة الشروط والإجراءات التي يخضع لها قرار الإعلان عن طلب العروض من إشهار والمعلومات الإلزامية التي تسمح للمتعهدين بالمشاركة، إضافة إلى لغة الإعلان والوثيقة التي يصدر فيها.[6]

أمام عدم وجود نص صريح أو اجتهاد قضائي يخرج قرار الإعلان عن الصفقة العمومية عن قائمة القرارات الإدارية المنفصلة التي لا يجوز الطعن فيها بالإلغاء أمام القضاء الإداري، فإن مخالفة الشروط القانونية لإصدار قرار الإعلان عن طلب العروض تخضع للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون

1- أنظر المواد 801، 901 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2- أنظر د. بن أحمد حورية، مرجع سابق، ص 234.

3- أنظر د. طايبي، - ط. د تقية توفيق، مرجع سابق، ص 78.

4- أنظر أ. لعلام محمد مهدي، القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد الخامس، يونيو 2015 ، ص23.

5- أنظر د. تياب نادية، مرجع سابق، ص 221.

6- راجع المواد من 62 إلى 66 من المرسوم الرئاسي 15-247.

الإجراءات المدنية والإدارية، مما يخول الحق لكل متعهد الطعن في مشروعية القرار أمام الجهة القضائية المختصة[1]، وهذا ما أكدته المادة 09 من القانون رقم 06-01 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته التي أجازت ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم احترام قواعد ابرام الصفقات العمومية. [2]

لكن أرى أنه وبصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم يعد لهذه الطريقة داع من الناحية العملية أمام وجود الدعوى الاستعجالية التي تجيز لكل من له مصلحة رفع دعوى استعجالية في حالة الاخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة التي تخضع لها عمليات ابرام العقود الإدارية والصفقات العمومية[3]، إلا أن هذا لا يمنع من ممارسة حق الطعن بالإلغاء امام قاضي الموضوع خاصة في حالة عدم التزام الإدارة بالأمر الصادر من القاضي الاستعجالي.

02- قرار استبعاد العروض التي تقدم بها المتعهدين.

هذا النوع من القرارات الإدارية التي تصدر عن المصلحة المتعاقدة تنصب على طلب العروض قصد استبعاد العروض التي تقدم بها المتعاملين الاقتصاديين.

ومن بين الحالات التي تصدر فيها المصلحة المتعاقدة مثل هذا القرار، العروض التي تم إيداعها خارج الآجال المنصوص عليها، العروض التي كانت محل طلب استكمال للوثائق الناقصة[4]، حالة إقصاء الترشيحات غير المطابقة لمحتوى دفتر الشروط، حالة إقصاء العروض التي لم تتحصل على العلامة الدنيا اللازمة المنصوص عليها في دفتر الشروط، حالة رفض العرض المطلوب إذا ثبت أن بعض ممارسات المتعهد المعني تشكل تعسفا في وضعية هينة على السوق أو تتسبب في اختلال المنافسة، وحالة رفض العرض للمتعامل الاقتصادي المختار مؤقتا غير المبرر من الناحية الاقتصادية بعد مطالبته بكتابة تبريرات وتوضيحات ملائمة بالإضافة إلى حالة رفض العرض للمتعامل الاقتصادي المختار مؤقتا بسبب المبالغة في مرجع الأسعار.[5]

1- أنظر د. رحماني راضية، مرجع سابق، ص 245.

2- أنظر المادة 09 من القانون رقم 06-01، المؤرخ في 20 فبراير 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ر عدد 14 لسنة 2006.

3- أنظر المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

4- أنظر المادة 71 من المرسوم الرئاسي 15-247.

5- أنظر المادة 72 من المرسوم الرئاسي 15-247.

وفي هذه الحالة يمكن للمتعهد الذي صدر ضده قرار استبعاد عرضه أن يطعن ضد هذا القرار أمام الجهة القضائية المختصة إذا ما كان مخالف للأحكام المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي 15-247، لاسيما منها ما يتعلق بمبدأ العلانية، المنافسة، المساواة والشفافية.

03- قرار الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية.

القاعدة العامة أن جميع المتعاملين الاقتصاديين متساوون في تقديم عروضهم بطريقة تنافسية من أجل الحصول على الصفقة[1]، إلا أنه قد يرد على هذه القاعدة استثناء يتمثل في الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية مؤقتا أو نهائيا إذا توفرت الحالات المنصوص عليها في المادة 75 من المرسوم الرئاسي 15-247، والتي وردت على سبيل الحصر[2]، وتطبيقا لأحكام هذه المادة صدر القرار المحدد لكيفية الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية. [3]

إن قرار الحرمان أو الاقصاء من المشاركة يعتبر من قبيل القرارات القابلة للانفصال والتي تخضع لرقابة القضاء الإداري، ويجوز الطعن فيها بالإلغاء إذا كان القرار معيبا بأحد عيوب اللامشروعية، حيث أجاز المشرع صراحتا للمتعامل الاقتصادي الذي صدر ضده قرار المنع من المشاركة في الصفقات العمومية الطعن أمام الجهة القضائية المختصة[4]، فإذا أبطلت المحكمة المختصة قرار المنع يرفع المنع من المشاركة في الصفقات العمومية[5]

04- قرار المنح المؤقت.

يعتبر قرار المنح المؤقت آلية من آليات تحقيق مبدأ الشفافية من خلال انتقاء المتعامل الاقتصادي وفقا لمقتضيات دفتر الشروط، لذلك أوجب المشرع نشر قرار المنح المؤقت لأجل تمكينهم من حقوق الطعن المخولة لهم قانونا.

1- أنظر د. بن أحمد حورية، مرجع سابق، 235

2- للاطلاع على هذه الحالات أنظر المادة 75 من المرسوم الرئاسي 15-247.

3- القرار المؤرخ في 19 ديسمبر 2015، الذي يحدد لكيفية الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، ج.ر عدد 17، لسنة 2016، ص 36.

4- أنظر المادة 03 من القرار المؤرخ في 19 ديسمبر 2015، الذي يحدد لكيفية التسجيل والسحب من قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، ج.ر عدد 17، لسنة 2016، ص 35.

5- أنظر المادة 05 من القرار المؤرخ في 19 ديسمبر 2015، المشار إليه.

يصدر المنح المؤقت بعد استنفاذ جميع مراحل عملية الابرام فيأتي في نهايتها، ويترتب عليه تبليغ نتائج تقييم العروض التقنية والمالية للمتعهد الذي حاز على الصفقة بصفة مؤقتة، ويمكن للمتعهدين الذين لم يحوزون على الصفقة الاطلاع على النتائج المفصلة.[1]

لقد أقر المشرع الجزائري حق الطعن في قرار المنح المؤقت إذا ما كان مخالف لأحكام تنظيم الصفقات العمومية.[2]

وقد اعتبرت الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى بتاريخ 1969/04/18 قرارا إرساء المناقصة قرارا إداريا منفصلا.[3]

ويعتبر مجلس الدولة الفرنسي قرار المنح المؤقت قرارا إداريا منفصلا، لتوفره على جميع عناصر القرار الإداري، ويجيز الطعن فيه بالإلغاء.[4]

06- قرار إلغاء الصفقة وقرار إلغاء المنح المؤقت.

يمكن للمصلحة المتعاقدة أثناء جميع مراحل إبرام الصفقات العمومية أن تتراجع عن إجراءات إبرام الصفقة العمومية في حالتين:

أ- حالة تعلق الأمر بالمصلحة العامة:

لاعتبارات المصلحة العامة يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تصدر قرار إلغاء الصفقة أو إلغاء المنح المؤقت، ولا يمكن للمتعهدين المطالبة بأي تعويض في حالة عدم اختيار عروضهم أو في حالة إلغاء الإجراء أو الغاء المنح المؤقت.[5]

ب- حالة عدم جدوى الإجراء وإلغائه:

طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين، وقد تقترح لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض في إطار مهامها في مرجلة تقييم العروض إعلان عدم جدوى الإجراء عندما

1- أنظر د. طايبي، - ط. د تقية توفيق، مرجع سابق، ص 84.

2- أنظر المادة 01/82 من المرسوم الرئاسي 15-247.

3- قرار الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى بتاريخ 1969/04/18، أشارت إليه د. تياب نادية، مرجع سابق، ص 217.

4- أنظر د. تياب نادية، مرجع سابق، ص 223

5- أنظر المادة 73 من المرسوم الرئاسي 15-247.

لا يستلم أي عرض، أو عندما لا يتم الإعلان، بعد تقييم العروض، عن مطابقة أي عرض لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط، أو عندما لا يمكن ضمان تمويل الحاجات.[1]

على غرار قرار المنح المؤقت للصفقة او إلغائه يمكن الطعن في قرارات إلغاء الصفقة، إلغاء المنح المؤقت، وقرار إعلان عدم الجدوى أمام الجهة القضائية المختصة طبقا للفقرة الأولى المادة 82 من المرسوم 15-247.

ومن التطبيقات القضائية لنظرية القرارات الإدارية المنفصلة في هذا الشأن قرار الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى الصادر بتاريخ 1968/11/29 في قضية شركة المعادن لسيدي معروف، الخاص بقرار سحب عقد الامتياز من شركة المعادن، حيث اعتبر قرار منفصل على أساس أنه إجراء تنفيذي للعقد.[2]

07- قرار إبرام الصفقة.

القرار بإبرام الصفقة هو قرار إداري يخضع لاختصاص قاضي الالغاء دون قاضي العقد، باعتبار أن الصفقة حال صدور هذا القرار لم تكون قد انعقدت بعد، الأمر الذي يجعل منه قرارا إداريا منفصلا عن الصفقة العمومية[3]

و في هذا الشأن اعتبر مجلس الدولة الجزائري في قراراه بتاريخ 2004/06/15 بأن "... *وأن لجنة تقييم العروض وعملا بأحكام المادة 110 من المرسوم رقم 434-91 المؤرخ في 1991/11/09 تقوم بتحليل العروض وبدائل العروض ان اقتضى الأمر، من أجل إبراز المقترحات التي ينبغي تقديمها للهيئات المعنية ومنه فإنه لا يمكنها اختيار سوى ما بين الذين قبلوا من لجنة تقييم العروض. أنه وباتخاذ البلدية قرار منح الصفقة للسيد (ع. ف) الذي رفضت لجنة تقييم العروض عرضه، اضافة إلى 09 مترشحين آخرين بتاريخ 2002/06/26، فإن البلدية المستأنفة لم تأخذ بعين الاعتبار أحكام المرسوم رقم 434-91 المؤرخ في 1991/11/09. كما قامت بارتكاب مخالفة لقانون الصفقات العمومية...*".[4]

1- أنظر المادة 40 من المرسوم الرئاسي 15-247.

2- قرار الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى بتاريخ 1968/11/29، أشار إليه د. رحماني راضية، مرجع سابق ، ص 244.

3- أنظر د. بن أحمد حورية، مرجع سابق، ص 237.

4- ، قرار صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2004/06/15، رقم: 14637 في قضية بلدية العلمة ضد (هـ.ع) مجلة مجلس الدولة 2004، العدد 05 ص 132.

- حتى وإن كانت هذه الدعوى تتعلق بدعوى تعويض تم رفعها من قبل المتعهد الذي تم رفض عرضه إلا أن مجلس الدولة اعتبر أن قرار منح الصفقة جاء مخالفا لتنظيم الصفقات العمومية وقضى له بالتعويض.

يعتبر مجلس الدولة الفرنسي قرار إبرام الصفقة قرار إداري منفصل عن الصفقة العمومية وفي هذا الشأن صدر قرار بتاريخ 1998/11/09، بصدد دعوى إلغاء مقدمة ضد قرار صادر عن البلدية يقضي بإبرام عقد إشغال، وقرار آخر صادر بتاريخ 2001/01/20، يتعلق بدعوى إلغاء قرار الوزير يقضي بإبرام اتفاق يعطي بعض الامتيازات لمؤسسة التعليم الزراعي. [1]

08- قرار فسخ العقد.

من بين الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة في مجال العقود الإدارية سلطة فسخ العقد بإرادتها المنفردة[2]، من دون اللجوء إلى القضاء، ومن دون موافقة الطرف الآخر، وبغير حاجة إلى النص عليه في العقد. [3]

كان القضاء الفرنسي في بادئ الأمر يحصر نظرية القرارات القابلة للانفصال في مرحلة الإبرام ويستبعدها في مرحلة التنفيذ، بناء على أن الطاعن خلال هذه المرحلة يملك طريق آخر في إطار دعوى القضاء الكامل، إلا أنه تراجع عن هذا المبدأ بعد ذلك، وقبل الطعون بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال الصادرة أثناء مرحلة تنفيذ العقد، وكانت أول أحكامه في هذا الشأن الحكم الصادر في 24 أفريل 1964 أين قبل الطعن أمام قاضي تجاوز السلطة على الرغم من تعلقها بتنفيذ العقد.[4]

فإذا ثبت للقاضي الإداري أن القرار الصادر بإنهاء العقد لا يقوم على سبب مشروع فإنه يملك إلغاء القرار كقاعدة عامة فيما عدى ما يتعلق بعقود الأشغال العامة، بحيث يرفض مجلس الدولة الفرنسي إلغاء الصادرة من الإدارة بخصوصها استنادا إلى أن الإدارة هي صاحبة الأشغال.[5]

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي في قرار لاحق في قضية « Commune de Béziers » الصادر بتاريخ 21 مارس 2011 أقر بأنه يجوز للمتعاقد مع الإدارة الطعن بالإلغاء في قرار الفسخ الصادر من الإدارة.[6]

1- أشار إلى هذه القرارات د. تياب نادية، مرجع سابق، ص228.

2- FOILLARD Philippe, op.cit. p 239, 240.

3- محمد شعبان الدرهوبي، حق المتعاقد في التعويض في العقد الإداري، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2017، ص 178.

4- أنظر د. خضري حمزة، مرجع سابق، ص 279.

5- أنظر د. سليمان الطماوي، الأسس الامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 753.

6- Jacqueline MORAND-DEVILLER- Pierre BOURDON- Florian POULET, Droit administratif, LGDJ, Lextenso, Issy-les-Moulineaux, France, 15e édition, 2017 p 521.

وبالنسبة للقضاء المصري فإنه لا يمكن الطعن بالإلغاء في قرار الفسخ الصادر من قبل الإدارة المتعاقدة، حيث أن المحكمة الإدارية العليا لم تعتبر قرار الإدارة بفسخ العقد قرارا إداريا، واعتبرت ما يثار بشأنه من منازعات تكون من اختصاص القضاء الكامل، رافضة بذلك قبول الطعن بإلغائه[1]

وبالرجوع إلى النظام الجزائري نجد أن الفقرة الأولى من المادة 152 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنه: " ***لا يمكن الاعتراض على قرارات المصلحة المتعاقدة بفسخ الصفقة العمومية عند تطبيقها البنود التعاقدية، للضمان والمتابعات الرامية إلى إصلاح الضرر الذي لحقها بسبب خطأ المتعاقد معها..."***

ومنه فإن المشرع الجزائري لا يجيز الاعتراض على قرار الفسخ الذي يصدر من قبل الإدارة المتعاقدة في الحالات التي وردت في المادة أعلاه. الأمر الذي يقودني إلى القول أنه وبمفهوم المخالفة فإن قرار فسخ الصفقة العمومية في غير هذه الحالات، يمكن أن يكون محل دعوى إلغاء، لاسيما وأن المادة 150 من نفس المرسوم نصت على أنه "***يمكن للمصلحة المتعاقدة القيام بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد، عندما يكون مبررا بسبب المصلحة العامة، حتى بدون خطأ من المتعامل المتعاقد***"، ومنه فإن سلطة الإدارة في إنهاء الصفقة العمومية بإرادتها المنفردة ليست مطلقة، وإنما هي سلطة مقيدة تخضع لرقابة القاضي الإداري.

كما أنه يجوز لأي من أطراف الرابطة التعاقدية اللجوء إلى القضاء من أجل المطالبة بفسخ العقد قضائيا، وذلك في حالة الاخلال بالالتزامات التعاقدية، أو في حالة القوة القاهرة التي تحول دون تنفيذ العقد الإداري[2]، ويكون ذلك عن طريق القضاء الكامل.

الفرع الثاني: القضاء الكامل في مجال العقود الإدارية.

يقصد بدعاوى القضاء الكامل « Contentieux de pleine juridiction » هي "مجموعة الدعاوى الشخصية التي تتحرك وترفع من ذوي الصفة والمصلحة أمام السلطات القضائية المختصة على أسس وحجج قانونية ذاتية وشخصية للمطالبة بالاعتراف بوجود حقوق شخصية ذاتية ومكتسبة"[3] ، ويعتبر نطاق القضاء الكامل أكثر اتساعا عن قضاء الالغاء.[4]

1- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ 22 مارس سنة 1994، طعن 1654، لسنة 36 ق. أشار إلى هذا الحكم - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص 119.

2- أنظر د. بن أحمد حورية، مرجع سابق، ص ، ص 281.

3- د. عادل بوعمران، مرجع سابق، ص 301.

4- أنظر في ذلك - د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 1995، ص 437. – د. بوحميدة عطاء الله، الوجيز في القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 269.

فيتمتع القاضي الإداري في دعاوى القضاء الكامل بسلطات واسعة مقارنة بدعوى الإلغاء[1] ، إذ أنه يستطيع أن يعدل أو يقوم، أو يستبدل القرارات الإدارية التي سببت أضرار للمدعي وللقاضي أن يحكم بالتعويضات اللازمة. [2]

في مجال منازعات العقود الإدارية فإنه كقاعدة عامة تندرج ضمن اختصاص القضاء الإداري الكامل سواء في مرحلة إبرام العقد أو تنفيذه أو نهايته، باستثناء المنازعات التي تندرج ضمن قضاء الإلغاء الخاصة بالقرارات المنفصلة[3]، كما سبق تبيانه، ومن ذلك المنازعات المتعلقة بدعاوى التعويض على مختلف أنواعها، الدعاوى المتعلقة بالفسخ القضائي، الدعاوى المتعلقة بوقف الأشغال، الدعاوى المتعلقة بمبالغ الضمان، الدعاوى المتعلقة بمراجعة الأسعار، والدعاوى المتعلقة بفوائد التأخير، وغيرها[4]، وفيما يلي بعض دعاوى القضاء الكامل في مجال العقود الإدارية:

أولا: الدعاوى المنصبة على مدى سلامة قيام العقد الإداري.

إذا كان العقد الإداري يختلف عن العقد المدني إلا أنه وكما سبق الإشارة إليه في الفصل الأول فإن أركان العقد وشروط صحته لا تختلف عن مثيلتها في القانون الخاص، من رضا ومحل وسبب[5]، فإذا ما شاب أحد العيوب في تكوين العقد الإداري فإنه يجوز للطرف المتضرر أن يلجأ إلى القضاء من أجل المطالبة ببطلان العقد، وهي دعوى يقيمها أحد الأطراف بغية المطالبة ببطلانه حين يشوبه عيب يتعلق بتكوينه أو صحته، وإذا ما تأكد القاضي من أن العقد مشوب بأي عيب من هذه العيوب يقضي ببطلانه.[6]

وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر في هذا الشأن إلى أن *"المنازعات المتعلقة بما تصدره الجهة الإدارية بصفتها متعاقدة، من تصرفات أو إجراءات قبل المتعاقد معها، إنما تندرج تحت ولاية القضاء الكامل لمحاكم القسم القضائي لمجلس الدولة، حتى لو انصب طلب المتعاقد على إلغاء قرار*

1- أنظر د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق ، ص 303.

2- أنظر د. حسين فريجة، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثانية، 2013 ، ص 336.

3- أنظر د. خضري حمزة، الرقابة القضائية على الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص 202.

4- أنظر د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، مرجع سابق ، ص 154، 155.

5- أنظر ص 22 من الأطروحة.

6- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص 309.

إداري اتخذته الإدارة قبله، ذلك لأن ما تصدره الإدارة من قرارات تنفيذا للعقد هي منازعات حقوقية وتكون محلا للطعن عليها على أساس استدعاء ولاية القضاء الكامل دون ولاية قضاء الإلغاء...". [1]

أما مجلس الدولة الفرنسي فإنه وبالإضافة إلى دعاوى البطلان قبل طعن رفع من أحد أطراف العقد حول مدى سلامة صحة العقد، في قراره في قضية « BEZIERS » صادر بتاريخ 28 ديسمبر 2009 وكان هذا القرار بمثابة الجديد المندرج في إطار القضاء الكامل بهدف مخاصمة العقد الإداري، « le recours de pleine juridiction en contestation de la validité du contrat administratif » ، وبغض النظر عن ذلك يبقى هذا النوع من الطعون الجديدة مجرد إمكانية مبررة من أجل الحفاظ على الاستقرار العقدي، ولكن إذا تمسك الأطراف بالإبطال فإنه يترتب عنه كافة النتائج القانونية.[2]

كما أن القضاء الإداري في الجزائر يسير على هذا النهج، حيث قضى مجلس الدولة ببطلان عقد إداري جاء مشوب بعيب في أحد أركانه، وقد جاء في القرار "*...أنه يترتب على كل تصريح كاذب البطلان.... حيث وأنه يتعين إلغاء القرار المستأنف ومن جديد التصريح ببطلان عقد بيع المحل...*"[3]

وقد كرس المشرع الجزائري هذا الحق من خلال نص المادة 99 من القانون المدني التي نصت على أنه: **"إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق"**[4]

ثانيا: دعاوى المسؤولية العقدية.

تلتزم المصلحة المتعاقدة بمجرد إبرام العقد بتنفيذ التزاماتها التعاقدية، وتختلف التزامات الإدارة المتعاقدة باختلاف العقد الإداري وأهمها الالتزام بأداء المقابل المالي وتمكين المتعاقد من البدء في التنفيذ[5] ، وفي حالة إخلالها بهذه الالتزامات يولد مسؤوليتها المرتبة لحق المتعاقد في الحصول على تعويض عما أصابه من ضرر وما فاته من كسب، وتقوم مسؤولية الإدارة في هذه الحالة على أساس الخطأ، فإذا انتفى الخطأ انتفت المسؤولية العقدية.[6]

1- المحكمة الإدارية العليا المصرية طعن رقم 2284، جلسة يوم 1995/03/09، أشار إليه د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ض 307.

2- أنظر د. رحماني راضية، مرجع سابق، ص 262.

3 - قرار مجلس الدولة في 2001/07/09، فهرس 516 (غير منشور).

4- ما يلاحظ على هذا النص أن المشرع أخطأ في صياغته، بحيث عوض أن ينص على أنه "...فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا **العقد**" وردت كلمة "**الحق**" بدل "**العقد**" الأمر الذي يستوجب استدراكه بإعادة صياغة هذه المادة.

5 - SHWEKAT Aiad, op.cit. p 180.

6- أنظر د. بن أحمد حورية، مرجع سابق، ص 286.

تعتبر الدعاوى المتعلقة بالحصول على المبالغ المالية من أكثر دعاوى القضاء الكامل في مجال العقود الإدارية، والتي تكاد أن تغطي على بقية المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية.[1]

فالمقابل المالي هو دافع المتعاقد مع الإدارة لإبرام العقد، والذي قد يكون ثمنا للبضائع الموردة، أو الخدمة المطلوبة، أو الأشغال المتعاقد على تنفيذها.[2]

كما قد يتمثل المقابل المالي في الرسم الذي يكون في عقود الامتياز، حيث أن المتعاقد في عقد الامتياز يحصل عن المقابل المالي من المنتفعين بخدمات المرفق محل الامتياز، ويتخذ المقابل المالي في هذه الحالة صورة الرسم. [3]

تلتزم الإدارة المتعاقدة بأداء المقابل المالي للمتعاقد وإذا أخلت بالتزاماتها في هذا الشأن يجوز له اللجوء إلى الجهة القضائية المختصة للمطالبة به.[4]

من التطبيقات القضائية في هذا شأن القرار الصادر عن مجلس الدولة في 2005/07/12، والذي قضى *"... أن المستأنف أنجز الأشغال المتفق عليها كما أنه بعث بالوضعية الأولى بمبلغ 459.511.92 دج والتي تم تسديد مقابلها دون صعوبة، إلا أن الوضعية الثانية بمبلغ 446.035.73 دج لم يتم تسديدها، مما اضطر بالمستأنف عليه لرفع دعوى أمام الجهة القضائية الأولى...، حيث أنه وفيما يتعلق بالعجز المالي فإنه لا يمكن للمستأنف التمسك بهذا الوجه، ....، فلا يمكن للبلدية الالتزام بأشغال دون أن تتوفر على القروض الضرورية لذلك"*.[5]

وفي قرار آخر بتاريخ 2005/07/12 قضى مجلس الدولة بأنه "...*حيث أن هذه الأشغال الإضافية كانت ضرورية لإنهاء مشروع دار الشباب ... وأن الأشغال الإضافية وبما أنها كانت ضرورية للإنجاز*

1- أنظر د. عمار بوضياف، مرجع سابق، ض 145.

2- أنظر د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 556.

3- أنظر د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، 497.

- Voir dans le même sens BEN ALI PRIEUR Nabila, les contrats d'exploitation des biens immatériels, étude de droit français et droit marocain, Thèse, université de Strasbourg, 2014, p 297.

4- وقد حدد المشرع الجزائري كيفيات تحديد وتعديل الأسعار وكذا الكيفيات التي يدفع بها المقابل المالي للمتعامل المتعاقد من خلال المواد من 96 إلى 123 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

5- قرار مجلس الدولة بتاريخ 2005/07/12، تحت رقم: 20289 في قضية رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية ثنية الأحد ضد (ز.د)، مجلة مجلس الدولة، 2005، العدد 07، ص86.

حسب قواعد الأشغال المطالب بإنجازها فإن صاحب المشروع ملزم بتسديدها، حتى و إن لم يتلقى أي أمر بإنجاز هذه الأشغال..." [1]

من بين دعاوى المسؤولية العقدية أيضا الدعاوى المتعلقة بالتزام الإدارة بتمكين المتعاقد من البدء في التنفيذ، فالتقيد بمهلة التنفيذ يشكل شرطا أساسيا بالنسبة لطرفي العقد، لاسيما بالنسبة للمتعاقد، الذي يلتزم بالمدة المحددة في دفتر الشروط، وإلا طبقت عليه جزاءات التأخير.[2]

لكن قد يكون سبب تأخر المتعاقد من تنفيذ الأشغال راجع إلى الإدارة المتعاقدة بسبب عدم تمكينه من موقع الأشغال أو من مخططات المشروع محل الصفقة، أو لأي سبب آخر يرجع إليها، ففي هذه الحالة يقع على عاتق المصلحة المتعاقدة تحمل مسؤولية هذا التأخير.[3]

ومن التطبيقات القضائية قرار مجلس الدولة بتاريخ 2004/09/21، الذي قرر مسؤولية المصلحة المتعاقدة في حالة تسبب الإدارة في تأخر الأشغال، وقضى بالتعويض للمتعاقد معها.[4]

ثالثا: الدعاوى المتعلقة بممارسة الإدارة لامتيازاتها.

تتمتع الإدارة في مجال العقود الإدارية بسلطات استثنائية لا نظير لها في عقود القانون الخاص، وهذه الامتيازات والسلطات على درجة كبيرة من الأهمية والخطورة اتجاه المتعاقد معها[5]، وذلك بمبرر المصلحة العامة والحفاظ على سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، ومن بين هذه السلطات سلطة الإشراف والرقابة، سلطة تعديل العقد بإرادتها المنفردة، وسلطة توقيع الجزاءات.

1- قرار مجلس الدولة بتاريخ 2005/07/12، تحت رقم: 22350، في قضية (ق.م.ع) ضد مدير الشباب والرياضة لولاية البويرة، مجلة مجلس الدولة 2005، العدد 07، ص 92.

- أنظر في هذا الشأن أيضا - قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 2004/01/20، تحت رقم: 13401، في قضية والي ولاية بسكرة، ضد (م. ت. ع.ط) مجلة مجلس الدولة، العدد 07 سنة 2005، ص 74.

- قرار مجلس الدولة صادر بتاريخ 2003/04/15، تحت رقم: 8072، في قضية مقاولة الأشغال العمومية (ل.م) ضد بلدية تنس، مجلة مجلس الدولة، العدد 04، لسنة 2003، ص80.

- قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا بتاريخ 1997/07/06، تحت رقم 124356، في قضية والي تيزي وزو ضد (م.م)، المجلة القضائية لسنة 1998 العدد 01، ص 179.

2- عبد اللطيف قطيش، الصفقات العمومية تشريعا وفقها واجتهادا، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2010 ، ص 114.

3- أنظر المادة 147 من المرسوم الرئاسي 15-247.

4- قرار مجلس الدولة بتاريخ 2004/09/21، تحت رقم 15885، في قضية بلدية سكيكدة ضد مقاولة (م.ب)، مجلة مجلس الدولة، العدد 07، سنة 2005، ص77.

5- أنظر د. بشار جميل عبد الهادي، مرجع سابق، ص 84.

ففي إطار ممارسة المصلحة المتعاقدة لحق الإشراف والرقابة قد تصدر بعض التعليمات والأوامر تنفيذية، والإنذارات التي توجهها للمتعاقد معها أثناء تنفيذ العقد[1]، وينقلب المتعامل المتعاقد إلى جهة تنفيذ التعليمات الصادرة عن الإدارة.[2]

وتعد سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة من أهم وأخطر السلطات التي تمتلكها جهة الإدارة تجاه المتعاقد معها، ذلك أنها تضفي على العقد الإداري مرونة تضيق وتتسع بحسب مدى هذه السلطة[3]، فالمصلحة المتعاقدة بما لها من سلطة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة، يمكن أن تعدل من الأعباء المالية للمتعاقد، أو كمية الأعمال الأشغال المنصوص عليها في العقد بالزيادة أو النقصان، على خلاف ما هو منصوص عليه في العقد، وليس للمتعاقد أن يحتج على ذلك ولا أن يتمسك بالحقوق المكتسبة[4]، ولا قاعدة العقد شريعة المتعاقدين المقرر في قواعد القانون الخاص.[5]

كما أن الإدارة تملك توقيع عدة جزاءات على المتعاقدين معها في كافة العقود الإدارية[6]، ففي حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية مثل الاهمال أو التأخر في التنفيذ، أو الغش أو سوء التنفيذ يمكن للإدارة دون اللجوء إلى القضاء ومن دون الحاجة إلى إثبات وقوع الضرر أن تفرض بعض الجزاءات، وذلك لاتصال العقد بالمرفق العام والمصلحة العامة.[7]

إلا أن السلطات التي تملكها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها ليست مطلقة، بل تخضع لضوابط وشروط منها على وجه الخصوص مبررات المصلحة العامة وحسن سير المرافق العامة، وإلا شكل ذلك خطأ من جانب الإدارة.[8]

وبهدف إجراء التوازن بين ممارسة الإدارة لسلطاتها وضمان حقوق المتعاقد معها يجوز لهذا الأخير اللجوء للقضاء من أجل المطالبة بالتعويض عن الأعباء المالية الناتجة عن ممارسة الإدارة لسلطاتها. [9]

1- أنظر د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص 115.

2- أنظر د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، مرجع سابق، ص09.

3- أنظر بة يمان جلال حسن، مرجع سابق، ص 73.

4- أنظر د. خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 328.

5- أنظر محمد الصغير بعلي، القرارات والعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 268.

6- أنظر د. حسن عبد الله حسن، مرجع سابق، ص 328.

7- راجع د. خليل صالح السامرائي، مرجع سابق، ص 174، 175.

8- أنظر د. رحماني راضية، مرجع سابق، ص 285.

9- أنظر د. عمار بوضياف، مرجع سابق، ص08.

ومن التطبيقات القضائية في هذا الشأن قضى مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 02 فبراير 1983 في قضية « Union des transports publics urbains et régionaux » حيث أقر مجلس الدولة بأحقية الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة، وفي المقابل، يستوجب الأمر تعويض المتعاقد مع جهة الإدارة عما لحقه من ضرر جراء هذا التعديل.[1]

وقد قضى مجلس الدولة في الجزائر في قرار صادر في 2003/04/15 في نزاع حول تعديل في الصفقة ومراجعة الأسعار بحيث قضى مجلس الدولة بتأييد الحكم الذي قضى للمتعاقد بحقوقه مقابل مراجعة أسعار الأشغال الإضافية على الرغم من رفض طلبه المتضمن الاستفادة من فوائد التأخير.[2]

كما قضى مجلس الدولة في شأن سلطة الإدارة في توقيع الجزاء في قرار صادر بتاريخ 1999/03/08 بأحقية الإدارة في توقيع غرامة التأخير في حالة عدم تنفيذ الأشغال في الآجال المحددة ولا يمكن التمسك بالقوة القاهرة من دون إثبات عدم التوقع والاستثناء.[3]

الفرع الثالث: القضاء الاستعجالي في مجال العقود الإدارية.

نظرا لعدم فعالية الوسائل القضائية التقليدية كدعوى الإلغاء التي توجه ضد القرارات الإدارية المنفصلة، التي تعرف بإجراءاتها الكثيرة والتي تستغرق وقتا طويلا، بحكم أن القاضي يبت فيها بعد إبرام الصفقة، وفي بعض الأحيان يكون الفصل النهائي بعد تنفيذ الصفقة[4]، لأجل ذلك تدخل المشرع بنوع آخر من إجراءات الخصومة في مجال العقود الإدارية والتي يكرس من خلالاها مبدأ الشفافية والمساواة، ويواجه بموجبها القضايا والنزاعات التي تتطلب السرعة ولا تحتمل التأخير حماية لحقوق والمراكز القانونية للأطراف[5]، وتتمثل هذه الإجراءات في القضاء الاستعجالي في مجال العقود الإدارية، وتقتضي دراسة هذا الموضوع التطرق إلى النقاط التالية:

1- أشار إليه د. السيد فتوح محمد هنداوي، مرجع سابق، ص 142.

2- قرار مجلس الدولة بتاريخ 2003/04/15، رقم: 6052، مجلة مجلس الدولة، لسنة 2003، العدد 04، ص71.

3- قرار مجلس الدولة بتاريخ 1999/03/08، فهرس 125، قرار غير منشور، سبق الإشارة إليه.

4- أنظر - لعلام محمد مهدي، مرجع سابق، ص 15.

5- أنظر موساوي فاطمة، دور القضاء الإداري الاستعجالي في مادة الصفقات العمومية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 11، سبتمبر 2018، ص 266.

أولا: مفهوم القضاء الاداري الاستعجالي في مجال العقود الإدارية.

إن الإحاطة بمفهوم القضاء الاستعجالي في مجال العقود الإدارية تتطلب الوقوف على تحديد مفهومه وإعطاء لمحة تاريخية عن تطوره، ودوافع المشرع الجزائري لتكريسه

01- تعريف القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال العقود الإدارية.

لقد أحجم المشرع الجزائري شأنه في ذلك شأن المشرع الفرنسي عن وضع تعريف للاستعجال، تاركا ذلك للفقه والقضاء.

يعرف الفقه "القضاء الاستعجالي" على أنه "إجراء يكون الهدف منه الفصل بأقصى سرعة ممكنة في القضايا المستعجلة، وفي الحالة التي تثير فيها السندات والأحكام إشكالات تتعلق بتنفيذه، ولكن فقط بطريقة مؤقتة دون المساس بأصل الحق"[1]، وهذا ما يعرف بالاستعجال بالطبيعة[2]

إلا أن الاستعجال في مجال العقود الإدارية يأخذ تعريف آخر ويطلق عليه بمصطلح "**الاستعجال ما قبل التعاقدي**" « le référé précontractuel » وهو الاستعجال القانوني.

ويعرف الاستعجالي ما قبل التعاقد على أنه "إجراء قضائي تحفظي مستعجل خاص، الهدف منه حماية العلانية والمنافسة بشكل فعال قبل إتمام إبرام الصفقة العمومية وذلك عن طريق إجراءات للدعوى الإدارية الاستعجالية"[3]

يعرف أيضا بأنه "ذلك الإجراء الذي يفرض رقابة صارمة على العقود والصفقات العمومية قبل إبرامها بصفة استعجالية في حالة عدم مراعاة قواعد العلانية والمنافسة، عن طريق منح القاضي سلطات واسعة وغير مألوفة في الإجراءات القضائية الاستعجالية العادية وذلك بهدف حمايتها." [4]

ويمكن تعريفه على أنه إجراء قضائي مستعجل خاص بنص القانون، الهدف منه حماية قواعد العلانية والمنافسة قبل إبرام العقد الإداري، وذلك عن طريق اعطاء القاضي سلطات واسعة غير مألوفة في

1- لحسين بن شيح آث ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري، دار هومة للنشر، الجزائر، 2011، ص 12.

2- للاطلاع على تعريفات أخرى راجع: - أنظر د. شوقي يعيش تمام، سلطة القاضي الإداري في مجال الرقابة على إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية في النظام القانوني الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور خنشلة، العدد 09 جانفي 2018، ص 346.- د. طاهري حسين، قضاء الاستعجال فقها وقضاء، دار الخلدونية، الجزائر، 2005، ص 05. – د. تياب نادية، مرجع سابق، ص 254

3- أنظر خيرة هلابي، الاستعجال في ظل أحكام قانون 08-09، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمار ثلايجي، الأغواط، العدد 02 جوان 2015، ص304.

4- أنظر د. كنتاوي عبد الله، القضاء الاستعجالي في مادة العقود الإدارية في القانونين الجزائري والفرنسي، أطروحة دكتوراه علوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2018/2017 ، ص 27.

القضاء الاستعجالي بالطبيعة، فهو يختلف عن القضاء الاستعجالي العادي (بالطبيعة) في مسألة المساس بأصل الحق، كما سيتم تبيانه.

02- نشأة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال العقود الإدارية.

يعود الفضل في إرساء هذا النوع من الاستعجال الخاص بالعقود الإدارية إلى المشرع الأوروبي وذلك من خلال التعليمة 89-665 بتاريخ 21 ديسمبر 1989 التي وردت تحت عنوان "الطعن والرقابة في مجال الصفقات العمومية للتوريدات والأشغال"[1]، وبناء عليه تبنى المشرع الفرنسي هذا التوجه بصدور القانون 92-10 المؤرخ في 04 جانفي 1992[2]، والقانون 92-13 الصادر بتاريخ 25 فيفري 1992 المتعلق بالصفقات المبرمة في القطاعات الخصوصية في مجالات الطاقة، المياه، النقل والاتصالات[3] ، كما تم إدراج هذه الأحكام في المادتين 22 و23 من قانون المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية[4]، ثم تناولها الفصل الأول من الباب الخامس من التعديل الجديد لقانون القضاء الإداري تحت عنوان: « Le référé en matière de passation de contrats et marchés»، وخص القسم الأول منه بعنوان "الاستعجال قبل التعاقدي" « le référé précontractuel »[5]، وكان يقتصر الأمر على الفترة السابقة لإبرام الصفقات العمومية، فلم تكن تقبل الدعاوى التي يتم رفعها بعد إبرام العقد.[6]

غير أن إبداع القضاء الإداري الفرنسي الخلاق أبى إلا أن يبتكر اجتهادا حديثا أسس نظرية جديدة في مجال منازعات العقود الإدارية، وكان ذلك لأول مرة في قرار مجلس الدولة بتاريخ 16 جولية 2007، في قضية « société Tropico travaux signalisation ».[7]

---

1 - Voir , Directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux.

2- Loi n° 92-10 du 4 janvier 1992 relative aux recours en matière de passation de certains contrats et marchés de fournitures et de travaux, précité.

3- أنظر - لعلام محمد مهدي، القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد الخامس، يونيو 2015 ، ص 19.

4- أنظر د. كسال عبد الوهاب، سلطة القاضي الإداري في توجيه الأوامر للإدارة، أطروحة دكتوراه علوم، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 01، الجزائر، 2015، ص 227.

5- Voir , l'article R551 du code de justice administrative, - www.Legifrance.gouv.fr, consulté le 27/01/2020 à 08h30

6- للتفصيل أكر راجع: - د. خضري حمزة، مرجع سابق، ص 304، 305. - د. رحماني راضية، مرجع سابق، ص 296.

7 - CE,16 juillet 2007, n 291545, Sté Tropico Travaux Signalisation, Rec. p.360.

حيث قرر أنه يمكن للغير المطالبة بوقف الصفقة ذاتها بعد ابرامها بالتبعية لحقهم في مخاصمة العقد ذاته[1]، وبمقتضى هذا القرار أقرت جمعية المنازعات لمجلس الدولة للمترشحين الذين تم استبعادهم، حق اللجوء إلى القضاء الإداري في أجل شهرين من تاريخ إبرام العقد، حيث يملك القاضي في إطار دعوى القضاء الكامل عدة سلطات في حالة وجود عيب في العقد، فله أن يأمر بفسخ العقد، أو بتعديل بعض شروطه، أو بمتابعة تنفيذ العقد، أو حتى بتعويض المدعي.[2]

وبعدها كرس المشرع الفرنسي ذلك من خلال تعديله لقانون القضاء الإداري، حيث أصبح يمكن للقاضي الإداري إبطال الصفقة العمومية حتى بعد الإمضاء عليها، في أجل 31 يوما من تاريخ النشر، وستة أشهر من تاريخ ابرام العقد في حالة إغفال إجراء النشر.[3]

أما بالنسبة للنظام الجزائري فقد كان هناك فراغ تشريعي، حيث أن قانون الإجراءات المدنية السابق، لم يتضمن إلا مادة وحيدة هي المادة 171 مكرر[4]، والتي نظمت بشكل سطحي أحكام القضاء الاستعجالي في المواد المدنية والإدارية على حد سواء رغم وجود اختلاف بينهما.[5]

و بعد صدور الأمر 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإداري تم استحداث القضاء الاستعجالي ما قبل التعاقدي بموجب المواد 946، 947 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والذي يعتبر من أهم مستجدات هذا القانون، في مادة العقود والصفقات العمومية، ولعل السبب في ذلك يعود لرغبة المشرع في إيجاد آلية سريعة لمواجهة الأوضاع المستعجلة في مجال العقود والصفقات العمومية[6]، فلقد حاول المشرع الجزائري من خلال هذه الآلية تكريس مبدأ الشفافية والمساواة وتعزيز آليات الرقابة في مجال العقود الإدارية. [7]

1- - للاطلاع أكثر عن وقائع هذه القضية راجع: - د. كنتاوي عبد الله، مرجع سابق ، ص 32. - بزاحي سلوى، رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، revue Académique de la recherche juridique، المجلد 03 العدد 01، لسنة 2012، ص 39.

2- Bernard KREPPER, Rationalisation des référés et recours en matière de contrats et marchés publics, CCI de région Paris Ile-de-France, 2013, p.25.

3- Voir, l'article R551-7, créé par Décret n 2009-1456 du 27 novembre 2009-art 1. Modifié par Décret n 2016-360 du 25 mars 2016- art 180.

4- راجع المادة 171 مكرر من الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج.ر عدد 47، لسنة 1966.

5- أنظر بزاحي سلوى، مرجع سابق ص 32.

6- أنظر د. شوقي يعيش تمام، مرجع سابق، ص 346.

7- أنظر عبد النور سهام، مكانة قضاء الاستعجال الإداري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة العلوم الانسانية، العدد 48، ديسمبر 2017، ص66.

ثانيا: نطاق الاستعجال في مجال العقود الإدارية.

تنص الفقرة الأولى المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه *"يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة، وذلك في حالة الاخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية."* [1]

يفهم من ذلك أن المشرع أخضع لاختصاص قاضي الاستعجالي القانوني بعض المنازعات التي تنشأ في مرحلة إبرام العقد الإداري مثل عقود الالتزام وعقود القرض العام أو التي تنشأ في مرحلة ابرام الصفقة العمومية[2]، وذلك في حالة الإخلال بإجراءات الإشهار والمنافسة، وهذا ما أكدته الفقرة الثالثة من المادة أعلاه، والذي جاء فيها أنه يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد.[3]

وبناء على ذلك فإن كافة الإجراءات التي تتخذ في مرحلة الإبرام سواء تعلقت بإبرام الصفقة أو تأهيل المترشحين أو الاقصاء من المشاركة أو اختيار المتعامل المتعاقد، لها علاقة بالإشهار والمنافسة، وهذه الإجراءات تتخذ من قبل المصلحة المتعاقدة على شكل قرارات منفصلة عن الصفقة، يكون الطعن فيها أمام قاضي الاستعجالي القانوني.[4]

وقد أخضع المشرع منازعات الإبرام لإجراءات الاستعجال القانوني حماية للمصلحة العامة ومن أجل المحافظة على المال العام، بحيث يؤدي ذلك إلى عدم توقف المشاريع واتمامها في آجالها المحددة، من خلال حل المنازعات بشكل سريع، بالإضافة إلى حماية مصلحة المتعاقد من خلال تقرير مبدأ الشفافية وقواعد العلانية والمنافسة، ناهيك عن حماية مصلحة الغير القائم بالطعن حتى يتحدد مصيره بالنسبة للصفقة أو العقد الإداري في أقرب الآجال.[5]

1- على خلاف مواد الاستعجال الأخرى فإن المادة تستعمل مصطلح "المحكمة الإدارية" بدلا عن "قاضي الاستعجال" ويعاب على ذاك أنه قد يفهم من المحكمة الإدارية قاضي الموضوع أو قاضي الاستعجال فالمشرع لم يكن دقيقا في ذلك، وترك الأمر على عمومه، وذلك على الرغم من أن المادة جاءت في الفصل الخامس تحت عنوان "الاستعجال في مادة ابرام العقود والصفقات"

2- والتي تتمثل في صفقة إنجاز الأشغال، اقتناء اللوازم، إنجاز الدراسات وتقديم الخدمات المنصوص عليها في المادة 02.

3- أنظر جدي سليمة، رقابة القضاء الاستعجالي على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، جامعة غرداية، المجلد 10، العدد 01، 2017، ص 312.

4- أنظر د. تياب نادية، مرجع سابق، ص 263.

5- أنظر جدي سليمة، مرجع سابق، ص 313.

وعلى الرغم من أن المادة جاءت عامة تشمل العقود الإدارية والصفقات العمومية، إلا أن المشرع أخرج بعض العقود من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[1]، وبالتالي لا تخضع في تطبيقها لهذا المرسوم، ومنه فإنه يتم استبعادها من نطاق دعوى الاستعجال القانوني، وهي العقود المذكورة في المادة 07 من المرسوم الرئاسي 15-247.[2]

ثالثا: سلطات القاضي الاستعجالي في مجال العقود الإدارية.

إن القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي في مجال العقود الإدارية هو إجراء قضائي تحفظي مستعجل خاص، الهدف منه حماية قواعد المساواة والعلانية والمنافسة بشكل فعال قبل إبرام العقد الإداري أو الصفقة العمومية، وذلك عن طريق إعطاء القاضي سلطات واسعة غير مألوفة في الإجراءات القضائية الإستعجالية العامة[3]، وتعتبر تلك السلطات الممنوحة للقاضي بمثابة رد السلطات التي تمتلكها المصلحة المتعاقدة أثناء إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية.[4]

يعتبر الاستعجال قبل التعاقدي صورة خاصة للاستعجال ومتميزة لما يملك القاضي من سلطات واسعة تتجاوز سلطات قاضي الاستعجال المنحصرة في اتخاذ إجراءات تحفظية أو وقتية، مع ميزة الفصل في أقرب الآجال طبقا لإجراءات قضائية خاصة، بحيث يجد القاضي نفسه مخول بسلطات قاضي الموضوع[5]، وهذا ما جعل البعض يقترح تسميتها *"بالقضاء الاستعجالي الموضوعي قبل التعاقدي."*[6]

وتتمثل السلطات التي يتمتع بها القاضي الاستعجالي في مجال العقود الإدارية فيما يلي.

01)- سلطة توجيه الأوامر للإدارة.

هي سلطة تمنح للقاضي حق توجيه أمر للإدارة بقصد تصحيح الخلل الذي يمس إجراءات المنافسة والعلانية[7]، وكان من المستقر عليه في فرنسا أن القاضي لا يمكن له أن يأمر الإدارة بأن تقوم أو تمتنع

1- راجع المادة 07 من المرسوم الرئاسي 15-247.

2- أنظر د. كنتاوي عبد الله، مرجع سابق، ص 66.

3- أنظر بزاحي سلوى، مرجع سابق، ص 31.

4- أنظر لعلام محمد المهدي، مرجع سابق، ص 29.

5- أنظر د. كسال عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 227.

6- أنظر د. كنتاوي عبد الله، مرجع سابق، ص 42.

7- أنظر لعلام محمد مهدي، السابق، ص 30.

عن القيام بعمل، أو أن يحل محلها من أجل القيام بعمل[1]، استنادا إلى أن ذلك يشكل مساسا بمبدأ الفصل بين السلطات[2]، وهذا ما كان قد أكد عليه مجلس الدولة الفرنسي في الكثير من أحكامه[3]، إلا أن هذه المبدأ لم يكن مطبق على إطلاقه في فرنسا.[4]

أما بالنسبة للقضاء الإداري في الجزائر فقد أكد على حظر توجيه أوامر للإدارة، ومن ذلك قرار مجلس الدولة في 08-03/1999، الذي جاء فيه، *"...حيث أنه لا يمكن للقاضي الإداري أن يأمر الإدارة"*.[5]

وبصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي وسع من سلطات القاضي الاستعجالي ذلك بأن يأمر القاضي بكل الإجراءات والتدابير الضرورية الرامية على حماية حريات الأساسية في حالة اعتداء جسيم وغير مشروع[6]، وذلك اقتداء بالمشرع الفرنسي وتحديدا من نص المادة 02/521 من تقنين القضاء الإداري الفرنسي.[7]

كما أكد المشرع على إمكانية توجيه أوامر للإدارة في مجال العقود الإدارية والصفقات العمومية من خلال المادة 04/946 التي نصت على انه "**يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الاخلال بالامتثال لالتزاماته، وتحديد الأجل الذي يجب أن يمتثل فيه**"

يلاحظ من خلال هذه المادة أن القاضي الاستعجالي الإداري أصبح بإمكانه توجيه أوامر للإدارة من أجل الامتثال لالتزاماتها، كأن يأمرها بإعادة نشر الإعلان عن الصفقة مستوفيا لبياناته الالزامية، أو

1- أنظر د. فريدة مزياني، - أ. آمنة سلطاني، مبدأ حضر توجيه أوامر من القاضي الإداري للإدارة والاستثناءات الواردة عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة المفكر، المجلد 06، العدد 07، 2011 ، ص 122.

2- أنظر أ. حسينة شرون- أ. عبد الحليم بن مشري، سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة بين الحظر والإباحة، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد الثاني، العدد الثاني، 2006 ، ص 230.

3- للاطلاع على قرارات مجلس الدولة في هذا الشأن راجع د. كسال عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 14 وما بعدها. – أنظر أيضا: - أ. حسينة شرون- أ. عبد الحليم بن مشري، مرجع سابق، ص 230.

4- أنظر د. بن أحمد حورية، مرجع سابق، ص 224.

5- قرار مجلس الدولة بتاريخ 1999/03/08 في قضية (ب.ر) ضد والي ولاية ميلة، قرار غير منشور، أشار إليه لحسين بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، الطبعة الخامسة 2010، ص 83.

6- راجع المواد: 920، 921، 942، 943 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

7- أنظر قزلان سليمة، توسيع سلطة القاضي الإداري للاستعجال في توجيه أوامر للإدارة لحماية الحريات الأساسية بموجب القانون 09-08(ق ا م) تفعيل للعدالة الإدارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 48، العدد 04، ص 34.

يأمرها بقبول مترشح مستبعد من دخول الصفقة دون وجه حق، وهو ما يجعله يتدخل في أصل الحق وينظر في موضوع الدعوى خلافا للقواعد العامة المعروفة في القضاء الاستعجالي.[1]

02)- سلطة الحكم بالغرامة التهديدية.

الغرامة التهديدية هي إجراء يهدف لضمان تنفيذ الأحكام القضائية، حيث يستطيع القاضي بموجب هذا الإجراء أن يوجه للإدارة أمر بتنفيذ الأحكام القضائية، بما فيها الأوامر، في خلال مدة معينة[2]، وهي وسيلة قانونية نظمها المشرع الجزائري بالمواد 980 إلى 986 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.[3]

وفي مجال منازعات العقود الإدارية والصفقات العمومية أكد المشرع صراحة بموجب المادة 946 في فقرتيها 04 و05 على إمكانية اللجوء إلى الغرامة التهديدية في حالة الاخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة. [4]

إلا أن هذه السلطة لا توقع إلا بعد انقضاء الأجل المحدد في الأمر للامتثال لالتزامات الإشهار والمنافسة، ومنه فلا يمكن الجمع بين سلطة توجيه الأمر للإدارة بالامتثال لالتزاماتها وتوقيع الغرامة التهديدية في آن واحد. [5]

03)- سلطة وقف إبرام العقد.

يتمتع القاضي الإداري بسلطة وقف تنفيذ القرارات الإدارية، ومنه فإن القرارات المنفصلة التي تتعلق بالصفقة تدخل ضمنها، ويملك القاضي سلطة وقف تنفيذها[6]

1- بزاحي سلوى، مرجع سابق، ص 42.

2- أنظر د. كسال عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 164.

3- تجدر الإشارة إلى أن مجلس الدولة وقبل صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية بموجب الأمر 08-09، سبق له وأن قرر بجوازية الحكم بالغرامة التهديدية من خلال القرار الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 1999/03/03، فهرس 94، قرار غير منشور، مشار إليه من قبل لحسين بن الشيخ أث ملويا، مرجع سابق، ص 33 إلى 39.

4- حيث نصت على أنه "***يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الاخلال بالامتثال لالتزاماته، وتحدد الأجل الذي يجب أن يمتثل فيه. ويمكن لها أيضا الحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الأجل المحدد.***"

5- توفيق زيد الخليل، حنان علاوة، سلطات القاضي الإداري الاستعجالي في توجيه أوامر للإدارة في ظل قانون 08-09 "إصلاحات قانونية جديدة بضمانات ضعيفة"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 12، جانفي 2018، ص 606.

6 - Catherine BERGEAL, Frédéric LENICA, Le contentieux des marchés publics, groupe Imprimerie nationale, 2004, Paris. P 195.

وسلطة وقف ابرام العقد الإداري أو الصفقة العمومية، ووقف تنفيذ أي قرار يتصل بها تعتبر سلطة خطيرة تعمل على شل العملية التعاقدية، في حال تسجيل أي مخالفة لقواعد العلانية والمنافسة.[1]

وبالرجوع إلى الفقرة السادسة من المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يتضح أن المشرع خول للقاضي سلطة تأجيل إمضاء العقد، ووقف تنفيذ أي قرار يتصل به في حال اخلال المصلحة المتعاقدة بقواعد الإشهار والمنافسة.

وعلى خلاف سلطة توجيه الأوامر للإدارة وسلطة توقيع الغرامة التهديدية، فإن سلطة توقيف أو تأجيل إمضاء العقد تعتبر إجراء وقائي محض يباشره القاضي بمجرد إخطاره من دون الحاجة للتأكد من ثبوت المخالفة من عدمه.[2]

من خلال ما سبق نستنتج أن القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي هو أسلوب خاص أعده المشرع في سبيل معالجة بعض الإشكالات التي يمكن أن تحدث عند مرحلة ابرام العقد الإداري والصفقة العمومية، وحماية قواعد العلانية والمنافسة، والذي من خلاله أعطى للقاضي الاستعجالي سلطات واسعة وغير مألوفة يجعل منه يتدخل في أصل الحق وينظر في موضوع الدعوى خلافا للقواعد العامة المعروفة في القضاء الاستعجالي.

وعلى الرغم من أن هذا النظام يعتبر غير مسبوق في التشريع الجزائري والذي من شأنه سد الفراغ في المنظومة القانونية، إلا أنه تتخلله بعض النقائص، منها عدم امتداد هذا النظام إلى ما بعد مرحلة الإبرام كما هو الشأن في النظام الفرنسي الذي منح للقضاء إمكانية إلغاء الصفقة حتى بعد امضائها في حالة الاخلال بقواعد المنافسة والعلانية، لاسيما وأن القضاء الإداري في الجزائر لا يزال غير خلاق، يعتمد في أحكامه على النصوص التشريعية.

1- د. بن أحمد حورية، مرجع سابق، 225.

2- أنظر لعلام محمد مهدي، السابق، ص 32.

المبحث الثالث: دور التحكيم في حل مناعات العقود الإدارية.

لقد عرفت التنظيمات القانونية المنظمة للصفقات العمومية والقوانين الإجرائية تطورات مستمرة وسريعة خاصة ما يتعلق منها بالتنفيذ وطرق تسوية المنازعات، فلم يعد القضاء الإداري هو الوسيلة الوحيدة للفصل في منازعات العقود الإدارية، ومن بين هذه الوسائل التحكيم الذي يعد من الطرق البديلة ويعتبر من أهم الضمانات الجاذبة للاستثمارات الأجنبية إلى جانب الاستقرار السياسي، الاقتصادي والتشريعي.[1]

فقد يكون عائقا كبيرا اقتصار الدولة المستقطبة للاستثمار الأجنبي على قضائها الوطني في حل المنازعات التي تثور في شأن العقود المبرة بينها وبين المتعامل المتعاقد الأجنبي، وهو ما يجعل المتعامل الأجنبي يتراجع عن استثمار أمواله لديها، الأمر الذي دفع بمعظم الدول إلى اعتماد التحكيم كنظام قانوني بديل لتسوية المنازعات التي قد تثور بين المؤسسات العمومية والمستثمر الأجنبي.[2]

وقد ثار التساؤل حول إمكانية الأخذ بالتحكيم واللجوء إليه في مجال القانون العام بوجه عام، ومن أجل الالمام بجميع جوانب موضوع التحكيم في مجال العقود الإدارية لابد من التطرق إلى مفهومه أولا، ثم تبيان مدى مشروعيته في كل من النظام القانوني الجزائري والنظم المقارنة.

المطلب الأول: مفهوم التحكيم

يعتبر التحكيم من أهم الوسائل البديلة لفض منازعات العقود الإدارية بطرق ودية ومن دون اللجوء إلى القضاء، وتقتضي دراسته التطرق إلى تعريفه وتحديد طبيعته القانونية.

الفرع الأول: تعريف التحكيم

يقصد بالتحكيم لغة " التفويض في الحكم" من مصدر "حكم" – بتشديد الكاف مع الفتح– فيقال حكم فلانا أي فوض اليه الحكم فيه[3]، ويقابل مصطلح التحكيم باللغة الفرنسية مصطلح « l'arbitrage » وهو

1- أنظر أ. حسان نوافل، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون المقارن، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2016، ص 10.

2- أنظر د. الطاهر برايك، تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي عن طريق التحكيم التجاري لدى التشريع الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، المجلد العاشر، العدد الثاني، الجزء الثاني، ص 260.

3- أنظر ابن منظور، معجم لسان العرب، ج 02، دار المعارف، لبنان، ص 952.

مشتق من فعل « arbitrer » ، والمأخوذ من الكلمة اللاتينية « Arbitrare » ، وتعني التدخل والحكم بصفته حكم.[1]

واصطلاحا فلا يختلف تعريف التحكيم في مجال العقود الإدارية عن التعريفات التي قدمت للتحكيم بصفة عامة[2]، فهو اصطلاح عام يقترن به مسميات فرعية، تختلف بحسب المنازعة المراد حسمها بالتحكيم، فإذا كانت المنازعة تجارية سمي بالتحكيم التجاري، وإذا كانت المنازعة مدنية اطلق عليه تحكيم مدني، في حين إذا كانت المنازعة إدارية سمي التحكيم إداريا.[3]

وقد اقترح الفقهاء عدت تعريفات للتحكيم فقد عرفه الفقه الفرنسي على أنه "النظام الذي بموجبه يسوي طرف من الغير خلافا قائما بين طرفين أو عدة أطراف ممارسا لمهنة قضائية عهدت إليه من قبل هؤلاء الأطراف.[4]

وعرفه أيضا بأنه "الاتفاق الذي بموجبه يلتزم شخصين أو أكثر على حسم المنازعات التي يمكن أن تنشأ أو نشأت فعلا عن طريق محكم أو عدة محكمين". [5]

وذهب الفقه العربي إلى نفس الاتجاه بحيث يعرف البعض التحكيم على أنه "اتفاق أطراف النزاع اتفاقا يجيزه القانون على اختيار بعض الأشخاص للفصل فيه، بدلا من القضاء المختص، وقبول إقراره بشأنه.[6]، أو هو أسلوب لفض المنازعات ملزم لأطرافها، وينبني على اختيار الخصوم بإرادتهم أفرادا عاديين للفصل فيما يثور بينهم من نزاع".[7]

1- أنظر جيرارد كورنو، ترجمة منصور القاضي، معجم المصطلحات القانونية، ط 01، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 1999، ص 420.

2- أنظر موساوي مليكة ، التحكيم كطريق بديل لحل النزاع في مجال الصفقات العمومية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر، العدد التاسع، سبتمبر 2015، ص179.

3- أنظر د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، المرجع السابق، ص 339.

4 - Charles JARROSON, la notion d l'arbitrage, L.G.D.J, Paris 1987, p 05.

5- « *La convention d'arbitrage est la convention par laquelle deux ou plus s'engagent à faire trancher par un ou plusieurs arbitres les litiges susceptibles de s'élever entre elles ou ceux qui les opposent déjà* », cité par Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN, Traité de l'arbitrage commercial international Litec éditions, Paris, 1996, p 209

6- أنظر د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المرجع السابق ، ص 315

7- أنظر د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع السابق ، ص165.

ويعرفه المشرع الجزائري على أنه *"الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوبه على التحكيم"*[1]، كما عرف شرط التحكيم على أنه الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم القانون، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم[2]

وعرفه المشرع الفرنسي في قانون الإجراءات المدنية على أنه "*.....الاتفاق الذي يتعهد بموجبها الأطراف في عقد أو عدة عقود على حل النزاعات التي تنشأ عن هذا العقد أو تلك العقود عن طريق التحكيم.....*"

«*La convention d'arbitrage prend la forme d'une clause compromissoire ou d'un compromis.*
La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un ou plusieurs contrats s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce ou à ces contrats.
Le compromis est la convention par laquelle les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage.»[3]

كما يعرفه المشرع المصري على أنه "*اتفاق الطرفين إلى الالتجاء إلى هيئة تحكيم لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية*"[4]

أما القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لهيئة الأمم المتحدة "اليونسترال" « UNCITRAL » لسنة 1985 فقد عرفت اتفاق التحكيم على أنه "*اتفاق الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات التي نشأت أو قد تنشأ بينهما بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية أو غير تعاقدية*" [5]

وعلى مستوى القضاء[6]، عرف مجلس الدولة الفرنسي التحكيم بأنه "يتمثل في سلطة القرار التي يعترف بها طرف ثالث والتسليم بصفة قضائية لقرار المحكم"[7]

1- راجع المادة 1011 من القانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2- راجع المادة 1007 من القانون الإجراءات المدنية والإدارية.

3 - voir, L'article 1442 du code de procédure civile, modifié par Décret n 2011-48 du 13 janvier 2011- art. 2.

4- راجع المادة 01/10 من قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994.

5- أنظر بوقراط أحمد، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 03، العدد 01، سنة 2019، ص 155.

6- للاطلاع على أحكام قضائية أخرى في شأن تعريف التحكيم راجع د. علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري ، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 273 وما بعدها

7- أنظر حسان نوفل، مرجع سابق، ص 69.

وعرفته المحكمة الإدارية العليا بمصر بأنه "اتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينة ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة"[1]

الفرع الثاني: خصائص التحكيم.

لا تختلف خصائص ومميزات التحكيم في مجال العقود الإدارية على تلك التي يتمتع بها التحكيم بصفة عامة والتي يمكن تبيانها فيما يلي:

أولا: سرعة الفصل في المنازعات.

تعتبر السرعة في الفصل في المنازعات من أهم الخصائص التي يتمتع بها التحكيم والتي تميزه وتفضله عن القضاء، الذي يتسمم بالبطء وكثرة الإجراءات، التي تؤدي إلى إطالة أمد النزاع ومنه تعطيل خدمات المرفق العام، وتضرر مصالح الأطراف[2]، وهذا ما يجعل من التحكيم آلية جد فعالة تمكن الأطراف من حل النزاع في أسرع وقت ممكن.[3]

ثانيا: بساطة الإجراءات وحرية الاختيار.

إذا كان القضاء يتميز بصرامة الإجراءات وكثرتها فإن أطراف النزاع في التحكيم يصلون إلى حكم نهائي قابل للتنفيذ من دون اتباع مختلف القيود والإجراءات الشكلية للتقاضي، حيث تعتبر اجراءات التحكيم بسيطة وليست معقدة، إذ يكفي في حالة النزاع إبداء رغبتهم فقط في اللجوء إلى التحكيم[4]، ويمكن أن تضبط في اتفاق التحكيم الإجراءات الواجب اتباعها في الخصومة، وقد لا يتفق الخصوم على القواعد التفصيلية التي تحكم إجراءات سير النزاع، وقد لا يختارون قانونا معينا ليحكم تلك الإجراءات، وفي هذه الحالة فإن هيئة التحكيم هي التي تحدد هذه الإجراءات في ضوء ما تراه مناسبا بخصوص النزاع المعروض عليها.[5]

1- حكم المحكمة العليا المصرية في الطعن رقم 886 لسنة 30 ق، جلسة 1994/01/18، مجموعة مبادئ المحكمة العليا، السنة 39، الجزء الأول، ص 691.

2- أنظر د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، المرجع السابق، ص 169.

3- أنظر مجرالي محمد لمين، التحكيم في منازعات الصفقات العمومية كضمانة قانونية لاستقطاب الاستثمارات الأجنبية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، الجزائر، العدد الثالث عشر، جويلية 2018، ص 807.

4- د. حمزة حداد، دور التحكيم في تسوية المنازعات، مجلة التحكيم الصادرة عن المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، العدد الخامس، يونيو 2000، ص 18.

5- أنظر الطاهر برايك، المرجع السابق، ص 264.

كما أن الأطراف لهم كامل الحرية في قبول اللجوء إلى التحكيم أو رفضه، ولهم الحرية كذلك في اختيار هيئة المحكمين، سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، الأمر الذي يحقق الطمأنينة الأطراف، لاسيما وأن اختيار هيئة التحكيم عادة ما يكون من ذوي الخبرة والكفاءة. [1]

ثالثا: سرية التحكيم.

أن من أهم الضمانات التي يكفلها التحكيم هي السرية، فعلى عكس القضاء الذي تعتبر فيه العلانية مبدأ من مبادئ العدالة[2]، فإن غالبية تنظيمات التحكيم تذهب الى اعتبار السرية مبدأ عام يجوز للأطراف الخروج عنه[3]، حيث أنه في الغالب ترغب الأطراف المتعاقدة في ابقاء النزاع في سرية حرصا على سمعتها وعدم تفشي أسرارها، لاسيما وأنه في المعاملات الدولية المعاصرة يولى لسرية البيانات والمفاوضات بالغ الأهمية، من ذلك عقود نقل التكنولوجيا والمعرفة الفنية وغيرها.[4]

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للتحكيم.

اختلف الفقه في بيان الطبيعة القانونية للتحكيم، فقد أخذ البعض بالنظرية العقدية استنادا إلى اتفاق الأطراف، واتجه رأي آخر إلى النظرية القضائية انطلاقا من طبيعة عمل المحكم، في حين اتجه رأي ثالث إلى النظرية المختلطة، فهو ليس اتفاقا محضا ولا قضاء محضا، فهو في أوله اتفاق، وفي وسطه إجراء وفي آخره حكم، فيما يرى اتجاه رابع بأنه ذو طبيعة خاصة مستقلة.

أولا: النظرية العقدية.

يعتبر أصحاب هذه النظرية أن للتحكيم طبيعة تعاقدية وليس قضائية، فإرادة الأطراف هي التي تصنع نظام التحكيم، وعليه فيكون المحكم وكيلا وليس قاضيا، فهو يستمد سلطانه من إرادة المتعاقدين[5]،

1- أنظر د. فطومة بودلال ، التحكيم في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه علوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2015-2016، ص 100.

2- أنظر د. أبوبكر أحمد عثمان النعيمي، الأساليب غير القضائية لتسوية منازعات عقد الأشغال العامة، دراسة مقارنة، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، السنة السابعة، العدد 27، أيلول 2015، ص 248.

3- من ذلك: - نص المادة 30 من نظام تحكيم محكمة لندن للتحكيم الدولي (L.C.I.A) ، - ونص المادة 40 من قواعد تحكيم مركز القاهرة الاقليمي للتحكيم التجاري الدولي، - ونص المادة 6 من القانون الأساسي لهيئة التحكيم الدولية التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس.

4- أنظر حسان نوفل، المرجع السابق، ص 85.

5- أنظر نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الخصومة، التنفيذ، التحكيم، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص 550، 551.

فأساس التحكيم يكمن في إرادة الأطراف في الالتجاء إليه ثم في اتفاقهم مع المحكمين على الانصياع والخضوع لما يصدرونه من أحكام.[1]

وهذه الشمولية في عمل الإرادة في التصور العقدي للتحكيم، جعلت أحد أشهر أنصاره الفقيه "كلاين" « KLEIN » يقول بأن التحكيم في أطواره المختلفة، إنما هو إجراء واحد قائم على إرادة الأطراف، وأنه من الضروري إقامة نظام واحد موحد للتحكيم حتى يمكن حل جميع مسائله.[2]

إلا أن هذه النظرية وجهت لها عدت انتقادات أهمها تتمثل في كون أن اتفاق التحكيم يمثل عنصرا من عناصر التحكيم ولا يمكن اعتباره كل التحكيم، ولا يعتبر اختيار نظام التحكيم تنازلا عن الحق في اللجوء إلى القضاء، كما أن إرادة الأطراف ليست دائما أساس اللجوء إلى التحكيم كما هو الشأن في التحكيم الإجباري.[3]

ثانيا: النظرية القضائية.

يذهب أنصار هذه النظرية إلى أن الطابع القضائي يغلب على طبيعة التحكيم، فعندما يتفق الأطراف على التحكيم فهم لا ينزلون على القضاء، وإنما يتنازلون فقط عن حق اللجوء إلى القضاء الرسمي للدولة مفضلين التحكيم باعتباره بمثابة قضاء خاص[4]، فالمحكم يمارس وضيفة قضائية كتلك التي يمارسها القاضي[5]، فالعناصر التي يشترطها الحكم القضائي والمتمثلة في الادعاء والمنازعة والعضو الذي يملك صلاحية حسم النزاع المثار متوفرة جميعها في حكم التحكيم، فيرى الأستاذ Motulsky أن "التحكيم نشأ لكي يحسم النزاع، وأن مهمة المحكم هي تماما نفس مهمة القاضي" [6]، كما أن قرار التحكيم يحوز حجية الشيء المقضي فيه، وتلك كلها خصائص مرتبطة بالأعمال القضائية.[7]

1- أنظر د. صبرينة جبايلي، أثر التحكيم على خصوصية العقد الإداري، أطروحة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم بواقي، الجزائر، ص21.

2- Voir, Frédéric. Édouard. KLEIN, Considérations sur l'arbitrage en droit international privé, édition Helbing-Lichtenhan, Bale, 1955, p 23 et p 43.

3- أنظر د. صبرينة جبايلي، مرجع سابق، ص 22.

4- أنظر صديق سهام، التحكيم في منازعات الصفقات العمومية، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، المجلد 01 العدد الأول، 2016، ص 113.

5- René David, Arbitrage et droit comparé, R.I.D.C, 1959, janvier-mars, n 1, volume 11, p 09-13.

6- Henri Motulsky, Écrits Études et notes sur l'arbitrage, préface de Claude Reymond, Dalloz, parution 11/2010. P 06 - 07.

7- أنظر د. ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 325، 326.

وقد ذهب إلى هذا الاتجاه الرأي الغالب في الفقه، ومعظم التشريعات الحديثة، ومن بين الحجج التي تم الاعتماد عليها هو أن جوهر التحكيم هو القضاء في المنازعة المعروضة عليه بحكم حاسم، ويتبع في ذلك الإجراءات التي تحددها الأنظمة القانونية، كما أن المحكم يلتزم بتطبيق قواعد القانون الوضعي، ويصدر عنه حكم يحوز حجية الشيء المقضي فيه.[1]

وعلى الرغم من أن الفقه الغالب يؤيد هذا الأمر إلا أنه قد وجهت إليه العديد من الانتقادات أهمها أن المحكم وإن كان يقوم بوظيفة الفصل في النزاع إلا أنه لا يتمتع بأهم صفات القاضي والمتمثلة في سلطة الأمر، مما يعني أن المحكم يقوم بصفة القاضي بصفة وقتية، أي حين النظر في النزاع.[2]

ثالثا: النظرية المختلطة.

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى ان التحكيم لا يتمتع بطبيعة واحدة تعاقدية كانت أو قضائية، بل يتمتع بطبيعة مزدوجة أو مختلطة، فيرون أن التحكيم ليس اتفاقا محضا ولا قضاء محضا، وانما هو نظام يمر على مراحل متعددة يتخذ في كل مرحلة طابعا مختلفا، فهو في أوله اتفاق، وفي وسطه إجراء وفي آخره حكم[3]، حيث أن هناك تأثيرات مزدوجة لكل من فكرة العقد وفكرة القضاء، فتتجسد الأولى من خلال مبدأ سلطان الإرادة، بينما تتجسد الثانية من خلال اقتضاء الحق في حق نشوب نزاع عن طري الانصياع لقواعد القانون والعدالة[4]، وقد وجهت انتقادات لهذه النظرية على أساس أنها لم تأتي بالجديد في تحديد طبيعة التحكيم، بحيث اعتمدت على الأسس التي اعتمد عليها كل من أنصار النظرية العقدية والنظرية القضائية، فلم تتصدى هذه النظرية لجوهر المشكلة، كما أنه من الصعب التسليم بطبيعتين مختلفتين للتحكيم في آن واحد.[5]

1- أنظر د. علي عبد الأمير قبلان، مرجع سابق، ص 283، 284.

2- أنظر د. نجيب أحمد ثابت الجبلي، التحكيم في القانون اليمني، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، مصر، 1997، ص 54.

3- أنظر د. باسود عبد المالك، حماية الاستثمارات الأجنبية على ضوء التحكيم المؤسسي، أطروحة دكتوراه، لية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2014-2015، ص 30.

4- أنظر د. سالمي نضال، دراسة مقارنة بين الصلح والتحكيم الداخلي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، الجزائر، 2015-2016، ص 125.

5- أنظر د. فطومة بودلال ، مرجع سابق، ص 68.

رابعا: نظرية الطبيعة المستقلة.

يرى البعض من الفقه إلى أن التحكيم ذو طبيعة خاصة وله ذاتية مستقلة تختلف عن بقية العقود، كما تختلف عن القضاء العام في الدولة، فيرى أصحاب هذا الاتجاه أنه يجب النظر إلى التحكيم نظرة مستقلة ولا يمكن تفسيره في ضوء المبادئ التقليدية لمحاولة ربطه بالعقد أو الحكم القضائي[1]، فهو يعد أسلوب بديل لحل المنازعات بطرق ودية بعيدا عن مرفق القضاء.[2]

وتقترب أغلب التشريعات كثيرا من هذا الاتجاه، فهي تنظم اتفاق التحكيم باعتباره وسيلة لحل المنازعات، دون أن تخلط بطبيعته العقدية التي تنتهي بإبرام العقد وقبول المحكم للمهمة، كما أن المحكم يلتزم بمراعات القانون ومراعات جميع ما ورد بنظام التحكيم، ويفرض حكمه كما يفرض على السلطات الأخرى شأنه في ذلك شأن الأحكام القضائية، وعلى اعتبار أن التحكيم نوع من القضاء تعين على المحكم الالتزام بالمبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام القضائي ومن أبرزها احترام حقوق الدفاع، ومعاملة الخصوم على قدم المساواة ومبدأ الوجاهية، وبهذا المعنى يتحلل إلى حق أطرافه في استبدال إجراءات التقاضي بإجراءات التحكيم، واستبدال قضاء الدولة بالمحكمين.[3]

يظهر من خلال عرض مختلف النظريات التي قيلت في شأن الطبيعة القانونية لنظام التحكيم أنه يرتب بعض النتائج الهامة التي ساقها الفقه والمتمثلة في أن التحكيم هو من الوسائل البديلة لحل المنازعات، والذي اتفق عليه الأطراف من خلال توكيله لطرف محايد يعطي رأيا خاصا يهدف من خلاله إلى حل النزاع المعروض أمامه، وأن رأيه هذا يكون ملزما للأطراف، وحسب رأيي فإن التحكيم هو نظام مستقل بذاته وهو ذو طبيعة خاصة، فهو ليس نظاما تعاقديا ولا قضائيا، فهو يختلف في وظيفته وطبيعته وإجراءاته عن القضاء، كما يختلف الوضع القانون للمحكم عن الوضع القانوني للقاضي.

1- أنظر د. بودالي خديجة، اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوب بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2014-2015، ص 28.

2- أنظر، موساوي مليكة، مرجع سابق، ص 183.

3- أنظر نبيل صقر، المرجع السابق، ص 559، 561.

المطلب الثاني: مدى مشروعية التحكيم في منازعات العقود الإدارية

إذا كان نظام التحكيم في عقود القانون الخاص، والعقود الإدارية الدولية يعتبر الوسيلة الأكثر انتشارا لتسوية المنازعات، فإن الأمر يختلف بالنسبة لمنازعات العقود الإدارية الداخلية التي لم تكن محل ترحيب فقهي أو قضائي، وقد ثار في شأنها جدلا فقهيا واختلافا في القضاء[1]، ومرجع ذلك أن طبيعة العقد الإداري لا تتماشى وطبيعة نظام التحكيم، كما أن التحكيم يمثل اعتداء على اختصاص القضاء الإداري صاحب الاختصاص الأصيل للفصل في هذه المنازعات[2]، فقد تباينت في ذلك اتجاهات الدول ما بين مؤيد ومعارض فهناك من أخذ بالاتجاه الذي يضيق الطريق على التحكيم، وهناك من يوسع الطريق أمامه، وسوف نعرض موقف التشريع والقضاء والفقه الفرنسي الذي يعتبر أساسا لدراسة أي نظرية من نظريات القانون بشكل عام، والقانون الإداري بشكل خاص، وذلك لما تتميز به فرنسا من ثراء وابتداع، وصياغة الكثير من قواعد ونظريات ومبادئ هذا القانون، كما سيتم التطرق لموقف الفقه والقضاء المصري الذي يعتبر من المراجع الاساسية التي تعتمد عليها مختلف الأنظمة القانونية العربية، وبعدها يتم تبيان موقف وموقف النظام الجزائري من التحكيم في العقود الإدارية.

الفرع الأول: موقف النظام القانوني الفرنسي من التحكيم في العقود الإدارية الداخلية.

لقد مرت مسألة التحكيم في منازعات العقود الإدارية في فرنسا بمرحلتين أساسيتين تتعلق الأولى بمرحلة الحظر المطلق لإعمال شرط التحكيم في العقود الإدارية، وتخص الثانية مرحلة التخفيف من حدة الحظر المطلق لإعمال شرط التحكيم في العقود الإدارية.

أولا: مرحلة الحظر المطلق للتحكيم في منازعات العقود الإدارية.

لقد تبنى النظام القانوني الفرنسي في بداية الأمر موقفا رافضا لقبول التحكيم في العقود الإدارية بصفة عامة دولية كانت أو داخلية[3]، وذلك استنادا إلى وجود قضاء وطني مختص وهو القضاء الإداري، حيث من غير المنطقي أن تقوم الأشخاص المعنوية العامة بمنح هيئة التحكيم سلطة الفصل في المنازعات الإدارية، في حين أن المحاكم العادية لا يجوز لها النظر في هذه المنازعات. [4]

1- أنظر أبوب بكر عثمان النعيمي، المرجع السابق، ص 250.

2- راجع د. عبد العزيز عبد المنع خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2008، ص 06.

3- أنظر في ذلك: - د. باسود عبد المالك، المرجع سابق ، ص 146.

4 - Voir, julien ANTOINE, l'arbitrage en droit administratif, L.P.A, 6 aout, 2008, n 156, p 04.

وقد تبنى هذه القاعدة التشريع الفرنسي، واتضح ذلك الموقف من خلال المواد 83[1]، و 1004[2]، من قانون الإجراءات المدنية ، وبعدها أكد المشرع صراحة على ذلك الحظر من خلال المادة 2060 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلها بقانون 5 يوليو 1972[3]، والتي نصت على عدم جواز اللجوء إلى التحكيم في المنازعات المتعلقة بالهيئات والمؤسسات العامة.[4]

وقد تطور الموقف التشريعي بموجب القانون 596 لسنة 1975 الذي أضاف فقرة جديدة للمادة 2060 والتي وضعت استثناء بالنسبة للمؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري، والتي أصبحت بعد التعديل على النحو التالي:

« On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps, ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics, et plus généralement dans toutes les matières qui intéresse l'ordre public.
Toutefois, des catégories d'établissements public à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre »

كما أكد مجلس الدولة الفرنس هذا الاتجاه في العديد من أحكامه[5]، حيث كان موقفه صارما في تطبيقه لمبدأ حظر لجوء أشخاص القانون العام للتحكيم، داخلية كانت أو دولية[6]، وظهر ذلك في

---

1 - « celles qui concernent l'ordre public, l'état, le domaine, les communes, les établissements publics »

2 - « On ne peut compromettre sur les dons et legs d'aliments, logement et vêtements ; sur les séparations d'entre mari et femme, divorces, questions d'état, ni sur aucune des contestations qui seraient sujettes à communication au ministère public »

3- أنظر د. مازن ليلو راضي، مشروعية اللجوء إلى الوسائل البديلة في تسوية منازعات العقود الإدارية، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد التاسع، الجزء الثاني، يونيو، 2017، ص 519.

4- L'article 2060du code civile du la loi n 626-72 du 05/07/1972 « On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps, ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics, et plus généralement dans toutes les matières qui intéresse l'ordre public. »

5- راجع: - د. بن عامر بواب، د. هنان مليكة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 31، الجزء الثالث، ص 79، 80.

- ومن أمثلة هذه الأحكام:

- C.E, 22 janvier 1937, Rec. P 93. - C.E, 28 avril 1948, Rec. P 180. - C.E, 27 décembre 1948, Rec. P 497. - C.E, 5 juillet 1950, Rec. P 416.

6- أنظر د. مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 519.

الأحكام التي قضى فيها بعدم مشروعية التحكيم الوارد على بعض العقود الإدارية، مستندا على المواد 83، 1004 من قانون الإجراءات المدنية، وبعدها المادة 2060 من القانون المدني.[1]

وبتاريخ 06 مارس 1986 صدرت فتوى عن مجلس الدولة بخصوص عقد إنشاء مدينة ملاهي في فرنسا تم ابرامه بين إحدى المحافظات الفرنسية وشركة "والت ديزني" الأمريكية، والتي أعلن فيها عدم مشروعية شرط التحكيم الوارد في العقد، واستند مجلس الدولة في ذلك على أن مبدأ حضر لجوء الدولة وغيرها من الأشخاص القانونية العامة للتحكيم يتعلق بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفه، حيث أن هذا المبدأ قد نصت عليه المادة 2060 من القانون المدني بالإضافة إلى أنه يعتبر من المبادئ القانونية العامة الملزمة بذاتها.[2]

إلا أن القضاء الفرنسي العادي كان له رأي مخالف عن القضاء الإداري، فقد ذهبت محكمة استئناف باريس في قرارها الصادر بتاريخ 10 أبريل 1957، إلى القول بأن حضر التحكيم بموجب قانون الإجراءات المدنية القديم ينصرف إلى التحكيم الداخلي دون الدولي[3]، وهو الاتجاه الذي أيدته محكمة النقض الفرنسية[4]، غير أن هذا الاجتهاد لا ينطبق إلا عندما يكون القضاء العادي هو المختص بالفصل في مشروعية شرط التحكيم[5]، حيث أن مجلس الدولة الفرنسي ظل رافضا للتحكيم في العقود الإدارية.[6]

ثانيا: مرحلة التخفيف من حدة الحظر المطلق للتحكيم في منازعات العقود الإدارية.

لقد أدى التناقض في موقف كل من القضاء العادي والقضاء الإداري إلى تدخل المشرع الفرنسي للحد من القاعدة التي تمسك بها مجلس الدولة الفرنسي بشأن عدم جواز التحكيم في العقود الإدارية[7]، وذلك عن طريق تقرير بعض الاستثناءات التشريعية والتي تهدف إلى تخفيف تكدس القضايا لدى القضاء

1- Dominique FOUSSARD, l'arbitrage en droit administratif, revue de l'arbitrage 1990, doctrine, p 11.

2- راجع في ذلك: - د. محمد بن سعيد بن أحمد المعمري، الرقابة القضائية على العقود الإدارية في مرحلتي الانعقاد والتنفيذ، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، ، الاسكندرية، مصر، 2011، ص 29.

- Gérard TEBOUL. Arbitrage international et personnes morales de droit public. Brèves remarques sur quelques aspects de contentieux administratif, A.J.D.A, 1997, p 25.

3- أنظر باسود عبد المالك، المرجع السابق، ص 147.

4 - Civ. 1, 14 avril 1964, Capitaine du San Carlo, D. 1964, p 637.

5- أنظر، د. علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق ، ص 291.

6- VEDEL Georges, DELVOLNE. Pierre, droit administratif, T.2, P.U.F, 1992, p 49.

7- أنظر، د. مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 521.

الإداري، كما أن ضغط الاحتياجات العامة وحالات الضرورة في التطبيق العملي أجبرت المشرع الفرنسي على التدخل لتقرير اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية.[1]

ومن التشريعات التي أجازت استثناء لبعض الجهات الحكومية الفرنسية، اللجوء إلى التحكيم نذكر على سبيل المثال[2]:

قانون 17 أبريل 1906، والذي نص في المادة 69 منه على جواز التحكيم وفقا لأحكام الباب الثالث من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي في المنازعات المتعلقة بتصفية نفقات عقود الاشغال العامة والتوريد.[3]

قانون 09 جويلية 1975 الذي نص على جواز اللجوء إلى التحكيم للهيئات ذات الطابع الاقتصادي أو التجاري عن طريق مرسوم يرخص لها ذلك.[4]

المرسوم التشريعي بتاريخ 19 أوت 1986، الذي أجاز للدولة والمقاطعات والمؤسسات العامة أن تقبل شرط التحكيم في العقود المبرمة مع الشركات الأجنبية[5]، وقد صدر هذا القانون بمناسبة تعاقد الحكومة الفرنسية مع شركة ديزني لاند الأمريكية لإنشاء مدينة ملاهي ديزني بفرنسا على غرار مدينة والت ديزني في الولايات المتحدة الامريكية، وأصرت الشركة على تضمين العقد شرط التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات.[6]

وبموجب المرسوم رقم 599-2004 الصادر في 17 يونيو 2004 ظهر نوع جديد من العقود الإدارية في القانون الفرنسي وهو عقد الشراكة[7]، ويرى الفقهاء أن هذا الاستثناء من أهم وأوسع الاستثناءات التي قررها المشرع الفرنسي على مبدأ حضر التحكيم على أشخاص القانون العام.[8]

1- أنظر، د. جابر جاد نصار، المرجع السابق، 173.

2- أنظر في عرض هذه التشريعات: - حسان نوفل، المرجع السابق، ص 112.

- PATRIKIOS Apostolos, l'arbitrage en matière administrative, Paris, L.G.D.J, 1997, p 135.

3- Voir l'article 69 de la loi du 17 avril 1906 portant fixation du budget général de la dépense et des recettes de l'exercice 1906.

4- Voir l'article 7 de la loi n° 75-596 du 09 juillet 1975, alinéa 2 de l'article 2060 du code civil.

5- Voir l'article 09 de la Loi n° 86-972 du 19 août 1986 portant dispositions diverses relatives aux collectivités locales.

6- أنظر، د. جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 176، 178.

7- Voir l'article 11 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

8- أنظر، سليمان الطماوي، التحكيم في العقود الإدارية في النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2013، ص 218.

كما أن الأمر رقم 2018–1074 الصادر في 26 نوفمبر 2018 المتضمن "قانون الطلبات العامة" (code de la commande publique) يجيز للأشخاص المعنوية العامة اللجوء للتحكيم، حيث نصت المادة L.2197-6 على أنه:

« *Par dérogation aux dispositions du premier alinéa de l'article 2060 du code civil, le recours à l'arbitrage pour le règlement des litiges opposant les personnes publiques à leurs cocontractants dans l'exécution des marchés publics est possible pour les litiges relatifs à l'exécution financière des marchés publics de travaux et de fournitures de l'État, des collectivités territoriales et des établissements publics locaux ainsi que dans les autres cas où la loi le permet.* » (1)

ويشترط المشرع الفرنسي بالنسبة للدولة ضرورة صدور مرسوم يسمح لها باللجوء إلى التحكيم، عملا بنصوص المواد R.2197-25، R.2397-4 من قانون الطلبات العامة.(2)

وبالنظر إلى كل الاستثناءات التي أدخلها المشرع الفرنسي على القاعدة التي أشاد بها منذ القرن التاسع عشر، بحظر التحكيم على الأشخاص القانونية العامة، يمكن استنتاج أن قاعدة حظر التحكيم في العقود الإدارية في سبيلها إلى الاختفاء(3)، وقد وصف الاستاذ PATRIKIOS Apostolos مبدأ الحظر المفروض على التحكيم في العقود الإدارية بأنه ظاهرة بدأت تتآكل، وأن هذا المبدأ محكوم عليه بالزوال.(4)

الفرع الثاني: موقف النظام القانوني المصري من التحكيم في العقود الإدارية الداخلية.

لقد أثار مدى جواز الاتفاق على التحكيم في منازعات العقود الإدارية جدلا كبيرا في الفقه والقضاء في مصر، كالذي عرفته فرنسا، وذلك لتشابه النظام القانوني في كلا البلدين(5)، وقد مر النظام المصري في هذا الشأن بمرحلتين أساسيتين تتمثل فيما يلي:

---

1 - Voir aussi Les articles : L.2197-7 , L.2397-3 de code de la commande publique.

2 - l'article R-2127-25 : « *Pour l'État, le recours à l'arbitrage dans les cas mentionnés à l'article L. 2197-6 est autorisé par décret pris sur le rapport du ministre compétent et du ministre chargé de l'économie.*»

- l'article R.2397-4 : «*Pour l'État, le recours à l'arbitrage, en application de l'article L. 2397-3, est autorisé par décret pris sur le rapport du ministre compétent et du ministre chargé de l'économie.*»

3- أنظر، حسان نوفل، المرجع السابق، ص 116.

4 - PATRIKIOS Apostolos, l'arbitrage en matière administrative, Paris, op cit, p 29, 30.

5- أنظر مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 522.

أولا: مرحلة غياب النص التشريعي واختلاف الفقه والقضاء حول جوازية التحكيم في العقود الإدارية.

ثار خلاف حول مشروعية التحكيم في العقود الإدارية قبل صدور القانون رقم 27 لسنة 1994، وانقسم الفقه إلى مخالف[1]، ومؤيد[2]، كما أن القضاء المصري له رأيان في مسألة التحكيم في العقود الإدارية، فقد أصدرت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لمجلس الدولة المصري فتوى بتاريخ 19970/01/07 بعدم جواز اللجوء للتحكيم لحل منازعات العقود الإدارية دون وجود نص صريح يجيز التحكيم في هذه العقود[3]، ثم تراجعت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لمجلس الدولة بإصدارها لفتوى مغايرة لسابقتها[4]، ومن الأحكام القضائية التي كانت تعارض التحكيم حكم المحكمة الإدارية العليا في 1990/02/20[5]، ونفس الاتجاه تبنته محكمة القضاء الإداري فيما بعد.[6]

إلا أن المحكمة الإدارية العليا تراجعت عن موقفها الأول عندما أيدت جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية في قرار لها بتاريخ 1998/01/18.[7]

ثانيا: مدى خضوع العقود الإدارية للتحكيم بعد صدور القانون 27 لسنة 1994

عندما صدر قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994 ألغى المواد من 501 إلى 512 من قانون المرافعات رقم 13 لسنة 1968 وكل حكم مخالف، ونص في مادته الأولى على أنه "**مع**

1- ومن الاتجاهات المعارضة لمبدأ التحكيم في العقود الإدارية: - د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 170 وما بعدها. – د. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، دار الفكر الغربي، القاهرة، مصر، 1981، ص 16.

2- من الفقهاء الذين يؤيدون مبدأ لتحكيم في العقود الإدارية: - د. جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 174، 175. - جورجي شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1999، ص 231.

3- فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لمجلس الدولة في الملف رقم 163/06/86، جلسة 1970/01/15، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء العاشر، ص 752.

4- أشار إليها: - د. مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 523.

5- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 3049 لسنة 32، ق، جلسة 1990/02/20، مجموعة مبادئها، سنة 35، ق، ص 1143، أشار له: - د. خليل صالح السمرائي، عقد الأشغال العامة، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2017 ، ص 331.

6- حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم 5429، لجلسة 1991/01/20، مجلة هيئة قضاء الدولة، السنة 41، العدد 02، يونيو 1997، ص 16.

7- قرار المحكمة الإدارية العليا رقم 886، السنة 30. ق، في 1994/01/18، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، والجمعية العمومية لقسم الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاما، الجزء الاول، من أول أكتوبر 1955، إلى آخر سبتمبر 1995، ص 145.

عدم الاخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام او الخاص، أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع، ..."

غير أن هذه المادة لم تحسم في مسألة مدى خضوع العقود الإدارية للتحكيم مما أثار خلاف بين الفقهاء في ذلك، إلى أن صدرت فتوى جديدة من الجمعية لقسمي الفتوى والتشريع في 1996/12/18 بعدم جواز التحكيم في العقود الإدارية.[1]

وقد دفع ذلك إلى تدخل المشرع بإصدار القانون رقم 9 لسنة 1997، الذي نص صراحة على جواز التحكيم في العقود الإدارية.[2]

وعندما صدر قانون تنظيم المناقضات والمزايدات رقم 89 لسنة 1997 أكد على هذا الاتجاه بموجب نص المادة 42 التي أجازت لطرفي العقد عند حدوث خلاف أثناء تنفيذ الاتفاق على تسويته عن طريق التحكيم، بموافقة الوزير المختص.[3]

وصدر أخيرا قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة رقم 67 لسنة 2010، والتي أجازت المادة 35 منه على تسوية المنازعات الناشئة بطريق التحكيم أو غيره من وسائل تسوية النزاعات غير القضائية.[4]

كما أقرت المحكمة الدستورية العليا مبدأ الاتفاق على التحكيم باعتباره أمر جوازي، ورفضت أن يكون التحكيم إجباريا، من خلال حكمها الصادر بتاريخ 6 نوفمبر 1999. [5]

1- أنظر، ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 338.

2- أضافت المادة الأولى من القانون رقم 9 لسنة 1997 فقرة ثانية الى المادة الأولى من القانون رقم 27 لسنة 1994 تنص على أنه "**وبالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ولا يجوز التفويض في ذلك.**"

3- أنظر د. خليل صالح السامرائي، مرجع سابق، ص 333.

4- أنظر، د. أبو بكر أحمد عثمان النعيمي، الأساليب غير القضائية لتسوية منازعات عقد الأشغال العامة، دراسة مقارنة، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، السنة السابعة، العدد 27، أيلول 2015، ص 255.

5- أنظر. حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى، رقم 84 لسنة 19 ق الدستورية، الصادر بتاريخ 1999/11/6. أشار إليه: - د. محمد بن سعيد بن حمد المعمري، الرقابة القضائية على العقود الإدارية، في مرحلتي الانعقاد والتنفيذ، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، للنشر، الاسكندرية، مصر، 2011، ص 41.

الفرع الثالث: موقف النظام القانوني الجزائري من التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية

عرف موقف النظام الجزائري من التحكيم في العقود الإدارية مرحلتين أساسيتين تتمثل الأولى في مرحلة حظر اللجوء إلى التحكيم بالنسبة للأشخاص العامة، ليعرف بعد ذلك مرحلة جواز اللجوء إليه.

أولا: مرحلة حظر اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية.

لم يكن يسمح المشرع الجزائري إطلاقا للدولة والأشخاص الاعتبارية العامة اللجوء إلى التحكيم، وكان النظام القانوني في الجزائر يعارض فكرة اللجوء إلى التحكيم الدولي[1]، إلا أنه من الناحية العملية كان الوضع مختلفا، فقد أبرمت الجزائر عدة عقود لاسيما في مجال المحروقات مع الشركات الأجنبية تضمنت شرط التحكيم، بحيث أن الضرورة الاقتصادية ألزمت الجزائر اللجوء إلى التحكيم في الواقع. [2]

وبعد صدور المرسوم التشريعي 93-09[3]، المعدل والمتمم للأمر رقم 66- 115 المتضمن قانون الإجراءات المدنية[4]، تم إلغاء المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية واستبدلت أحكامها[5]، بحيث أجاز المشرع استثناء للأشخاص المعنويين التابعيين للقانون العام اللجوء إلى التحكيم في علاقاتهم التجارية الدولية.

من خلال ما سبق يتضح أن المشرع الجزائري كان يعارض مسألة التحكيم في العقود الإدارية بشكل قاطع، ثم عدل من موقفه بعد صدور المرسوم التشريعي 93-09، وذلك بأن أصبح يحظر كأصل عام

1- Mohamed Bejaoui, l'évolution de la conception et de la pratique Algérienne en matière d'arbitrage international, CNC, à ALGER 14, 15 décembre 1992, p 245.

2- من هذه العقود العقد التي أبرمته مع الشركة الأمريكية والذي استمر بعد تأميم المحروقات سنة 1991، اتفاقية افيان والتي نصت في شقها الاقتصادي على الضمانات القضائية المتمثلة في التحكيم كوسيلة قضائية لحل النزاعات بين الجزائر وفرنسا، كما رضيت الجزائر بالتحكيم الدولي في كثير من عقود التجارة الدولية.

- راجع في ذلك: - مريني فاطمة الزهراء، التحكيم كوسيلة لحل النزاعات في العقود الإدارية الدولية، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، المجلد 11، العدد الأول، ص 427.

- Amor Zahi, l'état et l'arbitrage, O.P.U, édition publisud, paris, 1980.

3- المرسوم التشريعي 93-09 المؤرخ في 1993/04/25، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-154، المؤرخ في 1966/06/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج. ر عدد 27 لسنة 1993.

4- الأمر رقم 66-154، المؤرخ في 1966/06/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، ج. ر عدد 47، لسنة 1968.

5- حيث نصت المادة **الأولى** من الأمر رقم 93-09 على أنه: " **تلغى المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية وتستبدل بالأحكام الآتية:**

" يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها.

ولا يجوز التحكيم في الالتزام بالنفقة ولا في حقوق الإرث والحقوق المتعلقة بالمسكن والملبس ولا في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم

. ولا يجوز للدولة ولا الأشخاص المعنويين التابعيين للقانون العام أن يطلبوا التحكيم ما عدا في علاقتهم التجارية الدولية."

على الأشخاص المعنوية العامة اللجوء إلى التحكيم، ولكنه يورد استثناء فيما يخص لجوء أشخاص القانون العام في علاقتهم التجارية الدولية للتحكيم.[1]

وقد حصر المشرع نطاق تطبيق نظام التحكيم بالنسبة لأشخاص القانون العام في مجال العلاقات التجارية الدولية، وذلك مرده إلى كون أن التحكيم له طبيعة خاصة تتناسب مع التجارة الدولية، والتي أدى ازدهارها إلى تعاظم دور التحكيم كوسيلة بديلة فعالة لحل المنازعات بسرعة وبتوافق.[2]، على أنه يبقى الحضر ساريا على المنازعات ذات الطابع الداخلي.[3]

ويرى أغلب الفقه أن المشرع الجزائري قد تأثر بالمشرع الفرنسي الذي كان يحظر لجوء المصالح الحكومية للتحكيم، وبعد ذلك أجاز للدولة والمقاطعات والمؤسسات العامة أن تقبل شرط التحكيم في العقود المبرمة مع الشركات الأجنبية. [4]

وبالرجوع إلى القضاء الجزائري فيما يتعلق بمدى جوازية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية نجد بأن الأحكام قليلة جدا في هذا الشأن، ويتبين من خلال استقراء بعض الأحكام عدم استقراره وتباين أحكامه بين الإجازة والمنع، في الفترة السابقة عن صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09.

ففي قرار صادر عن مجلس قضاء الجزائر بتاريخ 1986/12/26، قضى ببطلان شرط التحكيم في أحد عقود الأشغال العامة المبرمة بين شركة (ك. ل) والمؤسسة العمومية للبناء، وإلغاء القرار التحكيمي الصادر عن الغرفة التجارية الدولية، وورد في حيثياته أن شرط التحكيم الذي أدرجه الأطراف المتعاقدة لم يكن جائزا وبالتالي لا يترتب عنه آثار قانونية.[5]

1- ولم يعترف المشرع الجزائري بنظام التحكيم إلا بعد انضمام الجزائر للمعاهدات والاتفاقيات الدولية، من بينها:

- الانضمام بتحفظ لاتفاقية نيو يورك بموجب المرسوم الرئاسي 88-233، المؤرخ في 1988/11/5، ج. ر عدد 48 لسنة 1988. – المصادقة على الاتفاقية الثنائية بين الجزائر والولايات المتحدة حول تشجيع الاستثمار، بموجب المرسوم الرئاسي 90-319 المؤرخ في 1990/10/17، ج. ر عدد 45 ، لسنة 1990. – المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بتشجيع وضمان الاستثمار بين دول المغرب العربي بموجب المرسوم الرئاسي رقم 90-420، المؤرخ في 1990/12//22، ج. ر عدد 06، 1991.

2- أنظر، بن عامر بواب، هنان مليكة، مرجع سابق، ص 88.

3- أنظر د. رحماني راضية، المرجع السابق، ص 134.

4- أنظر في ذلك: - د. رحماني راضية، النظام القانوني لتسوية منازعات الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه ل م د، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2017/2016، ص 134. - حسان نوفل، المرجع السابق، ص 135.

5- قرار مجلس قضاء الجزائر في 1986/12/26، نقلا عن:- د. صبرينة جبايلي، مرجع سابق، ص 89.

وفي قرار آخر صدر عن الغرفة التجارية لمجلس قضاء الجزائر في 06 نوفمبر 1989 قضى بجواز لجوء الأشخاص العام للتحكيم.[1]

أما بالنسبة للمحكمة العليا فقد صدر عن الغرفة التجارية والبحرية قرار يقر بأن المنازعات المتعلقة بتنفيذ قرارات التحكيم التجاري الدولي هي من اختصاص القضاء الاستعجالي.[2]

ثانيا: مرحلة جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية.

أمام متطلبات التنمية وتحت ضغط الاحتياجات العامة، وحالة الضرورة في التطبيق العملي جعلت المشرع يدرك ضرورة إرساء إطار تشريعي مرن يتماشى ويتلاءم مع الواقع الاقتصادي الدولي والمحلي، على نحو يساعد على جلب الاستثمار الأجنبي[3]، وتجسد ذلك بموجب القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية[4]، الذي أجاز لجوء الدولة والأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم.

ولمعرفة نطاق التحكيم في منازعات العقود الإدارية يقتضي تحديد الأشخاص الذين يجوز لهم اللجوء إلى التحكيم، ثم تبيان طبيعة النزاعات التي يجوز اللجوء من خلالها للتحكيم.

01- الأشخاص الذين يجوز لهم التحكيم في منازعات العقود الإدارية:

لقد فتح قانون الإجراءات المدنية والإدارية للأشخاص المعنوية العامة الباب من أجل اللجوء إلى التحكيم في منازعاتها، وذلك من خلال المواد 975[5]، و 1006[6]، فمن خلال هاتين المادتين يتضح جليا أن المشرع يحظر على أشخاص القانون العام اللجوء إلى التحكيم ما عدا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر، أو في علاقتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات

1- قرار مجلس قضاء الجزائر، الغرفة التجارية، في 1989/11/06، نقلا عن:- د. صبرينة جبايلي، مرجع سابق، ص 89.

-Voir aussi, Terki Nour Eddine, l'arbitrage commercial en Algérie, office des publications universitaires, Alger, pp 591.

2- قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، صادر بتاريخ 2008/05/07، في الملف رقم: 528940، مجلة المحكمة العليا، العدد الاول، 2008، ص من 185 إلى 190.

3- أنظر ، الموسوس عتو، دور التحكيم في تقييد سلطات الإدارة في العقود الإدارية، مجلة القانون، العدد الثالث، جوان، 2012، ص 296.

4- القانون 08-09 مؤرخ في 2008/02/25، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر، عدد21، لسنة 2008.

5- تنص المادة 975 من القانون 08-09 على أنه: **"لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه، أن تجري تحكيما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية"**

6- تنص المادة 1006 على أنه: **"يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها.**

لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام وحالة الأشخاص وأهليتهم.

ولا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية"

العمومية، ومنه فإن المشرع قد حسم الأمر فيما يتعلق بإمكانية لجوء الأشخاص المعنوية العامة للتحكيم في العقود الإدارية، وذلك صراحة من خلال المواد أعلاه. [1]

كما أكد المشرع في الفقرة الأخيرة من المادة 153 المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[2] على إمكانية لجوء الأشخاص المعنوية العامة إلى التحكيم في منازعات التنفيذ المترتبة على الصفقات العمومية.[3]

واقتصر المشرع فيها على النص بجواز لجوء المصلحة المتعاقدة إلى التحكيم في منازعات الصفقات العمومية التي تطرأ مع المتعاملين المتعاقدين الأجانب فقط، وقد استثنى المشرع المتعامل الوطني.[4]

ويشترط المشرع عندما يكون التحكيم متعلقا بالدولة أن يتم اللجوء إليه بمبادرة من الوزير المعني، أو الوزراء المعنيين، وعندما يتعلق بالولاية يكون بمبادرة من الوالي، وبالنسبة للبلدية، بمبادرة من رئيس المجلس الشعبي البلدي، أما بالنسبة للمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية، فيتم اللجوء إلى التحكيم بمبادرة من ممثلها القانوني أو ممثل السلطة الوصية التي يتبعها.[5]

وعلى الرغم مما يظهر عليه موقف المشرع الجزائري من تشدد في مسألة التحكيم المتعلق بالدولة من حيث اشتراطه مبادرة الوزير المعني، إلا أن القانون الجزائري يعتبر أكثر مرونة من نظيره الفرنسي والمصري، بحيث يشترط المشرع الفرنسي ضرورة صدور مرسوم يصدر بموجب تقرير الوزير المعني والوزير المكلف بالاقتصاد[6]، في حين أن المشرع المصري يستوجب الحصول على إذن مسبق من السلطة المختصة لإدراج عقد التحكيم في العقد الإداري.[7]

---

1 - أنظر، د. قرطبي سهيلة، منظومة التحكيم ومساهمتها في حل منازعات الاستثمار، أطروحة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2017-2018 ، ص 335.

2- مرسوم رئاسي 15-247، مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج.ر عدد 50 لسنة 2015.

3- أنظر المواد 4، و 153 من المرسوم الرئاسي 15-247.

4- بالنسبة للمنازعات التي يكون طرفا فيها متعامل اقتصادي وطني يتم تسويتها عن طريق لجنة التسوية الودية للنزاعات وفقا لما هو منصوص عليه بموجب المادة 154 من المرسوم الرئاسي 15-247.

5- أنظر المادة 976 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

6 - Voir l'article , R.2197-25 et R.2397-4 de code de la commande publique.

7- تنص المادة الأولى من القانون 27 لسنة 1994 على أنه: "*بالنسبة لمنازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك.*"

02- المنازعات التي يجوز اللجوء فيها للتحكيم:

من خلال نص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يتضح أن المشرع لم يحدد بالتفصيل المجالات المنازعات التي يجوز فيها اللجوء فيها إلى إجراءات التحكيم في إطار الصفقات العمومية، حيث اكتفى فقط باستبعاد المنازعات المتعلقة بالحقوق المالية للأطراف والمنازعات المتعلقة بالنظام العام وحالة الأشخاص وأهليتهم[1]، إلا أن استبعاد المشرع للمنازعات المتعلقة بالحقوق المالية للأطراف يؤدي بالضرورة إلى استبعاد كل من المنازعات الناشئة عند ابرام الصفقة، النزاعات المتعلقة بمدى مشروعية أعمال الإدارة والنزاعات التي لا تتعلق بالالتزامات المالية بين أطراف الصفقة العمومية.[2]

كما أنه ومن خلال الرجوع إلى نص المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247 في فقرتها الأخيرة نجد أن المشرع يجعل من اللجوء للتحكيم يقتصر فقط على النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة المبرمة مع المتعاملين المتعاقدين الأجانب، وبذلك يكون قد استثنى النزاعات التي تنشأ قبل ابرام الصفقة.

1 - أنظر، موساوي مليكة، المرجع السابق، ص 187.

2 - أنظر مجرالي محمد لمين، المرجع السابق ، ص 811.

الباب الثاني

معالجة اختلال التوازن المالي في العقد الإداري

قد تطرأ ظروف جديدة على العقد تؤثر على تنفيذه بسبب زيادة الأعباء والالتزامات المالية على المتعاقد، والتي تتطلب وضع حلول لما يطرأ من تغيرات وإجاد وسيلة فعالة لتمكين المتعاقد من المواصلة في تنفيذ العقد لضمان سير المرافق العامة بانتظام واستمرار، وذلك إما بسبب تدخلات أطراف العقد المشروعة مثل ممارسة الإدارة لسلطاتها المشروعة، أو الأعمال الإضافية التي يقوم بها المتعاقد مع الإدارة، كما قد يكون اختلال التوازن المالي بدون تدخل من طرفي العقد الإداري، وذلك كأن يتعرض تنفيذ العقد ظروفا خارجية تؤثر على توازنه المالي، كحالة الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة.

ولكي نفي هذا الموضوع ما يستحق من عناية أحاول أن اتناوله في فصلين:

الفصل الأول: اختلال التوازن المالي بتدخلات طرفي العقد

الفصل الثاني: اختلال التوازن المالي بتدخلات غير طرفي العقد

الفصل الأول

اختلال التوازن المالي بتدخلات طرفي العقد الإداري

العقود الإدارية كما سبق تبيانه ترتبط ارتباطا وثيقا بالمرفق العام، ولذلك تتمتع الإدارة بسلطات وامتيازات استثنائية غير مألوفة، تستمدها من تعاقدها بوصفها سلطة عامة[1]، وعند استعمال الإدارة لسلطاتها المشروعة يمكن أن تؤدي إلى زيادة الأعباء المالية للمتعاقد معها، ومنه الى اختلال التوازن المالي للعقد الإداري.

كما أن المتعاقد مع الإدارة، وإن كان يقع عليه التزام احترام الشروط الواردة بالعقد وبدفتر الشروط، من دون أن يضيف إليها أو ينقص منها، إلا أنه في بعض الأحيان قد تقتضي الظروف أن ينفذ المتعاقد مع الإدارة بعض الأعمال الإضافية الغير منصوص عليها في العقد، ولم تطلبها الإدارة من المتعاقد تكون لازمة لتنفيذ العقد، مما تزيد من الأعباء المالية للمتعاقد، ويختل بها التوازن المالي.[2]

ومن خلال هذا الفصل سيتم تبيان اختلال التوازن المالي للعقد الإداري بتدخلات الإدارة وكيفية معالجتها (المبحث الأول)، ثم التطرق إلى اختلال التوازن المالي للعقد الإداري بتدخلات المتعاقد مع الإدارة وكيفية معالجتها(المبحث الثاني)

1- أنظر، د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق، ص 17.

2- أنظر، د. حمدي علي عمر، المسؤولية التعاقدية للإدارة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006 ، ص 163.

المبحث الأول: اختلال التوازن المالي للعقد الإداري بتدخلات الإدارة المتعاقدة

من الآثار التي تترتب عن ابرام العقد الإداري تمتع الإدارة بسلطات وحقوق استثنائية غير مألوفة في نطاق علاقات القانون الخاص، لأنها ملتزمة بتنظيم وتسيير المرافق العامة بانتظام واطراد، ومن بين هذه السلطات سلطة الادارة في الاشراف والتوجيه أثناء تنفيذ العقد، كما لها حق تعديل شروط عقودها الإدارية بالإرادة المنفردة، من دون التوقف على رضاء المتعاقد معها، خروجا على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين اذا اقتضى[1]، وفي الكثير من الأحيان يؤثر هذا التعديل في اقتصاديات العقد مما قد يؤدي الى الاخلال بتوازنه المالي.

ومن المهم معرفة السلطات التي تتمتع بها الإدارة في العقود الإدارية والتي تمارسها لتحقيق المصلحة العامة، ومن ثم حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد في حالة اختلاله بسبب ممارسة الادارة لهذه السلطات المشروعة

المطلب الأول: سلطات الإدارة المتعاقدة وأثرها على التوازن المالي للعقد الإداري

يترتب على كون الإدارة طرفا في العقد الإداري، وكذلك ارتباط العقد الإداري بالمرفق العام، منح الإدارة مجموعة من السلطات والامتيازات لا تجد لها مقابل في عقود القانون الخاص، وتهدف هذه السلطات في الأساس إلى تحقيق النفع العام، الذي يتحقق بضمان تسيير المرفق العام بانتظام واطراد.[2]

وتتمثل هذه السلطات التي تتمتع بها الإدارة عند تنفيذ العقود الإدارية في حقها في الإشراف والرقابة، سلطة تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة، حقها في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، وسلطة الإدارة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة.[3]

ولكون أن موضوع هذا المبحث هو اختلال التوازن المالي للعقد الإداري بالتدخلات المشروعة للإدارة المتعاقد وتفترض عدم وجود خطأ من جانبها، تخرج من مجال هذه الدراسة سلطة الإدارة في توقيع الجزاء، كما أنه لا مجال للتعرض إلى سلطة الإدارة في انهاء العقد بإرادتها المنفردة، ذلك لأنه في حالة انتهاء العقد الإداري لا يمكن الحديث عن إعادة التوازن المالي.

---

1 - أنظر، د. بة يمان جلال حسن، المرجع السابق، ص 11.

2 - SHWEKAT Aiad, op .cit. p 56.

3- راجع في ذلك: - د. عمار عوابدي، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 217. - د. سعاد الشرقاوي، المرجع السابق، ص 453 .

الفرع الأول: سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه.

تتميز العقود الإدارية عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه سد احتياجات المرافق العامة بما يكفل أدائها لوظيفتها باستمرار واطراد، وتغليب المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، ومن مقتضيات هذا الطابع أن يكون للإدارة سلطة الرقابة والتوجيه على عقودها الإدارية.[1]

ونظرا لكون العقد الإداري متصل دائما بنشاط المرفق العام، فإن التزامات المتعاقد مع الإدارة في العقد الإداري تكون صارمة بالمقارنة مع الالتزامات في عقود القانون الخاص، فيستوجب الأمر على المتعاقد بذل أقصى درجة من العناية والحرص في تنفيذ التزاماته، فيجب عليه أن يقوم بتنفيذ العقد بنفسه، ويمنع أن يحل شخص آخر محله إلا بعد الموافقة الصريحة من المصلحة المتعاقدة، وهو ما يعني أن التزامات المتعاقد مع الإدارة هي التزامات شخصية، ومرد ذلك هو أن أي إهمال أو تأخير أو تقصير في تنفيذ العقد يؤثر على السير الحسن للمرفق العام.[2]

لذلك يكون لجهة الإدارة أن توجه المتعاقد في تنفيذ التزاماته وذلك خروجا على القاعدة العامة الخاصة بحرية المتعاقد في تنفيذ العقد بالطريقة التي يراها مناسبة، فنظام وطبيعة العقود الإدارية هي التي تسمح للإدارة بمراقبة التنفيذ خلال مدة سريان العقد.[3]

فالإدارة لها أن توجه المتعاقد معها في تنفيذ التزاماته أثناء تنفيذ العقد، ولها أيضا أن توجه أعمال التنفيذ واختيار طريقة تنفيذها، وذلك من خلال إصدارها أوامر ملزمة للمتعاقد معها من دون التوقف على رضائه، ويكون ملزما بتنفيذ تلك التعليمات والأوامر ولا يستطيع رفضها.[4]

وقد يترتب على ممارسة الإدارة لسلطة الرقابة والإشراف إرهاق كاهل المتعاقد من خلال تحميله نفقات وتكاليف إضافية، وحتى يتمكن من الاستمرار في التنفيذ يتعين على الإدارة تعويضه وإعادة التوازن المالي للعقد الإداري.

وفيما يلي سوف يتم التطرق إلى مفهوم سلطة الإدارة والتوجيه وأساسها القانون وأثرها على التوازن المالي للعقد الإداري.

---

1 - أنظر د. أمل لطفي حسن جاب الله، المرجع السابق، ص 117.

2 - أنظر، سعيد عبد الرزاق باخبيره ، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه علوم، كلية الحقوق، جامعة الجزائر يوسف بن خدة، الجزائر، 2007-2008، ص 120.

3 - Voir, Jamil SAYAH, droit administratif, Studyrama ; Édition, 2e, éd 2007, p 64.

4 - أنظر، د. عليوات ياقوتة، المرجع السابق، ص 218.

أولا: مفهوم سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه.

يستخدم الفقه عادة كلمة الرقابة للدلالة على مفهومين مختلفين في الدرجة وليس في الجوهر، فالرقابة والإشراف كسلطة من سلطات الإدارة المتعاقدة على تنفيذ العقد الإداري معنى ضيق ومعنى واسع[1]:

1 – المعنى الضيق لسلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه.

يقصد بالرقابة على المتعاقد في معناها الضيق، وهو التأكد من أن المتعاقد يباشر تنفيذ التزاماته التعاقدية طبقا لشروط العقد، أي انحصار دور الإدارة في التحقق من تنفيذ المتعاقد طبقا لتلك الشروط، وللإدارة في سبيل ممارسة هذه السلطة أن تراقب وتوجه تفاصيل تنفيذ العقد وفقا لبنوده، بما يتلاءم مع مقتضيات المصلحة العامة، فالرقابة تمهد لتسليم العمل وهي جزء من عملية الفحص اللازمة عند تسليم موضوع العقد [2]، وهذا الحق ثابت للمتعاقد وفقا لقواعد القانون المدني، بحيث يمكن أن نجد هذا الحق في مجال عقود القانون الخاص.[3]

وتمارس الإدارة هذه السلطة مثلا من خلال زيارة مواقع العمل، ومن خلال التحقق من جودة وسلامة المواد المستعملة.[4] على أن هذا المعنى الضيق لا يخرج عن القواعد العامة في تنفيذ العقود عموما.

2 – المعنى الواسع لسلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه.

وتعني أن الإدارة تتجاوز المعنى الضيق، بحيث تتدخل الإدارة بدرجة تزيد عن حد التأكد من سلامة تنفيذ العقد، وذلك من خلال تغييرها لبعض أوضاع التنفيذ واختيار أفضل الطرق لحسن سير المرفق العام، وتدخل الإدارة يكون حتى ولو لم ينص عليه في العقد، ولا يعتبر ذلك مخالف لمبدأ حرية المتعاقد في اختيار أسلوب التنفيذ.[5]

وهذه السلطة وفقا للمعنى الواسع تكون عن طريق إصدار التعليمات باتباع طرق معينة في التنفيذ، غير تلك التي اختارها (Les modalités d'exécution) أو الامتناع عن التنفيذ بطرق معينة، أو إصدار تعليمات لتوجيه المتعاقد في تنفيذ العقد، ولها إلى جانب ذلك أن تطالب بتغيير طريقة التنفيذ، أو

---

1 - أنظر في ذلك: - د. سعاد الشرقاوي، مرجع سابق، ص 454.- د. السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص 112. - د. أمل لطفي حسن جاب الله، المرجع السابق، ص 117. - د. جابر جاد نصار، عقود البوت، المرجع السابق، ص 198.

2 - د. علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على القانون الإداري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 374.

3 - أنظر، د. عبد الغاني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، دراسة مقارنة، لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقاتها في مصر، منشأة المعارف، 1991، ص 542.

4 - أنظر، د. جمال عثمان جبريل، د. ابراهيم محمد علي، العقود الإدارية، آثار العقد الإداري، المرجع السابق، ص 45.

5 - راجع، سليمة جدي، منازعات الصفقات العمومية الناشئة عن إخلال المصلحة المتعاقدة بممارسة سلطة الإشراف والمراقبة، المجلة الجزائرية للأمن والتنمية، العدد العاشر، جانفي 2017، ص 533.

الاستعانة بعمال آخرين.[1] وتكون في الحالات الغير منصوص عليها في العقد الإداري، وإلا تعدى الأمر إلى سلطة التعديل في شروط العقد الإداري، كما سنرى لاحقا.[2]

وتمارس الإدارة هذه السلطة بموجب ما لها من امتياز التنفيذ المباشر دون اللجوء إلى القضاء، ويمكن للإدارة توقيع جزاءات على المتعاقد في حالة الامتناع عن تنفيذ تلك الأوامر والتعليمات.[3]

ثانيا: التمييز بين سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه وغيرها من سلطات الإدارة المتشابهة.

من الأهمية بمكان التمييز بين هذه السلطة وبقية السلطات والامتيازات التي تمتلكها الإدارة من خلال اصدارها لتعليمات وأوامر للمتعاقد معها وغيره، وتتجلى أهمية هذا التمييز لاختلاف الآثار المترتبة عليها.

1- التمييز بين سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه وسلطة الإدارة بتعديل العقد بإرادتها المنفردة.

تختلف سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه عن سلطتها في تعديل العقد بإرادتها المنفردة، بحيث أنه في الاولى تتدخل الإدارة في المجال المسكوت عنه في العقد كتحديد المواد المستخدمة في التنفيذ، أما إذا تدخلت الإدارة المتعاقدة في أمور نص عليها العقد وتقوم بتعديلها فهنا نكون أمام سلطة التعديل.[4]

فالتعديل إنما ينصب على مسائل أو موضوعات مدرجة بنصوص العقد وتم الاتفاق عليها، فتقوم الإدارة بالتدخل في مسائل نظمها العقد، كما سيأتي تفصيله.

وبذلك فالتعديل أبعد مما يكون عن سلطة الرقابة والتوجيه، الذي لا يتعدى في جميع الأحوال الجوانب غير المنصوص عليها في العقد، وهي تخص تنفيذ العقد. [5]

2- التمييز بين سلطة الضبط الإداري و سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه.

الضبط الإداري هو سلطة تمارسها الإدارة في مواجهة الأفراد بهدف تحقيق النظام العام بمدلولاته الثلاثة المتمثلة في الأمن العام، الصحة العامة، والسكينة العامة، وهو عبارة عن مجموعة من الإجراءات تتخذ بناء على نصوص تنظيمية بهدف الحفاظ على النظام العام، وتصدر في شأنها قرارات فردية يمكن أن تصدر من غير الإدارة المتعاقدة وعادة ما تكون مقترنة جزاءات. [6]

---

1 - أنظر، أ. مقدم عبد الرحيم، صلاحيات الإدارة المتعاقدة ومدى رقابة لجان الصفقات عليها، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، المجلد 08 العدد 16 ، ص 165.

2 - Voir, ROUAULT Marie-Christine, droit administratif, Édition Gualino, 15e éd, 08/2019, P 79.

3 - Voir, DEBBASCH Charles, Frédéric COLIN, droit administratif, ÉCONOMICA, paris, 12em édition, 2018, p 469, 470.

4 - راجع ، د. خليل صالح السمرائي، المرجع السابق، ص 144، 145.

5 - راجع ، د. حمدي علي عمر، المسؤولية التعاقدية للإدارة، دراسة مقارنة، المجلة القانونية الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، العدد الثامن، مصر، 1996، ص 220.

6 - أنظر، د. بن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة في التشريع الجزائري ، المرجع السابق، ص 32.

فقد تفرض الإدارة بعض القيود على المتعاقد من أجل المحافظة على الأمن والهدوء والصحة العامة، مثل إلزام المقاول في عقد الأشغال العامة والملتزم في عقد الامتياز باتخاذ الإجراءات الأمنية والتدابير الاحترازية لمنع وقوع الحوادث[1]، أو اتخاذ إجراءات بالغلق لمدة معينة واتباع إجراءات محددة لتفادي انتقال مرض معدي، وعلى المتعاقد أن يلتزم بتنفيذ هذه الإجراءات شأنه في ذلك شأن بقية الأفراد.

أما سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه فتمارسها الإدارة داخل النطاق التعاقدي وبهدف تحقيق مصلحة المرفق العام، كما أن سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه تصدرها الإدارة المتعاقدة للمتعاقد بعينه، على خلاف سلطة الضبط الإداري التي توجه لكافة الأفراد سواء كانوا متعاقدين معها أو غير متعاقدين. [2]

وأهم ما يميز بين السلطتين هو أن سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه تمارس داخل النطاق التعاقدي، وبالتالي تخضع المنازعات التي تنشأ عنها لقاضي العقد بينما سلطة الضبط تمارس خارج النطاق التعاقدي ويختص بمنازعاتها قاضي الإلغاء.[3]

ثالثا: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه

سلطة الإدارة في الرقابة والإشراف ثابتة ومقررة للإدارة بالنسبة لسائر العقود[4]، وإن كان ذلك بقدر أكثر في عقود الأشغال العامة نظرا لطبيعتها الخاصة، لكون أن تنفيذ هذه العقود يستغرق مدة زمنية طويلة، وبالنظر أيضا لطابعها الخاص، حيث أن الأشغال العامة تكلف خزينة الدولة مبالغ ضخمة، ثم أنها تحتاج إلى متابعة مستمرة تفاديا لأي خروج عن ما تم التعاقد بشأنه.[5]

وتعتبر سلطة الرقابة والتوجيه من النظام العام ولا يمكن الاتفاق على مخالفتها، لأنها قررت للمصلحة العامة، كما لا يمكن لجهة الإدارة التنازل عنها[6]، فهي ليست بالامتياز الممنوح للإدارة في حد ذاتها بوصفها سلطة عامة، بل قررت سلطة الاشراف والرقابة لحماية المال العام، وضمان حسن سير المرافق العامة، وغالبا ما تشترط الإدارة ضمن بنود عقودها أو دفاتر الشروط حقها في إصدار التعليمات.[7]

1- SHWEKAT Aiad, op .cit. p 59.

2 - أنظر، محمود أبو السعود حبيب، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد الأول، سنة 1997، السنة 39، ص 205.

3 - أنظر، د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 259.

4 - أنظر، د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 591.

5 - راجع، د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247، القسم الثاني، المرجع السابق، ص 09.

6 - أنظر، د. محمد الصغير بعلي، القرارات والعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 268.

7 - أنظر، د. عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 08.

ولتحديد الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه لابد من تحديد مصدرها الذي قد يكون العقد أو القوانين والتشريعات، كما قد لا يتم النص عليها، وهذا ما سوف يتم تبيانه فيما يلي.

1- العقد كأساس لسلطة الرقابة والتوجيه.

تحرص الإدارة دائما على تضمين عقودها شروط تنظم من خلالها سلطة الرقابة والتوجيه على المتعاقد، في نصوص العقد أو في دفتر الشروط، فقد ترد بنود تنص بصفة واضحة على كيفية ممارسة هذه السلطة وحدودها، وفي المقابل الضمانات التي يمكن توفيرها للمتعاقد في هذه الحالة.[1]

ويكون ذلك واضحا في عقود الأشغال العامة، فالمصلحة المتعاقدة باعتبارها صاحبة المشروع، تعمل على تضمين العقد، ودفاتر الشروط بندا يتعلق بإمكانية استعمالها لسلطة الرقابة والتوجيه، وقد أشار دفتر الشروط العامة المطبق على صفقات الأشغال العامة في الجزائر بصورة واضحة لحق الإدارة في ممارسة سلطة الرقابة والإشراف كما تضمنته أحكام المواد 12 ، 13 ، 21 منه، من خلال النص على أنه يجب على المقاول تنفيذ تعليمات المصلحة المتعاقدة، ويخضع للتغيرات المفروضة عليه أثناء العمل، كما تجيز صراحة للمصلحة المتعاقدة عن طريق مصالحها تغيير الأهوان والعمال.[2]

كما يظهر أيضا في عقود الامتياز، التي ترتبط ارتباطا وثيقا بالمرفق العام ولها صلة بتنظيمه وسيره واستغلاله، فتتضمن هذه العقود عادة تنظيما متكاملا لسلطات الرقابة التي تتمتع بها الجهة الإدارة المانحة للالتزام.[3]

وقد برز أيضا حق الرقابة والإشراف في مجال عقود التوريد، فلم تعد الرقابة رقابة فحص لاحق للمنقولات التي تم تسليمها بالفعل من جانب المتعاقد بهدف التأكد من مطابقتها للمواصفات المتفق عليها، بحيث أسفر التقدم على ظهور أشكال جديدة من عقود التوريد كعقود التوريد الصناعية، والتي تتطلب خضوع المواد لرقابة فعالة من جانب الإدارة في مرحلة التصنيع.[4]

ومنه فإن سلطة الرقابة والتوجيه تجد أساسها ضمن البنود التي ترد في نصوص العقد ودفاتر الشروط.

2- الأساس التشريعي والتنظيمي لسلطة الرقابة والتوجيه.

قد يرد النص على سلطة الرقابة في القوانين أو التنظيمات واللوائح، فقد تفرض بعض القوانين والتنظيمات المتعلقة بطائفة معينة من العقود التزامات محددة تقع على عاتق المتعاقدين مع الإدارة، مع منح هذه الأخيرة سلطات مقابلة في مراقبة تنفيذ هذه العقود، وقد تحدد هذه النصوص القانونية والتنظيمية

---

1 - أنظر، سليمة جدي، المرجع السابق، ص 533.

2 - راجع المواد: 04/12 ، 13، و21 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال، المشار إليه سابقا.

3 - راجع، د. جمال عثمان جبريل، د. ابراهيم محمد علي، المرجع السابق، ص 50.

4 - SHWEKAT Aiad, op .cit. p 78.

بالتفصيل وسائل ممارسة هذه السلطة، وفي هذه الأحوال فإنه يجب إعمال النصوص وتقوم سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه مرتكزة عليها. [1]

وقد ورد النص على سلطة الإدارة في الرقابة والإشراف في مختلف تشريعات النظم المقارنة في نصوص متفرقة.

فالمشرع الفرنسي نظم سلطة الرقابة والتوجيه في العديد من التشريعات، نذكر على سبيل المثال لا الحصر، ففي مجال عقود الامتياز القوانين الصادرة في 1842/06/11، و1845/07/15 والتي نظمت كيفية الرقابة الفنية والمالية على الشركات الملتزمة باستغلال مرفق السكك الحديدية، وأيضا القانون الصادر في 1948/06/16 المتضمن تنظيم القواعد الرقابية على الخطوط الجوية الفرنسية، وفي مجال عقود الأشغال العامة القانون الصادر في جانفي 1978 والخاص بالمسؤولين والضمان في مجال التشييد والبناء، والذي قرر فرض نوع من الرقابة الفنية الالزامية على المقاول بهدف التأكد من متانة المباني وصلاحية الأساسات وعوامل الأمان بالنسبة للعاملين في المنشآت، ومنح هذا القانون للإدارة سلطة بسط رقابتها على أي عناصر فنية أخرى في المنشآت محل التشييد.[2]

وفي مصر فقد تم أيضا تكريس سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، فقد قررت المادة السابعة من القانون رقم 129 لسنة 1947 بشأن التزام المرافق العامة والمعدلة بالقانون رقم 497 لسنة 1954 والقانون رقم 185 لسنة 1958 هذه السلطة للإدارة[3] ، كما نصت المادة 82 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 89 لسنة 1998 بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات على أحكام الرقابة على المتعاقد في عقود المقاولات.[4]

وفي الجزائر نجد من التشريعات التي تضمنت أحكام تتعلق بالرقابة والتوجيه نذكر ما ورد ضمن المادة 08 من المرسوم رقم 84-124، المؤرخ في 1984/05/19، الذي يحدد صلاحية وزير التجارة وصلاحيات نائب الوزير المكلف بالتجارة الخارجية، والتي خولت لوزير التجارة في مجال الصفقات العمومية بتطبيق نظام التوجيه والتنسيق والمراقبة لكامل الصفقات العمومية. [5]

---

1 - أنظر، أمل لطفي حسن جاب الله، المرجع السابق، ص 120.

2 - أشار إلى هذه القوانين كل من: - د. محمد أبو السعود حبيب، المرجع السابق، ص 212. -. د. السيد فتوح محمد هنداوي، ص 119.

3 - أنظر، د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 434.

4 - أنظر، د. حسن عبد الله حسن، عقود مقاولات الأعمال بين ضيق نصوص قانون المناقصات والمزايدات ورحابة الواقع العملي، دار الجمعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2015، ص 300.

5 - راجع المادة 08 من المرسوم رقم 84-124، المؤرخ في 1984/05/19، الذي يحدد صلاحية وزير التجارة وصلاحيات نائب الوزير المكلف بالتجارة الخارجية، ج. ر عدد 21 لسنة 1984.

- والذي ألغي بموجب المرسوم التنفيذي رقم 94-207، المؤرخ في 16 يوليو سنة 1994، ج. ر عدد 74، لسنة 1994. والذي تم إلغائه أيضا بموجب المرسوم التنفيذي رقم 02-453، المؤرخ في 21 ديسمبر سنة 2002، والمتضمن تحديد صلاحيات وزير التجارة، ج. ر عدد 85 لسنة 2002.

كما أن المشرع قد خصص الفصل الخامس من المرسوم رقم 15-247 لسلطات المصلحة المتعاقدة في الرقابة على الصفقات التي تبرمها وأدرجه تحت عنوان "رقابة الصفقات"، ومن ذلك ما تضمنته أحكام المادة 156 والتي قررت أن الصفقات العمومية التي تبرمها المصلحة المتعاقدة تخضع للرقابة قبل دخولها حيز التنفيذ، وقبل وبعد التنفيذ، كما تضمنت أيضا أحكام المادة 157 أنه تمارس على الصفقات العمومية أنواع الرقابة.[1]

من خلال ما سبق يتضح أن ممارسة الإدارة لسلطة الرقابة والتوجيه تعتبر من بين اختصاصاتها التنظيمية، وبالتالي فإنها تجد أساسها القانوني في النصوص القانونية والتنظيمية التي تحكم نشاطها.[2]

3- سلطة الرقابة والتوجيه الغير منصوص عليها.

قد لا تقرر القوانين والتنظيمات واللوائح ولا تنظم سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه في العقود الإدارية، ولا يتضمن العقد الإداري ولا دفتر الشروط الملحق به أي بند يتعلق بهذه السلطة، ومع ذلك فإن سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه في مرحلة تنفيذ العقود الإدارية توجد بذاتها دون الاستناد إلى نص خاص،[3] باعتباريها سلطة أصلية تقوم مرتكزة على المبادئ العامة في القانون الإداري، ولا يغير النص على سلطة الرقابة من طبيعة هذه السلطة باعتبارها سلطة أصلية قائمة بذاتها ومستمدة من النظام القانوني للعقد الإداري، فهي سلطة أصلية ولا يعد النص عليها إلا كاشفا لها. [4]

وهذا الحق الذي تمتلكه الإدارة هو من بين النقاط التي تجعل العقود الإدارية تختلف اختلافا كبيرا عن العقود المدنية، ويرتبط هذا الاختلاف بالأساس القانوني الذي يرتكز عليه هذا الحق. [5]

و قد أقر مجلس الدولة الفرنسي سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه على عقودها الإدارية، في الكثير من أحكامه.[6]

---

1 - راجع المواد: 156، 157 من المرسوم الرئاسي 15-247.

2 - أنظر، عيسى رياض، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن والجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985، ص 12.

3 - أنظر، سليمة جدي، المرجع السابق، ص 536.

4 - أنظر، أمل لطفي حسن جاب الله، المرجع السابق، ص 124.

5 - أنظر، نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 122.

6 - نذكر منها:

- C.E, 11/10/1921, Cie de navigation Sud-Atlantique, R.D.P, p. 892. - C.E, 27/7/1932, Léonard, Rec. P 130. - C.E, 21/02/1942, Entreprise de Limousine de paris, R.D.P, p 53.

كما قررت المحكمة الإدارية العليا في مصر على أن الطابع الخاص للعقود الإدارية يترتب عليه منح الإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود الإدارية.[1]

هذا وقد تأيدت هذه السلطة تشريعيا باعتبارها سلطة مستقلة قائمة بذلتها، ففي فرنسا أشارت المذكرة الإيضاحية للقانون الصادر في 1908/12/13، الخاص بالتزامات السكة الحديدية ومجاري المياه، بأن الحكومة هي شخص معنوي عام تمتلك في مادة الالتزام كل سلطات التدخل والرقابة والتوجيه، التي لم يقررها قانون أو لائحة مستقلة لها قوة القانون، ويرى الفقهاء في فرنسا أن هذه القاعدة المنصوص عليها في عقد الامتياز تمتد لتشمل جميع العقود الإدارية.[2]

ويختلف الفقهاء بشأن الأساس القانوني لسلطة الرقابة على العموم في حالة سكوت العقد، **فيرى فريق منهم** أن الطبيعة القانونية للمرفق العام وحدها هي الأساس القانوني لهذه السلطة.[3]

ويوجد اتجاه آخر من الفقه يرى بأن المرفق العام لا يمكن أن يكون وحده أساسا لسلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه على تنفيذ عقودها الإدارية، وإنما يرتكز إلى جانب ذلك على النية المشتركة للمتعاقدين كإرادة ضمنية مستخلصة من تكوين العقد.[4]

ويرى فريق آخر أن أساس سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه يرتكز على مقتضيات الصالح العام التي يقع على عاتق الإدارة تحقيقها في تعاقداتها كما هو الشأن في باقي نشاطاتها.[5]

ومن وجهة نظري فإن سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه تجد أساسها في فكرة المرفق العام، فضرورة سير المرفق العام بانتظام واطراد هي التي تبرر للإدارة ممارسة تلك السلطات الاستثنائية الغير مألوفة، فالإدارة هي المسؤولة عن إدارة المرافق العامة وضمان حسن سيرها، وتقتضي هذه المسؤولية أن يتم منها مثل تلك السلطة والامتياز، وهي الوسيلة التي من خلالها تتحقق المصلحة العامة التي يهدف إليها المرفق

---

1 - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في 1957/04/20، المجموعة السنة الثانية، رقم 97، ص 937، - وحكم آخر صادر عن محكمة القضاء الإداري في 1957/06/30، المجموعة السنة 11، رقم 377، ص 610، وكذلك حكمها في 1968/03/02، المجموعة السنة 13، رقم 83، ص 625.

2 - Voir - SHWEKAT Aiad, op .cit. p 78.

3 - أنظر في ذلك: - د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 124. - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 436. - د. سعيد عبد الرزاق باخبيره، المرجع السابق، ص 143. - د. السد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص 121. - د. بن شعبان علي، المرجع السابق ، ص 37.

- PEQUIGNOT Georges, Théorie générale des contrats administratifs, Juris-classeur administratif, 1962, p 10.

4 ومنهم: - محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، من دون سنة نشر، ص 175. -

5 - ومنهم: - د. عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 8. - د. محمد يعقوب السعيدي، مبادئ القانون الإداري، الجزء الأول، من دون دار نشر وسنة النشر، ص261.

- DELAUBADERE André, traite élémentaire de droit administratif. Op cit, p 300.

العام، وفي رأيي فإن فكرة المرفق العام والمصلحة العامة هما فكرتان متلازمتان تكمل كل منهما الأخرى، وهذا ما يتماشى مع المعيار الراجح لدى الفقه والقضاء، وهو الرأي الذي انحازت إليه بعض التشريعات.[1]

رابعا: نطاق استعمال الإدارة لسلطة الرقابة والتوجيه.

تبين من خلال ما سبق أن سلطة الرقابة والتوجيه تعتبر حقا مقررا للمصلحة المتعاقدة تستعمله في مواجهة المتعاقد معها لضمان حسن تنفيذه لالتزاماته التعاقدية[2]، وإن كان المشرع قد وسع من صلاحيات المصلحة المتعاقدة في هذا المجال، إلا أنه لا يفهم على أنه إطلاقا لها من كل قيد، فلا يمكن التسليم بهذه السلطة بصفة مطلقة، بحيث يمكن القول بإمكان إخضاعها للرقابة إذا تمت ممارستها بشكل تعسفي ينحرف بها نح تحقيق مصالح خاصة، أو يجعلها تغير مضمون العقد.[3]

فسلطة الإدارة في الرقابة بمعناها المزدوج (الاشراف والتوجيه) سواء كانت تستمده من القوانين واللوائح، أو من نصوص العقد ودفاتر الشروط، أو كانت قائمة بذاتها كسلطة أصلية في خارج نصوص العقد لها نطاق معين لا يجوز لها ان تتعداه[4]، فلابد من ضوابط معينة تستعمل ضمن حدودها حماية للمتعامل المتعاقد، وتتمثل هذه الشروط والضوابط فيما يلي:

01- يجب أن تستعمل الإدارة لسلطة الرقابة والتوجيه بهدف تلبية احتياجات المرفق العام.

إن الهدف المصلحة المتعاقدة من إبرام العقود الإدارية هو تحقيق المصلحة العامة، وأن ممارستها لسلطاتها بما في ذلك سلطة الرقابة والتوجيه هو الوصول للتنفيذ السليم للعقد طبقا للشروط التي أبرمت من أجلها، فلابد للمصلحة المتعاقدة أن تمارس سلطة الرقابة في حدود الغرض من العقد المبرم.[5]

فإذا قصدت الإدارة باستعمالها هذا الحق مجرد الإضرار بالمتعاقد معها، دون أن تكون هناك مصلحة عامة اعتبر قرارها في هذا الشأن غير مشروع مما يترتب عليه مسؤولية الإدارة في تعويض المتعاقد معها عما أصابه من ضرر، بسبب تعسفها في استعمال السلطة، كأن تأمر الإدارة المتعاقدة بإيقاف العمل لمدة تجاوز الحد المعقول دون أن يكون هناك مبرر جدي[6]، أو كأن يصدر المهندس المكلف بالرقابة على عقد الأشغال العامة أمر لفصل أحد مساعدي المقاول خارج ما نص عليه دفتر الشروط، أي لغير سبب

---

1 - فقد تعرض المشرع المصري في المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 185 لسنة 1958 بشأن تعديل قانون التزام المرافق العامة إلى الأساس القانوني لسلطة الرقابة والتوجيه بقوله: "حق الرقابة على الملتزم حق أساس مرده إلى فكرة المرفق العام وما يقتضيه سيره وانتظامه". أوردها – د. أمل لطفي حسن جاب الله، المرجع السابق، ص 128.

2 - أنظر، د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق، ص 34.

3 - أنظر، مقدم عبد الرحيم، صلاحيات الإدارة المتعاقدة ومدى رقابة لجان الصفقات عليها، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، المجلد 08 العدد 16، ص 165.

4 - أنظر، د. أمل لطفي حسن جاب الله، المرجع السابق، ص 130.

5 - أنظر، د. خليل صالح السامرائي، المرجع السابق، ص 151.

6 - راجع ابراهيم الشارف الطاهر تفوقه، المرجع السابق، ص 75.

يتعلق بالمرفق كعدم أمانته أو عدم أهليته، فإن ذلك يعد تجاوز للسلطة يمكن للمتعاقد اللجوء إلى الجهة القضائية المختصة للمطالبة بإلغائه بسبب عيب الانحراف في استعمال السلطة.[1]

فالإدارة المتعاقدة محكومة بتحقيق الصالح العام من هذه الرقابة وإلا اعتبرت منحرفة في استعمالها لسلطتها ومتعسفة في استعمال سلطتها.[2]

ومنه فإنه يتعين على المصلحة المتعاقدة أن لا تتراخى في استعمال سلطة الرقابة والتوجيه، وفي المقابل فإنها لا يجب عليها أن تتشدد في ذلك على اعتبار أن الهدف هو تحقيق المصلحة العامة، لأن إفراط الإدارة المتعاقدة في استعمال لسلطة الرقابة من شأنه عرقلة تنفيذ العقد الإداري، وذلك بدفع المتعاقد إلى اللجوء إلى القضاء.[3]

02- يجب ممارسة سلطة الرقابة والإشراف في حدود القواعد العامة للمشروعية.

تمارس المصلحة المتعاقدة سلطة الرقابة والتوجيه من خلال القرارات الإدارية المنفصلة، ويجب أن تصدر هذه القرارات والتعليمات في حدود قواعد المشروعية، بحيث يجب أن تصدر عن من الجهة أو السلطة المختصة، ووفقا للأشكال والإجراءات القانونية.[4]

فلكل جهة إدارية صلاحيات واختصاصات معينة أوردتها النصوص القانونية، فلا يجوز لجهة الإدارة الخروج عنها، وإلا أعتبر هذا التصرف غير مشروع.[5]

كما أن هذه الأوامر يجب أن تراعى عند صدورها الشروط والإجراءات الشكلية التي حددها القانون، كأن تتخذ الشكل الكتابي، مع حملها لتاريخ ورقم الإصدار، ووجوب تسجيلها في الدفتر المخصص مع تبليغها للمتعامل المتعاقد، وهذا من أجل إعطاء الضمانات لأجل صدورها بشكل سليم، وحتى يمنح للمتعاقد فرصة التظلم أو الطعن فيها و الاستناد إليها في طلب التعويض. [6]

03- يجب أن لا يؤدي إعمال سلطة الرقابة والإشراف إلى تعديل مضمون العقد.

من بين الضوابط التي تخضع لها سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه على تنفيذ العقود الإدارية أن لا يترتب على استعمال الإدارة لهذا الحق تعديل في شروط العقد.[7]

---

1 - أنظر، د. بن شعبان علي، المرجع السابق، ص 53.

2 - أنظر، د. عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، المرجع السابق ، ص 218.

3 - أنظر، أ. سليمة جدي، منازعات الصفقات العمومية الناشئة عن إخلال المصلحة المتعاقدة، المجلة الجزائرية للأمن والتنمية، العدد العاشر، جانفي 2017، ص 538.

4 - أنظر، د. السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص 124.

5 - أنظر، خليل صالح السامرائي، المرجع السابق ، ص 151.

6 - راجع د. بن شعبان علي، المرجع السابق، ص 54.،

7 - أنظر، د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 125.

فلا يجوز أن تتعدى الرقابة حدود الإشراف والتوجيه، وتصل إلى حد التعديل في بنود العقد محل التنفيذ، لأن سلطة التعديل لها شروطها وآثارها المتميزة عن سلطة الرقابة والتوجيه[1]، كما لو قامت جهة الإدارة بفحص المواد المستعملة في العمل فنكون أمام سلطة رقابة ولا تستوجب التعويض، أما إذا طلبت جهة الإدارة من المقاول إحلال مواد محل المواد المتفق عليها في العقد، فهنا نكون أمام سلطة تعديل لبنود العقد يستحق المقاول عنها تعويضا إذا أدى ذلك إلى زيادة الأعباء المالية للمتعاقد.[2]

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا بمصر *"... ومن حيث أنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن حقوق المتعاقد مع جهة الإدارة والتزاماته إنما تحدد بنصوص العقد الذي يربط بتلك الجهة، وأنه متى قبلت ما أبداه المتعاقد معها من تحفظات، فإنها تعتبر جزءا من العقد واجبة التنفيذ"*[3]

ومنه فإن المصلحة المتعاقدة تكون ملزمة بما ورد في نصوص العقد، وتمتعها بسلطة الرقابة والتوجيه على تنفيذ المتعاقد لمضمون العقد لا يعني قيامها بتعديل مضمون العقد، فليس لها أن تصدر للمتعامل المتعاقد أوامر من شأنها أن تؤدي إلى تغيير مضمون العقد، أو أن تتجاوز الحدود الطبيعية المعقولة والمدة المطلوبة للتنفيذ.[4]

الفرع الثاني: سلطة الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة

الأصل في عقود القانون الخاص أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين، إلا أنه في ظل النظام القانوني الذي يحكم العقود الإدارية فإن الإدارة تتمتع بسلطة التعديل الانفرادي للعقد الإداري ضمن أسس محددة[5]، وتعتبر سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري من أهم ما يميز هذه العقود عن غيرها من عقود القانون الخاص، حيث تستطيع الإدارة أن تزيد أو تنقص من التزامات المتعاقد معها بإرادتها المنفردة، ومن دون الحاجة إلى موافقته.[6]

---

1 - أنظر د. خليل صالح السمرائي، المرجع السابق، ص 152.

2 - راجع في ذلك: - د. رياض عيسى الزهيري، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة، مطبعة الغري الحديثة، النجف، الطبعة الاولى، 1986، ص 171. - د. بن شعبان علي، المرجع السابق، ص 54.

3 - حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في الطعن رقم 11046، السنة 47 ق، عليا بتاريخ 2006/09/02، أشار أليه د. خليل صالح السمرائي، مرجع سابق، ص 152.

4 - أنظر، سليمة جدي، المرجع السابق، ص 539.

5 - راجع في ذلك: - د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 313. - د. حسن عبد الله حسن، المرجع السابق، ص 301. - د. أمل لطفي حسن جاب الله، المرجع السابق، ص 134. - د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 203. - د. مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، المرجع السابق ، ص 122.
- FRIER Pierre-Laurent, PETIT Jacques, Droit administratif, 12e édition, L.G.D.J ,2018, p 492.

6 - راجع في ذلك: - د. علي الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 1975، ص 240. - د. جابر جاد نصار، عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام، المرجع السابق ، ص 202. -. مقدم عبد الرحيم، المرجع السابق، ص 169.

وتعتبر سلطة الإدارة في تعديل العقود الإدارية أخطر من سلطة الرقابة والإشراف والتوجيه، خاصة وأن الإدارة لا تتدخل في مجالات مسكوت عنها في العقد، وانما تتدخل لتغيير التزامات تعاقدية منصوص عليها[1]، ونظرا لأهمية موضوع سلطة الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة وأثره على التوازن المالي للعقد الاداري تقتضي الدراسة التطرق إلى ماهية سلطة التعديل الانفرادي، وأساسها القانوني، ومن ثم تبيان شروطها والضوابط التي تخضع لها ومن ثم نطاقها ومداها.

أولا: ماهية سلطة التعديل الانفرادي في العقود الإدارية.

01- مفهوم سلطة الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة.

تعتبر سلطة الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة من أهم وأخطر السلطات التي تمتلكها جهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها، ذلك أنها تظفي على العقد الإداري مرونة[2] ، فالإدارة تستطيع من خلال هذه السلطة الاستثنائية وبإرادتها المنفردة أن تفرض العديد من التعديلات غير المتوقعة لحظة ابرام العقد بقصد تلبية وإشباع احتياجات المرفق العام.[3]

فمن خلال هذه السلطة يتضح بصورة مباشرة الجانب الفعال والمؤثر في العقد الإداري والذي يتعارض مع مبدأ ثبات العقد المطبق في عقود القانون الخاص، ذلك أن منح الإدارة المتعاقدة هذه السلطة في مجال تنفيذ العقود الإدارية من شأنه المساس بالقوة الملزمة للعقد[4] والذي يعتبر من أهم المبادئ في القانون الخاص[5]، بحيث لا يتمتع العقد الإداري في مواجهة الإدارة المتعاقدة بقوة الإلزام نفسها التي تكون للعقود المدنية.[6]

---

1 - راجع: - د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق ، ص 437.

2 - راجع في ذلك: - د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 437.

- د. محمد صلاح عبد البديع السيد، دور فكرة التوازن المالي للعقد في التوفيق بين سلطة تعديل العقد والحقوق المالية للمتعاقد، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009، ص 54.

- كمال العطراوي، سلطة الإدارة في تعديل عقد الأشغال العامة أثناء مرحلة التنفيذ، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 17، جانفي 2018، ص 505.

3 - أنظر، د. أحمد السيد محمد محمود عطية، نظرية عمل الأمير، دراسة مقارنة في التشريع الوضعي والفقه الاسلامي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، مصر، 2006، ص 248.

4 - أنظر د. سعيد عبد الرزاق باخبيره، المرجع السابق، ص 156.

5 - وقد عبر المشرع الجزائري على ذلك في القانون المدني صراحة من خلال نص المادة 106، التي نصت على أن "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون"

6 - أنظر، عمر حلمي، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري وضمانات المتعاقد في مواجهتها، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1996، ص 09.

فالطبيعة الخاصة للعقود الإدارية هي التي تحد من مدى القوة الملزمة للعقد وتجعل الإدارة لا تتقيد بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وذلك لاتصال العقد بالمرفق العام، وحسن سيره وانتظامه، ومن ثم فإن الإدارة تملك سلطة التعديل بما يتلاءم مع الظروف المتغيرة وبما يحقق المصلحة العامة.[1]

وعدم ثبات العقد الإداري يشمل كل أنواع التعديلات التي يمكن للإدارة إدخالها على القوة الملزمة للعقود، ولا يعني ذلك أن نظرية عدم الثبات تقضي تماما على القوة الملزمة للعقود الإدارية، ولكنها تحد فقط من مدى هذه القوة.[2]، وهكذا فإن عدم ثبات العقد الإداري يمنح الإدارة المتعاقدة الحق في تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة من أجل ضمان حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد، لأنها تتعاقد لمصلحة مرفق عام معين، فإذا تبين لها أن العقد الذي ابرم يخالف مقتضيات الصالح العام والمرفق الذي كان التعاقد لصالحه، فإنه يصعب اعتبار أن ذلك كان قائما في النية المشتركة للأطراف، وبذلك لا تكون الإدارة في هذه الحالة قد خرجت على مضمون عقدها الذي أبرمته بل هي في حقيقة الأمر تجعله بما فرضته من تعديل متفقا مع طبيعة العقد الإداري.[3]

02- وجود سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري.

لا يوجد خلاف بين الفقه حول وجود سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري في حالة وجود نص في العقد يمنح للإدارة المتعاقدة الحق في أن تعدل العقد، لاتفاقها مع مبدأ القوة الملزمة للعقد ومبدأ الإرادة المشتركة للطرفين، وتعتبر في هذه الحالة تنظيم عقدي ولا تعتبر سلطة استثنائية[4] ، إلا أنه هناك جدل فقهي حول مسألة تمتع الإدارة بهذه السلطة بين مؤيد ومعارض[5]، فإن كان يوجد من الفقه من ينكر

---

1 - راجع في ذلك: - د. مازن ليليو راضي، العقود الإدارية، المرجع السابق ، ص 122. ، - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق، ص 39.

- AJJOUB Muhannad, La notion de liberté contractuelle en droit administrative Français , Thèse, Université Panthéon-Assas, Paris 2, 2016, p 439.

2 أنظر، د. علي الفحام، المرجع السابق، ص 55.

3 - راجع في ذلك: د. علي الفحام، المرجع السابق، ص 60. - د. أحمد السيد محمد محمود عطية، المرجع السابق، ص 250.

4 - أنظر، د. أحمد السيد محمد محمود عطية، المرجع السابق، ص 251.

5 - لمزيد من التفاصيل حول الجدل الفقهي حول سلطة الإدارة في التعديل راجع على سبيل المثال:

- LORENS François, contrats d'entreprise de marché de travaux publics, Contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif, L.G.D.J, 1981, p 245 Ets.

- د. بة يمان جلال حسن، المرجع السابق، ص 75 وما بعدها.

- د. بن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 60 وما بعدها.

- محفوظ عبد القادر، وجود سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري، دراسة مقارنة بين الفقه والتشريع والقضاء في الجزائر وفرنسا ومصر، مجلة الفقه والقانون، العدد 28، فبراير 2015، ص 50 وما بعدها.

- د. شريط وليد، جدي مراد، سلطة الإدارة المتعاقدة في تعديل صفقة الأشغال العامة عن طريق الملحق، مجلة آفاق للعلوم، العدد 12، جوان 2018، المجلد 05، ص 47 وما بعدها.

على الإدارة هذا الحق[1]، إلا أن الرأي الغالب في الفقه والقضاء قد استقر على حق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة، ومن دون الحاجة لنص يقررها، على اعتبار أنها سلطة ثابتة لجهة الإدارة وتشمل جميع العقود، وتمارسها الإدارة دون حاجة إلى موافقة المتعاقد معها. [2]

وقد أكد القاضي الإداري على حق الإدارة في تعديل العقد الإداري وذلك من خلال قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية « Compagnie nouvelle du gaz de Déville-Lès-Rouen »[3] وهذه السلطة تم تكريسها بشكل أكثر وضوحا في قضية (Compagnie générale française des tramways).[4]

والذي يتعلق بقيام محافظ مقاطعة الرون بفرض جدول على شركة ترام مارسيليا تضمن ذكر عدد من السفريات يزيد عن الحد الأدنى المنصوص عليه في دفتر الشروط، وقد أعلن القاضي الإداري في هذا الحكم أن الإدارة تستطيع في أي وقت أن تقوم بإجراء التعديلات اللازمة من أجل تحقيق المصلحة العامة وضمان سير المرفق العام بانتظام.[5]

كما أن هناك قرار صادر عن المحكمة لحقوق الانسان اعترفت من خلاله للإدارة بسلطة التعديل الانفرادي لعقودها الإدارية حيث جاء فيه أنه:

---

1 - من الفقه المعارض لسلطة الادارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة نذكر على سبيل المثال:

-Voir: L'HUILLIER Jean, les contrats administratifs tiennent –ils lieu de loi a l'administration, Dalloz, 1953, chronique, p 87 et suir.

-Voir: BÉNOIT Francis Paul, « De l'inexistence d'un pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs », JCP-G-1963,I, p1775.

7-Voir : DUFAU Jean., le pouvoir de modification unilatérale de l'administration et les contrats de concession de services public, AJDA, 1955, p 65-69.

2 - راجع في ذلك: - د. أحمد السيد محمد محمود عطية، المرجع السابق، ص 251. - د. مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص 123. - د. سعاد الشرقاوي، المرجع السابق، ص 457.

- BRUERE Jean Christophe, consensualisme dans les contrats administratifs, R.D.P, 1996, p 1726.

- GUETTIER Christophe, Droit des contrats administratifs, 2e édition, Thémis droit, Paris, mis à jour 2008, p 391.

3 - C.E. CE , 10 janvier 1902 « Compagnie nouvelle du gaz de Déville-Lès-Rouen »

-Voir, Jacqueline MORAND-DEVILLER- Pierre BOURDON- Florian POULET, Droit administratif, op .cit, p 504.

- FOILLARD Philippe, Droit administratif, op.cit. p 239

4 - C.E. 21 mars 1910, Compagnie générale française des tramways, Voir :

- Jacqueline MORAND-DEVILLER- Pierre BOURDON- Florian POULET, Droit administratif, op .cit, p 504.
- DEBBASCH Charles, COLIN Frédéric, op .cit, p 470.
- ANDER FLAMME Maurice, le domaine et le contrat administratifs, Presses universitaires de Bruxelles, Belgique, 1967, P 140.

5 - أنظر، إبن خليفة سميرة، الملحق وعامل التوازن الاقتصادي للصفقة العمومية في القانون الجزائري، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، المجلد 09، العدد 02، 2016 ، ص 194.

« *Le pouvoir de modification unilatérale existe donc. Sur ce point le droit français ne se singularise pas, aussi bien les droits nationaux que la jurisprudence internationale admettent l'existence d'un pouvoir souverain pour modifier, voir résilier, moyennant compensation, un contrat conclu avec des particuliers- ainsi le veulent la prééminence des intérêts supérieures l'état sur les obligations contractuelles et la nécessité de sauvegarder l'équilibre du de contrat* ».[1]

كما أن المحكمة الإدارية العليا في مصر قضت بأنه *"... الجهة الإدارية المتعاقدة تملك بإرادتها المنفردة وعلى خلاف المألوف في معاملات الأفراد فيما بينهم حق تعديل العقد أثناء تنفيذه وتعديل مدى التزامات المتعاقد معها، فتزيد من الأعباء على عاتق الطرف الآخر وتنقصها وتتناول الأعمال أو الكميات المتعاقد عليها بالزيادة أو النقص على خلاف ما ينص عليه العقد، وذلك كلما اقتضت حاجة المرفق هذا التعديل من غير أن يحتج عليها بقاعدة الحق المكتسب أو بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين".*[2]

وعلى مستوى القضاء الإداري الجزائري، ومن خلال تصفح أغلب الاجتهادات القضائية المنشورة تبين أن القرارات القضائية المتعلقة بشكل مباشر بسلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقود الإدارية تعتبر قليلة جدا، ومع ذلك توجد بعض القرارات التي تعترف للإدارة بسلطة التعديل.

من ذلك قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1975/06/25 في قضية وزير الأشغال العمومية ضد (أ.أ)، وتتلخص وقائعه في أن السيد (أ.أ) ابرم مع وزارة الأشغال العمومية صفقة انجاز بناء مجموعتين من المساكن، تضم الأولى 90 مسكنا والثانية 50 مسكن، حيث في سنة 1964 تم سحب منه رخصة بناء 10 مساكن من مجموعة 90 و كذا سحب رخصة 10 مساكن أخرى من مجموعة 50 مسكن. [3]

وفي قرار آخر صادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا الصادر بتاريخ 1989/12/16، والتي تتلخص وقائعها في أن السيد (ع.ط) أبرم صفقة عمومية بتاريخ 1980/02/26 مع ولاية قالمة لإنجاز 198 سكن، والذي شرع بالأعال، إلا أنه بعد شهرين تلقى أمر بتوقيف الأشغال لتغيير الموقع.[4]

---

1 -Voir: cour européenne des droits de l'homme, 09/12/1994, Aff. Raffineries grecques Stran C/ Grèce,

- أورده، محفوظ عبد القادر، المرجع السابق، ص 62.

2 - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ 2004/06/06، طعن رقم 4527 لسنة 46 ق. ع، أشار إليه د. السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص 140.

3 - قرار المجلس الأعلى في 1975/06/25 (دون رقم)، نشرة القضاة، سنة 1978، العدد 1، ص 42. - أنظر، أ. سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء 1، المرجع السابق، ص40.

4 - قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بتاريخ 1989/12/16، ملف رقم 65143، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 01 ص 134 ، أشار إليه محفوظ عبد القادر، المرجع السابق، ص 63.

أما على المستوى التشريعي فإن قانون الصفقات العمومية في فرنسا كان يسمح بإمكانية إدخال تعديلات على الصفقة أثناء التنفيذ، وهذا ما نصت عليه المادة 118 منه[1]، وقد أكد ذلك المشرع الفرنسي من خلال نص المادة L 2194-1 قانون الطلبات العامة (Code de la commande publique)[2]، حيث أجاز المشرع من خلالها الحق للإدارة في تعديل الصفقة الإداري في حالات محددة من دون اللجوء إلى إجراء تنافسي جديد، على أن تغير التعديلات من الطبيعة العامة للصفقة[3]، مع منح المتعاقد الحق في المحافظة على التوازن المالي.[4]

و في مصر اعترف المشرع صراحة بحق الإدارة بتعديل عقودها الإدارية كلما اقتضت حاجة المرفق العام هذا التعديل[5]، ومن تلك التشريعات القانون رقم 129 لسنة 1947 بشأن التزامات المرافق العامة[6]، كما نص المشرع المصري أيضا على وجود هذه السلطة في التشريعات اللائحية المتعاقبة التي نظمت المناقصات والمزايدات.[7]

وفي الجزائر فإن لسلطة التعديل وجود قديم في مجال العقود الإدارية[8]، حيث أن دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على الأشغال العامة تضمن العديد من النصوص التي تمنح للإدارة المتعاقدة

---

1 - « Dans le cas particulier où le montant des prestations exécutées atteint le montant prévu par le marché, la poursuite de l'exécution des prestations est subordonnée, que les prix indiqués au marché soient forfaitaires ou unitaires, à la conclusion d'un avenant ou, si le marché le prévoit, à une décision de poursuivre prise par le pouvoir adjudicateur. » Voir: L'article 118, Décret n°2006-16 du 30 Juin 2006;portant code des marchés publics, www. Légifrance .FR, Dernière modification du texte le 1 avril 2016.

2 - Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique. www. Légifrance .FR, Dernière modification du texte le 12 février 2020.

3 - « Un marché peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence dans les conditions prévues par voie réglementaire, lorsque :
1° Les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux ;
2° Des travaux, fournitures ou services supplémentaires sont devenus nécessaires ;
3° Les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues ;
4° Un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché ;
5° Les modifications ne sont pas substantielles ;
6° Les modifications sont de faible montant.
Qu'elles soient apportées par voie conventionnelle ou, lorsqu'il s'agit d'un contrat administratif, par l'acheteur unilatéralement, de telles modifications ne peuvent changer la nature globale du marché. »

4 - Voir: L'article L2194-2 du code de la commande publique.

5 - راجع في ذلك على سبيل المثال: - د. أحمد السيد محمد محمود عطية، المرجع السابق، ص 276. - د. بة يمان جلال حسن، المرجع السابق ، ص 88.

6 - راجع المادة 5 من القانون رقم 129 لسنة 1947 بشأن التزامات المرافق العامة المصري.

7 - و كان آخرها الصادر بالقانون رقم 89 لسنة 1998 بتاريخ 1998/05/08، الجريدة الرسمية المصرية العدد رقم 19 مكرر من خلال نص المادة 78.

8 راجع، د. عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 16.

سلطة التعديل، ومن ذلك المواد 12 و32 من القرار المؤرخ في 1964/11/21 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة، السابق الذكر، حيث نصت المادة 12 في البند 05 على أنه " *على المقاول...أن يخضع للتغيرات المفروضة عليه خلال العمل، عندما يأمر بتلك التغييرات مهندس الدائرة أو المهندس المعماري بموجب أمر المصلحة.*"

وبعد صدور المرسوم التنفيذي 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال تضمنتها المادة 02 من دفتر البنود الإدارية.

حيث نصت المادة 02 من دفتر البنود الإدارية على أنه: " يمكن الترخيص بصفة استثنائية تطبيق أحكام مخالفة لبعض أحكام دفتر البنود الإدارية العامة التي تتعلق .....

– مهما يكن من أمر يجب أن تكون أية مخالفة لدفتر البنود الإدارية العامة هذا مبررة ...."

كما جاءت المادة 32 تحت عنوان ***التغيير الحاصل في أهمية مختلف أنواع الأشغال***" ونصت الفقرة الأولى منها على أنه *"عندما تتضمن الصفقة تفصيلا تقديريا يبين أهمين مختلف أنواع الأشغال، وعندما يتبين أن التغييرات التي تأمر بها الإدارة أو تنتج عن ظروف غير متأتية من خطأ أو عمل المقاول، فتتناول أهمية مختلف أنواع الأشغال بشكل تختلف فيه المقادير بما يفوق الخمسة وثلاثين بالمائة بزيادة أو نقصان عن المقادير المقيدة في التفصيل التقديري، فيستطيع المقاول عند إذن أن يقدم عند انتهاء الحساب طلبا بالتعويض مرتكزا عن الضرر المسبب له من جراء التعديلات الحاصلة بهذا الشأن في احتياطات المشروع.*"

كما أن المرسوم الرئاسي 15-247 جسد سلطة التعديل، بحيث أجاز للإدارة في جميع الصفقات العمومية أن تعدل بندا أو بنود بالزيادة أو بالنقصان عن طريق الملحق.[1]

وبما أن الفقه الراجح في فرنسا والجزائر وغالبية الدول العربية إلى جانب القضاء والتشريع يؤيدون سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري، وأن هذه السلطة ثبت وجودها وأصبحت اليوم من السمات الأساسية للعقد الإداري فقد اتجه الفقه والقضاء إلى البحث عن الأساس القانوني الذي يستند عليه ليحسم التشريع مسألة الشروط والضوابط التي تحكم تطبيقها.

ثانيا: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في تعديل العقد.

لقد اختلف الفقه حول الأساس القانوني الذي تقوم عليه سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية، ففريق يرى بأن هذه السلطة تستمد من خارج الرابطة التعاقدية وتتمثل في السلطة العامة، أما الفريق الثاني فيرى أن هذه السلطة مصدرها الروابط التعاقدية ذاتها القائمة بين الإدارة المتعاقدة والمتعاقد معها، ومردها

1 - راجع المواد من 135 إلى 139 من المرسوم الرئاسي 15-247.

احتياجات وضرورة المرافق العامة، وبشكل عام فإن هناك فكرتين طرحها الفقه كأساس لحق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة هي فكرة السلطة العامة، وفكرة المصلحة العامة ومقتضيات المرفق العام.

01- حق التعديل على أساس فكرة السلطة العامة.

لقد نادى الفقه الفرنسي منذ زمن طويل بفكرة السلطة العامة لتبرير حق الإدارة المتعاقدة في اتخاذ التعديلات اللازمة في العقد أثناء تنفيذه، ويرى أصحاب هذا الرأي أن أساس حق التعديل يوجد خارج الرابطة التعاقدية، وأن سلطة الإدارة في التعديل تأتي من فكرة السلطة العامة.[1]

فنجد أن الأستاذ (Pequigno) يرى بأن الإدارة تستمد سلطتها في التعديل من سلطتها العامة، وهو ليس امتيازا من امتيازات الإدارة التعاقدية، بل هو حق وواجب على الإدارة، و هذا الحق من النظام العام فلا يجوز لها التنازل عنه، وأي اتفاق يخالفه يعد باطلا.[2]

كما لاقت فكرة السلطة العامة كأساس لسلطة التعديل الانفرادي قبولا لدى بعض الفقه المصري حيث يرى أن تعديل الإدارة لشروط العقد الاداري لا يكون لها بصفتها متعاقدة، بل باعتبارها سلطة عامة، فالإدارة وهي في موقف السلطة العامة تجاه المتعاقد معها، لا تستطيع أن تفعل ما تفعله لو كانت في موقف كطرف متعاقد فقط.[3]

هذا وقد ذهب الأستاذ أحمد محيو إلى أن فكرة السلطة العامة تشكل أساس القانون الإداري، وهي المعيار لتحديد نطاق تطبيقه. [4]

وقد تم انتقاد هذا الرأي من قبل بعض الفقه على أساس أن سلطة التعديل الانفرادي باعتبارها قائمة على أساس فكرة السلطة العامة، يجعل الإدارة تمارسها من دون قيود، لأن النصوص العقدية لا تشكل قيدا على ممارسة الإدارة لهذه السلطة، وهذا يتعارض مع ما استقر عليه القضاء الإداري.[5]

ومن ناحية ثانية فإن هذا القول يجعل الإدارة تصدر تعليماتها للمتعاقد كفرد عادي أجنبي عن العقد، وليس بصفته متعاقدا مما يؤدي إلى حرمانه من حقوقه الأساسية في العقد.[6]

---

1 - أنظر، د. رياض إلياس عيسى الجريسات، نظرية التوازن المالي للعقد الإداري، المرجع السابق، ص 110.

2 - Voir, - PEQUIGNO Georges, Contribution à la théorie générale du contrat administratif, thèse, Montpellier, 1945, p 367-369.

3 - أنظر، د. مصطفى كمال وصفي، سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري بإرادتها المنفردة، مجلة العلوم الإدارية، السنة 13، 1971، ص 159.

4 - أنظر، د. أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 03 ، 1979، ص 32.

5 - أنظر، السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص 148.

6 - أنظر، د. محمد عبد العال السناري، طرق وأساليب التعاقد الإداري، وحقوق والتزامات المتعاقدين، دار النهضة العربية، 2004، ص 209.

02- حق التعديل على أساس فكرة احتياج المرافق العامة.

يرى أصحاب هذا الاتجاه في أن سلطة التعديل الانفرادي للعقد الإداري من قبل الإدارة تقوم على أساس فكرة المرفق العام، وقابلية المرفق العام للتغيير والتبديل هي التي تدعو إلى هذه التعديلات، حيث تتغير متطلبات المصلحة العامة، وتتغير المعطيات الاقتصادية والاجتماعية وفقا للتطور العلمي والتقني المتواصل.[1]

فيجب على الإدارة أن لا تتقيد بعقود صارت غير ذات فائدة، أو بنصوص تعاقدية لم تعد تتفق مع متطلبات المرفق العام واحتياجاته، فهي الأمينة والقائمة على مصلحة المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة.[2]

فلابد على الإدارة أن تقوم بتهيئة الوسائل وإيجاد ما يلزم لتسييرها وإعادة النظر في المرفق العام وما استجد من ظروف من أجل تعديل العقد الإداري بما يتناسب والمصلحة العامة، فاعتبارات الصالح العام وضرورات المرفق العام هي التي تبرر التعديلات التي تقوم بها الإدارة المتعاقدة.[3]

ويرى معظم الفقه الفرنسي وخصوصا الحديث أنه لا يمكن تأسيس حق التعديل الانفرادي إلا على أساس مستلزمات المرافق العامة، والتغيرات المفاجئة، على أساس أن الإدارة لا يجب أن تتقيد بشكل غير محدود بعقود أصبحت غير نافعة، أو بشروط عقدية أضحت غير متكيفة مع حاجات المرفق العام.[4]

ولقد أيد غالبية الفقه العربي ما ذهب إليه الفقه الفرنسي من أن أساس سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري مستمد من مقتضيات المرفق العام والوفاء بمستلزماته، وبما يحافظ على دوام وانتظام سير المرفق العام ويلبي الخدمات للأفراد، والمحافظة على الصالح العام.[5]

---

1 - راجع في ذلك كل من - ، د. جمال عثمان جبريل، د. إبراهيم محمد علي، المرجع السابق، ص71. - د. إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي، عقد امتياز المرافق العامة، المرجع السابق، ص 279.

2 - أنظر، د. علي الفحام ، المرجع السابق، ص 116.

3 - TAGEN Ragab, L'équilibre financier des contrats administratifs, étude comparative des droits français et égyptien, Thèse, université paris 1 panthéon, Sorbonne, Paris 2004, p 147.

4 - أنظر في ذلك: - د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 335.

- DE LAUBADER André, DELVOLVE Pierre, et MODERNE Franck, Traité des contrats administratifs, Tome 2, 2e édition L.G.D.J, Paris, TL 1983, P 402.
- RICHER Laurent, LICHERE François, Droit des contrats administratifs, 11e édition, L.G.D.J, 2019,
- BADOUI Saroit, le fait du prince dans les contrats administratifs, en droit française et en droit égyptien, Thèse, Paris 1954, p 99-100.

5 - من الفقه المؤيد لفكرة المرفق العام كأساس لسلطة الإدارة في تعديل عقودها نذكر على سبيل المثال: - د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية ، المرجع السابق، ص 443. - د. محمد الصغير بعلي، القرارات والعقود الإدارية، المرجع السابق ، ص 270. - د. عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 218. - د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 55. - د. نصري منصور نابلسي، المرجع السبق، 338.

و يوجد من الفقه من يرى بأن سلطة أو حق التعديل الانفرادي لشروط العقد الإداري لا تقوم على أساس فكرة واحدة، وإنما تقوم على أساس عدة أفكار مرتبطة ببعضها البعض، ولا يمكن الفصل بينها، ولا تصلح وحدها منفردة كأساس، فيجمع هؤلاء بين كل من فكرة السلطة العامة، والمصلحة العامة، والمرفق العام كلها مجتمعة كأساس لسلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، مبررين ذلك على أن فكرتي المرفق العام والمصلحة العامة هما فكرتان متلازمتان، على أساس أن المرفق هو نشاط يهدف إلى تحقيق عام، وأنه حيثما وجدت المصلحة العامة، أمكن استخدام السلطة العامة.[1]

وحسب رأيي فإنه من الصعب التسليم بفكرة السلطة العامة كأساس لسلطة التعديل الانفرادي، ذلك كون أنه بالإضافة إلى أنها تؤدي إلى نتائج لا تتفق مع مجال التطبيق العلمي لسلطة التعديل الانفرادي المعترف بها من قبل القاضي الإداري، فلو سلمنا جدلا بصحة الرأي القائل بفكرة السلطة العامة، فإنه سيكون منطقيا أن سلطة التعديل الانفرادي لا يحدها أية قيود، وبالتالي فإن النصوص العقدية لا يمكن أن تشكل عقبة أمام ممارسة الإدارة لهذه السلطة، ومن جهة أخرى فإن هذا الرأي يثير العديد من الصعوبات والمشاكل في حالة العقود الإدارية المبرمة بين شخصين من أشخاص القانون العام.

حيث أن سلطة الإدارة في التعديل تجد أساسها في متطلبات المرفق العام القابلة للتغيير تبعا للتطور العلمي والتكنلوجي والاقتصادي، خاصة وأن من مقتضيات سيره قابليته للتعديل والتغيير بقصد أداء الخدمة العامة على أتم وجه، فقد تطرأ ظروف جديدة أثناء تنفيذ العقد تقتضي تعديل شروط العقد، بالإضافة إلى ذلك فإن غالبية الفقه قد أيدت فكرة المصلحة العامة ومقتضيات المرفق العام كأساس لحق الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة، وهو ما استقرت عليه أحكام القضاء الإداري.[2]

إلا أن سلطة الإدارة في تعديل عقودها ليست مطلقة ويجب عليها أن تتقيد عند ممارستها لهذه السلطة بالقواعد العامة للمشروعية و أن تراعي حقوق المتعاقد معها.

ثالثا: نطاق وشروط استعمال الإدارة لسلطة التعديل الانفرادي.

إذا كان من المستقر عليه أن للإدارة الحق في تعديل شروط عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة، إلا أنه هل يفهم من أن هذه السلطة مطلقة بلا حدود، أو أن الإدارة تخضع للعديد من القيود والشروط التي تحد من مداها ونطاق ممارستها ؟

---

1 - أنظر، د. بن شعبان علي، المرجع السابق، ص 72.

2 - من ذلك: - حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 4527، جلسة 2004/06/06، لسنة 46.ق.ع، أشار إليه، د. بة يمان جلال حسن، المرجع السابق، ص 141.- حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في القضية رقم 741 لسنة 21 ق. جلسة 1970/03/22، وحكم آخر صادر في 1951/12/26 .

- للاطلاع على مزيد من الأحكام القضائية التي تؤيد قيام سلطة التعديل الانفرادي على أساس المصلحة العامة واحتياجات المرفق العام، راجع في ذلك، د. أحمد السيد محمد محمود عطية ، المرجع السابق، ص 319 – 321.

-CE, 27 octobre 2010, Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes Le Cannet Mandelieu La Napoule, Voir, Muhannad AJJOUB, op .cit, p 441.

وفيما يلي يتم التطرق لكل من نطاق سلطة التعديل والقيود التي ترد عليها.

01- نطاق سلطة التعديل الانفرادي.

يكاد يجمع الفقه والقضاء على أن سلطة التعديل تعتبر بمثابة مبدأ عام يطبق على جميع العقود الإدارية، وأنه يخرج عن نطاق تطبيقها تلك العقود المحددة بصورة كلية ونهائية عن طريق القوانين والتنظيمات، والتي لا يمكن للإدارة أن تجري عليها أية تعديلات[1]، وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في حكمه في قضية (Ministre des P.T.T, c/. Ricard)، حيث أقر "أنه إذا كانت القواعد العامة المطبقة على العقود الإدارية تسمح للإدارة المتعاقدة بتعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة، غير أنه لا يمكن لها استعمال هذه السلطة في حالة النص عليها قانونا".[2]

وتختلف سلطة التعديل من عقد لآخر بحسب درجة ارتباطها بتنظيم المرفق العام وإدارته واستخدامه، فمن العقود ما يتضمن اشتراكا فعليا مباشرا للمتعاقد في إدارة أو تشغيل أو استغلال المرفق موضوع العقد، كعقود الامتياز والأشغال العامة، وهناك عقود يقتصر دور المتعاقد فيها على مجرد تزويد المرفق باحتياجاته، دون المساهمة في إدارته واستغلاله، كما هو الحال في عقود التوريد بأنواعها. [3]

ومنه فإن التعديل قد ينصب على مقدرا التزامات المتعاقد سواء بالزيادة أو النقصان، وقد يكون التعديل في طرق ووسائل التنفيذ المنصوص عليها في العقد، كما قد يكون في مدة تنفيذ العقد.

أ- التعديل في مقدار التزامات المتعاقد بالزيادة أو النقصان.

يمكن للإدارة أن تعدل في التزامات المتعاقد معها، سواء بالزيادة أو النقصان، حيث أن التعديل لا يكون في نوع وطبيعة الالتزامات بل في مقدارها[4]، والمقصود هنا هو تعديل الكم، وليس النوع، أي أن الزيادة أو الإنقاص يكون من نفس طبيعة الالتزام المراد زيادتها أو الانقاص منها.[5]

وغالبا ما تتضمن دفاتر الشروط بالنسبة لعقود الالتزام وعقود الأشغال العامة وعقود التوريد النص على حق المصلحة المتعاقدة في تعديل كمية أو حجم الالتزام المتفق عليه في العقد، حتى في حالة عدم وجود نص في القانون.[6]

---

1 - TAGEN Ragab, op .cit, p

2 - C.E, 06/05/1985, Min. délégué du ministre de l'industrie et de la recherché, chargé des P.T.T, c/ M. Ricard , A.J.D.A, 1985, p 736.

3 - أنظر د. أحمد السيد محمد محمود عطية ، المرجع السابق، ص 331.

4 - أنظر، رياض إلياس عيسى الجريسات، المرجع السابق، ص 124.

5 - راجع، د. علي عبد العزيز الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، المرجع السابق، ص 217.

6 - أنظر، د. أحمد السيد محمد محمود عطية ، المرجع السابق، ص 332.

وقد نظمت معظم النصوص التشريعية هذه السلطة[1]، فقد نص عليها دفتر الشروط الإدارية العامة[2].

كما أن دفتر البنود الإدارية المصادق عليه بموجب المرسوم التنفيذي 21-219 قد أقر هذه السلطة للإدارة بموجب المادة 02 من دفتر البنود الإدارية.

وبالرجوع إلى تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام نجد أنه أقره بموجب المادة 136 منه[3]

ويعتبر حق الإدارة في هذه الحالة حق ثابت لها حتى في غياب النص القانوني أو لم يشترطه العقد، إذ لا تعدو هذه الشروط والنصوص سوى أن تكون كاشفة ومنظمة لهذا الحق وليس منشئة له.[4]

ويسري هذا الحق على كافة العقود الإدارية، ففي عقود الالتزام، والتي تستلزم المشاركة للمتعاقد في تسيير المرفق العام، ومن ثم فإن سلطة الإدارة في إجراء تعديلات على التزامات المتعاقد معها تجد أساسا مباشرا، و يكون لهذه السلطة في هذه العقود مجالا واسعا، وقد أقر القضاء الإداري هذا الحق في العديد من أحكامه.[5]

كما أنه في عقود الأشغال العامة فتستطيع الإدارة أن تزيد أو تنقص من حجم الأشغال المتفق عليها في العقد.[6]، في عقود التوريد يكون نطاق سلطة التعديل في هذه العقود ضيقا على خلاف عقود الالتزام وعقود الأشغال العامة، ومع ذلك يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تزيد أو أن تنقص من كمية المواد المتفق على تسليمها في العقد.[7]

---

1 - راجع على سبيل المثال المادة 87 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998 السابق الإشارة إليه.

- Voir: L'article L2194 du code de la commande publique.

2 - راجع المواد 30، 31 من دفت الشروط الإدارية العامة، السابق الإشارة إليه.

3 - راجع المادة 09/136 من المرسوم الرئاسي 15-247.

4 - أنظر، أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1973، ص 223.

5 أنظر على سبيل المثال: - حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، في 1957/03/24، قضية رقم 257 لسنة 11 ق، المجموعة 11 من أحكام مجلس الدولة، ص 300.

- C.E, 11 mars 1910, Comp, générale française des tramways, op.cit.
- C.E, 26 mai 1939, Vitte, Rec., p.564.

6 - راجع في ذلك: - حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في القضية رقم 983، لسنة 9، ق، جلسة 1957/06/30، سبق الإشارة إليه.

7 - حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في القضية رقم 1849، لسنة 8 ق، جلسة 1961/06/04، أشار إليه: د. أحمد السيد محمد محمود عطية ، المرجع السابق، ، ص 339.

- C.E, 14 Novembre 1902, Olmer et Hesber, Rec., p 664.

- للاطلاع على مزيد من الأحكام القضائية في هذا الشأن راجع: د. سعيد عبد الرزاق باخبيره، المرجع السابق، ص 165، 166.

ب- التعديل في طرق ووسائل التنفيذ المنصوص عليها في العقد.

تتدخل الإدارة في العقود الإدارية من أجل تعديل شروط وطرق التنفيذ لأسباب متعددة، منها حصول صعوبات مادية تعرقل سير العمل، أو حصول ظروف فنية تقتضي التغيير، أو لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة أو بالأمن العام أو لتأمين سلامة العمال، فيمكن للإدارة أن تطلب من المتعاقد معها استعمال وسائل فنية جديدة بدلا من المتفق عليها في العقد، بشرط أن لا يؤدي ذلك إلى تجاوز الامكانيات الفنية والمالية له أو قلب التوازن الاقتصادي للعقد. [1]

فيمكن للإدارة في عقود الالتزام أن تعدل في طرق ووسائل التنفيذ المنصوص عليها في العقد، كأن تفرض على الملتزم استعمال وسائل فنية أحدث من الوسائل التي نص عليها العقد لما تقتضي المتغيرات مثل أن تطلب من الملتزم استعمال الحافلات التي تسير بالغاز الطبيعي بدلا من البنزين. [2]

كما يمكن للإدارة في عقود الأشغال العامة أن تعدل المشروعات الأصلية على أن لا يصل التعديل إلى تغيير موضوع العقد، فيمكن للمصلحة المتعاقدة أن تأمر المقاول بتغيير المواد المتفق عليها في العقد بمواد أخرى أكثر جودة وأفضل نوعا. [3]

وفي عقود التوريد فإن التعديل في وسائل التنفيذ ليس له ذات الأهمية التي عليها في عقود الالزام وعقد الأشغال العامة، ويختلف الأمر بالنسبة لعقود التوريد الصناعية التي يكون مجاله واسع، فلا يكون التعديل على مجرد التوريد، بل على نوع الصناعة أيضا. [4]

ج- التعديل في مدة تنفيذ العقد.

لا تقتصر سلطة الإدارة المتعاقدة في تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة على تعديل مدى التزامات المعاقد معها في العقد وطرق التنفيذ فحسب، بل تمتد سلطتها أيضا لتشمل مدة التنفيذ، حيث للإدارة المتعاقدة أن تدخل تعديلات على مدة تنفيذ العقد، وذلك من خلال تقليها أو تمديدها، كما يمكن لها أن تقرر بإرادتها المنفردة إنهاء هذه المدة قبل انتهاء المدة المتفق عليها في العقد إذا ما دعت ذلك المصلحة العامة. [5]

---

1 - أنظر، د. خليل صالح السامرائي، المرجع السابق، ص 162.

2 - أنظر، د. هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2014، ص 52.

3 - أنظر، د. سعيد عبد الرزاق باخبيره، المرجع السابق، ص 167.

4 - Voir, BADOUI Saroit, op.cit., p 109.

5 - أنظر في ذلك: - د. شريط وليد، جدي مراد، المرجع السابق، ص 52. - د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص 78. - د. خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 330.

وقد نص عليها المشرع في دفتر البنود الإدارية المصادق عليه بموجب المرسوم التنفيذي 21-219 بموجب المواد 37 و38.

وغالبا ما يرد النص على هذا الحق في دفتر الشروط، بحيث أن الإدارة تتحكم بصورة مطلقة في الجدول الزمني في تنفيذ الأعمال المتفق عليها في العقد باعتبارها رب العمل، فمتطلبات المرفق العام هي التي تجيز للإدارة إجراء تعديلات في مدة التنفيذ.[1]

وهذه السلطة في تعديل مدة العقد تمارسها الإدارة على كافة عقودها الإدارية، ففي عقود الأشغال العامة قد تتطلب بعض المستلزمات العاجلة للمرفق العام أن تتم الأشغال العامة في مدة أقل من تلك المتفق عليها في العقد، فللإدارة حينئذ أن تأمر في الاسراع في تنفيذ العقد[2]، وفي عقود التوريد فإن التعديل يقع على المدة المتفق على تمام التوريد خلالها، سواء كان بقصر المدة أو بمدها، وذلك حسب مقتضيات المصلحة العامة لهذا التعديل.[3]

أما في عقود الالتزام تعد مدة الالتزام من الشروط التعاقدية، والتي لا تستطيع الادارة أن تنفرد بإجراء تعديلها، فالإدارة إذا عهدت لملزم بإدارة مرفق عام عن طريق عقد الامتياز، فلا تستطيع أن تسحب المرفق منه وتسلمه لملتزم آخر، إلا أن الإدارة يمكن لها أن تسترد المرفق قبل نهاية المدة إذا رأت تغيير طريقة استغلاله.[4]

02- ضوابط استعمال سلطة التعديل الانفرادي.

سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة، وإن كانت تشمل كافة العقود كما سبق تبيانه، إلا أن هذا السلطة غير مطلقة، بل أنها تخضع للعديد من القيود والضوابط التي تحدد مداها، والتي استقر عليها التشريع والقضاء والفقه، والهدف الأساسي من هذه القيود هو احترام قواعد المشروعية الإدارية وتوفير حد أدنى من الضمانات لحقوق المتعاقد معها، وتتمثل تلك القيود الضوابط فيما يلي:

أ- أن لا يؤدي التعديل إلى تغيير موضوع العقد.

إن الإدارة وهي تمارس سلطتها في تعديل العقد، يجب أن تباشرها على نحو يراعي موضوع العقد الأصلي وأن لا يتجاوزه، فلا يجوز لجهة الإدارة أن تدخل على العقد تعديلات من شأنها أن تغير

1 - أنظر، د. السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص 186.

2 - أنظر، د. محمد حمودي، د. محمد علي، مدى فعالية ضوابط اللجوء للملحق في تنظيم الصفقات العمومية، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، العدد الخامس، ديسمبر 2018 ، ص 45.

3 - د. بة يمان جلال حسن، المرجع السابق، ص 230.

4 - أنظر، د. علي الفحام، المرجع السابق، ص 417.

موضوعه[1]، فلا تستطيع الإدارة بمقتضى سلطتها في التعديل أن تتجاوز حدا معينا، ولا يجوز لها أن تفرض تعديلات من شأنها تغيير العقد، أو بما تؤدي في الواقع إلى إنشاء عقد جديد مختلف تماما عن العقد الأصلي الذي اتفق عليه الطرفان واتجهت إليه إرادتهما المشتركة وقت إبرامه.[2]

ومن التطبيقات القضائية في هذا الشأن قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكم له بتاريخ 29 ديسمبر 1997 في قضية « Néo-Polders »أنه " *إذا قامت جهة الإدارة باتخاذ إجراء خارج موضوع التعاقد، وألزمت به المتعاقد معها، فإنه يحق للمتعاقد أن يطالبها بالتعويض عن ذلك*".[3]

وقد قضت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في 1956/12/16 على أنه " *وسلطة التعديل هذه وإن كانت تتناول وتشمل جميع العقود الإدارية بما فيها عقود التوريد، إلا أنها ليست مطلقة، بل ترد عليها قيود، ... من هذه القيود ما يتصل بمقدار الأعباء الجديدة التي تلقى على عاتق المتعاقد مع الإدارة نتيجة لممارستها هذه السلطة إذ يجب أن تكون تلك الأعباء في الحدود الطبيعية والمعقولة، من حيث نوعها وأهميتها، لا أن يكون من شأنها فسخ العقد الأصلي أو تبديل موضوعه أو إنشاء محل جديد له غير ما تم الاتفاق عليه.*" [4]

وهو ما أكدته الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في فتواها رقم 169 الصادرة في جلسة 1999/01/27، والتي ورد فيها "*لما كان من المسلم به أن إعمال جهة الإدارة لسلطتها في زيادة كميات حجم العمال المتعاقد عليها يستلزم بالضرورة أن تكون الأعمال الإضافية من ذات جنس ونوع الأعمال الأصلية، وحيث تكون الزيادة في الكمية وحجم العقد قابلة للتنفيذ والمحاسبة ماليا مع المتعاقد الأصلي عن ذات الفئات الخاصة والأسعار الخاصة لكل نوع أو جنس من الأعمال الإضافية للأعمال الأصلية، وإذا كانت الأعمال الإضافية غير مرتبطة الصلة بالأعمال الأصلية فلا مناص من طرحها في مناقصة منفصلة*".[5]

---

1 - أنظر، د. محمد جمال مطلق الذنيبات، العقد الإداري، دراسة مقارنة، مكتبة القانون والاقتصاد للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2012، الرياض، ص 138.

2- أنظر في ذلك: - د. بن أحمد حورية، المرجع السابق، ص 188.

- DE LAUBADER André, DELVOLVE Pierre, et MODERNE Franck, Traité des contrats administratifs, op.cit., p 407.

3 - حكم مجلس الدولة في 29 ديسمبر 1997 في قضية "Société civil des Néo-Polders"، أشار إليها: - د. بة يمان جلال حسن، المرجع السابق ص 155.

4 - حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في القضية رقم 1609 لسنة 10 ق جلسة 1956/12/16، سبق الإشارة إليه.

- للاطلاع على مزيد من الأحكام في هذا الشأن راجع: - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 468.

5 - فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم 49، الصادرة بتاريخ 2002/01/22، جلسة 2001/10/03، ملف رقم 440/2/47، قاعدة رقم 163، مجموعة الفتاوى بشأن العقود، أشار إليها: د. السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص 159.

وفي حالة ما إذا قامت الإدارة باتخاذ تعديلات من شأنها المساس بالشروط الجوهرية في العقد، وفرض التزامات لا تمت بصلة للعقد الأصلي، فإنه بالمقابل يمنح الحق للمتعاقد في المطالبة أمام القضاء الإداري بفسخ العقد، مع احتفاظه بالحق في التعويض الكامل.[1]

ب- أن يقتصر التعديل على الشروط المتعلقة بالمرفق العام.

إن ممارسة سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري ترتبط بضرورة ملائمة العقد لمستلزمات المرفق العام، ومن ثم ينبغي أن تقتصر سلطة التعديل على شروط العقد المتصلة بسير المرفق العام، أي على الشروط التي تحدد الالتزامات التي يجب على المتعاقد تنفيذها، مثل طرق العمل بالمرفق، وأسوب تنفيذ الأشغال، والجداول الزمنية للتنفيذ، وغيرها، أما الشروط المالية المتعلقة بالمقابل المالي للمتعاقد، والتي كانت محل تفاوض بينه وبين الإدارة، فلا يجوز المساس بها وإلا اعتبر ذلك تصرفا مخالفا للقانون.[2]

وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في حكمه بتاريخ 1951/03/09 حين أقر أن الشروط المالية مستقرة وغير قابلة للتعديل[3]، وفي حكم حديث لمجلس الدولة، أكد على أنه من الضروري أن تكون القواعد التعاقدية واضحة ودقيقة، خاصة فيما يتعلق بالبنود المالية.[4]

وقضت المحكمة الإدارية العليا المصرية على أنه "*ومن المسلم به أن الشروط التي تتعلق بتحديد المقابل النقدي في العقد سواء تعلقت بتحديد هذا المقابل في أي صورة تم الاتفاق عليها، وفقا لطبيعة العقد أم أساليب الوفاء بهذا المقابل، ومواعيد وإجراءات وحالات الوفاء بالثمن تعد كصفة عامة شروطا تعاقدية، وتتحدد باتفاق الطرفين، لا يملك أي طرف التحلل منها، أو تعديلها بإرادته المنفردة من دون موافقة الطرف الآخر، نفاذا لمبدأ ثبات أو جمود تلك الشروط التعاقدية*".[5]

ومنه فإن التعديل يجب أن يكون له أسباب موضوعية، فعندما تباشر الإدارة سلطتها في تعديل العقود الإدارية، لا تتحرك من فراغ، بل أن هنا عوامل تدفعها لذلك، بهدف ضمان حسن سير المرافق العامة

---

1 -أنظر، د. أحمد السيد محمد محمود عطية ، المرجع السابق، ص 372.

2 - راجع في ذلك كل من:

- RICCI Jean-Claude, droit administratif général, 7e édition, Hachette Supérieur, 2019, p 230.

- د. بن شعبان علي، المرجع السابق، ص 81.

3 - C.E 9 mars 1951, L'affaire de Dindonna, Recueil Lebon, p. 149. Voir également : C.E, 11 juillet 1941, Hôpital-Hospice de Chauny, Op.cit.

4 - CE 5 mai 2010, Bernard, BJCP, 2010, p. 266, Conclusions Escaut, JCP (Semaine juridique), Edition Administration et Collectivités territoriales, 2010, p. 2288, Note M. Collet. Cf. également : RICHIER Laurent, Droit des contrats administratifs, Edition 2012, p. 280.

5 - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، طعن رقم 9789، لسنة 49، ق.ع، جلسة 2006/01/17، المجموعة الالكترونية لأحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية حتى عام 2010.

وتحقيق المصلحة العامة.[1]، فالظروف التي أبرمت فيها الإدارة العقد الإداري قد تتغير بعد توقيع العقد، لاسيما إذا كان ذلك العقد من العقود طويلة المدى، ومن ثم فإنه إذا تغيرت الظروف وجب الاعتراف للإدارة بحقها في تعديل العقد بما يتماشى والظروف الجديدة وبما يراعي موضوع العقد واحتياجات المنتفعين من خدمة المرفق العام.[2]

ج- وجوب احترام قواعد المشروعية.

إن الإدارة تمارس سلطتها في التعديل عن طريق تصرف قانوني يتمثل في القرار الإداري الذي يتضمن موضوع وإجراءات التعديل الذي قررته[3]، ويجب أن يصدر التعديل من السلطة المختصة والمخولة قانونا إصداره، ووفقا للإجراءات الشكلية المقررة[4]، ولابد من أن يكون الهدف منها تحقيق الصالح العام، وهو القيد الذي يطبع كافة تصرفات الإدارة وإلا اعتبرت تصرفاتها انحرافا في استعمال السلطة.[5]

فالإجراء المتخذ في شأن تعديل العقد الإداري لن يكون صحيحا إلا إذا قامت به السلطة المختصة طبقا للأشكال والإجراءات القانونية، ومتفقا مع القواعد الموضوعية والقانونية، ومن ثم فإنه إذا صدر قرار التعديل من سلطة غير مختصة، أو بالمخالفة للإجراءات الشكلية المقررة قانونا ، أو مخالفا للنصوص القانونية والتنظيمية، أو كان الهدف من ورائه تحقيق مصلحة شخصية، فإن هذا القرار يكون مشوب بمخالفة مبدأ المشروعية، ويكون للمتعاقد الحق في أن يتمسك ببطلانه. [6]

وفي هذا الشأن صدر حكم عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1930/07/18، بحيث ألغى المجلس التدابير التي اتخذتها الإدارة لمخالفتها للنصوص القانونية.[7]

وقد قررت المحكمة الإدارية العليا بمصر أن "*حقوق المتعاقد مع الإدارة والتزاماته تتحدد طبقا لنصوص العقد الذي يربط بينه وبين تلك الجهة، وما قد يطرأ عليه من التعديلات، وإن العقد الإداري لا ينشأ ولا*

---

1 - أنظر، عمار بوضياف، عقد الامتياز في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 13.

2 - أنظر، د. محمد جمال مطلق الذنيبات، العقد الإداري، المرجع السابق، ص 139.

3 - أنظر، د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، المرجع السابق، ص 14.

4 - أنظر، د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 445.

5 - أنظر، د. بن شعبان علي، المرجع السابق، ص 83.

6 - أنظر، د. سيد أحمد محمد جاد الله، سلطة القاضي إزاء العقد الإداري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2007 ، ص 341 وما بعدها.

7 - CE 18 juillet 1930, P.L.M., RDP, 1931, p. 141, Conclusions Josse. Dans cette affaire, l'administration avait prétendu qu'il fallait soumettre les contrats conclus par la société concessionnaire avec les tiers à son approbation préalable, bien que le décret du 15 juin 1926 ne lui ait accordé que le droit d'examiner ces contrats. Le Conseil d'État a donc annulé les mesures par lesquelles elle était intervenue, estimant qu'elles étaient contraires aux dispositions du décret.
- Voir, - SHWEKAT Aiad, op .cit. p 110.

يتعدل إلا بإرادة صحيحة من جهة الإدارة صادرة ممن يملك التعبير عن هذه الإدارة، إذ لا يملك إبرام العقود الإدارية ولا تعديلها إلا من نيط بهم قانونا هذا الاختصاص. ومقتضى ذلك أنه حين يجوز لجهة الإدارة أن تعدل في شروط العقد الإداري، فلا سبيل إلى قيام هذا التعديل والاعتداد به قانونا ما لم تلتزم عن إجرائه قواعد الاختصاص المقررة، فلا يتأتى التعديل إلا من السلطة المختصة بإجرائه، ولا ينتج ما عدى ذلك من التعليمات الصادرة من غير هذه السلطة أثرا ما في تعديل العقد وتحويل آثاره وتغيير مقتضاه".[1]

واستقر قضاء مجلس الدولة المصري على أنه يجب أن يلتزم قرار التعديل بقواعد الاختصاص ويصدر من السلطة المختصة بإصداره، وفقا للإجراءات التي يستلزمها القانون، كما لو اشترط القانون وجوب أخذ رأي لجنة استشارية في قرار التعديل، أو أي إجراء تمهيدي آخر، فإنه يتعين اتباع ذلك وإلا فقد التعديل سند المشروعية، ولا ينتج أثره.[2]

د- أن تستجد ظروف تستدعي التعديل.

إن طبيعة العقود الإدارية و قيامها على أساس فكرة استمرا سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، تفترض مسبقا حدوث تغيير في ظروف العقد وملابساته وطرق ووسائل تنفيذه، وعلى ذلك كان لجهة الإدارة حق تعديل العقد بإرادتها المنفردة بما يتماشى مع الظروف التي استجدت.[3]

والظروف التي تستجد بعد ابرام العقد هي التي تبرر التعديل المراد إدخاله على العقد، ومن غير المعقول أن تمارس الإدارة هذا الحق وفقا للسلطة التقديرية التي تتمتع بها تستعملها مثلما تشاء للتخلص من التزاماتها التعاقدية، بل أن استعمال هذه السلطة يفترض أن يكون قد حدث تغييرا في الظروف التي أبرم العقد في ظلها، بحيث تستوجب عليها القيام بتعديلات حفاظا على سير المرافق العامة في ظل الظروف والمستجدات التي طرأت، وإلا كان المرفق عرضة للاضطراب لأن أساس التعديل هو ما تقتضيه المصلحة العامة من وجوب سيره بانتظام وتقدير خدماته للمنتفعين به بالشكل المطلوب.[4]

فالعقد الإداري الذي تم إبرامه في وقت معين وفقا لظروف معينة للمرفق، قد لا يحقق مصلحة المرفق بعد فترة معينة في ظل ظروف جديدة ، ولذلك يكون للإدارة حق التدخل بتعديل شروط العقد بما يتوافق

---

1 - حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 845، س 19 ق. جلسة 1980/11/22، أورده: د. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 342.

2 - د. أحمد السيد محمد محمود عطية، المرجع السابق، ص 374.

3 - أنظر، د. صبرينة جبايلي، أثر التحكيم على خصوصية العقد الإداري، المرجع السابق، ص 69.

4 - أنظر في ذلك: - د. جمال عثمان جبريل، د. ابراهيم محمد علي، المرجع السابق، ص 108.- د. هيثم حليم غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 43. - أ. كمال العطراوي، المرجع السابق، ص 510.

مع الظروف الجديدة لسد احتياجات المرفق، فحق التعديل المخول للإدارة هو وسيلة لأجل تمكينها من التكيف مع الظروف المتغيرة.[1]

والتساؤل الذي طرح من قبل الفقه هو أنه في حالة ما إذا أخطأت الإدارة في تقدير لمقتضيات سير المرافق العامة، ولم تقدرها التقدير السليم وقت إبرام العقد، فهل تملك تقدير العقد بما يتفق والحاجات الحقيقية للمرفق العام ؟

ذهب جانب من الفقه وعلى رأسهم الدكتور ثروت بدوي[2] إلى أنه لا يجوز للإدارة إجراء تعديلات نظرا لعدم تغيير في الظروف بعد إبرام العقد، فإذا كانت الإدارة لم تقدر بدقة مصالح الجمهور وقت إبرام العقد فتتحمل وحدها هذا الخطأ، ذلك أنه كان عليها أن تدرس بدقة مشروعاتها قبل أن تقدم على طرحها للتعاقد.[3]

وذهب جانب آخر وهو الرأي الراجح إلى أن سلطة التعديل مرتبطة بقواعد سير المرفق العام للتغيير في أي وقت مدى ثبت أن التغيير من شأنه أن يؤدي إلى تحسين الخدمة التي يقدمها للمنتفعين، وفكرة التعديل هي فكرة ملازمة للقاعدة السابقة، سواء كانت الإدارة مخطئة في تقديراتها أو غير مخطئة.[4]

وأتفق مع ما ذهب إليه معظم الفقه في وجوب ترك لجهة الإدارة سلطة التعديل حتى ولو كانت مخطئة في تقدير حساباتها وقت إبرام العقد مادامت المصلحة العامة للمرفق تقتضي ذلك، فعدم قدة الادارة على التوقع أو تقديرها غير السليم للأمور وقت ابرام العقد لا يحرمها من ممارسة حقها في مواجهة الظروف المستجدة التي تلحق بالمرفق العام، فالتعديل يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة.

1 - Voir, DE LAUBADER André, DELVOLVE Pierre, et MODERNE Franck, Traité des contrats administratifs, op.cit., p 403

2 - BADOUI Saroit, le fait du prince dans les contrats administratifs, op.cit., p 101

3 - أنظر أيضا: - د. محمد فؤاد مهنا، الوجيز في القانون الإداري، السلطة الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 1997، ص 259.

4 - أنظر في ذلك: - د. سلمان الطماوي، الأسس العام للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 467. - د. علي الفحام، المرجع السابق، ص 281. - د. أحمد السيد محمد محمود عطية، المرجع السابق، ص 384.

المطلب الثاني: التزام الإدارة بإعادة التوازن المالي في حال مساهمتها في اختلاله (نظرية عمل الأمير)

نتيجة تدخلات الإدارة بما تمتلكه من سلطات في العقد الإداري والتي غالبا ما تؤدي إلى إرهاق كاهل المتعاقد مع الإدارة، ابتدع مجلس الدولة الفرنسي نظرية عمل الأمير لمواجهة تدخلاتها وتعويض المتعاقد لإعادة التوازن المالي للعقد الإداري.

وتعتبر نظرية عمل الأمير من أولى النظريات التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي في مجال العقود الإدارية، التي أراد بها القضاء الإداري إقامة التوازن المالي في العقد الإداري، بين الالتزامات والحقوق للمتعاقد مع الإدارة.[1]

ويذكر جانب من الفقه[2] أن حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 19 نوفمبر 1909 في قضية « Zeilabadine »[3] يعتبر من أوائل أحكامه في تطبيق نظرية عمل الأمير والخاص بتدخل الدولة كسلطة تشريعية بإجراءات عامة في مجال عقودها مع الأفراد والتي يترتب عليها تعديل شروط العقد.

وقد تطور قضاء مجلس الدولة الفرنسي فيما يتعلق بمضمون فعل الأمير، حيث كانت هذه الفكرة محل تطورات قضائية هامة أدت إلى تحديد معالمها وحدودها، بحيث أصبحت لا تختلط بغيرها من النظريات.[4]

وفيما يلي سيتم التطرق إلى مفهوم نظرية عمل الأمير، ثم بيان شروط تطبيقها وأساسها القانوني، إلى أن نختم بالآثار التي تترتب عن هذه النظرية.

---

1 - أنظر د. عال الله جعفر عبد الملك الحمادي، ضمانات المتعاقد مع الإدارة، المرجع السابق ، ص 218.

2 - راجع في ذلك كل من:
- د. رياض إلياس عيسى الجريسات، المرجع السابق ، ص 135. - د. السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص 214.
- د. أحمد السيد محمد محمود عطية، نظرية عمل الأمير، المرجع السابق، ص7.
- د. مريم محمد ساسي حواش محمد، التوازن المالي للعقد الإداري في القانون الليبي والمقارن، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، مصر، ص 55.

3 - وتتعلق وقائع هذه القضية "بطلب تعويض مقدم من متطوعين في الجيش فسخت عقودهم طبقا للمرسوم الصادر في 1908/03/17 بشأن حل إحدى فرق المتطوعين التي كانوا يتبعونها في الهند، وقد علق مجلس الدولة في هذا النزاع أن قانونية المرسوم لا يمكن المنازعة فيها، إلا أن تطبيق مثل هذا المرسوم قد يترتب عليه فسخ عقود التطوع قبل الآجال المحددة لها ومن ثم يمكن إثبات أن الإجراء الصادر عن الدولة قد أحدث ضررا كان يجب التعويض عنه". أشار إليها:
- د. عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد، أثر فعل الأمير على تنفيذ العقد الإداري، دار الولاء للطباعة والنشر، طبعة 1989، ص 14.
- د. محمد ماهر أبو العينين، القاضي الإداري وتطبيق قانون المزايدات والمناقصات، المرجع السابق، ص 178.

4 - د. مريم محمد ساسي حواش محمد، المرجع السابق ، ص 54.

الفرع الأول: مفهوم نظرية عمل الأمير

أولا: تعريف نظرية عمل الأمير.

تتعدد التعريفات الفقهية لنظرية عمل الأمير، وتدور هذه التعريفات جميعا حول شروط محددة وثابتة، ولعمل الأمير معنيان واسع، وضيق.

فمن الفقهاء من جعل من عمل الأمير معنى واسع بحيث يذهب إلى تعريف أعمال الأمير على أنها: الأعمال المشروعة التي تصد بصفة مفاجئة غير متوقعة عن سلطة عامة أثناء تنفيذ عقد إداري دون خطأ من جانبها، ويترتب عليها الإساءة إلى المركز المالي للمتعاقد مع الإدارة، وينشأ فعل الأمير التزاما على عاتق الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد معها عن كافة الأضرار التي لحقت به نتيجة هذه الأعمال، بما يعيد التوازن المالي وفقا للأسس التي قام عليها عند إبرام العقد.[1]

أما المعنى الضيق فهو يتعلق بمصدر الإجراء، بحيث يجب أن يكون مصدر العمل صادرا من الإدارة المتعاقدة ويؤثرا سلبا على تنفيذ العقد.[2]، بحيث عرف عمل الأمير على أنه كافة الإجراءات الإدارية المشروعة التي تصدرها السلطة الإدارية المتعاقدة والتي لا تنطوي على خطأ منها، وينصب إما على ذات العقد أو على ظروف تنفيذه، فيؤدي إلى زيادة الأعباء المالية للمتعاقد، ويرتب له الحق في التعويض".[3]

وفي الجزائر يذهب معظم الفقهاء إلى تعريف عمل الأمير على أنه التصرف أو العمل المشروع الصادر عن الإدارة المتعاقدة لدى ممارستها لأعمال السلطة التي تتمتع بها من خلال ممارستها لمهامها والتي تؤدي إلى إرهاق المتعامل المتعاقد معها الأمر الذي يقتضي دعمه ماليا وتعويضه." [4]

---

1 - من بين هؤلاء نذكر:
- د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق ، ص 598.
- د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 261.
- د. سيد أحمد محمد جاد الله، سلطة القاضي الإداري إزاء العقد الإداري، مرجع سابق، ص 385.

- DE LAUBADER André, DELVOLVE Pierre, et MODERNE Franck, Traité des contrats administratifs, op.cit., p 420.

- WALINE Jean, droit administratif, 27e édition, Dalloz, Collection Précis, 2018, p. 475.

- HOEPFFNER Hélène, droit des contrats administratifs, Édition Dalloz, 2016, P 417.

2 - أنظر، د. السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السبق ، ص 216.

3 - أنظر في ذلك: - د. على محمد علي عبد المولى، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1991، ص7.

- د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، 2014-2015، المرجع السابق ، ص 220.

4 - أنظر في ذلك كل من : - د. عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 223، 224.
- د. محمد الصغير بعلي، القرارات والعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 288.
- د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، ص 50.

وقد عرفت محكمة القضاء الإداري عمل الأمير بقضائها بأن "المقصود بعبارة فعل الأمير هو إجراء تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة، أو في الالتزامات التي ينص عليها العقد مما يطلق عليه بصفة عامة "المخاطر الإدارية"، وهذه الإجراءات التي تصدر من السلطات العامة قد تكون من الجهة الإدارية التي أبرمت العقد وقد تتخذ شكل قرار فردي خاص أو بقواعد تنظيمية عامة." [1]

كما عرفتها الجمعية العمومية لقسم الفتوى والتشريع بأنها "إجراء خاص أو عام يصدر من جانب الجهة الإدارية المتعاقدة لم يكن متوقعا وقت التعاقد قد يترتب عليه إلحاق ضرر خاص بالمتعاقد لا يشاركه فيه سائر من يمسهم الإجراء".[2]

ولقد طبقت نظرية عمل الأمير من طرف المحكمة الإدارية لمدينة الجزائر في حكمها الصادر في 1964/12/11، في قضية كهرباء وغاز الجزائر لبلدية فوكة، والتي تعود وقائعها في أن بلدية فوكة أرادت بناء مدرسة، فطلبت لهذا الغرض من الملتزم نقل الخطوط الكهربائية، وكانت شروط العقد تسمح بذلك على نفقة الملتزم، بدواعي الحفاظ على الأمن الحام ومصلحة المرفق العام، إلا أنه بما أن بناء المدرسة لم تكن من الأمور المتوقعة عند ابرام العقد، بين الإدارة والملتزم، لذلك لابد من تعويض الملتزم كون أن حالة بناء المدرسة لم تكن من الأسباب التي تسمح بالنقل على حساب الملتزم، وعلى الإدارة تعويض المتعاقد تعويضا كاملا .[3]

تجد هذه النظرية أساسها القانوني في نص المادة 135 من المرسوم الرئاسي 15-247، بالنص على أنه: *"تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها. يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة أعلاه أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها، كلما سمح هذا الحل بما يأتي: - إيجاد التوازن للتكاليف المترتب على كل طرف من الطرفين.-الحصول على تسوية نهائية وبأقل تكلفة."*

كما تناولها المشرع في المادة 2 من دفتر البنود الإدارية المصادق عليه بموجب المرسوم التنفيذي 21-219.

1 - حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، بتاريخ 1957/06/30، المشار إليه سابقا.

2 - فتوى رقم 297 في 1965/03/11، جلسة 1965/02/24، أشار إليها، د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق ، ص 66.

3 - حكم المحكمة الإدارية لمدينة الجزائر صادر بتاريخ 1964/12/11، أورده: - د. رحماني راضية، النظام القانوني لتسوية منازعات الصفقات العمومية، المرجع السابق ، ص 107

وحسنا فعل المشرع حين أقر مبدأ الحل الودي لحل المنازعات الناتجة عن تنفيذ الصفقة العمومية[1]، خاصة حين جعل من التوازن المالي هدف بعينه، الأمر الذي يمكن القاضي من الاعتماد على أحكام نظرية فعل الأمير.

ثانيا: صور عمل الأمير.

تختلف حالات تطبيق نظرية عمل الأمير بحسب الصورة التي يتخذها الفعل من الناحية العملية، فقد يتجسد عمل الأمير في صورة إجراء فردي خاص صادر من الجهة الإدارية المتعاقدة، أو يتخذ صورة إجراء تنظيمي عام صادر عن إحدى السلطات العامة في الدولة.

01- عمل الأمير في صورة إجراء إداري فردي خاص.

الإجراءات الإدارية الخاصة التي تؤثر في تنفيذ العقد الإداري تنقسم إلى نوعين، إجراءات التي من شأنها التعديل المباشر في شروط العقد، وإجراءات إجراءات تؤثر في ظروف التنفيذ، وسيتم التفصيل فيها فيما يلي:

أ- الإجراء الذي من شأنه التعديل المباشر في شروط العقد:

فالإدارة هنا تتدخل مباشرة بالتعديل إما في شروط تنفيذ العقد كالزيادة أو النقصان في كمية الأشغال أو بالنقصان في كمية الأعمال أو الأشياء محل العقد، أو في شروط التنفيذ أو في مدة التنفيذ، أو إدخال تعديلات على تنظيم المرفق العام محل الالتزام بشكل أو بآخر على نحو يجعله مختلفا عما كان عليه وقت ابرام العقد. [2]

والإجراء الفردي الخاص الذي تتخذه الجهة الإدارية في الحالات السابقة يفضي إلى التأثير المباشر على نصوص العقد، مما يترتب عليه زيادة التكاليف والأعباء الإضافية الملقاة على عاتق المتعاقد مع الجهة الإدارية على نحو لم يكن في حسبانه وقت التعاقد، وتعتبر هذه الحالات تطبيقا للنظرية في أوضح معانيها، ويشكل نموذجا لهذه النظرية[3]، ويعطي الحق للمتعاقد في التعويض الكامل، أي أنه له الحق في المطالبة بكافة التكاليف الإضافية والمصاريف الزائدة التي لحقته بسبب تدخل الإدارة سواء أكان حق التعويض منصوصا عليه في العقد أو غير منصوص عليه.[4]

1 أنظر د. بن أحمد حورية، الرقابة الإداري والقضائية على الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 203.

2 - أنظر، د. بن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه، المرجع السابق، ص 206.

3 - أنظر، د. هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 68.

4 - راجع، د. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، المرجع السابق ، ص 701.

ب- الإجراء الذي يؤثر في ظروف التنفيذ:

وهي الإجراءات الخاصة التي تتخذها جهة الإدارة المتعاقدة دون أن تقصد التعديل في شروط العقد، ومع ذلك يؤدي تدخلها إلى التأثير على ظروف التنفيذ، بما من شأنه تحميل المتعاقد بأعباء جديدة لم يكن يتوقعها عند إبرام العقد، عند ذلك يجب تعويض المتعاقد أيضا تعويضا كاملا على أساس التوازن المالي للعقد.[1]

والإجراءات التي تتخذها الإدارة وينطبق عليها هذا الوصف متعددة ويصعب حصرها لأنها ليست من طبيعة واحدة، ومنها الإجراءات التي تتخذها الجهة الإدارية المتعاقدة بوصفها سلطة ضبط إداري، كالأمر بنقل أسلاك الكهرباء إلى مكان آخر للحفاظ على سلامة المواطنين، وقيام الجهة الإدارية بأعمال مادية يكون من أثرها زيادة أعباء المتعاقد، وإصدار الجهة الإدارية المتعاقدة القرارات إلى المتعاقد بمقتضى سلطاتها في الرقابة والتوجيه، وقيام الجهة الإدارية المتعاقدة بأشغال عامة يكون من أثرها الحيلولة بين المتعاقد وتنفيذ الالتزامات التعاقدية.[2]

02- عمل الأمير في صورة إجراء تنظيمي عام.

يقصد بالإجراء التنظيمي العام صدور قوانين أو مراسيم وتنظيمات يكون من شأنها زيادة أعباء المتعاقد مع الإدارة، وذلك بما قد تؤدي إليه من تعديل مباشر في شروط العقد، أو بتأثيرها على ظروف التنفيذ الخارجية، ويأخذ عمل الأمير صورة إجراء عام لا يقتصر أثره على المتعاقد معها دون غيره، وإنما يتجاوزه ليشمل جميع المواطنين.[3]

ويأخذ الإجراء الموكن لعمل الأمير وفقا لهذه الصورة شكلين:

أ- الإجراء الذي يؤثر في شروط العقد مباشرة:

قد يؤدي عمل الأمير إلى التأثير على التأثير على شروط العقد مباشرة، مثل زيادة التزامات التعاقد، أو زيادة خطوط النقل التي تعهد الملتزم بتسييرها، وفي هذه الحالات يتعين تعويض المتعاقد تعويضا كاملا إذا توافرت بقية الشروط لنظرية عمل الأمير، بشرط أن يكون التدبير العام الذي سبب الضرر هو إجراء إداري آمر و أن المشرع لم يستبعد صراحة التعويض بصدده.[4]

---

1 - أنظر، د. جمال عثمان جبريل، د. ابراهيم محمد علي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 349.

2 - راجع في هذا الشأن كل من: - د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 605.

- د. بن شعبان علي، المرجع السابق، ص 206.- هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 69.

3 - أنظر د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 546.

4- Voir, BADOUI Saroit, op.cit., p 105.

وقد قضى مجلس الدولة بالتعويض استنادا لفعل نظرية عمل الأمير في حكمه الصادر بتاريخ 1939/04/28 في قضية شركة السكك الحديدية الغرب، التي تضررت من صدور مرسوم بقانون عام 1935، الذي قرر بخفض نفقات الدولة، حيث أبدى مفوض الحكومة « Josse » في تقريره بمناسبة هذه القضية أن الانخفاض على الأقساط المستحقة للشركة بالنسبة الواردة بالمرسوم بقانون السالف الذكر، لا يخل بإعمال المبادئ التي يتعين مراعاتها عند تدخل الدولة بوصفها سلطة تشريعية في مجال عقودها مع الأفراد، هذه المبادئ التي لا تجحد حقوق الأفراد في التعويض، ما دام التشريع قد خلا من حكم خلاف ذلك. [1]

وقد درج مجلس الدولة الفرنسي على احترام التشريعي الذي لحق ضررا بالمتعاقد مع الإدارة، إذ تضمن نصوصا تحدد كيفية التعويض عن الأضرار الناتجة عن القانون الجديد أو حتى في حالة حضر التعويض، ويمكن تبرير مسلك المجلس في هذا الخصوص إلى أنه لا يخول نفسه سلطة الرقابة على دستورية القوانين شأنه في ذلك شأن باقي جهات القضاء الفرنسي.[2]

ب- الإجراء الذي يؤثر على ظروف تنفيذ العقد:

في هذه الحالة لا يمس الإجراء التنظيمي على العام شروط العقد بشكل مباشر، وإنما يقتصر أثره على ظروف التنفيذ الخارجية بما يجعلها أكثر مشقة عل المتعاقد مع الإدارة لدى تنفيذه التزاماته، ومن أمثلة ذلك التشريعات الضريبية أو الجمركية، والتشريعات الاجتماعية والعمالية، التي ينتج عنها التزامات جديدة، وكذلك لوائح الضبط الإداري والرسوم التي فرضتها الهيئات المحلية.[3]

وقد تواتر قضاء مجلس الدولة الفرنسي كأصل عام على عدم جواز التعويض عن الأضرار التي يتحملها المتعاقد في هذه الصورة[4] إلا في أضيق الحدود وفي حالات استثنائية[5]، دون أن يخل ذلك بحق المتعاقد في المطالبة بالتعويض استنادا إلى نظريات أخرى في حال تحقق شروط هذه النظريات، فإن كان مجلس الدولة الفرنسي قد استبعد إعمال نظرية عمل الأمير كأصل عام، إلا أنه في ذات الوقت أعمل نظرية الظروف الطارئة.[6]

---

1 - C.E. 28 avril, 1939, « Chemins de Fer de l'Ouest », R.D.P, 1940, p 58 conclusions Josse, not Jèze.
- أشار إليه: - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق ، ص 614.

2 - Pour en savoir plus voir, C.E, 18 janvier 1952, pane Sobier, Rec. P 42.
- C.E, 23 juillet 1952, St Leseurre, , Rec. P 390.

3 - راجع في ذللك: - د. عمار عوابدي، القانون الإداري، اللجزء الثاني، المرجع السابق ، ص 224. ، د. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، المرجع السابق ، ص 706.

4 - Voir : - CE 26 Janvier 1995, Ste, anonyme Motobloc, Rec. P 35.
- CE 23 décembre, 1941, Hospice de Vane, Rec. P 244.

5 - C.E, 28 novembre 1924, Tante, Rec. P 940.

6 - DE LAUBADERE André, Traité de droit administratif, tome 1, op.cit., p, 421.

ويلاحظ أن الصيغة التقليدية التي جرى بها قضاء مجلس الدولة الفرنسي تؤكد على أن النفقات الإضافية التي تحملها المتعاقد كان لها طابع عام، وأصابت المتعاقد في نفس الظروف الخاصة بسائر المواطنين، ومن ثم لا يستحق عليها تعويضا إلا إذا أدت إلى قلب اقتصاديات العقد. [1]

ويجب التمييز في موقف مجلس الدولة الفرنسي بين ما إذا كان الإجراء العام صادرا من الجهة الإدارية المتعاقدة أم من جهة إدارية أخرى، بحيث تطبق نظرية عمل الأمير في الحالة الأولى إذا كان الإجراء يؤثر على العنصر الرئيسي في العقد، بينما إذا كان الإجراء العام صادر من جهة إدارية غير متعاقدة فقد كان مجلس الدولة في البداية لا ينشأ للمتعاقد الحق في التعويض، ثم تطور مجلس قضاء مجلس الدولة وأجاز تطبيق نظرية عمل الامير بشرط أن يكون عناصر العقد التي مسها الإجراء تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد. [2]

وفي مصر نجد أن القضاء الإداري سلك نفس اتجاه مجلس الدولة الفرنسي، حيث رفض تعويض المتعاقد مع الجهة الإدارية ما دام الضرر الذي لحق به ضرر عام.[3]

فقد قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأنه "*... نظرا لأن الثابت من الأوراق أن الزيادة التي طرأت في أسعار مواد البناء لم تتولد على الجهة الإدارية المتعاقدة ...، هذا فضلا عن أن الضرر الذي تدعيه الشركة نتيجة زيادة الأسعار ليس ضررا خاصا بتلك الشركة بحسبان تلك الزيادة قد تم سريانها على جميع التعاقدات سواء في النطاق الإداري أو في نطاق تعاملات الأفراد، وبالتالي فلا تكون شروط انطباق نظرية الأمير متحققة بالنسبة للنزاع الماثل، الأمر الذي يتعين معه القضاء برفض هذا الطلب....*" [4]

وقضت محكمة القضاء الإداري أيضا "*... من حيث أن فرض الرسم الذي تضمنه القرار المطعون فيه كان متوقعا وقت التعاقد بمقتضى البند 17 من عقد الامتياز، فضلا عن أنه لم يجاوز الحد المعقول ولم يتضمن أي تمييز في التكليف بين المنطوين تحت أحكامه، وأن هذا الرسم وما تقوم به الشركة من زيادة في سعر التكلفة ونقص في الاستهلاك لم يؤدي إلى إرهاقها في التزاماتها وإلى الاخلال المالي للعقد، وكل ما يحتمل أن يكون قد ترتب عليه، أن صح دفاع الشركة في هذا الصدد، إن أرباحها المتزايدة قد تناقصت ...، ولكن هذا النقص لم يصل إلى المساس بالربح المعقول الذي كان متوقعا عند التعاقد.*" [5]

---

1 - راجع د. علي عبد المولى، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، بدون دار نشر، 1991، ص 353.

2 - أنظر، هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 73.

3 - راجع، د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 618.

4 -حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ 1997/12/16، الطعن رقم 1749 لسنة 27 ، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء 49 . ق 43، ص 176. أورده، د. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 710.

5 - محكمة القضاء الإداري في مصر، قرار بجلسة 16 /06/ 1953، في القضية رقم 647 لسنة 5 ق، أورده، د. أحمد السيد محمد محمود عطية، المرجع السابق، ص 141.

يتضح مما سبق أن الإجراءات العامة التي تؤثر في ظروف تنفيذ العقد لا تعطي من حيث المبدأ الحق للمتعاقد مع الإدارة المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به نتيجة هذه الإجراءات استنادا لنظرية عمل الأمير. دون أن يخل ذلك بحق المتعاقد في المطالبة بالتعويض استنادا إلى نظريات أخرى في حال تحقق شروط هذه النظريات.

الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية عمل الأمير

لقد استقر الفقه والقضاء على ضرورة توافر عدة شروط لإمكانية حصول المتعاقد مع الإدارة على تعويض لإعادة التوازن المالي للعقد الإداري وفقا لنظرية فعل الأمير، بحيث يشترط لتطبيق نظرية عمل الأمير أن يكون هناك عقد إداري، وأن يكون هذا العقد جرى تعديله أصاب المتعاقد بنوع من الضرر، وأن تكون الأفعال الضارة صادرة عن الإدارة، وأن يكون الإجراء الذي اتخذته الإدارة غير متوقع، وأن لا تكون الإدارة المتعاقدة قد أخطأت، حين اتخذت عملها الضار.

وسوف يتم التفصيل في كل شرط من هذه الشروط فيما يلي:

أولا: أن يكون هناك عقد إداري.

تعتبر نظرية عمل الأمير من النظريات التي أوجدها مجلس الدولة الفرنسي، والذي أرسى قواعدها في إطار روابط القانون العام واحتياجات المرافق العامة ومقتضيات سيرها، ولهذا فلا تطبق نظرية عمل الأمير إلا إذا تعلقت بعقد إداري وفقا للمعيار المستقر عليه فقها وقضاء[1]، ومن ثم فإنها لا تنطبق على عقود القانون الخاص حتى لو أبرمت من قبل الإدارة طالما أن القواعد التي تحكم تلك العقود هي قواعد القانون الخاص[2]، فلإعمال نظرية عمل الأمير يجب أن تكون الرابطة التي تربط بين الإدارة والمتعاقد معا رابطة تعاقدية.[3]

وشرط وجود عقد إداري بين المتعاقد والإدارة لتطبيق عمل الأمير هو أمر بديهي لأن الأمر يتعلق بنظرية خاصة بعقود القانون العام، وعلى هذا فإن المتعاقد مع الإدارة لا يستفيد من تطبيق نظرية عمل الأمير إلا إذا كانت هناك رابطة تعاقدية إدارية. [4]

1 - أنظر، د. جمال عثمان جبريل، د. إبراهيم محمد علي، المرجع السابق، ص 369.

2 - أنظر في ذلك: - د. رياض إلياس عيسى الجريسات، المرجع السابق ، ص 144. - د. محمد فؤاد محمد الحريري، سلطة الإدارة في تعديل عقود الأشغال العامة وفقا لنظام أوامر التغيير، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2010، ص 526. د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المرجع السابق ، ص 220.

3 - أنظر، د. مريم محمد ساسي حواش محمد، المرجع السابق ، ص 76.

4 - أنظر، د. بن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، المرجع السابق ض 208.

إن الربط بين تطبيق هذه النظرية ووجود الرابطة التعاقدية بين المضرور وجهة الإدارة أخذ به القضاء منذ بواكر أحكامه.[1]

فقد ذهبت إلى ذلك محكمة القضاء الإداري في مصر من خلال حكمها الصادر بتاريخ 03 مارس 1957 على هذا الشرط بقولها "*... متى كان الأمر بين الشركة وبين الحكومة خارجا عن نطاق الرابطة العقدية، فإن طلب التعويض عن الأضرار التي تترتب على التشريع الجديد استنادا إلى نظرية عمل الأمير يكون على غير أساس سليم من القانون، إذ من المقرر أن المسؤولية التي ترتب التعويض في نطاق نظرية عمل الأمير لا تقوم إلا في حالة ما إذا كان المتضرر بسبب التشريعات الجديدة، تربطه بالدولة علاقة تعاقدية أثر فيها التشريع الجديد بأن زاد في الأعباء التي يتحملها في تنفيذ التزاماته بمقتضى العقد، وأن تؤدي هذه الزيادة في الأعباء المالية إلى الإخلال في التوازن المالي للعقد*".[2]

ونخلص من ذلك أنه لا مجال لإعمال نظرية فعل الأمير متى انعدمت رابطة التعاقد الإداري.

ثانيا: صدور الإجراء من الجهة الإدارية ومن دون خطأ من جانبها.

فلابد من أن يكون العمل الذي أثر على التزامات المتعاقد وأضر به صادر من ذات الجهة الإدارية التي أبرمت العقد معه[3]، ذلك أن نظرية عمل الأمير لا تجد طريقها إلى التطبيق إذا ما كان العمل صادرا من جهة أو سلطة إدارية أخرى غير الإدارة أو المصلحة المتعاقدة، فلا يمكن تطبيق نظرية فعل الأمير على صفقة أبرمتها البلدية إذا كان الإجراء الذي أخل بالتوازن المالي للعقد صادر عن جهة أخرى غير البلدية المتعاقدة، كأن يكون مرسوم تنفيذي صادر عن رئيس الحكومة، أو قرار ولائي صادر عن الوالي.[4]

لقد كان الاتجاه القديم لمجلس الدولة الفرنسي يطبق نظرية عمل الامير ويقضي بالتعويض على أساسها من دون التفرقة بين العمل او التصرف الصادر من الجهة الإدارية ذاتها أو من الجهة الإدارية المتعاقدة، وكان القضاء الإداري في فرنسا يطبق نظرية عمل الأمير بالنسبة لجميع الأعمال الإدارية التي تصدر من السلطات العامة، وينتج عنها إخلالا بالتوازن المالي للعقد الإداري، ولكنه ضيق من نطاق هذه الأعمال وذلك منذ صدور حكم مجلس الدولة بتاريخ 1949/03/04 في قضية (Ville de Toulon)[5]، وجعلها تنحصر في تلك الأعمال الصادرة عن السلطة الإدارية التي أبرمت العقد، حيث قضى بأنه "*من*

---

1 - راجع، جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 263.

2 - حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ 1957/03/03، المجموعة س 11، ص 239، أشار إليه - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 600.

3 - راجع في ذلك: - د. محمد فؤاد محمد الحريري، المرجع السابق، ص 528. - المستشار محمد القصري، القاضي الإداري ومنازعات الصفقات العمومية، المجلة العربية للفقه والقضاء، العدد 46، بحوث ودراسات، ص 125.

4 - أنظر، د. محمد الصغير بعلي، القرارات والعقود الإدارية، المرجع السابق، 290.

5 - CE 4 mars 1949, Ville de Toulon, Recueil Lebon, p. 197.

الثابت أن إجراءات تخفيض الإضاءة، التي تستند إليها شركة الغاز والكهرباء والتي تسببت في تخفيض إيراداتها، لم تكن من عمل مدينة تولون، ولكنها تدابير فرضتها السلطات العسكرية أثناء الحرب، وعلى ذلك فانخفاض الإيرادات يرجع فقط إلى ظروف استثنائية خارجة عن عمل الأطراف". [1]

وقد شكل هذا الحكم توجها جديدا مقارنة بموقف القضاء الذي كان سائدا من قبل، الذي كان يطبق نظرية عمل الأمير بالنسبة لجميع الأعمال الإدارية التي تصدر من السلطات العامة، ولم يكن يقتصر فقط على الفعل الضار الصادر عن السلطة الإدارية المتعاقدة، وهو الموقف الذي تخلى عنه مجلس الدولة الفرنسي بمناسبة حكمه في قضية (Ville de Toulon)، ليقرر أن هذا الإجراء يجب أن يكون قد صدر الإدارة المتعاقدة حتى يمكن تطبيق نظرية عمل الأمير. [2]

ولذلك يرى الفقيه DE LAUBADER أنه لكي تؤدي نظرية فعل الأمير عملها صحيحا، فلا يكفي أن يكون الفعل الضار صادرا عن السلطة العامة، بل يجب أن يصدر عن السلطة العامة التي أبرمت العقد، وهذا التحديد يساعد في رؤية الخط الفاصل بين فعل الأمير والظروف الطارئة. [3]

وقد أشارت المحكمة الإدارية العليا إلى هذا الشرط، حيث قضت "*... إن تدخل القضاء الإداري لتحقيق التوازن المالي للعقد الإداري تطبيقا لنظرية فعل الأمير مناطه توافر شروط هذه النظرية، ومن بينها شرط أن يكون الفعل الضار الصادر من الجهة المتعاقدة، فإذا ما أصدر هذا الفعل عن شخص معنوي عام غير الذي أبرم العقد تخلف أحد شروط نظرية فعل الأمير وامتنع بذلك تطبيق أحكامها، ولكن ذلك الامتناع لا يحول دون تطبيق نظرية الحوادث الطارئة إذ ما توافرت شروطها...*" [4]

كما قضت محكمة القضاء الإداري بأنه "... ومن حيث أنه يشترط لتعويض المدعين إعمالا لنظرية عمل الأمير أنه يترتب الضرر الذي يكون قد أضر بها إن كان ثمة ضرر قد لحقها نتيجة عقد التوريد محل المنازعة على إجراء تكون جهة الإدارة المتعاقدة قد اتخذته من جانبها سواء كان ذلك في نطاق

---

1 - Cet arrêt est relatif aux effets d'actes entrepris par l'État qui ont affecté un contrat administratif conclu par la commune de Toulon avec un particulier. Le Conseil d'État y affirme : « Il est constant que les mesures d'obscurcissement dont la Société du gaz et l'électricité du Sud-est fait état et qui ont entraîné une diminution de ses recettes n'ont pas été le fait de la ville de Toulon, mais ont été ordonnées par l'autorité militaire durant les hostilités ; ainsi la diminution des recettes est uniquement due à des circonstances exceptionnelles, indépendantes du fait des parties».

2 - SHWEKAT Aiad, op .cit, p 237.

3 - DE LAUBADERE André. Traité des contrats administratifs, op .cit, p 31.

4 - أنظر حكم المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ 1976/05/11 في الطعن رقم 1562 لسنة 10، ق. ع، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في الأربعين عاما، ص 323 بند 216.

- أشار إليه كل من - د. حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق، ص 323، - د. علي عبد العزيز الفحام، المرجع السابق، ص 335.

العقد، وعلى سبيل استعمالها حقها في التعديل بهدف حسن سير المرفق وتنظيمه أو كان خارج نطاق العقد." [1]

وإلى جانب كون التصرف الصادر من الجهة الإدارية المتعاقدة إيجابيا فإنه قد يكون محل عمل الأمير اتخاذ الإدارة موقفا سلبيا بالامتناع، وهذه الإجراءات قد يكون من شأنها التأثير مباشرة على العقد، فتجعل تنفيذه أشد عسرا وأكثر تكلفة، وهو ما يطلق عليه بالقرار السلبي للإدارة. [2]

وينتقد بعض الفقه ما انتهى إليه القضاء من ضرورة صدور الإجراء من الإدارة المتعاقدة لتطبيق نظرية عمل الامير، وينادي بجواز تطبيق النظرية سواء صدر العمل أو الإجراء الضار من الجهة المتعاقدة أو من غيرها من الجهات أو السلطات العامة في الدولة، ويعتمد في ذلك على فكرة السلطة العامة التي تجمع بين جميع أشخاص القانون العام اقليمية كانت أم مصلحية، خاصة وأن هذا المفهوم ليس غريبا على القضاء الإداري، فقد سبق وأن أخذ بفكرة السلطة العامة في هذا الصدد.[3]

وحسب رأيي فإن هذا الرأي أقرب إلى تحقيق العدالة، لأن المتعاقد إذا تحققت بقية الشروط سوف يعوض تعويضا كاملا عن الضرر الذي لحق به من دون اشتراط فيه درجة معينة من الجسامة، بينما في حالة عدم التسليم بذلك تكون امكانية تطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا توافرت شروطها، والتي من بينها ضرورة أن يكون الإجراء الضار قد قلب اقتصاديات العقد وألحق ضررا جسيما بالمتعاقد، وحينئذ لا يتلقى إلا تعويض جزئي.

ثالثا: أن يكون الإجراء الذي اتخذته الإدارة غير متوقع.

يتعين أن يكون الإجراء الذي اتخذته الجهة الإداري غير متوقع، ولا يمكن توقعه من طرف الشخص المتبصر، فإذا كان الإجراء الذي حدث من الممكن عادة توقعه أثناء إبرام العقد فإنه يفترض أنه كان في الاعتبار بالنسبة للمتعاقد[4]، خاصة فيما يتعلق بتحديد الثمن، وعلى ذلك فقد قضى مجلس الدولة بأنه "... في أكتوبر 1919 لم يكن في امكان المدعي أن يجهل الظروف الاقتصادية، مثل ارتفاع أجر اليد العاملة وارتفاع ثمن الفحم، والتي اضطرت السلطات العامة بسببها إلى الترخيص بارتفاع جديد في أسعار النقل بالسكك الحديدية".[5]

---

1 - حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بتاريخ 1969/05/05، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة من أول أكتوبر 1966 حتى آخر سبتمبر 1979، ص 477-478.

2 - د. السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص 226.

3 - أنظر، د. أيمن محمد جمعة، أثر عقد الأشغال العامة بين المتعاقدين، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، مصر، سنة 2000، ص 617.

4 - TAGEN Ragab, L'équilibre financier des contrats administratifs, op .cit, p 518.

5 - C.E, 19 novembre 1990, Compagnie général transatlantique, Rac. P 891.

ومن ثم فإنه إذا أثبتت الإدارة أنها أثناء التعاقد أبلغت المتعاقد بأنها سوف تصدر لوائح ترفع من أجور العمال في المرفق محل التعاقد، أو ورد في العقد بند يشير إلى ذلك مثلا، فإنه لا مجال لتطبيق نظرية عمل الأمير لأنه كان أمام المتعاقد الفرصة ليعيد حساباته ويضمن شروطه بما يتفق والزيادة الجديدة[1]، وهو ما أكدته محكمة القضاء الإداري من خلال حكمها الصادر بتاريخ 1957/06/30، حيث قضت أنه " *... ومن شروط تطبيق نظرية عمل الأمير أن يكون الإجراء أو التشريع الجديد غير متوقع الصدور وقت التعاقد، فإذا ما توقعته نصوص العقد فإن المتعاقد مع الإدارة يكون قد أبرم العقد وهو متصور لهذه الظروف، الأمر الذي يترتب عليه تعذر الاستناد إلى نظرية فعل الأمير* ".[2]

ويبدو شرط عدم التوقع واضحا بالنسبة لعمل الأمير، حين يكون في صورة إجراء عام، إلا أن فعل الأمير يغطي أيضا التدابير الخاصة التي قد تتخذها الإدارة المتعاقدة وتحدث بها تعديلات في العقد،[3] وعلى ذلك فإن كل تعديل في هذه الحالة يعتبر متوقعا، فالمتعاقد مع الإدارة لابد وأن يكون على علم بأن الإدارة لها الحق في تعديل العقد الإداري، فالمقصود هنا بعدم التوقع لا ينصرف إلى أصل الحق في التعديل، فهذا التعديل متوقع من الإدارة دائما، لكن عدم التوقع ينصرف إلى حدود التعديل ومداه.[4]

فإذا نظم العقد كيفية إجراء التعديل وحدوده استبعدت النظرية، أما إذا لم ينظم العقد كيفية ممارسة هذا الحق فإن نظرية عمل الأمير يتم تطبيقها، وبصفة عامة فإن فكرة عدم التوقع لا تعني عدم التوقع المطلق، لكن الأمر يتعلق بإجراءات لا يمكن عادة توقعها عند إبرام العقد.[5]

ومعيار عدم التوقع هو معيار موضوعي، بحيث أنه لا يكون بوسع المتعاقد توقع الإجراء في ضوء معيار الرجل العادي الحريص، الذي يوجد في نفس ظروف المتعاقد،[6] ومن ثم فالأمر متروك لقاضي الموضوع الذي يقدره بمراعات كل الظروف المحيطة بالتعاقد، فالقاضي الإداري يباشر رقابته في مدى اختلال التوازن المالي للعقد، وله السلطة التقديرية في مسألة عدم التوقع وفقا لظروف كل قضية. [7]

---

1 أنظر، أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقود البوت، المرجع السابق -، ص 251.

2 - حكم محكمة القضاء الإداري الصادر لجلسة 1957/06/30، المشار إليه سابقا.

3 - SHWEKAT Aiad, op .cit, p 239.

4 - أنظر د. علي عبد العزيز الفحام، المرجع السابق، ص 331.

5 - راجع، د. جمال عثمان جبريل، د. إبراهيم محمد علي، المرجع السابق، ص 374.

6 - راجع، د. السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق ، ص 227.

7 - أنظر، د. بن شعبان علي، المرجع السابق ض 208.

رابعا: أن يترتب على الإجراء المتخذ من الإدارة ضرر خاص للمتعاقد

ينبغي لتطبيق نظرية عمل الأمير أن يترتب على الإجراء الذي أصدرته المصلحة المتعاقدة ضررا فعليا للمتعاقد معها، فلا يستطيع المتعاقد أن يطالب بالتعويض ما لم يثبت أن التدبير الذي اتخذته الإدارة قد أحدث له ضررا.[1]

ولا يشترط في الضرر المترتب على عمل الأمير درجة معينة من الجسامة، فيجوز أن يكون يسيرا كما قد يكون جسيما.[2]

إلا أنه يشترط في الضرر الناتج عن فعل الإدارة أن يكون خاصا بالمتعاقد يصيبه وحده أو يصيبه بصورة أشد جسامة مما نال مجموعة الأفراد الذين يخاطبهم الإجراء الصادر من الإدارة.[3]

وقد اختلف الفقه في شأن تفسير فكرة الضرر الخاص، وقد ذهب البعض إلى أن الضرر الذي يصيب المتعاقد بناء على الإجراء الصادر عن الإدارة المتعاقدة هو دائما ضرر خاص، نظرا للرابطة التعاقدية التي تربط المتعاقد بالسلطات العامة والتي تميزه عن سائر المتضررين من تلك الإجراءات.[4]

ويرى البعض الآخر أن شرط خصوصية الضرر لا يضيف شيئا للشروط الأخرى للمسؤولية التعاقدية دون خطأ في نطاق نظرية عمل الأمير.[5]

بينما يذهب غالبية الفقه إلى وجوب توفر الضرر الخاص لمنح التعويض، أي أن يلحق بالمتعاقد مع الإدارة ضرر خاص لا يشاركه فيه من يمسهم الإجراء العام الصادر من الجهة المتعاقدة.[6]

وهو الاتجاه الذي أؤيده لسلامة الأسانيد والاعتبارات التي يقوم عليها، وهو ذات الاتجاه الذي تبناه القضاء الإداري الفرنسي والمصري.

---

1 - راجع، د. علي عبد العزيز الفحام، المرجع السابق، ص 328.

2 - أنظر في ذلك: - حمد محمد حمد الشلماني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات العربية، قسم البحوث والدراسات القانونية، 2006، ص 222. - د. أحمد سلامة بدر، المرجع السابق، ص 250.

3 - راجع، د. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، المرجع السابق ، ص 713.

4 - أنظر في ذلك: - د. محمد فؤاد محمد الحريري، المرجع السابق، ص 531. - د. علي عبد المولى، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق، ص 220.

5 - راجع في ذلك كل من: - د. السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق ، ص 229. - د. لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق ، ص 55.

6 - أنظر في ذلك على سبيل المثال: - د. هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 85. - د. عال الله جعفر عبد الملك الحمادي، ضمانات المتعاقد مع الإدارة، المرجع السابق، ص 225.

فقد أكد مجلس الدولة الفرنسي على فكرة الضرر الخاص في العديد من أحكامه حيث قضى بأنه *"يرفض التعويض عن قرار إقامة السيارات بالأجرة على سطح أرض المرأب وذلك لعدم ترتيبه ضررا خاصا للمتعاقد مع الإدارة على استغلال مرأب مدينة باريس..."*[1]

وفي حكم آخر أقر مجلس الدولة الفرنسي بأحقية المتعاقد في التعويض العادل إذا أضحى تنفيذ العقد أمرا مرهقا أو مستحيلا نسبيا.[2]

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر على أنه *"... الضرر الذي تدعيه الشركة بسبب زيادة أسعار مواد البناء ليس ضررا خاصا بتلك الشركة بحسبان أن تلك الزيادة تم سريانها على جميع التعاقدات، سواء في النطاق الإداري أو نطاق تعاملات الأفراد، وبالتالي فلا تكون شروط انطباق نظرية عمل الأمير متحققة بالنسبة للنزاع الماثل، الأمر الذي يتعين معه القضاء برفض هذا الطلب"*.[3]

ويقع عبء إثبات الضرر على المتعاقد الذي يدعيه، فلا يمكن الحصول على التعويض إلا إذا أثبت أن هناك ضررا مؤكدا ومباشرا قد أصابه وأن هذا الضرر ما هو إلا نتيجة الإجراء الذي سبب الخسائر التي يطالب بالتعويض عنها.[4]

الفرع الثالث: الأساس القانوني لنظرية عمل الأمير.

لقد اجتهد الفقه والقضاء لتبرير التزام الإدارة بتعويض المتعاقد معها تعويضا كاملا عن الأضرار التي تصيبه من جراء فعل الأمير، ولقد تشعبت الآراء ولم يكن هناك اتفاق على أساس قانوني واحد متفق عليه يبرر التعويض، فهناك من أرجعها إلى القانون المدني، ليقيمها على فكرة الإثراء بلا سبب، وهناك من يرى أن الأساس يعود للمسؤولية التعاقدية، ومنهم من يرى أنها من باب المساواة أمام الأعباء العامة، في حين أرجعها غيرهم إلى فكرة التوازن المالي للعقد الإداري.

وفيما يلي سيتم عرض تلك الآراء التي قيلت لتبرير التعويض على أساس نظرية فعل الأمير.

---

1 - C.E, 2 mai 1982, Société Paris Parking , R.D.P, 1983.
- أشار إليه د. حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص 223.

2 - C.E, 18 janvier 1985, "Association ieraiais culturel d'Aix-en-Provence "
أشار إليه د. فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق ، ص 228.

3 - حكم المحكمة الإدارية العليا، في الطعن رقم 1749، جلسة 1998/12/16، أشار إليه، د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق ، ص 171.
- راجع أيضا فتوى الجمعية العمومية للفتوى والتشريع بمجلس الدولة رقم 941، الصادر في 1974/11/03، مجموعة السنة 19، ص 218.

4 - أنظر في ذلك: - د. جمال عثمان جبريل، د. ابراهيم محمد علي، المرجع السابق، ص 372.

أولا: فكرة الإثراء بلا سبب.

ذهب بعض الفقهاء[1] إلى رد مبررات حصول المتعاقد مع الإدارة على تعويض استنادا إلى فعل الأمير على أساس فكرة الإثراء بلا سبب، الموجودة في القانون المدني والتي يقصد بها إثراء كل شخص ولو كان غير مميز دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يجعله ملتزما في حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة، مع بقاء هذا الالتزام قائما حتى في حالة زوال الإثراء فيما بعد، وتطبيقا لذلك فإن الإدارة تكون بتصرفها قد أنقصت من امتيازات المتعاقد وزادت من أعبائه، وحققت إثراء على حسابه، مما يستلزم تعويضه. [2]

وقد ذهب أنصار هذا الاتجاه أن الإدارة قد تسبب بإجراءاتها الخاصة وبإرادتها المنفردة في إنقاص الامتيازات المالية المتفق عليها في العقد، أو الزيادة في الأعباء المالية، وتكون بذلك قد حققت إثراء على حساب المتعاقد معها، دون أن يكون لهذا الإثراء أي سند في العقد، ويكون إثراء الإدارة من خلال تخفيض النفقات التي كان يتعين على الإدارة إنفاقها، وهو ما أدى إلى إفقار المتعاقد، فإجراءات الإدارة التي تهدف من ورائها تحقيق المصلحة العامة ودون خطأ من جانبها ترتب عليها تأثر مركز المتعاقد بإنقاص المزايا المقررة في العقد[3]، وقد لاقت تلك الفكرة العديد من الانتقادات أهمها:

1- أن فكرة الاثراء بلا سبب لا تصلح كأساس لنظرية عمل الأمير في مجال العقود الإدارية وذلك لتخلف أحد شروطها في ظل وجود العقد الإداري، فلا يمكن اعتبار إثراء الإدارة غير مبرر في وجود العقد الإداري[4]، فلا تصلح فكرة الإثراء بلا سبب كأساس للتعويض عن عمل الأمير في ظل وجود علاقة تعاقدية، ذلك أن وجود العقد من شأنه جعل الإثراء مشروعا.

2- لا تبرر فكرة الاثراء بلا سبب التعويض عن عمل الأمير، وذلك لأن التعويض عن عمل الأمير يحكم به القاضي بقدر ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاته من كسب، فهو تعويض كامل، أما فكرة الإثراء بلا سبب فيكون التعويض بقدر الإثراء في جانب الإدارة من جراء ما اتخذته الإدارة من إجراءات ترتب عليه ضرر للمتعاقد[5]، فيتحدد التعويض بقدر إثراء الإدارة، دون النظر إلى مقدرا الضرر الواقع

---

1 - أنظر في ذلك: - عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، د. ط، القاهرة، مصر 1981، ص 122.

- Fouad EL ATTAR, le marché de travaux publics, étude comparé de droit administratif français et égyptien, thèse, faculté de droit de paris, 1953, p. 321

2 - أنظر، د. خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 313.

3 - أنظر، رياض إلياس عيسى الجريسات، المرجع السابق، ص 140.

4 - TAGEN Ragab, L'équilibre financier des contrats administratifs, op .cit, p. 157.

5 - أنظر، د. عزيزة الشريف، المرجع السابق، ص 221.

على المتعاقد بخلاف الوضع في نظرية عمل الأمير. أين يعادل التعويض قيمة الأضرار التي أصابته أو ما فته من كسب.[1]

3- استبعاد التعويض وفقا لهذه الفكرة في حالة عدم تحقق إثراء لجهة الإدارة نتيجة ما صدر عنها من إجراءات، و يظهر ذلك في حالة صدور إجراء عام ذو طابع اجتماعي، مثل إجراء رفع الأجور وتخفيض ساعات العمل، في حين أن التعويض وفقا لنظرية عمل الأمير يقضي به القضاء للمتعاقد المضرور حتى ولو لم يترتب على الإجراء الذي أصدرته الإدارة المتعاقدة أي إثراء لصالحها، كما لو أصدرت إجراء عام ذا طابع اجتماعي لا يعود عليها أو على المرفق العام بأي إثراء.[2]

ثانيا: المسؤولية التعاقدية للإدارة.

يستند البعض من الفقه[3]، في أساس التزام الإدارة بالتعويض في نظرية عمل الأمير إلى المسؤولية التعاقدية للإدارة، لأن الإدارة تلتزم بالتعويض استنادا للعقد الإداري ونصوصه، فالمسؤولية العقدية في مجال القانون الإداري تقوم على إمكانية إثارة مسؤولية الإدارة العقدية إما بناء على وجود خطأ من جانب الإدارة أو بدون خطأ، وأساس التعويض في هذه الحالة مرده الى المسؤولية بلا خطأ، فالإدارة لم تخطئ حين اتخذت الإجراء الذي أخل بمركز المتعاقد في العقد الإداري، وهي مسؤولية تهدف إلى تحقيق التوازن المختل بين التزامات المتعاقد مع الإدارة وحقوقه حتى يستمر في تنفيذ التزاماته.[4]

وباعتبار أن التعويض الذي يحصل عليه المتعاقد لا يرتبط بخطأ صادر من جهة الإدارة المتعاقدة، فلذلك يكون أساس التعويض هو المسؤولية التعاقدية للإدارة دون خطأ، ويعتبر مبدأ دوام سير المرفق العام هو مصدر إثارة مسؤولية الإدارة التعاقدية جون خطأ.[5]

---

1 - أنظر، أ. إبراهيم الشارف الطاهر تفوقه، الصعوبات التي تواجه تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق ، ص 215.

2 - راجع، د. مريم محمد ساسي حواش محمد، التوازن المالي للعقد الإداري في القانون الليبي والمقارن، المرجع السابق، ص 71.

3 - راجع في ذلك كل من:

- DE LAUBADER André, DELVOLVE Pierre, et MODERNE Franck, Traité des contrats administratifs, op.cit., p 761.

- د. جمال عثمان جبريل، ابراهيم محمد علي، المرجع السابق، ص 277.

- د. محمود حلمي، العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة 1977، ص 120.

4 - راجع، د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 275

5 - راجع، د. أحمد السيد محمد محمود عطية، نظرية عمل الأمير في التشريع الوضعي والفقه الاسلامي، المرجع السابق، ص 180.

وذلك أن المتعاقد مع الإدارة لم يتحمل بعض الالتزامات إلا مقابل تعويض معين، وبناء على ذلك فإنه في حالة زيادة الالتزامات الملقاة على عاتق المتعاقد مع الإدارة فإنه يتعين تعديل التعويض الذي يحصل عليه المتعاقد.[1]

ومن أهم الأحكام التي أقر فيها مجلس الدولة الفرنسي حق المتعاقد مع الإدارة في التعويض عن فعل الأمير استنادا إلى فمكرة المسؤولية التعاقدية حكمه الصادر في قضية « Kerguelen » الصادر في 22 أكتوبر سنة 1937.[2]

ولم تسلم هذه الفكرة من النقد فيرى البعض[3] أن هذه الفكرة و إن كانت صالحة إلى حد ما عند تأسيس التزام الإدارة المتعاقدة بالتعويض خاصة في حال تعديل نص من نصوص العقد بإرادتها المنفردة، إلا انها غير كافية لتبرير التعويض في حالة ما إذا كان الإجراء المعدل للمركز المالي للعقد صادرا من جهة غير الجهة الإدارية المتعاقدة.[4]

ويرى البعض الآخر أن هذه الفكرة لا تنسجم مع المبادئ المسلم بها في القانون الخاص، لأن المسؤولية التعاقدية في القانون المدني إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته المتولدة عن العقد، في حين أن فعل الامير لا يتضمن أي إخلال من جانب الإدارة بالتزاماتها التعاقدية.[5]

ثالثا: مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة.

يرجع بعض الفقهاء[6]، التزام الإدارة بالتعويض عن فعل الأمير لمبدأ مساواة الأفراد أمام الأعباء العامة، والذي يعد من المبادئ العامة التي استحدثها مجلس الدولة الفرنسي، و يقتضي هذا المبدأ مساهمة الأفراد في تحمل التكاليف العامة، كل بقدر متناسب مع مركزه، وقدراته وامكانياته الخاصة.[7]

---

1 - راجع، د. مريم محمد ساسي حواش محمد، التوازن المالي للعقد الإداري في القانون الليبي والمقارن، المرجع السابق، ص 76.

2 - C.E, 22 octobre 1937, compagnie générale des Kerguelen, Saint-Paul et Amsterdam, Rec., P. 839.

- أشار إلى هذا الحكم د. السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص 232.

3 - راجع في ذلك: - أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقود البوت، المرجع السابق -، ص 224. - ابراهيم الشارف الطاهر تفوقه، الصعوبات التي تواجه تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق، ص 216.

4 - راجع، د. محمد أحمد عبد المنعم، مسؤولية الإدارة على أساس المخاطر، في القانون الفرنسي والمصري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1995، ص 103.

5 - أنظر، د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 628.

6 - راجع في ذلك: - د. توفيق شحاتة، مبادئ القانون الإداري، (ب. د ن) الطبعة الأولى، الجزء 2 ، القاهرة، مصر 1973، ص 818. - د. رياض إلياس عيسى الجريسات، المرجع السابق، ص 143.

7 - ابراهيم الشارف الطاهر تفوقه، المرجع السابق، ص 216.

ونظرا لأن المتعاقد مع الإدارة يساهم في نشاطها مساهمة خاصة، ويتحمل من جراء ذلك عبئا يزيد عما يتحمله غيره من الأفراد، فإذا ما قررت الإدارة زيادة العبء على المتعاقد دون أن يتم تعويضه سوف يختل مبدأ مساواة الأفراد أمام الأعباء العامة، و ذلك لتحمل المتعاقد مع الإدارة وحده زيادة العبء الخاص الذي فرضته عليه الإدارة، دون باقي الأفراد بسبب الإجراءات التي اصدرتها و بذلك فإن مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة يعتبر أساسا للتعويض عن فعل الأمير سواء صدت الإجراءات من السلطة المتعاقدة أو غيرها، وسواء كانت هذه الإجراءات تمس العقد بطريقة مباشرة أو غير مباشرة.[1]

وقد تعرضت هذه الفكرة أيضا إلى بعض الانتقادات على أساس أن فكرة المساواة أمام الأعباء العامة فكرة فضفاضة، ليست دقيقة و غير محددة.[2]

كما أن هذا المبدأ لا يصلح كأساس للتعويض وفقا لنظرية عمل الأمير، وذلك لاختلاف أساس كل منهما، حيث أن فكرة المساواة أمام الأعباء العامة تمنح الحق في التعويض لبعض المتعاقدين دون غيرهم على أساس الضرر الخاص الذي أصابهم، في حين أن عمل الأمير تعطي للمتعاقد التعويض الكامل عن الضرر الذي لحق به من جراء تدخلات الإدارة، وذلك لكل متعاقد أصابه ضرر نتيجة صدور إجراءات إدارية من الإدارة المتعاقدة دون أدنى تمييز بينهم.[3]

إضافة إلى ذلك فإن قضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصري استقر على رفض تطبيق نظرية عمل الأمير إذا صدر الإجراء من غير السلطة التي أبرمت العقد مما يؤكد أنه لا يأخذ بفكرة المساواة أمام الأعباء العامة كأساس للالتزام بالتعويض، نظرا لكون تلك الفكرة تبرر التعويض سواء كان الإجراء صادرا من الإدارة المتعاقدة أو غيرها. [4]

1 - .راجع، د. مريم محمد ساسي حواش محمد، المرجع السابق، ص 72.

2 - - Fouad EL ATTAR, le marché de travaux publics, étude comparé de droit administratif français et égyptien, op.cit., p. 320

3 - TAGEN Ragab, L'équilibre financier des contrats administratifs, op.cit., p. .138

4 - راجع، د. السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق ، ص 241.

رابعا: فكرة التوازن المالي للعقد الإداري.

يتجه غالبية الفقه إلى أن أساس التعويض وفقا لنظرية عمل الأمير يرجع لفكرة التوازن المالي للعقد[1]، و هو ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصري.

و لقد سبق وأن تم التطرق إلى هذه الفكرة[2]، بحيث تبن من أنه على أساسها يتعين على الإدارة أن تعيد التوازن المالي للعقد الإداري كلما اختل هذا التوازن بسبب فعل الإدارة.

ووجه تأييد هذه الفكرة أن العقود الإدارية من طبيعتها أن تحقق قدر الإمكان توازنا بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي ينتفع بها، باعتبار نصوص العقد تؤلف في مجموعة كلا واحدا، مما يقتضي التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين، وإذا ترتب على تعديل التزامات المتعاقد مع الإدارة زيادة في أعبائه فإنه ليس من العدل ولا المصلحة العامة أن يتحمل المتعاقد وحده تلك الأعباء، بل يجب أن يحتفظ بالتوازن المالي للعقد، كما أنهم يرجعون فكرة التوازن المالي للعقد الإداري إلى النية المشتركة للطرفين المتعاقدين .[3]

وقد أبرز مجلس الدولة الفرنسي هذا الأساس، عندما أكد على فكرة التوازن المالي للعقد هي التي تبرر منح التعويض للمتعاقد مع الإدارة عن الأضرار التي أصابته نتيجة استخدام سلطتها في تعديل العقد بإرادتها المنفردة.[4]

وهو ما أخذت به أيضا المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ 1967/05/11، حيث قضت " *... تدخل القضاء لتحقيق التوازن المالي للعقد الإداري تطبيقا لنظرية فعل الأمير مناطه توافر شروط هذه النظرية...*" [5]

1- راجع في ذلك:

- BADOUI Saroit, le fait du prince dans les contrats administratifs, op.cit., p 129
- د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 629.
- د. خليل صالح السمرائي، عقد الأشغال العامة، المرجع السابق، ص 254.
- لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق ، ص 92.
- د. عاطف سعدي محمد علي، عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2005، ص 533.
- د. أمل لطفي حسن جاب الله، آثار العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 231.
- د. عال الله جعفر عبد الملك الحمادي، ضمانات المتعاقد مع الإدارة، المرجع السابق ، ص 221.
- د. علي عبد العزيز الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، مرجع سابق، ص 311.

2 - حيث تم التطرق إلى هذه الفكرة بالتفصيل في المبحث الثالث للفصل الأول من الباب الأول تحت عنوان "ماهية التوازن المالي للعقد الإداري" ، ص من 81 إلى 94.

3 - راجع، محمد شعبان الدرهوبي، حق المتعاقد في التعويض في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 124، 125.

4 - CE. 2 Février 1983, Union de transports public, urbains et régionaux, Rec. P. 33.

5 - حكم المحكمة الإدارية المصرية في الطعن رقم 1562 لسنة 10 ق.ع، جلسة 1968/05/11، أشار إليه د. السيد فتوح محمد هنداوي، ص 235.

ومن التطبيقات الهامة لفكرة التوازن المالي في التشريع الجزائري ما نصت عليه المادة 32 من القرار المؤرخ في 1964/11/21 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية، والتي أقرت حق المقاول في طلب التعويض عن الأضرار التي تلحق به بسبب التعديلات أو التغييرات التي تأمر بها الإدارة أو تنتج عن ظروف غير متأتية من خطأ أو عمل المقاول إذا لم تفوق نسبة الخمسة وثلاثين بالمائة بالزيادة أو النقصان.[1]

و رغم أن غالبية الفقه و أحكام القضاء الإداري تؤيد فكرة التوازن المالي للعقد كأساس قانوني للتعويض عن نظرية عمل الأمير، إلا أن هذه الفكرة لم تسلم من النقد، حيث ذهب الأستاذ الدكتور ثروت بدوي إلى القول بأنها فكرة خطيرة وغير صحيحة مستندا في ذلك إلى الطابع العام الذي يسبغه بعض الفقه عليها، كما يرى بأن هذه الفكرة غير صحيحة لعدم تطابق التعويض الذي يحصل عليه المتعاقد نتيجة لإخلال الإدارة باقتصاديات العقد في جميع الحالات مع التوازن المالي للعقد كما روعي واتفق عليه وقت التعاقد، بالإضافة إلى عدم قدرة هذه الفكرة على تفسير التعويض الذي يحصل عليه المتعاقد عند استعمالها لحقها في انهاء الحق بإرادتها المنفردة، بحيث لا يكون هناك عقد في هذه الحال ولا يمكن القول بالمحافظة على التوازن المالي.[2]

ويوجد من الفقه من يرجع التزام الإدارة بالتعويض إلى أساس مزدوج بين المسؤولية التعاقدية للإدارة دون خطأ، وفكرة التوازن المالي للعقد، حيث يقول بصحة كل من الاتجاهين وأن كل منهما يكمل الآخر.[3]

و حسب رأيي فإنني أؤيد ما ذهب إليه أغلب الفقه في تأسيس التعويض بناء على فكرة التوازن المالي للعقد، باعتبار أن نصوص العقد تبين الالتزامات المبادلة للطرفين، ولكون التزامات المتعاقد مع الإدارة تتسم بطابع المرونة نتيجة زيادتها وإنقاصها من قبل جهة الإدارة، فإنه لابد وأن يقابل هذه المرونة في التزاماته مرونة في حقوقه أيضا، وخاصة إذا كانت هذه الزيادة بصورة مفاجئة تؤثر بشكل خاص في

1- أنظر المادة 32 من القرار المؤرخ في 1964/11/21 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، ج ر رقم 06 لسنة 1965.

- هذا وقد تبنى المشرع الجزائري هذه الفكرة أيضا في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وبشكل صريح بحيث أن المشرع أكد على أن النزاعات التي تنشأ أثناء تنفيذ الصفقة تسوى في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، وأنه يجب على المصلحة المتعاقدة أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقتها وذلك من خلال إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين.

2 - Voir, BADOUI Saroit, le fait du prince dans les contrats administratifs, op.cit., p 133.

3 - راجع في ذلك:

- DE LAUBADERE André, Traité de droit administratif, tome 2, op.cit., p, P. 64.

- د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 548، 549. - د. السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص 241.- د. جمال عثمان جبريل، ابراهيم محمد علي، المرجع السابق، ص 377.

اقتصاديات العقد، ومنه فإذا قامت الإدارة المتعاقدة بإجراءات من شأنها أن تتسبب في قلب اقتصاديات العقد، فإنه يتعين عليها تعويض المتعاقد عن الضرر بما يحقق التوازن المالي للعقد، وبما يعيده إلى حالته التي كانت عليها وقت إبرامه.

حيث أن طبيعة العقود الإدارية تقتضي تحقيق قدر الإمكان توازنا بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي يحصل عليها باعتبار أن نصوص العقد تؤلف في مجموعها كلا واحدا ومقتضى ذلك وجوب التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين، فإذا ترتب على تدخلات الإدارة زيادة في أعباء المتعاقد المالية، فليس من العدل، ولا من المصلحة العامة أن يتحمل المتعاقد وحده تلك الأعباء بل من حقه أن يحتفظ بالتوازن المالي ليتمكن من الاستمرار في التنفيذ.[1]

فعندما يتعلق الأمر باستخدام الإدارة لسلطاتها المشروعة في تعديل العقد نزولا على مقتضيات الصالح العام، ففي مثل هذه الحالة يتحمل المتعاقد معها عبئا استثنائيا يخل بالتوازن المالي للعقد، الأمر الذي يستوجب منحه التعويض لأجل إعادة التوازن المالي للعقد الإداري لحالته الطبيعية، فالعلاقة التعاقدية تقوم على تقوم على فكرة إقامة التوازن بين الحقوق، ويجب على القاضي المحافظة على التوازن بين الأداء الذي يحصل عليه كل طرف من أطراف العقد، وذلك الذي يلتزم به، ولاشك أن أساس المسؤولية التعاقدية دون خطأ للإدارة يكمن في المحافظة على التوازن العقدي الذي اتجهت إليه إرادة أطراف العقد.[2]

1 - راجع: - حكم محكمة القضاء الإداري، 30 يونيو، 1957، أشار إليه، د. علي بن عبد الكريم أحمد السويلم، فكرة التوازن المالي للعقد الإداري في المملكة العربية السعودية ، المرجع السابق، ص 61.

2 - أنظر، د. حمدي علي عمر، المسؤولية التعاقدية للإدارة، دراسة مقارنة، المجلة القانوني الاقتصادية، المرجع السابق، ص 341، 341.

الفرع الرابع: آثار نظرية عمل الأمير.

إن المبدأ العام المستقر عليه فقها وقضاء هو التزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد على الرغم من مصادفته لصعوبات أو ظروف لم تكن في الحسبان أثناء إبرام العقد[1]، فالظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، والتي تكون من فعل جهة الإدارة المتعاقدة، لا تؤدي إلى إعفاء المتعاقد من الاستمرار في تنفيذ العقد، إلا إذا أصبح هذا التنفيذ مستحيلا، وحينئذ لا تندرج هذه الظروف في نطاق نظرية فعل الأمير، وإنما قد تشكل حالة من حالات القوة القاهرة[2]،

فمتى توفرت شروط نظرية عمل الأمير على النحو السالف ذكره يحق للمتعاقد الذي لحقه ضرر نتيجة تدخل الإدارة أن يطالب بالتعويض الكامل، وإن كانت هذه هي النتيجة الرئيسية لنظرية عمل الأمير فإن الفقه رتب عدة نتائج فرعية على إعمال نظرية عمل الأمير[3]، منها إعفاء المتعاقد من الالتزام بالتنفيذ إذا ما ترتب على عمل الأمير استحالة التنفيذ، وحق المتعاقد في المطالبة بعدم توقيع غرامات إذا أثبت أن سبب التأخير هو عمل الأمير، بالإضافة إلى فسخ العقد إذا ما كان عمل الامير قد وصل إلى درجة تتجاوز إمكانية المتعاقد الاقتصادية أو الفنية.

وسوف يتم التفصيل في كل أثر من هذه الآثار المترتبة على تطبيق نظرية عمل الأمير، وذلك على النحو التالي:

أولا: تعويض المتعاقد مع الإدارة تعويضا كاملا.

يتفقه الفقه المقارن على أن الأثر الأساسي الذي يترتب على تطبيق نظرية عمل الأمير هو تعويض المتعاقد مع الإدارة تعويضا كاملا عن كافة الأضرار التي لحقت به بسبب تدخل الإدارة، وذلك بما يكفل إعادة التوازن المالي للعقد. [4]

فإذا نتج مثلا عن تعديل العقد الزيادة الكبيرة في تحمل الأعباء المالية بالنسبة للمتعامل المتعاقد جاز له المطالبة بحقه في التوازن المالي، لذا فإن الإدارة عادة وهي تمارس سلطتها في التعديل تطلب من

---

1 - أنظر، جمال عثمان جبريل، ابراهيم محمد علي، المرجع السابق، ، ص 379.

2 - أنظر، د. مريم محمد ساسي حواش محمد، المرجع السابق، ص 107.

3 - باجع، د. حازم بيومي المصري، التوازن في العقد الإداري الدولي (الفيديك-اليونسترال)، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010، ص 342.

4 - راجع على سبيل المثال:

- BADOUI Saroit, op.cit., p. 209. Et voir également, - DE LAUBADERE André, op.cit., p. 65.

- د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، 626. - د. عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، المرجع السابق، 225. - د. محمد الصغير بعلي، القرارات والعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 291. - د. بن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 210.

المتعامل المتعاقد تقديم كشف مالي من الأعباء الجديدة وتصل معه على الوضع الغالب لحل توافقي ودي[1]، وهو ما حرص عليه المشرع الجزائري ضمن تنظيم الصفقات العمومية. [2]

و سيتم التفصيل في الأثر الرئيسي لتطبيق نظرية عمل الأمير فيما يلي:

1- عناصر التعويض:

يشمل التعويض الكامل عنصرين أساسيين: ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاته من كسب.

فالعنصر الأول يتضمن كافة النفقات الفعلية التي أنفقها المتعاقد نتيجة للإجراء الضار التي قامت به الجهة الإدارية والتي أدت إلى اختلال التوازن المالي[3] ، وتختلف هذه المصروفات باختلاف الظروف وطبيعة الإجراء الذي اتخذته الإدارة ونتائجه[4]، فإذا ما طلبت الإدارة سرعة إنجاز الأعمال فإن ذلك قد يؤدي إلى زيادة التكاليف على المتعاقد بدفع أثمان مرتفعة أو زيادة في أجور الأيدي العاملة، كما تشمل أية خسائر تلحق بالمتعاقد طالما توافرت العلاقة السببية بينها وبين ذلك الإجراء.[5]

وهذا ما أوضحته محكمة القضاء الإداري المصرية حين قضت بأنه *"... والحكمة إنما تقدر التعويض طبقا للقواعد المقررة في القانون الإداري في هذا الشأن وهو يشمل عنصرين الأول: ما لحق المتعاقد من خسارة، ويتضمن هذا العنصر المصروفات الفعلية التي أنفقها المتعاقد، وهذه المصروفات تختلف باختلاف الأحوال وطبيعة التعديل ونتائجه..."* [6]

ويتمثل العنصر الثاني في ما فات المتعاقد من كسب، في صورة ربح كان يتوقع أن يحققه من تنفيذ العقد لو لا تدخل الإدارة بما اتخذته من إجراءات أدت إلى إنقاص هذا الربح[7]، وقد أكدت ذلك أيضا محكمة القضاء الإداري حيث قضت "*... إذا كان* حق الإدارة *في التعديل أمر يفترض قيامه في ذهن المتعاقد مع الإدارة عند إبرام العقد، فإنه يجب أن يقابل هذه السلطة حق آخر للمتعاقد هو أنه يقدر من جانبه هو أيضا أن جهة الإدارة ستعوضه عما يلحقه من ضرر نتيجة لممارستها سلطة التعديل، وهذا التعويض يقوم على أنه لا يتصور أن المتعاقد مع الإدارة يقبل معاونتها في تسير المرفق بالمجان وبغير مقابل، بل أنه قرر طبقا لتقديراته أنه سيظفر مقابل التزاماته العقدية بفائدة معينة وربح معلوم، فإذا سلم*

---

1 - أنظر، د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الثاني، المرجع السابق، ص 52.

2 - راجع المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247.

3 - C.E, 27 octobre 1978, ville de Saint-Malo, Rec., p.401.

4 - أنظر، د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 93.

5 - DEBBASCH Charles, Droit administratif, 6ème éd., Economica, Paris, 2002, p. 544.

6 - حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، في القضية رقم 983 لسنة 9. ق ، جلسة 1957/06/30، سبق الإشارة إليه.

7 - أنظر، د. عبد العزيز عبد المتنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق ، ص 182.

للإدارة بحق التعديل تحقيقا للمصلحة العامة فإن العدالة تأبى حرمان المتعاقد من حقه المشروع في الفائدة أو الربح الذي قدره عند إبرام العقد". [1]

ويأخذ التفسير الراجح لموقف مجلس الدولة الفرنسي بأن المجلس يضع نصب أعينه عند تقدير التعويض المستحق للمتعاقد، الظروف التي تحيط بواقعة الفسخ والمبررات التي دعت جهة الإدارة إلى وضع نهاية للتنفيذ، وهي في حالة ظروف الحرب أو وقف الأعمال الحربية ترجع إلى زوال الغرض أو السبب الذي من أجله أبرم العقد، كذلك إذا ساهم المتعاقد بخطئه في إحداث بعض الأضرار المترتبة على عمل الأمير، فلا وجه قانوني له لأن يطالب بتعويض كلي، حيث ينخفض التعويض بما يعادل نصيب هذا الخطأ.[2]

ولا يجب أن يتجاوز التعويض الذي يحصل عليه المتعاقد حجم الضرر الحقيقي من جراء فعل الأمير، سواء كان هذا الضرر يتمثل في الخسارة التي لحقت بالمتعاقد، أو ما فاته من كسب، ولا يكفي الضرر وحده لتعويض المتعاقد، بل لابد من أن تكون هناك علاقة سببية بين الفعل الصادر عن الإدارة والضرر الذي لحق المتعاقد.[3]

2- شروط الحصول على التعويض الكامل:

يجمع الفقه الإداري على وجوب شرطين أساسين لحصول المتعاقد مع الإدارة على التعويض الكامل، فيجب أن لا يكون المتعاقد قد ساهم بخطئه في إحداث هذا الضرر أو ساعد على زيادته[4]، وأن لا يتضمن العقد الإداري شرطا يعفي الإدارة من المسؤولية عن إجراء معين تصدره مستقبلا. [5]

وتجدر الإشارة إلى أن النص في العقد على شرط الإعفاء من المسؤولية مطلقا فهو بإجماع الفقه والقضاء شرط غير مشروع إذا ما تضمنه العقد الإداري كونه يتنافى مع المبادئ المقررة في القانون الإداري في ثبوت حق المتعاقد مع الإدارة في التعويض طبقا للنظريات السائدة في نظام العقود الإدارية[6]، وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في 30 /06/ 1952 حيث قضت بأنه "*... من المقرر في العقود الإدارية أن جهة الإدارة لا تملك أن تضع فيها نصا عاما*

---

1 - حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، في 1957/06/30، سبق الإشارة إليه.

2 - CE 1er septembre 1944, Pillard, Recueil Lebon, p. 240.

راجع أيضا، د. حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص 233.

3 - أنظر كل من: - د. أحمد السيد محمد محمود عطية، المرجع السابق ، ص 477. - د. السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص 247.

4 - راجع، د. أحمد سلامة بدر، المرجع السابق، ص 257.

5 - أنظر، د. عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد، أثر فعل الأمير على تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق، ص 106.

6 - أنظر، د. عزيزة الشريف، المرجع السابق، ص 231.

بعدم مسؤوليتها يعفيها من الالتزام بتعويض الضرر الحادث للمتعاقد معها، لأن ذلك يتعارض مع المبادئ المقررة في القانون الإداري من ثبوت حق المتعاقد مع الإدارة في التعويض طبقا للنظريات السائدة في نظام العقود الإدارية ومنها حقه في التوازن المالي للعقد." [1]

3- طرق تحديد التعويض:

تأتي مسألة تقدير التعويض المستحق للمتعاقد في المرحلة التالية لتحقق القاضي الإداري من الشروط الموجبة للضرر والعلاقة السببية، ويتم تحديد التعويض الكامل الذي يحصل عليه المتعاقد مع الإدارة على اثر نظرية فعل الأمير بأحد الطرق التالية:

أ- الحالة التي ينص فيها العقد على التعويض، بحيث تنص شروط العقد على جواز منح تعويض للمتعاقد مع الإدارة عن الأضرار التي قد تلحق به نتيجة صدور إجراءات تشريعية أو لائحية واللاحقة لمرحلة إبرام العقد، وأحيانا ما يتضمن العقد في نصوصه على قيام الإدارة بإعفاء حقيقي للمتعاقد معها عن الأعباء الناتجة عن الإجراءات التي تتخذها الإدارة، سواء كانت تشريعية أو لائحية[2]، وفي هذه الحالة وإعمالا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين يتعين على الإدارة والمتعاقد معها الالتزام لما نص عليه العقد.[3]

ب- قد يحدد المشرع التعويض الملائم لجبر الضرر نتيجة الإجراء الذي اتخذته الإدارة، ومثال ذلك في قانون 5 سبتمبر عام 1945 الفرنسي والخاص بفسخ العقود المبرمة لتوفير حاجات مرفق الدفاع الوطني والذي حدد كيفية تعويض المتعاقدين الذين تضرروا من جراء فسخ عقودهم بقوة القانون، وهو ما طبقه مجلس الدولة الفرنسي في قضية « Pillard ».[4]

ج- إن لم يوجد نص سابق في العقد يحدد التعويض سلفا، وإذا لم يحدد المشرع التعويض، فعندئذ يكون للمتعاقد الحق في اللجوء إلى القضاء الإداري للمطالبة بالتعويض الكامل عن كافة الأضرار التي لحقت به، وما فاته من كسب من جراء فعل الامير.[5]

فعلى الرغم من عدم وجود نص في القانون أو العقد يعطي للمتعاقد الحق في التعويض، فإن مجلس الدولة الفرنسي قد منح للمتعاقد الحق في التعويض استنادا على نظرية فعل الأمير، وذلك عن الإجراءات

---

1 - حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، الصادر بتاريخ 1952/06/30، أشار إليه - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص631

2 - أنظر، د. أحمد السيد محمد محمود عطية، نظرية عمل الأمير، المرجع السابق، ص 451.

3 - أنظر، د. عال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص 240.

4 - CE 1er septembre 1944, Pillard, Recueil Lebon, p. 240.

5 - أنظر في ذلك: - د. مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 140. - د. عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد، المرجع السابق، ص 103.

العامة التي تؤثر في ظروف التنفيذ الخارجية للعقد، فلم يقف مجلس الدولة جامدا عند حالة النص القانوني ونص العقد السابقتين، لإمكان منح التعويض بسبب فعل الأمير.[1]

وعند حساب قيمة التعويض الممنوح للمتعاقد مع الإدارة فإن القاضي يعتد دائما بتاريخ وقوع الضرر الذي لحق المتعاقد، ولا يؤخذ في الاعتبار التاريخ الذي يجري فيه تقدير التعويض عن هذا الضرر.[2]

وفي رأيي أنه يكون من الأفضل عند تقدير التعويض من قبل القاضي أن يأخذ تاريخ صدور الحكم في الاعتبار، حيث قد يفصل بين تاريخ وقوع الضرر وتاريخ الحكم فاصل زمني كبير بسبب طول إجراءات التقاضي، وقد تتغير معه الظروف الاقتصادية لحظة صدور الحكم عن تلك التي كانت وقت وقوع الضرر.

ثانيا: إعفاء المتعاقد من غرامات التأخير.

يقصد بغرامة التأخير ذلك المبلغ المالي المحدد سلفا في العقد، بحيث تستطيع الإدارة تحصيله من المتعاقد الذي يتراخى في إتمام العمل وتسليمه في المواعيد المحددة بمجرد حدوث التأخير من المتعاقد، ودون حاجة إلى حكم قضائي أو إثبات حصول الضرر.[3]

والهدف من غرامة التأخير هو ضمان تنفيذ العقد الإداري في الموعد المحدد والمتفق عليه حرصا على سير المرافق العامة بانتظام واطراد، فهي تمثل وسيلة لالتزام المتعاقد بضرورة تنفيذ العقد في الوقت المحدد، والتي حددته الإدارة على اساس احتياجات ومتطلبات المرفق العام.[4]

ويعتبر إعفاء المتعاقد من غرامات التأخير من الآثار الفرعية التي تترتب على تطبيق نظرية عمل الأمير، إلا أنه لا يقل أهمية عن الأثر الرئيس المتمثل في التعويض، فإن كان المشرع في مختلف النظم المقارنة قد خول للإدارة حق توقيع غرامات مالية على المتعاقد الذي يتأخر في تنفيذ التزاماته التعاقدية في الموعد المحدد لها، لارتباطها بحاجة المرفق محل التعاقد.[5]

---

1 - أنظر، د. أحمد السيد محمد محمود عطية، المرجع السابق، ، ص 453.

2 - CE, 23 mai 1951, Bongert, Rec. P. 283.

- أشار إلى هذا الحكم د. أحمد السيد محمد محمود عطية، المرجع السابق، ، ص 505.

3 - أنظر، د. بن صغير مليكة أسماء، غرامة التأخير في الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي ليابس سيدي بلعباس، الجزائر، 2019/2018، ص 15.

4 - Voir, SHWEKAT Aiad, op .cit. p .p 151.

- SEILLER Bertrand, L'exorbitance du droit des actes administratifs unilatéraux, RDP, N 120, 2004, 2, mars-avril, p. 481.

5 - أنظر على سبيل المثال:

- المادة 23 من القانون رقم 89 لسنة 1998 بشأن المناقصات والمزايدات المصري.

- l'article : 20.1 du CCAG – Travaux 2009 F. (www.marche-public.fr)

- Voir, Pour plus de détail : FRIER Pierre-Laurent, PETIT Jacques, Droit administratif, op.cit., p. 491.

إلا أنه يجب أن يوضع في الاعتبار الصعوبات التي اعترضت التنفيذ الطبيعي للعقد الإداري في المدة المحددة، مما يبرر اعتباره عذرا للإعفاء أو لتخفيض الجزاءات المقررة.[1]

ومن ثم يجوز للمتعاقد مع الإدارة مطالبة الإدارة المتعاقدة معه إعفاءه من غرامات التأخير المالية إذا أثبت أن فعل الأمير هو السبب في تأخيره في تنفيذ التزاماته التعاقدية، أو جعل تنفيذ هذه الالتزامات أمرا عسيرا، مثل تأخر الإدارة في تسليم الأرض التي سيقام عليها المشروع المراد بنائه. [2]

فقد يشكل عمل الأمير عذرا مقبولا لإعفاء المتعاقد مع الإدارة من الجزاءات التي كان يمكن توقيعها عليه، وذلك إذا كان من شأن عمل الأمير أن يجعل تنفيذ الالتزام التعاقدي ليس مستحيلا وإنما عسيرا، بحيث يكون تأخير المتعاقد في التنفيذ مبررا، وبالتالي لا يكون هناك مسوغ قانوني لتوقيع عليه غرامات التأخير.[3]

كما أن المشرع الجزائري قد بين حالات إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامات التأخير ومن بينها حالة كون التأخير في التنفيذ تسببت فيه المصلحة المتعاقدة، حيث نص على أنه *"... يعود القرار بالإعفاء من العقوبات المالية بسبب التأخير إلى مسؤولية المصلحة المتعاقدة، ويطبق هذا الإعفاء عندما لا يكون التأخير قد تسبب فيه المتعامل المتعاقد، الذي تسلم له في هذه الحالة أوامر بتوقيف الأشغال أو استئنافها..."*. [4]

ويتضح من النص أعلاه أعطى المشرع الجزائري للمصلحة المتعاقدة سلطة ومسؤولية إصدار قرار الإعفاء من غرامات التأخير دون سواها، حيث نبه المشرع إلى أن هذا الإعفاء يكون في الحالة التي يكون فيها التأخير بسبب المصلحة المتعاقدة، ولا يكون للمتعاقد مع الإدارة يد فيه، ويعتبر الإعفاء في هذه الحالة وجوبي بالنسبة للإدارة. [5]

ثالثا: حق المتعاقد في فسخ العقد لاستحالة التنفيذ.

من حث المتعاقد إذا ما ترتب على عمل الأمير أن زادت أعبائه بدرجة كبيرة لا تحتملها امكاناته المادية أو الفنية أن يطالب بفسخ العقد.[6]

---

1 - راجع، د. مريم محمد ساسي حواش محمد، المرجع السابق، ص 118.

2 - أنظر د. ابراهيم الشارف الطاهر تفوقه، المرجع السابق، ص 227.

3 - حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص 234.

4 - راجع المادة 147 / 4 من المرسوم الرئاسي 15-247.

5 - أنظر، فريد رمضاني، حالات إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير في العقود الإدارية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق، جامعة باتنة، الجزائر، العدد 11، جوان 2017 ، ص 530، 531.

6 - أنظر، د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 627.

فعلى الرغم من أن آثار عمل الامير لا تصل غالبا إلى حد فسخ العقد الإداري، ولكن إذا أصبح تنفيذ العقد فعلا مستحيلا من قبل المتعاقد مع الإدارة نتيجة الإجراءات التي اتخذتها، جاز للمتعاقد المطالب بفسخ العقد[1]، وإذا لم تستجب الإدارة لطلبه، يحق له اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم الفسخ، حيث يعتبر عمل الأمير هذا من قبيل القوة القاهرة التي يترتب عليها مواصلة تنفيذ العقد.[2]

ومن الإجراءات التي يعد فيها عمل الأمير بمثابة القوة القاهرة مثل حالة صدور تشريع يمنع استراد سلعة معينة كانت محلا للتعاقد ولا يمكن الحصول عليها إلا من الخارج، وإصدار الإدارة المتعاقدة قرارا بإدارة المرفق العام الذي يديره الملتزم عن طريق أجهزة حديثة بدلا من الأجهزة القديمة التي يدار بها المرفق العام، مع عدم قدرة المتعاقد على استبدال هذه الأجهزة لتجاوز هذا التجديد امكانياته الاقتصادية والفنية، أو انتهاء حالة الحرب التي أبرم بسببها العقد الإداري.[3]

وتجد الإشارة إلى أنه يتعين على المتعاقد الاستمرار في التنفيذ في الحدود التي تسمح بها الظروف، وذلك حتى يصدر من الجهة القضائية المختصة الحكم بفسخ العقد. [4]

وتترتب آثار فسخ العقد كأثر لنظرية عمل الأمير من تاريخ طلب المتعاقد لفسخ العقد وليس من تاريخ إقراره من قبل الإدارة المتعاقدة أو تاريخ صدور الحكم بالفسخ، وبذلك يتحرر المتعاقد من التزاماته التعاقدية وكافة النتائج المترتبة على الإجراءات التي اتخذتها الإدارة، كما أنه من الحق المتعاقد الحصول على تعويض كامل إن كان لهى مقتضى.[5]

ويشير الفقه المقارن[6] إلى أن المتعاقد مع الإدارة يمكنه الجمع بين بعض هذه الآثار إذا تعددت الأسباب، مثل طلب الحصول على تعويض كامل على الأضرار التي لحقت به من جراء فعل الأمير، والإعفاء من غرامات التأخير، أو الجمع بين التعويض الكامل وفسخ العقد.[7]

---

1 - أنظر، د. عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 226.

2 -أنظر، عال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص 243.

3 - راجع، د. عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد، المرجع السابق، ص 109، - د. مريم محمد ساسي حواش محمد، المرجع السابق، ص 123.

4 - أنظر، د. عزيزة الشريف، المرجع السابق، ص 148.

5 - أنظر، د. علي محمد علي عبد المولى، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 1991، ص 422، 427

6 - راجع في ذلك: - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 627. - د. د. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، المرجع السابق ، ص 720.

7 - أنظر د. ابراهيم الشارف الطاهر تفوقه، المرجع السابق، ص 228.

المبحث الثاني: اختلال التوازن المالي للعقد الإداري بالتدخلات المتعاقد مع الإدارة.

الأصل أن يقتصر تنفيذ العقد من جانب المتعاقد عما هو متفق عليه مع الإدارة، دون غيرها من الأعمال، فإذا أخل بهذا الالتزام كان عليه أن يتحمل نتيجة هذا الإحلال.[1]

إلا أنه قد تتطلب طبيعة التعاقد أن يقوم المتعاقد بأعمال إضافية عما هو متفق عليه في العقد ودون أن تطلبها منه الإدارة المتعاقدة صراحة أو ضمنا، وإنما تمليها اعتبارات الضرورة ومصلحة الإدارة المتعاقدة، أو طبيعة الأعمال المتفق عليها في العقد[2]، مما قد يترتب على ذلك تحميله أعباء وتكاليف إضافية قام بها من تلقاء نفسه.

ومن خلال هذا المبحث سيتم البحث عن حق المتعاقد في التعويض عن الاعمال الإضافية الضرورية (المطلب الأول) ومن ثم التعرض لنظرية الإثراء بلا سبب وبيان دورها في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري ازاء تدخلات المتعاقد مع الإدارة كإحدى النظريات التي نقلها القاضي الإداري من القانون المدني لتطبيقها في مجال القانون الإداري (المطلب الثاني)

المطلب الاول: حق المتعاقد في التعويض عن الأعمال الإضافية

يقصد بالأعمال الإضافية تلك الأعمال التي يقوم بها المتعاقد دون أن تتضمنها نصوص العقد أو تطلبها منه جهة الإدارة صراحة، وأظهر ما تكون هذه الحالة في عقد الأشغال العامة.[3]

وتعرف أيضا على أنها لم تدرج صراحة أو ضمنا في مواصفات وخطة العمل المتفق عليها والتي ورد ثمنها في قائمة الأسعار.[4]

وقد أقر القضاء حق المتعاقد في الحصول على التعويض نتيجة الأعمال الإضافية في حالتين هما حالة الأعمال الضرورية لصالح الإدارة، وحالة الأعمال المفيدة والتي تعود بالنفع والفائدة على جهة الإدارة.[5]

---

1 - أنظر كل من: - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 570. - د. حمدي علي عمر، المسؤولية التعاقدية للإدارة، مرجع سابق، ص 163.

2 - راجع، د. هاني عبد الرحمن اسماعيل غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، مصر، 2011 ، ص 600.

3 - أنظر، سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 569.

4 - راجع، د. محمد شعبان الدرهوبي، المرجع السابق، ص 193.

5 - أنظر كل من: - د. عليوات ياقوتة، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري، المرجع السابق، ص 175. - د. محمد شعبان الدرهوبي، المرجع السابق، ص 194.

وفيما يلي سيتم التطرق إلى حق المتعاقد في التعويض عن الأعمال الإضافية الضرورية، ومن ثم حقه في التعويض عن الأعمال الإضافية النافعة.

الفرع الأول: الأعمال الإضافية الضرورية

يقتضي البحث في حق المتعاقد في التعويض عن الأعمال الإضافية الضرورية التعرض أولا لبيان المقصود بالأعمال الإضافية الضرورية ومن ثم تبيان الأساس الذي يعتمد عليه لتعويض المتعاقد.

أولا: مفهوم الأعمال الإضافية الضرورية

يقصد بالأعمال الإضافية الضرورية « les travaux nécessaires » تلك الأعمال التي لم يتضمنها العقد، ولكن قدر المتعاقد بأنها ضرورية لحسن تنفيذ المشروع وفقا للقواعد الفنية والتقنية في مثل هذه الحالات.[1]

وعرفها بعض الفقه على أنها تلك الأعمال الزائدة والغير منصوص عليها في العقد والتي لا يستطيع المتعاقد تنفيذ الأعمال الأصلية المدرجة في بنود العقد إلا بأداء هذه الأعمال الزائدة التي تعتبر ضرورية جدا ومهمة لحسن تنفيذ المشروع، ولكنها أغفلت سهوا فلم تدرج في العقد الأصلي.[2]

وقد عرفها مجلس الدولة الفرنسي بأنها "تلك الأعمال المنفذة من جانب المتعاقد بصورة تلقائية ودون أمر من الإدارة متى كانت أعمالا حتمية ولا غنى عنها لحسن تنفيذ العقد من الناحية الفنية.[3]

والملاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي وصف الأعمال الإضافية الضرورية بألفاظ متعددة، فتارة يستخدم لفظ "أعمال ضرورية" وتارة أخرى يستخدم لفظ "أعمال تمثل صفة مطلقة للاستعجال والضرورة" و"أعمال لها صفة الضرورية بشكل مطلق" وتارة أخرى "أعمال حتمية ولا غنى عنها".[4]

وتعدد الألفاظ التي يستخدمها مجلس الدولة الفرنسي بشأن الأعمال الزائدة التي يقوم بها المتعاقد من تلقاء نفسه يدل على أن مجلس الدولة يفحص ويبحث كل حالة على حدة، ويحدد معيار الضرورة

---

1 - راجع، - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 570. - د. هاني عبد الرحمن اسماعيل غانم، المرجع السابق ، ص 600.

2 - MODERNE Frank, les quasi-contrats administratifs, Dalloz, Paris, 1995, p 90.

3 - C.E, 29 mai , 1992, Établissement public déménagement de la ville nouvelle, R.D.P, P 1534.
- أشار إليه د. حمدي علي عمر، المرجع السابق، ص 164.

4 - راجع. د. السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق ، ص 291.

والحتمية وفقا لطبيعة الأعمال وظروف التعاقد، فإذا ما ثبت وصف ضرورة وحتمية الأعمال قضى بالتعويض[1]، و إدا نتفت حالة الضرورة في تلك الأعمال فلا يحكم بالتعويض.[2]

فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي برفض التعويض عن الأعمال الإضافية على اعتبار أنها لم تكن حتمية ولازمة لحسن تنفيذ الأعمال في نطاق توقعات العقد.[3]

أما بخصوص تحديد التعويض عن الأعمال الإضافية فإنه يكون على أساس السعر المتفق عليه في العقد للأعمال الأصلية، وذلك على اعتبار أن الأعمال الضرورية تعد من قبيل الامتداد للعقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد.[4]

ثانيا: الأساس القانوني لفكرة الأعمال الإضافية الضرورية.

اختلف الفقهاء في تحديد الأساس القانوني للتعويض المقرر لفكرة الأعمال الإضافية الضرورية في حال عدم النص عليها، فذهب الفقيه DE LAUBADERE إلى أن المتعاقد يستحق التعويض الكامل عن الأعمال الضرورية التي قام بتنفيذها لحسن تنفيذ الأعمال، وذهب في تأسيسه لهذا التعويض إلى فكرة الفضالة المدنية معتبرا المتعاقد المنفذ لتلك الأعمال فَضولياً يستحق التعويض عنها.[5]

إلا أن هذا الرأي تعرض للنقد من جانب الفقه، وذلك لأن الفضالة المتعارف عليها في نصوص القانون المدني لا تنطبق شروطها على تلك الحالة، فمن شروط تطبيق الفضالة ألا يكون العمل الذي قام به الفضولي ملتزما به موكلا ولا منهيا عنه وهو ما لا يتوافر بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة الذي قام بتنفيذ أعمال إضافية ضرورية، حيث أنه ملتزم بحسن تنفيذ الأعمال الموكلة إليه من الناحية الفنية، وهو ملزم بذلك[6]، فمن الأفضل استبعاد مفهوم الفضالة الذي لم يعرف نجاحا في القانون الإداري ، كما أن الفضالة تقوم على أساس إثار الغير، بمعنى نية القيام بشيء لمصلحة الغير، وهو الأمر الذي ينتفي في جانب المتعاقد مع الإدارة الذي لم يقصد إدارة شأن من شؤون الإدارة.[7]

---

1 - C.E, fév, 1984, Commune d'Alsting, c/ société Floréan, R.D.P , 1985, P 224.
- أشار إليه: - د. حمدي علي عمر، المرجع السابق ، ص 164.

2 - أنظر، د. رياض عيسى، أحكام الأعمال الإضافية في عقود الأشغال العامة، مجلة كلية الحقوق، جامعة الكويت، السنة 11، العدد 04، ديسمبر 1987، ص 127.

3 - Voir : - C.E, 14 juin 2002, Ville d'Angers, Req, N 219874, AJDA , N 11, 2012, P 601.
- C.E, 17 octobre, 1975, Commune de Canari, Req, N 93704, AJDA, 1975, p 562.

4 - د. هاني عبد الرحمن اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 601.

5 - DE LAUBADERE André. Traité théorique et pratique des contrats administratifs, op .cit, p 233.

6 - أنظر، د. حمدي علي عمر، المرجع السابق ، ص 169.

7 - MODERNE Frank, les quasi-contrats administratifs, op .cit, p 90.

وذهب رأي آخر إلى أن التعويض يرجع إلى أساس النية المفترضة للطرفين، ذلك أنه يفترض أن المتعاقدين قد رضيا مقدما بأن المتعاقد يقوم بتنفيذ جميع الأعمال اللازمة للمشروع المتفق عليه.[1]

إلا أن إرجاع التعويض إلى النية المشتركة للطرفين محل نقد وذلك لأنه يعد مغالاة في تفسير النية المشتركة للطرفين، و إهدار للخصائص الذاتية لنظرية العقود الإدارية، وبهذا تعتبر نية الطرفين تؤدي دورها كاملا في خارج النطاق الذي تستلزمه الخصائص الذاتية للعقود الإدارية. [2]

و يكاد يجمع الفقه إلى إسناد التعويض في حالة الأعمال الإضافية الضرورية إلى الأساس العقدي، فالأعمال الإضافية تمثل تطورا عاديا لاتفاق عقدي، والمتعاقد لم يخرج عن إطار العقد من خلال تنفيذه للأعمال الضرورية، إذ أن العقد يتضمن مسؤوليات عقدية لم ترد صراحة ضمن الشروط المنصوص عليها في العقد. [3]

وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أنه عندما تتطلب شروط العقد اتحاذ إجراءات في شأن الأعمال الضرورية واللازمة لحسن التنفيذ طبقا للقواعد الفنية، فلا يحق للمتعاقد تجاهل هذا الالتزام[4]، وبذلك يكون مجلس الدولة الفرنسي قد استند إلى الأساس التعاقدي في هذا الشأن.[5]

وقد تطرقت المحكمة الإدارية المصرية في أحد أحكامها لبيان الأعمال الإضافية المنفذة من قبل المتعاقد تلقائيا حيث ذهبت إلى أن *" قيام المتعاقد مع الإدارة ودون تكليف منها بأداء أعمال أو خدمات إضافية غير منصوص عليها في العقد يمنحه الحق في المطالبة بالتعويض عما أنفقه للقيام بتلك الأعمال أو أداء الخدمات شريطة أن تكون هذه الأعمال أو الخدمات الإضافية ذات فائدة ولازمة للمرفق العام وذلك على أساس الإثراء بلا سبب"*[6]

---

1 - أنظر، د. هاني عبد الرحمن اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 601.

2 - راجع، د. محمد شعبان الدرهوبي ، المرجع السابق، ص 198.

3 - راجع في ذلك: - د. السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص 295. - د. حمدي علي عمر، المرجع السابق ، ص 179.

4 - C.E, 22 Décembre 1944 , Beaufils, Rec. Lebon, P 331.

- C.E, 4 Décembre 1957, Ville de Rouen, Rec. Lebon, P 658.

5 - أنظر د. السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص 296.

6 - حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1978/04/01 في الطعن رقم 562 لسنة 33 ق.ع، أشار إليه د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق، ص 232.

و يشير هذا الحكم إلى اتجاه المحكمة الإدارية العليا بتعويض المتعاقد عن الأعمال الإضافية سواء كانت ضرورية ولازمة أو أعمال إضافية مفيدة للإدارة استنادا لنظرية الإثراء بلا سبب، دون التفرقة بين كل منهما، وهو ما سارت عليه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة.[1]

وفي الجزائر قضى مجلس الدولة بأحقية المتعاقد في الحصول على قيمة الأعمال الإضافية والضرورية لتنفيذ الأعمال المطلوبة حسب السعر المتفق عليه لإنجاز الأشغال الأصلية[2]، مستندا في ذلك على نص المادة 29 من دفتر الشروط الإدارية العامة.[3]

حيث ورد في حيثيات هذا القرار "*... أن هذه الأشغال الإضافية كانت ضرورية لإنهاء مشروع... وأن الأشغال الإضافية وبما أنها كانت ضرورية للإنجاز حسب قواعد الأشغال المطالب بإنجازها فإن صاحب المشروع ملزم بتسديدها حتى و إن لم يتلقى أي أمر بإنجاز هذه الأشغال من طرف صاحب المشروع ولا صاحب المبنى...*" [4]

1 - راجع، فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة رقم 98، جلسة 2003/02/14، ملف رقم 447/2/47، أشار إليه د. السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص 298.

2 - أنظر، د. هاشمي فوزية، آثار تنفيذ الصفقات العمومية على الطرفين المتعاقدين، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي اليابس لسيدي بلعباس، الجزائر، 2018/2017، ص 244.

3 - راجع المادة 29 من دفتر الشروط الإدارية العامة الصادر بموجب القرار المؤرخ في 21 نوفمبر 1964، السابق الإشارة إليه.

4 - قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 2005/07/12، رقم 22350، مجلة مجلس الدولة 2005، العدد السابع، ص 92.

- أنظر في ذلك أيضا: - قرار المجلس الأعلى بتاريخ 1975/06/25 في قضية وزير الأشغال العمومية ضد (أ.أ)، نشرة القضاة، 1978، العدد 1، ص 24.

الفرع الثاني: الأعمال الإضافية النافعة والمفيدة.

من خلال هذا المطلب سوف يتم التعرض لبيان مفهوم الأعمال الإضافية النافعة ومن ثم الأساس القانوني للتعويض عنها.

أولا: مفهوم الأعمال الإضافية النافعة والمفيدة.

يقصد بالأعمال الإضافية المفيدة « les travaux utiles » تلك الأعمال التي لا تستلزمها ضرورة ملحة، ولكن تنفيذها يعود على الإدارة بفائدة لا شك فيها[1]، فهذه الأعمال ليست ضرورية لتنفيذ العقد الأصلي ولم تطلبها الإدارة من المتعاقد، ومع ذلك فإن تنفيذها يحقق فائدة للإدارة.[2]

وفكرة الأعمال المفيدة والنافعة تتشابه مع فكرة الأعمال الضرورية في أن المتعاقد يقوم في كل منهما بأعمال ليست مدرجة في العقد، إلا أن الاختلاف فيما بينهما يكمن في أن الأعمال الإضافية الضرورية حتى وإن كانت تعود بالنفع على جهة الإدارة إلا أنها تتطلب أن كون هناك ضرورة ملحة لتنفيذ هذه الأعمال، وهذا بخلاف الأعمال الإضافية المفيدة التي لا تستوجب وجود ضرورة ملحة، كما أن الأساس القانوني لكل منهما يختلف، حيث أن الأعمال الضرورية تعتبر من قبيل الامتداد للعقد وتؤسس على النية المفترضة للمتعاقدين، بينما الأساس القانوني للتعويض على حالة الأعمال المفيدة ترجع إلى فكرة الإثراء بلا سبب كما سيلي تفصيله. [3]

وأن هذا الاختلاف حول الأساس القانوني يؤدي حتما إلى اختلاف التعويض وقيمته، فالتعويض بالنسبة للأعمال الإضافية الضرورية يتمثل في ثمن إضافي يغطي جميع الأعمال الضرورية التي قام بها المتعاقد، وأنه يقدر على أساس المتفق عليه في العقد الأصلي.

وهو نفس ما ذهب إليه المشرع الجزائري من خلال م 34 من دفتر البنود الإدارية لسنة 2021 وأضاف أنه في حالة عدم امكانية تحديدها يؤخذ في الاعتبار خدمات الأشغال الأكثر تشابها أو اتخاذ الأسعار الجارية المتداولة.

1 - أنظر، د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 571.

2 - راجع، د. حمدي علي عمر، المرجع السابق ، ص 170.

3 - راجع، د. هاني عبد الرحمن اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص 602.

أما بالنسبة للأعمال المفيدة فإن التعويض يكون استنادا إلى نظرية الإثراء بلا سبب وما هو مستقر في هذه الحالة أن التعويض يكون محدد بمقدار الفائدة التي عادت إلى جهة الإدارة من العمل المفيد الذي قام به المتعاقد.[1]

ثانيا: موقف القضاء من فكرة الأعمال الإضافية النافعة والمفيدة.

لقد كان القضاء الإداري في فرنسا يرفض في بادئ الأمر تعويض المتعاقد من جراء القيام بهذه الأعمال استنادا إلى عدم ضرورتها وإلى أن هذه الأعمال لم ينص عليها في بنود العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد معها، غير أنه تطور قضاء مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن ليصل به الأمر إلى إيجاد حل عادل يحقق بعض التوازن المالي بين طرفي العقد مقررا التعويض عن هذه الأعمال استنادا إلى فكرة الإثراء بلا سبب. [2]

ووفقا لمجلس الدولة الفرنسي فإنه يشترط لحصول المتعاقد على تعويض عن الأعمال الإضافية شرطين، أولهما أن تكون الأعمال التي نفذها المتعاقد قد عادت بفائدة حقيقة على الإدارة، وثانيهما أن تكون الإدارة قد قبلت تنفيذ تلك الأعمال، ولو بطرقة ضمنية، فإذا ما عارضت في التنفيذ أو أنذرت المتعاقد بأنه يتصرف على مسؤوليته فإن مجلس الدولة يرفض التعويض.[3]

والموافقة قد تكون صريحة أو ضمنية كتأشير الإدارة على الأشغال الإضافية بعد معاينتها أو التزام الصمت اتجاهها مع علمها بها أو تسلم الأشغال أو المواد الإضافية. [4]

حيث قضى في حكمه الصادر بتاريخ 1943/06/11 بأنه بالنسبة للأعمال التي ليست ضرورية لتنفيذ العمل الأصلي، ولكنها مفيدة للإدارة تكون ذات طبيعة غير تعاقدية، فلا يجوز فرضها على المتعاقد، وعلى ذلك إذا قام المتعاقد بتنفيذها فيجب أن يعوض على أساس نظرية الإثراء بلا سبب.[5]

---

1 - أنظر، محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، د.د.ن، 2004، ص 296.

2 أنظر، محمد شعبان الدرهوبي، -المرجع السابق، ص 202.

- C.E, 6/09/1985, Association Eurolat, Rec. P 141.

- أشار إليه، المستشار محمد القصري، القاضي الإداري ومنازعات الصفقات العمومية، المجلة العربية للفقه والقضاء، العدد 46، بحوث ودراسات، ص 321.

3 - راجع، د. مصطفى كامل علي، الشروط والإجراءات السباقة على عمل السلطة المتعاقدة وآثارها على عقود الإدارة، دراسة مقارنة، د. ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 219.

4 - أنظر، محمد شعبان الدرهوبي، -المرجع السابق، ص 201.

5 - C.E, 11 juin 1943, Grands Travaux de Marseille, Rec. P 14.

وقضى أيضا بأنه ..."حيث نتج من الفحص أن الأعمال المنفذة قد توافرت لها صفة النفع بالنسبة للإدارة، وأن السلطات البلدية لم تعترض على تنفيذها، فتكون البلدية بذلك قد استفادت من وراء تلك الأعمال، وتلتزم بتعويض الطاعن عنها بقدر ما حققته من فائدة"[1]

أما في مصر فقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن إلى القول أن *"... قيام المتعاقد مع الإدارة ودون تكليف منها بأداء أعمال أو خدمات إضافية غير منصوص عليها في العقد يمنحه الحق في المطالبة بالتعويض عما أنفقه للقيام بتلك الأعمال أو أداء الخدمات شريطة أن تكون هذه الأعمال أو الخدمات الإضافية ذات فائدة ولازمة للمرفق العام وذلك على أساس الإثراء بلا سبب"*[2]

وذهب بعض الاتجاه القضائي المغربي إلى اعتماد نظرية الاثراء بلا سبب في تعويض المتعاقد عن الأشغال الإضافية المفيدة لجهة الإدارة والغير مقررة بعقد ملحق مبرم طبقا للقانون.

حيث قضى "*... لكن اعتبار لكون إنجاز الأشغال ترتب عنها تحمل المدعي بنفقات أثبتتها الوثائق المدلى بها وتقرير الخبرة، وفي المقابل حققت جهة الإدارة المنجزة لهذه الأشغال لفائدتها نفعا ثابتا، واعتبارا لكون المدعي لم يكن ليقوم بتلك الأشغال إلا بموافقة جهة الإدارة وتحت إشراف موظفيها، فإن مثل هذه الوضعية تشكل إثراء لهذه الإدارة على حساب المدعي بما أنفقه في إنجاز تلك الأشغال*...و خلصت في النهاية إلى القول:... *لا يقضي في إطار مبدأ الإثراء على حساب الغير إلا برد تكلفة قيمة الأشغال والخدمات المنجزة مجردة عن أي ربح أو أي تعويض.*" [3]

وفي الجزائر على الرغم من أن المشرع تطرق إلى الأعمال الإضافية من خلال تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.[4]

---

1 - C.E, 10 mars 1944, « *... Il résulte de l'instruction que les travaux dont il s'agit présentait un caractère d'utilité pour la commune et que les autorités communales qui ont été même de les suivre ne sont pas opposées à leur exécution ; ladite commune, ayant bénéficié de ces travaux est tenue d'en indemniser le requérant dans la mesure du profit que elle en retiré, profit que l'administration a retiré du travail* »

2 - حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1978/04/01 في الطعن رقم 562 لسنة 33 ق.ع، سبق الإشارة إليه.

3 - حكم المحكمة الإدارية بفاس، بالملف عدد 00/20 تحت عدد 239، بتاريخ 2002/04/30.

- أنظر في نفس الشأن حكم المحكمة الإدارية بوجدة، بتاريخ 2004/12/07، تحت عدد 325.

- أشار إلى هذه الأحكام المستشار محمد القصري، المرجع السابق، ص 136، 137.

4 - المادة 136/ 3 و 4 من المرسوم الرئاسي 15-247.

وكذلك دفتر الشروط الإدارية العامة[1]، إلا أنه لم يفرق بين الأعمال الإضافية الضرورية والأعمال الإضافية المفيدة للإدارة.

كما أن القضاء الإداري في الجزائر وإن كان قد كرس حق المتعاقد في الحصول على التعويض عن الأعمال الإضافية الضرورية كما سبق الإشارة إليه[2]، فإنه لم يتعرض إلى حالة الأشغال الإضافية المفيدة والغير ضرورية، على غرار قضاء النظم المقارنة.

الفرع الثالث: الضوابط التشريعية لفكرة الأعمال الإضافية وفقا لتنظيم الصفقات العمومية في الجزائر.

تجد هذه الفكرة مجالها القانوني في الملحق الذي خصه المشرع الجزائري بالعديد من الأحكام القانونية الواردة في المواد من 135 إلى 139 من المرسوم الرئاسي 15-247.[3] ، وسيتم تناول هذا الموضوع من خلال تبيان مفهوم الملحق وأنواعه، ومن ثم تبيان ضوابط وشروط اللجوء إلى الملحق من خلال التفصيل الاتي:

أولا: مفهوم الملحق.

لم تختلف النصوص القانونية المتعلقة بتنظيم الصفقات العمومية منذ الاستقلال في تعريفها للملحق[4]، وقد جاء في نص المادة 136 على أنه "يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها، و/ أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة. [5]

فالملحق يعتبر عقد مصغر تابع للصفقة العمومية الأصلية، تبرمه المصلحة المتعاقدة مع المتعاقد، يصدر في شكل كتابي، وذلك عندما يحتاج موضوع تنفيذ الصفقة إلى الزيادة أو الإنقاص في الخدمات أو

---

1 - المادة 29 من دفتر الشروط الإدارية العامة، السابق الإشارة إليه.

2 - قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 2005/07/12، الذي سبق الإشارة إليه.

3 - ولسلطة التعديل وجود قديم في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، فلقد تم النص عليها صراحة في دفتر الشروط الإدارية العامة الصادر بموجب القرار المؤرخ في 21 نوفمبر 1964، السابق الإشارة إليه.

- لمزيد من التفصيل راجع د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 16.

4 - راجع في ذلك:

- المادة 94 من المرسوم 82-145، المؤرخ في 10 أفريل 1982 المعدل والمتمم الملغى السابق ذكره.

- المادة 90 من المرسوم الرئاسي 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 المعدل والمتمم الملغى السابق ذكره.

- وهو نفس مضمون المادة 102 من المرسوم السابق الملغى 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية

- المادة 102 من المرسوم السابق الملغى 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية

5 - راجع المادة 135 من المرسوم الرئاسي 15-247.

تعديل شرط أو أكثر من الشروط الأصلية للصفقة العمومية، أو إضافة أعمال جديدة أو تكميلية لم تكن موجودة في العقد، ويكون المتعامل المتعاقد ملزم بهذا الملحق.[1]

ويمكن أن يتضمن الملحق الأشغال المضافة أو الأشغال الناقصة في الصفقة الأصلية والذي يهدف إلى الأخذ في الحسبان زيادة الأشغال أو تقليلها، وتكون مراجعة الأشغال في الملحق بناء على الصيغة التي وردت في الصفقة الأصلية[2]، وملحق إدخال أشغال جديدة غير متضمنة في الصفقة الأصلية[3]، ووقد يتضمن هذا النوع من الأشغال الأعمال الإضافية.

ثانيا: شروط وضوابط اللجوء إلى الملحق.

يشترط المشرع على الإدارة لأجل ممارسة سلطة التعديل عن طريق الملحق أن تتقيد بشروط وضوابط محددة، يمكن تبيانها فيما يلي:

1 – خضوع الملحق لشرط الكتابة.

يجد الملحق أساسه الكتابي في تبعيته للصفقة، وطالما أن الصفقة الأصلية مكتوبة[4]، ومنه فإن الطابع الكتابي للصفقة يفرض بالضرورة أن يأتي الملحق في الشكل الكتابي، وهذا شرط طبيعي فالتعديل فرع أو جزء من الصفقة الأصلية.[5]

كما أنه ومن خلال نص المادة 136 من المرسوم الرئاسي 15–247 يتضح جليا أن المشرع عبر على عنصر الكتابة من خلال اعتبار الملحق "وثيقة"، كما أكد المشرع على ذلك من خلال الفقرة الرابعة من المادة 195 من المرسوم الرئاسي.[6]

1 - أنظر، ابن خليفة سميرة، الملحق وعامل التوازن الاقتصادي للصفقة العمومية في القانون الجزائري، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، المجلد 9، العدد 2، 2016، ص 200.

2 - Voir, BOULIFA Ibrahim, marché public, Manuel méthodologique, Éditions, Berti, Alger, 2013, p 160.

3 - أنظر، كوثر بن ملوكة، النظام القانوني للملحق في الصفقات العمومية، دراسة مقارنة بين المرسوم الرئاسي 15-247، والمرسوم الرئاسي 10-236، مجلة مجاميع المعرفة، العدد 05، أكتوبر 2017، ص 228.

4 - راجع المواد 02، و95 من المرسوم الرئاسي 15-247.

5 - أنظر، د. رحماني راضية، النظام القانوني لتسوية منازعات الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 96.

6 - راجع المواد 136، 195 من المرسوم الرئاسي 15-247.

2 – احترام الآجال التعاقدية لإبرام الملحق.

فلا يمكن ابرام الملحق وعرضه على هيئة الرقابة الخارجية للصفقات المختصة إلا في حدود آجال التنفيذ التعاقدية، إلا أن المشرع أورد استثناءات وحالات استثنائية يمكن ابرام من خلالها الملحق خارج الآجال، وهي تلك المنصوص عليها بموجب المادة 138 من المرسوم الرئاسي 15-247[1]، والمتمثلة فيما يلي:

أ- عندما يكون الملحق عديم الأثر المالي ويتعلق بإدخال بنود، أو تعديل بند تعاقدي أو أكثر غير البنود المتعلقة بآجال التنفيذ.

ب- إذا ترتب الملحق على أسباب استثنائية وغير متوقعة وخارجة عن إرادة اختلال التوازن الاقتصادي للعقد اختلالا معتبر، أو أدى إلى تأخير الأجل التعاقدي الأصلي.

ج- إذا لم يكن من الممكن وبصفة استثنائية برام الملحق محل ضبط الكميات النهائية للصفقة في الآجال التعاقدية.

3 – ضرورة عدم اخلال الملحق بتوازن الصفقة وموضوعها.

فقد أوجب المشرع من خلال الفقرة الثامنة من المادة 136 عدم مساس الملحق بصفة أساسية على توازن الصفقة ما عدا في حالة ما إذا طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف، فيجب أن لا يمس الملحق التوازن الاقتصادي للصفقة العمومية، إلا في حالة ما إذا طرأت ظروف غير متوقعة تجعل الإدارة تبرم ملحق يمس توازن الصفقة الأصلي على سبيل الاستثناء.[2]

كما اشترط المشرع من خلال نفس المادة عدم جوازية تغيير الملحق لموضوع الصفقة أو مداها[3]، وهذا شرط طبيعي، إذ أن التعديل الجوهري من شأنه أن يجعل المتعامل المتعاقد أمام صفقة جديدة غير تلك التي أبرمها[4]، فكل تعديل يمس بشروط الصفقة أصلية بصفة جوهرية خلال مرحلة التنفيذ يعتبر بمثابة صفقة جديدة، يجعل من ذلك التعديل مخاف لتنظم الصفقات العمومية.[5]

---

1 - راجع المادة 138 من المرسوم الرئاسي 15-247.

2 - أنظر، ابن خليفة سميرة، المرجع السابق، ص 204.

3 - راجع المادة 08/136 من المرسوم 15-247.

4 - أنظر في ذلك: - د. شريط وليد، جدي مراد، المرجع السابق، ص 52. - كوثر بن ملوكة، المرجع السابق، ص 228.

5 - د. رحماني راضية، المرجع السابق، ص 97.

4 – وجوب احترام عتبة ابرام الملحق.

يخضع الملحق وفقا للمادة 163 من المرسوم الرئاسي 15-247 إلى عتبة مالية لا يمكن تجاوزها بالزيادة او النقصان، وفي حالة تجاوزها لابد من أن يبرر لدى لجنة الصفقات المختصة أنه لم يتم المساس بالشروط الأساسية للمنافسة، وقد حددت هذه النسب بخمسة (15) عشر بالمائة من المبلغ الأصلي للصفقة بالنسبة لصفقات اللوازم والدراسات والخدمات، وعشرين (20) بالمائة في حالة صفقات الأشغال.[1]

هذا وقد قرر المشرع من خلال المادة 139 من المرسوم الرئاسي على أنه لا يخضع الملحق إلى فحص هيئات الرقابة الخارجية القبلية، إذا كان موضوعه لا يعدل تسمية الأطراف المتعاقدة والضمانات التقنية والمالية وأجل التعاقد، وكان مبلغه أو المبلغ الإجمالي لمختلف الملاحق لا يتجاوز زيادة أو نقصان بنسبة عشرة بالمائة من المبلغ الأصلي للصفقة. [2]

1 - راجع المادة 136 من المرسوم الرئاسي 15-247.

2 - لمزيد من التفاصيل حول موضوع الرقابة الخارجية على الملحق راجع في ذلك:- د. بن أحمد حورية، الرقابة الإدارية والقضائية على الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 95، 96. - كوثر بن ملوكة، المرجع السابق ، 229.

المطلب الثاني: الإثراء بلا سبب كأساس للتعويض عن الأعمال الإضافية.

قد تكون الأعمال الإضافية التي نفذها المتعاقد مع الإدارة مفيدة، بحيث أنها تحقق كسبا للإدارة وتكون نافعة وتؤدي إلى الهدف الذي تسعى إليه الإدارة والمتمثل في تحقيق المصلحة العامة، وبالتالي هي ذات فائدة ولازمة للمرفق العام، وتؤدي هذه الأعمال إلى إثراء الإدارة وافتقار المتعاقد، مما يحق لهذا الأخير المطالبة بالتعويض عما تكلفه في هذه الأعمال على أساس قاعدة الإثراء بلا سبب.[1]

ولبحث التعويض المترتب للمتعاقد عن الأعمال الإضافية خاصة منها المفيدة للإدارة التي قام بها خارج إطار العقد ومن دون تلقي أية أوامر من قبل الجهة الإدارية، لابد من البحث في نظرية الإثراء بلا سبب كونها تمثل الأساس القانوني للتعويض في هاذه الحالة، وذلك من خلال تبيان مفهومه، وشروط تطبيق هذه النظرية، ومن ثم التطرق للآثار المترتبة عن تطبيق هذه النظرية.

الفرع الأول: مفهوم نظرية الإثراء بلا سبب

تعتبر فكرة الإثراء بلا سبب من المبادئ المستقرة في إطار أحكام وقواعد القانون الخاص، وتعتبر مصدرا من مصادر الالتزام في القانون المدني الفرنسي وعرفت تحت مسمى أشباه العقود[2]، ولم ينظمها بنص على خلاف المشرع المصري[3]، والجزائري، الذي نص في المادة 141 من القانون المدني على أنه *"كل من نال على حسن نية من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبررها يلزم بالتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء"*[4]

ويعرف الإثراء بلا سبب بأنه "تحقق زيادة مالية في ذمة شخص يقال له المثري، يصحبه نقصان في ذمة شخص آخر يقال له المفتقر، وهذه الزيادة وهذا النقصان نتجا عن واقعة غير قادرة على تبرير أي منهما في نظر القانون." [5]

---

1 - راجع، د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 548.

2 - أنظر، د. السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص 311.

3 - فقد نصت المادة 179 من القانون المدني المصري على أنه "*كل شخص ولو غير مميز يثري دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم في حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة ويبقى هذا الالتزام قائما ولو زال الأثر فيما بعد*"

4 - راجع المادة 141 من الأمر رقم 75-85 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

5 - راجع، د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام،، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 2015، ، ص 1103.

ويعرف أيضا على أنه "إثراء ذمة شخص على حساب افتقار ذمة شخص آخر بحيث يحدث خلل في الذمة المالية للشخص المفتقر".[1]

ويعتبر مبدأ الاثراء بلا سبب في القانون الإداري من المبادئ القانونية العامة الواجب اعتمادها، وقد طبقها القاضي الإداري مع مراعاة خصوصية علاقات القانون العام، فروابط القانون العام تتميز بخصائص تختلف عن روابط القانون الخاص وفقا لما تمليه العلاقات الإدارية، فيكون لها قواعدها المتميزة، وإن كانت الضوابط والشروط اللازمة لإعمال هذه الفكرة في القانون الإداري هي ذاتها المتطلبة في القانون المدني.[2]

وبناء على ذلك يتضح أن مفهوم نظرية الإثراء بلا سبب في مجال القانون العام تتطلب وجود فائدة وإثراء عاد على جهة الإدارة المتعاقدة، وهذا ما يتطلبه القاضي الإداري، بل ويتشدد القاضي الإداري في التأكد من تحقق المنفعة للحكم بالتعويض عما قام به المتعاقد من أعمال.[3]

فقد بدأ مجلس الدولة الفرنسي في تعميق فكرة الإثراء بلا سبب وإعلانها صراحة، بعد أن مهد لها في قراراته السابقة[4]، منذ قرره الصادر بتاريخ 1916/07/26، حيث ذهب إلى أن الإدارة يجب أن لا تثري على حساب أحد المحاسبين الفعليين، وأنه بإمكان الأخير ممارسة دعوى الإثراء بلا سبب لاسترداد المقابل لما قام به من أعمال نافعة، في حدود المنفعة التي تحققت للإدارة من ورائها.[5]

وفي حكم آخر في قضية (Époux Rigault) قضى بفرض على الإدارة دفع ثمن الغاز المستهلك، باعتبار أنه لا يمكن للأخيرة الإثراء على حساب الزوجين، ويستطيع الأخيران إقامة دعوى ضد المدينة، تستند إلى شبه العقد المتعلق بتنفيذ مرفق عام سنده الإثراء بلا سبب.[6]

---

1 - Jean – Claude RICCI, droit administratif général, op, cit, p 229.

2 - أنظر، د. أحمد السيد محمد محمود عطية، المرجع السابق، ص 136.

3 - أنظر، د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، التوازن المالي في عقد الإنشاءات الدولية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2002 ، ص 386.

4 - للاطلاع على مختلف القرارات الصادرة في هذا الشأن راجع، د. علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على القانون الإداري، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 135 وما بعدها.

5 - C.E, 26 juillet 1916, Commune de Gaud, Rec. P 322.

6 - C.E, 18 juin 1920 Époux Rigault, Rec., p 596.

وقد قرر مجلس الدولة الفرنسي اعتبرا فكرة الإثراء بلا سبب من المبادئ العامة في مجال الأشغال العامة، وإن كان ذلك لا يعني قصر تلك الفكرة في مجال الأشغال العامة فقط، فقد اعترف بها القاضي الإداري بأنها من المبادئ العامة المطبقة في المنازعات الإدارية ومن بينها العقود الإدارية، وبذلك فإن فكرة الإثراء بلا سبب تشكل أحد الأسس التي تقوم عليها المسؤولية الإدارية، وتعتبر الأساس الوحيد في مجال المسؤولية شبه التعاقدية، نظرا لوجود علاقة وثيقة بين الإثراء بلا سبب وشبه العقد في القانون الإداري.[1]

وقد اكتسبت نظرية الاثراء بلا سبب قيمة المبدأ العام، لاسيما في مسائل الأشغال العامة وفي التعاون لتأمين المرفق العام أو المنفعة العامة، ومنذ تكريسها توسعت حدود هذه النظرية كون أن مجلس الدولة أدخل فكرة الرضى الصريح أو الضمني للأطراف، مما يجعل منه شبه تعاقد، والتي تعني رضى متبادل من قبل الأطراف، بحيث أن ذلك الذي أثرى بدون سبب قد قبل بما أثرى به.[2]

كما أن القضاء الإداري في الجزائر أخذ بنظرية الإثراء بلا سبب في بعض أحكامه، حيث قررت الغرفة الإدارية للمحكمة العليا بتاريخ 1990/05/05 أن "... حيث أن إهمال البلدية قد أدى إلى تركيب مضخة ثانية...، حيث أن رفض البلدية دفع تكاليف هذه المضخة الثانية يشكل إثراء بلا سبب..." [3]

وفي رأيي أنه يمكن للقضاء الإداري في الجزائر أن يأخذ بنظرية الإثراء بلا سبب لأجل التعويض عن الأعمال الإضافية المفيدة للإدارة ذلك على أن تتوفر بالإضافة إلى شروط الإثراء بلا سبب المقررة شرطين إضافيين يتمثل الأول في أن تكون هذه الأعمال مفيدة فعلا للإدارة ، وأن لا تعترض الإدارة عليها، وتقبلها ولو ضمنيا.

1 - أنظر، السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق ، ص 312، 313.

2 - أنظر، د. علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ص 170.

3 - قرار صادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا بتاريخ 1990/05/05 تحت رقم: 66148، المجلة القضائية للمحكمة العليا، 1993، العدد 3،ه ص 199.

الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الإثراء بلا سبب

إن تطبيق نظرية الإثراء بلا سبب في القانون العام، وإن كان قد أدى إلى استقلاله عما هو موجود في القانون الخاص، إلا أن ذلك لا يعني الاستقلال التام، فيوجد تقارب شديد بين شروط تطبيق الفكرة في القانون المدني وشروط تطبيقها في القانون الإداري.[1]

وقد اشترط مجلس الدولة الفرنسي إلى جانب الشروط المطبقة في القانون المدني شروط خاصة لتطبيق نظرية الاثراء بلا سبب في مجال القانون الإداري مما يؤكد على استقلال تطبيقها في القانون الإداري عن نظيرتها في القانون المدني.[2]

وقد اشترط الفقه والقضاء في فرنسا توافر نوعين من الشروط، شروط مادية وأخرى قانونية، بالإضافة إلى شرط رضاء الإدارة بالأعمال التي سببت إثرائها، وفيما يلي سيتم التفصيل في كل منها.

أولا: الشروط المادية لتطبيق نظرية الإثراء بلا سبب.

مثل ما هو مقرر في القانون الخاص فإنه يشترط لتعويض المتعاقد مع الإدارة استنادا إلى نظرية الإثراء بلا سبب الشروط المتعلقة بالذمة المالية وتتمثل في إثراء المدين والافتقار غير الإرادي للمدعي، والرابطة السببية بينهما[3]، إلا أن ما يطبق على العلاقات المدنية مغاير بالنسبة للقانون الإداري وبالأخص بالنسبة للعقد الإداري، حيث يشترط في المدين أن يتوافر لديه العنصر شبه الرضائي، لتعلق الأمر بالمال العام، والمصلحة العامة[4]، وفيما يلي سيتم عرض هذه الشروط:

01- إثراء الإدارة.

يبرز عنصر الإثراء في القانون المدني على أساس أنه ميزة قابلة للتقدير المجرد، بمعنى زيادة في قيمة صافي الذمة المالية للمثري سواء كانت زيادة حقيقية عن طريق إضافة عنصر إيجابي جديد لها أو بتحسين عنصر قائم بها، وهذه الزيادة هي التي ينشأ عنها الالتزام بالرد[5]

---

1 - DE LAUBADERE André, Traité de droit administratif, tome 1, op.cit., p 30.

2 - راجع، د. أحمد فتح الله أبو سكينة، النظرية العامة للإثراء بلا سبب، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1997، ص 89.

3 - أنظر، د. أحمد فتح الله أبو سكينة، المرجع السابق، ص 90.

4 - أنظر، د. علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ص 179.

5 - راجع، د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، المجلد الثالث، الإثراء على حساب الغير، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، القاهرة، 1990، ص 70 وما بعدها.

إلا أنه في العقد الإداري يعرف مقترنا بالمصلحة العامة، أي أن الإثراء لا يتحقق فقط من خلال زيادة القيمة الإيجابية لذمة الإدارة، بل من خلال وجود منفعة حقيقية أو مؤكدة لصالح الإدارة، أما إذا كانت الأداءات المنفذة غير نافعة للمصلحة العامة لا يستحق التعويض على أساس الإثراء بلا سبب.[1]

فمعيار تقدير الإثراء الذي اتبعه مجلس الدولة الفرنسي يختلف عن ذلك الذي استند إليه القضاء العادي، ومرد ذلك فكرة المصلحة العامة المسيطرة على أعمال الإدارة، الأمر الذي أدى بمجلس الدولة الفرنسي إلى تطبيق نظرية الإثراء بلا سبب بما يتلاءم ومقتضيات القانون العام.[2]

وقد تطلب مجلس الدولة الفرنسي الإثراء المادي للإدارة، والذي تتخذ غالبية صوره في قيام مقاولي الأشغال العامة بتنفيذ أعمال نافعة لصالح الإدارة[3]، وقد يأخذ الإثراء المادي في بعض الحالات صورة تقديم خدمة إلى الإدارة، وإلى جانب الإثراء المادي أجاز مجلس الدولة الفرنسي الإثراء المعنوي في حالة امكانية تقديره ماديا [4] ، ويتعلق غالبا بمكاتب الدراسات، المهندسون، وغيرهم.[5]

ويستخدم مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد أحيانا لفظ "إثراء" Enrichissement، وأحيانا أخرى لفظ "ربح" أو "مكسب" Profit، كما يستخدم تعبير "مكسب نافع" Profit utile، أو "مكسب حقيقي ومباشر" Profit réel et direct.[6]

فإذا انتفت المنفعة ولم تستنفد الإدارة من الأعمال المسببة لإثرائها، فإن ذلك يعد مبررا لانتفاء المصلحة العامة، وبالتالي رفض التعويض على أساس الإثراء بلا سبب، وللقاضي سلطة تقديرية في التأكد من وجود المنفعة الحقيقية.[7]

---

1 - أنظر، د. علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ص 190.

2 - أنظر، د. أحمد فتح الله أبو سكينة، المرجع السابق، ص 101.

3 - C.E, 14 Octobre, 1966, Min de la construction c/ ville de Bordeaux, R.D.P, p 167.

4 - راجع، د. السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق ، ص 319.

5 - C.E, 20 février 1985, Syndicat communautaire d'aménagement de la ville nouvelle de Fos, R.D.P, 1985, p 1699.

6 - أنظر د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 552.

7 - أنظر، د. أحمد السيد محمد محمود عطية، المرجع السابق، ص 139.

وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي تطبيقا لذلك أنه "إذا لم يستطع المدعي إثبات وجود منفعة مادية أو مالية للهيئة المالية في الدراسات التي قام بها، وبالتالي فإن الهيئة العامة لم تستفد من هذه الدراسات لذلك لا يوجد مبدأ إثراء بلا سبب في هذه الحالة.[1]

وقد أخذ مجلس الدولة المصري بمختلف صور الإثراء سواء تمثلت في القيام بعمل لصالح الإدارة[2]، أو أداء خدمة لصالح مرفق عام[3]، أو تمثل في قيام ببعض الأعمال الإضافية في عقود ومقاولات الأشغال العامة[4]، ولا يوجد أثر للإثراء المعنوي في التطبيقات القضائية لمجلس الدولة المصري.

وفي الجزائر طبق القضاء الإداري نظرية الإثراء بلا سبب حيث قضى المجلس الأعلى على أنه "*من المستقر عليه قانونا أنه إذا لم يبدي صاحب المشروع أي تحفظ عند الاستلام النهائي فإن الدين المطالب به يلغى، لأنه يعني في الواقع اعتراف من صاحب المشروع بمطابقة الأشغال للصفقة، ومن ثم فإن قضاة الموضوع ـ في القرار المطعون فيه ـ الذي اعتبر رفض البلدية لدفع التكاليف المطالب بها من طرف المستأنف عليه يشكل إثراء بلا سبب قد طبقوا بقضائهم كذلك صحيح القانون*"[5]

كما أن مجلس الدولة الجزائري قضى بالتعويض عن الأشغال التي قام بها المقاول لمصلحة البلدية والتي تتمثل في أشغال ترميم على مستوى مدرسة ابتدائية[6]، وعلى الرغم من عدم ورود في حيثيات القرار أنه استند إلى نظرية الإثراء بلا سبب، إلا أنه قد قضى بالتعويض عن الأشغال التي قام بها المقاول لمصلحة الإدارة على الرغم من عدم وجود صفقة، وتلك الأشغال تعتبر بمثابة إثراء للإدارة وهي مفيدة وتحقق منفعة مادية لها.

---

1 - C.E, 02 mai 1990, SARL- So PPES et SCI-SIEBCO, R.D.P, 1991, p 285

2 - أنظر، حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 143 س 1 ق، الصادر بتاريخ 1956/01/21، مجموعة أحكام السنة الأولى، عدد 1، ص 393.

3 - حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم 2202، س 7. ق، بتاريخ 1957/03/18، مجموعة أحكام السنة 11، عدد 1 ، ص 278.

4 -أنظر، الفتوى الصادرة عن اللجنة 2 لقسم الفتوى بمجلس الدولة المصري، إدارة الفتوى لوزارتي التربية والتعليم العالي والبحث العلمي، الصادرة بتاريخ 1990/07/16، ملف رقم 1979/02/20. أشار إليها د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 554.

5 - قرار المجلس الأعلى بتاريخ 1990/05/05، تحت رقم 66148،، المجلة القضائية 1993، العدد 03، ص 199.

6 -قرار مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 2004/09/21، تحت رقم 016150، نشرة القضاة، 2006، العدد 61، ص 379.

02- افتقار المتعاقد.

الافتقار هو الوجه المقابل للإثراء، ويقصد به الخسائر التي تؤثر سلبا في عنصر الذمة المالية للمفتقر من خلال أداء عمل ما أو تقديم خدمة لصالح الإدارة، فيتحدد في ضوء النفقات الحقيقية أو الخسارة الحقيقية ولا يدخل في تقدير الافتقار الأرباح التي كان من الممكن أن يحققها المفتقر.[1]

والافتقار في القانون العام لا يقتصر فقط على النفقات النافعة أو الخسارة الحقيقية للمفتقر، والمترتب عليها تحقيق نفع مؤكد، بل يجب الأخذ في الاعتبار ما يمكن أن يحققه المفتقر من ربح مرتبط بافتقاره، وضرورة استنزال هذا الربح.[2]

ولا يختلف الافتقار في صوره عن الإثراء، فقد يكون افتقارا ماديا أو افتقارا معنويا، ويتمثل الافتقار المادي في النفقات الحقيقية أو الخسائر التي تلحق الذمة المالية للمفتقر من خلال أداء عمل ما أو تقديم خدمة للإدارة، أما الافتقار المعنوي فتتمثل صوره مثلا في المجهود الذهني الذي قام به المتعاقد لصالح الإدارة.[3]

ويشترط مجلس الدولة الفرنسي لقبول دعوى الاثراء بلا سبب أن يكون الافتقار حقيقيا ومؤكدا، وقد أكدت مختلف أحكام مجلس الدولة الفرسي هذا الوصف الذي يجب أن يتسم به افتقار الدائن رافع الدعوى. [4]

ويشترط أيضا لتطبيق نظرية الإثراء بلا سبب أن لا يصدر عن المتعاقد أية أخطاء تساهم في هذا الافتقار، وقد تدرج القضاء في تقدير أثر خطأ المفتقر ضمنا فصراحة وصولا إلى الأخذ بخطأ المفتقر كسبب احتياطي يؤدي إلى استبعاد فطرة الاثراء بلا سبب، ثم فرق القضاء الفرنسي بين خطأ المفتقر الذي يكون بسوء نية والذي يستبعد بمقتضاه تطبيق نظرية الاثراء بلا سبب، وبين خطئه الذي يكون بحسن نية وجعله سببا للاستناد لدعوى الإثراء بلا سبب.[5]

---

1 - أنظر، د. أحمد السيد محمد محمود عطية، المرجع السابق، ص 140.

2 -أنظر د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 555.

3 - راجع، د. أحمد فتح الله أبو سكينة، المرجع السابق، ص 106.

4 - C.E, 24 mars 1943, Livernet, Leb , P 80.

- C.E, 2 Décembre 1983, Laily , Leb , p 905.

5 - أنظر، د. أحمد فتح الله أبو سكينة، المرجع السابق، ص 107.

هذا وقد ذهب بعض الفقهاء مستندين على بعض أحكام القضاء إلى اشتراط انتفاء المصلحة الشخصية للمفتقر لرجوعه على المثري، فإذا ما تصرف المفتقر مستهدفا تحقيق منفعته الخاصة فأثرى الغير من وراء تصرفه، فلا تكون دعوى الإثراء بلا سبب مقبولة.[1]

03- العلاقة السببية بين الاثراء والافتقار.

ينبغي لإقرار تعويض المتعاقد مع الإدارة استنادا إلى نظرية الإثراء أن تكون هناك رابطة سببية بين افتقار المتعاقد واثراء الإدارة ، والعلاقة السببية في القانون الإداري هي نفسها المعروفة في القانون المدني، ويكون التحقق بوجود تلك الرابطة من خلال التحقيق من أنه لولا الافتقار ما كان الإثراء.[2]

وفي هذا الشأن قرر القضاء في الجزائر بأنه "... لا يكفي الرجوع بدعوى الإثراء بلا سبب أن يتحقق الإثراء في ذمة الافتقار وفي ذمة آخر، بل يجب أن تكون هناك علاقة سببية مباشرة بين الإثراء والافتقار، وعليه فإنه لا تقوم علاقة سببية في حالة التغيير الطارئ في الظروف الاقتصادية أدت إلى اختلال التوازن في الالتزامات بين الطرفين." [3]

وقد يكون الارتباط بين الافتقار والإثراء مباشرا، أو غير مباشر أو غير مباشر تبعا لوجود أو عدم وجود تدخل لذمة مالية خاصة بالغير بين المفتقر والمثري، فتكون علاقة السببية مباشرة عندما يكون الإثراء بفعل أي من المفتقر أو المثري، وتكون رابطة السببية غير مباشرة عندما تتدخل ذمة مالية وسيطة بين المفتقر والمثري، أي عن طريق وساطة مالية.[4]

وفي حالة الارتباط غير المباشر بين الافتقار والإثراء يجب على المفتقر البحث عن المستفيد النهائي من الإثراء، شريطة أن لا يكون المستفيد النهائي قد أثبت أن لهذا الإثراء سببا قانونيا، حتى يمكنه المطالبة بالتعويض عن الأعمال الإضافية النافعة على أساس الإثراء بلا سبب.[5]

---

1 - أنظر، د. عبد الرؤوف هاشم بسيوني، شبه العقد في القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2008 ، ص141.

2 - أنظر، د. عبد الرؤوف هاشم بسيوني، المرجع السابق، ص 126.

3 - أنظر، د. عبد الرؤوف هاشم بسيوني، المرجع السابق، ص 126.

4 - راجع قرار المجلس الأعلى بتاريخ 1970/12/16، النشرة القضائية لسنة 1971، عدد 01، ص 90.

5 - C.E, 6 mai 1985, Assoc. Eurolat et Foncier de France, Rec., Lebon, P 114, A.J.D.A. 1985 No 133, p. 620.

- أشار إليه: - د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 558.

وتجدر الإشارة إلى أن العلاقة السببية الغير مباشرة في القانون الإداري هي علاقة ضيقة التطبيق، بمعنى أن الأصل هو تطبيق نظرية الإثراء بلا سبب على حالات الإثراء المباشر، حيث تتأكد فيها العلاقة السببية بين الإثراء والافتقار.[1]

ثانيا: الشروط القانونية لتطبيق نظرية الإثراء بلا سبب.

يشترط لإعمال مبدأ الإثراء بل سبب وتعويض المتعاقد على الأعمال الإضافية التي قام بها لصالح الإدارة أن تتوفر بالإضافة إلى الشروط المادية التي تم التطرق إليها شروطا قانونية تتمثل في عدم وجود سبب يضفي المشروعية على الإثراء، بالإضافة إلى عدم وجود طرق قانونية أخرى للحصول على التعويض، وسيتم التفصيل في هذه الشروط فيما يلي:

01 – شرط انعدام السبب القانوني للإثراء (L'absence de cause) .

يقصد بشرط انعدام سبب الإثراء غياب المبرر الذي يعطي للإدارة الحق في الاحتفاظ بما أثرت به، فإذا كان هناك سببا قانونيا لإثراء الإدارة كان ذلك حائلا دون قبول دعوى الإثراء بلا سبب.[2]

والمفهوم القانوني لانعدام السبب يعود إلى غياب الأساس القانوني المبرر للإثراء، سواء كان هذا الأساس عقدا أم نصا قانونيا أم حكما قضائيا [3]، كما أكدت التطبيقات القضائية لمجلس الدولة الفرنسي أن السبب هو السبب القانوني المنشئ الذي يخول للإدارة الاحتفاظ بما أثرت به، فيجب أن لا يكون للإثراء سببا يبرره.[4]

فإذا كان العقد لم يبرم بصفة نهائية، لعدم التوقيع او التصديق عليه من الجهة المختصة، أو كان باطلا، أو كانت الأعمال التي أدت إلى إثراء الإدارة خارج نطاق الالتزامات التعاقدية، أو عند عدم وجود العقد، في هذه الحالة يمكن إعمال مبدأ الإثراء بلا سبب وإقرار التعويض استنادا إليه.[5]

1 - أنظر، د. أحمد السيد محمد محمود عطية، المرجع السابق، ص 142.

2 - أنظر، د. السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص 325.

3- أنظر، د. علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على القانون الإداري، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 188.

4 - RICCI Jean-Claude, droit administratif général, édition Hachette supérieur, 2011, paris , p 229.

5 - راجع، د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 561.

وعلى ذلك إذا كان الإثراء الذي جنته الإدارة يرجع إلى تطبيق نصوص العقد كان الإثراء مشروعا ويستند إلى السبب، ويتعين حينئذ اللجوء إلى أحكام العقد لا إلى أحكام الإثراء بلا سبب، وذلك لمواجهة ما يواجه العقد من ظروف وصعوبات تؤدي إلى اختلال التوازن العقدي.[1]

فقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أنه في كل الحالات التي يكون فيها العقد معابا بأحد عيوب الاختصاص، فإن المباشرة في تنفذ هذا العقد تجعل تنفيذ الأداءات من جانب المتعاقد في العقد الباطل، دون سبب قانوني. [2]

وفي حالة وجود عقد صحيح بين المفتقر والمثري فإنه لا مجال لإعمال نظرية الإثراء بلا سبب متى وضع العقد موضع التنفيذ، لأن دعوى الإثراء بلا سبب لا تجد مكانا لها في العلاقات التعاقدية، ولا يمكن الاستناد عليها في وجود قواعد وضعها الأطراف أنفسهم في العقد. [3]

ويعتبر النص القانوني سببا مشروعا للإثراء ومن ثم لا يمكن الاستناد إلى نظرية الاثراء بلا سبب لتعويض المتعاقد في الحالة التي يكون فيها القانون هو السبب المشروع لإثراء الإدارة، فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بعدم تعويض أحد المقاولين عما قام به من أعمال للبلدية استنادا لنظرية الإثراء بلا سبب، لأن إثراء البلدية يجد تبريره في نص قانوني والذي يعفي البلدية من تحمل النفقات الناتجة عن الإصلاحات الكبرى التي تجري في المنشآت البلدية المخصصة للعبادة فيما عدا الحالات التي لا تستطيع فيها المجالس المحلية توفير تلك النفقات من أموالها.[4]

وقد أخذ مجلس الدولة المصري بمفهوم السبب القانوني في فتواه الصادرة في 1990/07/16 حيث أكدت على أن *" ... أن المقصود بالسبب المنشئ أو الواقعة التي تعتبر مصدرا لحق أو لالتزام، وذلك متى وجدت واقعة يرتب عليها القانون نشوء حق في إثراء أو التزام يتحمل افتقار لا يبقى محلا للقول بأن*

---

1 -TAGEN Ragab, l'équilibre financier des contrats administratifs, op. cit, p 121.

2 - C.E, 18 Décembre 1987, Administration général de L'A.P, R.D.P, 1988, p 1415. C.E, 07 Octobre 1988 , M. Vinent /c Cnede Bouvray, R.D.P, 1989, p 1797.
- أشار إليه: - د. علي عبد الأمير قبلان ، المرجع السابق، ص 189.

3 - C.E, 07 mai 1948, Sieur Royer, Rec., P 199.
- أشار إليه: - د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 558.

4 - راجع، د. أحمد السيد محمد محمود عطية، المرجع السابق، ص 148.

الإثراء أو الافتقار دون سبب، ولا تدع مجالا لاسترداد الإثراء أو لتعويض الافتقار، وإنما يكون هناك مجالا لذلك فقط عند حدوث الإثراء أو الافتقار بواقعة لا يرتب عليها القانون نشوء حق أو نشوء التزام."[1]

وكذلك لا يسوغ الاستناد إلى نظرية الإثراء بلا سبب للتعويض عن نزع الملكية للمنفعة العامة إذ أن مناط ذلك مرده النصوص القانونية.[2]

02 – شرط احتياطية دعوى الإثراء بلا سبب (Clause subsidiaire)

وتعني احتياطية دعوى الإثراء بلا سبب دم جواز اللجوء إلى دعوى الإثراء بلا سبب إلا إذا لم يكن أمام المفتقر طرق قانونية أخرى للحصول على التعويض، بحيث لا يكون أمامه سوى هذه الدعوى، ولا توجد دعوى أخرى يمكن من خلالها أن يتحصل المفتقر عن حقوقه.[3]

وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي على هذا الشرط في العديد من أحكامه، حيث رفض رجوع الشركة التي نفذت أعمال من الباطن على الإدارة المستفيدة من هذه الأعمال استنادا إلى مبدأ الإثراء بلا سبب لأن صفة الاحتياطية التي تتميز بها دعوى الإثراء بلا سبب كانت تقتضي رجوعها على المدين الأصلي وهو المقاول الأصلي، وحيث أن المقاول الأصلي قد أشهر إفلاسه، فقد كان لازما على الشركة الطاعنة أن تقتضي حقها عن طريق الدخول ضمن دائني التفليسة، وهو ما لم تفعله، ومن ثم لا يسوغ لها الاستناد إلى مبدأ الإثراء بلا سبب[4]، وتوالت أحكام مجلس الدولة الفرنسي في هذا الاتجاه، حيث أكد على أنه مادام الطريق مفتوح للطرق القانونية الأخرى فلا مجال لتطبيق مبدأ الإثراء بلا سبب.[5]

وفي القانون المصري فإن دعوى الإثراء بلا سبب تعتبر دعوى أصلية، وبالتالي فإن القانون المدني المصري لم يأخذ بصفة الاحتياطية لدعوى الإثراء بلا سبب.[6]

---

1 -أنظر، الفتوى الصادرة عن اللجنة 2 لقسم الفتوى بمجلس الدولة المصري، إدارة الفتوى لوزارتي التربية والتعليم العالي والبحث العلمي، الصادرة بتاريخ 1990/07/16، ملف رقم 1979/02/20، سبق الإشارة اليه.

2 -أنظر، د. السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص 328.

3 - راجع في هذا الشأن: - د. أحمد السيد محمد محمود عطية، المرجع السابق ، ص 571.

- FOLLIOT-LALLIOT Laurence, Pouvoirs des juges administratifs et distinction des contentieux en matière contractuelle, Thèse, université Paris 2, 1994, p. 148.

4 - C.E, 02 juillet 1982, société basset et Pajol, Rec., p5511.
- أشار إليه: - د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 725.

5 - C.E, 26 juillet 1984, Commune de La Teste-de-Buch, Rec. , P 282.

6 - راجع، د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الاول، المرجع السابق، ص 1145

ونظرا لأن القضاء الإداري في مصر قد نقل الفكرة عن القانون المدني فكان من الطبيعي ألا يثار أمر صفة الاحتياطية، فقد درج على تطبق وإعمال الفكرة بضوابطها المعمول بها في إطار وقواعد القانون المدني، ومن المنطقي ألا يتطلب الفقه والقضاء الإداري هذا الشرط لاسيما أنه لم يتطلبها القانون المدني المنقول منه هذه الفكرة لمجال القانون الإداري. [1]

وقد حذ المشرع الجزائري حذو المشرع المصري، فلم يرد أي نص في القانون المدني الجزائري ولا قانون الإجراءات المدنية والإدارية يجعل من دعوى الإثراء بلا سبب دعوى احتياطية، فقد نص على أنه *"كل من نال عن حسن نية من عمل الغير أو من شيء له منفعة ليس لها ما يبررها يلزم بالتعويض من وقع الإثراء على حسابه، بقدر ما استفاد من العمل أو الشيء"*. [2]

ويستخلص من هذا النص أن المشرع منح صراحة للمفتقر الحق في ممارسة دعوى الإثراء بلا سبب للحصول على التعويض من جراء العمل الذي قام به لمصلحة المثري، الأمر الذي يترتب عليه أن المشرع الجزائري نفى الصفة الاحتياطية عن دعوى الإثراء بلا سبب، وجعل منها دعوى أصلية، ويكون من حق المتعاقد الرجوع على جهة الإدارة بدعوى الإثراء بلا سبب طالما توافرت شروط تطبيقها حتى ولو كان أمامه طرق قانونية أخرى للحصول على التعويض، وهذا على خلاف الوضع في فرنسا.

ثالثا: رضاء الإدارة بالأعمال التي سببت إثرائها.

إن هذا الشرط يساهم في تمييز نظرية الإثراء بلا سبب في القانون الإداري عن قرينتها في القانون المدني[3]، ويقصد برضاء الإدارة أن يبدي الشخص العام المثري موافقته الصريحة أو الضمنية، أو حتى المفترضة على قيام المفتقر بالأعمال المؤدية لإثرائه، ولا شك أن الرضى المطلوب في هذه الحالة ليس الرضى بالمعنى القانوني، إنما الرضى كمبدأ واقعي، إذ أنه لو كان هناك رضى قانوني لقام سبب للإثراء ولتغير التكييف القانوني للعلاقة القانونية بشكل جذري.[4]

---

1 - راجع في ذلك: - د. أحمد فتح الله أبو سكينة، المرجع السابق، ص 147. - د. السيد فتوج محمد هنداوي، المرجع السابق ص 329.

2 - المادة 141 من الأمر رقم 75-85 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

3 - TAGEN Ragab, l'équilibre financier des contrats administratifs, op. cit, p 120.

4 - أنظر، د. أحمد فتح الله أبو سكينة، المرجع السابق، ص 151.

وكان مجلس الدولة الفرنسي متشددا في بادئ الأمر في تحديد درجة الموافقة المطلوبة من الإدارة، فقد كان يتطلب الموافقة الصريحة[1]، ولكنه أبدى مرونة فيما بعد، إذ أصبح يكتفي بالموافقة الضمنية متى تبين من الظروف والملابسات رضاء الإدارة، مثل إذا ما لم تعترض الإدارة على التوريدات أو الأعمال التي يقدمها المتعاقد.[2]

ولم يتوقف مجلس الدولة الفرنسي عند هذا الحد، بل ذهب بعيدا في هذا الشأن إلى حد الموافقة المفترضة، ويحدث ذلك عندما يقوم المتعاقد بأعمال إضافية حتمية ولا غنى عنها لصالح الإدارة، حيث يستشف الرضى من طبيعة العمل وأهميته، لا يرجع الرضى إلى الإدارة ولكن يكون له عناصر خارجية تفترض تحقق الرضاء تتمثل في ضرورة وحتمية العمل بالنسبة للإدارة، كقيام مقاول الأشغال العامة بتنفيذ أعمال إضافية ضرورية وحتمية يستلزمها تنفيذ العقد من الناحية الفنية.[3]

وقد أكدت محكمة القضاء الإداري على عنصر الرضاء لإعمال فكرة الإثراء بلا سبب، حيث قضت "*... إن انتفاء مسؤولية الإدارة التعاقدية لعدم انعقاد العقد وانتفاء مسؤوليتها لعدم ثبوت الخطأ والانحراف بالسلطة لا يحول دون رجوع الشركة على الوزارة بالتعويض على أساس الإثراء بلا سبب، وذلك إذا ثبت أن ما قام به من أعمال بعلم المصلحة وبموافقتها الصريحة أو الضمنية*".[4]

وبذلك يتضح مما سبق أن نظرية الإثراء بلا سبب في القانون الإداري لم تستبعد شروط النظرية في القانون الخاص، والمتعلقة بالإثراء والافتقار والعلاقة السببية بالإضافة إلى انعدام السبب القانوني، بل أضافت شرطين للنظرية في القانون الإداري وهما شرط احتياطية دعوى الإثراء، وشرط رضاء الإدارة.

ولايزال الاجتهاد القضائي يطور في شروط تطبيق نظرية الإثراء بلا سبب في العقود الإدارية وفقا لمقتضيات المصلحة العامة، فإذا كان تمايز حول الإثراء بلا سبب بين القانونين المدني والإداري، فهو نسبي ويرجح ميل النظرية إلى القانون المدني في الغالب.[5]

---

1 - C.E, 09 avril 1919, Foureré et Rhodes, Rec. P 316. - C.E, 05 aout 1920, Grouvelle, Rec., p 823. - C.E, 31 Octobre 1938, Cne de Pradelles, Rec. , P 1104.

- أشار إليها: - د. علي عبد الأمير قبلان ، المرجع السابق، ص 192.

2 - أنظر، د. السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص 330.

3 - أنظر، د. أحمد فتح الله أبو سكينة، المرجع السابق، ص 157.

4 - حكم محكمة القضاء الإداري، بتاريخ 1962/05/27 في القضية رقم 155، لسنة 12، ق، الذي سبق الإشارة إليه.

5 - أنظر، د. علي عبد الأمير قبلان ، المرجع السابق، ص 206.

إلا أنه وما تجدر الإشارة إليه فإن المشرع الجزائري يشترط بالإضافة إلى الشروط التي تشترطها النظم القانونية المقارنة[1]، شرط حسن النية لدى المثري[2]، ذلك أن التشريعات التي لم تشترط حسن النية بالإضافة إلى القضاء الفرنسي لم تأخذ بالمعيار الشخصي بل اعتمدت على المعيار الموضوعي، والذي يعتمد على مبدأين أساسين، الأول هو مبدأ العدالة والذي يقتضي أنه لا يسوغ أن تثري ذمة مالية على حساب افتقار ذمة مالية أخرى، والثاني هو البحث عن إعادة التوازن بين ذمتين ماليتين، وهو التوازن الذي اختل على أثر الإثراء والافتقار.[3]

وفي هذا الشأن يرى الأستاذ علي علي سليمان وجوب ضرورة إعادة النظر في نص المادة 141 من القانون المدني وذلك إما بالأخذ بالمعيار الشخصي وبالنتيجة إضافة إلى هذه المادة حكم يشدد الجزاء على سوء النية كما فعل القانون اللبناني، وإما أن يحذف من هذه المادة شرط حسن النية، ويكون بذلك قد أخذ المشرع بالمعيار الموضوعي في الإثراء بلا سبب.[4]

وفي رأيي أعتقد أنه ينبغي أن يأخذ القضاء الإداري في الجزائر بما استقرت عليه الاجتهادات القضائية في القضاء الفرنسي والمصري، ويأخذ بالمعيار الموضوعي وبذلك يلغي شرط حسن النية من شروط الإثراء بلا سبب، على أساس أن هذا المعيار يعتمد على مبدأ العدالة الذي يقتضي أنه لا يجوز إثراء ذمة مالية على حساب افتقار ذمة مالية أخرى، وكذلك مبدأ إعادة التوازن المالي، والذي اختل بسبب إثراء الإدارة نتيجة افتقار المتعاقد.

1 - راجع على سبيل المثال نص المادة 179 من القانون المدني المصري.

2 - وقد ساير المشرع الجزائري في ذلك القانون المغربي (المادة 67 من القانون المدني) والقانون التونسي (المادة 72 من القانون المدني) والقانون اللبناني (المادة 142 من القانون المدني).

3 - راجع، د.علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الخامسة، 2003، ص 237.

4 - أنظر، د.علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 238.

الفرع الثالث: الآثار المترتبة على تطبيق نظرية الإثراء بلا سبب

من أهم آثار الإثراء بلا سبب هو تحديد قيمة التعويض في النظرية، وهذا الأمر يتطلب تقدير كل من الإثراء والافتقار، بالإضافة إلى تبيان أثر الشروط الاتفاقية بالإعفاء من المسؤولية على تطبيق نظرية الإثراء بلا سبب، وهذا ما سيتم التطرق إليه فيما يلي:

أولا: تحديد قيمة التعويض.

إذا توافرت شروط تطبيق الإثراء بلا سبب يتحصل المتعاقد مع الإدارة على ى تعويض مقابل ما قام به من أعمال، ويحدد القاضي الإداري التعويض في ضوء القواعد المعمول بها في القانون المدني[1]، فالقاضي الإداري لا يجيز للمفتقر الحصول على أكثر من الخسائر التي تكبدها، أو أكثر من الإثراء الذي تحصلت عليه الإدارة، وذلك على أساس عدم جواز إثراء جديد بدون سبب لمصلحة المفتقر.[2]

كما أن طريقة حساب التعويض تخضع لمبادئ قريبة من تلك المقررة في القانون المدني، من خلال اعتماد قاعدة التحديد الثنائي، فيرتبط التعويض بقيمة الإثراء، وبقيمة الافتقار. [3]

وإذا كان القضاء الإداري قد أخذ بقاعدة التحديد الثنائي إلا أنه ربط تحديد الإثراء والافتقار بالمصلحة العامة فظلا عن أخذه بعين الاعتبار ما تحقق من منفعة أو كسب شخصي للمتعاقد، فيكون التعويض قاصرا على النفقات الفعلية مستبعدا الكسب أو الافتقار المتحقق للمفتقر، فالقاضي الإداري لا يحدد كل من الاثراء والافتقار مستقلا عن الآخر، وإنما يقدر الاثراء في ضوء الافتقار مراعيا في ذلك ما عاد على المتعاقد المفتقر من منفعة أو مكسب من وراء ما قام به من أعمال، فالتعويض يقدر بالنظر إلى إثراء الطرف الآخر ودون إهمال الاعتبارات المستمدة من فكرة المصلحة العامة.[4]

وقد كرس مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ في العديد من أحكامه[5]، إذ قضى أنه يجب استخلاص قيمة النفقات النافعة من قبل المؤسسة والمبالغ الناتجة عن الاستعمال الفعلي للمباني، والتي بفضلها استطاعت متابعة نشاطها الصناعي، والمكاسب التي نستطيع حسمها منطقيا من قيمة تنفيذ أشغال

---

1 - أنظر، د. أحمد فتح الله أبو سكينة، المرجع السابق، ص 199.

2 - BAYLE Gabriel, l'enrichissement sans cause en droit administratif, L.G.D.J, Paris, 1973, 149.

3 - أنظر، د. علي عبد الأمير قبلان ، المرجع السابق، ص 194.

4 - TAGEN Ragab, l'équilibre financier des contrats administratifs, op. cit, p 126.

5 - للاطلاع على المزيد من الأحكام راجع : - د. علي عبد الأمير قبلان ، المرجع السابق، ص من 194 إلى 196.

المؤسسة، مع الأخذ بالاعتبار العامل المتمثل بمدة الاستغلال[1]، كما قضى مجلس الدولة، بأنه تم حساب إثراء المدينة بدءا بزيادة قيمة ذمتها المالية من المباني والإيجارات، والتي سمح بتحقيقها قيام الدولة بإتمام هذه المنشئات، وقياس افتقار الدولة، بدفع قيمة الأشغال المنفذة مباشرة ونفقة الإشراف المتعلقة بالعمل. [2]

ثانيا: كيفية تقدير الإثراء والافتقار.

قد يكون الإثراء الذي دخل في ذمة المثري بصورة نقدية أو على صورة تحسينات أو أداء خدمة أو تحقيق منفعة أو تحديد قيمة دين.

فعندما تكون صورة الإثراء مالا كسبته ذمة المثري يقدر الإثراء بهذا المبلغ من النقد بغض النظر من ارتفاع أو انخفاض قيمة النقد، أما إذا اتخذ الإثراء صورة تحسينات زادت من قيمة الذمة المالية للمثري من جرائها فيقدر ما زاد من قيمة المثري، وليس ما أنفقه المفتقر في سبيل ذلك.[3]

أما إذا كان الإثراء عبارة عن منفعة حصل عليها المثري، كما لو سكن مسكنا دون عقد إيجار، أو استهلك نورا أو ماء، فتقوم المنفعة بأجرة المثل للمنزل، أو ثمن النور والماء وفقا للسعر الذي حددته شركة الماء أو الكهرباء.[4]

وإذا كان الإثراء عملا أو خدمة قدمها المفتقر إلى المثري، كما لو قام مهندس بوضع تصميم انتفع به رب العمل، فإن الإثراء يقدر بقيمة الفائدة التي عادت على المثري من وراء هذا العمل أو تلك الخدمة، وفي حالة الإثراء السلبي فيكون الإثراء بقدر الدين الذي سدده المفتقر.[5]

ويقدر الافتقار بذات الطريقة التي يقدر بها الإثراء، وذلك أنه في حالة ما إذا قدرة في صورة نقدية يكون مقدار المبالغ المالية الخارجة من ذمة المفتقر معادلا لتلك التي دخلت في ذمة المثري، وفي الحالة التي يكون فيها الافتقار خدمة أو عمل، يقدر الافتقار بما يساوي هذه الخدة، وفي حالة الافتقار الناتج عن

---

1 - C.E, 14 Avril 1961, J.C.P, 1961.

2 - C.E, ministre de la construction. c/ Ville de Bordeaux, R.D.P, 1967 p
- أشار إلى هذه الأحكام: - د. علي عبد الأمير قبلان ، المرجع السابق، ص 192.

3 - أنظر، د. علي عبد الأمير قبلان ، المرجع السابق، ص 197.

4 - أنظر، د. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر 2003، ص 460.

5 راجع، د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 1174

التحسينات التي نفذها المفتقر تقدر بما أنفقه المفتقر على هذه الأعمال، أما إذا كان الافتقار في صورة منفعة، فيقدر الافتقار بأجر تلك المنفعة. [1]

ثالثا: أثر الشروط الاتفاقية بالإعفاء من المسؤولية على تطبيق نظرية الإثراء بلا سبب.

تختلف نظرية الإثراء بلا سبب عن نظريات التوازن المالي الأخرة في كون أن مسؤولية الإدارة في هذه الحالة هي مسؤولية شبه تعاقدية اقتضتها ظروف وروابط القانون الإداري، لاسيما علاقات العقود الإدارية، فنظرية شبه العقد تعني في الواقع رضى متبادل من قبل الأطراف، وذلك الذي أثرى بدون سبب قد قبل بما أثرى به.[2]

ولذلك إذا تم النص في العقد على إعفاء الإدارة من مسؤوليتها عما يقوم به المتعاقد من أعمال إضافية فلا يجوز له الرجوع على الإدارة للمطالبة بالتعويض عما قام به من أعمال من تلقاء نفسه، وذلك بسبب إخلاله بنصوص العقد، ويعد ذلك خطأ من جانب المتعاقد، لعدم التزامه بالتزاماته التعاقدية.

فيكون البند الذي ورد في العقد والذي يقتضي الزام المتعاقد بعدم القيام بأية أعمال إضافية سواء كانت ضرورية أو نافعة إلا بعد الرجوع للإدارة بمثابة سبب لإعفاء الإدارة من المسؤولية في حالة ما إذا قام المتعاقد بمخالفة هذا البند وقام بإعمال إضافية، فلا يكون المتعاقد حريصا على مصلحة المرفق العام أكثر من جهة الإدارة المتعاقدة حتى ولو كان معاونا لها في تحقيق سيره، فلابد إذا أن يرجع إلى الإدارة إذا اقتضت ظروف التنفيذ القيام بأعمال إضافية ضرورية.[3]

ومنه فإن تضمين العقد شروطا أو بنودا تعفي الإدارة من مسؤوليتها اتجاه المتعاقد في حالة ما إذا قام بأعمال إضافية من دون الرجوع إليها يكون سببا لعدم تطبيق نظرية الإثراء بلا سبب.

ويستنتج حول نظرية الإثراء بلا سبب في العقد الإداري أنه ليست مستقلة استقلالا كاملا عن جذور النظرية في القانون المدني، كما أن أهم الأسس التي استندت إليها النظرية في القانون الإداري اقتبستها من القانون الخاص ومبادئه.

---

1 - أنظر، د. جميل الشرقاوي، إثراء بلا سبب على حساب الغير، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1990، ص 162.

2 - C.E, Z Décembre 1966 AFF, Soc, Franco-Recons, Plan, A.J.D.A, 1967 p 183.

- أشار إليه: د. علي عبد الأمير قبلان ، المرجع السابق، ص 171.

3 - أنظر، د. السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص 333.

الفصل الثاني

اختلال التوازن المالي بتدخلات غير طرفي العقد الإداري

قد تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري ظروف خارجة عن إرادة أطراف العقد الإداري، وغير متوقعة تؤدي زيادة أعباء الطرف المتعاقد مع الإدارة[1]، وتتمثل تلك الظروف الخارجية في كافة صور التصرفات والأفعال والظروف التي تؤثر على العقد الإداري أيا كان مصدرها دون تدخل من طرفي العقد الإداري في إحداثها أو زيادة أثرها.[2]

وتتعدد صور تلك التدخلات الخارجية التي تتعرض تنفيذ العقد الإداري، فقد تكون إجراءات إدارية عامة صادرة عن السلطات العامة في الدولة من غير الإدارة المتعاقدة، وفي إطار ما خولها القانون من سلطات لتحقيق أهداف تتعلق بالمصلحة العامة، وقد تكون تلك التدخلات مصدرها ظروف خارجية كالظروف الطبيعية أو الظروف الاقتصادية، أو ظروف سياسية[3]، أو ظروف اجتماعية أو حتى صحية كانتشار الأمراض والأوبئة، وما يترتب عنها من تأثير عن تنفيذ العقد، وغيرها من الأمور التي يمكن أن تؤثر في عملية التنفيذ، وقد تتمثل فيما يواجه المتعاقد من صعوبات مادية بموقع تنفيذ العقد.

وقد سعى القضاء الإداري لإيجاد الحلول القانونية التي تتلاءم مع الطبيعة الخاصة لعلاقة الإدارة مع الأفراد، وتحقيق التوازن للعقد الإداري حيث ابتدع مجلس الدولة الفرنسي نظريات قضائية تحكم هذه التدخلات الخارجية، وهناك من الأفكار والنظريات المكرسة في القانون المدني ونقلها القاضي الإداري وطورها بما تتلاءم مع روابط القانون العام، وذلك لمواجهة الظروف التي تتعرض تنفيذ العقد الإداري، من ظروف طارئة وصعوبات مادية غير متوقعة والقوة القاهرة التقليدية. [4]

وسوف يتم التعرض لتلك النظريات مع بيان دور القاضي الإداري في تحقيق وإعادة التوازن المالي للعقد الإداري من خلال التطرق إلى اختلال التوازن المالي بسبب الظروف الطارئة (المبحث الاول) وبعها يتم تبيان اختلال التوازن المالي بسبب الصعوبات المادية غير المتوقعة (المبحث الثاني) ومن ثم دراسة اختلال التوازن المالي بسبب القوة القاهرة (المبحث الثالث).

---

1 - أنظر، - سعد لقيب، - بن الشيخ النوي، حقوق والتزامات الطرف المتعاقد في الصفقة العمومية وفقا للقانون الجديد للصفقات العمومية رقم 15-247، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 6، جوان 2017، ص 61.

2 - أنظر، د. محمد صلاح عبد البديع السيد، المرجع السابق، ص 22.

3 - أنظر، ابراهيم الشارف الطاهر تفوقه، المرجع السابق ، ص 140.

4 - أنظر، د. السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص 368.

المبحث الأول: اختلال التوازن المالي بسبب الظروف الطارئة

إن البحث في اختلال التوازن المالي بسبب الظروف الطارئة يقتضي بيان مضمون نظرية الظروف الطارئة ونشأتها، ثم توضيح الشروط اللازمة لتطبيقها ومن ثم البحث في أساسها والآثار المترتبة تطبيقها وذلك على النحو الآتي:

المطلب الاول: ماهية نظرية الظروف الطارئة

إذا كانت نظرية عمل الأمير، تحقق التوازن المالي للعقد الإداري نتيجة إجراءات صدرت من جهة الإدارة وأثرت على تنفيذ العقد، فإن نظرية الظروف الطارئة تحقق التوازن المالي للعقد الإداري نتيجة ظرف طارئ وحوادث غير متوقعة، تؤثر على العقد الإداري، ولكن هذه الظروف خارجة عن إرادة الإدارة، ولا يد للمتعاقد في حدوثها. [1]

وتحتل نظرية الظروف الطارئة مكانا بارزا في النظرية العامة لعوارض التنفيذ، وقد نشأت هذه النظرية لمواجهة أزمة مؤقتة تطرأ أثناء التنفيذ، بما يمكن معه القول بأنها خصصت لتدارك موقف غير تعاقدي أو خارج عن نطاق التعاقد.[2]

وتعتبر نظرية الظروف الطارئة أهم نظريات التوازن المالي للعقد الإداري بحسب رأي بعض الفقه نظرا لأن مجال تطبيقها أوسع من مجال تطبيق بقية النظريات الأمر الذي جعلها تمثل مكانا بارزا في النظرية العامة لعوائق تنفيذ العقد الإداري.[3]

كما أن هذه النظرية تعد من الأسس التي تقوم عليها العقود الإدارية بحيث لا يجوز النص في هذه العقود على استبعاد تطبيقها إذا توافرت شروطها، فالهدف من تطبيق هذه النظرية هو مساعدة المتعاقد مع الإدارة على تنفيذ التزاماته العقدية الذي قد يمنعه الظرف الطارئ من تنفيذها، وذلك لضمان إعادة التوازن المالي للعقد الإداري بما يسمح له من التنفيذ، من أجل ضمان سير المرفق العام بانتظام واستمرار. [4]

وفيما يلي سيتم تحديد مفهوم النظرية ومن ثم تبيان نشأتها وتطورها.

---

1 - راجع في ذلك ، - د. جابر جاد نصار، عقود البوت، المرجع السابق، ص 174.

- د. علي محمد بدير، د. عصام عبد الوهاب البزرنجي، د. مهدي ياسين السلامي، مبادئ وأحكام القانون الإداري، المرجع السابق، ص 512.

- د. بن أحمد حورية، الرقابة القضائية والإدارية على الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 205.

2 - أنظر، د. عاطف سعدي محمد علي، المرجع السابق، ص 532.

3 - أنظر، د. عال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص 260.

4 - أنظر، د. رياض إلياس عيسى الجريسات، نظرية التوازن المالي للعقد الإداري، المرجع السابق، ص 173.

الفرع الأول: تحديد مفهوم نظرية الظروف الطارئة

سيتم التطرق من خلال هذا الفرع إلى تناول تعريف نظرية الظروف الطارئة لغة وفقها وقضاء.

أولا: التعريف اللغوي.

الظروف في اللغة جمع ظرف، ومعناه دائر على وعاء الشيء، ومن ذلك أيضا إطلاق الظرف على الحال.[1]

أما كلمة الطارئة فتؤول هذه الكلمة إلى أصلها الاشتقاقي طرأ، وهو ما حدث وخرج فجأة، وطرأ على القوم، أي أتاهم من مكان بعيد فجأة، ويقال للغرباء الطراء، والطارئة مؤنث الطارئ.[2]

وهكذا يكون معنى الظروف الطارئة في اللغة: "هي جميع الأحوال الغريبة التي تأتي فجأة ولا يدري من أين أتت".[3]

ثانيا: التعريف الفقهي.

لقد تعددت التعريفات الفقهية لنظرية الظروف الطارئة، من دون أن يكون هناك اختلاف في مضمونها، حيث يتلخص مضمونها عند البعض في أنه "اختلال اقتصاديات العقد اختلالا جسيما نتيجة لظروف استثنائية لم يكن من الممكن توقعها وقت ابرام العقد، وتجعل من تنفيذه أكثر إرهاقا للمتعاقد نتيجة للخسائر التي تجاوز في حدتها الخسائر المألوفة، ومن حق المتعاقد في هذه الأحوال أن يطلب مساعدة جهة الإدارة للتغلب على هذه الظروف وأن تشاركه في تحمل جزء من الخسارة التي ألمت به".[4]

ويذهب البعض الآخر إلى أن مضمون هذه النظرية "يتلخص في أنه بعد ابرام العقد وأثناء تنفيذه تطرأ ظروف أو أحداث طبيعية أو اقتصادية أو سياسية من صنع الجهة الإدارية، ولو من غير تلك المتعاقدة أو من عمل الغير لم تكن متوقعة عند ابرام العقد ومستقلة عن إرادة كلا المتعاقدين ولم تكن في حسبان المتعاقد ولا في وسعه توقعها أثناء ابرام العقد، ولا يملك لها دفعا ولا علاجا، وتكون هذه الظروف والحوادث استثنائية وعامة تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد، مما يجعل تنفيذه أثقل عبئا وأكثر تكلفة مما

---

1 - أنظر، معجم المقاييس في اللغة، مادة الظرف، ص 644، المعجم الوسيط، مادة الظرف، ص 555.

- أ. محمد بوكماش، نظرية الظروف الطارئة وعلاقتها بالجوائح، مجلة العلوم الاجتماعية والانسانية، العدد 26، جوان 2012، ص 50.

2 - راجع،- د محمد أبو بكر عبد المقصود، إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ظل الأزمة المالية العالمية، نظرية الظروف الطارئة، بحث بخصوص المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر، كلية الحقوق جامعة المنصورة في الفترة الممتدة من 1 – 2 أفريل 2009 .، ص 15.

3 - أنظر، د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 99.

4 - أنظر، د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 640.

- راجع في ذلك أيضا: - د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، المرجع السابق ، ص 599.

قدره المتعاقدان[1] ، فيلحق بالمتعاقد خسارة فادحة أكثر من الحدود المعقولة في مثل تلك الحالات، الأمر الذي يخول للمتعاقد الحق في طلب التعويض من قبل الإدارة بمشاركته في تحمل هذه الخسائر.[2]

وعرفها البعض الآخر على أنها "عبارة عن حوادث وظروف غير متوقعة، لم تكن متوقعة عند ابرام العقد، تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد، وتؤدي إلى خسائر للمتعاقد غير محتملة، ففي مثل هذه الحالة من حق المتعاقد مع الإدارة أن يطالبها بتعويض جزئيا عن هذه الخسارة".[3]

كما عرفها الأستاذ الدكتور محمد الصغير بعلي على أنها "تلك المخاطر الاقتصادية والتي يعني بها قيام وظهور أحداث ووقائع مفاجئة لدى تنفيذ الصفقة في شكل أزمات اقتصادية، حروب، زلازل، ...وغيرها، كأن تؤدي زيادة الضرائب وارتفاع الرسوم الجمركية أو رفع أجور العمال بصورة مفاجئة وغير متوقعة إلى جعل مواصلة تنفيذ الصفقة مكلفا ومرهقا بالنسبة للمتعامل المتعاقد مما يقتضي تحمل الإدارة المتعاقدة لبعض الأعباء المالية من أجل استمرارية تقديم الخدمات العامة مراعاة لمقتضيات المصلحة العامة"[4]

أما الأستاذ الدكتور عمار عوابدي فيرى أن نظرية الظروف الطارئة تتلخص في أنه إذا ما جدت وطرأت بعد ابرام العقد الإداري ظروف استثنائية خارجية، لم تكن في الحسبان، ولم يكن في الامكان توقعها وقت إبرام العقد وترتب على حدوث هذه الظروف اختلال التوازن المالي للعقد اختلالا خطيرا لدرجة يصبح تنفيذ الالتزامات التعاقدية من طرف المتعاقد مع الإدارة أشد إرهاقا وأكثر تكليفا بكثير ن القدر الذي توقعه التعاقدان وقت إبرام العقد، جاز وحق للمتعاقد أن يطالب الإدارة المتعاقدة بالمساهمة في تحمل جزء من التكاليف والأعباء المتجسدة بالتعويض تعويضا جزئيا عن الخسائر التي لحقت به.[5]

---

1 - راجع في ذلك:

- FRIER Pierre-Laurent, PETIT Jacques, Droit administratif, op.cit., p. 495.

-LEBRETON Gilles, Droit administratif général, 8èmeéd, Dalloz, 2015, p 320.

د. جمال عثمان جبريل، د. ابراهيم محمد علي، العقود الإدارية، المرجع السابق ، ص 394.

- د. بن شعبان علي، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 196، 197.

2 -Voir, LOJOYE Christophe, Droit des marches publics, Gualino Lextenso éditeur, 4em édition, 2009, p181.

-VEDEL Georges, Droit administratif, Op.cit. p. 227. Et CHAPUS René, Droit administratif général, Op.cit. p.1212. CE 19 février 1992, SA Dragages et travaux publics, Dalloz 1992, p. 1109.

3 - أنظر، د. جابر جاد نصار، عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام، المرجع السابق، ص 174.

4 - راجع كل من: د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية، مرجع سابق ص 118.
- سعيد بوعلي، نسرين شريقي، مريم عمارة، القانون الإداري، المرجع السابق ، ص 142.

5 - أنظر، د. عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 226.

والظرف الطارئ قد يكون ظاهرة طبيعية كالزلازل والفيضانات، وقد يكون ظرفا اقتصاديا أدى إلى ارتفاع الأجور والأسعار بشكل يفوق حدود التوقع، وقد يكون إجراء إداري اتخذته جهة إدارية غير الجهة المتعاقدة، أو عملا قام به شخص لا تربطه صلة بالمتعاقد مع الإدارة.[1]

ثالثا: التعريف القضائي.

لقد استقرت أحكام القضاء المصري على تطبيق نظرية الظروف الطارئة فعرفتها المحكمة الإدارية العليا بأنه "... تطبيق نظرية الظروف الطارئة يستلزم أن تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية أو من عمل جهة إدارية غير الجهة المتعاقدة، أو من عمل إنسان آخر لم تكن في حسبان المتعاقد عند ابرام العقد، ولا يملك لها دفعا ومن شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما فإذا ما توافرت هذه الشروط مجتمعة التزمت جهة الإدارة بمشاركة المتعاقد معها في تحمل نصيب من خسائره ضمانا لتنفيذ العقد على الوجه الذي يكفل حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، فنظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجردة التي هي قوام القانون الإداري كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة".[2]

الفرع الثاني: نشأة نظرية الظروف الطارئة

تعتبر نظرية الظروف الطارئة، من النظريات القديمة، حيث تمتد جذور نظرية الظروف الطارئة إلى النظم القانونية غاية في القدم، فعلى الرغم من أن القانون الروماني لم يعترف بتطبيق تلك النظرية كنتيجة مترتبة على إنكاره لفكرة الغبن سواء في مرحلة التعاقد أو مرحلة التنفيذ، إلا أن الفلاسفة الرومان نادوا بالأخذ بنظرية الطارئة[3].

هذا وتجدر الإشارة إلى أن الفقه الاسلامي أخذ بنظرية الظروف الطارئة، وذلك باعتبارها من تطبيقات نظرية الضرورة، والتي تستهدف رفع الضرر عن أحد طرفي التعاقد، والناتج عن تغيير الظروف التي تم إبرام العقد فيها، فرفع الضرر هو من أهم المقاصد الشرعية. [4]

وفيما يلي سيتم البحث في نشأة نظرية الظروف الطارئة وموقف النظم المقارنة منها.

---

1 - أنظر، د. محمد الصغير بعلي، القرارات والعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 292.

2 - حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 549 لسنة 35 ق، جلسة 04/04/، مجموعة المبادئ السنة 38، ص 777.

- أنظر أيضا: حكم المحكمة الإدارية العليا المصري، القضية رقم 64، بتاريخ 1972/06/17، أورده، المستشار محمد القصري، القاضي الإداري ومنازعات الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 127.

3 - أنظر، د. محمد جمال مطلق الذنيبات، العقد الإداري، المرجع السابق، ص 200.

4 - لمزيل من التفصيل حول نظرية الظروف الطارئة في كل من القانون الروماني والفقه الإسلامي راجع في ذلك: - د. محمد جمال مطلق الذنيبات، العقد الإداري، المرجع السابق، ص من 200 إلى 205. - د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص من 102 إلى 107. - د. محمد أبو بكر عبد المقصود، المرجع السابق ، ص من 04 إلى 09. أ. محمد بوكماش، نظرية الظروف الطارئة وعلاقتها بالجوائح، المرجع السابق، ص من 55 إلى 57.

أولا: نشأة نظرية الظروف الطارئة في فرنسا.

يعتبر الفقه أن نظرية الظروف الطارئة أرسى دعائمها مجلس الدولة الفرنسي ويعد حكمه الشهير في قضية l'affaire du Gaz de Bordeaux سنة 1916[1] هو الذي أنشأ نظرية الظروف الطارئة[2]، والتي تتلخص وقائعها[3] في أنه بعد نشوب الحرب العالمية الاولى ارتفعت أسعار الفحم ارتفاعا فاحشا، لدرجة أن وجدت شركة الإضاءة لمدينة بوردو أن الأسعار التي تتقاضاها أبعد كثيرا من أن تغطي نفقات الإدارة، ولهذا تقدمت الشركة للسلطة مانحة الالتزام طالبة رفع تلك الأسعار، ولكن رفض طلبها، وتمسكت الإدارة بتنفيذ العقد، بناء على أن العقد شريعة المتعاقدين، وأن تنفيذ التزام الشركة لم يصبح مستحيلا، لأن الفحم ولو أن أسعاره قد ارتفعت، إلا أنه لايزال موجودا، إلا أنه عند عرض النزاع على مجلس الدولة قرر مبدأ جديد مستمد من قاعدة دوام سير المرافق العامة، ومقتضاه أنه إذا وجدت ظروف لم تكن في الحسبان، وكان من شأنها أن تزيد الأعباء الملقاة على عاتق الملتزم إلى حد الاخلال بتوازن العقد إخلالا جسيما فللملتزم الحق في أن يطلب من الإدارة ولو مؤقتا المساهمة إلى حد ما في الخسائر التي تلحق به.

وبعد ذلك تواترت أحكام مجلس الدولة الفرنس في الأخذ بنظرية الظروف الطارئة، ودخل نطاق تطبيقها كافة العقود الإدارية الأخرى، إضافة إلى عقد الالتزام الذي كان محلا لقضية غاز بوردو.[4]

ولازالت قضية غاز مدينة بوردو تحتفظ بقيمتها على الرغم من أن مجلس الدولة الفرنسي قد أدخل تعديلات على تطبيق هذه النظرية، وتتمثل في عدة جوانب:

الجانب الأول: حيث تبين في السنوات التي تلت الحرب العالمية الأولى أن التقلبات الاقتصادية وما نتج عنها من انخفاض قيمة العملة وارتفاع الاسعار أدت إلى ظهور مناخ اقتصادي جديد ، ولم يكن هناك أمل في أن تعود المراكز التعاقدية إلى حالتها الاولى، الأمر الذي جعل مجلس الدولة الفرنسي يتبنى حلولا جديدة لإكمال نظرية الظروف الطارئة، ويطبقها، لاسيما فيما يتعلق بنهاية الظروف الطارئة [5]، في قضية Compagnie des tramways de Cherbourg سنة 1932. [6]

---

1 - CE 30 mars 1916, Compagnie générale d'Éclairage, Recueil Lebon, p. 125.

2 - أنظر، د. شوقي يعيش تمام، سلطة القاضي الإداري في مجال الرقابة على إبرام تنفيذ الصفقات العمومية في النظام القانوني الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور، خنشلة، العدد 09، جانفي 2018، ص 349.

3 - راجع في ذلك على سبيل المثال: - د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 234.
- د. حسن محمد علي حسن البنان، أثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، مجلة الرافدين للحقوق، الجلد 16، العدد 58، لسنة 18، 2013 ، ص161.- د. علي حمدي عمر، ، المرجع السابق، ص 314.

- Jacqueline MORAND-DEVILLER- Pierre BOURDON- Florian POULET, Droit administratif, op .cit. p 509.

4 - أنظر، د. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 733.

5 - أنظر، د. حسن محمد علي حسن البنان، المرجع السابق، ص 162.

6 - C. E, 9 décembre 1932, Compagnie des tramways de Cherbourg, Recueil Lebon, N° 89655. Concl Josse.

الجانب الثاني: نتج عن الحرب العالمية الثانية متغيرات على الحياة الاقتصادية، بحيث أصبحت الدولة تتدخل في الكثير من العوامل الاقتصادية وأضحت مسؤولة عنها، وخلق ذلك مشكلة جديدة تتعلق بمعيار التفرقة بين عمل الأمير والظروف الطارئة لوجود مجال مشترك لمصدر الفعل الذي يعود للجهة الإدارية[1]، وقد تعامل مجلس الدولة مع هذه الحالة في قضية Ville d'Elbeuf ، سنة 1949. [2]

الجانب الثالث: كما أعلن مجلس الدولة في قضية Département des Hautes Pyrénées، مبدأ جديد مقتضاه أنه يحق للمتعاقد المطالبة بالتعويض عن الفترة التي تلي عقد الامتياز[3]، مما يمنح الاعتقاد أن نظرية الظروف الطارئة لها أساس آخر يتعلق بخدمة المرفق العام، والتي قد تضفي الشرعية على التعويض.[4]

وقد راعى مجلس الدولة الفرنسي، وهو يقرر تلك النظرية، أنه لو طبقت القواعد المادية على إطلاقها، ورفض تعويض المتعاقد، لترتب على ذلك حتما توقف الملتزم في نهاية الأمر عن القيام بالتزاماته لعجزه عن إدارة المرفق بسبب زيادة التكاليف عن الدخل زيادة باهظة، ولو تم ذلك لكان المنتفعون هم أول من يتضرر لتوقف المرفق عن أداء الخدمات التي عولوا عليها في ترتيب أمور حياتهم، ومن ثم فإن نظرية الظروف الطارئة ذات علاقة مباشرة بالقواعد الضابطة لسير المرافق العامة.[5]

وعلى الرغم من التطورات التي لحقت بتلك النظرية، إلا أنها ظلت قضائية خالصة لوقت طويل، حيث مجال تطبيقها مقصورا على العقود الإدارية دون العقود المدنية التي تخضع لقواعد القانون المدني، كما أن محكمة النقض الفرنسية كانت ترفض تطبيق النظرية[6]، وكانت تعتبر أن مهمة تعديل العقد من اختصاص المتعاقدين، وليس من اختصاص قاضي العقد والذي تقتصر مهمته على فسخ العقد أو وقف تنفيذه وليس تعديله، وذلك على أساس المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي التي تقرر القوة الملزمة للعقود.[7]

إلا أنه بصدور المرسوم المؤرخ في 10 فبراير 2016 المتضمن تعديل قانون العقود، والذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ 1 أكتوبر 2016، قد أقر المشرع الفرنسي مبادئ جديدة في القانون المدني ، والتي

---

1 - أنظر، د. حمدي علي عمر، المرجع السابق، ص 314.

2 - C. E, 15 juillet 1949, Ville d'Elbeuf, Recueil Lebon, p. 358.

3 - C. E, 12 mars 1976, Département des Hautes Pyrénées, Recueil Lebon, N° 91471. p. 155.

4 - SHWEKAT Aiad, op .cit. p 224.

5 - أنظر، د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 636.

6 - أنظر، د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 109.

7 - l'Article 1134, Créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804, "*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi*."

غيرت من دور القاضي بشكل أساسي في حل النزاعات بين المتعاقدين، خاصة فيما يتعلق بالنظام العام، وحسن النية والظروف غير المتوقعة[1]، والتي أصبحت تخول للقاضي مراجعة العقد وتعديله أو فسخه في حالة ما إذا أدت الظروف الغير متوقعة أثناء إبرام العقد إلى جعله مرهقا لأحد الأطراف.[2]

ثانيا: موقف النظام القانوني المصري من نظرية الظروف الطارئة.

أما عن موقف النظام القانوني المصري فنجد أن محكمة النقض في البداية كانت ترفض تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وذلك استنادا إلى أنه ما دام تنفيذ العقد ممكنا فإنه يستوجب على المتعاقد مع الإدارة تنفيذه ولو أصبح مرهقا[3]، واستمر الحال كما هو حتى صدر القانون رقم 129 لسنة 1947 الذي قرر في مادته السادسة أنه *"إذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها ولا يد لمانح الالتزام أو الملتزم فيها، وأفضت إلى الإخلال بالتوازن المالي للالتزام، أو إلى تعديل كيانه الاقتصادي كما كان مقررا وقت منح الالتزام، جاز لمانح الالتزام ان يعدل قوائم الأسعار وإذا اقتضى الحال أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله، وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر في استغلاله أو لخفض الأرباح الباهظة إلى القدر المقبول."* [4]

وبهذا النص سلم المشرع بتطبيق نظرية الظروف الطارئة بالنسبة لعقد الالتزام، ثم انطلق إلى اعمال ذات النظرية في مجال عقود القانون الخاص بموجب نص المادة 174 من القانون المدني المصري السالفة الذكر، وقد أخذ مجلس الدولة المصري بنظرية الظروف الطارئة منذ أن تقرر اختصاصه بالعقود الإدارية، على أساس أنها من مقتضيات العقود الإدارية.[5]

---

1 - Voir, les articles 1103, 1104 de l'ordonnance n : 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

2 - l'Article 1193 «*Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi* ».

- l'Article 1194 « *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.*
En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe. »

3 - أنظر، د. محمد جمال مطلق الذنيبات، العقد الإداري، المرجع السابق، ص 201.

4 - المادة 06 من القانون رقم 129 لسنة 1947، المؤرخ في 1947/07/24 المتعلق بشأن التزامات المرافق العامة، سبق الإشارة إليه.

5 - أنظر، سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 519.

ومن التطبيقات القضائية لنظرية الظروف الطارئة في مصر حكم محكمة القضاء الإداري التي قضت "... إن القضاء الإداري قد خرج من نطاق تطبيق قاعدة القانون الخاص، أن العقد شريعة المتعاقدين وأنه شريعة اتفاقية، وأن العقد يلزم عاقديه بما يرد الاتفاق عليه متى وقع صحيحا، وخرج القضاء الإداري من تطبق نطاق هذه القاعدة إلى مبدأ الطوارئ غير المتوقعة أو الظروف الطارئة استجابة لحاجة ملحة تفتضيها العدالة. [1]

ثالثا: موقف النظام القانوني الجزائري من نظرية الظروف الطارئة.

لقد اهتم المشرع الجزائري بنظرية الظروف الطارئة وذلك من خلال نص المادة 107 من القانون المدني[2]، والتي تنص على أنه " *يجب تنفيذ العقد طبقا لما اجتمل عليه وبحسن نية، ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب. بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام. غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاته لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك.* "[3]

ومن التطبيقات الهامة لهذه النظرية في مجال العقود الإدارية ما نصت عليه المادة 27 من دفتر البنود الإدارية العامة الخاص بالصفقات التي تبرمها وزارة الأشغال العمومية الصادر سنة 1964، السابق الإشارة إليه، والتي حددت الحالات التي لا يجوز فيها للمقاول التمسك بالقوة القاهرة للتهرب من المسؤولية وذلك باشتراط الاستفادة من حقوقه على اثبات كافة التدابير الضرورية التي تجعل من الظرف الطارئ قوة قاهرة. [4]

---

1 - أشار إلى هذا الحكم، د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق ، ص 736.

- للاطلاع على مختلف أحكام القضاء الإداري المصري في هذا الشأن راجع، د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص من 638 إلى 645.

2 - وبالرجوع إلى نص المادة 307 من القانون المدني نستخلص أنه يجب أن تتوفر شرطان في استجالة التنفيذ التي تؤدي إلى انقضاء الالتزام، أولهما يجب أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا، والثاني أن تكون الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه، معنى ذلك أن يكون الالتزام مستحيلا وليس مرهقا، فالاستحالة التي تؤدي إلى انقضاء الالتزام هي التي يترتب عليها تعذر الوفاء بصفة كلية، أما إذا كان الوفاء ممكنا، حتى وإن كان مرهق للمدين، فإنه لا ينقضي، وفي هذه الحالة يجوز تطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا توفرت شروط تطبيقها.

3 - تجدر الإشارة إلى أن نظرية الظروف الطارئة ظهرت كنص عام في العديد من التشريعات المدنية، فقد نص عليها القانون المدني المصري في المادة 147، والمادة 146 من القانون المدني العراقي لسنة 1951 ، والمادة 105 من لائحة العقود الإدارية الليبي رقم 563 لسنة 2008، والمادة 205 من القانون المدني الأردني لسنة 1976، والمادة 1476 من القانون المدني الإيطالي، ولم ينص عليها التشريع المدني الفرنسي إلا مؤخرا بعد صدور المرسوم رقم 2016-131 الصادر في 10 فبراير 2016 المتعلق بتعديل قانون العقود.

4 - أنظر، د. خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص 315.

وقد تناول المشرع في الباب الثالث من دفتر البنود الإدارية المصادق عليه بموجب المرسوم 21-219 ب تحت عنوان "الأحكام المتعلقة بالأخطار والالتزامات، التسوية الودية والعقوبات"

وتم التفصيل فيها بموجب المادة 109 من دفتر البنود الإدارية المصادق عليه بموجب المرسوم التنفيذي 21- 219 يتضح ما يلي: أن المشرع منح تسمية ((عدم التوقع)) لنظرية الظروف الطارئة وعرفها على أنها وضعية غير تعاقدية واستثنائية والتي على إثرها يصبح تنفيذ الالتزام التعاقدي مكلف للغاية بشكل يؤدي بالمدين إلى تكبد خسارة كبيرة، ويشترط المشرع لأجل تطبيقها أن يكون هذا الحدث استثنائي، غير متوقع ويتسم بطابع الشمولية، ويتم تعويض المتعاقد تعويضا جزئيا لأجل وضع حد لحالة عدم التوقع بالتخفيف بصفة معقولة من الالتزام المبالغ فيه.[1]

كما نظم المشرع الجزائري نظرية الظروف، من خلال من المرسوم الرئاسي 15-247 ، حيث أوجب على المصلحة المتعاقدة في حالة اختلال التوازن للتكاليف المترتبة على العقد أن تسعى لحلها بالطرق الودي.[2]

كما أجاز المشرع من خلال تنظيم الصفقات العمومية للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق من أجل مواجهة الظروف الاستثنائية والغير متوقعة والتي تكون خارجة عن إرادة الطرفين، مما يمنح للمصلحة المتعاقدة إمكانية إعادة التوازن المالي في إطار الملحق ودون حاجة للخضوع لهيئات الرقابة الخارجية .[3]

بالإضافة إلى ذلك فإن تنظيم المشرع خول أيضا للمصلحة المتعاقدة أن تقوم بتحيين الأسعار في حتى ولو لم تتضمن الصفقة على بند التحيين، ويكون ذلك في حالة التأخر في بداية تنفيذ الصفقة إذا لم يتسبب في ذلك المتعامل المتعاقد، حتى ولو كانت الصفقة مبرمة بأسعار ثابتة وغير قابلة للمراجعة.[4]

وعلى مستوى القضاء الإداري فقد سبق وأن طبق القاضي الإداري في الجزائر نظرية الظروف الطارئة من خلال القرار الصادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا بتاريخ 1993/10/10، في قضية تتعلق وقائعها حول عقد ايجار لسوق المواشي مبرم بين البلدية وأحد المتعاقدين، حيث ان السوق محل العقد بقى مغلقا بسبب مرض الحمى الذي أصاب المواشي، الأمر الذي جعله يطالب بالتعويض عن عدم استغلاله للسوق بسبب غلق السوق وعدم استغلاله، وقد جاء في حيثيات القرار ما يلي: "... حيث

---

1 - راجع المادة 109 من دفتر البنود الإدارية المصادق عليه بموجب المرسوم التنفيذي 21- 219.

2 - حيث تنص المادة 2/153 على أنه" *يجب على المصلحة المتعاقدة، دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة أعلاه، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي:- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين، - التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة، - الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة*."

3 - راجع المواد: 136، 138 من المرسوم الرئاسي 15-247.

4 - راجع المواد من 97 إلى 100 من المرسوم الرئاسي 15-247.

بالرجوع إلى القانون المدني وخاصة المادة 03/107 أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب عن حدوثها أن صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ... ".[1]

ويرى الرأي الغالب من الفقه في الجزائر أنه لا مانع من أن يهتدي القاضي الإداري بنص المادة 107 لمعالجة اختلال التوازن المالي في العقد الإداري بسبب الظروف الطارئة، لأنها فكرة تتماشى ومبادئ العدالة، فليس من العدل في شيء أن يترك المتعامل المتعاقد يتحمل وحده الاعباء المالية بحجة أن الإدارة لم تتسبب في هذه الظروف.[2]

ومن وجهة نظري فإنني أرى أن الأساس الذي يجب أن يعتمد عليه القاضي الإداري في تطبيقه لنظرية الظروف الطارئة هو اعتبارات العدالة وضمان سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، لأنه إن كان من العدل أن ينفذ المتعاقد مع الإدارة التزاماته التعاقدية، إلا أنه من الصعب أن يلتزم المتعاقد بأضعاف ما اتفق عليه في العقد لسبب لا يد له فيه، ومنه فإن أحكام العدالة تقتضي تدخل القاضي الإداري لحماية المتعاقد مع الإدارة الذي نزلت به خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما، وللقاضي سلطة تقديرية مدى الإرهاق الذي يحيط بتنفيذ الالتزام، فإن كانت الخسارة التي لحقت المتعاقد جسيمة وليست مألوفة قضى له بالتعويض مراعيا في ذلك ظروف الطرفين ومقتضياه المصلحة العامة.

---

1 - قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا يحمل رقم: 99694، صادر بتاريخ 1993/10/10، في قضية (د. ح) ضد المجلس الشعبي البلدي لبلدية عين الباردة، المجلة القضائية، 1994، العدد 1، ص 217.

2 - راجع في ذلك على سبيل المثال:
- د. محمد الصغير بعلي، القرارات والعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 292.
- د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247، القسم الثاني، المرجع السابق، ص 57.
- د. بن شعبان علي، المرجع السابق، ص 197.- د. صبرينة جبايلي، المرجع السابق، ص 74.
- أ. بن عبد الملك بوفلجة، النظام القانوني للتعويض في العقود الإدارية، قراءة في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم 15-247، دفاتر السياسة والقانون، العدد 17، جوان 2017 ، ص 123.
- أ. بيو خلاف، الموازنة بين مصالح الطرفين المتعاقدين أثناء تنفيذ العقد الإداري، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد السادس، جوان 2018، ص 467.
- أ. سعد لقيب، أ. بن الشيخ النوي، المرجع السابق، ص 61.

المطلب الثاني: الأساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة.

لقد اختلف الفقهاء حول الأساس القانوني لحق التعويض في نظرية الظروف الطارئة، حيث يرى البعض أن أساس هذا الحق يكمن في النية المشتركة لأطراف العقد، بينما يرى البعض الاخر أنه يتحصر في فكرة التوازن المالي للعقد، ويرجعه البعض إلى مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، وأخيرا يرى البعض أن أساس التعويض في نظرية الظروف الطارئة يتمثل في قواعد العدالة المجردة، والتي قوامها القانون الإداري، وفيما لي سيتم التفصيل في هذه الآراء.

الفرع الاول: النية المشتركة للأطراف كأساس لنظرية الظروف الطارئة

ذهب جانب من الفقه إلى تأسيس التعويض عن تطبيق نظرية الظروف الطارئة على الإرادة المشتركة لطرفي العقد، فالتعويض عن نظرية الظروف الطارئة إنما يستند إلى ما انصرفت إليه نية الطرفين ضمنا أثناء ابرام العقد، حيث أن العقد يجب أن ينفذ بحسن نية ، ووفقا للنية التي قصدها الاطراف لحظة ابرام العقد. [1]

ولقد انتقد الفقه هذا الرأي وذلك لان البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين أمر دقيق ويصعب على القاضي كشفه، حيث أن ذلك يتطلب من القاضي العودة إلى تاريخ إبرام العقد من جهة، والذي قد يكون قد أبرم منذ مدة طويلة.[2]

ومن جهة أخرى فإن هذه النية يمكن أن تنصرف إلى استبعاد تلك النظرية صراحة أو ضمنا، ومع ذلك تطبق النظرية على الرغم من وجود شرط بالتنازل عن تطبيقها، لاسيما وأن الأحكام المتعلقة بتلك النظرية من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها. [3]

الفرع الثاني: التوازن المالي للعقد كأساس لنظرية الظروف الطارئة

صاغ هذه الفكرة مفوض الدولة « BLUM » في تقريره المقدم في قضية Comp, générale française des tramways الذي صدر فيها حكم مجلس الدولة بتاريخ 1910/03/11، إذ قضت *"... من الامور الجوهرية في عقود الالتزام، ضرورة أن يتحقق بقدر الامكان التساوي بين المزايا التي تقررت للملتزم وبين الأعباء المفروضة عليه، فالمزايا والأعباء يجب أن تتوازى بما يحقق التوافق بين الفوائد المحتملة والالتزامات المفروضة ففي كل عقد التزام يتضمن التوازن الشريف بين ما يمنح للملتزم وبين ما يتطلب منه، وهكذا ما يطلق عليه التوازن المالي والتجاري، التوازن المالي لعقد الالتزام..."* [4]

1 - أنظر، د. محمد أبو بكر عبد المقصود، المرجع السابق، ص 36.

2 - أنظر، د. محمد جمال مطلق الذنيبات، العقد الإداري، المرجع السابق ، ص 219.

3 - أنظر، د. أمل لطفي حسن جاب الله، آثار العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 253.

4 - C.E, 11 mars 1910, Comp, générale française des tramways, op.cit.

وبناء عليه ذهب جانب من الفقه الفرنسي، إلى أن أساس التعويض يرجع إلى فكرة التوازن المالي للعقد، والتي تفرض ضرورة تحقيق التناسق بين الالتزامات التي يفرضها العقد الإداري على المتعاقد مع الإدارة وما ينتظر تحقيقه من ربح باعتبار أن العقد الإداري يقتضي التلازم بين مصالح طرفيه المتعاقدين.[1]

إلا أن هذا الرأي انتقد من قبل بعض الفقهاء، وعلى رأسهم Pequigno، حيث يذهبون إلى أن فكرة التوازن هذه تؤدي إلى أن التعويض الذي يحصل عليه المتعاقد وفقا لنظرية الظروف الطارئة هو تعويض جزئي ومؤقت تتحمل الإدارة بموجب الجزء الأكبر من الخسارة التي لحقت بالمتعاقد معها وبما يحقق الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وليس إعادة التناسب الذي كان موجودا عند التعاقد بين طرفي العقد.[2]

ومن جهة ثانية فإن فكرة التوازن المالي للعقد تقوم على مقابلة الحق المعترف به لجهة الإدارة في تعديل العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، في حين أنه يكون التعويض استنادا لنظرية الظروف الطارئة، على الرغم من أن الضرر الذي لحق بالمتعاقد يرجع إلى سبب أجنبي عن جهة الإدارة، وغالبا ما يكون حادثا أو ظرفا اقتصاديا.[3]

ومن ناحية أخرى فإن فكرة التوازن المالي لا تصلح لتبرير حق المتعاقد في طلب التعويض وفقا لنظرية الظروف الطارئة عندما يستخدم حقه في طلب فسخ العقد قضائيا في حالة قلب اقتصاديات العقد نهائيا، ومن ثم لا يجوز إعادة التوازن المالي لعقد لم يعد موجود.[4]

كما أنه يكفي لتطبيق فكرة التوازن المالي حدوث مجرد خلل في التوازن بينما نظرية الظروف الطارئة تشترط وجوب أن يحدث انقلاب في اقتصاديات العقد، وليس مجرد خلل في هذا التوازن[5]

بالإضافة إلى ذلك فإن الاستناد على مبدأ التوازن المالي للعقد كأساس للتعويض عن نظرية الظروف الطارئة يجعل التعويض في هذه الحالة كأنه مؤسس فقط على مصلحة المتعاقد، في حين ان الهدف من تطبيق نظرية الظروف الطارئة يتمثل في الأساس في ضمان حماية المرافق العامة باستمرار في تنفيذ العقد رغم الأزم الاقتصادية، وليس تعويض المتعاقد مع جهة الإدارة بالأخص[6]، ومنه فإن هذه الفكرة لا تصلح كأساس للتعويض الذي يتقدم به المتعاقد بعد انقضاء العقد.

---

1 - أنظر، د. لمياء هاشم سالم قبع، اختلال التوازن المالي في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 168.

2 - أنظر، د. أحمد سلامة بدر، المرجع السابق، ص 296.

3 - أنظر، د. محمد عبد العال السناري، النظرية العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر، ص 308.

4 - أنظر، د. ابراهيم محمد علي، آثار العقد الإداري وفقا للقانون رقم 89 لسنة 1998 بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 295.

5 - أنظر، د. حسن محمد علي حسن البنان، المرجع السابق، ص 194.

6 - أنظر، د. محمد جمال مطلق الذنيبات، المرجع السابق، ص 220.

الفرع الثالث: مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واضطراد كأساس لنظرية الظروف الطارئة

يذهب العديد من الفقهاء[1] إلى أن أساس حق التعويض في نظرية الظروف الطارئة يرجع إلى ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، ومفاد ذلك أن العقود الإدارة تبرم عادة لفترة طويلة من الزمن تتغير خلالها الظروف وهذا ما يستوجب الأخذ به في هذه النظرية، لأن أساس تنفيذ العقد قد طرأ عليه ما يوجب مراعاته، ومن ثم فإن المتعاقد مع الإدارة يأخذ على عاتقه القيام بأعمال كثيرة، ومن المنطقي أن تساهم الإدارة معه إذا اختل ميزان التعاقد بسبب ظرف طارئ لا دخل لإرادته فيه.[2]

لأن هذه المرافق يجب أن تؤدي خدماتها بصفة مستمرة وعلى الإدارة أن تعمل على تحقيق هذا الاستمرار، فإذا استجدت ظروف طارئة وترتب عليها إرهاق للمتعاقد، يتوجب على الإدارة أن تتدخل من خلال تقديم المساعدة للمتعاقد معها والوقوف إلى جانبه حتى يتمكن من التغلب على هذه الظروف التي لم يكن يتوقعها أثناء ابرام العقد، ويتمكن بذلك من تنفيذ التزاماته التعاقدية، ومنه فإن المرفق العام يستطيع تقديم خدماته من دون أن يتوقف، فالتعويض في هذه الحالة يجد أساسه في مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واستمرار.[3]

كما أن فكرة سير المرافق العامة بانتظام واضطراد تتفق مع الرأي الفقهي السائد حول أهمية دور المرفق العام في تنفيذ العقد الإداري، وتتفق أيضا مع ما أجمع عليه الفقهاء من أن أولى القواعد الأساسية التي تحكم سير المرافق العامة هي ضرورة استدامة وانتظام سيرها دون توقف. [4]

ولكن على الرغم من أن هذا الرأي هو الأكثر شيوعا لدى الفقه، وعلى الرغم كذلك من أن كل من مجلس الدولة الفرنسي والمصري قد أشار إلى مبدا سير المرافق العامة بانتظام واضطراد في العديد من أحكامهما التي أخذو فيها بنظرية الظروف الطارئة، إلا أن بعض الفقهاء يرون بأن هذا المبدأ لا يكفي وحده كأساس للتعويض في نظرية الظروف الطارئة، خاصة بعد التطورات التي لحقت بهذه النظرية. [5]

---

1 - راجع في هذا الشأن: - د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 223. - د. ابراهيم عبد العزيز شيحة، أصول القانون الإداري اللبناني، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1981 ، ص 304. - د. محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، القرار الإداري، العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1989، ص 477.
- ومن الفقه الفرنسي:
- Voir, PEQUIGNOT Georges, op. cit. p 517. - VEDEL Georges, Droit administratif, op.cit. p. 359
- CHAPUS René, Droit administratif général, op.cit. p.1067.

2 - أنظر، د. لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق، ص 166.

3 - أنظر، د. أمل لطفي حسن جاب الله، المرجع السابق ، ص 257.

4 - LORENS François, contrats d'entreprise de marché de travaux publics, op, cit. p 512.

5 - أنظر في ذلك: - د. أمل لطفي حسن جاب الله، المرجع السابق ، ص 257.
- Mathias AMILHAT, Pour une nouvelle théorie générale des contrats publics, mémoire pour Habilitation à diriger les recherches, Université de Lille, p 37.

فقد أقر مجلس الدولة الفرنسي التعويض استنادا لنظرية الظروف الطارئة على الرغم من فوات ما يقارب 12 سنة على انقضاء الالتزام، أي أنه أباح للمتعاقد الحصول على تعويض من الإدارة طبقا لنظرية الظروف الطارئة سواء أثناء تنفيذ العقد أو بعد انتهاء مدته.[1]

وبالتالي فإن اعتماد فكرة تسيير المرافق العامة بانتظام واضطراد لا يمكن الاستناد عليها منفردة كأساس للتعويض، إذ أنه لا تأثير على إقرار التعويض استنادا إلى نظرية الظروف الطارئة على دوام سير المرافق العامة عند انتهاء العقد، لأنه تم تنفيذ كافة الالتزامات التعاقدية، وقرار التعويض لم يساهم في متابعة وانتظام تنفيذها.[2]

الفرع الرابع: مبدأ سير المرافق العامة وقواعد العدالة كأساس مزدوج لنظرية الظروف الطارئة

يذهب الرأي الراجح في الفقه إلى أن الأساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة يتمثل في فكرة العدالة ومقتضيات المصلحة العامة، ففكرة العدالة هي التي تبرر تعويض المتعاقد عن حدوث ظروف طارئة على الرغم من عدم مسؤولية الإدارة عنها، كما ارتباط عقود التوريد بالمساهمة في تسيير المرفق العام يقتضي دائما تدخل الإدارة لتقديم يد العون للمتعاقد عند حدوث ظروف طارئة.[3]

بالإضافة إلى ذلك فإنه تم إقرار نظرية الظروف الطارئة في نطاق القانون الخاص، استنادا على قواعد العدالة، وبالتالي فإن النظرية تكون أولى بالتطبيق في مجال العقود الإدارية لوحدة العلة في الحالتين زيادة على الاعتبارات المستمدة من ارتباط العقد الإداري بالمرافق العام.[4]

هذا وقد قضت المحكمة الإدارية بمصر في حكمها الصادر في 1972/06/17، بأنه "*... إن نظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجردة التي هي قوام القانون الإداري كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة، فرائد جهة الإدارة هي كفالة سير المرافق العامة بانتظام وإطراد، وحسن أداء الأعمال والخدمات المطلوبة، وسرعة إنجازها، كما أن هدف المتعاقد مع الإدارة هو المعاونة في سبيل المصلحة العامة، وذلك بأن يؤدي التزاماته وبكفاءة لقاء ربح وأجر عادل..*".[5]

وحسب رأيي فإنني أؤيد الرأي القائل بالمعيار المزدوج المتمثل بضرورة سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، واعتبارات العدالة كأساس للتعويض استنادا لنظرية الظروف الطارئة لأن فكرة ضمان سير المرافق العامة بانتظام واضطراد لا يمكن الاعتماد عليها وحدها خاصة في حالة انقضاء الالتزام، وفكرة

---

1 - C.E, 27 juillet 1951, Commune de Montagne, Rec., p 479.

2 - أنظر، نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 745.

3 - أنظر، د. عاطف سعدي محمد علي، عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 533.

4 - أنظر، محمد أبو بكر عبد المقصود، المرجع السابق، ص40.

5 - حكم المحكمة الإدارية في مصر، الطعن رقم 46، س 14. ق، بتاريخ 1972/06/17، أورده، د. لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق، ص 166، 167.

العدالة تقتضي تعويض المتعاقد حتى بعد تنفيذه للعقد، حيث يمكن للمتعاقد الحصول على التعويض حتى في حالة تنفيذ التزاماته التعاقدية وانقضاء العقد الإداري.

كما أن قواعد العدالة تشغل مكانا هاما في نظرية العقود الإدارية شأنها في ذلك شأن نظرية حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، كما أن الاجتهادات القضائية الحديثة للقضاء الإداري تعتمد على الأساس المزدوج للتعويض عن نظرية الظروف الطارئة.

المطلب الثالث: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

لقد استقر الفقه[1] والقضاء[2] على ضرورة توافر مجموعة من الشروط حتى يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وتتمثل في حدوث ظرف طارئ خلال مدة التنفيذ، بحيث يصبح تنفيذه مرهقا، وأن يكون هذا الظرف الطارئ غير متوقع ولا يمكن دفعه، وأن يكون خارج عن إرادة المتعاقدين.

وسيتم التفصيل في هذه الشروط على النحو الآتي:

الفرع الأول: وقوع ظرف طارئ عام ومؤقت خلال مدة تنفيذ العقد الإداري.

يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يقع حادث أو ظرف طارئ، خلال مدة تنفيذ العقد، ويتطلب البحث في هذا الشرط التطرق إلى صفة وطبيعة الظرف الطارئ، ومن ثم تبيان المقصود من حدوث الظرف الطارئ أثناء تنفيذ العقد.

أولا: صفات الظرف الطارئ أو الحادث الاستثنائي.

يقصد بالحادث الاستثنائي هو الذي يشذ عن المجرى العادي للأمور، فيخرج عن الأصل الذي ألفه الناس بما يجعله نادر الوقوع فلا يعول عليه الرجل العادي، ولا يدخل في حساباته[3]، ومن أمثلة الحوادث الاستثنائية، الزلازل والفيضانات، وزعف أسربا من الجراد والأوبئة، والحروب، والإضرابات المفاجئة، والأعاصير والصواعق، والارتفاع الباهض في الأسعار، أو الانخفاض في العملات ..... وغيرها.

والملاحظ أن بعض الحوادث تعتبر استثنائية بطبيعتها كالحروب والزلازل والأوبئة، وفرض تسعيرة وإلغائها، والحصار الاقتصادي، وأن البعض الآخر لا يعتبر استثنائيا لكثرة وقوعه في الحياة العملية، إلا

---

1 - أنظر على سبيل المثال: - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 645 وما بعدها. - د. عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 227. - د. محمد الصغير بعلي، القرارات والعقود الإدارية، المرجع السابق، ص ، 294، 295. - د. محمد بكر حسين، الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2007، ص 367.

- FRIER Pierre-Laurent, PETIT Jacques, Droit administratif, op.cit., p. 497.
- FOILLARD Philippe, Droit administratif, op.cit. p 241.

2- Par ex.,- C.E, 15 juill. 1949, Ville d'Elbeuf, R. 359. - Sect. 5 nov. 1982, Soc. Propétrol, R. 380, AJDA, 1983.259.

- أنظر أيضا: - حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 3562، للسنة 29. ق، لجلسة 1987/05/16، مجموعة المبادئ القانونية للمحكمة الإدارية العليا التي أقرتها من 1986/10/01، إلى 1987/09/30، ص 65. - حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 1749 لسنة 47. ق جلسة 1997/12/16، الموسوعة الإدارية الحديثة، جزء 49، ص 174. - حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في الطعن رقم 1590 لسنة 45 ق. جلسة 2002/01/01، أورده د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 119.

3 - أنظر، - د. أمل لطفي حسن جاب الله، مرجع سابق، ص 264.

إذا بلغ حد غير مألوف من الجسامة، مثل حالة الارتفاع والانخفاض الطبيعي للأسعار لا يشكل حالة مفاجئة إلا إذا كان كبيرا وفاحشا. [1]

ويشترط في هذا الحادث أو الظرف الطارئ أن يكون من الحوادث الاستثنائية العامة[2]، بمعنى أن يكون شاملا لمجموعة من الناس[3]، فيعتبر الحدث الاستثنائي عاما متى شمل عدد من الناس، من دون الاعتداد بذواتهم، أو إذا شمل إقليم أو منطقة بعينها أو نشاطا أو سلعة أو نوعا من التعامل، بحيث يصبح التزام المعني مندرجا فيما شمله هذا الحادث، أما إذا كان حادثا خاصا بالمتعاقد وحده أو بقلة من الأشخاص، فلا تتوافر فيه صفة العمومية ولا يعد حادثا طارئا، ولا يكون سببا لتطبيق نظرية الظروف الطارئة.[4]

كما يشترط أن يكون هذا الظرف مؤقت، وليس دائما، حيث أنه إذا كان دائما أدى إلى عدم توازن نهائي، فثمة قوة قاهرة تجيز فسخ العقد، فالتعويض الذي يمنح للمتعاقد في ظل نظرية الظروف الطارئة يكون لمواجهة هذا الظرف.[5]

وهذا ما اوضحه مفوض الدولة في قضية compagnie générale d'éclairage de Bordeaux، حيث ذكر *"... نحن أمام أعباء ترجع إلى حوادث لم يكن يستطيع الطرفان المتوقعان توقعها، وهي على وجه بحيث لا يمكن بصفة مؤقتة تنفيذ العقد بعد ذلك بنفس الشروط التي أبرم بها، ويقتضي الصالح العام ألا تقل درجة تحقيق المرفق العام لخدماته، ومن ثم فيجب أن يستمر العقد وفي سبيل ذلك تتحمل السلطة مانحة الالتزام بالأعباء التي يتطلبها تشغيل المرفق العام، والتي تجاوز أقصى ما كان يمكن في تفسير سليم للعقد لإقراره باعتباره توقعا ممكنا ومعقولا، ....، وفي نفس الوقت فإن الصالح العام يقتضي استمرار الشركة بالقيام بالمرفق بالاستعانة بكل وسائلها في الانتاج..."* [6]

---

1 - أنظر، د. يوسف بوشاشي، نظرية الظروف الطارئة بين استقرار المعاملات واحترام التوقعات، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 31، الجزء الأول، 2017، ص 117.

2 - أنظر في ذلك: - بن شعبان علي، مرجع سابق، ص 197.

3 - أنظر، د، أيمن محمد جمعة، المرجع السابق، ص 598.

4 - أنظر، د، محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص 148.

5 - راجع في ذلك: - د. محمد بكر حسين، المرجع السابق، ص 369. - د. رحماني راضية، المرجع السابق، ص 113. - د. عليوات ياقوتة، المرجع السابق ، ص 185. - د. أيمن محمد جمعة، المرجع السابق، ص 598. - د. حازم بيومي المصري، المرجع السابق، ص 331.

6 - CE 30 mars 1916, Compagnie générale d'Éclairage, Recueil Lebon, p. 125.

ثانيا: طبيعة الظرف الطارئ.

لقد كانت أحكام مجلس الدولة الفرنسي في بادئ الأمر تقتصر نطاق تطبيق النظرية على الحالات التي يكون فيها هذا الظرف ذو طبيعة اقتصادية مستقل عن إرادة أطراف العقد[1]، وذلك انطلاقا من أن نظرية الظروف الطارئة تهدف إلى حماية المتعاقد من المخاطر الاقتصادية، أما الظروف الطبيعية فإنها تفتح المجال لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، كما أن التدخلات الإدارية تتعلق بفعل الامير، فالمخاطر الاقتصادية هي الأساس بالنسبة لنظرية الظروف الطارئة[2]، ومن أمثلة هذه المخاطر ارتفاع الأجور والأسعار ارتفاعا فاحشا سواء كان ذلك بسبب أزمة سياسية أو اقتصادية أو الهبوط الحاد في الإرادات، وغير ذلك. [3]

إلا أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي أخذ في التطور واتسع نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة ليشمل إلى جانب المخاطر الاقتصادية، أنواع أخرى من المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها المتعاقد مع الإدارة.[4]، وسوف يتم توضيح هذه المخاطر على النحو التالي:

01- المخاطر الطبيعية:

وهي تلك التي يكون فيها مصدر الظرف الطارئ ناتج عن ظاهرة من الظواهر الطبيعية المفاجئة، كالفيضانات، والزلازل والأوبئة والجفاف، وغيرها من الظواهر الطبيعية.[5]

وقد أصبحت الظروف الطارئة الناتجة عن الاضطرابات الاقتصادية بسبب هذه المخاطر الطبيعية تطبق في شأنها نظرية الظروف الطارئة، وهذا ما أقره مجلس الدول الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ

---

1 - أنظر، د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 112.

2 - أنظر، د. لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق، ص 123.

3 - وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية في هذا الشأن إلى عدم اعتبار ارتفاع الأسعار من قبيل الظروف الطارئة وذلك على أساس امكانية توقعه عند التعاقد، حيث قضت في حكمها رقم 441-443 لسنة 18 ق والذي أورده، د. رياض إلياس عيسى الجريسات، المرجع السابق، ص 184 على أنه:

"يجوز للإدارة المتعاقدة إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن صد تنفيذ التزام المتعاقد معها مرهقا ماليا، وإن لم يصبح مستحيلا، بحيث يهدد هذا المتعاقد بخسارة فادحة، ويجوز للإدارة تعويض المتعاقد معها على نحو يقيم التوازن المالي بين طرفي العقد الإداري، وفي خصوص هذه المنازعة لم يثبت من الأوراق أنه قد طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في وسع المدعي توقعها عند تعاقده مع الإدارة، ولم يثبت أن تنفيذ المدعي لالتزاماته التعاقدية مرهق ماليا، بما يهدد التوازن المالي في العقد،...، ولئن طرأت زيادات في الأسعار خلال التنفيذ عما كانت عليه الأسعار وقت التعاقد فإن المدعي في وسعه أن يتوقعها ويحسب حسابها ....، ولم يهدد أن الزيادة في الاسعار كانت تهدد المدعي بخسارة فادحة إن مضى في التنفيذ...."

4 - أنظر، د. رياض إلياس عيسى الجريسات، المرجع السابق، ص 184.

5 - أنظر، د. حسن محمد علي حسن البنان، المرجع السابق، ص 181.

1977/04/21، في قضية الشركة الفرنسية للكابلات التلغرافية، « Française des câbles télégraphiques ».[1]

كما أقرت محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في 1957/06/30 بأن الظرف في نظرية الظروف الطارئة قد يكون من الظواهر الطبيعية كقيام حرب أو الكوارث الطبيعية فلا شبهة أن قيام الحرب يعتبر من الحوادث الاستثنائية العامة الخارجية التي لم يكن في الوسع توقعها والتي يترتب عليها أن أصبح تنفيذ الالتزام مرهقا وأكبر كلفة كان للمتعاقد مع الإدارة مطالبتها بالمساهمة في تحمل النتائج المترتبة على ازدياد الأعباء الناشئة عن تلك الظروف.[2]

02- المخاطر الإدارية:

المخاطر الإدارية قد تكون إجراءات عامة، أو إجراءات خاصة، وكلاهما تدخل في نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة بعد أن كانت مستثناة من قبل، حيث أصبح نطاق الظرف الطارئ متسع جدا.

أ- المخاطر الإدارية الناجمة عن الإجراءات العامة

ويعتبر من قبيل من المخاطر الإدارية الناجمة عن الإجراءات العامة القوانين واللوائح الصادرة من السلطات العامة، كما في حالة قوانين اجتماعية ترتب عليها ارتفاع فاحش في الأجور والأسعار، أو فرض ضرائب جديدة، أو زيادة فئات الضرائب القائمة، أو صدور تشريعات تتعلق بالنقد، كتخفيض العملة، أو القيود على تداولها، أو تتصل بتنفيذ سياسة الاقتصاد الموجه.[3]

وقد أخذ مجلس الدولة المصري بهذا التوسع، ومن ذلك فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع والتي انتهت إلى اعتبار اللوائح من المخاطر الإدارية العامة، واعتبرت قرار مجلس الوزراء الصادر بتخفيض قيمة الجنيه المصري بالنسبة إلى الدولار حادثا استثنائيا عاما في حكم المادة 147 من القانون المدني، إذ لم يكن في الوسع توقعه حين ابرام العقد.[4]

---

1 - وتتلخص وقائعها في أن "ملتزم باستغلال مرفق عام كان يعتمد على أسلاك معدنية ممدودة تحت الماء في استغلال هذا المرفق، وقد تحطمت بسبب الزلزال، فتقدم الملتزم بطلب تعويض كاملا لإصلاح هذه الأسلاك، وذلك استنادا إلى نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي رفض تعويضه على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، واستند إلى نظرية الظروف الطارئة لمشاركة الدولة له في نفقات إصلاح هذه الأسلاك." أورده، د. لمياء هاشم سالم قبع، ص 124.

2 - راجع، د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 282

3 - للاطلاع على الأحكام القضائية الصادرة في هذا الشأن راجع ، د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 646، 647.

4 - فتوى قسم الرأي رقم 360، بتاريخ 1954/07/17، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء 18، ص 896.

- راجع أيضا في هذا الشأن : - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، في الطعن رقم 1186 لسنة 10 ق، جلسة 1976/11/25. - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، طعن رقم 877، لسنة 27 ق، جلسة 1984/01/21، أوردها: - د. هيثم حليم غازي، مرجع سابق، ص 116، 117.

ب- المخاطر الناجمة عن الإجراءات الإدارية الخاصة

من المخاطر الناجمة عن الإجراءات الإدارية الخاصة الأعمال المادية والظواهر الطبيعية كصدور أوامر بنقل أعمدة الكهرباء لاعتبارات السلامة العامة إذا ترتب على ذلك إخلال باقتصاديات العقد ولم تطبق نظرية عمل الأمير[1]، ومنها أيضا حالة ترحيل الإدارة لبعض المساجين من بعض السجون أو نقل بعض الجنود من منطقة إلى أخرى إذا أدى ذلك إلى قلب اقتصاديات العقد.[2]

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأن: "*الارتفاع الباهر في أسعار الزئبق، إن صح أنه كان متوقعا بالنسبة للعقد الثاني، فإن مدى هذا الارتفاع لم يكن في الوسع توقعه بالنسبة لذلك العقد، فقد كان السعر وقت التعاقد بالنسبة للعقد الثاني 2.880 جنيه، ثم وقت الشراء على حساب الشركة المدعية 4.50 جنيه، ومن ثم فإن نظرية الحوادث الطارئة تنطبق في هذه الحالة*".[3]

والجدير بالملاحظة أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصري اتجه في البداية إلى أن مناط تطبيق نظرية الظروف الطارئة، أن يكون الظرف مستقلا عن إرادة أطراف العقد، فيكون من عمل جهة إدارية غير جهة الإدارة المتعاقدة. [4]

إلا أنه تطور قضاء مجلس الدولة الفرنسي بعد ذلك[5]، حيث ذهب إلى إمكانية تطبيق نظرية الظروف الطارئة سواء كان الفعل أو الإجراء العام الذي سبب الضرر راجعا لجهة الإدارة المتعاقدة أو غيرها، في حالة عدم اكتمال تحقق شروط نظرية عمل الأمير في هذه الحالة. [6]

أما مجلس الدولة المصري فإنه كان يشترط أن يكون الإجراء صادر من جهة غير الجهة الإدارية المتعاقدة ، حيث قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه "*... تطبيق نظرية الظروف الطارئة يستلزم*

---

1 - C.E, 08 décembre, 1944, Ste, l'énergie industrielle, R.D.P, 1946, p 317.

2 - أنظر، سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 648.

3 - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، طعن رقم 2150، لسنة 6 ق، جلسة 1962/06/09، مجموعة مبادئ السنة السابعة، ص 1024.

4 - C.E, 15 juillet 1949, Ville d'Elbeuf, Rec., p 358.

- راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في 1968/05/11، مجموعة مبادئ السنة 13، ص 874.

5 - من ذلك:

-C.E, 08 décembre, 1944, Ste, l'énergie industrielle, R.D.P, 1946, p 317.

- C.E, 02 mars 1949, Ministère des travaux publics,

- أورده، د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 273.

6 - أنظر، د. عال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص 273.

أن تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية أو من عمل جهة إدارية غير الجهة المتعاقدة، او من عمل أي انسان آخر لم يكن في حسبان المتعاقد إبرام العقد."[1]

إلا انه تراجعت عن ذلك فيما بعد، حيث قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه *"...مقتضى نظرية الظروف الطارئة أن يطرأ خلال مدة تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية كانت أو اقتصادية سواء من عمل الجهة الإدارية المتعاقدة أو من غيرها لم تكن في حسبان المتعاقد عنه إبرام العقد ولا يملك لها دفعا ومن شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تخل معها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما..."* [2]

ثالثا: المقصود من حدوث الظرف الطارئ أثناء تنفيذ العقد.

مناط إعمال نظرية الظروف الطارئة، أن تقع تلك الظروف في المدى الزمني المحدد لتنفيذ العقد الإداري، وهذا الشرط منطقي ذلك لأن الظرف الطارئ إذا ما وقع بعد انقضاء تنفيذ المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته التعاقدية فإن لحق به ضررا يتيح له حق المطالبة بتعويض عنه.[3]

وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية بقضائها في الكثير من أحكامها من خلال اشتراطها لأن يكون الظرف الطارئ أثناء تنفيذ العقد. [4]

ومن المناسب إلقاء الضوء على حالة الظروف الطارئة التي تحدث قبل إبرام العقد أو بعد انتهاء المدة المحددة للتنفيذ.

01- الظروف التي تطرأ قبل إبرام العقد.

يدخل العقد حيز النفاذ بمجرد إبرامه، وإن لم يبدأ التنفيذ الفعلي للعقد، وبذلك يتعين إعمال نظرية الظروف الطارئة في هذه الحالة طالما أن الحدث الطارئ قد حصل بعد إبرام العقد، أما إذا كان قد حدث قبل إبرام العقد، ومع ذلك واصل المتعاقد عملية الإبرام، فإنه يكون قد قبل التنفيذ رغم هذا الحدث الطارئ، وليس له المطالبة فيما بعد بالتعويض استنادا إلى نظرية الظروف الطارئة.[5]

---

1 - راجع حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 1590 لسنة 45 ق، جلسة 2002/01/15، مجموعة كنوز، المحكمة الإدارية العليا، الجزء 8، ص 4991.

- راجع أيضا حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 3562 لسنة 29 ق، جلسة 1987/05/16، الذي سبق الإشارة إليه.

2 - حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 3879 لسنة 64 ق، جلسة 2006/05/09، غير منشور، أشار إليه د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 122.

3 - أنظر، د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، للمرجع السابق، ص 187.

4 - من ذلك : حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 1590 لسنة 45 ق، جلسة 2002/01/15، السابق الإشارة إليه - حكمها في الطعن رقم 3879 لسنة 64 ق، جلسة 2006/05/09، سبق الإشارة إليه

5 - أنظر، د. عال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص 274.

فالأصل أن القاضي لا يحكم بالتعويض عن الأضرار التي تنتج عن ظروف طرأت قبل إبرام العقد[1]، ولكن لما كان إبرام العقود يمر بمراحل وإجراءات متعددة تستغرق مدة من الزمن، ومن ثم إذا وقع الظرف الطارئ قبل تقديم العروض من قبل المترشحين، فيفترض علمهم بالظرف الطارئ والقبول به، ولا يجوز للمترشح الذي منحت له الصفقة بعد ذلك أن يطالب بالتعويض وتطبيق نظرية الظروف الطارئة بسببه.[2]

أما إذا طرأت الظروف في الفترة بين تقديم العروض وقبل توقيع العقد فعليا، ففي هذه الحالة طبق مجلس الدولة الفرنسي نظرية الظروف الطارئة وتم تعويض المتعاقد الذي تقدم بالعروض على الرغم من أن الظرف الطارئ حدث قبل التوقيع الفعلي للعقد. [3]

وأؤيد ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن، حيث أنه يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا تم توقيع العقد بعد حدوث الظرف الطارئ ويكون ذلك في حالة ما إذا الظرف الطارئ حدث قبل الاعلان المؤقت أو النهائي للصفقة، أو حتى قبل تقديم العروض من قبل المتعاقد، خاصة وأن المشرع ضمن تنظيم الصفقات العمومية خول للمصلحة المتعاقدة إمكانية تحيين الأسعار في حالة تمديد صلاحية العروض.[4]

02- الظروف التي تطرأ بعد انتهاء المدة المحددة للتنفيذ.

وفي هذا الصدد يثور التساؤل حول مدى تطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا ما وقع الظرف الطارئ بعد مضي المدة المحددة للعقد دون أن يكون المتعاقد قد أنهى تنفيذه ؟

ويرى الفقه[5] أنه لمعالجة هذه الحالة يجب التفرقة بين ما إذا كان تأخير المتعاقد بسبب خطئه، أو أن يكون تأخر المتعاقد في التنفيذ بسبب الإدارة، وقع الظرف الطارئ أثناء المدة الإضافية للمتعاقد، وهذا ما سوف يتم التفصيل فيه فيما يلي:

أ- تأخير المتعاقد في التنفيذ بسبب خطئه.

إذا تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد والوفاء بالتزاماته اتجاه الإدارة من دون ان يكون هناك أي سبب جدي ، يعد مقصرا، ومن ثم فلا تلتزم الإدارة في تحمل جزء من الضرر الذي أصابه بسبب الظروف الطارئة،

1 - CE 12 janvier 1938, Commune d'Antony, Recueil Lebon, p. 20.

2 - Voir, SHWEKAT Aiad, op .cit. p 228.

3 - CE 15 janvier 1932, Sté Les Limousins, Recueil Lebon, p. 64.

4 - راجع المواد 99، و 100 من المرسوم التنفيذي 15-247.

5 - راجع في ذلك على سبيل المثال: - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 656. - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الرجع السابق، ص 188، 189.

ومن ثم يتحمل بمفرده تبعة هذه الظروف، حيث كان بوسه أن يتفادى تلك الآثار ، لو كان حريصا على الوفاء بالتزاماته في الآجال المحددة بالعقد.[1]

وتأكيدا لذلك فقد رفضت المحكمة الإدارية العليا المصرية تطبيق نظرية الظروف الطارئة على متعاقد استغرق تنفيذه للمشروع المتعاقد عليه سنة وتسعة أشهر بدلا من ثلاثة أشهر ونصف المحددة لتنفيذه، حيث لم يتم تعويضه عن الارتفاع الكبير في الأسعار خلال المدة التي تجاوز فيها مدة التنفيذ.[2]

ب- وقوع الظرف الطارئ أثناء المدة الإضافية للعقد.

إذا منحت الإدارة للمتعاقد معها والذي تأخر في الوفاء بالتزاماته التعاقدية مدة إضافية ينفذ التزاماته خلالها، فإن تلك المدة تأخذ حكم مدة التنفيذ الأصلية، بحيث يؤدي وقوع الظرف الطارئ خلالها إلى تطبيق نظرية الظروف الطارئة، إذا تفرت بقية شروطها. [3]

وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى أنه "... إذا كانت الوزارة قد وافقت على امتداد المدة المحددة في العقد، ووقع الحادث الطارئ خلال الامتداد الذي سبق وأن وافت عليه الوزارة فيكون حكم المدة المحددة في العقد."[4]

ج- تأخير المتعاقد في التنفيذ بسبب الإدارة.

إذا كان تأخر المتعاقد في الوفاء بالتزاماته التعاقدي بسبب الإدارة فإن ذلك يشكل خطأ من جانبها، ومنه فإنها تتحمل بمفردها الآثار التي تترتب عليه، ولا يكون ذلك على أساس نظرية الظروف الطارئة، بل على أساس نظرية فعل الامير، حيث تلتزم الإدارة بتعويض المتعاقد معها تعويضا كاملا عن كامل الأضرار التي لحقت به.[5]

كما يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة في حالة تنفيذ العقد على حساب المتعاقد، فقيام الإدارة باللجوء الإدارة إلى هذا الإجراء لا يترتب عنه إنهاء الرابطة العقدية، بل هو في الحقيقة إجراء تستهدف به الإدارة ضمان حسن سير المرفق العام، وبالتالي يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة في هذه الحالة.[6]

---

1 - أنظر، د. عال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص 275.

2 - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 922/843 لسنة 261 ق، جلسة 1982/11/20، أورده، د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الرجع السابق، ص 188.

3 - أنظر، د. السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص 378.

4 - حكم المحكمة الإدارة العليا المصرية في الطعن رقم 1250، لسنة 56، جلسة 1962/06/09، المجموعة، للسنة السابعة، ص 1024.

5 - أنظر، د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الرجع السابق، ص 189.

6 - راجع في ذلك: - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم 843، 922، لسنة 26 ق، جلسة 1982/11/20، الذي سبق الإشارة إليه. ، وحكمها في الطعن رقم 2150 لسنة 6 ق، جلسة 1962/06/09، الذي سبق الإشارة إليه.

الفرع الثاني: خروج الظرف الطارئ عن إرادة المتعاقدين.

استقر الفقه والقضاء على أنه لابد من أجل إعمال نظرية الظروف الطارئة أن الظرف الطارئ الذي تسبب بخسارة للمتعاقد، وقلب اقتصاديات الصفقة خارج عن إرادة الطرفين المتعاقدين[1]

بمعنى أنه لا يجب أن يكون الظرف الطارئ راجعا إلى إرادة المتعاقد مع الإدارة، ذلك أنه لو كان هكذا فإن هذا المتعاقد يعتبر مخطئا ولا يجب أن يستفيد من تقصيره.[2]

وكذلك الحال بالنسبة للجهة الإدارية، حيث يستوجب لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن لا تكون هي المتسببة في حدوث هذا الظرف الطارئ بخطئها أو بفعلها، حيث تكون ملزمة في هذه الحالة بتعويض المتعاقد معها عما لحقه من ضرر.[3]

وإن كان يتفق معظم الفقهاء على أنه إذا كان الفعل الطارئ يعود إلى المصلحة المتعاقدة لا تطبق نظرية الظروف الطارئة، إلا أن هناك اختلاف في شأن الأساس الذي يعتمد عليه في تقرير التعويض في حالة عدم إعمال نظرية الظروف الطارئة.

فمنهم[4] من يرى أنه إذا كان الظرف الطارئ يعود لخطأ الإدارة المتعاقدة، جاز للمتعاقد أن يطالب بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية لا على أساس الظروف الطارئة.

ويوجد رأي[5] آخر يرى أنه إذا كان الظرف الطارئ بفعل الإدارة فإنه يتم تعويض المتعاقد عن الأضرار التي لحقت به على أساس نظرية فعل الأمير.

وقد ذهب بعض الفقه، إلى أن شرط ضرورة خروج الظرف الطارئ عن إرادة المتعاقدين لا يسري بالنسبة للسلطة الإدارية التي أبرمت العقد، فيجوز تطبيق نظرية الظروف الطارئة في الحالات التي تتخذ

---

1 - أنظر في ذلك: - د. هاشمي فوزية، ، المرجع السابق، ص 278.

- JEZE, Gaston, théorie générale des contrats de l'administration, R.D.P, 1932, p 244.

- DE LAUBADERE André, Traité des contrats administratifs, Op.cit. p. 102.

2 - أنظر، د. أيمن محمد جمعة، المرجع السابق، ص 601.

3 - أنظر، د. مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي، المرجع السابق، 145.

4 - أنظر في ذلك: - د. حازم بيومي المصري، التوازن في العقد الإداري الدولي، المرجع السابق ، ص 324.- د. عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 54. - د. هاشمي فوزية، المرجع السابق، ص 278.

5 - أنظر في ذلك: - د. محمد فؤاد عبد الباسط، الأعمال الإدارية القانونية، الكتاب الثاني، العقد الإداري، المرجع السابق، ص 428. - فتيحة حابي، النظام القانوني لصفقة إنجاز الأشغال العمومية، في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المعدل والمتمم، مذكرة ماجيستير، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2013، 227.

فيها الإدارة المتعاقدة إجراءات لا تتوفر فيها شروط نظرية عمل الامير وذلك لتمكين المتعاقد من السير في استغلال المرفق العام وتحقيق العدالة في تنفيذ العقد الإداري.[1]

وقد اتجه مجلس الدولة الفرنسي في أحكامه الحديثة بصدد تطبيق نظرية الظروف الطارئة وسمح للمتعاقد بالمطالبة بالتعويض استنادا لنظرية الظروف الطارئة إذا كان الفعل صادرا عن الجهة الإدارية المتعاقدة ما دام توافرت شروط تطبيق النظرية.[2]

وقد أقرت المحكمة الإدارية العليا المصرية في أحدى أحكامها بتطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا كان مرد الظروف الطارئة صادرا عن الجهة الإدارية المتعاقدة، ولم تتوفر شروط تطبيق نظرية عمل الامير[3]، إلا أنها ما لبث وأن عدلت عن هذا الاتجاه واشترطت استقلال الظرف الطارئ عن طرفي العقد وأن تكون صادرة عن غير جهة الغدارة المتعاقدة. [4]

وبحسب رأيي فإنني اتفق مع غالبية الفقه في كونه يجب أن لا تكون الإدارة المتعاقدة هي التي تسببت في إحداث هذا الظرف الطارئ، سواء كان ذلك بخطئها أو بفعلها، وبالتالي تكون ملزمة بمساعدة المتعاقد معها وتعويضه جزء من الخسارة التي لحقته، حتى تعيد التوازن المالي للعقد تضمن بذلك السير الحسن للمرفق العام، إلا انه فيما يخص الأساس القانوني الذي يستند عليه المتعاقد في هذه الحالة، أي في حالة ما إذا كانت الإدارة هي من تسببت في هذا الظرف الطارئ، ومنه عدم إمكانية تطبيق الظرف الطارئ، فهنا يجب التفرقة بين الحالات الآتية:

الحالة الأولى هي أن تكون الإدارة قد تسببت في حدوث الظرف الطارئ، بارتكابها خطأ، فهنا يكون تعويض المتعاقد عما لحقه من ضرر على أساس المسؤولية على أساس الخطأ.

أما الحالة الثانية والتي تكون الإدارة المتعاقدة قد تسببت في الظرف الطارئ بسبب فعلها، ومن دون خطأ، فهنا يتم تعويض المتعاقد على أساس المسؤولية بدون خطأ وذلك من خلال إعمال نظرية عمل الأمير إذا توفرت شروطها.

---

1 - أنظر في ذلك: - د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 654. - د. محمد فؤاد مهنا ، مبادئ وأحكام القانون الإداري، دون دار نشر، 1978 ص 736. - د. السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق ، ص 380. - د. عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد، أثر الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة على تنفيذ العقد الإداري، دار الولاء للطباعة والنشر، مصر، 1990، ص 57.

2 - CE 8 décembre 1944, Sté l'Energie industrielle, R.D.P, 1946, p. 317. Avec rapport de Monsieur Detton et Conclusions JEZE. Et CE 3 mars 1949, min .T.P. contre E.D.F, Dalloz 1953, p. 309.

3 - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، في الطعن رقم 1223 لسنة 27 ق. ع، جلسة 1984/02/18، الموسوعة الالكترونية لأحكام المحكمة الإدارية العليا، أورده، د. السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق ، ، ص 381.

4 - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، في الطعن رقم 1590، لسنة 45 ق.ع، جلسة 2002/01/10، الذي سبق الإشارة إليه. – حكم في الطعن رقم 4669، لسنة 41، ق. جلسة 1997/11/25، السابق الإشارة إليه.

وفي حالة عدم توافر شروط تطبيق نظرية عمل الأمير فإنه يجب تعويض المتعاقد على أساس نظرية الظروف الطارئة، فليس من العدل أن يتم تعويض المتعاقد مع الإدارة طبقا لنظرية الظروف الطارئة في حالة حدوث ظرف طارئ لا دخل لإرادة الإدارة في حدوثه، في حين يحرم من هذا الحق إذا ما كانت الإدارة المتعاقدة هي السبب في حدوثه.

الفرع الثالث: أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع ولا يمكن دفعه.

لإعمال نظرية الظروف الطارئة فإنه يتعين أن يكون الظرف الطارئ خارجا عن نطاق التوقعات المتعلقة بتنفيذ الإداري، بالإضافة إلى أنه يجب ألا يكون بوسع المتعاقد دفع هذا الظرف والحيلولة دون وقوعه، وهذا ما سوف يتم التفصيل فيه فيما يلي:

أولا: عدم التوقع.

يعتبر هذا الشرط من أهم شروط تطبيق النظرية، فهو الذي استمدت منه اسمها، فنظرية الظروف الطارئة تسمى أيضا بنظرية الظروف غير المتوقعة[1]، لذلك يجب لإعمال النظرية يجب أن يكون ما حدث طارئا وغير متوقع، لأن كل عقد يحتوي على بعض المخاطر التي يمكن توقعها وأخذا في الحسبان من قبل المتعاقدين، فإذا أغفل المتعاقد مع الإدارة ولم يراعها أثناء تقديم عرضه، وجب عليه تحمل مسؤوليته، وتحمل ما يترتب عليها من أعباء إضافية[2]، أما الظروف التي يفوق تقديرها أو توقعها كالزلازل والأزمات الاقتصادية، ففي هذه الحالة تطبق نظرية الظروف الاقتصادية.[3]

وقد عبر عن الحادث غير المتوقع مفوض الدولة الفرنسي Corneille، في قضية Fromassol، بقوله "هو الحادث الذي يتضاد مع كل الحسابات التي أجراها أطراف العقد أثناء ابرامه، والذي يتجاوز الحدود القصوى التي كان يتوقعها.[4]

ويتشدد مجلس الدولة الفرنسي في ضرورة توافر شرط عدم التوقع كأحد الشروط الواجب توافرها حتى يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة.[5]

1 - أنظر، د. أيمن محمد جمعة، المرجع السابق، ص 599.

2 - أنظر، د. بن شعبان علي، المرجع السابق، 198.

3 - أنظر، د. هاشمي فوزية، المرجع السابق، ص 279.

4 - C E, 03 décembre 1920, Fromassol, R.D.P, 1921, p 80.

5 -Voir par Exemples : - CE 4 novembre 1932, Sté Cau assainissement, Recueil Lebon, p. 916. - Et CE 10 mars 1948, Hospices de Vienne, A.J.D.A 1948, p. 331. - CE, 29 avril 1981, Bernard C. Ville de Nouméa, C.J.E.G, janvier 1982, p 09. - Et Voir également CE 20 mai 1994, Société Le Gardiennage industriel de La Seine, JCP 1994, p. 224.

وقد تطور قضاء مجلس الدولة الفرنسي حول تحديد محل عدم التوقع، ففي البداية وبسبب ظروف الحرب العالمية الاولى اشترط مجلس الدولة الفرنسي أن ينصب الظرف الطارئ على الحادث نفسه (الحرب) ، بصرف النظر عن إمكانية توقع أو عدم توقع آثاره.[1]

وهو نفس الاتجاه الذي اعتمدته المحكمة الإدارية العليا المصرية بالقول أنه إذا كان الظرف الطارئ نفسه متوقعا وآثاره غير متوقعة، فيكون بذلك توافر شرط عدم التوقع لتطبيق نظرية الظروف الطارئة حيث قضت أنه "... *إن الارتفاع الباهر في سعر الزئبق – إن صح أنه كان متوقعا بالنسبة للعقد الثاني– فإن مدى هذا الارتفاع لم يكن في الوسع توقعه بالنسبة لذلك العقد.*" [2]

إن شرط عدم التوقع في نظرية الظروف الطارئة لا يعني عدم توقع الحدث بالمطلق، فلا يوجد حدث أو ظرف غير متوقع بالمطلق، إنما المقصود بالحدث غير المتوقع أنه من غير الطبيعي أن يحدث ويقدر هذا الحدث بحسب ظروف كل قضية[3]، وتقدير كون الظرف الطارئ، أو آثاره متوقعا، أو غير متوقعا هو من المسائل الموضوعية التي تدخل في السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ، والذي يجب عليه أن يبحث في ظروف وطبيعة العقد ومدته، وعما إذا كان المتعاقد بذل أثناء ابرام العقد الجهد المعقول والضروري.[4]

وفيما يتعلق بتاريخ تقدير عدم التوقع فوفقا للقواعد العامة فإنه يعتد في هذا الصدد بتاريخ ابرام العقد، ولكن في مجال العقود الإدارية ونظرا لما تمر به من إجراءات، ووجود فارق زمني بين تاريخ التقدم بالعروض، وتاريخ توقيع العقد، ولذلك فإن تاريخ تقديم العروض قد يكون له اعتبار في بعض الاحيان لتقدير ما إذا كان الحادث أو الظرف الذي وقع بعد ذلك التاريخ متوقعا أم غير متوقع. [5]

وهو ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصري بقضائها"... *تتكون العقود التي تبرمها الإدارة في العادة من عملية أكثر تعقيدا منها في العقود المبرمة بين الأفراد، أشد أنواع هذا التعقيد بوجه خاص في الشق المتعلق بالتعبير عن إرادة جهة الإدارة التي تكون طرفا في العقد الإداري، كما يتكون العقد المدني من تلاقي رضاء كل من الطرفين المتعاقد رضاء الآخر، وإذا كان التعبير الصادر منه في نطاق القانون الخاص، إلا أن التعبير عن إرادة جهة الإدارة غالبا ما يتم في شكل عملية مركبة معقدة متشابكة، وقد*

---

1 - أنظر، د. رياض إلياس عيسى الجريسات، المرجع السابق، ص 189.

2 - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في القضية رقم 2150، الصادر بتاريخ 1962/06/09، الذي سبق الإشارة إليه.

- أنظر أيضا، فتوى الجمعة العمومية لقسم الفتوى والتشريع رقم 126، الصادرة في 1960/02/07، مجموعة فتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، مجموعة العقود، مبدا رقم 276، ض 176.

3 - أنظر، د. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 754.

4 - أنظر، د. محمد عبد العال السناري، الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود، دار النهضة العربية، دون سنة نشر، ص 61.

5 - أنظر، د. جمال عثمان جبريل، د. ابراهيم محمد علي، المرجع السابق، ص 410.

تكون على مراحل متعددة وفي فترات متلاحقة على حساب الأحوال، وعادة ما يسبق ذات التصرف الذي يتم بمقتضاه ابرام العقد الإداري طائفة من الإجراءات والتدابير التي تمهد وتهيئ لمولد ذلك التصرف الذي تعقبه طائفة أخرى من تدابير وإجراءات التصديق والاعتماد اللازم لإبرام العقد." [1]

ثانيا: عدم إمكانية الدفع.

بالإضافة إلى عدم توقع المتعاقد للظرف الطارئ، يشترط أيضا لأجل إعمال نظرية الظروف الطارئة أن يثبت إلى جواره عدم استطاعة المتعاقد دفع هذا الظرف أو مواجهته بالطرق العادية المألوفة، فإذا كان بإمكان المتعاقد أن يتوقى آثار هذا الظرف الطارئ، أو كان باستطاعته منع تفاقم الأضرار ولم يفعل، فلا يستحق تعويضا عما يخلفه الظرف الطارئ من أضرار.[2]

ومنه فإن تقاعس المتعاقد عن دفع الظرف الطارئ رغم قدرته على ذلك فإنه يكون بذلك قد أخل بالتزاماته التعاقدية، والتي تقتضي تنفيذ المتعاقد لالتزاماته بحسن نية.

ومعيار إمكانية تفادي الظرف الطارئ ودفعه هو معيار موضوعي بالقياس على الرجل العادي، وليس معيارا ذاتيا قوامه المتعاقد نفسه، فإذا كان بإمكان الرجل العادي الحريص تفادي ودفع الظرف الطارئ ونتائجه فلا يعد ظرفا طارئا ولا تطبق نظرية الظروف الطارئة. [3]

الفرع الرابع: أن يؤدي الظرف الطارئ إلى ارهاق المتعاقد وقلب اقتصاديات العقد.

يشترط الفقه والقضاء لأجل إعمال نظرية الظروف الطارئة أن يؤدي الظرف الطارئ إلى إصابة المتعاقد بخسائر فادحة تجاوز الخسائر العادية المألوفة، بحيث يترتب عليها قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب لدرجة أن يصبح تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية في ظله أمرا مرهقا للغاية.[4]

ومن ثم لا تطبق هذه النظرية على الخسائر البسيطة في الارباح، وإنما لكي يوجد مجال لتطبيق هذه النظرية يتعين أن يتجاوز الضرر الذي يلحق بالمتعاقد من جراء الضرف الطارئ الحدود المعقولة للظروف العادية التي يمكن تحملها، وأن يؤدي الظرف الطارئ إلى اختلال عميق وغير عادي في شروط

1 - حكم محكمة القضاء الإداري، الصادر لجلسة 1956/12/23، مجموعة مبادئ السنة 11، ص 106، أورده، د. هيثم حليم غازي ، ص 129.

2 - أنظر في ذلك: - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، المرجع السابق، ص 193. - د. يوسف بوشاشي، المرجع السابق، ص 119.

3 - أنظر، محمد عبد العال السناري، الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، المرجع السابق، ص 67.

4 - راجع في ذلك: - د. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247، القسم الثاني، المرجع السابق، ص 55. - د. عال الله جعفر عبد المالك الحمادي، المرجع السابق ، ص 279.

العقد[1]، بحيث يغشى ألا يتمكن المتعاقد مع الإدارة من القيام بتنفيذ التزاماته بشأن المرفق العام، فالخسارة البسيطة لا تكفي لتطبيق النظرية.[2]

وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي على شرط قلب اقتصاديات العقد في العديد من احكامه[3]، وهو ما أكدته أيضا المحكمة الإدارية العليا المصرية من خلال قضائها "*... يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن تطرأ أثناء مدة تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية او اقتصادية ...، ويشترط في هذه الظروف أن يكون من شأنها إنزال خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما..*" [4]

وقد اختلف الفقهاء في تحديد معيار قياس مدى تأثير الظرف الطارئ على اقتصاديات العقد، فمنهم من رأى أن هذا المعيار شخصي على أساس قدرة المتعاقد على تحمل الخسائر أو عدم تحملها، بحيث أنهم يرون أن هذا المعيار ليس جامد، بل يختلف تطبيقه من متعاقد إلى آخر، فثمة ظرف طارئ يؤدي إلى الإضرار بمتعاقد ويرهقه إرهاقا شديدا، وفي حالة أخرى قد لا يؤدي نفس الظرف إلى ذات النتيجة.[5]

ويستندون في ذلك على حكم المحكمة العليا المصرية الصادر في 1960/06/19 بقولها "*...إن مقتضى نظرية الظروف الطارئة أن يكون الظرف الطارئ أثقل وأشق كلفة مما قدره المتعاقدان تقديرا معقولا، بأن الخسارة الناشئة عنه والتي تلحق المتعاقد، فادحة واستثنائية تجاوز الخسارة العادية، بمعنى أنه إذا لم يترتب على الظرف الطارئ خسارة ما أو كانت الخسارة طفيفة بالنسبة إلى عناصر الضرر في مجموعه، أو أنحصر كل أثر الظرف الطارئ في تفويت فرصة الربح على المتعاقد فإنه لا يكون ثمة مجال لإعمال أحكام النظرية*".[6]

بينما يرى البعض الآخر أن المعيار في هذه الوضعية هو معيار موضوعي بحت، لا ينظر فيه إلى مدى تحمل المتعاقد شخصيا للخسارة المترتبة على الحادث الاستثنائي، وإنما على مدى تحمل الشخص العادي لآثار الصفقة ذاتها، فإن كانت الخسارة ترهق الشخص العادي تحقق الشرط حتى ولو كان ثراء

---

1 - أنظر،- د. أحمد سلامة بدر، المرجع السابق، ص 234.

2 - أنظر في ذلك: - د. محمد الصغير بعلي، القرارات والعقود الإدارية، المرجع السابق، 294. - د. حمد محمد حمد الشلماني، المرجع السابق، ص 247.

- RICCI Jean-Claude, droit administratif général, op.cit, p 334.

3 -12 mai 1982, Société des travaux publics et bâtiments, R.D.P, 1983, p 237. - CE, 10 octobre 1984, Ent cottin Jouneaux, R.D.P, 1985, p 223. - CE, 20 décembre 1985, Administration générale de l'assistance publique à paris, R.D.P, p 1727.

4 - حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 2541 لسنة 29 ق، بتاريخ 1985/11/30، المجموعة ص 210، وحكمها في الطعن رقم 3562 لسنة 29 ق ع جلسة 1987/05/16، السابق الإشارة إليه.

5 - أنظر في ذلك: - جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 292، 293. - د. حازم بيومي المصري، المرجع السابق، ص 333. - د لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق، ص 140.

6 - حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بتاريخ 1960/06/19، المجموعة ، س 14 ق، ص 261، أورده د. جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص 293.

المدين وسعة معاملاته الناجحة الأخرى تجعل من الهين عليه تحمل تلك الخسارة رغم فداحتها، على كون أن النظرية ترمي إلى التخفيف من اختلال التوازن الاقتصادي بين الحقوق والالتزامات طرفي العقد. [1]

ومن وجهة نظري فإنني أؤيد ما ذهب إليه الرأي الثاني باعتبار معيار إرهاق المتعاقد هو معيار موضوعي، والذي يحقق المساواة بين المتعاقدين في حالة وقوع الظروف الطارئة، حيث أن وحدة المعيار المطبق تجعل القاضي الإداري يمنح أو يمنع التعويض بناء على قدرات الشخص المعتاد، كما أن المعيار الموضوعي يسهل الأمر على القاضي في إيجاد واقعة الإرهاق بالقياس على الشخص العادي، فالقول بالمعيار الشخصي قد لا يمكن القاضي من بحث كافة قدرات المتعاقد وظروفه، مما يوسع من السلطة التقديرية للقاضي في منح التعويض، والتي قد تكون على خلاف الواقع.

وفيما يتعلق بتقدير مدى الإرهاق المهدد بخسارة فادحة الذي أصاب المتعاقد جراء الحادث الطارئ هو من المسائل التي تدخل في السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ومن ثم فإن معيار قلب اقتصاديات العقد هو معيار نسبي يقدر في كل حالة على حدة ويخضع لاعتبارات عديدة، وهو ما أقره مجلس الدولة الفرنسي من خلال الاعتداد برقم الأعمال الخاصة بالشركة المتعاقدة ومقدار احتياطاتها، ومدى سهولة حصولها على الاموال اللازمة لممارسة نشاطها.[2]

وهو ما انتهت إليه المحكمة الإدارية العليا المصرية بقولها "*... يجب أن يدخل في الحساب جميع عناصر العقد التي تؤثر في اقتصادياته واعتبار العقد وحدة بحيث يفحص في مجموعه أن ينظر إلى أحد عناصره فقط بل يكون ذلك بمراعاة جميع العناصر التي يتألف منها، إذ قد يكون بعض هذه العناصر مجزيا ومعوضا عن العناصر الأخرى، والتي أدت إلى الخسارة، ومن ثم فإن انقلاب اقتصاديات العقد مسألة لا تظهر ولا يمكن التحقق من وجودها إلا بعد إنجاز جميع الأعمال المتعلقة بالعقد*.[3]

ويوجد من الفقه من يشترط أيضا لإمكان تطبيق الظروف الطارئة أن يستمر المتعاقد رغم الظرف الطارئ في تنفيذ العقد الإداري، وذلك حرصا على مبدأ دوام سير المرافق العامة الذي من أجله أقام القضاء نظرية الظروف الطارئة نفسها[4]، إلا أنه يوجد من الفقه[5] من يعتبر استمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته بمثابة الآثار التي تترتب عن نظرية الظروف الطارئة، والذي سيتم التفصيل فيه لاحقا.

---

1 - أنظر في ذلك: - د. محمد ماهر أبو العينين، القاضي الإداري وتطبيقات قانون المزايدات والمناقصات، المرجع السابق، ص 153. - د. السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع لسابق، ص 383.

2 - CE 8 novembre 1944, Cie Chemins de fer d'Enghien, Recueil Lebon, p. 657.

3 - حكم المحكمة الإدارية العليا، في الطعن رقم 46 لسنة 14 ق.ع، لجلسة 1972/06/17، أورده، د. أحمد سلامة بدر، المرجع السابق ، ص 235.

4 - أنظر في ذلك: - د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 601. – د. محمد شعبان الدرهوبي، المرجع السابق، ص 140.

5 - راجع في ذلك: - د. خليل صالح السامرائي، عقد الأشغال العامة، المرجع السابق، ص 248. - د. محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 295.

المطلب الرابع: الآثار المترتبة على تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

لمى كانت نظرية الظروف الطارئة تستهدف مصلحة المرافق العامة والتي تقتضي تمكين المتعاقد من تنفيذ التزاماته التعاقدية، فإن ذلك يستوجب على الإدارة أن تمد يد العون للمتعاقد معها لتمكينه من الاستمرار في تنفيذ التزاماته، والإدارة في هذه الحالة لا تقدم تعويضا كاملا عن الخسارة التي لحقت بالمتعاقد معها، وإنما تقدم له عونا مؤقتا من أجل مساعدته على أداء التزاماته، وعلى ذلك يترتب على إعمال نظرية الظروف الطارئة إذا توافرت شروطها استمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية (الفرع الاول) ، وحق المتعاقد في الحصول على تعويض جزئي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التزام المتعاقد بالاستمرار في التنفيذ

إن وجود الظرف الطارئ لا يؤدي إلى توقف المتعاقد مع الإدارة عن أداء الالتزامات المترتبة على العقد، ومن ثم لا يعفى المتعاقد مع الإدارة من الوفاء بالتزاماته التعاقدية على الرغم من أن الظرف الطارئ أدى إلى ارهاق المتعاقد، حيث أن تنفيذ الالتزام لايزال ممكنا ولم يصبح مستحيلا، فلا يعفى المتعاقد من أداء التزاماته إلا عند حدوث القوة القاهرة.[1]

ويعتبر هذا الأثر هو أهم ما بميز نظرية الظروف الطارئة عن نظرية القوة القاهرة، كما يعد هذا الالتزام هو الهدف من تطبيق نظرية الظروف الطارئة، حيث أن مشاركة الإدارة في تحمل جزء من خسارة المتعاقد يهدف إلى معاونته للاستمرار في تنفيذ التزاماته حتى يستمر المرفق العام في أداء خدماته.[2]

فأساس أثر نظرية الظروف الطارئة يرجع لواجب استمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية إلى فكرة المرفق العام الذي هو محل العقد، والمبادئ التي تحكمه، والتي من أهمها استمرار سير المرفق العام بانتظام واضطراد [3]، ومن ثم فإن المتعاقد ملزم بمتابعة تنفيذ العقد تحت طائلة المسؤولية العقدية[4]

حيث أن مجلس الدول الفرنسي عند وضع النظرية كان يهدف ورائها استمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية تحقيقا للمصلحة العامة، وذلك من خلال المحافظة على سير المرافق العامة بانتظام وإطراد، ولذلك فإن بقاء التزامات المتعاقد كما هي نتيجة منطقية عند حدوث الظرف الطارئ.[5]

وفيما يتعلق بتطبيق نظرية الظروف الطارئة في حالة توقف المتعاقد عن الوفاء بالتزاماته التعاقدية، فإن مجلس الدولة الفرنسي اتبع مواقف متباينة، ففي بعض الحالات حكم برفض التعويض استنادا لنظرية

---

1 - أنظر، د. أحمد سلامة بدر، المرجع السابق، ص 236.

2 - أنظر، د. السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص 387.

3 - أنظر، د. رياض إلياس عيسى الجريسات، المرجع السابق، ص 194.

4 - أنظر، د. علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ص 106.

5 - أنظر، د. جمال عثمان جبريل، د. ابراهيم محمد علي، المرجع السابق، ص 418.

الظروف الطارئة، وذلك بسبب توقف المتعاقد عن تنفيذ التزاماته العقدية، ما دام تنفيذ هذه الالتزامات ممكننا.[1]

وفي أحيان أخرى حكم بالتعويض للمتعاقد المتعاقد استنادا إلى نظرية الظروف الطارئة على الرغم من توقف المتعاقد عن التنفيذ، وذلك عندما قدر صعوبة الظروف التي تعرض لها المتعاقد، ولكن تم خصم من قيمة التعويض قيمة غرامات التأخير التي وقعتها الإدارة على المتعاقد.[2]

وقد قضت المحكمة العليا في مصر بالتعويض بناء على نظرية الظروف الطارئة رغم توقفه عن متابعة تنفيذ التزاماته التعاقدية في بادئ الأمر، حيث قضت بأن قيام الإدارة بشراء الزئبق في عقد التوريد الذي توقف فيه المتعاقد على التوريد نتيجة ارتفاع أسعار الزئبق، هذا الشراء من جانب الإدارة بالأسعار المرتفعة على حسابها يفترض استمرار العقد منتجا لآثاره، وقضت بأنه يقع على عاتق الشركة غرامة التأخير والمصاريف الإدارية التي تكبدتها الوزارة في عملية الشراء، وذلك مع تطبيق نظرية الظروف الطارئة.[3]

إلا أن قضاء المحكمة الإدارية العليا المصرية غير من موقفه بعد ذلك، حيث أكد على أنه لا تطبق نظرية الظروف الطارئة في حالة توقف المتعاقد عن تنفيذ التزاماته، وذلك في الكثير من أحكامه، حيث قضت *"... ولما كان العقد الإداري يتعلق بمرفق عام، فلا يسوغ للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق وبحجة أن ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلى الاخلال بالوفاء بأحد التزاماتها قبله، بل يتعين ازاء هذه الاعتبارات أن يستمر في التنفيذ ما دام ذلك في استطاعته."* [4]

وقد أكدت هذا الاتجاه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة، حيث أفتت بأنه *"... فإذا توقف المتعاقد عن تنفيذ العقد المبرم بينه وبين جهة الإدارة بعد أن نفذ جزء منه فإن دواعي تطبيق نظرية الظروف الطارئة تختلف بالنسبة له إذا كان يتعين عليه أن يستمر في التنفيذ حتى يحتفظ بحقه في المطالبة بتطبيق تلك النظرية"*.[5]

---

1 - CE 10 avril 1923, Sté d'éclairage d'Oloron, Recueil Lebon, p. 682.

- CE, 9 mars 1928, scieries africaines, R.D.P, 1928, p 328.

2 - CE 13 novembre 1953, Charnit et Collet, AJDA 1954, p. 66.

- CE 29 janvier 1958, Rec., p 50,

3 - حكم المحكمة الإدارية المصرية بتاريخ 1962/06/09، الذي سبق الإشارة إليه.

4 - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، في الطعن رقم 767، بتاريخ 1969/07/05، السنة 11 ق. ع. المجموعة، ص 932.

5 - فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، ملف 702/02/32، جلسة 1980/02/06، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء 18، ص 902.

كما أن غالبية الفقه يرى أنه في حالة توقف المتعاقد عن تنفيذ التزاماته بسبب الظرف الطارئ فلا يكون له حق المطالبة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة حتى ولو توافرت شروطها، بل يحق للإدارة توقيع عليه الجزاءات المناسبة.[1]

إلا أنه بالرغم مما تقدم فإذا تحول الظرف الطارئ إلى قوة قاهرة في خلال فترة قصيرة من الزمن واستحال تنفيذ المتعاقد مع الإدارة لالتزاماته، فعندئذ يجوز للمتعاقد أن يتوقف عن التنفيذ خلال تلك الفترة، ويتعين عليه أن يعاود التنفيذ فور زوال القوة القاهرة التي حالت بينه وبين تنفيذه لالتزاماته، وإلا كان سقط حقه في الاستفادة من نظرية الظروف الطارئة وآثارها.[2]

أما إذا ثبت استحالة زوال الظرف الطارئ، وعجز الطرفان للوصول إلى حل من شأنه عودة التوازن المالي، فإنه يحق لأي منهما الحق في أن يطلب من القاضي فسخ العقد، وقد يصحب الفسخ الحكم بالتعويض.[3]

الفرع الثاني: التزام الإدارة بتعويض المتعاقد معها جزئيا.

إن التزام المتعاقد بالاستمرار في التزاماته العقدية يقابله التزام الإدارة المتعاقدة معه بتحمل جزء من الخسارة التي ألحقها به الظرف الطارئ لمساعدته للاستمرار في تنفيذ العقد ضمانا لاستمرار المرفق العام، فالتزام الإدارة بتعويض المتعاقد يعتبر في ذات الوقت حق للمتعاقد في الحصول على معاونة مالية لمواجهة الظروف التي طرأت أثناء تنفيذ العقد حتى يتمكن من الاستمرار في التنفيذ وضمان استمرار المرفق بانتظام. [4]

وفي هذه الخصوصية تختلف نظرية الظروف الطارئة في القانون الخاص عنها في القانون الإداري اختلافا جوهريا، ومرجع هذا الاختلاف إلى سلطة القاضي في كل من القانونين، ففي نطاق القانون الخاص يستطيع القاضي أن يعدل من التزامات المتعاقدين، في حين أن القاضي الإداري لا يستطيع في القانون الإداري أن يحكم إلا بالتعويض.[5]

---

1 - أنظر في ذلك على سبيل المثال: - د. بن شعبان علي، المرجع السابق، ص 204. - د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق ، ص 137. - د. رياض إلياس عيسى الجريسات، المرجع السابق، ص 195.

- TAGEN Ragab, l'équilibre financier des contrats administratifs, op. cit, p 146.

2 - أنظر، د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 138.

3 - أنظر، د. ابراهيم الشهاوي، عقود امتياز المرافق العامة BOT، دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث، مصر، الطبعة الأولى، 2011 ، ص 382، 383.

4 - SHWEKAT Aiad, op .cit. p 232.

5 - أنظر في ذلك: - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 664. - د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 227.

ويقتضي البحث في التزام الإدارة بالتعويض بناء على نظرية الظروف الطارئة التطرق إلى سلطات القاضي الإداري في مواجهة الظروف الطارئة، ثم نطاق التعويض المستحق للمتعقد مع الإدارة، ومن ثم التنظيم الاتفاقي للتعويض في مواجهة الظروف الطارئة.

أولا: سلطات القاضي الإداري في مواجهة الظروف الطارئة.

سبقت الإشارة إلى أنه ليس للقاضي أن يعدل من أحكام بنفسه بدون رضى أطراف العقد لإعادة التوازن المالي إليه، كما هو الحال في قواعد القانون الخاص التي تجيز للقاضي أن يعدل في التزامات المتعاقدين المحددة في شروط العقد في حالة الظروف الطارئة.[1]

فالقاضي الإداري لا يملك سلطة تعديل العقد كما يملك القاضي المدني، ومن ثم تنحصر سلطته في مواجهة الظروف الطارئة في الحكم بالتعويض[2]، وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي في العديد من أحكامه.[3]

وعلى الرغم من وضوح مبدا اقتصار سلطة القاضي الإداري على الحكم بالتعويض، فإن محكمة القضاء الإداري في مصر خرجت على هذا المبدأ وقضت بتعديل شروط العقد، حيث جاء في حيثيات هذا الحكم أنه "... لما كانت الظروف أو الحوادث الطارئة التي أجاز القانون بالاستناد إليها للقاضي تعديل الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، تصلح سببا للادعاء بتعديل العقد أثناء تنفيذه..."[4]

لكن المحكمة الإدارية العليا في مصر لم تساير هذا الاتجاه، حيث قضت بإلغاء حكم محكمة القضاء الإداري الذي تضمن تعديلا لشروط العقد، وأسست قضائها على أن تعديل شروط العقد بسبب حادث طارئ لا يملكه القاضي الإداري، وحكمت بالتعويض الجزئي إعمالا لنظرية الظروف الطارئة.[5]

---

1 - راجع لمزيد من التفصيل ، د. يوسف بوشاشي، المرجع السابق، ص 115.

وقد نصت المادة 3/107 من القانون المدني الجزائري على أنه " *غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعات لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على ذلك*".

2 - DE LAUBADERE André, Traité des contrats administratifs, op.cit. p.133.

3 - CE, 12 mars 1976, Département des Hautes – Pyrénées, Rec., p. 155. Et - CE 19 février 1926, Gaz de la Ciotat, Recueil Lebon, p. 197. Et - CE 23 juin 1926, Cie générale pour l'éclairage, Recueil Lebon, p. 637.

4 - حكم محكمة القضاء الإداري في مصر بتاريخ 1960/07/14، س 14، ص 94.

5 - حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ 1968/05/11، س 13، ص 874.

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي استطاع أن يصل إلى حل في هذا المجال، وذلك عن طريق دعوة كل من الإدارة والمتعاقد إلى محاولة الاتفاق الودي، فإذا فشل الطرفان في الوصول إلى هذا الاتفاق، فليس أمام القاضي الإداري إلا سبيل واحد، وهو الحكم بالتعويض[1]، ولذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي يعلق الحكم بالتعويض على شرط عدم وجود اتفاق بين الطرفين (défaut d'accord amiable).[2]

وكما سبق وأن تمت الإشارة إليه فلقد تبنى المشرع الجزائري نظرية الظروف، حيث ورد صراحة في المرسوم الرئاسي 15-247 إمكانية إعادة التوازن المالي في إطار الملحق ودون حاجة للخضوع لهيئات الرقابة الخارجية.[3]

هذا وقد نصت المادة 109/ 02 من دفتر البنود الإدارية المصادق عليه بموجب المرسوم التنفيذي 21-219 على أنه تستلزم هذه الوضعية – وضعية حالة عدم التوقع التي تؤدي إلى أن يصبح الالتزام مكلفا للغاية بشكل يؤدي بالمدين إلى تكبد خسارة كبيرة – اللجوء إلى قواعد موجهة لوضح حد لحالة عدم التوقع، وذلك بالتخفيف بصفة معقولة من الالتزام المبالغ فيه.

ومنه فإن المشرع الجزائري راعى الظروف الطارئة والإرهاق المالي للمتعامل المتعاقد وأجاز إعادة التوازن المالي في إطار حل ودي كلما سمح هذا الحل بإيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف [4]، وحسنا فعل المشرع الجزائري حين أقر مبدأ الحل الودي لحسم المنازعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية من خلال تمكين الطرفان المتعاقدان من إعادة النظر في الأحكام المالية للصفقة بما يعيد التوازن المالي للعقد، هذا الحل الودي الذي أقره المشرع من شأنه تخفيف الارهاق الذي وقع على المتعامل المتعاقد، الامر الذي يدفعه أكثر للوفاء بالتزاماته وبمواصلة التنفيذ [5]، ومنه ضمان استمرار المرفق العام بانتظام.

---

1 - أنظر، د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 665.

2 - وقد طبق مجلس الدولة ذلك في أول حكم وضع به أسس النظرية في قضية غاز بوردو التي سبق الإشارة إليها، حيث ورد بحيثيات الحكم :

« Il y a lieu de renvoyer les parties devant le conseil de préfecture, auquel il appartiendra, si elles ne parviennent pas à se mettre d'accord sur les conditions spéciales dans lesquelles la compagnie pourra continuer le service, de déterminer en tentant compte de tous les faits de la cause le montant de l'indemnité à laquelle la compagnie droit ».

3 - حيث تنص المادة 2/153 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أنهى " *يجب على المصلحة المتعاقدة، دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة أعلاه، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي:- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين، - التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة، - الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة.*"

4 - أنظر، أ. بن عبد المالك بوفلجة، النظام القانوني للتعويض في العقود الإدارية، قراءة في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم 15- 247، دفاتر السياسة والقانون، العدد 17، 2017، ص 123.

5 - أنظر، د. عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 51.

ثانيا: نطاق التعويض المستحق للمتعاقد مع الإدارة.

إن التعويض المترتب للمتعاقد نتيجة الظروف الطارئة هو تعويض جزئي عن الخسارة التي لحقت به في الفترة اختل فيها العقد إلى حين استعادة التوازن المالي بالتغلب على الظرف الاستثنائي الذي أدى إلى الاختلال الحاصل، لأن اهدف من النظرية هو توزيع عبئ الخسارة المترتبة عن الظرف الطارئ بين المتعاقد والإدارة، لتمكين المتعاقد من الاستمرار في تنفيذ العقد حتى لا يتأثر حسن سير المرفق العام.[1]

لذلك يقتضي بحث نطاق التعويض المستحق للمتعاقد استنادا لنظرية الظروف الطارئة تحديد فترة سريان الظرف الطارئ اولا، ومن ثم حساب الخسائر وتوزيعها بين المتعاقد والإدارة.

01- تحديد فترة سريان الظرف الطارئ.

إن تحديد تاريخ بداية تاريخ الظرف الطارئ له أهمية من الناحية العملية، كون أن حساب الخسائر التي يجوز المطالبة بالتعويض عنها على أساس نظرية الظروف الطارئة يسري من ذلك التاريخ.[2]

ويميز القضاء الفرنسي بين تاريخ وقوع الظرف الطارئ وتاريخ المطالبة بالتعويض عنه، حيث أنه يعتد بتاريخ وقوع الحادث الطارئ، الذي يبدأ منذ اللحظة التي يتجاوز فيها ارتفاع الأسعار الحد الأقصى الذي كان يمكن توقعه عند ابرام العقد.[3]

02- حساب الخسائر التي لحقت بالمتعاقد بسبب الظرف الطارئ.

حيث أن تقدير التعويض لا يشمل كل الخسائر، بل يكون تعويضا جزئيا، بحيث يتحمل المتعاقد جزئا من تلك الخسائر وتتحمل الإدارة الجزء الاكبر، وينبغي أن تون الخسائر المترتبة على الظروف الطارئة واضحة وجسيمة وغير عادية. [4]

ويتم تقدير الخسائر التي تلحق بالمتعاقد للفترة التي يستمر فيها الظرف الطارئ على أساس مجوعة من الاعتبارات أهمها[5]:

---

1 - أنظر، د. بن شعبان علي، المرجع السابق، ص 198.

2 - أنظر، د. سليمان الطماوي، المرجع الساب، ص 669.

3 - CE, 3 Janvier 1936, commune de Turase, Rec., p 06. Et – CE, 21 Novembre, 1947, petot, Rec., p 647.

4 - أنظر ، د. ابراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي، المرجع السابق، ص 325.

5 - للاطلاع على مزيد من الاعتبارات التي أوردها الفقه في هذا الشأن راجع في ذلك: - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 671، 672. - د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 142، 143. - د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 773، 774.

- SHWEKAT Aiad, op .cit. p 233.

أ- عند حساب الأعباء غير التعاقدية لا يعتد بين الحد الأقصى للأسعار والأسعار الجديدة، بل يتم الاعتداد بالفارق بين الأسعار الفعلية التي تم الاتفاق عليها في العقد والأسعار الجديدة الناشئة عن الظرف الطارئ.[1]

ب- النتائج الفعلية لاستغلال المشروع موضوع التعاقد، حيث لا يجوز أن يدخل في حساب أرباح المتعاقد وخسائره ما كان يمكن أن يعود عليه لو أنه قام بعمل معين[2]، ويخصم من قيمة الخسائر الفعلية التي تحملها المتعاقد نتيجة الظرف الطارئ ما يرجع إلى أخطائه في تنفيذ العقد، كإهماله أو عدم اتباعه للوسائل الفنية المعمول بها في التنفيذ.[3]

ج- لا يدخل في حساب الخسائر الأرباح التي حققها المتعاقد قبل حلول الظرف الطارئ، كما أنه عند حساب تلك الخسائر يجب أن يستبعد من تقدير الأرباح المحتملة في المستقبل، والتي قد يجنيها المتعاقد عقب زوال الظرف الطارئ.[4]

د- لا توضع بعين الاعتبار الخسائر التي يكون المتعاقد قد تحملها قبل بداية الظرف الطارئ، بل يتحملها المتعاقد، وتدخل ضمن المخاطر التي يتعرض لها المتعاقد عادة.[5]

03- توزيع الخسائر التي لحقت بالمتعاقد بسبب الظرف الطارئ بين المتعاقد والإدارة.

يعتبر هذا الأثر من أبرز ما يميز نظرية الظروف الطارئة في مجال إعادة التوازن المالي للعقد، حيث يتم توزيع الخسائر ما بين المتعاقد والإدارة على خلاف نظريات التوازن الاخرى، والتي يتحصل فيها المتعاقد على تعويض كامل عما أصابه من ضرر، وتتحمل الإدارة وحدها جبر هذه الأضرار.[6]

أما التعويض الذي يتحصل عليه المتعاقد مع الإدارة تطبيقا لنظري الظروف الطارئة ليس إلا مساعدة تقدمها الإدارة المتعاقدة للمتعاقد معها ليتمكن من الاستمرار في تنفيذ العقد تحقيقا للمصلحة العامة والسير الحسن للمرفق العام.[7]

---

1 - أنظر، د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 774.

2 - CE 30 mars 1933, Ville d'Oran, Recueil Lebon, p. 379. Et CE 27 novembre 1931, Tramway de Besançon, Recueil Lebon, p. 1063.

3 - CE, 18 Avril 1959, société industrielle de travaux d'assainissement et d'urbanisme et ville de Nive, Rec., p 216.

4 - CE, 27 juin 1919, Gaz de Nice, conclu. Riboulet, not Hauriou, 18 janvier 1924, ville de Paris, Rec., p 58.

5 - CE 08 août 1924, Gare de Brive, Recueil Lebon, p. 818.

6 - أنظر، د. السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص 391.

7 - أنظر، د. أمل لطفي حسن جاب الله، المرجع السابق ، ص 334.

فالإدارة لا تتحمل وحدها الأعباء غير التعاقدية التي تترتب على الظرف الطارئ، بل يتم توزيع هذه الأعباء بينها وبين المتعاقد.[1]

ولقد استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي[2] على تحميل المتعاقد جانب من الأعباء تطبيقا لنظرية الظروف الطارئة، ومن حيث توزيع الأعباء ونسبة المشاركة في الخسائر استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على تحمل الإدارة النصيب الأكبر من الخسائر وتحمل المتعاقد قدرا يسيرا منها. [3]

كما استقرت أحكام القضاء الإداري المصري أيضا على توزيع الخسائر بين الإدارة والمتعاقد معها تطبيقا لنظرية الظروف الطارئة.[4]

ويخضع تقدير التعويض للسلطة التقديرية للقاضي، والذي يجب عليه أن يأخذ في الاعتبار عند تقديره للتعويض جميع عناصر العقد التي تؤثر في اقتصادياته، وموقف المتعاقد في مواجهة الظرف الطارئ ومدى محاولته التغلب عليه، والحالة الاقتصادية العامة للمشروع ومدى الاستقرار الاقتصادي، وغيرها من الظروف التي تحيط بتنفيذ العقد والظرف الطارئ.[5]

وتجدر الإشارة إلى أن تقدير الخسائر والتعويضات المناسبة لأجل مواجهة الظروف الطارئة هي مسألة فنية وفي الغالب يلجأ القضاة إلى الاستعانة بخبراء قضائيين متخصصين في هذا الشأن. [6]

ثالثا: التنظيم الاتفاقي للتعويض في مواجهة الظروف الطارئة.

قد تضمن الإدارة عقودها بعض الشروط لمواجهة الظروف التي قد تطرأ في المستقبل، وتؤدي إلى إرهاق المتعاقد، ويمكن أن نميز في هذا الشأن بين نوعين من الشروط، النوع الاول يتضمن الشروط التعاقدية التي تؤدي إلى الإعفاء المطلق للإدارة من المسؤولية عن الظروف، أما النوع الثاني فيتضمن الشروط التعاقدية التي تتوقع الظرف الطارئ وتحدد الشروط على أساس معين، هذا وقد تتضمن الشروط الاتفاقية بنود يتم من خلالها تنظيم آثار الظروف الطارئة، أو تمنح المتعاقد الحق في طلب الفسخ، وسيتم التفصيل في كل من هذه الشروط على النحو التالي:

---

1 - أنظر، د. حسن عبد الله حسن، المرجع السابق، ص 237.

2 - CE, 04 Mars 1949, ville de Toulon, Rec., p 467. Et CE, 9 Mai 1962 ville de Bastia, Rec., p 703.

3 - PEQUIGNOT Georges, Théorie générale des contrats administratifs, Op.cit, p. 483. Et CE 8 novembre 1935, Ville de Lagny-sur-Marne, Recueil Lebon, p. 1026.

4 - حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، الطعن رقم 549 لسنة 35 ق، جلسة 1993/4/4، وحكمها في الطعن رقم 3562 لسنة 29 ق، جلسة 1987/05/16، أوردها، د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 144.

5 - أنظر، د. محمد أبو بكر عبد المقصود، المرجع السابق، ص 42.

6 - أنظر، د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق، ص 199.

01- الشروط التي تؤدي إلى الإعفاء المطلق للإدارة من المسؤولية:

قد يتضمن العقد الإداري شرطا يتنازل بمقتضاه المتعاقد معها مسبقا عن حقه في المطالبة بالتعويض عن الظروف التي قد تطرأ بعد العقد.[1]

ومن هنا يثور التساؤل حول مشروعية هذه الشروط، وهل يجب الأخذ بهذا الشرط على أساس أنها تمثل الإرادة المشتركة للمتعاقدين، ومن ثم لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة المطالبة بالتعويض استنادا إلى نظرية الظروف الطارئة، أم أنها تعد شروطا غير مشروعة ولا يجوز العمل بها ؟

على الرغم من وجود بعض الأحكام القديمة لمجلس الدولة الفرنسي التي رفضت الحكم بالتعويض للمتعاقد استنادا على نظرية الظروف الطارئة لوجود شروط الإعفاء من المسؤولية، لكون أن هذه الشروط تتفق مع النية المشتركة لأطراف العقد. [2]

إلا أن قضاء مجلس الدولة الفرنسي استقر على عدم شرعية الشروط التي تضمنت عدم مسؤولية الإدارة عن المخاطر التي يتعرض لها المتعاقد خلال تنفيذ العقد الإداري، وقضى بالتعويض للمتعاقد استنادا على الظروف الطارئة. [3]

وقد أكدت محكمة القضاء الإداري المصري على عدم شرعية شرط عدم مسؤولية الإدارة، حيث قضت بأنه "*... جهة الإدارة لا تملك أن تضع شرطا يحول بين المتعاقد وبين التمسك بالقوة القاهرة أو الظروف الطارئة إذا وقع أيهما وتكاملت شرائطه، فشرط إعفاء جهة الغدارة من المسؤولية في الظرف الطارئ يعد غير مشروع ولا يمكن الاعتداد به*".[4]

وهناك إجماع من قبل الفقه [5] على أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الإدارية يعد من النظام العام، ومن ثم عدم مشروعية تضمين العقود الإدارية أية شروط تعفي الإدارة من المسؤولية في مواجهة المتعاقد معها، وعلى ذلك لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها.

---

1 - أنظر، د. أمل لطفي حسن جاب الله، المرجع السابق، ص 343.

2 - CE, 02 Février 1923, Ville de Châteaudun.
- أشار إليه، د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 779..

3 - CE, 10 Mars 1948, Hospices de Vienne, A.J.D.A , 1948, p 31.

4 - حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في 1960/04/14، مجموعة السنة 14، ص 36.

5 - أنظر في ذلك: - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 682. - د.سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية ، دار النهضة العربية، مصر، 2005، ص 190. - أنظر، د. دالي بشير، سلطة القاضي في تحقيق التوازن العقدي في إطار نظرية الظروف الطارئة، مجلة القانون، العدد السادس، جوان 2016، ص 140.

- RICCI Jean-Claude, droit administratif général, op.cit, p 235.
- FOILLARD Philippe, Droit administratif, op.cit. p. 241.
- DE LAUBADERE André. Traité théorique et pratique des contrats administratifs, op .cit, p 110.

ومما سبق يتضح أن الشروط الخاصة بالإعفاء المطلق للإدارة من المسؤولية عن الظروف الطارئة تعتبر شروطا غير مشروعة، ومن ثم إذا وجدت فإنه لا يعتد بها ويستطيع المتعاقد مع الإدارة أن يطالب بالتعويض استنادا إلى نظرية الظروف الطارئة إذا توافرت شروطها، على الرغم من وجود الشروط الخاصة بالإعفاء من المسؤولية، فنظرية الظروف الطارئة لا تعتبر وسلة لتعويض المتعاقد فقط، بل هي وسيلة لضمان سير المرافق العامة بانتظام وإطراد، ولا يجوز التمسك بالإرادة المشتركة بين الطرفين.

02- الشروط التعاقدية التي تتوقع الظرف الطارئ وتحدد التعويض على أساس معين:

قد تضمن الإدارة عقودها بشروط تجيز إعادة النظر في المقابل المالي المستحق للمتعاقد في حالة حدوث ظروف طارئة، أو شروط تحدد من خلالها التعويض المستحق عند تحقق الظرف الطارئ.[1]

يجمع الفقه[2] والقضاء[3] الإداري على مشروعية مثل هذه الشروط، ولكن على الرغم من ذلك يثور التساؤل حول مدى إمكانية لجوء المتعاقد مع الإدارة إلى القضاء للمطالبة بالتعويض عن الظروف الطارئة في حالة ما إذا كان تطبيق هذه النظرية يؤدي إلى حصوله على مزايا أكبر من تلك التي يحصل عليها إذا طبقت الشروط المنصوص عليها في العقد ؟

في هذا الشأن نجد مجلس الدولة الفرنسي يسمح بإعمال نظرية الظروف الطارئة وتعويض المتعاقد مع الإدارة على الرغم من وجود تلك الشروط في حالتين:

أ- **الحالة الاولى:** تتمثل في تعذر تطبيق الشروط الواردة بالعقد والمتعلقة بمراجعة المقابل المالي المستحق للمتعاقد بسبب التدخل التشريعي[4]، مثل ما إذا صدر تشريع معين يحدد إجراءات محددة بهدف تجميد الأسعار، أو وقف ارتفاعها، ففي هذه الحالة للمتعاقد الحق في المطالبة بالتعويض للتغلب على الظروف الطارئة التي واجهت التنفيذ.[5]

ب- الحالة الثانية: يجوز الاستناد إلى نظرية الظروف الطارئة للمطالبة بالتعويض إذا لم تسعف الشروط التعاقدية الخاصة بإعادة النظر في المقابل النقدي المقرر للمتعاقد في إعادة التوازن المالي، وبصفة

---

1 - أنظر، د. محمد عبد العال السناري، المرجع السابق، جاب 130.

2 - أنظر في ذلك على سبيل المثال: - د. أمل لطفي حسن الله، المرجع السابق، ص 347. - د. السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص 396.

3 - CE, 19 Février 1992, SA Dragages et travaux publics, G.A.J.A, p. 183.

4 - راجع، د. أمل لطفي حسن جاب الله ، المرجع السابق، ص 348.

5 - CE, 10 JUILLET 1949 ? Ville d'Elbeuf

أورده، د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 683.

خاصة عندما تتجاوز التقلبات الاقتصادية التي تصادف تنفيذ العقد القدر الذي توقعه الطرفان لحظة إبرامه. [1]

ومع ذلك وإن كان للمتعاقد الحق في المطالبة بالتعويض استنادا إلى نظرية الظروف الطارئة بحسب الحالتين السابقتين، إلا أنه لا يجوز له الجمع بين التعويض الاتفاقي المقرر بمقتضى شروط العقد، والتعويض القضائي المقرر وفقا لأحكام نظرية الظروف الطارئة، بل ينحصر حقه في الحصول على التعويض الأعلى من هذين التعويضين.[2]

03- الاتفاقات التي تعقد بين الإدارة والمتعاقد بقصد تنظيم الظروف الطارئة:

فقد يتضمن العقد أو دفتر الشروط بنود يتم من خلالها تنظيم آثر الظروف الطارئة، فقد يتم الاتفاق بين الإدارة والمتعاقد معها على شروط معينة لمواجهة الظرف الطارئ، ويكون هذا الاتفاق وديا بمحض إرادة الإدارة حرصا منها على استمرارية العقد الإداري[3]، وغالبا ما تضمن جهة الإدارة عقودها الإدارية نصوصا لمواجهة حالة الظروف الطارئة، مثل إعادة النظر في المقابل المالي المستحق للمتعاقد مع الإدارة في حالة حدوث ظروف طارئة أيا كان نوعها. [4]

وتعتبر هذه الشروط شرعية، وتلتزم بموجبها الإدارة، ومجلس الدولة الفرنسي يسعى باستمرار إلى دعوة المتعاقدين إلى حل النزاع بطريق ودي، وأنه لا يحكم بالتعويض إلا في حالة عجز الطرفان في الوصل إلى حل ودي، أما إذا ما نجح الطرفان في الاتفاق على كيفية التعويض فيقتصر دوره على تطبيق الشروط التي تم الاتفاق عليها. [5]

04- الشروط التعاقدية التي تمنح المتعاقد الحق في طلب الفسخ في حالة قيام الظرف الطارئ:

إذا تضمن العقد أو دفتر الشروط نصا يخول للمتعاقد الحق في طلب فسخ العقد في حالة قيام الظروف الطارئة، فإن مثل هذا الشرط وفقا لقضاء مجلس الدولة لا يمنع المتعاقد من المطالبة بالتعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة. [6]

---

1 - CE, 24 Avril 1959, Etab Forestier, Rec. P. 267.
- أورده، نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 783.

2 - أنظر، سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 684.

3 - أنظر، د. السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص 398.

4 - أنظر، عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد، أثر الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة على تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق، 78.

5 - أنظر، سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 685.

6 - أنظر، د. محمد عبد العال السناري، الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود، المرجع السابق، ص 132.

المبحث الثاني: اختلال التوازن المالي بسبب الصعوبات المادية غير المتوقعة

بعد دخول العقد الإداري حيز التنفيذ قد تطرأ صعوبات مادية غير متوقعة تجعل تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التعاقدية مرهقا ومكلفا له بصورة لم يكن يتوقعها عند التعاقد، وتقتضي العدالة أن يتم تعويضه لأجل تغطية الأعباء والتكاليف الإضافية.

وتعتبر نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من نظريات المهمة في القانون الإداري التي ابتكرها مجلس الدولة الفرنسي، فقد وجدت هذه النظرية حرصا على مصلحة المتعاقد مع الإدارة، وتحقيقا للعدالة وضرورة سير المرافق العامة بانتظام واضطراد.

وللتفصيل أكثر حول نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة تم تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، خصص المطلب الأول لماهية نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وضم المطلب الثاني شروط تطبيق النظرية، أما المطلب الثالث فخصص للآثار المترتبة عن هذه النظرية.

المطلب الاول: ماهية نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

يتم التطرق من خلال هذا المطلب إلى مفهوم النظرية ونشأتها ومجال تطبيقها.

الفرع الأول: مفهوم نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

لقد تعددت التعريفات الفقهية في شأن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، فقد عرفها البعض على أنها "نظرية خاصة في مقاولات الأشغال العامة تفترض صعوبات مادية لا يستطيع المتعاقدين توقعها، وترمي بأعباء خطيرة وغير طبيعية على عاتق المقاول، مثل مواجهة طبقات مائية غير متوقعة في حفر نفق، وحق التعويض معترف به للمقاول عن كامل الضرر." [(1)]

ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة بأنها "الصعوبات المادية الناتجة في أغلب الأحيان من ظواهر طبيعية غير متوقعة، وخارجة عن إرادة المتعاقدين اللذان لم يستطيعا توقعها وقت ابرام العقد."[(2)]

وتحديد مفهوم هذه النظرية من وجهة نظر جانب آخر من الفقه يعني أنه "إذا ما صادف المتعاقد في تنفيذ التزاماته صعوبات ذات طبيعة استثنائية خالصة ، ولا يمكن توقعها بحال من الأحوال عند إبرام العقد، وتؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مرهقا، فإن من حقه أن يطالب بتعويض كامل عما تسببه هذه الصعوبات من أضرار." [(3)]

---

1 - LAJOYE Christophe, Droit des marchés publics,16e édition Gualino, paris France, 2017, p 179.

2 - أنظر، د. حمدي علي عمر، المسؤولية التعاقدية للإدارة، المرجع السابق، ص 319.

3 - أنظر، د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 686. - د. عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 228.

ويرى البعض أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة تعني أنه "تواجه المتعاقد عند تنفيذ العقد الإداري صعوبات مادية غير عادية أو استثنائية من شأنها أن تجعل تنفيذ العقد مرهقا لا مستحيلا، وتؤدي إلى الإخلال باقتصاديات العقد، ويستحق المتعاقد تعويضا عن الأضرار التي أصابته من جراء هذه الصعوبات شريطة أن يستمر في تنفيذ التزاماته العقدية".[1]

وقد عرفها المشرع الجزائري على أنها "صعوبات مادية غير عادية واستثنائية تتعرض المقاول أثناء تنفيذ الصفقة العمومية للأشغال والتي لا يرجع سببها للأطراف المتعاقدة ولم تكن متوقعة عند ابرام الصفقة المعنية، دون الاخلال بنوعية الدراسات"[2]

وفي القضاء فقد تطرقت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، حيث قضت بأنه:

"... *إن مقتضى هذه النظرية حسبما استقر عليه قضاء هذه المحكمة أنه عند تنفيذ العقد الإداري وبخاصة عقود الأشغال العامة قد تطرأ صعوبات مادية استثنائية لم تدخل في حساب طرفي العقد وتقديرهما عند التعاقد* ..." [3]

كما أن محكمة القضاء الإداري المصرية تعرضت لبيان أسسها ومعالمها حيث قضت بأنه:

"... *ومن مقتضياتها أنه عند تنفيذ العقود الإدارية وخاصة عقود الأشغال قد تطرأ صعوبات مادية استثنائية لم تدخل في حسبان طرفي العقد وتقديرهما عند التعاقد، وتجعل التنفيذ أشد وطأة على المتعاقد مع الإدارة وأكثر تكلفة، فيجب من باب العدالة تعويضه عن ذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد زيادة تغطي جميع الأعباء والتكاليف التي تحملها اعتبارا بان الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسري إلا على الأعمال العادية المتوقعة فقط، وأن هذه هي نية الطرفين المشتركة، والتعويض هنا لا يتمثل في معاونة مالية جزئية تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد معها، بل يكون تعويضا كاملا عن جميع الأضرار التي يتحملها المقاول بدفع مبلغ إضافي له على الأسعار المتفق عليها* ".[4]

---

1 - أنظر، د. أنور أحمد رسلان، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، مجلة القانون والاقتصاد، س 48، العدد 3، 4، 1980، ص 823. - د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 607.

2 - راجع المادة 108 من دفتر البنود الإدارية لسنة 2021 السابق الإشارة إليه.

3 - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في الطعن رقم 567 لسنة 39 ق. ع ، بتاريخ 1998/12/30، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء 49، ص 170.

4 - حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في الدعوى رقم 7892، لسنة 8 ق، جلسة 1958/01/20، مجموعة أحكام السنة 11، ص 152.

- وهو ما ذهبت إليه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع من خلال فتواها رقم 95، الصادرة في 1964/02/04، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، في العقود الإدارية في 15 عاما، (أكتوبر 1955، سبتمبر 1980)

ومن خلال التعريفات السابقة نجد أن كلها تدور في فلك واحد لتحديد مفهوم النظرية، على الرغم من اختلاف الصياغة من تعريف إلى آخر.

ونجد أن بعضها يجعل من نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة تقتصر فقط على عقود الأشغال العامة دون غيرها من العقود الأخرى، وذلك على عكس ما استقر عليه القضاء والفقه من امكانية تطبيقها على كافة العقود الإدارية الأخرى طالما توافرت شروط تطبيقها، وإن كان المجال الخصب لتطبيقها هو عقود الأشغال العامة. [1]

الفرع الثاني: نشأت نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

ترجع نشأة هذه النظرية إلى منتصف القرن التاسع عشر، حيث شيد دعائمها قضاء مجلس الدولة الفرنسي حرصا على مصلحة المتعاقد مع الإدارة وتحقيقا لاعتبارات العدالة[2]، وترجع أولى تطبيقاته لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في حكمه الصادر بتاريخ 1864/06/24 في قضية "Duché" حيث قضى مجلس الدولة بتعويض المتعاقد مع الإدارة عن الصعوبات المادية غير المتوقعة التي واجهته أثناء تنفيذ العقد الإداري حتى يتمكن من الاستمرار في التنفيذ.[3]

وقد استند في منح التعويض في حالة الصعوبات المادية غير المتوقعة إلى نص المادة 28 من دفتر الشروط والمواصفات العامة لعقود الطرق والكباري في فرنسا والتي كانت تقرر التعويض عن الهلاك او التلف أو الخسارة، فضلا عن الأضرار الناتجة عن القوة القاهرة، وبعد ذلك توسع مجلس الدولة في تفسير المادة 28 تفسيرا واسعا وقضى بالتعويض في حالة القوة القاهرة التي تظهر فيها الهلاك أو التلف الذي يمكن تقويمه بالمال [4]، وكانت دفات الشروط تمنع مراجعة الثمن المتفق عليه في العقد إلا إذا تعلق الأمر بالتعويض عن التلف أو الهلاك الذي تسببه القوة القاهرة، وبناء على ذلك اعتمد مجلس الدولة الفرنسي في بداية الأمر على نظرية القوة القاهرة واعتبرها اساسا ومصدرا لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة. [5]

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي سرعان ما لبث أن حدد معالم النظرية بحيث غدت نظرية مستقلة لها أحكامها المتميزة، وكان ذلك بصدد حكمه الشهير في قضية "Veyert" الصادر في 1869/03/18،

---

1 - أنظر، د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 237.

2 - أنظر، د.علي بن عبد الكريم أحمد السويلم، المرجع السابق ، ص 110.

3 - CE , 24 Juin 1864, Duché, WALINE Jean, L'évolution récente des rapports de l'état avec ses contractants RDP, 1951, p 28.

4 - أنظر، د. هاشمي فوزية، المرجع السابق، ص 283.

5 - أنظر، د. عصام سعيد عبد العبيدي، أ. لمياء هاشم سالم قبع، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 12، العدد 45، السنة 2012، ص 502.

والذي أوضح فيه أنه من حق المتعاقد الحصول على التعويض عن الأضرار التي أصابته نتيجة الصعوبات المادية غير المتوقعة بشرط ألا يوجد خطأ من أحد الطرفين.[1]

وبعد ذلك تواترت أحكام مجلس الدولة الفرنسي بشأن تطبيق النظرية حتى وضحت معالمها وأصبحت من النظريات المستقرة القائمة بذاتها في قضاء مجلس الدولة الفرنسي[2]

كما أخذ القضاء الإداري المصري بهذه النظرية، حيث صدر أول حكم بشأنها عن محكمة القضاء الإداري بتاريخ 1953/05/05، رغم أن هذا الحكم قد أخلط بين نظرية الظروف الطارئة ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة فيما يتعلق بالتعويض. [3]

و قد جاء فيه أنه *"... بالنسبة للصعوبات التي تبدت للمدعي عند البدء في تنفيذ العملية بسبب الأتربة المتكتلة، فإن الثابت من الاطلاع على الملف الإداري للمقاولة أن المدعي قد شكى من هذا الأمر مرارا، وقد عنى وكيل الوزارة بشكواه ففحصها، وبعد أن انتقل كبي مهندسي المديرية فعاينا وحصر فرق التكليف ورفع تقريرا للوزير وأوضح فيه أن الصعوبة التي واجهت المقاول في العمل أثناء حفره للأجزاء المتكتلة لم تكن متوقعة، ولم يكن في وسع المدعي ولا الحكومة توقعها...، ومن ثم لا يجوز تحميل المدعي جميع النفقات التي تكبدها بسبب ذلك، ... بل إن العدالة تقتضي بمشاطرة الحكومة المدعي في تحميل نصف قيمة زيادة التكاليف الناشئة عن تكتل الأتربة..."* [4]

ثم صدر أول حكم بتاريخ 1957/01/20 والذي حدد بدقة أسس ومعالم نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة[5]، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية بحكمها في 1997/12/16 بقضائها "... يلتزم للقضاء بأحقية المقاول للتعويض طبقا لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة توافر شروطها..."[6]

---

1 - CE , 18 Mars 1869, Veyert.

- أشار إليه كل من: - د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 157. - د. محمد شعبان الدرهوبي، المرجع السابق، ص 154. - د. عليوات ياقوتة، المرجع السابق، ص 188.

2- من ذلك:

- CE , 01/08/1925,Ste « Grené » , Rec., p 993.

- أورده: - د. عاطف سعدي محمد علي، المرجع السابق، ص 535.

3 - أنظر، د. عال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص 246.

4 - حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بتاريخ 1953/05/05 ، أورده: - د. أنس جعفر، العقود الإدارية، دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات للقانون 1998/1989 الخاص بالمناقصات، دار النهضة العربية، القاهرة الطبعة الرابعة، 2007، ص 263.

5 - حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، في القضية رقم 7892 لسنة 8 ق، جلسة 1957/01/20، قضية رقم 7892، لسنة 8 ق. مجموعة أحكام السنة11، ص 152.أشار إليه د. عليوات ياقوتة، المرجع السابق، ص 188.

6 - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، بتاريخ 1998/12/30، الطعن رقم 567، لسنة 29 ق، أورده، د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 302.

وفي الجزائر نجد أن المشرع خول للجهة المتعاقدة أن تلجأ للملحق في حالة اختلال التوازن المالي للصفقة العمومية، لأجل مساعدة المتعاقد مع الإدارة وبالتالي استمرارية المرفق العام، حيث تقوم المصلحة المتعاقدة بإبرام الملحق من أجل تعديل بنود الصفقة،[1] على أن لا يؤثر هذا الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة، ولا يمكن أن يغير موضوع الصفقة أو مداها[2]، ومنه فإن هذه الحالة تعتبر المجال الخصب لتطبيق نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة لاسيما في مجال الأشغال العامة والتي تكاد لا تخلو صفقاتها من لجوء الإدارة إلى الملاحق.[3]

وقد أوردها المشرع الجزائري بالتفصيل في دفتر البنود الإدارية المصادق عليه بموجب المرسوم التنفيذي 21-219 حيث وردت بالباب الثالث منه والمتعلق ب"الأحكام المتعلقة بالأخطار والالتزامات، التسوية الودية والعقوبات".[4]

ويلاحظ على أن المشرع أدخل الأخطار المناخية ضمن الصعوبات المادية غير المتوقعة، وقد استثنى حالة العقبات الاقتصادية، ومن بين حالاتها (حالة الأرضية والأخطار المناخية والعوائق المصطنعة مثل صخور صعب استخراجها، مياه جوفية، الطبيعة الصعبة لطبيعة الأرض...الخ)، وأطلق عليها المشرع تسمية "التبعات التقنية غير المتوقعة"، وقد رتب عليها المشرع أنه في حالة توافر شروطها يتم تعويض المقاول تعويضا كاملا. [5]

الفرع الثالث: مجال تطبيق الصعوبات المادية غير المتوقعة.

يذهب جانب من الفقه[6] إلى قصر تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة على عقود الأشغال العامة، حيث يرى العميد جورج فيدل "Gorge VEDEL" إلى أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة تعتبر نظرية خاصة على الأقل من الناحية العملية بعقود الأشغال العامة.[7]

1 - أنظر، د. محمد حمودي، د. محمد علي، المرجع السابق ، ص 47.

2 - راجع المادة 136 من المرسوم الرئاسي 15-247.

3 - أنظر، ابن خليفة سميرة، المرجع السابق ، ص 199.

4 - راجع المرسوم التنفيذي 21-219 المتضمن المصادقة على دفتر البنود الإدارية الذي سبق الإشارة إليه.

5 - راجع المادة 108 من دفتر البنود الإدارية لسنة 2021 السابق الإشارة إليه.

6 - راجع في الفقه العربي: - د. محمد رضا جنيح، القانون الإداري، مركز النشر الجامعي، الطبعة الثانية 2008، تونس، ص 255. – د. عمار عوابدي، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 228.

7 - VEDEL Gorges, DELVOLVE Pierre, Droit administratif, Tome 1, presses univ de France, 12e édition, 1992, Paris, France, P. 362.

كما يرى الأستاذ "FLAMME" أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة التي نشأت في مجال عقود الأشغال العامة يجب أن تظل محددة في هذا المجال دون سواه.[1]

إلا أن الراجح في الفقه يرى أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة نظرية عامة تطبق على كافة العقود الإدارية بصفة عامة، وعلى عقود الأشغال العامة بصفة خاصة[2]، حيث أنه لا يوجد ما يحول دون امتداد تطبيقها إلى المجالات الأخرى دون الأشغال العامة إذا توافرت شروط تطبيقها، فهي نظرية عامة تطبق على جميع العقود الإدارية.[3]

وعلى الرغم من إقرار معظم الفقه بجواز تطبيق هذه النظرية خارج نطاق عقود الأشغال العامة، إلا أنه يبقى مجال تطبيقها العملي محصورا بعقود الأشغال العامة للارتباط الوثيق بين الصعوبات المادية غير المتوقعة وعقود الأشغال العامة[4]، وقد رفض مجلس الدولة الفرنسي تطبيقها في مجال عقد الالتزام، حيث رفض التعويض على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، ولكن أجاز ذلك استنادا إلى نظرية الظروف الطارئة.[5]

وفي مصر ذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع إلى أنه *"...بالنسبة للعقود الجزافية وهي التي تتضمن تحديد أجر لكمية الأعمال المطلوبة، وتحديدا إجماليا لما تلتزم الغدارة بدفعه من ثمن يقابلها فإن هذا الطابع الجزافي في تحديد الثمن لا يحول دون تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ..."* [6]

كما أن محكمة القضاء الإداري المصرية ذهبت إلى أنه *"... عند تنفيذ العقود الإدارية وبخاصة عقود الأشغال العامة قد تطرأ صعوبات مادية استثنائية لم تدخل في حساب طرفي العقد وتقديرهما عند التعاقد، وتجعل التنفيذ أشد وطأة على المتعاقد مع الإدارة وأكثر كلفة –فيجب من باب العدالة– تعويضه على ذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد زيادة تغطي جميع الأعباء والتكاليف التي تحملها، على اعتبار أن*

---

1 - FLAMME Maurice-André, Traité théorique et pratique des marchés publics, Tome 2, E. Bruylant, Bruxelles, Belgique, 1969, P. 610.

2 - DE LAUBADERE André, MODERNE Franck et MODERNE Franck, Traité des contrats administratifs, op.cit., p 499.

3 - راجع في ذلك: - د. السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق ، ص 410. - د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 616. - د. بن شعبان علي، المرجع السابق، 215

4 - CE, 01 aout 1925, Ste « Grené », Rec., P 993.
- أشار إلى هذا الحكم، د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 616.

5 - CE, 21 avril, 1944, Cie Français des câbles télégraphiques, Rec., P. 167.
- أشار إلى هذا الحكم، د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 687.

6 - فتوى رقم 95 بتاريخ 1964/02/04، جلسة 1964/01/29، أوردها ، د. محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص 209.

الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسري إلا على الأعمال العادية المتوقعة فقط، وأن هذه نية الطرفين المشتركة." [1]

ومنه فإن محكمة القضاء الإداري اعتبرت أن المجال الخصب لهذه النظرية هو عقود الأشغال العامة، إلا أن تطبيقها لم تقصر على هذه العقود دون غيرها، وهو ما يفيد إمكانية تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة على العقود الإدارية الأخرى.[2]

1 - حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بتاريخ 1957/01/20، قضية رقم 7892، لسنة 8 ق. الذي سبق الإشارة إليه

2 - أنظر، د. السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص 411.

المطلب الثاني: شروط تطبيق الصعوبات المادية غير المتوقعة.

اجتمع الفقه على أن الصعوبات التي يواجهها المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقد المتعاقد عليه لا تخوله المطالبة بالتعويض الكامل، إلا إذا اجتمعت شروط معينة، وهي أن تكون الصعوبات مادية واستثنائية، وغير متوقعة أثناء ابرام العقد، وأن تلحق به ضررا مرهقا يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد، وأخيرا أن تكون الصعوبات المادية خارجة عن إرادة طرفي العقد.[1]

وسوف يتم التطرق إلى كل شرط من هذه الشروط بشيء من التفصيل على النحو التالي:

الفرع الأول: يجب أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية واستثنائية غير عادية.

لأجل تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة لابد من أن تكون هذه الصعوبات ذات طابع مادي، وأن تكون استثنائية غير عادية.

أولا: أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية.

إن الصعوبات المادية غير المتوقعة في أغلب الحالات بالظواهر الطبيعية، مثل طبيعة الأرض التي تنفذ فيها الأشغال، كأن تكتشف الأرض عن طبيعة صخرية، مما يستوجب تفتيها [2]، ولم تكن محل حسبان عند التعاقد، أو تكون هشة غير متماسكة مما يستلزم تدعيمها[3]، أو في حالة حدوث انهيار في الأتربة بكميات تستدعي جهودا غير عادية في إزالتها[4]، أو ارتفاع غير عادي في منسوب المياه الجوفية مما يستوجب سحبها ومعالجة التربة، حتى يمكن تنفيذ المشروع، الأمر الذي يكلف المتعاقد نفقات إضافية باهظة تجعل العقد أكثر إرهاقا للمتعاقد.[5]

وقد أورد المشرع الجزائري عدة أمثلة لتلك الصعوبات المادية والتي ذكرت على سبيل المثال في المادة 108 من دفتر البنود الإدارية المطبق على الصفقات العامة للأشغال العمومية والمصادق عليه بموجب المرسوم التنفيذي 21-219.

---

1 - راجع في ذلك على سبيل المثال: - د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 218.- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق، ص 205 وما بعدها. - د. محمد شعبان الدرهوبي، المرجع السابق، ص 157 وما بعدها. - د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 301، وما بعدها. - د. عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 228، 229. د. هاشمي فوزية، المرجع السابق، ص 284، وما بعدها. د. حمدي علي عمر، المرجع الساب، ص 322.

2 - CE, 30 juin 1976 Sté d'économie mixte d'équipement de la vile d'Aix-en-Provence, Rec., p 993. - CE 28 Février 1979, Voisin, Rec., p 795. - CE, 21 Juillet 1970, Département des Hautes-Alpes, Rec., p 533.

3 - أنظر، د. إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي، المرجع السابق، ص 319.

4 - CE, 19 Février 1975, Companon-Bernard, Rec., p 145.

5 - أنظر، د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 164.

كما أن القضاء الإداري في مصر أخذ بهذا الشرط في الكثير من أحكامه، ومنها ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري حين قضت بأنه "*... إن المتعاقد عند حفر إحدى الآبار قد صادف طبقات صخرية لا يجدي في ثقبها ما بين يدي المقاول من أدوات وتحتاج إلى آلات حديثة لا يمكنه الحصول عليها...*" [1]

كما اعتبرت المحكمة الإدارية العليا المصرية من قبيل الصعوبات المادية وجود أساسات خرسانية وخزانات مياه تحت أرض موقع الأشغال[2]، كما تطلبت أيضا الجمعية العمومية للفتوى والتشريع بمجلس الدول بأن تكون الصعوبات المادية غير المتوقعة ذات طبيعة مادية. [3]

غير أن الصعوبات المادية غير المتوقعة لا ترجع في كل الأحول إلى الظواهر الطبيعية، فقد يكون مصدرها فعل الغير، كترميم المتعاقد لطريق مجاور لموقع تنفيذ العقد لحاجته الماسة إليه في الوصول إلى مكان تنفيذ العقد، واضطرار المتعاقد إلى شراء وردم قناة خاصة مملوكة لأحد الأفراد مجاورة لموقع التنفيذ، ولم تشر إليها المواصفات التي على أساسها تم إبرام العقد، وذلك لتأثيرها الضار في الأبنية التي يتولى إقامتها، وهذا ما أشار إليه مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 1937/07/21 في قضية "Ville de Carcassonne".[4]

وتجدر الإشارة إلى أن اشتراط كون الصعوبات ذات طبيعة مادية يمثل الفارق الأساسي بين نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ونظرية الظروف الطارئة، فقد يكون الظرف في الظروف الطارئة مرجعه الظواهر الطبيعية كما هو الحال في الصعوبات المادية، ولكن كون هذا الظرف ماديا هو الذي يفرق بين كل من النظريتين، فإذا كانت الصعوبات التي تواجه العقد ليس من طبيعة مادية فلا تطبق النظرية، ويمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا توافرت بقية شروطها.[5]

فإذا كانت الصعوبات التي واجهها المتعاقد مع الإدارة تتعلق بظروف أخرى إدارية أو اقتصادية، فلا مجال لتطبيق هذه النظرية، بل تطبق نظرية عمل الامير أو نظرية الظروف الطارئة بحسب الأحوال متى توافرت شروط تطبيق أي منها.[6]

---

1 - حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في 1956/12/23، أورده ، د. لمياء هاشم سالم قبع ، اختلال التوازن المالي في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 200.

2 - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بجلسة 1969/06/14، السنة 14. ق، ص 778. أورده. د. هيثم حليم غازي، مرجع سابق، ص 165.

3 - راجع، فتوى الجمعية العمومية للفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري رقم 905 الصادرة في 1964/02/04، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في 15 عاما، ص 195.

4 - أنظر، د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 694.

5 - أنظر، د. السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص 414.

6 - أنظر، د. عصام سعيد عبد العبيدي، د. لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق، ص 505.

ثانيا: أن تكون الصعوبات استثنائية وغير عادية.

فلا يكفي لتطبيق النظرية أن يصادف المتعاقد صعوبات عادية أو بسيطة، بل يشترط لتطبيق النظرية أن تكون هذه الصعوبات استثنائية غير عادية، إذ أن كل العقود يحيط بها قدر من الصعوبات العادية أو المألوفة التي يجب على المتعاقد تحملها، فإذا كانت الصعوبات التي طرأت أثناء تنفيذ العقد من نوع هذه الصعوبات فعلى المتعاقد تحملها.[1]

وقد أكد هذا الشرط مجلس الدولة الفرنسي، الذي اشترط للتعويض وفقا لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أن تكون المخاطر تجاوز ما كان متوقعا ومقدرا من المتعاقد.[2]

وهو ما أوضحته أيضا محكمة القضاء الإداري المصرية حين قضت بأنه *"... شرط الصعوبة غير العادية أو الاستثنائية لا يتوفر لمجرد أن الطبقة التي صادفها المدعي وهو يتولى تطهير ترعة كانت ذات صلابة غير عادية، بل يجب أن تكون هذه الطبقة ذات امتداد غير عادي أيضا، بأن تكون لمساحات واسعة أو بنسب كبيرة من مجموع المنطقة محل العقد، وبهذا وحده يتحقق المراد من اعتبار الصعوبة غير عادية أو استثنائية"*. [3]

وتقدير ما إذا كانت الصعوبات التي تعرض لها المتعاقد من قبيل الصعوبات العادية والمألوفة في مثل هذه العقود، أم أنها صعوبات غير عادية هو أمر يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، وفقا لظروف ووقائع كل قضية على حدة.[4]

الفرع الثاني: يجب أن تكون الصعوبات المادية غير متوقعة عند التعاقد.

يشترط لإمكانية التعويض عن الصعوبات المادية أن تكون الصعوبات التي تواجه المتعاقد مع الإدارة غير متوقعة لحظة إبرام العقد من قبل طرفي العقد[5]، أي أن المتعاقدين قد فوجئا بها بحيث أنه لم يكن أمامهم فرصة لدفعها، لأنها لو كانت متوقعة للمتعاقدين فلا يجوز بعد ذلك المطالبة بالتعويض على أساس نظرية الصعوبات المادية[6]، فعلى المتعاقد أن يبذل عناية الرجل العادي للإحاطة بجميع الصعوبات المادية التي من المحتمل أن تصادفه عند التنفيذ، لكي يكون على بينة من أمره عند التعاقد[7]، وعلى الجهة الإدارية أن تمكنه من ذلك، فإذا كان عدم التوقع يرجع إلى الإدارة المتعاقدة، والتي

1 - أنظر، د. حسن عبد الله حسن، المرجع السابق، ص 243.

2 - أنظر، د. السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ، ص 417.

3 - حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في 1957/01/20، الذي سبق الإشارة إليه.

4 - أنظر، د. عليوات ياقوتة، المرجع السابق، 189.

5 - أنظر، د. حسن محمد علي حسن البنان، المرجع السابق، ص 170.

6 - أنظر، د. حسن عبد الله حسن، المرجع السابق، ص 244.

7 - أنظر، د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 304.

لم تمكن المتعاقد من مما يساعده على اكتشاف الصعوبات التي يمكن أن تصادفه، كما لو أنها لم تضع في متناوله مثلا من كافة الوثائق المتعلقة بالمشروع، فيحكم القاضي في هذه الحالة بالتعويض للمتعاقد معها.[1]

وللقاضي سلطة تقديرية في تقدير ما إذا كانت الصعوبات التي واجهت تنفيذ العقد متوقعة أو كان بالإمكان توقعها ليطبق نظرية السلطات المادية غير المتوقعة من عدمه[2]، وذلك وفقا لمعيار موضوعي ينظر فيه إلى الرجل المعتاد الذي يوجد في نفس الظروف التي رافقت إبرام العقد، ويتطلب القضاء في هذا الشأن أن يبذل المتعاقد جهدا معقولا للإلمام بالصعوبات التي قد تواجهه أثناء تنفيذ العقد.[3]

ويشترط مجلس الدولة الفرنسي لطلب التعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة أن تكون هذه الصعوبات من نوع يستحيل توقعه عند التعاقد وفقا للظروف التي جرى فيها، ويشير مجلس الدولة في كثير من الأحيان إلى هذا الشرط صراحة. [4]

وقد قرر مجلس الدولة الفرنسي أيضا أنه " *... ولئن كان يقع على المتعاقد واجب تقصي طبيعة الصعوبات التي قد تقابله عند التنفيذ، فإن المجلس لا يسقط من اعتباره مدى معاونة الإدارة للمتعاقد في هذا الصدد، ذلك أن الالتزام بمبدأ حسن النية والثقة المشروعة في المعاملات، يملي على جهة الإدارة أن تحيط المتعاقد بسائر ما لديها من معلومات من شأنها معاونته في بلوغ هدف التقصي، فإذا ثبت تقصير الإدارة في ذلك، فإن المجلس يمنح التعويض*".[5]

وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها بتاريخ 1957/01/20، حيث تقضي "... *ومن حيث أنه فضلا عما تقدم فإن الشرط الخاص بوجوب أن تكون الصعوبات طارئة أي غير متوقعة أو مما لا يمكن توقعه أو ليس في الوسع توقعها، هذا الشرط ينطوي إلى حد كبير على معنى المفاجأة في صورة معينة كأن يجد المتعاقد مع الإدارة نفسه إزاء حالة لم يتوقع حدوثها لا بناء على دفتر الشروط ولا*

---

1 - أنظر، د. بن شعبان علي، المرجع السابق، ص 217.

2 - أنظر في ذلك: - د. هاشمي فوزية، المرجع السابق ، ص 285. - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية الإدارية في مجال العقود والقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 152.

3 - أنظر، د. رياض إلياس عيسى الجريسات، المرجع السابق، ص 167.

4 - CE, 6 février 1905, Ville de Paris, Rec., p 105.
- أشار إليه، د. حمدي علي عمر، المسؤولية التعاقدية للإدارة، المرجع السابق ، ص 322.

5 - CE, 5 décembre 1990, Ste RAPETTO, R.D.P, 1992, P, 1535.
- CE, 26 mars 1985, Ste Française de T.P, Fougerolles, R.D.P, 1985, p 1705.

- أشار إليها، د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق ، ص 628.

- CE, 29 Juin, 1951, Sec, d'état à la défense. C. Debernardy, Rec. P 385.

- أشار إليه، د. د. إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي، المرجع السابق، ص 319.

من دراسته الأولية للشروط، أو بالرغم مما نبه إليه أو ما اتخذه من حيطة لا تفوت على الشخص البصير بالأمور قبل الإقدام على المساهمة في تسيير المرفق العام المتعاقد بشأنه..." [1]

وإذا كانت الصعوبات المادية متوقعة عند إبرام العقد، لكنها عند التنفيذ كانت أكثر صعوبة مما هو متوقع، فإن هذه الحالة تدخل ضمن إطار نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة[2]، فقد يكون محل عدم التوقع الفعل أو الظرف الذي يطرأ أثناء تنفيذ العقد، وكذلك قد يتعلق بآثار ونتائج هذا الفعل أو الحادث.[3]

و في الجزائر أشار المشرع إلى ضرورة دراسة المشروع من قبل المتعاقد وأن يبذل جهدا للإحاطة بالصعوبات التي تواجهه عند التنفيذ، وذلك من خلال الاطلاع والتدقيق على كافة المستندات اللازمة لتنفيذ المشروع والرسومات والتصاميم وطبيعة الأعمال والتغييرات المفروضة عليه خلال التنفيذ.

فقد أوجب المشرع الجزائري من خلال المادة 12 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقة الأشغال على وجوب أن يتلقى المقاول المهندسين أو المهندس المعماري خلال مقاولته نسخة مصادقة عن كل الرسوم المتعلقة بالمقتضيات المقررة بالمشروع وعن المستندات اللازمة لتنفيذ الأشغال، ويكون ملزم بتدقيق المستندات مع ضرورة إعلام مهندس الدائرة أو المهندس المعماري قبل أي تنفيذ بالأخطاء أو السهو أو التناقضات الممكن حصولها والتي يسهل على رجل الفن كشفها [4]، كما نصت من المادة 2/27 منه على أنه " – *لا يؤدي للمقاول أي تعويض بسبب الخسارات والأضرار أو الأعطال المسببة من الإهمال أو عدم التبصر أو خلو الوسائل أو سوء سير العمل.*"

وبالرجوع إلى المادة 108 من دفتر البنود الإدارية لسنة 2021 نجد أن المشرع حين يعرف التبعات التقنية غير المتوقعة يضيف ".....، دون الإخلال بنوعية الدراسات" مما يتضح أنه يستوجب أن تكون الدراسات جادة لتطبيقها.

وحسب رأيي فإنه من خلال هذه النصوص يتضح أنه يجب على المتعاقد أن يبذل الجهد في دراسة المشروع محل العقد قبل التعاقد للإحاطة بكافة الصعوبات المادية التي من شأنها أن تصادفه عند التنفيذ وأن يضعها في اعتباره عند التقدم بالعروض، وتلتزم الإدارة المتعاقدة بمساعدته ومعاونته في التحقق من طبيعة الأعمال التي سينفذها، وذلك من خلال تمكينه من كافة المعلومات والمستندات عن المشروع المراد تنفيذه، فإذا بذل المتعاقد العناية في دراسة المشروع محل ابرام العقد، ومع ذلك فوجئ أثناء تنفيذه

1 - حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بتاريخ 1957/01/20، قضية رقم 7892، لسنة 8 ق. الذي سبق الإشارة إليه

2 - أنظر، د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 631.

3 - أنظر، د. جمال عثمان جبريل، د. إبراهيم محمد علي، المرجع السابق، ص 457.

4 - راجع المادة 12 من دفتر الشروط الإدارية العامة ، السابق الإشارة إليه.

بصعوبات مادية كان يستحيل عليه توقعها فيجوز له في هذه الحالة المطالبة بالتعويض عن هذه الصعوبات.

الفرع الثالث: يجب أن تكون الصعوبات المادية خارجة عن إرادة المتعاقدين.

يشترط الفقه والقضاء لأجل تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أن تكون هذه الصعوبات خارجة ومستقلة عن إرادة المتعاقدين، ولا يد لأحدهما في إحداثها أو زيادة أثرها. [1]

فإذا كان مرجعها فعل الإدارة ، مثل تعديل خطط العمل أو معادلاته يستبعد في هذه الحالة تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وهذا لا يعني عدم التزام جهة الإدارة بالتعويض، بل يبقى الاحتمال قائما في مسؤولية الإدارة على أساس الخطأ، أو على أساس نظرية فعل الأمير.[2]

وينبغي أيضا أن لا يكون للمتعاقد مع الإدارة يد في إحداث تلك الصعوبات أو زيادة أثارها، سواء بخطئه أو عدم تبصره، أو إحداثها بإرادته[3]، بل يجب أن يكون ليس في وسعه توقي آثار تلك الصعوبات بما بين يديه من وسائل، وأنه لم يخرج على شروط العقد أثناء قيامه بتنفيذ التزاماته.[4]

وفي ذلك ذهبت المحكمة الإدارية بمحكمة ناتت الفرنسية إلى أنه "... كان بمقدور المتعاقد الطاعن تحديد احتياجاته المسبقة قبل التعاقد وفي ضوء إمكانياته المادية والفنية لتنفيذ الأشغال، وأن ما يدعيه المتعاقد من وجود صعوبات ومعوقات يرجع لإهماله في الدراسة والتحري عن العقد ولا يعفي المتعاقد من التنفيذ إذا تبين أن التنفيذ يحتاج لمعدات وآلات من نوع خاص لا تتناسب مع إمكانياته، ومن ثم ترى المحكمة رفض الطعن." [5]

وقد قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بتحميل الإدارة نتيجة خطأ تصميمات المشروع الغير قابلة للتنفيذ الفعلي، بينما حملت المقاول نتيجة خطئه في عدم دراسة تصميمات المشروع واستطلاع آراء الخبراء الفنيين فيه، مع عدم إبداء تحفظاته الفنية لجهة الإدارة في الوقت المناسب، حيث ذهبت إلى انه "*... وإن كان المدعي قد أخطا حينما تقدم بعطائه قبل دراسة تصميمات المشروع واستطلاع آراء الخبراء الفنية ودون إبداء تحفظاته الفنية إلى جهة الإدارة في الوقت المناسب، إلا أنه من الناحية الأخرى فإن جهة الإدارة أسهمت هي الأخرى في خلق الصعوبات التي اعترضت تنفيذ المشروع بقدر من الخطأ يتمثل*

---

1 - أنظر، د. هاشمي فوزية، آثار تنفيذ الصفقات العمومية على الطرفين المتعاقدين، ص 285.

2 - أنظر، د. خضري حمزة، المرجع السابق، ص 319.

3 - أنظر، د. ابراهيم الشارف الطاهر تفوقه، المرجع السابق، ص 178.

4 - أنظر، د. عصام سعيد عبد العبيدي، د. لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق، ص 507.

5 - T.A Nantes, 9 septembre 2011, société X, Req, N 1104124, AJDA, N 38, 2011, P 2198.

- أورده، د. السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص 416.

في وضع تصاميم المشروع على أساس لا يتفق من الناحية الفنية مع أوضاع حوض التخزين ومنسوب المياه فيه، وقد كان مفروضا عليها قبل وضع الرسومات والتصميمات أن تقوم بالأبحاث والتجارب اللازمة للتعرف على المناسيب والضغوط التي يمكن أن تنشأ في حوض التخزين حتى تجيء تلك التصميمات قابلة للتنفيذ العملي، وعلى ضوء ما تقدم...، فإنه يتعين على كل من الطرفين أن يتحمل تبعة ما وقع فيه من خطأ...، ومن ناحية أخرى لا يحق للمدعي أن يطالب جهة الإدارة بأية مبالغ إضافية تكبدها أو خسائر لحقت به نتيجة الصعوبات التي واجهها في تنفيذ العملية".[1]

ويضاف أيضا أنه إذا نتجت الصعوبات المادية عن عمل الغير فإن هذا لا يقف عائقا أمام تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.[2]

الفرع الرابع: يجب أن يترتب على الصعوبات المادية ضرر مرهق للمتعاقد.

إن اعتراض تنفيذ العقد الإداري صعوبة مادية استثنائية لا يؤدي تلقائيا إلى تطبيق نظرية الصعوبات المادية الغير المتوقعة، ذلك أن الصعوبات المادية هي صعوبات من نوع غير مألوف، ولا يمكن أن تنتمي إلى المخاطر العادية التي يتعرض لها المتعاقد عند التنفيذ عادة.[3]

حيث يتعين أن يتولد عن تلك الصعوبة ضرر يلحق بالمتعاقد مع الإدارة[4]، وأن يكون من شأنه الاخلال باقتصاديات العقد وزيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة مما يجعل التنفيذ مرهقا ومكلفا له [5]، والضرر هنا يتمثل في ارتفاع تكاليف العملية أو زيادة الأسعار مما يترتب عليه نفقات تتجاوز الأسعار المتفق عليها في العقد.[6]

وقد تطلب مجلس الدولة الفرنسي أن يترتب على الصعوبات المادية ضرر للمتعاقد، وأن يكون تنفيذه لالتزاماته تنفيذا مرهقا، بحيث تلقى على عاتق المتعاقد أعباء مالية وتكلفة كبيرة[7]

1 - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في القضية رقم 701، لسنة 17 ق. جلسة 1969/12/15، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري في ثلاث سنوات 1966-1969 ص 431، 432.

- أورده، د. زكريا المصري، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 100.

2 - أنظر، د. محمد شعبان الدرهوبي، المرجع السابق، ص 161.

3 - أنظر، د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 697.

4 - أنظر، د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق، ص 210.

5 - أنظر، د. حازم بيومي المصري، التوازن في العقد الإداري الدولي، المرجع السابق، ص 338.

6 - أنظر، د. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 307.

7 - FRIER Pierre-Laurent, PETIT Jacques, Droit administratif, op.cit., p.439.

ويجب ألا تصل درجة الإرهاق إلى أن يصبح تنفيذ العقد مستحيلا وإلا طبقت نظرية القوة القاهرة، ولكن يكفي حدوث اختلال التوازن المالي للعقد بأن يترتب على التنفيذ نفقات تجاوز الأسعار المتفق عليها في العقد تزيد من أعباء المتعاقد. [1]

ولا يشترط لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أن يكون من شأن الصعوبات قلب اقتصاديات العقد، وذلك خلافا لما هو مقرر بشأن شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة التي يتعين لتطبيقها أن يصل الضرر إلى حد قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب لأجل الحصول على التعويض[2]، إذ يكفي لتطبيقها أن تكون الصعوبات التي يواجهها المتعاقد تجعل تنفيذ العقد مرهقا بما يؤثر على التوازن المالي للعقد، فلا يشترط جسامة الضرر الذي أصاب المتعاقد لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة. [3]

وقد أوضحت محكمة القضاء الإداري في مصر معنى هذا الشرط بقضائها *"... أن يصبح التنفيذ أشد وطأة على المتعاقد مع الإدارة وأكثر كلفة، ... وأن يترتب على التنفيذ نفقات تجاوز الأسعار المتفق عليها في العقد وتزيد في أعباء المتعاقد مع الإدارة"*. [4]

ولكن يستثني من ذلك حالة العقود الجزافية، حيث يتطلب الأمر في هذه العقود أن يترتب على الصعوبات المادية قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب[5]، وهي العقود التي تتضمن تحديدا لكمية الأعمال المطلوبة تحديدا إجماليا لما تلتزم بدفعه من ثمن يقابلها، أي أن العقود الجزافية تتضمن أمرين في وقت واحد، فيحدد الثمن الإجمالي الذي تدفعه الإدارة مقابل كمية الأعمال الإجمالية التي يلتزم بها المتعاقد، فهذا النوع من العقود يتشدد القضاء في تطبيق النظرية بشأنه.[6]

فبالنسبة لهذه العقود فإنه يشترط لتعويض المتعاقد وتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أن يصل الضرر إلى حد قلب اقتصاديات العقد، ويقدر هذا الاخلال بالنظر إلى المبالغ الإضافية التي أنفقها المتعاقد لمواجهة الصعوبات المادية وبين القيمة الإجمالية للعقد.[7]

---

1 - أنظر، د. السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص 418.

2 - أنظر، د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 171.

3 - أنظر، د. حسن محمد علي حسن البنان، المرجع السابق، ص 171.

4 - حكم محكمة القضاء الإداري في مصر، جلسة 1975/01/20، س 11، ص 152. - أورده، د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 637.

5 - أنظر، د. حازم بيومي المصري، المرجع السابق، ص 338.

6 - أنظر، د. لمياء هاشم سالم قبع، اختلال التوازن المالي في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 211.

7 - أنظر، د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 636.

وحرص مجلس الدولة الفرنسي على إضافة شرط الاخلال باقتصاديات العقد لتطبيق نظريات الصعوبات المادية غير المتوقعة في العقود الجزافية، ففي العقود غير الجزافية يكفي أن يترتب على وجود تلك الصعوبات المادية أعباء ملقاة على عاتق المتعاقد مع الغدارة أو جعل تنفيذ العقد مرهقا ماليا له.[1]

وقد أخذت الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري بنفس الاتجاه حيث ذهبت إلى أنه "*... مما يجب التنبه إليه بالنسبة إلى العقود الجزافية وهي التي تتضمن تحديد أجر لكمية الأعمال المطلوبة وتحديدا إجماليا لما تلتزم الجهة الإدارية بدفعه من ثمن يقابلها فإن الطابع الجزافي في تحديد الثمن لا يحول دون تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة على أنه يجب عندئذ أن يكون من شأن الصعوبات المادية في هذه الأحوال أن تخل باقتصاديات العقد تبعا لانهيار الأسس التي قام عليها تقدير الثمن المتفق عليه*".[2]

ومسألة قلب اقتصاديات العقد هي مسألة نسبية تقدر في كل حالة على حدة وفقا لظروف العقد، وتخضع لتقدير قاضي العقد وفقا لظروف العقد، ويقدر هذا الاخلال باقتصاديات العقد بالنظر للنفقات الإضافية التي تتطلبها الصعوبات المادية مع ظروف العقد ودة تنفيذه وشخص المتعاقد ومقدرته وكفايته المادية. [3]

---

1 - C.E, 30 juillet 1948, Min Guerre, C société « Roi », Rec. P 359.

- C.E, 6 mai 1936, Min Guerre, C Régnier, Rec. , P 508

2 - فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لمجلس الدولة المصري، رقم 95، بتاريخ 1964/02/04، الموسوعة الإدارية الحديثة، ج 18، ص 912، 913، مجموعة العقود، س 18، ص 191.

- أوردها، د. محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق ، ص 214.

3 - أنظر في ذلك: - د. ابراهيم الشارف الطاهر تفوقه، المرجع السابق، ص 180. - د. عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، المرجع السابق ، ص 229.

المطلب الثالث: الآثار المترتبة عن تطبيق الصعوبات المادية غير المتوقعة

إذا توافرت شروط تحقيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة فلا يترتب على ذلك إعفاء المتعاقد مع الإدارة من التزاماته التعاقدية بالرغم من تلك الصعوبات[1]، إذ يتعين عليه الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية مع حقه في الحصول على تعويضا كاملا عن الأضرار التي لحقته جراء تلك الصعوبات.[2]

وفيما يلي سيتم التفصيل في الآثار التي تترتب على توافر شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة على النحو التالي:

الفرع الأول: استمرار المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته التعاقدية.

لما كان الهدف الأساسي من تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة هو تمكين المتعاقد مع الإدارة من تنفيذ التزاماته التعاقدية ما دام ذلك ممكنا، وفي استطاعته ذلك لضمان سير المرفق العام بانتظام واضطراد، ومن ثم فإنه إذا ما صادف المتعاقد مع الإدارة صعوبات مادية، فإنها لا تعفيه من الالتزام بالاسمرار في تنفيذ التزاماته[3]، شأنها في ذلك شأن نظريتي عمل الأمير والظروف الطارئة، وإلا تعارض ذلك مع مبدأ دوام حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد، والذي يعتبر هدفا أساسيا من أهداف ابتداع نظريات التوازن المالي للعقد الإداري.[4]

ذلك أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة لا تؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزامات المنصوص عليها في العقد، ولكنها تؤدي إلى أن يصبح هذا التنفيذ أكثر إرهاقا، فإذا أدت تلك الصعوبات إلى استحالة التنفيذ، نكون بصدد قوة قاهرة.[5]

ويعد هذا الأثر من أهم ما يميز هذه النظرية عن القوة القاهرة التي يترتب على تطبيقها إعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماتها التعاقدية متى أصبح تنفيذها مستحيلا.

---

1 - أنظر في ذلك: - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 699.

- FOILLARD Philippe, Droit administratif, op.cit. P 241.

2 - أنظر، د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية الإدارية في مجال العقود والقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 154

3 - أنظر، د. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقود البوت، المرجع السابق، ص 266.

4 - راجع أيضا حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 1969/07/05، الذي سبق الإشارة إليه. أورده، د. عال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق، ص 255.

5 - أنظر، د. أيمن محمد جمعة، المرجع السابق، ص 629..

ويرى بعض الفقه[1] أنه إذا توقف المتعاقد عن تنفيذ التزاماته بسبب الصعوبات المادية غير المتوقعة فإنه لا يستحق التعويض عن الآثار الضارة التي لحقت به، بالإضافة إلى منح الإدارة حق توقيع الجزاءات عليه.

ولكن وجود هذه الصعوبات يمكن أن يؤدي إلى تأخير تنفيذ الالتزامات التعاقدية، وفي هذه الحالة إذا توقف المتعاقد عن تنفيذ العقد بحجة الصعوبات المادية التي تواجهه يجوز إعفائه من غرامات التأخير إذا ما كانت هذه الصعوبات هي السبب في هذا التأخير وذلك بقدر الفترة الزمنية التي واجه فيها تلك الصعوبات.[2]

وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي[3]، كما أن المحكمة الإدارية المصرية أيضا أوردت أنه "... ولئن كانت الشروط العامة قد جعلت المقاول كقاعدة عامة مسؤولا عن الصعوبات المادية المتوقعة والغير المتوقعة، إلا أنها من هذه القاعدة العامة أعفت في البند 40 منها المقاول من المسؤولية في حال تأخره في تنفيذ التزاماته إذا كان مرد ذلك إلى أسباب لم يكن في الإمكان توقعها وقت تقديم العطاء وكانت خارجة عن إرادته..." [4]

كما أن المشرع الجزائري حرص على إعفاء المتعامل المتعاقد من دفع العقوبات المالية إذا لم يكن هو من تسبب في هذا التأخير، وجعل من القوة القاهرة ومسؤولية المصلحة المتعاقدة سبب من أسباب الإعفاء من غرامات التأخير.[5]

إلا أنه وعلى الرغم من هذا الحرص فإن نص المادة 147 لم يكن واضحا بشكل كاف ليشمل الصعوبات المادية الغير متوقعة والتي يمكن أن تواجه المتعاقد مع الإدارة، تاركا ذلك لاجتهاد القاضي الإداري، والذي لم نجد له من خلال بحثنا أحكام قضائية صدرت في هذا الشأن.

---

1 - أنظر في ذلك: - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق، ص 212.- د. محمد سعيد أمين، الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1984، ص 81. - د. هاشمي فوزية، المرجع السابق، ص 286. - د. رياض إلياس عيسى الجريسات، المرجع السابق، ص 169. - د. ابراهيم الشارف الطاهر تفوقه، المرجع السابق، ص 186.

2 - أنظر في ذلك: - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 699.- د. حسن محمد علي حسن البنان، المرجع السابق، ص 172. - د. بن شعبان علي، المرجع السابق، ص 220. - د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 174. – د. زكريا المصري، المرجع السابق، ص 102، 103.

3 - C.E, 9 juillet 1905, commune de Dving, Rec., p 545.

- أورده، د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 641.

4 - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، طعن رقم 311، س 11. ق. مجموعة الأربعين عاما، ص 470. أورده، د. محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص 209.

5 - راجع المادة 147 من المرسوم الرئاسي 15-247.

وفي رأيي فإنني أؤيد ما ذهب إليه الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر بشأن إعفاء المتعاقد من غرامات التأخير، فينبغي أن لا تتشدد الإدارة في ذلك كثيرا، ويتعين عليها مراعاة الظروف التي يمر بها المتعاقد معها، وأن تقف إلى جانبه في حالة توقفه مؤقتا عن التنفيذ، ولا يجب حرمانه من التعويض بل على العكس من ذلك فلابد من التوصل إلى حل ودي توافقي يتم ممن خلاله مراعاة دور الإدارة كجهة مسؤولة عن استمرارية حسن سير المرافق العامة، ومن ناحية أخرى مراعاة ظروف المتعاقد معها الذي أبرم العقد بحسن نية.

الفرع الثاني: تعويض المتعاقد مع الإدارة عن الأضرار التي أصابته تعويضا كاملا.

إذا توفرت شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، واستمر المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية، تلتزم الإدارة بتعويض المتعاقد عن كافة الخسائر التي تكبدها بسبب تلك الصعوبات، وهذا بخلاف التعويض وفقا لنظرية الظروف الطارئة التي تتحمل جهة الإدارة جزءا من الخسارة فقط.[1]

فالأثر الرئيسي الذي يترتب على هذه النظرية هو منح المتعاقد مع الإدارة والذي واجهته هكذا صعوبات حق المطالبة بالتعويض الكامل عن كافة الأضرار والنفقات التي تحملها لمواجهة هذه الصعوبات. [2]

وقد تواتر قضاء مجلس الدولة الفرنسي في الأخذ بقاعدة التعويض الكامل عند توافر شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية.[3]

ويلجأ مجلس الدولة الفرنسي عند حساب التعويض الكامل إلى السعر المتفق عليه في العقد، للاهتداء به في تقدير التعويض[4]، ويخصم من هذا التعويض قيمة الخسائر التي تسبب فيها المتعاقد بخطئه في التحري والدراسة الكاملة لتلك الصعوبات. [5]

كما أخذت محكمة القضاء الإداري المصرية بمبدأ التعويض الكامل نتيجة الصعوبات المادية غير المتوقعة، حيث قضت *"... يجب من باب العدالة تعويضه عن ذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد زيادة تغطي جميع الأعباء والتكاليف التي تحملها اعتبارا بأن الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسري إلا*

---

1 - أنظر، د. محمد سعيد أمين، المرجع السابق، ص 659.

2 - أنظر، د. حسن محمد علي حسن البنان، المرجع السابق، ص 172.

3 - C.E, 2 Décembre 1964, part autonome de Bordeaux, Rec., p 936.

- أورده، د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 643.

4 - C.E, 21 Juillet 1937, Ville de Carcassonne, Rec., p 754.

5 - C.E, 13 Octobre 1978, Département de la Vendée, Rec., p 871.

- أورده، د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 174.

على الأعمال العادية المتوقعة فقط، وأن هذه نية الطرفين المشتركة والتعويض هنا لا يتمثل في معاونة مالية جزئية تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد معها، بل يكون تعويضا كاملا عن جميع الأضرار التي يتحملها المقاول بدفع مبلغ إضافي له على الأسعار المتفق عليها ." [1]

وقد أكدت الجمعية العمومية للفتوى والتشريع في مصر أيضا في فتواها مبدأ التعويض الكامل عند تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وقد ورد في تلك الفتوى: "*... والتعويض هنا لا يتمثل في معاونة مالية جزئية تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد معها، بل يكون تعويضا كاملا عن جميع الأضرار التي يتحملها، وذلك بدفع مبلغ إضافي له على الأسعار المتفق عليها* ".[2]

هذا وقد حرصت المحكمة الإدارية العليا على إعمال مبدأ التعويض الكامل عند توافر شروط تطبيق نظرية الظروف المادية غير المتوقعة [3]، حيث قضت بأنه "*... إن تلك الصعوبات غير عادية وترجع إلى طبيعة الأرض والأتربة، وأنه ما كان بإمكان طرفي العقد توقعها، وهو ما يفيد توافر شروط انطباق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، بما يتعين معه تعويض المقاول بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد زيادة تقضي جميع الأعباء والتكاليف التي يتحملها باعتبار الأسعار المتفق عليها في العقد، لا تسري إلا على الأعمال العادية المتوقعة...*" [4]

وتجدر الإشارة إلى أنه في حالة ما إذا تضمن العقد على شروط تطبيق النظرية وأسس التعويض وفقا لها، فيوجد من الفقه من ذهب إلى وجوب التقيد بما ورد في العقد من نصوص[5]، بينما يرى جانب آخر من الفقه أن تلك النصوص تطبق في حالة مواجهة صعوبات معقولة، أما إذا كانت الصعوبات التي واجهها المتعاقد مع الإدارة غير معقولة، فيجب تعويضه عنها تعويضا كاملا إذا توافرت باقي شروط نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.[6]

---

1 - حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، الدعوى رقم 7892، لسنة 8 ق، جلسة 1957/01/20، الذي سبق الإشارة إليه.

2 - أنظر، فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مصر رقم 95، بتاريخ 1964/02/04، جلسة 1964/01/29، المجموعة، س 18، ص 186.

3 - تجد الإشارة إلى أنه في جانب من الأحكام السابقة قد شككت المحكمة الإدارية العليا في مبدأ التعويض الكامل، من ذلك حكمها الصادر في 1957/06/14، الطعن رقم 311، س 11، ق، إلا أنها عادت في أحكامها الحديثة إلى إعمال مبدأ التعويض الكامل.

4 - حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، الطعن رقم 567، س 39 ق. بتاريخ 1997/12/30، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء 49، ص 170، 172.

5 - JEZE, Gaston, La force majeure dans les marchés administratifs de fournitures ou travaux, R.D.P, 1920, p 414.

6 - أنظر في ذلك: - د. عال الله جعفر عبد الملك الحامدي، المرجع السابق، ص 257. - د. أنور رسلان، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، مجلة القانون والاقتصاد، 1970، السنة 47، العدد 3، و4، ص 855.

المطلب الرابع: الأساس القانوني للتعويض وفقا لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

اختلف الفقه حول تحديد الأساس القانوني الذي تقوم عليه نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من أجل منح التعويض للمتعاقد مع الإدارة إلى آراء متعددة، فذهب جانب من الفقه إلى أن أساس التعويض وفقا لهذه النظرية هي النية المشتركة للطرفين المتعاقدين، فيما يرى جانب آخر أن الأساس القانوني للتعويض في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يكمن في فكرة المسؤولية التقصيرية، ويذهب رأي ثالث إلى أن اعتبارات والطبيعة الذاتية للعقود الإدارية هي أساس التعويض عن الصعوبات المادية، وفيما يلي تفصيل هذه الآراء وما استند عليها وكذلك الانتقادات التي وجهت لكل منها، مع تبيان الرأي الراجح الذي يمكن أن يكون أساس للتعويض عن نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة.

الفرع الأول: النية المشتركة للمتعاقدين كأساس للتعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة.

لقد ذهب بعض الفقهاء وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي « JEZE »[1] إلى أن أساس التعويض تطبيقا لنظرية الظروف المادية الغير متوقعة يرجع إلى النية المشتركة للطرفين، ومبدأ حسن النية في تنفيذ العقود[2]، حيث يرون أن الطرفين المتعاقدين قد أبرما العقد على أساس السعر المتفق في عليه العقد الذي تم تحديده مقابل التنفيذ في ظروف عادية، أما الصعوبات المادية غير المتوقعة التي تصادف تنفيذ العقد فهي لم تكن متوقعة من قبل المتعاقدين، ويفترض أنهما قصدا أن يتم تقديرها بطريقة خاصة.[3]

وقد تبنى مجلس الدولة الفرنسي فكرة النية المشتركة للطرفين في بعض أحكامه[4]، كما أن القضاء الإداري في مصر انتهج نفس اتجاه مجلس الدولة الفرنسي، حيث قضت محكمة القضاء الإداري بأنه "... قد تطرأ صعوبات مادية غير متوقعة عند التعاقد تعل التنفيذ أشد وطأة وكلفة فيجب تعويضه عن ذلك بزيادة الأسعار اعتبار من أن الاسعار المتفق عليها لا تسري إلا على الأعمال العادية فقط، وهذه نية الطرفين المشتركة." [5]

إلا أن هذا الرأي تعرض للنقد من كونه يقوم على أساس تعسفي في الكثير من الحالات، على أساس أنه وإن كان مجلس الدولة تبنى هذا الأساس في بعض أحكامه إلا أنه لا يمكن الاستناد عليه

---

1 - JEZE, Gaston, théorie générale des contrats de l'administration, op.cit. P 691.

2 - أنظر، د. أنس جعفر، د. أشرف أنس جعفر، العقود الإدارية، دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات وتطبيق القانون رقم 89 لسنة 1998 بإصدار قانون المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية وفقا لآخر تعديلات، 2010، مع دراسة لعقود البوت، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الخامسة، 2011، ص 303.

3 - أنظر، د. محمود حلمي، العقد الاداري، المرجع السابق، ص 135.

4 - C.E, 5 juillet, 1929, Yaher, Rec., P 675.
- أورده، د. السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص 424.

5 - حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، الصادر في 1957/01/20، الذي سبق الإشارة إليه.

لتبرير التعويض على اعتبار أن مجلس الدولة طبق النظرية وقضى بالتعويض استنادا إليها على الرغم من احتواء العقد على شرط صريح باستبعادها.[1]

كما أن فكرة النية المشتركة للطرفين المتعاقدين لا تكفي لتبرير التعويض في الوقت الحاضر لأن التعويض قد أصبح جزءا من النظام القانوني للعقود الإدارية، ويطبق في حالة عدم توافر نص في العقد وفي حالة اشتراط التنفيذ مهما كانت الصعوبات.[2]

فالنية المشتركة لا تصلح أن تكون أساسا قانونيا للتعويض استنادا لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، لأنه يمكن اقرار التعويض استنادا إلى هذه النظرية على الرغم من وجود بند في العقد ينص على استبعاد تطبيقها، والذي اتفق عليه الطرفان مسبقا.[3]

الفرع الثاني: فكرة المسؤولية التقصيرية كأساس للتعويض عن النظرية.

يرى الأستاذ (PEQUIGNOT) أن أساس التعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة إنما يكمن في فكرة المسؤولية التقصيرية، حيث يرى وجود صلة بين الصعوبات غير المتوقعة وعمل الأمير[4]، أي أن أساس التعويض قد يكون في المسؤولية التقصيرية للإدارة كإحدى حالات المسؤولية التعاقدية دون خطأ. [5]

وقد انتقد هذا الرأي على أساس أنه لا يتفق مع مضمون نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة والتي تشترط أن تكون الصعوبات أجنبية عن إرادة الطرفين،[6] بمعنى أن الصعوبات يجب أن تكون خارجة عن إرادة الإدارة، أما إذا كانت الصعوبات راجعة إلى عمل الأمير فإننا نكون بصدد تطبيق نظرية عمل الأمير في حالة توافر شروطها، أو حالة المسؤولية التقصيرية.[7]

بالإضافة إلى أنه إذا كان أساس هذه الصعوبات خطأ الإدارة، فإن الإدارة تسأل في هذه الحالة على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية وليس على أساس الصعوبات المادية غير المتوقعة. [8]

---

1 - أنظر في ذلك: - د. أنور رسلان، المرجع السابق، ص 831.

- BENOIT François Paul, le droit administratif français, 7e éd, Dalloz, 1968, P 624.

2 - أنظر، د. لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق، ص 222.

3 - أنظر، د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 619.

4 - PEQUIGNOT Georges, Théorie générale des contrats administratifs, Op.cit, p 485.

5 - أنظر، د. ابراهيم الشارف الطاهر تفوقه، المرجع السابق، ص 183.

6 - أنظر، د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 178.

7 -DE LAUBADERE André, Traité de droit administratif, tome 2, op.cit., p, P. 507.

8 -DE LAUBADERE André, MODERNE Franck et MODERNE Franck, Traité des contrats administratifs, op.cit., p 499.

الفرع الثالث: التعويض على أساس اعتبارات العدالة والطبيعة الذاتية للعقود الإدارية.

يذهب الرأي الراجح في الفقه الفرنسي والعربي إلى أن الأساس الذي تقوم عليه نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يكمن في اعتبارات العدالة والطبيعة الذاتية للعقود الإدارية[1]، فالعقود الإدارية تتطلب التعاون والتساند بين الطرفين المتعاقدين، إذ يعتبر المتعاقد مع الإدارة معاونا لها في تسيير المرافق العامة، لذلك يلتزم باستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية على الرغم من وجود صعوبات مادية غير متوقعة تؤدي إلى إرهاقه، وعليه متابعة التنفيذ إلا إذا اصبح الأمر مستحيل.[2]

وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في 1957/01/20، حيث قضت *"... إن الحق الخاص في شأن العلاقة الوثيقة بين جهة الإدارة والمتعاقد معها، أن تنظر إليها جهة الإدارة من زاوية تراعي فيها كثيرا الاعتبارات الخاصة التي تسمو على مجرد الحرص على تحقيق الوفر المالي للدولة... وأن ينظر إليها المتعاقد مع الإدارة على أنها مساهمة اختيارية منه ومعاونة في سبيل المصلحة العامة...، وهذا وذاك يقتضي من الطرفين قيام نوع من الثقة المتبادلة بينهما وحسن النية والتعاضد والتساند والمشاركة في وجهات النظر المختلفة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات وما يصادفه من عقبات."* [3]

وقد أخذت الجمعية العمومية للفتوى والتشريع في مصر بذات الأساس، حيث تضمنت فتواها *"... أن قوام نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة هو اعتبارات العدالة..."* [4]

وفي رأيي تبقى اعتبارات العدالة والطبيعة الذاتية للعقود الإدارية هي الأساس القانوني الذي يمكن الاعتماد عليه لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وذلك حفاظا على المصلحة العامة بانتظام واضطراد، وحفاظا على حقوق المتعاقد مع الإدارة الذي تكبد أعباء نتيجة تلك الصعوبات باعتباره معاونا للإدارة في تسيير المرفق العام.

---

1 - أنظر في ذلك على سبيل المثال: - د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، المرجع السابق ، 554. - د. أنس جعفر، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 229. - د. محمد سعيد أمين، الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة، دار المطبوعات العربية، القاهرة، مصر، 1984، ص 663. - د. عال الله جعفر عبد الملك الحمادي، المرجع السابق ، ص 254.

- DE LAUBADERE André, Traité de droit administratif, tome 3, op.cit., p, P. 13.

- WALINE Marcel , Traité élémentaire de droit administratif, 9em édition, Librairie du Recueil Sirey, 1963 Paris, p 487.

2 - أنظر، د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 620.

3 - حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ 1957/01/20، أورده. - د. عصام سعيد عبد العبيدي، د. لمياء هاشم سالم قبع، المرجع السابق، ص 526.

4 - فتوى الجمعية العمومية للفتوى والتشريع في مصر الصادرة في 1964/02/04، أشار إليها، د. لمياء هاشم سالم قبع، اختلال التوازن المالي في العقد الإداري، المرجع السابق، ص 223.

المبحث الثالث: اختلال التوازن المالي بسبب القوة القاهرة

في مرحلة تنفيذ العقد الإداري قد تطرأ ظروف معينة غير متوقعة خارجية عن إرادة الأطراف المتعاقدة ومن شأنها تؤدي إلى وقف تنفيذ العقد الإداري، واستحالة الاستمرار في التنفيذ استحالة مطلقة[1]، وهنا نكون أمام حالة من حالات القوة القاهرة التي لا يمكن توقعها ولا دفعها، والتي من شأنها إعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته، وتعتبر نظرية القوة القاهرة من النظريات القضائية القائمة على أساس من المنطق والعدالة ورعاية مصالح المتعاقدين مع الإدارة، دون إخلال بالصالح العام[2]، ولبحث مسألة القوة القاهرة لابد من التعرض لتعريفها وشروطها، ومن ثم تبيان آثارها، وذلك على النحو التالي:

المطلب الاول: مفهوم نظرية القوة القاهرة.

عرفت القوة القاهرة عدت تعاريف فقهية وقضائية، كما عرفتها بعض التشريعات، وفيما يلي سيتم التطرق إلى موقف كل التشريع والفقه والقضاء من تحديد مفهوم القوة القاهرة.

الفرع الأول: موقف التشريع من تحديد مفهوم القوة القاهرة.

يرى الكثير من الفقه في الجزائر أن المشرع لم يعرف القوة القاهرة [3]، إلا أنه وبالرجوع إلى المادة 05 من القانون 05-07 المتعلق بالمحروقات نجد أن المشرع الجزائري قد عرف القوة القاهرة على أنها "*كل حدث مثبت غير متوقع لا يمكن مقاومته وخارج عن إرادة الطرف الذي يثيره، والذي يجعل تنفيذ هذا الأخير لأحد التزاماته التعاقدية أو العديد منها آنيا أو نهائيا، غير ممكن*"[4]

وقد اعتبر المشرع الجزائري القوة القاهرة سبب أجنبي معفي من المسؤولية، إذ تنص المادة 127 من القانون المدني على أنه "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو

---

1 - أنظر، د. السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق ، ص 433.

2 - أنظر، د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 228.

3 - أنظر في ذلك كل من: - د. علي فيلالي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض،، موفم للنشر، الطبعة الثانية، الجزائر، 2007، ص 327. - د. قاشي علال، حالات انتفاء مسؤولية المنتج، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة البليدة، العدد 02، جانفي 2012، ص 125.- بوغرارة صالح، انتشار فيروس كورونا بسبب أجنبي لدفع المسؤولية، بين تطبيق نظرية القوة القاهرة والظروف الطارئة، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 34، عدد خاص، القانون وجائحة كوفيد 19، ص 317. – جلطي منصور، الآثار القانونية لفيروس كورونا المستجد COVID 19على الالتزامات التعاقدية، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 34، عدد خاص، القانون وجائحة كوفيد 19، ص 488.

4 - أنظر المادة 05 الفقرة 20 من القانون رقم 05-07 المؤرخ في 2005/07/28، المتعلق بالمحروقات المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 50 لسنة 2005.

قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك".[1]

وهو نفس النص الذي أورده كل من المشرع الفرنسي [2]، والمشرع المصري [3]، كما ورد تعريف القوة القاهرة في بعض التشريعات في النظم المقارنة.[4]

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد أتاح للمتعاقدين حق تحديد نطاق القوة القاهرة بمقتضى اتفاقهما، بل وجعل ذلك واجبا من خلال تحديد البيانات التي يجب أن يتضمنها العقد ومن بينها كيفيات تطبيق القوة القاهرة[5]، كما قام بإعفاء المتعاقد مع الإدارة من عقوبات التأخير، وقرر تعليق الآجال في حالة القوة القاهرة، وتسلم شهادة إدارية للمتعاقد مع الإدارة بعد تحريرها من المصلحة المتعاقدة مضمونها الإعفاء من غرامة التأخير بسبب القوة القاهرة. [6]

وقد تضمنتها أحكام دفتر البنود الإدارية العامة لسنة 2021، حيث عرفتها المادة 110 على أنها "كل فعل أو حدث غير متوقع ولا يقاوم ومستعصي ومستقل عن إرادة الأطراف المتعاقدة، وتمنعهم بصفة مؤقتة أو نهائية عن تنفيذ التزاماتهم التعاقدية المتبادلة".

---

1 - راجع المادة 127 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، الجريدة الرسمية العدد 78 المؤرخة في 1975/09/30 المعدل والمتمم والمتضمن القانون المدني.

2 - L'Article 1218 de Code Civile Français Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2 « Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur.

Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1. »

3 - حيث نصت المادة 156 على أنه "إدا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ من المضرور، أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص أو اتفاق على ذلك".

4 - حيث نجد أن قانون الالتزامات والعقود المغربي قد عرف القوة القاهرة في المادة 269 على أنها: "*كل أمر لا يستطيع الانسان توقعه، كالظواهر الطبيعية، الفيضان، الجفاف، الحرائق، غرارات العدو، وفعل السلطان، ويكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام عملا مستحيلا، ولا يعتبر من القوة القاهرة الأمر الذي كان من الممكن دفعه ما لم يقم الدليل على انه بذل كل العناية لدرئه عن نفسه، وكذلك لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة السبب الذي ينتج عن خطأ سابق للمدين*".

ويعد هذا التعريف الأخير مشابه لما ورد في المادة 283 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية

5 - راجع المادة 95 من المرسوم الرئاسي 15-247.

6 - أنظر المادة 147 من المرسوم الرئاسي 15-247.

ومن بين هذه الكيفيات تحديد مدى ونطاق القوة القاهرة فنص في دفتر الشروط الإدارية العامة على أنه *"...يجب أن يضم دفتر الشروط الخصوصية بالنسبة للميزات ومختلف الحوادث الطبيعية كالجليد وسرعة الريح ... تعيين حدود القوة القاهرة القصوى التي يمكن للمقاول التمسك بها في كل الأحوال..."*[1]

الفرع الثاني: موقف القضاء الإداري من تحديد مفهوم القوة القاهرة.

وقد طبقها مجلس الدولة الفرنسي لمواجهة الظروف التي تعد قوة خارجة عن إرادة المتعاقدين ولا يمكن رد آثارها مما يجعل تنفيذ العقد مستحيلا، ويتحلل المتعاقدين من التزاماته، كالظواهر الطبيعية التي يكون بوسع المتعاقدين ردها أو وقفها. [2]

وقد عرف مجلس الدولة الفرنسي القوة القاهرة على أنها "حدث خارج عن إرادة المتعاقدين وغير متوقع، يمتنع معه وبصورة مطلقة تنفيذ العقد بكامله أو تنفيذ أحد أو بعض الالتزامات التعاقدية.[3]

ثم توسع في مفهوم القوة القاهرة المعروف في القانون الخاص فأصبح مضمون القوة القاهرة لدى مجلس الدولة الفرنسي يعني ذلك الحادث الخارجي الذي من شأنه قلب اقتصاديات العقد دون أن يصل إلى درجة استحالة تنفيذه، لذلك فلا يترتب عليه إعفاء المتعاقد من التنفيذ، ولكن يخول له حق اللجوء إلى القاضي لطلب فسخ العقد، متى تبين أن اختلال التوازن المالي للعقد عميق ولا يمكن إعادة التوازن له حتى بتدخل الإدارة، بحيث أصبح العقد غير قابل للتنفيذ من دون مساعدة الإدارة.[4]

وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذا المفهوم الجديد للقوة القاهرة في حكمه بتاريخ 09 ديسمبر سنة 1932 في قضية «Compagnie des tramways de Cherbourg»[5]، وقرر الأخذ بالقوة القاهرة

---

1 - راجع المادة 27 /5 من القرار المؤرخ في 1964/11/21 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة، الذي سبق الإشارة إليه.

2 - MORAND DEVILLER Jacqueline, Cours de droit administratif, Montchrestien, France, 8e édition, 2003, p 422.

3 - DE LAUBADER André, DELVOLVE Pierre, et MODERNE Franck, Traité des contrats administratifs, op .cit,. P 730.

4 -أنظر، د. السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق ، ص 435.

5 -C.E, 9 Décembre, 1932, Cité par : - RICHER Laurent, LICHER François, Droit des Contras Administratifs, 11e édition, LGDJ, 2019, P 214. Et - Jacqueline MORAND-DEVILLER- Pierre BOURDON- Florian POULET, Droit administratif, op .cit,. P 508.

- وتتلخص وقائع هذه القضية في أنه " المتعاقد في عقد التزام نقل الركاب بالترام واجه اختلالا جسيما في المشروع ابتداء من سنة 1916، بسبب انتشار وسائل النقل السريعة والمتطورة، بحيث انصرف سكان مدينة شيربورغ عن استعمال الترام مفضلين عليها وسائل النقل الحديثة، وتبين أنه لا يوجد أمل في عودة المشروع إلى توازنه الاقتصادي الذي اختل بالرغم من رفع كلفة تسعيرة النقل، وعلى الرغم من إبرام ثمانية ملاحق للعقد الأصلي بالترخيص للشركة برفع الأسعار في الفترة ما بين 1916 و 1922، بل أن المدينة في آخر هذه الملاحق منحت ترخيصا للشركة بتحديد السعر الذي تراه مناسبا لمواجهة الخسائر التي منيت بها، وبسبب عدم تغطية المشروع لتكاليف الاستثمار من دون إعانة دائمة من جهة الإدارة، وبعد عرض الأمر على مجلس الدولة أقر مبدأه الجديد.

- أورده، د. علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ص 44.

مسترشدا في ذلك بالقانون الخاص، إلا أنه كيفها وفقا لمتطلبات المصلحة العامة ومقتضيات المرفق العام.[1]

وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي القوة القاهرة الإدارية أيضا في أحد أحكامه الحديثة نسبيا في حكمه الصادر في 14 جوان 2000 في قضية « commune de Staffelfelden »، حيث أن العقد الذي كان مبرم بين البلدية وشركة تزويد المياه أضحى مستحيلا بعد أن أصبحت المياه الجوفية غير صالحة للاستعمال بسبب التلوث الذي كان سببه مصنع كيميائي، مما أدى إلى ارتفاع التكلفة بثلاث أضعاف السعر المتفق عليه، وبعد أن رفضت البلدية تعديل العقد، قضى مجلس الدولة بفسخ العقد وحكم بالتعويض لفائدة الشركة المتعاقدة، حيث اعتبرت المحكمة هذه الحالة نوعا من القوة القاهرة، فمع وجود الظروف غير المتوقعة التي لا يمكن دفعها، والتي أخلت بالجوانب المالية للعقد وامتناع جهة الإدارة عن معالجة الخلل المالي، فإن الأمر بالنسبة للمتعاقد يمثل قوة قاهرة إدارية يسمح للمتعاقد باللجوء للقضاء للمطالبة بفسخ العقد لعدم قدرته على الاستمرار في ظل الخلل الفادح في شروط العقد. [2]

وبهذا المفهوم الجديد للقوة القاهرة أصبح هو ذاته حكم الظروف الطارئة مما دفع بالبعض إلى القول بأن مجلس الدولة الفرنسي استحدث فكرة جديدة للقوة القاهرة اطلق عليها الفقه الفرنسي اسم "القوة القاهرة الإدارية" La Force majeure administratif، تمييزا لها عن المفهوم التقليدي للقوة القاهرة.[3]

بهذا المعنى فإن القضاء الإداري يفرق بين نوعين من استحالة التنفيذ، الاستحالة المطلقة وهنا يطبق القوة القاهرة بالمفهوم التقليدي ويعتبرها سببا من إعفاء المتعاقد من التزاماته التعاقدية، والنوع الثاني هو الاستحالة العابرة التي تتحقق إذا تسبب الحادث الطارئ في الاختلال الكبير في اقتصاديات العقد، وهو ما يعرف بالقوة القاهرة الإدارية[4]، وهذا المفهوم الجديد للقوة القاهرة الذي جاء به مجلس الدولة الفرنسي والذي يختلف عن القوة القاهرة التقليدية لا يعفي المتعاقد من التزاماته في التنفيذ، وإنما يسمح للمتعاقد أن يلجأ إلى طلب الفسخ أمام القضاء، فالقوة القاهرة الإدارية تعد مبررا للفسخ القضائي، وليس عذرا للإعفاء من التنفيذ كحالة القوة القاهرة التقليدية.[5]

---

1 - أنظر، د. بن شعبان علي، المرجع السابق ، ص 270.

2 - أنظر على سبيل المثال:

- CE. 14 juin 2000, « commune de Staffelfelden », Cité par : - Jacqueline MORAND, DEVILLER, Pierre BOURDON, Florian POULET, Droit administratif, op .cit,. P 508.

3 - أنظر، د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 743.

4 - DE LAUBADER André, DELVOLVE Pierre, et MODERNE Franck, Traité des contrats administratifs, op .cit,. P 740.

5 - DE LAUBADER André, DELVOLVE Pierre, et MODERNE Franck , op .cit,..747

كما أن مجلس الدولة الفرنسي في بعض الحالات وعلى الرغم من إقراره بحالة القوة القاهرة، إلا أنه لا يرتب على تحققها الإعفاء من المسؤولية بصفة مطلقة، بل يكون من شأنها تخفيف الجزاءات المقررة، أي أن الأثر المترتب على القوة القاهرة يكون جزئيا. [1]

وبالرجوع إلى الاجتهاد القضائي في مصر يتضح بأنه أخذ بأحكام القوة القاهرة التي قننها المشرع في القانون المدني باعتبارها من الاصول العامة التي يجب النزول عليها في تحديد الروابط الإدارية، في مجال القانون العام ما دامت تتسق مع تسيير المرافق العامة وتكفل التوفيق بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة.[2]

وقد تواترت أحكام المحكمة الإدارية العليا بمصر على أنه "... يجب أن تكون القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ أمرا غير ممكن التوقع ومستحيل الدفع، كما يجب أن يكون من شأنه جعل التنفيذ مستحيلا استحالة مطلقة، وكل ما تقدم من قواعد قننه المشرع المصري في القانون المدني، ولئن كان مجال تطبيق هذه القواعد في مجال روابط القانون الخاص، إلا أن القضاء الإداري قد أطرد على الأخذ بها باعتبارها من الأصول العامة التي يجب النزول عليها ما دانت تتسق مع تسيير المرافق العامة وتكفل التوفيق بين ذلك وبين المصالح الفردية الخاصة." [3]

أما القضاء الجزائري فقد عرف القوة القاهرة في قرار المحكمة العليا بتاريخ 1990/06/11 على أنها: *" حدث تسبب فيه قوة تفوق الانسان، حيث لا يستطيع هذا الأخير أن يتجنبها أو يتحكم فيها، كما تتميز القوة القاهرة أيضا بطابع عدم قدرة الانسان على توقعها "*[4]

كما أن القضاء الإداري في الجزائر يأخذ بأحكام القوة القاهرة فنجد أنه في قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا في 1999/03/08 اشترط لأجل تطبيق القوة القاهرة أن يتوفر شرطا عدم التوقع والاستثناء.[5]

---

1 - أنظر، عبد اللطيف قطيش، المرجع السابق، ص 164.

2 - أنظر، د. السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص 436.

3 - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، بتاريخ 1959/12/12، مجموعة مبادئ السنة الخامسة، ص 106، أشار إليه، د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 58.

4 - قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، القسم الثاني، بتاريخ 19990/06/11، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الثاني، السنة 1991، ص 88.

5 - قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العلية، بتاريخ 1999/03/08، فهرس 1999/141، قرار غير منشور، أورده: د. رشيد خلوفي، د. سايس جمال، اجتهادات أساسية في القضاء الإداري، منشورات كليك، الجزائر، الطبعة الأولى، 2015، ص 250، 251.

وفي قرار آخر صادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا، يشترط القضاء الإداري أن تجتمع ثلاث شروط لأجل تطبيق القوة القاهرة، والمتمثلة في أن يكون الحدث المتسبب في الضرر خارجي، غير متوقع، وعدم التحكم فيه. [1]

وما يلاحظ على الاجتهادات القضائية في كل من القضاء الإداري في مصر والجزائر أنه أخذ فقط بالمفهوم التقليدي للقوة القاهرة التي هي مقررة في القانون المدني، ولم يعرف المفهوم الجديد الذي ابتدعه مجلس الدولة الفرنسي والذي أطلق عليه الفقه اسم "القوة القاهرة الإدارية"

وأرى أنه من الأجدر تطبيق المبدأ الجديد للقوة القاهرة، كون أن هذا المفهوم الموسع للقوة القاهرة يحافظ على مصلحة الطرفين ويحقق العدل، حيث أنه إذا كان اختلال التوازن المالي للعقد بسيطا يمكن إعادته بتدخل الإدارة ماليا في حدود معقولة اعتمادا على أساس نظرية الظروف الطارئة، إلا أنه في حالة ما إذا كان اختلال التوازن المالي بشكل جسيم ولا يكون مؤقت فإن تطبيق نظرية الظروف الطارئة في هذه الحالة يكبد الإدارة خسائر هائلة من خلال قيامها بالمعاونة الدائمة والغير متناهية للمتعاقد من أجل ضمان السير الحسن والمنتظم للمرفق العام.

لذلك فطبقا للمبدأ الجديد الذي أقره مجلس الدولة الفرنسي "القوة القاهرة الإدارية" فحتى ولو لم يكن التنفيذ مستحيلا استحالة مطلقة، لكن الاستمرار فيه يحتم على الإدارة التدخل من خلال الإعانة الدائمة للمتعاقد معها، مما يشكل عبئا على الخزينة، ففي هذه الحالة يمكن أن يفسخ العقد بالاعتماد على فكرة القوة القاهرة الإدارية.

الفرع الثالث: موقف الفقه الإداري من تحديد مفهوم القوة القاهرة.

القوة القاهرة وفقا للمفهوم المستمد من القانون الخاص هي فعل لا ينسب إلى المدين، وهو غير متوقع الحدوث، وغير ممكن دفعه، يكون أثره هو جعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، وبهذا المفهوم جعل القانون الخاص القوة القاهرة سبب من أسباب الإعفاء من المسؤولية.[2]

والواقع أن هذا المضمون هو ما تقتضيه العدالة، لأنه من غير المنطقي أن يتحمل المتعاقد تائج لفعل كان عاجزا عن دفعه، فالفرد غير ملزم بمستحيل، وإذا كان هذا المفهوم يجد أساسه في القانون الخاص، فإن القانون والقضاء الإداري يستهدي ويسترشد بهذه القواعد المدنية لما تتضمنه من مبادئ العدالة في مجال العقود الإدارية.[3]

1 - قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، أشار إليه: - حفناوي نصري، هل يمكن اعتبار كورونا كوفيد 19 قوة قاهرة؟، مجلة قانون العمل والتشغيل، عدد خاص، تأثير فيروس كورونا على علاقات العمل، أوت 2020، ص 180.

2 - أنظر، د. بن شعبان علي، المرجع السابق ، ص 269.

3 - RICHER Laurent, LICHER François, Droit des Contras Administratifs, 11e édition, LGDJ, 2019, P 223

ويعرف فقهاء القانون الإداري القوة القاهرة على أنها حدث خارجي، غير متوقع لا يمكن مقاومته، ومستقل عن إرادة الأطراف المتعاقدة وهو يحول بصورة مطلقة دون تنفيذ مجموع الالتزامات العقدية بين الملتزم المتعاقد والإدارة، أو أحد هذه الالتزامات.[1]

ويوجد من عرفها على أنها " حدث مستقل عن إرادة طرفي العقد لا يمكن التنبؤ به، ويحول بشكل مطلق دون تنفيذ هذا العقد، أو يحول دون تنفيذ أحد الالتزامات الواردة فيه".[2]

ويرى البعض أنها " كل عذر قهري يمنع المتعاقد من تنفيذ التزاماته في الموعد المتفق عليه، فالقوة القاهرة من حيث مدلولها لا تعدو ان تكون دلالة على ظرف استثنائي شاذ تتصف به من حيث مصدرها بأنها من فعل الطبيعة أو خطأ انساني، وتتميز من ناحية طبيعتها بعدم قدرة المرء مهما أوتي من قوة الإدراك والحدس على توقعها، وعدم استطاعته حال وقوعها على دفعها.[3]

وقد عرفها معظم الفقهاء في فرنسا على أنها الحادث الخارجي عن إرادة الأطراف المتعاقدة، والغير المتوقع وغير المرتقب، والذي يستحيل دفعه، ويؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزامات التعاقدية.[4]

وإن كان بعض الفقه يرى أن مفهوم القوة القاهرة في القانون المدني لا يختلف عنه في العقد الإداري، إذ أن مفهوم القوة القاهرة في كل من القانون المدني والإداري يرتكز على ثلاث عناصر أساسية تتمثل في أنها حادث غير متوقع ولا يمكن دفعه ويترتب عليه أن يصبح تنفيذ العقد مستحيلا، كما أن الأسس المكونة لنظرية القوة القاهرة هي ذاتها في القانون المدني والإداري.[5]

إلا أنني أؤيد ما ذهب إليه الرأي القائل مفهوم القوة القاهرة في القانون المدني يختلف عن مفهومها في نطاق العقود الإدارية[6]، فالقوة القاهرة وضعا خاصا في العقود الإدارية، ذلك أن القاضي الإداري يبدي تشددا واضحا في تقدير سلوك المتعاقد أكثر مما يتطلبه القاضي المدني، وأن القاضي الإداري لا يترك للأفراد الحرية في تقدير ما يعتبر من قبيل القوة القاهرة، حيث يتعين على المتعاقد أن يلجأ إلى القضاء

---

1 - أنظر في ذلك: - ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 228. - د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 57.
- د. ابراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 210.

2 - أنظر، د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، المرجع السابق ، ص 410.

3 - أنظر، د. محمد باهي أبو يونس، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2000، ص 126.

4 - Voir, DE LAUBADER André, DELVOLVE Pierre, et MODERNE Franck, Traité des contrats administratifs, Tome 1, 2e édition L.G.D.J, Paris, TL 1983, P 727.

- Jacqueline MORAND-DEVILLER- Pierre BOURDON- Florian POULET, Droit administratif, op .cit,. P 508.

5 - أنظر، د. علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الثاني، المرجع الساق، ص 17.

6 - أنظر في ذلك: - د. سليمان الطماوي، المرجع السابق ، ص 741. - د. السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص 435.

للحصول على حكم بفسخ العقد للقوة القاهرة، أما فيما يتعلق بالإدارة فإنها تستطيع إنهاء العقد بقرار منها، ويصبح الفسخ هنا إداريا، ناهيك عن المبدأ الجديد الذي أقره مجلس الدولة الفرنسي والمتمثل في القوة القاهرة الإدارية.

والتي تتحقق في حال وجود ظروف غير متوقعة أدت إلى انقلاب في التوازن الاقتصادي في العقد وحملت المتعاقد نفقات كبيرة خارجة عن دائرة النفقات المتعاقد عليها، وهذه القوة القاهرة الإدارية تحتل عن القوة القاهرة العادية بأنه لا يشترط فيها استحالة التنفيذ ، بل يشترط فيها أن يكون هناك أعباء مالية كبيرة تبرر للمتعاقد أن يطلب من القضاء فسخ العقد مع التعويض في حال توافرت شروط التعويض.[1]

1 - للاطلاع على المزيد في هذا شأن راجع كل منك - د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 666 وما بعدها. - د. علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ص 42 وما بعدها.

المطلب الثاني: شروط تطبيق نظرية القوة القاهرة

يشترط الفقه والقضاء لتطبيق نظرية القوة القاهرة توافر ثلاث شروط، تتمثل في استقلالية الحادث عن إرادة المتعاقدين وأن يكون الحدث غير متوقع، وأخيرا عدم إمكانية الدفع، وفيما يلي سيتم التفصيل في هذه الشروط.

الفرع الأول: أن يكون الحادث خارجا وأجنبيا عن إرادة المتعاقدين.

يشترط في الفعل المكون للقوة القاهرة أن يكون أجنبيا عن إرادة المتعاقدين ومستقلا تماما عنهما، ولم تتجه إليه إرادة أي منهما[1]، ولم يكن أي منهما متسببا في حدوثه بأي شكل من الأشكال، ولا يعتبر الأمر قوة قاهرة إذا سبقه أو اقترن به خطأ عقدي.[2]

فيقصد بهذا الشرط هو انتفاء العلاقة السببية بين الحادث وفعل المدين، أي أن لا يكون إسناد هذا الحادث إلى فعل المتعاقد[3]، وتطبيقا لذلك لا يعتبر تأخر المتعاقد في الوفاء بالتزاماته، أو عدم مراعاته الأوامر المصلحية، أو إهماله في اتخاذ الاحتياطات الضرورية بمثابة قوة قاهرة.[4]

ولكي يتصف الحدث بالقوة القاهرة يجب أن لا يكون لمن يتذرع به أي دور في تحقيق وجوده، ولا يكون لديه أي إمكانية في منع حدوثه.[5]

فلكي نعتبر الإضراب مثلا قوة قاهرة فلا يكفي أن لا يكون المتعاقد نفسه قد استثار الإضراب أو شجعه أو سهل حصوله، بل يجب أيضا أن لا تكون لديه الوسائل التي تحول دون حصوله أو الآليات لوقفه[6]، وقد أكد على هذا الشرط مجلس الدولة الفرنسي في الكثير من أحكامه. [7]

---

1 - أنظر، د. مطيع علي حمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء في اليمن، أطروحة دكتوراه، ، غير منشورة، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2006، ص 548.

2 - DE LAUBADER André, DELVOLVE Pierre, et MODERNE Franck, Traité des contrats administratifs, op .cit,. P 728.

3 - أنظر، بوغرارة الصالح، المرجع السابق، ص 322.

4 - أنظر، د. هارون عبد العزيز الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقود الأشغال العامة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1979، ص 440.

5 - أنظر، د. سعاد الشرقاوي، المرجع السابق، ص 411.

6 - أنظر، د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق ، ص 662.

7 - CE, 9 Mars 1928, Compagnie des sciènes africaines, R.D.P, 1928, p 329.

- CE, 29 janvier 1909, Compagnie des messageries maritimes.

- حكم مجلس الدولة أورده، د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المرجع السابق ، ص 229.

وهذا الشرط ورد الإشارة إليه من قبل المشرع الجزائري في نص المادة 176 من القانون المدني بصفة غير مباشرة، حيث نصت على أنه: *"إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزاماته"*

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا كان الحادث قد تسببت فيه الإدارة فهذا لا يعني عدم التزامها بالتعويض، بل يبقى الاحتمال قائما في مسؤولية الإدارة على أساس الخطأ، أو على أساس نظرية فعل الأمير إذا توفرت بقية شروط أي منها.

الفرع الثاني: يجب أن يكون الحادث غير مرتقب ولا يمكن توقعه.

يجب أن يكون الفعل خارج عن دائرة التوقع، فلا يكون بوسع المتعاقد توقعه وقت إبرام العقد، أما إذا كان الحادث متوقع بحيث يمكن لأي شخص حريص أن يتوقعه، فعندئذ لا يمكن القول أنه توجد حالة القوة القاهرة. [1]

وعدم التوقع ليس أمرا مطلقا، ونادرا ما يكون هناك حادث غير متوقع كلية، ولكن يرجع في تقدير الأمر إلى الظروف التي أبرم فيها العقد.[2]

فشرط عدم التوقع في القوة القاهرة هو أمر نسبي يتغير تبعا للظروف الزمانية والمكانية التي حدث فيها، فما هو غير متوقع في منطقة ما قد يعتبر من الظواهر اليومية المتكررة في منطقة أخرى، كما هو حال الزلازل مثلا في اليابان.[3]

وقد عبر مجلس الدولة الفرنسي عذ ذلك بقوله أن الحادث يكون غير متوقع إذا لم يكن في وسع المتعاقد أن يتوقعه عند ابرام العقد، ويمكن أن يكون الحدث متوقعا في الوقت الذي حصل به، ولكن أدى إلى نتائج غير متوقعة[4]، فقد قرر مجلس الدولة الفرنسي أنه خلال الحرب، يمكن أن يكون هناك أحداث ناتجة عن الحرب، أحدثت نتائجا غير متوقعة ولا يمكن تذليلها.[5]

1 - أنظر، د. السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص 438.

2 - أنظر، د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق، ص 59.

3 - أنظر، أ. بن أحمد حورية، سلطة القاضي الإداري في فسخ الصفقات العمومية، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد الرابع، جوان 2016، ص 471.

4 - أنظر، د. سعاد الشرقاوي، المرجع السابق، ص 413

5 - C.E, 24 avril 1968, Compagnie de navigation Denis frères, Rec., p 257.

كما قرر مجلس الدولة الفرنسي "أن الحادث غير المتوقع هو الحادث الذي لا يمكن مواجهته بشكل معقول من قبل المتعاقد في الفترة التي تعاقد بها".[1]

وقد قررت المحكمة الإدارية العليا في مصر أنه *"إذا أمكن توقع الحادث حتى ولو استحالة دفعه ... لم يكن قوة قاهرة ولا يترتب عليه اعفاء المدين من التزاماته..."*. [2]

كما أن القضاء الإداري في الجزائر يشترط لأجل إعمال نظرية القوة القاهرة أن يتوفر شرطا عدم التوقع، وذلك في قضية تدور وقائعها حول نزاع بخصوص عقد إداري، رفع من خلاله المتعاقد استئناف ضد قرار صادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء سكيكدة الذي قضى بأن يدفع للمجلس الشعبي البلدي تعويض يقدر بعشرة بالمائة من مبلغ الصفقة بسبب التأخير عن التنفيذ، حيث أن المستأنف دفع بأن هذا التأخير وقع نتيجة عدم تقديم المخطط والبطاقات التقنية، ويؤكد بأن هناك قوة قاهرة نظرا للوضعية الاقتصادية للبلاد، وأن الدولة نفسها أمرت بمراجعة الأسعار، ولهذه الأسباب لم يستطع إنهاء الأشغال في الآجال، إلا أن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا قضت بتأييد القرار المستأنف، وقد ورد في حيثيات القرار أنه " *لا يمكن التمسك بالقوة القاهرة في قضية الحال لأنه ليس للوضعية لا طابع عدم التوقع ولا الاستثناء*".[3]

فالقاضي الإداري إن كان يعمل بذلك إلا أنه يتشدد في سلوك المتعامل المتعاقد، حيث يتطلب منه بذل مجهود أكثر من مجهودات الرجل العادي الذي يتطلبه القانون المدني في إطار روابط القانون الخاص، وذلك باعتبار أن المتعاقد مع الإدارة منوط به تنفيذ عمل يتعلق بالصالح العام وحسن سير المرافق العامة.[4]

---

1 - C.E, 17 Décembre 1926, Société des charbons de l'Adour,
- أورده ، د. سعاد الشرقاوي، المرجع السابق، ص .413

2 - حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، بتاريخ 1984/12/18، أورده، د. ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 228.

3 - قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العلية، بتاريخ 1999/03/08، سبق الإشارة إليه.

4 - أنظر، د. بن شعبان علي، المرجع السابق ، ص 269.

الفرع الثالث: أن يكون الحادث مستحيل الدفع ويؤدي إلى أن يصبح تنفيذ العقد مستحيلا.

فيجب أن يكون الحادث أمرا لا يمكن تفادي وقوعه أو تجنبه، ويرتبط عدم امكانية الدفع كشرط ثالث للقوة القاهرة باستحالة تنفيذ العقد[1]، فإن أمكن دفع الحادث حتى لو استحال توقعه لا يعد قوة قاهرة، ويجب أن يكون من شأنه أن يجعل تنفيذ العقد مستحيلا استحالة مطلقة. [2]

فالصعوبات التي يواجهها المتعاقد أثناء تنفيذ العقد مهما كانت جسيمة ومعقدة، ومهما ترتب عليها من تكاليف باهظة، فلا يمكن اعتبارها من قبيل القوة القاهرة، وليس من شأنها اعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته العقدية طالما ان هذه الصعوبات لا تؤدي إلى جعل التنفيذ مستحيلا.[3]

ومن الملاحظ أن هذا الشرط يميز نظرية القوة القاهرة عن بقية نظريات التوازن المالي، فالقوة القاهرة تعفي المتعاقد من متابعة التنفيذ، أما في باقي النظريات فإن المتعاقد ملزم بمتابعة التنفيذ رغم الصعوبات التي تعترضه.[4]

واستحالة التنفيذ قد تكون مادية، مثل ما إذا تلف محل الالتزام، وقد تكون معنوية كما لو حظر القانون التعامل في موضوع الالتزام. [5]

وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي على هذا شرط استحالة التنفيذ في كثير من أحكامه، لاسيما في قضية Compagnie des sciènes africaines، وكذلك في قرارات لاحقة[6] طبقت فيها القوة القاهرة بشروطها المدنية على العقد الإداري.[7]

وإذا كان شرط استحالة الدفع يعني استحالة التنفيذ الكلي أو الجزئي إلا أن الاجتهاد الإداري في فرنسا كما سبق وأن رأينا رسخ مفهوما جديدا للقوة القاهرة في مجال العقود الإدارية والمتمثلة في "القوة القاهرة الإدارية" « la force majeure administratif » [8]

---

1 - أنظر، أ. بن أحمد حورية، المرجع السابق، ص 471.

د. بن شعبان علي، المرجع السابق ، ص 269.

2 - CE, 16 juillet 1952, Électricité de France, Rec., p 379. Et CE, 9 Novembre 1955, Sté des transports Routières, Rec., p 530.

3 - أنظر، د. علي محمد علي عبد المولى، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد، المرجع السابق، ص 440.

4 - أنظر، د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق ، ص 60.

5 - أنظر، د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 663.

6 - CE, 29 Octobre 2003, Cité par : Jean-Claude RICCI, Droit administratif général, op. cit. p 232.

7 - أنظر، د. محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وآثارها القانونية، دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 1998، الطبعة الأولى، ص 16.

8 - Voir, VIDAL Laurent, op.cit. P 327.

كما قضت المحكمة الإدارية بمصر على أنه "... *يجب أن تكون القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ أمرا غير ممكن التوقع ومستحيل الدفع، ... عدم وفاء المدين بالتزاماته يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، فتحققت القوة القاهرة التي جعلت التنفيذ مستحيلا، ... وهذا السبب الأجنبي ليس في إمكان أي شخص في مثل مركز المدين أن يدفعه...*". [1]

وفي الجزائر أكد مجلس الدولة على هذه الشروط، حيث قضى بأنه "*...حيث أن هذه الحالة لا تشكل قوة قاهرة بمفهوم القانون العام لعدم توفر شروط السبب الخارجي، والغير متوقع والغير ممكن مقاومته المكون لهذا الظرف المعفي*".[2]

1 - حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، رقم 689، بتاريخ 1959/12/12، الذي سبق الإشارة إليه.

2 - قرار مجلس الدولة الجزائري، رقم 068080 الصادر بتاريخ 2011/06/09، مجلة مجلس الدولة رقم 11 لسنة 2013، ص 226.

المطلب الثالث: تطبيقات القوة القاهرة.

صنف بعض الفقه[1] حالات القوة القاهرة في العقد الإداري إلى عدة أنواع منها الظواهر الطبيعية وظواهر غير الطبيعية.

الفرع الأول: الظواهر الطبيعية.

هي ظواهر من صنع الطبيعة ولا دخل للبشر فيها، مثل العواصف، الفيضانات، الزلازل، البراكين، انخفاض أو ارتفاع الحرارة بشكل كبير، الوبئة، وغيرها وهذه الظواهر الطبيعية لا تعد قوة قاهرة إلا إذا استحال دفعها ومقاومتها ودرئ نتائجها، وأصبح معها التنفيذ مستحيلا.

والظواهر الطبيعية كثيرا ما تكون مفاجئة وقد تؤدي إلى أضرار فادحة وكوارث كبيرة وهي تشكل في الكثير من الأحيان أحداثا غير متوقعة خارجة عن إرادة الطرفين[2]، وتكون مستحيلة الدفع ولا يمكن دفعها، وتشكل الظواهر الطبيعية الجزء الأعظم لنظرية القوة القاهرة وذلك إذا ثبت أن الظاهرة غير متوقعة ومن غير الممكن تفاديها. [3]

وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن هطول الامطار بقوة وغزارة في مدة استثنائية تتجاوز توقعات الأطراف المتعاقدة تشكل قوة قاهرة[4]، أما تهاطل الأمطار بصورة معتادة فلا يعتبر قوة قاهرة واعتبره من المخاطر العادية [5]، وطبق المعيار نفسه على باقي الظواهر الطبيعية كالعواصف والأعاصير، والأمطار، والسيول والزلازل والبراكين والجفاف والفيضان. [6]

كما أن مجلس الدولة في الجزائر اعتبر من خلال القرار الصادر بتاريخ 2001/05/07 أن الفيضانات والتي عمت كامل المنطقة تعد بمثابة قوة قاهرة. [7]

وفي قرار آخر صادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا أعتبر الفيضان الناجم عن سقوط كثيف للأمطار والذي كان بصفة غير متوقعة يشكل قوة قاهرة. [8]

---

1 - راجع في ذلك على سبيل المثال: - د. سعاد الشرقاوي، المرجع السابق، ص 415 إلى 421. - د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 670 إلى 683. - د. علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ص 67 إلى 69.

2 - أنظر، د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 670.

3 - أنظر، د. سعاد الشرقاوي، المرجع السابق ، ص 415.

4 - CE, 19 Février 1975, Min d'état charge de la défiance national, Rec., p 143.
- CE, 14 Décembre 1900, ville de Sisteron, Rec., p 754.

5 - CE, 6 Février 1981, Ville de Montpellier, Rec., p80.

6 - CE, 6 Novembre 1968, Commune de Licq-Atherey, Rec. P 546.

7 - قرار مجلس الدولة رقم 2484، بتاريخ 2001/05/07، مجلة مجلس الدولة، 2003، العدد 03 ،ص 103.

8 - قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا أورده حفناوي نصري، المرجع السابق، ص 180.

الفرع الثاني: الظواهر غير الطبيعية.

من بين التطبيقات القضائية للقوة القاهرة أيضا الظواهر غير الطبيعية كحالة الحرب، والصعوبات التي يواجهها المتعاقدان، والإضرابات والقوانين الاجتماعية.

أولا: حالة الحرب.

تعتبر حالة الحرب من التطبيقات الهامة للقوة القاهرة، ومن الطبيعي أن تنعكس حالة الحرب هذه، والأوضاع الأمنية غير المستقرة على سلامة تنفيذ العقود الإدارية [1]، وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي بأن الحرب تجعل تنفيذ العقد مستحيلا[2]

إلا أنه لا يعتبر الحرب في حد ذاتها قوة قاهرة إلا إذا توفر فيها شروطها من عدم التوقع وعدم إمكانية دفعها، وأن تكون خارجة عن إرادة المتعاقدين.[3]

فالأحداث الناتجة عن الحرب والخارجة عن إرادة الأطراف المتعاقدة والتي تحدث نتائج غير متوقعة ولا يمكن دفعها تعتبر قوة قاهرة.[4]

وبالتالي فإن حالة الحرب والأحداث الأمنية التي يستحيل معها تنفيذ العقد الإداري تعتبر قوة قاهرة تؤدي إلى إعفاء المتعاقد من التنفيذ، فحالة الحرب لا تقتصر آثارها على النظام السياسي، بل تمتد للمجال الاقتصادي والاجتماعي، فتتأثر معها مختلف المعاملات القانونية.[5]

ثانيا: الإضرابات والقوانين الاجتماعية.

إن إصدار وتعديل القوانين الاجتماعية كإنقاص ساعات العمل ورفع الحد الأدنى للأجور من الحالات التي قبلها القضاء باعتبارها قوة قاهرة، إذا كانت خارجة عن إرادة المتعاقدان، وغير متوقعة. [6]

كما أن القضاء اعتبر الإضراب أيضا حالة من حالات القوة القاهرة ، إلا أنه لا يعتبر بصفة دائمة قوة قاهرة بل يبحث القاضي في كل قضية على حدة تبعا لظروف كل حالة، ففي قضية اعتبر مجلس الدولة الفرنسي الإضراب من قبيل القوة القاهرة[7]، وفي قضية أخرى لم يعتبره من قبيل القوة القاهرة. [8]

---

1 - أنظر، د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص 672.

2 - أنظر، د. أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص 250.

3 - CE, 26 Janvier 1927, Horme et Buire, Rec., P 110.

4 - CE, 24 Avril 1968, Compagnie de navigation Denis Frères. ; Rec., p 257.

5 - أنظر، بوغرارة الصالح، المرجع السابق، 323.

6 - أنظر، د. علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق ، ص 69.

7 - CE, 29 Janvier 1909, Compagnie des messageries maritimes.

- أورده: د. - د. هيثم حليم غازي، المرجع السابق ، ص 62.

8 - CE, 5 mars 1943, Tramways de Nîmes, Rec. P 58.

ثالثا: الصعوبات التي يواجهها المتعاقدان.

الأصل أن الصعوبات التي تواجه المتعاقد في تنفيذ العقد مثل التأخر في توريد الموارد أو نقل المعدات لا تعتبر قوة قاهرة لأنها عادة ما تكون متوقعة، لكن القضاء اعتبرها في بعض الحالات بمثابة قوة القاهرة[1]، فقد اعتبر الصعوبات الناشئة عن نقص العمال بسبب إعلان التعبئة العامة قوة قاهرة، كما اعتبر التأخر في توريد المواد الذي تسبب فيه الإدارة في عقود الأشغال بمثابة قوة قاهرة.[2]

الفرع الثالث: مدى اعتبار جائحة كورونا قوة قاهرة.

لقد ألقت جائحة كورونا (كوفيد 19) التي ضربت العالم بظلالها على الالتزامات التعاقدية بما في ذلك العقود الإدارية، وقد ثار نقاشا وجدلا فقهي كبير حول مدى خضوع هذه الجائحة لأحكام القوة قاهرة، أو الظرف الطارئة، ولقد اختلفت وجهات النظر القانونية في ذلك.

حيث أن ظهور جائحة كورونا وما تبعها من تدابير صحية للحد من انتشارها في مختلف الدول ترتب عنه أثر شديد على الالتزامات التعاقدية، بحيث جعل تنفيذ بعضها أمرا صعبا ومرهقا بالنسبة للمتقاعد، في حين أضحى تنفيذ البعض الآخر مستحيلا، أو شبه مستحيل.

ومن خلال ما سبق ذكره بشأن نظرية القوة القاهرة يمكن القول أن جائحة كورونا تعتبر سببا أجنبيا عن العقد، و لم يكن متوقع، ولا يمكن دفعه، وهو خارج عن إرادة المتعاقدين، فجائحة كورونا تشبه في أثرها إلى حد كبير الحروب والكوارث الطبيعية، التي يستحيل معها تنفيذ العقد بالصورة المتفق عليها، وقد يصل أثرها إلى الاستحالة المطلقة، سواء كانت تلك الاستحالة مؤقتة أو دائمة، هذا بالإضافة إلى أن معظم الدول ولأجل مواجهة هذه الجائحة والحد من انتشارها اتخذت تدابير استثنائية غير مسبوقة ، بحيث قامت بإصدار مجموعة من النصوص القانونية[3] تحد من اجتماع الأشخاص وتنقلهم، وغلق وحظر الكثير من الأنشطة التجارية والصناعية، والتي تشكل عقبة لا يمكن التغلب عليها من أجل تنفيذ الالتزامات التعاقدية.

---

1 - أنظر، د. سعاد الشرقاوي، المرجع السابق، ص 416.

2 - CE, 26 Janvier 1927, Horme et Buire, Rec., P 110.

3 - راجع على سبيل المثال:

- المرسوم التنفيذي 20-69 المؤرخ في 21 مارس 2020 والمتعلق بتدابير الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد - 19) ، الجريدة الرسمية العدد 15 لسنة 2020.
- والمرسوم التنفيذي رقم 20-70 المؤرخ في 24 مارس 2020، الذي يحدد التدابير التكميلية للوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد-19) ومكافحته، الجريدة الرسمية العدد 16 لسنة 2020.
- المرسوم التنفيذي رقم 20-72، المؤرخ في 22 مارس يتضمن تمديد الحجر الجزئي المنزلي إلى بعض الولايات، الجريدة الرسمية عدد 17، لسنة 2020.
- المرسوم التنفيذي 20-86 المؤرخ في 2 أبريل 2020، المتضمن تمديد الأحكام المتعلقة بالتدابير الوقائية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد 19) ومكافحته، الجريدة الرسمية عدد 19، لسنة 2020.

الأمر الذي أدى إلى اتخاذ الحكومة مجموعة من الإجراءات من ذلك، تعليمة صادرة من الوزير الاول بتاريخ 2020/04/15 قرر فيها تعليق فرض العقوبات المالية على المؤسسات بسبب التأخر في الإنجاز[1]، وهذا للتخفيف من آثار إجراءات الوقاية من جائحة كورونا، وقد تقرر من خلالها تطبيق المادة 147 من المرسوم الرئاسي 15-247، التي تنص في فقرتها الخامسة على أنه "في حالة القوة القاهرة تعلق الآجال ولا يترتب على التأخير فرض العقوبات المالية بسبب التأخير، ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف واستئناف الخدمات التي تتخذها نتيجة ذلك المصلحة المتعاقدة."

فظلا عن ذلك فإنه يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى تعديل الصفقة وإعادة النظر في الأسعار عملا بأحكام المواد 136، 137 من المرسوم الرئاسي 15-274.

فقد تؤدي جائحة كورونا إلى جعل تنفيذ الالتزام العقدي مرهقا على المدين، لكن قد يكون أثره على الالتزامات التعاقدية بأن يجعل منها مستحيلة ويتعذر معها تنفيذ العقد.

وهاتين الحالتين لهما أهمية بالغة في التميز بين نظرية القوة القاهرة ونظرية الظروف الطارئة، بحيث أنه في نظرية الظروف الطارئة، يحدث فيها عقبات تواجه المتعاقد أثناء تنفيذ العقد وتجعله أكثر كلفة وإرهاقا، ولكن ليس من شأن تلك العقبات أن تجعل تنفيذ العقد مستحيلا، أما نظرية القوة القاهرة فيؤدي الحادث أو الفعل إلى أن يصبح تنفيذ العقد مستحيلا. [2]

ومنه فإن جائحة كورونا تخضع لأحكام القوة القاهرة إذا أدت إلى استحالة تنفيذ العقد، أما إذا أصبح العقد مرهقا للمدين فإن هذه الحالة تخضع لأحكام الظروف الطارئة.

---

1 - وقد جاء في هذه التعليمة الموجهة إلى أعضاء الحكومة والولاة، أن الحكومة ووعيا منها بمسؤولية الحفاظ على النسيج الصناعي المنوط بها، قد اتخذت جملة من التدابير ذات الطابع الجبائي وشبه الجبائي، وتخص كذلك القروض البنكية بغرض دعم المؤسسات التي تكابد صعوبات على إثر الأزمة الصحية التي تواجهها البلاد، غير أن التطورات الوضعية الصحية المرتبطة بوباء "كوفيد 19" والآثار الناجمة عن تدابير الوقاية من هذا الوباء ومكافحته قد أثر سلبا على الأداة الوطنية للإنتاج التي تعاني بشدة من وطأة تراجع نشاطها جراء التأخر في تموينها بالمعدات والمواد الأولية وعدم توافر اليد العاملة بسبب التعليق المؤقت لوسائل النقل، وفي هذا السياق وحرصا على عدم تضرر المؤسسات التي وجدت نفسها أمام استحالة ضمان إنجاز الأشغال والخدمات المقررة، فقد تقرر تطبيق المادة 147 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247."

- أوردها، بن سالم خيرة، تنفيذ الصفقات العمومية في ظل جائحة كوفيد 19، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 34، عدد خاص، القانون وجائحة كوفيد 19، ص 72.

2 - أنظر كل من: - د. مطيع علي حمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء في اليمن، أطروحة دكتوراه، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2006، ص 549. - أ. بن عبد الملك بوفلجة، الغرامة التأخيرية في ظل المرسوم رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 15، سبتمبر 2017، ص 262.

المطلب الرابع: الآثار القانونية لنظرية القوة القاهرة

إذا توافرت الشروط الثلاث السابقة في الفعل أو الحادث الذي اعترض تنفيذ العقد اعتبر بمثابة قوة قاهرة ويترتب عليها تحرر المتعاقد مع الإدارة من التزاماته بتنفيذ العقد، وهذا يتضمن إعفائه من مسؤوليته التعاقدية وحرمان الإدارة من حق توقيع جزاءات عدم التنفيذ عليه، ويجوز له فظلا عن ذلك له أن يطلب فسخ العقد والحصول على تعويض، وهذا ما سيتم التفصيل فيه فيما يلي:

الفرع الأول: إعفاء المتعاقد من الالتزامات التعاقدية.

تختلف نظرية القوة القاهرة عن النظريات الأخرة بأنها تتناسب مع الوضع الجديد، الذي يصبح معه تنفيذ الالتزام للمتعاقد مع الإدارة مستحيلا، حيث تعتبر الوسيلة الوحيدة التي تؤدي إلى إعفاء المتعاقد معها من التزاماته التعاقدية.[1]

فيترتب على القوة القاهرة إعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته التعاقدية، حيث أنها تعد مبررا لعدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته نتيجة وقوع سبب أجنبي لا يد له في حدوثه[2]، ولا تستطيع الإدارة أن توقع أي جزاء من الجزاءات الإدارية المقررة لعدم التنفيذ أو التأخير فيه. [3]

ويمكن أن يكون الأثر المترتب على القوة القاهرة جزئيا على الالتزامات التي يستحيل تنفيذها، فقد تكون استحالة التنفيذ في بعض التزامات المتعاقد دون الأخرى والتي يمكن للمتعاقد القيام بها حتى ولو كان تنفيذها مرهقا له.[4]

كما أن أثر الاستحالة قد يكون مؤقتا أو دائما، وفي الحالة الأولى فإنه بمجرد زوال أثر القوة القاهرة يستوجب استئناف تنفيذ العقد، وتصبح كافة الالتزامات الأخرى نافذة في مواجهة الطرفين[5]، فالقوة القاهرة لا ترتب آثارها إلا في وقت قيامها، فإذا انتهت حالة القوة القاهرة عاد التزام المتعاقد مع الإدارة من جديد.[6]

ومن ناحية أخرى يمكن أ ن تكون القوة القاهرة مصحوبة بخطأ المتعاقد الآخر المتضرر، وهنا يكون أثر الإعفاء جزئيا يقتصر على تخفيض الجزاءات وليس الإعفاء منها كليا، فمثلا إذا كانت الشركة

1 - أنظر، د. بن أحمد حورية، المرجع السابق، ص 282.

2 - أنظر، مطيع علي حمود جبير، المرجع السابق، ص 549.

3 - CE, 5 Décembre 1952, ministère de la reconstruction, Rec., p 562.

4 - DE LAUBADERE André, MODERNE Franck, DELVOLVE Pierre. Traité des contrats administratifs, op.cit, p 740.

5 - أنظر، د. عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ص 66.

6 - أنظر، د. ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص 229.

المتعاقدة لتنفيذ عقد إداري تقاعست في إبرام صلح مع العمال المضربين أدى إلى تأخر تنفيذ العقد، فإنها لا تعفى نهائيا من تنفيذ الالتزام وإنما يوقع عليها جزاء جزئي على عدم التنفيذ في الموعد المحدد.[1]

الفرع الثاني: حق المتعاقد في فسخ العقد.

إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة ونهائية فإن القوة القاهرة تعتبر عذرا مشروعا للمطالبة بفسخ العقد [2]، ويكون ذلك من خلال اللجوء إلى القضاء من أجل الحصول على الحكم بفسخ العقد، وقد تشترط بعض العقود ودفاتر الشروط وجوب اتباع إجراءات شكلية محددة في حالة وجود قوة قاهرة، وأكد مجلس الدولة الفرنسي ضرورة اتباع هذه الاجراءات والقواعد لفسخ العقد.[3]

ويرى غالبية الفقه في فرنسا إلى أنه من الضروري التمييز بين الإدارة والمتعاقد معها، فالإدارة يمكن أن تنهي العقد بقرار منها استنادا إلى القوة القاهرة، ويصبح الفسخ في هذه الحالة فسخا إداريا، أما المتعاقد مع الإدارة فيجب أن يلجأ إلى القضاء للحصول على الحكم بالفسخ للقوة القاهرة.[4]

هذا وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي على أن ما يعتبره المتعاقد بمثابة قوة قاهرة لا يعتبره القضاء كذلك، وذلك من خلال حكمه بتاريخ 5 نوفمبر 1982، حيث قامت شركة Propétrol بالتوقف عن التنفيذ وعدم توريد المواد البترولية لجهة الإدارة بحجة الارتفاع الزائد في أسعار المواد البترولية وهو ما يمثل قوة قاهر تمنعها من مواصلة التنفيذ، ومنه أعلنت جهة الإدارة فسخ العقد والتنفيذ على حساب الشركة، وطالبت الشركة بالتعويض عن إجراء الامتناع عن التوريد، وقد قضت المحكمة بالتعويض لجهة الإدارة مقررة بأن ارتفاع الأسعار غير مبرر لوقف تنفيذ الالتزامات العقدية، وإن ما قامت به الشركة من وقف التنفيذ يعتبر خطأ عقديا يستوجب معه التعويض لجهة الإدارة.[5]

---

1 - أنظر، د. سعاد الشرقاوي، المرجع السابق، ص 430.

2 - أنظر في ذلك: - عبد اللطيف قطيش، المرجع السابق، ص 167. -د. محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقد الإداري، دار الإيمان للطباعة، مصر، 2004، ص 140.

3 - أنظر، د. السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص 443.

4 - Voir, Traité de droit administratif, tome 3, op.cit., p 14.

للعقد الامر الذي كان سيسمح للشركة بالحصول على تعويض يجبر ما أصابه من ضرر.

5 - CE, 5 Novembre 1982, Société Propétrol, Cité par : - LOGEAT Catherine , PAILLORD Christine, Droit administratif général, Armand Colin, France, 2e édition, 2010. p 122.

- وقد علق بعض الفقه على هذا الحكم على أنه كان من الأولى بالشركة أن تدفع بالظروف الطارئة على اعتبار أن ارتفاع الأسعار لا يشكل قوة قاهرة، وإنما يمثل حدث أجنبي أثر على شروط العقد، وترتب عليه الاخلال بالتوازن المالي للعقد الامر الذي كان سيسمح للشركة بالحصول على تعويض يجبر ما أصابه من ضرر.

وفي الجزائر لم ينص القانون على إعفاء الإدارة من اللجوء إلى القضاء[1]، كما أن القضاء كرس هذا المبدأ في الكثير من أحكامه حيث أوجب على المصلحة المتعاقدة اللجوء إلى القضاء لأجل المطالبة بفسخ العقد الإداري، فقد قضى مجلس الدولة أن "*... العلاقة التي تربط المستأنف بالمستأنف عليها ناتجة عن عقد إيجار، والذي بموجبه أجرت المستأنف عليها للمستأنف مساحة داخل السوق المغطاة،... وقد تضمن العقد من بين الشروط شرطا خاصا بفسخ العقد من قبل المؤجر...، حيث أن البلدية باتخاذها الاعذار بالإخلاء قد خرقت ما كان يحتوي عليه العقد وحتى القوانين المعمول بها لاسيما المواد 106، و107 من القانون المدني.*" [2]

الفرع الثالث: حق المتعاقد في الحصول على تعويض.

من المقرر وفقا للقواعد العامة في القانون المدني أن وجود القوة القاهرة يؤدي إلى سقوط موجب التنفيذ وانقضاء الالتزامات التعاقدية لاستحالة التنفيذ. [3]

إلا أن العقود الإدارية تتميز عن العقود العادية التي تبرم بين أشخاص القانون الخاص بأنها تتعلق بتسيير المرافق العامة، ويقتضي أن يتعاون فيها المتعاقد مع الإدارة لتحقيق الهدف الذي تسعى إليه الإدارة من إبرامها وهو تحقيق المصلحة العامة، فيمكن أن تؤدي القوة القاهرة في بعض الحالات إلى منح المتعاقد مع الإدارة تعويضا عن الأضرار التي لحقت به. [4]

فقد ينص على التعويض إما في دفاتر الشروط، إل أنه في غالب الأحيان يكون تعويض المتعاقد طبقا لما تقرره دفاتر الشروط الإدارية مرهونا باتباع بعض الإجراءات الشكلية المنصوص عليها[5]، ويتشدد القضاء في تطبيق هذه القواعد إلى حد أنه يرفض طلب التعويض إذا لم يتقدم به المتعاقد في الآجال المحددة مثلا، وبالشكل والإجراءات المنصوص عليها. [6]

---

1 - أنظر، أ. عبدلي سهام، الفسخ بين الطبيعة الإدارية للصفقة العمومية والقانون الخاص، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق، المركز الجامعي لتامنغست، العدد التاسع، سبتمبر 2015، ص 80.

2 - قرار مجلس الدولة بتاريخ 2003/04/15، أورده، أ. عبدلي سهام، المرجع السابق، ص 82،81.

- راجع أيضا:- قرار صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2001/04/09، يحمل رقم 001892، فهرس رقم 323، قرار غير منشور، وقرار

3 - راجع المواد 127 ، 138، من القانون المدني الجزائري، و المواد 195، 159، 215 و217 من القانون المدني المصري، والمادة 1148 من القانون المدني الفرنسي.

4 - TERNEYRE Philippe, la responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif, Economica, France, 1989, p 370.

5 - راجع المادة 4/27 من دفاتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال، الذي سبق الإشارة إليه.

6 - DE LAUBADERE André, MODERNE Franck, DELVOLVE Pierre. Traité des contrats administratifs, op.cit, p 738.

وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بالتعويض في قضية « commune de Staffelfelden »، حيث أن العقد الذي كان مبرم بين البلدية وشركة تزويد المياه أضحى مستحيلا بعد أن أصبحت المياه الجوفية غير صالحة للاستعمال بسبب التلوث الذي كان سببه مصنع كيميائي، مما أدى إلى ارتفاع التكلفة بثلاث أضعاف السعر المتفق عليه، وبعد أن رفضت البلدية تعديل العقد، قضى مجلس الدولة بفسخ العقد وحكم بالتعويض لفائدة الشركة المتعاقدة.[1]

كما قضى في مصر بأنه "كل ما تقدم من قواعد قد قرره المشرع المصري في القانون المدني، ولئن كان مجال تطبيق هذه القواعد روابط القانون الخاص، إلا أن القضاء الإداري قد أطرد على الأخذ بها باعتبارها من الأصول العامة التي يجب النزول عليها في تحديد الروابط الإدارية في مجال القانون العام ما دامت تتسق مع تسيير المرافق العامة وتكفل التوفيق بين المصالح الفردية الخاصة."[2]

ويشمل التعويض الذي يحصل عليه المتعاقد مع الإدارة الأضرار التي لحقت المتعاقد والتكاليف التي تكبدها، إلا أنه لا يشمل التعويض عما فاته من كسب.[3]

---

1 - أنظر على سبيل المثال:

- CE. 14 juin 2000, « commune de Staffelfelden », Cité par : - Jacqueline MORAND, DEVILLER, Pierre BOURDON, Florian POULET, Droit administratif, op .cit,. P 508.

2 - حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 1959/12/12، الذي سبق ذكره.

3 - أنظر في ذلك: د.علي عبد الأمير قبلان، المرجع السابق، ص 56. - د. السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص 443.

خاتمة

من خلال هذه الدراسة تتضح مدى أهمية موضوع سلطة القاضي الإداري في مراقبة التوازن العقدي، وتتمثل تلك الأهمية في أهمية العقود الإدارية ذاتها كوسيلة فعالة لتلبية احتياجات الإدارة من أجل ضمان الفعالية الاقتصادية من خلال تنفيذ العديد من المشاريع الحيوية، لتتمكن من القيام بدورها في تلبية احتياجات المرفق العام، وتحقيق المصلحة العامة، ومن المهم توفير الضمانات اللازمة للمتعاملين مع الإدارة لدفعهم للتعاقد معها، ومن بين أهم الضمانات التي توفر الأمان للمتعاقد في للحفاظ على حقوقه ومصالحه المالية التي يسعى لتحقيقها هو إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في حالة اختلاله، فالمتعاقد مع الإدارة وإن كان يعاون جهة الإدارة في تسيير مرافقها، إلا أنه في ذات الوقت يسعى لتحقيق الربح، فما كان ليقدم على التعاقد وتحمل الالتزامات العقدية إلا في مقابل حصوله على مقابل مالي ارتضاه وقت إبرام العقد، فإذا استشعر المتعاقد بأن حقوقه المالية قد تتعرض للتهديد من دون وجود ضمانة للحفاظ عليها فلن يقدم على التعاقد.

وبناء على ما تم عرضه في النقاط المختلفة المرتبطة بموضوع الأطروحة يمكن إبراز أهم النتائج التي تم التوصل إليها فضلا عن بعض التوصيات والمقترحات على النحو الآتي:

من النتائج التي توصلت إليها من خلال هذه الدراسة أن الصفقات العمومية تعتبر نوع من أنواع العقود الإدارية، وأنها تحتل أهمية بالغة في مجال المعاملات الاقتصادية، لذلك أولى لها المشرع أهمية خاصة من خلال وضع لها تشريع خاص، حيث أن العنصر الغالب على هذا النوع من العقود الإدارية هو الإطار التشريعي، فلا تخلو أي مرحلة من المراحل التي تمر بها الصفقات العمومية إلا ونجد أن المشرع قد تدخل من خلال فرض قيود وإجراءات صارمة بهدف تحقيق المصلحة العامة وتكريس الحماية القانونية للأموال العمومية، وتبين لي أيضا أن تفويضات المرفق العام هي بدورها نوع من أنواع العقود الإدارية يتعلق من حيث موضوع النشاط بتسيير المرافق العامة في الجانب التجاري والصناعي.

وتظهر الدراسة أن العقود الإدارية بصفة عامة والصفقات العمومية بصفة خاصة التي تبرمها الأشخاص المعنوية العامة بصفتها صاحبة سلطة تتميز عن تلك العقود التي تبرمها طبقا لقواعد القانون الخاص، بحيث وجدنا أنها تختلف عنها من حيث الأحكام الخاصة بتكوينها وإبرامها وأيضا فيما يتعلق بالأحكام الموضوعية المتعلقة بمرحلة تنفيذ العقد واتضح جليا أنه ونظرا للطابع الخاص والاستثنائي للعقود الإدارية فإنها تخضع لقواعد القانون العام الذي يضمن للإدارة فيه مركزا متميزا في معاملاتها ومنازعاتها مع المتعاقد معها، وينعقد الاختصاص في المنازعات التي تثور بشأنها للقضاء الإداري.

أن المشرع الجزائري تبنى في الأصل المعيار العضوي لتمييز العقود الإدارية، وإن كان هذا المعيار يتسم بالبساطة من حيث المعرفة المسبقة للجهة القضائية التي يؤول إليها الاختصاص إلا أنه يؤخذ على

القضاء في الجزائر أنه لم يحاول إضافة معايير جديدة لتمييز العقد الإداري مكتفيا بتطبيق النصوص التشريعية، فالقضاء في الجزائر لم يحاول إضافة معايير جديدة لتمييز العقد الإداري، كما أن المشرع لم يفصل بشكل واضح بين المؤسسات العمومية الاقتصادية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري.

وفيما يتعلق بآليات تسوية منازعات العقود الإدارية توصلت إلى مجموعة من النتائج من بينها أن المشرع وفق حين تبنى مبدأ الحسم الودي لمنازعات الصفقات العمومية سواء كان ذلك في منازعات الإبرام أو التنفيذ، حيث أن الطرق الودية لحل المنازعات يمكن الأطراف من إيجاد حل يضعون من خلاله حد للنزاع بعيدا عن القضاء وتفادي الإجراءات والتعقيدات المترتبة عن ذلك التي تستهلك الوقت والمال، مما يؤدي إلى إيجاد حل سريع يضمن عدم تعطل المشاريع العامة والسير الحسن والمنتظم للمرافق العامة، إلا أنه وإن كان المشرع بموجب أحكام تنظيم الصفقات العمومية قد جعل من الصلح أمر جوازي بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة إلا أنه ألزم المصلحة المتعاقدة بالبحث عن الحل الودي للنزاعات التي تطرأ عند التنفيذ، مع وجوب إدراجه في دفتر الشروط والذي يجب أن يتقيد المتعاقد ببنوده، ومنه توصلت إلى أن الحل الودي الذي أوجبه المشرع على المصلحة المتعاقدة يعد نوعا من أنواع الصلح غير المنصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وأنه في حالة عدم الوصول إلى حل للنزاع من خلال التسوية الودية فيتدخل القضاء الإداري من أجل حل النزاع بشكل نهائي سواء في المنازعات المتعلقة بالإبرام أو تلك المتعلقة بالتنفيذ، حيث أن المرسوم الرئاسي 15-247 أحال الأمر إلى القواعد العامة المعمول بها وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث أن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لم يبن بصفة صريحة الجهة القضائية المختصة للفصل في العقود الإدارية بشكل عام، والصفقات العمومية بشكل خاص.

وقد اتضح لي أن القضاء الإداري يتدخل في اطار الاختصاص المخول له قانونا عن طريق قضاء الاستعجال و القضاء الكامل، وقضاء الإلغاء وإن كان هذا الأخير يبدو للوهلة الأولى بعيدا عن مجال منازعات العقود الإدارية، إلا أنه اتضح هذه الدراسة أن مجلس الدولة الفرنسي ابتكر نظرية القرارات المنفصلة أو القابلة للانفصال التي تخول للقاضي الإداري النظر في دعاوى الإلغاء المتعلقة بالقرارات التي تصدرها المصلحة المتعاقدة والملاحظ أن المشرع الجزائري عرف نظرية القرارات الإدارية المنفصلة ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وتبين من البحث أن القرارات التي تصدر أثناء مرحلة تنفيذ الصفقة لا تقبل الطعن بالإلغاء كقاعدة عامة كونها تدخل ضمن العملية التعاقدية، وهناك قرارات منفصلة تصدر في مرحلة إبرام الصفقة مثل قرار الإعلان عن طلب العروض والإقصاء من المشاركة والمنح المؤقت والتي أقر المشرع الطعن فيها بالإلغاء إذا كانت مخالفة لتنظيم الصفقات العمومية وذلك وفقا لإجراءات وشروط محددة قانونا.

كما تبين أيضا أن المشرع الجزائري استحدث بموجب الأمر 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية القضاء الاستعجالي ما قبل التعاقد، وذلك من أجل تكريس مبدأ الشفافية والمساواة وتعزيز آليات الرقابة في مجال العقود الإدارية، حيث أقر المشرع للأطراف باللجوء إلى القضاء الإداري الاستعجالي قبل إبرام العقد في حالة الاخلال بإجراءات الإشهار والمنافسة.

توصلت كذلك إلى أن مسألة قابلية حسم منازعات العقود الإدارية عن طريق التحكيم لم تكن محل ترحيب فقهي أو قضائي كما أن المشرع في الدول المقارنة كان يحظرها، إلا أنه تم الرجوع عن هذا الموقف، كما أن المشرع الجزائري اتجه من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبعده تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام نحو تكريس التحكيم كنظام بديل لتسوية منازعات العقود الإدارية، والذي جاء بناء على متطلبات التنمية وضغط الاحتياجات العامة، حيث أن المشرع نص صراحة ولأول مرة على إمكانية اللجوء إلى التحكيم لتسوية المنازعات الناشئة بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد الأجنبي، الأمر الذي يعد من أهم الحوافز القانونية التي تعمل على جذب الاستثمارات الأجنبية، وذلك لما يوفره من ضمانات قانونية للمستثمر.

توضح من خلال الدراسة أن اختلال التوازن المالي للعقد الإداري قد يكون بسبب تدخلات وتصرف طرفي العقد، وقد يختل لأسباب وظروف خارجية بعيدة عن أطراف العلاقة التعاقدية، وأن جهة الإدارة تكون ملزمة بتعويض المتعاقد معها ومساعدته ليتمكن من تنفيذ التزاماته التعاقدية، وذلك أساسه الحرص على ضرورة تنفيذ العقد الإداري وحسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد.

وتبين أن الإدارة تمتلك سلطات استثنائية واسعة في مواجهة المتعاقد معها، وهذه السلطات ليست مطلقة، بل تمارسها الإدارة في ضوء الضوابط والقواعد القانونية المقررة، ومن تلك السلطات التي تملكها الإدارة، حقها في الإشراف والرقابة، وسلطة التعديل الانفرادي للعقد، وحقها في توقيع الجزاءات على المتعاقد، وسلطتها في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة، وتوصلت من خلال هذه الدراسة إلى أن الإدارة عند ممارستها لحقها في الإشراف والرقابة وتعديل العقد بإرادتها المنفردة غالبا ما يؤدي ممارسة الإدارة لسلطاتها إلى إرهاق كاهل المتعاقد مع الإدارة، وبالتالي اختلال التوازن المالي للعقد، وفي هذه الحالة يمكن الرجوع على الإدارة استنادا لنظرية عمل الامير في حالة تحمل المتعاقد أعباء إضافية ويترتب على ذلك أن يتحصل المتعاقد مع الإدارة على التعويض الكامل.

وتوصلت إلى أن المتعاقد مع الإدارة قد يقوم بأعمال من تلقاء نفسه يرى أنها ضرورية ومفيدة للمصلحة المتعاقدة والمرفق العام لما تتطلبها الضرورة الفنية، وهذا التدخل من جانب المتعامل المتعاقد يحمله أعباء ونفقات زائدة تخول له الحق في الحصول على تعويض من جهة الإدارة استنادا لنظرية الإثراء بلا سبب بالنسبة للأعمال المفيدة، وعلى أساس السعر المتفق عليه في العقد في حالة الأعمال الإضافية الضرورية باعتبارها امتداد للأعمال الأصلية، كما تمت ملاحظة أن المشرع الجزائري وإن كان لا يفرق بين الأعمال

الإضافية الضرورية والأعمال المفيدة لجهة الإدارة، إلا أنه أقر بأحقية المتعامل المتعاقد في التعويض على الأعمال الإضافية الضرورية لتنفيذ الأعمال المطلوبة حسب السعر المتفق عليه لإنجاز الأشغال الأصلية .

أما بالنسبة للتدخلات الخارجة التي قد تؤثر على التوازن المالي للعقد الإداري فقد أظهرت الدراسة أنها قد تكون أعمال إدارية صادرة عن الدولة أو الأشخاص العامة الأخرى غير المصلحة المتعاقدة، وقد تكون ظروفا طبيعية أو سياسية أو اقتصادية، تؤثر على تنفيذ العقد الإداري وتخل بتوازنه المالي، ويمكن للمتعاقد الرجوع على الإدارة بالتعويض عن الأضرار التي لحقته، وتكون الإدارة ملزمة بمعاونته لإعادة التوازن المالي للعقد، وقد تكون تلك المعاونة جزئية في حالة الظروف الطارئة، أو تعويضا كاملا في حالة الصعوبات المادية غير المتوقعة.

وقد تبين من الدراسة أيضا أن حق المتعاقد في التوازن المالي لا يعفيه من تنفيذ التزاماته العقدية على الرغم من وجود تلك العقبات والصعوبات التي أدت إلى ارهاقه وزيادة نفقاته وأعبائه، فلا يمكن له التذرع بوجود تلك الصعوبات للتهرب من التزاماته العقدية، وهذا الالتزام يشمل كافة نظريات التوازن المالي، حيث أن الحق في التوازن المالي مرتبط بضرورة مواصلة تنفيذ الالتزامات العقدية، وأنه حتى في حالة القوة القاهرة فإن المتعاقد لا يجوز له فسخ العقد من تلقاء نفسه، بل يجب الحصول على الفسخ من القاضي المختص الذي يقرر اعتبار الحدث قوة قاهرة أم لا.

وتوصلت كذلك إلى أن الشروط التي يمكن أن يتضمنها العقد الإداري والتي تنص على إعفائها من المسؤولية سواء جزئيا أو كليا لا تؤثر على تطبيق نظريات التوازن المالي، حيث استقر الفقه والقضاء على عدم جواز ادراج شرط الاعفاء المطلق من المسؤولية في العقود الإدارية، ولا يعتد به حال إدراجه إلا في حالة الأعمال الإضافية حيث تكون الشروط التي تضعها الإدارة والتي تتضمن إعفائها من المسؤولية تكون سببا لعدم تطبيق نظرية الإثراء بلا سبب.

وعلى ضوء ما توصلت إليه من نتائج ارتأيت أن أقدم التوصيات والمقترحات التالية:

إن كانت التسوية الودية لمنازعات العقود الإدارية لها أهمية كبيرة في إيجاد حل نهائي ويرضي الأطراف المتعاقدة، إلا أن هذا الدور يحتاج للتفعيل من خلال تدعيمه بمختلف النصوص القانونية المفصلة لآليات هذه التسوية وإجراءاتها، من أجل تسخيرها كأداة لحماية أطراف العلاقة التعاقدية.

كما أن المشرع لم يكن واضحا حول مدى الزامية التسوية الودية بالنسبة للمتعامل المتعاقد، ومنه أرى أنه ينبغي على المشرع أن يوضح موقفه في هذا شأن، ومن المستحسن أن ينص صراحة على أن محاولة

التسوية الودية أمر وجوبي بالنسبة لأطراف العقد قبل اللجوء إلى التسوية القضائية، ولا يقتصر ذلك فقط على المصلحة المتعاقدة.

لابد من وضع شروط كفيلة بضمان كفاءة ونزاهة وحياد الأعضاء المكلفة بالتسوية والودية وحل النزاعات على مستوى اللجان المكلفة بذلك، ومنحهم الضمانات الكافية لممارسة مهامهم مع الحرص على تكوينهم من الناحية النظرية والميدانية في المجال القانوني والتقني، من خلال إجراء دورات تكوينية وأيام دراسية وملتقيات وتربصات حتى يمكنهم القيام بمهامها على أحسن وجه.

التوصية بتعديل المادة 82 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وذلك بجعل الطعن أمام لجان الصفقات العمومية المختصة يشمل جميع القرارات التي تصدرها الإدارة في مرحلة الابرام عوض تحديد بعض القرارات فقط، إذ أنه توجد عدة قرارات غير منصوص عليها في هذه المادة يمنك لها أن تمس بإجراءات الإشهار والمنافسة لم يتم ذكرها، فيجب إعادة صياغتها بشكل يشمل كافة القرارات التي يمكن أن تصدر في مرحلة الإبرام، حيث أنه من غير المعقول أن يكون أجل الطعن في القرارات الغير منصوص عليها هو نفسه المقرر في القواعد العامة والمقدر بأربعة أشهر، في حين أن المادة تحدد الأجل ب 10 أيام.

هذا بالإضافة إلى أنه وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد المشرع منح للمتعامل المتعاقد الحق في اللجوء إلى القاضي الاستعجالي في حالة الاخلال بإجراءات الإشهار والمنافسة، التي تخضع لها عملية إبرام العقود الإدارية، وعند القيام بعملية المقارنة بين النصين نجد أن المشرع ترك غموضا حول عدم الانسجام بين مختلف أنواع الطعون التي يمكن أن تكون في وقت واحد، فمن جهة منح إمكانية الطعن أمام لجنة الصفقات العمومية، وفي نفس الوقت خول للمتعاقد الحق في اللجوء إلى القضاء الاستعجالي، إضافة إلى إمكانية اللجوء إلى مجلس المنافسة في مرحلة الإبرام، الأمر الذي يجعل المتعهد في حيرة من أمره حول الطريق الأنجح لاستفاء حقوقه، ويطرح التساؤل حول مدى امكانية ممارستها في وقت واحد.

نوصي المشرع بعدم الاكتفاء بتكريس مبدأ الشفافية والمساواة في مرحلة الإبرام فقط، بل يجب أن تمتد إلى ما بعد ذلك، حيث أرى ضرورة أن يمنح للأطراف حق المطالبة بوقف الصفقة ذاتها بعد إبرامها في حالة عدم احترام مبدأ الشفافية والمساواة، ولا يجب أن يقتصر على مرحلة الابرام فقط، على أن يقيد المشرع الأطراف بأجل محدد لممارسة هذا الحق.

فيما يخص معيار تحديد العقد الإداري وإن كان المعيار العضوي الذي يأخذ به المشرع يتسم بالبساطة من حيث المعرفة المسبقة للجهة القضائية التي يؤول إليها الاختصاص، إلا أنه من الناحية العملية توجد العديد من الحالات التي أبانت عن صعوبة في تحديد طبيعة النزاع ومنه عدم امكانية تحديد الجهة القضائية المختصة في نظره، الأمر الذي يؤثر حق التقاضي المقرر دستوريا، ويؤدي كذلك إلى إهدار الحق موضوع النزاع من خلال تداول القضايا ما بين القضاء العادي والقضاء الإداري، مما يجعل المتقاضي يعزف عن المطالبة بحقه بسبب طول أمد النزاع وتكاليفه المادية والتعقيدات الإجرائية، ومنه فيجب على القضاء في الجزائر أن يطور أحكامه واجتهاداته، ولا يتوقف عند تطبيق النصوص التشريعية، ويجب أن يحذو حذو القضاء الفرنسي والمصري من أجل ابتكار معايير بديلة تحسم التنازع بين ما يعتبر عقد إداري وما يبقى في دائرة العقود الخاصة، ولابد من أن يكون هناك اجتهاد قضائي موحد بخصوص الاختصاص لمنازعات العقود الإدارية.

ينبغي على المشرع الجزائري تعديل المادة السادسة من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام حتى تتكيف أحكامها مع أحكام المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، حيث أنه من غير المعقول أن تكون المؤسسات العمومية التي تخضع للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الاقليمية خاضعة لأحكام تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام وفي حالة النزاع يؤول فيها الاختصاص للقضاء العادي، حيث أنه عملا بأحكام هذه المادة فإنه لا ينعقد الاختصاص للقاضي الإداري.

يوصي بضرورة تعديل المادة 804 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ورفع التكرار الذي يتضمنها، حيث أن المشرع ند تحديده للاختصاص الاقليمي لمنازعات الأشغال قام بتكرار هذا الاختصاص في ثلاثة مناسبات، أين جعل في الفقرة 02 المحكمة المختصة هي التي يقع بدائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال، وعلى اعتبار الأشغال العمومية نوع من أنواع العقود الإدارية فنجد أن الفقرة 03 جعلت الاختصاص يؤول للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه، في حين نجد أن الفقرة السادسة من ذات المادة عقدت الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام الاتفاق إذا كان أحد الأطراف مقيما به،

حيث أن هذا قد يثير عدة إشكالات من الناحية العملية، وذلك للتناقض الموجود، فمثلا في حالة ما إذا كان موضوع العقد الإداري أشغال ورفع أحد الأطراف النزاع أمام المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها مكان تنفيذ العقد على فرض أنه لا يقيم أي طرف من الأطراف بدائرة اختصاص المحكمة التي رفعت

أمامها الدعوى، فهنا يجد القاضي إشكال في اختيار الفقرة التي يطبقها على النزاع لعقد اختصاصه، لاسيما وأن مسألة تحديد الاختصاص من النظام العام والمشرع يلزم القاضي بإثارتها من تلقاء نفسه، حتى ولو لم يثرها الخصوم، ومنه يستوجب إعادة صياغة هذه المادة بشكل يتم من خلاله تفادي التكرار والتناقض وذلك بسحب الشرط الذي أورده في الفقرة السادسة.

نهيب بالمشرع الجزائري بضرورة تكريس مبدأ التقاضي على درجتين من خلال جعل المحاكم الإدارية يؤول إليها الاختصاص بالنظر في كامل المنازعات الإدارية بما في ذلك دعاوى بطلان القرارات الصادرة عن الإدارة المركزية، مع ضرورة إنشاء محاكم إدارية استئنافية يؤول إليها الاختصاص بالنظر في الاستئنافات المرفوعة ضد الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية، وجعل هذه الأخيرة هي صاحبة الاختصاص العام لكافة المنازعات الإدارية دون استثناء وجعل جميع الأحكام التي تصدر عنها قابلة للاستئناف أمام المحاكم الادارية الاستئنافية والتي تصدر قرارات تكون قابلة للطعن بالنقض أما مجلس الدولة، على أن يبقى مجلس الدولة في قمة الهرم كهيئة مقومة للأعمال القضائية وفقا لما هو مقرر في الدستور.

فيمكن القول أن الجهات القضائية في القضاء الإداري ناقصة ولا تنسجم مع مبدا التقاضي على درجتين في استمرار غياب محاكم إدارية استئنافية، حيث أضحى من الضروري إنشاء جهة قضائية كدرجة ثانية من دراجات التقاضي في المادة الإدارية يؤول إليها النظر في الاستئناف مثل ما هو عليه الحال في القضاء العادي.

وفيما يتعلق بمسألة التحكيم في العقود الإدارية فإنه على الرغم من أن المشرع نص على إمكانية اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية، إلا أنه لم يكن النص عاما يشمل كافة المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية، بل اقتصر في جواز لجوء المصلحة المتعاقدة إلى التحكيم في منازعات الصفقات العمومية التي تطرأ على منازعات المتعاملين المتعاقدين الأجانب فقط، واستثنى بذلك المشرع المتعامل المتعاقد الوطني، كما أن التحكيم في مجال العقود الإدارية يقتصر فقط على المسائل التي تدخل في نطاق الحقوق ولا يشمل قضاء المشروعية، فالمشرع لا يجيز التحكيم في النزاعات الخاصة بمشروعية القرارات الإدارية التي تتخذها الإدارة بوصفها صاحبة سلطة عامة، ولا يبقى له سوى القرارات التي تتخذها الإدارة بصفتها طرف متعاقد.

لذلك نرى أنه لابد من النص على امكانية اللجوء إلى التحكيم في كافة المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية دون استثناء بعض العقود، مع ضرورة ضبط شروط وإجراءات التحكيم في منازعات العقود

الإدارية يتناسب وطبيعتها، وبما يضمن المصلحة العامة، على أن لا يتشدد في الإجراءات والقيود حتى لا يتم عرقلة سيرورة النشاط الاقتصادي.

ضرورة التفرقة من قبل المشرع والقضاء الإداري في الجزائر بين الظروف الطارئة والصعوبات المادية الغير متوقعة، حيث أن هذه التفرقة لها أهميتها من الناحية العلمية والعملية، لاسيما وأن الاثار المترتبة على كل منهما تختلف، حيث أن المتعاقد في نظرية الظروف الطارئة لا يستحق تعويضا كاملا، وإنما تقوم الإدارة بمساعدته على تخطي هذا الظرف بتعويض جزئي، بينما في نظرية الصعوبات المادية الغير متوقعة فإن التعويض يكون كاملا، يشمل كافة الأضرار والخسائر التي لحقت بالمتعاقد وكذلك ما فاته من كسب.

أخيرا يمكن القول وإن كان البعض يطلق على تجربة القضاء الإداري في الجزائر بالتجربة الفتية، وأنها تحتاج إلى الكثير من الوقت والجهد لكي تحقق الجهد المرجو منها، إلا أنني لا أؤيد هذا الرأي، حيث أن القاضي الإداري في الجزائر مارس سلطاته حتى في ظل القضاء العادي على مستوى الغرف الإدارية بالمجالس القضائية وعلى مستوى المجلس الأعلى والمحكمة العليا قبل تأسيس المحاكم الإدارية ومجلس الدولة، وللقاضي الإداري ما يكفي من خبرة وكفاءة تؤهله لأن يصل إلى ما وصل إليه القضاء الإداري المقارن في مجال الاجتهاد في غياب النصوص القانونية، إلا أن القاضي الإداري في الجزائر مقيد على الرغم من السلطة التقديرية الواسعة التي يمتلكها في استنباطه للقواعد القانونية وتفسيره للنصوص، فلا يجوز له مخالفة النصوص التشريعية، كما أنه حتى في غياب النص يحكم القاضي بمبادئ الشريعة الاسلامية، فإن لم يوجد فبمقتضى العرف، فإن لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي والعدالة، وهو ما أقرته المادة الأولى من القانون المدني التي جاءت في مخاطبة القاضي بوجه عام ولم تستثني القاضي الإداري، فمجلس الدولة ليس مخول بإنشاء القاعدة القانونية ما لم يتم تجسيد هذا دستوريا حتى يكون له أكثر حرية ولا يقتصر دوره فقط على توحيد الاجتهاد القضائي مثله مثل المحكمة العليا.

قائمة المراجـــــــع

*/ المراجع باللغة العربية

أولا: النصوص القانونية:

أ) الدساتير:

– أمر رقم 76–97 المؤرخ في 22 نوفمبر 1976 المتضمن دستور الجمهورية الجزائرية الدمقراطية الشعبية، جريدة رسمية عدد 94 لسنة 1976.

– المرسوم الرئاسي رقم 89–18 المؤرخ في 28 فيفري 1989 المتضمن تعديل الدستور الجزائري، الجريدة الرسمية، عدد09، لسنة 1989.

– المرسوم الرئاسي رقم 96–438 المؤرخ في 7 ديسمبر 1996 المتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، الجريدة الرسمية عدد 76 لسنة 1996.

– المعدل بموجب:

– القانون رقم 02–03 المؤرخ في 10 أفريل 2002، الجريدة الرسمية عدد 25 لسنة 2002.

– القانون رقم 08–19 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، الجريدة الرسمية عدد 63، لسنة 2008.

– القانون رقم 16–01 المؤرخ في 06 مارس 2016، الجريدة الرسمية عدد 14 لسنة 2016.

ب) الاتفاقيات الدولية:

– المرسوم الرئاسي 90–319 المؤرخ في 1990/10/17، المتضمن المصادقة على الاتفاقية الثنائية بين الجزائر والولايات المتحدة حول تشجيع الاستثمار ج. ر عدد 45 ، لسنة 1990.

– المرسوم الرئاسي رقم 90–420، المؤرخ في 1990/12/22، المتضمن المصادقة على الاتفاقية المتعلقة بتشجيع وضمان الاستثمار بين دول المغرب العربي ج. ر عدد 06 لسنة 1991.

ج) النصوص التشريعية:

– القانون العضوي 98–01، مؤرخ في 1998/05/30، يتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 37، لسن 1998.

- القانون العضوي رقم 98-02، المؤرخ في 1998/05/30، المتعلق بالمحاكم الإدارية، الجريدة الرسمية عدد 37، لسن 1998.

- القانون العضوي رقم 16-10، المؤرخ في 25 غشت 2016، المتعلق بنظام الانتخابات، الجريدة الرسمية عدد 50.

- القانون 62-157، المؤرخ في 1962/12/31، المتعلق بتمديد العمل بالقوانين الفرنسية، الجريدة الرسمية على الجزائر المستقلة إلا ما كان متعارضا مع السيادة الوطنية، عدد 02 صادرة في 1963/01/11.

- الأمر رقم 65-278، المؤرخ في 1965/11/16، المتضمن التنظيم القضائي، الجريدة الرسمية عدد 96، لسنة 1965.

- الأمر رقم 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967، المتضمن قانون الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 52، لسنة 1967.

الأمر رقم 66-154، المؤرخ في 1966/06/08، المتضمن قانون الإجراءات المدنية، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 47، لسنة 1968.

- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975، والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية العدد 78 لسنة 1975.

- القانون رقم 88-01 المؤرخ في 12 جانفي 1982، المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية، الجريدة الرسمية عدد02 لسنة 1988.

- القانون 88-04 المؤرخ في 12 يناير 1988 المعدل والمتمم للأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون التجاري، ويحدد القواعد الخاصة المطبقة على المؤسسات العمومية الاقتصادية، ج. ر عدد 02 لسنة 1988.

- الأمر95- 20 المؤرخ في 17 يوليو 1995، والمتعلق بمجلس المحاسبة، ج.ر عدد 39، والمعدل بالأمر رقم 10-02 المؤرخ في 26 غشت سنة 2010، ج.ر عدد 50 لسنة 2010.

- الامر 96-13 المؤرخ في 15 يونيو 1996 والمتضمن قانون المياه ، الجريدة الرسمية عدد 37 لسنة 1996 (ملغى).

– القانون 01–21 المؤرخ في 22 ديسمبر 2001 يتضمن قانون المالية لسنة 2002، والمتضمن قانون الإجراءات الجبائية المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 79 لسنة 2001.

– الأمر 01–04 المؤرخ في 20 أوت 2001، يتعلق بتنظيم المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها وخصوصيتها، ج. ر عدد 47، لسنة 2001.

– الأمر رقم 03–03، المؤرخ في 19 يوليو 2003، المتعلق بالمنافسة، الجريدة الرسمية عدد 43 لسنة 2003.

– القانون رقم 05–12 المؤرخ في 04 أوت 2005، المتضمن قانون المياه ، الجريدة الرسمية عدد 60 لسنة 2005، المعدل والمتمم بالقانون 08–03، المؤرخ في 04 أوت 2008، ج. ر، عدد 04 لسنة 2008، والقانون رقم 09–02، المؤرخ في 22 جويلية 2009، ج. ر عدد 26 لسنة 2009.

– القانون رقم 06–01، المؤرخ في 20 فبراير 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ر عدد 14 لسنة 2006.

– القانون 06–02 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 14 لسنة 2006.

– القانون 06–03 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن مهنة المحضر القضائي، والمنشور في الجريدة الرسمية رقم 14 لسنة 2006.

– القانون 08–14 المؤرخ في 20 يوليو 2008 المعدل والمتمم للقانون 90–30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية ، الجريدة الرسمية عدد 44 لسنة 2008.

– القانون 08–09 مؤرخ في 2008/02/25، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية عدد21، لسنة 2008.

– القانون رقم 10–03 المؤرخ في 15 أوت 2010، الذي يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة، الجريدة الرسمية عدد 46، لسنة 2010.

– القانون 11– 10 المؤرخ في 22 يونيو 2011، يتعلق بالبلدية، الجريدة الرسمية عدد 37، لسنة 2011.

– القانون 12– 07 المؤرخ في 21 فبراير 2012 والمتعلق بالولاية، الجريدة الرسمية عدد 12 لسنة 2012.

– القانون رقم 13–07 المؤرخ في 29 أكتوبر 2013 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة، الجريدة الرسمية عدد 55 لسنة 2013.

– القانون رقم 18–04 المؤرخ في 10 مايو سنة 2018 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية، ج.ر عدد 27 لسنة 2018.

– القانون رقم 05–07 المؤرخ في 2005/07/28، المتعلق بالمحروقات المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 50 لسنة 2005.

د) المراسيم التنظيمية:

المراسيم

– المرسوم 82–145 الصادر في 1982/04/10، المتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي، الجريدة الرسمية عدد 15 لسنة 1982.

– المرسوم 88–72 المؤرخ في 29 مارس 1988، يعدل ويتمم المرسوم 82–145 الجريدة الرسمية عدد 13 لسنة 1988.

المرسوم رقم 88–131 المؤرخ في 04 يوليو سنة 1988 المنظم للعلاقة بين الإدارة والمواطن، الجريدة الرسمية عدد 27 لسنة 1988.

– المرسوم رقم 84–124، المؤرخ في 1984/05/19، الذي يحدد صلاحية وزير التجارة وصلاحيات نائب الوزير المكلف بالتجارة الخارجية، ج. ر عدد 21 لسنة 1984.

المراسيم الرئاسية

– المرسوم الرئاسي رقم 02–250، المؤرخ في 2002/07/24، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل والمتمم.

– المرسوم الرئاسي رقم 10–236، مؤرخ في 07 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 58، لسنة 2010 المعدل والمتمم.

– مرسوم رئاسي 15–247، مؤرخ في 16 سبتمبر 2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية عدد 50 لسنة 2015.

المراسيم التنفيذية

– المرسوم التنفيذي 91–434 المؤرخ في 09 نوفمبر 1991، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية، عدد 57 لسنة 1991.

– المرسوم التنفيذي 96–308، المؤرخ في 18 سبتمبر 1996 يتعلق بمنح امتياز الطريق السريع، الجريدة الرسمية عدد 55، لسنة 1996.

– المرسوم التنفيذي 98–356 المؤرخ في 14 نوفمبر 1998 والذي يحدد كيفية تطبيق أحكام القانون 98–02 والمتعلق بالمحاكم الإدارية المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 85 لسنة 1998.

– المرسوم التنفيذي رقم 94–207، المؤرخ في 16 يوليو سنة 1994، ج. ر عدد 74، لسنة 1994. والذي تم إلغائه أيضا بموجب المرسوم التنفيذي رقم 02–453، المؤرخ في 21 ديسمبر سنة 2002، والمتضمن تحديد صلاحيات وزير التجارة، ج. ر عدد 85 لسنة 2002.

– المرسوم التنفيذي 20–69 المؤرخ في 21 مارس 2020 والمتعلق بتدابير الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد – 19) ، الجريدة الرسمية العدد 15 لسنة 2020.

– والمرسوم التنفيذي رقم 20–70 المؤرخ في 24 مارس 2020، الذي يحدد التدابير التكميلية للوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد–19) ومكافحته، الجريدة الرسمية العدد 16 لسنة 2020.

– المرسوم التنفيذي رقم 20–72، المؤرخ في 22 مارس يتضمن تمديد الحجر الجزئي المنزلي إلى بعض الولايات، الجريدة الرسمية عدد 17، لسنة 2020.

– المرسوم التنفيذي 20–86 المؤرخ في 2 أبريل 2020، المتضمن تمديد الأحكام المتعلقة بالتدابير الوقائية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد 19) ومكافحته، الجريدة الرسمية عدد 19، لسنة 2020.

– المرسوم التنفيذي 21–219 المؤرخ في 20ماي سنة 2021 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، الجريدة الرسمية عدد 50 لسنة 2021.

ذ) قرارات وزارية:

– القرار المؤرخ في 1964/11/21 المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبق على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، الجريدة الرسمية عدد 06 لسنة 1965.

– القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15 ماي 1988 المتضمن كيفيات ممارسات الاستشارة الفنية في ميدان البناء وأجر ذلك، الجريدة الرسمية عدد 43 لسنة 1988.

– القرار المؤرخ في 19 ديسمبر 2015، الذي يحدد لكيفية الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية، ج.ر عدد 17، لسنة 2016.

– القرار المؤرخ في 19 ديسمبر 2015، الذي يحدد لكيفية التسجيل والسحب من قائمة المتعاملين الاقتصاديين الممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، ج.ر عدد 17، لسنة 2016.

– القرار الوزاري المؤرخ في 12 يناير 2016 المتضمن تعيين أعضاء اللجنة القطاعية للصفقات العمومية لوزارة المالية، ج. ر عدد 17، لسنة 2016.

– القرار الصادر عن وزير التعليم العالي والبحث العلمي رقم 153 بتاريخ 2016/02/14 يتضمن تشكيل لجنة التسوية الودية للنزاعات الناتجة عن تنفيذ الصفقات العمومية، النشرة الرسمية لوزارة التعليم العالي والبحث العلمي، الثلاثي الأول لسنة 2016، ص 276.

– التعليمة رقم 842/3.94، صادرة عن وزير الداخلية والجماعات المحلية والبيئة والإصلاح الإداري، موجهة إلى السادة الولاة، صادرة بتاريخ 07 ديسمبر 1994، الملحق رقم 01 باللغتين العربية والفرنسية.

ثانيا: الكتب

1. ابراهيم الشارف الطاهر تفوقه، الصعوبات التي تواجه تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، ، الاسكندرية، مصر، 2011.
2. ابراهيم عبد العزيز شيحا، الوسيط في مبادئ وأحكام القانون الإداري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان 1997.
3. ابراهيم عبد العزيز شيحة، أصول القانون الإداري اللبناني، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1981.

4. ابراهيم محمد علي، آثار العقد الإداري وفقا للقانون رقم 89 لسنة 1998 بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة.
5. ابراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
6. أبوبكر صديق عمر، الرقابة على سلطة الإدارة في إبرام العقود الإدارية بطريق المناقصات، منشورات الجلبي الحقوقية، لبنان، 2013.
7. أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، دار الفكر الغربي، القاهرة، مصر، 1981.
8. أحمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقود البوت، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الثانية 2010.
9. أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة فائز أنجق وخالد بيوض، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 1992.
10. أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 03 ، 1979.
11. السيد فتوح محمد هنداوي، دور القاضي الإداري في إعادة التوازن المالي في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2015.
12. أمل لطفي حسن جاب الله، آثار العقود الإدارية، الاسراء للطباعة، بدون تاريخ.
13. أنس جعفر، العقود الإدارية، دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات للقانون 1998/1989 الخاص بالمناقصات، دار النهضة العربية، القاهرة الطبعة الرابعة، 2007.
14. أنس جعفر، أشرف أنس جعفر، العقود الإدارية، دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات وتطبيق القانون رقم 89 لسنة 1998 بإصدار قانون المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية وفقا لآخر تعديلات، 2010، مع دراسة لعقود البوت، دار النهضة العربية، الطبعة الخامسة، القاهرة، مصر ، 2011.
15. باية سكاكني، دور القاضي الإداري بين المتقاضي والإدارة، الطبعة الثانية، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر ، 2006.
16. بة يمانة جلال حسن، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2017 .
17. بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار بغدادي للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثانية، 2009.

18. بوحميدة عطاء الله، بوحميدة عطاء الله، الوجيز في القضاء الإداري، تنظيم عمل واختصاص، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
19. ثروت بدوي، النظرية العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1999.
20. جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر دون تاريخ.
21. جابر جاد نصار، عقود البوت (B.O.T) والتطور الحديث لعق الالتزام، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002.
22. جمال عباس عثمان، النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية في الفقه وقضاء مجلس الدولة، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2007.
23. جمال عثمان جبريل، ابراهيم محمد علي، العقود الإدارية، آثار العقد الإداري، كلية الحقوق، جامعة المنوفية 2001-2002، دون دار نشر.
24. جميل الشرقاوي، إثراء بلا سبب على حساب الغير، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1990.
25. جورج فوديل، بيار دلفوفيه (G. VEDEL – P. DELVOLVE) القانون الإداري، الجزء الأول، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008.
26. جورجي شفيق ساري، التحكيم ومدى جواز اللجوء إليه لفض المنازعات في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1999.
27. جيرارد كورنو، ترجمة منصور القاضي، معجم المصطلحات القانونية، ط 01، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 1999.
28. حازم بيومي المصري، التوازن في العقد الإداري الدولي (الفيديك-اليونسترال)، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010.
29. حبيب ابراهيم حمادة الديلمي، القرارات الإدارية القابلة للانفصال عن العقد الإداري، الطبعة الأولى، دار الريحانين، العراق، 2016.
30. حسان نوافل، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في القانون المقارن، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2016، ص 10.
31. حسن عبد الله حسن ، عقود مقاولات الاعمال، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2015.

32. حسن عبد الله حسن، عقود مقاولات الأعمال بين ضيق نصوص قانون المناقصات والمزايدات ورحابة الواقع العملي، دار الجمعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2015.
33. حسين فريجة، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثانية، 2013 ، ص 336.
34. حسين فريجة، شرح المنازعات الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
35. حمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية وأحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية مصر، 2008.
36. حمدي علي عمر، المسؤولية التعاقدية للإدارة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2006.
37. حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية، العقود الإدارية في التطبيق العملي (المبادئ والأسس العامة)، منشأة المعارف، مصر، 1997.
38. خرشي النوى، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
39. خلوفي رشيد، قانون المنازعات الإدارية، شروط قبول الدعوى الإدارية، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
40. خليل صالح السمرائي، عقد الأشغال العامة، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2017.
41. خليل صالح الصمرائي، عقد الأشغال العامة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2017.
42. رشيد خلوفي، أ جمال سايس، اجتهادات في القضاء الإداري، الطبعة الأولى 2015، منشورات كليك، الجزائر.
43. رشيد خلوفي، أ جمال سايس، اجتهادات في القضاء الإداري، الطبعة الأولى ، منشورات كليك، الجزائر، 2015.
44. رشيد خلوفي، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء الأول، الطبعة الأولى ، منشورات كليك، الجزائر، 2013.

45. رشيد خلوفي، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء الثاني، الطبعة الأولى ، منشورات كليك، الجزائر، 2013.
46. رشيد خلوفي، القضاء الإداري، تنظيم واختصاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، من دون سنة نشر.
47. رشيد خلوفي، جمال سايس، اجتهادات أساسية في القضاء الإداري، منشورات كليك، الجزائر، الطبعة الأولى، 2015.
48. رشيد خلوفي، سايس جمال، اجتهادات أساسية في القضاء الإداري، منشورات كليك، الجزائر، الطبعة الأولى، 2015.
49. رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، تنظيم واختصاص القضاء الإداري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثانية، 2013.
50. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر 2003.
51. رياض عيسى الزهيري، مظاهر سلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة الطبعة الاولى ، مطبعة الغري الحديثة، النجف، ، 1986.
52. زكريا المصري، العقود الإدارية ما بين الالتزام، القانون، والواقع العملي، الطبعة الأولى ، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2014.
53. سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الثاني، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
54. سايس جمال، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء 1، الطبعة الأولى، منشورات كليك، الجزائر، ، 2013.
54. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007، ص 06، – د. بشار جميل عبد الهادي، العقد الإداري، الجوانب القانونية والإدارية والأدبية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2015.
55. سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية ، دار النهضة العربية، مصر، 2005.

56. سعيد بوعلي، نسرين شريقي، مريم عمارة، القانون الإداري، الطبعة الثانية، دار بلقيس، الجزائر، 2016.
57. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2008.
58. سليمان الطماوي، التحكيم في العقود الإدارية في النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2013.
59. سليمان الطماوي، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، الكتاب الأول، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1986.
60. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الالتزامات، المجلد الثالث، الإثراء على حساب الغير، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، القاهرة، 1990.
61. سمير عثمان اليوسف، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في الوازن المالي للعقد الإداري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
62. صفاء فتوح جمعة، العقد الإداري الالكتروني، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، 2014.
63. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 1998.
64. عبد العزيز عبد المنع خليفة، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية والدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2008.
65. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2005.
66. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية الإدارية في مجال العقود والقرارات الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007.
67. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية، الطبعة الاولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2011.
68. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2010.

68. عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد، أثر الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة على تنفيذ العقد الإداري، دار الولاء للطباعة والنشر، مصر، 1990.
69. عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد، أثر فعل الأمير على تنفيذ العقد الإداري، دار الولاء للطباعة والنشر، طبعة 1989.
70. عبد الغاني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، دراسة مقارنة، لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقاتها في مصر، منشأة المعارف، 1991.
71. عبد الغني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر (دون طبعة، دون سنة نشر).
72. عبد اللطيف قطيش، الصفقات العمومية تشريعا وفقها واجتهادا، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2010.
72. عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزام، القسم الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1990.
73. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام،، مصادر الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة، 2015.
74. عبد الرؤوف هاشم بسيوني، شبه العقد في القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2008.
75. علي عبد المولى، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، بدون دار نشر، 1991.
76. عجة الجيلالي، قانون المؤسسات العمومية الاقتصادية، من اشتراكية التسيير إلى الخوصصة، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.
77. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، د. ط، القاهرة، مصر 1981.
78. عصام عبد الوهاب البزرنجي، د. مهدي ياسين السلامي، مبادئ وأحكام القانون الإداري، العاتك لصناعة الكتاب، 2011.
79. علي عبد الأمير قبلان آثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت لبنان، 2014.

80. علي فيلالي، الالتزامات، الفعل المستحق للتعويض، الطبعة الثانية، موفم للنشر، الجزائر، 2007.
81. علي محمد بدير، د. عصام عبد الوهاب البرزنجي، مبادئ وأحكام القانون الإداري، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، مصر، 2011.
82. عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، القسم الأول، الطبعة الأولى، الإطار النظري للمنازعات الإدارية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
83. عمار بوضياف، النظام القضائي الجزائري، دار ريحانة، الجزائر، 2004
84. عمار بوضياف، دعوى الإلغاء في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جسور للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى، الجزائر، 2009.
85. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، القسم الأول، الطبعة الخامسة، جسور للنشر، والتوزيع، الجزائر 2017.
86. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الرابع، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
87. عمار عوابدي، القانون الإداري النشاط الإداري، الجزء الثاني، 2014 ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر الطبعة السادسة -2014 .
88. عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2014.
89. عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الأول، القضاء الإداري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2014.
90. عمار عوابدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة، والقانون الإداري، دار هومة، الجزائر، 2003.
91. عمر حلمي، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري وضمانات المتعاقد في مواجهتها، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1996.
92. عيسى رياض، نظرية العقد الإداري في القانون المقارن والجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1985.
93. كعنان محمد محمود المفرجي، الاعتبار الشخصي في العقد الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندري، مصر، الطبعة الأولى، 2014.

94. كمال طلبه المتولي سلامة، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) ، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010.
95. لحسين بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، الطبعة الخامسة، 2010، دار هومة، الجزائر.
96. لحسين بن شيح آث ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري، دار هومة للنشر، الجزائر، 2011.
97. لمياء هاشم سالم قبع، اختلال التوازن المالي في العقد الإداري، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر . 2013
98. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2015/2014.
99. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1996.
100. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1995.
101. مازن ليلو راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003.
102. ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع B.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005.
103. محمد الروبي، عقود التشييد والاستغلال والتسليم (B.O.T) ، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004.
104. محمد الصغير بعلي، القرارات والعقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، 2017.
105. محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر،2009.
106. محمد باهي، منازعات الصفقات العمومية للجماعات الترابية أمام المحاكم الإدارية، الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، 2015.
107. محمد باهي أبو يونس، الرقابة القضائية على شرعية الجزاءات الإدارية العامة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2000.

108. محمد بكر حسين، الوسيط في القانون الإداري، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، ، 2007.
109. محمد بن سعيد بن حمد المعمري، الرقابة القضائية على العقود الإدارية، في مرحلتي الانعقاد والتنفيذ، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، للنشر، الاسكندرية، مصر، 2011.
110. محمد جمال مطلق الذنيبات، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، والدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ، عمان الأردن ،2003.
111. محمد جمال مطلق الذنيبات، العقد الإداري، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مكتبة القانون والاقتصاد للنشر والتوزيع، ، الرياض، 2012.
112. محمد رضا جنيح، القانون الإداري، الطبعة الثانية، مركز النشر الجامعي، تونس، 2008.
113. محمد سعيد أمين، الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة، دار المطبوعات العربية، القاهرة، مصر، 1984.
114. محمد سعيد أمين، الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1984.
115. محمد شعبان الدرهوبي، حق المتعاقد في التعويض في العقد الإداري، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2017، ص 178.
116. محمد صلاح عبد البديع السيد، دور فكرة التوازن المالي للعقد في التوفيق بين سلطة تعديل العقد والحقوق المالية للمتعاقد، دار النهضة العربية، طبعة 2009.
117. محمد عبد العال السناري، مبادئ وأحكام العقود الإدارية في مجال النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، من دون سنة نشر.
118. محمد عبد العال السناري، الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود، دار النهضة العربية، دون سنة نشر.
119. محمد عبد العال السناري، النظرية العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة نشر.
120. محمد عبد العال السناري، طرق وأساليب التعاقد الإداري، وحقوق والتزامات المتعاقدين، دار النهضة العربية، 2004.

121. محمد علي الخلايلة، القانون الإداري، الكتاب الثاني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012.
122. محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، القرار الإداري، العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1989.
123. محمد فؤاد مهنا ، مبادئ وأحكام القانون الإداري، دون دار نشر، 1978.
124. محمد فؤاد مهنا، الوجيز في القانون الإداري، السلطة الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 1997.
125. محمد ماهر أبو العينين، القاضي الإداري وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية، وفقا لأحكام وفتاوى مجلس الدولة، الكتاب الأول، المفاهيم العامة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2016.
126. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع – عمان الأردن، 2010.
127. محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وآثارها القانونية، دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 1998.
128. مصطفى كامل علي، الشروط والإجراءات السباقة على عمل السلطة المتعاقدة وآثارها على عقود الإدارة، دراسة مقارنة، د. ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
129. مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الأنظمة القضائية المقارنة والمنازعات الإدارية، الطبعة الثالثة، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
130. مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثاني، نظرية الاختصاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة السادسة، 2013.
131. مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الهيئات والإجراءات أمامها، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة 2005.
132. مفتاح خليفة عبد الحميد، المعيار المميز للعقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.
133. مي محمد عزت علي شرباش، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، النظام القانوني للتعاقد بنظام B.O.O.T، 2010.

134. نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الخصومة، التنفيذ، التحكيم، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2008.
135. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 2012 ص 603.
136. هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2015.

ثالثـا: الرسائل والمذكرات

أ) رسائل الدكتوراه:

1. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1973.
2. أحمد فتح الله أبو سكينة، النظرية العامة للإثراء بلا سبب، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1997.
3. إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2003.
4. أحمد السيد محمد محمود عطية، نظرية عمل الأمير، دراسة مقارنة في التشريع الوضعي والفقه الاسلامي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، مصر، 2006.
5. أحمد السيد محمد محمود عطية، نظرية عمل الأمير، دراسة مقارنة في التشريع الوضعي والفقه الاسلامي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، 2006.
6. أيمن محمد جمعة، أثر عقد الأشغال العامة بين المتعاقدين، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، مصر، سنة 2000.
7. بن أحمد حورية، الرقابة الإدارية والقضائية على الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه علوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2018/2017.
8. بوجادي عمر، اختصاص القضاء الإداري في الجزائر، أطروحة دكتوراه دولة، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2011.

9. بودلال فطومة، التحكيم في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه علوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2015-2016.
10. تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2013.
11. حمد محمد حمد الشلماني، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات العربية، قسم البحوث والدراسات القانونية، 2006.
12. خديجة بودالي، اتفاق التحكيم في عقد النقل البحري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوب بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2014-2015.
13. خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2015/2014.
14. خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه علوم، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2015/2014.
15. رحماني راضية، النظام القانوني لتسوية منازعات الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه ل م د، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2017/2016.
16. رحماني راضية، النظام القانوني لتسوية منازعات الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه ل م د، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 2017/2016.
17. رياض إلياس عيسى الجريسات، نظرية التوازن المالي للعقد الإداري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 2007.
18. سالمي نضال، دراسة مقارنة بين الصلح والتحكيم الداخلي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 2، الجزائر، 2015-2016.
19. سعيد عبد الرزاق باخبيره ، سلطة الإدارة الجزائية في أثناء تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه علوم، كلية الحقوق، جامعة الجزائر يوسف بن خدة، الجزائر، 2007-2008.
20. سهيلة قرطبي، منظومة التحكيم ومساهمتها في حل منازعات الاستثمار، أطروحة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2017-2018.

21. سيد أحمد محمد جاد الله، سلطة القاضي إزاء العقد الإداري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2007.
22. سيد أحمد محمد جاد الله، سلطة القاضي إزاء العقد الإداري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2007.
23. صاش جازية، نظام مجلس الدولة في القضاء الجزائري، أطروحة دكتوراه دولة، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2008/2007.
24. صبرينة جبايلي، أثر التحكيم على خصوصية العقد الإداري، أطروحة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم بواقي، الجزائر، 2017/2016.
25. عاطف سعدي محمد علي، عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2005.
26. عال الله جعفر عبد الملك الحمادي، ضمانات المتعاقد مع الإدارة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات العربية، قسم البحوث والدراسات القانونية، القاهرة، 2012.
27. عبد الفتاح صبري أبو الليل، أساليب التعاقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة طنطا، 1993.
28. عبد الكريم بن منصور، الازدواجية القضائية في الجزائر، أطروحة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2015.
29. عبد المالك باسود ، حماية الاستثمارات الأجنبية على ضوء التحكيم المؤسسي، أطروحة دكتوراه، لية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، 2014-2015.
30. على محمد علي عبد المولى، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1991.
31. علي الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 1975.
32. علي بن شعبان ، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، دكتوراه، جامعة منتوري، قسنطينة، 2012/2011.
33. علي بن عبد الكريم أحمد السويلم، فكرة التوازن المالي للعقد الإداري في المملكة العربية السعودية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2007.

34. علي عبد العزيز الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1975.
35. علي محمد علي عبد المولى، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، 1991.
36. فطومة بودلال، التحكيم في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2015-2016 .
37. فوزية هاشمي ، آثار تنفيذ الصفقات العمومية على الطرفين المتعاقدين، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي اليابس لسيدي بلعباس، الجزائر، 2018/2017.
38. فهد مرزوق فهد العنزي، النظام القانوني لإبرام عقد الأشغال العامة في دولة الكويت، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، قسم القانون العام، جامعة القاهرة، 2007-2008.
39. كسال عبد الوهاب، سلطة القاضي الإداري في توجيه الأوامر للإدارة، أطروحة دكتوراه علوم، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 01، الجزائر، 2015.
40. كنتاوي عبد الله، القضاء الاستعجالي في مادة العقود الإدارية في القانونين الجزائري والفرنسي، أطروحة دكتوراه علوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2018/2017.
41. محمد أحمد عبد المنعم، مسؤولية الإدارة على أساس المخاطر، في القانون الفرنسي والمصري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1995.
42. محمد فؤاد محمد الحريري، سلطة الإدارة في تعديل عقود الأشغال العامة وفقا لنظام أوامر التغيير، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2010.
43. مريم محمد ساسي حواش محمد، التوازن المالي للعقد الإداري في القانون الليبي والمقارن، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، مصر، 2013.
44. مريم محمد ساسي حواش محمد، التوازن المالي للعقد الإداري في القانون الليبي والمقارن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، 2013.
45. مصطفى عبد المحسن الحبشي، التوازن المالي في عقد الإنشاءات الدولية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2002.

46. مطيع علي حمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء في اليمن، أطروحة دكتوراه، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2006.
47. مليكة أسماء بن صغير ، غرامة التأخير في الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجيلالي ليابس سيدي بلعباس، الجزائر، 2019/2018.
48. هارون عبد العزيز الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقود الأشغال العامة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1979.
49. هاني عبد الرحمن اسماعيل غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، مصر، 2011.
50. نجيب أحمد ثابت الجبلي، التحكيم في القانون اليمني، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، مصر، 1997.
51. ياقوتة عليوات، تطبيقات نظرية العقود الإدارية على الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2009/2008.

ب) مذكرات الماجيستير:

1. خالد خوخي، التسوية الودية للنزاعات الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2012/2011.
2. طيبون حكيم، منازعات الصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في إطار مدرسة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013/2012.
3. عبد الحفيظ مانع ، طرق ابرام الصفقات العمومية وكيفية الرقابة عليها في ظل القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2008/2007.
4. فتيحة حابي، النظام القانوني لصفقة إنجاز الأشغال العمومية، في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المعدل والمتمم، مذكرة ماجيستير، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2013، 227.
5. نعيمة أكلي، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري، في الجزائر، رسالة ماجيستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012-2013.

رابعـا: الاجتهادات القضائية:

أ) الاجتهادات القضائية المنشورة:

- قرار المجلس الأعلى بتاريخ 1970/12/16، النشرة القضائية لسنة 1971، عدد 01، ص 90.
- قرار المجلس الأعلى بتاريخ 1975/06/25 في قضية وزير الأشغال العمومية ضد (أ.أ)، نشرة القضاة، 1978، العدد 1، ص 24.
- قرار المجلس الأعلى في 1975/06/25 (دون رقم)، نشرة القضاة، سنة 1978، العدد 1، ص 42.
- قرار المجلس الأعلى في 1975/06/25 (دون رقم)، نشرة القضاة، سنة 1978، العدد 1، ص 42.
- قرار المجلس الأعلى، الصادر بتاريخ 1982/12/25، رقم: 32002، في قضية (س. م) ضد (ب. م) و (ت. ن)، نشرة القضاة، 1983، العدد 01، ص 191.
- قرار المجلس الأعلى، بتاريخ 09 نوفمبر 1985 رقم 43731، في قضية (ش. ذ. م. م. س) ضد وزير الري ووالي ولاية الجزائر، المجلة القضائية، العدد 02، 1989، ص 175.
- قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بتاريخ 1989/12/16، ملف رقم 65143، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 01 ص 134.
- قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، القسم الثاني، بتاريخ 1990/06/11، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الثاني، السنة 1991، ص 88.
- قرار المجلس الأعلى بتاريخ 1990/05/05، تحت رقم 66148،، المجلة القضائية 1993، العدد 03، ص 199.
- قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا بتاريخ 1993/10/10 في قضية رقم 99694، المجلة القضائية 1994، العدد 01 ص 217.
- القرار عدد 788، الصادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى بتاريخ 14 نوفمبر 1996 المنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى.
- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1996/12/01، رقم: 158459، في قضية مدير التربية لولاية سكيكدة، ضد (ح. ك)، نشرة القضاة، 1998، العدد 53، ص82.

- قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا بتاريخ 1997/07/06، تحت رقم 124356، في قضية والي تيزي وزو ضد (م.م)، المجلة القضائية لسنة 1998 العدد 01، ص 179.
- قرار صادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا بتاريخ 1999/03/08 فهرس 1999/125 غير منشور، في قضية (ب.ت) ضد رئيس المندوبية التنفيذية لبلدية سكيكدة.
- قرار المحكمة العليا رقم 252824، بتاريخ 2001/06/20، مجلة المحكمة العليا، عدد 02، 2002، ص 2011.
- قرار مجلس الدولة رقم 2484، بتاريخ 2001/05/07، مجلة مجلس الدولة، 2003، العدد 03، ص 103.
- قرار المحكمة العليا رقم 271334 بتاريخ 2002/03/05، في قضية (ش. ك ومن معه) ضد الديوان الجزائري المهني للحبوب، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2004، ص 157.
- القرار الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2002/09/23 في الملف رقم: 007304 ، مجلة مجلس الدولة، العدد 02، 2002، ص 155.
- قرار مجلس الدولة بتاريخ 2002/11/05، تحت رقم 3889، في قضية (ز.ش) ضد المدير العام لمؤسسة التسيير السياحي.
- قرار صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2002/11/05، ملف رقم 03889، في قضية (ز. ش) ضد المدير العام لمؤسسة التسيير السياحي للشرق قسنطينة، مجلة مجلس الدولة، العدد 03، سنة 2003، ص 109.
- قرار مجلس الدولة بتاريخ 2003/04/15، الغرفة الأولى، مجلة مجلس الدولة، العدد 04، 2003، ص 77.
- قرار مجلس الدولة بتاريخ 2003/04/15 يحمل رقم 6052، مجلة مجلس الدولة، 2003، العدد 04، ص 71.
- قرار مجلس الدولة صادر بتاريخ 2003/04/15، تحت رقم: 8072، في قضية مقاولة الأشغال العمومية (ل.م) ضد بلدية تنس، مجلة مجلس الدولة، العدد 04، لسنة 2003، ص80.

- قرار مجلس الدولة، الغرفة الأولى، بتاريخ 2004/01/20، ملف رقم: 011052 ، مجلة مجلس الدولة، العدد 02، 2002، ص 155.

- قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 2004/01/20، تحت رقم: 13401، في قضية والي ولاية بسكرة، ضد (م. ت. ع.ط) مجلة مجلس الدولة، العدد 07 سنة 2005، ص 74.

- قرار مجلس الدولة، بتاريخ 2004/03/09، رقم: 11950، مجلة مجلس الدول، عدد 5، ص 212.

- قرار مجلس الدولة بتاريخ 2004/04/06، رقم: 10979، قضية (م.م.ب) ضد بلدية الشطية، مجلة مجلس الدولة، 2004، العدد 05، ص 217.

- قرار مجلس الدولة في 2004/04/20، تحت رقم: 009898، مجلة مجلس الدولة، عدد 05، 2004، ص 143-145.

- قرار صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2004/06/15، رقم: 14637 في قضية بلدية العلمة ضد (هـ.ع) مجلة مجلس الدولة 2004، العدد 05 ص 132.

- قرار مجلس الدولة بتاريخ 2004/09/21 رقم: 15885، في قضية بلدية سكيكدة ضد مقاولة (م. ب)، مجلة مجلس الدولة، العدد 07 ص 77.

- قرار مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 2004/09/21، تحت رقم 016150، نشرة القضاة، 2006، العدد 61، ص 379.

- قرار مجلس الدولة بتاريخ 2004/12/21، رقم: 16348، في قضية بلدية وهران ضد مؤسسة (ب)، مجلة مجلس الدولة، 2005، العدد 07، ص 38.

- قرار مجلس الدولة بتاريخ 2005/06/07، رقم: 21173، في قضية (م. ش. ب) لبلدية تنس ضد (ط. ق)، مجلة مجلس الدولة، 2005، العدد 07، ص 89.

- قرار مجلس الدولة مؤرخ في 2005/07/1، رقم: 22350، مجلة مجلس الدولة، 2005، العدد 7، ص 92

- قرار مجلس الدولة بتاريخ 2005/07/12، تحت رقم: 20289 في قضية رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية ثنية الأحد ضد (ز.د)، مجلة مجلس الدولة، 2005، العدد 07، ص86.

- قرار مجلس الدولة بتاريخ 2005/07/12، تحت رقم: 22350، في قضية (ق.م.ع) ضد مدير الشباب والرياضة لولاية البويرة، مجلة مجلس الدولة 2005، العدد 07، ص 92.
- قرار مجلس الدولة رقم 18557 الصادر بتاريخ 2005/10/18، في قضية (ب.ن) ضد إدارة الضرائب، مجلة مجلس الدولة، العدد 07، 2005، ص 107.
- قرار مجلس الدولة في 2005/10/18، يحمل رقم: 020217، مجلة مجلس الدولة عدد 07، 2005، ص 123، 124.
- قرار مجلس الدولة بتاريخ 2005/10/25، تحت رقم: 7279، مجلة مجلس الدولة، عدد 08، 2006، ص 235، 236.
- قرار مجلس الدولة في 2006/03/28، يحمل رقم: 030115، مجلة مجلس الدولة عدد 08، 2006، ص 243، 244.
- قرار مجلس الدولة بتاريخ 2006/04/19 في الملف رقم 025039، مجلة مجلس الدولة، العدد 09، سنة 2009، ص 57، 58.
- قرار صادر عن مجلس الدولة، الغرفة الأولى، القسم الأول، بتاريخ 2007/05/09، ملف رقم: 34786، في قضية المؤسسة ذات المسؤولية المحدودة (أ. غ) ضد ديوان الترقية والتسيير العقاري ببشار، (قرار غير منشور)
- قرار مجلس الدولة بتاريخ 2007/07/11، ملف 037228، مجلة مجلس الدولة، العدد 09، سنة 2009 ، ص 56، 60.
- قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، بتاريخ: 2008/02/06، ملف رقم: 414667، (قضية الصندوق الوطني للتأمينات الاجتماعية، ضد مؤسسة أشغال البناء، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، سنة 2008، ص 219.
- قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، صادر بتاريخ 2008/05/07، في الملف رقم: 528940، مجلة المحكمة العليا، العدد الاول، 2008، ص من 185 إلى 190.

- قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، بتاريخ 2008/06/04، ملف رقم 468744، (قضية ديوان الترقية والتسيير العقاري ضد مقاولة أشغال البناء)، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، لسنة 2009، ص 176.

- قرار مجلس الدولة، رقم 068080 الصادر بتاريخ 2011/06/09، مجلة مجلس الدولة رقم 11 لسنة 2013، ص 226.

- القرار الصادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2012/07/19 في الملف رقم: 072652 ، مجلة مجلس الدولة، العدد 10، 2012، ص 172، 173.

- قرار محكمة التنازع قرار محكمة التنازع بتاريخ 2007/11/13، رقم 42 في قضية (ق ج) ضد الشركة الجزائرية للتأمين، مجلة المحكمة العليا، 2009، عدد خاص، ص 103.

- قرار محكمة التنازع بتاريخ 2007/12/09، تحت رقم 34، قضية (ب ب) ضد وزير السياحة لولاية وهران، مجلة المحكمة العليا، 2009، عدد خاص ص 77.

- قرار محكمة التنازع بتاريخ 2007/12/09 تحت رقم 45 في قضية (ب. ك. ع) ضد بلدية زمورة، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، سنة 2011، ص 115.

- قرار محكمة التنازع في 2008/03/16، رقم 60، قضية مقاولة أشغال الطق ضد الوكالة الولائية لتيبازة، مجلة المحكمة العليا، 2009، عدد خاص ص 189.

- قرار محكمة التنازع بتاريخ 2010/05/17، تحت رقم 89، في قضية (و ع) ضد والي ولاية سعيدة و م .و نفطال، مجلة المحكمة العليا، 2011، عدد 02 ص 396.

- قرار محكمة التنازع بتاريخ 2011/04/04، تحت رقم 100، في قضية (ب ح) ضد رئيس بلدية ديدوش مراد ومن معه، مجلة المحكمة العليا، 2011، عدد 01 ص 377.

- قرار محكمة التنازع بتاريخ 2012/01/09، تحت رقم 112، في قضية (ب م) ضد شركة سونلغاز، مجلة المحكمة العليا، 2012، عدد 01 ص 416.

- قرار محكمة التنازع بتاريخ 2012/06/12، ملف رقم: 000132، (قضية المؤسسة العمومية الاقتصادية لإنجاز السود "سابطا" ضد الوكالة الوطنية للسدود)، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، لسنة 2013، ص 456.

ب) الاجتهادات القضائية غير المنشورة:

- قرار المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، رقم 28897 الصادر بتاريخ 1982/10/20 في قضية شركة ف. ك ضد مديرية الضرائب، قرار (غير منشور)
- قرار المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، رقم 42001 الصادر بتاريخ 01 جوان 1985، (غير منشور).
- قرار المحكمة العليا (الغرفة الإدارية) بتاريخ 13 جويلية 1985 تحت رقم 42353 بين الجمعية الدينية لمسجد الأمير عبد القادر والجامعة الإسلامية من جهة، وبين السيد ب ش / ع (غير منشور).
- قرار المحكمة الغرفة الإدارية، بتاريخ 14 جويلية 1991، رقم: 74767، (غير منشور).
- قرار المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، في 1983/11/19، يحمل رقم 34862 قضية (ح. ع) والمركز الوطني لتنشيط المؤسسات ومعالجة المعلومات في قطاع البناء، (غير منشور)
- قرار مجلس الدولة، الغرفة الأولى، الصادر بتاريخ 1998/11/23، ملف رقم: 145206 في قضية مؤسسة الأشغال الهندسية الحضرية لبلدية الدار البيضاء، ضد وزير السكن (قرار غير منشور).
- قرار صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 1999/03/03، فهرس 94، قرار غير منشور
- قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العلية، بتاريخ 1999/03/08، فهرس 1999/141، قرار غير منشور
- قرار صادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا بتاريخ 1999/03/08 فهرس 1999/125 غير منشور، في قضية (ب.ت) ضد رئيس المندوبية التنفيذية لبلدية سكيكدة.
- قرار مجلس الدولة بتاريخ 1999/03/08 في قضية (ب.ر) ضد والي ولاية ميلة، قرار غير منشور،
- قرار مجلس الدولة مؤرخ في 2000/06/26 ، رقم 210419، (غير منشور)
- قرار مجلس الدولة في 2001/01/22، رقم 568 فهرس 18، قرار غير منشور
- قرار صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2001/04/09، يحمل رقم 001892، فهرس رقم 323، قرار غير منشور.

- قرار مجلس الدولة في 2001/07/09، فهرس 516 (غير منشور).
- قرار مجلس الدولة بتاريخ 2001/10/30 رقم: 03955 الغرفة الرابعة، (غير منشور)
- قرار مجلس الدولة، الغرفة الرابعة، الصادر بتاريخ 2002/05/13، ملف رقم: 06814، في قضية مدير المؤسسة العمومية لإحياء الممتلكات الغابية لولاية الشلف، ضد محافظ الغابات لولاية الشلف (قرار غير منشور).
- قرار مجلس الدولة (غير منشور) مؤرخ في 17 ديسمبر 2002 في قضية رئيس المجلس الشعبي لبلدية ليوة ببسكرة ضد (ق.أ)، قضية رقم 6215 فهرس 00873
- قرار مجلس الدولة رقم 8697 الصادر بتاريخ 2003/05/20، في قضية الشركة ذات المسؤولية المحدودة (عيادة صور) ضد مديرية الضرائب لولاية باتنة (قرار غير منشور)
- قرار مجلس الدولة بتاريخ 2003/12/16، رقم: 11306، الغرفة الأولى.
- قرار مجلس الدولة بتاريخ 2010/12/23، تحت رقم 055518، الغرفة الأولى، القسم الأول، قرار غير منشور.
- قرار مجلس الدولة بتاريخ 2011/01/13 تحت رقم 055958، الغرفة الأولى، القسم الأول، قرار غير منشور.
- قرار صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 2016/03/03 فهرس 2016/0398، ملف رقم 114117، (غير منشور).
- قرار مجلس الدولة في 2017/01/12 تحت رقم: 113026، فهرس 2017/60، قرار غير منشور.

خامسا: المقالات والملتقيات:

1. أنور أحمد رسلان، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، مجلة القانون والاقتصاد، س 48، العدد 3، 4، 1980.
2. بشير دالي ، سلطة القاضي في تحقيق التوازن العقدي في إطار نظرية الظروف الطارئة، مجلة القانون، العدد السادس، جوان 2016، ص 140.

3. بن عبد المالك بوفلجة، النظام القانوني للتعويض في العقود الإدارية، قراءة في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم 15- 247، دفاتر السياسة والقانون، العدد 17، 2017.
4. حورية بن أحمد، سلطة القاضي الإداري في فسخ الصفقات العمومية، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد الرابع، جوان 2016.
5. سميرة ابن خليفة، الملحق وعامل التوازن الاقتصادي للصفقة العمومية في القانون الجزائري، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، المجلد 9، العدد 2، 2016.
6. سهام عبدلي ، الفسخ بين الطبيعة الإدارية للصفقة العمومية والقانون الخاص، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق، المركز الجامعي لتامنغست، العدد التاسع، سبتمبر 2015.
7. شوقي يعيش تمام، سلطة القاضي الإداري في مجال الرقابة على إبرام تنفيذ الصفقات العمومية في النظام القانوني الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور، خنشلة، العدد 09، جانفي 2018.
8. عصام سعيد عبد العبيدي، أ. لمياء هاشم سالم قبع، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 12، العدد 45، السنة 2012.
9. فريد رمضاني، حالات إعفاء المتعاقد مع الإدارة من غرامة التأخير في العقود الإدارية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق، جامعة باتنة، الجزائر، العدد 11، جوان 2017.
10. كوثر بن ملوكة، النظام القانوني للملحق في الصفقات العمومية، دراسة مقارنة بين المرسوم الرئاسي 15-247، والمرسوم الرئاسي 10-236، مجلة مجاميع المعرفة، العدد 05، أكتوبر 2017.
11. محمد حمودي، محمد علي، مدى فعالية ضوابط اللجوء للملحق في تنظيم الصفقات العمومية، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، العدد الخامس، ديسمبر 2018.
12. مصطفى كمال وصفي، سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري بإرادتها المنفردة، مجلة العلوم الإدارية، السنة 13، 1971.
13. يوسف بوشاشي، نظرية الظروف الطارئة بين استقرار المعاملات واحترام التوقعات، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 31، الجزء الأول، 2017.
14. أبو بكر أحمد عثمان النعيمي، الأساليب غير القضائية لتسوية منازعات عقد الأشغال العامة، دراسة مقارنة، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، السنة السابعة، العدد 27، أيلول 2015.

15. أبو بكر أحمد عثمان، عقود البوت ومتطلبات تطبيقها في العراق، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 10، عدد 37، سنة 2008.
16. أبوبكر أحمد عثمان النعيمي، الأساليب غير القضائية لتسوية منازعات عقد الأشغال العامة، دراسة مقارنة، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، السنة السابعة، العدد 27، أيلول 2015.
17. أحمد بوقراط ، النظام القانوني لاتفاق التحكيم، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 03، العدد 01، سنة 2019.
18. الطاهر برايك، تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي عن طريق التحكيم التجاري لدى التشريع الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، المجلد العاشر، العدد الثاني، الجزء الثاني.
19. أمال بولغاب، عقد البوت (B.O.T)، بين سلطة الإدارة وسلطة الإرادة، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر، العدد 03، جانفي 2013.
20. أنظر موساوي مليكة ، التحكيم كطريق بديل لحل النزاع في مجال الصفقات العمومية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر، العدد التاسع، سبتمبر 2015.
21. أنور رسلان، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، مجلة القانون والاقتصاد، 1970، السنة 47، العدد 3، و4.
22. بزاحي سلوى، رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، revue Académique de la recherche juridique، المجلد 03 العدد 01، لسنة 2012.
23. بن بوزيد دغبار نورة، منازعات الصفقات العمومية، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 15، جوان 2016.
24. بن دعاس سهام، نظام التسوية الودية لمنازعات الصفقات العمومية، مجلة الدراسات القانونية، مخبر السيادة والعولمة، جامعة يحيى فارس بالمدية، الجزائر، العدد 02 حجم 03، جوان 2017.
25. بن عبد الملك بوفلجة، النظام القانوني للتعويض في العقود الإدارية، قراءة في تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام رقم 15-247، دفاتر السياسة والقانون، العدد 17، جوان 2017.
26. بن وارث محمد عبد الحق، الرقابة على القرارات القضائية لمجلس المحاسبة، مجلة ميلاف للبحوث والدراسات، المجلد 05 العدد 01، جوان 2019.

27. بواب بن عامر ، مليكة هنان ، التحكيم في منازعات العقود الإدارية في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 31، الجزء الثالث.

28. بوحميدة عطاء الله، اختصاص الجهات القضائية الإدارية: تغيير مستمر (تطورات المادة 07 ق ا م)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، عدد 2008/03.

29. بوشنافة جمال، بوراس عادل، إشكالات التقاضي على درجتين في المادة الإدارية بين متطلبات المبدأ وتوجيهات المشرع الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد الأول العدد التاسع، مارس 2018.

30. بوعمران عادل، بعض ملامح تطور المنازعة الإدارية في الجزائر، قراءة تاريخية ونقدية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتامنغست، العدد الخامس، جانفي 2014.

31. بوغرارة صالح، انتشار فيروس كورونا بسبب أجنبي لدفع المسؤولية، بين تطبيق نظرية القوة القاهرة والظروف الطارئة، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 34، عدد خاص، القانون وجائحة كوفيد 19.

32. بومعزة إيمان، الرقابة القضائية على القرارات الإدارية المنفصلة، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، المجلد 03 العدد 01، 2018.

33. بيو خلاف، الموازنة بين مصالح الطرفين المتعاقدين أثناء تنفيذ العقد الإداري، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، العدد السادس، جوان 2018.

34. توفيق زيد الخليل، حنان علاوة، سلطات القاضي الإداري الاستعجالي في توجيه أوامر للإدارة في ظل قانون 08-09 "إصلاحات قانونية جديدة بضمانات ضعيفة"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 12، جانفي 2018.

35. جدي سليمة، رقابة القضاء الاستعجالي على الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، جامعة غرداية، المجلد 10، العدد 01، 2017.

36. جلطي منصور، الآثار القانونية لفيروس كورونا المستجد COVID 19 على الالتزامات التعاقدية، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 34، عدد خاص، القانون وجائحة كوفيد 19.

37. جوادي إلياس، معايير تحديد مفهوم العقد الإداري وتمييزه عن العقود الأخرى، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر، العدد 09، سبتمبر 2015.

38. حبيبة نموشي، الرقابة القضائية على قرارات مجلس المنافسة الصادرة في مجال عمليات التركيز الاقتصادي، مجلة الشريعة والاقتصاد، العدد الثاني عشر (12)، ديسمبر 2017.

39. حسينة شرون، عبد الحليم بن مشري، سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة بين الحظر والإباحة، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد الثاني، العدد الثاني، 2006.

40. حفناوي نصري، هل يمكن اعتبار كورونا كوفيد 19 قوة قاهرة؟، مجلة قانون العمل والتشغيل، عدد خاص، تأثير فيروس كورونا على علاقات العمل، أوت 2020.

41. حمدي علي عمر، المسؤولية التعاقدية للإدارة، دراسة مقارنة، المجلة القانونية الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، العدد الثامن، مصر، 1996

42. حمزة حداد، دور التحكيم في تسوية المنازعات، مجلة التحكيم الصادرة عن المركز اليمني للتوفيق والتحكيم، العدد الخامس، يونيو 2000.

43. حميد بن علية ، إدارة المرافق العامة عن طريق الامتياز، دراسة التجربة الجزائرية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد 03 سنة 2009.

44. خديجة حرمل، النظام القانوني الخاص بتفويضات المرفق العام على ضوء قانون الصفقات العمومية الجديد، مجلة الدراسات القانونية، مخبر السيادة والعولمة، جامعة يحيى فارس بالمدية، الجزائر، العدد 02 حجم 03، جوان2017.

45. خضري حمزة، الرقابة القضائية على الصفقات العمومية في الجزائر، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خيضر بسكرة، العدد الثالث عشر.

46. خيرة بن سالم ، تنفيذ الصفقات العمومية في ظل جائحة كوفيد 19، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد 34، عدد خاص، القانون وجائحة كوفيد 19.

47. خيرة هلابي، الاستعجال في ظل أحكام قانون 08-09، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمار ثلايجي، الأغواط، العدد 02 جوان 2015.

48. د. حسن محمد علي حسن البنان، أثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، مجلة الرافدين للحقوق، الجلد 16، العدد 58، لسنة 18، 2013.

49. زروق العربي، خروبي يسمينة، دور مجلس الدولة في صناعة النصوص القانونية في النظام الدستوري الجزائري، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 05 عدد 01، سنة 2019.
50. زيان محمد أمين، د. دبيح زهيرة، موقف المشرع الجزائري من معايير تحديد العقد الإداري، مجلة البحوث والراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 02، العدد 12، الجزء الثاني، جوان 2017.
51. سعد لقيب، بن الشيخ النوي، حقوق والتزامات الطرف المتعاقد في الصفقة العمومية وفقا للقانون الجديد للصفقات العمومية رقم 15-247، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 6، جوان 2017.
52. سليمة جدي، منازعات الصفقات العمومية الناشئة عن إخلال المصلحة المتعاقدة، المجلة الجزائرية للأمن والتنمية، العدد العاشر، جانفي 2017.
53. سليمة جدي، منازعات الصفقات العمومية الناشئة عن إخلال المصلحة المتعاقدة بممارسة سلطة الإشراف والمراقبة، المجلة الجزائرية للأمن والتنمية، العدد العاشر، جانفي 2017.
54. سمية كروان، أسماء كروان، آثار الطعن بالاستئناف ضد أحكام المحاكم الإدارية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد التاسع، جوان 2016.
55. سميرة ابن خليفة، الملحق وعامل التوازن الاقتصادي للصفقة العمومية في القانون الجزائري، مجلة الواحات للبحوث والدراسات، المجلد 09، العدد 02، 2016.
56. سهام سليمان، تفويضات المرفق العام كتقنية جديدة في التشريع الجزائري، مجلة الدراسات القانونية، مخبر السيادة والعولمة، جامعة يحيى فارس بالمدية، الجزائر، العدد 02 حجم 03، جوان2017.
57. سهام صديق ، التحكيم في منازعات الصفقات العمومية، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، المجلد 01 العدد الأول، 2016.
58. شريط وليد، جدي مراد، سلطة الإدارة المتعاقدة في تعديل صفقة الأشغال العامة عن طريق الملحق، مجلة آفاق للعلوم، العدد 12، جوان 2018، المجلد 05.
59. شوقي يعيش تمام، سلطة القاضي الإداري في مجال الرقابة على إبرام وتنفيذ الصفقات العمومية في النظام القانوني الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عباس لغرور خنشلة، العدد 09 جانفي 2018.

60. صفيان بوفراش، المساس بحق التقاضي في النزاع الإداري في ظل القانون الجزائري، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، المجلد، العدد 01، 2016.

61. طيبي سعاد، تقية توفيق، الرقابة على القرارات الإدارية المنفصلة الصادرة أثناء المرحلة التمهيدية للصفقة العمومية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد 01، لسنة 2019.

62. عاقلي فضيلة، النظام القانوني للصفقات العمومية ودوره في تسيير المال العام، مقال في مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر، العدد 09 سبتمبر 2015.

63. عبد الرحيم مقدم، صلاحيات الإدارة المتعاقدة ومدى رقابة لجان الصفقات عليها، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، المجلد 08 العدد 16.

64. عبد الملك بوفلجة، الغرامة التأخيرية في ظل المرسوم رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد 15، سبتمبر 2017.

65. عبد النور سهام، مكانة قضاء الاستعجال الإداري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة العلوم الانسانية، العدد 48، ديسمبر 2017.

66. عبد الوهاب محمد رفعت، دراسة حول قانون 31 ديسمبر 1987، الخاص بإصلاح القضاء الإداري في فرنسا، مجلة كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، العدد الاول لسنة 1989.

67. عتو الموسوس ، دور التحكيم في تقييد سلطات الإدارة في العقود الإدارية، مجلة القانون، العدد الثالث، جوان، 2012.

68. عتيق حبيبة، القرارات الإدارية المنفصلة بين النظرية والتطبيق، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، العدد الثالث، مارس 2018.

69. عمار بوضياف، الطرق السريعة لتسوية منازعات الصفقات العمومية في الجزائر، بين قانون الإجراءات المدنية والإدارية ومرسوم الصفقات لسنة 2015، مجلة الفقه والقانون، العدد 53، مارس 2017.

70. عمار بوضياف، القضاء الإداري في الجزائر، دراسة وصفية تحليلية مقارنة، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثانية 2008، ص145 وما بعدها.

71. عمار بوضياف، توزيع قواعد الاختصاص القضائي بين مجلس الدولة والمحاكم الإدارية في التشريع الجزائري، مجلة التواصل، جامعة باجي المختار عنابة، العدد 17 ديسمبر 2006.
72. عمار بوضياف، عقد الامتياز في التشريع الجزائري مع تطبيقات لامتياز المرافق المحاية، مجلة الفقه والقانون، العدد 21 ، يوليوز 2014.
73. عمار بوضياف، معايير تحديد الصفة العمومية في التشريع الجزائري وموقف القضاء الإداري منها، مجلة الفقه والقانون، العدد 22 غشت 2014.
74. عمار بوضياف، معيار تحديد الصفقة العمومية في التشريع الجزائري وموقف القضاء الإداري منها، مجلة الفقه والقانون، العدد الثاني والعشرون، غشت 2014.
75. عمار معاشو ، اختصاصات مجلس الدولة، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، عدد 2007/03.
76. عمارة مسعودة، دراسة نقدية لمفهوم الصفقة العمومية، في ظل المرسوم الرئاسي الجديد 15-247 المؤرخ في 2015/09/16 المنظم للصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة 2، العدد 11، ماي 2017.
77. غيتاوي عبد القادر، توزيع قواعد الاختصاص النوعي بين مجلس الدولة والمحاكم الإدارية، في القانون الجزائري، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر، المجلد 02 العدد 01.
78. فاطمة الزهراء مريني، التحكيم كوسيلة لحل النزاعات في العقود الإدارية الدولية، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية، المجلد 11، العدد الأول.
79. فرحات فرحات، مدى قابلية الطعن في قرارات مجلس الدولة، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، المجلد العاشر العدد الرابع، 2017.
80. فريد علواش، ماجدة شهيناز بودوح، مبدأ التقاضي على درجتين في المادة الإدارية، حالة الجزائر، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة بسكرة، عدد 02 ، مجلد 02.
81. فريدة مزياني، آمنة سلطاني، مبدأ حضر توجيه أوامر من القاضي الإداري للإدارة والاستثناءات الواردة عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة المفكر، المجلد 06، العدد 07، 2011.

82. قاشي علال، حالات انتفاء مسؤولية المنتج، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة البليدة، العدد 02، جانفي 2012.
83. قزلان سليمة، توسيع سلطة القاضي الإداري للاستعجال في توجيه أوامر للإدارة لحماية الحريات الأساسية بموجب القانون 09-08(ق ا م) تفعيل للعدالة الإدارية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 48، العدد 04.
84. كمال العطراوي، سلطة الإدارة في تعديل عقد الأشغال العامة أثناء مرحلة التنفيذ، مجلة العلوم القانونية والسياسية، العدد 17، جانفي 2018.
85. كنتاوي عبد الله، تنازع الاختصاص ونظام الإحالة بين هيئات القضاء الإداري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مجلة القانون والمجتمع، المجلد 03، العدد 02.
86. كيلالي زهرة، الاختصاص النوعي في منازعات المرافق العمومية على ضوء القوانين والاجتهاد القضائي، مجلة ميلاف للبحوث والدراسات، المركز الجامعي لميلة، العدد الرابع، ديسمبر 2016.
87. كيلالي زهرة، الاختصاص النوعي في منازعات المرافق العمومية على ضوء القوانين والاجتهاد القضائي، مجلة ميلاف للبحوث والدراسات، المركز الجامعي عبد الحفيظ بوالصو، ميلة، الجزائر العدد الرابع، ديسمبر 2016.
88. لعلام محمد مهدي، القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد الخامس، يونيو 2015.
89. لعلام محمد مهدي، القضاء الاستعجالي قبل التعاقدي في مجال الصفقات العمومية، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد الخامس، يونيو 2015.
90. مازن ليلو راضي، مشروعية اللجوء إلى الوسائل البديلة في تسوية منازعات العقود الإدارية، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد التاسع، الجزء الثاني، يونيو، 2017.
91. محفوظ عبد القادر، وجود سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري، دراسة مقارنة بين الفقه والتشريع والقضاء في الجزائر وفرنسا ومصر، مجلة الفقه والقانون، العدد 28، فبراير 2015.
92. محفوظ عبد القادر، وجود سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري، دراسة مقارنة بين الفقه والتشريع والقضاء في الجزائر وفرنسا ومصر، مجلة الفه والقانون، العدد 28 فبراير 2015.

93. محمد أبو بكر عبد المقصود، إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ظل الأزمة المالية العالمية، نظرية الظروف الطارئة، بحث بخصوص المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر، كلية الحقوق جامعة المنصورة في الفترة الممتدة من 1 – 2 أفريل 2009 .
94. محمد القصري، القاضي الإداري ومنازعات الصفقات العمومية، المجلة العربية للفقه والقضاء، العدد 46، بحوث ودراسات.
95. محمد بوكماش، نظرية الظروف الطارئة وعلاقتها بالجوائح، مجلة العلوم الاجتماعية والانسانية، العدد 26، جوان 2012.
96. محمد لمين مجرالي ، التحكيم في منازعات الصفقات العمومية كضمانة قانونية لاستقطاب الاستثمارات الأجنبية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، الجزائر، العدد الثالث عشر، جويلية 2018.
97. محمود أبو السعود حبيب، سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الإداري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد الأول، سنة 1997، السنة 39.
98. مقدم عبد الرحيم، صلاحيات الإدارة المتعاقدة ومدى رقابة لجان الصفقات عليها، مجلة المعيار، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، الجزائر، المجلد 08 العدد 16.
99. موساوي فاطمة، دور القضاء الإداري الاستعجالي في مادة الصفقات العمومية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد 11، سبتمبر 2018.
100. موساوي مليكة، التحكيم كطريق بديل لحل النزاع في مجال الصفقات العمومية، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، معهد الحقوق، المركز الجامعي لتامنغست، الجزائر، العدد 09، سبتمبر 2015، ص117.
101. نجم الأحمد، التظلم الإداري، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 29، العدد الثالث، 2013.

سادسا: نصوص قانونية أجنبية:

– القانون رقم 90–41 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 225–91–1 بتاريخ 10 سبتمبر 1993 المحدث بموجبه المحاكم الإدارية، الجريدة الرسمية المغربية عدد 4227 بتاريخ 1993/11/13 ص 2168.

– مرسوم عدد 116–65–2 الصادر في 19 مايو 1965 بتحديد الشروط والكيفية التي تبرم بموجبها صفقات الأشغال والأدوات أو النقل لحساب الدولة، الجريدة الرسمية المغربية، عدد 2744، بتاريخ 02 يونيو 1965، ص 670.

– المرسوم عدد 479–76–2 الصادر بتاريخ 1976/10/14، بشأن صفقات الأشغال أو الأدوات أو الخدمات المبرمة لحساب الدولة، ج ر المغربية، عدد 3339 في 1976/10/27، الصفحة 3270

– القانون رقم 03–80 لسنة 2006، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف، رقم 07–06–1 الصادر في 14 فبراير 2006، الجريدة الرسمية المغربية، عدد 5398 بتاريخ 2006/02/23 ص 490.

– المرسوم عدد 482–98– الصادر في 30 ديسمبر 1998 بتحديد شروط وأشكال إبرام صفقات الدولة، الجريدة الرسمية المغربية عدد 4654 بتاريخ 1997/01/07 ص 4.

– المرسوم رقم 388–06–2 في 05 فبراير 2007 المتعلق بتحديد شروط وأشكال ابرام الصفقات العمومية والمقتضيات المتعلقة بمراقبتها وتدبيرها، الجريدة الرسمية المغربية عدد 5518 بتاريخ 19 ابريل 2007، الصفحة 1235.

– المرسوم رقم 349–12–2 المؤرخ في 20 مارس 2013 المتعلق بالصفقات العمومية المغربي، الجيدة الرسمية المغربية عدد 6140 بتاريخ 04 ابريل 2013.

– المرسوم رقم 349–12–2 المؤرخ في 20 مارس 2013 المتعلق بالصفقات العمومية، الجريدة الرسمية المغربية عدد 6140 بتاريخ 04 ابريل 2013 ص 3023.

سابعا: الاجتهادات القضائية الأجنبية:

– حكم المحكمة الدستورية العليا المصرية في الدعوى، رقم 84 لسنة 19 ق الدستورية، الصادر بتاريخ 1999/11/6.

– فتوى قسم الرأي رقم 360، بتاريخ 1954/07/17، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء 18، ص 896.

– فتوى الجمعة العمومية لقسم الفتوى والتشريع رقم 126، الصادرة في 1960/02/07، مجموعة فتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، مجموعة العقود، مبدا رقم 276، ض 176.

– فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مصر رقم 95، بتاريخ 1964/02/04، جلسة 1964/01/29، المجموعة، س 18، ص 186.

– فتوى الجمعية العمومية للفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري رقم 905 الصادرة في 1964/02/04، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في 15 عاما، ص 195.

– فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع لمجلس الدولة في الملف رقم 163/06/86، جلسة 1970/01/15، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء العاشر، ص 752.

– فتوى الجمعية العمومية للفتوى والتشريع بمجلس الدولة رقم 941، الصادر في 1974/11/03، مجموعة السنة 19، ص 218.

– الفتوى الصادرة عن اللجنة 2 لقسم الفتوى بمجلس الدولة المصري، إدارة الفتوى لوزارتي التربية والتعليم العالي والبحث العلمي، الصادرة بتاريخ 1990/07/16، ملف رقم 1979/02/20.

– فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، ملف 702/02/32، جلسة 1980/02/06، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء 18، ص 902.

– فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم 49، الصادرة بتاريخ 2002/01/22، جلسة 2001/10/03، ملف رقم 440/2/47، قاعدة رقم 163، مجموعة الفتاوى بشأن العقود.

– فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة رقم 98، جلسة 2003/02/14، ملف رقم 447/2/47.

– حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 3879 لسنة 64 ق، غير منشور.

– حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ 22 مارس سنة 1994، طعن 1654، لسنة 36 ق.

– حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ 31 ديسمبر سنة 1966،، قضية 1303، مجموعة المبادئ القانونية للمحكمة، لسنة 12 قضائية في خمسة عشر عاما، ص 503.

– محكمة القضاء الإداري في مصر، قرار بجلسة 16 /06/ 1953، في القضية رقم 647 لسنة 5 ق.

– حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1956/01/21،في الطعن رقم 143 س 1 ق، الصادر مجموعة أحكام السنة الأولى، عدد 1، ص 393.

– حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ 1957/03/03، المجموعة س 11، ص 239.

– حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ 1957/03/18، في القضية رقم 2202، س 7. ق، مجموعة أحكام السنة 11، عدد 1 ، ص 278.

– حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، في 1957/03/24، قضية رقم 257 لسنة 11 ق، المجموعة 11 من أحكام مجلس الدولة، ص 300.

– حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في 1957/04/20، المجموعة السنة الثانية، رقم 97، ص 937.

– حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في 1957/06/30، المجموعة السنة 11، رقم 377، ص 610.

– حكم محكمة القضاء الإداري المصرية جلسة 1957/06/30، في القضية رقم 983 لسنة 9 ق، مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري، ص 607.

– حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر جلسة 1958/01/20،في الدعوى رقم 7892. لسنة 8 ق، مجموعة أحكام السنة 11، ص 152.

– حكم محكمة القضاء الإداري المصرية جلسة 1961/06/04 في القضية رقم 1849، لسنة 8 ق.

– حكم المحكمة الإدارة العليا المصرية جلسة 1962/06/09، في الطعن رقم 1250، لسنة 56، المجموعة، للسنة السابعة، ص 1024.

– حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، جلسة 1962/06/09، طعن رقم 2150، لسنة 6 ق، مجموعة مبادئ السنة السابعة، ص 1024.

– حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ 1965/06/27، في الطعن رقم: 389، للسنة 08 ق.

– حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، في 1967/04/08، قضية رقم 1020، سنة 19. ق، مجموعة المبادئ القانونية للمحكمة في العقود الإدارية في خمسة عشر عاما، ص 107.

– حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في 1968/03/02، المجموعة السنة 13، رقم 83، ص 625.

– حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بتاريخ 1969/05/05، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة من أول أكتوبر 1966 حتى آخر سبتمبر 1979، ص 477–478.

– حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، بتاريخ 1969/07/05، في الطعن رقم 767، السنة 11 ق. ع. المجموعة، ص 932.

– حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية جلسة 1969/12/15، في القضية رقم 701، لسنة 17 ق. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري في ثلاث سنوات 1966–1969 ص 431، 432.

– حكم محكمة القضاء الإداري المصرية جلسة 1970/03/01، في القضية رقم 927 لسنة 22 ق، مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري، ص 641.

– حكم محكمة القضاء الإداري المصرية جلسة 1970/03/22. في القضية رقم 741 لسنة 21 ق.

– حكم المحكمة العليا الليبية، جلسة 1975/03/06، طعن إداري رقم 21/8 ق، م م ع السنة 11، العدد3 ص 42.

– حكم المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ 1976/05/11 في الطعن رقم 1562 لسنة 10، ق. ع، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في الأربعين عاما، ص 323 بند 216.

– حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، جلسة 1976/11/25 في الطعن رقم 1186 لسنة 10 ق.

1– حكم المحكمة العليا الليبية، جلسة 1978/02/12، طعن إداري رقم 23/13 ق، م م ع السنة 14، العدد3 ص 59

– حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1978/04/01 في الطعن رقم 562 لسنة 33 ق.ع، سبق الإشارة إليه.

– حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية جلسة 1978/04/15 في الطعن رقم 562 لسنة 16 ق.

- حكم المحكمة الإدارية العليا جلسة 1980/11/22 في الطعن رقم 845، س 19 ق.

- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، جلسة 1984/01/21 طعن رقم 877، لسنة 27 ق.

- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، جلسة 1984/02/18، في الطعن رقم 1223 لسنة 27 ق. ع، الموسوعة الالكترونية لأحكام المحكمة الإدارية العليا.

- حكم المحكمة الإدارية العليا لجلسة 1987/05/16، في الطعن رقم 3562، للسنة 29. ق، مجموعة المبادئ القانونية للمحكمة الإدارية العليا التي أقرتها من 1986/10/01، إلى 1987/09/30، ص 65.

- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية جلسة 1990/02/20، في الطعن رقم 3049 لسنة 32، ق، مجموعة مبادئها، سنة 35، ق، ص 1143، أشار له:

- حكم محكمة القضاء الإداري المصرية لجلسة 1991/01/20، في القضية رقم 5429، مجلة هيئة قضاء الدولة، السنة 41، العدد 02، يونيو 1997، ص 16.

- حكم المحكمة العليا المصرية جلسة 1994/01/18، في الطعن رقم 886 لسنة 30 ق، مجموعة مبادئ المحكمة العليا، السنة 39، الجزء الأول، ص 691.

- قرار المحكمة الإدارية العليا المصرية في 1994/01/18، رقم 886، السنة 30. ق، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، والجمعية العمومية لقسم الفتوى والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاما، الجزء الاول، من أول أكتوبر 1955، إلى آخر سبتمبر 1995، ص 145.

- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، جلسة 1995/01/08، الطعن رقم 1383، لسنة 35 ق عليا، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء 49 ص 58.

- حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر في 1996/11/18 في القضية رقم: 1180.

- حكم المحكمة الإدارية العليا في جلسة 1997/12/16، الطعن رقم 1749 لسنة 47. ق الموسوعة الإدارية الحديثة، جزء 49، ص 174.

- حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ 1997/12/16، الطعن رقم 1749 لسنة 27 ، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء 49 . ق 43، ص 176.

– حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بتاريخ 1998/12/30، في الطعن رقم 567 لسنة 39 ق. ع ، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء 49، ص 170.

– حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية جلسة 2002/01/15، في الطعن رقم 1590 لسنة 45 ق، مجموعة كنوز، المحكمة الإدارية العليا، الجزء 8، ص 4991.

– حكم المحكمة الإدارية بفاس، بتاريخ 2002/04/30. بالملف عدد 00/20 تحت عدد 239،

– حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، جلسة 2004/06/06، الطعن رقم 4527، لسنة 46.ق.ع.

– حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ 2004/06/06، طعن رقم 4527 لسنة 46 ق. ع، أشار إليه د. السيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السابق، ص 140.

– حكم المحكمة الإدارية بوجدة، بتاريخ 2004/12/07، تحت عدد 325.

– حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، جلسة 2006/01/17،طعن رقم 9789، لسنة 49، ق.ع، المجموعة الالكترونية لأحكام المحكمة الإدارية العليا المصرية حتى عام 2010.

– حكم المحكمة الإدارية العليا جلسة 2006/05/09، في الطعن رقم 549 لسنة 35 ق، جلسة 04/04/، مجموعة المبادئ السنة 38، ص 777.

– حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ 2006/09/02في الطعن رقم 11046، السنة 47 ق، عليا.

المراجع باللغة الأجنبية:

I - Ouvrages :

1. BENOIT François Paul, le droit administratif français, 7e éd, Dalloz, 1968.
2. FOILLARD Philippe, Droit administratif, série Manuels, Groupe Larcier, collection Paradigme, 3éme édition , 2014.
3. Jean WALINE, droit administratif, 27e édition, Dalloz, Collection Précis, 2018.
4. LAJOYE Christophe, Droit des marchés publics,16e édition Gualino, paris France, 2017.
5. MORAND DEVILLER Jacqueline, Cours de droit administratif, Montchrestien, France, 8e édition, 2003.

6. RICCI Jean-Claude, droit administratif général, édition Hachette supérieur, paris, 2011.
7. Ahmed MAHIOU, cour d'institutions administratives, 3em éd, O P U, Algérie, 1981.
8. André DE LAUBADAIRE, traite élémentaire de droit administratif, 5eme éd, paris, 1970.
9. André DE LAUBADER, DELVOLVE Pierre, et MODERNE Franck, Traité des contrats administratifs, Tome 1, 2e édition L.G.D.J, Paris, TL 1983.
10. André DE LAUBADER, Pierre DELVOLVE, et Franck MODERNE, Traité des contrats administratifs, Tome 2, 2e édition L.G.D.J, Paris, TL 1983.
11. André DE LAUBADERE, Franck MODERNE, Pierre DELVOLVE. Traité des contrats administratifs, 2ème éd., 1983.
12. André DE LAUBADERE, Traité de droit administratif, tome 1, 16ème édition, E.J.A, Paris 2001.
13. André DE LAUBADERE, Traité des contrats administratifs, T. 2, LGDJ, Paris, 1984.
14. André DE LAUBADERE, Traité élémentaire du droit administratif, 6ème édition, LGDJ, Paris, 1997.
15. André DE LAUBADERE, Traité théorique et pratique des contrats administratifs, T1 1956, mise à jour 1959.
16. Apostolos PATRIKIOS, l'arbitrage en matière administrative, Paris, L.G.D.J, 1997.
17. Bernard KREPPER, Rationalisation des référés et recours en matière de contrats et marchés publics, CCI de région Paris Ile-de-France, 2013
18. Catherine BERGEAL et Frédéric LENICA, le contentieux des marchés publics, imprimerie nationale, édition techniques, Paris, 2004.
19. Charles DEBBASCH, Droit administratif, 6ème éd., Economica, Paris, 2002.
20. Charles DEBBASCH, Frédéric COLIN, droit administratif, ÉCONOMICA, paris, 12em édition, 2018.
21. Charles JARROSON, la notion d l'arbitrage, L.G.D.J, Paris 1987, p 05.
22. Christine MARIE, Droit administratif, Gualino éditeur, Paris, 2005.
23. Christophe GUETTIER, Droit des contrats administratifs, 2e édition, Thémis droit, Paris, mis à jour 2008.
24. Christophe GUETTIER, Droit des contrats administratifs, 3ème éd., Thémis-droit PUF, Paris, 2011, p. 74.
25. Christophe LOJOYE, Droit des marches publics, Gualino Lextenso éditeur, 4em édition, 2009.
26. FLAMME Maurice-André, Traité théorique et pratique des marchés publics, Tome 2, E. Bruylant, Bruxelles, Belgique, 1969.

27. Fouad EL ATTAR, le marché de travaux publics, étude comparé de droit administratif français et égyptien, thèse, faculté de droit de paris, 1953.
28. Francis Paul BÉNOIT, De l'inexistence d'un pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs, JCP-G-1963,I, p1775.
29. Francis-Paul BENOIT, Le droit administratif français, Dalloz, paris, 1968.
30. François LORENS, contrats d'entreprise de marché de travaux publics, Contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif, L.G.D.J, 1981.
31. Frédéric. Édouard. KLEIN, Considérations sur l'arbitrage en droit international privé, édition Helbing-Lichtenhan, Bale, 1955.
32. Gabriel BAYLE, l'enrichissement sans cause en droit administratif, L.G.D.J, Paris, 1973.
33. Gaston JEZE, , théorie générale des contrats de l'administration, R.D.P, 1932.
34. Georges PEQUIGNOT, Contribution à la théorie générale du contrat administratif, Thèse, Montpellier, 1945.
35. Georges PEQUIGNOT, Théorie générale du contrat administratif , éditions A Pédone, librairie de la cour d'appel et de l'ordre des avocats paris 1945.
36. Gérard TEBOUL. Arbitrage international et personnes morales de droit public. Brèves remarques sur quelques aspects de contentieux administratif, A.J.D.A, 1997.
37. Gilles LEBRETON, Droit administratif général, 8èmeéd, Dalloz, 2015.
38. Guy Braibant, Pierre Delvolvé, Bruno Genevois, Marceau Long, Prosper Weil, les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 22ème édition, Dalloz, paris, 2019.
39. Hélène HOEPFFNER, droit des contrats administratifs, Édition Dalloz, 2016.
40. HOURIOU Maurice, La jurisprudence administrative, 1892-1929. Tome 1, HACHETTE LIVRE - BNF, 2018
41. Ibrahim BOULIFA, marché public, Manuel méthodologique, Éditions, Berti, Alger, 2013.
42. Jacqueline MORAND-DEVILLER- Pierre BOURDON- Florian POULET, Droit administratif, LGDJ, Lextenso, Issy-les-Moulineaux, France, 15e édition, 2017.
43. Jamil SAYAH, droit administratif, Studyrama, Édition, 2e, éd 2007.
44. Jean Christophe BRUERE, consensualisme dans les contrats administratifs, R.D.P, 1996.
45. Jean Claude RICCI, Droit administratif général, Hachette supérieur, 2007.
46. Jean DUFAU., le pouvoir de modification unilatérale de l'administration et les contrats de concession de services public, AJDA, 1955.
47. Jean L'HUILLIER, les contrats administratifs tiennent –ils lieu de loi a l'administration, Dalloz, 1953, chronique.
48. Jean RIVERO, Précis de droit administratif, 4ème édition, Dalloz, Paris, 1970.

49. Jean-Claude RICCI, droit administratif général, 7e édition, Hachette Supérieur, 2019.
50. Joël CARBAJO, Droit des services publics, 3eme éd, Edition Dalloz, paris, 1997.
51. LANGELIER Élise, L'office du juge administratif et le contrat administratif, thèse de doctorat en droit public, université de Poitiers, 2012.
52. Laurent RICHER, Droit des contrats administratifs, 8ème éd., LGDJ, Paris, 2012.
53. Laurent RICHIER, Droit des contrats administratifs, Edition 2012.
54. Laurent VIDAL, l'équilibre financier du contrat dans jurisprudences administratif, édition BRUYLANT, Bruxelles, 2005.
55. Léon DUGUIT, Traité de droit constitutionnel, 2ème éd., Paris, 1923.
56. Léon DUGUIT, Traité de droit constitutionnel, 3ème éd., Paris, 1927.
57. Marcel WALINE, Précis de droit administratif, Paris, 1970.
58. Marie-Christine ROUAULT, droit administratif, Édition Gualino, 15e éd, 08/2019.
59. Maurice ANDER FLAMME, le domaine et le contrat administratifs, Presses universitaires de Bruxelles, Belgique, 1967.
60. MODERNE Frank, les quasi-contrats administratifs, Dalloz, Paris, 1995.
61. Peiser GUSTAVE, Droit administratif général, 26éme éd, Dalloz 2014.-
62. PEQUIGNOT Georges, Théorie générale des contrats administratifs, Juris-classeur administratif, 1962.
63. Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD, Berthold GOLDMAN, Traité de l'arbitrage commercial international Litec éditions, Paris, 1996.
64. Philippe YOLKA, droit des contrats administratifs, L.G.D.J, paris, 2013.
65. Pierre-Laurent FRIER , PETIT Jacques, Droit administratif, 12e édition, L.G.D.J ,2018, p 492.
66. René CHAPUS, droit du contentieux administratif, Paris, Montchrestien, 13em édit, 2008.
67. René CHAPUS, le droit administratif général, Tom 1, 15 éd Montchrestien, Paris, 1996, P516.
68. René CHAPUS, Responsabilité publique et responsabilité privée, Thèse, Paris, 1954.
69. RICHER Laurent, LICHER François, Droit des Contras Administratifs, 11e édition, LGDJ, 2019.
70. RICHER Laurent, LICHER François, Droit des Contras Administratifs, 11e édition, LGDJ, 2019.
71. RICHER Laurent, LICHERE François, Droit des contrats administratifs, 11e édition, L.G.D.J, 2019.
72. Serge VELLEY, Droit administratif, 4ème édition, Dalloz, Paris, 2003.
73. Terki Nour Eddine, l'arbitrage commercial en Algérie, office des publications universitaires, Alger.

74. VEDEL Georges, DELVOLNE. Pierre, droit administratif, T.2, P.U.F, 1992.
75. VEDEL Gorges, DELVOLVE Pierre, Droit administratif, Tome 1, presses univ de France, 12e édition, Paris, France,1992.
76. Zahi Amor, l'état et l'arbitrage, O.P.U, édition publisud, paris, 1980.
77. -Christophe, LAJOYE, droits des marchés publics, 2eme éd, GUALINO éditeur, paris, 2005.
78. -Marcel WALINE, Traité élémentaire de droit administratif, 9em édition, Librairie du Recueil Sirey, Paris,1963.

II - Thèses et mémoires :

1. BADOUI Saroit, le fait du prince dans les contrats administratifs, en droit française et en droit égyptien, Thèse, Paris 1954.
2. Laurence FOLLIOT-LALLIOT, Pouvoirs des juges administratifs et distinction des contentieux en matière contractuelle, Thèse, université Paris 2, 1994, p. 148.
3. Mathias AMILHAT, Pour une nouvelle théorie générale des contrats publics, mémoire pour Habilitation à diriger les recherches, Université de Lille.
4. Muhannad AJJOUB, La notion de liberté contractuelle en droit administrative Français , Thèse, Université Panthéon-Assas, Paris 2, 2016.
5. Nabila BEN ALI PRIEUR, les contrats d'exploitation des biens immatériels, étude de droit français et droit marocain, Thèse, université de Strasbourg, 2014.
6. PEQUIGNO Georges, Contribution à la théorie générale du contrat administratif, thèse, Montpellier, 1945.
7. Saroit BADAOUI, Le fait du prince dans les contrats administratifs en droit français et en droit égyptien, Thèse, Paris, 1955.
8. SHWEKAT Aiad, Les droits et les obligations des parties au contrat administratif dans les droits français et libyen, Étude comparative, Thèse, Université de Toulouse 1, (UT1 Capitole)**,** 4 juin 2016.
9. TAGEN Ragab, L'équilibre financier des contrats administratifs, étude comparative des droits français et égyptien, Thèse, université paris 1 panthéon, Sorbonne, Paris 2004.

III - Articles et Colloques :

1. Julien ANTOINE, l'arbitrage en droit administratif, L.P.A, 6 aout, 2008, n 156.
2. Bertrand SEILLER, L'exorbitance du droit des actes administratifs unilatéraux, RDP, N 120, 2004, 2, mars-avril, p. 481.
3. BOUDIAF Amar, le critère organique et ses problème juridique à la lumière de code de procédure civile et administrative, Revue de conseil d'État, n 10-2012.

4. Claude BONTEMS, Les Origines de la justice administrative en Algérie, Revue Algérienne, des sciences juridiques, économiques, et politiques, Publiée trimestriellement par l'institut du droit, Algérie, N 2-3 Septembre 1975, P 277-296.
5. Dominique FOUSSARD, l'arbitrage en droit administratif, revue de l'arbitrage 1990, doctrine.
6. Henri Motulsky, Écrits Études et notes sur l'arbitrage, préface de Claude Reymond, Dalloz, parution 11/2010.
7. JEZE, Gaston, La force majeure dans les marchés administratifs de fournitures ou travaux, R.D.P, 1920.
8. Mohamed Bejaoui, l'évolution de la conception et de la pratique Algérienne en matière d'arbitrage international, CNC, à ALGER 14, 15 décembre 1992.
9. René David, Arbitrage et droit comparé, R.I.D.C, 1959, janvier-mars, n 1, volume 11, p 09-13.

IV - Code et lois :

- code des marchés publics, Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics**,** journal officiel, n°0169, du 24 juillet 2015, page 12602, texte n° 38.

- Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (MURCEF), Modifié par loi n° 2015-1268 du 14 octobre 2015-art.66.

- Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, Modifié par loi n° 2009-179 du 17/02/2009, abrogé par ordonnance n°2015-899 du 23/07/2015.

- Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique. www. Légifrance .FR, Dernière modification du texte le 12 février 2020.

- Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics

- Loi n° 92-10 du 4 janvier 1992 relative aux recours en matière de passation de certains contrats et marchés de fournitures et de travaux, précité.

- code de procédure civile, modifié par Décret n 2011-48 du 13 janvier 2011-art. 2.

- loi du 17 avril 1906 portant fixation du budget général de la dépense et des recettes de l'exercice 1906.

- Loi n° 86-972 du 19 août 1986 portant dispositions diverses relatives aux collectivités locales.

- l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

- Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique. www. Légifrance .FR, Dernière modification du texte le 12 février 2020.

- l'ordonnance n : 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

- Décret n°2006-16 du 30 Juin 2006;portant code des marchés publics, www. Légifrance .FR, Dernière modification du texte le 1 avril 2016.

- Directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux.

V- Jurisprudences :

Conseil d'État

Arrêts :

- C.E, 15 juill. 1949, Ville d'Elbeuf, R. 359. - Sect. 5 nov. 1982, Soc. Propétrol, R. 380, AJDA, 1983.259.

- C.E. CE , 10 janvier 1902 « Compagnie nouvelle du gaz de Déville-Lès-Rouen »

- C.E, 14 Novembre 1902, Olmer et Hesber, Rec., p 664.

- C.E. 11 mars 1910 ; Comp. générale française des tramways.

- C.E, 11 mars 1910, Comp, générale française des tramways, op.cit.

- C.E. 21 mars 1910, Compagnie générale française des tramways.

- CE 30 mars 1916, Compagnie générale d'Éclairage, Recueil Lebon, p. 125.

- CE 30 mars 1916, Compagnie générale d'Éclairage, Recueil Lebon, p. 125.

- C.E, 09 avril 1919, Foureré et Rhodes, Rec. P 316.

- CE, 27 juin 1919, Gaz de Nice, conclu. Riboulet, not Hauriou, 18 janvier 1924, ville de Paris, Rec., p 58.

- C E, 03 décembre 1920, Fromassol, R.D.P, 1921, p 80.

- C.E, 11/10/1921, Cie de navigation Sud-Atlantique, R.D.P, p. 892.

- CE 10 avril 1923, Sté d'éclairage d'Oloron, Recueil Lebon, p. 682.

- CE 08 août 1924, Gare de Brive, Recueil Lebon, p. 818.

- C.E, 28 novembre 1924, Tante, Rec. P 940.

- CE 19 février 1926, Gaz de la Ciotat, Recueil Lebon, p. 197. Et

- CE 23 juin 1926, Cie générale pour l'éclairage, Recueil Lebon, p. 637.

- CE, 9 mars 1928, scieries africaines, R.D.P, 1928, p 328.

- CE 15 janvier 1932, Sté Les Limousins, Recueil Lebon, p. 64.

- C.E, 27/7/1932, Léonard, Rec. P 130.

- CE 4 novembre 1932, Sté Cau assainissement, Recueil Lebon, p. 916.

- C. E, 9 décembre 1932, Compagnie des tramways de Cherbourg, Recueil Lebon, N° 89655. Concl Josse.

- CE 30 mars 1933, Ville d'Oran, Recueil Lebon, p. 379. Et CE 27 novembre 1931, Tramway de Besançon, Recueil Lebon, p. 1063.

- CE, 3 Janvier 1936, commune de Turase, Rec., p 06.

- C.E, 22 octobre 1937, compagnie générale des Kerguelen, Saint-Paul et Amsterdam, Rec., P. 839.

- CE 12 janvier 1938, Commune d'Antony, Recueil Lebon, p. 20.

- C.E, 31 Octobre 1938, Cne de Pradelles, Rec. , P 1104.

- C.E. 28 avril, 1939, « Chemins de Fer de l'Ouest », R.D.P, 1940, p 58 conclusions Josse, not Jèze.

- C.E, 26 mai 1939, Vitte, Rec., p.564.

- CE 23 décembre, 1941, Hospice de Vane, Rec. P 244.

- C.E, 21/02/1942, Entreprise de Limousine de paris, R.D.P, p 53.

- CE 8 novembre 1944, Cie Chemins de fer d'Enghien, Recueil Lebon, p. 657.

- C.E 24Novembre 1944, Sté l'énergie industrielle, R.D.P 1946.

- C.E, 08 décembre, 1944, Ste, l'énergie industrielle, R.D.P, 1946, p 317.

-C.E, 08 décembre, 1944, Ste, l'énergie industrielle, R.D.P, 1946, p 317.

- C.E, 22 Décembre 1944 , Beaufils, Rec. Lebon, P 331.

– CE, 21 Novembre, 1947, petot, Rec., p 647.

- CE 10 mars 1948, Hospices de Vienne, A.J.D.A 1948, p. 331. –

- C.E, 22 janvier 1937, Rec. P 93. - C.E, 28 avril 1948, Rec. P 180.

- C.E, 02 mars 1949, Ministère des travaux publics,

- CE 4 mars 1949, Ville de Toulon, Recueil Lebon, p. 197.

- C. E, 15 juillet 1949, Ville d'Elbeuf, Recueil Lebon, p. 358.

- C.E, 15 juillet 1949, Ville d'Elbeuf, Rec., p 358.

- C.E, 27 décembre 1948, Rec. P 497. - C.E, 5 juillet 1950, Rec. P 416.

- CE 20 octobre, 1950, Stein, Recueil Lebon, p. 505.

- C.E 9 mars 1951, L'affaire de Dindonna, Recueil Lebon, p. 149.

- CE, 29 Juin, 1951, Sec, d'état à la défense. C. Debernardy, Rec. P 385.

-C.E, 18 janvier 1952, pane Sobier, Rec. P 42.

- C.E, 23 juillet 1952, St Leseurre, , Rec. P 390.

- CE 13 novembre 1953, Charnit et Collet, AJDA 1954, p. 66.

- CE 20 avril 1956. Époux Bertin, Recueil Lebon, p. 167 et RDP 1956, p. 809.

- C.E, 4 Décembre 1957, Ville de Rouen, Rec. Lebon, P 658.

- CE 29 janvier 1958, Rec., p 50,

- CE, 18 Avril 1959, société industrielle de travaux d'assainissement et d'urbanisme et ville de Nive, Rec., p 216.

- C E 19 mai 1963, chambre sociale, coopérative agricole, la prospérité fermière, Recueil Lebon, p. 289.

- C.E, 14 Octobre, 1966, Min de la construction c/ ville de Bordeaux, R.D.P, p 167.

- C.E, Z Décembre 1966 AFF, Soc, Franco-Recons, Plan, A.J.D.A, 1967 p 183.

- CE, Sect., 19 janvier 1973, Société d'exploitation électrique de la Rivière du Sant, Rec. 48. GAJA, 15^{em} édition, 2005, Dalloz, p 153.

- C.E, Sect. 30 mai, 1975, Société d'équipement de la Région Montpelliérain, Rec, p. 326.

- C.E, 17 octobre, 1975, Commune de Canari, Req, N 93704, AJDA, 1975, p 562.

- C. E, 12 mars 1976, Département des Hautes Pyrénées, Recueil Lebon, N° 91471. p. 155.

- CE, 12 mars 1976, Département des Hautes – Pyrénées, Rec., p. 155.

- CE, 29 avril 1981, Bernard C. Ville de Nouméa, C.J.E.G, janvier 1982, p 09.

- C.E, 2 mai 1982, Société Paris Parking , R.D.P, 1983.

- C.E, 02 juillet 1982, société basset et Pajol, Rec., p5511.

- CE. 2 Février 1983, Union de transports public, urbains et régionaux, Rec. P. 33.

- C.E, févr. 1984, Commune d'Alsting, c/ société Floréan, R.D.P , 1985, P 224.

- C.E, 26 juillet 1984, Commune de La Teste-de-Buch, Rec. , P 282.

- CE, 10 octobre 1984, Ent cottin Jouneaux, R.D.P, 1985, p 223.

- C.E, 18 janvier 1985, "Association ieraiais culturel d'Aix-en-Provence "

- C.E, 20 février 1985, Syndicat communautaire d'aménagement de la ville nouvelle de Fos, R.D.P, 1985, p 1699.

- CE, 26 mars 1985, Ste Française de T.P, Fougerolles, R.D.P, 1985, p 1705.

- C.E, 6 mai 1985, Assoc. Eurolat et Foncier de France, Rec., Lebon, P 114, A.J.D.A. 1985 No 133, p. 620.

- C.E, 06/05/1985, Min. délégué du ministre de l'industrie et de la recherché, chargé des P.T.T, c/ M. Ricard , A.J.D.A, 1985, p 736.

- CE, 20 décembre 1985, Administration générale de l'assistance publique à paris, R.D.P, p 1727.

- C.E, 18 Décembre 1987, Administration général de L'A.P, R.D.P, 1988, p 1415.

- C.E, 07 Octobre 1988 , M. Vinent /c Cnede Bouvray, R.D.P, 1989, p 1797.

- C.E, 02 mai 1990, SARL- So PPES et SCI-SIEBCO, R.D.P, 1991, p 285

- C.E, 19 novembre 1990, Compagnie général transatlantique, Rac. P 891.

- CE, 5 décembre 1990, Ste RAPETTO, R.D.P, 1992, P, 1535.

- CE 19 février 1992, SA Dragages et travaux publics, Dalloz 1992, p. 1109.

- C.E, 29 mai , 1992, Établissement public déménagement de la ville nouvelle, R.D.P, P 1534.

- CE 20 mai 1994, Société Le Gardiennage industriel de La Seine, JCP 1994, p. 224.

- CE 26 Janvier 1995, Ste, anonyme Motobloc, Rec. P 35.

- C E 20 mars 1996, commune de Saint-Céré, Recueil Lebon, p 87.

- C.E, 14 juin 2002, Ville d'Angers, Req, N 219874, AJDA , N 11, 2012, P 601.

- CE,16 juillet 2007, n 291545, Sté Tropico Travaux Signalisation, Rec. p.360.

- CE, 1er juillet 2010, Société Bioenerg, GAJA, Dalloz, 18em éd, 2011, p.147.

- CE, 27 octobre 2010, Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes Le Cannet Mandelieu La Napoule.

- CE, 04 Mars 1949, ville de Toulon, Rec., p 467. Et CE, 9 Mai 1962 ville de Bastia, Rec., p 703.

Tribunaux administratifs :

- T.A Nantes, 9 septembre 2011, société X, Req, N 1104124, AJDA, N 38, 2011, P 2198.

Tribunal des conflits :

- T.C, 8 juillet 1963, Entreprise Peyrot c/. Société de l'autoroute Estérel-côte d'azur, GAJA. et RDP, 1963, p. 787.

- T.C, 12 janvier 1972, SNCF c/ Ent. Solon, Rec., p. 944.

- T.C, 7 juillet 1975, Commune d'gde, Rec., p 798.

- T.C, 12/11/1984, SEM, du tunnel Sainte-Marie-aux-Mines, AJDA 1985, p. 156.

- TC, 22 octobre 2001, commune de Villepinte, société NRG, Recueil Lebon, 2001, p. 748.

Jurisprudence européenne :

- cour européenne des droits de l'homme, 09/12/1994, Aff. Raffineries grecques Stran C/ Grèce,

VI- Sites Internet :

- www.Légifrance.fr

-www.marche-public.fr

فهرس المحتويات

مقدمة. ---------- 1

الباب الأول: التوازن العقدي وطرق الفصل في منازعات العقود الإدارية ---------- 5

الفصل الأول: فكرة التوازن للعقد الإداري ---------- 6

المبحث الأول: ماهية العقد الإداري ---------- 6

المطلب الأول: مفهوم العقد الإداري ---------- 7

الفرع الأول: نشأة نظرية العقود الإدارية. ---------- 7

أولا: نشأة العقد الإداري في فرنسا. ---------- 7

ثانيا: نشأة العقد الإداري في الجزائر. ---------- 9

ثالثا: نشأة العقد الإداري في بعض النظم العربية المقارنة. ---------- 15

الفرع الثاني: تعريف العقد الإداري. ---------- 16

أولا: التعريف التشريعي. ---------- 17

ثانيا: التعريف القضائي. ---------- 18

ثالثا: التعريف الفقهي. ---------- 20

الفرع الثالث: أركان العقد الإداري. ---------- 22

أولا: ركن الرضا. ---------- 23

ثانيا: ركن المحل. ---------- 27

ثالثا: ركن السبب. ---------- 28

المطلب الثاني: صور العقود الإدارية ---------- 30

الفرع الأول: عقد الأشغال العامة ---------- 30

أولا: يجب أن ينصب موضوع عقد الأشغال العامة على عقار. ---------- 32

ثانيا: يجب أن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام. ---------- 33

ثالثا: يجب أن يكون الهدف من الأشغال تحقيق المصلحة العامة. ---------- 33

الفرع الثاني: عقد التوريد. ---------- 35

أولا: أن محل عقد التوريد تقديم منقولات. ---------- 37

ثانيا: احتواء العقد على وسائل القانون العام. ---------- 37

ثالثا: أن يستهدف تحقيق مصلحة عامة. ---------- 37

الفرع الثالث: عقد الدراسات والخدمات. ---------- 38

أولا: عقد الخدمات.---------- 38
ثانيا: عقد الدراسات.---------- 39
الفرع الرابع: عقد امتياز المرافق العامة. ---------- 40
أولا: تعريف عقد الامتياز.---------- 40
ثانيا: طبيعة عقد الامتياز.---------- 43
المبحث الثاني: معايير تمييز العقود الإدارية---------- 46
المطلب الأول: العقود الإدارية بتحديد القانون. ---------- 47
الفرع الأول: العقود الإدارية التي يختص بها القضاء الإداري وتكون إدارية بطبيعتها باستمرار. ---- 47
الفرع الثاني: العقود التي يختص بها القاضي الإداري ولا تكون إدارية بطبيعتها في كل الحالات.--- 48
الفرع الثالث: العقود التي يختص بها القاضي الإداري وهي بطبيعتها عقود مدنية. ---------- 49
المطلب الثاني: العقود الإدارية بطبيعتها. ---------- 52
الفرع الأول: وجود شخص معنوي عام طرفا في العقد.---------- 53
أولا: العقود التي يكون أطرافها من أشخاص القانون الخاص.---------- 53
ثانيا: التعاقد كأشخاص القانون الخاص.---------- 55
الفرع الثاني: اتصال العقد بمرفق عام. ---------- 56
الفرع الثالث: اتباع وسائل القانون العام.---------- 58
أولا: الشروط التي تتسم بطابع السلطة العامة.---------- 61
ثانيا: الشروط التي تعتبر تطبيقا لقواعد القانون العام.---------- 61
المطلب الثالث: معايير تحديد العقد الإداري في النظام القانوني الجزائري. ---------- 63
الفرع الأول: المعيار العضوي كأصل لتحديد العقد الإداري. ---------- 64
أولا: الدولة. ---------- 65
ثانيا: الجماعات الإقليمية.---------- 65
ثالثا: المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري. ---------- 66
الفرع الثاني: المعيار المادي كاستثناء في تحديد العقد الإداري. ---------- 67
أولا: المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري ---------- 68
ثانيا: العقود التي تبرمها الأشخاص العامة ولا تعتبر عقود إدارية.---------- 76
المبحث الثالث: ماهية التوازن المالي للعقد الإداري. ---------- 78
المطلب الأول: نشأة فكرة التوازن المالي للعقد الإداري.---------- 79

الفرع الأول: نشأة فكرة التوازن المالي في فرنسا. ---------- 79
الفرع الثاني: نشأة فكرة التوازن المالي في الجزائر.---------- 82
الفرع الثالث: نشأة فكرة التوازن المالي في بعض الدول العربية المقارنة---------- 84
المطلب الثاني: مفهوم التوازن المالي ---------- 86
الفرع الأول: موقف الفقه من تحديد فكرة التوازن المالي للعقد الإداري ---------- 86
الفرع الثاني: موقف القضاء من تحديد فكرة التوازن المالي للعقد الإداري.---------- 89
الفصل الثاني: آليات تسوية المنازعات في مجال العقود الإدارية ---------- 93
المبحث الأول: اللجوء إلى الطعن الإداري لتسوية منازعات العقود الإدارية. ---------- 93
المطلب الأول: مفهوم الطعن الإداري. ---------- 94
الفرع الأول: تعريف الطعن الإداري.---------- 94
الفرع الثاني: صور الطعن الإداري. ---------- 95
أولا: الطعن الولائي. ---------- 95
ثانيا: الطعن الرئاسي.---------- 96
الفرع الثالث: أهمية الطعن الإداري.---------- 97
المطلب الثاني: الطابع القانوني للطعن الإداري. ---------- 99
الفرع الأول: الطعن المقرر في القواعد العامة.---------- 99
الفرع الثاني: الطعن المقرر في تنظيم الصفقات العمومية. ----------100
الفرع الثالث: مدى إلزامية الحل الذي يصدر عن اللجان المختصة بالنظر في الطعن الإداري. -----104
أولا: مدى إلزامية نتائج الطعن في مجال منازعات إبرام الصفقة. ----------104
ثانيا: مدى إلزامية نتائج الطعن في مرحلة تنفيذ الصفقة.----------105
المطلب الثالث: الجهة المختصة بالنظر في الطعن الإداري.----------106
الفرع الأول: اللجان المختصة بالنظر في الطعن الإداري في المنازعات الناتجة عن الإبرام. -------106
أولا: لجان الصفقات للمصالح المتعاقدة.----------106
ثانيا: اللجان القطاعية والجهوية للصفقات العمومية.----------111
الفرع الثاني: اللجان المختصة بالتسوية الودية للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة.----------114
أولا: لجنة التسوية الودية للنزاعات على مستوى الوزارة والهيئة العمومية.----------115
ثانيا: لجنة التسوية الودية للنزاعات على مستوى الولاية.----------115
الفرع الثالث: المعايير المقررة للوصول إلى حل ودي للنزاع. ----------116

أولا: إيجاد توازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من طرفي الصفقة. ----------116
ثانيا: التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة.----------116
ثالثا: الوصول إلى تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة. ----------117
المطلب الرابع: شكل وآجال وإجراءات الطعن في منازعات الصفقات العمومية. ----------119
الفرع الاول: شكل الطعن الإداري في منازعات الصفقات العمومية. ----------119
الفرع الثاني: آجال الطعن الإداري في منازعات الصفقات العمومية. ----------120
الفرع الثالث: الإجراءات المتبعة أمام اللجان المختصة للنظر في الطعن الإداري.----------121
أولا: الإجراءات المتبعة أمام اللجان المختصة بالفصل في منازعات الإبرام. ----------121
ثانيا: الإجراءات المتبعة أمام اللجان المختصة بالفصل في النزاعات المتعلقة بتنفيذ الصفقة. --------122
المبحث الثاني: اللجوء إلى القضاء لتسوية منازعات العقود الإدارية. ----------124
المطلب الأول: الاختصاص القضائي في منازعات العقود الإدارية. ----------124
الفرع الأول: الاختصاص النوعي للجهات القضائية الإدارية. ----------125
أولا: الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية.----------126
ثانيا: الاختصاص النوعي لمجلس الدولة. ----------128
ثالثا: مدى تكريس مبدأ التقاضي على درجتين أمام الجهات القضائية الإدارية.----------138
الفرع الثاني: الاختصاص الإقليمي للجهات القضائية الإدارية.----------141
أولا: طبيعة الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية. ----------141
ثانيا: تحديد قواعد الاختصاص الاقليمي وفقا للقواعد العامة. ----------143
ثالثا: الاستثناءات الواردة على قواعد تحديد الاختصاص الاقليمي. ----------143
الفرع الثالث: تنازع الاختصاص ومسألة الارتباط. ----------146
أولا: بالنسبة لتنازع الاختصاص بين الجهات القضائية الإدارية ----------146
ثانيا: مسألة الارتباط ونظام الإحالة. ----------147
المطلب الثاني: نطاق اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية.----------151
الفرع الأول: قضاء الإلغاء في مجال العقود الإدارية. ----------151
أولا: مفهوم القرارات الإدارية المنفصلة. ----------151
ثانيا: مجال تطبيق القرارات المنفصلة في النظام الجزائري.----------153
الفرع الثاني: القضاء الكامل في مجال العقود الإدارية. ----------161
أولا: الدعاوى المنصبة على مدى سلامة قيام العقد الإداري. ----------161

ثانيا: دعاوى المسؤولية العقدية.----------163
ثالثا: الدعاوى المتعلقة بممارسة الإدارة لامتيازاتها.----------165
الفرع الثالث: القضاء الاستعجالي في مجال العقود الإدارية. ----------166
أولا: مفهوم القضاء الاداري الاستعجالي في مجال العقود الإدارية.----------167
ثانيا: نطاق الاستعجال في مجال العقود الإدارية.----------170
ثالثا: سلطات القاضي الاستعجالي في مجال العقود الإدارية. ----------171
المبحث الثالث: دور التحكيم في حل مناعات العقود الإدارية.----------175
المطلب الأول: مفهوم التحكيم ----------176
الفرع الأول: تعريف التحكيم----------176
الفرع الثاني: خصائص التحكيم.----------178
أولا: سرعة الفصل في المنازعات. ----------178
ثانيا: بساطة الإجراءات وحرية الاختيار ----------178
ثالثا: سرية التحكيم.----------179
الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للتحكيم.----------180
أولا: النظرية العقدية----------180
ثانيا: النظرية القضائية.----------181
ثالثا: النظرية المختلطة. ----------181
رابعا: نظرية الطبيعة المستقلة. ----------182
المطلب الثاني: مدى مشروعية التحكيم في منازعات العقود الإدارية----------183
الفرع الأول: موقف النظام القانوني الفرنسي من التحكيم في العقود الإدارية الداخلية.----------184
أولا: مرحلة الحظر المطلق للتحكيم في منازعات العقود الإدارية.----------184
ثانيا: مرحلة التخفيف من حدة الحظر المطلق للتحكيم في منازعات العقود الإدارية. ----------186
الفرع الثاني: موقف النظام القانوني المصري من التحكيم في العقود الإدارية الداخلية. ----------188
أولا: مرحلة غياب النص التشريعي واختلاف الفقه والقضاء حول جوازية التحكيم في العقود الإدارية.
----------188
ثانيا: مدى خضوع العقود الإدارية للتحكيم بعد صدور القانون 27 لسنة 1994----------189
الفرع الثالث: موقف النظام القانوني الجزائري من التحكيم في منازعات العقود الإدارية الداخلية ---190
أولا: مرحلة حظر اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية. ----------190

ثانيا: مرحلة جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية. ----------193
الباب الثاني: معالجة اختلال التوازن المالي في العقد الإداري.----------**195**
الفصل الأول: اختلال التوازن المالي بتدخلات طرفي العقد الإداري ----------197
المبحث الأول: اختلال التوازن المالي للعقد الإداري بتدخلات الإدارة المتعاقدة----------198
المطلب الأول: سلطات الإدارة المتعاقدة وأثرها على التوازن المالي للعقد الإداري----------198
الفرع الأول: سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه----------199
أولا: مفهوم سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه. ----------200
ثانيا: التمييز بين سلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه وغيرها من سلطات الإدارة المتشابهة. ---------201
ثالثا: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في الرقابة والتوجيه ----------202
رابعا: نطاق استعمال الإدارة لسلطة الرقابة والتوجيه.----------207
الفرع الثاني: سلطة الإدارة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة----------209
أولا: ماهية سلطة التعديل الانفرادي في العقود الإدارية. ----------210
ثانيا: الأساس القانوني لسلطة الإدارة في تعديل العقد. ----------216
ثالثا: نطاق وشروط استعمال الإدارة لسلطة التعديل الانفرادي.----------219
المطلب الثاني: التزام الإدارة بإعادة التوازن المالي في حال مساهمتها في اختلاله (نظرية عمل الأمير)
----------228
الفرع الأول: مفهوم نظرية عمل الأمير ----------229
أولا: تعريف نظرية عمل الأمير. ----------229
ثانيا: صور عمل الأمير. ----------231
الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية عمل الأمير----------235
أولا: أن يكون هناك عقد إداري.----------235
ثانيا: صدور الإجراء من الجهة الإدارية ومن دون خطأ من جانبها.----------236
ثالثا: أن يكون الإجراء الذي اتخذته الإدارة غير متوقع----------239
رابعا: أن يترتب على الإجراء المتخذ من الإدارة ضرر خاص للمتعاقد ----------240
الفرع الثالث: الأساس القانوني لنظرية عمل الأمير ----------242
أولا: فكرة الإثراء بلا سبب. ----------242
ثانيا: المسؤولية التعاقدية للإدارة. ----------243
ثالثا: مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة.----------245

رابعا: فكرة التوازن المالي للعقد الإداري. ----------246
الفرع الرابع: آثار نظرية عمل الأمير ----------249
أولا: تعويض المتعاقد مع الإدارة تعويضا كاملا.----------249
ثانيا: إعفاء المتعاقد من غرامات التأخير. ----------253
ثالثا: حق المتعاقد في فسخ العقد لاستحالة التنفيذ.----------255
المبحث الثاني: اختلال التوازن المالي للعقد الإداري بالتدخلات المتعاقد مع الإدارة ----------256
المطلب الاول: حق المتعاقد في التعويض عن الأعمال الإضافية----------256
الفرع الأول: الأعمال الإضافية الضرورية ----------257
أولا: مفهوم الأعمال الإضافية الضرورية----------257
ثانيا: الأساس القانوني لفكرة الأعمال الإضافية الضرورية ----------258
الفرع الثاني: الأعمال الإضافية النافعة والمفيدة----------261
أولا: مفهوم الأعمال الإضافية النافعة والمفيدة----------261
ثانيا: موقف القضاء من فكرة الأعمال الإضافية النافعة والمفيدة. ----------262
الفرع الثالث: الضوابط التشريعية لفكرة الأعمال الإضافية وفقا لتنظيم الصفقات العمومية في الجزائر. ----------264
أولا: مفهوم الملحق. ----------264
ثانيا: شروط وضوابط اللجوء إلى الملحق. ----------265
المطلب الثاني: الإثراء بلا سبب كأساس للتعويض عن الأعمال الإضافية ----------268
الفرع الأول: مفهوم نظرية الإثراء بلا سبب ----------268
الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الإثراء بلا سبب ----------270
أولا: الشروط المادية لتطبيق نظرية الإثراء بلا سبب.----------271
ثانيا: الشروط القانونية لتطبيق نظرية الإثراء بلا سبب. ----------276
ثالثا: رضاء الإدارة بالأعمال التي سببت إثرائها. ----------279
الفرع الثالث: الآثار المترتبة على تطبيق نظرية الإثراء بلا سبب ----------282
أولا: تحديد قيمة التعويض. ----------282
ثانيا: كيفية تقدير الإثراء والافتقار.----------283
ثالثا: أثر الشروط الاتفاقية بالإعفاء من المسؤولية على تطبيق نظرية الإثراء بلا سبب. ----------284
الفصل الثاني: اختلال التوازن المالي بتدخلات غير طرفي العقد الإداري----------285

المبحث الأول: اختلال التوازن المالي بسبب الظروف الطارئة ----------286
المطلب الاول: ماهية نظرية الظروف الطارئة ----------286
الفرع الأول: تحديد مفهوم نظرية الظروف الطارئة----------287
أولا: التعريف اللغوي.----------287
ثانيا: التعريف الفقهي. ----------287
ثالثا: التعريف القضائي. ----------289
الفرع الثاني: نشأة نظرية الظروف الطارئة ----------289
أولا: نشأة نظرية الظروف الطارئة في فرنسا. ----------290
ثانيا: موقف النظام القانوني المصري من نظرية الظروف الطارئة. ----------292
ثالثا: موقف النظام القانوني الجزائري من نظرية الظروف الطارئة. ----------293
المطلب الثاني: الأساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة----------296
الفرع الاول: النية المشتركة للأطراف كأساس لنظرية الظروف الطارئة ----------296
الفرع الثاني: التوازن المالي للعقد كأساس لنظرية الظروف الطارئة ----------297
الفرع الثالث: مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واضطراد كأساس لنظرية الظروف الطارئة--------298
الفرع الرابع: مبدأ سير المرافق العامة وقواعد العدالة كأساس مزدوج لنظرية الظروف الطارئة ---299
المطلب الثالث: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة ----------301
الفرع الأول: وقوع ظرف طارئ عام ومؤقت خلال مدة تنفيذ العقد الإداري.----------302
أولا: صفات الظرف الطارئ أو الحادث الاستثنائي. ----------302
ثانيا: طبيعة الظرف الطارئ. ----------303
ثالثا: المقصود من حدوث الظرف الطارئ أثناء تنفيذ العقد. ----------307
الفرع الثاني: خروج الظرف الطارئ عن إرادة المتعاقدين.----------309
الفرع الثالث: أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع ولا يمكن دفعه.----------311
أولا: عدم التوقع. ----------311
ثانيا: عدم إمكانية الدفع.----------313
الفرع الرابع: أن يؤدي الظرف الطارئ إلى ارهاق المتعاقد وقلب اقتصاديات العقد.----------314
المطلب الرابع: الآثار المترتبة على تطبيق نظرية الظروف الطارئة. ----------316
الفرع الأول: التزام المتعاقد بالاستمرار في التنفيذ----------316
الفرع الثاني: التزام الإدارة بتعويض المتعاقد معها جزئيا. ----------319

أولا: سلطات القاضي الإداري في مواجهة الظروف الطارئة. ----------319
ثانيا: نطاق التعويض المستحق للمتعاقد مع الإدارة. ----------321
ثالثا: التنظيم الاتفاقي للتعويض في مواجهة الظروف الطارئة. ----------324
المبحث الثاني: اختلال التوازن المالي بسبب الصعوبات المادية غير المتوقعة----------327
المطلب الاول: ماهية نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ----------328
الفرع الأول: مفهوم نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة----------328
الفرع الثاني: نشأت نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ----------330
الفرع الثالث: مجال تطبيق الصعوبات المادية غير المتوقعة ----------332
المطلب الثاني: شروط تطبيق الصعوبات المادية غير المتوقعة. ----------334
الفرع الأول: يجب أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية واستثنائية غير عادية. ----------335
أولا: أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية. ----------335
ثانيا: أن تكون الصعوبات استثنائية وغير عادية.----------337
الفرع الثاني: يجب أن تكون الصعوبات المادية غير متوقعة عند التعاقد.----------337
الفرع الثالث: يجب أن تكون الصعوبات المادية خارجة عن إرادة المتعاقدين. ----------340
الفرع الرابع: يجب أن يترتب على الصعوبات المادية ضرر مرهق للمتعاقد. ----------341
المطلب الثالث: الآثار المترتبة عن تطبيق الصعوبات المادية غير المتوقعة----------344
الفرع الأول: استمرار المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته التعاقدية.----------344
الفرع الثاني: تعويض المتعاقد مع الإدارة عن الأضرار التي أصابته تعويضا كاملا.----------346
المطلب الرابع: الأساس القانوني للتعويض وفقا لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة. ----------348
الفرع الأول: النية المشتركة للمتعاقدين كأساس للتعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة. ----348
الفرع الثاني: فكرة المسؤولية التقصيرية كأساس للتعويض عن النظرية.----------349
الفرع الثالث: التعويض على أساس اعتبارات العدالة والطبيعة الذاتية للعقود الإدارية.----------350
المبحث الثالث: اختلال التوازن المالي بسبب القوة القاهرة----------351
المطلب الاول: مفهوم نظرية القوة القاهرة.----------351
الفرع الأول: موقف التشريع من تحديد مفهوم القوة القاهرة.----------351
الفرع الثاني: موقف القضاء الإداري من تحديد مفهوم القوة القاهرة. ----------353
الفرع الثالث: موقف الفقه الإداري من تحديد مفهوم القوة القاهرة.----------356
المطلب الثاني: شروط تطبيق نظرية القوة القاهرة ----------359

الفرع الأول: أن يكون الحادث خارجا وأجنبيا عن إرادة المتعاقدين. ----------359
الفرع الثاني: يجب أن يكون الحادث غير مرتقب ولا يمكن توقعه.----------360
الفرع الثالث: أن يكون الحادث مستحيل الدفع ويؤدي إلى أن يصبح تنفيذ العقد مستحيلا. ----------362
المطلب الثالث: تطبيقات القوة القاهرة.----------364
الفرع الأول: الظواهر الطبيعية. ----------364
الفرع الثاني: الظواهر غير الطبيعية.----------365
أولا: حالة الحرب.----------365
ثانيا: الإضرابات والقوانين الاجتماعية. ----------365
ثالثا: الصعوبات التي يواجهها المتعاقدان.----------366
الفرع الثالث: مدى اعتبار جائحة كورونا قوة قاهرة.----------366
المطلب الرابع: الآثار القانونية لنظرية القوة القاهرة----------368
الفرع الأول: إعفاء المتعاقد من الالتزامات التعاقدية.----------368
الفرع الثاني: حق المتعاقد في فسخ العقد.----------369
الفرع الثالث: حق المتعاقد في الحصول على تعويض.----------370
خاتمة ----------**372**
قائمة المراجع ---------- 372
فهرس المحتويات ---------- 424