وزارة التّعليم العالي و البحث العلمي

جامعة باتنة –1– الحاج لخضر

كلّية الحقوق و العلوم السّياسية

قسم الحقوق

المخاطر في عقد الصّفقة العمومية

أطروحة مقدّمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم القانونية

تخصّص: قانون إداري و إدارة عامة

إعداد الطّالب:

نورالدّين عبابسة

إشراف الأستاذ الدّكتور:

عمّار رزّيق

أعضاء لجنة المناقشة

الاسم و اللّقب	الرّتبة العلمية	الجامعة الأصلية	الصّفة
بنيني أحمد	أستاذ التعليم العالي	جامعة باتنة –1–	رئيسًا
عمّار رزّيق	أستاذ التّعليم العالي	جامعة باتنة –1–	مشرّفًا و مقررًا
ميلود بن عبد العزيز	أستاذ محاضر–أ–	جامعة باتنة–1–	عضوًا مناقشًا
بن مهني لحسن	أستاذ محاضر–أ–	جامعة أم البواقي	عضوًا مناقشًا
عاشور نصر الدين	أستاذ محاضر–أ–	جامعة بسكرة	عضوًا مناقشًا
بريق عمار	أستاذ محاضر–أ–	جامعة سوق أهراس	عضوًا مناقشًا

السّنة الجامعية: 2022/2021

شكر

الحمد لله على نعمة الإسلام و كفى بها نعمة، و له الحمد على نعمة العقل و العلم، نشكره سبحانه و تعالى كما يجب لعظيم شأنه و جلال سلطانه.

نتقدّم بأسمى عبارات الشّكر و العرفان لأساتذتنا أعضاء اللّجنة الذّين شرّفونا بالاشتراك في مناقشة و تقييم الرّسالة رغم أعبائهم و مشاغلهم الكثيرة، ممّا يتيح لنا فرصة نادرة لننهل من بحر علمهم و الاستفادة من توجيهاتهم القيّمة. لكم منّا– جميعا– فائق درجات الشّكر و التّقدير و جازاكم الله عنّا خير الجزاء.

و الشّكر كلّ الشّكر و التّقدير و العرفان بالجميل **للأستاذ الدّكتور رزّيف عمّار** الذي – رغم التزاماته و ارتباطاته الكثيرة– لتفضّله متواضعا، قبول الإشراف علينا في إنجاز هذا البحث، بكلّ رحابة صدر فلكم منّا أستاذنا الفاضل كلّ درجات التّقدير و أسمى عبارات الاحترام.

و لكلّ من ساعدنا في إنجاز هذه الرّسالة، لكم منّا جميعا أسمى درجات التّقدير و العرفان جازاكم الله عنّا خير الجزاء.

الباحث

﴿إهداء﴾

أهدي هذا العمل المتواضع، الذي أرجو أن يرفعني الله به درجة في الجنّة، إلى:

- روح والديّ رحمهما الله و طيّب ثراهما،
- زوجتي رفيقة الدّرب،
- أبنائي قرّة عيني،
- أخويّا سندي في هذه الحياة.

الباحث

مقدّمة

إنّ التّحول الذي شهدته وظيفة الدّولة – من دولة حارسة إلى دولة متدخّلة– أدّى إلى اتّساع مجالات السّلطة العامّة، فازدادت مهام أعوان الإدارة، و هو ما نتج عنه بالضّرورة البحث عن أنجع السّبل لتسيير المرافق العامّة، فانعقدت الملتقيات و المؤتمرات الدّولية حول الحوكمة و الحكم الرّاشد.

فإن كانت الصّفقة العمومية (تلك العقود المكتوبة، في مفهوم المشرّع الجزائري، التي تبرم مع متعاملين اقتصاديين وفقا لشروط قانونية، لتلبية حاجات الإدارة العامّة في مجال الأشغال و اللّوازم و الخدمات...) هي الوسيلة الفعاّلة التي تملكها الإدارة لضمان حسن سير المرافق العامّة بانتظام واطّراد من خلال ضخّ المبالغ المالية الضّخمة في المشاريع الحيوية من أجل دفع عجلة التّنمية الوطنية إلاّ أنّها تبقى نشاط السّلطات العمومية الأكثر عرضة لخطر الرّشوة؛ باعتبارها نقطة الالتقاء الكبرى بين القطاعيين العمومي و الخاصّ، حيث تمنح لمختلف النّاشطين العموميين و الخواصّ إمكانيات متعدّدة لتحويل المال العامّ لأجل تحقيق المصلحة الشّخصية.

أثناء نسخة 2004 للمنتدى العالمي لمنظّمة التعاون و التّنمية الاقتصادية OCDE[1]حول الحوكمة – محاربة الرّشوة و ترقية النّزاهة في الصّفقات العمومية– اعتبرت قلّة الشّفافية و المسؤولية أكبر خطر للنزاهة في الصفقات العمومية، أمّا أثناء نسخة 2005 للتّحقيق لدى رؤساء مؤسّسات منتدى الاقتصاد العالمي اعتبرت الرّشوة الممارسة من قبل الشّركات متعدّدة الجنسيات في منظّمة التّعاون و التّنمية الاقتصادية OCDE أكثر انتشارا في مجالات الصفقات العمومية عنها في بقيّة مجالات المخاطر الأخرى، الضرائب، العدالة، استغلال النّفوذ في مستوى الدّولة.

غير أنّ الرّشوة، قلّة الشّفافية و النّزاهة ليست المخاطر الوحيدة التي تتهدّد الصّفقة العمومية، كما أنّ هذه المخاطر تحكمها قواعد القانون الجزائي؛ أمّا في القانون الإداري هناك فئة من الصّعوبات و الظّروف الاستثنائية التي تعترض تنفيذ العقد اصطلح على تسميتها بنظرية المخاطر في العقود الإدارية.

(1)– لأكثر تفصيل راجع:

www.oecd.org/document/40/0,2340,en_2649_19101395_37130152_1_1_1_1,00.html.

و لعلّ **أهمية** هذه الدّراسة تنبع من الأهمّية التي يوليها المشرّع الجزائري لتنظيم الصّفقات العمومية على غرار التّشريعات المقارنة؛ حيث عرفت المنظومة القانونية الوطنية – منذ الاستقلال – ستة تنظيمات كبرى للصفقات العمومية تجسّدت في:

1/- الأمر رقم 67- 90 المؤرّخ في 17 جوان 1967 نشر في الجريدة الرّسمية عدد 52 مؤرّخة في 27 جوان 1967 و كان أوّل تشريع للصفقات العمومية في مرحلة الاستقلال، صدر في شكل أمر لغياب سلطة تشريعية منتخبة آنذاك.

2/- المرسوم رقم 82-145 المؤرّخ في 10 أفريل 1982 نشر في الجريدة الرّسمية عدد 15 مؤرّخة في 13 أفريل 1982، و قد جاء هذا التّنظيم متماشيا مع فلسفة السّياسة الاشتراكية للدّولة فاستلهمت نصوصه من روح الميثاق الوطني و دستور 1976.

3/- المرسوم التّنفيذي رقم 91-434 المؤرّخ في 09 نوفمبر 1991 نشر بالجريدة الرّسمية عدد 57 مؤرّخة في 13 نوفمبر 1991، و يجمع رجال القانون على أنّ ما حمله هذا المرسوم من جديد هو إقراره لمبدأ المساواة بين المتعاملين، تماشيا مع النّظام السّياسي في الدّولة وفقا لما جاء به دستور 1989.

4/- المرسوم الرّئاسي 02- 250 المؤرّخ في 24 جويلية 2002 نشر بالجريدة الرّسمية عدد 52 مؤرّخة في 28 جويلية 2002 المعدّل و المتمم بالمرسوم الرّئاسي رقم 03-301 مؤرّخ في 14 سبتمبر 2003.

5/- المرسوم الرّئاسي 10-236 المؤرّخ في 07 أكتوبر 2010 نشر بالجريدة الرّسمية عدد 58 مؤرّخة في 07 أكتوبر 2010.

6/- المرسوم الرّئاسي 15-247 المؤرّخ في 16 سبتمبر 2015 نشر بالجريدة الرّسمية عدد 50 مؤرّخة في 20 سبتمبر 2015 المتضمّن قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.

و باستقراء النّصوص القانونية التي جاءت بها مختلف التّنظيمات أعلاه لا سيما المرسوم الرّئاسي 15-247 نجد بأنّ المشرّع قد توسّع في تحديد كيفيات الإبرام و التنفيذ لعقد الصّفقة العمومية دون

معالجة للظروف الاستثنـــائية غير المتوقّعة التّي تطرأ في مرحلة التّنفيذ و التّي تخلّ بالتّوازن المـــالي للصفقة و لعلّه ترك ذلك للسّلطة القضائية.

و من ثمّ تزداد أهميّة نظرية العقود الإدارية باعتبار مصدرها القضائي، كما تزداد في الوقت الحاضر نظرا لأنّ خطة الإصلاح الاقتصادي التّي انتهجتها الدّولة تتّجه نحو التّطبيق التّدريجي لنظام الاقتصاد الحرّ و تشجيع الاستثمار في المجالات الاقتصادية المختلفة، لذلك أصبحت الدّولة تعهد إلى عديد من مقاولي الأشغال العمومية و رجال الأعمال بمهمّة تنفيذ الكثير من المشاريع العامّة الحيويّة، مما قد يثير العديد من الإشكالات القانونية بين طرفيّ العلاقة العقدية لا سيما في مرحلة التّنفيذ و بخاصّة إذا ما اعترض تنفيذ الصّفقة العمومية مشكلات و صعوبات لم تكن متوقعة في مرحلة الإبرام. و بذلك تشكّل هذه الدّراسة أحدث موضوعات القانون الإداري.

و **دوافع** البحث في موضوع المخاطر التي تطرأ أثناء تنفيذ الصّفقة العمومية ذات شقّين :

– الشّق الأوّل شخصي: تعود أصوله إلى وظيفتي السّابقة كإطار بالإدارة المحلّية لقرابة عقدين من الزّمن، تولّيت خلالها العديد من المهام منها على وجه الخصوص رئيس مصلحة الشّؤون الاقتصادية و المالية، و صادف توظيفي انتقال النّظام السّياسي في البلاد من التّسيير الأحادي إلى التّعدّدية الحزبية، و ما تبع ذلك من تطورات سياسية، اقتصادية، اجتماعية، و ما شهدته المنظومة القانونية من ثورة تشريعية بما فيها تنظيم الصّفقات العمومية، و هو الموضوع الذي تناولته بالدّراسة في مذكّرة الماجستير من خلال إبراز حقوق والتزامات أطراف العلاقة العقدية؛ و من ثمّ تأتي هذه الدّراسة كامتداد لسابقتها.

– الشّق الثّاني موضوعي: و له زوايا عدّة:

أ/– المفارقة الكبيرة التي يعرفها تنفيذ الصّفقات العمومية؛ و المتمثّلة في التّعطيل الكبير الذي يشهده تنفيذ الصّفقة العمومية ميدانيّا – نتيجة المخاطر التي تطرأ بعد مرحلة الإبرام – لا سيما قطاع الأشغال العمومية (الطّريق السّيار، المطار الدّولي، المشاريع السّكنية، المنشآت الرّياضية...الخ) بالرّغم من الأهمّية الكبرى التي توليها الدّولة لهذا القطاع من خلال الأموال الضّخمة التي ترصدها له في ميزانيتها السّنوية.

ب/- في ظلّ وجود حاجة ماسّة و معترف بها و في غياب حلول ناجعة للمفارقة المذكورة أعلاه(وفرة المال و تعطيل الأشغال) ألا توجد إجابة قانونية إدارية جزائرية لأحد التّحديات الكبرى التي تطرحها الحيـــاة الاقتصادية و الاجتمـــاعية لعالمنـــا اليوم، الغريب و المتغيّر،على القانونيين بصفة عامّة و على أولئك المختصّين في القانون الإداري بصفة خاصّة، فالتّحدّي متشعّب:

* هو تحدّي الاستثناء، تحدّي من أجل الاتفاق و من أجل التّوقع؛ من كان يتوقّع غلق قناة السّويس في سنة 1956، ارتفاع سعر النّفط إلى أربعة أضعاف سنة 1974، الثّورة الإيرانية انهيار الأنظمة السّياسية لأوروبا الشّرقية خلال أسابيع، العشرية الحمراء و العشرينية السّوداء في الجزائر و سقوط رؤوس النظام القائم، من كان يتوقّع انسحاب المملكة المتّحدة من المجموعة الأوروبية(brexit)، ناهيك عن الزّلازل، البراكين، الفيضانات و تسّونـامي(tsunami) و الأزمـات و الحروب التي هنا و هناك قد قطعت الاتّصالات و أدّت إلى الحظر و الحصـــارات و العقوبـــات الاقتصادية و الإجراءات الرّدعية، إضافة إلى الأمراض و الأوبئة و لعلّ أخيـرهـا و ليس آخرها جائحة covid-19 التي أدخلت الكرة الأرضية في سبات.

* تحدّي النّظام القائم؛ حيث يسود العالم حاليا – حسب تقدير الخبراء – عدم الاستقرار السّياسي و المالي زيادة على التضخّم، حتى أطلق العلماء على مجتمع الألفية الثّالثة اصطلاح مجتمع المخاطر.

*تحدّي القانون؛ تلك القواعد المرنة التي تمثّل الضّابط للحياة الاجتماعية، تحدّي المنظومة القضائية الوطنية التي تفتقر إلى خبرة قضاة القانون الإداري في الجزائر و عدم تكوينهم المتخصّص حيث يرفضون المسـاس بالنّظـرية المـدنية للعقد (Pacta sunt servanda) و من ثمّ عدم انبرائهم للفصل في منازعات العقد الإداري نظرا لحداثة عهد القضاء الإداري بالجزائر.

و عليه سوف نعرض الفكرة القانونية التي يثيرها موضوع البحث للوقوف عند **إشكالية** الدّراسة:

إنّ الفرق الموجود بين العقد الذي يمثّل بالضّرورة توازن القوى و المصالح في وقت معيّن و بين تنفيذه الطّبيعي طيلة مدّة سريانه، قد يوصل إلى وضعيات مختلفة تماما. سواء تعلّق الأمر بالأهمّية الخاصّة

لكل من الأطراف المتعاقدة و قدرة أحدهما على فرض موقفه على الآخر، و سواء تعلّق الأمر بالأحداث و التّطورات في الوسط الاقتصادي و حركيّته المستدامة، أو بالعناصر الخارجية التي تقلب مجرى العقد.

ما لا يمكن إغفاله أنّ المعاملات المالية (الوطنية و الدّولية) أصبحت في يومنا هذا مغامرة؛ بيع، نقل بناء في الخارج، أحيانا فيما بين بلدان نائية جدا عن بعضها البعض ، ليس جغرافيا و مناخيا فحسب بل من حيث الذّهنيات، الثّقافات و الحضارات التي تختلف عما هو موجود في الوطن الأم للملتزم بالتّنفيذ،ألا يكوّن هذا قفزة نحو المجهول؟ فكلّما كانت التّقنيات المتاحة متطوّرة وجب أن يتمّ التّنفيذ بدقّة، و كلّما احتاجت الورشات إلى التّنظيم الدّقيق كلّما كانت المواد المنقولة أو المستعملة في التّنفيذ خطيرة و سهلة الانكسار، و كلّما كانت مدّة تّنفيذ الأشغال أو تقديم الخدمات طويلة كلّما كان التّجار و الصّناعيين الذين يساهمون لحسن تنفيذ التزاماتهم العقدية معرّضون للمخاطر الطّبيعية، الاجتماعية، الاقتصادية، التّقنية و البشرية.

فقد نتفهّم أنّه بعد فترة الاستقرار المالي التي سادت العالم، و ما شهدته البشرية من تطوّر تكنولوجي هائل مما يسمح لطرفيّ العلاقة العقدية من القيام بدراسات استشرافية تمكّنها من إدراج بنود اشتراطية لتنظيم المخاطر، إلاّ أنّ تحدّي المجهول يبقى دائما قائما.

أمام كلّ هذه التّحدّيات تثار **الإشكالية** الآتية:

ما مصير الصفقة التي داهمت تنفيذها صعوبات و ظروف استثنائية غير متوقعة عند الإبرام، فهل نحكم دون تفكير بالإفلاس على المتعاملين المتعاقدين الذّين – من أجل تنفيذ التزاماتهم العقدية – كانوا عرضة لتلك المخاطر؟

أمّا **الأهداف** المتوخّاة من وراء الإجابة على الإشكالية الرّئيسة فهي ذات بعدين :

* **البعد الأوّل علمي** : نربو من خلاله تزويد المكتبة الجامعية بدراسة قانونية أكاديمية تأصيلية تفصيلية تكون بمثابة لبنة إضافية في تشييد صرح المعرفة من جهة، ومساهمة من جهة أخرى في تنوير الرّأي العام الحقوقي و الإداري عن كيفية استمرار كفّتي ميزان المعادلة المالية للصفقة العمومية في التّأرجح عند حدوث الطارئ مسترشدين بما جاء به قانون الصفقات العمومية من قواعد، و ما أقرّه القضاء الإداري من اجتهاد و فيما ذهب إليه الفقه الإداري من تنظير.

* **البعد الثّاني عملي** : نصبو من ورائه إبراز الحلول القضائية الاستثنائية التي ابتكرها مجلس الدّولة الفرنسي للتّصدي لمختلف المخاطر الاقتصادية، الإدارية، المادية أو التّقنية التي من الممكن أن تؤثّر بصفة عنيفة و جوهرية في ظروف تنفيذ العقد، من خلال النّظريات التي ابتكرها و التّعديلات التي أدخلها عليها من حين لآخر خلال ما يناهز ثلاثة قرون من تواجده. لذلك من المناسب التّمييز بين هذه الأفكار المتقاربة على أن ينحصر مجال الدّراسة في نظريات المخاطر الإدارية، المخاطر الاقتصادية و المخاطر المادية، دون أن نغفل نظرية القوّة القاهرة من الدّراسة كونها الرّابط الذي يجمع بين النّظريات الثّلاث والأثر النّهائي لاستحالة التّنفيذ. في محاولة لإيجاد التّوافق بين الصّرامة اللاّزمة من أجل احترام المبادئ الأساسية لقانون الصّفقات العمومية مع المرونة المنشودة عند التّطبيق.

و للإجابة على الإشكالية المثارة لا بدّ من الاعتماد على المناهج البحثية؛ تلك الطّرق و المسالك التي تساعد على تذليل العقبات في فهم موضوع الدّراسة،إذ يعتبر المنهج العلمي نسقا من القواعد و الإجراءات التي يرتكز عليها البـــاحث في دراسته و لذلك كـــان من الضّروري و الملائم إتّبـاع **المنهج التحليلي و التّأصيلي** .

* **المنهج التّحليلي** : باعتبار موضوع الدّراسة ينصبّ أساسا على التّحليل و التّعليق على القرارات القضائية المتعلّقة بموضوع البحث و كذا تحليل النّصوص القانونية ذات الصّلة بالموضوع و الآراء الفقهية للوقوف على مميّزات و عيوب كل رأي و اتّجاه.

* **المنهج التّأصيلي** : و ذلك من خلال ردّ الفروع إلى أصولها و الوقوف عند مصادر القرارات القضائية و الاتجاهات الفقهية المثارة بشأنها لتأصيل النّظريات المطروحة بقدر ما يتطلّبه موضوع الدّراسة.

و لمّا كانت دراسة نظرية العقود الإدارية في الفقه الإداري تحتّل مكانا بارزا بين موضوعات القانون الإداري، و رغم تشعّب الدّراسات المتّصلة بنظرية العقد الإداري إلاّ أنّ **الدّراسات الأكاديمية السّابقة** لعقد الصّفقة العمومية خـــاصّة و العقود الإدارية عـامّة عادة ما تتناول موضوعين رئيسيين هما تكوين العقد إبرامه وآثاره أو تنفيذ العقد و القضاء المختصّ بالنظر في منازعاته، و مثاله:

– حليمي منال، تنظيم الصّفقات العمومية و ضمانات حفظ المال العام في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، 2017.

– فرقان فاطمة الزّهراء الإطار القانوني لحماية الصّفقات العمومية في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، جامعة الجزائر1 يوسف بن خدّة، 2018/2017.

– هاشمي فوزية، آثار تنفيذ الصّفقات العمومية على الطّرفين المتعاقدين– دراسة مقارنة– ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، جامعة الجيلالي ليابس، سيدي بلعبّاس، 2018/2017.

– عياد بوخالفة، خصوصيات الصّفقات العمومية في التّشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018.

فلم تحظى نظرية المخاطر في تنفيذ الصّفقة العمومية، في هذه الأطروحات، بدراسة معمّقة لا سيما التّعديلات التي أدخلها الاجتهـــاد القضـــائي عـــلى تلك النّظرية، و من ثمّ تأتي هذه الدّراسة كلبنة مضافة لسابقاتها من أجل بناء نظرية متكاملة للعقد الإداري.

و في مشوار بحثنا اعترضتنا جملة من **الصّعوبات** أهمّها :

أ– صعوبة البحث من صعوبة موضوعه، فنظرية العقود الإدارية تعتبر من أصعب موضوعات القانون الإداري، فلقد أسالت الكثير من الحبر ولا تزال. حيث ينصبّ البحث على دراسة قضائية تقوم في جوهرهـــا على القرارات القضـــائية، فنظرية العقود الإدارية هي نظرية قضـــائية النّشـــأة و كذلك فكرة المخاطر في العقود الإدارية أو ما يعرف بفكرة التّوازن المالي للعقد هي كذلك من ابتكار القضاء الإداري. و لمّا كانت الخاصّية الأساسية للقانون الإداري بصفة عامّة هي المرونة عدم الثّبات و القابلية للتغيّر، فإنّ الحلول التي ابتكرها القضاء الإداري لمواجهة صعوبة أو ظرف طارئ قد تتغيّر بتغيّر تلك الظّروف و من ثمّ كان لزاماً تتبّع اتجاهات القضاء الإداري عبر الحقبات الزّمنية التي طرأت فيها تلك الصّعوبات أو النّوازل.

ب – ندرة المراجع المتخصّصة المتناولة بالدّراسة عقود الصّفقات العمومية بالجزائر عموما و نظرية المخـــاطر في العقود الإدارية خصوصا، و هو مـــا اضطرّنـــا للاستعانة بالدّراسات الأكاديمية و الفقهية في القانون المقارن.

ج- عدم نشر القرارات القضائية لمجلس الدّولة الجزائري بما كان سيعود بالفائدة على البحث العلمي من خلال تنقيحه تشريعا، فقها وقضاءً.

و لقد اعتمدنا في خطواتنا التّقسيم الثّنائي للبحث، وفقا **لخطة** ذات بابين:

تناولنا في الباب الأوّل ماهية المخاطر التي تعيق تنفيذ الصّفقة العمومية من خلال ثلاثة فصول، دارت محاورها حول نظرية المخاطر الإدارية، نظرية المخاطر الاقتصادية و نظرية المخاطر المادّية.

و قد خصّصنا الباب الثّاني للآثار التي ترتّبها تلك المخاطر على تنفيذ الصّفقة العمومية، تمحورت مواضيع فصولها الثّلاث حول الاستمرار في تنفيذ البنود التّعاقدية، الحقّ في الحصول على التّعويض و أخيراً فسخ العقد.

الباب الأوّل

الباب الأوّل:

ماهية المخاطر التي تعيق تنفيذ الصفقة العمومية

تمهيد:

إنّ الفرق الموجود بين الصّفقة العمومية كعقد، يمثّل بالضّرورة النّـــابض الذي يحافظ على توّازن الحقوق و الالتزامات، بين طرفيّ العلاقة العقدية، في وقت معيّن؛ و بين تنفيذه الطّبيعي طيلة مدّة سريانه، قد يوصل إلى وضعيات مختلفة تماما عمّا اتّفق عليه المتعاقدان لحظة الإبرام.

تلك الوضعيات قد تعزى إلى عدم التكافؤ بين طرفيّ العلاقة العقدية؛ حيث تستأثر المصلحة المتعاقدة بامتيازات السّلطة العامّة، و لها اليد العليا و القدرة على فرض موقفها على المتعامل المتعاقد معها. كما قد يعود مصدر تلك الوضعيات المستجدّة إلى الأحداث و التّطورات في الوسط الاقتصادي و تقلّباته وما يرتّبه من أزمات مالية أو قد يكون سببها عناصر خارجية مثل الظواهر الطّبيعية أو الاجتماعية أو غيرها.

إنّ تلك العراقيل و المطبّات إذا ما بلغت في شدّتها و حدّتها درجة الاستثناء تحوّلت إلى مخاطر تهدّد حسن تنفيذ البنود التعاقدية.

لتبيان ماهية تلك المخاطر التي تعيق تنفيذ الصّفقة العمومية سوف نتناول بالدّراسة في هذا الباب كل من المخـــــاطر الإدارية (الفصل الأوّل)، المخـــاطر الاقتصادية (الفصل الثّاني) و أخيرا المخاطر المادّية(الفصل الثّالث).

الفصل الأوّل: المخاطر الإدارية

تقديم :

إنّ تعاقد الشّخص المعنوي العام مع الغير – سواء أكان من الأفراد أو من الأشخاص المعنوية العامّة الأخرى أو الخاصّة – لا يقيّد من سلطاته و امتيازاته تجاه المتعاقد معه. ذلك أنّ تدخلات الشّخص المعنوي العام المتعاقد أثناء تنفيذ العقد إنّما يهدف أوّلا إلى الحفاظ على حسن سير المرفق العام محلّ التّعاقد و من ثمّ تحقيق المصلحة العامّة.

إلاّ أنّ إعمال الإدارة المتعاقدة لامتيازاتها كسلطة عامّة قد يلحق ضررا بالمتعاقد معها دون أن ينطوي تصرّفها على خطأ ما. و من باب العدالة أن تقوم الإدارة المتعاقدة بجبر الضّرر الذي ألحقه تصرّفها بالمتعاقد معها على أساس المسؤولية العقدية دون خطأ، و لا شكّ في أنّه ليس هناك مثل لهذه المسؤولية في القواعد القانونية التي تحكم العقود في روابط القانون العدلي؛ و هو ما يعرف في القانون الإداري بفعل الأمير.

فيما مضى يطلق مصطلح " فعل الأمير" على كلّ إجراء تحكّمي ذو طبيعة قهرية لا يستند إلاّ على القوّة الضّاغطة التي يستأثر بها من بيده السّلطة؛ و هو بذلك يمثّل نظام هوى أو نزوة السّلطان[1].

أمّا المفهوم الحديث لفعل الأمير، في ظلّ دولة القانون، فيقصد به كلّ فعل آمر صادر عن سلطة عامة، و ما على المتعاقد معها إلاّ الامتثال و الانصياع له، طالما اتّخذ وفقا لقيود و ضوابط محدّدة[2].

كما يعرف فعل الأمير أو نظرية فعل الأمير بالنّظرية الغامضة(obscure) لعدم استقرار المواقف القضائية بشأن تطبيقها في بداية الأمر و لكثرة الاستثناءات الواردة على شروط إعمالها، بالرّغم من انتشار هذه الفكرة و تداولها في الفقه، و هي نظرية قديمة من وضع مجلس الدّولة الفرنسي في قضائه بشأن منازعات العقود الإدارية.

و يرجّح الفقه الإداري الحديث[3] بداية بلورتها و صيرورتها نظرية كاملة بمناسبة صدور قرار مجلس الدّولة الفرنسي في قضية C^ie générale française des tramways عندما تطرّق مفوّض الحكومة Léon Blum إلى هذه الفكرة في مطالعته المقدّمة إلى المجلس بمناسبة القضية أعلاه.

و من بين ما جاء فيها :

---

(1) - Saroit Badaoui, le fait du prince dans les contrats administratifs en droit français et en droit égyptien, L.G.D.J Paris 1955, p 2.

<< Autrefois, on donnait le nom du fait du prince à toute mesure arbitraire ayant le caractère de violence et ne reposant que sur la force coercitive dont dispose le détenteur de l'autorité ; c'était alors le régime du bon plaisir du souverain >>.

(2)– أحمد السّيد محمّد محمود عطية، نظرية عمل الأمير (دراسة مقارنة) في التّشريع الوضعي و الفقه الإسلامي، رسالة لنيل درجة الدّكتوراه في الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2006، ص 2.

(3)– **أنظر في هذا الشّأن:** د.إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، الطّبعة الأولى، مكتبة الفلاح، الصفاة، الكويت، 1981 ص 251.

<< إذا اختلّ التوازن الاقتصادي للعقد، و إذا كان لإعمال السّلطة مانحة الالتزام لسلطتها في التّدخل قد أدّى إلى إحداث اضطراب في التّوازن بين المزايا و الأعباء، بين الالتزامات و الحقوق فليس ثمّة مـا يمنع الملتزم بأن يرفع الأمر إلى قاضي العقد، مثبتا بأنّ تدخّل الإدارة – رغم كونه مشروعا بذاته و ملزما له – قد ألحق به ضررا يجب التعويض عنه >>(1).

و لفكرة فعل الأمير معنيين :

- **<u>المعنى الواسع:</u>** هو كلّ إجراء تمليه السّلطات العامّة من شأنه أن يجعل تنفيذ العقد أكثر صعوبة و أكبر كلفة للمتعاقد، حيث يُدخل هذا الإجراء على التّنفيذ ما يسمّى بالخطر الإداري (Aléa administratif) (2). و من ثمّ نخلص إلى أنّ كلّ تغيير في شروط تنفيذ العقد تحدثه السّلطة العامة يُكوّن فعل الأمير، و بذلك يقول العميد Vedel(3) نكون أمام تعريف عام لأنّ النّظرية التي سنكوّنها بشأنه تكون غير متجانسة manquerait d'homogénéité.

فقد يكون التّغيير بسبب سلطة عامة غير تلك التي أبرمت العقد و قد يكون في شكل إجراء خاص أو في شكل قوانين و تنظيمات، كما قد يمسّ الإجراء بموضوع العقد و قد تكون له تأثيرات غير مباشرة على العقد(4).

---

(1) - C.E 11 Mars 1910, C^ie générale française des tramways,Rec.216 Concl. L.Blum, Source : M.Long/ P.Weil/ G.Braibant/ P.Delvolvé/ B.Genevois.Les **G**rands **A**rrêts de la .**J**urisprudence **A**dministrative, 16^éme édition, Dalloz, 2007, p 134.

وقد جاء فيه باللّغة الفرنسية:

<< Si l'économie financière du contrat se trouve détruite, si par l'usage que l'autorité concédante a fait de son pouvoir d'intervention, quelque chose se trouve faussée dans cet équilibre d'avantages et de charges, d'obligations et de droits… rien n'empêchera le concessionnaire de saisir le juge du contrat. Il démontrera que l'intervention bien que régulière en elle-même, bien qu'obligatoire pour lui, lui a causé un dommage dont réparation lui est due >>.(ترجمة حرّة في المتن)

(2) - André Delaubadère, Yves Gaudemet, Droit administratif général, Tome1,16^ème édition, Delta , Paris,2002, p 710.

(3) - Georges Vedel, Droit administratif, 6^ème édition, presses universitaires de France, Paris, 1976, p 257.

(4)– عبابسة نورالدّين، تنفيذ الصّفقة العمومية بين امتيازات المصلحة المتعاقدة و حقوق المتعامل المتعاقد، مذكّرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة أم البواقي، سنة 2009، ص 102.

حيث يتساءل الأستاذ **Delaubadère** [1] هل تكوّن كل هذه الإجراءات السّابقة مع اختلافها نظرية فعل الأمير و ترتّب التّعويض؟ و يضيف بأنّ المفهوم القضائي لفعل الأمير معقّد و قد تطوّر نحو مفهوم ضيّق.

- **المعنى الضيّق :** كثيرا من الإجراءات السّالفة الذّكر أخرجها القضاء الإداري من نظرية فعل الأمير إلى نظرية الظّروف الطارئة، و يرى الأستاذ **Delaubadère** [2] في ذلك تحوّلا مهمّا كون حق المتعاقد في التّعويض يخضع لشروط مختلفة في كلتا النّظريتين.

و من ثمّ يفترض، حسب المعنى الضيّق أن يصدر فعل الأمير من السّلطة العامّة المتعاقدة و حتى في هذه الحالة يضيف العميد **Vedel** [3] يبقى الإشكال مطروحا إذا ما تمثّل فعل الأمير في استعمال الشّخص المعنوي المتعاقد لسلطاته العامّة غير التّعاقدية...هل يبقى للمتعاقد حق المطالبة بالتّعويض في حالة عدم قيام كلّ فرضيّة للظروف الطّارئة؟

و تبعا لذلك توالت التّعاريف القضائية و الفقهية لفعل الأمير، نذكر من بينها:

أولا: التّعاريف القضائية : من بين التّعاريف التي أعطاها مجلس الدّولة الفرنسي لفعل الأمير ما جاء في العديد من قراراته:

" بأنه ذلك الإجراء المشروع الذي تتّخذه الإدارة المتعاقدة – و لم يكن متوقعا لدى المتعاقدين لحظة إبرام العقد – مما يترتّب عليه تسوئ مركز المتعاقد معها و هو ما يستوجب معه التّعويض" [4] .

---

(1) - André Delaubadère, Jean Claude Vénézia, Yves Gaudemet, Traité de droit administratif Tome I, Droit administratif général, 15ème édition, L.G.D.J, Paris, 1999, p 836.

(2) - Ibidem, p 836

<< Ce rétrécissement a consisté en ce que certaines situations englobées auparavant dans la notion et dans la théorie du fait du prince échappent maintenant à cette théorie pour relever de celle de l'imprévision; or cette transformation est importante par ce que le droit du cocontractant à indemnité est soumis à des conditions différentes dans les deux théories >>.

(3) – Georges Vedel, op.cit, p 258.

<< Reste donc, comme problème spécifique, celui où le fait du prince consiste dans l'usage de ses pouvoirs généraux extracontractuels, par la personne publique contractante… celui-ci (le cocontractant) aura t- il, en dehors de la réalisation de toute hypothèse d'imprévision, droit à indemnité>>.

(4) - C.E 15.Déc.1922, req. n° 70718, ville de Rennes, Concl. Mazerat, Rec. 945. Consulté sur site : *https://www.gallica.bnf.fr* le 10 Oct. 2020 à 11h00mn.

Voir également :

- C.E 05.Déc. 1947, caisse de compensation pour la décentralisation de l'industrie aéronautique, Rec.457./- C.E 09.Mai 1952, colonie de la Réunion, R.D.P 1953, p 194.
- C.E 05 Nov.1982, req. n° 19413, Sté propétrol, Rec.381.

في حين القضاء الإداري المصري لم تكن تعاريفه مضبوطة و دقيقة للنّظرية لا سيما عند نشأته – حيث كثيرا ما كان يخلط بين فعل الأمير و عمل الحاكم كما أنّ تعاريفه كانت تشمل النّظريات الثّلاث فعل الأمير، الظّروف الطّارئة و الصّعوبات المادية غير المتوقعة، و انتهى به الأمر أن استقرّ على مصطلح " عمل الأمير " حيث جاء في حكم له صادر بتاريخ 1957/03/03 "...إذ من المقرّر أنّ المسؤولية التي ترتّب التعويض في نطاق نظرية { أعمال الأمير} لا تقوم إلاّ في حالة ما إذا كان المضرور بسبب التّشريعات الجديدة تربطه بالدّولة رابطة تعاقدية أثّر فيها التّشريع الجديد، بأن زاد في الأعباء التي يتحمّلها في تنفيذ التزاماته بمقتضى العقد و أن تؤدّي هذه الزّيادة في الأعباء المالية إلى الإخلال بالتّوازن المالي للعقد..." [1] .

و المقاربة الأوّليّة بين موقف القضاء الإداري – في كل من فرنسا و مصر– من مفهوم نظرية فعل الأمير نجد أنّ مجلس الدّولة الفرنسي عمليّ في قراراته فلا يخرج عن المطلوب منه، أمّا القضاء الإداري المصري نجده عادة ما يستعرض الجوانب النّظرية للفكرة و شروط تطبيقها. فإذا كانت هذه نظرة القضاء من الفكرة فكيف نظر إليها الفقه؟

ثانيا : التعاريف الفقهية : من بين ما عرّف به الفقه نظرية فعل الأمير نذكر تعريف:

العميد **Vedel** :" إنّ فعل الأمير يعني ممارسة الشّخص العمومي المتعاقد لسلطاته العامّة غير العقدية[2].

الأستاذ **Waline** :" يطلق فعل الأمير على تصرّف مـــن سلطة عـــامّة، تسوء معه، دون خطأ منها، وضعية متعاقد مع شخصية عمومية " [3] .

---

(1)– حول تطوّر نظرة القضاء الإداري في مصر لمفهوم فعل الأمير راجع:

– أحمد السّيد محمّد محمود عطية، المرجع السّابق، ص 5.

(2) - Georges Vedel, op.cit, p 258.

حيث يذكر الفقيه:

<< Le fait du prince consiste dans l'usage de ses pouvoirs généraux extracontractuels par la personne publique contractante >>.(ترجمة حرّة في المتن)

(3) - Marcel Waline, Traité de droit administratif, Sirey, 9ème éd, 1963, p 620.

<< On appelle fait du prince, un acte de l'autorité publique aggravant, sans faute, la situation d'un cocontractant d'une collectivité publique >>.(ترجمة حرّة في المتن)

الأستاذ **Mestre** :" يفترض تنفيذ عقد، أصبح بكل بساطة أكثر كلفة نتيجة لفعل من السّلطة العامّة المتعاقدة، و يعطي تعويضا كاملا أساسه مسؤولية تلك السّلطة " [1] .

الأستاذ **الطّماوي** :" عمل يصدر من سلطة عامة، دون خطأ من جانبها ينجم عنه تسوئ مركز المتعاقد في عقد إداري، و يؤدّي إلى التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضرور عن كافة الأضرار التي تلحقه من جرّاء ذلك بما يعيد التّوازن المالي للعقد " [2] .

الأستاذ **عمّار عوابدي** :" يقصد بفعل الأمير، الأعمال و الإجـراءات الإدارية المشروعة التي تتّخذها و تصدرها السّلطات الإدارية المتعاقدة و يكون من شأنها زيادة الأعباء المالية بالنّسبة للطّرف المتعاقد مع الإدارة أو زيادة الامتيازات الإدارية المنصوص عليها في العقد، الأمر الذي يشكّل مخاطر إدارية استثنائية و غير متوقعة " [3] .

الأستاذ **محمّد الصّغير بعلي** :" يقصد بفعل الأمير التّصرف أو العمل الصّادر عن الإدارة المتعاقدة لدى ممارستها لأعمال السّلطة التي تتمتّع بها من خلال ممارستها لمهامها و التي تؤدّي – عرضا– إلى إرهاق المتعامل المتعاقد معها بصورة جدّية (مخاطر إدارية) الأمر الذي يقتضي دعمه ماليا حتى يتمكّن من الاستمرار في تنفيذ الصّفقة، تحقيقا للمصلحة العامّة من خلال تقديم الخدمـات العـامّة للجمهور في شتّى المجـــالات (الصّحة، النّقل، التّعليم...الخ) تبعا لموضوع و محلّ العقد الإداري " [4] .

---

(1) - Cité par Manuel Gros, Droit administratif "l'angle jurisprudentiel " éditions L'Harmattan, Paris, 1998, p 178. << Suppose l'exécution d'un contrat devenu simplement plus onéreux par suite d'un acte de l'autorité publique signataire du contrat et donne lieu à une indemnité totale fondue sur la responsabilité de cette dernière >>.(ترجمة حرّة في المتن)

(1)– د.سليمان محمّد الطّماوي، الأسس العامّة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، ط 5، دار الفكر العربي، القاهرة، 1991 ص 624. **أنظر في ذات المعنى:**

– د. محمّد جمال مطلق الذّنيبات، العقد الإداري، دراسة مقـــارنة، ط1، مطبعة القـــانون و الاقتصاد، الرّياض، 2012 ص 224.

(3)– د. عمّار عوابدي، القانون الإداري،ج2، النّشاط الإداري، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر 2005،ص223. **أنظر في المعنى نفسه:**

– د. هاني عبد الرّحمان إسماعيل، النّظام القانوني لعقد التّوريد الإداري، دراسة مقارنة،د.ط دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2012، ص 1190.

(4)- أ. د. محمّد الصّغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم النّشر و التّوزيع، الحجّار، عنّابة، 2005، ص 89.

و من ثمّ يمكن تعريف فعل الأمير بأنّه:

تلك المخاطر الإدارية النّاجمة عن ممارسة الإدارة المتعاقدة لسلطاتها غير التّعاقدية، و التي تؤدّي – عرضا– إلى إخلال التّوازن المالي للعقد بإرهاق المتعامل المتعاقد معها، ممّا يستوجب– جبرا للضّرر الذي لحقه– تعويضا كاملا حتى يتمكّن من الاستمرار في تنفيذ التزاماته العقدية.

إذا كان هذا هو تعريفها، فأين تجد النّظرية أساسها؟ ما هي صورها؟ و ما هي شروط تطبيقها؟

ذلك ما سنحاول الإجابة عنه في مباحث ثلاثة:

المبحث الأوّل: أساس المخاطر الإدارية

لمّا كانت فكرة المخاطر الإدارية ذات مصدر قضائي، فلم تكرّس أغلب التّشريعات أيّ نص قانوني لنظرية فعل الأمير. فإذا كانت الإدارة المتعاقدة تستطيع أن تصدر من القرارات ما تشاء حفاظا على المصلحة العامّة و التي من شأنها أن تؤثّر في التّوازن المالي للصّفقة، فإنّه من باب العدالة و حسن النّية في تنفيذ العقود أن تقوم الإدارة بتعويض المتعاقد معها عن الأضرار المترتّبة عن تصرفاتها.

و لُبّ ما تصبو إليه نظرية فعل الأمير هو إعادة التّوازن المالي بين الأعباء التي تثقل كاهل المتعامل المتعاقد و بين المزايا التي يستأثر بها؛ إلاّ أنّ ذلك لا يتمّ بصورة تلقائية بل يتطلّب العديد من الشّروط والإجراءات؛ حيث يثير منح التّعويض للمتعاقد– إعمالا لنظرية فعل الأمير– العديد من المسائل القانونية على رأسها البحث عن الأساس القانوني المبرّر لمنح التّعويض.

و من ثمّ تعدّدت الآراء الفقهية حول أساس التعويض في نظرية فعل الأمير– حتى و لو أجمعت حول حق المتعامل المتعاقد في الحصول على التّعويض الكامل–:

فمن الفقه من ربط التعويض بأساس مستمدّ من العقد و انقسموا في ذلك اتجاهين، منهم من نادى بمبدأ المسؤولية العقدية للإدارة و منهم من أعزاه لفكرة التّوازن المالي للعقد.

أمّا الفريق الثّاني فقد ربط التّعويض بأفكار غير تعاقدية مثل الإثراء بلا سبب أو احترام المبادئ الأساسية في القانون الإداري.

المطلب الأوّل: فكرة الإثراء بلا سبب

يجمع الفقه[1] بأنّ أوّل من نادى بفكرة الإثراء بلا سبب كأساس للتّعويض في نظرية فعل الأمير هو الفقيه **Maurice Hauriou** بمناسبة تعليقه على قرار مجلس الدّولة الفرنسي في قضية Zeïlabadine ومن بين ما جاء فيه أنّ الطّاعن المفسوخ عقده مبتسرا، طالب بالتّعويض لعدم كفاية منحة معاشه لعدم احتساب السّنوات المتبقيّة من مدّة العقد عند تقدير معاشه.

إلاّ أنّ مجلس الدّولة الفرنسي رفض طلبه مبرّرا ذلك بعدم ارتكاب الإدارة أيّ خطأ و أنّ فسخ العقد جاء بناءً على قـــانون يقضي بحلّ الفرق التي كان يتبعها، فضلا على أنّ القانون لا يَعتدّ عند تقدير المعاش إلاّ بسنوات الخدمة الفعلية[2].

إلاّ أنّ الفقيه أعطى قراءة أخرى للقضية حيث قدّر بـــأنّ إثراء الإدارة بلا سبب من خلال تخفيض النّفقات التي كان يتعيّن عليها إسداؤها قد اقتصدتها بصدور القانون المشار إليه و الذي من شأنه توفير مقابل باقي القيمة المستحقّة للطاعن عن المدّة المتبقيّة من العقد و هو ما أدّى إلى افتقار الطّاعن.

فقرّر الفقيه بأنّ الإدارة – و إن لم تخطئ بالفسخ المبتسر للعقد حفاظا على المصلحة العامّة – إلاّ أنّ هذا الإجراء في المقـــابل، قد ترتّب عليه تسوئ مركز المتعـاقد معها من خلال انتقاص المزايا المالية المقرّرة له في العقد، ممّا يعني أنّ الإدارة قد أُثرت على حسابه دون أن يستند هذا الإثراء إلى سبب معيّن

---

(1)– علي محمّد علي عبد المولى، الظّروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري– دراسة مقارنة– رسالة مقدّمة لنيل شهادة الدّكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 1991، ص 484.

– أحمد السيّد محمّد محمود عطية، المرجع السّابق، ص 77.

– رياض إلياس عيسى الجريسات، نظرية التّوازن المالي للعقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة مقدّمة لنيل درجة الدّكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2007، ص 140.

– د. نذير بن محمّد الطيّب أوهـــاب، نظرية العقود الإدارية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القـــانون الإدارة العامة للطباعة والنّشر بمعهد الإدارة، الرّياض، المملكة العربية السّعودية،2006 ص169.

(2) - C.E 19 Nov. 1909, req. n° 32193, Zeïlabadine, Rec.896.Consulté sur site : https://www.gallica.bnf.fr le 15 Oct. 2020 à 11h00mn. / Cf. S .1910.3, p 1, note M.Hauriou.

في العقد، و عليه فإنّ ما قامت به الإدارة المتعاقدة يدخل ضمن فرضيات فعل الأمير؛ و بالتّالي فإنّ فكرة الإثراء بلا سبب تعدّ هي الأساس القانوني لمنح المتعاقد المضرور التّعويض الكامل استنادا لنظرية فعل الأمير.

و قد أيّد بعض من الفقه[1] هذا الأساس للتّعويض، حيث يرون بأنّ المصلحة المتعاقدة التي أَنقصت بإجراء انفرادي المزايا المالية للمتعاقد تكون بذلك قد أُثرت على حساب المتعامل المتعاقد معها دون أن يستند هذا الإثراء إلى سبب في هذا العقد.

و إن كانت فكرة الإثراء بلا سبب من المبادئ المستقرّة في إطار قواعد القانون الخاصّ، إلاّ أنّ القضاء الإداري في القـــانون المقارن قد طبّقها مع بعض الاختلافات التي تتعلّق بطبيعة و خصوصية العقد الإداري.

حيث نجد أنّ غالبية الفقه[2] يشترط لتطبيق النّظرية وجوب توافر جملة من الشّروط المادّية و القانونية و وجوب رضاء الإدارة.

الفرع الأوّل: الشّروط المادّية Les clauses matérielles

لتطبيق فكرة الإثراء بلا سبب كأساس للتّعويض في نظريّة فعل الأمير يستوجب قيام ثلاثة شروط وهي: الإثراء، الافتقار و العلاقة السّببية بينهما.

البند الأوّل الإثراء: l'enrichissement

---

(1)- **راجع:**

- د, نذير بن محمّد الطيّب أوهاب، المرجع السّابق، ص 169.
- محمّد أنس قاسم جعفر، العقود الإدارية (مراجعة د.محمّد عبد الحميد أبو زيد) مركز جامعة القاهرة للتّعليم المفتوح، القاهرة، 1999، ص 163.

(2)- **حول تلك الآراء راجع:**

- أحمد السّيد محمّد محمود عطية، المرجع السّابق، ص 78.

و يقصد بالإثراء تلك الزّيادة الإيجابية في الذّمة المالية للمُثرَى سواء كانت زيادة حقيقية عن طريق إضافة عنصر إيجابي جديد لها أو بتحسين عنصر قائم فيها.

أو كانت حُكمية بتفادي النّقص في أحد العناصر الإيجابية القائمة[1].

و قد اعتمد مجلس الدّولة الفرنسي على فكرة الإثراء بلا سبب كأساس للتّعويض في العديد من قراراته حيث قدّر بأنّ استمرار أحد الملتزمين في إدارة المرفق العام بعد انتهاء مدّة العقد ممّا يحقّق منفعة غير مبرّرة للإدارة [2].

كما قرّر بأنّ إثراء الإدارة يتحقّق عند قيام أحد المقاولين بتنفيذ أعمال نافعة لصـالح الإدارة [3]، و ذلك عندما حلّت الدّولة(وزارة البنـاء الفرنسية) محلّ مدينة بوردو بإنجـــاز أشغال هامّـــة و ضرورية على بعض العقارات التابعة لهذه الأخيرة، حيث ترتّب على تلك الأشغال إثراء الذّمة المالية العقارية لمدينة بوردو على حساب الدّولة، ممّا حذا بالقضاء الإداري إلى أن يلزم مدينة بوردو بردّ إلى الدّولة كلّ المبالغ التي أنفقتها هذه الأخيرة و أثرت بها المدينة.

و باستقراء قرار مجلس الدّولة الفرنسي في القضيّة أعلاه، نجد بأنّه قرّر بأنّ فكرة الإثراء بلا سبب مبدأ عام يطبّق حتى في غياب نصّ في مادة الأشغال العمومية. و من ثمّ يتبادر التسّاؤل إلى أيّ مدى يمكن إعمال هذه الفكرة في بقيّة العقود الإدارية؟

)- المرجع نفسه، ص 1.78(

(2) - C.E 20 Mars 1942, Dame veuve Bastic, Rec.92.

(3) - C.E 14 Oct. 1966, Ministère de la construction C/. ville de Bordeaux, concl. M. Galmot R.D.P, 1967, p 159.

و من بين ما جاء فيه :

<< L'exécution des dits travaux a entrainé tout à la fois pour l'État des dépenses importantes et pour la ville de Bordeaux un enrichissement corrélatif résultant tant de l'accroissement de la valeur de son patrimoine immobilier … ainsi leur (les travaux publics) fondement légal se trouve dans le principe de l'enrichissement sans cause , principe général applicable même sans texte à la matière des travaux publics >>.

و الإجابة على هذا التساؤل– في تقديرنا– هي متضمّنة في القرار ذاته، حيث استعمل القاضي الإداري مصطلح مبدأ عام؛ و المبدأ العام لا يطبّق على عقد دون غيره، و هو ما ذهب إليه بعض الفقه في تحليله لذات القرار [1].

إنّ ما تجدر الإشارة إليه، أنّ القاضي الإداري لم ينظر إلى إثراء الإدارة دون الطّرف الآخر، بل وزن الأمر بميزان المنفعة العامّة مقدّرا درجة نفعية الأشغال لفائدة الإدارة، و درجة افتقار المتعاقد معها؛ فلا يجب أن ننسى بأنّ الهدف من كل ذلك هو إعادة التّوازن المالي للعقد.

البند الثّاني : الافتقار l'appauvrissement

يقصد بالافتقار تكبّد المتعاقد مع الإدارة خسائر تؤثّر سلبا على ذمّته المالية بسبب أداء عمل أو تقديم خدمة لفائدة الإدارة، و عليه فالافتقار تحدّده النّفقات و الخسائر الحقيقية دون احتساب الأرباح التي كان من الممكن أن يحصل عليها المفتقر.

البند الثّالث : وجود العلاقة السّببية بين الإثراء و الافتقار lien de causalité

أي أنّه يتعيّن وجوب وجود رابطة سببية بين الإثراء و الافتقار؛ بمعنى أن يحصل الثّاني مترتّبا على الأوّل و العكس صحيح. فالعلاقة السّببية قد تكون مباشرة؛ عندما يكون الإثراء بفعل أحـــد الطّـــرفين (المُثرَى/ المفتقر)، كأن يقوم المقاول بأشغال ضرورية نافعة للإدارة تؤدّي إلى افتقاره [2] . كما قد تكون غير مباشرة في حالة التّعاقد من الباطن، حيث تثرى ذمّة الإدارة المتعاقدة على حساب افتقار المتعاقد من الباطن. كما يتحقّق الإثراء كذلك في حالة العقد الباطل.

و تطبيقا لذلك قضى مجلس الدّولة الفرنسي بالتّعويض لشركة أميركية عن توريدها لمعدّات للجيش الفرنسي في غياب عقد يربطهما؛ حيث أبرم الجيش عقودا صورية مع شركة ألمانية حيث مرّرت الشّركة الألمانية العملية للشّركة الأميركية التي قامت بالتّوريد و هو ما نتج عنه إثراء للجيش و افتقار للشّركة الأمريكية [3].

---

(1) – أحمد السّيد محمّد محمود عطية، المرجع السّابق، ص 79.

(2) - C.E 17 Mai 1929, req. n° 95262 commune d'Aubigny-en-Artois C/. Durant, Rec.533.

(3) - C.E 02 Déc. 1966, S^{té}. « France-Reconstruction-Plan », Rec.635.

الفرع الثّاني : الشّروط القانونية Clauses juridiques

تتلخّص الشّروط القانونية لإعمال فكرة الإثراء بلا سبب في انعدام الدّعوى الموازية أو ما يعرف بين الفقه الإداري بشرط الاحتياطية و انعدام سبب الإثراء.

البند الأوّل : انعدام الدّعوى الموازية

لإعمال فكرة الإثراء بلا سبب يشترط ألاّ يكون أمام الطّاعن المفتقر أيّة دعوى أخرى لجبر الضّرر الذي لحقه.

وهو ما يعرف بانتفاء الدّعوى الموازية أو القيد الاحتياطي؛ بمعنى أنّه لا يمكن تفعيل دعوى الإثراء بلا سبب في ظلّ وجود أمام المفتقر سبل قانونية أخرى للحصول على حقّه في التّعويض، على هذا الأساس فإنّ جمهور الفقه الفرنسي يطلق على الفكرة اصطلاح النّظرية ذات الطّابع الاحتياطي [1] .

البند الثّاني : انعدام سبب الإثراء

المقصود بهذا الشّرط غياب المبرّر الذي يعطي للإدارة الحق في الاحتفاظ بما أثرت به، مثل استناد الإثراء إلى بند عقديّ أو إلى نص قانوني.

و من ثمّ فإنّ إثراء الإدارة يكون مشروعا إذا ما كان نتيجة لتطبيق بنود العقد، حيث يتعيّن عندها الاحتكام إلى البنود العقدية لا إلى فكرة الإثراء بلا سبب.

و العقد المعتد به هو الذي استوفى جميع أركانه الشّكلية و الموضوعية، أي العقد الصّحيح، أمّا العقد الذي لم يبرم أو الذي تخلّف ركن من أركـــانه، أو الذي تخلّف فيه التّرخيص أو التّصديق من السّلطة المختصة فهو الذي يفتح باب إعمال نظرية الإثراء بلا سبب [2] .

---

(1) - Laurent Richer, Droit des contrats administratifs, 5ème éd. L.G.D.J/ E.J.A, Paris, 2006 p245.

- Frank Moderne, Les quasi-contrats administratifs, Dalloz, Paris, 1995, p 90.

- André Delaubadère, Yves Gaudemet, Traité de droit administratif des biens, Tome II 11ème éd, Delta, Paris, 2002, p 709.

(2) – **لأكثر تفصيل أنظر:**

– أحمد السّيد محمّد محمود عطية، المرجع السّابق، ص 83.

كما أنّ مشروعية الإثراء تبقى قائمة إذا ما كان سببه نص قانوني، ففي مثل هذه الحالة فإنّ القانون هو السّبب المشروع لإثراء الإدارة؛ و من ثمّ وجب استبعاد إعمال فكرة الإثراء بلا سبب كأساس للتعويض[1].

الفرع الثّالث: رضاء الإدارة بالأعمال المسبّبة لإثرائها Consentement de l'administration

تهدف الإدارة من وراء القيام بنشاطاتها إلى تحقيق المصلحة العامّة، و من ثمّ لا يجوز للأفراد التّدخل في مظاهر النّشاط الإداري– دون رضاً من الشّخص المعنوي العام – بما يسبّب إرباكا للإدارة العامّة ممّا قد يدخل تصرّفاتها في دائرة عدم المشروعية.

و من ثمّ فقد حرص القضاء الإداري في القوانين المقارنة [2] على ألاّ يترك للأفراد مطلق الحرّية في التّدخل في النّشاط الإداري، دون علم و رضاً من الإدارة العامّة، بالأعمال المسبّبة لإثرائها.

إلاّ أنّ فكرة الإثراء بلا سبب كأســـاس للتعويض في نظرية فعل الأمير لاقت من الفقه[3] العديد من الانتقادات:

أوّلا: إنّ فكرة الإثراء بلا سبب ذات طبيعة احتياطية (elle a un caractère subsidiaire) و من ثمّ فإنّ القـــاضي الإداري يستبعد تطبيقها في ظلّ وجود دعوى أصلية لتعويض المتعــاقد عن الضّرر الذي

---

(1)– حول انعدام سبب الإثراء راجع قرارات مجلس الدّولة الفرنسي :

- C.E 24 Juin 1936, req. n°36473, Ministère de la guerre C/. S^té générale d'entreprises, Concl. Michel, Rec.698.
- C.E 07 Mai 1948, req. n° 78586 Royer, Concl. Odent, Rec.199.
- C.E 13 Janv.1965, S^té des établissements Raoul Duval, Rec.980.

(2) - C.E 02 Déc. 1966, S^té. « France-Reconstruction-Plan », Rec.635 précité.
- C.E 06 Mai 1985, Association Eurolat et crédit foncier de France, Rec.141.
- C.E 07 Oct. 1988, Vincent C/. commune de Vouvray, R.D.P. 1989 n°9, p 1797.

حول تفاصيل فكرة الإثراء بلا سبب في العقود الإدارية راجع تقرير مفوض الحكومة Bertrand Dacosta في قرار مجلس الدّولة الفرنسي:

- C.E 10 Avril 2008, req. n° 244950,284439 et 284607, S^té Jean-Claude Décaux, Concl. Dacosta. Consulté sur site : *https://www.conseil-etat.fr* le 15 Nov.2020 à 11h00mn.

و هو ما ذهبت إليها محكمة القضاء الإداري المصرية في القضية رقم 155 لسنة 12 ق، جلسة 1962/05/27. ذكره أحمد السّيد محمّد محمود عطية، المرجع السّابق، ص 84.

(3) -Laurent Richer, op.cit, p 245.
- Frank Moderne, op.cit, p 90.
- André Delaubadère, Yves Gaudemet, Traité de droit administratif des biens, op.cit, p709.

لحقه جرّاء تصرّف الإدارة المتعاقدة معه، لأنّ الأساس القانوني لا يُبنى إلاّ على فكرة رئيسة تفسّر الأوجه المختلفة للنّظام المؤسّس، و هو ما تفتقر إليه فكرة الإثراء بلا سبب.

ثانيا: إنّ تقدير التّعويض الممنوح وفقا لنظريّة الإثراء بلا سبب يقوم على ضوء ما أُثرت به الإدارة، في حين التّعويض يكون كاملا في نظريّة فعل الأمير(ما لحقه من خسارة و ما فاته من كسب).

ثالثا: لا يحكم القاضي بالتّعويض للمفتقر – طبقا لنظرية الإثراء بلا سبب – إلاّ في حالة علم و رضا الإدارة بالأعمـــــال التي قــام بها المفتقر و أدّت إلى إثرائها؛ في حين يحكم القاضي الإداري للمتعاقد بالتّعويض في نظرية فعل الأمير متى توافرت شروطها دون الأخذ بعين الاعتبار رضا الإدارة.

و من جانبنا إذ نؤيّد الانتقادات التي وجّهت لفكرة الإثراء بلا سبب، فإنّنا نضيف إليها، أنّ التّعويض في نظريّة الإثراء بلا سبب يكون في العقود النّاقصة أو العقود الباطلة أو في شبه العقود؛ في حين التّعويض طبقا لنظريّة فعل الأمير لا يتصوّر إلاّ في حالة قيام عقد إداري صحيح.

و عليه فإنّ نظرية الإثراء بلا سبب لا تصلح أن تكون أساسا قانونيا للتعويض في المخاطر الإدارية.

المطلب الثّاني: احترام المبادئ الأساسية في القانون الإداري

يرى أنصار هذا الاتجاه [1] بأنّ الأساس القانوني لمسؤولية الشّخص العمومي المتعاقد عن فعل الأمير منبعه وجوب احترام المبـادئ الأساسية في القـانون الإداري، كمبدأ المساواة أمام الأعباء العامّة ، و مبدأ التّعويض على أساس المخاطر، و مبدأ الحفاظ على المصلحة العامّة و مبدأ استمرارية المرافق العامّة.

---

(1)– حول أنصار هذه الفكرة راجع:

في الفقه العربي:

– رياض إلياس عيسى الجريسات، المرجع السّابق، ص 143.

– د. محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، ط.2، دار الثّقافة للنّشر و التّوزيع، عمان، الأردن، 1998، ص 197.

– د. جابر جاد نصّار، العقود الإدارية، ط.2، دار النّهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 275.

– أحمد السّيد محمّد محمود عطية، المرجع السّابق، ص 91.

– أ.د. محمّد الصّغير بعلي، العقود الإدارية، المرجع السّابق، ص 8.

في الفقه الفرنسي:

- Guy Braibant et Bernard Stirn, « Le droit administratif Français », presses de sciences po. et Dalloz, Paris, 2007, p 333.

و الملاحظ أنّ المبادئ التي اعتمدها أنصار هذا الأساس هي مبادئ عامّة استحدثها القضاء الإداري ثمّ تبنّتها مختلف الدّساتير و التّشريعات[1].

فجميع الأفـــراد ملزمون بالمساهمة في تحمّل التّكاليف العامّة حسب إمكانياتهم و قدراتهم[2]، واحترام المبادئ الأساسية في القانون الإداري يأتي كنتيجة حتمية للمساواة بين المواطنين للانتفاع بالخدمات العامّة التي تقدّمها الدّولة عن طريق المرافق العامّة.

فمبدأ المساواة أمام الأعباء العامّة يقتضي ألاّ يتحمّل المتعاقد مع الإدارة وزراً و عبئاً يزيد عمّا يتحمّله غيره من الأفراد، خاصّة و هو يساهم في النّشاط الإداري. فإذا ما كان تدخّل الإدارة أدّى إلى زيادة أعباء المتعاقد معها دون تعويضه، فلا شكّ أنّ تلك الزّيادة سترهقه ممّا يخلّ بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة. و لإعمال مسؤولية الإدارة لاختلال المساواة أمام الأعباء العامّة يشترط مجلس الدّولة الفرنسي أن يكون الضّرر الذي لحق بالمتعاقد خاصاً و غير عادي.

الفرع الأوّل: خصوصية الضّرر <<la spécialité et l'anormalité du préjudice>>

إنّ خصوصية الضّرر(la spécialité du préjudice) يصعب – من حيث الأصل– تطبيقه خارج حالة عدم تنفيذ حكم قضائي(qu'en cas d'inexécution d'une décision de justice)؛ إلاّ أنّ مجلس الدّولة الفرنسي قد قرّر أنّ الضّرر يكون خاصاً إذا ما ثبت أنّ النّشاط الخاصّ لشخصٍ ما قد تأثّر أكثر من غيره[3].

الفرع الثّاني: الضّرر غير العادي

---

(1)– أنظر المواد 35،27،26 و 37 من الدّستور الجزائري 2020 ج.ر العدد 82 مؤرّخة في30 ديسمبر 2020.

(2)– د. السّيد فتوح محمّد هنداوي، القاضي الإداري و التّوازن المالي في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، ط.1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2016، ص 267.

(3) - **le conseil d'État n'en admet pas moins que :** << le préjudice est spécial lorsque l'activité particulière d'une personne a été atteinte plus que d'autres>>.(ترجمة حرّة في المتن)

Cf :- C.E 22 Juin 1984 **(deux arrêts du même jour)**, Secrétaire d'État auprès du ministre des transports chargé de la mer C/.S^té^ Sealink UK limited et C/.S^té^ << Jokelson et Handstaen>> Rec.246 et 247, S^té^ Townsend car-ferries, J.C.P 1985.II .20444, note Pacteau.

- C.E 06 Nov. 1985, **(deux arrêts du même jour)** Ministre d'État, ministre des transports C/. C^ie^ touraine air transport et S^té^ Condor Flugdienst, Rec.312/313 ; AJ. 1986.84 Chr. Hubac et Azibert ; D. 1986.584, note Rainaud.(**Source des arrêts**, G.A.J.A, op.cit, p 257).

إنّ غير اعتيادية الضّرر لا تتحقّق إلاّ ابتداءً من الوقت الذي تتجاوز فيه سلبية – عدم تحرّك – <<l'inaction>> السّلطات المختصّة مدّة معيّنة، و مثاله المدّة الزّمنية لتنفيذ الأحكام القضائية. و غير اعتيادية الضّرر تشمل جسامة الضّرر (la gravité du dommage)[1].

و تُقدّر حسب الظّروف التي أنجز فيها النّشاط؛ و من ثمّ فإنّ مجلس الدّولة الفرنسي لم يضفي الطّبيعة غير الاعتيـــادية للضّرر المترتّب عن تجميد حركة السّفن بسبب الإضراب القـــانوني لأعوان القنوات[2] و في الاتجاه نفسه قرّر مجلس الدّولة الفرنسي بأنّ الخطأ في تطبيق القانون يشكّل– من حيث الأصل– خطأ و يرتّب مسؤولية الإدارة لإلحاقه ضرراً حقيقيّاً و خاصًّا(un préjudice certain et spécial)،ممّا يستوجب التّعويض لأنّه بالجسامة الكافية (gravité suffisante) [3] .

و في حكم آخر قرّر مجلس الدّولة الفرنسي بأنّ البناء المنشأ دون رخصة بناء، في ظلّ جهلها للضّوابط العمرانية، فإنّ الإدارة لم ترتكب خطأ عندمـــا لم تـأمر بوقف الأشغال، غير أنّ الخطأ في تطبيق القانون و التّنظيم قد سبّب للمالك المجاور ضرراً، و نظراً لطبيعته الخاصّة و غير الاعتيادية فلا يجب أن ينظر إليه كعبءٍ يتحمّله المعني، بل ينتج له الحق في التّعويض[4] .

و قد تبلورت فكرة المساواة أمـــام الأعبـــاء العـــامّة من خلال قرار مجلس الدّولة الفرنسي في قضية Couitéas [5] حيث قضى بمشروعية امتناع الإدارة عن تنفيذ حكم قضائي حفاظاً على النّظام و الأمن

---

(1) - **Cf :**-C.E 06 Nov.1985,C[ie] touraine air transport et S[té] Condor Flugdienst suscité.

(2) - C.E 17 Janv. 1986, ville de Paris C/. Duvinage, Rec.10/R.F.D.A 1986.824, concl. Stirn source G.A.J.A, op.cit, p 258.

(3) - C.E. Ass., 07 Mai 1971, Ministre de l'économie et des finances et ville de Bordeaux C/. Sastre, Rec.334, concl. Gentot, source G.A.J.A, op.cit, p 258. Consulté également sur site : *https://www.gallica.bnf.fr* le 15 Oct. 2020 à 13h00mn.

(4) - C.E. Ass. 20 Mars 1974, req. n° 90547, Ministre de l'aménagement du territoire, de l'équipement et du logement, Rec.200, Concl. Rougevin-Baville, Consulté sur site : *https://www.gallica.bnf.fr* le 15 Oct. 2020 à 13h00mn. و من بين ما جاء فيه بالفرنسية:

<< Ce défaut d'application d'une législation et d'une réglementation n'en a pas moins causé au propriétaire voisin un préjudice qui, en raison de son caractère spécial et anormal, ne peut être regardé comme une charge incombant à l'intéressé et qui, par suite, est de nature à lui ouvrir droit à réparation >> .

(5) - C.E 30 Nov. 1923, req. n° 38284 et 48688, Sieur Basilio Couitéas, Concl. Rivet Rec.789, Consulté sur site : *https://www.gallica.bnf.fr* le 15 Oct. 2020 à 14h00mn.

العـــام في بلد تحت الحمـاية (pays de protectorat)، حيث قضت محكمة سوسة التّونسية باحتفاظ السيّد Couitéas بملكية قطع أراضي و حقّه في طرد السّكان الأصليين المستغلّين لها.

حيث طلب الطّاعن في العديد من المرّات من السّلطات المختصّة بتنفيذ الحكم غير أنّ الحكومة الفرنسية رفضت اللّجوء إلى القوّات العسكرية – الضّرورية للقيـــام بتلك العملية – نظراً للاضطرابات الخطيرة التي ستنجم عن طرد العديد من السكّان الأصليين للأراضي التي يقدّرون بأنّهم ملاّكها منذ زمن بعيد.

حيث قُضِيَ للسيّد Couitéas بالتّعويض لأنّ الإجـــراء المتخذ ضدّه – عدم تنفيذ حكم قضائي ممهور بالصّيغة التّنفيذية – قد ألحق به ضرراً قد تحمّله لوحده تحقيقا للمصلحة العامّة بالحفاظ على النّظام العام بعدم تحريك الجيش الذي هو الوسيلة الوحيدة لإجـــلاء 8000 مواطن تونسي أصلي يستغلّون منذ الأزل 38000 هكتار.

و بذلك كان هذا القـــرار أوّل نقطة انطلاق للاجتهاد القضائي المؤسّس للمسؤولية دون خطأ للأشخاص المعنوية العامّة لاختلال المساواة أمام الأعباء العامّة.

كما أنّ دافعيّ المصلحة العامّة و المخاطر يعتبران من بين المبادئ الأساسية للقانون الإداري التي استند إليها بعض من الفقه لتأسيس مسؤولية الإدارة في التّعويض عن فعل الأمير[1]؛ حيث يرون بأنّه لمّا كانت مسؤولية الإدارة مسؤولية دون خطأ، فهي مسؤولية على أساس المخـاطر، و لكي لا يتحمّل المتعـــاقد مع الإدارة بمفرده الأعباء التي رتّبها فعل الأمير الذي اتُّخذ بهدف المصلحة العامّة، يجب أن تتحمّلها الخزينة العامّة تحقيقا لمبدأ المساواة أمام الأعباء العامّة.

حيث تكرّر هذا المصطلح للعديد من المرّات في قرار مجلس الدّولة الفرنسي في قضية السيّد Couitéas السّالف ذكره، من خلال ملاحظات مفوّض الحكومة Rivet و التي اعتمدها قضاة المجلس لبناء حيثيات القرار ومن بين ما جاء فيه[2] :

---

(1)– د. سعاد الشّرقاوي، العقود الإدارية، دار النّهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 548.

(2) - C.E 30 Nov. 1923, Couitéas, Rec.789 précité.(ترجمة حرّة في المتن)

§1 p 253, G.A.J.A, op.cit :

<< …Cons. que la privation de jouissance totale et sans limitation de durée résultant pour le requérant, de la mesure prise à son égard, lui a imposé, dans **l'intérêt général**, un préjudice fondé… >>.

ص 253 §1 "... حيث أنّ الإجراء المتّخذ ضدّه، قد حرم الطّاعن من الاستمتاع التّام و دون تحديد للمدّة قد ألحق به، تحقيقا **للمصلحة العامّة**، ضرراً مؤسّسا...".

ص 254 §2 "... و من ثمّ فإنّ رفض الحكـــومة مســاسٌ خطيرٌ بالحقوق الفـردية للسيّد Couitéas و لكن لأجل **المصلحة العامّة**...".

و تترتّب مسؤولية الإدارة دون خطأ، عندما – بدوافع من المصلحة العامّة– لا تقوم بالترتيبات التي كان من العادي القيام بها في فرضيات ثلاث:

أوّلاً: الامتناع عن تنفيذ قرار قضائي: حيث يمثّل قرار Couitéas النّموذج لهذه الفرضية.

كما أنّ مجلس الدّولة الفرنسي قد قضى<< بالتّعويض، لكلّ حامل لحكم أو قرار قضائي، عن الأعباء المترتّبة بدوافع المصلحة العامّة عندما يكون امتناع القوّة العمومية مؤسّساً>>(1).

ثانيا: الامتناع عن إعادة استتباب النّظام العامّ: أين تمّ تمديد الاجتهاد القضائي في قرار Couitéas ليطال غياب قوّات الشّرطة في حالة اضطراب النّظام العامّ؛ إذ كان من المفروض على قوات الشّرطة الأخذ بالتّرتيبات القانونية و المادية اللاّزمة لإعادة استقرار النّظام العامّ، فغيابهم يُكَوِّنُ خطأً.

حيث قضى مجلس الدّولة الفرنسي بأنّ<< تدخّل قوّات الشّرطة، عِوضًا من استتباب النّظام كان سيؤدّي إلى تفاقم الفوضى، و بذلك عدم تدخّلها– و إن كان مبرّراً لاعتبارات المصلحة العامّة– قد يحرم الخواصّ من الحماية التي يستحقّونها؛ و من ثمّ فالأعباء المترتّبة عليهم يجب على الإدارة جبرها>>(2) .

---

§2 p 254, G.A.J.A, op.cit :

<< … Ainsi le refus du gouvernement porte gravement atteinte aux droits individuels du sieur Couitéas, mais dans **un intérêt général**…>>.

(1) - C.E 30 Sept.1983, Maillard, Rec.858 ;J.C.P.1984.II.20258 note Debouy et Plaisant G.A.J.A, op.cit, p 256. (من بين ما جاء فيه بالفرنسية)

<< Lorsque le refus du concours de la force publique est fondé, le bénéficiaire du jugement ou de l'arrêt est en droit d'obtenir indemnisation de la charge qu'il subit ainsi pour motifs d'intérêt général >>.(ترجمة حرّة في المتن)

(2) - C.E Sect. 27 Mai 1977, SA Victor Delforge, Rec.253 ; J.C.P 1978 II.18778, note Pacteau, G.A.J.A, op.cit, p 257.) (من بين ما جاء فيه بالفرنسية)

<< L'intervention des forces de police, loin de rétablir l'ordre, peut aggraver les désordres. Mais leur abstention, si justifiée qu'elle soit par des considérations d'intérêt général, peut

ثالثا: الامتنـــاع عن تنفيذ قــرار إداري: يمثّل خطأً يستوجب جبره من قبل الإدارة الممتنعة، حيث قضى مجلس الدّولة الفرنسي بأنّ << عدم السّير في إتمـــام إجـــراءات نزع الملكية لعقار– بعد إعلانه صالحاً لأجل المنفعة العامّة– لاستحالة مباشرة بعض الأشغال قبل تحويل الملكية . فإذا عدلت الإدارة عن السّير في إجراء تحـــويل الملكية، فإنّ مالك العقـــار يكون قد لحقه ضرراً خاصا تحمّله لأجل المصلحة العـامّة و نظرا لطبيعته الخاصّة و لجسامته لا يمكن اعتباره كعبء يقع على عاتقه >>(1).

كما أنّ مسؤولية الإدارة تأسيسا على مبدأ المساواة أمام الأعباء العامّة تثار أيضا إذا ما كانت الأضرار مترتّبة عن القوانين، مثل قرار مجلس الدّولة الفرنسي في قضية la fleurette (2) ، أو عن المعاهدات الدّولية، و مثاله قرار مجلس الدّولة الفرنسي في قضية: C^ie gén.^le d'énergie radioélectrique

بشرط أن تكون الأضرار ذات طبيعة خاصّة و غير عادية(3).

ممّا سبق ذكره، فإنّه حتى يتمكّن المتعاقد من الحصول على التّعويض على أساس مبدأ المساواة أمام الأعباء العامّة – حسب أنصار هذا الرّأي– يجب أن يلحقه ضررا خاصا و غير عادي، ذلك أنّ الضّرر الذي يلحق المتعاقد جرّاء فعل الأمير– و يصيب جوهر العقد الإداري– يشكّل عبئاً استثنائياً لا يشاركه فيه غيره بالتّساوي ممّا يستوجب إعادة التّوازن المالي للعقد بتعويضٍ للمتعاقد يشمل ما فاته من ربح و ما لحقه من خسارة (4) .

إلاّ أنّ هذا الأساس لم يسلم من سهام النّقد و ذلك من عدّة جوانب:

---

priver les particuliers d'une protection à laquelle ils ont droit ; la charge qui en résulte pour eux doit être réparée par l'administration>>.(ترجمة حرّة في المتن)

(1) - C.E Sect.23 Déc. 1970, EDF C/. Farsat, Rec.790 ; AJ 1971.96, concl. Kahn. G.A.J.A op.cit, p 259. . (من بين ما جاء فيه بالفرنسية/ترجمة حرّة في المتن)

<<… le propriétaire peut en être gêné si l'administration renonce ensuite à poursuivre ce transfert, il a droit à réparation du préjudice particulier qu'il a pu subir dans un intérêt général et qui, en raison de son caractère spécial et de sa gravité, ne saurait être regardé comme une charge lui incombant normalement >>.

(2) - C.E Ass. 14 Janv. 1938, S^té anonyme des produits laitiers<< la fleurette>> ,Rec.25 S.1938.3.25, concl. Roujou, note P. Laroque, G.A.J.A, op.cit, p 326.

(3) - C.E Ass.30 Mars 1966, C^ie gén^le d'énergie radioélectrique, Rec.257,G.A.J.A,op.cit, p 582

(4)– **أنظر في ذلك:** – د. إبراهيم طه الفياض، المرجع السّابق، ص 95.

أولا: لا يصلح مبدأ المساواة أمـــــام الأعباء العـــامّة لقيام مسؤولية الإدارة دون خطأ إلاّ خارج النّطاق التّعاقدي بينما مسؤولية الإدارة المتعاقدة في نظرية فعل الأمير هي مسؤولية تعاقدية دون خطأ، و من هذه الزّاوية تختلف شروط إعمال كلّ فكرة.

ثانيا: إنّ فكرة المساواة أمام الأعباء العامّة لا يمكن إعمالها لتأسيس التّعويض المستحق طبقا لنظرية فعل الأمير و ذلك لاختلاف مصدر الفعل المرتّب للمسؤولية في كلٍ منهما. فإذا كانت التّدخلات التّشريعية ذات الصّبغة السّياسية، الاقتصادية و الاجتماعية، و كذلك التّصرفات القانونية و المادّية للإدارة، و عدم تنفيذ الأحكام القضائية بدوافع المصلحة العامّة هي التي تثير مسؤولية الإدارة على أساس المبادئ العامّة للقانون الإداري مثل المساواة أمام الأعباء العامّة، المخاطر و المصلحة العامّة؛ فإنّ الأمر على خلاف ذلك، حيث يُكوّنُ تدخّل الإدارة المتعاقدة بالتّعديل هو المحرّك الأساسي لإعمال نظرية فعل الأمير[1].

ثالثا: إنّ المبادئ العامّة للقانون الإداري فكرة واسعة و غير واضحة المعالم حيث، كما سبق و أن أشرنا إليه، فالقاضي الإداري يؤسّس التّعويض حينا على مبدأ المساواة أمام الأعباء العامّة، و حينا يؤسّسه على فكرة المخاطر و حينا آخر يؤسّسه على مبدأ المصلحة العامّة، ممّا يُصعّب معه تبرير حق المتعاقد في التّعويض وفقا لها، تطبيقا لقواعد فعل الأمير.

و لمّا كان فعل الأمير من الأفكار الدّقيقة ذات المضمون القانوني المحدّد، لأجل ذلك كانت النّتيجة المنطقية استبعاد تطبيق فكرة واسعة و مبهمة في نطاق فكرة واضحة و دقيقة[2].

رابعا: إنّ دوافع المصلحة العامّة تمكّن السلطات المختصّة بأن تمنح بعض التّمييزات للتّعويض– بناءً على أسس موضوعية مستمدّة من نصوص القانون– تمسّ فئة من المواطنين دون البقيّة، فإنّ الأمر على خلاف ذلك في نظرية فعل الأمير، حيث كل تدخّل من جانب الإدارة المتعاقدة أثناء تنفيذ العقد– حتى لو كان بدافع المصلحة العامّة– يعطي للمتعاقدين معها الحق في الحصول على تعويض كامل جبرا للضّرر الذي ألحقه بهم تدخّل الإدارة دون تمييزٍ بينهم[3] .

---

(1)– أحمد السّيد محمّد محمود عطية، المرجع السّابق، ص 97.

(2) - Elattar Fouad, le marché de travaux publics, étude comparée de droit administratif français et égyptien, thèse, Paris 1953, p 320.

(3) - Tagen Ragab, l'équilibre financier des contrats administratifs, étude comparative des droits français et égyptien, thèse, Paris, 2004, p 138.

من جانبنا نرى بأنّ فكرة المبادئ الأساسية للقانون الإداري مثل مبدأ المساواة أمام الأعباء العامّة، فكرة المصلحة العـامّة أو فكرة المخاطر إنّما يمكن إعمالها في نطاق المسؤولية غير التّعاقدية دون خطأ من الإدارة.

و من ثمّ يجب استبعـادها كـأساس للتّعويض في نظرية فعل الأمير لأنّه بكل بساطة مسؤولية الإدارة المتعاقدة هنا هي مسؤولية تعاقدية دون خطأ، و لا شكّ أنّ غياب الرّابطة العقدية يعطّل، بكل تأكيد إعمال فكرة المبادئ الأساسية للقانون الإداري كأساس للتّعويض في نظرية فعل الأمير.

المطلب الثّالث: المسؤولية العقدية دون خطأ

في ظلّ الانتقادات التي وُجّهت للنّظريات التي أَسّست مسؤولية الإدارة في التّعويض عن فعل الأمير استنادا إلى أفكـــار و مفـاهيم غامضة و مبهمة خـــارجة عن الإطار التّعاقدّي، مثل الإثراء بلا سبب و المساواة أمام الأعباء العامّة أو المصلحة العامّة؛ بات من الضّروري البحث عن أساس ينبع من الرّابطة العقدية، يرتب مسؤولية الإدارة المتعاقدة و من ثمّ ينتج للمتعاقد معها الحق في المطالبة بالتّعويض و على ذلك، فإنّ الأساس القانوني لحق المتعاقد في التّعويض عن فعل الأمير يكمن في المسؤولية التّعاقدية للإدارة.

حيث يرى أصحاب هذا الاتجاه بأن أساس التّعويض عن فعل الأمير هو المسؤولية العقدية و من المنطقّي أن يطبّق عليها قاضي العقد مبدأ التّعويض الكامل للضّرر اللاّحق[1].

بالإضافة إلى صاحب الرّأي الأوّل المذكور أعلاه يرى أنصار هذا الاتجاه بأنّ الخصوصية التي تميّز المسؤولية العقدية، مردّها إلى العـــلاقة و الرّابطة بين العقـد الإداري و مقتضيات المرفق العامّ من جهة و مظاهر السّلطة العامّة التي تتمتّع بها الإدارة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد معها من جهة أخرى [2] .

---

(1) - Manuel Gros, op.cit, p 179. **حيث يرى الفقيه بأنّ:**

<< Le fondement de l'indemnisation pour fait de prince étant celui de la responsabilité contractuelle, il est normal que le juge lui applique le principe de l'indemnisation intégrale du préjudice subit>>.(ترجمة حرّة في المتن)

(2) - Pierre Delvolvé, responsabilité contractuelle, encyclopédie Dalloz, Paris, 1987, p 5 R.F.D.A n° 1, 2013.

(حيث جاء في تعليق الفقيه عن عدّة أفكار و ارتباطها بالعقد الإداري منها نظرية فعل الأمير):

و يعتبر أنصار فكرة المسؤولية العقدية دون خطأ بأنّ فعل الأمير يشكّل الفرض النّموذجي أو النّموذج الأصلي (l'archétype) للنّظرية و هي التي يُؤسَّس عليها الحق في التّعويض [1] .

حيث يؤكّد الأستاذ **ثروت بدوي** أنّه لتفسير حق المتعاقد في التّعويض <<فإنّ هذا الحق ليس إلاّ نتيجة لازمة/مباشرة (le corollaire) لسلطة التّعديل التي تملكها الإدارة. فالخطأ لم يعد مستلزما لإثارة مسؤولية السّلطة العامّة، فالمسؤولية غير التعاقدية دون خطأ، تقابلها المسؤولية التّعاقدية للتّعديلات التي تجريها الإدارة بإرادتها المنفردة على عقودها >>[2] .

كما يستند أنصار هذا الاتجاه إلى أنّ المتعاقد مع الإدارة ما كان ليقبل تحمّل بعض الالتزامات التعاقدية إلاّ مقابل تعويض معيّن، بناءً على ذلك فإنّه في حالة زيادة الالتزامات الملقاة على عاتقه فإنّه يتعيّن على الإدارة جبر الضّرر الذي لحق المتعاقد معها بتعديل التعويض الذي يحصل عليه[3] .

و يرى البعض من أنصار الفكرة أنّ حق المتعاقد في التّعويض مردّه المسؤولية التّعاقدية دون خطأ فالإدارة لم ترتكب أيّ خطأ في تدخّلها الذي أخلّ بالمركز المالي للمتعاقد معها، فالإجراء الذي اتّخذته الإدارة إنّما كان يهدف للمحافظة على استمرارية المرفق العام[4]. و من ثمّ ففكرة المسؤولية العقدية دون خطأ تصلح كأساس للتّعويض عن فعل الأمير.

كما يرى فريق آخر من أنصار الفكرة بأنّه من طبيعة العقد الإداري أن تلتزم المصلحة المتعاقدة بتعويض المتعاقد معها كلّما كان تدخّلها من شأنه أن يرهق الطّرف الآخر حتى و لو كان تدخّلها خالٍ

<< Les liens entre le contrat administratif et les principes…constituent une autre cause de particularisme de la responsabilité contractuelle administrative… en particulier…la théorie du fait du prince et ses conséquences indemnitaires en sont la plus parfaite illustration>>.

(1)– أ. د محمود حلمي، العقد الإداري، ط2، دار الفكر العربي، د.ب، 1977، ص 122.

(2) - Saroit Badaoui, op.cit, p133. **حيث يذكر الأستاذ بأنّ:**

<< Ce droit n'est que le corollaire du pouvoir modificateur qui appartient à l'administration. La faute n'est plus exigée pour engager la responsabilité de la puissance publique. À la responsabilité extracontractuelle sans faute correspond la responsabilité contractuelle pour les modifications apportées unilatéralement par l'administration à ses contrats >>.

(3)– راجع رياض إلياس عيسى الجريسات، المرجع السّابق، ص 141.

و انظر كذلك:– د. سعاد الشرقاوي، المرجع السّبق، ص 548.

(4) – د. جابر جاد نصّار، المرجع السّابق، ص 324.

من كل خطأ، ذلك أنّ مسؤوليتها هي مسؤولية عقدية دون خطأ و إنّما تقرّر التّعويض حفاظا على التّوازن المالي للعقد[1] .

و من ثمّ فإنّ كلّ تدخّل مشروع للإدارة المتعاقدة بهدف تحسين تنفيذ العقد و كان من شأنه أن يُثقل كاهل المتعاقد معها بالتزامات لم تكن متوقّعة لحظة إبرام العقد، يوجب على الإدارة المتعاقدة تقديم تعويض للمتعاقد معها حفاظا على المعادلة المالية للعقد.

و المسؤولية العقدية للإدارة دون خطأ ليست نظرية فقهية إنّما استقاها الفقه الإداري من قرارات مجلس الدّولة الفرنسي؛ حيث من بين القرارات القضائية التي يذكرها الفقه[2] عن هذا الأخير قرار Bardy حين أكّد المفوّض Romieu على أنّه << عندما يكون الشّخص العام الموقّع على العقد هو الذي فرض الضّريبة، فإنّه يُرتّب مسؤوليته تجاه من تعاقد معه>>[3] .

و هو ما ذهب إليه **Mestre** في تعليقه على قرار مجلس الدّولة الفرنسي: Ville d'Elbeuf [4].

فضلا عن ذلك فإنّ مجلس الدّولة الفرنسي قد أقرّ بتعويض الطّاعن عن فعل الأمير تأسيسا على فكرة المسؤولية التّعاقدية في القضية التي اشتهرت بين الفقهاء باسم Les îles Kerguelen، حيث قضى بأنّ مرسوما قد قلّص من نطاق الحقوق التي كانت تستأثر بها الشّركة، و هذا التّقليص ألحق بها ضررا و من ثمّ يرتّب المسؤولية التعاقدية للدّولة[5].

---

(1) – د. محمود حلمي، المرجع السّابق، ص 122.

(2)– **أنظر في ذلك:**

– علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّبق، ص498.

– أحمد السّيد محمّد محمود عطية، المرجع السّابق، ص 105.

– رياض إلياس عيسى الجريسات، المرجع السّابق، ص 142.و غيرهم حيث ذكروا القرارات أدناه.

(3) - C.E 29 Déc. 1905, Bardy, Rec.1014.Concl. Romieu (ترجمة حرّة في المتن) من بين ما جاء فيه:
<< Lorsque c'est la personne publique signataire du contrat qui établit un impôt, elle engage sa responsabilité envers celui qui a contracté avec elle >>.

(4) - C.E 15 Juil. 1949, Ville d'Elbeuf, note Mestre S. 1950. 3.61.

(5) - C.E 22 Oct. 1937, C^{ie} gén^{le} des îles Kerguelen, Saint Paul et Amsterdam, Rec.839

من بين ما جاء في:

<< Le décret … a limité l'étendue des droits qui avaient été concédés à la compagnie que ladite compagnie est fondée à soutenir que cette limitation lui a porté préjudice et a engagé la responsabilité de l'État >>.

إلاّ أنّ فكرة المسؤولية العقدية دون خطأ كأساس للتّعويض عن فعل الأمير لم تسلم من نقد بعض الفقه:

أوّلا: يرى بعض من الفقه أنّه يُشترط لإعمال نظرية فعل الأمير أن يصدر الفعل الضّار، المرهق للمتعاقد، من الإدارة المتعاقدة؛ إلاّ أنّ ذلك لا يعني ربط نظرية فعل الأمير بفكرة المسؤولية التّعاقدية دون خطأ، حيث يـــرى الأستاذ **Dufau** << إذا كانت مباشرة الإدارة المتعـــاقدة لاختصاصاتها" القـــــانونية و التّنظيمية" خارج النّطاق التّعاقدي، لها بحقٍّ تأثيرات عكسية على تنفيذ العقد، و لكن لا يمكن أن يكون مجالا للمسؤولية العقدية لأنّ السّلطة مانحة الالتزام تدخّلت بصفةٍ غير تلك التي تعاقدت بها...إذن خارج النّطاق التّعاقدي>>(1).

و من ثمّ يمكن الإعمال الجزئي لفكرة المسؤولية العقدية للإدارة دون خطأ لتأسيس التّعويض طبقا لنظرية فعل الأمير، أي في حالة الإجراءات الخاصّة الصّادرة عن الإدارة المتعاقدة و المستمدّة من صلب العقد مثل – سلطة التّعديل الانفرادي- .

إلاّ أنّه لا يمكن إعمال النّظرية إذا ما كانت الإجراءات عامّة مثل التّشريع و التّنظيم واللّوائح و لو كانت صادرة عن الإدارة المتعاقدة بمقتضى اختصاصها غير العقدي.

حيث يرى جانب من الفقه أنّه – بناءً على ما سبق- يعدّ من قبيل العبث أن نؤسّس التّعويض الممنوح عن فعل الأمير على فكرة المسؤولية العقدية دون خطأ(2) .

ثانيا: أمّا جانب آخر من الفقه يرى بعدم صلاحيّة فكرة المسؤولية العقدية دون خطأ كأساس للتّعويض الممنوح طبقا لنظرية فعل الأمير، ذلك أنّ العقد أُبرم في ظروف معيّنة و أنّ المتعاقد قدّر إمكانياته المالية و الفنّية وِفقا لها، وهذا ما لا يحدث عند إعمال نظرية فعل الأمير، فتدخّل الإدارة المتعاقدة قد يكون خارج بنود العقد، فلا يمكن إعمال المسؤولية العقدية إذا ما كان الإجراء غير تعاقدي، و من ثمّ لا يمكن التّسليم

---

(1) - Jean Dufau, les concessions du service public, éd. Du moniteur, Paris, 1979, p 105.

من بين ما جاء فيه:

<< Certes l'exercice de ses compétences (légales et règlementaires) a des répercussions sur l'exécution du contrat, mais il (fait du prince) ne peut y avoir matière à responsabilité contractuelle puisque l'autorité concédante intervient en une autre qualité que celle de cocontractante, donc en dehors du régime contractuel >>. (ترجمة حرّة في المتن)

(2)- أحمد السّيد محمّد محمود عطية، المرجع السّابق، ص 107.

بهذه الفكرة كأساس لمنح التّعويض في نظرية فعل الأمير في ظلّ غياب الخطأ، فالمسؤولية العقدية تفترض ارتكاب خطأ من أحد المتعاقدين . حيث يتساءل صاحب هذا الرّأي: << نحن لا نرى لماذا يجب أن نتحدّث – و الحال هذه– عن المسؤولية ، حتى دون خطأ>>[1] .

و نحن من جانبنا نرى بأنّ فكرة المسؤولية العقدية دون خطأ لا يمكن تعميم استعمالها، كأساس للتّعويض في نظرية فعل الأمير، عن كلّ إجراء صادر عن الإدارة المتعاقدة؛ ذلك أنّ هذه الأخيرة لا تنحصر علاقاتها مع متعاقد واحد فقط، و لا تقتصر تصرّفاتها في مجال واحد؛ فهي المُحافِظة على النّظام العامّ و هي التي تسهر على تحقيق المصلحة العامّة و من ثمّ فتصرّفاتها قد تكون غير عقدية. و عليه لا تستقيم فكرة جزئية كأساس لنظرية كاملة، بل تحتاج إلى دعامة تقوّيها، و هو محور المطلب الرّابع أدناه.

المطلب الرّابع: فكرة إعادة التّوازن المالي للعقد

إنّ عناصر المرفق العامّ هي عبارة عن مشروع ذي نشاط منتظم، و نفع عامّ، وهيمنة للسّلطة العامّة عليه بحيث تكون لها الكلمة الأخيرة في إنشائه و إدارته وإلغائه[2].

و في مقابل الامتيازات الخطيرة التي تستأثر بها المصلحة المتعاقدة – سلطة الرّقابة و التّوجيه، سلطة التّعديل الانفرادي، سلطة توقيع الجزاءات و سلطة الإنهاء المبتسر للعقد – فإنّ العدالة تقتضي أن يُحقّق العقد الإداري توازنا شريفا بين الأعباء التي يتحمّلها المتعاقد مع الإدارة و بين المزايا التي ينتفع بها حتى لا يكون العقد الإداري مغرما بالنّسبة له[3].

و هذا التّوازن المالي أو كما يسمّى المعادلة المالية (L'équation financière) للعقد تجعل من هذا الأخير عبارة عن كُلّ تتلازم فيه مصالح الأطراف[4]. و هو مبدأ قضائيّ أقرّه الفقه، و مؤدّاه؛ إذا ما

---

(1) - Maurice André Flamme, Traité théorique et pratique des marchés publics, Bruxelles-Bruylant, Tome II, 1969, p 637.
<< Ne nous voyons pas pourquoi il faudrait en l'espèce parler de responsabilité, même sans faute ? >>

(2)– د , طه إبراهيم الفياض، المرجع السّابق، ص 249.

(3)– د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامّة للعقود الإدارية، د.ن، د.ب، 2004، ص 191.

(4) - André Delaubadère, Yves Gaudemet, op.cit, p 706

.حيث يقول الفقيه:

طرأت – بعد الانعقاد و أثناء التّنفيذ – ظروف من شأنها زيادة أعباء المتعاقد و قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب، من واجب الإدارة المتعاقدة أن تتحمّل جزءاً من هذه الأعباء مساهمة منها في التّخفيف من الخسائر التي لحقت بالمتعاقد معها حتى يسترجع العقد توازنه المالي مرّة أخرى[1].

و إن لم يكن لها ضلع في حدوث تلك الظّروف، و بالرّغم من عدم ارتكابها لأيّ خطأ يستوجب مسؤوليتها عنه[2] .

و يرجع بعض الفقه[3] الحكمة من فكرة التّوازن المالي للعقد إلى هدفين:

أوّلا: حماية المصلحة العامّة عن طريق ضمان استمرارية و انتظام المرفق العامّ المتعاقد بشأنه و في ذات الوقت حماية المصلحة المالية الخاصّة للمتعاقد من الأحداث و الطّوارئ الخارجية التي تؤدّي إلى إرهاقه.

ثانيا: عدم تنفير الأفراد و بعث الاطمئنان في نفوس الأشخاص الرّاغبين في التّعاقد مع الإدارة على مصالحهم المالية إذا ما طرأت ظروف استثنائية على تنفيذ الشّروط العقدية.

كما أنّ فكرة التّوازن المالي للعقد، في رأي بعض الفقه[4]، هي فكرة منطقيّة، ذلك أنّ اتّصال العقد الإداري بنشاط مرفق عامّ الذي يبرّر للإدارة أن تغيّر في التزامات المتعاقد معها، فإنّ ذلك أيضا هو الذي يبرّر ضرورة وجود التّوازن المالي لالتزامات المتعاقد و حقوقه حتى يستطيع أن يستمرّ في تنفيذ العقد.

و حق المتعامل المتعاقد في التّوازن المالي مرجعه إلى لحظة الإبرام، فالمتعاقد إنّما قبل بمشاركة الإدارة بنشاطها من خلال تسيير و إدارة المرفق العامّ محلّ العقد لأنّه كَوَّنَ فكرة عامّة عن مدى حقوقه و مدى

<< Le contrat administratif formant un tout dans lequel les intérêts des parties se conditionnent >>.

(1)– عبابسة نورالدّين، المرجع السّابق، ص 100.

(2)– د. سامي جمال الدّين، أصول القانون الإداري، نظرية العمل الإداري، د.ط، د.ن، 1993، ص 362.

(3)– د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، القانون الإداري، الدّار الجامعية، بيروت، لبنان، 1993، ص 206.

(4)– د. جابر جاد نصّار، المرجع السّابق، ص 384.

التزاماته و قدّر نسبة تلك الحقوق إلى تلك الالتزامات، فتكوّن لديه التّوازن المالي للعقد، و من هذا التّقدير فقد قبل المخاطر المالية للمشروع – ما يحتمله من خسارة أو ربح– و من ثمّ أقدم على التّعاقد[1].

فإذا ما تغيّرت تلك المعطيات – بتدخّل من الإدارة المتعاقدة حتى لو كان مشروعا– التي بني عليها المتعاقد حساباته، ممّا أدّى إلى اختلال التّوازن المالي للعقد وجب تقرير تعويضا ماليا له حتى يستعيد العقد توازنه المالي.

و لقد ظهرت فكرة التّوازن المالي للعقد لأوّل مرّة بمناسبة تدخّل الإدارة في عقد الامتياز، و صاغها المفوّض (Léon Blum) في تقريره الذي قدّمه في قضية (C^ie française des tramways)[2].

و منذ ذلك التّاريخ لا يزال القضاء و الفقه الإداري يردّد عباراته و التي جاء فيها على وجه الخصوص:<< إنّه لمن جوهر كلّ عقد التزام، أن يبحث و يحقّق بقدر الإمكان، التّساوي بين المزايا المقرّرة للملتزم و بين الأعباء المفروضة عليه... فالمزايا و الأعباء يجب أن تتوازى بما يحقّق التّوافق بين الأرباح و الخسائر المحتملة. فكلّ عقد التزام يتضمّن – كما الحساب– التّوازن الشّريف بين ما يمنح للملتزم و بين ما يُطلب منه... و هذا ما يسمّى بالتّوازن المالي و التّجاري، المعادلة المالية لعقد الالتزام>>.

حيث يردف المفوّض(Léon Blum) قائلا:

---

(1)– د. مصطفى أبو زيد فهمي، الوسيط في القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1999، ص 344.

(2) - C.E 11 Mars 1910, req .n° 16178, C^ie gén^le française des tramways, Rec.224, Concl. Léon Blum, G.A.J.A, op.cit, n° 22, p 134. / Consulté sur site : https://www.gallica.bnf.fr le 16 Octobre 2020 à 12h00mn. **من بين ما جاء فيه:**

<< Il est de l'essence même de tout contrat de concession de chercher et de réaliser dans la mesure du possible, un équilibre entre les avantages qui sont apportés au concessionnaire et les charges qui lui sont imposées… les avantages et les charges doivent se balancer de façon à former la contrepartie des bénéfices probables et des pertes prévues. Dans tout contrat de concession il est impliqué – comme un calcul- l'équivalence honnête entre ce qui est accordé au concessionnaire et ce qui est exigé de lui…c'est ce qu'on appelle l'équivalence financière et commerciale, l'équation financière du contrat de concession >>.

Et il ajoute que :<<Si l'économie financière du contrat se trouve détruite, si par l'usage que l'autorité concédante a fait de son pouvoir d'intervention, quelque chose se trouve faussée dans cet équilibre d'avantages et de charges, d'obligations et de droits que nous avons essayé de définir, rien n'empêchera le concessionnaire de saisir le juge du contrat. Il démontrera que l'intervention, bien que régulière en elle même, bien qu'obligatoire pour lui, lui a causé un dommage dont réparation lui est due >>. (ترجمة حرّة في المتن)

<< إذا اختلّ التّوازن الاقتصادي للعقد، و إذا كان لإعمال السّلطة مانحة الالتزام لسلطتها في التّدخل قد أدّى إلى إحداث اضطراب في التّوازن بين المزايا و الأعباء بين الالتزامات و الحقوق...فليس ثمّة ما يمنع الملتزم بأن يرفع الأمر إلى قاضي العقد، مُثبتا أنّ تدخّل الإدارة– رغم كونه مشروعا بذاته و ملزما له– قد ألحق به ضررا يجب التّعويض عنه >>.

و فكرة التّوازن المالي للعقد أصبحت دارجة، ليس فقط، في العديد من تقارير مُفَوِّضَيِّ الحكومة لدى مجلس الدّولة الفرنسي(1)، بل و حتى في العديد من قرارات ذات المجلس كقراره الصّادر في قضية société l'énergie industrielle(2) حيث تتعلّق وقائع القضية بتعديلات أجرتها الإدارة بشأن نقل خطوط الكهرباء على جانب الطّرق العامّة، فقرّر مجلس الدّولة بأنّ << النّفقات المترتّبة عن تلك التّعديلات و التي تتحمّلها الشّركة الملتزمة لا تدخل في توقعات الأطراف المتعاقدة، و تؤدّي إلى إخلال التّوازن المالي للعقد، ممّا يحقّ معه للشّركة في الحصول على التّعويض>>.

و هو المبدأ الذي استقرّ عليه الاجتهاد القضائي لذات المجلس في قراره الصّادر بتاريخ 1983/02/02(3) أين حرص القضاء في هذا القرار على تأكيد فكرة التّوازن المالي للعقد الإداري في مواجهة سلطة الإدارة و تدخّلاتها أثناء تنفيذ العقد.

---

(1) - Concl. Corneille sous C.E 03 Déc. 1920, Fromassol, Rec.1036 :

حيث يقول المفوض:<< لا يمكن بموجب المبدأ "التّوازن المالي للعقد" لأحد المتعاقدين – بسلطته الخاصّة– أن يعدّل توازن الصّفقة >>

<<…principe que l'un des contractants ne peut, de sa propre autorité, modifier l'équilibre du marché >>.

- Concl. Latounerie sous C.E 09 Mars 1928, C^ie des scieries africaines, Rec.344:

حيث أشار المفوض أنّ:<< مجلس الدّولة قد قرّر بأنّه في الحالة التي يربط الدّولة بالغير عقد، فليس لها أن تعدّل تعسّفيا التّوازن المالي للعقد>> و من بين ما جاء فيه باللّغة الفرنسية:

<< le conseil d'État décide que dans le cas où l'État est lié à un tiers par un contrat, il ne saurait dépendre de lui de modifier arbitrairement l'équilibre financier du contrat >>.

- Concl. Andrieux sous C.E 10 Avril 1935, ville de Toulon, R.D.P 1935, p 783 : أين قال المفوّض

<< بأنّ المدينة قد أخلّت بتوازن أعباء و التزامات العقد>>

<< la ville a rompu l'équilibre des charges et obligations du contrat >>.

(2) - C.E 08 Déc. 1944, req. n° 75732, S^té L'énergie industrielle, Concl. Detton, Rec.318.

(3) - C.E 2/6 SSR 02 Fév.1983, req. n° 34027, union des transports publics urbains et régionaux. Concl. Denoix-De-Saint-Marc. Consulté sur site : https://www.legifrance.gouv.fr le 05 Déc. 2020 à 13h15mn.

و من بين القرارات التي أكّد فيها مجلس الدّولة الفرنسي كذلك فكرة التّوازن المالي للعقد قراره الصّادر في 27 أكتوبر 1978 حيث كان هناك عقد التزام بين الدّولة (مانحة الالتزام) و المدينة (الملتزم) مؤدّاه إنشاء و استغلال ميناء للنّزهة (Port de plaisance).

حيث قام الوالي – باعتباره ممثّلا للدّولة– بالتّعديل انفراديا للأراضي المخصّصة لإنجاز المشروع خلافا لما كان متّفقا عليه في دفتر الشّروط، رفعت المدينة – بصفتها ملتزمة– طعنا ضدّ قرار الإدارة أمام القاضي الإداري الذي استبعد كلّ الأسس التّعاقدية للتّعويض، لأنّ الاستناد إليها كان من شأنه أن يحرم الطّاعنة من أيّ تعويض، إنّما استند إلى فكرة إعادة التّوازن المالي للعقد– حتى في حالة غياب نصّ صريح بذلك في العقد–، لأنّ التّعديلات التي أدخلتها الإدارة تَرتّبت عنها نفقات غير مجدية للطّرف الملتزم.

حيث قامت المدينة بإنجاز إنشاءات كبيرة على أجزاء من الدّومين العامّ المستردّ من قبل الدّولة. كما أدّى التّعديل إلى التّقليل من الأهمية العملية للميناء مما يؤدّي إلى تخفيض الاستغلال، و عليه فإنّ الضّرر الذي لحق المدينة يتعيّن التّعويض عنه من قبل الدّولة حتى في حالة غياب أيّ نصّ صريح في العقد يشير إلى ذلك[1].

و قد استنبط بعض الفقه[2] بأنّ أهميّة قرار مجلس الدّولة الفرنسي في قضية (Saint-Malo)– السّالف الذّكر– تكمن في نتائجه، حيث يرى بأنّ:

- تأكيد القاضي الإداري على التزام الإدارة المتعاقدة بإعادة التّوازن المالي المختلّ بفعلها لا يستند إلى بنود العقد؛ و من ثمّ فالإدارة المتعاقدة لا تعفى من هذا الالتزام حتى في حالة وجود نصّ يمنع جبر الضّرر الذي لحق بالمتعاقد.

(حيث جاء فيه):

<< le cocontractant a droit au maintien de l'équilibre financier du contrat >>

(1) - C.E 27 Oct. 1978, req. n° 05722 ville de Saint-Malo, Concl. Labetoulle, Rec.401. Consulté sur site : *https://www.legifrance.gouv.fr* le 05 Déc. 2020 à 13h30mn.

(2)– أحمد السّيد محمّد محمود عطية، المرجع السّابق، ص 115.

- هذا القرار يعتبر تكريسا واضحا لمدى الحماية التي يوفّرها القضاء الإداري لمتعاقديّ الإدارة حيث قرّر حماية المتعاقد لا استنادا إلى بنود العقد التي لا توفّر له الحق في التّعويض، إنّما أسّس هذا الأخير استنادا إلى إعادة التّوازن المالي للعقد.
- تَعَلُّق حق المتعاقد في التّوازن المالي بالنّظام العامّ، وبذلك يغدو من المبادئ العامّة المنطبقة على العقود الإدارية دون نصّ؛ و عليه يستبعد تطبيق كلّ بند تعاقدي يَحُدُّ أو يلغي هذا الحق.

و على درب مجلس الدّولة الفرنسي سار القضاء الإداري في بعض من الدّول العربية، الآخذة بنظام الازدواج القضائي، بفكرة التّوازن المالي كأساس للتّعويض عن فعل الأمير[1].

و قد تبنّى جمهور الفقه الإداري فكرة التّوازن المالي كأساس للتّعويض في نظرية فعل الأمير، إلاّ أنّهم اختلفوا حول تحديد مضمون الفكرة تبعا للزّاوية التي تناولها كلّ فقيه بالدّراسة؛ سواء:

- في فرنسا، و نذكر من بينهم:

1/- Péquignot الذي يرى بأنّه إذا كانت سمة العقود الخاصّة هي الثّبات و الجمود فإنّ العقود الإدارية تتّسم بالمرونة و بعدم الثّبات ، و بالتّالي تحلّ فكرة التّناسب بين التزامات المتعاقد و المزايا التي يأمل في الحصول عليها محلّ التّطابق بين حقوق و التزامات الأطراف في العقود الخاصّة. و التّوازن المالي هو عبارة عن معادلة رياضية" une équation mathématique" فالعقد الإداري حركي من النّموذج (أ/ب) = (أَ/بَ)، فإذا ما بدّلت الإدارة

(1) – أ. إبراهيم الشّارف الطّاهر تفوقه، الصّعوبات التي تواجه تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2011، ص 220.

– أنظر كذلك:

– د. السّيد فتوح محمد هنداوي، المرجع السّابق، ص263.– أحمد السّيد محمّد محمود عطية، المرجع السّابق، ص 119.

– د. فهد مجعد المطيري، دور التّحكيم في الحفاظ على التّوازن المالي للعقد الإداري، دراسة مقارنة بين الكويت، مصر و فرنسا، دار النّهضة العربية، القاهرة، 2015، ص 133.

الالتزام الأصلي (أ) بالالتزام (أَ) فإنّ الحق في التّعويض الأصلي (ب) للمتعاقد يصبح (بَ) و النّظام التّعاقدي الذي استعاد توازنه يبقى مستقرّا[1].

2/- أمّا الفقيه **De Soto** يرى << من المعلوم بأنّه من بين القواعد الأساسية للعقود الإدارية توجد القاعدة المسمّاة بالمحافظة على التّوازن المالي للعقد و التي بموجبها إذا اختلّ هذا التّوازن بفعل الإدارة أو لظرف استثنائي يجب دفع تعويض للمتعاقد المتضرّر.... لأنّ المحافظة على هذا التّوازن تشكّل قاعدة جوهرية لنظرية العقود الإدارية...>>[2] .

3/- في حين ينظر الأستاذ **F. Llorens** [3]بأنّ << التّوازن المالي للعقد لا يشكّل سوى مصحّحا، جدّ مهمّا دون شكّ، و لكّنْ لا يمكن إعماله إلاّ عند غياب اتفاق الطّرفين أو لجبر الظّروف الطّارئة، فلا يمكنه بأيّ حال نزع كلّ تفعيل لإرادة الطرفين، و لا أن يُحوّل العقد الإداري إلى نظام ضمان لفائدة المتعاقد>>.

---

(1) - Georges Péquignot, Des contrats administratifs " contenu et effets spéciaux des contrats administratifs", extrait du jurisclasseur administratif, librairies techniques, Paris, 1954, fasc.511,n° 237, p 11.

حيث يقول الفقيه:

<< L'équilibre du contrat administratif est dynamique et de type (a/b) = (a'/b'). Si l'administration substitue une obligation (a') à l'obligation originaire, la rémunération de son cocontractant qui était (b) à l'origine deviendra (b') et le système contractuel, ainsi rééquilibré, sera maintenu>>.

(2) - Jean De Soto, note sous C.E 10 Mars 1950, Dép[t]. de la seine C/. S[té] des transports en commun de région parisienne, D.1950, JCP .454.

حيث يذكر الفقيه:

<< On sait que parmi les règles essentielles des contrats administratifs figure la règle dite du maintien de l'équilibre financier du contrat d'après laquelle ; si l'action de l'administration ou une circonstance exceptionnelle ont modifié cet équilibre, une indemnité doit être versée au cocontractant lésé…le maintien de cet équilibre constitue une norme fondamentale de la théorie des contrats administratifs… >> (ترجمة حرّة في المتن)

(3) - François Llorens, commentaire de l'arrêt du conseil d'État du 02 Fév. 1983, union de transports publics urbains et régionaux, R.F.D.A n° 0 (0), Mai-juin, 1984, pp 50-51.

من بين ما جاء فيه باللّغة الفرنسية:

<< L'équilibre financier du contrat ne constitue qu'un correctif, sans doute fort important, mais qui n'est appelé à jouer qu'à défaut d'accord des parties, ou pour pallier les effets de circonstances imprévisibles. En aucun cas, il ne saurait ôter à la volonté des parties toute portée, ni transformer le contrat administratif en un système de garantie au profit du cocontractant >>.

4/- أمّا الأستاذ **Delaubadère** [1] فهو ينكر فكرة المعادلة الرّياضية و الحساب الجامد اللّذان نادى بهما الفقيه **Péquignot** إنّما في رأيه التّوازن المالي هو التّوازن الشّريف بين الالتزامات و الحقوق L'équilibre honnête des obligations et des prestations .

- أمّا في الوطن العربي تبقى فكرة التّوازن المالي هي الأساس الرّاجح عند جمهور الفقه الإداري للتّعويض عن فعل الأمير[2].

إلاّ أنّ فكرة التّوازن المالي، رغم رواجها في القضاء الإداري و عند جمهور الفقه الإداري، لم تسلم هي الأخرى من النّقد؛ حيث يرى بعض الفقه[3] أنّ << نظرية التّوازن المالي للعقد الإداري هي خطرة و غير صحيحة في آن واحد ... أمّا خطورتها تكمن في قوّة امتدادها، حيث تُقدّم كقاعدة شاملة لكل اقتصاديات العقد الإداري، فالفقه لم يقتصر عند إثارتها لتفسير التّعويض الممنوح للمتعاقد جبرا للضّرر الذي ألحقه به التّعديل الانفرادي للعقد من قبل الإدارة، إنّما وسّعها لتشمل تدهور وضعية المتعاقد بسبب فعل، غريب عن العقد، و لا يؤثّر إلاّ على المحيط القانوني، الاجتماعي أو الاقتصادي الذي يُنفّذ فيه>> .

---

(1) - André Delaubadère, Frank Moderne et Pierre Delvolvé, Traité des contrats administratifs, T_1, L.G.D.J, Paris, 1983, p 717.

(2)- د. سليمان الطّماوي، المرجع السّابق،ص654.**انظر أيضا:**- د. محمّد أنس قاسم جعفر، المرجع السّابق، ص 163.

- إبراهيم الشّارف الطّاهر تفوقه،المرجع السّابق،ص 220.- أحمد السّيد محمد محمود عطية،المرجع السّابق،ص 132.

- د.جورج سعد، القانون الإداري العام و المنازعات الإدارية، ط1، منشورات حلب الحقوقية، بيروت، 2006، ص 322.

- د. محي الدّين القيسي، القانون الإداري،ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص 145.

(3) - Saroit Badaoui, op.cit, p 130

إذ يرى الفقيه:

<< Cette théorie de l'équilibre financier du contrat administratif est aussi dangereuse qu'inexacte…Elle dangereuse par sa force d'extension, elle est présentée comme une formule synthétique de toute l'économie du contrat administratif, la doctrine ne s'est pas contentée de l'invoquer pour expliquer l'indemnité accordée au cocontractant pour le préjudice que l'administration lui cause en modifiant le contrat, mais aussi lorsque l'aggravation de la situation du cocontractant provient d'un fait qui, étranger au contrat, n'agit que sur le milieu légal, social ou économique dans lequel il s'exécute >>.(ترجمة حرّة في المتن)

في حين عدم صحّتها– حسب ذات الفقيه[1] – << يبقى قائما حتى في الحالات التي نقصّر فيها تطبيق نظرية التّوازن المالي عندما يكون الضّرر الذي لحق بالمتعاقد كان بفعل السّلطة المتعاقدة و قد أثّر مباشرة على بنود العقد، لانتفاء التّماثل بين الضّرر و التّوازن المالي المختلّ>>.

فعند إبرام العقد و نتيجة لخطأ في الحساب قد يقبل المتعاقد أسعارا غير مجزية لتغطية النّفقات المبذولة. فإذا ما تدخّلت الإدارة أثناء التّنفيذ، فإنّ مرجع القاضي للحكم بالتّعويض هو السّعر الحقيقي وقت تدخّل الإدارة و ليس السّعر الذي قبل به المتعاقد عند الإبرام، هذا من جهة، و من جهة أخرى فإنّ فكرة التّوازن المالي للعقد لا تفسّر التعويض الذي يحصل عليه المتعاقد عندما تقرّر الإدارة إنهاء العقد بإرادتها المنفردة دون خطأ من المتعاقد، فلم يعد هناك عقد حتى يُفترض التّحدّث عن الحفاظ على التّوازن المالي لعقدٍ غير موجود.

و يخلص الفقيه إلى أنّ فكرة التّوازن المالي غرّارة و مدعاة للغموض فالعبارة لا تترجم بجدّ اقتصاديات العقد الإداري... و من ثمّ لسنا بحاجة للجوء لفكرة التّوازن المالي لأنّها مصطنعة و غير صحيحة لتفسير حق المتعاقد في التّعويض.

و لقد ردّ أنصار فكرة التّوازن المالي للعقد [2]على هذه الانتقادات بما يلي:

---

(1) - Saroit Badaoui, op.cit, p131. **حيث يذكر الفقيه:**

<< …Même en limitant l'application de la théorie de l'équilibre financier aux cas où le cocontractant subit un préjudice du fait de l'autorité contractante agissant directement sur les clauses du contrat…la théorie est inexacte ;….>> **Il en déduit que** : << la notion de l'équilibre financier est trompeuse et prête à confusion…En fin de compte, nous ne croyons pas avoir besoin de recourir à l'idée synthétique et inexacte de l'équilibre financier pour expliquer le droit du cocontractant à une indemnité >>.(ترجمة حرّة في المتن)

(2)– **في فرنسا:**

- Georges Vedel et Pierre Delvolvé, Droit administratif, P.U.F, Thémis, 9ème éd.1984, p 422.

Cf :- Jean Rivéro, Jean Waline, droit administratif, 17ème édition, Dalloz, Paris, 1998, p 122.

– **في الوطن العربي:**– د. سليمان الطمّاوي، المرجع السّابق، ص 613.

انظر أيضا:– علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص498.

– أحمد السّيد محمد محمود عطية، المرجع السّابق، ص 126.

فحجّة الخطورة – التي وُصفت بها النّظرية، بالنظر إلى مجالها العامّ و المطلق، كونها تطبّق و تفعّل بالنّسبة للأفعال الصّادرة عن الإدارة المتعاقدة أو عن غيرها– غير مقنعة برأيهم، ذلك أنّ القضاء الإداري قد طبّق النّظرية في حالة التّصرفات الصّادرة عن الإدارة المتعاقدة أو عن غيرها.

في حين نقد عدم صحّتها إنّما هو نقد مبنيٌّ على ملاحظات شخصية، ذلك أنّ المعادلة الرّياضية التي بني عليها الفقيه نقده، هي في حدّ ذاتها منتقدة من قبل جمهور الفقه الإداري، حيث يرون في التّوازن المالي للعقد ذلك التّوازن الشّريف(l'équivalence honnête) لا الحساب الجامد .

أمّا النّقد الأخير و المتمثّل في عجز النظرية عن تفسير التّعويض المستحق للمتعاقد في حالة الإنهاء الانفرادي للعقد دون خطأ من المتعاقد إنّما مردّه المصلحة العامّة.

و من جانبنا نرى بأنّ فكرة التّوازن المالي للعقد هي الأصلح من بين كلّ النّظريات التي نادى بها الفقه الإداري ذلك أنّ التّوازن المالي للعقد هو المبدأ العامّ الذي نشأت عنه نظريات المخاطر الثلاث؛ نظرية فعل الأمير، نظرية الظّروف الطّارئة و نظرية الصّعوبات المادية غير المتوقّعة، فمن يملك الكلّ يملك الجزء.

كما أنّ القيمة القانونية التي أعطاها القضاء الإداري لفكرة التّوازن المالي للعقد تفوق القيمة القانونية للوائح التي تصدرها السّلطة المتعاقدة أو التي تُضمّنها في بنود العقد بغية الإضرار بالمتعامل المتعاقد معها من خلال حرمانه من حقّ إعادة التّوازن المالي للعقد؛ ثمّ أنّ المشرّع الجزائري تبنّي بصريح العبارة فكرة التوازن المالي للصفقة[1].

---

(1) – حيث تنصّ المادة 153 من المرسوم الرّئاسي 247/15 على ما يلي:

<< تسوى النزاعات التي تطرأ أثناء تنفيذ الصّفقة في إطار الأحكام التّشريعية و التّنظيمية المعمول بها. كما يجب على المصلحة المتعاقدة، دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة أعلاه، أن تبحث عن حلّ ودّي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلّما سمح هذا الحلّ بما يأتي: – إيجاد **التّوازن** للتّكاليف المترتّبة على كلّ طرف من الطّرفين....>>

الملاحظ على هذه المادة:

– إلزام المصلحة المتعاقدة بالبحث عن الحلّ الودّي دون المتعامل المتعاقد معها.

– تسبيق الحلّ الودّي على الحلّ القضائي، عكس ما هو في القانون المقارن(الفرنسي) حيث قاضي العقد هو الذي يدعو الطّرفين إلى محاولة إيجاد حلّ ودّي أنظر على سبيل المثال:

- C.E 09 Déc. 1932, req. n° 89655, C[ie] des tramways de Cherbourg, Rec.1050, Concl. Josse.

المبحث الثّاني: صور فعل الأمير

إنّ الطّابع غير التّكافؤيّ للعقد الإداري يمنح للإدارة المتعاقدة جملة من الامتيازات في مواجهة المتعاقد معها، تستطيع أن تُعملها كلّما دعت المصلحة العامّة لذلك، و على هذا الأساس يمكن للإدارة التّدخّل في تنفيذ العقد فتجعله أكثر صعوبة و أكثر إرهاقا.

وهذه التّدخلات قد تكون في شكل تدابير لها صفة عامّة كالقوانين و المراسم التّنظيمية و قد تتّخذ طابعا خاصّا كالقرارات الفردية و التّصرفات المادية و التي يترتّب عليها، في كلتا الحالتين، تعديل التزامات المتعاقد و إثقال كاهله بأعباء جديدة.

هذا بالنّظر إلى طبيعة فعل الأمير، أمّا من حيث أثره على العقد، فقد يؤثّر الإجراء مباشرة على تنفيذ العقد، و يؤدّي الإجراء الإداري المكوّن لفعل الأمير إلى مجرّد التّأثير على ظروف تنفيذ العقد– دون المساس بالبنود التّعاقدية– ممّا يجعلها أكثر إرهاقا على المتعاقد؛ مثل صدور إجراءات من شأنها زيادة أسعار المواد الأوّلية اللاّزمة لتنفيذ المشروع أو زيادة أجور العمّال.

و بطبيعة الحال فإنّ كافة هذه الإجراءات لا تؤدّي إلى تطبيق واحد لنظرية فعل الأمير، بل لا بدّ من البحث، استنادا لحلول الاجتهاد القضائي من جهة، و من خلال التّوجيهات التي قدّمها الفقه في هذا الشّأن من جهة أخرى، لمعرفة أيّ نوع من التّدخلات التي تقوم بها الإدارة يسمح للمتعاقد بالحق في التّعويض.

و الجدير بالذّكر أنّ الفقه الإداري قد أجمع بأنّه ليس من السّهل القيام بهذا البحث، على الرّغم من غزارة قضاء مجلس الدّولة الفرنسي في هذا الخصوص إلاّ أنّه معقّد جدا، و غالبا ما يكون من الصّعوبة بما كان التّفسير الدّقيق لمضمون بعض هذه الأحكام، و ما يترتّب على ذلك من صعوبة استنباط الأفكار و التّقريب بينها. و بذلك تبقى نظرية فعل الأمير من أكثر نظريات العقد الإداري غموضا.

و ترتيبا على ما تقدّم سنتناول بالدّراسة هذا المبحث من خلال المطالب الثّلاثة الآتية:

المطلب الأوّل: فعل الأمير في صورة إجراء خاصّ

يقصد بفعل الأمير في صورة إجراء خاصّ ذلك الإجراء الفردي الخاصّ الذي تتّخذه الإدارة المتعاقدة بموجب سلطتها في التّعديل الانفرادي للعقد و الذي يؤدّي إلى تعديل مباشر في شروط العقد أو قد يقتصر تأثير هذا الإجراء على تعديل شروط تنفيذه ممّا يجعله أكثر إرهاقا للمتعاقد مع الإدارة[1]. ممّا يؤدّي إلى إخلال التّوازن المالي للعقد و من ثمّ فإنّ نظرية فعل الأمير تتمثّل هنا في أجلّ صورها[2] .

و من المسلّم به فقها وقضاءً بأنّ للإدارة المتعاقدة – حرصا منها على حسن سير المرفق العامّ بانتظام و اضطراد– الحق، بل يكون من الواجب عليها أن تتدخّل لتعديل نصوص العقد متى دعت المصلحة العامّة لذلك من خلال الزّيـادة أو النّقصان في التزامـات المتعـامل المتعـاقد معها، دون الحاجة لموافقته و ليس له سوى طلب التّعويض عن الأعباء المالية المترتّبة عن تدخّل الإدارة [3].

و من ثمّ فالإجراءات الخاصّة الصّادرة عن المصلحة المتعاقدة و التي من شأنها أن تلحق ضررا بالمتعامل المتعاقد تُكَوِّنُ فعل الأمير ممّا يفتح أمام المتعاقد الحق في المطالبة بالتّعويض سواء، أَدْخَل هذا الإجراء تعديلا في بنود العقد (الفرع الأوّل) أو كان له تأثيراً في شروط التّنفيذ (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل: الإجراء الخاصّ الذي يمسّ البنود العقدية نفسها

من أهمّ المميّزات التي تستأثر بها الإدارة كطرف في العلاقة العقدية سلطة التّعديل الانفرادي لبنود العقد، وهي شرط استثنائي غير مألوف لو ورد في عقود القانون الخاصّ لأبطلها[4].

---

(1)– أحمد السّيد محمد محمود عطية، المرجع السّابق، ص134. **انظر كذلك:**/– عبسي عبد القادر الحسن، التزامات و حقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامّة، رسالة للحصول على دكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، 1997، ص 260./– د. محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية و آثارها القانونية– دراسة مقارنة في النّظرية و التّطبيق–، ط1، المؤسّسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان 1998، ص 109./– د. نصري منصور نابلسي العقود الإدارية، دراسة مقارنة، ط1، منشورات زين الحقوقية، د.ب 2010، ص700.

(2)– د. سليمان الطمّاوي، المرجع السّابق، ص 631./– د. عمّار عوابدي، القانون الإداري، المرجع السّابق، ص 225.

(3) – علي بن عبد الكريم أحمد السّويلم، فكرة التّوازن المالي للعقد الإداري في المملكة العربية السّعودية، رسالة دكتوراه جامعة عين شمس، 2007، ص 48.

(4)– د. محمود خلف الجبوري، المرجع السّابق، ص 140./– د. نذير بن محمد الطيب أوهاب، المرجع السّابق،ص 92.
– د. عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري، نشاط الإدارة ووسائلها، ط2،منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 194.

و يعود تاريخ الإقرار بسلطة الإدارة في التّعديل الانفرادي لبنود العقد إلى قرار مجلس الدّولة الفرنسي المؤرّخ في 11 مارس 1910[1]. بهذا القرار يكون القضاء الإداري قد كرّس مبدأ قابلية العقود الإدارية للتّبديل الذي سبق و أن قـــرّره فـــي قضية C^ie nouvelle du gaz de Déville-Lès-Rouen [2] و قد أعاد مجلس الدّولة الفرنسي تأييده في قراره المؤرّخ في 02 فيفري 1983 [3] .

و اعتبرت سلطة التّعديل الانفرادي، لمدّة طويلة، النّموذج الأصلي (l'archétype) لامتيازات الإدارة المتعاقدة و الطّابع الرّئيسي لنظام العقود الإدارية [4].

بل هي أبرز الخصائص التي تُميّز نظام العقود الإدارية عـــن نظام العقود المدنية تأسيسا على أولـوية (le primat) المصلحة العامّة التي تتغيّر متطلّباتها في الزّمان و لا يمكن إهدارها بسبب قواعد عقدية غير قابلة للتّعديل [5].

و الإجراءات الخاصّة المكوّنة لفعل الأمير قد تصدر عن الإدارة المتعاقدة (البند الأوّل) أو عن السّلطة التّشريعية (البند الثّاني).

البند الأوّل: الإجراءات الصّادرة عن الإدارة المتعاقدة

تستأثر المصلحة المتعاقدة بجملة من الامتيازات تجاه المتعامل المتعاقد معها لا مثيل لها في قواعد القانون الخاصّ؛ فلها أثناء تنفيذ العقد اتّخاذ العديد من الإجراءات متى دعت المصلحة العامّة واحتياجات المرفق العامّ لذلك، سواء بالزّيادة أو بالنّقص في حجم الالتزامات المتعاقد عليها أو في شروط التّنفيذ أو

---

(1) - C.E 11 Mars 1910, C^ie générale française des tramways, Rec.216, Concl. Blum, G.A.J.A op.cit, p 134.

(2) - C.E 10 Janv. 1902, C^ie nouvelle du gaz de Déville-Lès-Rouen, Rec.5, G.A.J.A, op.cit p 58 note Hauriou.

(3) - C.E 02 Fév. 1983, Union des transports publics urbains et régionaux, précité.

(حيث أقرّ بموجبه مجلس الدّولة الفرنسي، بعبارات واضحة، أنّ سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة ما هي إلاّ تطبيق للقواعد العامّة المطبّقة على العقود الإدارية).

(4) - Manuel Gros, op.cit, p 176.

من بين القرارات الحديثة لمجلس الدّولة الفرنسي في هذا الشّأن راجع:

- C.E 16 Déc. 2013, S^té ESCOTA, n° 369304. Concl. Bertrand Dacosta, inédit au recueil Lebon. Consulté sur site : *https://www.legifrance.gouv.fr* le 08 Nov. 2019 à 10h30mn.

(5) - Jean Rivero, Jean Waline, Op.cit, p 127.

أنظر أيضا:– د. محمود حلمي، المرجع السّابق، ص 71.

في مدّة التنفيذ المتّفق عليها، و قد يصل الأمر إلى الإنهاء المبتسر للعقد. و تعتبر هذه التّدخلات النّموذج المثالي لفعل الأمير أو ما يعرف بالمخاطر الإدارية (Aléas administratifs).

ذلك أنّ القوّة الملزمة للعقد الإداري مرتبطة بمفهوم العقد ذاته، و هو العمل الذي بمقتضاه حدّد الطرفان علاقتهما، فإنّما أبرما العقد لكي يلتزم كلّ منهما بتنفيذه تجاه الآخر.

و إذا كانت للعقد الإداري قوّة ملزمة – ككلّ عقد– فإنّ طابعه الإداري يؤدّي إلى نتائج تصبغ عليه فروقا دقيقة و يبتعد به عن القاعدة المدنية (Pacta sunt servanda).

فإمكانية تملّص الإدارة من موجباتها بالفسخ الانفرادي للعقد يُدين طابعه الإلزامي، و تعديل شروط تنفيذه يُدين ثباته؛ كما أنّ الاعتراف للإدارة بامتيازات خاصّة يُدين المساواة بين المتعاقدين[1]. ذلك أنّ القوة الملزمة للعقد أو كما يسمّى أحيانا بثبات العقود المتعارف عليها في العقود المدنيّة هي على خلاف ذلك في العقود الإدارية، أين يذوب فيها هذا الجمود[2].

على أن يبقى، بالنّسبة للطّرفين، العقد هو شريعة المتعاقدين طيلة مدّة التّنفيذ، و لو أنّ وجود سلطة التّعديل الانفرادي و الفسخ الانفرادي تَحُدُّ من القوة الملزمة للعقد دون أن تُلغيها[3].

و ما تجب الإشارة إليه بهذا الصّدد ما ذهب إليه – بِحَقٍّ– جانب من الفقه[4] بعدم الخلط بين فعل الأمير و سلطة التّعديل الانفرادي، ذلك أنّ فعل الأمير هو النّظرية و الإطار العامّ، بينما سلطة التّعديل الانفرادي يمثّل أحد فروع هذا الإطار؛ بمعنى أنّ فعل الأمير يشمل سلطة التّعديل الانفرادي.

فإعمال الإدارة لسلطتها في التّعديل الانفرادي تُسمّى بالتّعديلات المباشرة لارتباطها مباشرة ببنود العقد أمّا في حالة قيام ذات الإدارة المتعاقدة بإجراء تعديلات إعمالا لسلطتها الضّبطية (البوليس الإداري) أو

---

(1) – جـورج فيديل بيار دالفولفي، القــانون الإداري(ترجمة منصور القاضي)، ج1، ط1، المؤسسة الجامعية للدّراسات والنّشر و التّوزيع، بيروت، لبنان، 2001، ص 344.

(2)– د. محمود خلف الجبوري، المرجع السّابق، ص 142.

(3) - Laurent Richer, op.cit, p 219.

حيث يقول الفقيه:(ترجمة حرّة في المتن)

<< Toute fois, la force obligatoire du contrat, sans être supprimée, est atténuée par l'existence du pouvoir de modification unilatérale et du pouvoir de résiliation unilatérale >>.

(4)– أحمد السّيد محمد محمود عطية، المرجع السّابق، ص137.

إعمالا لامتيازاتها في الحفاظ على حسن سير المرفق العامّ– أي خارج النّطاق التّعاقدي– فالتّعديلات عندئذٍ تسمّى بالتّعديلات غير المباشرة.

و الأمر سيان في كلتا الحالتين– التّعديلات المباشرة و غير المباشرة– فتدخّل الإدارة المتعاقدة يترتّب عليه حقٌ للمتعامل المتعاقد في الحصول على التّعويض الكامل تأسيسا على مبدأ إعادة التّوازن المالي للعقد، لكن ما تجدر الإشارة إليه بعض النّقاط الخلافية التي أثارت جدلا فقهيا:

أوّلا: لم تلقى سلطة التّعديل الانفرادي إجماعا بين الفقه في فرنسا، حيث انتقد بعض الفقه و هاجم حق الإدارة في التّعديل الانفرادي لعقودها[1] فالاجتهاد القضائي بزعمهم لا يعترف للسّلطة الإدارية، في إطار النّظام العقدي، بالحقّ في التّعديل الانفرادي لبنود العقد. في حين ذهب بعضهم[2] إلى أنّ سلطة التّعديل الانفرادي لا تتمتع بها الإدارة إلاّ بمقتضى نصّ قانوني أو عقدي.

مستشهدين بما جاء به قرار مجلس الدّولة الفرنسي الصّادر بتاريخ 11 جويلية 1941 في قضية (Hôpital-Hospice de Chauny)[3] .

إلاّ أنّ الرّد على المشكّكين و المنكرين لسلطة الإدارة المتعاقدة في التّعديل الانفرادي لبنود العقد قد جاء به مجلس الدّولة الفرنسي الذي أعلن بصريح العبارة في قراره الشّهير الصّادر في 02 فيفري 1983[4] بأنّ

---

(1) - Francis-Paul Benoit,<< De l'inexistence d'un pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs >>, J.C.P 1963. I. Doc.1755, n° 10

حيث يقول الفقيه:(ترجمة حرّة في المتن)

<<… la jurisprudence ne reconnait à l'autorité administrative dans le cadre du régime contractuel, le droit de modifier unilatéralement les stipulations du contrat >>.

(2) - Jean L'Huilier, les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'administration ? D.1953, chronique, p 87.

(3) – C.E 11 Juil. 1941, Hôpital-Hospice de Chauny, Rec. 129.

حيث تتلخّص وقائع القضية في أنّ أحد المهندسين كان قد كُلّف، بناءً على عقد، بوضع التّصميمات الخاصّة بإعادة بناء مستشفى و ملجأ مدينة Chauny، و أثناء تنفيذ العقد اضطرته الظّروف إلى تغيير الإقامة خارج المدينة. فعرض على الإدارة المتعاقدة اختيار مساعدا له مقيما بمدينة Chauny حتى يباشر الأعمال المكلّف بها، وافقت اللّجنة الإدارية للمستشفى و الملجأ على ذلك، غير أنّها قرّرت فيما بعد باقتسام الأتعاب المنصوص عليها في العقد مناصفة بين المهندس و مساعده، إلاّ أنّ المهندس رفض ذلك؛ رُفع النّزاع أمام القضاء حيث أصدر مجلس الدّولة الفرنسي قراره فصلا في النّزاع مؤكّدا بأنّ السّلطة الإدارية لا تملك أن تعدّل انفراديا الشّروط العقدية المتّفق عليها. و أنّه يجب على الإدارة المتعاقدة دفع مبلغ الأتعاب المتّفق عليها للمهندس كاملة.

(4) - C.E 02 Fév. 1983, Union des transports publics urbains et régionaux, précité.

سلطة الإدارة في تعديل عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة ما هي إلاّ تطبيق للقواعد العامّة المطبّقة على العقود الإدارية.

و اعتبر القرار السّالف الذّكر من القرارات الهامّة لأنّه وضع حدا للخلاف الفقهي حول تمتّع الإدارة المتعاقدة بسلطة التّعديل الانفرادي لبنود العقد من عدمه.

حيث يرى جانب من الفقه بأنّ << الشّكوك المتبقيّة حول وجود سلطة التّعديل الانفرادي قد بُدّدت نهائيا بقرار اتّحاد النّقل العمومي الحضري و الجهوي>>[1] .

منذ ذلك التّاريخ أصبحت هذه السّلطة بمثابة قاعدة عامّة تطبّق على كافة العقود الإدارية و هو ما أكّده القضاء الإداري في القانون المقارن[2].

ثانيا: إنّ سلطة الإدارة في التّعديل الانفرادي لبنود العقد يقابله حق المتعامل المتعاقد معها في الحصول على التّعويض ضمانا للتّوازن المالي للعقد تأسيسا على نظرية فعل الأمير، باعتبار سلطة التّعديل الانفرادي هي إحدى تطبيقاتها.

إلاّ أنّ هناك اتجاه فقهي[3] يرمي إلى تضييق مجال إعمالها و قصّرها على ممارسة الإدارة لاختصاصاتها غير التّعاقدية، بحيث لا تشمل تطبيقات نظرية فعل الأمير سلطة الإدارة في التّعديل الانفرادي لعقودها.

البند الثّاني: الإجراءات التي تصدر عن المشرّع

---

(1) - Jean François Lachaume, G.D.J.A, P.U.F 12ème éd. 1999, p 315 et suite.

حيث يقول الفقيه:

<< Les doutes subsistant sur l'existence de ce pouvoir de modification unilatérale ont été définitivement levés par l'arrêt union des transports publics urbains et régionaux>>.

(ترجمة حرّة في المتن)

(2)– **حول القرارات القضائية في القانون المقارن راجع:** – علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص334.

و انظر كذلك: – أحمد السّيد محمد محمود عطية، المرجع السّابق، ص144.

(3)– **حول تلك الآراء الفقهية أنظر:**– علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص 174 و ما يليها.

إنّ الفكرة التي نحن بصدد مناقشتها تدور حول فرضية إصدار السّلطة التّشريعية حين ممارستها لاختصاصاتها، قانونا يؤثّر على شروط تنفيذ عقد إداريّ معيّنٍ، إمّا بتعديل بعض بنوده أو بإنهائه نهاية مبتسرة. فهل يمكن في مثل هذه الحالة أن يحصل المتعامل المتعاقد على تعويضٍ – جبرا للضّرر الذي لحقه– من جرّاء صدور قانون، تفعيلا لنظرية فعل الأمير؟

ممّا تجدر الإشارة إليه أنّه من الفقه[1] من يرى – بِحَقٍّ– أنّ البحث في شرعية أو عدم شرعية الإجراءات التي تصدر عن السّلطة التّشريعية في هذا الشّأن، و التي تختلف بحسب اختلاف النّظام الدّستوري من دولة لأخرى، متوقّف على وجود أو عدم وجود جهاز قضائي مختصّ للنّظر في مثل هذه الإجراءات.

و أيّا ما كان الأمر، فإنّ هناك حالة يعتبرها الفقه فرضا نموذجيا لفعل الأمير و المتمثّلة في قرار قديم لمجلس الدّولة الفرنسي في قضية (Sté des publications périodiques) [2] حيث قضى بأنّ : <<الإنهاء المبتسر– حتى لو كان من قبل البرلمان– لاتّفاق مبرم لطباعة و نشر النّشرة الرّسمية للبلديات لا يمكنه أن يمسّ بحق النّاشر في التّعويض جبرا للضّرر الذي لحقه جرّاء ذلك>> .

و يرى الأستاذ **ثروت بدوي**[3] بأنّ << القاضي لا يمكنه أن يخالف إرادة المشرّع في حالة ما إذا عبّر هذا الأخير صراحة أو ضمنا عن إرادته بعدم منح تعويضٍ عن الضّرر المترتّب عن إصدار القانون>>.

---

(1) – أحمد السّيد محمد محمود عطية، المرجع السّابق، ص218.

و انظر كذلك:

– علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص336.

(2) - C.E 12 Fév. 1886, req. n° 64947,Sté des publications périodiques, Concl. Chante-Gellet, Rec.137.Consulté sur site : https://www.gallica.bnf.fr le 06 Déc.2020 à 12h00mn.

(من بين ما جاء فيه بالفرنسية):

Le conseil d'État a jugé que :<< La résiliation avant l'expiration de son terme, d'un traité passé pour l'impression et la publication du Bulletin officiel des communes, bien qu'elle eût été ordonnée par le parlement, ne pouvait porter atteinte au droit de l'imprimeur à une indemnité pour le dommage qu'il avait éprouvé >>.(ترجمة حرّة في المتن)

(3) - Saroit Badaoui, op.cit, p 161. **حيث يذكر الأستاذ:**

<< Le juge ne se permet pas d'aller à l'encontre de la volonté du législateur, l'indemnité sera refusée dans le cas où celui-ci a, expressément ou tacitement, exprimé sa volonté de ne pas allouer une réparation pour le préjudice causé par la promulgation de la loi >> .

و جدير بالتّذكير، بهذا الصّدد، أنّه نظرا للقوة القانونية للتّشريع في القانون الوضعي الفرنسي فإنّها تضع على المحكّ المبدأ الأساسي القاضي بعدم المساس (l'intangibilité) بالوضعيات التّعاقدية كلّما كان هناك تعارض بين القانون و العقد.

فليس للمحاكم أن ترفض تطبيق القانون الذي يعفي الذّمة المالية الإدارية من كلّ أو بعض الأعباء المترتّبة عليها بسبب عقد مبرم مع أحد الخواصّ[1].

و هو ما قضى به مجلس الدّولة الفرنسي في قرّاره الشّهير في قضية الشّركة الجزائرية [2] حيث تتلخّص وقائعه أنّه بناءً على اتّفاق (عقد) أُبرم بين الشّركة الجزائرية و الدّولة الفرنسية يقضي بالتزام الشّركة بإقراض الدّولة مبالغ مالية لاستعمالها لإنجاز أشغال كبرى ذات منفعة عامّة بالجزائر، و التزام الدّولة بتسديدها سنويا لمدّة خمسين عاما في شكل أقساط بنسبة فائدة 5.25% تدفع للخزينة، ممّا يُمكّن الشركة من اهتلاك التزاماتها، تجاه الخزينة، و المتربة عن اقتناء الأموال.

وقبل انقضاء الخمسين سنة المحدّدة في العقد كأجل للتّسديد، صدر قانون المالية بتاريخ 26 ديسمبر 1892 حيث نصّت المادّة 15 منه على أنّ رأس المال المتبقي في ذمّة الدّولة لفائدة الشّركة سيتّم تسديده مسبقا مع فوائده محسوبة حتى تاريخ التّسديد.

حلّت la C^ie algérienne محلّ la S^té algérienne التي كانت في حالة تصفية بتاريخ 24 نوفمبر 1877، حيث ادّعت أنّ المشرّع بفرضه التّسديد المسبق للدّين يكون قد خرق اتفاق 1865.

و في تعليقه حول هذه القضية تساءل مفوض الحكومة Arrivière حول الأجل المحدّد للتّسديد هل هو مقرّر حصريا لفائدة المدين(الدّولة) أو للفائدة المزدوجة (المدين و الدّائن)؟

و تبيّن بأنّ الأجل مقرّر لفائدة الطّرفين– الدّولة و الشّركة– فقرّر مفوّض الحكومة بأنّه ليس للدّولة من وجه حق للتّحرّر المسبق من التزاماتها دون موافقة من دائنها.<< فالدّولة المرتبطة باتّفاق 1865، ليس لها

---

(1) - Saroit Badaoui, op.cit, p 157.

حيث يقول الفقيه:

<< Les tribunaux ne se permettent pas de refuser l'application d'une loi qui exonérerait un patrimoine administratif de tout ou partie des charges qui pèseraient sur lui en vertu d'un contrat passé avec un particulier >>.(ترجمة حرّة في المتن ص 49)

(2) - C.E 07 Déc. 1894, req. n° 80955, C^ie algérienne, Concl. Arrivière, Rec.661,.

الحقّ أن تتحرّر من الالتزامات التي أبرمتها بكلّ حرّية و بطريقة قانونية>> [1]. و نظرا لأنّ القانون الفرنسي لا يخوّل للقضاء الاختصاص للنّظر في عدم مشروعية القانون فلم يكن أمام مجلس الدّولة إلاّ الانصياع للقانون الذي كان هدفه المباشر و المقصود- بحقٍّ أو بغير حق- (à tort ou à raison) التّسديد المسبق للأقساط المتبقيّة لفائدة الشّركة الجزائرية.

حيث يضيف مفوّض الحكومة بأنّه << ليس للقاضي الإداري و لا العادي الاختصاص للنّظر في أعمال السّيادة >>[2] .

و بناءً عليه قضى مجلس الدّولة بعدم الاختصاص و من بين ما جاء في قراره:

<<حيث أنّ المادة 15 من قانون 26 ديسمبر 1892 تنصّ على التّسديد المسبق لدين الدّولة قبل الشّركة العامّة الجزائرية و أنّ هذا النّص التّشريعي لا يمكن مناقشته قضائيا، فليس لمجلس الدّولة أن يقضي في طلب التّعويض المقدّم من قبل الشّركة بسبب حرمانها من المزايا التي كانت ستنتج عن طريق التّسديد بالأقساط مثلما كان منصوصا عليه في عقد 1965>>[3].

---

(1) - Concl. Arrivière sous C.E 07 Déc. 1894, op.cit, Rec.661. << L'État lié par la convention de 1865, ne pouvait, en droit, se dégager des obligations qu'il avait librement et régulièrement contractées >>.

(2)- Concl. Arrivière sous C.E 07 Déc. 1894, op.cit, Rec.661.

و قد جاء فيه:

<< Le juge, qu'il soit administratif ou judiciaire, ne peut connaître ces actes de souveraineté >>

(ترجمة حرّة في المتن)

(3) - C.E 07 Déc. 1894, C^ie Algérienne susdit :

و قد جاء فيه:

<< Considérant que l'article 15 de la loi du 26 Déc. 1892 a ordonné le remboursement par anticipation de la dette de l'État envers la société générale algérienne, que cette disposition législative ne peut être discutée par voie contentieuse, et qu'il n'appartient pas au conseil d'État de statuer sur la demande d'indemnité formée à raison de la privation des avantages qui résultaient du mode de paiement par annuités tel qu'il est était prévu au contrat de 1865… >>.

غير أنّه على سبيل الاستئناس لا المقارنة، نذكر بأنّه في القوانين المقارنة ما يخالف النّظام القانوني الفرنسي في هذا المجال، حيث من الفقه[1] من يذكر أنّه قبل إنشاء مجلس الدّولة المصري، اعترف القضاء المصري لنفسه الاختصاص بمراقبة دستورية القوانين.

فاحترام الحقوق المكتسبة هو مبدأ سامي في القانون، سواء تضمّنه الدّستور أم لا، فهو يُفرض على المشرّع، و من ثمّ يعدّ غير دستوري القانون الذي يمس بالحقوق الناشئة عن عقد. و للمحاكم سلطة و واجب عدم تطبيقه[2].

و لمزيد مـن التّنوير نذكر قـرار محكمة الاستئنـاف المزدوج[3] الذي دعّم به الأستـاذ **ثروت بدوي** مذهبه و وصفه بالقرار المُمَيَّز و المدوّي (caractéristique et retentissant):

حيث تعود وقائعه إلى الحقبة التي كانت فيها مصر، قبل الحرب العالمية الأولى، تابعة للدّولة العثمانية و كانت تدفع لهذه الأخيرة جزية سنوية. و بتاريخ 21 فيفري 1891 أُبرم عقد قرض بين الدّولة العثمانية و(N.M Rothschild & Sons) et Consorts موسوم بـــ: القرض العثماني 4% عن الجزية المصرية.

---

(1) - Saroit Badaoui, op.cit, p 156.

و انظر كذلك:

- أحمد السّيد محمد محمود عطية، المرجع السّابق، ص219.

(2) - Saroit Badaoui, op.cit, p 158.

حيث يذكر الفقيه:

<< Le respect des droits acquis est un principe supérieur du droit, inscrit ou non dans la constitution, il s'impose au législateur. Par conséquent, sera déclarée inconstitutionnelle (contraire au droit) la loi qui porte atteinte aux droits nés d'un contrat. Les tribunaux ont le pouvoir et le devoir de refuser son application >>.

(3) - Cour d'Appel Mixte 29 avril 1926, B.38.370, Gouv. égyptien C/. N.M. Rothschild & Sons et Consorts.(ذكره ثروت بدوي في رسالته المشار إليها سابقا، ص 158)

و بموجب مرسوميّ: 20 مارس 1891 و 20 ماي 1894 تعهّدت الحكومة المصرية بأن تدفع مباشرة لمؤسّسة Rothschild لمدّة زمنية محدّدة (61 سنة أي لغاية 1955) المبالغ المقتطعة من الجزية التي في ذمّة مصر لفائدة الدّولة العثمانية.

و في 1924 صدرت توصية صادق عليها البرلمان بغرفتيه، اعتمدته الحكومة المصرية– المتحرّرة من التّبعية العثمانية منذ 1924– و بموجبه امتنعت عن تسديد المبالغ المشار إليها أعلاه و قامت بإيداعها لدى البنك الوطني المصري لغاية الفصل النّهائي في القضية.

عرض النّزاع على القضاء الذي حكم باستمرار الحكومة المصرية بدفع المبالغ المتّفق عليها لصالح مؤسّسة Rothschild.

و في تعليقه على هذا الحكم يرى الأستاذ **ثروت بدوي**[1] بأنّه سليم في الميدان القانوني المحض. حيث يتعيّن على المحاكم احترام العقود الملزمة للدّولة. فلا توجد سلطة مهما علا مركزها– حتى و لو كان المشرّع نفسه– تستطيع المساس بالنّصوص التّعاقدية الملزمة.

ذلك أنّ احترام الحقوق المكتسبة من المبادئ السّامية في القانون.

و بالطّبع فإنّ القاضي – في مثل هذه الحالات له سلطة الإحالة إلى الهيئة الدّستورية (مجلس أو محكمة) لكي تفصل في دستورية القانون، متى تراءى له ذلك ضروريا للبتّ في القضية المعروضة عليه[2] .

و جدير بالإشارة في هذا المقام بأنّ المحكمة الدّستورية في الجزائر هي الهيئة التي أصبحت تسهر على رقابة مدى دستورية القوانين[1] خلفا للمجلس الدّستوري.

---

(1) - Saroit Badaoui, op.cit, p 160.

حيث يذكر الفقيه:

<< La situation donnée par la cour d'appel mixte est, croyons nous inattaquable sur le terrain purement juridique. Les tribunaux doivent respecter et sanctionner les contrats qui obligent l'État. Aucune autorité si haut placée soit- elle, pas même le législateur ne peut porter atteinte au titre contractuel obligatoire >>. (ترجمة حرّة في المتن).

(2)– علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص 338.

الفرع الثّاني: الإجراءات الخاصّة التي تؤثّر في ظروف تنفيذ العقد

عندما تتدخّل الإدارة المتعـاقدة بموجب تدابير و إجـراءات خـاصّة لا تهدف إلى تعديل أوضاع العقد و شروطه بصورة مباشرة، و لكن قد يؤدّي هذا التّدخّل إلى تغيير في ظروف تنفيذ الصّفقة بما يزيد في أعباء المتعامل المتعاقد و يلحق به أضرارا لم تكن متوقّعة عند إبرام العقد. يتساءل جانب من الفقه [2]– في مثل هذه الحالة– هل يستطيع المتعاقد أن يثير تطبيق نظرية فعل الأمير و يطالب بالتّعويض على هذا الأساس؟

للإجابة على هذا السّؤال لا بُدّ من التّطرّق إلى التّطبيقات القضائية لهذا النّوع من التّدابير و الإجراءات الخاصّة.

البند الأوّل: تدابير و إجراءات الرّقابة و التّوجيه

من أكثر العناصر المميّزة للعقد الإداري تَضَمُّنه لشروط استثنائية غير مألوفة في روابط القانون الخاصّ.

و من ثمّ تتجلّى مساحة الهيمنة التي تضفيها الإدارة المتعاقدة على امتيازاتها المقرّرة في الصّفقة العمومية؛ من أبرز هذه الامتيازات سلطتها في الإشراف و الرّقابة و التّوجيه[3] .

فالأصل أنّ للمتعامل المتعاقد حق اختيار وسائل تنفيذ التزاماته إلاّ أنّ للإدارة المتعاقدة سلطة توجيه أعمال التّنفيذ على النّحو الذي تفضّله،لا سيما في العقود ذات الأهميّة مثل عقود الأشغال العامّة[4].

و لسلطة الإدارة في الرّقابة على المتعامل المتعاقد معها معنيان[5]:

---

(1)– تمّ إنشاء المحكمة الدّستورية لأوّل مرّة بموجب المادّة 185 من دستور 2020 الصّادر في 15 جمادى الأولى 1442هـ الموافق 30 ديسمبر 2020م، ج ر العدد 82.

(2)– د. محمود عبد المجيد المغربي،المرجع السّابق،ص 111.

انظر أيضا:– د. نصري منصور نابلسي، المرجع السّابق، ص 702.

(3)– حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التّطبيق العملي(المبادئ و الأسس العامّة)، د.ط. منشأة المعارف الإسكندرية، د.ت، ص 205.

(4)– د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية و التّحكيم، د.ط، دار الجامعة الجديدة للنّشر، الإسكندرية، 2004، ص 112.

(5)– أ. د علي خطّار شطناوي، الوجيز في القانون الإداري، ط1، دار وائل للنّشر، عمّان،الأردن، 2003، ص 714.

أوّلا: المعنى الضّيق: حيث تقتصر الرّقابة، وفقا له، على التّحقّق من مباشرة تنفيذ العقد وفقا للشّروط المتّفق عليها، و يكون بذلك حق الرّقابة مرادفا لحق الإشراف. و تدخّل الإدارة المتعاقدة وفقا للمعنى الضيّق(Stricto sensus) يأخذ صورتان: صورة أعمال مادّية و صورة أعمال قانونية[1] . فالأعمـــال المادّية تشمل الزّيارات الميدانية لمهندسيّ الإدارة للورشات أو استلام الوثائق و الاطّلاع عليها و فحصها أو بإجراء التّحرّيات و فحص المواد المستعملة و الوقوف على مدى جودتها[2] .

كما تتم المراقبة بالمصادقة على المخطّطات و مراقبة احترام قواعد الأمن في الورشة و احترام المقاول لقواعد العمل، كما للمصلحة المتعاقدة أن تراقب نوعية و كمّية اللّوازم و المعدّات[3]، كلّ ذلك تمهيدا لتسلّم العمل عند إنجازه و مكمّلا لرقابة الفحص اللاّحقة عند التّسليم[4].

أمّا الأعمال القانونية فتتمثّل في الأوامر التّنفيذية و التّعليمات أو الإنذارات التي تصدرها المصلحة المتعاقدة للمتعاقد معها لتقويم نشاطه بما يجعله أكثر توافقا مع شروط العقد.

ثانيا: المعنى الواسع: حيث تتجاوز سلطة الرّقابة مدلولها الضّيق إنّما تتعدّاه بما يسمح لها بالتّدخل في تنفيذ العقد و توجيه عمليات التّنفيذ. فتعاقد الإدارة مع الأفراد لا يعني تخلّيها عن مسؤوليتها لصالح المتعاقد معها، إنّما تعاونه في تسيير المرفق تحت إشرافها و رقابتها من خلال الأوامر و التّعليمات التي تصدرها إليه[5] .

و انظر أيضا:

– أحمد السّيد محمد محمود عطية، المرجع السّابق، ص222.

(1)– د. عبد الحميد الشّواربي، العقود الإدارية في ضوء الفقه–القضاء–التّشريع، د.ط، منشأة المعارف، الإسكندرية 2003، ص 34.

(2)– د. خالد خليل الظّاهر، القانون الإداري (دراسة مقارنة)، الكتاب الثّاني، ط1 ، دار المسيرة للنّشر و التّوزيع و الطّباعة عمّان، الأردن، 1997، ص 258.

(3) – Christophe Lajoye, Droit des marchés publics, Berti éditions, Alger, 2007, p 171.

و انظر أيضا:

– عبابسة نور الدّين، مذكّرة الماجستير، المرجع السّابق، ص 9.

(4)– د. سليمان الطّماوي، المرجع السّابق، ص 454.

(5) – د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السّابق، ص 237.

و هذه الإجراءات التي تؤثّر على ظروف تنفيذ العقد تتيح للمتعاقد الذي أصابه ضرر من جرّائها حق المطالبة بالتّعويض استنادا لنظرية فعل الأمير، وهو ما قضى به مجلس الدّولة الفرنسي في قراره الصّادر في قضية (Fromassol)[1] .و تتعلّق القضية بالنّفقات التي تكبّدها أحد المتعاملين المتعاقدين مع الإدارة وذلك إثر صدور قرار عن وزير الحرب يقضي بزيادة تعريفات الأجور النّافذة لعمّال المتعاقد في مشروعات التّوريد للدّولة. حيث استبعد مجلس الدّولة التّعويض استنادا إلى أنّ قرار الوزير لم يفعل سوى تفسير تغيير ضروري أملته ظروف اقتصادية.

البند الثّاني: إجراءات الضّبط الإداري

يقسّم الفقه الإداري نشاط الإدارة العامّة إلى قسمين؛ القسم الأوّل يظهر في شكل نشاط إيجابي تجاه الأفراد من خلال سهرها على تلبية و إشباع حاجات الجمهور بإنشاء المرافق العامّة و ضمان حسن سيرها بانتظام و اضطراد.أمّا القسم الثّاني يبرز في شكل نشاط سلبي للإدارة العامّة قِبَل الأفراد من خلال تقييد حرّيتهم حفاظا على النّظام العامّ، وهو ما يعرف بالضّبط الإداري أو البوليس الإداري.

حيث يرى جانب من الفقه بأنّ الإجراءات المتعلّقة بالضّبطية الإدارية تشكّل المثال النّموذجي للتدابير القادرة على المساس بشروط تنفيذ العقد دون أن يكون لها أي تأثير على بنوده[2] .

و من ثمّ يثار التّساؤل عن إمكانية مطالبة المتعاقد مع الإدارة– المتضرّر من إجراء الضّبط الإداري– بالحق في التّعويض إعمالا لنظرية فعل الأمير؟ ذلك أنّه، على خلاف إجراءات الرّقابة و التّوجيه، تعتبر الإجراءات الخاصّة الصّادرة عن الإدارة المتعاقدة، بمقتضى سلطتها الضّبطية، تدابير خارج النّطاق التعاقدي.

و لقد استقرّ الفقه الإداري[1] على أنّ إجراء الضّبط الإداري في صورة قرار فردي خاصّ– و ليس في شكل إجراء عامّ أو تنظيمي– و الذي ألحق بالمتعامل المتعاقد ضررا، هو الذي يفتح أمامه باب المطالبة بالتّعويض إعمالا لنظرية فعل الأمير.

---

(1) - C.E 03 Déc. 1920, Fromassol, Rec.1036, précité.

(2)– د. عبد المجيد المغربي، المرجع السّابق، ص112.

أنظر أيضا:

– د. نصري منصور نابلسي،المرجع السّابق، ص 703.

و المثال الرّائج في المؤلّفات الفقهية تلك الأوامر الصّادرة من جهة الإدارة– باعتبارها سلطة ضبط– للملتزم بنقل أسلاك الكهرباء إلى أماكن أخرى لدواعي الأمن و الحفاظ على السّلامة العامّة و لمصلحة شبكة الطّرق[2].

إلاّ أنّه تجدر الإشارة بأنّ مجلس الدّولة الفرنسي لم يستقّر، في جميع قراراته الصّادرة في هذا الشّأن، على منح التّعويض إعمالا لنظرية فعل الأمير، ذلك أنّه في بعض الحالات – استنادا لاعتبارات مختلفة– قد رفض التّعويض:

إمّا أنّ دفاتر الشّروط قد تُحمّل المتعامل المتعاقد النّتائج المترتّبة عن هذه الإجراءات[3] أو أنّ التّدبير الضّبطي صادر عن إدارة عامّة غير الإدارة المتعاقدة[4].

و يعتبر هذا القرار سابقة بشأن استبعاد حصول المتعاقد على التّعويض عن الضّرر النّاتج عن تدبير الضّبط الإداري إذا ما كان هذا الإجراء صادرا عن إدارة عامّة غير تلك المتعاقدة.

إلاّ أنّ وجهة النّظر هذه(تجزئة شخصية الدّولة) لم تعد مقبولة في الوقت الحاضر، حيث الاتّفاق على أنّه لا يعترف في الدّولة إلاّ بشخصية واحدة غير قابلة للانقسام[1].

---

(1)– د. عبد المجيد المغربي، المرجع السّابق، ص 112.

أنظر أيضا:

– د. نصري منصور نابلسي، المرجع السّابق، ص 703.

(2) - C.E 22 Mars 1944, req. n°72213, S.A « Énergie électrique de la basse-Loire», Rec.95.

(3)– **حول هذه الحالة راجع:**– علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص 343.

أنظر أيضا:

– أحمد السّيد محمد محمود عطية، المرجع السّابق، ص227.

(4) - C.E 19 Mai 1865, req. n° 36070, Mony de Montmort, Concl. Aucoc, Rec.554.
Consulté sur site : https://www.gallica.bnf.fr le 06 Déc.2020 à 12h30mn.

و ممّا جاء فيه:

أنّ مجلس الدّولة الفرنسي رفض التّعويض عن قرار أصدره وزير الحرب بفسخ عقد مبرم مع أحد المقاولين لإنشاء مرفق عامّ للجيش، حيث قضى بأنّ هذا الإنهاء المبتسر للعقد يصعب تجنّبه بسبب إصدار وزير الدّاخلية قرار سحب إذن الوقوف الضّروري حتى يُمكن تنفيذ العقد، مبرّرا رفضه لمنح التّعويض عن الفسخ بأنّ وزير الحرب يعتبر أجنبيا عن قرار سحب التّرخيص بالوقوف، حيث اعتبر تصرّف وزير الدّاخلية منفصلا و مستقلا تماما عن تصرّف وزير الحرب، ذلك أنّ كل وزارة مستقلّة عن الأخرى و مسؤولة عن تصرّفاتها فقط.

و في ذات السّياق، حكم مجلس الدّولة الفرنسي، في قضية Gille et Bellet [2] و المتعلّقة بصفقة أشغال عمومية لصالح وزارة الحرب– و تبعا للشّغب الذي أثاره عمّال إيطاليون في الورشات أمر وزير الدّاخلية بطردهم–بأنّه يترتّب على المقاولين تحمّل النّتائج دون المطالبة لا بالتّعويض و لا بفسخ عقودهم.

و من نافلة الذّكر الإشارة أنّه في وقت ما كان الاجتهاد القضائي (الإداري و المدني) يُميّز بين الدّولة كسلطة عامّة و الدّولة كشخص معنوي.(la distinction entre l'État puissance publique et l'État personne morale) و من ثمّ لا يمكن إثارة مسؤولية الإدارة المتعاقدة عن تصرّفات الإدارة كسلطة عامّة بما لها من سلطات ضبطية؛ إلاّ أن هذا الاجتهاد القضائي لم يعد صالحا– على حدّ تعبير الأستاذ **ثروت بدوي**–[3] (jurisprudence périmée)، في الوقت الحاضر.

ممّا سبق، فنحن نؤيّد ما ذهب إليه الأستاذ **ثروت بدوي**[4]، حيث يرى بأنّ المسؤولية تستوجب التّحميل و لا يمكن للإدارة المتعاقدة أن تكون مسؤولة عن تصرّفات هي غريبة عنها. كما لا يمكن إعمال مسؤولية السّلطة الضّبطية الغريبة عن العقد، طالما أنّ الإجراء الذي اتخّذته قانونيا.

و من ثمّ لا يرتّب أي تعويض؛ ذلك أنّ المتعامل المتعاقد مع الإدارة –مثله مثل بقيّة المواطنين– يبقى خاضعا للتدابير الضّبطية. بل إنّ مبدأ التّعويض رُفض من قبل مجلس الدّولة الفرنسي حتى في الحالات التي كان فيها الإجراء الضّبطي صادرا عن الإدارة المتعاقدة[5] .

---

(1) - Saroit Badaoui, op.cit, p 162.

حيث يذكر الأستاذ:

<< … cette manière de voir n'est plus admise aujourd'hui, on s'accorde pour ne reconnaître dans l'État qu'une seule personne indivisible >>.

(2) - C.E 29 Avril 1898 req. n°87384, Gille et Bellet, Concl. Jagerschmidt, Rec.341.

(3) - Saroit Badaoui, op.cit, p 164.

(4) - Ibidem, p 164.

(5) - C.E 17 Avril 1896, req. n° 76306, Crillon, Concl. Jagerschmidt, Rec.335.**Cf.** :

- C.E 10 Mars 1907, req. n° 9406, Min.des T.P. C/ Granges, Concl. Arrivière, Rec.437.

و قد جاء فيه:

<< Considérant que l'exercice par l'administration de ses pouvoirs de police et notamment les mesures prises par elle en prévision des accidents qui pouvaient être occasionnés par le lançage du pont n°3 ne sauraient ouvrir en faveur du sieur Granges aucun droit à indemnité >>.

و قد رأى – بِحَقٍّ– جانب من الفقه في هذا الحلّ (إعفاء الإدارة من مسؤولية التّعويض) بالرّغم من أنّ التّدبير الضّبطي كان خاصّا و قد مسّ مباشرة بالوضعية التّعاقدية للمتعامل المتعاقد إلاّ أنّه لم يمسّه بصفته تلك (en tant que tel) بل كمواطن يمارس نشاطا معيّنا خاضعا للسّلطة الضّبطية [1].

البند الثّالث: عمليات الأشغال العمومية

قد تقوم الإدارة بعمليات تتعلّق بالأشغال العمومية مما يؤدّي إلى اضطرابات و أضرار تلحق بالمتعاقد أثناء تنفيذ الصّفقة، و عندئذ يستحقّ المتعامل المتعاقد تعويضا على أساس نظرية فعل الأمير ما لم تتناول بنود العقد تنظيم هذا الموضوع[2] .

و يشير الفقه[3] بأنّ مجلس الدّولة الفرنسي قد شهد تحوّلا ملحوظا في هذا الشّأن، حيث برزت مرحلتين:

في المرحلة الأولى: أخذ مجلس الدّولة– في قراراته– بعين الاعتبار أهمّية الأشغال و النّتائج المترتّبة عليها. و منح الحق في التّعويض فقط لتلك الأشغال التي تتعدّى، وفقا لطبيعتها أو لأهميّتها، كلّ تّوقعات المتعامل المتعاقد لحظة إبرام العقد [4].

أمّا في المرحلة الثّانية: فقد اعتمد المجلس معيار المصلحة الأَوْلَى بالحماية، بمعنى التّمييز بين الأشغال المنجزة لصالح القطاع الذي يشغله المتعامل و تلك المنفّذة لأيّ مصلحة أخرى. فالفئة الأولى من الأشغال

---

(1) - Saroit Badaoui, op.cit, p 164.

(2)– **راجع:**– د. سليمان الطّماوي، المرجع السّابق، ص 632.

انظر كذلك:

– د. عبد المجيد المغربي، المرجع السّابق، ص 114. /– علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص344.

– أحمد السّيد محمد محمود عطية، المرجع السّابق، ص229./– د. نصري منصور نابلسي، المرجع السّابق، ص 702.

(3) - André Delaubadère, Frank Moderne et Pierre Delvolvé, T.C.A.T$_{II}$, 2^{è} éd.L.G.D.J, Paris 1984, p 549.

أنظر أيضا:– علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص 344.

– أحمد السّيد محمد محمود عطية، المرجع السّابق، ص229.

(4) - C.E 22 Mars 1944, S.A « Énergie électrique de la basse-Loire», précité.

لا تمنح الحق في التّعويض مهما بلغت أهميّتها حتى و لو لم تكن متوقعة في مرحلة إبرام الصّفقة[1]، أمّا الفئة الثّانية فتفتح للمتعاقد دائما الحق في المطالبة بالتّعويض استنادا لنظرية فعل الأمير[2].

البند الرّابع: الأعمال المادّية الصّادرة عن الإدارة المتعاقدة

ساوى قضاء مجلس الدّولة الفرنسي بين الأعمال المادّية التي تقوم بها الإدارة و المرتّبة ضررا للمتعاقد معها و بين القرارات الصّادرة عن ذات الجهة الإدارية[3]. حيث يستشهد الفقه الإداري[4] على ذلك بما جاء في قراره الصّادر في قضية Ville d'Ajaccio [5] حيث قضى بأنّه <<...أثناء تنفيذ العقد...واجهت الشّركة صعوبات لم تكن متوقّعة عند إبرام العقد...و أنّ مصدر هذه الصّعوبات يعود لتلك الإنشاءات الجديدة التي قامت بها المدينة ممّا تسبّب في ارتفاعٍ كبيرٍ لنفقات الشّركة...و من ثمّ فإنّ مبلغ تلك النّفقات الإضافية، تتحمّله، بإجماله، المدينة...>>.

إلاّ أنّه تجدر الإشارة بأنّ هناك بعض الحالات، ذكرها الفقه الإداري[6]، يمكن أن تندرج ضمن مجال الإجراءات الخاصّة التي تؤثّر على ظروف تنفيذ العقد؛ و مع ذلك لم يمنح مجلس الدّولة الفرنسي التّعويض عنها.

و قد استدل الفقه الإداري، في هذا الشّأن، بجملة من القرارات القضائية لمجلس الدّولة الفرنسي[1] و يمكن تلخيص ما ورد في قرارات مجلس الدّولة، المذكورة أدناه، في حالتين:

---

(1)- **حول القرارات القضائية في هذا الشّأن أنظر:**- علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص 345.

(2)- **راجع في ذلك:** - أحمد السّيد محمد محمود عطية، المرجع السّابق، ص230.

(3) - André Delaubadère, Frank Moderne et Pierre Delvolvé, T.C.A.T II, op.cit, p 550.

(4) - Ibidem. p 550.

و انظر كذلك: - أحمد السّيد محمد محمود عطية، المرجع السّابق، ص230.

(5) - C.E 23 Avril 1948, Ville d'Ajaccio, R.D.P 1948, p 603, note G.Péquignot

من بين ما جاء فيه بالفرنسية: (ترجمة حرّة في المتن)

<<...la société a rencontré des difficultés qui étaient imprévisibles lors de la conclusion du contrat..., que ces difficultés provenaient de l'exécution de la ville d'installations nouvelles qui ont imposé à la société un surcroît important de dépenses...le montant des dépenses supplémentaires doit être supporté en totalité par la ville... >>

(6)- **أنظر في ذلك:** - د. سليمان الطّماوي، المرجع السّابق، ص633.

- أحمد السّيد محمد محمود عطية، المرجع السّابق، ص230.

- د. عبد المجيد المغربي، المرجع السّابق، ص 115.

أوّلا: قد تتعاقد الإدارة مع بعض الخواصّ و يتضمّن العقد في بنوده تعهّد الإدارة بأن تضع تحت تصرّف المتعاقد معها عدد معيّن من المساجين أو الموقوفين في سجن معيّن. فإذا ما عمدت الإدارة إلى سحب بعض هؤلاء المساجين، ممّا يؤدّي إلى انتقاص اليد العاملة لدى المتعامل المتعاقد، فليس لهذا الأخير الحق في المطالبة بالتّعويض عن ذلك، سواء أكان مردّ هذا التّصرف إلى تحويل المساجين من سجن لآخر أو إلى تعديل في قانون العقوبات.

فمثل هذه العقود–حسب بعض الفقه[2]– يجب أن تُفهم حسب طبيعتها و الشّروط التي أُبرمت في ظلّها فالسّحب اللاّحق– و لو كان قاسيا– لجزء من اليد العاملة لا يمكن اعتباره غير متوقّع، و من ثمّ فإنّ التّصرف هنا يكون متوقعا، ممّا يُفقد النّظرية شرطا أساسيا من شروط تطبيقها[3].

ثانيا: أمّا الحالة الثّانية التي استبعد فيها مجلس الدّولة الفرنسي تطبيق نظرية فعل الأمير، و من ثمّ رفض طلب التّعويض، عندما أثار فيها المتعاقد إمّا ارتفاع أسعار البضاعة محلّ التّعاقد نتيجة لتدخّل الإدارة في السّوق و قيامها بشراءٍ كثيفٍ Achats massifs للسّلع موضوع التّعاقد، ممّا أدّى إلى ارتفاع الأسعار، أو نتيجة لقيام الإدارة بإنجاز أشغال في منطقة محاذية لتلك التي يقوم فيها المتعاقد بتنفيذ الصّفقة أو لأنّ الإدارة دفعت، في عقود مماثلة أجورا مرتفعة.

و قد برّر العميد **Hauriou** في تعليقه على قرار Prévet[4] رفض التّعويض في هذه الحالات على أساس أنّ فكرة فعل الأمير تفترض أن يصدر الفعل عن الإدارة كسلطة عامّة و ليس كمتعاقد عاديّ.

و قد أيّده في طرحه الأستاذ **ثروت بدوي** حيث يرى:

---

(1) - C.E 03 Avril 1903, req. n° 97870, Sieurs Mistral et Pavie, Concl. Teissier, Rec.306.
- C.E 14 Janv. 1920, req. n° 49183 et 49184,Galby et Coulomme, Concl. Ripert, Rec.25.
- C.E 11 Mars 1925, req. n° 70300, Perrier C/ Ministre de la guerre, Concl. Berget, Rec.259.
- C.E 26 Déc.1951, Durant et Poitevin, Rec.617.

(2) - André Delaubadère, Frank Moderne et Pierre Delvolvé, T.C.A.T$_{II}$, op.cit, p 551.

حيث يذكر الفقيه:

<< la non application de la théorie du fait du prince peut donc s'expliquer ici par l'absence de la condition d'imprévisibilité…>>.

(3)حول شروط تطبيق النّظرية أنظر المبحث الثّالث من هذا الفصل.

(4) - C.E 08 Mars 1901, req. n° 97934, Sieurs Prévet et C^{ie}. Concl. Saint-Paul / S.1901.3.73 note Hauriou.

<< بأنّ المسؤولية دون خطأ لا تترتّب على الإدارة عندما تتصرّف كشخص عادي>>[1]، إلاّ أنّ هذا الطّرح لم يلقى إجماعا، حيث يرى الفقيه **Delaubadère** [2] في التّفسير الذي جاء به **Hauriou** من شأنه التّضييق من تعريف فعل الأمير و من نطاق تطبيق النّظرية، وذلك بقصرها على الأضرار التي تلحق بالمتعاقد و المترتّبة على أعمال السّلطة دون التّصرفات العادية. و من ثمّ فقد ذهب في تبريره لاتّجاه مجلس الدّولة برفضه التّعويض، مؤدّاه أنّ الضّرر الذي لحق المتعاقد غير مباشر، مدعّما موقفه ببعض قرارات مجلس الدّولة الفرنسي[3] .

و قد رجّح جانب من الفقه الإداري العربي[4] تبرير الفقيه **Delaubadère** ، حيث يرى بأنّ التّمييز بين أعمال السّلطة و التّصرّفات العادية كان الأساس الذي قام عليه القانون الإداري حتى مطلع القرن الماضي، و لكنّه هُجر في الوقت الحاضر لفساد الاعتبارات التي يقوم عليها، و من ثمّ يجب هجره، فضلا عن أنّ الإدارة حينما تتعاقد فهي تقوم بتصرّف عادي لا بعمل سلطة.

و نحن كذلك نؤيّد ما ذهب إليه الفقيه **Delaubadère** ، ذلك أنّ مجلس الدّولة الفرنسي إنّما قدّر في هذه الحالات عدم توافر إحدى شروط تطبيق نظرية فعل الأمير، ألا وهو الضّرر المباشر، و من ثمّ رفض التّعويض؛ علماً أنّه قد طبّق عليها نظرية الظّروف الطارئة عند استيفائها شروطها.

المطلب الثّاني: فعل الأمير في صورة إجراء عامّ

---

(1) - Saroit Badaoui, op.cit, p 182.

حيث يذكر الأستاذ:

<< En effet, s'agissant d'une responsabilité sans faute, l'administration ne saurait encourir une responsabilité quelconque que lorsqu'elle fait autre chose que ce que fait un simple particulier …>>.(ترجمة حرّة في المتن)

(2) - André Delaubadère, Frank Moderne et Pierre Delvolvé, T.C.A.T$_{II}$, op.cit, p 551.

حيث يذكر الفقيه:

<< Cette explication minimise abusivement, à notre avis, la définition du fait du prince et le champ d'application de la théorie…>>.(ترجمة حرّة في المتن)

(3) - C.E 18 Mars 1925, req. n°81021, Veuve Huguet et autres, Concl. Mazerat, Rec.283.

- Voir dans le même sens :

- C.E 13 Fév.1924, req. n° 72113, Grandchamp, Concl. Corneille, Rec.176.Consulté sur site : *https://www.gallica.bnf.fr* le 30 Déc. 2020 à 15h 10mn.

(4)– د. سليمان الطّماوي، المرجع السّابق، ص635.

– انظر أيضا:

– أحمد السّيد محمد محمود عطية، المرجع السّابق، ص232.

قد لا يتّخذ فعل الإدارة الذي يؤدّي إلى الإخلال بالتّوازن المالي للعقد صورة إجراء فردي خاصّ، إنّما قد يكون نتيجة إجراء تنظيم عامّ.

و يقصد بالإجراء العامّ، صدور قوانين و لوائح من جهة الإدارة المتعاقدة يكون من شأنها زيادة أعباء المتعاقد معها[1] ، و قد تؤدّي هذه التّدابير إلى تعديل مباشر في شروط العقد، سواء بتعديل بعض بنوده أو إنهائه بطريقة مبتسرة [2].

حيث تطرح التّدابير و الإجراءات ذات الصّفة العامّة الصّادرة عن السّلطات العامّة عمّا إذا كانت تسمح بتطبيق نظرية فعل الأمير؟ و هل يجب تعويض المتعامل المتعاقد في هذه الحالات عن الأضرار التي تصيبه من جرّاء هذه التّدابير العامّة؟

سيما و أنّ ترتيب المسؤولية التّعاقدية للإدارة عن تلك الإجراءات أو التّدابير يَدِقُّ و يبدو أكثر صعوبة عنها بالنّسبة للإجراءات الخاصّة[3]، و يرجع ذلك إلى عمومية هذه الإجراءات و ما تمثّله من عقبات يصعب على المتعاقد الذي أصابه ضرر، من جرّائها، إثباته.

لقد ساد في البداية، عند الفقه الإداري الفرنسي، إنكار تطبيق نظرية فعل الأمير في هذه الحالة، ما دام المتعامل المتعاقد غير مقصود بهذه التّدابير العامّة؛ كون هذه الأخيرة تطال جميع المواطنين، استنادا لما جاء في تقرير المفوّض Latounerie الذي قدّمه في قضية Compagnie des scieries africaines

---

(1)– د. نصري منصور نابلسي، المرجع السّابق، ص 703.

(2) - René Chapus, Droit administratif général, Tome I, 12ème éd., édition Montchrestien Paris,1998, p 1114.

حيث يوسّع الفقيه من نطاق الإجراءات العامّة إلى تلك الصّادرة عن الإدارة أو السّلطة العامّة غير تلك المتعاقدة، و للإفادة نوجز ما جاء في تعليقه عن تلك الإجراءات العامّة :

<< …où une autre personne publique que celle qui est partie au contrat prend des mesures qui ont pour effet d'aggraver les conditions d'exécution du contrat…On peut dire alors que l'aggravation est la conséquence du "fait du prince"…par exemple ; loi ou décret ayant des incidents sur l'exécution des contrats des collectivités locales ou d'établissements publics, en règlementant les prix ou en prohibant l'emploi de certains produits ou encore en suspendant certaines importations >>.

(3)– د. عبد المجيد المغربي، المرجع السّابق، ص 92.

و الذي حصر حق المتعامل المتعاقد في المطالبة بالتّعويض عن الأضرار التي لحقته جرّاء إصدار الإدارة للإجراءات العامّة في حالتين: الأولى عندما يتضمّن العقد نصّاً يلزم الإدارة بالتّعويض؛ و الثّانية إذا ما كان التّدبير العامّ غير متوقّع و أحدث اضطرابا في العقد؛ عندها يُستبعد تطبيق نظرية فعل الأمير ويمكن تطبيق نظرية الظّروف الطّارئة[1].

إلاّ أنّ وجهة النّظر هذه لم يُسلّم بها الفقه فيما بعد، إذ عارض جمهور الفقه الإداري في الوطن العربي[2] طرح المفوّض Latounerie.

حيث دعّم المحدثون طرحهم بجملة من القرارات الصّادرة عن القضاء الإداري في كلّ من فرنسا و مصر[3]، و التي أقرّ فيها القضاء بتعويض المتعاقد عن الأضرار التي لحقته جرّاء التّدبير العامّ.

---

(1) - C.E 09 Mars 1928, C^ie des scieries africaines, Rec.344.:**و من بين ما جاء فيه باللّغة الفرنسية**

<< Quand cette mesure n'atteint que le cocontractant de l'État, quand elle est spéciale à ce dernier, elle met en jeu la théorie du "fait du prince ". Quand au contraire, la mesure a une portée générale, quand elle déborde nettement la situation spéciale du cocontractant, quand elle englobe tout le territoire, ou du moins, toute une catégorie d'administrés, en principe la théorie ne reçoit pas d'application. Il n'en est autrement que dans deux cas : d'une part quand le contrat prévoit cette hypothèse … d'autre part quand la circonstance était imprévisible et que le contrat est bouleversé. On revient alors par ce biais à la théorie de l'imprévision>>.

(2)– من الفقه المعارض لطرح المفوّض Latounerie :

– د. سليمان الطّماوي، المرجع السّابق، ص638.

– أحمد السّيد محمد محمود عطية، المرجع السّابق، ص234./– د. عبد المجيد المغربي، المرجع السّابق، ص 93.

– علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص 348.

(3)– من بين تلك القرارات:

- C.E 28 Avril 1939, req. n° 62054, C^ie des chemins de fer de l'Ouest, Concl. Josse. Rec.274. Consulté sur site : *https://www.gallica.bnf.fr* le 30 Déc. 2020 à 15h 30mn.

و قد جاء فيه:

<<…il résulte de la commune intention des parties signataires de la convention du 28 Oct. 1909 que la compagnie doit recevoir chaque année de l'État une somme strictement équivalente à ses charges financières ; qu'en conséquence, l'annuité de rachat ne pourrait être réduite à une somme inférieure au montant desdites charges par effet du décret du 16 Juillet 1935 sans que l'État fût tenu de verser à la compagnie une indemnité compensatrice en vertu de ses obligations contractuelles…>>.

– حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصّادر بتاريخ 1953/06/02.

و قد لاحظ الأستاذ **سليمان الطّماوي** بأنّ معظم القضايا التي أُثيرت فيها نظرية فعل الأمير أمام مجلس الدّولة المصري تتعلّق بإجراءات عامّة، و انتهى فيها المجلس إلى تأكيد النّظرية من حيث المبدأ، و لكنّه استبعدها موضوعيا لتخلّف شروط تطبيقها[1] .

و كما هو الحال بالنّسبة لفعل الأمير في صورة إجراء فرديّ و خاصّ، فإنّ البحث عن مدى أحقيّة المتعامل المتعاقد في الحصول على التّعويض عن الضّرر الذي رتّبه الإجراء العامّ؛ يستوجب التّمييز بين الإجراءات العامّة التي تمسّ نصوص العقد(الفرع الأوّل) و تلك التي تؤثّر في ظروف تنفيذه(الفرع الثّاني)

الفرع الأوّل: الإجراءات العامّة التي تمسّ نصوص العقد ذاتها

قد يكون للإجراء العامّ المتّخذ من قبل السّلطة العامّة أثره في التّعديل المباشر للأوضاع التّعاقدية بين الأطراف، و ذلك إمّا بتعطيل بعض شروطها أو بتعديل مضمونها أو بإنهاء مسبق للعقد.

إنّ الخصائص العامّة لهذه التّدابير– بأنواعها– لا تقف دون تطبيق نظرية فعل الأمير بشرط ألاّ يكون هناك نصّ قطعيّ قَصَدَ به المشرّع صراحة استبعاد التّعويض[2].

و الملاحظ تزايد مثل هذه الإجراءات و التّدابير من قبل السّلطة العامّة، خاصّة بعد الحرب العالمية الثّانية و ما خلّفته من آثار ممّا أدّى إلى تغيير في وظيفة الدّولة؛ من دولة حارسة إلى دولة متدخّلة أملته الطّلبات المتزايدة للمواطنين، فظهرت تبعا لذلك مرافق عامّة جديدة اقتصادية، اجتماعية، و مهنية.

و قد سار مجلس الدّولة الفرنسي في قراراته القديمة و الحديثة على تطبيق هذا المبدأ (التّعويض عن الأضرار التي رتّبها الإجراء العامّ إعمالا لنظرية فعل الأمير)، و أَوْضَحُ موقفٍ للمجلس بدأ في قضية Zeïlabadine [3] و المتعلّقة بطلب تعويض متعاقدين مع الجيش تمَّ فسخ عقودهم تطبيقا لمرسوم يقضي

---

(1)– د. سليمان الطّماوي، المرجع السّابق، ص639.

(2) - André Delaubadère, Frank Moderne et Pierre Delvolvé, T.C.A.TII, op.cit, p 529

و انظر أيضا:

– د. نصري منصور نابلسي، المرجع السّابق، ص705.

(3) - C.E 19 Nov. 1909, Zeïlabadine, S,1910.3, p 1 note M. Hauriou, précité :

بحلّ الفرقة التي كانوا ينتمون إليها(corps des Cipahis de l'inde)، و قضى المجلس بأنّه بالرّغم من عدم جواز المنازعة في مشروعية المرسوم، إلاّ أنّ تطبيقه ترتّب عليه فسخ عقد الطّاعن قبل أوانه و لهذا الأخير حق التّمسّك بالضّرر الذي ألحقه به المرسوم ممّا يستوجب تعويضه.

و من بين القرارات الشّهيرة بهذا الصّدد، قرار مجلس الدّولة الفرنسي في قضية شركة السّكك الحديدية للغرب، حيث صدر في فرنسا مرسوم تشريعي يقضي بخفض النّفقات العامّة للدّولة بنسبة 10%. و قد أدّى تطبيق هذا المرسوم التّشريعي، على شركة السّكك الحديدية للغـرب، إلـى تعديل الاتّفــاق المبرم بينها و بين الدّولة بتاريخ 28 أكتوبر 1909 و الذي استردّت الدّولة بمقتضاه مرفق السّكك الحديدية– الذي كانت تتولاّه الشّركة الطاعنة– في مقابل أقساط سنوية تؤدّيها الدّولة للشّركة.

فلمّا تظلّمت الشّركة من تخفيض تلك الأقساط بنسبة 10% تطبيقا للمرسوم التّشريعي الصّادر في 16 جويلية 1935، قضى مجلس الدّولة الفرنسي، وفقا لتقرير مفوّض الحكومة <<Josse>>، بتعويض الشّركة الطّاعنة تعويضا كاملا على أساس نظرية فعل الأمير[1].

و في تعليقه على هذا القرار اعتبره الفقيه **Jèze** قرارا نموذجي خاص بالنّظر إلى معطياته التي طرحت بعمق مسألة تطبيق نظرية فعل الأمير على الإجراءات العامّة[2].

قرار يتعلّق بالنّظر في طلب تعويض متعاقدين عسكريين تمّ فسخ عقودهم تطبيقا لمرسوم يقضي بحلّ فرقتهم العسكرية (licenciement du corps des Cipahis de l'inde). حيث كان من آثار مرسوم 07 ماس 1907 الفسخ المبتسر لعقود إعادة تجنيد العسكريين.

. **Le conseil d'État a jugé que** << la légalité du décret ne pouvait être contestée, mais que si son application a eu pour effet de résilier le rengagement du requérant avant le terme convenu, ce dernier est fondé à soutenir qu'il a subi, du fait de l'État, un préjudice dont il lui est dû réparation…>>.

(1) - C.E 28 Avril 1939, C^ie des chemins de fer de l'Ouest, Rec.274 précité./R.D.P 1940, p 58 Concl. Josse, note G. Jèze.

(2)–**و لأكثر إفادة نوجز ما جاء في تعليق Jèze ، و أهمّ الأفكار التي جاءت في تقرير مفوّض الحكومة Josse**:

<< L'arrêt C^ie des chemins de fer de l'Ouest est particulièrement typique. Les circonstances de l'affaire posaient en plein la question de l'application de la théorie du fait du prince aux mesures de portée générale, spécialement législative, atteignant directement les dispositions d'un contrat administratif ; le prélèvement de 10% institué par le décret-loi de 1935 avait une portée d'application générale, il visait toutes les dépenses publiques, son application à la compagnie des chemins de fer de l'Ouest entrainait la réduction de l'annuité due par l'État à la compagnie en vertu de la convention de rachat 28 octobre 1909, il s'agissait donc bien

كما انتهج مجلس الدّولة الفرنسي ذات المبدأ بالنّسبة للإجراءات اللاّئحية الصّادرة عن جهة الإدارة المتعاقدة؛ و هو ما يستخلص من قراره الصّادر في قضية Distillerie de Magnac-Laval [1]، حيث قضى بالتّعويض عن الأضرار النّاتجة عن الإجراءات اللاّئحية الصّادرة عن الإدارة المتعاقدة و التي من شأنها إنهاء بعض العقود التي أبرمتها الدّولة، لشراء مواد كحولية، قبل المدّة المحدّدة في العقد .

و جدير بالذّكر أنّ مجلس الدّولة الفرنسي درج على احترام الإجراء التّشريعي الذي ألحق ضررا بالمتعاقد مع الإدارة، إذا تضمّن نصوصا تحدّد كيفية التّعويض عن الأضرار المترتّبة عن القانون الجديد أو حتى على منع التّعويض. لأنّه لم يخوّل نفسه سلطة الرّقابة على دستورية القوانين[2] .

الفرع الثّاني: الإجراءات العامّة التي تؤثّر في ظروف تنفيذ العقد

إعمالا لامتيازاتها، بإمكان السّلطات العامّة أن تملي إجراءات أو تقوم بتصرّفات من شأنها أن ترتّب أعباءً ضريبية جديدة، أو تُعدّل الظّروف الاقتصادية أو الاجتماعية الحالّة، و هو ما من شأنه أن يغيّر في وضعية العقد، القائمة عند الإبرام، في مرحلة التّنفيذ[3] .

فهل يجوز للمتعامل المتعاقد المتضرّر من تلك الإجراءات العامّة المطالبة بالتّعويض استنادا إلى نظرية فعل الأمير؟ عِلما بأنّ التّدبير العامّ التّشريعي أو التّنظيمي لم يمس بنود العقد ذاتها، بل يقتصر أثره على

---

d'une mesure législative générale dont l'application atteignait les dispositions même d'un contrat administratif…Posant dans ses termes généraux le problème " du fait du prince législateur".

Le commissaire du gouvernement Josse développa les idées suivantes :

- Le fait que l'indemnité est due du fait d'un contrat ne suffit pas pour faire obstacle au prélèvement.
- Le décret du 16 juillet 1935 portant par lui-même atteinte au contrat.
- Mais la compagnie peut être fondée sur le terrain contractuel à réclamer alors à l'État une indemnité équivalente à la réduction résultant du prélèvement de 10 %.
- C'est la question, de l'intervention de l'État législateur dans un contrat passé par l'État, qui se pose alors ?et l'indemnité ne peut être déniée que si le texte ayant valeur législative en exclu lui-même la possibilité.

- La convention doit être interprétée comme obligeant l'État à compenser toute charge nouvelle qu'il impose, à un titre quelconque, à la compagnie>>.

(1) - C.E 02 Mai 1958, Distillerie de Magnac-Laval, Rec.246.

(2) **راجع في ذلك:**

– د. عبد المجيد المغربي، المرجع السّابق، ص 93.

– د. نصري منصور نابلسي، المرجع السّابق، ص705.

)3(- Saroit Badaoui, op.cit, p 165.

ظروف تنفيذه الخارجية، ممّا يجعله أكثر مشقّة على المتعاقد[1]، على الرّغم من أنّ العقد لم يُعدّل إطلاقا و أنّ الإجراء لا يمسّ المتعاقد بذاته و ليس له علاقة مباشرة بالعقد.

إنّ تطبيق نظرية فعل الأمير بهذا الصّدد تصبح أكثر دقّة كما أنّ الحلول الاجتهادية أكثر صعوبة بحيث يُستعصى تفسيرها في اتّجاه مبادئ ثابتة[2].

حيث يلاحظ الفقه الإداري أنّ الأصل في قضاء مجلس الدّولة الفرنسي هو رفض التّعويض إعمالا لنظرية فعل الأمير(البند الأوّل) و الاستثناء هو الحكم به (البند الثّاني).

البند الأوّل: الحالات التي استبعد فيها مجلس الدّولة الفرنسي التّعويض

إنّ المبدأ العامّ عند مجلس الدّولة الفرنسي هو أنّ الإجراءات العامّة التي تؤثّر في ظروف تنفيذ العقد،لا تعطي للمتعاقد حق الحصول على التّعويض استنادا لنظرية فعل الأمير إلاّ في أضيق الحدود. إلاّ أنّ ذلك لا يمنع المتعامل المتعاقد من المطالبة بالتّعويض على أساس آخر(نظرية الظّروف الطّارئة مثلا) متى توفّرت شروطها [3].

و الصّيغة التّقليدية المستعملة من قبل مجلس الدّولة الفرنسي هي على النّحو الآتي:<< إنّ نصوص القانون أو التّنظيم لها صفة العمومية. و أنّ المصاريف الإضافية التي تحمّلها المدّعي إنّما تحمّلها في الشّروط ذاتها التي يتحمّلها التّجار و الصّناعيين. فلا يستحقّ عنها تعويضا إلاّ إذا أدّت إلى قلب اقتصاديات العقد>>[4].

---

(1)– د. عبد المجيد المغربي، المرجع السّابق، ص 95.

و انظر كذلك:

– علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص353.

– د. نصري منصور نابلسي، المرجع السّابق، ص707.

(2)– أحمد السّيد محمد محمود عطية، المرجع السّابق، ص238.

(3)– د. سليمان الطّماوي، المرجع السّابق، ص642.

(4)– حول الصّيغة التي اعتمدها مجلس الدّولة الفرنسي راجع : علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص353.

و لقد أثارت هذه الصّيغة جدلا فقهيا حول تفسير عباراتها، حيث ذهب جانب من الفقه[1] إلى أنّ الشّق الأوّل من الصياغة يستبعد تطبيق نظرية فعل الأمير أمّا الشّق الثّاني و المتضمّن الإشارة إلى قلب اقتصاديات العقد، فيعني إمكانية لجوء المتعامل المتعاقد إلى نظرية الظّروف الطّارئة و الاستفادة منها متى توافرت شروطها.

و هو ما انتهى إليه كذلك الأستاذ **ثروت بدوي**[2] إذ يرى بأنّه :

<< باستقراء مختلف القرارات التي صدرت في هذا الموضوع نلاحظ بأنّ التّعويض قد رُفض في أغلب الحالات، و السّبب كان تقريبا دائما نفسه. فعندما يتعلّق الأمر بالإجراءات العامّة، فمجلس الدّولة يرفض طلبات التّعويض، ليس لأنّه لم يحدث انقلاب في اقتصاديات العقد، لكن لانعدام الضّرر الخاص >>.

أمّا جانب آخر من الفقه[3]، فقد اتّجه عكس الفريق الأوّل، إذ يرى إمكانية تطبيق أحكام نظرية فعل الأمير حتى في هذه الصّورة من الإجراءات، و لكن بشروط أشدّ. ذلك أنّ عمومية الإجراءات الصّادرة من السلطات العامّة، و التي لا تمس شروط العقد مباشرة، لا يمكن أن تؤدّي إلى إعمال نظرية فعل الأمير إلاّ إذا أدّت إلى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب.

فإنّ للمتعاقد حينئذ الحق في المطالبة بالتّعويض الكلّي وفقا لهذه النّظرية، في حين يكفي، في الظّروف العادية، لتطبيق نظرية فعل الأمير أن ينال المتعاقد ضررٌ أياً كانت درجة جسامته.

---

(1) – André Delaubadère, Frank Moderne et Pierre Delvolvé, T.C.A.TII, op.cit, p 531.
(2) - Saroit Badaoui, op.cit, p 207.

حيث من بين ما جاء في رسالته باللّغة الفرنسية (ترجمة حرّة في المتن)**:**

<< …Si l'on parcourt les différentes décisions rendues en notre matière, l'on constate que l'indemnité a été refusée dans la très grande majorité des cas et le motif était presque toujours le même. S'agissant de mesures d'ordre général, le conseil d'État rejette les demandes d'indemnisation, non parce que l'équilibre financier du contrat n'a pas été rompu, mais parce qu'il n'y a pas eu de préjudice spécial >>.

(3) - Georges Péquignot, op.cit, p 27

حيث يذكر الفقيه :

<< le cocontractant de l'administration ne pourra prétendre à l'indemnité que si l'acte général (loi ou règlement) dont il prétend qu'il trouble l'exécution de son contrat en bouleversant complètement l'économie :… la spécialité du préjudice découle ici, comme nous l'avons dit, de son énormité >>.

و يرى الأستاذ **سليمـــــان الطّمـاوي**[1] بأنّ الاختلاف بين الرّأيين لا يقف عند مجرّد الاعتبارات النّظرية و لكن له أثرا عمليّا هامّا، لأنّ الاختلاف في أساس المسؤولية يؤدّي إلى خلاف في مقدار التّعويض.

و من خلال التّطبيقات القضائية نجد أنّ مجلس الدّولة الفرنسي قد رفض التّعويض على أساس نظرية فعل الأمير في الحالات الآتية:

أوّلا: في مجال الإجراءات الضّريبية

إنّ فرض ضرائب جديدة أو زيادة فئاتها، لا يفتح للمتعاقد مع الإدارة إمكانية المطالبة بالتّعويض عن النّفقات الزّائدة التي يتكبّدها من جرّاء ذلك، تأسيسا على نظرية فعل الأمير لأنّها تكاليف عامّة على الكافّة[2].

حيث اعتبر جانب من الفقه[3] طلب التّعويض في هذا المجال إنّما هو عبث عامّ، فقط انقلاب اقتصاديات العقد هو الذي يبرّر طلب التّعويض.

ثانيّا: في مجال الإجراءات الاجتماعية

عرفت الإجراءات الاجتماعية– في مختلف القوانين المقارنة– ثورة تشريعية لا سيما بعد الحرب العالمية الأولى كان الهدف منها تحسين الأحوال الاجتماعية و ظروف العمل للطّبقة العُمّالية، و قد ترتّب على تلك الإجراءات زيادة أعباء المتعاقد مع الإدارة بشكل لم يكن متوقعا أثناء إبرام العقد.

---

(1)– د. سليمان الطّماوي، المرجع السّابق، ص643.

(2) - C.E 26 Janv.1940, req. n°61090,S^té anonyme des usines Motobloc, Concl. Josse, Rec.35.

Voir également dans le même sens :

- C.E 05 Avril 1944, req. n° 63664, Jourdan, Rec.402.
- C.E 05 Avril 1944, req. n° 63636 et 65730, S^té « La précision moderne », Rec.402.
- C.E 22 Fév. 1946, E^ts Bizouard Goubert, Rec.432.
- C.E 09 Mai 1947, req. n° 63794, E^ts Paul Lapra, Concl. Lefas, Rec.183.
- C.E 17 Juil. 1950, req. n° 91250, Sieur Chouard, Concl. Delvolvé, Rec.444.

N.B :- Les arrêts suscités ont été Consulté sur site : *https://www.gallica.bnf.fr* le 30 Déc. 2020 à 15h 45mn.

(3)– د. عبد المجيد المغربي، المرجع السّابق، ص 97.

انظر أيضا: – علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص354.

و قد لاحظ الأستاذ **ثروت بدوي** بأنّ تأثير القوانين الاجتماعية على الصّفقات محلّ التّنفيذ قد تمخّض عنها اجتهاد قضائيّ وافر، كما أنّ تطبيق هذه القوانين، رتّب، على مستخدمّي اليد العاملة، تعديلات– في بعض الأحيان عميقة– في أعباءهم [1].

ثمّ يُردف قائلا: إنّ المتعاقدين مع الإدارة لا يتحمّلون لوحدهم عبء تلك القوانين الاجتماعية ذلك أنّ مجال تطبيقها عامّ و كلّ مستخدميّ اليد العاملة يطالهم تطبيق تلك الإجراءات.

ثالثا: في مجال الإجراءات الاقتصادية أو المالية

كان لتغيّر وظيفة الدّولة– من دولة حارسة إلى دولة متدخّلة– و انتشار المذهب الاشتراكي بالغ الأثر على تدخّلات السّلطة العامّة في المنظومة الاقتصادية للدّولة، و التي تؤثّر مباشرة على طرق و وسائل الإنتاج المختلفة.

ذلك الذي جعل من تنفيذ العقود السّارية أكثر إرهاقا و تكلفة للمتعامل المتعاقد مع الإدارة، لأنّ مثل هذه التّدخلات من شأنها أن تؤثّر مباشرة في الأسعار. و مثال ذلك التّشريعات التي تمنع أو ترخّص الاستيراد أو التّصدير[2] و تلك التي تسمح بزيادة أو تخفيض قيمة العملة[1]، أو تلك التي تحدّد أسعار النّقل[1] أو في الأخير تلك التي تُثبّت الأسعار أو تضع حدّاً لها[1] .

---

(1) - Saroit Badaoui, op.cit, p 173.

من باب الإفادة نورد بعضا ممّا جاء في رسالته:

<< La répercussion des lois sociales sur les marchés en cours a donné lieu à une jurisprudence abondante. L'application de ces lois entraine, en effet, pour les employeurs de main-d'œuvre , des modifications, parfois, profondes, de leurs charges…ces lois sociales, les cocontractants de l'administration, ne sont pas les seuls à en supporter le fardeau, il s'agit de lois dont le champ d'application est très général. Tous les employeurs de main-d'œuvre se trouvent atteints par la promulgation de telles mesures… >>

L'auteur s'étale sur la question :

<< Partant de cette considération, le conseil d'État a rejeté les demandes de réparation des charges imposées par la loi du 09 avril 1898 sur les accidents de travail en s'appuyant uniquement sur le caractère général de la loi… >>

dont voici l'expression :

<< Considérant qu'en l'absence de toute réserve inscrite dans la loi du 08 avril 1898, le caractère général de cette loi s'oppose à ce que le requérant puisse réclamer la réparation du préjudice qu'elle lui aurait causé >>.

(2) - C.E 19 Déc.1928, req. n° 79417, Sieur Guillet C/ Min. de la guerre, Concl. Dayras, Rec.1321. (autorisation d'exportation des fourrages, objet de la fourniture) .

ممّا سبق يتّضح بأنّ مجلس الدّولة الفرنسي رفض التّعويض عن الأضرار التي تلحق بالمتعاقد مع الإدارة جرّاء الإجراءات الاقتصادية و المالية، إلاّ أنّه لم يتّخذه مبدأ عاماً؛ بحيث قضى بعكس ذلك في قضية Tanti إذ حكم بالتّعويض للمتعاقد إلاّ أنّه عدل عن هذا الاجتهاد و عاد إلى المبدأ العامّ الرّافض للتّعويض أربع سنوات بعد ذلك في قراره الصّادر في قضية Guillet [4] .

بعد أن عرضنا الحالات التي رفض فيها مجلس الدّولة الفرنسي التّعويض عن الأضرار المترتّبة عن الإجراءات العامّة التي تؤثّر في ظروف تنفيذ العقد، سنتناول، في البند الثّاني، الحالات التي منح فيها التّعويض.

البند الثّاني: الحالات الاستثنائية التي منح فيها التّعويض

سبق و أن رأينا بأنّ القاعدة العامّة التي اعتمدها مجلس الدّولة الفرنسي حول الإجراءات العامّة التي تؤثّر على ظروف تنفيذ العقد الإداري لا تفتح المجال للمتعاقد بأن يطلب التّعويض عن الأعباء التي تكبّدها جرّاء تلك الإجراءات استنادا إلى نظرية فعل الأمير. إلاّ أنّ هذه القاعدة ليست مطلقة، فضمن بعض الشّروط يستطيع المتعامل المتعاقد طلب التّعويض الكامل.

و يكون الأمر طبيعيا إذا ما نصّ القانون نفسه على التّعويض أو إذا تضمّن العقد بنودا صريحة تنصّ على ذلك، و في غير هاتين الحالتين يقبل الاجتهاد القضائي تفعيل نظرية فعل الأمير[5] وفقا للشّروط التي سنتناولها على النّحو الآتي:

---

(1) - C.E 10 Fév.1943, req. n° 67066, Sieur Aurran, Concl. Léonard, Rec.36 (déclaration du gouvernement en 1938 au sujet de la parité entre le franc et la livre sterling).
(2) - C.E 13 Fév.1924, req. n°74713, C^{ie} des chemins de fer de Paris à Lyon et à la Méditerranée C/ Sieur Clauss, Concl. Corneille, Rec.177.
(3) - C.E 03 Août 1921, req. n°66718, Giacomo Calo, Concl. Riboulet, Rec.810.
(4) - C.E 28 Nov. 1924, req. n° 67242 Tanti, Concl. Mazerat, Rec.940.
- C.E 19 Déc. 1928, req. n° 79417, Guillet C/. Ministre de la guerre, Concl. Dayras, Rec.1321.
N.B :
- **L**es arrêts suscités ont été Consulté sur site : *https://www.gallica.bnf.fr* le 30 Déc. 2020 à 16h 30mn.

(5) - André Delaubadère et Yves Gaudemet, Traité de droit administratif, T$_I$, n° 1486, p 711.
و انظر أيضا:

أوّلا: الحالة التي ينص فيها القانون عن التّعويض:

إذا ما تضمّنت نصوص التّشريع ذاته، الذي ولّد الضّرر للمتعاقد، الحق في التّعويض، فهذه المسألة لا تثير أيّة صعوبة لوضوح النّصّ، فهي تتماثل مع الحالة التي ينصّ فيها القانون– خارج الإطار التّعاقدي– على تعويضٍ للأفراد إذا ما تعرّضوا لأضرار في أوضاعهم[1].

و المثال التّقليدي لذلك – ما تداولته المؤلّفات الفقهية – حالة التّعويض المنصوص عليها في قانون 03 ديسمبر 1908 في فرنسا و الذي أجاز لملتزميّ السّكك الحديدية المطالبة بالتّعويضات لجبر الأضرار التي قد تصيبهم نتيجة الإجراءات العامّة المتعلّقة بالرّبط بين خطوط السّكك الحديدية و طرق الملاحة[2] .

ثانيا: الحالة التي ينصّ فيها العقد على التّعويض:

قد تتضمّن دفاتر الشّروط للعقد بنودا صريحة تقضي بتعويض المتعامل المتعاقد مع الإدارة في حالة ما لحقه ضرر من التّدابير التّشريعية أو التّنظيمية اللاّحقة لإبرام الصّفقة.

و في بعض الأحيان قد يتضمّن العقد بنودا، بموجبها، تعفي الإدارة المتعاقد معها من الأعباء المترتّبة عن التّدابير العامّة التّشريعية منها أو التّنظيمية[3]؛ و مثاله في حالة تخفيض الإدارة للرّسوم التي قد فرضتها[4].

كما قد تتضمّن دفاتر الشّروط التّعويض على المتعاقد عن بعض الضّرائب المالية التي قد تصدر بعد مرحلة الإبرام و أثناء التّنفيذ، كالرّسوم الجمركية المفروضة مثلا على استيراد المواد الضّرورية لتنفيذ العقد[5].

– د. عبد المجيد المغربي، المرجع السّابق، ص101.

(1) – أحمد السّيد محمد محمود عطية، المرجع السّابق، ص247.

(2) -C.E 11 Juil.1919, req. n°61128,C^{ie} des chemins de fer du Midi, Concl. Corneille, Rec.630

(3)– أحمد السّيد محمد محمود عطية، المرجع السّابق، ص247.

(4) - C.E 22 Déc. 1961, S^{té} nationale des chemins de fer français, Rec.738.

(5) - C.E 26 Fév. 1943, req. n° 62210, S^{té} des établissements Huard, Rec.380. Consulté sur site : *https://www.gallica.bnf.fr* le 31 Déc. 2020 à 10h 30mn.

ثالثا: الحالات التي قبل فيها الاجتهاد القضائي التّعويض على أساس نظرية فعل الأمير:

إذا ما توافرت جملة من الشّروط، أقرّ مجلس الدّولة الفرنسي منح التّعويض للمتعامل المتعاقد في حالات استثنائية تأسيسا على نظرية فعل الأمير بسبب التّدابير العامّة المؤثّرة في شروط تنفيذ العقد، في فرضيتين:

الأولى: و هي التي لا تثير أيّة صعوبة في حالة النّص الصّريح على التّعويض في الإجراء العامّ(القانون) أو في العقد عندها يطبّق القاضي الإداري هذه النّصوص باعتبارها تعبيرا عن إرادة المشرّع أو الطّرفين المتعاقدين.

الثّانية:بتوافر شرطين:

أ/- أن يصيب الإجراء العامّ جوهر موضوع العقد، بتغيير وضع الحال الذي في ظلّه تعاقدت الأطراف[1].

ب/- أن يكون الضّرر خاصّا؛ أي أنّ هذا الضّرر الذي لحق بالمتعاقد- جرّاء الإجراءات و التّدابير العامّة- لا يشاركه فيه بقيّة المواطنين، و هو ما ذهب إليه الأستاذ **ثروت بدوي**[2].

و بذلك – يرى الأستاذ **الطّماوي**[3]- نصل إلى أدقّ تطبيقات النّظرية، نظرا لعدم وجود معيار جامع مانع يُجمع عليه الفقه و القضاء، و نظرا لروح مجلس الدّولة الفرنسي العملية و التي تفحص كل حالة وفقا لظروفها و لا تتقيّد بالاعتبارات النّظرية.

---

(1) - André Delaubadère et Yves Gaudemet, Traité de droit administratif, T$_{I,}$ op.cit, p 711.

و هو ما ذهب إليه الفقيه بقوله:

<< …lorsqu'elles atteignent l'objet essentiel du contrat en modifiant l'état de choses en considération duquel les parties avaient traité >>.

(2) - Saroit Badaoui, op.cit, p 211.

إذ يرى الأستاذ :

<< La notion de préjudice spécial constitue à nos yeux le seul critère que l'on puisse fournir pour expliquer une jurisprudence en apparence contradictoire. C'est le seul qui puisse corriger le principe général d'irresponsabilité….La responsabilité doit et ne peut être admise que lorsque la charge imposée par une mesure de cette nature apparait peser spécialement sur un individu déterminé… >>

(3)- د. سليمان الطّماوي، المرجع السّابق، ص648.

تأسيسا على ما ذهبت إليه الآراء الفقهية و التي تستشفّ من تقارير مفوّضي الحكومة و بعض قرارات مجلس الدّولة الفرنسي يتّضح أنّ هذا الأخير قد سمح بالتّعويض عن الإجراءات العامّة إعمالا لنظرية فعل الأمير في الحالات الآتية:

1- في مجال الرّسوم و العوائد:

سبق و أن أشرنا بأنّ مجلس الدّولة الفرنسي يرفض التّعويض عن الأضرار المترتّبة عن صدور تشريعات ضريبية عامّة جديدة أو توسيع شرائحها، تأسيسا على نظرية فعل الأمير.

إلاّ أنّ الأمر على خلاف ذلك بالنّسبة للضرائب التي تؤثّر بصفة خاصّة على أحد عناصر العقد، و مثـــاله الضّرائب غير المبـــاشرة التي تُفرض عـــلى مـادّة أوّليّة أو منتج وسيط لازم و ضروري لتنفيذ العقد.

ففي هذه الحالة يرى الفقه بأنّ القانون الصّادر قد مسّ الغرض الأساسي للعقد و بالتّالي قام بتغيير الظّروف التي كانت محلّ اعتبار عند إبرام العقد[1].

و تعتبر الرّسوم و العوائد التي تجبيها البلديات[2] المجال الخصب الذي طبّق فيه مجلس الدّولة الفرنسي النّظرية و حكم بالتّعويض؛ إذ يتعلّق الأمر هنا بضرائب محلّية.

و من ثمّ فإذا فرضت إحدى البلديات رسوما جديدة أو وسّعت من فئة الرّسوم القديمة، و ترتّب عن ذلك زيادة أسعار المواد الأوّلية اللاّزمة لتنفيذ الصّفقة ممّا ألحق ضررا بالمتعامل المتعاقد، فإنّ مجلس الدّولة الفرنسي يقضي بالتّعويض الكامل تأسيسا على نظريّة فعل الأمير بشرط أن تكون الجباية مفروضة من جهة الإدارة المتعاقدة.

و يعتبر القرار المبدئي في هذا الخصوص- و الذي تناوله الفقه الإداري- قرار مجلس الدّولة الفرنسي الصّادر في قضية Bardy [3].

---

(1) - André Delaubadère, Frank Moderne et Pierre Delvolvé, T.C.A.TII, op.cit, p 538.

(2) الرّسوم و العوائد التي تجبيها البلديات يُطلق عليها بالفرنسية: Droits d'octroi و هي رسوم كانت تُدفع عن السّلع و بخاصّة المواد الغذائية(les denrées) التي كانت تدخل إلى المدينة، و قد أُلغيت سنة 1948.

(3) – C.E 29 Déc. 1905, req. n°10302, Bardy C/ Ville de Bergerac, Concl. Romieu, Rec.1014.

و نظرا لأهمّيته نوجز بعضا مما جاء في مصطلحات مفوّض الحكومة:

و قد اعتمد مجلس الدّولة الفرنسي المبدأ نفسه فيما يتعلّق بالرّسوم الجمركية، و ذلك ما يُستخلص من قراره الصّادر في قضية Degraève، حيث كانت الدّولة قد ضاعفت – في مرحلة التّنفيذ– من قيمة الرّسوم الجمركية على المواد الأوّليّة اللاّزمة لتنفيذ الأشغال العامّة(صيانة العديد من الطّرق الوطنية باستعمال مواد مستوردة).

و لمّا طالب السّيد Degraève [1] بالتّعويض على أساس نظرية فعل الأمير؛ ميّز المجلس بين المواد التي كان يتعيّن على الطّاعن استيرادها من الخارج، و بين تلك التي يمكنه الحصول عليها محلّيا.

حيث حكم المجلس بالتّعويض عن الأضرار المترتّبة عن الفئة الأولى دون الثّانية[2].

<< La puissance publique peut toujours, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi, prendre des mesures d'autorité réglementaires ou fiscales qu'elle estime nécessaires en vue des besoins de la vie collective auxquels elle est chargée de pourvoir, mais ces mesures légales et légitimes en elles-mêmes, aggravent d'une manière directe les charges des contrats passés par elle, pour l'exécution de ses services publics, avec ses entrepreneurs, ses fermiers ses concessionnaires dans des conditions ou des proportions qui n'ont pu entrer dans les prévisions des parties contractantes, elle doit en supporter les conséquences pécuniaires comme cela aurait lieu si elle exécutait elle-même les services…

و يضيف مفوّض الحكومة Romieu:

A l'époque où les requérants ont conclu un contrat pour l'éclairage de la ville par le gaz, le charbon matière essentielle de leur industrie n'était frappé que d'un droit d'octroi de 0.15, dès lors en l'absence de toute clause du marché, visant l'hypothèse d'une modification des droits établis sur ce produit ; les parties contractantes doivent être réputées avoir tenu compte de l'état des choses existant pour convenir des prix fixés…

ثمّ يَردف قائلا:

Les requérants ont du supporter un surcroit de charges qui provient du fait même de la ville et à raison duquel ils sont fondés à réclamer à titre de compensation une indemnité égale au montant des nouveaux droits exigés… >>.

(1) – C.E 31 Mai 1918, req. n° 47587, Degraève, Concl. Ripert, Rec.528. Consulté sur site : *https://www.gallica.bnf.fr* le 31 Déc. 2020 à 12h 30mn.

(2) – و من بين ما جاء فيه :

<< Le sieur Degraève était tenu, par le cahier des charges, d'employer certains matériaux provenant de l'étranger, par le biais d'un marché passé avec l'État pour l'entretien de plusieurs routes nationales. En cours d'exécution la loi du 29 mars 1910, portant révision du tarif général des douanes, a doublé les droits de douane sur les matériaux nécessaires à l'entreprise…

Considérant que…les prix des matériaux qu'en vertu du contrat, le sieur Degraève était tenu de faire venir de l'étranger, ont été fixés en considération des droits de douane existant lors de la passation du marché ; que dès lors, il y a lieu de dédommager le sieur Degraève des

2- في مجال إجراءات تنظيم الأسعار نتيجة للاقتصاد الموجّه:

عندما تنتهج الدّولة- حماية لمواطنيها- سياسة توجيه الأسعار، قد يصدر عن جهة الإدارة إجراءات معيّنة لوقف ارتفاع الأسعار، و قد يترتّب على هذه الإجراءات التي تتّخذها السّلطة الإدارية في مجال الاقتصاد الموجّه، أن يصبح تنفيذ المتعاقد لالتزاماته التّعاقدية أكثر إرهاقا.

و تطبيقا لذلك قضى مجلس الدّولة الفرنسي بأنّه في فترة تحديد الأسعار كان عقد التّوريد قد أُبرم بمراعاة الأسعار المحدّدة للمواد الأوّلية اللاّزمة للتّنفيذ، و التي كانت سائدة وقت التّعاقد. فإنّ قرار الإدارة اللاّحق و القاضي برفع الأسعار المحدّدة بموجب قرار تنظيميّ، إنّما يعطي للمتعاقد المتضرّر حق المطالبة بالتّعويض عن الأضرار التي لحقته من جرّاء تطبيق تلك الإجراءات استنادا لنظرية فعل الأمير[1].

و جدير بالذّكر أنّ الفقه[2] يشير إلى حكمين لمجلس الدّولة الفرنسي يؤكّدان أنّ إجراءات الاقتصاد الموجّه، يمكن أن تكون مصدرا لإلزام الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المتضرّر من جرّاء هذه الإجراءات عل أساس نظرية فعل الأمير.

- القرار الأوّل يتعلّق بالإجراءات الصّادرة بإلغاء مساعدات التّصدير و التي كانت الدّافع الباعث إلى التّعاقد[3].

- القرار الثّاني يتعلّق بتجميد سعر رسوم المرور و العبور بمقتضى مرسوم، ممّا أضرّ بالشّركات صاحبة امتياز الطّرق السّريعة[4].

---

dépenses supplémentaires que lui a causé, pour cette catégorie de matériaux, l'application de la loi du 29 mars 1910… >>.

(1) - C.E 28 Nov. 1924 arrêt Tanti, précité.

(2) – Philippe Terneyre, la responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif, thèse, Pau, 1983, publiée par economica en 1989, p 292 et suite.

و انظر كذلك:

- علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص361.
- أحمد السّيد محمد محمود عطية، المرجع السّابق، ص251.

(3) – C.E 07 Oct. 1970, Lavigne, Rec.1097.

(4) – C.E 13 Mai 1977, C^{ie} financière et industrielle des autoroutes, Rec.219.

كما تجدر الإشارة بهذا الصّدد إلى أنّه إذا كانت غالبية التّطبيقات القضائية لنظرية فعل الأمير فيما يتعلّق بالإجراءات العامّة، كشفت عن موقف إيجابي من السّلطات العامّة باتّخاذ إجراءات أو تدابير معيّنة، فـــإنّ مجلس الدّولة الفرنسي قد وسّع مـــن نطـــاق تطبيق النّظرية ليشمل المـــوقف السّلبي للإدارة و ذلك في حالة ما امتنعت عن تطبيق القوانين و اللّوائح– التي يتعيّن تطبيقها– و ترتّب على هذا الامتناع فرض أعباء جديدة على المتعاقد مع الإدارة(1).

و قد أطلق الفقيه **Péquignot** على هذا الموقف السّلبي من جانب الإدارة مصطلح فعل الأمير السّلبي (Le fait du prince négatif) << و يُقصد به المساس بالعقد جرّاء إلغاء أو عدم تطبيق نصّ قانوني أو تنظيمي و الذي كان معوّل على تطبيقه من قبل المتعاقد>>(2).

و النّموذج التّطبيقي لفعل الأمير السّلبي ما جاء في قرار مجلس الدّولة الفرنسي في قضيةٍ تتعلّق بعقد أُبرم بين مدينة Dieppe و السّيد Dufour (3) يتعهّد بموجبه هذا الأخير بتطهير المجاري المنزلية الموجودة في المدينة. حيث قضى المجلس بأنّ تقصير الإدارة في تنفيذ اللّوائح الدّاخلية (موقف سلبي من الإدارة) المتعلّقة بتنظيم جمع و إخلاء النّفايات المنزلية و تنظيف الشّوارع العامّة، قد ترتّب عليه إثقال كاهل الملتزم و زيادة أعباءه و هو ما ألحق به ضررا باعتبار أنّ تنفيذ هذه اللّوائح كان من العناصر الجوهرية في العقد و التي كانت محلّ اعتبار لدى الملتزم عند إبرام العقد. و عليه يتعيّن تعويضه استنادا لنظرية فعل الأمير.

بعد أن عرضنا الإجراءات العامّة التي تؤثّر في ظروف تنفيذ العقد و مدى إعمال نظرية فعل الأمير بصددها، حيث تناولنا الحالات التي رفض فيها مجلس الدّولة الفرنسي التّعويض و الحالات الاستثنائية

---

(1) - André Delaubadère, Frank Moderne et Pierre Delvolvé, T.C.A.T$_{II}$, op.cit, p 541.

و انظر أيضا:

- د. سليمان الطّماوي، المرجع السّابق، ص653.
- علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص362.
- أحمد السّيد محمد محمود عطية، المرجع السّابق، ص252.

(2) – Georges Péquignot, op.cit, p 16.

<< Le fait du prince négatif : il s'agit de l'atteinte portée au contrat du fait de l'abrogation ou de la non application d'un texte législatif ou réglementaire sur l'application duquel le cocontractant avait pu compter >> .

(3) – C.E 12 Déc. 1924, req. n° 73246, Ville de Dieppe C/. Dufour, Concl. Rivet, Rec.1006.

التي قبل فيها التّعويض تطبيقا للنّظرية، إلاّ أنّ السّؤال المطروح بهذا الصّدد، هل يمكن تطبيق نظرية فعل الأمير في حالة ما إذا كان الإجراء الذي سبّب الضّرر ناتج عن تطبيق اتّفاقية أو معاهدة دولية ارتبطت بها الدّولة؟

عرف قضاء مجلس الدّولة الفرنسي– بهذا الصّدد– مرحلتين:

المرحلة الأولى: قضى فيها المجلس برفض التّعويض عن الآثار الضّارة للمعاهدات الدّولية، و يرجع هذا الموقف الرّافض للتّعويض إلى اعتبار المعاهدات الدّولية من قبيل إعمال الحكومة من جهة، و كونها عملا مختلطا– يتعلّق بإرادة طرفي المعاهدة– من جهة أخرى[1].

و من بين التّطبيقات القضائية كذلك، ما صدر عن مجلس الدّولة الفرنسي في قضية شركة الهند– الصّينية للكهرباء[2].

حيث قضى بأنّ تنازل الدّولة الفرنسية عن سلطات الإدارة في إقليم Kouang-Tchéou-wan بموجب الاتفاقية الدّولية المبرمة بين فرنسا و الصّين في 18 أوت 1945 التي تنصّ على إعادة الإقليم إلى الصّين. وما ترتّب عن ذلك من صعوبات تنفيذ عقد التزام الإنارة المبرم بين الدّولة و الشّركة المدّعية، إلاّ أنّ ذلك لا يؤدّي إلى إعمال نظرية فعل الأمير، لأنّ الإجراء الضّار ناتج عن اتّفاقية دولية، و التي ليست من طبيعة أن تؤدّي إلى مسؤولية الدّولة في علاقاتها التّعاقدية مع الشّركة المدّعية.

أمّا المرحلة الثّانية: بدأت مع قضية Sté nationale des chemins de fer français[3] .

حين عدل مجلس الدّولة الفرنسي عن رأيه السّابق، حيث قضى – على خلاف ما جاء في تقرير مفوّض الحكومة Combarnous – بأحقيّة الشّركة المدّعية بالتّعويض عن الضّرر الذي أصابها جرّاء تطبيق معاهدة سنة 1955 المبرمة بين فرنسا وبعض الدّول المجاورة، و المتعلّقة بتحديد تعريفة النّقل بوسيلة السّكة الحديدية داخل الدّول الموقّعة على المعاهدة.

---

(1) – C.E 19 Fév. 1875, Prince Napoléon, Rec.155, G.A.J.A, op.cit, n° 03, p 16 et suite Concl. David. (قرار يتعلّق بأعمال الحكومة).

- C.E 1er Juin 1951, Sté des étains et wolfram du Tonkin, Rec.312, G.A.J.A, op.cit, p 584 (qui a trait aux rapports de la France avec une puissance étrangère).

(2) – C.E 13 Juil. 1961, Sté Indochinoise d'électricité, Rec.519.

(3) – C.E 22 Déc. 1961, Sté nationale des chemins de fer français, précité.

و قد أقرّ مجلس الدّولة الفرنسي، كذلك بإمكانية إثارة مسؤولية الدّولة غير التّعاقدية عن أعمال السّيادة في قضية C^ie d'énergie radioélectrique[1]. حيث كانت الشّركة الطّاعنة مالكة لمقرّات و معدّات البثّ الإذاعي لمحطّة " Poste parisien" و التي استعملت من قبل الألمان طيلة فترة الاحتلال.بعد الحرب طالبت الشّركة من الدّولة الفرنسية تعويضا جبرا للضّرر الذي لحقها جرّاء منعها من الاستئثار بممتلكاتها من قبل قوّات الاحتلال.

حيث أثارت الشّركة أمام المجلس وسيلتين:

الأولى: أسّستها الطّاعنة بناءً على قانون 30 أفريل 1946 الذي وضع على عاتق الدّولة الفرنسية التّعويض على التّسخيرات الممارسة لأجل إيواء الجيوش الألمانية، و قد قوبلت بالرّفض لعدم توافر شروط تطبيق القانون المثار.

أمّا الثّانية: فقد شكّلت صعوبـــات جمّة؛ ذلك أنّ الملحق المضاف إلـــى اتفاقيّة La Haye بتـاريخ 18 أكتوبر 1907 بقوانين و تقاليد الحرب على الأرض تنصّ على أنّ <<كلّ الوسائل...المستعملة للاتّصالات يمكن أن تحجز حتى و لو كانت تابعة للخواصّ، لكن يجب أن تعاد و يعوّض ملاّكها عند السّلم>>. حيث تمسّكت الشّركة الطّاعنة بهذا النّص باعتبارها دائنة لألمانية بعد الحرب.

لكن الاتّفاقيات المبرمة بين الحلفاء و ألمانية الفيدرالية في 1946 و 1953 تقضي بتأجيل– إلى تاريخ لاحق– فحص الدّيون المترتّبة عن الحرب العالمية الثّانية. حيث طالبت الشّركة الطّاعنة بالتّعويض من

---

(1) – C.E 30 Mars 1966, C^ie générale d'énergie radioélectrique, Rec.257, G.A.J.A,n°85,p582.
حيث يعتبر القرار هامّا من عدّة جوانب: أ/– إذ ماثل من باب المسؤولية المعاهدة الدّولية بالقانون الدّاخلي.
ب/– و هو هامّ أيضا بالنّظر إلى نظرية أعمال الحكومة.
ج/– أمّا من النّاحية العملية يتطلّب شرطين (الجسامة و الخصوصية) المستعارين من الاجتهاد القضائي المتعلّق بالمسؤولية بفعل القوانين إخلالا بالمساواة أمام الأعباء العامّة. و هو ما يوحي بندرة الفرضيات التي سيحكم فيها حقيقة ضد الدّولة، ذلك أنّ شرط الخصوصية لا يتحقّق إلاّ في حالات استثنائية, و الاجتهاد القضائي اللاّحق لسنة 1966 يؤكّد ذلك. فمسؤولية الدّولة عن المعاهدة الدّولية لم تُقبل إلاّ في حالتين:
- C.E s. 29 Oct. 1976, Ministre des affaires étrangères C. consorts Burgat, G.A.J.A, op.cit p 588./- C.E 1ère et 6ème sous-sections réunies du 29 Déc. 2004,262190, M Almayrac et autres . Source Site : https://www.legifrance.gouv.fr dernière consultation 24/11/2020 à 20h45mn.
د/– من النّاحية النّظرية يؤكّد القرار توجّه مجلس الدّولة حول فصل التّعويض عن الآثار الضّارة لفعل أو نشاط عن تقدير مشروعيته.

الدّولة الفرنسية جرّاء الضّرر المترتّب عن الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامّة الذي سبّبه لها توقيع الدّولة الفرنسية على اتفاقيات دولية تحرمها – إلى تاريخ غير محدّد– من أيّة مطالبة بدينها تجاه الدّولة الألمانية.

و من ثمّ تواجد مجلس الدّولة الفرنسي مطالب بالفصل في مشكلةِ " مبدأ مسؤولية الدّولة عن الضّرر الذي قد ترتّبه– المعاهدات الدّولية التي هي طرف فيها– للأفراد"؛ كيف لا في ظلّ وجود اجتهاد قضائي تقليدي يقضي، من جهة، بجواب أوّل، مؤسّس على نظرية أعمال الحكومة بموجب القرار الفاصل في قضية (Prince Napoléon)[1] ، و جواب ثانٍ مؤسّس، من جهة أخرى، بعدم اختصاص مجلس الدّولة بالنّظر في علاقات الدّولة الفرنسية مع قوّة أجنبية، متولّدة عن اتّفاقيات دولية[2].

و لكن مفوّض الحكومة Michel Bernard تساءل << ألا تزال هناك أسباب للرّفض آليا كلّ جبر للضّرر اللاّحق بالأفراد جرّاء معاهدة دولية؟ >>[3].و قد أثار المفوّض جملة من النّقاط أخذ بها كلّها مجلس الدّولة الفرنسي نلخّصها فيما يلي:

أ/– القرار وضع مبدأ جديدا كلّيا مؤدّاه إمكانية إثارة مسؤولية الدّولة تأسيسا على مساواة المواطنين أمام الأعباء العامّة ضمانا لجبر الأضرار المترتّبة عن المعاهدات المبرمة من قبل الدّولة مع دول أخرى و التي أُدمجت في النّظام القانوني الدّاخلي.

ب/– على أن يبقى التّعويض مرتبط بشرطين: ألاّ تكون الاتفاقية/المعاهدة في حدّ ذاتها و لا القانون المصادق عليها قد استبعد كلّ تعويض، و أن يكون الضّرر المطالب جبره من الجسامة كفاية و أن يكون ذا طابع خاصّ. كما ظهرت صورا أخرى لنظرية فعل الأمير[4] بعد نشأة الاتّحاد الأوروبي.

---

(1) – C.E 19 Fév. 1875, Prince Napoléon, arrêt précité.
(2) – 1er Juin 1951, Sté des étains et wolfram du Tonkin, arrêt précité.
(3) – Concl. Michel Bernard sous C.E 30 Mars 1966 Cie générale d'énergie radioélectrique.
إذ جاء في تقرير المفوّض:
<<S'il existe encore des raisons de refuser systématiquement toute réparation aux personnes qui subissent un préjudice du fait d'une convention internationale ? >>
(4) – Patrick Kinsch, Le fait du prince étranger, thèse publiée par L.G.D.J, Paris, 1994, p126.

و عليه، نخلص إلى أنّ نظرية مساواة المواطنين أمام الأعباء العامّة تُمكِّنُ القاضي الإداري من منح تعويضٍ عن الأضرار النّاتجة عن قرار يعترف صراحة بمشروعيته سواء أكان قرارا فرديا[1]، أو كان قرارا تنظيميا[2] ، أو عن تصرّف ليس من اختصاصه تقدير مشروعيته مثل القانون[3] و أخيرا عن معاهدة دولية أُدمجت في النّظام القانوني الدّاخلي[4].

المطلب الثّالث: فكرة السّلطة العامّة

من بين الشّروط الواجبة التّوافر حتى تطبّق نظرية فعل الأمير أن يكون الفعل الضّار صادرا من جهة الإدارة المتعاقدة[5].

وهذه الشّروط ترتبط بالإجراء المكوّن لفعل الأمير في حدّ ذاته؛ إلاّ أنّ هذا الشّرط يجب تحديده لبيان متى يمكن اعتبار السّلطة المتدخّلة في العقد ليست أجنبية عن الإدارة المتعاقدة.

كما يجب إيضاح إذا ما كان طرفي العقد اثنان من الأشخاص الخاصّة دون أن يفقد العقد صفته الإدارية أو في حالة ما إذا كان كلا طرفي العلاقة العقدية من الأشخاص العامّة، ذلك ما سنحاول عرضه تباعا.

الفرع الأوّل: الصّفقات المبرمة باسم الدّولة بواسطة أحد الوزراء

بعكس ما كان سائدا في قضاء مجلس الدّولة الفرنسي في بداياته، حيث كان يعتبر الإدارات الوزارية المختلفة أجنبية الواحدة عن الأخرى، فإنّه لا توجد– في الوقت الحاضر– صعوبة في إعمال نظرية فعل الأمير في العقود المبرمة باسم الدّولة بواسطة أحد الوزراء[1].

---

(1) – C.E 30 Mars 1923, Couitéas, arrêt précité.
(2) – C.E 22 Fév. 1963, commune de Gavarnie, Rec.113, G.A.J.A, op.cit, p 589.

(3) – C.E Assemblée Générale du 14 Janv. 1938, req. n° 51704, S.A « la fleurette », Rec.25 Concl. Roujou. Consulté sur site : https://www.gallica.bnf.fr le 31 Déc. 2020 à 16h 15mn.
Cf. : G.A.J.A, op.cit, n°52, p 326.

(4) – C.E 30 Mars 1966, C^ie générale d'énergie radioélectrique, précité.
هذا القرار يسجّل مرحلة هامّة في تطوّر نظرة مجلس الدّولة الفرنسي حول مسؤولية الإدارة الذي لم يكتمل دون شكّ نظرا لتزايد الالتزامات الدّولية.

(5)– لأكثر تفصيل أنظر المطلب الثّاني من المبحث الثّالث من هذا الفصل.

سواء أكان الفعل الضّار صادرا عن ذات الوزير أو أي وزير آخر، ذلك أنّ شخصية الدّولة لا تتجزّأ.

كما أنّه لا صعوبة في العقود الإدارية المبرمة من قبل الأشخاص المعنوية العامّة المحلّية، فإنّ نظرية فعل الأمير تطبّق إذا ما صدر الفعل الضّار عن الممثّلين القانونيين لتلك الأشخاص.

الفرع الثّاني: الإجراءات الصّادرة عن السّلطة التّشريعية

باستطاع السّلطة العامّة أن تمارس الصّلاحيات المخوّلة لها قانونا، حيث بإمكان السّلطة التّشريعية إصدار قانونا تُقدّر بأنّه ضروريا لتنظيم الحياة الجماعية أو لتلبية الحاجات العامّة. إلاّ أنّ هذا الإجراء القانوني و المشروع في حدّ ذاته قد يثقل من أعباء العقود التي أبرمتها الدّولة مع المتعاملين المتعاقدين معها لتنفيذ المرافق العامّة.

و من ثمّ فإنّ الإجراءات الصّادرة عن السّلطة التّشريعية و التي تؤثّر على العقود المبرمة بمعرفة الدّولة تدخل أيضا في نطاق نظرية فعل الأمير[2]. لأنّ السّلطة التّشريعية عضو في الدّولة كما السّلطة التّنفيذية و التي تتكوّن من أعضاء مختلفة، في حين الإجراءات الصّادرة عنها تُعتبر و كأنّها صادرة عن ذات الشّخص العامّ[3].

الفرع الثّالث: في فرضية الازدواج الوظيفي

من المتعارف عليه قانونا، أنّه من بين الآثار المترتّبة على اكتساب الشّخصية المعنوية، أن يقوم شخص طبيعي بتمثيل الشّخص المعنوي (الوالي بالنّسبة للولاية، و رئيس المجلس الشّعبي البلدي بالنّسبة للبلدية...و هكذا). إلاّ أنّ ممثّل الشّخص المعنوي لا يتصرّف دوما باسم و لحساب ذات الشّخص العامّ بل قد يتصرّف في بعض الحالات باسم الشّخص المعنوي الأم (الدّولة)[4].

---

(1) – علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص326.

(2)-علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص369.

(3) - André Delaubadère, Frank Moderne et Pierre Delvolvé, T.C.A.TII, op.cit, p 526.

(4) أنظر المواد 110–123 (سلطات الوالي ممثّلا للدّولة) من القانون رقم 12–07 المؤرّخ في 28 ربيع الأوّل 1433هـ الموافق لـ 21 فبراير 2012م يتعلّق بالولاية،ج.ر عدد 12 مؤرّخة في 07 ربيع الثّاني 1433هـ الموافق 29 فبراير 2012.

و في ظلّ هذا الازدواج الوظيفي، هل يمكن إثارة تطبيق نظرية فعل الأمير جبرا للضّرر الذي أحدثه تصرّف ممثّل الشّخص العامّ؟

عن هذا التّساؤل يجيبنا الفقه[1] بأنّه يجب تحديد الصّفة التي بمقتضاها اتُّخذ الإجراء الذي أثّر على العقد و أصاب المتعامل المتعاقد بالضّرر. حيث يرى الفقيه **Delaubadère** بأنّه إذا كان الإجراء صادرا باسم الشّخص العامّ المتعاقد فإنّ أحكام نظرية فعل الأمير تطبّق، أمّا إذا كان الإجراء قد صدر باسم الشّخص المعنوي العامّ الآخر فلا مجال لإعمال النّظرية[2].

و من التّطبيقات القضائية بهذا الصّدد ما جاء في قرار مجلس الدّولة الفرنسي في قضية شركة السّكك الحديدية لمدينة Bayonne à Biarritz [3] ، حيث قضى بأنّ الإجراءات المفروضة على الملتزم و المتمثّلة في نقل جنود الاحتلال مجانا، لم يصدرها الوالي باسم المدينة و لكنّها صدرت منه بناءً على أوامر سلطات الاحتلال، و من ثمّ فإنّ انخفاض إيرادات الشّركة المدّعية ما هو إلاّ أمر مستقلّ عن إرادة الإدارة مانحة الالتزام.

و بناءً على وحدة أجهزة الدّولة يرى الفقيه **Delaubadère** [4] بأنّ فرضية تحقّق الشّرط المتعلّق بصدور الفعل الضّار من الإدارة المتعاقدة هو أقرب في العقود المبرمة من قبل الدّولة عنه في عقود الأشخاص المعنوية العامّة الأخرى.

الفرع الرّابع: في حالة العقود الإدارية المبرمة بين الأشخاص الخاصّة

إنّ الشّرط الأوّل اللاّزم حتى يكون العقد إداريا أن يكون، كقاعدة عامّة، شخصا عامّا(دولة، جماعة إقليمية أو مؤسّسة عمومية ذات طابع إداري) طرفا فيه. فالعقد المبرم بين شخصين خاصّين لا يمكن أن

و انظر كذلك: المواد 85-95 (صلاحيات رئيس المجلس الشّعبي البلدي بصفته ممثّلا للدّولة) من القانون رقم 11-10 مؤرّخ في 02 رجب 1432هـ الموافق لـ 22 يونيو 2011 يتعلّق بالبلدية، ج.ر عدد 37 مؤرّخة في أوّل شعبان 1432هـ الموافق لـ 03 يوليو 2011.

(1) – علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص370.

(2) - André Delaubadère, Frank Moderne et Pierre Delvolvé, T.C.A.T$_{II}$, op.cit, p 526.

(3) – C.E 20 Oct. 1971, C^{ie} du chemin de fer de Bayonne à Biarritz, Rec.624.

(4) - André Delaubadère, Frank Moderne et Pierre Delvolvé, T.C.A.T$_{II}$, op.cit, p 527.

يكون إداريا حتى و لو كان أحد طرفيه مكلّف بمهمّة مرفق عامّ[1]. لكن الاجتهاد القضائي قد يُفعّل منطقيا مفهوم التّمثيل و الوكالة (représentation et mandat) و يقبل بأن يكون العقد بين شخصين خاصّين عقدا إداريا إذا ما تصرّف أحدهم لحساب شخص عامّ.

و هو ما أكّد عليه مجلس الدّولة الفرنسي في العديد من قراراته[2]. ومن ثمّ يطرح السّؤال عن إمكانية تطبيق نظرية فعل الأمير في إطار العقود الإدارية المبرمة بين الأشخاص الخاصّة؟

عن هذا التّساؤل يجيب الفقه[3] بالإيجاب " فنظرية فعل الأمير ترتبط بالطّبيعة الإدارية للعقد أكثر منها باشتراك الشّخص العامّ في إبرامه. و أحسن دليل، عدم تطبيق نظرية فعل الأمير على عقود القانون الخاصّ والتي يكون الشّخص العامّ طرفا فيها ".

عطفا على ما سبق، و إذا ما سلّمنا بإمكانية تطبيق نظرية فعل الأمير على العقود الإدارية المبرمة بين الأشخاص الخاصّة، فإنّ جانب من الفقه[4] يرى – و بِحَقٍّ– بأنّه لا يجب أن نغفل الدّور الذي يؤدّيه كلّ مـــن طرفيّ العلاقة العقدية. إذ يفترض بأنّ أحد الطّرفين يؤدّي دور الشّخص العـــامّ أو يتصرّف بـــاسم و لحساب هذا الأخير. و بتحديد مصدر الإجراء الضّار يمكن تفعيل نظرية فعل الأمير.

الفرع الخامس: في حالة العقود الإدارية بين الأشخاص العامّة

---

(1) - André Delaubadère, Jean Claude Venezia, Yves Gaudemet, traité de droit administratif T_I, droit administratif général, 15ème éd., LG.D.J, Paris, 1999, p 795.

(2) – C.E 30 Janv. 1931, Sté Brosette, Rec.123.
- C.E 18 Déc. 1936, req. n° 37605 40701 et 41517, Prade, Concl. Andrieux, Rec.1124.
- C.E 24 Fév.1954, Sté des ateliers de construction Schwartz-Haumont, AJDA,1954,IV,18.
- C.E 02 Juin 1961, Leduc, Rec.365.

(3) – Pierre Delvolvé, responsabilité contractuelle, encyclopédie Dalloz, Paris, 1987/R.F.D.A n°1, 2013. p 27. **حيث يقول:**

<< La théorie du fait du prince est liée moins à la participation d'une personne publique au contrat qu'au caractère administratif de celui-ci. La meilleure preuve en est que, dans les contrats de droit privé auxquels une personne publique est partie, la théorie du fait du prince ne s'applique pas >>.(ترجمة حرّة في المتن)

(4) – علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص372.

فكلّ من طرفيّ العلاقة العقدية يمكنه أن يصدر إجراءً قد يُضرّ بالطّرف الآخر، ومن ثمّ يطرح التّساؤل عن إمكانية مطالبة الطّرف المتضرّر بالتّعويض استنادا إلى نظرية فعل الأمير؟

لا يجب أن نغفل بهذا الصّدد أنّ أحد طرفيّ العلاقة العقدية في وضع أكثر سيطرة و هيمنة في علاقته بالطّرف الآخر لأنّه المسؤول الأساسي عن المرفق العامّ محلّ التّعاقد. و الغالب، كما يرى الأستاذ **Delvolvé**[1]، أن يصدر عنه التّصرّف الضّار الذي يزيد من أعباء الطّرف الآخر.

المبحث الثّالث: شروط تطبيق نظرية فعل الأمير

لكي يتمكّن المتعامل المتعاقد من الحصول على التّعويض جبرا للضّرر الذي لحقه من جرّاء تدخّل الإدارة المتعاقدة أثناء تنفيذ العقد استنادا لنظرية فعل الأمير، فقد استقرّ الاجتهاد القضائي و جمهور الفقه الإداري في القانون المقارن على وجوب توافر جملة من الشّروط مجتمعة لتطبيق النّظرية:

أن يكون ثمّة عقد من العقود الإدارية (المطلب الأوّل) ذلك أنّ نظرية فعل الأمير هي من ابتكار القضاء الإداري و هي لصيقة بالعقود الإدارية، و أن يكون الفعل الضّار صادرا من جهة الإدارة المتعاقدة (المطلب الثّاني) فإذا كان مصدره جهة إدارية أخرى فلا مجال لإعمال النّظرية، و أن يكون الإجراء المكوّن لفعل الأمير مشروعا (المطلب الثّالث) لأنّنا بصدد مسؤولية الإدارة دون خطأ، و يُشترط أن يكون الإجراء غير متوقّع عند إبرام الصّفقة (المطلب الرّابع) و أخيرا يُشترط أن يُلحق الإجراء بالمتعامل المتعاقد ضررا (المطلب الخامس).

المطلب الأوّل: أن يتّصل فعل الأمير بعقد إداري

كلّ عقود الإدارة العامّة ليست عقودا إدارية؛ فرق جوهري يُميّز بين العقود الإدارية – بالمعنى الدّقيق– و عقود القانون الخاصّ (الشّريعة العامّة) للإدارة[2].

(1) – Pierre Delvolvé, responsabilité contractuelle, op.cit, p 27.

(2) - André Delaubadère, Jean Claude Venezia, Yves Gaudemet, traité de droit administratif op.cit, p 791.<< Tous les contrats de l'administration ne sont pas des contrats administratifs. Une distinction capitale oppose aux contrats administratifs proprement dits les contrats de droit privé (ou droit commun) de l'administration…>>.

فائدة هذا التّمييز تكمن في أنّ الصّنف الأوّل يخضع لقواعد خاصّة من القانون الإداري تختلف عن قواعد الالتزام في القانون المدني، و أنّ منازعاتها هي من اختصاص القضاء الإداري؛ في حين الصّنف الثّاني يخضع لقواعد القانون المدني و نزاعاته من اختصاص القضاء العدلي.

حيث يتساءل الفقيه **Delaubadère** << في ظل وجود عقد مبرم من قبل الإدارة من الضّروري التساؤل إن كان هذا العقد إداريا أم هو من عقود الشّريعة العامّة للإدارة؟ >>(1).

و إن كان هذا السّؤال لا يطرح بالنّسبة لكلّ عقود الإدارة، فبعض هذه العقود هي دائما عقودا إدارية إمّا بتحديد القانون (الفرع الأوّل) أو بالرّجوع إلى محلّها مثل عقد التزام المرافق العامّة و الأشغال العمومية. أمّا البعض الآخر من هذه العقود و ذات الأهمية (التّوريد، الخدمات...الخ) في بعض الحالات تكون عقودا إدارية و في حالات أخرى هي من عقود الشّريعة العامّة ولأجلها وضع الاجتهاد القضائي معيار العقد الإداري (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل: العقد الإداري بتحديد القانون

لا يجب أن يفهم من ذلك التّحديد المباشر، و لكن ممّا قد ينصّ عليه القانون بعقد الاختصاص في منازعات تلك العقود إلى جهة القضاء الإداري، مثل صفقات الأشغال العمومية، و بيع عقارات الدّولة، أو العقود المتعلّقة بشغل الدّومين العامّ(2).

---

(1) - André Delaubadère, Jean Claude Venezia, Yves Gaudemet, traité de droit administratif op.cit, p 793.

حيث يذكر الفقيه:

<< Il est essentiel de se demander, en présence d'un contrat conclu par l'administration, s'il s'agit d'un contrat administratif proprement dit ou d'un contrat de droit commun de l'administration>>.(ترجمة حرّة في المتن)

حول اتّصال فعل الأمير بعقد إداري راجع:

– أحمد بن محمّد الشّمري، القوّة الملزمة للعقد الإداري، دار النّهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 47.

(2) - André Delaubadère, Jean Claude Venezia, Yves Gaudemet, traité de droit administratif op.cit, p 793.

حيث يقول الفقيه:

<< Certains contrats de l'administration sont toujours des contrats administratifs du fait d'une détermination de la loi. Cette détermination, n'est d'ailleurs pas directe, mais résulte de ce que la loi prévoit pour le contentieux de ces contrats la compétence des tribunaux administratifs. Il en est ainsi des marchés de travaux publics et des ventes des immeubles d'État et des contrats comportant occupation des domaines publics >>.(ترجمة حرّة في المتن)

إلاّ أنّ كثرة المنازعات المتعلّقة بالصّفقات العمومية، و من ثمّ كثرة الاجتهادات القضائية الفاصلة فيها و ما تمخّض عنها من جدل فقهيٍّ؛ –و فصلا في الموضوع– تدخّل المشرّع الفرنسي بموجب قانون التّدابير الاستعجالية ذات الطّابع الاقتصادي و المالي. حيث تنصّ المادة الثّانية منه:<< الصّفقات المبرمة طبقا لتقنين الصّفقات العمومية لها طبيعة العقود الإدارية>> (1).

و بالرّجوع إلى المرسوم الرّئاسي 247/15 المتضمّن تنظيم الصّفقات العمومية و تفويضات المرفق العامّ، فظاهره يوحي بأن الصّفقة العمومية عقد إداري بتحديد القانون إعمالا للمعيار العضوي الذي اعتمده المشرّع في المادة 06 منه حيث تنصّ:<< لا تطبّق أحكام هذا الباب إلاّ على الصّفقات العمومية محل نفقات: الدّولة، الجماعات الإقليمية، المؤسّسات العمومي ذات الطّابع الإداري،المؤسّسات العمومية الخاضعة للتّشريع الذي يحكم النّشاط التّجاري، عندما تُكلّف بإنجاز عملية مموّلة، كلّيا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدّولة أو من الجماعات الإقليمية...>>.

ومن ثمّ فالمشرّع يشترط أن يكون أحد طرفيّ العلاقة العقدية في الصّفقة العمومية شخصا معنويا عاما.

فما مدى كفاية هذا الشّرط لإضفاء الطّابع الإداري على عقد الصّفقة العمومية؟

في بحثه عن معيار للعقد الإداري، اعتمد الفقه و القضاء الإداري على صفة الأطراف المتعاقدة. و كان الشّرط الأوّل اللاّزم، حتى يكون العقد إداريا، أن يكون شخص عامّ (الدّولة، جماعة إقليمية أو مؤسّسة عمومية) طرفا فيه. فالعقد المبرم بين شخصين خاصّين لا يمكن أن يكون عقدا إداريا، حتى و لو– مثلما هو في بعض الحالات في الوقت الحاضر– إحدى الطّرفين الخاصّين مكلّف بمهمة مرفق عامّ(2).

---

(1) – La loi du 11 Déc. 2001(dite loi <<MURCEF>>) dont l'article 02 dispose :<< Les marchés passés en application du code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs>>

(2) - André Delaubadère, Jean Claude Venezia, Yves Gaudemet, traité de droit administratif op.cit, p 795. **حيث يقول الفقيه:**

<< La première condition exigée pour qu'un contrat puisse être administratif est qu'une personne publique (État, collectivité territoriale ou établissement public) y soit partie. Un contrat conclu entre deux personnes privées ne peut être un contrat administratif, même si, comme c'est parfois le cas aujourd'hui, l'une de ces personnes privées est chargée d'une mission de service public >>.

أنظر كذلك:– د. أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية وفقا لقانون المناقصات و المزايدات الجديد، منشأة المعارف الإسكندرية 2002، ص 293.– د. مازن ليلو راضي، معايير تمييز العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2016، ص61./ د. محمّد بكر حسين، الوسيط في القانون الإداري، دار الفطر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص363. – أ.د. نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثّاني، ط1، دار الثّقافة للنّشر و التّوزيع، عمّان، الأردن، 2007، ص 373.

و هو المعيار الوحيد الذي يعتمده مجلس الدّولة الجزائري[1] و ذلك ما سجّله عليه بعض الفقه[2]،نظرا للتّراجع و الانكسار اللّذان عرفهما المعيار العضوي، حيث أصبح الاجتهاد القضائي يُفعّل مفهوميّ التّمثيل و الوكالة (Représentation et mandat) و أقرّ بأنّ العقد المبرم بين شخصين خاصّين يمكن أن يكون إداريا إذا كان أحد الطرفين يتصرّف لصالح شخص عامّ[3].

إنّ تطبيق مفهوم الوكالة أفرز اجتهادا قضائيا، في قرارات كلٍّ من محكمة التّنازع و مجلس الدّولة الفرنسيّين، مما استقطب و أثار العديد من التّعليقات. و يتعلّق الأمر بالعقود(على وجه الخصوص صفقات الأشغال العمومية) المبرمة مع المقاولين من قبل شركات الاقتصاد المختلط التي هي أشخاص معنوية خاصّة[4].

حيث قضت محكمة التّنازع الفرنسية في قرار مدوي[5] de grand retentissement بأنّ<<الصّفقات المبرمة مع المقاولين من قبل شركات الاقتصاد المختلط الملتزمة بالطّرق السّيارة هي صفقات أشغال عمومية؛ و من ثمّ فهي عقود إدارية بالرّغم من طبيعة الأشخاص الخاصّة لهذه الشّركات، ذلك لأنّها تتصرّف لصالح الدّولة>>.

و هو ما أقرّه القضاء الإداري في فرنسا:

- C.E 13 Déc. 1963, Syndicat des praticiens de l'art dentaire, D, 1964,55, Concl. Braibant.
- C.E 09 Juin 1967, S^{té} des eaux de Marseille, Rec.241.
-T.C 03 Mars 1967, S^{té} interlait, A.J.D.A 1969.307.

(1)– القرار رقم 012585 الفهرس344 المؤرّخ في2004/06/15 قضية بغدادي العيد / مدير التّربية لبشّار و من معه.

–القرار رقم012269 الفهرس 950 المؤرّخ في 2003/12/16 قضية مؤسّسة كشرود الاقتصادية ضد والي ولاية خنشلة.

(2)– حول المعيار الذي يعتمده مجلس الدّولة الجزائري في تمييزه للعقد الإداري راجع:

– أ.د. محمّد الصّغير بعلي، العقود الإدارية، المرجع السّابق، ص 11.

– د. ناصر لبّاد، الوجيز في القانون الإداري، التّنظيم الإداري، النّشاط الإداري، ط1، مطبعة لبّاد، سطيف، 2006 ص394.

(3) - C.E 30 Janv. 1931, S^{té} Brosette, Rec.123./ - C.E 18 Déc. 1936, Prade, Rec.1124.
- C.E 24 Fév.1954, S^{té} des ateliers de construction Schwartz-Haumont, AJDA,1954,IV,18.

(4) - André Delaubadère, Jean Claude Venezia, Yves Gaudemet, traité de droit administratif op.cit, p 796.

(5) – T.C 08 Juil. 1963, Entreprise Peyrot, C/ S^{té} de l'autoroute Esterel Côte d'Azur, Rec.787

<< Les marchés ainsi conclus avec des entrepreneurs, par les sociétés d'économie mixte concessionnaires d'autoroutes sont des marchés de travaux publics et donc des contrats administratifs, malgré la nature de personnes privées de ces sociétés, par ce qu'elles agissent pour le compte de l'État >>.

و هو ما حاول المشرّع الجزائري تبنّيه في البند الرّابع من المادة 06 من المرسوم الرّئاسي 247/15 عندما أخضع الصّفقات التي تبرمها المرافق العامّة التّجارية لقانون الصّفقات العمومية و لكن بشرط أن تُكلّف بإنجاز عملية مموّلة كلّيا أو جزئيا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدّولة أو من الجماعات الإقليمية.

و الملاحظ أنّ هذا الشّرط يكتفه الكثير من الغموض و الإبهام؟ ذلك أنّ المشرّع لم يحدّد الجهة المُكلِّفة للمرفق العامّ التّجاري بإنجاز الأعمال من جهة، ومن جهة أخرى، فالشّرط لا يوضّح صاحب المشروع إنّما الطّرف المموّل له، و من ثمّ لا يبرز الطّرف الثّاني في العلاقة العقدية هل هو الشّخص المرفقي أم الشّخص الإداري؟

لأنّ تحديد طرفيّ العلاقة العقدية من الأهميّة بما كان، و الفرضيات الممكنة وفقا لهذا الشّرط كثيرة و لا يسعنا المجال للحديث عنها كلّها ، وعليه سوف نأخذ بالفرضية الأقرب إلى ما أراده المشرّع من وراء هذا الشّرط والتي يكون فيها– في تقديرنا– الشّخص المرفقي وكيل يتصرّف لحساب الأصيل ؛ عندها يجب إعادة صياغة الفقرة الرّابعة من المادّة 06 من المرسوم الرّئاسي 247/15 على النّحو الآتي: <<... المؤسّسات العمومية الخاضعة للتّشريع الذي يحكم النّشاط التّجاري عندما تكلّف، من قبل الدّولة أو إحدى الجماعات الإقليمية، بإنجاز عملية لصالح هذه الأخيرة >>.

و جدير بالملاحظة كذلك، أنّ المعيار العضوي الذي اعتمده المشرّع الجزائري مهلهل حينما استثنى تطبيق أحكام المرسوم الرّئاسي 247/15 على العقود المبرمة فيما بين المؤسّسات العمومية ذات الطّابع الإداري[1]؛ علما بأنّ المبدأ السّائد، الذي أجمع عليه كلّ من التّشريع، الفقه و القضاء الإداري في القانون

الإداري المقارن، يعتبر العقود المبرمة بين الأشخاص المعنوية العامّة ذات الطّابع الإداري هي عقود إدارية من حيث الأصل، و يُعهد للقضاء الإداري النّظر في منازعاتها[2].

---

(1)– حيث تنصّ المادّة 07 ف$_1$ من المرسوم الرّئاسي 247/15 على ما يلي:<<لا تخضع لأحكام هذا الباب العقود الآتية:– المبرمة من طرف الهيئات و الإدارات العمومية و المؤسّسات ذات الطّابع الإداري فيما بينها>>

(2) – A. Delaubadère, J. C. Venezia, Y. Gaudemet, traité de droit administratif op.cit, p 795 .
<< Un contrat conclu entre deux personnes publiques revêt en principe un caractère administratif impliquant la compétence de la juridiction administrative pour connaître les litiges portant sur les manquements aux obligations en découlant… >>Cf. :
- C.E 06 Fév.1903, Terrier, Rec.94, Concl. Romieu, G.A.J.A, op.cit, n° 12, p 73.
-T.C.21 Mars 1983, Union des assurances de Paris et autres.C/ . Secr.E.aux P. et T. Rec.597.
- C.E 11 Mai 1990, Bureau d'aide sociale de Blénod-Lès-Pont-À-Mousson, AJDA.1990,614.
-T.C 16 Janv.1995, C.N.R.C/ E.D.F, Cah.Jur.Ele.Gaz 1995, p 259. Concl. Ph.Martin.

أمّا فيما يخصّ القواعد الإجرائية، و باستقراء نصوص القانون 08-09 [1] نجد بأنّ المشرّع قد اعتمد المعيار العضوي لعقد الاختصاص للقضاء الإداري للفصل في المنازعات التي تكون الأشخاص المعنوية العامّة طرفا فيها[2] كما عقد الاختصاص للقضاء الإداري للنّظر في حالة الاستعجال في النّزاعات المثارة بشأن إبرام العقود الإدارية و الصّفقات العمومية[3].

الملاحظ أنّ المشرّع قد عقد، بموجب هذه المادة، الاختصاص للقضاء الإداري للنظر في النّزاعات المثارة بشأن العقود الإدارية و الصّفقات العمومية و لكن في حالة الاستعجال و في مرحلة الإبرام؛ و من ثمّ يبقى السّؤال مطروحا عن المنازعات المثارة بشأن هذه العقود في الحالة غير الاستعجالية و في مرحلة التّنفيذ؟ و ما أكثرها في هذه المرحلة.

ثمّ إنّ عبارة <<... المثارة بشأن إبرام العقود الإدارية و الصّفقات العمومية...>> الواردة في نصّ المادة 946 أدناه، ألا تدلّ صراحة بأنّ الصّفقات العمومية- بحسب وجهة نظر المشرّع الجزائري- ليست عقودا إدارية؛ فلو كانت كذلك لما جاءت مضافة للعقود الإدارية، و لجاءت العبارة على النّحو الآتي:<<...المثارة بشأن إبرام العقود الإدارية بما (في ذلك/فيها) الصفقات العمومية...>>.

عطفا على ما سبق، و باستقراء كلّ من نصوص القواعد القانونية الموضوعية (المرسوم الرّئاسي 247/15) و الإجرائية (القانون 09/08) نلاحظ تضعضع المعيار العضوي لتحديد الطّبيعة الإدارية للصّفقة العمومية. و هو السّبب الذي أدى إلى هجر هذا المعيار من قبل القضاء و الفقه الإداري في القانون المقارن.

---

(1) – القانون 09/08 المؤرّخ في 25 فيفري 2008 المتعلّق بالإجراءات المدنية و الإدارية، ج.ر عدد 21 الصّادرة بتاريخ 23 أفريل 2008.

(2) – حيث تنصّ المادة 800 منه على أنّ:

<< المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامّة في المنازعات الإدارية،

تختص بالفصل في أوّل درجة، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا، التي تكون الدّولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسّسات العمومية ذات الصّبغة الإدارية طرفا فيها >>

(3) – إذ تنصّ المادة 946 منه على:

<< يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة، و ذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار و المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية و الصّفقات العمومية >>.

حيث يلاحظ بهذا الصّدد الأستاذ **Delaubadère** بأنّه : <<عندما يكون أحد أطراف العقد شخصا عامّا، فمعيار الطّبيعة الإدارية، المستخلص تدريجا من الاجتهاد القضائي، بعد حذف مختلف العناصر المتعارف بعدم اختلافها(يقصد بين العقدين المدني و الإداري)، هو اليوم معيار تبادلي: يكمن إمّا في علاقات العقد المعني بالمرفق العامّ أو باحتوائه على عناصر غير مألوفة>>(1).

و هو ما سنعرضه في الفرع الثّاني أدناه.

الفرع الثّاني: معيار العقد الإداري في الاجتهاد القضائي

إنّ مبدأ التّمييز بين العقود الإدارية و العقود المدنية هو من منشأ قضائي، و كان القضاء كذلك هو من وضع معايير التّمييز بين العقدين. حيث كان المعيار السّائد في قرارات مجلس الدّولة الفرنسي في تمييزه للعقد الإداري هو اتّصاله بمرفق عامّ (البند الأوّل) ثمّ عدل عن هذا المبدأ و اعتبر احتواء العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في قواعد القانون الخاصّ هو الذي يضفي عليه الطّابع الإداري(البند الثّاني).

البند الأوّل: معيار المرفق العامّ

يعتبر قرار مجلس الدّولة الفرنسي في قضية Terrier (2) أوّل تطبيق لفكرة المرفق العامّ كمعيار لتمييز العقود الإدارية. و تعود وقائع القضيّة إلى مداولة المجلس الولائي لولاية Saône-et-Loire التي تعهّد بموجبها المجلس الولائي بأن يمنح علاوة لكل من يساهم في القضاء على الحيوانات الضّارّة سيما الأفاعي

---

(1) - André Delaubadère, Jean Claude Venezia, Yves Gaudemet, traité de droit administratif op.cit, p 795.

حيث يقول:

<< Lorsque l'une, aux moins, des deux parties du contrat est une personne publique, le critère du caractère administratif dégagé progressivement par la jurisprudence, après élimination de divers éléments reconnus indifférents, est aujourd'hui un critère alternatif : il réside soit, dans les relations du contrat concerné avec un service public, soit dans la présence dans ce contrat d'éléments exorbitants >>.

(2) – C.E 06 Fév. 1903, Terrier, Rec.94, Concl. Romieu, G.A.J.A op.cit,n°12, p 73.

Le conseil d'État se reconnut compétent car :

<<… du refus du préfet d'admettre la réclamation dont l'a saisi il est né entre les parties un litige dont il appartient au conseil d'État de connaître >>.

حول فكرة المرفق العامّ كمعيار مميّز للعقد الإداري راجع:

– د. مازن ليلو راضي، معايير تمييز العقد الإداري، المرجع السّابق ص 69.

فلمّا تقدّم السّيد Terrier من الوالي طالبا المنحة المتعهّد بها لمساهمته في القضاء على الأفاعي قوبل طلبه بالرّفض، بداعي نفاد مبلغ المنحة؛ رُفع النّزاع أمام مجلس الدّولة الفرنسي الذي قضى بالاختصاص.

و يعتبر قرار Terrier من أهمّ القرارات في القانون الإداري عامّة من جهة، و من خلال التّوضيحات التي تقدّم بها مفوّض الحكومة Romieu ، من جهة أخرى(1).

– أمّا من حيث أهميّة مضمونه، فقد وحّد بين منازعات الجماعات المحلّية و منازعات الدّولة؛ حيث كان، قبله، يُنظر إلى العقود المبرمة من قبل الجماعات المحلّية بأنّها عقود يحكمها القانون الخاصّ و من ثمّ فالاختصاص للنّظر في منازعاتها يؤول إلى القضاء العدلي.

و عليه بموجب قرار Terrier أُدمجت، بعده(2)، بصورة نهائيّة المنازعات العقدية للجماعات المحليّة ضمن المنازعات الإدارية.

– و قد لاحظ الأساتذة **M.Long/P.Weil/G.Braibant/P.Delvolvé et B.Genevois** (3) بأنّ أهميّة و شهرة هذا القرار لا تنبع من مضمونه فقط، بل من الملاحظات التي رسّخها Romieu في مصطلحات لا تزال أغلبية مبادئها صالحة إلى غاية اليوم. و من بين تلك الملاحظات:

<<سواء تعلّق الأمر بالمصالح الوطنيّة أو بالمصالح المحليّة، في اللّحظة التي نحن أمام احتياجات جماعية التي يجب على الأشخاص العامّة تلبيتها؛ فإنّ تسيير هذه المصالح لا يمكن اعتبارها و كأنّها تدار بالضّرورة وفقا لمبادئ القانون المدني...>>.

---

(1) – Voir à ce propos, G.A.J.A, op.cit, p 74.

(2) – C.E 04 Mars 1910, Thérond, Rec.193, Concl. Pichat, G.A.J.A, op.cit, n°21, p 130.

(3)– حول تلك الملاحظات راجع مؤلّفهم G.A.J.A السالف ذكره ص 74 من بينها:

<< L'importance et la célébrité de cet arrêt ne viennent pas seulement de son contenu propre, mais aussi des conclusions dans lesquelles Romieu a systématisé en des termes qui restent encore en grande partie des principes valables aujourd'hui>>.

من باب الإفادة نذكر بعض ملاحظات المفوّض Romieu:

<< Qu'il s'agisse des intérêts nationaux ou des intérêts locaux, du moment où l'on est en présence de besoins collectifs auxquels les personnes publiques sont tenues de pourvoir, la gestion de ces intérêts ne saurait être considérée comme gouvernée nécessairement par les principes de droit civil…….>>.

<< …Toutes les actions entre les personnes publiques et les tiers ou entre ces personnes publiques elles-mêmes et fondées sur l'exécution, l'inexécution ou la mauvaise exécution d'un service public sont de la compétence administrative >>.

<< كلّ النّشاطات بين الأشخاص العامّة و الغير أو فيما بين تلك الأشخاص العامّة، و المؤسّسة حول تنفيذ، عدم تنفيذ أو سوء تنفيذ مرفق عامّ هي من اختصاص القضاء الإداري>>.

و إن كان معيار المرفق العامّ، كضابط لتمييز العقد الإداري، قد عرف بعد ذلك تراجعا– فيما سُمّي بأزمة المرفق العامّ– لا سيما بعد بروز معيار جديد، في أحكام القضاء الإداري الفرنسي، لتمييز العقد الإداري بصدور قرار Sté des granits porphyroïdes [1]، و المتمثّل في وجوب اشتمال الصّفقة على شروط استثنائية غير مألوفة[2]، و هو ما ترتّب عنه جدلا فقهيا، بين مؤيّدٍ و معارضٍ لفكرة المرفق العامّ كمعيارٍ مميّزٍ للعقد الإداري.

و قد ظلّ ذلك الجدل قائما إلى غاية سنة 1956 التي عرفت تحوّلا نوعيّا في قضاء مجلس الدّولة الفرنسي، و ذلك بصدور قرارين في ذات السّنة، حيث أصبح يُشترط وجوب وجود علاقة مميّزة لموضوع العقد مع مرفق عامّ.

القرار الأوّل:Époux Bertin[3] تتلخّص وقائعه في التزام الزّوجين Bertin بموجب عقد شفهي مبرم مع الإدارة، مقابل مبلغ جزافي قدره 30 فرنك عن كلّ رجل و عن كلّ يوم، بضمان إطعام الرّعايا السّوفيات المأويين في مركز إعادة التّوطين في Meaux في انتظار عودتهم إلى روسيا. حيث أثير النّزاع حول وجود التزام ملحق للعقد بموجبه تمنح الإدارة للزوجين Bertin منحة إضافية بقيمة 7.50 فرنك عن كلّ رجل و عن كلّ يوم في مقابل إضافة أطعمة جديدة للأطباق المقدّمة.

حيث قضى مجلس الدّولة بأنّ <<العقد المعني كان محلّه عهد، بهذا الصّدد، للمعنيين التّنفيذ العيني لمرفق عـام كـان مكلّفا بضمان إعـادة توطين لاجئين من جنسية أجنبية متواجدين فـوق الإقليم

(1) – C.E 12 Juil. 1912, Sté des granits porphyroïdes des Vosges, Rec.909, Concl. L.Blum G.A.J.A, ,op.cit , n° 26, p 155.

(2) أنظر البند الثّاني أسفله.

(3) – C.E 20 Avril 1956, Époux Bertin, Rec.167, G.A.J.A, op.cit, n° 74 , p 491.

حيث جاء فيه:

<<…Que le dit contrat a eu pour objet de confier à cet égard, aux intéressés l'exécution même du service public alors chargé d'assurer le rapatriement des refugiés de nationalité étrangère se trouvant sur le territoire français ; que cette circonstance suffit à elle seule, à imposer au contrat dont s'agit le caractère de contrat administratif ; qu'il suit de là que, sans qu'il soit besoin de chercher si le dit contrat comportait des clauses exorbitantes du droit commun,… relève de la compétence de la juridiction administrative >>. (ترجمة حرّة في المتن)

الفرنسي، و أنّ هذا الظّرف كافٍ لوحده لإصباغ طابع العقد الإداري على العقد المعني، دون حاجة للبحث عن اشتماله على شروط استثنائية غير مألوفة في الشّريعة العامّة، و من ثمّ فهو من اختصاص القضاء الإداري>>.

أمّا القرار الثّاني Grimouard فتتلخّص وقائعه في التزام الدّولة، بموجب عقود في إطار المرسوم المؤرّخ في 03 مارس 1947 المتضمّن تنظيم الإدارة العمومية تطبيقا لقانون 30 سبتمبر 1946 المتعلّق بتنظيم أشغال التشجير، الاستصلاح، و المحافظة على الأراضي المشجرة، و الاستغلال الأمثل للمنتوجات الغابية و بصفة عامّة كلّ ما يهدف إلى زيادة الموارد الغابية، و تسهيل بيع المنتوجات الغابية و لتلبيةٍ أفضل لحاجيات السّكان.

حيث قامت إدارة المياه و الغابات بإنجاز عمليات تشجير فوق أراضٍ مملوكة للسّيداتDames de la Chauvelais et de la villemarque و الواقعة في إقليم بلديات Chènevelles ,Monthoiron & Senillé و ذلك بموجب عقد مع المالكين. و أنّه بتاريخ 05 جويلية 1952 تسبّبت شرارة تسرّبت من محرّك جرّار السيّد Fumeron ، المقاول المكلّف بالأشغال، باندلاع حريق أتى على الأراضي المعنية بالعقد و أراضي مجاورة لها.طالب المتضرّرين من الحريق التّعويض من الإدارة، فرفضت؛ رُفع النّزاع أمام المحكمة الإدارية فاستجابت لطلبات المدّعين، طعنت الإدارة في الحكم أمام مجلس الدّولة الذي قضى:

<< إنّ العمليات المعنية لها طابع الأشغال العمومية، و أنّ هذه الأخيرة تستمدّ من محلّها ذاته طابع العقود الإدارية، مهما كانت الشّروط المدرجة في العقود المعنية، و من ثمّ فإنّ تمسّك وزير الفلاحة بعدم اختصاص القضاء الإداري للنظر في طلبات التّعويض، غير مؤسّس، و عليه فإنّ قضاة المحكمة الإدارية أصابوا عندما قضوا بمسؤولية الدّولة بالتّضامن مع المقاول لجبر الضّرر الذي لحق بالمتعاقدين معها و بالملاّك الآخرين جرّاء الحريق المذكور أعلاه>>[1].

(1) – C.E sect.20 Avril 1956, Grimouard, Rec.168 , G.AJ.A, op.cit, n° 74, p 492. **حيث جاء فيه:**
<< Les dites opérations ont le caractère de travaux publics, et que, quelle que puisse être la nature des stipulations incluses dans les contrats dont il s'agit, ceux-ci tiennent de leur objet même le caractère de contrats administratifs ; qu'ainsi le ministre de l'agriculture n'est pas fondé à soutenir que c'est à tort que le tribunal administratif s'est reconnu compétent en la cause…que de tout ce qui précède il résulte que c'est à bon droit que le tribunal administratif a déclaré L'État solidairement responsable des dommages causés tant à ses cocontractants qu'aux autres propriétaires par l'incendie sus mentionné >>.

وقد اعتبر الأستاذ **Delaubadère** بأنّ [1]: << صدور القرار الشّهير Époux Bertin ساهم بقوّة في إعادة إحياء فكرة المرفق العامّ في القانون الإداري الفرنسي>>.

و منذ صدور قـــــــراري Bertin et Grimouard لا تـــــــزال فكرة المرفق العام– من حيث المعنى و المضمون– في اتّساعٍ لإصباغ الطّابع الإداري على العقد، ذلك أنّه:

كان في بادئ الأمر يخصّ العقود التي محلّها يعهد للمتعاقد إدارة المرفق العامّ[2]، ثمّ توسّع ليشمل العقود التي يساهم فيها المتعاقد مباشرة في سير المرفق العام[3]. ثمّ اتّسع أكثر فأكثر ليشمل العقود التي يشارك فيها المتعاقد في تنفيذ المرفق العامّ[4]، أو العقود المكوّنة لإحدى طرق تنفيذ المرفق العامّ[5]. ليستقرّ عند العبارة الأكثر شيوعا في قرارات القضاء الإداري الفرنسي، و هي العقود التي يكون محلّها تنفيذ المرفق العامّ ذاته[6].

البند الثّاني: الشّروط الاستثنائية كمعيار مميّز للعقد الإداري

لقد ظهر مصطلح الشّروط الاستثنائية عن القانون العادي لأوّل مرّة في قرار مجلس الدّولة الفرنسي في قضية Sté des granits porphyroïdes des Vosges [7].

---

(1) - André Delaubadère, Jean Claude Venezia, Yves Gaudemet, traité de droit administratif op.cit, p 799. **إذ يذكر الفقيه:**

<< La fameuse décision Époux Bertin…dont l'avènement a naturellement contribué puissamment à la revalorisation de la notion de service public en droit administratif français>>.

(2) – C.E. Sect. 20 Avril 1956, époux Bertin, précité ; le contrat avait pour objet la gestion du service public.

انظر كذلك: – د. ثروت بدوي، النّظرية العامّة في العقود الإدارية، مكتبة القاهرة الحديثة، 1963، ص 64.

– د. عبد العليم عبد المجيد مشرف،حدود انصراف أثر العقد الإداري إلى الغير،د.ت، د.ن، د.ب، ص 20.

(3) – C.E 10 Mars 1959, Lauthier, R.D.P 1959, 770, Concl. Bernard, D.1960, 280, note A. Delaubadère, cité par Delaubadère Traité de doit administratif, op.cit, p 800.

-T.C 23 Nov. 1959 D[lles] Santélli et Bruneaux, D. 1960,280.

Le contrat ayant pour objet de participer directement au fonctionnement du service public.

(4) – C.E 27 Mai 1957, Artaud, Rec.350.

Contrat associant le cocontractant à l'exécution du service public.

(5) – C.E 14 Nov. 1958, Union meunière de la Gironde, Rec.554.

Contrat constituant l'une des modalités de l'exécution du service public.

(6) – T.C 24 Juin 1968, S[té] d'approvisionnements alimentaires et S[té] des distilleries Bretonnes, Rec.801. **Contrat ayant pour objet l'exécution même du service public**

(7) – C.E 31 Juil. 1912, S[té] des granits porphyroïdes des Vosges, Rec.909, Concl. L.Blum.

حيث رُفع أمام مجلس الدّولة الفرنسي نزاع بين مدينة Lille و شركة Sté des granits porphyroïdes des Vosges متعلّق بتوريد بلاط (pavés). حيث طلبت الشّركة الطّاعنة بتسديد مبلغ 3436.20 فرنك فرنسي كانت المدينة قد اقتطعته من المبلغ الإجمالي كجزاءٍ عن التّأخير في التّسليم. حيث قضى مجلس الدّولة الفرنسي<< بعدم اختصاص القضاء الإداري بالفصل في عقد كان محلّه الوحيد تسليم توريدات وفقا لقواعد العقود المبرمة بين الخواص>>، دون احتوائه على شروط استثنائية غير مألوفة

كما ورد فيما بعد في تقرير مفوّض الحكومة L.Blum[1]

و منذ ذلك التّاريخ لا يزال القضاء الإداري يردّد هذا المصطلح في العديد من قراراته، حيث عرّف الشّرط الاستثنائي بأنّه : << الشّرط الذي من أثره أن يمنح للطّرفين حقوقا أو يُرتّب على عاتقهما التزامات غريبة بطبيعتها عن تلك التي يمكن أن يوافق عليها بحرّية من يتعاقد في إطار القواعد المدنية أو التّجارية >>[2].

---

(1) – C.E 31 Juil.1912, Sté des granits porphyroïdes des Vosges, suscité :<< La juridiction administrative est incompétente pour connaître d'un contrat qui avait pour objet unique des fournitures à livrer selon les règles et conditions des contrats intervenus entre particuliers >>.

حيث يبيّن المفوّض Léon Blum **معايير التّمييز :** (ترجمة حرّة)

-<<عندما يتعلّق الأمر بعقد، لا يجب البحث عن المحل الذي من أجله أبرم العقد بل عن طبيعة العقد ذاته >>

<< Quand- il s'agit de contrat, il faut rechercher, non pas en vue de quel objet ce contrat est passé, mais ce que ce contrat de part sa nature même>>

–<< و لكي يكون القاضي الإداري مختصا، لا يكفي أن يكون التّوريد الذي هو محل العقد سيستعمل فيما بعد لأجل مرفق عامّ: بل يجب أن يكون العقد بحد ذاته، و من خلال طبيعته الخاصّة، من تلك العقود التي لا يمكن إبرامها إلاّ من قبل الشّخص العامّ >>

<< Et pour que le juge administratif soit compétent, il ne suffit pas que la fourniture qui est l'objet du contrat doive être ensuite utilisé pour un service public : il faut que ce contrat par lui-même et par sa nature propre, soit de ceux qu'une personne publique peut seule passer >>.

–<< و يجب أن يكون في شكله و فحواه عقدا إداريا>>

<< Qu'il soit par sa forme et sa contexture un contrat administratif >>.

–<< ما يجب فحصه، هو طبيعة العقد في حدّ ذاته، باستقلال عن الشّخص الذي أبرمه و عن المحلّ الذي لأجله أُبرم>>

<< Ce qu'il faut examiner, c'est la nature du contrat lui-même, indépendamment de la personne qui l'a passé et de l'objet en vue duquel il a été conclu >>.

– << معيار العقد الإداري هو وجود شروط استثنائية غير مألوفة في الشّريعة العامّة >>

<< Le critère du contrat administratif était la présence de clauses exorbitantes du droit commun >>.

(2) -<< Clauses ayant pour effet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations étrangères par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales >> **Cf. :**

- C.E Sect. 20 Oct. 1950, Stein, Rec.505, G.A.J.A, op.cit, p 156.
- C.E 26 Fév. 1958, Cie des mines de Falimé-Gambie, Rec.128, G.A.J.A, op.cit, p 156.

و قد أُثيرت بصفةٍ خاصّة مسألة الشّرط الاستثنائي أو النّظام الاستثنائي بالنّسبة للصفقات العمومية،كما هو الشّأن في قضية Sté des granits porphyroïdes des Vosges أين كان غياب الشّرط الاستثنائي سببا لعدم إضفاء مجلس الدّولة الفرنسي الطّابع الإداري على الصّفقة.

و مذ ذاك طُرح التّساؤل، من جهة، بالنّسبة للصفقات التي تتحدّد بالإحالة إلى دفتر الشروط، و من جهة أخرى بالنّسبة لتلك التي تخضع فقط لتقنين الصّفقات العمومية.

في الحالة الأولى: لقد استقرّ الاجتهاد القضائي على أنّ الإحالة على دفتر الشّروط[1] لا تُصبغ على العقد الطّابع الإداري ما لم تشتمل الوثيقة ذاتها(دفتر الشّروط) على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاصّ[2].

و جدير بالملاحظة أنّ هذا الاستقرار سبقته مرحلة عدم الثّبات في قرارات القضاء الإداري في فرنسا. حيث يشير الفقه[3] إلى أنّ قضاء مجلس الدّولة الفرنسي استقرّ حوالي الثّلاثين سنة على فكرة الأثر المفيد للإحالة L'effet utile du renvoi.

حول الشّروط الاستثنائية كمعيار مميّز للعقد الإداري أنظر:

– مقالنا المنشور في مجلّة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد15 جانفي 2019، ص ص 578–594.

– د. عبد العليم عبد المجيد مشرف، المرجع السّابق،ص 26./– د. مفتاح خليفة عبد الحميد و د. حمد محمد حمد الشّلماني، العقود الإدارية و أحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية، جورج عوض، الإسكندرية، 2008، ص27.

(1) – حيث تنص المادة 26 من المرسوم الرّئاسي 247/15 على ما يلي:

<< تُوضّح دفاتر الشّروط المُحيّنة دوريا الشّروط التي تبرم و تنفّذ وفقها الصّفقات العمومية و هي تشمل على الخصوص ما يأتي:

– دفاتر البنود الإدارية العامّة المطبّقة على الصّفقات العمومية...

– دفاتر التّعليمات التّقنية المشتركة التي تحدّد التّرتيبات التّقنية المطبّقة على كلّ الصّفقات العمومية...

– دفاتر التّعليمات الخاصّة التّعليمات الخاصّة التي تحدّد الشّروط الخاصّة بكلّ صفقة عمومية >>.

(2) – T.C 05 Juil. 1999, req.n°03167,Union des groupements d'achats publics, Concl/ M. De Caigny, Rec.465,Consulté sur site : *https://www.legifrance.gouv.fr* le 02 Jan.2021à 10h00mn.

(3)- علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص132.

و من بين قرارات مجلس الدّولة الفرنسي في هذا الشّأن:

- C.E 15 Nov. 1922, req. n° 65577, Bocandé, Concl. Mazerat, Rec.822. Consulté sur site : *https://www.gallica.bn.fr* le 02 Janv.2021 à 11h00mn.

- C.E 21 Janv. 1938, req. n° 53751, Bureau international de l'édition musico-mécanique, Concl. Josse, Rec.78 Consulté sur site : *https://www.gallica.bn.fr* le 02 Janv.2021 à 11h30mn.

- C.E 23 Fév. 1940, Trahand, R.D.P1945.225, note Jèze.

و المقصود بالأثر المفيد للإحالة؛ أنّه إذا كانت دفاتر الشّروط المحال عليها لا تتضمّن شروطا غير مألوفة في القانون الخاصّ، فإنّ الإحالة عليها ليس فيها ما يفيد لتحديد طبيعة العقد(1).

إلاّ أنّ مجلس الدّولة الفرنسي عدل عن موقفه السّابق و قضى بأنّ مجرّد الإحالة على دفاتر الشّروط العامّة تُكوّن شرطا استثنائيا كافٍ بذاته لإضفاء الطّابع الإداري على العقد(2).

و لم يسلم هذا العدول من نقد فقهاء القانون الإداري في فرنسا و في الوطن العربي(3)؛ و هو ما دفع بالمجلس للعودة إلى ما استقرّ عليه بَدَاءَةً.

أمّا في الحالة الثّانية: فقد اعتبر الاجتهاد القضائي(4) بأنّ النّظام الخاصّ لإبرام الصّفقات العمومية غير كافٍ لإنشاء العقود الإدارية.

و هو المبدأ الذي تبنّاه الفقه(5) و القضاء الإداري في العديد من قراراته(1) بالرّغم من تدخّل المشرّع الفرنسي بموجب قانون La loi MURCEF السّابق الإشارة إليه، و الذي أضفى الطّابع الإداري على الصّفقات المبرمة طبقا لقانون الصّفقات العمومية.

---

(1) - Gaston Jèze, P.G.D.A Fonct[t] des services publics, T[III], éd. Dalloz, Paris, 2011, p 314.
في المعنى نفسه راجع: – د. سليمان الطّماوي، المرجع السّابق، ص 95.

(2) –C.E 17 Nov.1967,req. n°65335,Roudier de la Brille,Con. Dutheillet de lamothe, Rec.428.
و قد جاء فيه: - C.E 24 Nov. 1972, S[té] Ateliers de nettoyage de Fontainebleau, Rec.753.
<< Le marché dont s'agit fait expressément référence à un cahier des prescriptions spéciales… et à un cahier des prescriptions communes… ; par suite ce contrat a le caractère d'un contrat administratif >>.
إنّ الصّفقة المعنية تشير صراحة إلى دفاتر الشّروط الخاصّة...و إلى دفاتر الشّروط المشتركة...و من ثمّ فهذا العقد له طابع العقد الإداري.

(3) – علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص133.حيث وصف هذا العدول بأنّه قضاء يقوم على أساس تحكّمي مؤيّدا في ذلك الفقه الفرنسي(Delaubadère et Chapus).

(4) – T.C 05 Juil.1999, commune de Sauve, Rec.465, G.A.J.A, op.cit, p158. **و قد جاء فيه:**
<< Le régime particulier de passation des marchés publics ne suffisait pas à en faire des contrats administratifs >>.

(5) – د. ثروت بدوي، المرجع السّابق، ص 91.
– أنظر كذلك:
– د. مازن ليلو راضي، المرجع السّابق، ص 114.

و بالمقابل، فإنّ الصّفقات المبرمة، من قبل الأشخاص الخاصّة، طبقا لتقنين الصّفقات العمومية فإنّ عقودها تبقى عقودًا مدنيةً[2]، في حين المرافق العمومية ذات الطّابع التّجاري و الصّناعي فإنّ مبدأ خضوعها للقانون الخاصّ[3] لا يمنع من أن تكون عقودها إدارية إذا ما اشتملت على شروط استثنائية غير مألوفة طبقا للاجتهاد القضائي في قضية Sté des granits porphyroïdes des Vosges السّالف ذكره و ما تبعه من قرارات قضائية[4].

على أن تبقى عقودا مدنيّة تلك العقود التي تبرمها المرافق العامّة الصّناعية أو التّجارية مع أعوانها[5] أو مرتفقيها[6]، حتى لو تضمّنت شروطا استثنائية غير مألوفة.

و السّؤال الذي يُطرح بهذا الصّدد؛ ماذا عن الشّرط الذي يعقد الاختصاص للقضاء الإداري؟

ذلك أنّه في بعض الحالات قد تدرج الإدارة المتعاقدة بندا في دفتر الشّروط يعقد الاختصاص للقضاء الإداري في حالة المنازعات التي قد تنشأ في مرحلة التّنفيذ[7].

إنّ فائدة هذا الشّرط تتجلّى في حالة عدم وضوح طبيعة العقد هل هو عقد مدني أو عقد إداري، هنا يكون شرط الاختصاص إلى جانب القرائن الأخرى، العامل الحاسم في إبراز الطبيعة الإدارية للعقد[1].

---

(1) – C.E 7/5 SSR . 29 Juil. 2002, n° 246921, Sté MAJ Blanchisseries de Pantin, Concl. Piveteau, Rec.297. Consulté sur site : https://www.marche-public.fr le 02 Janv.2021 à 11h30mn.

و قد جاء فيه:

فهو كذلك(يقصد عقودا إدارية) حتى لو أُبرمت دون شكليات مسبقة(إشارة إلى قانون الصّفقات العمومية).

<< Il en est ainsi même s'ils sont conclus sans formalités préalables >>

و هو ما أكّده مجلس الاستئناف الإداري لمدينة Bordeaux في أحد قراراته حيث أقرّ بالطّبيعة الإدارية لعقد توريد حجارة لأجل تبليط ساحة عمومية. و هو مشابه لصفقة توريد البلاط في قضية Sté des granits porphyroïdes السّالف ذكره

Cf.- C.A.A Bordeaux, 14 Sept. 2004, Couderc, G.A.J.A, op.cit, p 158.

(2) – T.C 17 Déc. 2001, Sté rue impériale de Lyon, Rec.761, G.A.J.A, op.cit, p 158.

(3) – T.C 22 Janv. 1921,Sté commerciale de l'ouest africain, Rec.91, G.A.J.A, op.cit, p 230.

(4) – C.E 31 Juil. 1912, Sté des granits porphyroïdes des Vosges, Précité.
- C.E sect. 20 Oct. 1950, Stein, Rec.505, G.A.J.A , op.cit, p 156.
- T.C 14 Nov. 1960, Sté agricole de stockage de la région d'Ablis, Rec.867, G.A.J.A op.cit, p 156.

(5) – C.E 26 Janv. 1923, de Robert Lafrégeyre, Rec.67, G.A.J.A, op.cit, p 243.

(6) – C.E.sect. 13 Janv. 1961, Établissements Companon-Rey, Rec.567, G.A.J.A, op.cit, p160.
- T.C 17 Déc. 1962, Dame Bertrand, Rec.831, G.A.J.A, op.cit, p 160.

(7) – علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص135.

و نحن لا نوافق هذا الرّأي – و إن كان صاحبه من الأقلام الثّقيلة في القانون الإداري– و لو أنّ القضاء الإداري الفرنسي قد تبنّاه في أحد قراراته(2)، حيث اعتبر هذه الشّروط تعبيرا عن النّية المشتركة للمتعاقدين لإخضاع عقدهم للنّظام القانوني للعقود الإدارية، و في حالة الرّيب في طبيعة العقد.

لأنّ في ذلك مُصادرة على المطلوب؛ ألسنا بصدد البحث عن المعيار المميّز للعقد الإداري؟ فإذا ما اتّضحت طبيعة العقد ما جدوى هذا الشّرط؟ هذا من جهة، ومن جهة أخرى فالقاضي– سواء أكان مدنيا أو إداريا– لا يتقيّد بالتّكييف الذي أضفاه الأطراف على عقودهم، بل هو من سيعطي التّكييف الصّحيح لتلك التّصرفات. فلو أنّ المتعاقدين اشترطا إخضاع تصرّفهما إلى القاضي الإداري؛ فهل سيقضي هذا الأخير بالاختصاص بناءً على الشّرط المدرج في العقد، حتى لو تبيّن له بأنّ تصرّفهما مدنياً(3)؟

بل نرى ما ذهب إليه جمهور الفقه الإداري **J.M.Auby** et **R.Drago** (4) إذ اعتبرا << الشّروط العاقدة الاختصاص لجهة قضائية هي دون قيمة ما لم تكن مطابقة لطبيعة العقد>>. فالنّص الخاصّ بتحديد الاختصاص القضـائي يعتبر في هذه الحـالة بمثابة قرينة أو دليل تكميلي للاستدلال على طبيعة العقـد، و لكنّه ليس العامل الحاسم للدّلالة على طبيعة عقد من العقود(5).

عطفا على ما سبق؛ فإذا كان القضاء الإداري في فرنسا يأخذ بالمعيار التّبادلي critère alternatif بين الشّروط الاستثنائية و المرفق العامّ لإضفاء الطّبيعة الإدارية على العقد، و إذا كان مجلس الدّولة الجزائري لا يأخذ إلاّ بالمعيار العضوي في تمييزه للعقد الإداري. فنحن في تقديرنا؛ و في ظلّ التّشريعات (الموضوعية و الإجرائية) السّارية و المتعلّقة بالصّفقات العمومية، نرى بأنّه لدمغ عقد الصّفقة العمومية بالطّابع الإداري يجب توافر ثلاثة شروط مجتمعة في العقد:

---

(1) – د. سليمان الطّماوي، المرجع السّابق، ص 96.

(2) – T.C 19 Juin 1952, S^{té} interprofessionnelle de viandes, Rec.629.

(3) – كلّ من الاختصاص الإقليمي و الاختصاص النّوعي في المادّة الإدارية من النّظام العامّ، و لا يجوز للأطراف الاتّفاق على مخالفته، و للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه. أنظر في ذلك المادّة 807 ق.إ.م.إ التي تنصّ:

<< الاختصاص النّوعي و الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية من النّظام العامّ>>.

(4) – Jean-Marie Auby et Robert Drago, Traité de contentieux administratif, T$_1$, 3ème éd.LGDJ 1984, p 466. **Ils ont considérés** << Les stipulations attributives de compétence à une juridiction sont sans valeur si elles ne sont pas conformes à la nature du contrat >>.

(5) – د. ثروت بدوي، المرجع السّابق، ص 93. **انظر كذلك:** – د. مازن ليلو راضي، المرجع السّابق، ص 113.

1- أن يكون أحد أطراف العلاقة العقدية من الأشخاص المعنوية العامّة الإدارية.

2- أن يكون محلّ الصّفقة العمومية ذو رابطة مميّزة مع مرفق عامّ.

3- على أن يشتمل عقد الصّفقة العمومية على شرط أو شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاصّ.

المطلب الثّاني: أن يصدر فعل الأمير عن السّلطة المتعاقدة

نظرا لأهمّية نظرية فعل الأمير، كونها أهمّ المخاطر التي تعيق تنفيذ الصّفقة العمومية، يُشترط لتطبيقها أن يكون الفعل الضّارّ، الذي أخلّ بالالتزامات المالية للمتعامل المتعاقد، صادرا عن جهة المصلحة المتعاقدة.

حيث يعتبره الفقه الإداري الخط الفاصل بين نظرية فعل الأمير و نظرية الظّروف الطارئة[1]، بل هذا الشّرط هو جوهر نظرية فعل الأمير[2].

و إن كان هناك جانب من الفقه[3] يسوّي بين الإجراءات الصّادرة عن السّلطة التّشريعية أو السّلطة التّنفيذية، إلاّ أنّه يشكّل استثناءً لم يلقى إجماعا حوله. و قد فصّلنا في ذلك عند عرضنا لصور فعل الأمير[4]. حيث يستبعد جمهور الفقه الإداري[5] من نظرية فعل الأمير تلك الإجراءات العامّة التي تصدر

---

(1) – André Maurin, Droit Administratif, 3ème éd. Dalloz, Paris, 2001, p 75.

Voir également :

- Michel Rousset et Olivier Rousset, Droit Administratif, l'action administrative, 2ème éd. Presses universitaires de Grenoble, 2004, p 193.

و انظر في الفقه العربي:

– د. عبد المجيد المغربي، المرجع السّابق، ص 87.

– أحمد السّيد محمد محمود عطية، المرجع السّابق، ص38.

– رياض إلياس عيسى الجريسات، المرجع السّابق، ص 144.

– عبسي عبد القادر الحسن، المرجع السّابق، ص 262.

(2) – د. سليمان الطّماوي، المرجع السّابق، ص 627. **و انظر أيضا:** – د. هاني عبد الرّحمان إسماعيل، المرجع السّابق، ص 1194./– أحمد بن محمّد الشّمري، المرجع السّابق، ص 49.

(3) – د. أحمد محمود جمعة، المرجع السّابق، ص 293.

(4) – انظر المبحث الثّاني من هذا الباب، ص 42.

(5) – د. سليمان الطّماوي، المرجع السّابق، ص 627.– د. محمود حلمي، المرجع السّابق، ص 177.

– أ.د. عمار بوضياف، الصّفقات العمومية في الجزائر، ط1، جسور للنّشر و التّوزيع، المحمّدية، الجزائر، 2007

عن جهة تشريعية أو جهة إدارية أخرى غير الجهة المتعاقدة، حيث تطبّق بشأنها نظرية الظّروف الطّارئة إذا ما توافرت بقيّة شروطها.

في حين نجد اتّجاه آخر[1]، استنادا إلى فكرة وحدة شخصية الدّولة، يرى بأنّ ما تصدره السّلطة التّنفيذية من إجراءات تعتبر و كأنّها صادرة عن جهة الإدارة المتعاقدة؛ فلا عبرة – في تقديره– بتعدّد أجهزة الدّولة و استقلال كلّ جهاز عن الآخر ما دامت هذه الأجهزة هي مجرّد أوجه متعدّدة لشخص قانوني واحد هو الدّولة.

قد يصلح– في تقديرنا[2]– مثل هذا الرّأي في النّظام المركزي، و لا يستقيم في النّظام اللاّمركزي. و في ذلك يردّ – و بحقٍ– أستاذنا **محمّد الصّغير بعلي**[3] على أصحاب فكرة وحدة شخصية الدّولة بأنّه:<< لا يمكن تطبيق فعل الأمير على صفقة أبرمتها البلدية إذا كان الفعل الذي أخلّ بالتّوازن المالي للعقد صادر عن جهة أخرى غير البلدية، مثل المرسوم التّنفيذي الصّادر عن رئيس الحكومة أو الولائي الصّادر عن الوالي>>.

وجدير بالذكر أن مجلس الدّولة الفرنسي في بادئ الأمر كان يطبّق نظرية فعل الأمير حتى على الأضرار المترتّبة عن الأفعال الصّادرة عن جهة إدارية أخرى غير الجهة المتعاقدة. و يُستشفّ هذا الموقف من خلال قراريّ(Compagnie marseillaise de navigation à vapeur et Tanti) . حيث قضى مجلس الدّولة الفرنسي– بعكس ما جاء به تقرير مفوّض الحكومة Teissier- في القضية الأولى، و المتعلّقة بعقد نقل بين الدّولة و شركة ملاحة.

إذ تلتزم بموجبه الشّركة بأن ترسي سفنها في بعض الموانئ المحدّدة في العقد من بينها ميناء Bastia. ثمّ بعد ذلك، قامت الغرفة التّجارية بهذا الميناء بفرض رسم جديد على جميع السّفن التي تدخل أو ترسو في الميناء. و نتيجة لذلك طالبت الشركة من الدّولة بتعويضٍ جبرا للضّرر الذي لحقها من هذا الإجراء

ص 168.

(1) – د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامّة للعقود الإدارية، المرجع السّابق، ص 195.

انظر كذلك:

– د. نذير بن محمد الطّيب أوهاب، المرجع السّابق، ص 165.

(2) **راجع في ذلك:** عبابسة نورالدّين، مذكّرة الماجستير، المرجع السّابق، ص 108.

(3) – أ.د. محمّد الصّغير بعلي، المرجع السّابق، ص 90.

الجديد الذي أثقل كاهلها و زاد في تكاليف تنفيذ العقد، و هو ما لم يكن متوقعا لدى الطّرفين في مرحلة الإبرام. فقضى لها مجلس الدّولة بما طلبت؛ و بذلك يكون مجلس الدّولة قد طبّق نظرية فعل الأمير كأساس للتّعويض عن الضّرر النّاتج عن إجراء صادر عن جهة إدارية أخرى(الغرفة التّجارية) غير جهة الإدارة المتعاقدة(الدّولة)[1].

أمّا في القضية الثّانية (Tanti) و التي تتلخّص وقائعها في إصدار الحاكم العامّ الفرنسي للجزائر(إبّان الاحتلال) إجراءً عاما من شأنه تحميل المتعهّد الملتزم مع الدّولة عبئاً جديدا أخلّ بالتّوازن المالي للعقد. فقضى مجلس الدّولة بأنّ << الأعباء الجديدة التي أُلقيت على عاتق المتعهّد جرّاء هذا الإجراء– و بغضّ النّظر عن السّلطة التي رتّبتها– فله أن ينظر إليها لا على أساس ظرف طارئ، و لكنّها من فعل الإدارة و الذي لا ينبغي، بأيّ حالٍ من الأحوال أن يتحمّل المتعهّد نتائجه>>[2].

ثمّ عدل مجلس الدّولة الفرنسي عن هذا النّهج، حيث حسم موقفه و حدّد مبدأه بدقّة، و استقرّ قضائه الحديث على قصر نطاق تطبيق نظرية فعل الأمير على التّدابير و الإجراءات الصّادرة عن جهة الإدارة المتعاقدة[3]. و قد ساير الفقه الإداري في فرنسا هذا الاتّجاه الجديد لمجلس الدّولة الفرنسي، حيث يرى بأنّه <<لتفعيل نظرية فعل الأمير، لا يكفي أن يكون الفعل الضّار صادرا عن سلطة عامّة، بل يجب أن يصدر عن السّلطة العامّة ذاتها التي أبرمت العقد>>[4].

---

(1) – C.E 20 Mai 1904, C^ie marseillaise de navigation à vapeur, Rec.429, Concl. Teissier.

(2) – C.E 28 Nov. 1924, Tanti, Rec.940. précité. **حيث جاء فيه:**

<< Le sieur Tanti…est fondé à regarder les sujétions par lui subies de ce chef, quelle que soit l'autorité qui les ait provoquées, comme provenant, non d'une imprévision…mais d'un acte de l'administration dont il ne doit pas, en tout état de cause, supporter les conséquences >>.

(3) – C.E 20 Oct. 1971, req. n°79315, C^ie chemin de fer de Bayonne à Biarritz.

(4) - André Delaubadère, Frank Moderne et Pierre Delvolvé, T.C.A.T II, op.cit, p 523.

<< Pour que joue la théorie du fait du prince, il ne suffit pas que le fait dommageable émane d'une autorité publique, il faut qu'il émane de l'autorité même qui a conclu le contrat >>. **Cf. :**

- Jean Rivéro Jean Waline, op.cit, p 131.
- Avis de L'ARAFER n°2018-054 du 09 juil.2018, p 4. **حيث جاء فيه:**

<< En premier lieu, le fait dommageable constitutif d'un fait du prince doit être imputable à la personne publique contractante >>. Source Site *:* *http://www.arafer.fr*.consulté le 08 Nov.2019 à 11h10mn.

و هو ذات المذهب الذي أخذ به الأستاذ **سليمان الطّماوي**[1] ، حيث يرى بأنّه إذا ما تعاقد شخص من أشخاص القانون العامّ، فيجب أن يصدر فعل الأمير منه.

و من أهمّ الأحكام القضائية في هذا الصّدد، قرار مجلس الدّولة الفرنسي في قضية مدينة Toulon حيث قضى بعدم تطبيق نظرية فعل الأمير جبرا للضّرر– النّاتج عن تدابير اتّخذتها الدّولة– الذي أثّر على عقد أبرمته المدينة، و بذلك قرّر بأنّه:

<< من الثّابت أنّ إجراءات قطع الإنارة التي تستند إليها شركة الغاز والكهرباء للجنوب الشّرقي، و التي تسبّبت في تخفيض إيراداتها، لم تكن صادرة عن مدينة Toulon، و لكنّها فُرضت من قبل السّلطة العسكرية إبّان عمليات الحرب، و على ذلك فانخفاض الإيرادات يرجع فقط إلى ظروف استثنائية خارجة عن فعل الأطراف...و في هذا الموضوع، فالمدّعية لا تستطيع الحصول على التّعويض الكامل للخسائر التي تكبّدتها استنادا لفعل الأمير، بل لها فقط إثارة نظرية الظّروف الطّارئة لطلب مساهمة المدينة في خسارة الاستغلال التي لحقتها>>[2].

أمّا في قضية ville d'Elbeuf[3] فالإشكالية المطروحة لم تكن تتعلّق بالشّكوى التي رفعها الملتزم مع المدينة مانحة الالتزام ضد الدّولة، بل بدعوى الرّجوع المرفوعة من المدينة مانحة الالتزام ضد الدّولة، على إثر التّعويضات غير المتوقعة التي يجب عليها أن تدفعها إلى الملتزم معها.

---

(1) – د. سليمان الطّماوي، المرجع السّابق، ص 627.

(2) – C.E 04 Mars 1949, ville de Toulon, Rec.198.**حيث جاء في صياغة القرار: (ترجمة حرّة في المتن)**
<< Il est constant que les mesures d'obscurcissement dont la société du gaz et d'électricité du Sud-est fait état et qui ont entrainé 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…qu'en l'espèce le requérant ne pouvait prétendre à une indemnisation intégrale des pertes subies par lui selon" le fait du prince" , mais pouvait seulement invoquer la théorie de l'imprévision pour demandes une participation de la ville à son déficit d'exploitation >>.

(3) – C.E 15 Juil. 1949, ville d'Elbeuf, Rec.358.<< La loi du… et l'ordonnance du…, qu'ont posé le principe de la stabilisation des prix… sont intervenues uniquement en vue de garantir l'ensemble de la population contre les hausses excessives que pouvait entrainer l'état de guerre ; **dès lors la ville d'Elbeuf n'est pas fondée à soutenir que la responsabilité de l'État se trouve engagée du fait de cette législation.** D'autre part, si la requérante allègue que le service des prix a commis des fautes dans l'application des textes sus-rappelés,…, elle n'apporte aucun commencement de preuve à l'appui de cette allégation >>.

و قد كان لقرار مجلس الدّولة الفرنسي في قضية Sté Propétrol الأثر الفاصل و المُنهي للخلاف الفقهي الذي كان سائدا حول مدى جواز التّعويض، استنادا لنظرية فعل الأمير، عن أفعال صادرة عن جهة إدارية أجنبية عن العقد. حيث قضى المجلس بأنّ:

<<الارتفاع الذي طرأ على أسعار النّفط في السّوق الدّولية اعتبارا من شهر ماي 1973، كان من طبيعته في ظلّ غياب زيادة للأسعار المعتمدة كقاعدة لتحديد السّعر التّعاقدي، أن يجعل من تنفيذ الصّفقة أكثر إرهاقا. مثل هذا الظّرف، لم يكن يشكّل حالة قوّة قاهرة تضع الشّركة أمام استحالة تنفيذ التزاماتها التّعاقدية كما و أنّه من جهة أخرى، كونه مستقّلا عن فعل الإدارة المتعاقدة، فإنّه لا يكون أمام الشّركة، لو استمرّت في تنفيذ التزاماتها التّعاقدية، إلاّ المطالبة بالتّعويض استنادا إلى وجود ظرف استثنائي الذي انجرّت عنه خسارة في الاستغلال أدّت إلى قلب اقتصاديات العقد >>(1).

و قد استقرّ الاجتهاد القضائي لمجلس الدّولة الفرنسي على هذا المبدأ(2).

المطلب الثّالث: أن يكون الإجراء المكوّن لفعل الأمير مشروعا

إنّ التزام الإدارة المتعاقدة لا يمكن أن يقيّد تصرّفاتها كسلطة عامّة تهدف إلى تحقيق المصلحة العامّة. فإذا ما تصرّفت جهة المصلحة المتعاقدة في حدود سلطاتها و اختصاصاتها، و ترتّب على تصرّفها ضررا للمتعامل المتعاقد معها؛ فإنّ الإدارة تُسأل في نطاق نظرية فعل الأمير، بصرف النّظر عن قيام خطأ من جانبها، ذلك أنّ المسؤولية في نطاق تلك النّظرية، هي مسؤولية عقدية دون خطأ(3).

---

(1) – C.E 05 Nov. 1982, Sté Propétrol, Rec.381. précité (و من بين ما جاء فيه (ترجمة حرّة في المتن)
<< Si la hausse survenue à partir du mois de Mai 1973, sur le marché international du fuel-oil domestique, était de nature, en l'absence d'une augmentation du tarif servant de base à la détermination du prix contractuel, à rendre plus onéreuse l'exécution du marché. Cette circonstance ne constituait pas un cas de force majeure mettant la société dans l'impossibilité d'effectuer les fournitures prévues au contrat ; qu'étant par ailleurs indépendantes du fait de l'administration partie au contrat, elle aurait seulement autorisée la société, si elle avait continué à remplir ses obligations contractuelles, à présenter, le cas échéant, une demande d'indemnité fondée sur l'existence d'un fait imprévisible ayant provoqué un déficit d'exploitation de nature à entrainer un bouleversement de l'économie du contrat >>.

(2) – C.E 1/4 SSR, du 18 Janv.1985, n° 51534, Association relais culturel d'Aix-en-Provence.

(3)– د. سليمان الطّماوي، المرجع السّابق، ص628.

– **انظر كذلك:** – أ. د عمار عوابدي، القانون الإداري، ج2، المرجع السّابق،ص224

أمّا إن كان الإجراء غير مشروع فللمتعاقد حق المطالبة بالتّعويض على أساس المسؤولية التّقصيرية لا على أساس فعل الأمير[1]. لأنّ فعل الأمير– على حدّ تعبير الأستاذ **F.P.Benoit** – << لا يشوبه خطأ أبدا، لأنّه يَنتج عن الممارسة العادية لاختصاصٍ، و إذا ما أصبح خاطئا فلا يُسمّى فعل أمير بل عمل غير مشروع أو خطأ عقديّ، فلا يُطبّق فعل الأمير، إنّما يجب أن يطبّق حينئذ النّظام المطابق لكلّ فكرة على حدا >> [2].

و بالطّبع فإنّ مسؤولية الإدارة المتعاقدة لن تتقرّر– إعمالا لنظرية فعل الأمير– إلاّ إذا كان هناك ضرر قد لحق بالمتعامل المتعاقد معها من جرّاء تصرّفاتها المشروعة أثناء تنفيذ الصّفقة؛ و يستوي في ذلك أن يكون فعل الأمير في صورة إجراء فردي أو إجراء تنظيمي، و سواء أكان هذا الإجراء يؤدّي إلى تعديل مباشر في بنود الصّفقة أو يؤثّر فقط على ظروف تنفيذها.

و يرى الأستاذ **Delaubadère** [3] بأنّ هذه الحالة تكاد تكون التّطبيق الوحيد للمسؤولية العقدية دون خطأ في القانون الإداري. و من ثمّ يضيف الأستاذ **P.Delvolvé** لا يمكن إدراج ضمن المسؤولية العقدية دون خطأ، لا التّعويض عن الأشغال الإضافية الضّرورية لتنفيذ العقد، طالما تَنتج عن العقد ذاته– على الأقلّ ضمنيا– و لا التّعويض عن الصّعوبات المادية غير المتوقّعة و لا التّعويض عن الضّرر النّاتج عن الظّروف الطّارئة لأنّها لا تُشكّل حقيقة إحدى حالات المسؤولية العقدية بلا خطأ مثلما هو الحال في فعل الأمير[4].

– د. ماجد راغب الحلو، المرجع السّابق، ص 140.

– عبسي عبد القادر الحسن، المرجع السّابق، ص 262.

(1) – أ. د عمار بوضياف، الصّفقات العمومية في الجزائر، المرجع السّابق، ص 169.

(2) – Francis Paul Benoit, Le droit administratif français, Dalloz, Paris, 1968, p 639.

حيث يقول:

<< Le fait du prince n'est jamais fautif, il résulte de l'exercice normal d'une compétence, s'il devient fautif, il cesse d'être un fait de prince, pour devenir une illégalité ou une faute contractuelle et c'est le régime correspondant à chacune de ces notions qui doit alors s'appliquer et non celui du fait du prince >>.

(3) - André Delaubadère, Frank Moderne et Pierre Delvolvé, T.C.A.T$_I$, op.cit, p 762.

(4) – Pierre Delvolvé, Responsabilité contractuelle, op.cit, p 23.

حيث يقول الفقيه:

<< On ne saurait ranger dans la responsabilité contractuelle sans faute ni l'indemnisation des travaux supplémentaires indispensables à l'exécution du contrat, en tant qu'ils résultent du contrat lui-même, au moins implicitement, ni l'indemnisation des sujétions imprévues, ni

و نظرا لأنّ الإجراء الجديد المكوّن لفعل الأمير هو الذي أثقل كاهل المتعامل المتعاقد بأعباء جديدة فإن ذلك يعني أنّ تلك الأعباء المستحدثة ما هي إلاّ أعباء تعاقدية، رتّبها إجراء الإدارة المتعاقدة، وكون الإدارة مُصدرة الإجراء هي أحد أطراف العلاقة العقدية، فإنّ مسؤوليتها تعاقدية بلا خطأ[1]. وهي فكرة غير منسجمة مع المبادئ المسلّم بها في القانون المدني؛ لأنّ المسؤولية في القانون الخاصّ تفترض إخلال أحد طرفي العلاقة العقدية بالتزاماته التعاقدية[2].

في حين أنّ فعل الأمير لا يتضمّن أيّ إخلال بالالتزامات التّعاقدية، فتدخّل الإدارة المتعاقدة كان بموجب تصرّفٍ مشروع اتّخذته في إطار سلطاتها، اختصاصاتها و امتيازاتها، و فيما عدا ذلك– إذا انطوى ذلك التّصرّف على خطأ وقعت فيه المصلحة المتعاقدة– اِستُبعد تطبيق نظرية فعل الأمير، بل تنعقد مسؤولية الإدارة على أساس هذا الخطأ[3].

عطفا على ما سبق فإنّ هذا الشّرط لم يثر جدلا فقهيا، لأنّه على درجة كبيرة من الوضوح إنّما شديد الارتباط بشرط الفجائية و عدم التّوقع عند إبرام الصّفقة.

المطلب الرّابع: أن يكون الإجراء غير متوقع عند إبرام الصّفقة

إنّ شرط عدم التّوقّع هو شرط أساسيّ و عام يشمل جميع النّظريات (المخاطر الإدارية، المخاطر الاقتصادية و الخاطر الماديّة) التي تهدف إلى إعادة التّوازن المالي للصّفقة.

فلو كان بإمكان المتعامل المتعاقد توقّع صدور مثل هذا الإجراء عند إبرام الصّفقة، يكون قد تعاقد و هو مقدّر لهذه الظّروف، الأمر الذي يترتّب عليه تعذّر الاستناد إلى نظرية فعل الأمير و بالتّالي يسقط حقّه في طلب التّعويض، و تطبّق النّصوص التعاقدية[4].

---

celle du préjudice résultant de l'imprévision ne constitue véritablement un cas de responsabilité contractuelle sans faute, que le fait du prince <<. (ترجمة حرّة في المتن)

(1) – علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص196.

(2)– أنظر المواد 106 –107 من الأمر رقم 75–58 المؤرّخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمّن القانون المدني، المعدّل و المتمم الجريدة الرّسمية عدد78 المؤرّخة في 30 سبتمبر 1975.

و انظر أيضا: – د. سليمان الطّماوي، المرجع السّابق، ص655.

(3) – د. نصري منصور نابلسي، المرجع السّابق، ص 718.

(4) – Saroit Badaoui, op.cit, p 139.

و المقصود بعدم التّوقع كشرط لتطبيق نظرية فعل الأمير، أن يشتمل تصرّف الإدارة على عنصر الفجائية، بحيث يجد المتعامل المتعاقد نفسه تجاه أوضاع لا يمكن له و لا للرّجل العادي في مثل ظروفه أن يتوقّع حدوثها، لا استنادا إلى دفتر الشّروط و لا إلى الدّراسة الأوّلية للمشروع[1].

و عليه فللمتعامل المتعاقد الحق في التّعويض كلّما فرضت عليه الإدارة عبء غير متوقع؛ فكلّ ما هو غير متوقّع فهو خارج العقد[2].

و بمعنى آخر؛ فإذا ما توقّعت بنود الصّفقة هذا الإجراء، فالمتعاقد يكون بذلك قد تعاقد وهو مقدّر لهذه الظّروف، فلا يمكن أن يكون قد وقّع على العقد في حينه إلاّ و قد أدخل في حساباته كلّ العناصر اللاّزمة التي تُهيّئ للعقد تنفيذا مستقرّا و مربحا بالنّظر للظروف المحيطة لحظة التّوقيع[3].

و لكن- يتساءل الأستاذ **ثروت بدوي**- ألا نستطيع القول بأنّ كلّ تعديل هو متوقّع انطلاقا من أنّ المتعامل المتعاقد يعلم أو يجب أن يعلم مسبقا بأنّ الإدارة تحتفظ بحقّ التّعديل لعقودها إذا ما دعت لذلك احتياجات المرفق العامّ؟[4]، بالإضافة إلى أنّ الإدارة عادة ما تحتفظ بهذا الحق من خلال بند صريح في

و انظر أيضا:- د. سليمان الطّماوي، المرجع السّابق، ص629.

- د. محمود خلف الجبوري، المرجع السّابق، ص 194.

- د. هاني عبد الرّحمان اسماعيل، المرجع السّابق، ص 1197.

- موريس نخلة، العقود الإدارية، دار المنشورات الحقوقية، د.ب، 1986، ص 139.

- د. خالد خليل الظّاهر، المرجع السّابق، ص 272.

- د. محمّد فؤاد عبد الباسط، الأعمال القانونية الإدارية، الكتاب الثّاني، العقد الإداري، منشأة الشنهابي للطّباعة و النّشر الإسكندرية، 2012، ص 578.

(1) - André Delaubadère, Frank Moderne et Pierre Delvolvé, T.C.A.T$_{II}$, op.cit, p 522.

(2) – Saroit Badaoui, op.cit, p 139. **حيث يقول الفقيه: (ترجمة حرّة في المتن)**

<< Le cocontractant a droit à une indemnité toutes fois que l'administration lui impose une charge imprévue. Tout ce qui est imprévu est en dehors du contrat >>.

(3) – أحمد السّيد محمد محمود عطية، المرجع السّابق، ص63.

(4) – Saroit Badaoui, op.cit, p 139. **حيث يقول الفقيه:**

<< Mais, ne peut on pas dire que toute modification est prévue du fait que le cocontractant sait ou doit savoir à l'avance que l'administration conserve le droit de modifier ses contrats lorsque les exigences du service public l'exigent>>.**(ترجمة حرّة في المتن)**

العقد، في هذه الظّروف الاستمرار باشتراط أن يكون الإجراء غير متوقّع ألا يعني بكلّ بساطة رفض كلّ حقّ للمتعاقد في التّعويض؟

إذا ما أخذنا فكرة عدم التّوقع بهذا المعنى، فإنّنا نذهب في غير صالح الإدارة ذاتها، لأنّها لن تجد من يقبل التّعاقد معها و هو يرى أعباءه تتزايد أثناء تنفيذ العقد دون أن يقابلها تعويضا[1].

و من المستقرّ في هذا المجال أنّ شرط عدم التّوقع لا ينصرف إلى أصل الحقّ في التّعديل، لأنّ هذا ثابت و متوقّع، و لكن عدم التّوقع هو في حدود هذا التّعديل و في مداه[2].

و من ثمّ فإنّ فكرة عدم التّوقع تأخذ معنى خاصّا لا يتعلّق بمعرفة هل الإجراء المتّخذ من قبل الإدارة كان متوقعا من قبل الأطراف صراحة أو ضمنا عند الإبرام أم لا. و لكن لتحديد طابع عدم التّوقع للعبء الملقى على عاتق المتعامل المتعاقد، يجب بكلّ بساطة البحث، عن طريق تحليل بنود العقد، إذا ما كان له مقابل أم لا[3].

---

(1) – Ibidem, p 139.

(2) – د. سليمان الطّماوي، المرجع السّابق، ص630.

أنظر أيضا:– د.عبد الحميد الشّواربي، المرجع السّابق، ص53.

– رياض إلياس الجريسات، المرجع السّابق، ص146.

– د. محمّد جمال مطلق الذنيبات، المرجع السّابق، ص 224.

(3) – Saroit Badaoui, op.cit, p 140.

حيث يقول الفقيه: (ترجمة حرّة في المتن)

<< …Pour établir le caractère imprévu de la charge subie par le cocontractant, il faudra simplement rechercher par l'analyse des clauses du contrat, si elle est rémunérée ou non >>.

Voir également dans le même sens :

Ph. Terneyre, in : « Répertoire Dalloz de la responsabilité de la puissance publique-Responsabilité contractuelle » Avril 2012, §223 cité par arafer. Précité.

حيث يقول الفقيه:

<< Si le fait du prince pouvait normalement avoir été prévu au moment de la conclusion du contrat, il est présumé que le cocontractant l'aurait pris en considération, notamment pour l'établissement du prix>>

و قد أكّد مجلس الدّولة الفرنسي على هذا الشّرط في العديد من قراراته عندما اعتبر أنّ المتعاقد لم يكن يجهل الظّروف الاقتصادية، كارتفاع أجور اليد العاملة و أسعار الفحم و التي اضطرّت السّلطات العامّة إلى السّماح برفع جديد لأسعار النّقل بالسّكك الحديدية[1].

و معيار إثبات عدم التّوقع هو معيارا موضوعيّا و ليس معيارا شخصيا، ممّا يعني أنّ إعمال المعيار الموضوعي يعني القياس على قدرة الرّجل العادي على التّوقع متى كان في نفس ظروف المتعاقد[2].

و بناءً على ما تقدّم فإنّ فكرة توقّع أو عدم توقّع الإجراء الصّادر من الإدارة المتعاقدة هو مسألة موضوعية يفصل فيها قاضي العقد على ضوء بنود الصّفقة آخذا بعين الاعتبار ظروف كلّ قضية على حدا طبقا لمعيار الرّجل العادي.

المطلب الخامس: أن يُلحق الإجراء بالمتعاقد ضررا

إنّ مناط تطبيق نظرية فعل الأمير هو الضّرر الذي يلحق بالمتعامل المتعاقد مع الإدارة، نتيجة للإجراء الصّادر عنها[3] ممّا يؤدّي إلى اختلال التّوازن المالي للعقد.

حيث يرى أغلبية الفقه الإداري بأنّه لا يشترط في الضّرر المترتّب عن فعل الأمير درجة معيّنة من الجسامة بقدر ما يشترط فيه أن يكون فعليا حقيقيا لا احتماليا[4].

---

(1) – C.E 14 Mai 1926, req. n° 74304, Pouillard, Concl. Ripert, Rec.498.Consulté sur site : https://www.gallica.bnf.fr le 10 janvier 2021 à 10h00mn.
Voir dans le même sens : - C.E 19 Nov.1909, req. n°19408, C^ie générale Transatlantique concl. Tardieu, Rec.891. Consulté sur site : https://www.gallica.bnf.fr le 10 janvier 2021 à 10h15mn.
- C.E, avis d'assemblée générale (sect. Des travaux publics) du 28 Mars1997 n°360333.
- C.E 22 Juil.1999, req.189412, C^ie Financière des autoroutes, Concl. Agnès Daussun. Consulté sur site : https://legifrance.gouv.fr le 10 Janvier 2021 à 11h00mn.

(2)– أحمد السّيد محمد محمود عطية، المرجع السّابق، ص67.

(3)– د.عبد المجيد المغربي، المرجع السّابق،ص84.

أنظر أيضا:– د. نصري منصور نابلسي، المرجع السّابق،ص713/– د. أحمد بن محمّد الشمري، المرجع السّابق، ص 54 – د. فهد مجعد المطيري، المرجع السّابق، ص 124.

(4) – د. عمار عوابدي، القانون الإداري، ج2، المرجع السّابق، ص 224.

كما لا يشترط أن يكون خسارة بل يجوز أن يكون ما فات المتعاقد من ربح[1].

و يرى الأستاذ **ثروت بدوي**[2] في الضّرر بأنّه في الحقيقة شرط جوهريّ في كلّ مسؤولية، سواء تعلّق الأمر بالمسؤولية العقدية أو المسؤولية غير العقدية، أو تعلّق بالمسؤولية عن خطأ أو المسؤولية بلا خطأ.

كما يرى جانب من الفقه[3] بأنّه يكفي لتطبيق نظرية فعل الأمير تحقّق أيّ ضرر نتيجةً للإجراء الذي اتّخذته الإدارة المتعاقدة و يترتّب عليه اختلال التّوازن المالي للصفقة دون أن يستلزم في الضّرر أن يكون فادحا يؤدّي إلى إرهاق المتعاقد، و إلى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب،ممّا يهدّده بالانهيار المالي.

و للوقوف على هذا الشّرط لا بدّ من تتبّع قضاء مجلس الدّولة الفرنسي في هذا الصّدد، حيث نجده في الكثير من الحالات يرفض التّعويض للمتعاقد لغياب تبرير الضّرر الذي لحقه نتيجة لتنفيذه التّعديل الذي أمرت به الإدارة ذلك أنّه في بعض الحالات فالتّعديل لا يلحق ضررا بالمتعاقد فحسب بل قد يكون مفيدا له[4].

أنظر أيضا:– د. سليمان الطّماوي، المرجع السّابق، ص 628./ موريس نخلة، المرجع السّابق، ص 139.

– د. طه إبراهيم الفيّاض، المرجع السّابق، ص 258./ د. محمّد بكر حسين، المرجع السّابق، ص 364.

– د. مازن ليلو راضي، المرجع السّابق، ص 186./ د. مفتاح خليفة و د. الشلماني، المرجع السّابق، ص 242

(1)– د. محمّد أنس قاسم جعفر، المرجع السّابق، ص 158.

أنظر أيضا: – د. عبد الحميد الشّواربي، العقود الإدارية، المرجع السّابق، ص 53.

– د. محمود خلف الجبوري، المرجع السّابق، ص 194./د.خالد خليل الظّاهر، المرجع السّابق، ص 272.

– د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السّابق، ص 193.– د. محمّد فؤاد عبد الباسط، المرجع السّابق، ص 579.

(2) – Saroit Badaoui, op.cit, p 136.

<< En réalité, le préjudice est une condition essentielle de toute responsabilité, qu'il s'agisse de la responsabilité contractuelle de la responsabilité extracontractuelle, qu'il s'agisse de la responsabilité pour faute ou de la responsabilité sans faute >> .

(3) – أحمد السّيد محمد محمود عطية، المرجع السّابق، ص49.

(4) –C.E 05 Fév.1892,n°70249,Jacquet C/commune de Faverges,Concl.Jagerschmidt, Rec.122

- C.E 24 Déc. 1909, n°23857,Thouvard C/ Moine, Concl. Saint-Paul, Rec.1040.

- C.E 04 Aout 1920, n°56229, Gaussin, Concl. Corneille, Rec.810.

- C.E 19 Juil. 1933, req. n°1521, Romens, Concl . Rouchon-Mazerat, Rec.813. les arrêts suscités ont été consultés sur site : *https://legifrance.gouv.fr* le 10 Janvier 2021 à 15h00mn.

و من ثمّ فلن يُمنح للمتعاقد أيّ تعويض إذا كان هناك فسخ انفرادي[1] من جهة الإدارة أو تقليص من أهميّة صفقة[2] ذات التّنفيذ الباهظ.

و عليه يرى– و بحقّ– **الأستاذ ثروت بدوي**[3] بأنّه حتى يكون هناك تعويض، يجب إثبات بأنّ الضّرر كان غير مبرّر، علما بأنه لا يوجد ضرر غير مبرّر إذا ما كان التّعديل يصل فقط إلى تقليص الأرباح غير العادية و غير المتوقّعة لحظة الإبرام.

و من بين التّطبيقات القضائية في هذا الصّدد، رفض مجلس الدّولة الفرنسي التّعويض عندما رفعت الإدارة، أثناء تنفيذ العقد من أجور عمّال المتعاقد إلى الحدّ الأدنى للأجور المعمول به وقتها، و ذلك لانتفاء عنصر الضّرر[4]. و على العكس من ذلك فقد قرّر التّعويض عندما فرضت الإدارة على المتعاقد معها الالتزام بدفع أجور أكبر من الأجر المتوسّط[5]. و لكنّه رفض منح التّعويض عندما كان التّعديل بطلب من المتعاقد[6] .

---

(1) - C.E 28 Mars 1939,n°37396 et 37397 Ministre des travaux publics, Concl. Imbert, Rec.228. Consulté sur site : https://legifrance.gouv.fr le 10 Janvier 2021 à 16h00mn.

(2) - C.E 18 Juil. 1890, req. n°69564, Gautier, Concl. Valabregne, Rec.688.

(3) – Saroit Badaoui, op.cit, p 137. **حيث يرى الفقيه:**

<< Pour avoir droit à indemnité, il faut faire la preuve d'un préjudice injustifié. Or, il n y a pas de préjudice injustifié si la modification aboutit simplement à limiter les profits anormaux et imprévus au moment de la concession>> .

(4) - C.E 03 Déc. 1920, Fromassol, Rec.1036. précité.

ذلك أنّ الزّيادة ما هي في الحقيقة إلاّ ملاحظة بسيطة للحالة الاقتصادية للأجور.

(5) – أنظر في ذلك تقرير المفوّض Corneille في قضية Fromassol السّالف ذكرها أعلاه.

(6) - C.E 19 Mai 1893,req. n° 68632, C^ie de Fives-Lille, Concl. Jagerschmidt, Rec.436. Consulté sur site : https://legifrance.gouv.fr le 10 Janvier 2021 à 11h30mn.

.**Cf. :** C.E 18 Juil.1928, req.n°67284, Sieurs Pourxet et Baille, Concl. Latournerie Rec.914 :
<<Cons. que ; si la commission administrative des hospices a, par délibération,…autorisé les entrepreneurs à remplacer les cailloux roulés des rivières par des pierres de carrière, c'est sur la demande formelle des deux entrepreneurs, notamment du sieur X, qui avaient expressément déclaré que, cette substitution ne comporterait aucune modification de prix ; que, dans ces conditions, le requérant n'est pas fondé à demander de ce chef un supplément de prix…>>
Consulté sur site : https://legifrance.gouv.fr le 11 Janvier 2021 à 12h00mn.
- C.E 19 Juil. 1933, req. n° 9792, Yaher, Concl. Rouchon-Mazerat, Rec.814.
<< Cons. enfin, que si l'administration a apporté diverses modifications au projet, ces modifications qui, dans l'ensemble, n'ont pas aggravé les obligations de l'entrepreneur, ont été ordonnées à la demande de ce dernier en vue de faciliter, soit l'organisation de ses chantiers en raison de la pénurie de personnel et de matériel, soit l'exécution des travaux, en saison pluvieuse ; que, par suite, le fait de l'administration ne saurait être invoqué…>>.

و كذلك الشّأن لمّا كان الإجراء المفروض من الإدارة يهدف إلى تقويم خطأ المتعامل المتعاقد، حيث كان هناك تأخّر في إنجاز الأشغال من قبل المقاول ففرضت عليه الإدارة العمل في اللّيل و ضرورة إنهاء الأشغال في الآجال المحدّدة[1].

كما أنّه لا مجال للتّعويض– في تقدير الأستاذ **Delaubadère**– عن الضّرر الاحتمالي الذي لم يتحقّق فعلا أو لم تكتمل عناصره[2] و لا عن الضّرر المستقبلي بعكس ما يراه بعض الفقه[3]؛ لأنّه لا وجود للضّرر ما دام ليس حالّا أي أنّه لم يقع بعد فكيف للقاضي أن يحدّد قيمة التّعويض؟

و لقد استقرّ الاجتهاد القضائي الحديث لمجلس الدّولة الفرنسي على أنّ نظرية فعل الأمير لا تفتح للمتعامل المتعاقد الحق في التّعويض إلاّ إذا كان الإجراء المعني يمسّ بالموضوع الجوهري للعقد أو لأحد العناصر الجوهرية الذي بناءً عليه تمّ التّعاقد[4].

كما يشترط في الضّرر أن يكون غير عادي و خاصّ[5].

Consulté sur site : *https://legifrance.gouv.fr* le 11 Janvier 2021 à 12h30mn.

(1) - C.E 04 Aout 1902, req. n° 96258-96261, Ministre des travaux publics C/ Bonnamy Rec.629. Consulté sur site : *https://legifrance.gouv.fr* le 11 Janvier 2021 à 13h00mn.

(2) - André Delaubadère, Frank Moderne et Pierre Delvolvé, T.C.A.T.I, op.cit, p 765.

(3) – أحمد السّيد محمد محمود عطية، المرجع السّابق، ص51. **حيث يرى بأنّه:**

<< في هذه الحالة يجوز للمتعاقد أن يطالب بالتّعويض عن ذلك الضّرر الذي سيقع لا محالة، مثل الإجراء المروري الذي تتّخذه إحدى المدن و تعلن تطبيقه بعد مدّة زمنية، و يكون من مقتضاه أن يَحُدّ من مرور الشّاحنات و السّيارات في أماكن معيّنة و في أوقات محدّدة، أو أن تفرض رسوما إضافية على المرور، و هو ما سيزيد من أعباء ملتزم النّقل المتعاقد مع المدينة و سيصيبه بضررٍ مستقبليّ لا محالة>>.

(4) – C.E 28 Avril 1939, C^ie des chemins de fer de l'Ouest, précité. **Cf. :**-C.E 25 Janv.1963, S^té des Alcools du Vexin, Rec.50. /- C.E 29 Déc.1997, n°146753, S^té civile Néopolders,.

- C.E 16 Déc . 2013, S^té ESCOTA , précité, n° 369304 inédit au Rec. Lebon. Consulté sur site : https://www.legifrance.gouv.fr le 08 Nov.2019 à 10h30mn.

(5) – C.E 23 Janv. 1952, C^ie des tramways électriques de Limoges, Rec.52.

Le conseil d'État a ainsi estimé que :

<< les mesures de délestage électrique ont fait subir au cocontractant les mêmes effets dans les mêmes conditions que les autres industriels et usagers de la région et qu'ainsi le préjudice qu'il a subi ne lui est pas spécial >>.

Voir dans le même sens :

- C.E rapport public 2005<< Responsabilité et socialisation du risque>> **حيث جاء فيه** :

<< De façon générale (…), des mesures légalement prises dans l'intérêt général peuvent ouvrir droit à indemnisation sur le fondement de l'égalité devant les charges publiques, qu'il s'agisse de mesures individuelles prises en application d'une loi, ou de mesures réglementaires

عطفا على ما سبق فنحن نَظُمُّ رأينا إلى الاتّجاه القائل بضرورة تحقّق الضّرر المباشر و المؤكّد غير العادي و الخاصّ النّاتج عن فعل الأمير، حتى لا تتحوّل الإدارة من طرف في العقد إلى ضامن للمتعاقد معها.

خلاصة الفصل الأوّل

إنّ المخاطر الإدارية الناجمة عن ممارسة الإدارة المتعاقدة لسلطاتها، و التي تؤدّي عرضا إلى إخلال التّوازن المالي للصّفقة و إرهاق المتعامل المتعاقد معها، ممّا يستوجب– جبرا للضّرر الذي لحقه– منحه تعويضا كاملا حتى يتمكّن من الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية؛ قد اصطلح على تسميتها بنظرية فعل الأمير.

و نظرا لمصدرها القضائي، فقد اختلف الفقه الإداري حول أساسها القانوني؛ إلاّ أنّ الرّاجح من القول يؤيّد فكرة إعادة التّوازن المالي للعقد و هو الرّأي الذي أخذنا به.

و قد يأخذ فعل الأمير صورة إجراءٍ خاصٍّ أو إجراءٍ عامٍّ الذي قد يمسّ البنود العقدية ذاتها أو قد يؤثّر في ظروف تنفيذ الصّفقة؛ حيث يبقى إعمال النّظرية، في كلّ حالة، سلطة بريتورية محضة، بل و استنادا لفكرة السّلطة العامّة، قد وسّع الاجتهاد القضائي من نطاق تطبيق نظرية فعل الأمير لتشمل العقود المبرمة بين الأشخاص الخاصّة و ابتكر ما اصطلح على تسميته بالعقود الإدارية المبرمة بين الأفراد إعمالا لفكرة الوكالة الضّمنية.

و لتطبيق النّظرية وضع الاجتهاد القضائي الفرنسي جملة من الشّروط؛ من ذلك أن يكون الإجراء المكوّن لفعل الأمير متّصل بعقد إداري، أن يصدر عن الإدارة المتعاقدة، أن يكون مشروعا و غير متوقّع عند إبرام الصّفقة و أن يلحق الإجراء بالمتعامل المتعاقد ضررا خاصّا و غير عادي.

إلاّ أنّه بالرّغم من تبنّي القانون الخاصّ لنظرية فعل الأمير، و بالرّغم من التّطورات التي أدخلها الاجتهـــــاد القضائي الإداري على النّظرية حيث عرفت صورا جديدة مثل فعل الأمير الاتّحـــادي

---

lorsqu'il y a dommage grave et spécial>>. **Source :** Avis n° 2018-054 du 09 Juil. 2018. *Site :* *http://www.arafer.fr* consulté le 08 Nov.2019 à 11h10mn.

(الاتحاد الأوربي) و فعل الأمير الأجنبي؛ تبقى المخاطر الإدارية نظرية غامضة و مبهمة قد أسالت الكثير من الحبر و لا تزال.

الفصل الثّاني: المخاطر الاقتصادية

تقديم

سبق و أن عرفنا في الفصل الأوّل من هذا الباب عند عرضنا لنظرية فعل الأمير كيف للمتعامل المتعاقد الحصول على التّعويض عن المخاطر الإدارية، ممّا يمكّنه من الحفاظ على التّوازن المالي للصفقة التي أبرمها مع الإدارة العامّة، و بالتّالي الاستمرار في تنفيذها.

إلاّ أنّ هذه المخاطر ليس لها دائما مصدرا إداريا، و هو ما يثير التّساؤل حول مصير المتعامل المتعاقد في مواجهة تلك المخاطر؟ و التي يعود سببها إمّا للحروب، للزلازل، للفيضانات أو للأزمات الاقتصادية ممّا يؤدّي إلى الارتفاع الفادح للأسعار، ومن ثمّ الإخلال بالتّوازن المالي للصّفقة بما يهدّد المتعامل المتعاقد بالإفلاس و يُرغمه على التّوقف عن تنفيذ التزاماته العقدية.

فلو طُرح الإشكال على القواعد العامّة المدنية لكان حلّه " العقد شريعة المتعاقدين "، فلا يتحلّل المتعاقد من التزاماته العقدية مهما ناء بعبء الخسائر الفادحة طالما أنّ الظروف الاستثنائية لم تبلغ درجة القوّة القاهرة[1].

أمّا الإجابة الثّانية و هي التي جاء بها القضاء الإداري، حيث تعتبر حلاّ وسطا بين الحالة العادية التي يستطيع فيها المتعاقد أن يفي بالتزاماته و القوّة القاهرة التي يستحيل عليه فيها تنفيذ التزاماته إطلاقا؛ لكن قد يناله من ذلك التّنفيذ إرهاقا ماليا شديدا يضفي ظلاله على حسن سير المرفق العامّ، محلّ العقد، بانتظام و اضطراد، و يهدّده بالانقطاع و خطر التّوقف عن تلبية حاجيات المرتفقين[2].

(1) – أ. د. مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السّابق، ص 324.

(2) – د. سامي جمال الدّين، المرجع السّابق، ص 365.

حيث ابتكر القضاء الإداري نظرية الظّروف الطارئة التي تفتح للمتعامل المتعاقد الحق في مطالبة المصلحة المتعاقدة من المساهمة، و لو بصورة مؤقّتة، في تحمّل جانبا من الخسائر التي ألحقها به الظّرف الطارئ.

وهي نظرية أصيلة (originale) طُبّقت في بدايتها على العقود الإدارية.

حيث يرى الأستاذ **Delaubadère** بأنّها تُكوّن إحدى الخطوط البارزة لخصوصية هذه العقود[1]، و إن كانت تدرج في النّظرية العامّة للمخاطر التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد إلاّ أنّها تحتلّ مكانة خاصّة نظرا لتعقيدها، فهي ليست ببساطة نظريات مخاطر التّنفيذ الأخرى(فعل الأمير، الصّعوبات المادية...)[2].

أمّا جانب آخر من الفقه[3] يعتبر هذه النّظرية أوفر حظّا من سابقتها ذلك أنّ مجلس الدّولة الفرنسي قد طبّقها منذ وقت مبكّر على كافة العقود الإدارية بوضوح تامّ لم يثر خلافا في الفقه الإداري، لا حول مضمونها و لا حول مداها.

و عليه سنتناول بالدّراسة النّظرية من خلال ثلاثة مباحث، نتطرّق فيها على التّوالي إلى مفهوم المخاطر الاقتصادية (المبحث الأوّل)، و الأساس القانوني الذي تقوم عليه نظرية الظّروف الطّارئة(المبحث الثّاني) أمّا (المبحث الثّالث) سنخصّصه لشروط إعمال النّظرية.

المبحث الأوّل: مفهوم المخاطر الاقتصادية

قد يتعرّض المتعامل المتعاقد مع الإدارة العامّة أثناء تنفيذ الصفقة العمومية لظروف طارئة غير منتظرة لم تكن متوقّعة في مرحلة الإبرام. و يكون من شأن تلك الطّوارئ أن تقلب اقتصاديات الصّفقة رأسا على

عقب، حيث يجد المتعامل المتعاقد نفسه أمام صعوبة في تنفيذ التزامه التّعاقديّ قد يصل حدّ الاستحالة. و لمواجهة هذا الموقف ظهرت نظرية القوّة القاهرة و التي يؤدّي تطبيقها إلى حلّ الرّابطة العقدية بانقضاء

(1) - André Delaubadère, Jean Claude Venezia, Yves Gaudemet, traité de droit administratif op.cit, p 838.<< Constitue l'un des traits les plus remarquables du particularisme de cette théorie >> .

(2) - André Delaubadère, Frank Moderne et Pierre Delvolvé, T.C.A.T$_{II}$, op.cit, p560.

(3) – د. إبراهيم طه الفيّاض، المرجع السّابق، ص 263.

الالتزام لاستحالة تنفيذه.إلاّ أنّه في بعض الأحيان، قد لا يؤدّي الظّرف الطّـارئ إلى استحالة التّنفيذ، بل يجعل منه أثقل إرهاقا و أكثر كلفة عمّا قدّره الطّرفان عند إبرام الصّفقة.

و من ثمّ ظهرت نظرية المخاطر الاقتصادية لمواجهة مثل هذه الحالة؛ و عليه سوف نتناول دراسة هذا المبحث من خلال عرض نشأة النّظرية (المطلب الأوّل) ثمّ تعريفها (المطلب الثّاني) على أن نفرد (المطلب الثّالث) لخصائصها.

المطلب الأوّل: نشأة نظرية الظّروف الطارئة

يذهب جـــانب من الفقه [1] إلى أنّ تاريخ نظرية الظّروف الطّارئة يتّصل بتاريخ الالتزام، بتطوّر مفهومه، و تأثير مبدأ العدالة فيه. فنشأة الدّولة الحديثة ليست هي بداية وجود الالتزام– في تقدير أصحاب هذا الرّأي– ، بل لهذا الالتزام جذوره الضّاربة في القِدم؛ حيث كان التّعامل فيما بين شعوب الحضارات الغابرة قائما إمّا على أساس قواعد القانون الطّبيعي أو على أساس قانون الضّرورة الاجتماعية أين تمّ تغليب مبدأ العدالة على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

و هو ما يدفعنا للبحث عن جذور النّظرية في الأنظمة القانونية القديمة على النّحو الآتي:

الفرع الأوّل: في الشّرائع القديمة للشّرق الأوسط

لم يتناول الباحثين ، القوانين المصرية القديمة، بدراسة تفصيلية تهدف إلى تبيان موقفها من نظرية الظّروف الطّارئة؛ حيث يذكر جانب من الباحثين[2] بأنّ الحديث عن نظرية الظّروف الطّارئة في هذا المقام لا يوجد لها بناءً متكاملاً، بل يكاد يخفت ضوءها إلاّ بصيصا منه في بعض التّطبيقات المتناثرة.

(1) – د. محمود علي الرّشدان، نظرية الظّروف الطّارئة، دراسة مقارنة في القانون المدني و الشّريعة الإسلامية والقانون الإداري، دراسة تحليلية مدعّمة بالأحكام القضائية، دار البازوري العلمية للنّشر و التّوزيع، عمّان الأردن، 2014، ص 27.

(2) – د. محمّد محي الدّين إبراهيم سليم، نظرية الظّروف الطّارئة بين القانون المدني و الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة دار المطبوعات الجامعية جورج عوض، الإسكندرية، 2007، ص 20. **أنظر كذلك:** – سحر جبّار يعقوب، فسخ العقد الإداري لاستحالة التّنفيذ بسبب الظّروف الطّارئة، مجلّة مركز دراسات الكوفة العدد السّابع، 2008، ص ص 147–148.

فلم يكن لهلاك محصول المدين– لسبب خارج عن إرادته كالنّوازل الطّبيعية مثلا– ليشفع لنكوله عن الوفاء بالتزامه؛ فالفلاّح الذي يفني عمره في جمع محصوله قد يحدث و أن يهلك إثر حدث طبيعي أو تأكله الحيوانات أو يستولي عليه اللّصوص؛ و عند مجيء الجُباة ينكّلون به و بأسرته.

فالبرّغم ما في النّموذج السّابق من قسوة بالمدين إلاّ أنّ هناك بعض المظاهر في هذه القوانين تعترف – و لو في حدود ضيّقة– بأثر تغيّر الظّروف على الالتزام العقدي.

حيث ينقضي الإيجار بوفاة المستأجر، كما تضمّنت عقود إجارة الأشخاص(استئجار الرّق أو العبيد) أنّه إذا حالت ظروفا دون قيام القنّ بالعمل المطلوب، توجّب على سيّده (المؤجّر) التّعويض عن مدّة التّعطيل.

كما أنّ الدّولة الفرعونية قامت بتعويض الأسر المتضرّرة من الظّروف الطّارئة– مثل فيضان النّيل– بِقِطَعٍ أرضية جديدة.

و كان قانون حمورابي قد اعترف ببعض الآثار القانونية لما يحدث من تغييرات في ظروف العقد بعد إبرامه[1].

حيث اعترف للزّوجة التي هجر زوجها المدينة، في الظّروف العادية، أو فراره منها، في الظّروف غير العادية، حق فسخ عقد الزّواج أو التّزوّج من غيره.

كما أنّ للزوجة التي أُسر زوجها و لم يترك لها النّفقة اللاّزمة لمئونتها الحقّ في إعادة الزّواج من غيره.

و الفلاّح العاجز عن تسديد ديونه كانت تبرأ ذمّته إذا تنازل عن ناتج أرضه لجماعة الدّائنين، و أمّا إن كـان إعساره نتيجة لأسباب خـارجة عن إرادته مثل النّوازل الطّبيعية كالفيضان و الجفـاف و الجـائحة و البَرَدِ؛ فإنّ الأمر حينئذ لا يخرج عن كونه تطبيقا للظّروف الطّارئة، حيث كان له حق المطالبة بتأجيل الوفاء بديونه بمجرّد وقوع تلك النّوازل.

---

(1) – محمّد أبو بكر عبد المقصود، إعادة التّوازن المالي للعقد الإداري في ظلّ الأزمة المالية العالمية'' نظرية الظّروف الطّارئة'' المؤتمر العلمي السّنوي الثّالث عشر لكلّية الحقوق جامعة المنصورة في الفترة من 1– 2 أفريل 2009، ص 5.

أنظر كذلك:

– د. محمّد جمال مطلق الذنيبات، المرجع السّابق، ص 200.

الفرع الثّاني: في القانون الإغريقي و الرّوماني

لم تُعرف تطبيقات لنظرية الظّروف الطّارئة في قوانين الدّولة الإغريقية، حيث كانت العقود تتضمّن شروطا تقضي على المتنكّل بتنفيذ التزامه بدفع غرامة لفائدة خزينة الدّولة أو يعرّض للإكراه البدني[1].

و قد تعدّدت الوسائل المبتدعة لإكراه المدين على تنفيذ التزامه بغضّ النّظر و دون الاعتداد بالأسباب التي حالت دونه ودون تنفيذه لالتزامه أو جعلت تنفيذه على غير الوجه الأكمل. من ذلك ما يذكره الفقه – استنادا لإحدى الوثائق المكتشفة تعود إلى 263 ق.م–[2] و التي تحدّد مسؤولية الضّامنين عن طريق شرط جزائي يلزم المدين أو ضامنه بدفع ضعف أو ثلاثة أضعاف الدّين في حالة عدم الوفاء به أو التّأخّر في سداده.

و باستقراء نصّ الوثيقة التي ذكرها الفقه يتّضح أنّ مبدأ لزوم العقد عند الإغريق:

– كان يُطبّق بقسوة و بحرفيّة صارمة دون ما اعتداد بظروف المدين أو حتى بتلك الظّروف الخارجية التي حالت دون تنفيذه لالتزامه، كالنّوازل مثلا.

– أنّ مسؤولية المدين في الدّولة الإغريقية كانت غير محدودة؛ ويستوي في ذلك أن يرجع عدم التّنفيذ لظروف استثنائية طارئة أو لقوّة قاهرة.

– القانون الإغريق كان متحيّزا و حاميا بشدّة للدّائنين، و آيته تلك الوسائل التي وضعها هذا القانون لضمان حقوقهم، كقيام المدين بنقل ملكيّة عَينٍ معيّنة تعادل قيمتها مبلغ الدّين على أن يردّها الدّائن فور استيفائه لحقّه، ثمّ تطوّر الأمر إلى الرّهـــن الحيــازي و صولا إلى ما يسمّى بالبيع الوفـــائي و صورته أن يقوم المدين ببيع العين المقدّمة ضمانا لدائنه مع احتفاظه بحقّ استردادها عند سداده للدّين المرتّب في ذمّته.

---

(1) – د. محمد محي الدّين إبراهيم سليم، المرجع السّابق، ص 23.

(2) – المرجع نفسه، ص 24.

كما أنّ القانون الرّوماني لم يعترف بتطبيق نظرية الظّروف الطّارئة في بداية عهده لتأثّره بالثّقافة الإغريقية؛ لأنّه لا يأخذ بفكرة الغبن، فالقاعدة في القانون الرّوماني أنّ الغبن لا يعيب الرّضا و لا يؤثّر في صحّة العقد و انعقاده، طـالما أنّ هذا العقد قد استوفى بقيّة الشـرّوط الشّكلية و الموضوعية لقيامه. و لم يكتف القانون الرّوماني بإنكار فكرة الغبن أثناء تكوين العقد فحسب، بل و حتى في مرحلة التّنفيذ[1].

و من ثمّ فإنّ نظرية الظّروف الطّارئة لم تعرف لها طريقا في القانون الرّوماني إلاّ أنّ الفقهاء الرّومان كما يذكر الفقه[2]، دعوا إلى الأخذ بنظرية الظّروف الطّارئة، حيث يقول **شيشرون** << عندما يتغيّر الزّمن يتغيّر الواجب>>.

و من أقوال **سينيك** << أنا لا أُعتبر حانثا لعهدي، و لا يمكن اتّهامي بعدم الوفاء إلاّ إذا بقيت الأمور على ما هي عليه وقت التزامي ثمّ لم أنفّذه، و التّغيير الذي يطرأ على أمر واحد يجعلني حرّا في أن أناقش التزامي من جديد، و يخلّصني من كلامي الذي أعطيته، و يجب أن يبقى كلّ شيء على حالته التي كان عليها في الوقت الذي تعهّدت فيه لكي أستطيع المحافظة على كلامي>>.

و لقد كانت للفتوحات الرّومانية الواسعة عظيم الأثر في تطوّر الأفكار الفقهية الرّومانية، و ذلك بالاحتكاك مع أخلاق و ثقافة الشّعوب التي احتلّتها الإمبراطورية الرّومانية، و هو ما انعكس إيجابا على القانون الرّوماني.

حيث خرج الفقهاء الرّومان من رِدَاءِ الشّكلية التي كانت تحيط بالقانون وصولا إلى الغاية النّهائية للقانون ألا وهي إسعاد النّاس و تحقيق منفعتهم[3].

عطفا على ما سبق، نظمّ رأينا إلى الاتجاه الفقهي[4] الذي يرى بأنّ الفلسفة الرّومانية هي التي حدّدت الإطار العامّ لنظرية الظّروف الطّارئة؛ و لا نبالغ إذا قلنا بأنّ **شيشرون** و **سينيك** هما أوّل من وضع

---

(1) – محمّد أبو بكر عبد المقصود، المرجع السّابق، ص 5.

(2) – د. محمّد جمال مطلق الذنيبات، المرجع السّابق، ص 200.

و انظر كذلك:

– محمّد أبو بكر عبد المقصود، المرجع السّابق، ص 5.

(3) – المرجع نفسه، ص 5.

(4) – د. محمد محي الدّين إبراهيم سليم، المرجع السّابق، ص 28.

أساس هذه النّظرية، و مؤدّاه أنّ العقد يبقى مستمرّا ما استمرّت الظّروف التي أُبرم فيها، و هو ما يُعرف باسم بقاء الأمور على ما هي عليه أو الشّرط الضّمني.

الفرع الثّالث: في شرائع القرون الوسطى

نتيجة لمحاربة أباطرة الرّومان للدّين المسيحي و تعقّب كلّ مظاهره، فما كان من الكنيسة إلاّ أن نظّمت نفسها لتنشئ نظاما متكاملا يغنيها هي و أتباعها عن الدّولة؛ و كان أمرا منطقيا أن يكون من بين مظاهر التّنظيم سنّ التّشريعات التي عُرفت بالقانون الكنسي[1]. و قد تبلورت ثلاثة مبادئ هامّة[2] سادت التّعامل في ظلّ القـــانون الكنسي أوّلا: مبدأ الثّمن العادل: و مضمونه أنّ كلّ سلعة و كـلّ خدمة، يكون و يجب أن يكون لها في وقت معيّن وفي سوق معيّن ثمن عـادل منـاسب لا يعتمد على إرادة المتبايعين و لا على رغباتهما أو حاجاتهما و لا على أيّ شيء يتعلّق بالفرد.

ثانيا: تحريم القرض بفائدة أي تحريم الرّبا (l'usure) في جميع صوره.

ثالثا: مبدأ بقاء الأمور على ما هي عليه وقت إبرام العقد؛ فإذا تغيّرت تلك الظّروف أصبح تنفيذ العقد جائرا بالنّسبة لأحد الأطراف ممّا يبرّر إعادة النّظر في بنود العقد لرفع الظّلم عن الطّرف المرهق.

و قد جمع أحد فقهاء القانون الكنسي هذه المبادئ في قوله:<< ضع نفسك دائما في مكان من تعـامله و ضع من تعامله في مكانك وبذلك تستطيع أن تحكم في الأمر حكما عادلا؛ فاجعل نفسك بائعا إذا ما اشتريت و مشتريا أذا بعت و بذلك تبيع و تشتري بالعدل>>[3].

و انظر كذلك: – محمّد أبو بكر عبد المقصود، المرجع السّابق، ص6.

(1) – د. محمد محي الدّين إبراهيم سليم، المرجع السّابق، ص 29.

(2) – حول تلك المبادئ انظر المرجع نفسه ص 30–31 حيث يذكرها المؤلّف باللّغة الفرنسية:

1er Le principe du juste prix : Pour toute marchandise, pour tout service, il y a et il doit y avoir à un moment donné et sur un marché donné un juste prix équivalent, lequel ne dépend pas de la volonté des échangistes, ni de leurs désirs ou besoins, ni de quoi que se soit d'individuel.

2ème Le principe de prohibition du prêt à intérêt.

3ème Le principe de clause rebus sic stantibus.

(3) – أورد المقولة: – د. محمد محي الدّين إبراهيم سليم، المرجع السّابق، ص31.

<< Mettez- vous toujours à la place du prochain et le mettez-en à la votre et vous jugerez bien ; rendez-vous vendeur en achetant et acheteur en vendant et vous vendez et achetez justement>.

و بذلك تكون نظرية الظّروف الطّارئة قد تكوّنت في الضّمير الخلقي قبل الضّمير القانوني؛ لكن سرعان ما انتكست فكرة الظّروف الطّارئة في المجتمع الأروبي على إثر تراجع و ضعف نفوذ الكنيسة بانتشار المذهب الفردي الذي أدّى إلى سيادة مبدأ سلطان الإرادة.

أمّا في الشّريعة الإسلامية فقد أخذ الفقه الإسلامي بنظرية الظّروف الطّارئة و ذلك بإقراره نظرية الضّرورة، حيث تُعدّ نظرية الظّروف الطّارئة إحدى تطبيقاتها[1]، و قد ساق فقهاء الشّريعة عدّة أدّلة للقول بصحّة الأخذ بنظرية الظّروف الطّارئة لإعادة التّوازن المالي للعقد:

1/- إنّ عدم إعادة التّوازن المالي للعقد المختلّ نتيجة الظّروف الطّارئة التي تحدث أثناء فترة التّنفيذ يُكوّن إرهاقا و حرجا للمتعامل المتعاقد مع الإدارة العامّة، هو أمر يتنافى و مقاصد الشّريعة الإسلامية؛ حيث يقول المولى عزّ و جلّ: << لا يُكلّف الله نفسا إلاّ وُسعها >>[2].

2/- من أهمّ مقاصد الشّريعة الإسلامية في باب المعاملات إقامة العدل، و لا شكّ أنّ تطبيق نظرية الظّروف الطّارئة يُعدّ إحدى وسائل إقامة العدل، و قد قال الله عزّ و جلّ في محكم تنزيله:

<< إنّ الله يأمر بالعدل و الإحسان >>[3].

3/- جعل الله سبحانه و تعالى التّراضي قيدا لإباحة التّجارة بقوله:

<< يا أيّها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلاّ أن تكون تجارةً عن تراضٍ منكم... >>[4].

و إنّ في تطبيق نظرية الظّروف الطّارئة تحقيقا للتّراضي، في حين اختلال التّوازن المالي للصّفقة يّعدّ إغفالا للرضا؛ ذلك أنّ المتعامل المتعاقد يكون قد أبرم العقد وهو راضٍ و سينفذّه مكرها.

4/- وجوب رفع الضّرر عن المضرور، ويتمّ ذلك بتعويض المتعامل المتعاقد عن الأضرار التي لحقته جرّاء الظّرف الطّارئ.

---

(1) – محمّد أبو بكر عبد المقصود، المرجع السّابق، ص 6.

(2) – سورة البقرة، الآية 286 .

(3) – سورة النّحل، الآية 90.

(4) – سورة النّساء، الآية 29.

فالضّرر في الشّـــريعة الإسلامية يُـــزال، و الضّرورات تُبيح المحظورات، و الضّـــرر الأشدّ يُزال بالضّرر الأخفّ، و درء المفاسد أولـــى من جلب المنافع، فالقاعدة الفقهية- بناءً على قوله صلّى الله عليه و سلّم- << لا ضرر و لا ضرار >>.

عطفا على ما سبق فقد انتهى مجلس المجمّع الفقهي الإسلامي بمكّة المكرّمة في دورته الخامسة عام 1404هـ[1] إلى الأخذ بتطبيق نظرية الظّروف الطّارئة و ذلك أثناء حدوث الأزمات الاقتصادية على النّحو الآتي:

أوّلا: في العقود المتراخية التّنفيذ (مثل عقود التّوريد، و المقاولات)، إذا تبدّلت الظّروف التي تمّ فيها التّعاقد تبدّلا غيّر الأوضاع و التّكاليف و الأسعار تغيّرا كبيرا، لأسباب طارئة عامّة لم تكن متوقعة في مرحلة الإبرام، فأصبح بها تنفيذ الالتزام العقدي مرهقا للملتزم، و يكبّده خسائر جسيمة غير معتادة نتيجة لتقلّبات الأسعار في طرق التّجارة، دون أن يكون للمتعاقد ضلعا فيها؛ فإنّه يحقّ للقاضي تعديل الحقـــوق و الالتزامات العقدية بصورة تُوزّع القدر المتجاوز، للمتعاقد، من الخسارة على الطّرفين المتعاقدين.

ثانيا: كما يجوز للقاضي أن يمهل الملتزم، إذا و جد أنّ السّبب الطّارئ قابل للزّوال في وقت قصير، و لا يتضرّر الملتزم له كثيرا بهذا الإمهال.

بعد أن عرضنا النّبذة التّاريخية لفكرة الظّروف الطّارئة و عرفنا ما مدى إعمالها في القوانين و الشّرائع القديمة، سنحاول من خلال المطلب الموالي توضيح كيف انتقلت الظّروف الطّارئة من فكرة إلى نظرية متكاملة.

المطلب الثّاني: تعريف نظرية الظّروف الطّارئة و أسباب ظهورها

لقد كان لنداء فقهاء القرن السّادس عشر بإقرار مبدأ سلطان الإرادة في العقود صداه، إذ زالت الشّكلية التي كان يتطلّبها القانون الرّوماني، و أصبحت الإرادة هي الأساس في ترتيب و تحديد الآثار المترتّبة على التّصرّفات، و انضمّ إليهم فلاسفة القرنين السّابع و الثّامن عشر، فنادوا بحرّية الإرادة في العقود.

---

(1) – حول الموضوع راجع:

– محمّد أبو بكر عبد المقصود، المرجع السّابق، ص8.

و شاع القول بأنّ أصل القانون لا بدّ أن لا يكون القوّة الإلهية أو الدّولة أو الجماعة بل هو الفرد نفسه فقدّروا بأنّ مصادر الالتزام تنحصر في الإرادة فلا التزام إلاّ بها، و ما القانون – في نظرهم– إلاّ وليد الإرادة التي ارتضاها النّاس لأنفسهم و اختاروا الخضوع لسلطانها[1].

و عليه سنتناول دراسة هذا المطلب من خلال عرض أسباب ظهور النّظرية (الفرع الأوّل) ثمّ تعريفها في (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل: أسباب ظهور نظرية الظّروف الطّارئة

كان ظهور النّظريات المتطرّفة في تقديس حرّية الفرد و استقلال إرادته – خــلال القرنين الثّامن عشر و التّاسع عشر– وليدا للظّروف الاقتصادية و الاجتماعية السّائدة آنذاك؛ حيث ازدهرت الصّناعات الكبرى و انتشرت الشّركات الضّخمة، ممّا أدّى إلى احتكار السّوق و التّحكم في وسائل الإنتاج.

و تحت غطاء الحريّة الاقتصادية و حمايةً لمصالحها اتّخذت الرّأسمالية، من الحرّية الفردية، رايةً لها تحول دون انتشار النّشاط النّقابي الذي يهدف إلى حماية الطّبقة الشّغيلة، فأضحت هذه الأخيرة ضحيّة لهذا الاستغلال.

و أمام هذه الأوضاع الخطيرة تعالت أصوات الإصلاحيين و علماء الاجتماع للحيلولة دون هذا الاستغلال البشع و الحدّ من سلطان الإرادة و تقييد المذهب الفردي بما يتّفق و المصلحة العامّة.

فتأثّرت التّشريعات الحديثة بهذه النّزعة الجماعية و تدخّلت في سلطان الإرادة و ضيّقت نطاقه و قيّدته بقيود كثيرة، فأصبحت نظرية العقد لا تقوم على إرادة الفرد بقدر ما تقوم على التّضامن الاجتماعي[2].

و بدأ يفل نجم المذهب الفردي، فلم يعد لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين تلك القوّة الإلزامية، و لم يعد القاضي حاميا للإرادة الفردية بل أصبح خادما للمصلحة العامّة.

ثمّ تطوّرت المبادئ القانونية القائمة على قواعد أخلاقية مثل نظرية التّعسف في استعمال الحق،و فكرتي الإثراء بلا سبب و النّظام العامّ و الآداب العامّة، كوسيلتين بين يدي القاضي للحدّ من الحرّية الفردية كما

(1) – د. محمود علي الرّشدان، المرجع السّابق، ص 12.

(2)– د. محمود علي الرّشدان، المرجع السّابق، ص 13.

ظهرت نظرية الاستغلال و ظهرت نظرية الظّروف الطّارئة التي أخذ الفقهاء يلتمسون لها سندا من المبادئ العامّة في القانون لعدم وجود نصّا عامّا يُعين على تطبيقها[1].

و في ظلّ غياب نصّ قانوني يحكم كيفية تطبيق نظرية الظّروف الطّارئة كان للقضاء دور أساسي في إنشائها، فعُرفت بالنّظرية القضائية، ذلك ما سنتناوله بالدّراسة في الفرع الثّاني من هذا المطلب.

الفرع الثّاني: تعريف نظرية الظّروف الطّارئة

تعدّدت تعريفات النّظرية بين اللّغة و الفقه والقضاء، ذلك ما سنعرضه في البنود الآتية:

البند الأوّل: التّعريف اللّغوي

الظّروف في اللّغة، جمع مفرده ظرف و معناه دائر على وعاء الشّيء[2]، أمّا الطّارئ لغة؛ هي اسم الفاعل من طرأ، و معناه جاء فجأة و من بعيد، و الطّارئ هو الغريب خلاف الأصلي، و الطّارئة جمع طوارئ و طارئات بمعنى الدّاهية[3].

و منه فالظّروف الطّارئة لغةً هي جميع الأحوال الغريبة التي تطرأ فجأة و لا يُدرى من أين جاءت.

البند الثّاني: التّعريف الفقهي

عرّف الأستاذ **Delaubadère** نظرية الظّروف الطّارئة على النّحو الآتي: << عندما تطرأ ظروف مستقلّة عن إرادة المتعاقد، غير متوقّعة عند إبرام العقد الإداري، و يكون من شأنها قلب اقتصادياته دون أن تجعل تنفيذه مستحيلا، و تؤدّي إلى خسارة للمتعاقد، لهذا الأخير، مع بقائه ملزما بالاستمرار في تنفيذ التزاماته، الحق في مساعدة الإدارة، لتخطّي الصّعوبة المستحدثة، بتحمّلها جزءا من الخسارة المترتّبة عن تلك الظّروف >>[4].

---

(1)– المرجع نفسه ، ص 15.

(2) – أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللّغة، دار الفكر للطّباعة و النّشر و التوزيع ، د.ب، 1979 ص 644.

(3) – مجمّع اللّغة العربية، المعجم الوسيط، الطّبعة الرّابعة، مكتبة الشّروق الدّولية، د.ب، 2014، ص 555.

(4) – André Delaubadère, Frank Moderne et Pierre Delvolvé, T.C.A.T$_{II}$, op.cit, p 560.: **حيث يذكر**

كما عرّفها الأستاذ **J.L.Delvolvé** [1] بأنّها:<< وضعية تتميّز بحدوث ظروف استثنائية غير متوقّعة و مستقلّة عن الطّرفين من شأنها، قلب اقتصاديات العقد، أين تجعل من المدين الملتزم، في غير استحالة من تنفيذ الالتزام، لكن لا يُمكنه التّنفيذ دون التّعرّض للإفلاس، وفي كلّ الأحوال إلى ضرر معتبر>>.

و لقد تعدّدت، في الفقه العربي، تعاريف نظرية الظّروف الطّارئة؛ حيث عرّفها البعض[2] بأنّها:<<مداهمة، تنفيذ العقد الإداري، ظروف استثنائية خارجة عن إرادة الطّرفين و غير متوقّعة عند الإبرام، فتُحدث اضطرابا خطيرا في اقتصاديات العقد، فتقلب رأسا على عقب توازنه المالي، لكن دون أن تجعل تنفيذه مستحيلا، هذه الظّروف من شأنها أن تُلحق بالمتعامل المتعاقد خسائر فادحة لا بُدّ أن تُلقي ظلالها على طريقة تنفيذه للعقد >> .

كما عرّفها البعض الآخر[3] على النّحو الآتي:<< أنّه إذا حدث أثناء تنفيذ العقد الإداري أن طرأت ظروف و أحداث لم تكن متوقّعة عند إبرام العقد فقلبت اقتصادياته، و إذا كان من شأن هذه الظّروف أو الأحداث أنّها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلا بل أثقل عبئا و أكثر كلفة ممّا قدّره المتعاقدان التّقدير المعقول،...فإنّ من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطّرف الآخر مشاركته في الخسارة...>> .

<< Lorsque des circonstances indépendantes de la volonté du cocontractant et imprévisibles lors de la conclusion du contrat administratif viennent en bouleverser l'économie sans pour autant rendre impossible son exécution et entraînent un déficit pour le cocontractant, celui-ci, tout en demeurant strictement tenu de poursuivre l'exécution de ses obligations, a droit à l'aide de l'administration pour surmonter la difficulté survenue en prenant en charge une partie du déficit provoqué par ces circonstances >>.(ترجمة حرّة في المتن)

(1) – Jean-Louis Delvolvé, l'imprévision dans les contrats internationaux, Droit international privé : Travaux du comité français de droit international privé, 9ème année, 1988-1990,1991 p 150 .

Fichier pdf généré le 31/03/2018.voir site : https://www.persée.fr /doc/tcfdi. Consulté le 19 Nov.2019 à 15h00mn.

حيث يقول الفقيه:

<< une situation caractérisée par la survenance de circonstances exceptionnelles, imprévisibles et extérieures aux parties, ayant sur l'équilibre du contrat un effet de bouleversement, tel que le débiteur de l'obligation, sans être dans l'impossibilité d'exécuter celle-ci, ne pourrait faire sans s'exposer lui-même à la ruine, en tous cas à un préjudice considérable>>.

(ترجمة حرّة في المتن)

(2) – د. مصطفى أبو زيد فهمي، الوسيط في القانون الإداري، المرجع السّابق، ص 324.

(3) – د. سليمان الطّماوي، المرجع السّابق، ص 666.

فالنّظرية تقوم إذا على اضطراب للصّفقة مصدره سبب أجنبيّ خارج عن إرادة الأطراف و يُنتج الحق في جبرٍ جزئيّ للضّرر أساسه الحاجة في الحفاظ على السّير المنتظم للمرفق العامّ[1].

و السّبب الأجنبي عادة ما يتمثّل في مخاطر اقتصادية تحدث فجأة عند تنفيذ الصّفقة في شكل أزمات اقتصادية، حروب، زلزال أو قرار بتخفيض قيمة العملة...الخ [2].

البند الثّالث: التّعريف القضائي

عرّفت المحكمة الإدارية العليا في مصر نظرية الظّروف الطّارئة بقولها:<< إنّ تطبيق نظرية الظّروف الطّارئة تستلزم أن تطرأ خلال مدّة 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 إبرام العقد و لا يملك لها دفعا و من شأنها أن تُنزل به خسائر فادحة تختلّ معها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما فإذا ما توافرت هذه الشّروط مجتمعة التزمت جهة الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في تحمّل نصيبا من خسائره، ضمانا لتنفيذ العقد على الوجه الذي يكفل حسن تنفيذ المرافق العامّة بانتظام و اضطراد...>> [3].

و إن كانت جذور النّظرية قديمة[4]، إلاّ أنّها قد ولدت بقرار من القرارات الهامّة ذات المبادئ، و هو قرار مجلس الدّولة الفرنسي في قضية Cie générale d'éclairage de Bordeaux [5] ، و نظرا لأهمّيته سنوجز أهمّ ما جاء في هذه القضية:

---

(1) – Manuel Gros, op.cit, p 179.

Voir également :

- Michel Rousset et Olivier Rousset, op.cit, p 194.

(2) – أ.د. محمّد الصّغير بعلي، العقود الإدارية، المرجع السّابق، ص 92.

(3) – المحكمة الإدارية العليا، الطّعن رقم 546 و 108 لسنة 35 جلسة 1993/04/04 المجموعة ص، ذكره د. نصري منصور نابلسي، المرجع السّابق، ص 738.

(4) – انظر ص 115 من هذه الرّسالة.

(5) – C.E 30 Mars 1916, C^{ie} générale d'éclairage de Bordeaux, Rec.125, Concl. Chardenet G.A.J.A, op.cit, n° 31, p 189.

تتلخّص وقائع القضية؛ أنّه في عام 1904 حصلت الشّركة العامّة للإنارة Bordeaux على عقد امتياز توريد الغاز و الكهرباء لمدينة Bordeaux لمدّة 30 سنة. و قد حدّد دفتر الشّروط سعر الغاز و الكهرباء الواجب على الشّركة البيع به، و روعي في تحديد هذا السّعر ثمن الفحم في ذلك الوقت.

حيث أنّه المادة الأساسية لصنع الغاز و استخراجه، وقد حُدّد سعر توزيع الغاز في عقد الامتياز بمبلغ 0.18 سنتيما للمتر المكعّب على أساس أنّ متوسّط سعر الفحم عند التّعاقد هو 23 فرنكا للطّن.

و كان أقصى تغيّر لسعر الكهرباء و الغاز تبعا لتغيّر أسعار الفحم– قد توقّعه الطّرفان، الملتزم و مانح الالتزام، عند الإبرام– هو ارتفاع ثمن طنّ الفحم من 23 فرنك إلى 28 فرنك، بناءً على أنّ أقصى سعر وصله الفحم قبل ذلك هو 28.4 فرنك، و كان ذلك إبّان الحرب بين فرنسا و بروسيا في عام 1874.

إلاّ أنّه عند اندلاع الحرب العالمية الأولى، ارتفعت الأسعار ارتفاعا فاحشا و وصل سعر الطّن من الفحم إلى 117 فرنك.

إزاء هذه الظّروف، أضحى من العسير على الشّركة أن تورّد الكهرباء و الغاز بالسّعر المحدّد في دفتر الشّروط، بل و أصبحت مهدّدة بخسارة فادحة قد تحول دون الاستمرار في تقديم خدماتها لجمهور المرتفقين.

لذا طلبت الشّركة الملتزمة من البلدية مانحة الالتزام إعادة النّظر في دفتر الشّروط و السّماح لها برفع الأسعار بما يتماشى و الارتفاع غير المتوقّع لسعر الفحم؛ إلاّ أنّ البلدية رفضت طلب الشّركة، و تمسّكت بالقوّة الملزمة للعقد استنادا إلى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، طالما أنّ تنفيذ الالتزام لم يُصبح مستحيلا.

رُفع الأمر إلى مجلس محافظة (Conseil de préfecture de la Gironde) و الذي تمسّك بدوره بالعقد شريعة المتعاقدين، و قضى باستمرار الشّركة الملتزمة في تنفيذ الالتزام طبقا لما جاء في دفتر الشّروط.

و لمّا عُرض النّزاع على مجلس الدّولة الفرنسي أقرّ هذا الأخير مبدأً جديدا مفاده؛ أنّه إذا طرأت ظروف جديدة لم يكن في الإمكان توقّعها، و كان من شأنها أن تؤدّي إلى اختلال اقتصاديات العقد اختلالا

جسيما، فإنّ هناك ما يُبرّر أن تساهم جهة الإدارة و لو مؤقّتا في تحمّل جزءًا من الخسارة التي تلحق بالمتعاقد من جرّاء هذا الارتفاع[1].

حيث قضى بأنّه:

<< ... لهذا السّبب، من الأنسب التّقرير، من جهة، بأنّه من واجب الشّركة الملتزمة ضمان سير المرفق العامّ المتعاقد بشأنه، و من جهة أخرى، فيجب عليها أن تتحمّل– طيلة هذه الفترة الانتقالية– قسطا فقط من النّتائج المكلفة لوضعية القوّة القاهرة التي يضعها على عاتقها التّفسير المنطقي للعقد.

و إنّه نتيجة لذلك، و بإلغاء القرار المطعون ضدّه، يُحال الطّرفين أمام مجلس المحافظة الذي له، إذا لم يتّفق الطّرفان حول الشّروط الخاصّة التي في ظلّها يمكن للشّركة الاستمرار في الخدمة، أن يُحدّد، مع مراعاة كلّ الظّروف الواقعة، مبلغ التّعويض الذي تستحقّه الشّركة بسبب الظّروف غير التّعاقدية التي تضمن في ظلّها أداء المرفق خلال تلك الفترة...>>[2].

و من ثمّ يمكن تعريف نظرية الظّروف الطّارئة بأنّها:<< وضعية غير تعاقدية ناشئة عن ظروف استثنائية غير متوقّعة عند الإبـرام، و مستقلّة عن إرادة الطّـرفين؛ تؤدّي إلـى قلب اقتصاديات الصّفقة، إذ تُلحق بالمتعامل المتعاقد ضررا جسيما جرّاء استمراره في تنفيذ بنود العقد، دون أن تجعل من هذا التّنفيذ أمرا مستحيلا، ممّا يستوجب تعويضه بتحمّل الإدارة المتعاقدة معه جزءًا من الخسارة >>.

---

(1) – لأكثر تفصيل راجع بالفرنسية قرار مجلس الدّولة الفرنسي في قضية الشّركة العامّة للإنارة لمدينة Bordeaux الصّادر بتاريخ 30 مارس 1916 السّالف ذكره.

(2) – C.E 30 Mars 1916, C^ie générale d'éclairage de Bordeaux, arrêt précité.

لأكثر فائدة نوجز ما جاء فيه باللّغة الفرنسية:

<< …Qu'à cet effet, il convient de décider, d'une part, que la compagnie est tenue d'assurer le service concédé et, d'autre part, qu'elle doit supporter seulement, au cours de cette période transitoire, la part des conséquences onéreuses de la situation de la force majeure ci-dessus rappelée, que l'interprétation raisonnable du contrat permet de laisser à sa charge.

Qu'il y a lieu, en conséquence, en annulant l'arrêt attaqué, 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 tenant compte de tous les faits de la cause, le montant de l'indemnité à laquelle la compagnie a droit à raison des circonstances extracontractuelles dans lesquelles elle aura à assurer le service pendant la période envisagée...>>.

و يرى جانب من الفقه الإداري في فرنسا[1] بأنّ غاية نظرية الظّروف الطارئة لا تهدف إلى حماية مصالح المتعاقد بل المصلحة العامّة.

و هو الرّأي الذي نؤيّده من خلال عرضنا لخصائص النّظرية في المطلب الثّالث أدناه.

المطلب الثّالث: خصائص نظرية الظّروف الطّارئة

من خلال استقراء تفاصيل القرار المبدئي الشّهير في قضية الإنارة Bordeaux[2] و الذي يعتبر دستور نظرية الظّروف الطّارئة، يتبيّن بأنّ مجلس الدّولة الفرنسي قد بنا قراره على جملة من الأفكار تتصدّرها ضرورة استمرارية المرفق العامّ (الفرع الأوّل) و كيفية معالجة وضعية غير تعاقدية (الفرع الثّاني) ثمّ ضرورة المحافظة على التّوازن المالي للعقد (الفرع الثّالث) فارتباط النّظرية بالعقد الإداري (الفرع الرّابع).

الفرع الأوّل: ضرورة استمرارية المرفق العامّ

إن احتياجات المرفق العامّ، و بالأخصّ مبدأ استمرارية المرفق العامّ، الذي يستوجب سير المرفق العامّ بانتظام و اضطراد، يلعب دورا جوهريا في آلية و تفسير نظرية الظّروف الطّارئة، فالهدف الأساسي للنظرية هو ضمان استمرارية سير المرفق العامّ[3].

و هو ما ذهب إليه مجلس الدّولة الفرنسي عندما قضى: <<...بأنّه يتوجّب على الشّركة ضمان سير المرفق محلّ الالتزام...>>[4]، و ما أكّده من بعد في العديد من قراراته من ذلك : << أنّ الشّركة الطّاعنة لا

---

(1) – Manuel Gros, op.cit, p 179.

حيث يذكر الفقيه بأنّ:

<< la finalité de la théorie (théorie de l'imprévision) ne consiste pas à protéger les intérêts du cocontractant mais l'intérêt général>>.

(2) - C.E 30 Mars 1916, C^ie générale d'éclairage de Bordeaux, arrêt précité.

(3) – André Delaubadère, Frank Moderne et Pierre Delvolvé, T.C.A.T$_{II}$, op.cit, p 562.

<< Les besoins du service public, en particulier le principe de la continuité du service public joue un rôle capital dans le mécanisme et l'explication de la théorie de l'imprévision. Le but essentiel de la théorie est d'assurer la continuité de fonctionnement du service public…>>.

انظر في المعنى نفسه: – د. سعاد الشرقاوي، المرجع السّابق،ص 512.

– د. محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السّابق، ص 130.

(4) - C.E 30 Mars 1916, C^ie générale d'éclairage de Bordeaux, arrêt précité.

<< …Que la compagnie est tenue d'assurer le service concédé…>>.

تستطيع في أيّ حال من الأحوال التّمسّك بنظرية الظّروف الطّارئة، ما دام الهدف الوحيد للنّظرية هو ضمان استمرارية المرفق العامّ، و بالتّالي فهي لا تُطبّق على صفقة تمّ فسخها...>>[1].

إلاّ أنّ مجلس الدّولة الفرنسي في سياق التّعديلات التي أدخلها على النّظرية قد استحدث مبدأ جديدا.

و كان ذلك سنة 1976، عند عدوله عن مبدأ الاستمرارية و سمح بإمكانية منح التّعويض عن الظّروف الطّارئة بالرّغم من انقضاء العقد، سواء بسبب الفسخ أو بسبب النّهاية الطّبيعية للعقد، شرط أن يكون طلب التّعويض سابقا لنهاية العقد[2]. و بهذا العدول يرى الأستاذ **Delaubadère** بأنّ فكرة استمرارية المرفق العامّ، و إن كانت المهيمنة في نظرية الظّروف الطّارئة ، إلاّ أنّها ليست حصرية[3].

الفرع الثّاني:كيفية معالجة وضعية غير تعاقدية

يبقى المصطلح البارز في القرار المبدئي لمجلس الدّولة الفرنسي في قضية الإنارة Bordeaux السّالف ذكره هو غير التعاقدي أو خارج حدود العقد extracontractuel حيث تردّد في العديد من الصور، منها أعباء غير تعاقدية charge extracontractuelle فترة غير تعاقدية période extracontractuelle وضعية غير تعاقدية situation extracontractuelle.

فالمسألة في مجملها لا تثير أزمة في هذا المجال بقدر ما يتعلّق الأمر بوضع غير طبيعي و استثنائي يتطلّب خروج الوضع عن قواعد العقد و يجب عند زوال الطّارئ العودة إلى منطقة العقد[4].

---

(1) – C.E 28 Nov. 1952, S^{té} coopérative des ouvriers du bâtiment, Rec.542.

في المعنى نفسه:

- C.E du 22 Fév. 1980, req.n° 11939, S.A des sabliers modernes d'Aressy, Concl. Latournerie Rec.109.Consulté sur site : *https://www.légifrance.gouv.fr* le 05 Fév.2020 à 10h00mn.

حيث جاء في قضاء المجلس:

<< La société requérante ne peut, en tout état de cause, invoquer la théorie de l'imprévision, laquelle a seulement pour objet de permettre d'assurer la continuité du service public et pour suite n'est pas applicable à un marché résilié… >>.

(2) – C.E 12 Mars 1976, req. n° 91471, Société Sofilia, Concl. Labetoulle, Rec.155.

(3) – André Delaubadère, Frank Moderne et Pierre Delvolvé, T.C.A.T$_{II}$, op.cit, p 563.

<< Tout cela montre que l'idée de continuité du service public, si elle est dominante dans la théorie de l'imprévision, n'y est pas exclusive >> .

(4) – د. محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السّابق، ص 130.

ذلك ما يُستنبط من إحدى حيثيات قرار الإنارة Bordeaux حيث جاء فيها:<< حيث أنّه تبعا لاحتلال العدو لأكبر جزء من المناطق المنتجة للفحم في القارّة الأوروبية...و الصّعوبات المتزايدة للنّقل البحري بسبب تسخير البواخر من جهة، و طبيعة ومدّة الحرب البحرية من جهة أخرى، و الارتفاع الحاصل، إبّان الحرب الحالية، في سعر الفحم...وصل إلى درجة ليس الطّابع الاستثنائي فحسب...>>(1).

و عليه فإنّ قضاة مجلس الدّولة الفرنسي قد أسّسوا قرارهم- الذي يُعتبر دستور نظرية الظّروف الطّارئة- على عدّة اعتبارات تُمثّل كلّها أوضاعا استثنائية؛ فالاحتلال، و حالة الحرب، وتسخير البواخر و صعوبات النّقل البحري كلّها أوضاع غير تعاقدية لم تكن متوقّعة عند إبرام العقد ممّا استوجب إيجاد مخرج لهذه الوضعية غير التّعاقدية، و كان الحلّ في ابتكار نظرية الظّروف الطّارئة.

الفرع الثّالث: الحفاظ على التّوازن المالي للعقد

إنّ قلب اقتصاديات العقد يشمل عنصرين؛ الأوّل هو تجاوز السّعر- الحدّ (Le prix-limite) الذي أمكن للطّرفين توقّعه فيما يتعلّق بتطوّر الأثمان، أمّا العنصر الثّاني يكمن في وجوب أن يكون في تنفيذ العقد خسارة كبيرة حقيقيّة، و ليس عدم تحقيق ربحٍ بسيطٍ.

و هو ما ذهب إليه مجلس الدّولة الفرنسي في قراره الشّهير حيث قضى: << تبعا لمساهمة الظّروف المشار إليها أعلاه، فاقتصاديات العقد أضحت مختلّة فعلا...>>(2). ثمّ أكّده بعد ذلك في قراره الصّادر في قضية Société routière Colas حيث قرّر قضاة المجلس بأنّ: << الزّيادات المختلفة للأعباء الاجتماعية... و التي تمثّل عبء إضافي بنسبة 2% من المبلغ النّهائي للصّفقة لا يمكن اعتباره وكأنّه السّبب في قلب التّوازن المالي للصّفقة>>(3).

---

(1) - C.E 30 Mars 1916, C^{ie} générale d'éclairage de Bordeaux, arrêt précité.
<< Cons. Que par suite de l'occupation par l'ennemi de la plus grande partie de la région productrice de charbon dans l'Europe continentale…de la difficulté de plus en plus considérable des transports par mer à raison tant de la réquisition des navires que du caractère et de la durée de la guerre maritime, la hausse survenue durant la guerre actuelle dans le prix du charbon…s'est trouvée atteindre une proportion telle que non seulement elle a un caractère exceptionnel…>>.
(2) - C.E 30 Mars 1916, C^{ie} générale d'éclairage de Bordeaux, arrêt précité.
<< Que par suite du concours des circonstances ci-dessus indiquées, l'économie du contrat se trouve absolument bouleversée>>.
(3) – C.E 02 Juil. 1982, S^{té} routière Colas, Rec.261, G.A.J.A, op.cit, p 194.

و الحلّ الذي جاءت به نظرية الظّروف الطّارئة– في تقدير الأستاذ **Delaubadère**– لأزمة العقد يكمن في معادلة متميّزة، مختلفة عن تلك الموجودة في نظرية فعل الأمير و نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقعة، إذ الأخيرتين عبارة عن معادلة لجبر الضّرر، في حين تُهيمن على نظرية الظّروف الطّارئة فكرة التّعاون بين الطّرفين، الإدارة المتعاقدة و المتعاقد معها، لإيجاد حلّ لأزمة العقد من خلال تقاسم الخسارة الكبيرة التي رتّبتها تلك الظّروف الطّارئة[1].

و يبقى في تقديرنا مفهوم الخسارة الكبيرة سلطة بريتورية تُقدّر بالنّظر إلى مجموع ظروف الحال.

الفرع الرّابع: ارتباط النّظرية بالقانون الإداري

كانت نظرية الظّروف الطّارئة في فرنسا نظرية قضائية خاصّة بالقانون العامّ؛ بمعنى أنّ مجال تطبيقها كان محصورا في نطاق العقود الإدارية بالمعنى الفنّي، أمّا القانون المدني الفرنسي فلم يأخذ بالنّظرية إلاّ حديثا[2].

و من ثمّ فنظرية الظّروف الطّارئة لم تعد تطبّق على العقود الإدارية فحسب بل أصبحت تشمل العقود التي تحكمها قواعد القانون الخاصّ[3].

<< …Ainsi l'augmentation de diverses charges sociales…représentant une charge supplémentaire de l'ordre de 2% du montant définitif d'un marché ne saurait être regardée comme ayant entrainé un bouleversement de l'équilibre financier du marché >> .

(1) – André Delaubadère, Frank Moderne et Pierre Delvolvé, T.C.A.T II, op.cit, p 563.

(2) - حيث لم يأخذ المشرّع الفرنسي بنظرية الظّروف الطّارئة إلاّ بتاريخ 01 أكتوبر 2016، لأكثر تفصيل راجع المواد 1103 و 1195 من القانون المدني الفرنسي الجديد.

(3) – أمّا المشرّع الجزائري فقد كان من السّباقين للأخذ بنظرية الظّروف الطّارئة وذلك بموجب المادّة 106 من الأمر 75–58 المتضمّن القانون المدني السّالف ذكره، و التي تنصّ:

<< يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه بحسن نيّة.

و لا يقتصر العقد على ما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا…

غير أنّه إذا طرأت **حوادث استثنائية عـامّة لم يكن في الوسع توقّعها و ترتّب علـى حدوثها أنّ تنفيذ الالتزام التّعـاقدي و إن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين** بحيث يهدّده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظّروف و بعد مراعاة لمصلحة الطّرفين أن يَرُدَّ الالتزام المرهق إلى الحدّ المعقول، ويقع باطلا الاتّفاق على خلاف ذلك>>.

و ما عدم تطبيقها في بدايتها على عقود الشّريعة العامّة للإدارة مرجعه أنّ صاحب الاختصاص للفصل في نزاعاتها هو القضاء العدلي الذي كان يرفض تبنّي النّظرية استنادا لاعتبارات القوّة الملزمة للعقد التي تفرض على الطّرفين التّنفيذ الصّارم لالتزاماتهما العقدية.

فإذا كان عقد التزام المرافق العامّة هو المجال الخصب لتطبيق النّظرية، هذا لا يعني عدم تطبيقها على بقيّة العقود الإدارية؛ مثل صفقات النّقل[1]، الأشغال العمومية[2]، عقود التّوريد[3]، و إن كانت لا تطبّق على الصّفقات ذات الآجال القصيرة[4].

و بذلك يكون مجال تطبيق نظرية الظّروف الطّارئة في فرنسا– حسب الفقه التّقليدي–[5] قد شمل جميع العقود الإدارية دون العقود المدنيّة، سواء أكانت هذه الأخيرة مبرمة فيما بين الأفراد أو بينهم وبين الإدارة.

عطفا على ما سبق، يتّضح من خلال قرارات القضاء الإداري في فرنسا استبعاد عقود الشّريعة العامّة للإدارة من مجال تطبيق نظرية الظّروف الطّارئة لعدم الاختصاص، و حصر تطبيقها على العقود الإدارية؛ إلاّ أنّ بعض الأنواع من العقود الإدارية– العقود غـــير المتعلّقة بنشـــاط صنـــاعي أو تجـاري و العقود الفورية– تبقى محلّ جدل فقهي حول إمكانية تطبيق نظرية الظّروف الطّارئة بشأنها أم لا ؟

حيث يرى الأستاذ **Delaubadère** استبعاد العقود غير المتعلّقة بنشاط صناعي أو تجاري من مجال تطبيق نظرية الظّروف الطّارئة؛ لأنّ تلك العقود لا تنسجم مع ما يتطلّبه القضاء من شروط محدّدة لتطبيق النّظرية.

---

(1) – C.E 20 Juil.1917, req. n°60867, C[ie] générale des automobiles postales, Concl. Corneille Rec.586.
(2) – C.E 30 Oct. 1925, req. n° 70003, Mas-Gayet, Concl. Ripert, Rec.836.
(3) – C.E 08 Fév. 1918, req. n°61648, S[té] d'éclairage de Poissy, Concl. Corneille, Rec. 122.
(4) – C.E 03 Déc. 1920, req. n° 66449 et 67298, Fromassol, Concl. Corneille , Rec.1036.
Les arrêts suscités ont été consultés sur site : *https://www.gallica.bnf.fr* le 20 Novembre 2019 à 09h00mn.

(5) – د. محمّد السّناري، الضّوابط القانونية لتطبيق نظرية الظّروف الطّارئة في مجال العقود، دار النّهضة العربية، د.ت ص 36. يبقى هذا الرّأي صحيحا إلى غاية تبنّي المشّرع المدني الفرنسي نظرية الظّروف الطّارئة سنة 2016م.

فعدم التّوقع يفترض خسارة المتعامل المتعاقد، و هذه الخسارة تُقدّر بالموازنة بين الإيرادات و النّفقات المتعلقة بالنّشاط محلّ العقد، و من ثمّ لا محلّ لعدم التّوقّع إلاّ إذا كان موضوع العقد يُشكّل على نحو ما، نشاطا ذو طابع صناعي أو تجاري[1].

إلاّ أنّ هناك رأي من الفقه[2] من يخالف ما ذهب إليه الفقيه **Delaubadère** حيث يرى أصحابه بأنّه ليس من اللاّزم أن يكون موضوع العقد متّصلا بنشاط ذي طابع صناعي أو تجاري لكي تُطبّق نظرية الظّروف الطّارئة؛ فهذه الحجّة يمكن دحضها استنادا إلى أنّ كلّ نشاط إنساني يمكن أن يُقدّر بالمال و أنّه يمكن في هذه الحالة إجراء موازنة بين القيمة السّارية و القيمة المشترطة في العقد.

و ما قيل عن العقود غير المتعلّقة بنشاط صناعي أو تجاري قيل كذلك عن العقود الفورية، فإن كان الرّاجح عند الفقه الإداري هو تطبيق نظرية الظّروف الطّارئة على جميع العقود الإدارية إلاّ أن الفقيه **Waline**[3] قصّر تطبيق النّظرية على العقود المستمرّة أو المتراخية دون العقود الفورية.

و بذلك يكون الفقيه **Waline** قد حصر تطبيق النّظرية على العقود التي تقتضي طبيعتها أن يتّم تنفيذها على مراحل زمنيّة متعاقبة مثل عقود التّوريد، عقود الأشغال العمومية و عقود التزام المرافق العامّة، و من ثمّ يكون قد استبعد تلك العقود التي تقتضي طبيعتها التّنفيذ الفوري للالتزام كعقد البيع مثلا.

و بالرّجوع إلى المادّة 29 من المرسوم الرّئاسي 247/15 [4] التي حدّدت العمليات التي تشملها الصّفقات العمومية، نلاحظ بأنّ تنفيذ تلك العمليات يحتاج إلى مدّة زمنية، و من ثمّ فالصّفقة العمومية من

---

(1) - André Delaubadère, Frank Moderne et Pierre Delvolvé, T.C.A.TII, op.cit, p 572.

حيث يذكر الفقيه:

<< L'imprévision suppose un déficit du cocontractant, ce déficit s'apprécie par une balance entre des recettes et des dépenses relatives à l'activité qui fait l'objet du contrat, il en résulte qu'il ne peut y avoir d'imprévision que lorsque l'objet du contrat consiste en une activité de caractère industriel ou commercial>>.(ترجمة حرّة في المتن)

(2) **– حول أصحاب هذا الرّأي راجع:**

– د. محمّد السّناري، المرجع السّابق، ص 38.

(3) – Marcel Waline, op.cit, p 623.

(4)– حيث تنص: << تشمل الصّفقات العمومية إحدى العمليات الآتية أو أكثر:

– إنجاز الأشغال،

– اقتناء اللّوازم،

– إنجاز الدّراسات، تقديم الخدمات>>.

العقود المتراخية و عليه فإنّه لا مجال لإثارة الجدل حول إمكانية تطبيق نظرية الظّروف الطّارئة بشأنها حيت يكفي لتطبيق النّظرية بهذا الصّدد أن تكون الصّفقة العمومية مشتملة على الشروط التي تميّزها كعقد إداري[1].

من خلال عرضنا لخصائص نظرية الظّروف الطّارئة ما يشدّ الانتباه في دستور النّظرية المتمثّل في القرار المبدئي الشّهير المؤرّخ في 30 مارس 1916 في قضية غاز Bordeaux أنّ قضاة مجلس الدّولة الفرنسي قد بنوا حكمهم على فكرتين:

الأولى أساسية موضوعية؛ تتعلّق بضرورة استمرار المرفق العام،أمّا الثّانية فهي تبعية شخصية؛ تتمثّل في ضرورة المحافظة على التّوازن المالي للعقد من خلال مساعدة الإدارة المتعاقدة للمتعامل المتعاقد معها فلولا الفكرة الأساسية الموضوعية لما تبعتها الفكرة الشّخصية.

هذا عن خصائص النّظرية فأين تجد أساسها؟

المبحث الثّاني: أساس نظرية الظّروف الطّارئة

لقد اختلف الفقه حول الأساس القانوني لحقّ التّعويض في نظرية الظّروف الطّارئة، حيث يرى البعض أنّ أساس هذا الحقّ يكمن في النّية المشتركة لأطراف العقد (المطلب الأوّل)، بينما يرى البعض الآخر أنّه ينحصر في فكرة العدالة(المطلب الثّاني)، و يرجعه فريق ثالث إلى القانون و التّنظيم (المطلب الثّالث) في حين يرجّح فريق آخر من الفقه مبدأ استمرارية المرفق العامّ كأساس لهذا الحقّ (المطلب الرّابع) و أخيرا يرى بعض الفقهاء أنّ أساس حق التّعويض في نظرية الظّروف الطّارئة قوامه فكرة التّوازن المـــالي للعقد (المطلب الخامس). ذلك ما سنحاول تفصيله تباعا:

المطلب الأوّل: النّية المشتركة للمتعاقدين

يرى بعض الفقه أنّ حق التّعويض في نظرية الظّروف الطّارئة إنّما يرجع إلى ما انصرفت إليه نيّة المتعاقدين ضمنيا أثناء إبرام العقد، فالنّية المشتركة لأطراف العقد هي أساس حق التّعويض في نظرية الظّروف الطّارئة[1].

(1)– حول الموضوع راجع المطلب الأوّل من المبحث الثّالث من الفصل الأوّل من هذا الباب.

كما حاول اتّجاه فقهي [2]– من أنصار فكرة التّوازن المالي للعقد– التّقريب بينها و بين فكرة النّية المشتركة للمتعاقدين، علّة ذلك أنّ الاجتهاد القضائي يتمسّك بالمحافظة على التّوازن المالي للعقد لأنّ ذلك ما انصرفت إليه نيّة المتعاقدين.

تقدير هذا الاتّجاه:

لم يسلم هذا الاتّجاه من نقد الفقهاء له، حيث تركّز نقدهم حول نقطة محورية مؤدّاها: أنّه إذا كانت نظرية المخاطر الاقتصادية تُؤسّس حقا على فكرة النّية المشتركة للمتعاقدين، فإنّ هذه النّية يمكن أن تنصرف إلى استبعاد تطبيق تلك النّظرية صراحة أو ضمنا، إلاّ أنّ تلك النّظرية تُطبّق على الرّغم من وجود شرط بالتّنازل عن تطبيقها، حيث أنّ الأحكام المتعلّقة بتلك النّظرية من النّظام العامّ لا يجوز الاتّفاق على مخالفتها[3].

كما يرى جانب آخر من الفقه بأنّ هذا الأساس تعسّفي في معظم الحالات، و لا يصلح دائما لتبرير القواعد البريتورية التي يختلقها القضاء الإداري و لو استتر خلف حيلة التّفسير[4]، و هو أساس خالٍ من

---

(1) – Roger Bonnard, Précis de droit administratif, 3ème éd., L.G.D.J, Paris, 1940, p 744.

و من أنصار هذا الاتّجاه:

- Georges Péquignot, Contribution à la théorie générale des contrats administratifs, Thèse Montpellier, 1940, p 517.

و لقد استدلّ أصحاب هذا الاتّجاه بما جاء في تقرير مفوّض الحكومة في قضية الإنارة Bordeaux إذ جاء فيه :

Concl. Chardenet sous C.E, Cie générale d'éclairage de Bordeaux, précité :

<< Vous avez appliqué très largement le principe que les contrats doivent être exécutés **de bonne foi et conformément à l'intention que les parties**, en présence, avaient pu avoir au moment où elles contractaient. Et de vos nombreuses décisions on a déduit toute une doctrine que l'on a appelée la théorie de l'imprévision >>.

(2) – Jean De Soto, "Imprévision et économie dirigée", J.C.P 1950, n° 817, éd. G.I.

حيث يقول الفقيه:

<< En réalité la jurisprudence s'attache à maintenir l'équilibre financier parce qu'il a été voulu par les parties >>.

(3) **– حول الموضوع راجع:**

– د. محمّد السّناري، المرجع السّابق، ص 24.

– د. محمود حلمي، المرجع السّابق، ص 130.

(4) – د. سليمان الطّماوي، المرجع السّابق، ص 696.

يشاطره الرّأي:

– علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص505.

كل قاعدة علمية؛ فالحديث عن النّية المشتركة لمحاولة تأسيس نظرية الظّروف الطّارئة هو دليل قطعي عن نوع من الاضطراب الفقهي[1].

فضلا على أنّه لا يجوز الاتّفاق الصّريح على استبعاد تطبيق النّظرية باعتبار الأحكام المتعلّقة بها من النّظام العامّ، انتقدت هذه الفكرة كذلك لكونها تقوم على أساس الافتراض، و هو أمر لا يمكن أن يعتمد كأساس للقواعد القانونية الإدارية، فكيف يسوغ القول باستبعاد شرط مُتّفق عليه صراحة و اللّجوء إلى نيّة مفترضة غير مؤكّدة[2].

و في تقديرنا فإنّ النّية المشتركة للمتعاقدين لا تصلح كأساس لحق التّعويض عن نظرية المخاطر الاقتصادية؛ لأنّ البحث عن الإرادة المشتركة لطرفي العقد يتطلّب من القاضي الرّجوع إلى تاريخ إبرام الصّفقة لكي يتعرّف على هذه النّية المشتركة و قد يكون ذلك التّاريخ بعيدا و قد يكون الزّمن قد أتى على بعض معالمها، و هو ما لا يسمح للقاضي التّحديد الدّقيق لما اتّجهت إليه إرادة المتعاقدين وقت الإبرام.

المطلب الثّاني: القانون و التّنظيم

يرى الأستاذ **محمّد الصّغير بعلي**[3] بأنّ نظرية الظروف الطّارئة تجد لها أساسين: الأوّل أساس مدني يتمثّل في المادة 107 من القانون المدني، و الثّاني أساس تنظيمي يتمثّل في المادة 102 من المرسوم الرّئاسي 250/02 و يوافقه في الأساس الثّاني الأستاذ **عمّار بوضياف**[4].

تقدير هذا الرّأي:

---

(1) – Émilie Labrot, L'imprévision étude comparée droit public droit privé des contrats, édition L'Harmattan, Paris, 2016, p 95.

إذ جاء فيه:

<< La volonté des parties un fondement dénué de toute assise scientifique. Évoquer la volonté des parties pour tenter de fonder la théorie de l'imprévision est la preuve irréfutable d'un certain (désordre doctrinale) >>.

(2) – د. علي بن عبد الكريم أحمد السّويلم، المرجع السّابق، ص 89.

(3) – أ. د. بعلي محمّد الصّغير، العقود الإدارية، المرجع السّابق، ص 93.

(4) – أ. د. عمّار بوضياف، الصّفقات العمومية في الجزائر، المرجع السّابق، ص 173.

ألا يهدّد القول بالأساس المدني استقلالية القانون الإداري؟ فلطالما انتقد الفقه الإداري في الجزائر التّأسيس المدني لقرارات مجلس الدّولة الجزائري، معيبين عليه الذّهنية المدنية Esprit civiliste؛ و من ثمّ لا تصلح في تقديرنا النّصوص المدنية كأساس للتّعويض في نظرية الظّروف الطّارئة، ذلك أنّها نظرية قضائية إدارية أصيلة وُجدت قبل تبنّي القانون المدني لها.

أمّا فيما يخصّ الأساس الثّاني و بالرّجوع إلى المرسوم الرّئاسي 15-247 السّالف ذكره، نجد بأنّ المشرّع تبنى صراحة فكرة التّوازن المالي للعقد للتّعويض عن كلّ المخاطر التي تطرأ أثناء تنفيذ الصّفقة العمومية[1]؛ ذلك أنّ الغاية من وراء فكرة التّوازن المالي للصّفقة هي ضمان استمرارية سير المرفق العام محلّ العقد، بانتظام و اضطراد، و هو ما نلمسه في البندين الثّاني و الثّالث من الفقرة الأولى للمادّة 153 حيث جاء فيها:

- التّوصّل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصّفقة،
- الحصول على تسوية نهائية أسرع و بأقلّ تكلفة.

المطلب الثّالث: فكرة العدالة

يرى أصحاب هذا الاتّجاه[2] بأنّ نظرية الظّروف الطّارئة تقوم بالدّرجة الأولى على فكرة العدالة التي تعتبر أحد أهمّ أركان القانون الإداري، و هي بالتّالي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامّة، من خلال الحفاظ على استمرارية عمل المرفق العامّ و ضمان حسن سيره بانتظام و اضطراد.

تقدير هذا الرّأي:

---

(1) – لأكثر تفصيل راجع المادّة 153من المرسوم الرّئاسي 15-247 السّالف ذكره.

(2) **– انظر في ذلك:**

– أ.د. نواف كنعان، المرجع السّابق، ص368.

– د. حسن محمّد عواضة، المبادئ الأساسية للقانون الإداري (دراسة مقارنة)، ط1، المؤسّسة الجـامعية للدّراسات و النّشر و التّوزيع، بيروت، لبنان، 1997، ص 158.

– د. هاني عبد الرّحمان إسماعيل، المرجع السّابق، ص 1182.

– د.سليمان الطّماوي، المرجع السّابق،ص697 ،و إن كان الفقيه يجعل من فكرة العدالة معيارا مُكمّلا لمعيار الاستمرارية.

استبعد – و بِحَقٍ– جانب من الفقه فكرة العدالة كأساس للتّعويض في نظرية الظّروف الطّارئة، على اعتبار أنّ هذه الفكرة فضفاضة لا تصلح لتبرير النّظام القانوني للعقد بصفة عامّة[1].

المطلب الرّابع: فكرة التّوازن المالي للعقد

من الفقه[2] من يرى بأنّ فكرة التّوازن المالي للعقد الإداري هي أساس النّظرية و غايتها، حيث أنّ فكرة التّوازن المالي تُمثّل مكانا بارزا في النّظرية العامّة للعقد الإداري، و تُعتبر أمرا مفترضا في كلّ عقد إداري دون حاجة للنّص عليه.

تقدير هذا الرّأي:

لم يسلم هذا الاتّجاه من سهام النّقد و ذلك من عدّة زوايا:

أوّلا: نظرية الظّروف الطّارئة تفترض حدوث قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب، و ليس مجرّد أخلال للتّوازن المالي للعقد[3].

ثانيا: أنّ فكرة التّوازن المالي ليست كافية في كل حال، لأنّها تميل إلى تقديم التّعويض عن الظّروف الطّارئة وكأنّه تقرر لمصلحة المتعاقد فقط، في حين أنّ هذا التّعويض هو قبل كلّ شيء وسيلة لضمان استمرارية المرفق العامّ[4].

---

(1) –Marcel Waline, op.cit, p 622.
Cf. :- Jean-Marie Rainaud, " Le contrat administratif : Volonté des parties ou loi de service public", R.D.P. 1985, p 1193.

(2) **– انظر في ذلك:**

في الفقه العربي: – محمّد أبو بكر عبد المقصود، المرجع السّابق،ص 37.

في الفقه الفرنسي: - Marcel Waline, op.cit, p 340./ - Jean De Soto, op.cit, p 818.

و لأكثر تفصيل حول فكرة التّوازن المالي للعقد انظر المطلب الرّابع من الفصل الأوّل من الباب الأوّل من هذه الرّسالة.

(3) – Émilie Labrot, op.cit, p 85.

(4) - André Delaubadère, Frank Moderne et Pierre Delvolvé, T.C.A.T$_{II}$, op.cit, p 609.

إذ يذكر الفقيه:

<< Mais l'idée du rétablissement de l'équilibre financier n'est en tout cas pas suffisante parce qu'elle tend à présenter l'indemnité d'imprévision comme instituée uniquement dans l'intérêt du cocontractant alors que cette indemnité est d'abord un moyen d'assurer la continuité du service public>>.

ثالثا: أنّ فكرة التّوازن المالي للعقد لا يمكن أن تبرّر حق المتعاقد في طلب التّعويض إذا ما تقلّبت اقتصاديات العقد نهائيا و ما بقي للمتعاقد سوى طلب فسخ العقد؛ و من ثمّ لا تصلح فكرة التّوازن المالي للعقد كأساس لطلب التّعويض بعد انتهاء العقد[1].

رابعا:أنّ فكرة التّوازن المالي للعقد تقوم على مقابلة الحق المعترف به لجهة الإدارة في تعديل العقد الإداري تحقيقا للمصلحة العامّة في حين أنّ التّعويض طبقا لنظرية الظّروف الطّارئة يتمّ على الرّغم من أنّ الضّرر الذي لحق بالمتعاقد يرجع إلى سبب أجنبي عن جهة الإدارة المتعاقدة، و غالبا ما يكون حادثا أو ظرفا اقتصاديا[2].

و الملاحظ أن صاحب هذا النّقد الأخير قد أخلط بين سلطات و امتيازات المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعامل المتعاقد معها و بين فكرة التّوازن المالي للعقد. فامتيازات الإدارة المتعاقدة معترف بها كخاصّية من خصائص العقود الإدارية، و المتعامل المتعاقد يعلم مسبقا مع من تعاقد وبالتّالي يكون قد توقّع حدوث مثل تلك التّعديلات. أمّا فكرة التّوازن المالي للعقد يشترط فيها عدم توقّع الظّرف الطارئ لحظة الإبرام.

و في تقديرنا، فإنّ مبدأ التّوازن المالي للعقد، كونه النّظرية الأم التي تفرّعت عنها كلّ من نظريات المخاطر الإدارية، المخاطر الاقتصادية و الخاطر المادية، لا تصلح كأساس لحقّ التّعويض في نظرية الظّروف الطّارئة دون سواها.

المطلب الخامس: فكرة استمرارية المرفق العامّ

يرى أنصار الفكرة بأنّ حاجات المرفق و خاصّة مبدأ استمرارية المرفق العامّ تلعب دورا أساسيا في آلية و تطبيق نظرية عدم التّوقع(الظّروف الطّارئة)؛ فالهدف الأساسي و الأهمّ في النّظرية هو تأمين استمرارية المرفق العام[3].

(1) – Abdelhamid Hachich, La théorie de l’imprévision dans les contrats administratifs – Étude comparée du droit français et du droit de la R.A.U- thèse Caen, 1962, p 392.

(2) – د. محمّد السّناري، المرجع السّابق، ص 27.

(3) – د. محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السّابق، ص 130.

حيث يذهب الرّأي الرّاجح في الفقه إلى إرجاع التّعويض للطبيعة الذّاتية للعقود الإدارية و صلتها بالمرافق العامّة التي يجب أن تستمر في إسداء خدماتها بانتظام و ديمومة لاعتماد الأفراد و ترتيب حياتهم و أعمالهم عليها، فلا يعقل تعطيلها عن أداء خدماتها ممّا يؤدّي إلى شلّ حركة الحياة في الدّولة[1]. و بذلك إذا ما طرأت ظروف غير متوقّعة و ترتّب عليها إرهاق المتعاقد فإنّ المصلحة المتعاقدة تهبّ إلى معاونته[2] و إلاّ لما سُمّيت كذلك بنظرية اقتسام الخسائر[3] Théorie de partage des pertes للتّغلب على تلك الظّروف، لأنّ النّظرية ملازمة لمبدأ استمرارية المرفق العامّ[4].

كما أنّ فكرة الاستمرارية هي أكثر الأفكار ترديدا في قرارات مجلس الدّولة الفرنسي المتعلّقة بنظرية المخاطر الاقتصادية[5]، حيث اعتبر << أنّ نظرية الظّروف الطّارئة مرتبطة بأساسها: ضرورة استمرارية المرفق العامّ...يجب على المتعاقد الاستمرار في تنفيذ العقد مهما ناءت به الصّعوبات المالية. فالظّرف الطّارئ ليس بالقوّة القاهرة، فليس للمتعاقد التّذرّع به لوقف خدماته، فإن فعل يكون قد ارتكب خطأ ممّا يُبرّر توقيع العقوبات عليه و حرمانه من نظرية الظّروف الطّارئة >>[6].

---

(1) – د. محمود حلمي، المرجع السّابق، ص 129.

انظر كذلك:– د. محمّد أنس قاسم جعفر،المرجع السّابق، ص 157.

– د. محمّد فواد عبد الباسط، المرجع السّابق، ص585./– د. ماجد راغب الحلو، المرجع السّابق، ص 142.

– د. محمّد بكر حسين، المرجع السّابق، ص 370.

(2) – André Delaubadère, Yves Gaudemet, Droit administratif général, Op.cit, p 716.

Voir également :

- Georges Vedel et Pierre Delvolvé, op.cit, p 359.
- Manuel Gros, op.cit, p 180.

(3) - Pierre-Henri Chalvidan, Christine Houteer, Droit administratif, édition Nathan, Paris 1995, p 172.

(4) – Christophe Lajoye, op.cit, p 181

(5) – C.E 30 Mars 1916, C^{ie} générale d'éclairage de Bordeaux, précité. **من بين ما جاء فيه:**

<< Qu'il importe au contraire de rechercher, pour mettre fin à des difficultés temporaires, une solution qui tienne compte tout à la fois de l'intérêt général, lequel exige **la continuation du service** par la compagnie à l'aide de tous les moyens de production… >>.

Voir également :- C.E 28 Nov. 1952, Sté coopérative des ouvriers du bâtiment, précité.

(6) – C.E sect.05 Nov.1982, S^{té} Propétol, Rec.381. **و قد جاء فيه:**

<< Les conséquences de l'imprévision sont liées à son fondement : La nécessité d'assurer la continuité du service public…Le cocontractant doit poursuivre l'exécution de son contrat quelles que soient les difficultés financières qu'il rencontre. L'imprévision n'est pas un cas de force majeure, le cocontractant ne peut s'en prévaloir pour interrompre ses prestations. S'il le

تقدير هذا الرّأي:

مع تسليم نقّاد فكرة الاستمرارية بالمكانة الأساسية التي تشغلها في نظرية العقد الإداري بصفة عامّة و بمكانتها البارزة فيما يتعلّق بالقواعد التي تحكم التزامات و حقوق المتعاقد مع الإدارة بصفة خاصّة، ومع إقرارهم بأنّ فكرة الاستمرارية هي التي استلهمها مجلس الدّولة الفرنسي عند إقراره لنظرية الظّروف الطّارئة.

إلاّ أنّهم يرون أنّ هذه الفكرة لا تصلح وحدها– في جميع الحالات– لتأسيس حقّ التّعويض في نطاق نظرية الظّروف الطّارئة، خاصّة بعد التّطورات التي لحقت بهذه النّظرية[1].

و دون التّقليل من شأن هذه الفكرة و الدّور الأساسي الذي تؤدّيه في تفسير و توضيح نظرية الظّروف الطّارئة و ما يترتّب عليها من نتائج قانونية، إلاّ أنّها ليست مانعا من وجود اعتبارات أخرى لمنح التّعويض على أساس آخر غير فكرة الاستمرارية، ومن ثمّ خلص نقّاد هذه الفكرة إلى أنّها لا تكفي لوحدها كأساس للتّعويض في نظرية المخاطر الاقتصادية.

حجّتهم في ذلك أنّ مجلس الدّولة الفرنسي قد أباح للمتعامل المتعاقد حقّ الحصول على التّعويض من الإدارة استنادا لنظرية الظّروف الطّارئة على الرّغم من مرور ما يقارب اثني عشر سنة على انقضاء عقد الالتزام في قضية Commune de Montagnac [2]و أكّده لاحقا في قضية Société Sofilia [3].

---

fait, il commet une faute justifiant des sanctions et il se prive du bénéfice de la théorie de l'imprévision >>.**(ترجمة حرّة في المتن)**

(1) – **في الفقه العربي:** – علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص512.

– محمّد أبو بكر عبد المقصود، المرجع السّابق،ص 39.

– د. نصري منصور نابلسي، المرجع السّابق، ص 745.

– **في الفقه الفرنسي:**

- Émilie Labrot, op.cit, p 80.

حيث ترى:

<< Le fondement de l'imprévision tiré de sa nécessaire continuation (service public) n'est qu'un dogme qui n'a pas résisté au renouvellement du droit des contrats imprégné, en substance, d'une économie possiblement variable>>.

(2) – C.E 27 Juil. 1951, Commune de Montagnac, Rec.439.

(3) – C.E 12 Mars 1976, Département des Hautes-Pyrénées C. S^{té} Sofilia, Rec.155. précité Disponible également sur site : *http://www.legifrance.gouv.fr*.

و من ثمّ فهم يرون بإرجاع التّعويض في حالة تطبيق نظرية الظّروف الطّارئة إلى أساس مزدوج، يتمثّل في ضرورات سير المرافق العامّة و إلى قواعد العدالة.

و لقد ردّ أنصار فكرة الاستمرارية [1]على النّقد الموجّه لهذه الفكرة، حيث يرون بأنّه لا يدحض هذا الرّأي ما وُجّه إليه من نقد؛ ذلك لأنّ المتعامل المتعاقد مع الإدارة إذا علم سلفا بأنّه لن يحصل على تعويض إذا ما حدث طارئ حتى و لو استمر في تنفيذ العقد عندها سيتوقّف عن التّنفيذ بمجرّد حدوث الظّرف الطّارئ إلى أن توافق الإدارة على مشاركته في تحمّل عبء الظّرف الطّارئ.

و ممّا لا شكّ فيه أنّ مثل هذا المسلك من قبل المتعامل المتعاقد يعرقل حسن سير المرفق العامّ بانتظام و اضطراد و العكس صحيح؛ فإذا علم المتعاقد منذ البداية بأنّ الإدارة المتعاقد معها لن تتخلّى عن مساعدته في تجاوز الظّرف الطّارئ عند حدوثه فإنّه سيستمر في تنفيذ العقد، ممّا يحقّق مبدأ سير المرفق العامّ بانتظام و اضطراد.

و في تقديرنا تبقى فكرة استمرارية المرفق العامّ بانتظام و اطّراد هي الأساس الرّاجح في تقرير حق التّعويض للمتعامل المتعاقد أثناء أو بعد انقضاء العقد، ذلك أنّ نظرية الظّروف الطّارئة تقوم على فكرتين الأولى أساسية موضوعية والثّانية تبعيّة شخصية. فلو لا الفكرة الأساسية الموضوعية(استمرارية سير المرفق العامّ رغم حدوث الظّرف الطّارئ) لما تبعتها الفكرة التّبعية الشّخصية (حصول المتعاقد على التّعويض).

بعد أن عرضنا الأساس القانوني لتقرير حقّ التّعويض استنادا إلى نظرية الظّروف الطّارئة و أبرزنا الجدل الفقهي الذي أثاره، تُرى ما هي شروط إعمال نظرية المخاطر الاقتصادية؟

ذلك ما سنتناوله بالدّراسة في المبحث الموالي.

المبحث الثّالث: شروط إعمال نظرية الظّروف الطّارئة

لتطبيق نظرية اقتسام الأعباء يجب أن تتوافر جملة من الشّروط؛ أن يكون الحدث غير عادي و غير متوقّع (المطلب الأوّل) أن يكون الحدث خارج عن إرادة الطّرفين (المطلب الثّاني) أن يحصل الطّارئ بعد

(1) – د. محمّد السّناري، المرجع السّابق، ص 31.

إبرام الصّفقة و أثناء تنفيذها(المطلب الثّالث) و أخيرا أن يؤدّي الطّارئ إلى انقلاب اقتصاديات الصّفقة(المطلب الرّابع).

المطلب الأوّل: أن يكون الحدث غير عادي و غير متوقّع

كان الفقه التّقليدي[1]، عند نشأة النّظرية، ينظر إلى طبيعة الحدث على أنّه ظرف طارئ اقتصادي. و ذلك على أساس أنّ نظرية الظّروف الطّارئة إنّما قُصد بها حماية المتعاقد من المخاطر الاقتصادية و هو ما يُميّزها عن نظرية فعل الأمير التي تهدف إلى حماية المتعاقد من المخاطر الإدارية و عن نظرية الصّعوبات المادية التي تحمي المتعاقد من المخاطر الطّبيعية[2].

و كان ذلك هو مذهب مجلس الدّولة الفرنسي في بداياته عند إقراره للتّعويض استنادا إلى نظرية المخاطر في العقود الإدارية[3].

إلاّ أنّه في الوقت الحاضر– حسب جمهور الفقه الإداري– و مع تزايد تدخّل الدّولة في المجال الاقتصادي و الصّناعي و التّجاري أصبح نطاق الظّرف الطّارئ شاسعا؛ بحيث لا يجب أن يكون بالضّرورة حدثا اقتصاديا، فقد يكون حدثا طبيعيّا(كالزّلزال، البركان أو الفيضان) أو حدثا سياسيا (إعلان حرب، غلق ممرّات مائية) أو إجراء إداري صادر عن جهة إدارية أخرى غير الجهة المتعاقدة[4].

---

(1) – Gaston Jèze, Les principes généraux du droit administratif " Théorie générale des contrats de l'administration" TIV et V, 3ème éd. LGDJ, Paris, 1934-1936, p 497. **إذ يذكر الفقيه:**
<< Pour que la théorie de l'imprévision s'applique il faut qu'on se trouve en présence d'un événement tout à fait indépendant de la volonté des parties contractantes, en particulier de la volonté de l'administration. Sinon, il y a fait du prince ; c'est ce qu'on appelle la distinction entre l'aléa économique et l'aléa administratif >>.

(2) – د. محمّد السّناري، المرجع السّابق، ص 46. **و انظر كذلك:** – سحر جبّار يعقوب، المرجع السّابق، ص 151.

(3) – C.E 28 Nov. 1924, Tanti, précité. و لتوضيح ما ذهب إليه المجلس تعبيرا عن هذا القضاء التقليدي– و بمفهوم المخالفة - لما جاء في هذا القرار نوجز بعضا من حيثياته:
<< Le sieur Tanti est fondé à regarder les sujétions par lui subies de ce chef, quelle que soit l'autorité qui les ait provoquées, comme provenant non d'une imprévision…mais d'un fait de l'administration dont il ne doit pas, en tout état de cause supporter les conséquences >>.

(4) – د. سليمان الطّماوي، المرجع السّابق، ص 673.
و انظر كذلك:
– د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، المرجع السّابق، ص 209.

و الملاحظ على قرارات مجلس الدّولة الفرنسي ذات الصّلة بالموضوع، أنّ قضاة المجلس لم يستقرّوا عند إعمالهم لنظرية الظّروف الطّارئة على نوع معيّن من الظّروف؛ فقد اعتمدوا في الأوّل على الظّروف الاقتصادية (زيادة سعر الفحم)[1] ثمّ على الظّواهر الطّبيعية[2] و في الأخير على إجراءات السّلطات العمومية[3].

و لمّا كان القضاء الإداري يتشدّد في ضرورة توافر شرط عدم التّوقع للظّرف الطّارئ، و على اعتبار كما يرى – و بِحَقٍ– جانب من الفقه[4]، أنّ كلّ عقد يحمل في طيّاته بعض من المخاطر التي يجب أن يضعها المتعاقد في حسبانه و تدخل في توقّعات أطراف العلاقة العقدية؛ وجب البحث عن مفهوم الحدث الاستثنائي (الفرع الأوّل) و مفهوم شرط عدم التّوقّع (الفرع الثّاني) و عن معيار عدم التّوقّع(الفرع الثّالث) ثمّ عن خصائص عدم التّوقّع(الفرع الرّابع).

الفرع الأوّل: الحدث الاستثنائي

يُشترط لتطبيق نظرية الظّروف الطّارئة في العقود الإدارية أن يقع [حادث] أو ظرف طارئ و أن يكون من [الحوادث] الاستثنائية العامّة[5].

– د. سامي جمال الدّين، المرجع السّابق، ص 366.

– د. محمّد فؤاد عبد الباسط، المرجع السّابق، ص 582.

– أحمد بن محمّد الشمري، المرجع السّابق، ص 85.

– د. هاني عبد الرّحمان اسماعيل، المرجع السّابق، ص 1166.

– د. عبد الحميد الشّواربي، العقود الإدارية، المرجع السّابق،ص57.

(1) – C.E 30 Mars 1916, C^{ie} générale d'éclairage de Bordeaux, précité.

(2) – C.E sect. 21 Avril 1944, req. n° 66457, C^{ie} française des câbles télégraphiques, Concl. Odent Rec.119 . Consulté sur site : https://www.gallica.gouv.fr le 29 Mai 2021 à 17h40mn.

(3) – C.E 04 Mai 1949, req. n° 75480 et 75481, Ville de Toulon, Concl. Chenot, Rec.197. Consulté sur site : https://www.gallica.gouv.fr le 29 Mai 2021 à 17h50mn.

- C.E 15 Juil. 1949, Ville d'Elbeuf, précité.

(4)– علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص235.

(5) – د. نصري منصور نابلسي، المرجع السّابق، ص 749.

انظر كذلك:

– د.مفتاح خليفة و د. حمد الشّلماني، المرجع السّابق، ص 260.

و يُقصد بالحدث الاستثنائي، ذلك الحدث النّادر الحصول و الشّاذّ عن المألوف و الشّامل لطائفة من النّاس؛ كفيضان عارم أو اكتساح جراد أو انتشار وباء[1].

حيث في تنفيذ كلّ صفقة طويلة المدى توجد مخاطر (aléas) لكن يجب التّمييز بين المخاطر العادية (aléas ordinaires) و التي يكون المتعاقد قد قَبِلها، والمخاطر الاستثنائية(aléas extraordinaires) التي وحدها تُنشئ الظّرف الطّارئ؛ فالظّرف الاستثنائي هو الحدث الذي تجاوز كلّ حساب الأطراف عند إبرام الصّفقة[2].

الفرع الثّاني: مفهوم شرط عدم التّوقّع

هذا الشّرط الأساسي و الجوهري الذي سُمّيت النّظرية باسمه، يعني أنّ الحدث الذي أدّى إلى قلب اقتصاديات العقد لم يتوقّعه المتعاقدين لحظة إبرام العقد[3].

فالحدث غير المتوقّع حسب تعبير مفوّض الحكومة Corneille في قضية Fromassol هو<<الحدث الذي يُخلط كلّ الحسابات التي كان بإمكان الأطراف إجرائها وقت التّعاقد و يتجاوز أقصى الحدود التي بإمكان الأطراف توقّعها...>>[4].

مع ملاحظة: أنّ هناك من الفقه من يستعمل مصطلح[حادث و حوادث] كذا وردت خطأ في بعض المؤلّفات و الأصحّ [حدث و أحداث]. من الفرنسية Événement(s) et non pas Accident(s)

(1) – د. محمّد السّناري، المرجع السّابق، ص 45.

(2) – André Delaubadère, Yves Gaudemet, Droit administratif général, op.cit, p 714.

Voir également :

- Jean Rivero, Jean Waline, op.cit, p 132.
- Martine Lombard, Gilles Dumont, Droit administratif, 4ème édition, Dalloz Paris, 2001, p 249.
- Christophe Lajoye, op.cit, p 181.
- Pierre Laurent Frier, Jacques Petit, Précis de droit administratif, 4ème édition Montchrestien, Paris, 2006, p 354.

(3) – د. محمود عبد المجيد المغربي. المرجع السّابق، ص 151.

(4) – Conclusion Corneille sous C.E 03 Déc. 1920, Fromassol, arrêt précité

إذ جاء فيه:

<<…L'événement déjouant tous les calculs que les parties ont pu faire au moment du contrat et dépassant les limites extrêmes que les parties ont pu envisagé >>.

و من ثمّ يجب أن يكون الحدث حقيقة غير متوقّع عند إبرام الصّفقة، فالخطأ الجسيم في التّوقّعات لا يمنح الحقّ في التّعويض لأنّه " ليس كلّ ما لم يكن متوقّعا غير متوقّعٍ بالضّرورة "[1].

فمفهوم عدم التّوقّع لا يُعرف بذاته مجرّدا عن كلّ اعتبار بل يجب الأخذ في الحسبان الظّروف المحيطة بكلّ قضية، فلا يوجد حدث غير متوقّع إطلاقا، و لكن هناك، عادة، أحداث لا يمكن توقعها لحظة إبرام عقود معيّنة [2]، إلاّ بتحليل ظروف كلّ عقد لحظة التّعاقد.

الفرع الثّالث: معيار عدم التّوقّع

و عدم التّوقّع يحكمه معيار الرّجل العادي المتبصّر بمثل تلك الأمور، و لا يعني أن يكون الحدث غير متوقّعا إطلاقا بل المفروض أن يتوافر فيه عامل الفجائية[3].

و قد حدّد القضاء الإداري مضمون شرط عدم التّوقّع و معيار تطبيقه بأنّه:<< الشّرط الخاصّ بوجوب أن تكون الصّعوبة طارئة أي غير متوقّعة أو ممّا لا يمكن توقّعه أو ليس في الوسع توقّعها...هذا الشّرط ينطوي إلى حدّ كبير على معنى المفاجأة في صورة معيّنة، كأن يجد المتعاقد مع الإدارة نفسه إزاء حالة لم يكن يتوقّع حدوثها؛ لا بناءً على دفتر الشّروط و لا من دراسته الأوّليّة للمشروع أو بالرّغم ممّا نُبِّه إليه أو ما اتّخذه من حيطة لا تفوت على الشّخص البصير بالأمور قبل الإقدام على المساهمة في تسيير المرفق العامّ و التّعاقد بشأنه >>[4].

---

(1) – Patrick Janin, cours de droit administratif, presses universitaires de Lyon, 1994,p 202 : <<Tout ce qui n'a pas été prévu n'est pas forcément imprévisible>>.

(2) - André Delaubadère, Frank Moderne et Pierre Delvolvé, T.C.A.TII, op.cit, p 586.
<<…La notion d'imprévisibilité ne se définit pas en elle-même, mais par rapport aux circonstances de l'espèce ; il n'y a pas d'événement absolument imprévisible mais seulement des événements qui ne pourraient normalement être prévus lors de la conclusion d'un contrat déterminé >>.

(3) – د. مصطفى أبو زيد فهمي، الوسيط في القانون الإداري، المرجع السّابق، ص 327.

انظر كذلك: – أ. د. محمّد الصّغير بعلي، المرجع السّابق، ص 94. / أ. د.عمّار بوضياف، المرجع السّابق، ص 171.

(4) – حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصّادر في 20 جانفي 1957 القضية رقم: 7892

ذكره:

– علي محمّد علي عبد المولى، في رسالته، المرجع السّابق، ص 241.

كما أنّ الصّيغة التّقليدية للحدث غير المتوقّع التي كثيرا ما تردّدت في قرارات مجلس الدّولة الفرنسي هي كالآتي:" الحدث غير المتوقّع هو ذلك الذي لا يمكن منطقيا للمتعاقد توقّعه لحظة الإبرام"[1].

و يرى جانب من الفقه[2]بأنّ درجة توقّع الظّرف الطّارئ تتأثّر بصفة المتعاقد فيما إن كان شخصا طبيعيا أم شخصا معنويا؛ فمهما أوتي المقاول الفرد من إمكانات فإنّ قدرته على توقّع الظّرف الطّارئ تبقى محدودة، و ذلك بخلاف الشّركة التي تملك إمكانيات و خبرات تمكّنها من توقّع الظّرف الطّارئ فالشّركات التّجارية – مثلا– تكون على دراية بالأزمات التي تحصل في الموانئ.

غير أنّ هذا الرّأي في تقديرنا غير سليم ذلك أنّ المعيار الذي اعتمده القضاء الإداري لإعمال نظرية الظّروف الطّارئة إنّما هو معيار موضوعي و ليس معيارا ذاتيا كما ذهب إليه صاحب هذا الاتّجاه، على أن تبقى للقاضي سلطة تقديرية في تقرير إمكانية التّوقّع من عدمها بالنّظر إلى الظّروف السّائدة يوم التّعاقد.

الفرع الرّابع: خصائص عدم التّوقّع

باستقراء قرارات القضاء الإداري و كذا الآراء الفقهية نستخلص بأنّ لشرط عدم التّوقّع جملة من الخصائص:

أوّلا: <u>من حيث المصدر:</u> فالحدث الذي يمكن أن يوصف بأنّه غير متوقّع قد يكون مصدره الظّواهر الطّبيعية أو قد يرجع إلى التّدخلات و التّصرفات الإنسانية[3]. و من ثمّ اعتبر مجلس الدّولة الفرنسي بأنّ

---

(1) - << L'événement imprévisible est celui qui ne pouvait raisonnablement être envisagé par le contractant au moment où il a traité>> .
C'est l'expression utilisée par le conseil d'État français à travers ses différents arrêts statuant en matière de la théorie de l'imprévision.

Exemples :

- C.E 30 Mars 1916, C^ie générale d'éclairage de Bordeaux, Rec.194 précité.
- C.E sect. 21 Avril 1944, C^ie française des câbles télégraphiques, Rec.119 précité.
- C.E 04 Mai 1949, Ville de Toulon, Rec.197 Précité.
- C.E 15 Juil. 1949, Ville d'Elbeuf, Rec.358 précité.

(2) – محمّد أبو بكر عبد المقصود، المرجع السّابق، ص 29.

(3)– علي محمّد علي عبد المولى، في رسالته، المرجع السّابق، ص 268.

أغلبية الظّواهر الطّبيعية أحداث غير متوقّعة متى كانت استثنائية في حدّتها و مدّتها[1]؛ مثل الجفاف الاستثنائي[2].

أمّا الأحداث ذات المصدر الإنساني كالحروب و الأفعال التّخريبية و الإرهابية فهي تخضع لظروف الحال، و تبقى سلطة بريتورية إمّا أن يُضفي أو ينفي عليها القاضي صبغة عدم التّوقّع.

ثانيا: من حيث الفجائية: و هذا العنصر يكون أكثر وضوحا في النّوازل كارتفاع منسوب المياه في الأنهار و الأعاصير و الفيضانات المفاجئة[3]؛ حيث يُعتبر أحد الخصائص الأساسية التي تتميّز بها فكرة عدم التّوقّع.

ثالثا: من حيث الزّمكنة: كثيرا ما تردّد في قرارات مجلس الدّولة الفرنسي عند عرضه لشرط عدم التّوقّع:

عبارة "بالنّظر إلى ظروف الزّمان و المكان" {Eu égard aux circonstances de temps et de lieu} عند تقديره لإمكانية عدم التّوقّع من عدمها، على القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار زمان و مكان إبرام العقد.

---

(1) – C.E 20 Janv. 1932, req. n° 8329, Demoiselles Malamaire, Concl. Routellier, Rec.79.

و قد جاء فيه:

<< …ces dommages résultent uniquement de pluies qui, tant par leur importance exceptionnelle que par leur durée, ont présenté le caractère d'un cas de force majeure… >>

(2) – C.E 16 Déc.1892, Ministre des travaux publics C/.Couderc, Lamarre et Bénière, Rec.911

و قد جاء فيه:

<< La sécheresse de l'été 1881 qui a nécessité de la part des entrepreneurs des dépenses imprévues peut être considérée comme constituant un cas de force majeure >>.

ذلك لأنّ شرط عدم التّوقّع في نظرية الظّروف الطّارئة يُقدّر بذات الظّروف التي يُقدّر بها في حالة القوّة القاهرة.

و يَعتبر علي محمّد علي عبد المولى، في رسالته، السّالف ذكرها، ص 268، هذا القرار من أوائل الأحكام التي اعتبرت الظّواهر الطّبيعية أحداث غير متوقّعة.

(3) – C.E 16 Nov. 1921, req. n° 64949, Rouquet, Concl. Mazerat, Rec.946.

و قد جاء فيه:

<< …des pluies ou des inondations d'une gravité et d'une soudaineté exceptionnelles >>.

- C.E 1er Août 1923, n° 55195 et 55196, Sieur Martignier et Sté en commodité, Rec.649.

رابعا: من حيث المدّة: فالإرهاق الذي يصيب المتعاقد قد يكون سببه المباشر طول مدّة الفترة الاستثنائية la durée de la période exceptionnelle ، حيث يربط الفقه[1] العلاقة بين عدم التّوقّع أو عدم إمكان التّوقّع بالمدّة التي يستغرقها الظّرف الطّارئ الذي اعترض تنفيذ العقد[2].

خامسا من حيث التّكرار: يتشدّد مجلس الدّولة الفرنسي في التّسليم بعدم توقع الحدث كلّما كان هناك تكرارا أو دورية في وقوع الحدث، و أكثر القرارات وضوحا في هذا الشّأن ما أقرّه مجلس الدّولة الفرنسي في قضية[3] Ville de Royan C. Sieur Gracieux .

حيث رفض المجلس منح التّعويض للمتعاقد عن الأضرار التي أصابته من جرّاء فيضان النّهر بسبب الأمطار الغزيرة، حيث قدّر قضاة المجلس بأنّ هذه الأمطار تُعادل في غزارتها و مدّتها لِما سبق أن حدث في ذات المكان قبل أربعة و عشرين سنة، ممّا أدّى إلى تخلّف شرط عدم التّوقّع.

المطلب الثّاني: أن يكون الحدث خارج عن إرادة الطّرفين

يشترط لإعمال نظرية الظّروف الطّارئة أن يكون الحدث الطّارئ الذي قلب اقتصاديات العقد خارجا و مستقلا عن إرادة الأطراف المتعاقدة.

فشرط الاستقلال و الخارجية يجب أن يكون على حدّ سواء عن المتعاقد (الفرع الأوّل) و عن الإدارة المتعاقدة (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل: بالنّسبة للمتعامل المتعاقد

فاستقلاليته عن المتعامل المتعاقد بألاّ يكون متسبّبا في إحداثه بفعله (السّلبي أو الإيجابي).

---

(1)– علي محمّد علي عبد المولى، في رسالته، المرجع السّابق، ص 271.

(2) – C.E 20 Janv. 1932, Demoiselles Malamaire, Rec.79. précité.

حيث قضى مجلس الدّولة الفرنسي بأنّ الغزارة الاستثنائية للأمطار و كذا طول فترة تساقطها تمثّل إحدى حالات القوة القاهرة.

(3) – C.E 22 Fév. 1967, req. n°64329, Ville de Royan C/. Gracieux, Concl. Vught, Rec.951.

و قد جاء فيه:

<< Les précipitations d'une importance au moins égale se sont produites dans le même lieu en 1935 soit il y a vingt quatre ans, ce qui rend l'événement non imprévisible>>.

يستوي في ذلك أن يكون عن عمدٍ أو إهمالٍ أو تقصيرٍ في سبيل درئه و اتّقائه[1].

إنّ المتعامل المتعاقد لا يستطيع إثارة عدم التّوقّع إلاّ إذا كان الحدث الذي أخلّ باقتصاديات الصّفقة خارجا عن إرادته و أجنبيا عنه. من هذه النّاحية لا بدّ أن يكون هذا الشّرط مؤكّدا و مطلقا، فهو يؤدّي إلى استبعاد عدم التّوقّع في كلّ مرّة يكون فيها للمتعاقد علاقة باضطراب العقد سواء منه مباشرة أو عن إهمال في توقّي هذا الحدث الطّارئ[2].

و عليه فإنّ استقلالية إرادة المتعاقد عن إحداث الظّرف الطّارئ الذي أخلّ باقتصاديات الصّفقة كشرطٍ لإعمال نظرية الظروف الطّارئة، هو من البداهة، بحيث لم يثر لا جدلا و لا خلافا فقهيا بعكس استقلالية الحدث عن إرادة الإدارة المتعاقدة.

الفرع الثّاني: بالنّسبة للإدارة المتعاقدة

بقدر ما يقرّ الفقه و القضاء الإداري بأنّ الظّرف الطّارئ يجب أن يكون أجنبيا و خارجيا بالنّسبة لطرفي العلاقة العقدية، المتعامل المتعاقد و الإدارة المتعاقدة معها، فاستقلاليته عن هذه الأخيرة بألاّ يكون لها ضلع في إحداثه[3]؛ بقدر ما أثار شرط الخارجية condition d'extériorité بالنّسبة للإدارة المتعاقدة جدلا فقهيا و أسال الكثير من الحبر بين مؤيّدٍ و معارضٍ لفكرة الخارجية.

---

(1) – André Delaubadère, Yves Gaudemet, droit administratif des biens, op.cit, p 417.
- Jean Rivero, Jean Waline, op.cit, p 132.
- Pierre Laurent Frier, Jacques Petit, op.cit, p 355.

و انظر كذلك:– موريس نخلة، المرجع السّابق، ص 135.
– د. سعاد الشّرقاوي، المرجع السّابق، ص 527.

(2) – د. محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السّابق، ص 156.

(3)– أ. د. محمّد الصّغير بعلي، المرجع السّابق، ص 94.

انظر كذلك:
– أ. د.عمّار بوضياف، المرجع السّابق، ص 172.
– أ.د.علي خطار شطناوي، المرجع السّابق، ص 711.
– د. أحمد محمود جمعة، المرجع السّابق، ص 311.
– د.عدنان عمرو، المرجع السّابق، ص 209.
– د. ماجد راغب الحلو، المرجع السّابق، ص 427.
– د.مفتاح خليفة و د.حمد الشّلماني، المرجع السّابق، ص269.

البند الأوّل: الاتّجاه المؤيّد

يشترط الفقه التّقليدي [1]لإعمال نظرية الظّروف الطّارئة أن يكون الحدث مستقلا تماما عن إرادة الإدارة المتعاقدة، أمّا إذا كان نتيجة لعمل الإدارة المتعاقدة أو لتقصيرها فتطبّق نظرية فعل الأمير، أو نظرية المسؤولية التّقصيرية إذا كان الضّرر نتيجة خطأ[2]، إلاّ أنّ هذا الاتّجاه لم يسلم من النّقد.

البند الثّاني: الاتّجاه المعارض

كان الرّأي الأوّل المؤيّد لفكرة استقلالية إرادة الإدارة المتعاقدة عن إحداث الظّرف الطّارئ هو السّائد إلى غاية صدور قراريّ مجلس الدّولة الفرنسي خلال الأربعينيات من القرن الماضي.

الأوّل كان في قضية Sté L'énergie industrielle [3] أمّا الثّاني كان في قضية Ministre des travaux publics / E.D.F [4].

حيث يتعلّق القرارين بأوامر صادرة من الإدارة مانحة الالتزام إلى الملتزم بنقل أعمدة الكهرباء، و هو ما أدّى إلى الزّيادة في نفقات المتعاقد، و كان الأصل أن تطبّق نظرية فعل الأمير لجبر الضّرر الذي لحق بالملتزم بمنحه التّعويض الكامل، إلاّ أنّه تعذّر تطبيق نظرية المخاطر الإدارية من وجهين:

الأوّل: بناءً على لائحة الإدارة العامّة الصّادرة في 28 جويلية 1927.

---

(1) – Gaston Jèze," Théorie générale des contrats de l'administration", op.cit, p 497.

إذ يذكر الفقيه:

<< Pour que la théorie de l'imprévision s'applique il faut qu'on se trouve en présence d'un événement tout à fait indépendant de la volonté des parties contractantes, **en particulier de la volonté de l'administration**. Sinon, il y a fait du prince ; c'est ce qu'on appelle la distinction entre l'aléa économique et l'aléa administratif >>.

و قد أيّده في مذهبه كلّ من:

- Georges Péquignot, J.C.A, ancien fascicule 511 n°445, précité.
- Jacques Montmerle, « Commentaire pratique du cahier des clauses et conditions générales imposées aux entrepreneurs des travaux des ponts et chaussées », TII, 4ème éd.1951, p 186.

(2) – أ. د. محمود حلمي، المرجع السّابق، ص 127.

(3) – C.E 08 Déc. 1944, Sté L'énergie industrielle, précité .

(4) – C.E 02 Mars 1949, Ministre des travaux publics / E.D.F, D. 1953, p 309. Cité in André Delaubadère , Franck Modèrne et Pierre Delvolvé, T.C.A, TII , op.cit, p 592.

الثّاني: بناءً على بند وارد في دفتر الشّروط لعقد التزام الطّاقة الكهربائية، و الذي بمقتضاه لم يكن بإمكان الملتزم أن يطلب أيّ تعويض من جرّاء " تغيير محلّ أو تعديل المشروعات المقامة بمعرفته في الطّرق العامّة، إذا كانت هذه التّعديلات بناءً على طلب من السّلطة المختصة لدواعي الأمن العامّ ".

و من ثمّ تساءل أصحاب هذا الاتّجاه[1] هل من المستساغ عدم إمكانية الاستناد لنظرية الظّروف الطّارئة بحجّة أنّ قلب اقتصاديات العقد يرجع إلى فعل الإدارة المتعاقدة؟

و الإجابة على هذا التّساؤل نجدها عند الأستاذ **Delaubadère** [2] الذي يرى بأنّه " إذا كانت خسارة المتعامل المتعاقد ترجع إلى فعل الإدارة المتعاقدة فمن مصلحته أن يطلب التّعويض استنادا لنظرية فعل الأمير لأنّها الأفضل له من النّاحية المالية؛ إلاّ أنّ هذا لا يعني عدم إثارة نظرية الظّروف الطّارئة في مثل هذه الحالات، بل هي الواجبة الإثارة في حالة تخلّف شروط تطبيق نظرية فعل الأمير لسبب أو لآخر.

و بناءً على هذا الرّأي تولّدت الاتّجاهات المستبعدة لإرادة الإدارة المتعاقدة في إحداث الظّرف الطّارئ كشرطٍ لإعمال نظرية الظّروف الطّارئة، و حصرتها فقط على استبعاد إرادة المتعاقد. و بذلك ساوت بين وحدة مجال التّطبيق، في كلّ من نظرية فعل الأمير و نظرية الظّروف الطّارئة، فيما يتعلّق بالأعمال المنسوبة لجهة الإدارة[3].

---

(1) – علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص 35.

(2) – André Delaubadère, Yves Gaudemet, Jean Claude Venezia, op.cit, p 841.

حيث جاء في مؤلّفه باللّغة الفرنسية:

<< …La vérité est que lorsque le déficit du cocontractant est dû au fait de l'administration contractante, le contractant a tout intérêt à se placer sur le terrain de la théorie du fait du prince qui lui est favorable au point de vue du montant de l'indemnisation. Mais cela n'implique pas que la théorie de l'imprévision soit insusceptible d'être évoquée en pareils cas. C'est elle qui le serait effectivement dans les cas où, pour telle ou telle raison, la théorie du fait du prince ne pourrait pas être évoquée >> **Il étai ses dires par l'arrêt du C.E du 08.Déc.1944, Sté l'énergie industrielle susdit.**

(3) – د. سليمان الطّماوي، المرجع السّابق، ص 670.

و انظر كذلك:

– علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص312.

علما أنّ الفقيه **Jèze** في تعليقه على قرار Sté L'énergie industrielle أبدى دهشته البالغة من التّمسّك بنظرية الظّروف الطّارئة في هذا المجال(1).

و بقي الجدل الفقهيّ قائما حول الشّرط المتعلّق بكون الظّرف الطّارئ مستقلاً عن إرادة طرفي العقد بين موسّعه لطرفيّ العلاقة العقدية و مقصّره على جهة المتعاقد دون الإدارة؛ ذلك أنّ حُكميّ مجلس الدّولة الفرنسي اللّذين استخلص منهما الأستاذ **Delaubadère** الاتّجاه الجديد للمجلس ليسا تطبيقا أكيداً لنظرية الظّروف الطّارئة حسب تقدير الأستاذ **Sablier** (2).

و تبعا لذلك ظهر اتّجاه وسط (3) يرى بأنّ وجوب استقلالية الظّرف الطّارئ بالنّسبة للإدارة كما هو الحال بالنّسبة للمتعاقد معها ليس صحيحا و سليما بشكل مطلق، كما أنّ القول بأنّ الظّرف الطّارئ يشترط أن يكون أجنبيا على الإدارة هو أمر يؤدّي إلى تناقض بل إلى شيء من العبث. و سبب الغموض – في تقدير هذا الاتّجاه– الذي يحيط بهذا الشّرط هو أنّ الإدارة المتعاقدة أو الإدارة بصفة عامّة عندما تتّخذ إجراءات تؤدّي إلى انقلاب اقتصاديات العقد فإنّ المتعاقد يمكنه أن يثير نظرية فعل الأمير التي تعتبر أفضل له.

و في تقديرنا يبقى التّفسير المنطقي لما جاء في قراري مجلس الدّولة الفرنسي المذكورين أعلاه، حين استبعد قضاة المجلس تطبيق نظرية فعل الأمير؛ إنّما كان ذلك بسبب تخلّف شروط تطبيقها، و طبّق نظرية الظّروف الطّارئة على سبيل الاحتياط حفاظا على استمرارية المرفق العام.

فإذا كان تفسير قراري مجلس الدّولة الفرنسي في قضية Sté L'énergie industrielle و من بعده في قضية Ministre des travaux publics C/ E.D.F، يُعدّ، في نظر أصحاب الرّأي المقصرين شروط استقلالية الظّرف الطّارئ عن المتعامل المتعاقد دون الإدارة المتعاقدة معه، اتّجاها جديدا لاجتهاد مجلس الدّولة الفرنسي.

---

(1) – C.E 08 Déc. 1944, S^té L'énergie industrielle, précité.

حيث يقول الفقيه:

<< Est-ce là une application de la théorie de l'imprévision ? La négative est certaine, la situation de fait est différente. Dans la théorie de l'imprévision, il s'agit d'événements économiques d'où résulte un préjudice ; ici c'est un fait de l'administration>>.

(2) – Bernard Sablier," Les imprévus et les pouvoirs nouveaux de l'administration dans les marchés publics et de travaux ", Thèse, Nice, 1979, p 169.

(3) – د. سعاد الشّرقاوي، المرجع السّابق، ص 528.

بماذا يُفسّرون العبارات الصّريحة التي جاءت في قرار مجلس الدّولة الفرنسي في قضية مدينة d'Elbeuf الذي صدر بعد القرارين أعلاه تحديدا بعد أربعة أشهر وثلاثة عشر يوما حيث جاء فيه:

<< بما أنّ اختلال عقد الالتزام لم يكن بسبب تصرّفات مانح الالتزام و إنّما مرجعه إلى ظروف مستقلّة عن إرادة الأطراف فليس من أثره فقط أن يحول دون قبول طلب التّعويض عن الأعباء غير التّعاقدية بل هو كذلك شرط لقبول ذلك الطّلب>>(1).

و في تعليقه على هذا القرار تأسّف الأستاذ **Delaubadère**(2) عن العبارات الصّريحة المدرجة فيه و التي تخالف ما ذهب إليه الفقيه عند قوله بالاتّجاه الجديد لمجلس الدّولة الفرنسي في تقصيره شرط الاستقلالية في جهة المتعاقد دون الإدارة المتعاقدة في إحداث الظّرف الطّارئ.

و قد حاول مرّة أخرى أنصار الاتّجاه الجديد لمجلس الدّولة الفرنسي(3) تأكيد ما ذهبوا إليه في أنّ شرط الاستقلالية إنّما متعلّق بإرادة المتعاقد indépendant de la volonté de l'exécutant بدلا من الأطراف المتعاقدة indépendant de la volonté des parties contractantes مستدلّين بما جاء في قرار مجلس الدّولة الفرنسي في قضية Sté Leflon et Cie et Hoeltegen (4).

و تتعلّق القضية بعقد توريد أبرم مع وزارة الدّفاع الفرنسية، حيث طالب المورّد بتعويضه عن النّفقات التي تكبّدها، من جرّاء تخفيض الفرنك الفرنسي في أوت 1969 و الذي قرّرته السّلطات العامّة، استنادا إلى نظرية فعل الأمير.

---

(1) – C.E 15 Juil. 1949, ville d'Elbeuf, Rec.358.

حيث جاء فيه: (ترجمة حرّة في المتن)

<< Le fait que le bouleversement d'un contrat de concession ne serait pas imputable aux agissements du concédant et serait dû à des circonstances indépendantes de la volonté des parties non seulement n'a pas pour effet de rendre irrecevable une demande d'indemnité pour charges extracontractuelles, mais encore est la condition de recevabilité d'une telle demande>>

(2) – André Delaubadère, Frank Moderne, Pierre Delvolvé, T.C.A, TII, op.cit, p 591.

حيث يذكر الفقيه:

<<…en parlant d'extériorité "aux parties "… le conseil d'État lui-même , dans une formule malheureusement insérée dans l'arrêt du 15 juillet 1949 , Ville d'Elbeuf, précité, a nettement exprimé cette même idée. ..>>.

(3) – علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص308.

و انظر كذلك:

– André Delaubadère, Frank Moderne, Pierre Delvolvé, T.C.A, TII, op.cit, p 592.

(4) – C.E 02 Mars 1977, req.n° 00385, Sté Leflon et Cie et Hoeltegen, Concl. Gentot, Rec.890.

إلاّ أنّ طلب التّعويض رُفض باعتبار المتعاقد لا يوجد في موقف مختلف عن بقيّة المواطنين، كما رُفض كذلك التّعويض استنادا إلى نظرية الظّروف الطّارئة لتخلّف شروطها، بالنّظر إلى أنّ النّفقات الإضافية التي تكبّدها المورّد لم تصل إلى حدّ قلب اقتصاديات العقد، و ليس بسبب شرط استقلالية الظّرف الطّارئ عن الإدارة المتعاقدة.

فصلا في هذا الجدل نرى بأنّ للمتعاقد مع الإدارة أن يستفيد من نظرية الظّروف الطّارئة في حالتين:

الأولى: إذا كان مصدر الظّرف الطّارئ من سلطة إدارية غير تلك المتعاقدة معه، و نشاطر في ذلك رأي الفقيه **Delaubadère** [(1)].

الثّانية: احتياطيا؛ إذا صدر الظّرف الطّارئ من السّلطة الإدارية المتعاقدة و فشل المتعاقد المتضرّر في إثبات خصوصية الضّرر كشرط لتطبيق نظرية فعل الأمير؛ على أن يبقى الأصل و هو شرط استقلالية الظّرف الطّارئ عن إرادة الطّرفين. و ليكن كذلك؛ فما هو الوقت الذي ينشأ فيه اضطراب الصّفقة؟

المطلب الثّالث: أن يحصل الطّارئ بعد إبرام الصّفقة و أثناء تنفيذها

يشترط لتطبيق نظرية الظّروف الطّارئة أن يقع الظّرف الاستثنائي في الفترة ما بين إبرام الصّفقة و التّاريخ المحدّد لإتمام تنفيذها؛ و يكون من شأن ظهور الحدث الخارجي الطّارئ أن يؤدّي إلى قلب اقتصاديات الصّفقة، و يسمح بالتّالي الاحتجاج بإثارة تطبيق النّظرية[(2)].

---

(1) – André Delaubadère, Frank Moderne, Pierre Delvolvé, T.C.A, T$_{II,}$ op.cit, p 593. :**حيث يرى**
<< Il va de soi qu'elle " théorie de l'imprévision" peut l'être également lorsque le bouleversement provient d'un fait d'une administration autre que l'administration contractante ; en pareil cas, elle constituera même le seul chef d'indemnisation que le cocontractant pourra invoquer puisque la théorie du fait du prince ne pourra pas jouer >>.
علما بأنّ مجلس الدّولة الفرنسي، وإن كان قد حدّد شروط إعمال لنّظرية، في أحدث قراراته، حيث ربط استقلالية الظّرف الطّارئ عن المتعاقد، إلاّ أنّه لم يهمل العوامل الأخرى المساهمة في قلب اقتصاديات الصّفقة، لأكثر تفصيل راجع:
- C.E 7ème et 2ème chambres réunies, 21 Oct.2019, n°419155, S^{té} Alliance. Consulté sur site : *http://www.legifrance.gouv.fr* le 25 mars 2021 à 16h00mn.

(2)**انظر في ذلك:** – د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التّعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية،ط$_1$، منشأة، المعارف الإسكندرية،2011 ص118/– د. محمود حلمي، المرجع السّابقص126/– د. سعاد الشّرقاوي، المرجع السّابق، ص 530.
– د. محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السّابق، ص 158./– د. نصري منصور نابلسي، المرجع السّابق،ص 758.
– محمّد أبو بكر عبد المقصود، المرجع السّابق، ص 26./ د. محمّد جمال مطلق الذّنيبات، المرجع السّابق، ص 212.

و هذه القاعدة بيّنة لا تحتاج إلى توضيح إلاّ من ناحية بعض الاستثناءات الواردة عليها:

الفرع الأوّل: الظّروف التي تطرأ قبل أبرام الصّفقة

الأصل فيها عدم استحقاق المتضرّر لأيّ تعويض لأنّه لم يكتسب بعد صفقة المتعامل المتعاقد طبقا لنصوص المرسوم الرّئاسي 15-247 لأنّ الصّفقة لم تنشأ بعد و بالتّالي لا ترتّب أيّ أثر.

و لكن نظرا لتفرّد العقود الإدارية ببعض الخصائص من جهة، و نظرا لإجراءات إبرام الصّفقة العمومية و المراحل التي تمرّ بها من جهة أخرى، وجب أن يوضع في الحسبان تلك الفترة الممتدّة بين إيداع العروض و قبل توقيع الصّفقة أو التّصديق عليها، حيث يبقى المتعهّد ملتزما بعرضه و لا يحقّ له بالرّجوع فيه.

و من ثمّ إذا طرأت أحداث خلال تلك الفترة يحقّ للمتعهّد طلب التّعويض عنها لوحدة العلّة[1]،شريطة أن تُرسى الصّفقة عليه.

أمّا إذا تراخت الإدارة عن إرساء الصّفقة على أحد المتعهّدين إلى ما بعد المدّة المحدّدة؛ فإنّ للمتعهّدين سحب عطاءاتهم، فإن رست الصّفقة على أحدهم و لم يسحب عطاءه اعتبر عالما بالظّرف الطّارئ وقت تعاقده و ارتضى به، و من ثمّ لا حقّ له في التّعويض استنادا إلى نظرية الظّروف الطّارئة[2].

و هو الاجتهاد القضائي المكرّس في قرارات مجلس الدّولة الفرنسي حين قضى بأنّه لا يُمكن اعتبار التّقلبات الحاصلة بين تاريخ العرض و تاريخ التّصديق غير متوقّعة و غير مرتقبة(لإمكانية المتعهّد سحب عطاءه قبل انعقاد العقد) ممّا يحرم المدّعي حق الاستفادة من التّعويض على أساس نظرية الظّروف الطّارئة [3].

---

(1) – د. سليمان الطّماوي، المرجع السّابق، ص 673.

انظر أيضا:– د. سعاد الشّرقاوي، المرجع السّابق، ص 531.

– د. محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السّابق، ص 158.

(2) – عبابسة نور الدّين، مذكّرة الماجستير، المرجع السّابق، ص 119.

(3) – C.E 15 Janv. 1932, req. n° 5771, S^{té} des entreprises Limousin, Concl. Mazerat, Rec.64.

- C.E 6/2 SSR du 17 Juin 1981, n° 07246, Commune de Papeete, Rec.814.<< à la date de la signature…les hausses de matières premières et des produits pétroliers et dérivés s'étaient déjà produites et les variations ultérieures des indices des prix étaient prévisibles…>> .

و قرار مجلس الدّولة الفرنسي في قضية la pomme de terre[1]هو الأكثر وضوحا، حيث رفض المجلس التّعويض استنادا لنظرية الظّروف الطّارئة لتخلّف شرط عدم التّوقع عند تاريخ التّصديق على العقد.

الفرع الثّاني: الظّروف التي تطرأ بعد المدّة المحدّدة للتّنفيذ

القاعدة العامّة أنّه لا تعويض عن الأحدث التي تطرأ بعد نهاية الصّفقة، فلا يمكن للمتعاقد أن يحصل على تعويض عن الظّروف الطّارئة اللاّحقة لمدّة التّنفيذ[2]. أمّا إذا كان التّأخير في التّنفيذ سببه المتعاقد فالأصل فيه– في تقديرنا– كذلك عدم استحقاق التّعويض بحيث يتعيّن عليه تحمّل وزر خطئه[3]، كما أنّه يتعيّن دفع التّعويض الكامل للمتعامل المتعاقد إذا كان سبب التّأخير يعود إلى خطأ المصلحة المتعاقدة تأسيسا على المسؤولية العقدية بخطأ.

---

(1) – C.E 20 Déc. 1961, S.A.R.L " La pomme de terre", Rec.731.

و أهمّ ما جاء فيه من وقائع:

أنّ الشّركة المدّعية كانت قد تعاقدت مع الحكومة الجزائرية(إبّان الاحتلال الفرنسي للجزائر) على توريد مادّة البطاطا في الفترة الممتدّة بين أوّل أفريل 1958 إلى أوّل أفريل 1959. و بسبب الأحداث التي وقعت في 13 ماي 1958 ممّا أدّى إلى أرتفاع فاحش في الأسعار، طالبت الشّركة بتعويضها عن النّفقات، غير العادية و الخارجة عن النّطاق التّعاقدي، التي تكبّدتها جرّاء تلك الأحداث؛ بيد أنّ العقد لم يُصادق عليه إلاّ بتاريخ 29 ماي 1958، و بناءً على المادّة السّادسة من دفتر الشّروط العامّة كان بإمكان الشّركة العدول عن تعهّدها بين تقديم العطاء و حتى التّصديق النّهائي على العقد.

و كان المعيار و الفيصل الذي اعتمده مجلس الدّولة الفرنسي لتحديد ما إذا كان ارتفاع الأسعار يدخل ضمن توقّعات الأطراف أم لا إنّما هو تاريخ التّصديق على العقد. و باعتبار ارتفاع الأسعار كان قد حدث قبل التّصديق، فإنّ التّغيّرات اللاّحقة لا يمكن اعتبارها في هذا التّاريخ غير متوقّعة. و عليه رفض المجلس التّعويض استنادا لنظرية الظّروف الطّارئة.

(2) – C.E 31 Oct. 1980, req. n°10712,10740 et 10742, Ministre de l'équipement et de l'aménagement du territoire c / Sté du port de pêche de Lorient, Concl. Massot, Rec.397.

و قد جاء فيه:

Un cocontractant ne peut << obtenir une indemnité d'imprévision s'agissant de circonstances postérieures au terme de la concession>>.

(3) - **و هو الاتّجاه الذي يأخذ به مجلس الدّولة الفرنسي أنظر في ذلك قراره:**

- C.E 29 Avril 1949, n°89750, Ministre de la guerre C / Debosque, Rec.191, G.A.J.A, op.cit, p 193.

و قد جاء فيه:

Si la perte subie par l'entrepreneur est due à une faute commise par le cocontractant lui-même il n'a droit à aucune indemnité :<<…la prolongation de la durée d'exécution du marché litigieux au-delà du 1er Décembre 1947 est uniquement imputable à l'entrepreneur qui n'avait pas mis à la disposition du chantier un nombre d'ouvriers suffisant pour que les travaux fussent terminés dans le délai qui lui était imparti >>.

عكس ما يذهب إليه الجانب الأوّل من الفقه[1] الذي يرى بإمكانية إثارة نظرية الظّروف الطّارئة في حالة ما إذا كان الخطأ في التّأخير مرجعه الإدارة المتعاقدة، و لا الجانب الثّاني[2] الذي يرى بأن تلتزم الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعامل المتعاقد معها عن الأضرار المترتّبة على ذلك وفقا لنظرية فعل الأمير. ذلك أنّ كلا الاتّجاهين أغفلا بأنّ مسؤولية الإدارة في كلٍّ من نظرية المخاطر الإدارية و المخاطر الاقتصادية هي مسؤولية عقدية دون خطأ.

غير أنّ الإشكال يَدِّق إذا كان امتداد تنفيذ الصّفقة قد تمّ بناءً على رضا الطّرفين؟ و هل يمكن المطالبة بالتّعويض حتى بعد نهاية العقد؟

هنا يجب التّمييز بين التّجديد و الملحق و انتهاء العقد:

أوّلا: ففي حالة انتهاء المدّة الأولى لتنفيذ الصّفقة و تمّ تجديد العقد فإنّ تاريخ التّجديد هو الذي يُعتدّ به لتقدير شرط عدم التّوقع للظّروف التي يواجهها المتعامل المتعاقد خلال المدّة الثّانية للعقد[3].

ثانيا: أمّا في حالة إبرام الطّرفين لملحق[4] فإنّ تاريخ إبرام هذا الملحق هو الذي يُعتدّ به لتقدير إمكان التّوقع أو عدم إمكان التّوقع للحدث اللاّحق لهذا التّاريخ[5].

---

(1) **– من أنصار هذا الرّأي:**

– André Delaubadère, Frank Moderne, Pierre Delvolvé, T.C.A, T$_{II}$, op.cit, p 594.

انظر كذلك:

– د. سليمان الطّماوي، المرجع السّابق، ص 674. / – د. سعاد الشّرقاوي، المرجع السّابق، ص531.

– د. منصور نابلسي، المرجع السّابق، ص 760. / – د. محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السّابق، ص 159.

(2) – د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامّة للعقود الإدارية، المرجع السّابق، ص 208.

انظر أيضا: – علي بن عبد الكريم السّويلم، المرجع السّابق، ص 82.

(3) – C.E 19 Oct. 1966, S^{té} " Les viviers de Saint-Malo", Rec.1020.

انظر أيضا: – علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص265.

(4) – تناول المشرّع الجزائري الملحق في القسم الخامس من الفصل الرّابع من الباب الأوّل من الأمر الرّئاسي 15-247 في المواد 135إلى 139؛ حيث تنصّ المادّة 135 منه على:

<< يمكن المصلحة المتعاقدة أن تلجأ إلى إبرام ملاحق للصّفقة في إطار أحكام هذا المرسوم>>.

(5) – و هو ما قضى به مجلس الدّولة الفرنسي في قراره الصّادر في قضية بلدية Papeete السّالف ذكره، حيث رفض التّعويض عن النّفقات غير التّعاقدية النّاتجة عن ارتفاع أسعار المواد الأوّلية و المنتجات البترولية...باعتبار أنّ ارتفاع الأسعار اللاّحق لتاريخ الملحق كان متوقعا.

علما بأنّ توقّع الحدث من قبل المتعامل المتعاقد لا ينفي دائما عدم توقّع الآثار التي قد يُرتّبها ذات الحدث، و عليه يجب على القاضي عند تقديره لشرط عدم التّوقع أن يأخذ في الحسبان تاريخ إبرام العقد و مدى ارتباطه بمحلّ عدم التّوقع و ما إذا كان الحدث أو النّتائج مترتّبة عليه(1).

حيث قضى مجلس الدّولة الفرنسي في قضية Sté Eau et assainissement C./ Ville de Paris بأنّه إذا كان من الممكن في تاريخ العقد توقّع احتلال مقاطعة Ruhr من قبل فرنسا و بلجيكا إلاّ أنّ النّتائج المترتّبة عن هذا الاحتلال لم يكن بالإمكان توقّعها لا سيما الزّيادة في أسعار المواد الأوّلية(2).

ثالثا: أمّا بعد نهاية الصّفقة يمكن كذلك الحصول على التّعويض، إنّ هذا الحال قد يُفاجئ في نظر الرّأي المؤسّس نظرية الظّروف الطّارئة على أساس فكرة استمرارية المرفق العامّ، ذلك أنّه إذا انتهى العقد فليس هناك مجال للسّماح للمتعاقد بضمان الخدمة.

حيث يجيب الأساتذة **M.Long/G.Braibant/P.Delvolvé/B.Genevois** (3) بأنّ هذه النّظرة الجدّ سطحية تجهل الحقيقة: فالتّطلع إلى الحصول على تعويض يساهم في تحفيز المتعاقد على الاستمرار في تنفيذ العقد، فاستقامته يجب أن تُعوّض، حتى لا نقول تُكافئ، بأثر رجعي.

لذلك نجد مجلس الدّولة الفرنسي يقرّر منح التّعويض عن الظّروف الطّارئة حتى و لو جاء الطّلب بعد وصول العقد لأجله(4).

المطلب الرّابع: أن يؤدّي الظّرف الطّارئ إلى قلب اقتصاديات الصفقة

يشترط لتطبيق نظرية الظّروف الطّارئة أن يُرتّب الظّرف الطّارئ إرهاقا للمتعامل المتعاقد .

---

(1)– علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص267.

(2) – C.E 04 Nov. 1932, n°12014, Sté Eau et assainissement C./ Ville de Paris, Rec.916.

(3) - M. Long /G.Braibant/P.Delvolvé/B.Genevois, Voir leur ouvrage G.A.J.A précité, p 195.

حيث قدّروا أنّ:

<< Cette vue trop simpliste, méconnait la réalité : La perspective d'obtenir une indemnité contribue à inciter le cocontractant à poursuivre l'exécution du contrat ; ses diligences doivent être compensées, pour ne pas dire récompensées, rétrospectivement >>.(ترجمة حرّة في المتن)

(4) – C.E 27 Juil. 1951 Commune de Montagnac, Rec.439.précité.

- Voir dans le même sens :

- C.E sect. 12 Mars 1976, Départ[t]. des Hautes-Pyrénées C. Sté Sofilia, Rec.155.précité.

Source des deux arrêts : G.A.J.A, op.cit, p 195.

بحيث يؤدّي الحدث إلى صعوبة تنفيذ المتعامل المتعاقد لالتزاماته العقدية، و إلى تحمّله لخسارة كبيرة غير متوقّعة ممّا يؤدّي إلى الإخلال بالتّوازن المالي للعقد، أي قلب اقتصادياته[1].

و الانقلاب في اقتصاديات الصّفقة هو ذلك الاضطراب الكبير في التّنفيذ الذي تنشأ عنه الوضعية المعبّر عنها اصطلاحا بالوضعية غير التّعاقدية situation extracontractuelle [2] و تسمّى فترة دوامها بالفترة غير التّعاقدية période extracontractuelle بدايتها من اللّحظة التي تتجاوز فيها أعباء المتعامل المتعاقد أقصى حدود الزّيادة التي كان يمكن توقّعها، أي تجاوز السّعر الجديد النّاتج عن الحدث الطّارئ السّعر الحدّ prix limite [3].

و تنتهي هذه الفترة عند توقّف أعباء المتعامل المتعاقد عند حدّ ما فلا تزيد عليه؛ إمّا لأنّ الوضع الاستثنائي أصبح دائما أو لأنّ الزّيادة الشّديدة في الأعباء تراجعت إلى الحدّ الذي كان متوقعا وقت الانعقاد.

و تسمّى الأعباء التي تتولّد عن الوضعية غير التّعاقدية في الفترة غير التّعاقدية بالأعباء الخارجة عن العقد charges extracontractuelles [4] .

و من ثمّ يثار التّساؤل حول مدلول الأعباء غير التّعاقدية، هل يُقصد بها خسارة الاستغلال (الفرع الأوّل) أم تجاوز الحدّ الأقصى للأسعار (الفرع الثّاني) أم الإخلال بالتّوازن المالي للعقد (الفرع الثّالث).

---

(1) – رياض إلياس عيسى الجريسات، المرجع السّابق، ص 190.

انظر أيضا:

– د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التّعاقدية، المرجع السّابق، ص 122.

– د. هاني عبد الرّحمان اسماعيل، المرجع السّابق، ص 1179.

– أحمد بن محمّد الشّمري، المرجع السّابق، ص 87.

– سحر جبار يعقوب، المرجع السّابق، ص 151.

(2) – André Delaubadère, Yves Gaudemet, Droit Administratif Général, op.cit, p 714.

Voir également :

- Jean Rivero, Jean Waline, op.cit, p 132.
- Pierre Laurent Frier, Jacques Petit, op.cit, p 355.
- Laurent Richer, op.cit, p 269.

(3) – أ.د. محمّد الصّغير بعلي، المرجع السّابق، ص 94.

(4) – أ.د. مصطفى أبو زيد فهمي، الإدارة العامّة نشاطها و أموالها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص 94.

الفرع الأوّل: خسارة الاستغلال

إنّ انتقاص الرّبح أو انعدامه أو تكبّد بعض الخسائر الطّفيفة لا يكفي لتطبيق نظرية الظّروف الطّارئة لأنّ كلّ صاحب مشروع معرّض بحكم مخاطر المهنة (Les risques du métier) للرّبح أو الخسارة[1].

حيث استبعد مجلس الدّولة الفرنسي تطبيق نظرية الظّروف الطّارئة متى كانت الخسائر طفيفة[2]، كما يذكر الفقه[3] بأنّ مجلس الدّولة الفرنسي يشترط أن يكون العبء من الأهمّية بما كان؛ أدناه بالتّقريب يتراوح بين 5 و 10 % من المبلغ الإجمالي للعقد.

و هو ما يستشفّ من أحد أحدث قراراته أين قضى بتخلّف شرط الانقلاب عندما لا تتجاوز الأعباء الإضافية 3% من المبلغ الإجمالي للصّفقة[4].

و عليه يُشترط في المقام الأوّل أن يُرتّب الحدث خسارة في الاستثمار لإعمال نظرية الظّروف الطّارئة.

الفرع الثّاني: تجاوز الحدّ الأقصى للأسعار

إنّ تواجد المتعامل المتعاقد في الوضعية غير التّعاقدية في الفترة غير التّعاقدية يستلزم أن تكون آثارها على الصّفقة قد تجاوزت ما يُسمّى بالحدّ الأقصى للأسعار. و الحدّ الأقصى للأسعار هو ذلك الحدّ الاحتمالي لارتفاع الأسعار الذي كان يمكن توقّعه عند إبرام العقد[5].

---

(1)– د. يوسف سعد الله الخوري، القانون الإداري العام، ج1، تنظيم إداري، أعمال و عقود إدارية،دن ،1998،ص 497.

(2) – C.E 02 Juil. 1982, S^té routière Colas, Rec.261/ G.A.J.A, op.cit, p 194. **من بين ما جاء فيه:**

<< Ainsi l'augmentation de diverses charges sociales spécifiques à La Martinique représentant une charge supplémentaire de l'ordre de 2% du montant global d'un marché ne saurait être regardée comme ayant entraîné un bouleversement économique de l'équilibre financier du marché >>.

(3) – Christophe Guettier, Droit des contrats administratifs, Thémis Droit, P.U.F, 2008, p 426.

إذ يذكر الفقيه بأنّ:

<< La jurisprudence exige un surcoût d'une certaine importance, dont le minimum paraît se situer approximativement entre 5et 10%>>.

(4) – C.E 5/3SSR du 30 Nov.1990, n°53636, S^té Coignet entreprise, Concl. Stirn, Rec.875. Consulté sur site : https://www.legifrance.gouv.fr le 30 Mars 2021 à 21h00mn.

(5) – د. سعاد الشّرقاوي، المرجع السّابق، ص 533.

– **راجع كذلك:** – د. محمّد السّناري، المرجع السّابق،ص 85.

حيث تكون الأطراف المتعاقدة قد أخذت في الحسبان – لحظة الإبرام– الارتفاع المحتمل للأسعار الذي يمكن أن يطرأ عند تنفيذ الصّفقة، و هو الأمر الوارد في ظلّ التّقلبات الاقتصادية العالمية في الوقت الحاضر[1].

إلاّ أنّ تجاوز هذا الارتفاع لـ " عتبة عدم التّوقع" "le seuil de l'imprévision" هو الذي يؤدّي إلى تفعيل نظرية الظّروف الطّارئة، و عليه قد يخطأ من يظنّ بأن إدراج بنودا تعاقدية، في الصّفقة أو في دفتر الشروط، تنصّ على تحيين أو مراجعة الأسعار[2]، قد يؤدّي إلى تعطيل إعمال نظرية الظّروف الطّارئة.

فلا يجب أن نُغفل بأنّ مثل تلك البنود هي شروط تعاقدية أُدرجت لتحكم ظروفا كانت متوقّعة لحظة الإبرام؛ و هو ما يتنافى مع روح نظرية الظّروف الطّارئة التي إنّما ابتكرت لتنظّم الفترة غير التّعاقدية؛ أين تتعطّل البنود العقدية، إمّا لعجز و إمّا لقصور، لإيجاد حلّ للصعوبات المالية التي رتّبها الظّرف الطّارئ.

و لقد وردت عبارة الحدّ الأقصى للأسعار في العديد من قرارات مجلس الدّولة الفرنسي[3]، حيث اعتبرها شرطا جوهريّا لقيام نظرية الظّروف الطّارئة، من ذلك ما جاء في قراره الصّادر في قضية بلدية Tursac عندما قضى بأنّ:

<< الارتفاع في الأسعار لم يتجاوز الحدّ الذي كان بإمكان الأطراف توقّعه، و في هذه الظّروف لا يُمنح أيّ تعويض عن الظّروف الطّارئة>>[4].

---

(1) – علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص390.

(2) – حول تحيين و مراجعة الأسعار راجع المواد: من 97 إلى 105 من المرسوم الرّئاسي 15–247 السّالف ذكره.

(3) – C.E 8 Août 1924, n°77436, Sté d'éclairage et de force motrice de Brive, Concl. Mazerat, Rec.817. Consulté sur site : https://www.gallica.bnf.fr le 30 Mars 2021 à 21h30mn.

و قد جاء فيه:

<< En ce qui concerne la détermination du prix maximum de revient ayant pu entrer dans les prévisions des parties :- Cons. que ce prix-limite est celui du prix de revient du mètre cube de gaz et du kilowatt d'électricité…>>.

(4) – C.E 03 Janv. 1936, n°25547, Commune de Tursac C/ Sté Allary, Concl. Parodi, Rec.5. Consulté sur site : https://www.gallica.bnf.fr le 30 Mars 2021 à 21h40mn.

و قد جاء فيه: (ترجمة حرّة في المتن)

و يرى الأستاذ **Delaubadère**[1] بأنّ فكرة الحد الأقصى للأسعار يمكن توسيعها من سعر التّكلفة إلى موارد المتعاقد، فعوضا من أن يرتفع سعر التّكلفة إلى أكثر ممّا كان متوقّعا، فإنّ الموارد هي التي قد تنخفض إلى أقلّ ممّا كان متوقّعا: فالنّتيجة بالنّسبة للمتعاقد هي نفسها كما في حالة ارتفاع سعر التّكلفة فالتّوازن المالي للعقد يكون قد اختلّ.

و عليه؛ فالأعباء غير التّعاقدية للصّفقة المترتّبة عن تجاوز الحدّ الأقصى للأسعار، يجب على القاضي في تقديره لهذا الأخير، أن يأخذ بعين الاعتبار كلّ من ارتفاع سعر التّكلفة إلى أكثر ممّا كان متوقّعا أو انخفاض إيرادات المتعاقد إلى أقلّ ممّا كان متوقعا عند إبرام الصّفقة.

الفرع الثّالث: الإخلال بالتّوازن المالي للعقد

لإعمال نظرية الظّروف الطّارئة يُشترط أن يصل حجم الخسائر في الاستغلال و تجاوز الحدّ الأقصى للأسعار إلى قلب اقتصاديات العقد.

و يُقصد بقلب اقتصاديات العقد اختلال التّوازن المالي للصّفقة الذي من شأنه أن يُلحق بالمتعاقد خسارة ماحقة تؤدّي إلى الإضرار بمركزه المالي ممّا يؤثّر على استمراره في تنفيذ التزاماته[2].

و لمّا كانت فكرة اقتصاديات الصّفقة فكرة نسبية تقدّر في كلّ حالة وفقا لظروف كلّ صفقة على حده[3] لذلك يأخذ القضاء الإداري لقيام هذا الشّرط بعدّة اعتبارات:

أ/- رقم الأعمال: لتحديد نسبة الضّرر التي يتحمّلها المتعاقد، يأخذ القاضي بعين الاعتبار الوضعية المالية للشّركة، الأرباح المحقّقة في الماضي و المزايا المتوقّعة في المستقبل، الطّبيعة الهشّة نوعا ما للشّركة[4].

<<…il résulte de l'instruction que cette hausse n'a pas dépassé les limites de celle que les parties pouvaient envisager ; que, dans ces conditions, aucune indemnité d'imprévision ne saurait être allouée>>.

(1) – André Delaubadère, Frank Moderne, Pierre Delvolvé, T.C.A, TII, op.cit, p 596.

(2) – د. جابر جاد نصّار، المرجع السّابق، ص 339.

(3) – د. سليمان الطّماوي، المرجع السّابق، ص 674.

(4) – M. Long/P. Weil/G. Braibant/P. Delvolvé/B. Genevois, G.A.J.A, op.cit, p 195 .

حيث يذكر الفقهاء:

و هو ما قضى به مجلس الدّولة الفرنسي في قراره الصّادر في قضية C^ie française des câbles télégraphiques [1].

ب/- المبالغ المالية الممنوحة للمتعاقد و التّيسيرات التي يحصل عليها المتعاقد بناءً على بنود العقد عند مواجهة ظرف طارئ[2]. و هو ما قضى به مجلس الدّولة الفرنسي في قضية مدينة Nice [3].

حيث قدّر بعدم تحقّق شرط قلب اقتصاديات العقد باعتبار حصول المتعاقد على تعويضٍ بموجب بنود العقد في حالة ارتفاع الأجور.

ج/- مقارنة الخسائر بشرط مراجعة الأسعار: من بين التّطورات التي أُدخلت على نظرية الظّروف الطّارئة و التي أفرغتها جزئيا من آثارها، هو إدراج المتعاقدين في عقودهم بنودا لمواجهة تغيّر أو مراجعة الأسعار.

إلاّ أنّ بنود التّغيّر أو المراجعة تلك، لم تجفّف نظرية الظّروف الطّارئة[4]؛ إمّا لأنّ تلك البنود عُطّلت بموجب إجراء من السّلطة العامّة يقضي بتجميد الأجور[5] و إمّا لأنّها لم تشمل الأحداث التي طرأت[6].

فوجود بند المراجعة الجزافية بسبب ارتفاع أسعار المواد، الأجور أو المصاريف العامّة لا يتعارض مع منح تعويض عن الأعباء غير التّعاقدية، عندما لا يُفعّل هذا البند في الظّروف العادية طبقا لما ذهبت إليه إرادة الطّرفين[7].

<< Pour établir la proportion du préjudice mis à la charge du cocontractant, le juge tient compte de la situation financière de l'entreprise, des bénéfices réalisés dans le passé et des avantages escomptés pour l'avenir, du caractère plus ou moins précaire de l'exploitation >>.

(1) – C.E 21 Avril 1944,C^ie française des câbles télégraphiques, précité G.A.J.A, op.cit, p 195.

(2) – د. محمّد السّناري، المرجع السّابق،ص 95.

(3) – C.E 05 Mars 1958, ville de Nice, Rec.143.

(4) - M. Long/ P. Weil/ G. Braibant/ P. Delvolvé/ B. Genevois, G.A.J.A, op.cit, p 197.

<< Les clauses de variation ou de révision n'ont pas épuisé la théorie de l'imprévision>>.

(5)– C.E 15 Juil.1949,Ville d'Elbeuf.**Cf.**C.E 22 Fév.1963,Ville d'Avignon,GAJA,op.cit,p 197

(6) – C.E 29 Mai 1991, n°92551, Établissement public d'aménagement de la ville nouvelle de Saint-Quentin-en-Yvelines, Concl. Mme Leroy, Rec.1048.

(7) – **من بين القرارات القضائية لاجتهاد القضاء الإداري في هذا الشّأن:**

- C.E 05 Nov. 1937, req. n° 49958, Département des Côtes-du-Nord, Concl. Josse, Rec.900.
- C.E 11 Juin 1947, req.n° 76899, Ministre de la guerre C/. Nadaud, Concl. Lefas, Rec.255.
- C.E 02 Fév.1951, Secrétaire d'État à la défense, Rec.67. **حيث قضى فيها مجلس الدّولة الفرنسي بأن:**

د/- جميع الأنشطة التي يبدو أنّها مرتبطة بالنّشاط الأساسي لموضوع العقد و التي تعتبر توابع أو ملحقات أو فروع ضرورية للالتزام الأصلي في العقد الأساسي[1].

فإذا حقّق خسارة في أحد العقود و أرباحا في عقود أخرى ملحقة، فإنّه يُنظر إلى مجموعة العقود على أنّها اتّفاق واحد[2]؛ و يُشترط أن يكون قلب اقتصاديات العقد قد حدث في العقد و العقود الملحقة به كوحدة واحدة دون تجزئة مختلف النّشاطات التي يشملها[3]، كأن تشمل الصّفقة جملة من الأشغال العامّة بالإضافة إلى إدارة مرافق عامّة عن طريق الالتزام[4].

هـ/- استبعاد الأنشطة غير المرتبطة بالصّفقة، و هو ما ذهب إليه مجلس الدّولة الفرنسي في قراره الصّادر في قضية Société Sofilia [5].

و/- استبعاد الأرباح السّابقة و الأرباح الاحتمالية اللاّحقة للظّرف الطّارئ:

لأنّ مفهوم الخسارة الفادحة يُقدّر من قبل القاضي بالنّظر إلى مجموع الظّروف المسبّبة له؛ فكون الشّركة استطاعت توزيع الأرباح على المساهمين لا يستبعد بالضّرورة منح تعويضا استنادا إلى نظرية الظّروف الطّارئة، لأنّ الأرباح قد تكون أُخذت من الاحتياطات المُكَوَّنة في السّنوات المربحة السّابقة لفترة عدم التّوقع[6].

<< L'existence d'une clause de révision du forfait en raison de la hausse des matériaux, des salaires et des frais généraux ne s'oppose pas à l'allocation d'une indemnité pour charges extracontractuelles lorsqu'en fait cette clause, n'a pas joué dans des conditions normales conformément à la commune intention des parties >>.

(1) - علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص398.

(2) – د.سعاد الشّرقاوي، المرجع السّابق، ص 534.

(3) - André Delaubadère, Frank Moderne, Pierre Delvolvé, T.C.A, TII, op.cit, p 598. :**حيث يذكر**

<< …Si le contrat couvre plusieurs objets, la pluralité des seconds n'empêche pas l'unité du premier : il faut donc tenir compte des résultats d'ensemble du contrat, sans faire le partage entre les différentes activités qu'il couvre… >>.

(4) – C.E 10 Avril 1935, ville de Toulon, Rec.480. Le contrat avait pour objet l'exécution d'un travail public et gestion d'un service public.

- C.E 01 Juil. 1949, Établissement Vialla, Rec.318. Le contrat avait pour objet l'exécution de plusieurs travaux publics.

(5) - C.E sect. 12 Mars 1976, Départ[t]. des Hautes-Pyrénées C. S[té] Sofilia, Rec.155.

(6) – و هو ما ذكره الأساتذة في مؤلّفهم القرارات الكبرى لاجتهاد القضاء الإداري G.A.J.A السّالف ذكره، ص 194:

و هو ما قضى به مجلس الدّولة الفرنسي في قراره الصّادر في قضية ville d'Avignon[1]: و تتلخّص وقائعه في أنّ شركة التزام توزيع الغاز لم تتوقّف عن توزيع الأرباح على المساهمين فيها و في ذات الوقت رفعت دعوى ضد مدينة Avignon مطالبة بتعويضها عن الاختلال الذي أصاب العقد الذي أبرمته مع المدينة.

احتجّت مدينة Avignon في دفاعها بعدم أحقّية الشّركة المدّعية الحصول على أيّ تعويض طالما أنّها استمرّت في توزيع الأرباح على المساهمين فيها أثناء الفترات التي تطالب فيها بالتّعويض.

غير أنّ مجلس الدّولة الفرنسي أقرّ صراحة بأنّ توزيع الأرباح على المساهمين لا يستبعد بالضّرورة بأنّ الشّركة لم تتحمّل خلال تلك الفترة أعباءً غير تعاقدية، من شأنها أن تبرّر منحها تعويضا إعمالا لنظرية الظّروف الطّارئة.

خلاصة الفصل الثّاني

إنّ الوضعية غير التّعاقدية التي تتولّد عن ظروف استثنائية غير متوقّعة في تاريخ إبرام الصّفقة و الخارجة عن إرادة طرفي العلاقة العقدية، و التي من شأنها أن تقلب اقتصاديات الصّفقة و تؤدّي إلى إثقال كاهل المتعامل المتعاقد، تستوجب البحث عن حلٍّ استثنائيٍ محلّه تعويض المتعامل المتعاقد عن الضّرر الذي لحقه طيلة الفترة غير التّعاقدية.

هذا الحلّ الاستثنائي ابتكره مجلس الدّولة الفرنسي من خلال قراره الشّهير، الذي اعتبره الفقه الإداري دستور نظرية الظّروف الطّارئة، في قضية Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux.

حيث جاء هذا الحلّ الاستثنائي استجابة لضرورة استمرارية المرفق العامّ، مبرّرا كيفية معالجة وضع غير تعاقدي حفاظا على التّوازن المالي للعقد.

<< …La notion de déficit important est apprécié par le juge eu égard à l'ensemble des circonstances de la cause : le fait que la société ait pu distribuer des dividendes à ses actionnaires n'exclut pas nécessairement l'octroi d'une indemnité d'imprévision, car les dividendes peuvent être puisés dans les réserves constituées lors d'exercices bénéficiaires antérieurs à la période d'imprévision >>.

(1) – C.E 22 Fév. 1963, Ville d'Avignon, Rec.115.

و إن كانت النّظرية أوفر حظّا من سابقتها – نظرية فعل الأمير– إذ لم تثر الجدل الكبير بين الفقه الإداري، إلاّ أنّ هذا الأخير اختلف حول أساسها القانوني، فتشعّبت آرائهم سبلا شتّى، على أن يبقى– في تقديرنا– الرّاجح من القول هو فكرة استمرارية المرفق العامّ.

و يُشترط لتطبيق نظرية الظّروف الطّارئة– أو كما تسمّى نظرية اقتسام الأعباء– أن يكون الحدث المكوّن للظّرف الطّارئ غير عادي و غير متوقّع، خارج عن إرادة الطّرفين، و أن يحصل خلال تنفيذ الصّفقة و أن يؤدّي في الأخير إلى قلب اقتصادياتها.

فالبرّغم من تدخّل التّشريعات من خلال النّصوص القانونية و محاولة الأطراف المتعاقدة إدراج بنود تعاقدية من أجل تنظيم الظّرف الطّارئ، إلاّ أنّ النّظرية لا تزال لها الكثير من التّطبيقات في القضاء الإداري المقارن، بل قد توسّعت– تحت ضغط و إلحاح الفقه– لتشمل قواعد القانون الخاصّ حيث انتهى حتى المتشدّد منه(إذ لم يأخذ القانون المدني الفرنسي بالنّظرية إلاّ سنة 2016)من استلهام قواعد النّظرية.

و لا يزال، من حين لآخر، اجتهاد القضاء الإداري في فرنسا يُدخل على نظرية الظّروف الطّارئة بعض التّعديلات، فهي بذلك في تطوّر مستمر.

الفصل الثّالث: المخاطر المادّية

تقديم:

عند اختلال التّوازن المالي للصّفقة – ممّا يجعل تنفيذها مرهقا للمتعامل المتعاقد– لسبب طارئ بعد إبرامها، سواء كان مرجعه الإدارة المتعاقدة أو كان مصدره ظروف اقتصادية بصفة خاصّة أو نوازل طبيعية بصفة عامّة؛ فإنّ للمتعامل المتعاقد المتضرّر من تلك المخاطر أن يطلب – كما سبق و أن رأينا في الفصلين الأوّلين من هذا الباب– التّعويض عن الأعباء الاستثنائية الإضافية التي تكبّدها استنادا إمّا إلى نظرية فعل الأمير جبرا للضّرر المترتّب عن المخاطر الإدارية، أو استنادا لنظرية الظّروف الطّارئة جبرا للضّرر الذي رتّبته المخاطر الاقتصادية.

إلاّ أنّه قد يُصادف المتعامل المتعاقد، عند تنفيذه للصّفقة العمومية، صعوبات من طبيعة مادّية لم يتوقّعها و لم يكن في وسعه توقّعها عند إبرام الصّفقة، ممّا يجعل من تنفيذها أمرا مرهقا له و أكثر تكلفة

عن الحدّ المقرّر، فهل يجوز له – كما هو الحال في المخاطر الإدارية و المخاطر الاقتصادية– أن يطالب بالتّعويض عن المخاطر المادّية؟

ذلك ما سنحاول الإجابة عنه في هذا الفصل؛ حيث سنتناول مضمون نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة في المبحث الأوّل، ثمّ أساسها القانوني في المبحث الثّاني على أن نخصّص المبحث الثّالث لشروط إعمالها.

المبحث الأوّل: مضمون النّظرية و مجال إعمالها

لتحديد مضمون النّظرية سوف نعرض نشأتها في (المطلب الأوّل) على أن نخصّص (المطلب الثّاني) للتّطور الذي عرفته النّظرية من خلال التّعديلات التي أُدخلت عليها، ثمّ نتناول في (المطلب الثّالث) تعريفها وفقا لما استقرّ عليه الفقه و القضاء الإداريين، أمّا مجال تطبيقها يكون محلّه (المطلب الرّابع).

المطلب الأوّل: نشأة النّظرية

ابتكر مجلس الدّولة الفرنسي نظرية الصّعوبات المادية غير المتوقّعة و طبّقها على العقود الإدارية متى توافرت شروط إعمالها. و من ثمّ فإنّها تُعدّ نظرية قضائية النّشأة، شأنها في ذلك شأن نظريتّي فعل الأمير و الظّروف الطّارئة[1].

و قد نشأت نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقعة بموجب قرار مجلس الدّولة الفرنسي الصّادر في قضية Duché[2]، حيث قرّر المجلس تعويض المتعاقد عن أيّة صعوبات مادية غير متوقّعة واجهته أثناء تنفيذ العقد لكي يتمكّن من الاستمرار في التّنفيذ.

حيث صدر هذا القرار تفسيرا لنصّ المادّة 28 من دفتر الشّروط و المواصفات العامّة لعقود الجسور و الطّرقـــات في فرنسا[3]، و التي كانت تُقرّر تعويض المتعــاقد عن الهـــلاك و التّلف أو الخسارة و الأضرار النّاتجة عن القوّة القاهرة.

(1) – د. هيثم حليم غازي، التّوازن المالي في العقود الإدارية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015، ص 156.
(2) – C.E 24 Juin 1846, Duché, Cité par André Delaubadère & Co. TCA,TII, op.cit, p 500.
(3) – Article 28 de l'ancien Cahier des charges globales des ponts et chaussées.

و الملاحظ أنّ مجلس الدّولة الفرنسي قد اعتمد في البداية على نظرية القوّة القاهرة و اتّخذها مصدرا لنظرية الصّعوبات المادية غير المتوقّعة. و هو ما يؤكّده قراره الصّادر في سنة 1866 [1]؛ حيث تمثّلت الصّعوبات المادية في الأمطار الغزيرة و الاستثنائية التي جعلت من الالتحاق بالورشات أمرا مستحيلا لعدّة أيّام.

ثمّ بعد ذلك حدّد معالم النّظرية و أصبحت مستقلّة عن نظرية القوّة القاهرة، و لها أحكامها المتميّزة بمقتضى قراره في قضية Veyret[2]؛ حيث أوضح مجلس الدّولة الفرنسي حق المتعاقد في الحصول على تعويض عن الأضرار التي أصابته نتيجة الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة.

ثمّ تواترت و توالت بعد ذلك قرارات مجلس الدّولة الفرنسي في تطبيق نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة[3]، حتى نمت معالمها و تحدّدت و أصبحت نظرية قائمة بذاتها، أو كما عبّر عنها بعض الفقه إحدى معالم النّظام القانوني للعقود الإدارية[4].

---

(1) – C.E 30 Juin 1866, req. n° 36492, Canal Saint-Martin, Concl. De Belbeuf, Rec.748. Consulté sur site : *https://www.gallica.bnf.fr* le 02 Fév.2021 à 08h00mn. **و قد جاء فيه:**

<< Cons. que cette inondation a été générale ; qu'indépendamment des pertes de matériel dont elle a été cause…, elle a eu pour effet de rendre l'accès des chantiers impossibles pendant plusieurs jours, et, par suite, de désorganiser, au moins momentanément, ces chantiers… >>.

(2) – C.E 18 Mars 1869, req. n° 38832, Veyret, Concl. Bayard, Rec.273.
Consulté sur site : *https://www.gallica.bnf.fr* le 02 Fév.2021 à 08h00mn.

و كان موضوع القضية يتعلّق بصفقة إنشاء طريق تختلف طبيعة الأرض المُقام عليه المشروع بين الرّخاوة و الصّلابة. و اعتمادا على قاعدة مُعيّنة تمّ تحديد نسبة كلّ من الأرض الرّخوة و الصّلبة لمجموع الأشغال. و في الجزء المنجز من الطّريق، اتّضح أنّ نسبة الأرض الصّلبة لمجموع الأشغال أضخم ممّا كان قد قُدّر عند تحديد الثّمن المتّفق عليه في العقد فقضى المجلس بوجود مبرّر لتعديل الثّمن المبيّن في العقد، آخذا في الاعتبار نسبة الأرض الصّلبة إلى الأرض الرّخوة.

(3) – C.E 26 Juil. 1889, req. n° 66470, Lacroix et Many, Rec.898 et req. n° 66471, Renard, Rec. 901.(même date, concl. Gauwain). Consulté sur site : *https://www.gallica.bnf.fr* le 02 Fév.2021 à 08h30mn.

بمقتضى هذين القرارين رفض مجلس الدّولة الفرنسي طلب التّعويض، لأنّ المتعاقد لم يُثبت أنّه قد صادف – عند تنفيذه للعقد– أرضا ذات طبيعة تختلف عن تلك المشار إليها في العقد.

– C.E 28 Mars1890, req. n°65782, Rosazza C/ commune de Cruseilles, Concl. Valabregue, Rec.376./- C.E 28 Mars 1890, req. n° 66623, Albouy C/ commune de Gincla, Concl.Gauwain, Rec. 377. Consultés sur site : *https://www.gallica.bnf.fr* le 02 Fév.2021 à 09h00mn.

حيث قضى مجلس الدّولة بالتّعويض– عكس قراريّ Lacroix et Many & Renard- لأنّ المتعاقد عند قيامه بأشغال الحفر قد واجه أرضا صخرية شديدة الصّلابة و ذات طبيعة استثنائية و غير متوقّعة.

(4) – د. عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد، المرجع السّابق، ص 110.

المطلب الثّاني: تطوّر النظرية

بعد أن استقرّت النّظرية في ضمير القضاء و الفقه الإداري، بدأت تعرف بعض التّعديلات في مضمونها سيما في العقود الجزافية.

و الصّفقات الجــزافية (Les marchés à forfait) هي التي تتضمّن تحديدا لكميّة الأعمـال المطلوبة و تحديدا إجماليا لما تلتزم الإدارة بدفعه من ثمن يقابلها[1].

فالطّابع الجزافي في تحديد الثّمن لا يحول وفقا لقضاء مجلس الدّولة الفرنسي دون تطبيق نظرية الصّعوبات الماديّة غير المتوقّعة إذا ما توفّرت شروط إعمالها[2].

ثمّ بعد ذلك أصبح مجلس الدّولة الفرنسي لا يمنح التّعويض في العقود الجزافية تأسيسا على نظرية الصّعوبات الماديّة غير المتوقّعة ما لم يصل الضّرر إلى حدّ قلب اقتصاديات الصّفقة رأسا على عقب[3].

---

(1) – د. محمّد سعيد حسين أمين، الأسس العامّة لالتزامات و حقوق المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، د.ن، د.ب، 1984، ص 618.

و قد ذكر المشرّع الجزائري، دون تفصيل، الصّفقة الجزافية عند تناوله الأسعار، حيث نصّت المادة 96 من المرسوم الرّئاسي 15-247 على ما يلي:

– يدفع أجر المتعامل المتعاقد وفق الكيفيات الآتية:

– بالسّعر الإجمالي و الجزافي...

(2) – C.E 08 Nov. 1938, req. n° 57156, Entreprise Léauté, Concl. Latounerie, Rec.830. Consulté sur site : *https://www.gallica.bnf.fr* le 02 Janv.2021 à 09h00mn.

حيث قضى مجلس الدّولة الفرنسي:

<< Cons. que le caractère forfaitaire du marché… ne fait pas obstacle à ce que l'entrepreneur obtienne une indemnité pour les difficultés exceptionnelles et imprévisibles par lui rencontrées dans l'exécution des travaux…>>.

(3) – C.E 23 Mai 1939, req. n°58983, Commune de Thiverny, Concl. Lagrange, Rec.363.**Cf. :**

- C.E 22 Juil. 1977, S^té^ Nord Océan Poirsos & C^ie^, Rec.347/Disponible également sur le site : *http://www.legifrance.gouv.fr* dernière consultation 18 Janv.2021 à 10h30mn.

من بين ما جاء فيه:

<<…Que les sujétions rencontrées par un entrepreneur dans l'exécution d'une concession de travaux publics ne sauraient lui ouvrir droit à une indemnité que si elles ont présenté un caractère imprévisible et ont eu pour effet de bouleverser l'économie de la convention>>.

و هو ما يوصل حسب الأستاذ **Delaubadère** [1] إلى شروط نظرية الظّروف الطّارئة، و هو استنتاج صائب – في تقديرنا– ذلك أنّ فكرة قلب اقتصاديات العقد أفاض في تحديدها مفوّض الحكومة Chardenet في تقريره في قضية Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux.

حيث من بين ما جاء فيه:<< هل من الضّروري تذكيركم بالقرارات الكثيرة التي أصدرتموها في مادّة الأشغال العمومية، عندما صادف المقاولون أراضٍ ذات طبيعة غير متوقّعة إطلاقا؟ و قد منحتم التّعويض دون أن توقفكم بنود دفاتر الشّروط التي تتضمّن ثمنا واحدا جزافيا عن المقالع (les déblais) من أيّ طبيعة مهما كانت الصّعوبات التي تُصادَف عند اقتلاع المواد... >>[2].

و من ثمّ فنظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة بعد أن استمدّت جذورها من نظرية القوّة القاهرة استقلّت عنها و أصبحت لها معالمها و أحكامها و بلغت في تطوّرها أن امتدّ إعمالها ليس بالنّسبة للعقود الجزافية فحسب، بل حتى تلك العقود التي تتضمّن بنودا تُحمّل المتعامل المتعاقد مخاطر التّنفيذ أيّا كانت طبيعة الأرض أو الصّعوبات التي يصادفها عند التّنفيذ.

حيث فسّر مجلس الدّولة الفرنسي تلك البنود التي تتضمّنها الصّفقة أو دفاتر الشّروط الملحقة بها، التي عادة ما تكون صياغتها كما يلي: Quelles que puissent être les difficultés rencontrées على أنّها تعني الصّعوبات العادية[3] (Les difficultés normales).

---

(1) - André Delaubadère, Frank Moderne, Pierre Delvolvé, T.C.A, T_{II}, op.cit, p 503.

أين يذكر الفقيه:

<< …alors que la théorie de l'imprévision ne joue qu'en cas de bouleversement de l'économie du contrat, toute fois cette condition se retrouve à propos des sujétions imprévues dans les marchés à forfait : les deux théories se rejoignent alors>>.

(2) – C.E 30 Mars 1916, C^{ie} gén^{le} d'éclairage de Bordeaux, Concl. Chardenet, arrêt précité .

من بين ما جاء في تقرير مفوّض الحكومة:

<<…Est-il nécessaire de vous rappeler les très nombreuses décisions rendues par vous en matière de travaux publics, lorsque des entrepreneurs avaient rencontré des terrains d'une nature toute à fait imprévue ? Et vous l'avaient fait sans vous laisser arrêter par des clauses des cahiers des charges qui prévoyaient **un prix unique forfaitaire** pour les déblais de toutes natures quelles que puissent être les difficultés rencontrées dans l'extraction des matériaux >>.

(3) – أمّا استحقاق المتعامل المتعاقد للتّعويض يكون في حالة الصّعوبات الاستثنائية بحقّ:

Les difficultés véritablement exceptionnelles.

المطلب الثّالث: تعريف النّظرية

تكاد التّعريفات القضائية و الفقهية، لنظرية الصّعوبات المادية غير المتوقّعة، تتطابق، ذلك أنّ هذه النّظرية لم تثر إشكالات قضائية و لا جدلا فقهيا كبيرا بشأنها؛ و من باب توسيع مجال المعرفة سنحاول عرض تلك التّعريفات في فرعين، نخصّص الفرع الأوّل للتّعريفات القضائية و الفرع الثّاني للتّعريفات الفقهية.

الفرع الأوّل: التّعريفات القضائية

أوضح القضاء الإداري في القوانين المقارنة – عند فضّه للنّزعات المعروضة عليه – معالم النّظرية بجلاء و بيّن أسسها، من ذلك:

أ/– ما جاء في حكم محكمة القضاء الإداري المصري: <<...و من حيث أنّ المدّعي يؤسّس طلب التّعويض في هذه الحالة على النّظرية المعروفة بنظرية الصّعوبات المادية غير المتوقّعة، و هي من النّظريات التي ابتكرها الفقه و القضاء الإداري، و مقتضاها أنّه عند تنفيذ العقود الإدارية، و بخاصّة عقود الأشغال العامّة، قد تطرأ صعوبات ماديّة استثنائية لم تدخل في حساب طرفي العقد و تقديرهما عند التّعاقد، وتجعل التّنفيذ أشدّ وطأة على المتعاقد مع الإدارة و أكثر كلفة، فيجب – من باب العدالة – تعويضه عن ذلك بزيادة الأسعار المتّفق عليها في العقد زيادة تغطّي جميع الأعباء و التّكاليف التي تحمّلها اعتبارا بأنّ الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسري إلاّ على الأعمال العادية المتوقّعة فقط و أنّ هذه هي نيّة الطّرفين المشتركة.

من الأمثلة التّطبيقية لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، بالرّغم من وجود بنود تنصّ على أنّ ثمن الأشغال يُدفع بسعر جزافي يُطبّق على طبيعة كلّ الأراضي المُصادَفة.

- C.E 27 Mars 1903, req.n° 95916-95846, Commune de Jeumont, Concl. Arrivière, Rec.279.
- C.E 27 Nov.1935, n°279787, Établissements Descours et Cabaud, Concl. Michel, Rec.1100.

Les deux arrêts Consultés sur site : *https://www.gallica.bnf.fr* le 02 Fév.2021 à 10h00mn.

و التّعويض هنا لا يتمثّل في معاونة مالية جزئية تمنحها الإدارة للمتعاقد معها، بل يكون تعويضا كاملا عن جميع الأضرار التي يتحمّلها المقاول بدفع مبلغ إضافي له عن الأسعار المتّفق عليها>>(1).

و الملاحظ أنّ هذا التّعريف اشتمل على جميع عناصر النّظرية (التّعريف، نطاق الإعمال، الأساس القانوني، شروط التّطبيق و أخيرا الآثار المترتّبة عن النّظرية).

ب/– ما تضمّنه قرار مجلس شورى الدّولة اللّبناني: << و بما أنّ ما تعرّضت له الجهة المدّعية كان غير منتظر، إن بالنّسبة لها و إن بالنّسبة للجهة المدّعى عليها، بسبب طبيعة الأرض و تكوينها غير المنظور لأسباب خارجة عن إرادة الجهتين:...و بما أنّ الصّعوبات غير المنظورة ثابتة و أكيدة و محقّقة من قبل المصلحة المدّعى عليها نفسها...بالإضافة إلى ما أثبته الخبراء في تقاريرهم. و بما أنّه بسبب ما تقدّم فقد تعرّض التزام الجهة المدّعية لعقبات غير منظورة قلبت اقتصادياته و اضطرّها لمتابعة العمل تحت ظروف صعبة و قاسية حيث اضطرّت لاستخدام آليات ضخمة و جبّارة تزيد بكثير عن تلك التي أشار إليها دفتر الشّروط >>(2).

بعكس التّعريف الأوّل، جاء هذا التّعريف مقتضبا خاليا من العناصر المكونّة للنّظرية.

ج/– التّعريف الحديث لمجلس الدّولة الفرنسي:<<لا تعتبر صعوبات تقنية غير متوقّعة، إلاّ الصّعوبات الماديّة المُصادفة عند تنفيذ الصّفقة، و تكون ذات طابع استثنائي، غير متوقّعة لحظة إبرام العقد، و يكون سببها خارج عن إرادة الطّرفين>>(3).

---

(1) – حكم محكمة القضاء الإداري المصري في 20 جانفي 1957، القضية رقم 7892 لسنة 8ق، مجموعة أحكام المحكمة السّنة 11، ص 152. ذكره:

– د. سليمان الطّماوي، المرجع السّابق، ص 718.

(2) – مجلس شورى الدّولة اللّبناني، قرار رقم 486 بتاريخ 30 مارس 1995 م.ق.إ 1996، عدد 9، ص 614 ذكره:

– د. نصري منصور نابلسي، المرجع السّابق، ص 614.

(3) – C.E 7/5 SSR du 30 Juil. 2003, n°223445, Commune de Lens, Concl. Piveteau

Consulté sur site : *https://www.gallica.bnf.fr* le 02 Fév.2021 à 11h00mn. **و قد جاء فيه:**

<<...sauf en cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, avenants et décisions de poursuivre ne peuvent bouleverser l'économie du marché ni en changer l'objet ; **ne peuvent être regardées comme des sujétions techniques imprévues que des difficultés matérielles rencontrées lors de l'exécution d'un marché, présentant un**

ما يشدّ الانتباه في هذا التّعريف، بالإضافة إلى شروط تطبيق النّظرية (التي سوف نتناولها بالدّراسة في المبحث الثالث من هذا الفصل)، هو التّسمية الجديدة للنّظرية حيث أصبحت تسمّى في قرارات مجلس الدّولة الفرنسي بنظرية الصّعوبات التّقنية غير المتوقّعة les sujétions techniques imprévues

الفرع الثّاني: التّعريفات الفقهية

عرّف الأستاذ **Delaubadère** [1] نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة بأنّها: << عندما تطرأ صعوبات ماديّة، أثناء تنفيذ العقود الإدارية، ذات طابع غير عادي على الإطلاق، لم تدخل منطقيّا في توقّعات الأطراف أثناء إبرام العقد و يكون من شأنها أن تجعل تنفيذ هذا الأخير أكثر كلفة، فإنّ هذه الصّعوبات الاستثنائية تفتح أمام المتعاقد الحقّ في الحصول على تعويض كامل في شكل زيادة في حقوقه المالية>>.

كما عرّفها الأستاذين **J.M Auby et R.D Ader** [2]على أنّ: << هذه النّظرية تفترض أنّه بفعل ظروف خارجة عن الأطراف و لم يكن في استطاعتهم توقّعها بطريقة عادية؛ فالمقاول عند تنفيذه للصّفقة يصادف صعوبات تتجاوز المخاطر العادية(لا يجب أن تكون استحالة التّنفيذ، و إلاّ تُطبّق نظرية القوّة القاهرة) و على المقاول أن يستمرّ في تنفيذ الصّفقة وفي المقابل له الحق في التّعويض في شكل ثمن إضافي>>.

---

caractère exceptionnel, imprévisibles lors de la conclusion du contrat et dont la cause est extérieure aux parties >>.

(1) - André Delaubadère, Frank Moderne, Pierre Delvolvé, T.C.A, T_{II}, op.cit, p 499.

حيث يذكر الفقيه:

<< Lorsque, dans l'exécution des contrats administratifs, surviennent des difficultés matérielles d'un caractère absolument anormal, qui n'ont pu raisonnablement entrer dans les prévisions des parties au moment de la conclusion du contrat, et qui rendent plus onéreuse l'exécution de celui-ci ; ces sujétions exceptionnelles ouvrent au cocontractant un droit à être intégralement indemnisé sous la forme d'un relèvement de sa rémunération>> .

(2) – Jean-Marie Auby et Robert Ducos-Ader, Droit administratif, Dalloz, Paris, 1967, p 594.

حيث يذكر الفقيهين:

<< Cette théorie suppose que du fait des circonstances extérieures aux parties et qui ne pouvaient normalement être prévues par elles, l'entrepreneur rencontre dans l'exécution du marché des difficultés dépassant les aléas normaux (il ne faut pas qu'il y ait impossibilité d'exécution sans quoi la théorie de la force majeure jouerait), l'entrepreneur doit alors continuer l'exécution du marché mais il a droit à une indemnité sous forme de supplément de prix >> .

و قد عرّفها الأستاذ **الطّماوي** كما يلي:

<< إذا ما صادف المتعاقد في تنفيذ التزاماته صعوبات مادّية ذات طبيعة استثنائية خالصة و لا يمكن توقّعها بحال من الأحوال عند إبرام العقد، و تؤدّي إلى جعل تنفيذ العقد مرهقا، فإنّ من حقّه أن يطالب بتعويض كامل عمّا تُسبّبه هذه الصّعوبات من أضرار >>(1).

أمّا الأستاذ **جابر جاد نصّار**(2) يرى في أنّه: << تنهض نظرية الصّعوبات المادية غير المتوقّعة على أساس مواجهة المتعاقد مع الإدارة – أثناء تنفيذه لالتزاماته العقدية– لمشاكل و صعوبات ماديّة استثنائية لم يكن له أن يتوقّعها حين أبرم العقد، و لا يشترط أن تؤدّي هذه الصّعوبات إلى جعل تنفيذ المتعاقد لالتزاماته مستحيلا، و إنّما يكفي أن تؤدّي إلى جعل هذا التّنفيذ مرهقا له و مكلّفا بصورة لم يتوقعها أثناء إبرام العقد. و ترتّب هذه النّظرية ضرورة تعويض المتعاقد مع الإدارة، عمّا أحدثته هذه الصّعوبات– بوصفها السّابق– من أضرار، تعويضا كاملا>>.

أمّا الأستاذ **عمّار عوابدي**(3) فقد عرّفها بأنّه: << إذا ما صادف المتعاقد خلال تنفيذ العقد صعوبات مادّية ذات طبيعة استثنائية و غير مألوفة و لم يكن في الوسع توقّعها وقت الإبرام، و كان من شأن تلك الصّعوبات أن تجعل تنفيذ العقد مرهقا للمتعامل المتعاقد فإنّ لهذا الأخير الحق في المطالبة بتعويض كامل عمّا سبّبته له، تلك الصّعوبات، من أضرار >>.

---

(1) – د. سليمان الطّماوي، المرجع السّابق، ص 714.

(2) – د. جابر جاد نصّار، المرجع السّابق، ص 345.

(3) – د. عمّار عوابدي، القانون الإداري، ج2، المرجع السّابق، ص 228.

و هو التّعريف الذي تبنّاه غالبية الفقه، من ذلك:

– د. نصري منصور نابلسي، المرجع السّابق، ص 607.

– د. حازم بيومي المصري، التّوازن في العقد الإداري الدّولي(الفيديك، اليونسترال)، دراسة مقارنة، دار النّهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 122.

– د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة،الأسس العامّة للعقود الإدارية، المرجع السّابق، ص 207.

– د. محمّد جمال مطلق الذّنيبات، المرجع السّابق، ص 227.

و في تقدير العميد **Jèze** [1] تأخذ، نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة، في اللّغة القانونية اسم: الصّعوبات غير المتوقّعة، الصّعوبات غير التّعاقدية أو الصّعوبات الاستثنائية.

و قد أدخل عليها مجلس الدّولة الفرنسي تسمية جديدة–كما ذكرنا سالفا– إذ أصبحت تعرف في قراراته باسم نظرية الصّعوبات التّقنية غير المتوقّعة(Les sujétions techniques imprévues).

إلاّ أنّه توحيدا للمصطلحات القانونية في هذه الدّراسة سوف نستعمل مصطلح الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة، و مؤدّاها: إذا ما صادف المتعامل المتعاقد – عند تنفيذه للصّفقة– صعوبات مادّية سواء أكانت تقنية أو جيولوجية، لم يتوقّعها الطّرفين عند إبرام الصّفقة و لم يكن بالوسع توقّعها، نظرا لطبيعتها الاستثنائية و غير المألوفة، و كان من شأن تلك الصّعوبات أن تجعل الاستمرار في تنفيذ الصّفقة مرهقا للمتعامل المتعاقد لا مستحيلا؛ و من ثمّ فالتزامه بمتابعة التّنفيذ يقابله الحقّ في الحصول على التّعويض الكامل عمّا سبّبته له تلك الصّعوبات من ضرر.

استنادا إلى هذه التّعاريف يتبادر إلى الأذهان التّساؤل عن مجال تطبيق نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة، ذلك ما سنعرضه في المطلب الرّابع أدناه.

المطلب الرّابع: مجال تطبيق النّظرية

تعدّ نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة، كما هو الشّأن بالنّسبة لنظريتيّ المخاطر الإدارية و المخاطر الاقتصادية، من النّظريات التي ابتكرها القضاء الإداري بهدف إعادة التّوازن المالي للعقد.

إلاّ أنّ وجهات النّظر الفقهية قد اختلفت، و ذلك لتحديد ما إذا كانت نظرية الصّعوبات الماديّة غير المتوقّعة تطبّق على عقود بعينها، أم تنسحب على كافة العقود الإدارية. و اتّجه الفقه بشأن ذلك اتّجاهين: بين من حصرها في مجال صفقات الأشغال العمومية دون غيرها (الفرع الأوّل) و بين من وسّعها إلى كافة العقود الإدارية (الفرع الثّاني).

---

(1) – Gaston Jèze, " Théorie générale des contrats de l’administration", op.cit, p 690.

حيث يذكر الفقيه:

<<…ces difficultés particulières et imprévues portent dans la langue technique le nom de sujétions imprévues, de sujétions extracontractuelles de sujétions exceptionnelles>>.

الفرع الأوّل: الاتّجاه المُضيّق لمجال إعمال النّظرية

يرى الفقيه **Flamme** [1]:<< في اعتقادنا، أنّ نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة التي نشأت في مجال صفقات الأشغال العمومية، يجب أن تظلّ محدّدة في هذا المجال دون سواه>>.

كما يرى العميد **Vedel** [2] بأنّ نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة،<< تعتبر نظرية خاصّة – على الأقلّ من النّاحية العملية – بعقود الأشغال العامّة>>.

و قد ذهب الفقيه **Delaubadère** ، من خلال استقرائه لقرارات مجلس الدّولة الفرنسي في هذا الشّأن بأنّ مجلس الدّولة لا يُفضّل تمديد تطبيق نظرية الصّعوبات المادية غير المتوقّعة خارج نطاق صفقات الأشغال العمومية[3]؛ و إن كان الفقيه لا يستبعد إمكانية تطبيق النّظرية في كافّة العقود الإدارية.

لم يلقى هذا الاتّجاه إجماعا فقهيا و بقي محصورا بين القائلين به.

الفرع الثّاني: الاتّجاه الموسّع لمجال تطبيق النّظرية

بخلاف الاتّجاه الأوّل يرى أصحاب هذا الرّأي – وهو الرّاجح في الفقه الإداري– بأنّه و إن كان مجال صفقات الأشغال العمومية هو نطاقها الخصب و الأساسي للتّطبيق، لتعلّق محلّ الأشغال بطبيعة الأرض (نوعية التّربة، المياه الجوفية، الطّبقات الصّخرية، الأرض الطّينية...الخ)، غير أنّه لا يوجد ما يحول دون تطبيقها في العقود الإدارية الأخرى متى توافرت شروطها[4].

---

(1) – Maurice André Flamme, op.cit, p 610.
<<…Nous pensons que la théorie des sujétions imprévues, qui s'est élaborée en matière de travaux publics, demeure limitée à ce domaine >>. (ترجمة حرّة في المتن)

(2) – Georges Vedel, Pierre Delvolvé, op.cit, p 362.
<<…il s'agit d'une théorie spéciale – en pratique du moins – aux marchés de travaux publics>>

(3) - André Delaubadère, Frank Moderne, Pierre Delvolvé, T.C.A, TII, op.cit, p 500.: **حيث يذكر**
<< Le conseil d'État semble cependant peu favorable à une extension de la théorie en dehors du marché de travaux publics proprement dit >>.

(4)– **في الفقه الفرنسي:**

- Georges Péquignot, J.C.A, ancien fascicule n° 104, op.cit, p 515.
- Francis Paul Benoit, Le droit administratif français, op.cit, p 623.

- في الفقه العربي:

– د. عمّار عوابدي، القانون الإداري، ج2، المرجع السّابق، ص 228.

و قد استدلّ هذا الاتّجاه بما جاء في قراريّ مجلس الدّولة الفرنسي الآتيين:

القرار الأوّل: في قضية Compagnie française des câbles télégraphiques[1]، حيث تتلخّص وقائع القضية في أنّ ملتزما باستغلال مرفق كان يعتمد في عمله على أسلاك معدنية (câbles) ممدودة تحت البحر، و قد تحطّمت هذه الأسلاك المعدنية من جرّاء زلزال شديد ذو طبيعة استثنائية، ممّا سبّب للملتزم ضررا كبيرا نتيجة لنفقات التّرميم و الإصلاح، فلجأ إلى القضاء مطالبا بالتّعويض جبرا للضّرر الذي لحقه استنادا لنظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة.

إلاّ أنّ مجلس الدّولة الفرنسي رفض تعويضه على أساس نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة و إنّما تمّ السّماح له بالاستناد إلى نظرية الظّروف الطّارئة، و التي لا يترتّب على تطبيقها سوى مشاركة الإدارة المتعاقدة في نفقات إصلاح و ترميم الأسلاك المعدنية، على خلاف نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة التي تُحمّل الإدارة المتعاقدة كافّة النّفقات.

القرار الثّاني: الذي استند إليه أصحاب الرّأي الموسّع لمجال تطبيق نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة، و الصّادر عن مجلس الدّولة الفرنسي في قضية Société Nord Océan Poirsos [2]، حيث قضى مجلس الدّولة الفرنسي بأنّ الصّعوبات التي يواجهها الملتزم أثناء تنفيذه لالتزاماته العقدية يجب أن تكون ذات طبيعة غير متوقّعة و تؤدّي إلى قلب اقتصاديات العقد حتى تفتح للملتزم حق المطالبة بالتّعويض استنادا إلى نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة.

ممّا يعتبر في تقدير بعض الفقه إحالة إلى شروط تطبيق نظرية الظّروف الطّارئة. و في تفسير قراريّ مجلس الدّولة الفرنسي في كلّ من قضيتي Compagnie française des câbles télégraphiques و Société Nord Océan Poirsos انقسم الفقه اتّجاهين:

– د. خالد خليل الظّاهر، المرجع السّابق، ص 277.

– سعداوي مفتاح قضايا قانونية معاصرة، ط1، دار النّهضة العربية، القاهرة، 2018، ص 123.

– د. عبد المجيد المغربي، المرجع السّابق، ص 47.

– عبسي عبد القادر الحسن، المرجع السّابق، ص 250.

(1) – C.E 21 Avril 1944, Compagnie française des câbles télégraphiques, Rec.119. précité.

(2) – C.E 22 Juil. 1977, n° 99180, Sté Nord Océan Poirsos & Cie , Concl. Frank, Rec.347. Consulté sur site : https://www.legifrance.gouv.fr le 03 Fév.2021 à 09h00mn.

الاتّجاه الأوّل: يتزعّمه الفقيه **Delaubadère** [1] و إن كان – كما سبق و أن أشرنا– لا ينكر إمكانية تمديد تطبيق النّظرية على كافّة العقود الإدارية.

و يسانده في ذلك الفقيه **Claude Emeri** الذي يرى بأنّ:

"الظّروف الطّارئة تُقدّر كما لو كانت امتدادا للصّعوبات المادّية غير المتوقّعة... فعندما تتعلّق الصّعوبات المادّية غير المتوقعة بعقد التزام، فمجلس الدّولة يحيل الملتزم على نظرية الظّروف الطّارئة "[2].

الاتّجاه الثّاني: و هو الرّاجح في الفقه الإداري و لا يميل إلى التّسليم بأنّ نظرية الظّروف الطّارئة هي البديل لنظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة، و يرى بأنّ قرار مجلس الدّولة الفرنسي في قضية شركة الأسلاك التلغرافية لا يصحّ تفسيره على أنّه إحالة إلى نظرية الظّروف الطّارئة كلّما تعلّق الأمر بعقد التزام[3].

و من ثمّ فإنّ الأمر يتعلّق بمدى توافر شروط انطباق النّظرية من عدمها، إذ ليس ثمّة ما يحول – من النّاحية النّظرية و العملية– دون إعمال النّظرية، المنوّه عنها، على عقود أخرى خلاف صفقات الأشغال العمومية، مثل عقود التزام المرافق العامّة، و عقود التّوريد، و عقود تأدية الخدمات، و كذلك عقود B.O.T طالما قد توافرت شروط تطبيق النّظرية.

و ممّا لا شكّ فيه أنّ قصر تطبيق نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة على صفقات الأشغال العامّة، يُعدّ أمرا تحكّميا لا سند له من الواقع أو القانون أو أحكام القضاء؛ و ندرة تطبيق النّظرية في

---

(1) - André Delaubadère, Frank Moderne, Pierre Delvolvé, T.C.A, TII, op.cit, p 499.

و هذا الرّأي يتّفق مع اتّجاه الفقيهين:

- Gaston Jèze, " Théorie générale des contrats de l'administration", op.cit, p 691.
- Georges Péquignot, J.C.A, ancien fascicule n° 104, op.cit, p 515.

(2) – Claude Emeri, "De la responsabilité de l'administration à l'égard de ses collaborateurs" Thèse, L.G.D.J, 1966, p 206.

حيث يذكر الفقيه:

<< L'imprévision s'apprécie comme une extension des sujétions imprévues…lorsque les sujétions imprévues concernent un contrat de concession le conseil d'État renvoie le concessionnaire à l'imprévision>>.

(3) – **حول أنصار هذا الرّأي راجع:** – د. جابر جاد نصّار، المرجع السّابق، ص 346.

– د. نصري منصور نابلسي، المرجع السّابق، ص 616.

العقود الأخرى ، خلاف صفقة الأشغال العمومية، ليس مقتضاه – بحسب اللّزوم العقلي – عدم سريان أحكام النّظرية عليها[1].

و نحن من جانبنا – و باستقراء قراريّ مجلس الدّولة الفرنسي المذكورين أعلاه– نؤيّد الاتّجاه الفقهي القائل بأنّ استبعاد تطبيق نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة مرجعه عدم توافر شروط إعمالها. بالرّغم من أنّ طلبات التّعويض للشّركات الطّاعنة كان مبنيّا على أساس نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة، إلاّ أنّ القاضي غير ملزم بالتّكييف الذي يُضفيه الخصوم على نزاعاتهم، بل يُكيّف القضية وفقا لما توصّلت إليه قناعته بناءً على دراسته للملفّ المعروض عليه.

و قد قدّر قضاة مجلس الدّولة الفرنسي بأنّ التّعويض المطالب به من قبل الشّركتين في القضيّتين المنوّه عنهما أعلاه لا يكون طبقا لنظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة لعدم توافر شروط إعمالها، و إنّما يكون استنادا إلى نظرية الظّروف الطّارئة لتوافر شروط تطبيقها؛ ذلك أنّ توافر شروط التّطبيق – كما يرى و بحقّ جانب من الفقه – هو الفيصل لإعمال أيّ نظرية[2].

و لو كان لسبب غير ذلك – استبعاد تطبيق نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة خارج إطار صفقات الأشغال العمومية– لما توانى قضاة المجلس في ذكره، و هو ما لم نلمسه في منطوق القرارين لا صراحة و لا ضمنا.

و بذلك فنظرية الصّعوبات المادّية غير الموقّعة هي نظرية قضائية إدارية عامّة تطبّق على كلّ العقود الإدارية متى توافرت شروط تطبيقها، على أن يبقى مجال تطبيقها الخصب مرتبطا بصفقة الأشغال العمومية.

و عليه فالجدل القائم حول مجال تطبيق نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة يدفعنا للبحث عن أساسها القانوني.

المبحث الثّاني: أساس نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة

(1) – سعداوي مفتاح، المرجع السّابق، ص 123.

(2) – علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص170؛ و المقصود بـ " أيّ نظرية" في رسالة الأستاذ كلّ من نظرية فعل الأمير، نظرية الظّروف الطّارئة و نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة.

اختلف الرّأي في الفقه الإداري حول الأساس الذي تقوم عليه النّظرية من حيث منح المتعامل المتعاقد تعويضا رغم عدم وجود خطأ من جانب الإدارة المتعاقدة.

بين قائل بالنّية المشتركة للمتعاقدين (المطلب الأوّل) إلى قائل بالمسؤولية التّقصيرية الإدارة (المطلب الثّاني) فقائل بمبدأ التّعاون المتبادل بين الطّرفين (المطلب الثّالث) و أخيرا إلى قائل باعتبارات العدالة و الطّبيعة الذّاتية للعقد الإداري (المطلب الرّابع).

المطلب الأوّل: النّية المشتركة للمتعاقدين

يتزعّم هذا الاتّجاه الفقيه **Jèze**[1] و يرى بأنّ الطّرفين المتعاقدين قد انصرفت نيّتهما إلى أنّ السّعر المتّفق عليه قد حُدّد على أساس الظّروف العادية، فإن تغيّرت الظّروف يُفترض أنّهما قد قصدا تقرير ما يُقابلها بطريقة خاصّة، و هذا الحال يقتضيه مبدأ حسن النّية في تنفيذ الصّفقة عامّة.

و يضيف أنصار هذا الاتّجاه بأنّه لا يُغيّر من ذلك أن يتضمّن الشّرط المتعلّق بالمقابل المالي في العقد عبارة " أيّا كانت الصّعوبات التي يمكن أن يواجهها المتعاقد مع الإدارة "[2]. ذلك أنّ السّعر المتّفق عليه في العقد يُقصد به مواجهة التّنفيذ في ظروف عادية، أمّا الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة و التي لم تخطر ببال الطّرفين، فيُفترض في نيّتيهما أنّهما قد قدّرا ما يُقابلها على نحو خاصّ؛ و عليه يكون التّعويض في حالة الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة كاملا[3].

---

(1) - Gaston Jèze, " Théorie générale des contrats de l'administration", op.cit, p 691.

حيث يرى الفقيه:

<< Le fondement juridique du droit de l'entrepreneur à un prix spécial est le principe que les marchés de travaux publics doivent être exécutés de bonne foi de part et d'autre. La commune intention des parties, lors de la passation du marché, a été d'appliquer aux sujétions imprévues des prix spéciaux>>.

(2) – د. ماجد راغب الحلو، المرجع السّابق، ص 134.

انظر أيضا من أنصار هذا الرّأي:

– د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السّابق، ص 220.

– د. عنان عمرو، المرجع السّابق، ص 207.

(3) – د. محمود حلمي، المرجع السّابق,ص 136.

و لقد استند أنصار هذا الاتّجاه، لتدعيم موقفهم، إلى ما جاء في قرار مجلس الدّولة الفرنسي في قضية Yaher، و الذي جاء فيه: "... إنّ السّعر المذكور لم يكن – وفقا للنّية المشتركة للأطراف – واجب التّطبيق إلاّ على طبيعة الأراضي الذي حُدّد بصددها. حيث أنّ السّيد Yaher قد وجد نفسه في حالة مختلفة تماما عن تلك التي كانت متوقعّة لحظة المناقصة "[1].

تقدير هذا الرّأي:

لم يسلم هذا الرّأي من سهام النّقد، ذلك أنّ النّية المشتركة للمتعاقدين لا تصلح في الوقت الحاضر كأساس للتّعويض وفقا لنظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة، حيث أصبح هذا التّعويض في الوقت الحاضر عنصرا في النّظام القانوني للعقود الإدارية، يطبّق في حالة سكوت العقد عن تنظيمه أو في حالة وجود بنود في العقد تلزم المتعاقد بالتّنفيذ مهما كانت الصّعوبات التي ستواجهه عند التّنفيذ[2].

كما يرى جانب من الفقه بأنّ الصّعوبات غير المتوقّعة التي تُجاوز التّوقّع المشترك للأطراف لا تعني بالضّرورة النّية المشتركة لهم، و أنّ هذا الأساس يبدو تحكّميا و تعسّفي في كثير من الحالات[3]، لا سيما إذا لاحظنا أنّ مجلس الدّولة الفرنسي يطبّق النّظرية رغم احتواء العقد على شرط صريح باستبعادها[4].

و من ثمّ، فنحن نؤيّد الاتّجاه الفقهي[5] الذي يرى بأنّ البحث في أساس للتّعويض لا يكون في الإرادة المشتركة للمتعاقدين، بل في تفكير القاضي في نشوء الحقّ في التّعويض ثمّ إقراره.

---

(1) – C.E 05 Juil. 1929, n°85837, Ministre de la guerre C/ Yaher, Concl. Dayras, Rec.676. Consulté sur site : *https://www.legifrance.gouv.fr* le 03 Fév.2021 à 10h00mn.

و من بين ما جاء فيه:

<< Le dit prix ne devait, dans la commune intention des parties, s'appliquer qu'aux natures de terrains en vue desquels il avait été établi…Le sieur Yaher est fondé à soutenir qu'il s'est trouvé en présence d'une situation absolument différente de celle qui avait été envisagée lors de l'adjudication >> .

(2) – Francis-Paul Benoit, Le droit administratif, op.cit, p 624.

(3) - André Delaubadère, Frank Moderne, Pierre Delvolvé, T.C.A, T_{II}, op.cit, p 505.

(4)– د. سليمان الطّماوي، المرجع السّابق، ص 717.

انظر أيضا:– د. محمّد أنس قاسم جعفر، المرجع السّابق، ص 204.

(5) – د. عبد العظيم عبد السّلام عبد الحميد، أثر الظّروف الطّارئة و الصّعوبات المدّية على تنفيذ العقد الإداري، الولاء للطّبع و التّوزيع، د.ب، 1990، ص 173.

المطلب الثّاني: المسؤولية التّقصيرية للإدارة

يتزعّم هذا الاتّجاه الفقيه Péquignot[1]الذي يرى بأنّ مسؤولية الإدارة عن تعويض المتعاقد معها بموجب نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة، إنّما يقوم على المسؤولية التّقصيرية للإدارة كأحد حالات مسؤولية الإدارة التّعاقدية دون خطأ. حيث يرى وجود علاقة قرابة أو صلة بين هذه الصّعوبات غير المتوقّعة و عمل أو خطأ الإدارة؛ لكونها هي من أعدّت العقد، و د رست خطّة التّنفيذ، وقد وَثِق المتعاقد في دقّة هذه المعلومات. أما و قد ظهر عدم صحّة هذه المعلومات فعلى الإدارة تحمّل تبعاتها[2].

و لعلّ تبرير هذا الرّأي، في تقدير أصحابه، أنّ بعض الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة قد تكون بسبب شبكات الكهرباء و المياه و غيرها التي تكون الإدارة قد أنشأتها في وقت سابق، غير أنّ هذه الحالات لا تغطّي جميع الصّعوبات المادّية مثل الصّخور الصّلبة، و خزّانات المياه الجوفية، و المفاجآت بسبب طبيعة الأرض[3].

تقدير هذا الرّأي:

كسابقه، لم يسلم هذا الاتّجاه من انتقاد الفقه له:

تأسيسا على عدم اتّساقه و شروط تطبيق النّظرية– كما سنوضّحه في المبحث الثّالث من هذا الفصل–

إذ يُشترط لإعمال نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة أن تكون الصّعوبات أجنبية عن طرفي العلاقة العقدية؛ أي وليدة ظروف خارجة عن إرادة المتعاقدين[4]. أمّا إذا كان مرجع هذه الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة إلى خطأ من جانب الإدارة المتعاقدة، فإنّ هذه الأخيرة تُسأل على أساس قواعد المسؤولية بحسب الأحوال[5].

(1) – Georges Péquignot, J .C.A, ancien fascicule, 515, n° 108.

(2) – علي بن عبد الكريم السّويلم، المرجع السّابق، ص 125.

(3) – د. سعاد الشّرقاوي، المرجع السّابق، ص 554.

(4) – د. محمّد أنس قاسم جعفر، المرجع السّابق، ص 205.

(5) - André Delaubadère, Frank Moderne, Pierre Delvolvé, T.C.A, TII, op.cit, p 507.

و من جانبنا نرى بأنّ التّعويض في نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة لا يمكن إرجاع أساسه لا إلى المسؤولية التّقصيرية و لا إلى المسؤولية العقدية؛ لأنّه في كلتا الحالتين تُسأل الإدارة المتعاقدة بسبب خطأها إن التّقصيري أمِ العقدي، أمّا القول بأنّ المسؤولية هنا هي مسؤولية عقدية دون خطأ فهذا يستلزم تطبيق نظرية فعل الأمير إذا ما توافرت شروطها.

و من ثمّ يجب البحث عن أساس آخر غير المسؤولية التّقصيرية للإدارة.

المطلب الثّالث: مبدأ التّعاون المتبادل بين الطّرفين

مؤدّى هذا الرّأي أن الحقّ في التّعويض طبقا لنظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة، يكمن في مبدأ التّعاون المستمر بين الإدارة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد معها؛ و الذي يبدو أكثر وضوحا و تطبيقا في مجال إعمال هذه النّظرية. حيث يفرض هذا التّعاون استمرار المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته التّعاقدية إذا ما تعرّض لأيّة صعوبات مادّية غير متوقّعة أثناء تنفيذ العقد.

و على الإدارة المتعاقدة – ضمانا لتنفيذ العقد و استمرارية المرفق العامّ الذي يخدمه العقد، سيما صفقات الأشغال العمومية– أن تعوّض له عن تلك الصّعوبات[1].

و قد تزعّم هذا الاتّجاه الفقيه **Benoit** حيث يرى بأنّ: " التّعويض في نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة يُفسَّر بالفكرة القاعدية للعقود الإدارية، و تعاون الإدارة مع المتعاقد معها...و سوف نلاحظ أنّ هذا الاجتهاد القضائي يقوم ، من ناحية أخرى، على أساس اقتصاديٍّ جِدَّ سليم.." [2].

حيث يفرض على المتعامل المتعاقد تنفيذ العقد على الرّغم من الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة؛ ومن ثمّ من الأفضل دفع ثمن العمل الإضافي في كلّ مرّة يتمّ فيها، و إلاّ سوف يُضطرّ المتعاقد إلى جمع هذه الأثمان لحماية نفسه من مخاطر الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة، ممّا يدفع الإدارة المتعاقدة إلى التّأمين

---

(1) – سعداوي مفتاح، المرجع السّابق، ص 115.

(2) – Francis Paul Benoit, le droit administratif français, op.cit, p 625.

أين يذكر الفقيه بأنّ:

<< L'indemnisation des sujétions imprévues s'explique par l'idée de base des contrats administratifs, **de la collaboration de l'administration et son cocontractant**…on remarquera que cette jurisprudence repose d'ailleurs sur un fondement économique parfaitement sain…>>.

على كلّ العقود التي تُبرمها. و من ثمّ فمن الأفضل للإدارة التّعويض عن الصّعوبات غير المتوقّعة عندما تقع فعلا، بدلا من التّأمين ضدّ الصّعوبات المفترضة[1].

فمثل هذا التّعاون يؤدّي إلى كسب الإدارة المتعاقدة لمتعاقدين دائمين معها، و ذلك لثقتهم من وقوفها بجانبهم في حالة تعرّضهم لأيّة صعوبات مادّية غير متوقّعة عند تنفيذ العقد، و من ثمّ عدم تنفيرهم من التّعاقد معها؛ و هو التّعاون الذي يرتّب عليهم التزاما بضمان حسن التّنفيذ.

تقدير هذا الرّأي:

لم يسلم هذا الاتّجاه من سهام النّقد – و إن كان يُحمد له استناده إلى مبدأ التّعاون، و هو من المبادئ الأساسية في النّظام القانوني للعقود الإدارية لأنّه يضمن استمرارية المرفق العامّ.

إلاّ أنّ هذا المبدأ لا يرقى إلى حدّ الأساس القانوني لتبرير حقّ المتعامل المتعاقد في الحصول على التّعويض إعمالا لنظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة، باعتبار أنّ التّعاون فكرة فضفاضة و غير محدّدة قد تصلح كمعيار لتفسير تقرير التّعويض و لكن لا يُمكن الاعتداد به لتبرير هذا الحقّ[2].

و هو النّقد الذي نؤيّده، ذلك أنّ فكرة التّعاون و إن كانت عنصرا أساسيا في النّظام القانوني للعقود الإدارية، غير أنّها أساس عامّ لا يصلح لتبرير حقّ المتعامل المتعاقد في الحصول على التّعويض تطبيقا لنظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة على وجه الخصوص. كما أنّ التّعاون المتبادل بين الطّرفين هو من الأفكار القانونية المشتقّة من مبدأ حسن النّية في تنفيذ الالتزامات المدنية منها و الإدارية، وهو في ذات الوقت الفكرة العامّة التي من أجلها ابتكر اجتهاد القضاء الإداري فكرة التّوازن المالي للعقد.

المطلب الرّابع: اعتبارات العدالة و الطّبيعة الذّاتية للعقود الإدارية

(1) **وقد سانده في الفقه العربي:** – د. عبد العظيم عبد السّلام عبد الحميد، المرجع السّابق. ص 174.
– سعداوي مفتاح، المرجع السّابق، ص 116.

(2) – علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص527.

يرى الأستاذ **Delaubadère** [1] بأنّ حق المتعاقد في التّعويض في حالة الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة يُشكّل قاعدة عدالة ابتكرها بطريقة بريتورية الاجتهاد القضائي، حسب بعض الشّروط، و بالنّظر إلى الطّبيعة الذّاتية للعقود الإدارية.

أمّا الأستاذ **Waline**[2] يرى فيه (حقّ التّعويض) قاعدة ترتكز على وجوب التّعاون بين الإدارة و المتعاقد معها، و تُشكّل إحدى أبرز مظاهر التّعاون الذي يُحدّد الإطار الحالي لعلاقات الدّولة مع المتعاقدين معها. و بناءً على تلك الاعتبارات وضع القاضي الإداري قاعدة التّعويض عن الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة.

و هو الاتّجاه الرّاجح في الفقه الإداري العربي[3] إذ ليس من العدالة أن يُترك المتعامل المتعاقد و شأنه عند مواجهته لصعوبات مادّية غير متوقّعة، من أجل الالتزام ببنود العقد الحرفية و بالأسعار المتّفق عليها.

و في النّهاية تُعتر – في تقدير الأستاذ **Delaubadère** [4]– نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة خروج، عن مبدأ ثبات سعر العقد، مُكرّس بطريقة بريتورية من قبل الاجتهاد القضائي لمجلس الدّولة.

---

(1) - André Delaubadère, Frank Moderne, Pierre Delvolvé, T.C.A, TII, op.cit, p 505.

إذ يرى الفقيه:(ترجمة حرّة في المتن)

<<À notre avis le droit du contractant à une indemnisation au cas de sujétions exceptionnelles constitue une règle d'équité créée d'une manière prétorienne par la jurisprudence en fonction de certaines conditions et de certains caractères propres aux contrats administratifs>>

(2) - Marcel Waline, L'évolution récente des rapports de l'État avec ses cocontractants, R.D.P 1951, p 28.

من بين ما ذكر الفقيه:(ترجمة حرّة في المتن)

<< Cette règle repose sur l'exigence d'une collaboration entre l'administration et son contractant et constitue l'une des manifestations les plus remarquables de cette collaboration laquelle définit le rapport actuel entre l'État et ses contractants…>>.

(3) – من بين الفقه الإداري العربي المؤيّد لهذا الاتّجاه راجع:

– د. سليمان الطّماوي، المرجع السّابق، ص 717./ – د. هاني عبد الرّحمان اسماعيل، المرجع السّابق، ص 1202.

– د. عمار عوابدي، القانون الإداري، ج2، المرجع السّابق، ص 228.

– د. محمّد أنس قاسم جعفر، المرجع السّابق، ص 181. /– عبسي عبد القادر الحسن، المرجع السّابق، ص 251.

– علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص 530. /– د. نصري منصور نابلسي، المرجع السّابق، ص 621.

– علي بن عبد الكريم السّويلم، المرجع السّابق، ص 126./ – د. عبد المجيد المغربي، المرجع السّابق، ص 51.

(4) - André Delaubadère, Frank Moderne, Pierre Delvolvé, T.C.A, TII, op.cit, p 505.

حيث يذكر الأستاذ:

تقدير هذا الرّأي:

مع تسليم الاتّجاه النّاقد بوجاهة الرّأي المؤيّد لفكرة العدالة و اعتبارها الأساس الذي تقوم عليه نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة، إلاّ أنّه يرى بألاّ يمكن التّسليم بهذا المبدأ بمفرده كأساس لهذه النّظرية يخصّها دون غيرها(نظرية فعل الأمير و نظرية الظّروف الطّارئة). أو عند إرساء مسؤولية الإدارة بصفة عامّة عن التّعويض طبقا للقواعد العادية.

بل إنّ معيار المصلحة العامّة المتمثّلة في ضرورة سير المرفق العامّ بانتظام و اضطراد هو الذي يجب الاعتداد به كأساس لهذه النّظرية[1].

إنّ هذا النّقد مردود على صاحبه، ذلك أنّه انتقد عمومية العدالة و الطّبيعة الذّاتية للعقود الإدارية ليعطينا بديلا هو من صميم الطّبيعة الذّاتية للعقود الإدارية ألا وهو سير المرفق العامّ بانتظام و اضطراد.

و لا أدلّ من ذلك؛ أنّ صاحب هذا الرّأي عاد في نهاية تفصيله للأساس القانوني لحقّ التّعويض إعمالا لنظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة ليشمل جميع الأسس التي جاء بها الفقه الإداري. حيث يرى بأنّه يتعيّن الإشارة إلى أنّ الأخذ بالفكرة المنوّه عنها(يقصد الاستمرارية) كأساس للنّظرية المشار إليها (نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة) لا يمنع من تدعيمها بالأفكار الأخرى مثل فكرة النّية المشتركة للمتعاقدين و كذا العدالة و فكرة وجوب التّعاون بين الإدارة و المتعاقد معها[2].

كما أنّ هناك جانب مِن الفقه[3]مَن يجمع بين اعتبارات العدالة و الإرادة المشتركة للطّرفين المتعاقدين كأساس لنظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة.

<< En définitive, la théorie des sujétions imprévues constitue une dérogation consacrée de manière prétorienne par la jurisprudence du conseil d'État au prince de l'immutabilité du prix contractuel >>.**(ترجمة حرّة في المتن)**

انظر في المعنى نفسه:

– د. سعاد الشّرقاوي، المرجع السّابق، ص 555.

(1) – سعداوي مفتاح، المرجع السّابق، ص 118.

(2) – المرجع نفسه، ص 120.

(3) – د. ماجد راغب الحلو، المرجع السّابق، ص 182.

إلاّ أنّ هذا الاتّجاه لم يسلم من النّقد؛ لأنّه قد يتمّ الحكم بالتّعويض استنادا لنظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة على الرّغم من أن إرادة الطّرفين المتعاقدين – وفقا لما هو ثابت في بنود العقد– تستبعد التّعويض عن أيّة صعوبات مادّية غير متوقّعة[1].

عطفا على ما سبق؛ فإنّ الأساس القانوني الذي نرجّحه لتقرير حقّ التّعويض إعمالا لنظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة، هو اعتبارات العدالة و الطّبيعة الذّاتية للعقود الإدارية ذلك أنّ:

أ/– اعتبارات العدالة تقتضي مساعدة الإدارة المتعاقدة للمتعامل المتعاقد معها و عدم تركه يواجه، لوحده الصّعوبات المادّية الاستثنائية، تذرّعا بحرفية البنود العقدية.

ب/– مجلس الدّولة الفرنسي أقرّ للمتعاقد الحقّ في الحصول على التّعويض حتى و لو اشتملت الصّفقة على بنود صريحة تُحمّل المتعامل المتعاقد مخاطر التّنفيذ أيًّا كانت الصّعوبات التي يصادفها أثناء تنفيذ الصّفقة[2].

ج/– إنّ ارتباط العقود الإدارية بالمرافق العامّة أصبغ على هذه العقود ذاتية خاصّة جعلت من المتعامل المتعاقد مساعدا و معاونا للإدارة المتعاقدة معه في تسيير تلك المرافق.

و كلّ هذه الاعتبارات تؤدّي إلى أساس قانوني واحد ألا و هو قاعدة العدالة و الطّبيعة الذّاتية للعقود الإدارية.

المبحث الثّالث: شروط إعمال النّظرية

(1) – د. نصري منصور نابلسي، المرجع السّابق، ص 621.

(2) – C.E 21 Juil. 1970, req.n°71829 Dépt des Hautes-Alpes C/ Sté Savoyarde d'entreprise Concl. Mme Grévisse, Rec.533. Consulté sur site : https://www.legifrance.gouv.fr le 04 Fév. 2021 à 10h30mn.

- C.E 24 Fév. 1971, req. n°78722, Commune de Males-Herbes, Concl. Bertrand, Rec.162. Consulté sur site : https://www.legifrance.gouv.fr le 04 Fév. 2021 à 11h00mn.

- C.E 12 Mai 1982, req. n°14735, Sté des Autoroutes Paris-Rhin-Rhône, Concl. Dondoux Rec.175. Consulté sur site : https://www.legifrance.gouv.fr le 04 Fév. 2021 à 11h30mn.

يتطلّب القضاء و الفقه الإداري شروطا معيّنة لتعويض المتعامل المتعاقد عن الصّعوبات المادّية الاستثنائية التي تواجهه أثناء تنفيذ الصّفقة العمومية استنادا لنظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة. حيث يُفترض بداهةً أن نكون بصدد عقد إداري بالمعنى المستقرّ عليه فقها و قضاءً[1].

كما يُشترط ألاّ تكون هذه الصّعوبات بفعل أحد الطّرفين، أي أن تكون مستقلّة عن إرادتهما من حيث إحداثها أو تفاقم آثارها. فإن كان للإدارة ضلع في إحداثها دون خطأ فإنّ التّعويض يكون طبقا لنظرية فعل الأمير متى توافرت شروطها، أمّا إذا كان سببها خطأ من الإدارة فإنّها تُسأل طبقا لقواعد المسؤولية العقدية.

في حين إذا كان الخطأ من المتعامل المتعاقد أو لعدم تبصّره أو لإحداث تلك الصّعوبات بإرادته أو زاد في آثارها بإهماله فليس له إلاّ أن يتحمّل تبعات ذلك.

بالإضافة إلى الشّرطين السّالفين و اللّذين لا يحتاجان تفسيرا و لا تدقيقا، يجب أن تكون تلك الصّعوبات ذات طبيعة مادّية (المطلب الأوّل) غير متوقّعة عند إبرام الصّفقة (المطلب الثّاني) ذات طابع استثنائي بحت (المطلب الثّالث) و أن تؤدّي إلى قلب اقتصاديات الصّفقة (المطلب الرّابع) و ذلك على التّفصيل الآتي:

المطلب الأوّل: صعوبات ذات طبيعة مادّية

طالما أنّ نطاق النّظرية ينحصر عموما في صفقة الأشغال العمومية، فإنّ الصّعوبات المادّية غالبا ما ترجع إلى ظواهر طبيعية، تحديدا إلى طبيعة الأرض التي ينجز فيها المشروع[2].

---

(1) – راجع المطلب الأوّل من المبحث الثّالث من الفصل الأوّل من هذا الباب.

(2) – د. سليمان الطّماوي، المرجع السّابق، ص 721.

انظر أيضا:

– حمدي ياسين عكاشة، المرجع السّابق، ص 339.

– سعداوي مفتاح، المرجع السّابق، ص128.

مثل طبقة الطّين المطّاطي يصعب اقتلاعه بواسطة اليد العاملة و يلزمه استعمال تقنيات تفوق قدرات المقاول، و لم ينصّ عليها العقد[1]، أو أرض غزيرة المياه غير صالحة لإقامة المشروع المتعاقد بشأنه وفقا للبنود العقدية الأوّلية، كما أنّ عملية إصلاحها تتطلّب نفقات مرهقة[2].

و لا يجب أن يُفهم بأنّ هذه الصّعوبات المادّية تتولّد دائما عن فعل الطّبيعة، بل قد تأتي هذه الصّعوبات من فعل الغير بعيدا عن الأطراف أنفسهم؛ كوجود قناة مياه مجاورة لموقع المشروع لم تشر لها المخطّطات الأوّلية تتطلّب نفقات إضافية لتفادي الإضرار بها عند الاستمرار في التّنفيذ[3].

و من التّطبيقات القضائية لمجلس الدّولة الفرنسي فيما يتعلّق بالصّعوبات المادّية التي يكون مصدرها الظّواهر الطبّيعية نذكر على سبيل المثال:

1/- تفجّر منابع مياه تتدفّق منها كمّيات غزيرة من المياه تحتاج لامتصاصها و تجفيفها إلى نفقات غير عادية[4].

2/- وجود طبقات صخرية عند حفر أحد الآبار الارتوازية تحتاج إلى آلات متطوّرة خاصّة في قطعها و رفعها لتمكين المقاول من تنفيذ الأشغال المتعاقد عليها، ممّا يكلّف المتعاقد نفقات غير عادية[5].

---

(1) – د. يوسف سعد الله الخوري، المرجع السّابق، ص 489.

راجع في المعنى نفسه:

– د. ماجد راغب الحلو، المرجع السّابق، ص 136.

– د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السّابق، ص 210.

(2) – د. عمّار عوابدي، القانون الإداري، المرجع السّابق، 228.

(3) – عبسي عبد القادر الحسن، المرجع السّابق، ص 251.

انظر أيضا:

– د. محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السّابق، ص 65.

– علي بن عبد الكريم السّويلم، المرجع السّابق، ص 115.

(4) – C.E 05 Janv. 1944, Ville de Montpellier, Concl. Monniot, Rec.433.
Consulté sur site : https://www.gallica.bnf.fr le 05 Fév.2021 à 08h00mn.
<<Cons. que,…l'irruption de la source a constitué une sujétion imprévue qui donne droit à l'entrepreneur à une indemnité…>>.
تتعلّق القضية بإنشاء شبكة الصّرف الصّحي، حيث قدّر مجلس الدّولة الفرنسي بأنّ تدفّق المياه بكميات ضخمة بموقع الأشغال يعتبر صعوبات مادّية غير متوقّعة تبرّر الحكم بالتّعويض.

(5) - C.E 27 Mars 1903, n° 95916-97846, Commune de Jeumont C/ Vital-Tilmaut, Rec.279.

3/- تساقط أمطار غزيرة مصحوبة ببردٍ شديدٍ، ممّا حال دون الوصول إلى أماكن العمل[1].

4/- زيادة حجم التّربة الصّلبة محلّ تنفيذ الصّفقة أضعافا مضاعفة، تُجاوز كلّ التّقديرات التي جاءت بها الخبرات بمعرفة طرفيّ العلاقة العقدية[2].

5/- حدوث انهيارات للتّربة أدّت إلى تراكم كمّيات هائلة من الأتربة تكبّد المقاول نفقات باهظة في رفعها و إزالتها[3].

أمّا عن الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة التي يكون مصدرها الغير، نذكر من بين التّطبيقات القضائية لمجلس الدّولة الفرنسي:

أ/- ترميم المتعامل المتعاقد لطريق محاذٍ لموقع المشروع؛ لحاجته الماسّة إليه في الوصول إلى مكان تنفيذ الأشغال[4].

ب/- ظهور قناة خاصّة مجاورة لمحلّ إنجاز الأشغال و لم تشر إليها المواصفات و الرّسومات التي على أساسها تمّ التّعاقد[5].

---

(1) – C.E ¼ SSr du 13 Mai 1987, req. n° 35374, 50006 et 50065, S^{té} Citra-France, Concl. Mme De Clausade. Consulté sur site : https://www.legifrance.gouv.fr le 05 Fév. 2021 à 10h00mn.

تساقط الأمطار بغزارة لمدّة شهرين كوّنت للمقاول، بالنّظر لطّابعها الاستثنائي و غير المتوقّع، صعوبات مادية غير متوقّعة

انظر في المعنى نفسه:

- C.E 02 Fév. 1975 Commune de S^{t}-Michel de Maurienne, R.D.P 1975, p 1733.

(2) – C.E 07 Fév. 1962, Dôme-Sutra, Rec.1020.

(3) – C.E 19 Fév.1975, req. n°80470, Campénon-Bernard, Concl. Rougevin-Baville, Rec.143.

حيث واجهت المتعاقد صعوبات تمثّلت في وجود طبقات من الأتربة و الطّين أثناء حفر أساسات مشروع عسكري.

- C.E 22 Déc. 1976,req. n° 94998, Depussé, Rec.575.

حيث قضى مجلس الدّولة الفرنسي بتعويض المتعامل المتعاقد في صفقة بناء مدارس عن الصّعوبات التي واجهته عند تنفيذ الصّفقة، و المتمثّلة في اصطدامه بطبقة من التّربة الهشّة تخلّفت عنها كمّيات من الأتربة ترتّب عليها تعميق الأساسات من ثلاثة أمتار إلى عشرة أمتار بالمقارنة برسومات و تعليمات المصالح التّقنية.

(4) – C.E 05 Fév. 1931, req. n° 607, Ancona, Concl. Andrieux, Rec.137.
Consulté sur site : https://www.legifrance.gouv.fr le 05 Fév. 2021 à 10h30mn.

(5) – C.E 21 Juil. 1937, req. n° 33370, Ville de Carcassonne, Concl. Detton, Rec.754.
Consulté sur site : https://www.legifrance.gouv.fr le 05 Fév. 2021 à 11h00mn.

حيث اضطرّ المقاول إلى شراء و ردم قناة خاصّة ، مملوكة لأحد الأفراد، مجاورة لمكان انجاز الأشغال و ذلك لتأثيرها الضّار على البنايات التي يتولّى إقامتها.

ج/- توقّف المقاول قهرّيا عن الأشغال أثناء ترميمه لأحد الممرّات المائية للسّماح لبعض البواخر بالمرور على الرّغم من خلّو دفتر الشّروط من ذلك[1].

المطلب الثّاني: صعوبات غير متوقّعة عند إبرام الصّفقة

يجب أن تكون الصّعوبات طارئة و غير متوقّعة أو ممّا لا يمكن توقّعه أو ليس في الوسع توقّعه بمعنى انطواء هذا الشّرط على حدّ كبير من المفاجأة[2].

كأن يجد المتعامل المتعاقد نفسه إزاء حالة لم يكن يتوقّع حدوثها؛ لا بناءً على دفتر الشّروط و لا من خلال دراسته الأوّلية للمشروع ، أو بالرّغم ممّا تنبّه أو ما اتّخذه من حيطة لا تفوت على الشّخص البصير بالأمور قبل الإقدام على المساهمة في تسيير المرفق العامّ و التّعاقد بشأنه[3].

فعلى المقاول قبل إبرام الصّفقة أن يبذل كلّ جهده للإحاطة بالظّروف الخاصّة بالعقد و ما يتّصل به من صعوبات؛ كدراسة الأرض و التّربة التي سينفّذ عليها المشروع.

و هو ما ذهب إليه مجلس الدّولة الفرنسي في العديد من قراراته؛ حيث حمّل المتعامل المتعاقد واجب تقصّي طبيعة الصّعوبات التي قد تواجهه عند التّنفيذ، إلاّ أنّه لم يُسقط من اعتباره مدى معاونة الإدارة للمتعامل المتعاقد معها في هذا الصّدد، إعمالا لمبدأ حسن النّية و الثّقة المشروعة في المعاملات الذي يملي على جهة الإدارة المتعاقدة أن تُفيد المتعاقد معها بكلّ ما لديها من معلومات التي من شأنها معاونته

---

(1) – C.E 14 Nov. 1973, Société Hersant, R.D.P 1974, p 1174.
حيث اعتبر مجلس الدّولة الفرنسي بأنّ السّماح للبواخر بالمرور أدّى إلى تعطيل العمّال و الآلات التي استأجرها المتعاقد للقيام بالأشغال المتعاقد بشأنها؛ و أنّ هذا التّعطيل يعتبر من الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة ممّا يستوجب تعويض المتعامل المتعاقد.

(2) – Christophe Lajoye, op.cit, p 179.
Voir également :
Cf. Michel Rousset et Olivier Rousset, op.cit, p 191.

(3) – انظر في ذلك:
- د. أحمد محمود جمعة، المرجع السّابق، ص 296.
- د. عدنان عمرو، المرجع السّابق، ص 207.
- سعداوي مفتاح، المرجع السّابق، ص 131.
- د. هاني عبد الرّحمان اسماعيل، المرجع السّابق، ص 1205.

في بلوغ درجة التّقصّي، و إلاّ فإنّ مجلس الدّولة الفرنسي يمنح للمتعاقد التّعويض عن تلك الصّعوبات التي صادفته[1].

و يُرجع الفقه الإداري بوادر هذا الشّرط لقرار مجلس الدّولة الفرنسي الصّادر في 03 فيفري 1905 حيث أشار لأوّل مرّة لشرط عدم توقّع الصّعوبات المادّية؛ حيث جاء فيه :

<< ...أنّ السّيد...مؤسّس للمطالبة بالتّعويض عن الضّرر المتفاقم الذي تحمّله بسبب الصّعوبات... التي لم تكن متوقّعة أثناء إبرام العقد... >>[2].

و قد وصف الفقيه **Jèze**[3] هذا الشّرط بقوله:<< يجب أن يثبت بما لا يدع مجالا للشّك بأنّنا أمام صعوبات غير متوقّعة الخطورة و التي لم يكن بمقدور الأطراف توقّعها لحظة إبرام الصّفقة...>>.

و عدم التّوقع هو جوهر النّظرية و به سُميّت، و شرط عدم التّوقّع يتحقّق عند إبرام الصّفقة[4]؛ و من قرارات مجلس الدّولة الفرنسي الذي يؤكّد ذلك ما جاء في قراره الصّادر في قضية مدينة مرسيليا، حيث قدّر قضاة المجلس بأنّ : <<...الأضرار التي أحدثتها أشغال مدينة مرسيليا للشّركة المتعاقد معها تُمثّل طابعا غير متوقّع...>>[5].

---

(1) – C.E 29 Juin 1951, Secrétaire d'État à la défense C/ Debernardy, Rec.385.

و في ذات السّياق راجع:

- C.E, 5/3 ssr du 05 Déc. 1990, S^té Rapetto, n° 63063. Consulté sur site : *http://www.legifrance.gouv.fr*, le 24 Janv.2021 à 08h30mn.

(2) - C.E 03 Fév. 1905, req. n°1248 Ville de Paris, Concl. Saint-Paul, Rec.105. Consulté sur site : https://www.gallica.bnf.fr le 24 Janv.2021 à 09h00mn.

و من بين ما جاء فيه باللّغة الفرنسية:

<<…Le sieur M…est fondé à réclamer une indemnité pour l'aggravation qu'il a subie des sujétions tenant à la présence des causes telles qu'elles n'avaient pas entrer dans la commune prévision des parties lors de la passation du marché…>>.

(3) – Gaston Jèze, " Théorie générale des contrats de l'administration", op.cit, p 692.

حيث يذكر الفقيه:

<< Il faut qu'il fasse la preuve incontestable qu'on est en présence d'une sujétion imprévue de difficultés que les parties ne pouvaient pas prévoir au moment de la conclusion du contrat...>>.

(4) – علي بن عبد الكريم السّويلم، المرجع السّابق، ص 116.

(5) – C.E 16 Janv. 1970, Ville de Marseille, R.D.P 1971, p 263. **من بين ما جاء فيه:**

<< Les travaux causés par la ville de Marseille à la société cocontractante présentaient un caractère imprévisible…>>.

و معيار عدم التّوقّع هو معيار موضوعي و ليس معيار ذاتي، أي أنّه معيار محدّد لا يختلف من شخص لآخر، و لا يعني معيار عدم التّوقّع، عدم التّوقع المطلق و معيار القاضي في ذلك هو الرّجل العادي، بمعنى عدم قدرة الشّخص العادي توقّع الظّرف الجديد لو وُجد في نفس ظروف المقاول[1].

و يقع عبء إثبات طروء الصّعوبات المادّية و عدم إمكانية توقّعها أثناء التّعاقد على المتعامل المتعاقد طالب التّعويض، و تخضع أدّلة إثبات عدم إمكانية توقّع هذه الصّعوبات المادّية للسّلطة التّقديرية لقاضي العقد، يدرس كلّ حالة على حداها، و ذلك باعتباره مسألة واقع[2].

أمّا إذا كان المتعامل المتعاقد قد توقّع مثل تلك الصّعوبات، و رغم ذلك أقدم على التّعاقد دون أن يبدي للإدارة المتعاقدة معه تحفّظاته الفنّية بشأنها؛ فليس له إلاّ تحمّل، لوحده، نتيجة خطأه، كما أنّه إذا كان بوسعه توقّع قيام تلك الصّعوبات وقت الإبرام أو تفاقم آثارها إلاّ أنّه لم يبذل بذلك جــهد فإنّه يُعدّ مقصّراً و يتحمّل مغبّة عدم اكتراثه.

و من التّطبيقات القضائية لمجلس الدّولة الفرنسي بهذا الصّدد، رفضه تعويض المتعامل المتعاقد استنادا لنظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة عن الصّعوبات المترتّبة عن شتاءٍ قارصٍ و مُرتفعِ الرّطوبة، حال دونه و الوصول إلى مكان تنفيذ الأشغال لعدّة أيّامٍ؛ و ذلك لإمكانية توقّعها عند التّعاقد لو بذل المتعاقد جُهد الرّجل العادي لتقصّي الظّروف المناخية لمكان تنفيذ العقد لحظة إبرامه[3].

كما رفض مجلس الدّولة الفرنسي تعويض الشّركة المتعاقدة مع الإدارة عن الصّعوبات المادّية التي واجهتها أثناء تنفيذ العقد، حيث كان بإمكان الشّركة المتعاقدة توقّعها وقت التّعاقد لو لا تقصيرها في تلبية دعوة الإدارة المتعاقدة معها لإجراء خِبرات جيولوجية لتحديد طبيعة الأرض محلّ العقد[4].

---

(1) – د.محمّد أنس قاسم جعفر، المرجع السّابق، ص176/– د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السّابق، ص 213.

(2) – د. عبد العظيم عبد السّلام عبد الحميد، المرجع السّابق، ص 129.

(3) – C.E 03 Fév. 1975, Commune de Saint-Michel-de Maurienne, R.D.P 1975, p 1733.

(4) – C.E 17 Mars 1937, 36507, Société générale d'entreprise, Concl. Detton, Rec.354. Consulté sur site : https://www.gallica.bnf.fr le 24 Janv.2021 à 09h00mn.

حيث قضى مجلس الدّولة الفرنسي بأنّ:

<< Cons. qu'il résulte des pièces du marché primitif; que, dès-lors la société requérante ne saurait soutenir que la rencontre d'une couche de gravier compact, ni celle d'argile caillouteuse, constituât une difficulté imprévue de nature à lui ouvrir un droit à indemnité… >>.

- C.E 14 Nov. 1973, Société Hersant, précité.

المطلب الثّالث: صعوبات ذات طابع استثنائي بحت

لا يكفي أن تكون الصّعوبات المادّية غير متوقّعة فحسب بل يجب أن تكون غير عادية و استثنائية[1] من النّوع غير المألوف، تجاوز في شدّتها ما هو متعارف عليه في مثل ذات المشروع[2].

ومن ثمّ فلا يُقصد بالصّعوبات المادّية غير المتوقّعة مطلق عقبات التّنفيذ التي يصادفها المتعاقد أثناء إنجازه للأشغال المتعاقد بشأنها، و لكنّها عقبات غير مألوفة تُجاوز كلّ ما كان مقدّرا أو متوقّعا من المخاطر[3].

و قد أكّد مجلس الدّولة الفرنسي على هذا الشّرط في العديد من قراراته، و مثاله ما جاء في حكمه الصّادر في 12 ماي 1982[4]، حيث اصطدم تنفيذ الأشغال بصعوبات استثنائية مصدرها التّكوين غير المتجانس لأراضي المشروع و تواجد طبقات و جيوب من الطّين، فطبّق المجلس نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة.

---

(1) – Christophe Lajoye, op.cit, p 179.

حيث يذكر الفقيه:

<< Elle doit présenter un caractère anormal ; c'est-à-dire qui dépasse les aléas ordinaires du marché>>.

انظر في المعنى نفسه:

– د. سعاد الشّرقاوي، المرجع السّابق، ص 558.

– د. عبد العظيم عبد السّلام عبد الحميد، المرجع السّابق، ص 120.

– د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السّابق، ص 211.

– عبسي عبد القادر الحسن، المرجع السّابق، ص 251.

– د. محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السّابق، ص 69.

– علي بن عبد الكريم السّويلم، المرجع السّابق، ص 118.

– د. نصري منصور نابلسي، المرجع السّابق، ص 622.

(2) – د. نواف كنعان، المرجع السّابق، ص 376.

(3) – د. سليمان الطّماوي، المرجع السّابق، ص 725.

انظر أيضا:

– علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص527.

(4) – C.E 12 Mai 1982, req. n°14735, Société Paris-Rhin-Rhône, Concl. Dondoux, Rec.175. Consulté sur site : *https://www.legifrance.gouv.fr* 26 Janv.2021 à 08h00mn.

و على هذا الأساس يتمتّع القاضي بسلطة تقديرية واسعة لتقرير الطّابع الاستثنائي للعقبة من عدمه وفقا لظروف الحال و ما يقدّمه المتعامل المتعاقد من أدلّة و مستندات توضّح أنّ عقبات التّنفيذ تندرج في نطاق الصّعوبات ذات الطّابع الاستثنائي[1].

و يجري قضاء مجلس الدّولة الفرنسي على التّشدّد في تقدير هذا الشّرط، كلّما احتوى العقد على بنود صريحة أو ضمنية تحمّل المتعاقد كافة المخاطر عند التّنفيذ[2].

المطلب الرّابع: الإخلال باقتصاديات الصّفقة

بالإضافة إلى الشّروط السّالفة الذّكر، يُشترط لتطبيق نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة أن يتولّد عن تلك الصّعوبات التي يواجهها المتعاقد أثناء تنفيذ الصّفقة ضرر حاقّ يزيد من أعباءه المالية[3].

و شرط الإخلال باقتصاديات الصّفقة يعتبر من أهمّ شروط النّظرية، بل هو الذي جعلها ضمن منظومة نظريات التّوازن المالي للعقد[4]، و بهذه المثابة فإنّ إعمال نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة لا يتمّ تلقائيا لمجرّد اعتراض المتعاقد في تنفيذه للصّفقة صعوبات مادّية استثنائية غير متوقّعة تمكّن من مواجهتها دون تحمّله لأعباء إضافية؛ إذ ينتفي مناط تطبيق النّظرية[5].

أمّا إذا بلغت تلك الصّعوبات المادّية التي يواجهها المتعامل المتعاقد مع الإدارة عند تنفيذه للصّفقة حدّا من الجسامة استحال معه الاستمرار في تنفيذ العقد؛ فلا مجال كذلك لتطبيق نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة، بل تطبّق نظرية القوّة القاهرة[6].

---

(1) – د. محمّد سعيد حسين أمين، المرجع السّابق، ص 217.

(2) – C.E 14 Déc. 1917, Dedeyn, Rec.823. / - C.E 11 Mai 1942, Saint rapt, Rec.199.
- C.E 19 Mai 1943, n°58936, Caisse des dépôts et consignations, Concl.Odent, Rec.126.
- C.E 02 Avril 1953, Commune de Moissac, Rec.320.

(3) – Francis Paul Benoit, op.cit, p 623. **حيث يرى الفقيه:**
<< Qui ont pour effet de rendre son exécution plus difficile et par suite plus onéreuse>>.
انظر أيضا:– عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السّابق، ص 214.
- Christophe Guettier, op.cit, p 421.

(4) – علي بن عبد الكريم السّويلم، المرجع السّابق، ص 122.

(5) – د. هيثم حليم غازي، المرجع السّابق، ص 170.

(6) – انظر في ذلك المطلب الثّاني من المبحث الثّاني من الفصل الثّالث من الباب الثّاني من هذه الرّسالة.

إلاّ أنّ التّساؤل يثار حول تطبيق نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة في حالة الصّفقات ذات السّعر الجزافي (الفرع الأوّل) و في حالة الأشغال الإضافية الضّرورية (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل: الصّفقات ذات السّعر الجزافي

فالصّفقات ذات السّعر الجزافي هي تلك العقود التي تتضمّن تحديدا لكمّية الأعمال المطلوب تنفيذها في مقابل سعر إجمالي تدفعه الإدارة(1).

أي أنّ العقود الجزافية تتضمّن أمرين في وقت واحد؛ فيها يحدّد السّعر الإجمالي الذي تدفعه الإدارة المتعاقدة من جهة، في مقابل كميّة الأشغال الإجمالية التي يلتزم المتعاقد بتنفيذها من جهة أخرى(2).

و من ثمّ فالطّابع الجزافي في تحديد السّعر(3) لا يحول – وفقا لقضاء مجلس الدّولة الفرنسي– في إقرار التّعويض استنادا إلى نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة(4).

و قضاءه في ذلك متواتر – في تقدير الأستاذ **Delaubadère**– (5).

---

(1) – د. سليمان الطّماوي، المرجع السّابق، ص 726.

و انظر أيضا:

– د. محمّد أنس قاسم جعفر، المرجع السّابق، ص 177.

– موريس نخلة، المرجع السّابق، ص 131.

– د. أحمد محمود جمعة، المرجع السّابق، ص 296.

– د. عدنان عمرو، المرجع السّابق، ص 207.

(2) – د. نصري منصور نابلسي، المرجع السّابق، ص 636.

انظر في المعنى نفسه:

– د. هيثم حليم غازي، المرجع السّابق، ص 171.

(3) – ذكر المشرّع الجزائري – دون تفصيل– السّعر الجزافي في المادّة 96 من المرسوم الرّئاسي 15–247 التي تنصّ:

" يدفع اجر المتعامل المتعاقد وفق الكيفيات الآتية:

– بالسّعر الإجمالي و الجزافي،..."

(4) – C.E 08 Nov. 1938, Léauté, Rec.830, précité.

و قد جاء فيه:

<< Le caractère forfaitaire du marché ne fait pas obstacle à ce que l'entrepreneur puisse obtenir une indemnité pour les difficultés exceptionnelles et imprévisibles par lui rencontrées dans l'exécution des travaux…>>.

(5) – André Delaubadère, Frank Moderne, Pierre Delvolvé, T.C.A, TII, op.cit, p 510.

إلاّ أنّ مجلس الدّولة يتشدّد في منح التّعويض استنادا لنظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة، حيث يشترط أن تبلغ تلك الصّعوبات – في الصّفقات الجزافية– درجة من الخطورة تصل إلى حدّ قلب اقتصاديات العقد(1).

و قد أكّد مجلس الدّولة الفرنسي على هذا التّشدّد في قراره المبدئي المؤرّخ في 19 فيفري 1975(2).

حين قضى مجلس الدّولة الفرنسي بأنّ :" الصّعوبات الاستثنائية و غير المتوقّعة التي تواجه تنفيذ الصّفقة الجزافية لا تفتح الحقّ في التّعويض لفائدة المقاولين إلاّ في حالة ما إذا أثبت هؤلاء بأنّ تلك الصّعوبات كان من أثرها قلب اقتصاديات العقد، أو إذا كانت بفعل الإدارة".

وما يمكن استخلاصه من هذا القرار أنّ القاعدة العامّة عند مجلس الدّولة الفرنسي، أنّه لا مجال للتّعويض عن الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة التي يواجهها المتعامل المتعاقد عند تنفيذه لأشغال صفقة جزافية، و استثناءً من ذلك:

---

(1) – C.E 06 Mai 1936, n°42055, Ministre de la guerre C/ Reynier, Concl. Lagrange, Rec.508.
- C.E 30 Juil. 1948, n°76055, Ministre de la guerre C/ S^{té} Rol, Lister, Concl. Chenot, Rec.359.
- C.E 21 Juil. 1970, Dép^{t} des Hautes-Alpes C/ S^{té} Savoyarde d'entreprise, Rec.533.
حيث قضى مجلس الدّولة الفرنسي بتعويض الشّركة على الرّغم من الطّبيعة الجزافية للصّفقة و على الرّغم من وجود بند في الصّفقة ينصّ على تحمّل الشّركة مخاطر التّنفيذ؛ فقد قدّر المجلس ضخامة الصّعوبات المادّية، التي واجهتها الشّركة– النّاتجة عن الطّبيعة الصّخرية للتّربة– أثناء قيامها بالأشغال لشقّ أحد الأنفاق و هو ما أدّى إلى حدّ قلب اقتصاديات الصّفقة.

(2) – C.E 2/6 SSR, du 19 Fév. 1975,n° 80470, Ministre de la guerre C/ Société entreprise Campénon-Bernard et autres, Rec.143 consulté sur site : *https://ww.legifrance.gouv.fr* le 26 Janv. 2021 à 07h45mn.

و قد جاء فيه:

<< Les difficultés exceptionnelles et imprévisibles rencontrées dans l'exécution d'un marché à forfait ne peuvent ouvrir droit à indemnité au profit des entrepreneurs que dans la mesure que ceux-ci justifient soit que ces difficultés ont eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat, soit qu'elles sont imputables à un fait de l'administration >>. En ce sens **Cf. :**
- C.E ¼ SSR, du 12 Mai 1982, n° 14735, S^{té} Paris-Rhin-Rhône, Rec.175.précité.

و من بين ما جاء فيه:

<< Sur les conclusions relatives à la réparation du préjudice causé par les sujétions imprévues : cons.que la s^{té}...et la s^{té}…ont rencontrées dans l'exécution des travaux des difficultés exceptionnelles tenant notamment à la consistance hétérogène des terrains ainsi qu'à la présence de couches et de poches d'argiles ; que ces difficultés ont…et ont eu pour résultat de bouleverser l'économie du marché…>>.

أ- يمكن للمتعامل المتعاقد المطالبة بحقّ التّعويض- استنادا لنظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة- عن الصّعوبات الاستثنائية غير المألوفة التي تصادفه عند تنفيذ صفقة جزافية إذا بلغت تلك الصّعوبات حدّ قلب اقتصاديات العقد. و هنا تلتقي نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة مع نظرية الظّروف الطّارئة.

ب- كما يمكن للمتعامل المتعاقد أن يطالب بالتّعويض عن الصّعوبات المادّية التي واجهته عند تنفيذه لصفقة جزافية إذا كان سبب تلك الصّعوبات مردّه إلى فعل الإدارة؛ إلاّ أنّ التّعويض في هذه الحالة لا يتمّ تطبيقا لنظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة، بل استنادا لنظرية فعل الأمير(شرط أن يكون فعل الإدارة دون خطأ). لأنّه من بين شروط تطبيق نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة ألاّ يكون لطرفي العلاقة العقدية دخل في إحداث تلك الصّعوبات أو في تفاقم آثارها.

و قد سار الفقه الإداري على منهج مجلس الدّولة الفرنسي، حيث يشترط لإعمال نظرية الصّعوبات المادّة غير المتوقّعة في الصّفقات الجزافية أن تصل الأعباء التي تكبّدها المتعاقد إلى حدّ قلب اقتصاديات العقد[1].

و من نافلة القول أنّ القاضي الإداري سيكون أكثر تشدّدا في منح التّعويض عندما تتضمّن الصّفقة الجزافية بندا محدّدا للسّعر مهما تكن الصّعوبات المادّية التي تُصادَف أو مهما كانت طبيعة الأرض المُصادَفة[2]. و قضاء مجلس الدّولة مطّرد على رفض التّعويض في حالة الصّفقات الجزافية إذا لم تبلغ الأعباء المترتّبة عنها درجة قلب اقتصاديات العقد[3].

---

(1) - Jacques Montmerle, op.cit, p 185.

أين يذكر الفقيه: **Cf. :** - Christophe Guettier, op.cit, p 421.

<<…Dans les marchés à forfait, la sujétion imprévue reste susceptible d'être indemnisée, mais seulement dans l'hypothèse où elle entraine un véritable"bouleversement de l'économie du contrat">>.

و انظر كذلك في الفقه العربي: – د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، المرجع السّابق، ص 214.

– د. هيثم حليم غازي، المرجع السّابق، ص 171./ – سعداوي مفتاح، المرجع السّابق، ص 135.

(2) – C.E 29 Déc. 1916, req. n°24172, Bové et Plumeré, Concl. Corneille, Rec.297.

- C.E 29 Avril 1953, Commune de Moissac, précité.

(3) – C.E 10/9 SSR du 03 Nov.1982, n°34722, S^{té} d'exploitation Louis Gros,Consulté sur site : *https://www.legifrance.gouv.fr* le 26 Janv.2021 à 22h00mn.

- C.E 17 Juin 1985, Société Cogeci, R.DP 1986, p 1729.

و لتقدير مدى الإخلال الذي أصاب اقتصاديات الصّفقة، يُجري مجلس الدّولة الفرنسي المقارنة بين النّفقات الإضافية التي تكبّدها المتعامل المتعاقد بسبب الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة التي واجهته أثناء تنفيذ الأشغال و بين القيمة الإجمالية للصّفقة[1].

الفرع الثّاني: الأشغال الإضافية الضّرورية

مبدئيّاً على المقاول أن يتقيّد بتنفيذ الأشغال المدرجة في الصّفقة العمومية، و لا يُنجز الأشغال الإضافية إلاّ إذا صدر إليه أمر كتابي من الإدارة المتعاقدة. بيد أنّه و استثناءً من ذلك؛ فالأشغال المنجزة بمبادرة خالصة منه يمكن أن تفتح له باب التّعويض إذا كانت ضروريّة لحسن تنفيذ الأشغال المنصوص عليها في الصّفقة[2].

فالبرّغم من عدم النّص عليها في الصّفقة إلاّ أنّ الأشغال الإضافية لازمة لحسن تنفيذ العقد، فيجب على الإدارة المتعاقدة أن تؤدّي للمتعامل المتعاقد معها مبلغا مكمّلا للسّعر الأساسي يغطّي كافة النّفقات التي تحمّلها مقابل تلك الأشغال[3].

و الأشغال الإضافية الضّرورية تشكّل أعباءً تعاقدية لكلٍّ من المقاول و صاحب المشروع؛ إلاّ أنّ التّعويض عنها لا يتمّ تأسيسًا على المسؤولية التّعاقدية بالمعنى الصّريح[4]، ذلك أنّه لم يصدر عن الإدارة المتعاقدة أيّ خطأ.

و قد جاء فيه:

<< Considérant qu'en admettant même que la société "Cogeci" ait rencontrée, dans l'exécution de ces travaux, des difficultés imprévisibles provoquées par la présence de rochers, il résulte de l'instruction que ces difficultés n'étaient pas imputables à un fait de la commune et n'ont pas eu en l'espèce pour effet de bouleverser l'économie du contrat>>.

- C.E 5/3 SSR du 19 Fév.1992, S.A dragages et travaux publics, n° 47265, Rec.1108
- C.E 1er Juil. 2015, Sté sud-terrassement, n° 383613.FNTP/ Groupe juridique- Nov.2018 Site : https://www.fntp.fr Consulté le 30 Nov. 2020 à 13h00mn.

(1) – C.E 12 Mai 1982, Sté de travaux publics et bâtiments THEG, req. n° 23340, précité.
- C.E 10 Oct. 1984, Entreprise Cottin Jonneaux, R.D.P 1985, p 223.

(2) – Christophe Lajoye, op.cit, p 180.

انظر أيضا:

– د. محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السّابق، ص 71.

(3) – علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص203.

(4) Pierre Delvolvé, responsabilité contractuelle, op.cit, p 97. **حيث يذكر الفقيه:**

و التّطبيقات القضائية لمجلس الدّولة الفرنسي بهذا الصّدد مطّردة و اجتهاده ثابت[1]. و قد أوضح مجلس الدّولة الفرنسي هذا الحلّ في قراره الصّادر في قضية بلدية Canari[2]: و يتعلّق هذا القرار بصفقة عمومية مبرمة بين بلدية Canari و مقاولة SCREG و المتعلّقة بتجديد الطّرق البلدية في حدود 19500 فرنك فرنسي قديم. و لم يمكّن تنفيذ الصّفقة إلاّ بتجديد جزء من الطّرق، استمرّت المقاولة في أشغال التّجديد دون أن يتّم إبرام صفقة جديدة و دون صدور أمر كتابي إليها. أرسلت المقاولة الفاتورة للبلدية، رفضت هذه الأخيرة التّسديد، رفعت المقاولة دعوى أمام المحكمة الإدارية التي استندت للإثراء بلا سبب للبلدية و حكمت عليها بالتّعويض. رفضت البلدية أساس هذا القرار و استأنفته أمام مجلس الدّولة الفرنسي. استجاب المجلس لطلب البلدية عندما أثار انعدام الأمر الكتابي و لا حتى الشّفاهي من قبل البلدية لإنجاز الأشغال، كما أنّ الأشغال الإضافية، و إن كانت مفيدة للبلدية، إلاّ أنّها لا تفتح حقّ التّعويض ما لم تكن ضرورية لحسن تنفيذ المشروع.

و قد أكّد مجلس الدّولة الفرنسي هذا الاجتهاد في العديد من قراراته متى ثبت لديه أنّ الأشغال الإضافية كانت ضرورية لحسن إنجاز المشروع حتى في غياب أمر كتابي من صاحب المشروع[3].

<< Autant, les travaux supplémentaires indispensables constituent une charge contractuelle pour l'entrepreneur, autant ils sont une charge contractuelle pour le maître de l'ouvrage, la responsabilité contractuelle n'est pas en cause proprement parler… >>.

(1) – C.E 2/6 SSR, du 19 Fév. 1975,n° 80470, Société entreprise Campénon-Bernard précité.
حيث استجاب المجلس لطلب التّعويض على الرّغم من الطّبيعة الجزافية للصّفقة و على الرّغم من أنّ المقاول قد أنجز بعض الأشغال الإضافية دون أمر من الإدارة. حيث قرّر مجلس الدّولة الفرنسي التّعويض عن كلّ من الصّعوبات التي صادفها المتعاقد و عن الأشغال الإضافية المنجزة، إذ قدّر أنّه لا غنى عنها لتنفيذ الأشغال المتعاقد بشأنها.

(2) – C.E 17 Oct. 1975, Commune de Canari, n° 93704. consulté sur site : https://www.legifrance.gouv.fr le 27 Janv.2021 à 09h45mn.
Cf.- C.E 16 Fév. 1962, sarl Orsini-lasartigues,Rec.1019./- C.E 01 Oct. 1969, S^{té} des établ^{ts} privés, Rec.411.

(3) –C.E 17 Nov.1967,S^{té} Ateliers Nicou & C^{ie},Rec.429./-C.E 22 Déc.1976,Dépusse, Rec.575.
- C.E 04 Nov. 1988, Administration générale de l'assistance publique à Paris C/ entreprise Bertrand DA 1988 n° 637.
- C.E 7/2 SSR du 27 Sept. 2006, n° 269925, S^{té} GTM construction, inédit au recueil Lebon. consulté sur site : https://www.legifrance.gouv.fr le 27 Janv.2021 à 11h30mn **و قد جاء فيه:**
<< L'entrepreneur peut demander à être indemnisé à hauteur des travaux supplémentaires qu'il a réalisé **sans ordre de service du maître de l'ouvrage dès lors que ces travaux sont indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art** ; que dès lors, si la cour a pu écarter l'indemnisation demandée au titre des travaux supplémentaires en raison des prestations imposées par les stipulations contractuelles, elle a commis une erreur de droit en jugeant que la société Barbé n'était pas en droit d'obtenir le paiement des travaux non prévus

فالمبدأ إذا هو منع المتعامل المتعاقد من القيام بأيّة أشغال من تلقاء نفسه ، حتى لو كانت نافعة أو مفيدة للإدارة المتعاقد معها. فالمقاول الذي ينجز أشغالا إضافية في غياب أي أمر كتابي في ذلك من قبل الإدارة لن يحصل على أي مبلغ أو تعويض؛ بل قد يرتّب بفعله ذاك مسؤوليته العقدية لعدم احترامه لالتزاماته التّعاقدية[1].

أمّا إذا أنجز المتعاقد تلك الأشغال حتى و لو بناءً على أمر شفاهي، فإنّ تلك الأشغال تفتح له الحقّ في التّعويض[2].

و تعتبر من الأشغال الضّرورية، تلك التي تهدف إلى إصلاح آثار الأحداث الواقعة في مكان الورشة أو تلك اللاّزمة للتنّفيذ الحسن للأشغال. حيث يمكن للقاضي أن يعوّض المقاول عن الأشغال الضّرورية لإنجاز الصّفقة، حتى في غياب أمر من الإدارة، ذلك أنّ الضّرورة الذّاتية و الجوهرية لتنفيذ الصّفقة تسمو على الشّكلية الكتابية أو الشّفاهية للإذن بالقيام بالأشغال[3].

و من التّطبيقات القضائية النّادرة– أو ربما الوحيدة– التي فصل فيها مجلس الدّولة الجزائري في منازعة تتعلّق بطلب التّعويض استنادا لنظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقعة، ما ورد في قراره الصّادر في قضية ب. محمّد ضد بلدية كرزاز[4]. و هو القرار المنتقد من عدّة جوانب:

---

par le contrat, **mais exécutés pour rendre certaines parties de l'ouvrage conformes aux règles de l'art**>>.

(1) – Didier Chavernoz, Jean-François Gohier, JacquesDieudonné, Anita Roul, Valérie Baillat et Claude Turrel, Fntp, "Le forfait dans les marchés publics", Déc.2008, p 16. Consulté sur site : *https://www.fntp.fr* le 27 Janv.2021 à 20h30mn.

(2) – C.E 6/2 SSR du 1er Juil.1988, n° 55947, Sté des entreprises Gray, inédit au recueil Lebon, consulté sur site : *https://www.legifrance.gouv.fr* le 27 Janv.2021 à 21h00mn.

(3) – Didier Chavernoz et autres, op.cit, p 16 << Le juge pourra indemniser l'entrepreneur…ce même en l'absence d'ordre de service. La nécessité intrinsèque à l'exécution matérielle du contrat prime sur le formalisme écrit ou verbal de l'autorisation des travaux>>.(ترجمة حرّة)

(4) – قرار مجلس الدّولة الجزائري (غير منشور) ملف رقم 010605، فهرس 34 بتاريخ 20 جانفي 2000 في قضية ب. محمّد ضدّ بلدية كرزاز، و من أهمّ ما جاء فيه من وقائع:

– تعاقد الطّرفان على أن ينجز المستأنف للمستأنف عليها بئرا بأرض رملية تبعد عن الكثبان الرّملية بـ 30 مترا.

– عند بداية الأشغال **صادفت المتعاقد طبقة رملية كثيفة** استلزمت منه تمديد المدّة لإنجاز **أشغال إضافية تفوق ما كان متوقّعا عند الإبرام.**

– تقدّ م المستأنف من البلدية المتعاقدة معه بطلب تمديد مدّة التّنفيذ بسبب **كثافة الطّبقة الرّملية.**

أوّلا: فصل القضاة (الدّرجة الأولى و الاستئناف) في ظاهر الطّلب دون جوهره:

و هو ما أدّى بهم إلى تأسيس الحكم في القضية استنادا إلى المادّة الثّالثة من الاتّفاقية و المتعلّقة بالأشغال الإضافية النّافعة للإدارة و التي تستلزم لإنجازها الموافقة المبدئيّة من المصلحة المتعاقدة؛ في حين جوهر الطّلب كان التّعويض على أساس نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة و على أساس فكرة الأشغال الإضافية الضّرورية، حيث من المستقرّ فقها و قضاءً في القانون المقارن – كما سبق بيانه– الاعتراف بحقّ التّعويض في كلتا الحالتين (الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة و الأشغال الإضافية الضّرورية).

ثانيا: كان من باب أولى، أن يبدي مجلس الدّولة الجزائري– إسهابا منه في شرح القانون–:

موقفه من نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة؛ هل يأخذ بها أم لا؟ مبرزا في ذات الوقت أساسها شروط تطبيقها و آثارها، و كذلك الشّأن بالنّسبة إلى الأشغال الإضافية الضّرورية.

ثالثا: طغت، على قرارات قضاة الدّرجتين، الذّهنية المدنية (Esprit civiliste):

حيث ركنوا إلى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي لا تُطبّق على إطلاقها في منازعات العقود الإدارية و من ثمّ غاب عن قضاة المجلس روح الابتكار، و لعلّ مردّ ذلك حداثة عهد مجلس الدّولة الجزائري و عدم انبراء قضاته.

– عند انتهاء الأشغال تقدّم المستأنف من المستأنف عليها لاستيفاء ثمن الأشغال و الأشغال الإضافية، رفضت المستأنف عليها الشّق الثّاني من الطّلب و المتعلّق بالتّعويض عن الأشغال الإضافية.

– رُفع النّزاع إلى قضاء الدّرجة الأولى الذي حكم بعدم أحقيّة المتعاقد في الحصول على التّعويض، استُأنف القرار أمام مجلس الدّولة الذي قرّر:

<<...حيث أنّه يُستخلص من وقائع الدّعوى أنّ المستأنف كان قد رفع دعوى ضدّ البلدية المستأنف عليها من أجل إلزامها بتسديد له مبلغ الأشغال الإضافية التي صادفته أثناء إنجاز المشروع المتعلّق بحفر بئر و التي كلّفته خسارة قيمتها... و حيث أنّه بالرّجوع إلى محتوى الاتّفاقية المبرمة بين الطّرفين المتضمّنة بناء بئر من طرف[كذا] المستأنف لفائدة البلدية المستأنف عليها، أنّها تنصّ بموجب مادتها الثّالثة على أنّه:"في حالة ورود أشغال إضافية يجب على المقاول إخبار صاحب المشروع بذلك، ثمّ تُقوّم [كذا] الأشغال بواسطة رابطة ممضية من الطّرفين المتعاقدين، و تحمل تأشيرة المصالح التّقنية المكلّفة بمتابعة الأشغال"

...و حيث أنّه طالما كان المستأنف لم يثبت مزاعمه، و لم يحترم بنود الاتّفاقية المبرمة...فإنّ طلبه يستحقّ الرّفض...>>.

خلاصة الفصل الثّالث

كما سابقتيها(نظرية فعل الأمير و نظرية الظّروف الطّارئة) ابتكر مجلس الدّولة الفرنسي نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة، و طبّقها على العقود الإدارية متى توافرت شروطها.

و قد نشأت هذه النّظرية بموجب قرار Duché ، حيث جاء هذا الحكم بناءً على تفسير قضاة مجلس الدّولة الفرنسي لبنود دفتر الشّروط العامّة لعقود الجسور و الطّرقات الفرنسي. و الملاحظ أنّ مجلس الدّولة الفرنسي قد اعتمد في البداية على نظرية القوّة القاهرة و اتّخذها مصدرا لنظرية الصّعوبات المادّة غير المتوقّعة، ثمّ بعد ذلك حدّد معالم النّظرية و أصبحت مستقلّة عن نظرية القوّة القاهرة.

و بعد أنِ استقرّت النّظرية في جداول و مؤلّفات كلّ من القضاء و الفقه الإداري عرفت بعض التّعديلات في مضمونها سيما في الصّفقات الجزافية، حيث أصبح القضاء الإداري يتشدّد في منح التّعويض استنادا لنظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة ما لم يصل الضّرر إلى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب.

و تُعدّ صفقة الأشغال العمومية المجال الخصب لتطبيق النّظرية إلاّ أنّه لا يوجد ما يحول دون سحب تطبيقها على كافّة العقود الإدارية.

و قد اختلف الفقه الإداري – كما في النّظريتين السّابقتين– حول الأساس القانوني لمنح التّعويض استنادا لنظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة، و يبقى الرّاجح – في تقديرنا بعد استقراء قرارات مجلس الدّولة الفرنسي بهذا الشّأن– من بين تلك الآراء هي فكرة العدالة و الطّبيعة الذّاتية للعقود الإدارية.

و لإعمال النّظرية يستوجب توافر جملة من الشّروط؛ بأن تكون تلك الصّعوبات ذات طبيعة مادّية غير متوقّعة عند إبرام الصّفقة ذات طابع استثنائي بحت ممّا يؤدّي إلى الإخلال باقتصاديات الصّفقة.

فالبرّغم من التّطور التّكنولوجي الذي وصلت إليه البشرية و الذي يُمكّن من دراسة باطن الأرض وتحديد الطّبقات الجيولوجية، المكوّنة له بدّقة، لا تزال نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة تثري جداول القضاء الإداري بالكثير من القضايا ذات الصّلة، حتى لو تضمّنت الصّفقة العمومية بنودا تُحمّل المتعامل المتعاقد مخاطر التّنفيذ أيّاً كانت طبيعة الأرض و الصّعوبات التي يصادفها عند التّنفيذ.

و من ثمّ إذا ما صادف المتعامل المتعاقد، عند تنفيذه للصّفقة العمومية، صعوبات مادّية سواء أكانت تقنية أو جيولوجية، لم يتوقّعها و لم يكن بوسعه توقّعها عند إبرام الصّفقة، نظرا لطابعها الاستثنائي و غير المألوف حقّ له المطالبة بالتّعويض عن الضّرر الذي لحقه جرّاء تلك الصّعوبات، حتى يتمكّن من الاستمرار في تنفيذ التزاماته العقدية طالما أنّ تلك الصّعوبات لم تصل إلى حدٍّ يجعل الاستمرار في التّنفيذ أمرا مستحيلا.

و خلاصة القول أنّ نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة نظرية تطوّرية، حتى أنّها أصبحت تُسمّى في قرارات مجلس الدّولة الفرنسي بنظرية الصّعوبات التّقنية غير المتوقّعة و أصبحت تُعنى باهتمام النّاشطين(إدارات عمومية و متعاملين متعاقدين) في حقل الصّفقات العمومية (خاصّة صفقة الأشغال العمومية) حيث أنشأت بفرنسا الفيدرالية الوطنية للأشغال العمومية (F.n.t.p) تبدي الرّأي و الاستشارة بهذا الصّدد لهؤلاء و أولئك.

خلاصة الباب الأوّل

من خلال دراستنا لماهية المخاطر التي تعيق تنفيذ الصّفقة العمومية وقفنا على نقاط الالتقاء و نقاط الاختلاف بين النّظريات الثّلاث المكوّنة لفكرة المخاطر في العقود الإدارية. حيث تلتقي النّظريات الثّلاث في النّقاط الآتية:

– المصدر القضائي للنّظريات الثلاث، و لعلّ الفضل الأكبر لإرساء قواعد تلك النّظريات يعود إلى تقارير مفوضّو الحكومة لدى مجلس الدّولة الفرنسي.

– المسؤولية العقدية دون خطأ، حيث قضى مجلس الدّولة الفرنسي بإعمال النّظريات الثّلاث و رتّب مسؤولية الإدارة المتعاقدة دون أن يصدر من جهتها أيّ خطأ.

– الفجائية وعدم التّوقّع، إذ يشترط الاجتهاد القضائي لمجلس الدّولة الفرنسي في الفعل المكوّن للمخاطر ألاّ يكون ممّا يمكن توقّعه أو تفاديه.

– نطاقها كلّ العقود الإدارية، و إن كان اتّصال أحد تلك النّظريات بنوع معيّن من العقود الإدارية أكثر من غيره، إلاّ أنّ ذلك لا يحول دون تطبيقها على كافة العقود الإدارية.

– شرط الضّرر، إلاّ أنّه يختلف من نظرية لأخرى، حيث يشترط في نظرية الظّروف الطّارئة أن يكون الضّرر جسيما و يؤدّي إلى قلب اقتصاديات الصّفقة؛ و هنا تلتقي نظرية الظّروف الطّارئة مع نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة في حالة الصّفقات الجزافية. أمّا نظرية فعل الأمير لا تفتح للمتعامل المتعاقد الحق في التّعويض إلاّ إذا كان الإجراء المعني يمسّ بالموضوع الجوهري للعقد أو لأحد العناصر الجوهرية الذي بناءً عليه تمّ التّعاقد. كما يشترط في الضّرر أن يكون غير عادي و خاصّ.

و تختلف النّظريات الثّلاث – لحدّ هذا الباب الأوّل– في وجه واحد ألا و هو مصدر الفعل الضّار:

* حيث يشترط في نظرية المخاطر الإدارية أن يكون مصدر فعل الأمير، المرتّب للضّرر المصلحة المتعاقدة.

* في نظرية المخاطر الاقتصادية يشترط ألاّ يكون لطرفي العلاقة العقدية ضلع في إحداث الفعل أو في تفاقم آثاره، ويستوي في ذلك أن يكون مصدره؛ سلطة إدارية أخرى غير تلك المتعاقدة، ظواهر طبيعية أو ظروف اقتصادية أو غيرها.

* أمّا في نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة فعادة ما يكون الظّرف الاستثنائي الطّارئ من مصدر طبيعي.

بعد أن عرضنا ماهية المخاطر التي تعيق تنفيذ الصّفقة العمومية، يتبادر للأذهان التّساؤل عن الآثار التي ترتّبها تلك المخاطر على تنفيذ الصّفقة العمومية؟

ذلك هو موضوع الباب الثّاني من هذه الدّراسة.

الباب الثّاني

الباب الثّاني

آثار المخاطر (النّظريات الثّلاث)على تنفيذ الصّفقة العمومية

تمهيد:

إنّ المخاطر الطّارئة التي رتّبتها الظّروف الاستثنائية غير المتوقّعة تُمثّل مشاكل استثنائية ممّا يستوجب إيجاد حلولا استثنائية.

فالمخاطر التي حاقت بالمتعامل المتعاقد أثناء تنفيذ التزاماته التّعاقدية، لا تُمكّنه من التّحلّل من الاستمرار في تنفيذ الصّفقة مهما بلغت شدّة تلك المخاطر أو طال مداها؛ ما لم تصل إلى حدّ استحالة التّنفيذ.

و بذلك برز الأثر الأوّل الذي تُرتّبه المخاطر، و هو إلزام المتعامل المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ البنود التّعاقدية (الفصل الأوّل).

و لمّا كان المتعامل المتعاقد معاونا للإدارة المتعاقدة معه؛ فاستمراره في التّنفيذ في ظلّ الظّروف الاستثنائية غير التّعاقدية، يُلزم جهة الإدارة بمدّ يد المساعدة له حتى يتمكّن من تخطّي تلك المخاطر و ذلك من خلال تحمّل جزءاً أو كلّ الأعباء غير التّعاقدية– حسب نوع المخاطر– التي أثقلت كاهل معاونها و مساعدها و يكون ذلك في شكل تعويض مالي (الفصل الثّاني)، و هو ثاني أثر للمخاطر على تنفيذ الصّفقة العمومية.

و الملاحظ على الأثرين الأوّلين، إنّما استحدثهما القضاء الإداري من أجل المحافظة على ديمومة المرفق العام محلّ التّعاقد و حسن سيره بانتظام؛ إلاّ أنّه قد يتبيّن من الوضعيات المستحدثة بسبب المخاطر التي داهمت تنفيذ الصّفقة بأنّ المرفق العام محلّ التّعاقد أصبح مشروعاً غير قابلٍ للحياة. و من ثمّ، حفاظا على المال العامّ، فلا سبيل سوى اللّجوء لحلّ الرّابطة العقدية (الفصل الثّالث) كآخر أثر للمخاطر المستحدثة على تنفيذ الصّفقة العمومية.

ذلك ما سنتناوله، تِباعاً، بشيء من التّفصيل.

الفصل الأوّل: استمرار الرّابطة العقدية

تقديم:

يُشكّل حسن سير المرافق العامّة بانتظام و اطّراد المبدأ القانوني العام الأصيل و الأساسي للعديد من النّظريات و الآثار القانونية المتعلّقة بالعقود الإدارية، و من بين تلك النّظريات ما سبقت دراسته في الباب الأوّل من هذه الرّسالة؛ و نعني بذلك نظرية فعل الأمير و نظرية الظّروف الطّارئة و نظرية الصعوبات المادّية غير المتوقّعة.

فهذه النّظريات المبتكرة من قبل القضاء الإداري، و إن تعدّدت و اختلفت مصادرها، فإنّها تُولّد مخاطر تعيق حسن تنفيذ الصّفقة العمومية. فهكذا نجد أنّ مبدأ دوام حسن سير المرفق العامّ بانتظام و اضطراد هو الأثر و المعيار البارز في تأصيل و تأسيس و تبرير إقرار القضاء الإداري بإلزام المتعامل المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد (المبحث الأوّل)، ما لم تبلغ تلك المخاطر حدّ استحالة السّير في التّنفيذ.

و لا ريب أنّ تنفيذ العقد في ظلّ المخاطر المستجدّة سيؤدّي- لا محالة- إلى تأخّر المتعامل المتعاقد في إنجاز التزاماته التّعاقدية في آجالها، و هو ما يفتح، من حيث الأصل، للإدارة المتعاقدة سلطة توقيع الجزاءات عليه- لا سيما المالية منها- إلاّ أنّ استمرار الرّابطة العقدية في ظلّ تلك المخاطر يسمح للمتعامل المتعاقد بالمطالبة بالإعفاء من الغرامة التّأخيرية (المبحث الثّاني).

المبحث الأوّل: الاستمرار في التّنفيذ دافعه فكرة المرفق العامّ

ظهرت فكرة المرفق العام و تبلورت ابتداءً من أواخر القرن التّاسع عشر فأصبحت الفكرة الأساسية التي اعتمدها كلّ من مجلس الدّولة و محكمة التّنازع الفرنسيين في تقرير معيار اختصاص القضاء الإداري[1].

(1) – د. مازن ليلو راضي، الوسيط في القانون الإداري، ط1، المؤسّسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان. 2013 ص 317.

و من بواكر قرارات مجلس الدّولة الفرنسي بهذا الصّدد:

- C.E 06 Déc. 1855, n°26953, Rothschild, Concl. Du Martroy, Rec.707/ G.A.J.A, op.cit, p 2.

و هو القرار الذي ظهرت فيه، بجانب المعيار التّقليدي "الدّولة المدينة" "L'État débiteur"، مبادئ ذات عبارات أعادها فيما بعد اجتهاد القضاء الإداري في قرار Blanco .

و قد أسّست مدرسة المرفق العامّ بزعامة العميد **Duguit** مذهبها الذي كان له الشّأن الكبير في نظريات القانون الإداري، حيث اعتبرت المرفق العامّ و مقتضيات سيره بانتظام و اضطراد المبرّر الوحيد لوجود نظام قانوني خارج عن المألوف في قواعد القانون الخاصّ[1].

فالبرّغم من محاولة جانب من الفقه التّقليل و الإضعاف من هذه الفكرة (و لو أنّ الجدل القائم بين المؤيّدين و المنكرين لفكرة المرفق العام في نظريات القانون الإداري ليس موضوع بحثنا) إلاّ أنّ صلة العقد الإداري بالمرفق العامّ (المطلب الأوّل) و الطّابع الخاصّ لعقد الصّفقة العمومية مناطه تلبية احتياجات المرتفقين (المطلب الثّاني) هي الأسس التي استند إليها القضاء الإداري لتقرير واجب المتعامل المتعاقد في الاستمرار في التّنفيذ.

المطلب الأوّل: صلة العقد الإداري بالمرفق العامّ

إنّ الدّولة هي المسؤولة عن تلبية الحاجات العامّة لمواطنيها، و في هذا الاتّجاه تسعى نحو تحقيق هدف معيّن هو حسن سير المرافق العامّة، و تستعمل في هذا السّبيل وسائل القانون العامّ، لأنّ المرفق العامّ يمثّل الفكرة الأساسية التي يقوم عليها القانون الإداري الذي أصبح يسمّى"قانون المرافق العامّة"[2].

و العقد الإداري ليس إلاّ إحدى وسائل الإدارة لضمان سير المرافق العامّة[3]، فضرورة كفالة استمرار المرفق العامّ الذي يساهم فيه المتعاقد بقدر ما يحقّق هذا المرفق من سدّ حاجات الجمهور هو السّبب في وجوب استمرار المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته العقدية أيّاً كانت الصّعوبات المالية التي يقابلها[4].

---

(1)– و قد استلهمت المدرسة أفكارها و مبادئها من القرار المبدئي الشّهير لمحكمة التّنازع الفرنسية في قضية Blanco:
- T.C 08 Fév. 1873, Blanco, Rec.1er suppléant 61. Concl. David.
حيث فسّر مفوّض الحكومة David نصوص القوانين:3 fructidor an 16 et 16-24 Août 1790 على أنّ المحاكم العدلية" غير مختصّة جذرياً للنّظر في كلّ الطّلبات ضدّ الإدارة بسبب **المرافق العامّة** مهما كان موضوعها..."
« … sont radicalement incompétents pour connaître de toutes les demandes formées contre l'administration à raison **des services publics**, quel que soit leur objet… ».

(2) – د. مازن ليلو راضي، الوسيط في القانون الإداري، المرجع السّابق، ص 318.

انظر كذلك:

– مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمّد حمد الشّلماني، المرجع السّابق، ص 23.

(3) – Émilie Labrot, op.cit, p 55.

(4) – د. هاني عبد الرّحمان إسماعيل، المرجع السّابق، ص 1184.

و من ثمّ فإنّه من اللاّزم ألاّ يُنظر إلى العقد الإداري باعتباره مصدرا لالتزامات تعاقدية فحسب– كما هو الشّأن في القانون الخاصّ– بل يتعيّن أوّلا و قبل كلّ شيء أن يوضع في الاعتبار أنّ العقود الإدارية تؤدّي دورا هامّا في تسيير المرافق العامّة[1].

و تجدر الإشارة في هذا الصّدد إلى ملاحظة أساسية – أبداها و بِحقٍّ جانب من الفقه– أنّه مع تعدّد الاصطلاحات التي استخدمها القضاء الإداري الفرنسي لبيان علاقة العقد الإداري بالمرفق العامّ، و برغم أنّها تحوي مفهوما واحدا قِوامه معاونة (Collaboration) المتعامل المتعاقد للإدارة المتعاقدة معه بهدف تسيير المرفق العامّ، إلاّ أنّ النّزعة التّأصيلية للفقه الفرنسي صاغت تلك الاصطلاحات في صورة نظريات متعدّدة، فيقال على سبيل المثال:

أ– نظرية الهدف المباشر؛ و تسمّى كذلك نظرية تحقيق غرض المرفق العامّ حالاً و مباشرةً[2].

ب– نظرية الشّروط الاستثنائية المتّبعة في إدارة المرفق العامّ.

ج– نظرية اشتراك المتعاقد في تسيير المرفق العامّ ذاته.

و لمّا كانت الرّابطة العقدية بين طرفيّ العقد الإداري هي علاقة تعاضد، مشاركة و تعاون بهدف تسيير المرفق العامّ، يستلزم أن يبذل المتعامل المتعاقد أقصى ما في جهده لتنفيذ التزاماته العقدية في سبيل المصلحة العامّة.

---

(1) – د. سليمان الطّماوي، المرجع السّابق، ص 78.

انظر أيضا:

– د. مازن ليلو راضي، معايير تمييز العقد الإداري، المرجع السّابق، ص 69.

– أحمد بن محمّد الشّمري، المرجع السّابق، ص 28.

(2) – T.C 07 Nov. 1922, req. n° 718, Manon, Concl. Péan, Rec.795.

حيث اعتبرت المحكمة أنّ تعهّد أحد الأفراد بنقل الجنود و المؤن بواسطة سفينته و تحت إدارته عقدا إداريا، لأنّ نشاط المتعاقد في هذه الحالة يُحقّق مباشرة هدف المرفق العامّ.

- C.E 07 Mars 1923, C^{ie} Hellénic transport Steamship Company, R.D.P 1923, p 432. Consulté sur site : https://www.gallica.bnf.fr le 02 Fév.2021 à 08h30mn.

- T.C 06 Avril 1946, S^{té} franco-tunisienne, Rec.327.

إذ اعتبر القضاء عقدا مدنيّا تعهّد أحد الأفراد بوضع سفنه تحت تصرّف الدّولة تستعملها هي في مباشرة الخدمة العامّة ذلك أنّ المتعاقد لا يساهم مباشرة في أداء الخدمة.

إنّ خصوصية الرّابطة بين المتعامل المتعاقد و الإدارة المتعاقدة معه مستمدّة من الخصوصية التي تُميّز المسؤولية العقدية الإدارية، و التي تجد مصدرها في العلاقة و الرّابطة بين العقد الإداري و مقتضيات المرفق العامّ.

فمن خلال الرّابطة العقدية و التي تُهيمن عليها فكرة المرفق العام و مقتضيات سيرورته بانتظام و اطّراد يجب على المتعامل المتعاقد، في تقدير الأستاذ **Delaubadère**[1]، أيًّا ما كان حجم الصّعوبات التي واجهته و أثرها على تنفيذ العقد، الاستمرار في تنفيذ العقد آخذا بعين الاعتبار أنّ ذات الفكرة المهيمنة على هذه العلاقة لها صداها في تعويضه – جزئيا أو كلّيا حسب الحالات– عن الإرهاق الذي واجهه في التّنفيذ.

و من ثمّ يُمنع على المتعامل المتعاقد، تحت ستار المخاطر المستجدة التي ألمّت به، أن يتوقّف عن تنفيذ التزاماته العقدية، و إلاّ ترتّبت مسؤوليته العقدية.

حيث يرى – و بحقّ– الأستاذ **Delvolvé**[2] بأنّ الرّوابط بين العقد الإداري و مبادئ المرفق العامّ تشكّل سببا آخر لخصوصية المسؤولية العقدية و بخاصّة مبدأ استمرارية المرفق العامّ الذي يحظر انقطاع المرفق المُعهد به إلى المتعامل المتعاقد.

و إن كانت المسؤولية الإدارية في نظرية المخاطر في العقود الإدارية هي مسؤولية عقدية دون خطأ هذا لا يعفي المتعامل المتعاقد، في الحالات التي يمكن فيها إثارة مسؤولية الإدارة المتعاقدة على أساس الخطأ – و المتمثّلة في إخلالها بأحد التزاماتها العقدية، بحيث يتعطّل تطبيق نظريات المخاطر في العقود الإدارية– من الاستمرار في التّنفيذ طالما كان ذلك في استطاعته[3].

---

(1) – André Delaubadère, Frank Moderne, Pierre Delvolvé, TCA, TI, op.cit, p 706.

(2) – Pierre Delvolvé, responsabilité Contractuelle, op.cit, p 5.

حيث يذكر الفقيه:

<< Les liens entre le contrat administratif et les principes du service public constituent une autre cause de particularisme de la responsabilité contractuelle administrative…En particulier le principe de continuité du service public interdit des interruptions du service confié au cocontractant>> .(ترجمة حرّة في المتن)

(3) – علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص409.

انظر كذلك:– د. السّيد فتّوح محمّد هنداوي،المرجع السّابق، ص 450/ د.إبراهيم طه الفيّاض، المرجع السّابق، ص274.

و لقد ظهر أوّل تطبيق إيجابي لفكرة المرفق العام بصدد علاقته بالعقود الإدارية في قرار مجلس الدّولة الفرنسي في قضية Thérond[1] حيث قضى بأنّه:" بتعاقدها في الشّروط المنوّه عنها أعلاه، مع السّيد Thérond، تكون مدينة Montpellier قد تصرّفت حفاظا على صحّة و أمن المواطنين، و من ثمّ هدفها تنفيذ مرفق عام".

ثمّ تلاه بعد أسبوع قرار آخر لمجلس الدّولة الفرنسي في قضية C^ie g^le française des tramways حيث تكرّر في تقرير مفوّض الحكومة Léon Blum مصطلح المرفق العام و ارتباطه بالعقد الإداري من ذلك قوله:" فالموضع الوحيد لتلك التّوضيحات (يقصد بها توضيحات بنود العقد)هو تكوين، بترابطها العادل، و بتعويضها المفترض، الوحدة المالية للعقد، و لا يمكن لها أن تَحُدَّ، لمجرّد ذكرها أو لمجرّد وجودها، حقّ التّنظيم الذي هو مستقلّ عن العقد، ذلك أنّ هدفه النّهائي هو ضمان التّنفيذ العادي للمرفق العام، مهما كان الذي اتُّفقَ عليه، و مهما الذي حصل "[2].

ثمّ تواترت بعد ذلك قرارات القضاء الإداري مؤكّدة على الصّلة الوثيقة بين العقد الإداري و المرفق العام من ذلك ما جاء في تقرير مفوّض الحكومة Chardenet في قرار مجلس الدّولة الفرنسي في قضية الشّركة العامّة للإنارة لمدينة Bordeaux حيث وضّح بما لا يدع مجالا للشّك العلاقة المتينة للعقد الإداري بالمرفق العام[3].

---

(1) – C.E 04 Mars 1910, n°29373, Thérond, Concl. Pichat, Rec.197/ G.A.J.A, op.cit, p 130.
حيث جاء فيه:
<< …Qu'en traitant dans les conditions ci-dessus rappelées avec le sieur Thérond, la ville de Montpellier a agi en vue de l'hygiène et de la sécurité de la population et a eu, dès lors, pour but d'assurer un service public >>.

(2) – C.E 11 Mars 1910, C^ie g^le française des tramways, Rec.216 Concl. Léon Blum/ G.A.J.A op.cit, p 134.
و من بين ما جاء فيه:
<< L'objet unique de ces précisions est de constituer, par leur corrélation équitable, par leur compensation présumée, l'unité financière du contrat. Elles ne peuvent limiter par leur simple énonciation, par leur simple existence, un droit de réglementation qui est indépendant du contrat, puisqu'il a pour but final d'assurer, quoi qu'il en ait été convenu, quoi qu'il arrive l'exécution normale du service public >>.

(3) – C.E 30 Mars 1916, C^ie générale d'éclairage de Bordeaux, précité.
من بين ما جاء في التّقرير
<< Le concessionnaire est tenu d'exécuter le **service** prévu dans les conditions précisées…>>.
"على الملتزم أن ينفّذ **المرفق العام** محل العقد وفقا للشّروط المحدّدة " و في ذلك دلالة صريحة على ارتباط العقد بالمرفق العام.

أمّا عن الأغراض التي تنشدها الدّولة من وراء إبرام العقود الإدارية فقد حدّدها مفوّض الحكومة Corneille في قرار مجلس الدّولة الفرنسي في قضية Société d'éclairage de Poissy [1]:

"في كلّ عقد متعلّق بالتّسيير ذاته للمرافق العامة، فالدّولة لا تتعاقد كالشّخص العادي...بل تتعاقد من أجل الجماعة، من أجل الجمهور، من أجل المرتفقين، من أجل مصلحة الجماعة و المصلحة العامّة".

على أن تبقى الاستمرارية هي العروة الوثقى بين المرفق العام و العقد الإداري، ذلك ما أكّد عليه مجلس الدّولة الفرنسي في العديد من قراراته حيث اعتبر" الالتزام الملقى على عاتق المتعاقد هو بذل كلّ ما في وسعه من جهد لضمان استمرارية و – في حالة التّوقف– إعادة سير المرفق العام الموكل إليه"[2]."حتى في الظّروف المالية غير المريحة مؤقتا"[3].

و من ثمّ فإنّ الاستمرارية في التّنفيذ هي وليدة استمرارية المرفق العام.

المطلب الثّاني: الطّابع الخاصّ لعقد الصّفقة العمومية مناطه تلبية احتياجات المرتفقين

بالرّجوع إلى المرسوم الرّئاسي 15–247، نجد بأنّ المشرّع حدّد، بما لا يدع مجالا للتّأويل، الهدف من وراء إبرام عقد الصّفقة العمومية؛ حيث اشترط التّحديد المسبق لحاجات الإدارة المتعاقدة الواجب تلبيتها قبل الشّروع في إجراءات الإبرام[4].

---

(1) – C.E 08 Fév. 1918, req. n° 61648, S^té d'éclairage de Poissy, Concl. Corneille, Rec.122.
Consulté sur site : https://www.gallica.bnf.fr le 02 Fév.2021 à 09h30mn. **حيث جاء فيه:**
<< Dans tout contrat intéressant le fonctionnement même des services publics, l'État ne contracte pas comme un simple particulier…Il contracte pour une collectivité, pour le public pour les usagers du service public, pour l'intérêt collectif et général >>.

(2) – C.E 23 Juin 1944, req. n° 67549, ville de Toulon, concl. Odent, Rec.180.
Consulté sur site : https://www.gallica.bnf.fr le 02 Fév.2021 à 10h30mn. **و جاء في منطوق الحكم:**
<< L'obligation qui incombe à un concessionnaire de faire de tous ses efforts pour assurer la continuité et – en cas d'interruption- la reprise du service public à lui confié >>.

(3) – C.E 10 Déc.1943, req. n° 63657, S^té d'assainissement, Concl. Odent, Rec.287.
حيث جاء فيه:
<< La société à qui incombait l'obligation d'assurer la continuité du service public, même dans des conditions financières provisoirement défavorables>>.

(4) – حيث تنصّ المادّة 27 من المرسوم الرّئاسي 15–247 على ما يلي:
<< تحدّد حاجات المصالح المتعاقدة الواجب تلبيتها، مسبقا، قبل الشّروع في أيّ إجراء لإبرام صفقة عمومية...>>.

و عليه لا يجوز للمتعامل المتعاقد مع الإدارة التّوقف عن تنفيذ التزاماته العقدية بمجرّد حدوث طارئ أيّا كان مصدره سواء أكانت الإدارة أو الظّروف الاقتصادية أو الظّروف الطّبيعية، طالما أنّ الصّعوبات المتولّدة عن ذلك الطّارئ لم تصل إلى حدّ القوّة القاهرة التي تجعل من الاستمرار في التنفيذ أمرا مستحيلا[1].

ذلك أنّ التّوقف عن تنفيذ الصّفقة يحول دون تلبية احتياجات المرتفقين و هو ما يتنافى مع مبدأ استمرارية المرفق العام.

فالمرافق العامّة – على حدّ تعبير العميد **Jèze** إنّما تهدف إلى تلبية الحاجات العامّة، فالسّلطة و الأعوان العموميون و الملتزمون هم مكلّفون بتنظيمها أو لتسييرها ضمانا للرّاحة المادّية، المعنوية و الذّهنية للمرتفقين[2].

كما حدّد المرسوم الرّئاسي شكل و موضوع الصّفقات العمومية[3]، حيث يتبيّن الغرض من إبرام الصّفقة العمومية إنّما هو تلبية احتياجات المرتفقين، و ذلك إمّا بإنجاز المرافق العامّة (عقد الأشغال) أو باقتناء اللّوازم (عقد التّوريد) أو بتقديم الخدمات (عقد الخدمات). و لا شكّ أنّ كلّ أشكال و مواضيع الصّفقات العمومية المنصوص عليها في المادّتين 28 و 29 من المرسوم الرّئاسي 15-247 إنّما تهدف

---

(1) – C.E 05 Nov. 1982, Société Propétrol, Rec.381. précité.

و من بين ما جاء فيه:

<< Si la hausse survenue à partir du mois de Mai 1973 sur le marché international du fuel… ; cette circonstance ne constituait pas un cas de force majeur mettant la société dans l'impossibilité d'effectuer les fournitures prévenues au contrat… >>.

(2) – Gaston Jèze, principes généraux du droit administratif, fonctionnement des services publics, op.cit, p 3.

(3) – حيث تنص المادّة 28 منه على ما يلي:

<<يمكن المصلحة المتعاقدة أن تبرم صفقة عمومية واحدة أو أكثر بهدف تلبية حاجة معيّنة خاصّة...>>

كما نصّت المادة 29 من ذات المرسوم الرّئاسي على أنّه: << تشمل الصّفقات العمومية إحدى العمليات الآتية أو أكثر:

إنجاز الأشغال،

إقتناء اللّوازم،

إنجاز الدّراسات،

تقديم الخدمات...>>.

إلى ضمان تلبية احتياجات المرتفقين من خلال الحرص على استمرارية المرفق العام المتعاقد بشأنه و من ثمّ واجب استمرار الرّابطة العقدية.

و لقد أكّد مجلس الدّولة الفرنسي في العديد من قراراته على وجوب استمرار الرّابطة العقدية استنادا إلى فكرة المرفق العام و ارتباطه بتلبية الحاجات العامّة للمرتفقين. و سنعرض لقرارين ذوي الأهمّية في هذا الشّأن؛ و هما قراريّ Époux Bertin et Grimouard حيث أعاد القرارين البريق إلى فكرة المرفق العام بعد أن أفل نجمها بصدور قراريّ محكمة التّنازع الفرنسية في قضيتّي Naliato[1] و confédération générale des petites et moyennes entreprises[2].

فقد كان قرار مجلس الدّولة الفرنسي في قضية Grimouard[3]، صريحا حول تعريف فكرة المرفق العام؛ إذ اشترط اجتماع ثلاثة عناصر:

أولا: مهمّة لمصلحة عامّة (إعادة إنشاء الغابة الفرنسية).

ثانياً: هيئة مكلّفة بالإنجاز (إدارة المياه و الغابات).

ثالثا: صلاحيات خاصّة مخوّلة لتلك الهيئة (إمكانية فرض التزامات على المالكين و الحصول على إتاوات لتزويد الصّندوق الوطني للغابات).

و بذلك تكون قد اجتمعت في كنف – على حدّ تعبير الأساتذة المؤلّفين لكتاب القرارات الكبرى لاجتهاد القضاء الإداري–[4] "المناخ القانوني للقانون العام" الفكرتين الأساسيتين: هدف المرفق العام و الشّروط غير المألوفة في قواعد القانون الخاصّ.

---

(1) – T.C 22 Janv. 1955, Naliato C/ État n° 1511, Rec.614, consulté sur site : https://www.doctrine.fr . le 06 Fév.2021 à 11h00mn.

(2) – T.C 28 Mars 1955, Confédération générale des petites et moyenne entreprises, Rec.616. حيث أجمع ظنّ الفقهاء المعلّقين على القرارين بأنّ فكرة المرفق العام قد فقدت قيمتها التّفسيرية للقانون الإداري. حول ذلك راجع G.AJ.A, op.cit, p 498.

(3) – C.E sect. 20 avril 1956, Ministre de l'agriculture C/ Consorts Grimouard, Rec.168. arrêt précité .

(4) – G.A.J.A, op.cit, p 498. **حيث يذكر المؤلّفون:**

<< Ainsi se trouvent réunies, au sein…d'un climat juridique de droit public, les deux notions fondamentales du but de service public et des procédés exorbitants du droit commun>>.

أمّا فكرة التّنفيذ المباشر لموضوع المرفق العام فقد وضّحها قرار مجلس الدّولة الفرنسي في قضية الزّوجين Époux Bertin[1] حيث رفعت الإدارة يدها جزئيا عن مهمّتها و عهدت بنشاط المرفق العام (التّسيير، الإدارة، التّمويل و تقديم الخدمات) إلى الزّوجين Bertin.

ثمّ توالت بعد ذلك قرارات القضاء الإداري في هذا الشّأن و قد شملت جميع أنواع العقود الإدارية، من ذلك:

أ/- العقود المتعلّقة بتنفيذ الأشغال العامّة[2] حيث تمثّل محلّ العقد في بناء و استغلال مصنع لمعالجة النّفايات المنزلية و لا حاجة للدّلالة على صلة محل العقد (رفع النّفايات المنزلية و معالجتها) بتلبية حاجيات المرتفقين.

ب/- العقود المتعلّقة بتنفيذ المرفق العام ذاته[3] و مثاله؛ ذلك العقد الذي أبرمته أحد المستشفيات مع إحدى شركات تأجير التّلفزيون لتزويد المرضى الماكثين بالمستشفى بهذه الأجهزة.

فإلى جانب المهمّة الأساسية للمستشفى و المتمثّلة في تقديم العلاج و الرّعاية الصّحية فإنّ الخدمة التي يضطلع بها المستشفى تتضمّن علاوة على ذلك تهيئة الظّروف الملائمة لإقامة المرضى.

و هو الاجتهاد الثّابت لدى مجلس الدّولة الفرنسي حيث اعتبر في أحد قراراته الحديثة بأنّ العقد المتعلّق بوضع تحت تصرّف مرضى بمستشفى، اشتراكات التّلفزيون، الهاتف، الاتّصال، الانترنت و الخدمات المرتبطة، هو عقد محلّه تكليف المتعاقد بمهمّة تسيير مرفق عام تتمثّل- حسب ما جاء في قرار مجلس

---

(1) – C.E sect. 20 Avril 1956, Époux Bertin, Rec.167, précité.

حول فكرة ارتباط الصّفقة العمومية بتلبية احتياجات المرتفقين **راجع:**

– د. سامي حسن نجم الحمداني، أثر العقد الإداري بالنّسبة إلى الغير، ط1، المؤسّسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان 2012 ص 43 فما فوق.

حيث ميّز بين طائفتين من المرتفقين:

طائفة المستفيدين (مرتفقو المرافق العامّة الإدارية) و **طائفة المنتفعين** (مرتفقو المرافق العامّة الصّناعية و التّجارية).

(2) – C.E 21 Nov. 1971, S^{té} industrielle de fertilisants humiques, Rec.723.

(3) – C.E 7/10 SSR, du 08 Juin 1994, req. n° 90818, S^{té} CODIAM, Concl. Fratacci, Rec.295. Consulté sur site : *https://www.legifrance.gouv.fr* le 07 Fév.2021 à 10h15mn.

و قد جاء فيه:

<< …Étant entendu que le service hospitalier comprend, outre les soins, l'aménagement des conditions de séjour des malades >>.

الدّولة الفرنسي– << في وضع تحت الخدمة مجموع الوسائل و النّشاطات التي تمكّن من ضمان تواصل/اتّصال المرضى بالعالم الخارجي وفقا للطّرق المكيّفة لحاجياتهم الحالية>>[1] .

و هو المنهج الذي أخذ به الفقه الإداري[2]؛ و من أمثلة تسيير المرافق العامّة ما جاء في قرار مجلس الدّولة الفرنسي في قضية نقابة ما بين البلديات للتّزويد بالمياه[3]، حيث قدّر قضاة المجلس بأنّ " العقد محلّ النّزاع و إن كان لا يُوكل للمتعاقد توزيع المياه للمستهلكين النّهائيين، إلاّ أنّه يُكلّفه بمجموع الخدمات الأخرى، التي من دونها لا يمكن ضمان سير المرفق العام لتوزيع المياه؛ و من ثمّ فإنّه يجب أن يُنظر إلى مشروع العقد بأنّه يوكل إلى المتعاقد تسيير مرفق عام ".

و من أمثلة مهام تسيير المرفق العام ما جاء في قرار مجلس الدّولة الفرنسي في قضية قصر فرساي[4] حيث يتعلّق العقد بتكليف المتعاقد بوضع و تسيير نظام رقمي للمساعدة في زيارة المتحف و الدّومين الوطني لقصر فرساي (الدّليل السّمعي audioguidage).

و من ثمّ لا يُشترط أن يوكل للمتعاقد تنفيذ جلّ المرفق العام بل قد يتعلّق الأمر بشطر من المرفق العام[5].

---

(1) – C.E 7/2 SSR du 07 Mars 2014, CHU de Rouen, Req. n° 372897consulté le 08 Fév.2021 à 09h15mn sur : *https://www.legifrance.gouv.fr* **حيث جاء فيه:**

<< Consistant à mettre en œuvre l'ensemble des moyens et activités permettant d'assurer la communication des patients avec l'extérieur selon des modes adaptés à leurs besoins actuels>>

(2) – Laurent Richer, " La concession dans la commande publique ", B.J.C.P, n°103 pp 403-413, 28 Janvier 2016 /disponible également sur site : *https://www.droit-des-contrats-publics.efe.fr/* chronique du 28/01/2016 consulté le 08 Fév. 2021 à 20h30mn.

(3) – C.E 7/2 SSR du 28 Juin 2006, Syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la moyenne vallée du Gier, req. n° 288459, inédit au recueil Lebon/ consulté sur site : *https://www.legifrance.gouv.fr* le 08 Fév.2021 à 21h35mn. **و قد جاء فيه:**

<< Si le contrat litigieux ne confie pas au cocontractant la distribution de l'eau aux consommateurs finals, il le charge toutefois de l'ensemble des autres prestations sans lesquelles le service public de distribution de l'eau ne pourrait être assuré ; qu'ainsi, le projet de contrat en cause doit être regardé comme confiant au cocontractant du syndicat **la gestion d'un service public** >>.

(4) – C.E 7/2 SSR. Du 23 Déc. 2009, Établissement public du musée et du domaine national de Versailles, , consulté sur site: *https://www.legifrance.gouv.fr* le 08 Fév.2021 à 22h00mn.

(5) - Laurent Richer, " La concession dans la commande publique ", op.cit, p 405.

Voir également :

- C.E 7/2 SSR. Du 19 Janv. 2011, CCI de Pointe-à-Pitre, réq.n°341669, consulté sur site : *https://www.legifrance.gouv.fr* le 08 Fév.2021 à 16h00mn.

و في هذه الأمثلة، من القرارات القضائية لمجلس الدّولة الفرنسي، دليل واضح على ارتباط العقد الإداري بتلبية حاجيات المرتفقين.

ج/- عقود التّوظيف في المرافق العامّة الإدارية، مثل العقد المبرم بين أحد المكاتب العامّة للإسكان معتدل الأجرة H.L.M و بين بوّاب هذا المكتب، و المكلّف بالحراسة و الإشراف على مجموعة من العمارات التّابعة للمكتب و ملاحظتها و مراقبتها [1]. و كذلك العقد المبرم بين إحدى الحافظات و حارس ليلي[2]، و العقد المبرم بين إحدى المدارس و حاجب[3].

فكلّ من الحارس و الحاجب يضمنان الصّيانة و الحراسة و الاتّصال بالمرتفقين، و هم في هذه الحالات الزّائرين و التّلاميذ[4]. و أيضا العقد المبرم بين إحدى ثانويات البنات و إحدى العاملات لمراقبة البنات في عنبر النّوم الخاصّ بهنّ في استيقاظهنّ و نومهنّ[5].

د/- العقود المبرمة بين المرافق العامّة الإدارية و المرتفقين، مثل العقد المبرم بين الدّولة و بعض المؤسّسات أو المنظّمات المهنية بقصد نخل الدّقيق[6]، باعتبار أنّ موضوع العقد يهدف إلى التّموين.

و من ثمّ فالصّلة الشّديدة بين المرفق العام، المرتفقين و العقد[7] هي ما جعل القضاء الإداري يُلزم المتعامل المتعاقد مع الإدارة، بالاستمرار في تنفيذ التزاماته العقدية. حيث تشترك النّظريات الثّلاث في أنّ مواجهة المتعاقد لعقبات أثناء تنفيذ العقد لا تؤدّي إلى تحلّله من التزاماته ما لم تصل إلى حدّ استحالة التّنفيذ[8].

---

(1) – C.E 10 Mars 1959, Lauthier, Rec.198.
(2) – T.C 18 Mars 1991, Kermann, inédit au recueil Lebon.
(3) – C.E 05 Avril 1991, École supérieure de commerce d'Amiens, Rec.256.
(4) – د. جورج شفيق ساري، تطوّر طريقة و معيار تمييز و تحديد العقد الإداري في القانونين الفرنسي و المصري، د.ط دار النّهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 105.
(5) – T.C 12 Juin 1978, Houen, Rec.735.
(6) – C.E 14 Nov. 1958, Union meunière de la Gironde, Rec.554.
(7) – د. أيمن فتحي محمّد عفيفي، الوجيز في العقود الإدارية، ط1، د.ن، 2017، ص 25.
(8) – André Delaubadère, Frank Moderne, pierre Delvolvé, T.C.A, TII, op.cit, p 604-605 .
حيث يذكر الفقيه في هذا المعنى:
<<…Le but même de la théorie est…de permettre **d'assurer la continuité du service public** ; les hausses imprévisibles n'autorisent donc jamais le concessionnaire **à interrompre le**

و تبقى لقاضي العقد السّلطة التّقديرية في تقرير توافر شروط تطبيق أيّ من النّظريات الثّلاث، و ليس للمتعاقد – الذي واجهته صعوبات في التّنفيذ– أن يتوقّف عن الاستمرار في التّنفيذ متذرّعا بأنّ العقبات التي صادفها مما تندرج في نطاق تطبيق هذه النّظرية أو تلك[1].

و قد جرى قضاء مجلس الدّولة الفرنسي على تأكيد التزام المتعامل المتعاقد بضمان استمرارية المرفق العام، و عدم جواز الدّفع بعدم التّنفيذ أيّاً كانت الصّعوبات التي تطرأ أثناء التّنفيذ[2]، ما لم تصل تلك الصّعوبات في شدّتها إلى حدّ القوّة القاهرة التي يمكن أن تصبح مبرّرا له في ذلك؛ و لكن بشرط، في هذه الحالة، أن يبذل المتعاقد أقصى ما في وسعه من الجهد لاستمرار سير المرفق العام.

و يعتبر تقصير المتعاقد في قيامه بهذا الالتزام بمثابة خطأ جسيم يستوجب توقيع الجزاء عليه[3]، و له عند استمراره في تنفيذ التزاماته العقدية بالرّغم من الصّعوبات التي واجهته، الحق في المطالبة بعدم توقيع الغرامة التّأخيرية.

المبحث الثّاني: الإعفاء من الغرامة التّأخيرية

إنّ توقيع العقوبات على المتعامل المتعاقد هو حقّ للمصلحة المتعاقدة مخوّل لها طبقا للمبادئ العامّة التي تحكم العقود الإدارية إعمالا لمبدأ امتياز الأولوية[1]، حيث يشمل هذا الامتياز جل العقوبات حتى و لو لم يتناولها نصّ العقد[1].

---

service… A cet égard, le cocontractant ne saurait se prévaloir des difficultés financières …comme constituant un cas de force majeure…>>.

و هو ما أكّده مجلس الدّولة الفرنسي في العديد من قراراته:

- C.E 30 Mars 1916, C^ie générale d'éclairage de Bordeaux, précité.
- C.E 05 Nov. 1982, S^té Propétrol, précité.

(1) – علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص 417.

(2) – حيث قرّر المجلس بأنّه، على فرض صحّة ما يدّعيه المتعاقد مع الإدارة بأنّ اقتصاديات العقد لم تعد متوازنة على إثر الزّيادة غير المتوقّعة في أعباء الاستغلال، فإنّ ذلك يمكن أن يعتبر مبرّرا لطلب التّعويض، و لكنّه لا يصلح سندا لتركه المرفق العام، المعهود إليه تسييره و استغلاله، معطّلا.**انظر في ذلك القرارات الآتية:**

- C.E 10 Déc. 1943, n° 63657, S^té d'assainissement C/ ville de Clermont-Ferrand, Rec.287.
- C.E 29 Janv. 1958, S^té « L'urbaine-travaux », Rec.49.
- C.E 26 Nov. 1971, S^té industrielle municipale et agricole de fertilisants humiques, Rec.723.

(3) – أحمد السّيد محمّد محمود عطية، المرجع السّابق، ص 283. **انظر كذلك:**– د. أمين عاطف صليبا، الوافي في القانون الإداري العام، مبادئ أساسية، ط1، المؤسّسة الحديثة للكتاب طرابلس، لبنان 2017، ص 182.

و تعدّ سلطة توقيع الجزاءات من أخطر السّلطات التي تتمتّع بها الإدارة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد معها، و تخضع لنظام قانوني خاصّ هو نظام القانون العام في العقود الإدارية[3]، الذي لا ينظر إلى إخلال المتعامل المتعاقد بالتزاماته، مجرّد إخلالٍ بالتزام تعاقدي بل يمثّل أيضا مساسا بانتظام و اضطراد سير المرفق العام المتعاقد بشأنه[4].

و من ثمّ جاءت الجزاءات المترتّبة على هذا الإخلال شديدة و تنطوي في الواقع على معنى العقوبة[5].

لكن قبل أن تصير هذه السّلطة حقّا بيد المصلحة المتعاقدة، كما هي الآن و واجب عليها لا تستطيع التّنازل عنه، قد مرّت بمراحل جاءت تكريسا لمبدأ قابلية المرفق العام للتّغيير و التّكيّف، و كدعامة لخاصّية تطوّر القانون الإداري.

حيث كان المبدأ السّائد فقها و قضاءً أنّه لا يمكن للإدارة المتعاقدة إلاّ توقيع تلك الجزاءات المنصوص عليها عقديا دون سواها؛ و في حالة غياب النّص لا يسوغ للإدارة توقيع جزاء من عندها، و لا يجوز للقاضي افتراض تلك السّلطة بيد الإدارة. ثمّ اعترف للإدارة بحقّ توقيع جزاءات غير عقدية على المتعاقد معها، تستلزمها مقتضيات المصلحة العامّة؛ إلاّ أنّه لم يعترف للإدارة، في بداية الأمر، بسلطة توقيع تلك الجزاءات بنفسها بل يستوجب عليها اللّجوء إلى القضاء[6].

---

(1) – André Delaubadère, Yves Gaudemet, droit administratif des biens, op.cit, p 399.
(2) – André Maurin, op.cit, p 90.
(3) – د. مازن ليلو راضي، معايير تمييز العقد الإداري، المرجع السّابق، ص 136.
(4) – د. عدنان عمرو، المرجع السّابق، ص 196.
(5) – د. محمود حلمي، المرجع السّابق، ص 78.
(6) – C.E 31 Mai 1907, n°16324, Deplanque C/ Ville de Nouzon, Concl. Romieu, Rec.517. consulté sur sites : https://www.gallica.bnf.fr / https://www.revuegeneraledudroit.eu le 11 Fév.2021 à 21h25mn.
حيث تتلخّص وقائع القضية في أنّ السّيد Deplanque كان ملتزم مع مدينة Nouzon لغرض توفير الإنارة، و قد ورد في بنود العقد على توقيع الفسخ كجزاء لإخلال الملتزم لالتزاماته العقدية. و في أثناء التّنفيذ أخلّ المتعاقد خللا بسيطا بالتزاماته(ضعف الإنارة، قلّة عدد المصابيح، عدم الصّيانة، عدم إنارة المصابيح في الوقت المحدّد)، لمّا رُفع النّزاع أمام مجلس الدّولة الفرنسي، قضى باعتبار أنّه لم يرد في دفتر الشّروط أيّ جزاء على هذه الحالات، إلاّ أنّها تكوّن إخلالا بالتزامات عقدية ممّا يفتح للإدارة حقّ توقيع جزاءات أخرى غير الفسخ.

و باعتبار أنّ كلّ التزام تعاقدي يقابله جزاء يتمّ توقيعه عند الإخلال به، هذا يعني إمكانية وجود سلطة توقيع الجزاء لدى الشّخص المعنوي العام المتعاقد مستقلّة عن البنود العقدية[1].

و لمّا كان الجزاء في العقد الإداري – كما سبقت الإشارة إليه– ليس له طابع ردعي بحت، إنّما هدفه الأسمى الحفاظ على سيرورة المرفق العام[2]؛ و قد يأخذ السّبيل القضائي وقتا طويلا قبل النّطق بالجزاء يكون خلاله تلكّأ المتعامل المتعاقد قد ألحق بالمرفق العام ضررا لا يمكن جبره، و هي نتيجة غير محبّذة يجب تجنّبها.

ثمّ اعترف مجلس الدّولة الفرنسي للإدارة المتعاقدة بسلطة توقيع الجزاء على المتعاقد معها دون الحاجة إلى نصّ عقديٍّ[3].

و تبعا لجسامة الخطأ المرتكب من قبل المتعامل المتعاقد يخوّل، للإدارة، النّظام القانوني الذي تسير بمقتضاه، أنواعا متعدّدة من الجزاءات[4] أهمّها:

---

(1) – د. طه إبراهيم الفيّاض، المرجع السّابق، ص 198.

(2) – د. محمود خلف الجبوري، المرجع السّابق، ص 114.

(3) – C.E 11 Oct. 1929, req. n°95283, C^ie de navigation sud atlantique, Concl. Ettori, Rec.892. Consulté sur site : https://www.gallica.bnf.fr le 11 Fév.2021 à 23h00mn.

و من بين ما جاء فيه:

<< En ce qui concerne le droit, pour le ministre de la marine marchande, de prononcer des dommages-intérêts à la charge de la compagnie requérante,…Cons. que si aucune sanction de ce refus n'a été expressément prévue au cahier des charges, il n'en constitue pas moins, de la part du concessionnaire, l'inexécution de ses obligations ;…, a causé à l'État un préjudice, et quelle est, par suite, de nature à motiver l'allocation, au profit de l'État, de dommages-intérêts qu'il appartient au ministre de mettre à la charge de la compagnie…>>.

(4)– هناك جانب من الفقه يضع تقسيما ثلاثيا آخر لأنواع العقوبات:

أ/– عقوبات قانونية

ترتدي صفة الإلزام الذي لا يمكن مخالفته في بنود العقد، و بالتّالي على الإدارة الالتزام بها و فرضها عند الشّروط لذلك.

ب/– عقوبات عقدية

و لا يجوز للإدارة فرض عقوبات غير تلك المنصوص عليها في العقد، مثل غرامة التّأخير.

ج/– عقوبات متعلّقة بالنّظام العام

بحيث يجوز للإدارة فرضها حتى و لو لم ينصّ العقد عليها أو لم يرد لها ذكر في القانون.

لأكثر تفصيل حول هذا التّقسيم راجع:

– د. يوسف سعد الله الخوري، المرجع السّابق،ص 481.

1/- الجزاءات الضّاغطة مثل وضع المشروع تحت الحراسة، أو سحب العمل من المقاول و الشّراء على حساب المورّد.

2/- الجزاءات المالية كالغرامة التّأخيرية و مصادرة الضّمان.

3/- الجزاءات الفاسخة و مثاله الفسخ الجزائي.

و الذي يعنينا في هذا الجزء من الدّراسة هو الغرامة التّأخيرية كأحد الجزاءات المالية؛ و من ثمّ سنتناول بالدّراسة على التّوالي، في مطلبين، ماهية الغرامة التّأخيرية ثمّ حدود سلطة الإدارة في توقيعها.

المطلب الأوّل: ماهية الغرامة التّأخيرية

تعتبر الغرامة التّأخيرية من الجزاءات العقدية المألوفة التي غالبا ما تلجأ إليها الإدارة المتعاقدة و توقعها على المتعامل المتعاقد معها في حالة تقصيره في تنفيذ التزاماته، و هو ما يفسّره سهولة توقيعها، و توافقها مع مبدأ سير المرفق العام بانتظام و اضطراد[1].

و سوف نعرض لبيان ماهية الغرامة التّأخيرية من خلال تعريفها (الفرع الأوّل) أساسها (الفرع الثّاني) ثمّ خصائصها و مميّزاتها في (الفرع الثّالث).

الفرع الأوّل: التّعريف

عرّفها الأستاذ Delaubadère بأنّها:

" الغرامات هي تعويض جزافي منصوص عليه في العقد تحسّبا لأيّ إخلال من المتعاقد لالتزاماته "[2].

---

(1) – عبسي عبد القادر الحسن، المرجع السّابق، ص 151.

انظر أيضا:

– د. عبد الله نواف العنزي، النّظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2010، ص 35.

(2) - André Delaubadère, Frank Moderne, pierre Delvolvé, T.C.A, TII, op.cit, p 136.
حيث جاء في تعريفه باللّغة الفرنسية:

و يجمع جمهور الفقه الإداري في الوطن العربي على تعريف الغرامة التّأخيرية بأنّها:

" مبلغ من المال يحدّد عادة في العقد بنسبة معيّنة عن كلّ يوم تأخير في تنفيذ المتعاقد لالتزاماته العقدية و تستحقّ طوال مدّة التّنفيذ ما دام التّأخير مستمرّا، لا يسقط منها أيام العطل و الأعياد الرّسمية"[1].

و نظام الغرامات التّأخيرية كثير الورود في العقود الإدارية، و إن كان يطبّق في جميع الحالات التي يخلّ فيها المتعاقد بالتزاماته، و لكن يكثر استعماله- على الأخصّ- كجزاء على التّأخير في تنفيذ العقد[2].

و عليه فالغرامة التّأخيرية هي جزاء مالي جزافي- عادة ما يكون منصوصًا عليه قانونا أو محدّدًا في بنود الصّفقة- تحسّبًا لأيّ تلكأ، تماطل أو تنفيذ غير مطابق من المتعامل المتعاقد لالتزاماته العقدية في المواعيد المحدّدة طبقا لدفتر الشّروط؛ وهو امتياز للإدارة المتعاقدة توقعه على المتعاقد معها حتى في غياب النّص القانوني أو البند العقدي، و دون التزام بإثبات حصول الضّرر؛ لأنّها إحدى المعالم و العناصر الأساسية في النّظام القانوني للعقود الإدارية.

الفرع الثّاني: الأساس

تنصّ المادة 147 من المرسوم الرّئاسي 15-247 على ما يلي:

<< Les pénalités sont dommages-intérêts forfaitaires stipulés dans le contrat en prévision de tel ou tel manquement du cocontractant à ses obligations>>.**(ترجمة حرّة في المتن)**

(1) – د. محمّد فؤاد عبد الباسط، المرجع السّبق، ص 553.

انظر أيضا:

– د. محمود حلمي، المرجع السّابق، ص 82.

– د. سليمان الطّماوي المرجع السّابق، ص 512.

– د. محمود خلف الجبوري، المرجع السّابق، ص 117.

– د. عبد الحميد الشواربي، المرجع السّابق، ص 38.

– أ. د. نواف كنعان، المرجع السّابق، ص 259./ – د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السّابق، ص 36.

– د. هيثم حليم غازي، سلطة الإدارة في العقود الإدارية، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ط1، 2014، ص 112.

– د. ماجد راغب الحلو، المرجع السّابق، ص 114.

(2) – Laurent Richer, Droit des contrats administratifs, op.cit, p 242 et 348.

Voir également :

- Jean Rivero, Jean Waline, op.cit, p 126.

<<يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التّعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقرّرة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التّشريع المعمول به.

– تحدّد الأحكام التّعاقدية للصّفقة نسبة العقوبات المالية و كيفيات فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفاتر الشّروط المذكورة في المادّة 26 من هذا المرسوم باعتبارها عناصر مكوّنة للصّفقات العمومية.
– تقتطع العقوبات المالية التّعاقدية المطبّقة على المتعاملين المتعاقدين بموجب بنود الصّفقة من الدّفعات التي تتمّ حسب الشّروط و الكيفيات المنصوص عليها في الصّفقة.

– يعود القرار بالإعفاء من دفع العقوبات المالية بسبب التّأخير قد تسبّب فيه المتعامل المتعاقد الذي تُسلّم له في هذه الحالة أوامر بتوقيف الأشغال أو باستئنافها.

– و في حالة القوّة القاهرة، تعلّق الآجال و لا يترتّب على التّأخير فرض العقوبات المـــالية بسبب التّأخير ضمن الحدود المسطّرة في أوامــر توقيف و استئناف الخدمة التي تتخذها نتيجة ذلك المصلحة المتعـاقدة .

– و في كلتا الحالتين، يترتّب على الإعفاء من العقوبات المالية بسبب التّأخير تحرير شهادة إدارية >>.

و عليه؛ استنادا لنصّ المادة 147[1] أعلاه نجد للغرامة المالية أساسين:

أوّلا: الأساس القانوني، طبقا للفقرة الأولى <<يمكن أن ينجر عن عدم تنفيذ الالتزامات التّعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقرّرة أو تنفيذها غير المطابق، فرض عقوبات مالية...>>.

---

(1) – الملاحظ أنّ هذه المادّة تضمّنت صورتين من العقوبات المالية:
أ/– حالة التّأخير في تنفيذ الالتزامات: و تسمّى في هذه الحالة بالغرامة التّأخيرية، ذلك أنّ المدّة الزّمنية لتنفيذ الصّفقة هي من اقتراح المتعامل المتعاقد عند تقديم العروض، و قد تعهّد باحترام آجال التّنفيذ فإذا ما أخلّ بهذا الالتزام حقّ للمصلحة المتعاقدة تسليط الجزاء عليه.
ب/– حالة التّنفيذ غير المطابق للالتزامات العقدية: بالخروج عن الشّروط العقدية المتّفق عليها أو بمخالفة المواصفات الفنّية و الكمّية للخدمات ممّا يرتّب مسؤولية المتعامل العقدية.
حول الفكرة راجع:
– أ. د. محمّد الصّغير بعلي، المرجع السّابق، ص 76 و 77.
– أ . د. عمار بوضياف، الصّفقات العمومية في الجزائر، المرجع السّابق، ص 152 فما فوق.

ثانيا: الأساس العقدي (الصّفقة): و هو ما أشارت إليه الفقرة الثّانية << تحدّد الأحكام التّعاقدية للصّفقة نسبة العقوبات المالية و كيفيات فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفاتر الشّروط...>>.

الفرع الثّالث: خصائص و مميّزات الغرامة التّأخيرية

إنّ إضفاء الصّفة التّعاقدية و الجزافية على الغرامة التّأخيرية، و ارتباط عقد الصّفقة العمومية بالصّالح العام، أدّى إلى تمييزها بنظام قانوني خاصّ، سواء بالنّسبة للجزاءات العقدية في العقود الإدارية أو بالنّسبة للشّروط الجزائية في عقود القانون الخاصّ[1].

و عليه فالغرامة التّأخيرية في الصّفقة العمومية تختلف عن الشّرط الجزائي في العقود المدنية؛ ذلك أنّ هذا الأخير(الشّرط الجزائي) هو تعويض متّفق عليه مسبقا يجب على المدين أن يدفعه للدّائن في حالة عدم تنفيذه لالتزامه أو تأخّره في تنفيذه، فيشترط فيه ما يشترط لاستحقاق التّعويض بشكل عام، و مبلغ التّعويض في الشّرط الجزائي عادة ما يكون أكبر من الضّرر الحقيقي و هو بذلك وسيلة تهديدية تحمل المدين تنفيذ التزامه[2].

أمّا الغرامة التّأخيرية تستحقّ بمجرّد تأخير المتعامل المتعاقد عن تنفيذ التزاماته دون حاجة لإثبات الضّرر بخلاف التّعويض في الشّرط الجزائي الذي لا يتمّ إلاّ بحدوث الضّرر فعلا و وجود علاقة سببية بينه و بين الخطأ المرتكب[3].

---

(1) – عبسي عبد القادر الحسن، المرجع السّابق، ص 153.

(2) – د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السّابق، ص 38.

انظر كذلك : – د. هيثم حليم غازي، سلطة الإدارة المرجع السّابق، ص 115.

(3) – عبسي عبد القادر الحسن، المرجع السّابق، ص 152.

انظر كذلك: – أحمد السّيد محمود عطية، المرجع السّابق، ص 285.

– د. محمود خلف الجبوري، المرجع السّابق، ص 121.

– د. السّيد فتوح محمّد هنداوي، المرجع السابق، ص 284.

– رشا محمّد جعفر الهاشمي، الرّقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، ط1 منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 46.

– فارس علي جانكير، سلطة الإدارة في حالة التّنفيذ المعيب للعقد الإداري، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان 2014، ص 113.

كما تختلف الغرامة التّأخيرية عن الغرامة التّهديدية، فالأولى تطبّق عند تأخّر المتعاقد في تنفيذ التزاماته بينما تطبّق الثّانية في حالة امتناع المدين عن تنفيذ التزامه[1]، هذا من جهة، و من جهة ثانية فالغرامة التّأخيرية توقعها الإدارة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد معها مباشرة دون حاجة إلى حكم قضائي، بيد أنّ الغرامة التّهديدية لا تطبّق إلاّ بصدور حكم قضائي بطلب من الدّائن.

و من ثمّ فللغرامة التّأخيرية جملة من الخصائص؛ فهي:

1/- <u>جزاء اتّفاقي:</u> تحدّد مسبقا بالاتّفاق بين الأطراف المتعاقدة و ينصّ عليها في الصّفقة العمومية[2] و تلتزم الإدارة بها فلا تستطيع زيادتها حتى و لو كان الضّرر النّاتج عن التّأخير يزيد عن قدر الغرامة المحدّد في الصّفقة[3]. كما لا يجوز للإدارة أن تترك القدر المحدّد في الصّفقة و تطبّق ما نصّ عليه قانون الصّفقات العمومية، لأنّ العبرة هنا بما توافقت عليه إرادة المتعاقدين المشتركة عند إبرام الصّفقة.

و يرى جانب من الفقه[4]أنّه في حالة ما إذا رفع النّزاع أمام القاضي تعيّن عليه الحكم بالمبلغ المحدّد في العقد، استنادا لقاعدة الخاصّ يقيّد العام.

و هو المبدأ الذي كان يأخذ به مجلس الدّولة الفرنسي[5] قبل عن يعدل عنه في قراره الصّادر في 28 ديسمبر2008[6]، حيث أصبح بإمكان القاضي الإداري إدخال تعديلات على قيمة الغرامة التّأخيرية

---

(1) – د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السّابق، ص 40.

(2) – انظر في ذلك ف$_1$ و ف$_2$ من المادّة 147 من المرسوم الرّئاسي 15-247.

(3) – C.E 22 Fév.1952, S^{té} pour l'exploitation des procédés ingrand, Rec.130.
-C.E 10 Fév.1971, Bonnet, Rec.1104./C.E 04 Juin1976,S^{té} Toulousaine immobilière, Rec.303.

(4) – أحمد السّيد محمد محمود عطية، المرجع السّابق، ص 286.

(5) – حيث كان يحظر على القاضي الإداري التّعديل(بالزّيادة أو النّقصان) في قيمة الغرامة التّأخيرية. **انظر في ذلك:**
– C.E 14 Juin 1944, req.n° 69167, Sieur Skouloukos, Concl. Chénot, Rec.169.
Consulté sur site : *https://www.gallica.gouv.fr* le 13 Fév.2021 à 15h00mn. **حيث جاء فيه:**
<< Lorsque le cahier des charges fixe la pénalité par journée de retard dans le transport du matériel, le fait que ce montant serait supérieur aux prix du transport ne peut motiver une réduction de ladite pénalité >>. **انظر في المعنى نفسه:**
- C.E 13 Mai 1987, req.n° 35374,50006,50065, S^{té} Citra France C/ Ministre des transports.
- C.E 13 Mars 1991, req.n° 80846.Entreprise Labaudinière,
- C.E 24 Nov. 2006, req.n° 275412.S^{té} Group 4 Falck sécurité,

(6) – C.E 7èmeet 2ème ssr. Du 29 Déc. 2008, OPHLM de Puteaux C./ Sarl Serbois, req.296930 consulté sur site : *http://www.legifrance.gouv.fr* le 14 Fév.2021 à 23h00mn. **حيث جاء فيه:**

استنادا إلى اعتبارات ثلاث (un triptyque): القيمة الإجمالية للصّفقة، خطورة التّقصير و أخيرا الضّرر المترتّب عنها.

غير أنّه في قراره الصّادر بتاريخ 19 جويلية 2017[1] ضيّق من مجال اجتهاد 2008 حيث جعل من سلطة القاضي الإداري في تعديل قيمة الغرامة التّأخيرية استثناءً من مبدأ تطبيق الغرامة التّأخيرية العقدية.

ب/- <u>جزاء تلقائي:</u> فهي تطبّق مباشرة بمجرّد حصول التّأخير في التّنفيذ دون حاجة من جانب الإدارة إلى إثبات أنّ ضررا ما قد أصابها.

و هو المبدأ المستقر عليه فقها و قضاءً [2].

<< Considérant par ailleurs qu'il est loisible au juge administratif, saisi de conclusions en ce sens, de modérer ou d'augmenter les pénalités de retard résultant du contrat, par application des principes dont s'inspire l'article 1152 du code civil[devenu article 1231-5] , si ces pénalités atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire eu égard au montant du marché…>>.

(1) - C.E 7ème et 2ème SSR. Du 19 Juil. 2017, Sté GBR Île-de-France C/ centre hospitalier de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent (CHIPEA), n° 392707. Consulté sur sites : http://www.marche-public.fr et http://www.legifrance.gouv.fr le 14 Fév.2021 à 10h30mn.

حيث جاء فيه:

<< Considérant que si, lorsqu'il est saisi d'un litige entre les parties à un marché public, **le juge du contrat doit, en principe, appliquer les clauses relatives aux pénalités dont sont convenues les parties en signant le contra**t, il peut, **à titre exceptionnel,** saisi de conclusions en ce sens par une partie**, modérer ou augmenter les pénalités de retard** résultant du contrat si elles atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire, eu égard au montant du marché et compte tenu de l'ampleur du retard constaté dans l'exécution des prestations…>>.

(2) – و هو الثّابت في قرارات مجلس الدّولة الفرنسي حتى آخر اجتهاد له انظر قراره الصّادر في 2017/07/19.

- C.E 7ème et 2ème SSR. Du 19 Juil. 2017, Sté GBR Île-de-France C / centre hospitalier de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent (CHIPEA), Suscité.

حيث جاء فيه:

<< Cons. Qu'il résulte…que lorsque le titulaire du marché saisit le juge de conclusions tendant à ce qu'il modèle les pénalités mises à sa charge, il ne saurait utilement soutenir que le pouvoir adjudicateur n'a subi aucun préjudice ou que le préjudice qu'il a subi est inférieur au montant des pénalités mises à sa charge…>>.

و من بين قرارات مجلس الدّولة السّابقة :

- C.E, 03 Déc. 1920, Fromassol, précité.
- C.E 09 Mars 1928, req. n° 72470, Cie des scieries africaines, Rec.344. précité
- C.E 05 Nov. 1969, OPHLM de Seine-et-Oise, Rec.474.
- C.E 10 Fév. 1971, Bonnet, Rec.1104.

و من الفقه الإداري:

ج/- <u>جزاء إداري:</u> أي تطبّق بمقتضى قرار إداري دون حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء لاستصدار حكم بتوقيعها[1]، فالإدارة تتمتّع بهذا الحق حتى و لو لم يُنصّ عليه في العقد[2]؛ ذلك أنّ فرض الغرامة التّأخيرية سلطة بيد الإدارة المتعاقدة تستمدّها من امتيازات السّلطة العامّة التي تملكها في مواجهة المتعامل المتعاقد معها.

د/- <u>جزاء دون سابق إعذار:</u> بحيث تستحق عن التّأخير في التّنفيذ بمجرّد انقضاء الفترة المحدّدة في الصّفقة، و بذلك تختلف عن الفوائد التّأخيرية إذ يتعيّن الإعذار باستحقاقها.

غير أنّ مجلس الدّولة الفرنسي يشترط أن يسبق توقيع الغرامة التّأخيرية إعذار الإدارة للمتعاقد معها[3] ما لم تكن هناك ضرورة لإعذار المتعاقد المتلكئ في حالة وجود بند صريح في الصّفقة أو في دفتر الشّروط، أو إذا ما تبيّن من البنود العقدية أنّ النّية المشتركة للأطراف المتعاقدة قد اتّجهت إلى الالتزام الصّارم بمُددِ التّنفيذ و من ثمّ فحلول الموعد يعدّ بمثابة إعذار للمتعاقد[4].

و في تقديرنا لا تحتاج الإدارة إلى إعذار المتعاقد معها إذا ما أرادت توقيع جزاء الغرامة التّأخيرية عليه ذلك أنّ مدّة التّنفيذ هو من قدّرها عند تقديم العروض و بناءً عليه تعاقد الطّرفان.

إنّما الإشكال يدّق في حالة ما إذا كان سبب التّأخير يعود لظرف خارج عن إرادة المتعاقد، فهل يجوز له في مثل هذه الحالة أن يُعفى من قبل الإدارة المتعاقدة معه من جزاء التّأخير؟

- د. إبراهيم طه الفيّاض، المرجع السّابق، ص 209. **انظر أيضا:**
- د. محمود خلف الجبوري، المرجع السّابق، ص 117./- د. عبد الحميد الشّواربي، المرجع السّابق، ص 38.
- أحمد السّيد محمد محمود عطية، المرجع السّابق، ص 287.

(1) – د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السّابق، ص 269.

(2) – C.E 05 Juil.1950, req. n°69532, S^té française de constructions et d'aménagements industriels et caisse franco-néerlandaise de cautionnement, Concl. Gazier, Rec.416.
Consulté sur site : https://www.gallica.gouv.fr le 14 Fév.2021 à 23h45mn

(3) – C.E 31 Janv. 1912, req.n° 40034, Seulfort et Fockedey, Concl. Riboulet, Rec.119.
- C.E 05 Avril 1933, n° 95279, Billiard C/ Ministre de la guerre, Concl. Rousselier, Rec.412.
- C.E 13 Mars 1936, req. n° 40103, Ministre de la marine, Concl. Andrieux, Rec.331.
- C.E 03 Nov. 1961, Garreau, RDP 1962, p 377.

(4) – من بين قرارات مجلس الدّولة الفرنسي في هذا الشّأن راجع:
- C.E 05 Fév. 1919, Req. n° 61266, Levy C / L'État, Concl. Ripert, Rec.119.
- C.E 31 Déc. 1919, n° 64294-64296 et 64550, Léonard C / L'État, Concl. Riboulet, Rec.969.
- C.E 27 Mars 1920, req. n° 61345 et 61346, Chalas, Concl. Corneille, Rec.371.
Arrêts suscités Consultés sur site : https://www.gallica.gouv.fr le 15 Fév.2021 à 08h45mn.

ذلك ما سنتناوله بالإجابة في المطلب الثّاني أدناه.

المطلب الثّاني: حدود سلطة الإدارة في توقيع الغرامة التّأخيرية

يعتبر موضوع الإعفاء من الغرامة التّأخيرية من أكثر المسائل القانونية إثارةً للجدل، فمن الفقه من يرى أنّه متى نشأ دين لصالح الدّولة– كحالة المورّد المتأخّر في تنفيذ التزامه– فإنّه يكون من حقّ البرلمان وحده أن يبرّئ المدين من هذا الدّين دون مقابل، و ليس للإدارة أن تقرّر ذلك؛ لأنّه بفعلها تكون قد أخلّت بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامّة[1].

و يرى البعض الآخر من الفقه[2] بأنّه من الخطأ أن تتنازل الإدارة– دون مبرّر قانوني– عن الغرامات المستحقّة؛ لأنّ ذلك يعتبر تنازلا عن دين محقّق الوجود و مستحقّ للدّولة. غير أنّه ينبغي التّفريق بين حالتين:

أوّلا: التّنازل عن الغرامة عند التّعاقد: و هو ما لا يجوز إطلاقا لانعدام المبرّر. فالإدارة المتعاقدة هي بمثابة وكيل عن المصلحة العامّة، و لا يجوز للوكيل أن يتصرّف خارج حدود وكالته.

ثانيا: التّنازل عن الغرامة بعد التّنفيذ: في هذه الحالة يجب البحث عن المبرّر، فإن وُجد تحقّق للإدارة حق التّنازل و إلاّ فلا.

و بالرّجوع إلى المادّة 147 من المرسوم الرّئاسي 15–247 نجد بأنّ المشرّع جعل الإعفاء من الغرامة التّأخيرية أمرا جوازيا، حيث بدأت المادّة بعبارة " **يمكن** أن ينجرّ عن عدم تنفيذ الالتزامات التّعاقدية... فرض عقوبات مالية..."كما جعل من موضوع الإعفاء من توقيعها سلطة تقديرية للإدارة شرط ألاّ يكون للمتعامل المتعاقد ضلع في تأخير التّنفيذ[3].

---

(1) – د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السّابق، ص 62.

(2) – Gaston Jèze, les principes généraux du droit administratif, op.cit, p 298.

و كلا الرّأيين منتقد؛ كون الغرامة التّأخيرية ليست دينا عاديا نشأ و ترتّب عن رابطة و علاقة دائنية بين الإدارة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد معها حتى تستحقّه الدّولة، إنّما هو جزاء ترتّب على إخلالِ بتنفيذ التزام عقدي. حيث تبقى للإدارة المتعاقدة سلطة تقديرية في توقيعه أو الإعفاء منه تبعا لتأثير التّأخير في استمرارية المرفق العام و تلبية حاجيات المرتفقين.

(3) – حيث تنصّ المادّة 147 فـ4 على ما يلي:

و هو الرّابط لموضوع بحثنا حيث أنّ التّأخير في التنفيذ في النّظريات الثّلاث– فعل الأمير، الظّروف الطّارئة و الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة– إنّما مردّه إلى أسباب و ظروف خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد، و من ثمّ جرى الفقه و القضاء في القانون الإداري بالاعتراف للمتعاقد بحقّ الإعفاء من توقيع الغرامة التّأخيرية عليه لتحفيزه على الاستمرار في تنفيذ التزاماته عند مصادفته لمختلف المخاطر.

و عليه سنعرض لحالات الإعفاء من الغرامة التّأخيرية تأسيسا على أسباب التّأخير، فقد يكون التّأخير بفعل الإدارة (الفرع الأوّل) أو بفعل أجنبي(الفرع الثّاني) أو قد يكون التّأخير بموافقة الإدارة (الفرع الثّالث).

الفرع الأوّل: التّأخير بفعل الإدارة

إنّ طبيعة العقود الإدارية و أهدافها يحكمها مبدأ حسن سير المرافق العامّة بانتظام و اضطّراد، و هي تفترض مقدّما حصول تغيير في ظروف العقد و ملابساته و أساليب تنفيذه تبعا لمقتضيات استمرارية المرفق العام و قابليته للتّغيير و التّطوّر تلبية لحاجيات المرتفقين. فإذا ترتّب، بفعل الإدارة المتعاقدة تعديل لالتزامات المتعاقد معها و زيادة في أعبائه المالية و نشأ التّأخير عن ذلك، فإنّه من حقّ المتعاقد أن يطلب التّعويض عن التّعديل لإعادة التّوازن المالي للصّفقة.

و له المطالبة بإعفائه من الغرامة التّأخيرية؛ ذلك أنّ سبب التأخير في التّنفيذ مردّه تلك الإجراءات التي اتّخذتها الإدارة و هو ما يُمثّل المخاطر الإدارية المكوّنة لفعل الأمير[1].

ففي نظرية فعل الأمير، إذا كان الإجراء الصّادر من جهة الإدارة المتعاقدة– دون أن يؤدّي إلى استحالة التّنفيذ، و لكن على الأقلّ يؤدّي إلى جعل هذا الأخير عسيرا– فإنّه يمكن اعتباره عذرا قابلا لأن يسمح للمتعاقد أن يطلب إعفائه أو تخفيض الغرامة التّأخيرية[2].

و لذلك فإنّ الإعفاء من غرامة التّأخير، كنتيجة لفعل الإدارة المتعاقدة، له علاقة مباشرة مع حقّ المتعامل المتعاقد في الحفاظ على التّوازن المالي للعقد[1]. فتعديل التزامات المتعامل المتعاقد بتدخّل من

<< يعود القرار بالإعفاء من دفع العقوبات المالية بسبب التّأخير إلى مسؤولية المصلحة المتعاقدة، و يطبّق هذا الإعفاء عندما لا يكون التّأخير قد تسبّب فيه المتعامل المتعاقد الذي تسلّم له في هذه الحالة أوامر بتوقيف الأشغال أو باستئنافها>>.

(1) – أحمد السّيد محمد محمود عطية، المرجع السّابق، ص 292.

(2) – د. محمّد سليمان الطّماوي، المرجع السّابق، ص 654.

الإدارة المتعاقدة بما لها من امتيازات السّلطة العامة يقابله حق المتعاقد في الحصول عل التّعويض تحقيقا للمعادلة المالية للصّفقة، فإذا لم يصاحب الحقّ في التّعويض الإعفاء من الغرامة التّأخيرية يختلّ التّوازن المالي للعقد.

و يرى جانب من الفقه بأنّ الإعفاء من غرامات التّأخير يكون بمثابة تعويضٍ كافٍ للضّرر الذي أصاب المتعامل المتعاقد، حينئذ يأخذ التّعويض عن الضّرر صورة الإعفاء من الغرامات[2].

إلاّ أنّ هذا القول منتقد؛ ذلك أنّ كلّ من التّعويض و الإعفاء من الغرامة التّأخيرية هما أثرين من بين الآثار المترتّبة على إعمال نظرية فعل الأمير. و لا يمكن لأحد الأثرين أن يغطّي على الآخر، و إلاّ فإنّ طلب التّعويض من المتعاقد سيقابله دائما ردّ الإدارة بالإعفاء من الغرامة التّأخيرية.

و قد قيّد المشرّع الجزائري الإعفاء من دفع الغرامة التّأخيرية بوجوب تسليم الإدارة المتعاقدة للمتعامل المتعاقد معها أوامر بتوقيف الأشغال أو باستئنافها[3].

فإعفاء المتعامل المتعاقد من الغرامة التّأخيرية أمر تلقائيّ خاصّة إن كان التّأخير بسبب تدخّل الإدارة المكوّن لفعل الأمير؛ فإذا ترتّب عن تدخّل الإدارة المتعاقدة تعديل في التزامات المتعامل المتعاقد معها بالزّيادة في أعبائه المالية و ترتّب حقّه في التّعويض، فإنّ هذا التّعويض هو الأثر لالتزام الإدارة بإعادة التّوازن المالي للصّفقة، ويجمع جمهور الفقه الإداري[4] بوجوب إعفاء المتعاقد من غرامة التّأخير كونه الأثر الثّاني لتطبيق نظرية فعل الأمير.

---

(1) – يعتبر التّوازن المالي للصّفقة العمومية الفكرة الرّاجحة كأساس للتّعويض في نظرية فعل الأمير؛ لأكثر تفصيل راجع المطلب الرّابع من المبحث الأوّل من الفصل الأوّل من الباب الأوّل من هذه الرّسالة.

(2) – Saroit Badaoui , thèse précitée, p 147.

حيث يقول الفقيه:

<< L'exonération de pénalités constitue une compensation du préjudice que le cocontractant a pu subir. La réparation du préjudice revêt ainsi la forme d'une décharge des pénalités >>.

(3) – حيث تنصّ المادّة 147 من المرسوم الرّئاسي 15-247 على ما يلي:

<<...و في كلتا الحالتين، يترتّب على الإعفاء من العقوبات المالية، بسبب التّأخير، تحرير شهادة إدارية>>.

(4) – عبسي عبد القادر الحسن، المرجع السّابق، ص 162.

انظر أيضا:– د. عبد الله نواف العنزي، المرجع السّابق، ص 70.

– رشا محمّد جعفر الهاشمي، المرجع السّابق، ص 51.

الفرع الثّاني: التّأخير بفعل أجنبي

يترتّب على مبدأ التزام المتعاقد بمواصلة تنفيذ العقد، أنّ كلّ توقّف عن تنفيذ التزاماته التّعاقدية يعرّضه للجزاءات التّعاقدية[1]– لا سيما الغرامة التّأخيرية– دون أن يكون له إمكانية الاحتجاج بمواجهته لصعوبات و مخاطر و إرهاقٍ في التّنفيذ.

و قد اعترف الفقه الإداري بحقّ المتعاقد– الذي يستمر في تنفيذ التزاماته التّعاقدية– في المطالبة بعدم توقيع الغرامة التّأخيرية، طالما أنّ لا ضلع له في سبب التّأخير[2].

فإذا كان التزام المتعامل المتعاقد باحترام آجال التّنفيذ أمرا جوهريا لارتباط هذه المدد بحسن سير المرفق العام و بحاجيات المرتفقين، إلاّ أنّه يجب الأخذ بعين الاعتبار تلك الصّعوبات التي اعترضت التّنفيذ الطّبيعي للعقد في المدّة المحدّدة، ممّا يبرّر اعتباره عذرا للإعفاء أو للتّخفيض من الغرامة التّأخيرية[3].

– د. هيثم حليم غازي، سلطة الإدارة في العقود الإدارية، المرجع السّابق، ص 119.

– فارس علي جانكير، المرجع السّابق، ص 131./– د. السيّد فتوح محمّد هنداوي، المرجع السّابق، ص 291.

(1) **– حول الجزاءات التّعاقدية راجع:**

– عبابسة نورالدّين، مذكّرة الماجستير، المرجع السّابق، ص 35 فما فوق.

(2) – André Delaubadère, Frank Moderne, Pierre Delvolvé, TCA, TII, op.cit, p 142.

حيث يذكر الفقيه:

<< La faute d'un contractant de l'administration empêchant un autre d'exécuter lui-même ses propres obligations, exonère ce dernier des pénalités de retard>>.

و هو ما أقرّه مجلس الدّولة الفرنسي في العديد من قراراته:

- C.E 17 Déc. 1975 Ministre de la défense C/ Sté Entreprise Coutant, Rec.1135.

- C.E 23 Avril 1913, req. n°40275, Roche, Concl. Blum, Rec.445.Consulté sur site : *https://www.gallica.gouv.fr* le 20 Fév.2021 à 08h15mn.

في هذا القرار كان الإعفاء بنسبة التّأخير المنسوبة إلى المتعاقد الأوّل

- C.E 3/5 SSR du 26 Mai 1982, Ville de Chamonix-Mont-Blanc et autres, requêtes n° 16488 16520 et 16578.

و قد جاء فيه:

<< Cons., d'autre part, …que le retard d'une durée de 15 mois…a été la conséquence de faits de l'architecte… ; que c'est, par suite, à bon droit que les premiers juges…n'ont pas retenu la durée de ce retard, pour la détermination des pénalités encourues par la société… >>.

(3) – علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص 418.

ففي نظرية الظّروف الطّارئة، الأسباب المرتّبة للظّرف الطّارئ أجنبية عن طرفيّ العلاقة– فقد تكون بسبب إدارة أخرى غير تلك المتعاقدة، أو بسبب ظروف اقتصادية أو سياسية أو اجتماعية– فإنّ المتعامل المتعاقد دون أن يتوقّف عن تنفيذ التزاماته العقدية، قد لا يحترم الآجال المحدّدة للتّنفيذ ممّا يعرّضه لتوقيع الغرامة التّأخيرية؛ و لكن لكونه لم يتوقّف عن التّنفيذ حرصا منه على استمرارية المرفق العام محلّ العقد فبإمكانه الاستفادة من تطبيق نظرية الظّروف الطّارئة، و من ثمّ حصوله على التّعويض و على الإعفاء من الغرامة التّأخيرية[1].

و بناءً على ما سبق، فإنّ توقف المتعامل المتعاقد عن الاستمرار في التّنفيذ يحرمه من كلّ حقّ في التّعويض استنادا لنظرية الظّروف الطّارئة حتى و لو اكتملت شروط تطبيقها[2].

كما أنّ سبب التّأخير قد يكون مردّه إلى صعوبة التّربة التي ينجز فوقها المشروع و من ثمّ يتحقّق شرط الفعل الأجنبي في نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة. و تطبيقا لذلك قضى مجلس الدّولة الفرنسي في قراره الصّادر بتاريخ 13ديسمبر 1961 بإعفاء الشّركة من غرامات التّأخير و بتعويض الشّركة استنادا لنظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة عن المخاطر التي واجهتها أثناء تنفيذ الأشغال[3].

الفرع الثّالث: التّأخير بموافقة الإدارة

بداية لا يجوز تضمين الصّفقة العمومية نصّا بإعفاء المتعامل المتعاقد مع الإدارة من الغرامة التّأخيرية في حالة تراخيه عن تنفيذ التزاماته العقدية في الآجال المحدّدة.

---

(1) - C.E 13 Nov. 1953, Société Collet, Rec.490.

(2) – C.E 09 Mars 1928, C[ie] des scieries africaines précité, Rec.344, dernière consultation sur site : *https://www.gallica.bnf.fr* le 14 Mars 2021 à 10h30mn.

و بمفهوم المخالفة لما جاء في قرار مجلس الدّولة الفرنسي، فإنّ المتعاقد الذي لا يتوقّف عن تنفيذ التزاماته العقدية يفتح له الحق في المطالبة بالتّعويض و الإعفاء من الغرامة التّأخيرية إعمالا لنظرية الظّروف الطّارئة. بل إنّ مجلس الدّولة الفرنسي قد طبّق نظرية الظّروف الطّارئة في بعض الحالات التي قدّر فيها جسامة الصّعوبات التي تعرّض لها المتعاقد ممّا أدّى به إلى التّوقف عن تنفيذ العقد؛ حيث قضى بأنّه إذا كان تنفيذ العقد قد توقّف بناءً على أوامر سلطات الاحتلال، فإنّ ذلك يكون سببا أجنبيا لا يرجع إلى المتعاقد، و بناءً عليه فإنّه بالإمكان تطبيق نظرية الظّروف الطّارئة إذا ما توافرت شروط تطبيقها. **راجع في ذلك:**

- C.E 29 Janv. 1958, Bonabeau, Rec.50.

(3) – C.E 13 Déc. 1961, Ministre des travaux publics C/ Société nationale de construction Rec.706.

و إذا كان من غير الجائز تضمين العقد الإداري بندا يعفي المتعاقد من أداء الغرامة التّأخيرية إذا لم يوف التزامه بالتّنفيذ في الميعاد، فإنّه من غير الجائز النّص، بالصّفقة، أيضا على إلزام المتعاقد بغرامة التّأخير إذا كان سبب هذا التّأخير أجنبيّ عن المتعاقد، حيث لا تكليف بمستحيل[1].

و قد ورد النّص على الإعفاء من الغرامة التّأخيرية في الفقرة الرّابعة من المادّة 147 من المرسوم الرّئاسي 15-247 على أنّه:

<<...يعود الإعفاء من دفع العقوبات المالية بسبب التّأخير إلى مسؤولية المصلحة المتعاقدة...>>. فالقاعدة العامّة هي أنّ للإدارة المتعاقدة سلطة تقديرية في إعفاء المتعامل المتعاقد معها من الغرامة التّأخيرية كلّيا أو جزئيّا، باعتبار المصلحة المتعاقدة هي القوّامة على حسن سير المرفق العام، و القائمة تبعا لذلك على تنفيذ شروط العقد؛ بحيث يكون لها، في نظر بعض الفقه، أن تقدّر ظروف المتعاقد معها فتعفيه من تطبيق الجزاءات كلّها أو بعضها[2].

و حتى لا يكون الإعفاء من الغرامة التّأخيرية متعارضا مع المصلحة العامّة، فإنّه يتعيّن، لتقرير الإدارة له، تحرير شهادة إدارية تُضمّنها المصلحة المتعاقدة سبب أو أسباب الإعفاء[3].

و من بين الصّور التي يأخذها التّأخير بموافقة الإدارة ما يلي:

أ/- الأمر الصّادر من المصلحة المتعاقدة إلى المتعامل المتعاقد معها بتوقيف الأشغال[4].

فمن الطّبيعي أن يعطى المتعامل المتعاقد مهلة إضافية لتنفيذ العقد، إذا كان التّأخير راجعا لتكليفه بأعمال جديدة في وقت متأخّر، أو كان مرجعه إلى أمر إداريٍّ بإيقاف الأعمال لأسباب لا دخل له فيها[1].

---

(1) – د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري و تسوية منازعاته قضاء و تحكيما، المرجع السّابق، ص 289.

(2) – د. محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، ط1، د ن، الرّياض، المملكة العربية السّعودية، 1984، ص 204.

(3) – و هو ما نصّت عليه الفقرة الأخيرة من المادّة 147 من المرسوم الرّئاسي 15-247:

<<...و في كلتا الحالتين، يترتّب على الإعفاء من العقوبات المالية، بسبب التّأخير، تحرير شهادة إدارية>>.

(4)- إذ تنصّ المادّة 147 من المرسوم الرّئاسي 15- 247 على:

<<الذي تسلّم له في هذه الحالة أوامر بتوقيف الأشغال أو باستئنافها >>.

ب/- إذا كانت الإدارة قد وافقت على استلام الأعمال المسندة للمقاول ابتدائيا في الميعاد المقرّر دون تحفّظ[2].

ج/- إذا طلب المتعاقد من الإدارة المتعاقدة معه رسميّا مهلة جديدة للتّنفيذ و وافقت على ذلك دون تحفّظ من جانبها[3]، أو توافق طرفيّ العلاقة بصفة عامّة على التّمديد بأيّ صورة كانت، سواء تمّ التّوافق قبل انقضاء الميعاد الأصلي أو بعد انقضائه[4].

د/- إذا قدّرت الإدارة المتعاقدة ظروف المتعامل المتعاقد معها و قرّرت إعفائه من آثار مسؤوليته عن التّأخير، باعتبارها معاونة له في إنجاز العقد، و من التزاماتها تقديم يد المساعدة له، و تزويده بالبيانات الفنّية. فإذا تأخّرت الإدارة عن الوفاء بما التزمت به، كان عليها أن تراعي ذلك عند توقيع غرامة التّأخير[5].

هـ/- إذا ما أقرّت الإدارة ضمنيّا بإعفاء المتعامل المتعاقد معها من الغرامة التّأخيرية؛ كما لو تبيّن أنّ الإدارة لم تحرص على تنفيذ العقد في المواعيد المتّفق عليها لعدم جدوى التّنفيذ حينها أو أنّ التّنفيذ في المواعيد كان قد يكلّفها أعباء دون مقتضى؛ كما لو حلّ ميعاد توريد أدوات صحّية لمستشفى لا زال في طور البناء[6].

و/- إذا ما صرفت الإدارة للمقاول كامل مستحقّاته المالية دون خصم مبلغ الغرامة التّأخيرية، و تكون قد مضت عدّة سنوات بعد انتهاء العقد دون أن تُطالبه بها[7].

و جدير بالذّكر في هذا الشّأن إلى أنّه متى قرّرت الإدارة المتعاقدة، إعفاء المتعامل المتعاقد معها من دفع الغرامة التّأخيرية، بعد فحصها لأسباب و دوافع التّأخير، إعمالا لسلطتها التّقديرية[1]، فإنّه لا يجوز

---

(1) – د. محمّد عاطف البنا، المرجع السّابق، ص 206.

انظر كذلك: – د. هيثم حليم غازي، سلطة الإدارة في العقود الإدارية، المرجع السّابق، ص 119.

(2) – د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص 186.

(3) – عبسي عبد القادر الحسن، المرجع السّابق، ص 162.

(4) – د. محمّد فؤاد عبد الباسط، المرجع السّابق، ص 392.

(5) – عبسي عبد القادر الحسن، المرجع السّابق، ص 162.

(6) – د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المرجع السّابق، ص 187.

(7) – عبسي عبد القادر الحسن، المرجع السّابق، ص 163.

لها العدول عن قرارها بالإعفاء طالما لم يقم دليل على أنّ هذا الأخير قد صدر بناءً على غشّ أو تدليس من قبل المتعامل المتعاقد معها[2].

خلاصة الفصل الأوّل

إنّ استمرار الرّابطة العقدية هو الأثر الأوّل المترتّب عن إعمال نظريات المخاطر في العقود الإدارية الثلاث (فعل الأمير الظّروف الطّارئة و الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة).

وهو التزام في ذمّة المتعامل المتعاقد مع الإدارة ليس له التّملّص منه بدافع مصادفته أثناء تنفيذ الصّفقة العمومية لمخاطر غير متوقّعة من أيّ طبيعة كانت، ما لم تصل تلك الصّعوبات إلى حدّ جعل الاستمرار في التّنفيذ أمرا مستحيلا.

و قد كان لمبد استمرارية المرفق العامّ و ارتباط هذا الأخير بتلبية حاجيات المرتفقين الأثر البالغ في قرارات مجلس الدّولة الفرنسي، و كذا في آراء الفقه الإداري للإقرار بوجوب استمرار المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته العقدية وإلاّ تعرّض للعقوبات الإدارية.

و من باب الإنصاف، فإنّ استمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته العقدية في ظلّ الظّروف التي رتّبتها المخاطر الإدارية الاقتصادية أو المادّية و ما انجرّ عنه من تأخير في تنفيذ البنود العقدية، أن يطلب المتعاقد من الإدارة المتعاقدة معه بإعفائه من الغرامة التّأخيرية، طالما أنّ سبب التّأخير يعود لظرف خارجي لا يد له في حدوثه.

و تبقى للمصلحة المتعاقدة السّلطة التّقديرية في الإعفاء من الغرامة التّأخيرية، على أنّه ليس امتيازا بل تصرّف إداريا يخضع للرّقابة القضائية.

---

(1) – د. إبراهيم طه الفيّاض، المرجع السّابق، ص 211.

(2) – د.عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري، المرجع السّابق، ص 293.

فإذا كانت الاستمرارية في التّنفيذ هي الأثر الأوّل المترتّب عن النّظريات الثّلاث للمخاطر في العقود الإدارية؛ وهو الالتزام الرّئيسي في ذمّة المتعامل المتعاقد، فما هو الالتزام المترتّب في ذمّة المصلحة المتعاقدة؟

ذلك هو محور الفصل الثّاني أدناه.

الفصل الثّاني: التّعويض

تقديم:

سبق و أن عرفنا في الفصل الأوّل من هذا الباب بأنّ الأثر الرّئيس، الذي يرتّبه إعمال النّظريات الثلاث، في ذمّة المتعامل المتعاقد هو التزامه بالاستمرار في تنفيذ الصّفقة.

إلاّ أنّ هذا الاستمرار في التّنفيذ له مقابل ألا و هو الحصول على المساعدة الإدارية في شكل تعويضٍ ماليٍّ لتمكينه من التّغلّب على الصّعوبات و المخاطر غير المألوفة التي صادفته أثناء التّنفيذ.

ذلك أنّ علاقة المتعامل المتعاقد مع الإدارة المتعاقد معها هي علاقة تعاون و مساهمة في سبيل تحقيق المصلحة العامّة، من خلال ضمان حسن سير المرفق العامّ محلّ التّعاقد، و من ثمّ تلبية احتياجات المرتفقين؛ فمن المنطق أن تهبّ الإدارة لمساعدة المتعاقد معها إذا ألمّت به مخاطر غير متوقّعة نجم عنها زيادة أعبائه المالية، حتى يتمكّن من الاستمرار في تنفيذ التزاماته العقدية.

و لمّا كانت مسؤولية الإدارة المتعاقدة في النّظريات الثّلاث مسؤولية عقدية بلا خطأ، فإنّ الضّرر المرتّب لها لا يختلف عنه في المسؤولية العقدية بخطأ، حيث يجب أن يكون ضررا مؤكّدا و يمكن تقديره بمالٍ، كما يجب أن تتوفّر العلاقة السّببية بين الضّرر و الظّرف الطّارئ و غير المتوقّع.

و التّعويض المقدّم من قبل الإدارة المتعاقدة للمتعامل المتعاقد معها قد يغطّي جميع الأعباء الإضافية التي تكبّدها، و يسمّى في هذه الحالة التّعويض الكلّي (المبحث الأوّل)، و قد يقتصر على تغطية جانبا من الخسارة، و يسمّى في هذه الحالة التّعويض الجزئي (المبحث الثّاني).

المبحث الأوّل: التّعويض الكلّي

يعتبر التّعويض الكلّي عنصرا مشتركا بين كلّ من نظريتّي فعل الأمير(المطلب الأوّل) و الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة (المطلب الثّاني)؛ و الرّاجح بين الفقه الإداري أنّ هذا التّعويض يجب أن يغطّي كافة الأضرار التي تلحق بالمتعاقد، ذلك ما سنعرضه تباعا بشيءٍ من التّفصيل.

المطلب الأوّل: التّعويض الكلّي في نطاق نظرية فعل الأمير

تستأثر المصلحة المتعاقدة بجملة من الامتيازات ممّا يخوّلها سلطة تعديل التزامات المتعامل المتعاقد معها، كما أنّ مبدأ استمرارية المرفق العام وكذا تلبية احتياجات المرتفقين يمنحها سلطة التّدخل أثناء تنفيذ الصفقة بإجراءات خاصّة أو عامّة، بما من شأنه أن يزيد في الأعباء المالية للمتعاقد معها.

و في مقابل هذه السّلطات المشروعة للإدارة، التي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامّة، يترتّب في ذمّة المصلحة المتعاقدة الالتزام بتعويض المتعامل المتعاقد معها تعويضا كاملا[1] عن كافّة الأضرار التي تصيبه من جرّاء استخدامها لسلطاتها المشروعة في هذا الصّدد[2]، و ذلك بهدف الحفاظ على التّوازن المالي للعقد و إعادته إلى الحالة التي كان عليها لحظة الإبرام.

---

(1) – René Chapus, Droit administratif général, T1, op.cit, p 1114.

حيث يذكر الفقيه:

<< Le cocontractant dont les charges sont aggravées a droit à leur compensation intégrale l'administration est tenue de rétablir l'équilibre financier du contrat par le versement d'une indemnité adéquate >>.

(2) – د. محمّد سليمان الطّماوي، المرجع السّابق، ص 656.

أنظر أيضا:

– علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص 541.

– د. عبد العظيم عبد السّلام عبد الحميد، المرجع السّابق،ص 162./– أحمد بن محمّد الشمري، المرجع السّابق،ص 63.

و على الرّغم من أنّ مسؤولية الإدارة المتعاقدة في هذا الصّدد مسؤولية تعاقدية دون خطأ من جانبها إلاّ أنّ المبدأ المستقرّ عليه فقها و قضاءً هو مبدأ التّعويض الكامل[1]، حيث يلتقي التّعويض بناءً على نظرية فعل الأمير مع عددٍ من القواعد المطبّقة في حالة المسؤولية التّعاقدية بناءً على خطأ الإدارة[2].

و يمنح قاضي العقد التّعويض الكامل للمتعامل المتعاقد استنادًا إلى نظرية فعل الأمير بعد أن يفحص بدقّة العلاقة بين المحلّ المبدئي للعقد و ذلك المحلّ بعد أن أُدخلت عليه التّعديلات بفعل الإدارة بقصد الوقوف على تأثير أو حجم التّغييرات التي طالت التزامات المتعاقد، آخذاً بعين الاعتبار– بطبيعة الحال– التّوقّعات المعقولة للمتعاقد.

فالتّعويض المقرّر من قبل القاضي يغطّي الأعباء المالية– النّاتجة عن فعل الأمير– للمتعامل المتعاقد من خلال الفرق بين التزامات المتعاقد قبل التّعديل و بعده[3].

و لما كان فعل الأمير بمثابة خطر يجعل من تنفيذ العقد أكثر صعوبة و كلفة، فإنّه يجبر الإدارة المتعاقدة على التّعويض الكامل للمتعامل المتعاقد معها من أجل إعادة التّوازن المالي للعقد؛ و يخضع تقدير التّعويض الكامل لسلطة القاضي الإداري، حيث أنّ الإدارة المتعاقدة لا تملك أن تستقّل بتقديره، بل يقدّره قاضي العقد، اعتبارا بأنّه يَنشأ عن تكاليف غير متوقّعة، و أنّ كلّ ما هو غير متوقّع يعتبر خارجا عن نطاق العقد، فلا تطبّق شروط هذا الأخير[4].

فعندما يتعلّق الأمر بتحديد قيمة التّعويض فالمضارّ هو محلّ الاعتبار لا المسؤول عن إحداث الضّرر و الذي يوضع في الاعتبار هو الضّرر و ليس الفعل الضارّ؛ و سواء كان هذا الفعل خاطئًا أم لا، فيجب أن يتمّ تعويض الضّرر تعويضا كاملا[5].

---

(1) د. نصري منصور نابلسي، المرجع السّابق، ص 722.

أنظر أيضا:

– د. عبد المجيد المغربي، المرجع السّابق، ص 72.

– علي بن عبد الكريم أحمد السّويلم، المرجع السّابق، ص 62.

(2) - André Delaubadère, Frank Moderne, Pierre Delvolvé, TCA, T_{II}, op.cit, p 556.

(3) – أحمد السّيد محمد محمود عطية، المرجع السّابق، ص 258.

(4) – عبسي عبد القادر الحسن، المرجع السّابق، ص 263.

(5) – Saroit Badaoui, op.cit, p 140. **حيث يقول الفقيه:**

و الملاحظ على قرارات مجلس الدّولة الفرنسي في هذا الشّأن أنّه يأخذ في مجال التّعويض استنادا إلى نظرية فعل الأمير بقاعدة عامّة(الفرع الأوّل) و باستثناءٍ(الفرع الثّاني) دون أن يُغفل الحالة الاتّفاقية(الفرع الثّالث).

الفرع الأوّل: القاعدة العامّة

لقد استقرّ الاجتهاد القضائي لمجلس الدّولة الفرنسي في نطاق نظرية فعل الأمير على قاعدة عامّة مفادها مبدأ التّعويض الكلّي للمتعاقد عن الأعباء المالية النّاتجة عن تدخلّ الإدارة أثناء تنفيذ العقد.

حيث حكم مجلس الدّولة الفرنسي في قضية مدينة Ajaccio بأنّ:<< قيمة النّفقات الإضافية يجب أن تتحمّلها المدينة بالكامل>>(1). كما قرّر أيضا في قضية Société des alcools du Vexin (2) بأنّ: << تخفيض الكمّية السّنوية للكحول المتعاقد بشأنها قبل نهاية العقد، يفتح الحق للمتعاقد– الذي لم يصدر منه أيّ خطأ– التّعويض الكلّي عن الضّرر الذي أصابه... فالعقد المذكور أعلاه، إنّما أخذ نهايته بسبب

<< …Quand il s'agit de fixer le montant de l'indemnité, ce n'est pas le responsable qu'il faut considérer, mais la victime ; ce n'est pas le fait dommageable, mais le dommage…qu'il y ait faute ou non, le préjudice doit être entièrement réparé…>>.(ترجمة حرّة في المتن)

(1) – C.E 28 Avril 1948, Ville d'Ajaccio, R.D.P 1948, p 603.

حيث جاء فيه:

<< Le montant des dépenses supplémentaires doit être supporté en totalité par la ville>>.

(2) – C.E 25 Janv.1963, S^{té} des alcools du Vexin, Rec.50.

من بين ما جاء فيه:

<< La diminution du contingent contractuel annuel d'alcool de betterave avant l'expiration du contrat ouvre droit au titulaire, à qui aucune faute ne peut être reprochée, à la réparation de l'intégralité du préjudice subi….**L**e contrat susvisé ayant pris fin par l'effet d'une mesure générale sans qu'aucune faute puisse être reprochée à la requérante ; celle-ci avait droit à la réparation de l'intégralité du dommage qu'avait pu lui causer la réduction sus-définie de son activité >>. (ترجمة حرّة في المتن)

يراجع أيضا في ذات السّياق القرارات الآتية:

- C.E 5/3 SSR ,24 Janv.1975, req. n°87259, Commune de Morzine, Concl. Bertrand, Rec.55. Consulté sur site : *https://www.gallica.gouv.fr* le 21 Fév.2021 à 09h10mn.
- C.E 10/2 SSR, 02 Juil.1980, req. n° 10614, Charton, Concl.Costa. Consulté sur site : *https://www.doctrine.fr* le 21 Fév.2021 à 09h30mn.

و قد جاء فيه:

<< … ; Qu'il suit de la que, M. Charton est fondé à demander à être indemnisé, non seulement du préjudice ayant résulté pour lui, tant des fautes commises par le service des eaux et des forêts dans l'exécution du contrat, que de la rupture irrégulière de celui-ci ; mais encore des gains dont il a été privé par suite de cette rupture…>>.

إجراء عامّ، دون أن يكون للطّاعنة أيّ خطأ في ذلك، فلهذه الأخيرة الحق في التّعويض الكامل عن الضّرر الذي لحقها من جرّاء تخفيض نشاطها المنوّه عنه أعلاه>>.

و ممّا يترتّب على مبدأ التّعويض الكامل في نطاق نظرية المخاطر الإدارية، حقّ المتعامل المتعاقد في الحصول على تعويض يشمل ما لحقه من خسارة و ما فاته من ربح[1].

و عليه فالتّعويض الكامل في نظرية فعل الأمير يشمل عنصرين:

أوّلا: ما لحق المتعامل المتعاقد من خسارة: Dammum emergens

حيث يشمل التّعويض في هذه الحالة كافّة النفقات الفعلية و الحقيقية التي تكبّدها المتعامل المتعاقد مع الإدارة نتيجة لتدخّل هذه الأخيرة في شكل إجراءات مكوّنة لفعل الأمير و التي أدّت إلى اختلال التّوازن المالي للعقد. و الاجتهاد القضائي لمجلس الدّولة الفرنسي مستقرّ في هذا المجال[2].

و هذه النّفقات تختلف باختلاف الأحوال تبعا لطبيعة التّعديل الصّادر من الإدارة المتعاقدة و ما يترتّب عليه من نتائج[3].

أ/- فإذا ما أدّى تدخّل الإدارة المتعاقدة إلى الزّيادة في التزامات المتعامل المتعاقد معها، فلهذا الأخير الحق في الحصول على تعويض عن الأعباء الإضافية التي تكبّدها لاستخدامه ليدٍ عاملةٍ إضافيةٍ للتّنفيذ أو لاستخدام مواد إضافية تكميلية استجابة لتدخّلات الإدارة المتعاقدة أثناء التّنفيذ[1].

---

(1) - André Delaubadère, Frank Moderne, Pierre Delvolvé, TCA, TII, op.cit, p 556.

حيث يرى الفقيه:

<< Le principe de l'indemnisation intégrale entraîne le droit pour le cocontractant d'être dédommagé à la fois du dammum emergens et du lucrum cessans>>.

(2) **– من بين التّطبيقات القضائية لمجلس الدّولة الفرنسي بهذا الصّدد نذكر:**

- C.E 03 Mai 1907, req. n° 12844, Ministre de la guerre, Concl. Saint-Paul, Rec.414.
- C.E 28 Juil. 1926, req.n° 86230, Ministre des travaux publics, Concl. Ripert, Rec.812.
- C.E 06 Juin 1930, req. n° 93745, Ste des chantiers maritimes du Midi C / Min. de la marine Concl. Latournerie, Rec.610.

Arrêts consultés sur site : *https://www.gallica.gouv.fr* le 22 Fév.2021 à 10h00mn.

- C.E 25 Janv.1963, Ste des alcools du Vexin, Rec.50.précité.
- C.E 27 Oct. 1978, Ville de Saint-Malo, Rec.401. précité.

(3) – علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص542.

و انظر أيضا: – أحمد السّيد محمد محمود عطية، المرجع السّابق، ص 261.

ب/- أمّا إذا أدّى تدخّل الإدارة المتعاقدة إلى تخفيض التزامات المتعامل المتعاقد، كما لو أمرت بعدم تنفيذ جزء من الصّفقة، استجابة لمقتضيات المصلحة العامّة،فإنّ ذلك قد يترتّب عليه توزيع النّفقات العامّة للمشروع غير القابلة للتّخفيض على حجمٍ أقلٍّ من الأشغال[2].

حيث الفائض من السّلع و المواد التّصنيعية المخزونة قد تصبح عديمة الجدوى، و قد لا يصلح استخدامها في تنفيذ عقد آخر[3].

و مثاله في صفقة الأشغال العمومية، استغناء المصلحة المتعاقدة عن جزء من الأشغال المتعاقد بشأنها و التي كان المقاول قد أعدّ لها الكمّية اللاّزمة من الاسمنت غير المعلّب (ciment en vrac) اعتمادا على طريقة تسيير المخازن FIFO [4]. فلا شكّ أنّ مثل هذه الكمّية من الاسمنت ستتعرّض للتّلف، ممّا يرتّب أعباءً مالية إضافية في ذمّة المتعامل المتعاقد، و هو ما يلزم الإدارة المتعاقدة بتعويضه كلّيا.

و قد يترتّب أيضا عن تخفيض حجم الأشغال أن يتكبّد المتعامل المتعاقد أعباء العمّال المسرّحين للاستغناء عن خدماتهم[5].

ج/- كما أنّ تدخّل الإدارة المتعاقدة قد يطال المدّة المتّفق عليها لتنفيذ الصّفقة، و هو ما من شأنه أن يفتح للمتعامل المتعاقد الحقّ في التّعويض عن الخسائر التي تنجم عن ذلك؛ سواء أكان التّعديل بإطالة المدّة أو بتخفيضها.

---

(1) – Saroit Badaoui, op.cit, p 141.

و من بين قرارات مجلس الدّولة الفرنسي في هذا الشّأن:

- C.E ¼ SSR 18 Fév.1983, S^{té} française du tunnel routier du Fréjus et autres, Concl. Boyon, Rec.781. Consulté sur site : *https://www.legifrance.gouv.fr* le 22 Fév.2021 à 13h35mn.
La société française du tunnel routier de Fréjus est condamnée à payer à la société de travaux publics... une indemnité correspondant aux sommes qui leur restent dues en exécution du marché relatif au tunnel, au préjudice imputable au retard intervenu dans la notification du décompte général et définitif, ainsi que dans la libération de leur caution bancaire, au montant du bénéfice dont elles ont été privées et à la réparation du préjudice commercial qu'elles auraient subi.

(2) – Saroit Badaoui, op.cit, p 141.

(3)- علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص543.

و انظر أيضا:- أحمد السّيد محمد محمود عطية، المرجع السّابق، ص 261.

(4) – يُقصد بطريقة تسيير المخازن FIFO، التي هي اختزال للعبارة الإنجليزية **F**irst **I**n **F**irst **O**ut، أنّ أوّل ما يدخل إلى المخزن من سلعة يستعمل أوّلا.

(5) – C.E 08 Fév.1922, req. n° 23117, Carraresi, Concl. Berget, Rec.119.

* ففي حالة إطالة المدّة، قد يحيق بالمتعامل المتعاقد خسائر نتيجة تقلّبات الأسعار أثناء فترة الإطالة أو نتيجة الاحتفاظ باليد العاملة لمدّة أطول[1].

و قد يكون ذلك بسبب ركن الآلات و المُعدّات في موقع الأشغال، أثناء فترة الإطالة، و قد يكون بعضها مستأجرا بمعرفة المتعاقد من الغير[2].

* أمّا في حالة تقليص مدّة التّنفيذ، كما لو أمرت الإدارة المتعاقدة بسرعة إنجاز الأشغال المتعاقد بشأنها في الصّفقة، في زمن أقصر من ذلك المحدّد في العقد، فإنّ ذلك قد يؤدّي إلى زيادة أعباء المتعامل المتعاقد نتيجة اضطراره لدفع أثمان مرتفعة أو زيادة أجور اليد العاملة للرّفع من وتيرة الإنجاز[3].

ثانيّا: ما فات المتعامل المتعاقد من كسب أو ربح: Lucrum cessans

لا شكّ أنّ المتعامل المتعاقد لم يسقط من حساباته عند إبرام الصّفقة أنّه بصدد التّعاقد مع إدارة عامّة تملك جملة من الامتيازات مخوّلة لها بغية الحفاظ على حسن سير المرفق العامّ، المتعاقد بشأنه، بانتظام و اضطراد، كما يدرك كذلك أنّ امتيازات الإدارة المتعاقدة تلك يقابله حقّه في الحصول على التّعويض إذا اختلّ التّوازن المالي للعقد بفعل الإدارة المتعاقد معها.

فلا يتصوّر أنّ المتعامل المتعاقد مع الإدارة يقبل معاونتها في تسيير المرفق العامّ دون مقابل، بل الطّبيعي أنّه قرّر طبقا لتقديراته أنّه سيظفر مقابل تنفيذه لالتزاماته العقدية بفائدة و ربح معلوم[4].

---

(1) – Saroit Badaoui, op.cit, p 142.

و من بين قرارات مجلس الدّولة الفرنسي في هذا الشّأن:

- C.E 15 Juil.1955, Commune de Vic-Fezensac, R.D.P 1956, p 415, cité par Mahmoud Attia op.cit, p 262./- C.E 13 Mai 1961, Ministre des travaux publics C/ S^{té} nationale de construction, Rec.706.

(2) – علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص 544.

(3) – Saroit Badaoui, op.cit, p 142.

و من بين قرارات مجلس الدّولة الفرنسي في هذا الشّأن:

- C.E 03 Mai 1907, Ministre de la guerre C / Guillot, Rec.414.précité.
- C.E 28 Juil. 1926, Ministre des travaux publics, Rec.812. précité.

(4) – علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص 546.

انظر أيضا:

– أحمد السّيد محمد محمود عطية، المرجع السّابق، ص 264.

فالإدارة المتعاقدة مهما استأثرت من امتيازات السّلطة العامّة إلاّ أنّها لا تستطيع أن تجعل من المتعاقد معها رقّا يعمل دون مقابل؛ ذلك أنّ المقابل المالي يمثّل للمتعامل المتعاقد الباعث الدّافع على التّعاقد فهدفه الأوّل السّعي إلى تحقيق الرّبح بعد انجازه للالتزامات العقدية.

فإذا ما تدخّلت الإدارة المتعاقدة معدّلة للعقد، بحيث يصبح تنفيذه أكثر إرهاقا و كلفة للمتعامل المتعاقد فمن باب العدالة و الإنصاف أن يعوّض المتعاقد عن الأرباح التي فاتته متى كانت متوقّعة في ضوء الشّروط المالية للعقد[1]، و هو ما أكّده مجلس الدّولة الفرنسي في العديد من قراراته[2].

و حقّ المتعامل المتعاقد في المطالبة بالتّعويض عمّا فاته من ربح استنادا لنظرية فعل الأمير يبقى ثابتا و محقّقا حتى و لو لم يُصب بأية خسارة، ففي حالة فسخ العقد قبل أن يشرع المتعاقد بالتّنفيذ الفعلي للعقد، فله أن يطلب تعويضه عمّا فاته من ربح بالرّغم من أنّه لم يتكبّد أيّة خسارة لعدم شروعه في التّنفيذ أصلا[3].

الفرع الثّاني:الاستثناءات الواردة على مبدأ التّعويض الكلّي

يستشهد جمهور الفقه الإداري[4] بالعديد من القرارات لمجلس الدّولة الفرنسي و التي قضى فيها بالتّعويض الجزئي استنادا لنظرية فعل الأمير؛ من ذلك:

– د. مفتاح خليفة، د. حمد الشّلماني، المرجع السّابق، ص 253.

و من بين قرارات مجلس الدّولة الفرنسي في هذا الشّأن:

- C.E, 7/10 SSR, du 12 Mars 1999, req.n° 176694, SA Meribel, Concl. Mme Bergeal, consulté sur site : *https://www.legifrance.gouv.fr* le 17 Mars 2021 à 09h00mn.

حيث قضى مجلس الدّولة الفرنسي بأنّ للمتعاقد الحق في الحصول على تعويض يغطّي ما فاته من كسب و ما لحقه من خسارة بسبب التّعديلات التي أدخلتها الإدارة المتعاقدة على العقد.

(1) - André Delaubadère, Frank Moderne, Pierre Delvolvé, TCA, TII, op.cit, p 556.

(2) – C.E 23 Oct.1918,n°48215, Ministre des postes et télégraphes, Concl. Corneille, Rec.924.
- C.E 19 Janv.1938, req. n° 58875, ville de Nantes, Concl. Andrieux, Rec.57.

Arrêts consultés sur site : *https://www.gallica.gouv.fr* le 17 Mars.2021 à 10h30mn.

- C.E 08 Déc.1944, Sté L'énergie industrielle, précité.
- C.E 12 Nov.1958, Sté des entreprises métropolitaines et coloniales, R.D.P 1959, p 357.
- C.E 27 Oct.1978, ville de Saint-Malo, Rec.401.précité.

(3) - C.E 05 Janv.1979, Quinault et autres, Rec.03.

(4) - André Delaubadère, Frank Moderne, Pierre Delvolvé, TCA, TII, op.cit, p 557.

Voir également :

– Saroit Badaoui, op.cit, p 145.

أ/- في حالة فسخ العقد بسبب نشوب الحرب أو بسبب توقّف العمليات الحربية؛ حيث يكتفي مجلس الدّولة الفرنسي بتعويض المتعامل المتعاقد عن الأضرار الفعلية المترتّبة على الفسخ، و يستبعد الرّبح الذي كان يصبو إليه المتعاقد لو لم يتم فسخ العقد[1].

و المبرّر و التّفسير الفقهي الوحيد- الذي نؤيّده- لما ذهب إليه مجلس الدّولة الفرنسي عند قضائه بالتّعويض الجزئي عن فعل الأمير في حالة الظّروف الحربية أو عند وقف العمليات الحربية هو تأثّر قضاة المجلس بالظّروف التي أحاطت بواقعة الفسخ[2].

و من الفقه العربي:

- د. محمّد سليمان الطّماوي، المرجع السّابق، ص 658.
- علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص 555.
- أحمد السّيد محمد محمود عطية، المرجع السّابق، ص 267.
- عبسي عبد القادر الحسن، المرجع السّابق، ص 264.

(1) – C.E 23 Janv.1952, Secr. D'État aux forces armées C/ Chambouvet, Rec.50

حيث فصل القرار في نزاع حول عقد أبرم بسبب الظّروف الحربية، و تمّ فسخه بعد ذلك بسبب احتلال القوّات الألمانية لجنوب فرنسا وتسريح فرقة من الجيش الفرنسي، حيث قضى المجلس بأنّه: " في مثل هذه الظّروف الخاصّة، فإنّ فسخ العقد أبعد ما يكون تعسّفيا، و إنّما يرتكز على سبب يتعلّق بالمصلحة العامّة، و من ثمّ فهو يُكوّن عقبة أمام المقاول في المطالبة بتعويضٍ أيّا كان، عن الكسب الذي كان يأمل في تحقيقه".

و من بين ما جاء فيه باللّغة الفرنسية:

<< Dans ces circonstances spéciales la résiliation dont s'agit, loin d'être abusive, était fondée sur un motif d'intérêt général et, par suite, faisait obstacle à ce que l'entrepreneur peut réclamer une indemnité quelconque pour manque à gagner >>.

انظر في ذات السّياق:

- C.E 18 Mai 1949, req. n° 73666, S^té travaux et construction, Concl. Gazier, Rec.228. Consulté sur site : https://www.gallica.gouv.fr le 17 Mars.2021 à 13h30mn.
- C.E 30 Oct. 1951, S^té Citroën, Rec.507.

و الذي جاء فيه:

<< Compte tenu des circonstances de l'époque où le marché a été résilié partiellement par l'État, l'indemnité ne doit comprendre que la perte subie effectivement par la société…à l'exclusion du bénéfice que la société aurait pu réaliser du fait de l'exécution du marché >>.

(2) – Saroit Badaoui, op.cit, p 146. **حيث يذكر الفقيه:**

<< La seule explication est que le conseil d'État se laisse influencer, pour l'évaluation de l'indemnité due au cocontractant évincé, par les circonstances dans lesquelles la résiliation est intervenue >>.

و قد أيّده في ذلك:- علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص 558.- أحمد السّيد محمد محمود عطية، المرجع السّابق، ص 270.

ب/- في حالة مساهمة المتعامل المتعاقد في إحداث الضّرر، فمن المنطق أن يستبعد التّعويض الكلّي عن الضّرر استنادا لنظرية فعل الأمير في حالة ما إذا كان الضّرر لا ينسب إلاّ جزئيّا لفعل الإدارة المتعاقدة[1].

أو في حالة ما إذا أدّى فعل المتعاقد إلى زيادة الضّرر الذي أصابه[2].

و عليه فإذا كان إسهام الإدارة المتعاقدة في إحداث الضّرر إسهاما جزئيّاً- بمعنى تدخّل عوامل أخرى بجانب فعل الإدارة في إحداث الضّرر- فيجب على القاضي أن يُخفّض من قيمة التّعويض ما أسهم به المتعاقد بفعله في إحداث الضّرر[3].

و من التّطبيقات القضائية لمجلس الدّولة الفرنسي في هذا الشّأن ما جاء في قراره المتعلّق بقضية Tanti[4] الذي جاء فيه:

<< يتّضح من التّحقيق أنّ زيادة أعباء الشّركة لا يمكن إرجاعها حصرياً للقرارات الجديدة للحاكم العام و من ثمّ فإنّ الضّرر الذي لحق بالمورّد لا يجب أن تتحمّله الإدارة كليّة>>.

ج/- في حالة سوء فهم المتعاقد لبنود الصّفقة؛ حيث قدّر مجل الدّولة الفرنسي في إحدى قراراته الحديثة[5] بأنّ: << الدّولة تتمتّع، بصفتها مالكة للدّومين، بسلطة تحديد و تعديل مبلغ حقوق استغلال الدّومين العام بموجب نصّ تنظيمي...>>.

---

(1) - André Delaubadère, Frank Moderne, Pierre Delvolvé, TCA, TII, op.cit, p 557.

حيث يذكر الفقيه:

<< L'indemnité intégrale est écartée, très logiquement du reste, lorsque le préjudice n'est dû qu'en partie au fait de l'administration >>.

(2) – أحمد السّيد محمد محمود عطية، المرجع السّابق، ص 270.

(3) – علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص 558.

(4) – C.E 28 Nov. 1924, Tanti, Rec.940.précité.

و قد جاء فيه:

<< Il résulte de l'instruction que l'augmentation des charges de l'entreprise n'est pas exclusivement imputable aux nouveaux arrêtés du gouverneur général, par suite, le préjudice subi par le fournisseur ne doit pas être en totalité supporté par l'administration >>.

(5) – C.E 16 Déc. 2013, Société ESCOTA, précité.

و من بين ما جاء فيه:

و من ثمّ استبعد مجلس الدّولة الفرنسي حقّ الشّركة المتعاقدة في التّمسّك بثبات حقوق (رسوم) استغلال الدّومين العام. و هو ما جاء في تقرير مفوّض الحكومة في ذات القرار(1)، حيث اعتبر أنّ:<< الزّيادة في حقوق استغلال الدّومين العام هي، إلى حدٍّ ما، من قبيل المخاطر العادية في إطار التزام الطّرق السّيارة>>.

و هو ما أيّدته سلطة تنظيم نشاطات الطّرق السّيارة و السّكك الحديدية (Arafer) في رأيها الاستشاري المقدّم إلى وزارتي الاقتصاد و تلك المكلّفة بشبكة الطّرق الوطنية(2).

الفرع الثّالث: الحالة الاتّفاقية

إنّ الوضعية الممتازة للإدارة تجعل كلّ صلاحياتها– على حدّ تعبير مجلس الدّولة الفرنسي– معترف بها كاختصاص لصفتها و لا تحتاج النّص عليها صراحة في العقد(3).

فلها سلطة التوجيه و الإشراف و لها سلطة مراقبة تنفيذ المتعامل المتعاقد معها لالتزاماته، و لها أن تعدّل من هذه الالتزامات بالزّيادة أو بالنّقصان، و إذا ما أخلّ بالتزاماته التّعاقدية لها سلطة توقيع مختلف الجزاءات عليه، و لها فوق ذلك إنهاء الصّفقة بإرادتها المنفردة استجابة لمقتضيات المصلحة العامّة.

و لا يبقى للمتعامل المتعاقد معها سوى المطالبة بالتّعويض عن هذه الممارسات إن كان له وجه(4).

<< …L'État dispose, en sa qualité de propriétaire du domaine, du pouvoir de définir et de modifier par voie réglementaire, le montant de la redevance due pour occupation du domaine public…Les sociétés n'ont pas la faculté de se prévaloir d'une espérance légitime à la stabilité de la redevance d'occupation du domaine public qu'elles acquittent…>>.(ترجمة حرّة في المتن)

(1) Voir conclusions Bertrand Dacosta sous C.E 16 Déc.2013,S^{té} ESCOTA,suscité

و قد جاء فيه:

<< L'augmentation des redevances d'occupation du domaine public est, dans une certaine mesure, un aléa normal dans le cadre des concessions autoroutières >>.(ترجمة حرّة في المتن)

(2) **Cf**. avis de l'Arafer du 09 Juillet 2018, p6.Consulté sur site : *http://www.arafer.fr* le 08 Nov.2019 à 11h10mn.

(3) – 02 Fév. 1983, Union des transporteurs publics urbains et régionaux, R.D.P 1984, p 220.

من بين ما جاء فيه:

<< La situation privilégiée de l'administration fait que toutes les prérogatives de l'administration sont reconnues ès-qualité et ne nécessitent pas d'inscription expresse dans le contrat >>.

(4) – حول حق المتعاقد في التّعويض راجع: عبابسة نورالدّين، مذكّرة الماجستير، المرجع السّابق، ص 90.

إلاّ أنّ هناك إشكالية تثار في حالة ما إذا توافرت شروط تطبيق نظرية فعل الأمير، و ثبت للمتعامل المتعاقد الحقّ في التّعويض الكامل، فهل يجوز أن يخضع ذلك التّعويض للتّنظيم الاتّفاقي بين الإدارة و المتعاقد معها؟

بمعنى آخر هل يجوز للإدارة المتعاقدة أن تُضمّن في عقد الصّفقة العمومية أو في دفتر الشّروط بندا يقضي بإعفائها من مسؤوليتها تجاه المتعامل المتعاقد معها، و من ثمّ إعفائها من أيّ التزام بالتّعويض على الرّغم من توافر شروط إعمال نظرية فعل الأمير؟ و إذا كانت المصلحة المتعاقدة هي الطّرف الأقوى في العقد نظرا لما تتمتّع به من امتيازات و سلطات يفتقر إليها المتعاقد معها، و أمكنها تضمين العقد بندا يتنازل بمقتضاه المتعامل المتعاقد عن حقّه في المطالبة بالتّعويض، أيّا كان الإجراء أو الظّرف الذي سبّب الضّرر، فما مدى مشروعية مثل هذا الشّرط؟ للإجابة على هذه التّساؤلات يميّز الفقه بين حالتين:

البند الأول: الإعفاء المطلق للإدارة من المسؤولية

يُحظر وضع، مسبقا، بنودا تمنع المتعاقد من المطالبة بالتّعويضات عن التّقلبات العقدية التي تُحدثها الإدارة أثناء تنفيذ العقد، و التي لم تكن متوقّعة عند الإبرام[1].

فلا يُتصوّر من النّاحية العملية أن يقبل أيّ متعاقد بشرطٍ يتنازل بمقتضاه عن حقّه في المطالبة بتعويض الضّرر الذي قد يلحق به أثناء تنفيذ العقد من جرّاء فعل الأمير، فيعرّض نفسه لمخاطر لا حدّ لها[2].

---

(1) – François Llorens, op.cit, p 50.

حيث يقول:

<< Il est interdit aux parties de limiter à l'avance ou à fortiori d'exclure le droit du cocontractant à indemnité pour les sujétions que l'administration lui imposent en cours de contrat et qui n'auraient pas été prévisibles lors de la signature de celui-ci>>.

Voir également :

- Christophe Lajoye, op.cit, p 186.
- André Delaubadère, Yves Gaudemet, droit administratif des biens, op.cit, p 407.

(2) – د. محمّد سليمان الطّماوي، المرجع السّابق، ص 658.

انظر أيضا:

– علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص 555.

– أحمد السّيد محمد محمود عطية، المرجع السّابق، ص 267.

و من ثمّ فلا يجوز للمتعاقد قانونا أن يتنازل بصورة مطلقة عن المطالبة بالتّعويض عن كلّ الأضرار التي يمكن أن تصيبه أثناء التّنفيذ بسبب فعل الأمير؛ فمثل هذا البند الذي يعفي الإدارة من المسؤولية يتّسم بعدم المشروعية و البطلان[1].

فمن حيث المبدأ لا تستطيع الإدارة المتعاقدة أن تتخلّى عن التزاماتها بالتّعويض تجاه المتعامل المتعاقد معها إذا ما اختلّ التّوازن المالي للعقد بسبب فعلها المشروع، و لذلك عندما ترد بنودا عقدية تحرم المتعامل المتعاقد من حقّه في التّعويض فإنّها تعتبر كأن لم تكن؛ ذلك أنّ الحقّ في التّعويض يتعلّق بصفة عامّة بالنّظام العام، و هو ما يؤدّي بالضّرورة إلى عدم مشروعية أيّ شرط تعاقدي يؤدّي إلى حرمان المتعامل المتعاقد كلّيا من حقّه في التّعويض و هو ما يعني بطلانه[2].

و تطبيقا لذلك قضى مجلس الدّولة الفرنسي للمتعامل المتعاقد بالحقّ في التّعويض بالرّغم من وجود بنود عقدية تستبعد أيّ تعويض[3].

---

(1) - André Delaubadère, Frank Moderne, Pierre Delvolvé, TCA, TII, op.cit, p 558.

حيث يقول:

<< Le cocontractant ne saurait valablement renoncer d'une manière générale à réclamer l'indemnisation de tout préjudice qu'il lui serait causé en cours d'exécution par un fait du prince >>.

Voir en ce sens également :

- Saroit Badaoui, op.cit, p 132.

(2) – أحمد السّيد محمد محمود عطية، المرجع السّابق، ص 271.

(3) – C.E 27 Oct. 1978, Ville de Saint-Malo, précité.

- C.E 02 Fév. 1983, Union des transporteurs publics urbains et régionaux, précité.

- C.E 3/5 SSR du 11 Fév. 1983,req. n° 29123, Ste entreprise Caroni, Concl. Labetoulle Rec.60. Consulté sur site: *https://www.legifrance.gouv.fr* le 15 Mars 2020 à 14h00mn.

من بين ما جاء فيه:

<< Cons. qu'il résulte de l'instruction que le département de la Marne a commis des erreurs dans l'estimation du volume des travaux… qu'en raison de leur gravité, ces erreurs ont constitué des fautes de nature à engager la responsabilité du département de la Marne à l'égard de son cocontractant ; que l'article 19 du cahier des prescriptions spéciales, aux termes duquel " par dérogation aux articles 30, 31 et 32 du cahier des clauses administratives générales, les quantités d'ouvrages faisant l'objet du bordereau des prix pourront varier dans une proportion quelconque sans ouvrir droit à indemnité au profit de l'entrepreneur ", ne peut avoir pour effet d'exonérer le département de la Marne de cette responsabilité… ; que, par suite, la société requérante est fondée à soutenir que c'est à tort que le tribunal administratif de Châlons-sur-Marne a rejeté entièrement ses chefs de réclamation n° 1 et 8 et à demander l'octroi d'une indemnité de … ; que le jugement attaqué doit être réformé sur ce point >>

و جدير بالذّكر أنّ عدم مشروعية التّنازل الكلّي عن التّعويض في إطار نظرية فعل الأمير يتعلّق بالتّنازل المُسبق لا بالتّنازل اللاّحق؛ ذلك أنّ التّنازل المسبق هو الذي يعدم حقّ المتعامل المتعاقد في التّعويض، لأنّ المتعاقد تنازل بصورة مُبهمة و عامّة عن كامل حقوقه.

و بذلك فالعملية العقدية بالنّسبة للمتعاقد– في مثل هذا الفرض– تصبح دون مقابل؛ بل هي ضارّة له ضررا محضاً[1]. أمّا في حالة التّنازل اللاّحق فلا ريب في مشروعيته؛ ذلك أنّ المتعاقد في هذا الفرض أصبح على دراية و علم بالوقائع التي أضحت متوقّعة بالنّسبة إليه.

البند الثّاني: الإعفاء الجزئي للإدارة من المسؤولية

قد يتّفق طرفيّ العلاقة العقدية على تنازل المتعامل المتعاقد عن التّعويض من جرّاء الآثار المترتّبة عن إجراءٍ معيّنٍ تَوَقّعه المتعاقدين، كفرض ضريبة معيّنة أو زيادة قيمتها.

حيث يعتبر البند الوارد في العقد – و المتعلّق بإعفاء الإدارة المتعاقدة من المسؤولية عن إجراء معيّن– شرطا مشروعا كون المتعاقدان قد توقّعا هذا الإجراء لحظة الإبرام ، و بذلك يتخلّف أحد شروط إعمال نظرية فعل الأمير؛ ألا و هو شرط عدم توقّع الإجراء الضّار[2].

و عادة ما تُضمّن الإدارة المتعاقدة مثل هذه البنود في دفاتر الشّروط العامّة، و بالرّغم من مشروعيتها فإنّه ينبغي تفسيرها تفسيرا ضيّقاً مراعاةٍ لمصلحة المتعامل المتعاقد؛ و هو ما ذهب إليه مجلس الدّولة الفرنسي في قراره الصّادر في قضية Sté entreprise Caroni[3] حيث قضى بأنّه:

---

(1) – أحمد السّيد محمد محمود عطية، المرجع السّابق، ص 274.

(2) - André Delaubadère, Frank Moderne, Pierre Delvolvé, TCA, TII, op.cit, p 558. **حيث يقول:**
<< En revanche serait valable une clause à renonciation à indemnité visant les conséquences de telle mesure déterminée susceptible d'être prise par l'administration>>.
انظر أيضا:– د. محمود حلمي، المرجع السّابق، ص 120./– علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص 594.
– أحمد السّيد محمد محمود عطية، المرجع السّابق، ص 274.

(3) – C.E 11 Fév.1983, Sté entreprise Caroni, précité **وقد جاء فيه:**
<< Bien que le cahier des charges ait prévu que les quantités d'ouvrages, faisant l'objet du bordereau des prix, pourraient dans une proportion quelconque sans offrir droit à indemnité au profit de l'entrepreneur, cette clause ne saurait recevoir application dans le cas où l'augmentation du volume des travaux résulte d'une faute de l'administration>> .

<<على الرّغم من أنّ دفتر الشّروط قد نصّ على أنّ حجم المنشآت، الواردة بجدول الأسعار، يمكن أن تتغيّر بأيّة نسبة كانت، دون أن يفتح أيّ حقّ للتّعويض لفائدة المقاول، إلاّ أنّ هذا الشّرط لا يُفعّل عندما يزداد حجم الأشغال بناءً على خطأ الإدارة >>.

المطلب الثّاني: التّعويض الكلّي في إطار نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة

متى توافرت شروط تطبيق نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة، و استمرّ المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته العقدية يحقّ له مطالبة الإدارة المتعاقدة معه بالتّعويض الكلّي عن كافة الأضرار و النّفقات الإضافية التي تكبّدها لمواجهة الصّعوبات التي اعترضت التّنفيذ العادي للعقد.

و هو ما استقرّ عليه الفقه و القضاء الإداري(1).

فإذا لم يوجد اتّفاق ودّي بين الإدارة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد معها للتّعويض عن الصّعوبات المادّية التي يواجهها المتعاقد أثناء تنفيذ التزاماته، فإنّ القاضي الإداري يحكم على الإدارة المتعاقدة بدفع تعويض للمتعاقد معها يناسب العبء المالي الذي رتّبته عليه الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة(2).

---

(1) – د. محمّد سليمان الطّماوي، المرجع السّابق، ص 728.

انظر كذلك:– د. عبد العظيم عبد السّلام عبد الحميد، المرجع السّابق، ص 162./– علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص 559.

– د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المسؤولية التّعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السّابق، ص 130. /– د. هاني عبد الرّحمان إسماعيل، المرجع السّابق، ص 1207.

و من بين قرارات مجلس الدّولة الفرنسي الحديثة نذكر:

- C.E, 10/3 SSR, du 17 Fév.1992, S^{té} générale d'entreprises Saint-rapt et Brice(SGETPI) concl. Scanvic, req.50359, inédit au recueil Lebon, consulté sur site : *www.legifrance.gouv.fr* le 22 Mars 2021 à 14h30mn.

و الذي جاء فيه:

<< Considérant qu'il ressort du rapport de l'expert désigné en exécution de la décision avant dire droit du conseil d'État statuant au contentieux…que le volume des fouilles en terrain rocheux exécutées par la société générale d'entreprises Saint-rapt et Brice pour la construction d'un barrage…a été plus de cinq fois supérieur à celui qui a été prévu par les pièces du marché ; que la différence de volume ainsi constatée…doit être regardée…comme ayant été imprévisible pour l'entreprise dans les circonstances de l'espèce, que par suite, la société…est fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué ; le tribunal administratif de Limoges lui a refusé tout droit à indemnité au titre de cette sujétion imprévue >>.

(2) – Francis-Paul Benoit, op.cit, p 624./- **Cf**. Michel Rousset et Olivier Rousset, op.cit, p 192.

فالتّعويض في نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة لا يتمثّل في معاونة أو مساهمة مالية جزئية تمنحها جهة الإدارة المتعاقدة للمتعامل المتعاقد معها؛ بل يكون تعويضا كاملا عن جميع الأضرار التي يتحمّلها المتعاقد و ذلك بدفع مبلغ إضافيٍّ له على الأسعار المتّفق عليها عقديّا.

و قد استقرّ قضاء مجلس الدّولة الفرنسي بوضوح على قاعدة التّعويض الكلّي في إطار تطبيق نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة(1).

و قد تجسّد هذا المبدأ بوضوح في قرار مجلس الدّولة الفرنسي الصّادر بتاريخ 02 ديسمبر 1964 حيث قضى بأنّ: << التّعويض الممنوح للمتعامل المتعاقد، ليس بسبب الأعباء غير التّعاقدية المترتّبة عليه جرّاء وضعية الظّروف الطارئة، و لكن بسبب الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة... المُصَادَفة عند تنفيذ الأشغال، يجب، في غياب أيّ خطأ من جهة المتعاقد، أن تغطّي كلّ الضّرر الذي أصابه>>(2).

بناءً على ما تقدّم، يفتح إعمال نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة أمام المتعامل المتعاقد الحقّ في التّعويض تحت شكل رفع السّعر المنصوص عليه عقديّاً؛ غير أنّه يجب التّمييز بين فرضيّتين: الفرضية

---

(1) – C.E 08 Fév. 1918, req. n°61648, Sté d'éclairage de Poissy, Concl. Corneille, Rec.122.
- C.E 25 Juil.1929, req. n° 89951, Dame Berthelier et Sieur Dupuis, Concl. Rivet, Rec.871.
- C.E 30 Juil.1948,n°76055,Ministre de la guerre C/ Sté Rol, Lister, Concl. Chenot, Rec.359.

و من بين ما جاء فيه:

<< C'est à bon droit que le conseil de préfecture de Marseille a ordonné une expertise afin de déterminer l'importance des suppléments de dépenses résultant des circonstances exceptionnelles et imprévisibles >>.

(2) – C.E 02 Déc.1964, Port autonome de Bordeaux, Rec.936.

و الذي جاء فيه:

<< L'indemnité accordée au cocontractant, non pour charges extracontractuelles résultant pour lui d'une situation d'imprévision, mais de sujétions imprévues…rencontrées dans l'exécution des travaux, doit couvrir, en l'absence de faute relevée à la charge du cocontractant l'ensemble du préjudice subi >>. (ترجمة حرّة في المتن)

و الملاحظ على هذا القرار تمييز قضاة المجلس الواضح بين كلّ من نظرية الظّروف الطارئة و نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة (العبارات المسطّرة)، و كذلك إقراره بالتّعويض الكلّي للمتعامل المتعاقد بناءً على نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة، ما لم يُنسب له في ذلك خطأ.

انظر كذلك في ذات السّياق:

−C.E 2/6 SSR du19 Fév. 1975,req.n° 80470, Sté Campénon Bernard, Concl.Rougevin-Baville Rec.143 .Consulté sur site : https://www.legifrance.gouv.fr le 22 Mars 2021 à 15h30mn.

التي تنظّم فيها الصّفقة شروط تطبيق النّظرية و أسس التّعويض عنها (الفرع الأوّل) و الفرضية التي تسكت فيها الصّفقة عن تنظيم شروط إعمال نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل: حالة النّص على شروط تطبيق النّظرية

يذهب جانب من الفقه، عند تنظيم العقد لشروط تطبيق نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة و تحديد كيفية التّعويض عنها، إلى القول بوجوب تطبيق نصوص العقد[1]. في حين يرى جانب آخر من الفقه[2] –وهو الذي نؤيّده– أنّ تلك النّصوص تطبّق في حالة مواجهة صعوبات معقولة، أمّا إذا صادف المتعامل المتعاقد صعوبات استثنائية غير معقولة، فيجب تعويضه عنها إذا توافرت بقيّة شروط نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة.

و قد يطرح التّساؤل لو تضمّنت الصّفقة أو دفتر الشّروط الملحق بها بندا يقضي صراحة بعدم تعويض المتعاقد مهما كانت الصّعوبات التي تواجهه أثناء التّنفيذ. Quelques puissent être les difficultés rencontrées.

يذهب مجلس الدّولة الفرنسي في تفسيره لمثل هذه البنود بأنّ المقصود بها هي تلك الصّعوبات العادية و ليست الصّعوبات الاستثنائية التي يستحقّ المتعاقد التّعويض عنها، حتى و لو تضمّن العقد شرطا يعفي الإدارة من المسؤولية عند وجود صعوبات مادية غير متوقّعة[3].

فلا العقد الجزافي و لا البنود التي تحرم المتعاقد من المطالبة بأيّ تعويض تحول دون تمكينه من التّعويض متى أثبت أنّ الصّعوبات التي اعترضته في التّنفيذ كان من أثرها قلب اقتصاديات العقد[4].

---

(1) – Gaston Jèze, " Théorie générale des contrats de l'administration", op.cit, p 692.

(2) – عبسي عبد القادر الحسن، المرجع السّابق، ص 255.

(3) – C.E 10 Déc.1938, n°58392, Gouverneur général de l'Indochine, Concl. Josse, Rec.937.

(4) – C.E, 2/6 SSR, du 13 Oct.1978, Dép. de la Vendée C / S^{té} Dumez et Sacer, Rec.871 req. 95863 consulté sur site : *https://www.legifrance.gouv.fr* le 23 Mars 2021 à 21h30mn.

و قد جاء فيه:

<< Considérant que la société Dumez a réclamé au département de la Vendée l'indemnisation des sujétions imprévues qui se sont manifestées lors de l'exécution des travaux de fondation des piles de fondation du pont de Noirmoutier; qu'il résulte de l'instruction, notamment du rapport de l'expertise, que les renseignements géologiques communiqués par le département à l'entrepreneur préalablement à la conclusion du marché ne révélaient pas l'existence dans le sous-sol d'une couche de grès dur et ont gravement sous évalué l'épaisseur de la couche de

و جدير بالذّكر في هذا المقام أنّ تواجد مثل هذه الشّروط أو البنود العقدية التي تقرّر إعفاء الإدارة المتعاقدة من مسؤولية التّعويض عن الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة، تجعل مجلس الدّولة الفرنسي يتشدّد في اعتبار صعوبات معيّنة من قبيل تلك التي تفتح للمتعاقد الحقّ في المطالبة بالتّعويض استنادا إلى نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة[1].

فلا يقضي بالتّعويض عن تلك الصّعوبات ما لم تصل في شدّتها إلى حدّ قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب[2].

و لا يجوز الاتّفاق على الإعفاء المطلق للإدارة المتعاقدة من مسؤولية التّعويض عن الأضرار التي تلحق المتعامل المتعاقد نتيجة الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة التي تواجهه أثناء التّنفيذ[3].

---

schistes altérés, qui ont constitué les principaux obstacles à la technique de fonçage de pieux adoptée par l'entreprise. Cons. Que ni la circonstance que le marché a «été conclu à forfait ; ni les stipulations de l'article 39 du devis-programme selon lesquelles « En aucun cas l'entrepreneur ne pourra se prévaloir de l'insuffisance ou de l'inexistence des renseignements fournis par le département…pour demander une indemnité » ne sont de nature à exclure l'indemnisation de l'entrepreneur dans la mesure où celui-ci justifie que les difficultés imprévues qu'il a rencontrées ont eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat >>.

Voir également :

- C.E, ¼ SSR, du 12 Mai 1982, S^té des autoroutes Paris-Rhin-Rhône c/ S^té Spie-Batignolles et la S^té Dragages et travaux publics, req. n° 14735 consulté sur site : *https://www.legifrance.gouv.fr* le 23 Mars 2021 à 22h00mn.

و قد جاء فيه:

<< Qu'en fin le caractère forfaitaire et définitif des prix unitaires ne fait pas obstacles à ce que les entrepreneurs obtiennent une indemnité pour les difficultés exceptionnelles et imprévisibles par eux, rencontrées dans l'exécution des travaux >>.

(1) – **و هو مذهب جانب من الفقه:**– د. محمّد سليمان الطّماوي، المرجع السّابق، ص 716.

– عبسي عبد القادر الحسن، المرجع السّابق، ص 255.

(2) – C.E 22 Juil. 1977, S^té Nord Océan Poirsos et C^ie, Rec.347, précité.

Cf. C.E, 7/2 SSR, du 05 Juin 2013, n°352917, région Haute-Normandie, Concl. Bertrand Dacosta. Consulté sur site : *https://www.legifrance.gouv.fr* le 17 avril 2021 à 09h15mn.

و قد جاء فيه:

<< Considérant que les difficultés rencontrées dans l'exécution d'un marché à forfait ne peuvent ouvrir droit à indemnité au profit de l'entreprise titulaire du marché que dans la mesure ou celle-ci justifie soit que ces difficultés ont eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat soit qu'elles sont imputables à une faute de la personne publique.>>

(3) –Jacques Montmerle, "Commentaire pratique du cahier des clauses et conditions générales imposées aux entrepreneurs des travaux des ponts et chaussées", op.cit, p184.

حيث أنّه من المقرّر في العقود الإدارية عامّة و في صفقات الأشغال العمومية خاصّة(كونها المجال الخصب لتطبيق نظرية الصّعوبات الماديّة غير المتوقّعة)أنّ الإدارة المتعاقدة لا تملك تضمينها بنودا بعدم مسؤوليتها و تعفيها إطلاقا من الالتزام بالتّعويض عن الأضرار المترتّبة عن الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة.

لأنّ في ذلك تعارض مع المبادئ المقرّرة في القانون الإداري و التي تقضي بثبوت حقّ المتعامل المتعاقد في التّعويض طبقا لفكرة إعادة التّوازن المالي للعقد، و النّظريات المنبثقة عنه بما فيها نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة[1].

الفرع الثّاني: حالة سكوت الصّفقة عن تنظيم النّظرية

إذا ما أغفلت الصّفقة العمومية أو دفتر الشّروط الملحق بها تنظيم نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة، ففي هذه الحالة يملك المتعامل المتعاقد الحقّ في المطالبة بالتّعويض الكامل عن النّفقات التي تكبّدها نتيجةً للصّعوبات المادّية غير المتوقّعة التي صادفته عند التّنفيذ[2].

و هو المبدأ السّائد في قضاء مجلس الدّولة الفرنسي، حيث قضى بأنّ التّعويض المقرّر للمقاول لإصلاح النّتائج المترتّبة على الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة، يجب أن يغطّي جميع الأضرار التي لحقته بسبب تلك الصّعوبات[3].

إلاّ أنّ التّعويض عن الضّرر بسبب الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة أثناء إنجاز المشروع لا يغطّي المخاطر العادية و لا هامش الرّبح الإضافي مقارنة بذلك المُدْرج في السّعر الأوّلي للصّفقة[4].

---

(1) – د. عبد العظيم عبد السّلام عبد الحميد، لمرجع السّابق، ص 166.

(2) – Laurent Richer, Droit des contrats administratifs, op.cit, p 209.

انظر أيضا: – عبسي عبد القادر الحسن، المرجع السّابق، ص 257.

(3) – C.E 02 Déc.1964, Port autonome de Bordeaux, Rec.936, précité.

Voir dans le même sens :

- C.E 30 Juil. 1948, Ministre de la guerre C/ Société Rol, Lister, Rec.359, précité.

(4) – C.E, 7/2 SSR du 07 Nov.2008, Groupement Guintoli-Siorat-Micro, consulté sur site : *https://www.legifrance.gouv.fr* le 24 Mars 2021 à 08h30mn.et sur le site :*http:// www.fntp.fr* le 24 mars 2021 à 09h00mn.

و قد جاء فيه:

و من الطّبيعي أن يكون التّعويض المحكوم به للمتعامل المتعاقد، لتجاوز تلك الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة، مشمولا بالانتقاص أو التّخفيض إذا كان المتعاقد قد ساهم في إحداث أو تفاقم الأضرار المترتّبة على تلك الصّعوبات[1].

و قد يكون ذلك بسبب إهمال المتعامل المتعاقد في التّقصّي و الاستعلام اللاّزم أثناء مباشرة تنفيذ الأشغال[2].

و كذلك الشّأن إذا ما أساء المتعامل المتعاقد تقدير الصّعوبات التي أشارت إليها المعلومات الجيولوجية التي زوّدته بها المصلحة المتعاقدة[3].

<<Considérant que l'indemnisation du préjudice subi à raison de sujétions imprévues au cours d'un chantier ne couvre ni les aléas normaux du chantier, ni une marge de bénéfice supplémentaire, par rapport à celle incluse dans le prix initial du marché>>.

(1) - André Delaubadère, Frank Moderne, Pierre Delvolvé, TCA, T_{II}, op.cit, p 513.

(2) – C.E 29 Juin 1951, Secrétaire d'État C / Debernardy, Rec.385.

Voir également :

- C.E 7/2 SSR du 27 Sept.2006, GTM construction C / Dépt. D'Ille-et-Vilaine, concl.Boulouis req. n° 269925, inédit au recueil Lebon, consulté sur site : *https://www.legifrance.gouv.fr* le 24 Mars 2021 à 09h30mn.

و الذي جاء فيه:

<< Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le rapport géotechnique figurant dans le dossier de consultation remis aux entreprises candidates à l'attribution du marché mentionnait l'existence d'une carrière dans l'emprise du projet dont les contours ne pouvaient être définis et soulignait les variations importantes du toit du substratum qui en résultait ; que , si cette étude indiquait qu'en bordure du bâtiment existant, la profondeur était faible, elle ne précisait pas l'étendue de la zone en cause ; qu'ainsi, en jugeant que les difficultés rencontrées par la société…ne présentaient pas un caractère imprévisible >>.

(3) – C.E, 2/6 SSR, du 13 Oct.1978, Dép. de la Vendée c / S^{té} Dumez et Sacer, Rec.871.

Voir dans le même sens :

- C.E, 7/2 SSR du 26 Nov.2007, S^{té} Campénon Bernard & Co. C/ Dép. du Val de Marne req. n°256817, inédit au recueil Lebon, consulté sur site : *https://www.legifrance.gouv.fr* le 24 mars 2021 à 10h00mn.

و من بين ما جاء فيه:

<< Considérant qu'eu égard, tant à la part d'aléa inhérente au procédé employé, qu'aux résultats des recherches géologiques même sommaires conduites par le maître d'ouvrage qui ne permettaient de conclure à l'homogénéité des terrains situés sur le tracé du collecteur, il appartenait au groupement de s'assurer de la nature des terrains rencontrés et de l'adaptation à ceux-ci du procédé dont la mise en œuvre était prévue au marché…et que compte tenu des difficultés d'exécution des travaux…ne pouvaient être regardées comme imprévisibles>>.

و يتمّ حساب مقدار التّعويض الكامل على أساس السّعر المتّفق عليه في العقد[1]؛ أمّا إذا ما بلغت تلك الصّعوبات المادّية في شدّتها إلى تغييرٍ جذريٍّ في ظروف التّنفيذ؛ أي إلى تغييرٍ كامل في الأسس التي كانت محلّ اعتبار عند تحديد الأسعار فإنّ مجلس الدّولة الفرنسي يعمد في تحديده للتّعويض على أسعار جديدة[2].

و بذلك تكون نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة في اتّفاق مع نظرية المخاطر الإدارية في هذا الأثر؛ حيث يتقرّر في كلتا النّظريتين حقّ المتعامل المتعاقد في الحصول على تعويض كامل يغطّي الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة و يجبر الضّرر الذي لحقه من جرّاء فعل الأمير.

المبحث الثّاني: التّعويض الجزئي

من حقّ المتعامل المتعاقد الحصول على معاونة الإدارة المتعاقدة معه، و ذلك بتحمّلها جزءًا من الخسارة التي استحدثها الظّرف الطّارئ، لفترة وجيزة لغاية نهايته[3].

و لا يمكن للمساعدة الإدارية أن تستمرّ بصفة دائمة لأنّ التّأقيت من طبيعة الظّرف الطّارئ نفسه[4] و القول بالمساعدة هذه يعني عدم أحقّية المتعاقد في التّعويض الكامل، لأنّ النّظرية لا تهدف إلى إعادة التّناسب، الذي كان موجودًا عند التّعاقد بين الطّرفين، كلّية، إنّما المقصود هو مساهمة الطّرفين في تحمّل أعباء الظّروف الطّارئة[5].

---

(1) – C.E 10 Déc.1938, Gouverneur général de l'Indochine, rec.937.

Voir également :

- C.E 16 Déc.1938, Ministre des travaux publics C / Druy, Rec.948.

(2) – C.E 21 Juil.1937, Ville de Carcassonne, Rec.754.

و قد جاء فيه:

<<L'entrepreneur a été obligé d'exécuter des travaux en galerie…il s'est agi d'un ouvrage qui n'était prévu au devis ni comme quantité ni comme prix…>>.

(3) – د. محمّد فؤاد عبد الباسط، المرجع السّابق، ص 585.

(4) – د. يوسف سعد الله الخوري، المرجع السّابق، ص 498.

انظر أيضا:– د. عبد العزيز عد المنعم خليفة، المسؤولية التّعاقدية، المرجع السّابق، ص 123.

(5)– د. هاني عبد الرّحمان إسماعيل، المرجع السّابق، ص 1187.

انظر أيضا:– د. محمّد جمال مطلق الذّنيبات، المرجع السّابق، ص 218.

و الحديث عن حق المتعامل المتعاقد في الحصول على معاونة المصلحة المتعاقدة معه يدفعنا للتّطرق إلى القواعد القانونية التي تحكم التّعويض و كيفية حسابه (المطلب الأوّل) ثمّ للتّنظيم الاتّفاقي للظّرف الطّارئ و نهايته (المطلب الثّاني).

المطلب الأوّل: القواعد القانونية التي تحكم التّعويض و كيفية حسابه

لمّا كان إقرار حقّ التّعويض من عدمه تقدير بريتوري، وجب تبيان سلطات القاضي الإداري(الفرع الأوّل) فالقواعد القانونية التي تحكم التّعويض(الفرع الثّاني) ثمّ كيفية حساب هذا الأخير(الفرع الثّالث).

الفرع الأوّل: سلطات القاضي الإداري

من المسلّم به أنّ القاضي الإداري لا يستطيع أن يعدّل من أحكام العقد الإداري بنفسه من دون رضا طرفيّ العلاقة العقدية[1]، كما لا يقدر القيام بمراجعة العقد بتعديل شروطه كما قبلها المتعاقدان بإرادتهما الحرّة[2].

و تحديد سلطة القاضي الإداري في التّعويض إنّما يهدف إلى الحيلولة دون إصدار القاضي الإداري أوامر للإدارة.

و من الثّابت أنّ المصلحة المتعاقدة تهدف من وراء التّعاقد إلى تحقيق المصلحة العامّة؛ و حمايةً لهذه الأخيرة تُدرج الإدارة المتعاقدة ضمن بنود الصّفقة شروطا معيّنة تُحمّل بمقتضاها المتعامل المتعاقد معها التزامات محدّدة، و لو أُتيح للقاضي أن يُعدّل من تلك الشّروط رغما عن الإدارة المتعاقدة، فقد تتعرّض المصلحة العامّة للخطر.

---

(1)– د. عبد الله عبد العظيم عبد السّلام، المرجع السّابق، ص 72. **انظر أيضا:**

– علي بن عبد الكريم السّويلم، المرجع السّابق، ص 100./– رياض عيسى الجريسات، المرجع السّابق، ص 197.

(2) – C.E 10 Aout 1923, S^{té} d'éclairage d'Oloron-Sainte-Marie, Rec.682, consulté sur site : *https://www.revuegeneraledudroit.eu* le 24 mars 2021 à 17h50mn.

- C.E 30 Juin 1932, req. n° 94456, Commune de Ganges, Concl. Ettori, Rec.647.

- C.E 21 Janv.1944,n°60975, S^{té} d'entreprises et de construction en béton armé, Concl.Odent Rec.23. **و قد جاء فيه:**

<<…il n'appartient pas au juge administratif de modifier les clauses d'un contrat, librement acceptées par les parties>>.

و من ثمّ فإنّ دواعي المصلحة العامّة و اعتبارات النّفع العامّ تقتضي أن تظلّ شروط العقد نافذة، و لا تُعدّل إلاّ بموافقة الإدارة المتعاقدة؛ و لن توافق هذه الأخيرة عن التّعديل إن لم يكن من ورائه تحقيق المصلحة العامّة[1].

الفرع الثّاني: القواعد القانونية للتّعويض

للوقوف على القواعد القانونية التي تحكم التّعويض الجزئي في نظرية الظّروف الطّارئة، لا بدّ من تحديد فترة سريان الظّرف الطّارئ (البند الأوّل) ثمّ توضيح من يستطيع تقديم طلب التّعويض (البند الثّاني).

البند الأوّل: تحديد فترة سريان الظّرف الطّارئ

من الثّابت بأنّ التزام الإدارة المتعاقدة بمساعدة المتعامل المتعاقد معها هو التزام ظرفيّ ومؤقّت، ينحصر فقط في الفترة التي اختلّ فيها العقد نتيجة الظّرف الطّارئ، و تسمّى بالفترة غير التّعاقدية أو الخارجة عن التّعاقد période extracontractuelle.

و انقلاب اقتصاديات الصّفقة هو ذلك الاضطراب الكبير في التّنفيذ الذي تنشأ عنه الوضعية المعبّر عنها اصطلاحا بالوضعية غير التّعاقدية situation extracontractuelle [2].

و بداية الفترة غير التّعاقدية تسري من اللّحظة التي تتجاوز فيها أعباء المتعامل المتعاقد أقصى حدود الزّيادة التي كان يمكن توقّعها، و تسمّى اصطلاحا بعتبة عدم التّوقّع le seuil de l'imprévision أي تجاوز السّعر الجديد النّاتج عن الحدث الطّارئ، السّعر الحدّ le prix limite[3].

---

(1) – د. محمّد سليمان الطّماوي، المرجع السّابق، ص 694.

انظر كذلك:

– د. نصري منصور نابلسي، المرجع السّابق، ص 770.

(2) – André Delaubadère, Yves Gaudemet, Droit administratif général, op.cit, p 714.

Cf : -Jean Rivéro, Jean Waline, op.cit, p132./ Pierre-Laurent Frier, Jacques Petit, op.cit,p 355.

- Laurent Richer, Droit des contrats administratifs, op.cit, p 269.

(3) – أ. د. محمّد الصّغير بعلي، المرجع السّابق، ص 94.

و من بين التّطبيقات القضائية لمجلس الدّولة الفرنسي في هذا الشّأن راجع:

- C.E 03 Janv.1936, req. n° 25547, Commune de Tursac C/ S^{té} Allary, Concl. Parodi, Rec.05.
- C.E 21 Nov.1947, req. n° 73974, Petot, Rec.647.

و بما أنّ حساب الخسائر التي يجوز المطالبة بالتّعويض عنها بناءً على نظرية اقتسام الأعباء، يتوقّف على تحديد بداية الظّرف الطّارئ[1]، فإنّ تحديد هذا التّاريخ يكتسي أهميّة خاصّة[2].

فإذا كان العمل قد جرى على أنّ المطالبة بالتّعويض عن الحدث الطّارئ تتمّ فور وقوعه، فقد يحدث أن يتراخى المتعامل المتعاقد عن المطالبة بالتّعويض[3]، و يترتّب على ذلك أنّ تاريخ طلب التّعويض لا يعتدّ به[4]؛ فالطّلب يمكن تقديمه أثناء فترة التّنفيذ أو بعد الانتهاء منه، خاصّة عندما يصعب القيام بإثبات انقلاب اقتصاديات الصّفقة إلاّ بعد التّنفيذ التّام للالتزام[5].

و جدير بالإشارة بأنّ بداية سريان الفترة الخارجة عن التّعاقد ليست مرتبطة و لا معلّقة على إخطار من المتعاقد[6]؛ بل تسري من لحظة تجاوز أعباء المتعامل المتعاقد عتبة عدم التّوقّع.

البند الثّاني: من يستطيع طلب التّعويض

لتبيان صاحب الحق في طلب التّعويض، لا بدّ من الإجابة على الإشكال الآتي: من الذي له أن يتمسّك بالنّظرية؟

لا تصعب الإجابة على هذا الإشكال في مجال القانون المدني حيث نظّم المشرّع قواعد النّظرية[7]. وفي هذا المعنى يقول الأستاذ **سليمان الطّماوي:**<< و بالتّالي فإنّه مما لا شكّ فيه أنّ للسّلطات العامّة الحقّ في التّمسك بالنّظرية في نطاق عقود القانون الخاصّ التي تبرمها الإدارة>>[1].

- C.E 29 Mai 1991, Établissement public d'aménagement de la ville nouvelle de Saint Quentin-en-Yvelines, n° 92552, Rec.1048. Consulté sur site : *https://www.fntp.fr* le 25 Mars 2021 à 08h00mn.

حيث اعتدّ مجلس الدّولة الفرنسي في هذه القضية بالفترة الممتدّة بين تاريخ التّوقيع و تاريخ الأمر ببداية الأشغال.

(1) – د. محمّد سليمان الطّماوي، المرجع السّابق، ص 698.

(2) - André Delaubadère, Frank Moderne, Pierre Delvolvé, TCA, TII, op.cit, p 615.

(3) – د. نصري منصور نابلسي، المرجع السّابق، ص 772.

(4) – علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص 573.

(5) – د. محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السّابق، ص 177.

(6) - André Delaubadère, Frank Moderne, Pierre Delvolvé, TCA, TII, op.cit, p 615.

(7) – حيث تنص المادّة 107 فـ3 من الأمر 58/75 المؤرّخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمّن القانون المدني،المعدّل و المتمّم،ج.ر العدد 78 المؤرّخة في 24 رمضان 1395 هـ الموافق 30سبتمبر1975م. <<غير أنّه إذا طرأت حوادث استثنائية عامّة لم يكن في الوسع توقّعها و ترتّب على حدوثها أنّ تنفيذ الالتزام التّعاقدي، و إن

و إذا كان من البديهي الإجابة على الإشكال المطروح أعلاه بأنّ المتعامل المتعاقد هو صاحب الحقّ في تقديم طلب التّعويض عن الأعباء التي رتّبها عليه عدم التّوقّع، لأنّه المؤهّل و صاحب الصّفة[2]؛ إلاّ أنّ الصّعوبة تثار في هذا الشّأن في حالة تغيير المتعاقد خلال فترة التّنفيذ[3]، أو في حالة فسخ الصّفقة لخطأ من المتعاقد.

في الفرضيّة الأولى: فلا جدال حول حقّ المتعامل الثّانوي– متى أجازت المصلحة المتعاقدة تعامله– أن يطالبها بالتّعويض استنادا إلى نظرية الظّروف الطّارئة؛ غير أنّ التّساؤل يطرح في حالة عدم إجازة الإدارة للتّعامل الثّانوي، هل يجوز للمتعامل الثّانوي التّمسّك بالنّظرية في مواجهة المصلحة المتعاقدة؟

إن كان المشرّع الجزائري قد أجاز للمتعامل المتعاقد اللّجوء إلى التّعامل الثّانوي[4]، غير أنّه نظرا لانعدام الرّابطة العقدية بين الطّرفين(الإدارة و المتعامل الثّانوي)، لا يمكن لهذا الأخير الذي لم يحصل على الموافقة المسبقة للإدارة، أن يتمسّك في مواجهتها بنظرية الظّروف الطّارئة[5]؛ و إن كان له إمكانية الرّجوع على المتعاقد الأصلي للمطالبة بحقّ التّعويض.

و في هذه الفرضية هل يجوز للمتعامل المتعاقد الأصلي الحصول على تعويض كامل يشمل ما يكون قد دفعه للمتعامل الثّانوي مقابل تنفيذ هذا الأخير لجزء من الصّفقة؟

فالإدارة لا تلتزم بأن تعوّض لفائدة المتعاون الثّانوي الذي يشتغل مع المتعاقد الأصلي، بموجب عقد لم تصادق عليه الإدارة استنادا لنظرية الظّروف الطّارئة[6]، فالإدارة تتجاهل المتعامل الثّانوي غير المعتمد

لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدّده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظّروف و بعد مراعاة لمصلحة الطّرفين أن يردّ الالتزام المرهق إلى الحدّ المعقول، و يقع باطلا كلّ اتّفاق على خلاف ذلك>>.

(1) – د. محمّد سليمان الطّماوي، المرجع السّاق، ص 706.

(2) – د. محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السّابق، ص 178.

(3) - C.E 19 Janv.1938, req. n° 46615, Ville de Belfort, Concl. Andrieux, Rec.58.
- C.E 11 Juin 1943, 34869, Ministre de la Marine C/ S^{té} des G.T, Concl. Léonard, Rec.148.

(4) – حيث تنصّ المادة 140 من المرسوم الرّئاسي 15–247 على أنّه:" يمكن المتعامل المتعاقد للمصلحة المتعاقدة منح تنفيذ جزء من الصّفقة لمناول بواسطة عقد مناولة..."

(5) – حيث تنصّ المادّة 142 من المرسوم الرّئاسي 15–247 على أنّه:" يجب على المناول الذي يتدخّل في تنفيذ صفقة عمومية أن يعلن تواجده للمصلحة المتعاقدة ".

(6) – Philippe Terneyre, op.cit, p 495 **حيث يقول:**.

من قبلها[1]، فلا توجد – على حدّ تعبير مجلس الدّولة الفرنسي– أيّة رابطة عقدية بينهما[2]. غير أنّ التّعامل من الباطن دون موافقة الإدارة المتعاقدة لا يمنحها التّذرع بانعدام المصادقة للتّملّص من تعويض المتعاقد معها[3].

أمّا في الفرضيّة الثّانية: إذ جاء مجلس الدّولة الفرنسي بمفهوم جديد للتّعويض استنادا لنظرية الظّروف الطّارئة في قراره الصّادر في قضية Société prest'action [4]، عندما قضى بأنّه:<< من حيث المبدأ فإنّ فسخ العقد لا يحول في حدّ ذاته دون تطبيق نظرية الظّروف الطّارئة>>.

و هو ما أقرّه الفقه، حيث يرى الأستاذ **Benoit Plessix**[5] : << قد نتفاجأ من هذه القاعدة، التي تجعل أساسا نادرا لنظرية جد أصيلة في القانون الإداري: ضمان استمرارية المرفق العام و تمكين خلود

<< L'administration n'est tenue à aucune réparation à l'égard d'un sous-traitant, travaillant avec le cocontractant, en vertu d'un contrat que l'administration n'a pas approuvé>>.

(1) - André Delaubadère, Frank Moderne, Pierre Delvolvé, TCA, TII, op.cit, p 41. **حيث يقول:** << L'administration ignore le cessionnaire ou le sous-traitant non agrée…>>.

(2) – C.E 09 Juil.1924, req.n°77960, Sté « Le secteur électrique de la vallée d'Auge », Rec.656.
L'expression utilisée par le conseil d'État français est la suivante : « Le sous-traitant non agrée, n'ayant avec l'administration "aucun lien contractuel" ».
و هي قاعدة تسري على جميع أنواع العقود الإدارية أنظر في ذلك:
- C.E 24 Mars 1920, Eugster, Rec.656.عقود التّوريد/–C.E 30 Mars 1927, Faraut, Rec.410. التزام صفقة الأشغال العمومية/- C.E 21 Déc. 1937, Duguet, Rec.1367.المرافق العامّة

(3) - André Delaubadère, Frank Moderne, Pierre Delvolvé, TCA, TII, op.cit, p 41. **حيث يذكر** <<…Mais l'administration ne peut non plus se prévaloir de l'absence d'approbation d'un sous-traité à propos de l'indemnisation de son cocontractant>>.**(ترجمة حرّة في المتن)**

(4) – C.E, 7ème et 2ème SSR, du 10 Fév.2010, Sté Prest'action, req.301116, consulté sur site : *http://www.legifrance.gouv.fr* le 28 Mars 2021 à 11h30mn.
حيث فُسخ العقد لخطأ من المتعاقد، طالب هذا الأخير من قضاء الاستئناف الحصول على تعويض، استنادا لنظرية الظّروف الطّارئة لبذله أقصى ما في وسعه للاستمرار في التّنفيذ لأطول مدّة ممكنة، قوبل طلبه بالرّفض فرفع النّزاع أمام مجلس الدّولة الفرنسي الذي نقض قرار الاستئناف و أقرّ بحقّ المتعاقد في الحصول على التّعويض، و أنشأ بذلك صورة جديدة لنظرية الظّروف الطّارئة، لمّا قضى: <<Pour principe, que la résiliation du contrat ne fait pas obstacle, en soi, à l'application de la théorie de l'imprévision>>.

(5) – Benoit Plessix, JCP G semaine juridique, édition générale, 12 juillet 2010, n° 28 pp.1476-1481. **Cité par :**
- David Rouault, La rationalisation de l'imprévu dans le droit des contrats publics internes et des contrats d'État. In : Revue juridique de l'Ouest, 2013-2. pp.181-199. Consulté le 15 Août 2019 à 22h00mn sur site : *https://www.persee.fr/doc/juro_0990-1027_2013_num_26_2_4772*; fichier pdf généré le 14/11/2018.

العقد. فإذا كان وصول العقد إلى نهايته لا يمنع أبدا من الحصول على التّعويض استنادا إلى نظرية الظّروف الطّارئة، طالما أنّ المتعاقد قد استمرّ في تنفيذ العقد لفائدة المرفق العام، ممّا يستحق التّعويض. لكن كون العقد قد انتهى بالفسخ، يثير تساؤلا آخر، على الأقلّ في قضية الحال، عندما يكون فسخ العقد بسبب خطأ.

دون شكّ يريد مجلس الدّولة القول بأنّ المتعاقد السّابق، بغضّ النّظر عن خطأه الذي كان السّبب في الفسخ المبتسر للعقد، كان على الأقلّ قد تحمّل حدثا غير متوقّع قلب اقتصاديات عقده، و إنّه من غير العدل تحميله لوحده عبء هذا الخطر الاقتصادي، في حين أنّه بذل أقصى ما في وسعه من أجل الاستمرار في تنفيذ العقد لأطول مدّة ممكنة. فإن كان الحلّ عادلا إلاّ أنّه أضفى نوعا من التّفاهة على نظرية الظّروف الطّارئة>>.

و عليه فإنّ النّهاية المبتسرة للصفقة، حتى و لو كانت بسبب خطأ من المتعامل المتعاقد، لا تحول دون حقّ هذا الأخير في الحصول على التّعويض استنادا لنظرية الظّروف الطّارئة، طالما أنّه لم يتوقّف عن تنفيذ التزاماته العقدية حرصا منه على استمرارية المرفق العامّ محلّ التّعاقد.

الفرع الثّالث: كيفية حساب التّعويض

أين يذكر الفقيه في تعليقه على قرار مجلس الدّولة الفرنسي في قضية Société Prest'action:

<< On peut être surpris d'une telle règle, qui fait peu de cas de fondement de cette théorie si originale du droit administratif : assurer la continuité du service public et permettre la pérennité du contrat.

Que le contrat soit arrivé à échéance n'empêche nullement d'obtenir une indemnité d'imprévision, puisque le cocontractant a précisément poursuivi l'exécution du contrat dans l'intérêt du service public, ce qui mérite réparation. Mais que le contrat ait cessé pour cause de résiliation suscite une toute autre interrogation, du moins, comme en l'espèce, quand le contrat a été résilié pour faute.

Sans doute que le conseil d'État veut-il dire que l'ancien cocontractant, indépendamment de sa faute ayant justifié la fin prématurée du contrat, peut avoir néanmoins subi un événement imprévu ayant bouleversé l'économie de son contrat, et il serait injuste de lui faire supporter seul le poids de cet aléa économique alors qu'il s'est efforcé de poursuivre l'exécution du contrat aussi longtemps que possible. C'est une solution d'équité, qui banalise quelque peu la théorie de l'imprévision>>.(ترجمة حرّة في المتن)

حتى يتسنّى حساب الأعباء الخارجة عن التّعاقد (البند الأوّل) ثمّ توزيع الأعباء بين طرفيّ العلاقة العقدية (البند الثّاني) لا بدّ من تحديد سريان الفترة الخارجة عن التّعاقد[1].

و قبل التّفصيل في البندين أعلاه، من نافلة القول التّذكير بأنّه إذا ما تحقّق الظّرف الطّارئ بعد تنفيذ الالتزامات التّعاقدية فلا مجال لتطبيق نظرية الظّروف الطّارئة، كما و أنّه لا تُفعّل النّظرية كذلك إذا ما تحقّق الظّرف الطّارئ أثناء التّنفيذ و أدى إلى قلب اقتصاديات الصّفقة و استمرّ دون أن يكون هناك أمل في زواله، حيث يكون بذلك قد تحوّل إلى قوّة قاهرة، لأنّ التّأقيت من شروط إعمال النّظرية.

البند الأوّل: حساب الأعباء الخارجة عن التّعاقد

لحساب الأعباء الخارجة عن التّعاقد أقرّ مجلس الدّولة الفرنسي مجموعة من المبادئ الأساسية استنبطها الفقه الإداري[2]، من ذلك:

أ/- العبرة في تقدير الأعباء الخارجة عن التّعاقد هو بالنّتائج الفعلية لاستغلال المشروع موضوع التّعاقد خلال الفترة غير التّعاقدية.

و مثاله؛ لإنجاز صفقة أشغال عمومية، عادة ما يحتاج المقاول للمواد الأساسية الآتية: الاسمنت، الحديد الخشب و الحصى و الرّمل. فلو حدث، نتيجة للتّقلبات الاقتصادية العالمية أن ارتفع سعر الحديد في السّوق إلى حدٍّ لم يكن متوقّعا عند إبرام الصّفقة، و طالب المقاول بالتّعويض على أساس نظرية الظّروف الطّارئة، و رُفع النّزاع إلى القاضي، فهذا الأخير، حال فصله في المنازعة المعروضة عليه، لا ينظر إلى سعر الحديد فقط إنّما يعتدّ بالمعادلة المالية للصّفقة ككلّ. و لا يحكم بالتّعويض إلاّ إذا ثبت لديه انقلاب اقتصاديات الصّفقة رأسا على عقب.

---

(1) – لأكثر تفصيل عن الفترة الخارجة عن التّعاقد أو الفترة غير التّعاقدية، راجع البند الأوّل من الفرع الثّاني من هذا المطلب، ص259 أعلاه.

(2) – د. محمّد سليمان الطّماوي، المرجع السّابق، ص 698.

انظر كذلك:

– علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص574.

و قد قضى مجلس الدّولة الفرنسي بأنّه من الخطأ أن يدخل في حساب الميزانية، ما يمكن اعتباره إيرادات أو نفقات احتمالية لو تمّ تنفيذ بعض الأشغال[1].

ب/- لا يدخل في حساب الخسائر، الأرباح السّابقة و اللاّحقة للفترة غير التّعاقدية[2].

ج/- لا يعتدّ بالخسائر التي تكبّدها المتعامل المتعاقد قبل بداية الظّرف الطّارئ، بل يتحمّلها المتعاقد لأنّها تندرج ضمن مخاطر المهنة (les risques du métier)؛ لأنّ كلّ نشاط تجاري أو اقتصادي يحتمل الرّبح أو الخسارة[3].

د/- يُخصم من قيمة الخسائر الفعلية التي تكبّدها المتعامل المتعاقد نتيجة الظّرف الطّارئ، ما تسبّب فيه بخطئه من إهمال، تماطل أو عدم مراعاة الأساليب الفنّية في الإنجاز[4].

هـ/- عند حساب الخسائر فإنّ الذي يؤخذ بعين الاعتبار هو الفرق بين الأسعار الفعلية وقت التّعاقد و الأسعار الجديدة دون الاعتداد بالفرق بين الحدّ الأقصى للأسعار المتوقّع و الأسعار الجديدة[5].

البند الثّاني: توزيع الخسارة بين طرفيّ العلاقة العقدية

لمّا كان التّعويض الذي يحصل عليه المتعامل المتعاقد، من الإدارة المتعاقدة معه استنادا إلى نظرية الظّروف الطّارئة لا يصل إلى حدّ تغطية كافة الأعباء التي رتّبها في ذمّته الظّرف الطّارئ، بل لا يعدو

---

(1) – C.E 30 Mars 1933, n° 98283, Ville d'Oran, Concl. Rivet, Rec.379.
Consulté sur site : https://gallica.bnf.fr le 15 Aout 2019 à 09h30mn.

و من بين ما جاء فيه:

<< C'est à tort que les experts ont rattaché les recettes et dépenses qui auraient été vraisemblablement effectuées si les travaux d'expansion projetés, avaient été exécutés au lieu de s'en tenir aux résultats effectifs de l'exploitation d'après sa consistance réelle>>.

(2) – C.E 27 Juin 1919, n°62237, S^té du gaz et de l'électricité Nice, Concl. Riboulet, Rec.571.
- C.E 18 Janv.1924, n° 66986 et 66987, Ville de Paris et C^ie de l'air comprimé, Concl. Rivet, Rec.58.

(3) – C.E 08 Août 1924, S^té d'éclairage et de force motrice de Brive,Concl. Mazerat, Rec.817.

(4) – C.E 18 Avril 1959, S^té I.T.A.U. C / Ville de Nice, Rec.216.

(5) – C.E 30 Nov.1928, n°84468 et 84469, S^té Le Centre Électrique, Concl. Josse, Rec.1228.

و من بين ما جاء فيه:

<< C'est à tort que le conseil de préfecture a déduit du déficit total une somme représentant la part afférente à la hausse prévisible du combustible ; qu'en effet, c'est seulement pour la détermination du point du départ de la période d'imprévision qu'il ya lieu de faire état de la marge de hausse prévisible qui a pu être envisagée par les parties…>>.

أن يكون سوى مساعدة من المصلحة المتعاقدة حتى يتمكّن من الاستمرار في تنفيذ الصّفقة خدمة للمصلحة العامّة.

فالإدارة المتعاقدة لا تتحمّل وحدها عبء النّفقات غير التّعاقدية المترتّبة عن الظّرف الطّارئ[1]، بل يتمّ توزيع هذه الأعباء بين طرفيّ العلاقة العقدية؛ و بذلك سُمّيت كذلك بنظرية اقتسام الأعباء.

و إن كان القاضي الإداري لا يُحمّل المتعامل المتعاقد إلاّ قدرا بسيطا من الخسائر التي تكبّدها بسبب الظّرف الطّارئ، فإنّه يُحمّل الإدارة المتعاقدة الجزء الأوفر باعتبارها أكبر قدرة من المتعامل المتعاقد في تحمّل تلك الأعباء[2].

حيث تتحمّل الإدارة المتعاقدة في حالة تطبيق نظرية الظّروف الطّارئة من 90 إلى 95% من خسائر المتعامل المتعاقد معها و يتحمّل هذا الأخير الجزء المتبقّي وفقا لما يراه قاضي العقد[3].

و لقد درج مجلس الدّولة الفرنسي على تعويض المتعامل المتعاقد بنسبة 90% من مجموع الخسائر التي رتّبها الظّرف الطّارئ، و قد تقلّ هذه النّسبة أو تزيد قليلا طبقا لظروف كلّ حالة على حده، دون أن تكون هناك قواعد محدّدة في هذا الشّأن[4].

علما بأنّ مجلس الدّولة الفرنسي، في سبيل تحديد قسط طرفيّ العلاقة العقدية من الخسائر التي رتّبها الظّرف الطّارئ، عادة ما يأخذ بالمحيط العام لظروف تنفيذ العقد[5].

---

(1) – د. محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السّابق، ص 183.

انظر أيضا:

– د. نصري منصور نابلسي، المرجع السّابق، ص 775.

– د. أمين عاطف صليبا، المرجع السّابق، ص 186.

(2) – Laurent Richer, Droit des contrats administratifs, op.cit, p 271.

انظر أيضا:– د. عبد العظيم عبد السّلام عبد الحميد، المرجع السّابق، ص 74.

(3) – René Chapus, op.cit, p 752. **و انظر تطبيقا لذلك:**

- C.E 01 Juil. 1949, n°77352, Ministre de la guerre, Concl. Odent, Rec.318.

(4) – C.E 09 Nov.1935, Ville de Lagny, Rec.1026.(80%).

- C.E 11 Juin 1943, Ministre de la marine Rec.148.(95%).

- C.E 09 Mai 1962, Ville de Bastia, Rec.307.(90%).

- C.E 12 Mars 1976, Département des Hautes Pyrénées, Rec.155. précité.

(5) - André Delaubadère, Frank Moderne, Pierre Delvolvé, TCA, TII, op.cit, p 623.

فمن جهة المتعاقد يأخذ مجلس الدّولة الفرنسي بعين الاعتبار، عند تقديره لنسبة الأعباء التي يُحمّلها للمتعامل المتعاقد، ردّة فعل هذا الأخير تجاه الظّرف الطّارئ، مثل مجهوداته و حرصه على تجاوز الظّرف الطّارئ[1] أو تماطله و تقصيره في مواجهة الظّرف الطّارئ[2]، و عموما حسن أو سوء تسيير المتعاقد لدقّة الأمور لمواجهة الظّرف الطّارئ[3].

أمّا من جهة الإدارة المتعاقدة فتصرّفها يؤخذ في الاعتبار، و ذلك من خلال تقدير مدى تعاونها و مساعدتها للمتعامل المتعاقد معها على تجاوز معوّقات التّنفيذ[4].

المطلب الثّاني: التّنظيم الاتّفاقي للظّرف الطّارئ و نهايته

قد تدرج المصلحة المتعاقدة ضمن الصّفقة أو في دفاتر الشّروط الملحقة بها بنودا مختلفة بخصوص الظّروف التي تطرأ بعد الإبرام و أثناء التّنفيذ، ممّا قد يؤدّي إلى إرهاق المتعامل المتعاقد معها دون أن يكون له حقّ المطالبة بالتّعويض، فما مدى شرعية هذه الشّروط؟

الإجابة على هذا الإشكال تطرح فرضيتين؛ فرضية الإعفاء من المسؤولية (الفرع الأوّل) و فرضية توقّع الظّرف الطّارئ (الفرع الثّاني)، على أن نخصّص (الفرع الثّالث) لنهاية الظّرف الطّارئ.

الفرع الأوّل: الإعفاء من المسؤولية

---

(1) – C.E 21 Avril 1944, req. n° 66457, C[ie] française des câbles Télégraphiques, Concl. Odent Rec.119.précité.

(2) – C.E 18 Avril 1959, S[té] industrielle de travaux d'assainissement et d'urbanisme et Ville de Nice, Rec.216.

(3) – C.E 17 Nov.1965, Commune de Monthermé, Rec.981.

(4) – علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص569.

و من تطبيقات مجلس الدّولة الفرنسي في هذا الشّأن:

- C.E 02 Mars 1938, req. n° 55039 et 55040, Communes de Coarrèze et de Mirepeix , Concl. Josse, Rec.219. Consulté sur site : *https://gallica.bnf.fr* le 16 Aout 2019 à 08h30mn.

حيث جاء فيه:

<<En ce qui concerne la répartition du déficit extracontractuel entre les communes concédantes et la compagnie concessionnaire :

- Cons. que, dans les circonstances de la cause et eu égard notamment au refus systématiques opposés par les communes…aux demandes d'indemnités et de relèvement de tarifs formées par la société…il n'y a pas lieu d'augmenter le pourcentage retenu par le conseil de préfecture pour calculer la part du déficit qui doit demeurer à la charge de la société concessionnaire…>>.

بما أنّ العقد الإداري ميزته عدم التّكافؤ بين طرفيّ العلاقة العقدية، فالإدارة هي الطّرف الأقوى، فقد تُبرم عقدا تُضمّنه شرطا يقضي بعدم مسؤوليتها عن المخاطر التي تطرأ أثناء التّنفيذ؛ و بالتّالي عدم أحقيّة المتعامل المتعاقد معها في المطالبة بالتّعويض عن الأضرار التي حاقت به نتيجة المعوّقات و الظّروف الطارئة التي قد تصادفه بعد الإبرام.

يُجمع الفقه الإداري على أنّ مثل هذه الشّروط تعتبر باطلة حتى و لو قبل بها المتعامل المتعاقد، لأنّ نظرية الظّروف الطّارئة من النّظام العامّ[1]. ذلك هو المبدأ السّائد في قرارات مجلس الدّولة الفرنسي[2]. و هو الاتّجاه الذي نؤيّده ذلك أنّ تطبيق نظرية الظّروف الطّارئة في نطاق العقود الإدارية يعدّ من النّظام العام و من ثمّ لا يجوز لطرفيّ العلاقة العقدية الاتّفاق على مخالفته.

فضلا عن ذلك؛ فإنّ نظرية الظّروف الطّارئة في مجال العقود الإدارية لا تهدف إلى مجرّد تعويض المتعامل المتعاقد بمبلغ ماليّ بقدر ما تهدف إلى تمكينه من تخطّي الصّعاب المتولّدة عن الظّرف الطّارئ

---

(1) - André Delaubadère, Frank Moderne, Pierre Delvolvé, TCA, TII, op.cit, p 600.

حيث يذكر الفقيه:

<<À notre avis, une telle clause serait sans valeur ; l'application de la théorie de l'imprévision doit être considérée comme une règle d'ordre public pour la raison qu'elle ne constitue pas seulement, comme on l'a vu, un avantage pécuniaire pour le cocontractant, mais d'abord un moyen d'assurer, dans l'intérêt général, la continuité de fonctionnement du service public >>.

Voir dans le même sens :

- Marcel Waline, note sous C.E 31 Janv.1967, Départ. de la Moselle, RDP 1968, p 391.
(ذكره د. نصري منصور نابلسي، المرجع السّابق، ص 779).
- Gaston Jèze, les principes généraux du droit administratif, op.cit, p 1063.

و من الفقه العربي:

- د. محمّد سليمان الطّماوي، المرجع السّابق، ص 711.
- د. عبد الحميد الشّواربي، المرجع السّابق، ص 59.
- د. عبد الله عبد العظيم عبد السّلام، المرجع السّابق، ص 77.
- علي بن عبد الكريم السّويلم، المرجع السّابق، ص 108.

(2) – C.E 02 Fév.1923, req. n°72521 Ville de Châteaudun, Concl. Berget, Rec.112.
حيث تتعلّق القضية بتنازل ذو طابع عام و مطلق من قبل الشّركة الملتزمة عن حقّها في التّعويض عن كلّ طارئ.

انظر في المعنى نفسه:

- C.E 10 Mars 1948,n° 74505, Hospices de la Ville de Vienne, Concl. Delvolvé, Rec.124.
- C.E 31 Janv. 1967, Département de la Moselle, précité.

و الاستمرار في التّنفيذ للمساهمة في حسن سير المرفق العام محلّ التّعاقد بانتظام و اضطراد بما يعود بالنّفع على جمهور المرتفقين[1].

الفرع الثّاني: توقّع الظّرف الطّارئ

إذا تضمّنت الصّفقة العمومية أو دفاتر الشّروط الملحقة بها بنودا تتعلّق بتحديد التّعويض عند تحقّق الظّرف الطّارئ، مثل شرط تحيين و مراجعة الأسعار[2]؛ فالمبدأ العام يعود بنا إلى القاعدة الأصلية في التّعاقد ألا و هي العقد شريعة المتعاقدين، وبالتّالي لا يمكن للمتعامل المتعاقد إلاّ المطالبة بالتّعويض المحدّد مسبقا في العقد[3].

و استثناءً من هذه القاعدة العامّة، و بالرّجوع إلى شرط عدم التّوقّع- حيث سبق و أن أشرنا إلى أنّ عدم التّوقّع لا ينحصر في حدوث الظّرف الطّارئ بل يمتدّ إلى مداه[4]- فإنّ مجلس الدّولة الفرنسي يسمح بتطبيق نظرية اقتسام الأعباء بالرّغم من وجود تلك البنود في حالتين:

الأولى: إذا تعذّر تطبيق الشّروط الواردة في الصّفقة و المتعلّقة بمراجعة و تحيين الأسعار بسبب نصّ تشريعي يجمّد الأسعار[5].

الثّانية: إذا لم تسعف بنود تحيين و مراجعة الأسعار في إعادة التّوازن المالي للصّفقة لتجاوز الظّرف الطّارئ في مداه كلّ التّوقّعات[1].

---

(1) – د. نصري منصور نابلسي، المرجع السّابق، ص 780.

(2) – حيث تنصّ المادّة 97 من المرسوم الرّئاسي 15-247 على ما يلي:

<< يمكن للسّعر أن يكون ثابتا أو قابلا للمراجعة، و عندما يكون السّعر قابلا للمراجعة، يجب أن تحدّد الصّفقة طبيعة أو صيغ مراجعته...- يمكن أن يحيّن السّعر حسب الشّروط المحدّدة في المواد 98، 99، 100،105 من هذا المرسوم...>>.

(3) – د. محمّد سليمان الطّماوي، المرجع السّابق، ص 712.

(4) – راجع شرط عدم التّوقع في نظرية الظّروف الطّارئة ص 144 فما فوق من هذه الرّسالة.

(5) – C.E 10 juil.1949, Ville d'Elbeuf, Rec.358, précité. Consulté également sur site : https://www.doctrine.fr le 05 Avril 2021 à 08h50mn.<<La ville soutient que l'insuffisance des tarifs, dont se plaint la compagnie, ne provient pas de son fait, mais est exclusivement imputable à la réglementation des prix imposée par l'État…et par suite l'autorité concédante ne peut être tenue au paiement d'aucune indemnité…Cons. ; que le fait que le bouleversement d'un contrat…serait dû à des circonstances indépendantes de la volonté des parties, non seulement n'a pas pour effet de rendre non recevable une demande d'indemnité pour charges extracontractuelles, mais encore est la condition même de recevabilité d'une telle demande >>

و هو ما أقرّه مجلس الدّولة الفرنسي في قضية: N^elle ville de Saint-Quentin-en Yvelines [2] حيث تعود وقائع القضية إلى السّبعينيات من القرن الماضي، إذ عرف سعر البترول ارتفاعا مذهلا سنة 1973، و كانت الشّركة المدّعية– المرتبطة بصفقتين عموميتين للأشغال– قد تحصّلت على حكم يقضي بأن تحصل على تعويض عن الظّرف الطّارئ من الإدارة المتعاقدة. استأنف القرار أمام مجلس الدّولة الذي صادق على تحليل قضاة الدّرجة السّفلى لأحد العقدين. هذا الأخير كان قد وُقّع بتاريخ سبتمبر1973، لكن الأمر ببداية الأشغال لم يصدر إلاّ في جانفي 1975؛ و بما أنّ تلك الفترة قد شهدت ارتفاعا كبيرا للأجور و الأعباء الأخرى، و هو الارتفاع الذي لم يكن متوقّعا في تاريخ التّوقيع على الصّفقة فقد قدّر مجلس الدّولة الفرنسي بأنّه: << على الرّغم من لعبة بند مراجعة الأسعار، فإنّ الاقتصاد العام للصّفقة قد اختلّ بسبب الارتفاع الكبير للأجور و الأعباء الأخرى، ممّا يفتح للشّركة حقّ المطالبة بالتّعويض استنادا إلى نظرية الظّروف الطّارئة >>.

الفرع الثّالث: نهاية الظّرف الطّارئ

تقوم نظرية الظّروف الطّارئة على التّأقيت و الظّرفية، فتقديم التّعويض عن عدم التّوقّع من الإدارة المتعاقدة للمتعامل المتعاقد معها لا يستمر إلى ما لا نهاية، باعتبار أنّ الحالة الطّارئة على تنفيذ العقد

---

(1) – C.E 24 Avril 1959, Établissement forestier, Rec.267.

Voir également :

- C.E, 5/3 SSR du 19 Fév.1992, n°47265, Sté Dragages et Travaux Publics, Rec.1109 consulté sur site : *https://www.legifrance.gouv.fr* le 05 Avril 2021 à 09h30mn. **و قد جاء فيه:**

<< Qu'il ressort du rapport d'expertise, dont les affirmations concernant les hausses de prix n'ont été utilement contredites par les requérantes, que l'application de la clause de variation n'a pas été perturbée par les circonstances présentant un caractère imprévisible ; que dès-lors le groupement n'est pas fondé à demander une indemnisation au titre de l'imprévision>>.

و بمفهوم المخالفة، إذا لم تنجح بنود تجديد السّعر في احتواء الظّرف الطّارئ يمكن تفعيل نظرية الظّروف الطّارئة.

(2) – C.E, 2/6 SSR, du 29 Mai 1991, n°92551, Établissement public de l'aménagement de la nouvelle Ville de Saint-Quentin-en-Yvelines, consulté sur site: *https://www.legifrance.gouv.fr* le 05 Avril 2021 à 10h00mn.

و من بين ما جاء فيه: (ترجمة حرّة في المتن)

<< Nonobstant le jeu de la clause de révision des prix, l'économie générale de ce marché a été bouleversée par une forte augmentation des salaires et des autres charges, pesant sur l'entreprise, qui n'était pas prévisible au moment de la signature du marché…>>.

هي إلى زوال. على هذا الأساس اعتُبرت هذه النّظرية دائما – من قبل الفقه – أنّها تسوية مقبولة un modus vivendi [1].

و ينقضي هذا التّعويض بانقضاء الظّرف الطّارئ؛ و ذلك إمّا بزواله و إعادة التّوازن المالي للعقد (البند الأوّل) أو باستدامته و اختلال التّوازن المالي للعقد نهائيّا(البند الثّاني).

البند الأوّل: زوال الظّرف الطّارئ و إعادة التّوازن المالي للعقد

يتوقّف تعويض الإدارة المتعاقدة للمتعامل المتعاقد معها بانقضاء الظّرف الطّارئ الذي أدّى إلى قلب اقتصاديات العقد[2]؛ بحيث يعود للصّفقة اتّزانها بانخفاض الأسعار إلى مستوياتها العادية بسبب إمّا توقّف الحرب، إلغاء القيود الضّبطية التي كانت تحظر استيراد المواد الأساسية اللاّزمة في تنفيذ البنود العقدية انحسار الفيضانات، خمود البركان أو السّيطرة على الوباء...الخ.

البند الثّاني: استدامة الظّرف الطّارئ و اختلال التّوازن المالي نهائيّا

إذا ثبت استحالة عودة التّوازن المالي للعقد، و أنّ آثار الظّرف الطّارئ سوف تستمرّ و تستديم، و لا أمل في انتهائها، و تبيّن معها الاستحالة المطلقة لإمكانية استمرار المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته التّعاقدية دون مساعدة الإدارة له؛ عندها يقوم القاضي بفسخ العقد[3].

---

(1) – د. محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السّابق، ص 185.

تطبيقا لذلك انظر:

A - C.E 30 Mars 1916, C^ie générale d'éclairage de Bordeaux, précité.

<< …une solution pour mettre fin à des difficultés temporaires…une fois la période de difficultés passée, on reviendra à l'exécution normale du marché…la compagnie doit supporter seulement au cours de la période transitoire, la part des conséquences onéreuses… >>

B - C.E 09 Déc.1932, C^ie des tramways de Cherbourg, Rec.1050. **و من بين ما جاء فيه:**

<< Mais cette obligation ne peut lui incomber que si le bouleversement du contrat présente un caractère temporaire >>.

(2) – René Chapus, op.cit, p 752. **انظر كذلك من الفقه العربي:**

– د. محمّد سليمان الطّماوي، المرجع السّابق، ص 703/– د. عبد الله عبد العظيم عبد السّلام، المرجع السّابق، ص 79.

– د. محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السّابق، ص 186./– علي بن عبد الكريم السّويلم، المرجع السّابق، ص 106.

(3)– د. محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السّابق، ص 187.

انظر أيضا:– علي بن عبد الكريم السّويلم، المرجع السّابق، ص 106.

و قد صاغ هذا المبدأ مجلس الدّولة الفرنسي في قرار C^ie des tramways de Cherbourg حيث قرّر بأنّه:

<< بالعكس، فإذا أنشأت الظّروف الاقتصادية وضعية نهائية لا تسمح للملتزم بموازنة مصاريفه مع ما يملك من موارد، فلا يجب على الإدارة مانحة الالتزام أن تضمن، على حساب دافعي الضّرائب و خلافا للتّوقّعات الأساسية في العقد، سير مرفق عام لا جدوى منه...>>(1).

ثمّ يضيف: <<...قد يحصل و أن تشكّل الظّروف الاقتصادية الجديدة عائقا لا يمكن معها للعقد الرّجوع إلى توازنه الأصلي، بحيث، عندها لن يمنع التّعويض عن الظّرف الطّارئ المتعاقد من الإفلاس التّدرجي مخلّفا في ذات الوقت عبئًا ماليا ثقيلا في ذمّة الإدارة مانحة الالتزام، حيث يُشبّه الاجتهاد القضائي هذه الوضعية بحالة القوّة القاهرة، ممّا يسمح بفسخ العقد>>(2).

و هو المذهب السّائد عند جمهور الفقه الإداري؛ حيث يرى جانب من الفقه في مصلحة المرفق العام أساسا للفسخ بدافع المصلحة العامّة، فقد لا يُحتاج إلى الخدمات المتعاقد بشأنها لاستبدالها بأخرى ذات طبيعة مختلفة(3).

---

(1) – C.E 09 Déc.1932, C^ie des tramways de Cherbourg, précité.

و من بين ما جاء فيه:

<< Au contraire, dans le cas où les conditions économiques nouvelles ont crée une situation définitive qui ne permet plus au concessionnaire d'équilibrer ses dépenses avec les ressources dont il dispose, le concédant ne saut être tenu d'assurer aux des contribuables, et contrairement aux prévisions essentielles du contrat, le fonctionnement d'un service qui a cessé d'être viable… >>.**(ترجمة حرّة في المتن)**

(2) – C.E 09 Déc.1932, C^ie des tramways de Cherbourg, précité.

و من بين ما جاء فيه:

<< Mais il peut arriver que des conditions économiques nouvelles fassent obstacle à ce que le contrat ne retrouve jamais son équilibre initial. L'indemnité d'imprévision n'empêcherait dès-lors pas le concessionnaire de se ruiner progressivement, tout en laissant une lourde charge financière au concédant. La jurisprudence assimile cette situation à un cas de force majeure permettant la résiliation du contrat>>. **(ترجمة حرّة في المتن)**

(3) – André Delaubadère, Yves Gaudemet, Droit administratif général, op.cit, p 704.

حيث يرى الفقيه Yves Gaudemet:

<< Le fondement est d'ailleurs le même : l'intérêt du service public qui, à un moment donné, peut n'avoir plus besoin des prestations convenues pour, par exemple, leur en substituer d'autres de nature différente >>.**(ترجمة حرّة في المتن)**

و من الفقه من يرى في الفسخ بدافع المصلحة العامّة أساسه مصلحة المرفق العامّ و ضرورة حماية المال العامّ. حيث يصبح من المكلّف للإدارة، و من ثمّ على دافع الضّرائب الاستمرار في الدّفع لأجل الحصول على خدمة لم تعد ضرورية في المرفق العام لأنّها لم تعد تستجب لمتطلّبات المصلحة العامّة[1].

و يرى فريق آخر بأنّ" الفسخ يرتكز فقط على مصلحة المرفق العام، فالعقد قد أُبرم لسدّ حاجاته، و يتبع ذلك أنّه في كلّ وقت يمكن أن تبرّر مصلحة المرفق العام فسخ العقد"[2].

و هو المبدأ الذي نؤيّده؛ فالصّفقة المبرمة لأجل المصلحة العامّة يمكن فسخها إذا دعت المصلحة العامّة إلى ذلك، فمثل هذا الفسخ مكلّف للإدارة لكنّه قد يكون أقلّ كلفة من استمرار العقد.

خلاصة الفصل الثّاني

لمّا كانت العلاقة العقدية بين الإدارة المتعاقدة و المتعامل المتعاقد معها هي علاقة تعاون ومساهمة في سبيل تحقيق المصلحة العامّة من خلال ضمان استمرارية المرفق العامّ، و من ثمّ تلبية احتياجات المرتفقين، و هو ما تكفّل به المتعامل المتعاقد باستمراره في تنفيذ الصّفقة العمومية – كما بيّنا في الفصل الأوّل من هذا الباب– بالرّغم من المخاطر التي صادفته أثناء التّنفيذ. فمن المنطق أن تهبّ الإدارة المتعاقدة لمساعدة المتعامل المتعاقد معها إذا ما ألمّت به مخاطر غير متوقّعة نجم عنها زيادة مرهقة في أعبائه المالية.

---

(1) – Christophe Lajoye, op.cit, p 196. **أين يذكر الفقيه:**

<< Le fondement de ce pouvoir réside dans l'intérêt du service public et dans la nécessaire protection des deniers publics. Il serait coûteux pour l'administration et donc pour les contribuables de continuer à payer en vue de l'obtention d'une prestation devenue inutile au service public, car ne répond plus à un besoin d'intérêt général >>. **(ترجمة حرّة في المتن)**

(2) - Georges Vedel, op.cit, p 254 .

حيث يرى الفقيه:

<< La résiliation repose uniquement sur l'intérêt du service public. Le contrat ayant été conclu pour les besoins du service, il s'ensuit qu'à tout moment l'intérêt du service peut justifier la résiliation>>. **(ترجمة حرّة في المتن)**

و لمّا كانت مسؤولية الإدارة المتعاقدة في النّظريات الثّلاث مسؤولية عقدية بلا خطأ، فإنّ الضّرر المرتّب لها لا يختلف عنه في المسؤولية العقدية بخطأ، حيث يجب أن يكون ضررا مؤكّدا و يمكن تقديره بمالٍ، كما يجب أن تتوفّر العلاقة السّببية بين الضّرر و الظّرف الطّارئ غير المتوقّع.

و يشترط في الضّرر المبرّر لتطبيق نظرية فعل الأمير أن يمسّ بجوهر العقد و أن يكون غير عاديّ و خاصّ، و لا يشترط فيه أيّ قدرا من الجسامة في نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة باستثناء الصّفقات الجزافية، حيث الطّابع الجزافي لا يحول دون تطبيق نظرية الصّعوبات المادّية، إلاّ أنّه يشترط أن يصل الضّرر إلى درجة قلب اقتصاديات الصّفقة و هنا تلتقي نظرية الصّعوبات المادّية مع نظرية الظّروف الطّارئة.

و التّعويض المقدّم من قبل الإدارة المتعاقدة للمتعامل المتعاقد معها قد يغطّي جميع الأعباء الإضافية التي تكبّدها و يسمّى في هذه الحالة التّعويض الكلّي، و قد يقتصر على تغطية جانبا من الخسارة و يسمّى في هذه الحالة التّعويض الجزئي.

فالتّعويض الكلّي هو العنصر المشترك بين نظريتي فعل الأمير و الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة: ففيما يخصّ نظرية فعل الأمير فقد استقرّ قضاء مجلس الدّولة الفرنسي عند التّعويض على ثلاث فرضيات:

* الأولى: و هي القاعدة العامّة؛ فالتّعويض الكلّي للمتعامل المتعاقد يشمل ما فاته من كسب و ما لحقه من خسارة.

*الثّانية: و هي الاستثناء؛ حيث قضى مجلس الدّولة الفرنسي بالتّعويض الجزئي إعمالا لنظرية فعل الأمير و ذلك في حالة فسخ الصّفقة بسبب نشوب الحرب أو بسبب توقّف العمليات الحربية أو في حالة مساهمة المتعامل المتعاقد في إحداث الضّرر أو في تفاقمه.

*الثالثة: و هي الحالة الاتّفاقية؛ و هنا نميّز بين الإعفاء المطلق للإدارة من المسؤولية، حيث اعتبر مجلس الدّولة الفرنسي مثل هذا الاتّفاق غير مشروع، و بالتّالي فهو لا يحول دون تطبيق النّظرية. أمّا الإعفاء الجزئي للإدارة من المسؤولية فإنّ تنازل المتعاقد عن التّعويض من جرّاء الآثار المترتّبة عن إجراء معيّن توقّعه المتعاقدان، حيث اعتبر البند الوارد في العقد شرطا مشروعا.

أمّا فيما يخصّ نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة فالمستقرّ عند الفقه و القضاء الإداري يكون التّعويض كلّيا متى توافرت شروط تطبيق النّظرية، ما لم يكن هناك اتّفاق بين الطّرفين ينظّم كيفية التّعويض عن الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة أو الإعفاء منه، و لكن ليس للإدارة المتعاقدة التّملص من التّعويض بإدراج في الصّفقة بندا يقضي صراحة بعدم تعويض المتعامل المتعاقد معها مهما كانت الصّعوبات التي تواجهه أثناء التّنفيذ؛ حيث يفسّر مجلس الدّولة الفرنسي مثل هذه البنود بأنّ المقصود بها هي تلك الصّعوبات العادية و ليست الصّعوبات الاستثنائية التي يستحقّ المتعامل المتعاقد التّعويض عنها، و إن كان يتشدّد في منح التّعويض عن الصّعوبات المادية غير المتوقّعة في حالة وجود مثل هذه الشّروط أو البنود العقدية التي تقرّر إعفاء الإدارة من مسؤولية التّعويض ما لم تصل تلك الصّعوبات في شدّتها إلى حدّ قلب اقتصاديات الصّفقة رأسا على عقب.

أمّا في حالة سكوت الصّفقة عن تنظيم النّظرية فللمتعاقد الحقّ في المطالبة بالتّعويض الكامل عن النّفقات التي تكبّدها نتيجة للصّعوبات التّقنية غير المتوقّعة التي صادفها أثناء التّنفيذ.

في حين التّعويض الجزئي تنفرد به نظرية الظّروف الطّارئة حيث تسمّى كذلك بنظرية اقتسام الأعباء أو توزيع الخسائر، فالإدارة المتعاقدة لا تتحمّل مسؤولية التّعويض الكلّي عن الظّرف الطّارئ بل تتحمّل جزءا من الخسارة التي استحدثها الظّرف الطّارئ لفترة وجيزة لغاية نهايته. و لا يمكن للمساعدة الإدارية أن تستمرّ بصفة دائمة لأنّ التّأقيت من طبيعة الظّرف الطّارئ نفسه.

أمّا إذا استدام الظّرف الطّارئ و اختلّ التّوازن المالي للصّفقة نهائيّا، عندها نخرج من الفترة الظّرفية و هي الفترة غير التّعاقدية إلى حالة استحالة التّنفيذ.

الفصل الثّالث: استحالة التّنفيذ

تقديم

قد يصادف المتعامل المتعاقد، أثناء تنفيذ الصّفقة العمومية، صعوبات غير متوقّعة و ظروفا استثنائية لم تكن في الحسبان أو يتعرّض لتدخلاّت المصلحة المتعاقدة، و هي عوارض من شأنها أن تؤثّر على

حسن تنفيذ الصّفقة. إمّا بجعل الاستمرار في التّنفيذ أكثر صعوبة و أشدّ إرهاقا للمتعامل المتعاقد و إمّا أن تؤدّي إلى جعل التّنفيذ مستحيلا.

و يترتّب على ذلك أنّ الوضع الاقتصادي أو المالي الكارثي، الذي رتّبته تلك العوارض في ذمّة المتعامل المتعاقد، لا يُحلّله من التزامه بالاستمرار في التّنفيذ، طالما كان هذا الأخير ممكنا مهما ناءت به مشقّة التّنفيذ، ما دامت إمكانية تعويضه– من قبل المصلحة المتعاقدة قائمة– استنادا إلى نظرية المخاطر الإدارية، نظرية اقتسام الأعباء أو نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة.

أمّا إذا بلغت تلك الصّعوبات و العوارض في شدّتها و استدامتها حدّا يجعل من الاستمرار في التّنفيذ أمرا مستحيلا، عندها نكون إزاء فكرة القوّة القاهرة، التي تختلف عن المخاطر الإدارية و المخاطر الاقتصادية و المخاطر المادّية المشار إليها في الباب الأوّل من هذه الدّراسة، كونها الوحيدة التي تعفي المتعامل المتعاقد من تنفيذ التزاماته العقدية.

و نظرا للطّبيعة الخاصّة للعقود الإدارية فقد أضفى اجتهاد القضاء الإداري توسّعا لمفهوم فكرة القوّة القاهرة و ابتكر ما اصطلح على تسميته بالقوّة القاهرة الإدارية(المبحث الثّاني) بالإضافة إلى جذور و أصول الفكرة أو ما يعرف بالمفهوم التّقليدي للقوّة القاهرة (المبحث الأوّل).

ذلك ما سنتناوله بالدّراسة مبرزين النّتائج القانونية لكلٍّ منهما:

المبحث الأوّل: المفهوم التّقليدي لفكرة القوّة القاهرة

سبق و أن أشرنا بأنّ هناك عوارض، وقائع، صعوبات و أحداث تختلف في طبيعتها الواحدة عن الأخرى، قد تطرأ أثناء تنفيذ الصّفقة العمومية و من شأنها أن تؤثّر في استمرارية الوفاء بالالتزامات العقدية بأن تجعلها أكثر إرهاقا أو أكثر كلفة أو مستحيلة التّنفيذ.

و من ثمّ يثار التّساؤل عن النّتائج القانونية التي تتولّد عن هذه الأحداث و ما ترتّبه من التزامات تجاه الأطراف المتعاقدة؟ و الإجابة عن هذا التّساؤل سبق و أن تناولناها بالدّراسة في الباب الأوّل من هذا البحث؛ حيث طرحت عدّة نظريات نفسها كإجابة عن هذا التّساؤل، و هي نظرية فعل الأمير، نظرية الظّروف الطّارئة و نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة.

إلاّ أنّ هذه النّظريات، التي ابتكرها القضاء الإداري، إنّما تهدف إلى الحفاظ على استمرارية المرفق العام محلّ التّعاقد، وهي لا تُجيب عن فرضية استحالة التّنفيذ.

عن هذه الفرضية تجيبنا فكرة القوّة القاهرة، و لبحث مفهوم هذه الفكرة سوف نتناول بالدّراسة تعريفها و شروط قيامها(المطلب الأوّل) ثمّ نعرض لأهمّ التّطبيقات القضائية للقوّة القاهرة(المطلب الثّاني) على أن نخصّص(المطلب الثّالث) للنّتائج القانونية لقوّة القاهرة.

المطلب الأوّل: تعريف القوّة القاهرة و شروطها

سوف نتناول دراسة هذا المطلب من خلال فرعين، نفرد الفرع الأوّل لتعريف القوّة القاهرة على أن يكون الفرع الثّاني محورا لشروطها.

الفرع الأوّل: التّعريف

تعدّدت التّعريفات لفكرة القوّة القاهرة بين الفقه(البند الأوّل)و القضاء(البند الثّاني) و التّشريع(البند الثّالث)

البند الأوّل: التّعريف الفقهي

حيث عرّف الفقيه **Delaubadère** القوّة القاهرة بأنّها:

<< حدث خارجي مستقلّ عن إرادة المتعاقدين و يمنع من تنفيذ العقد>>(1). كما عرّفت الأستاذة **سعاد الشّرقاوي** القوّة القاهرة بأنّها:

<< حدث مستقلّ عن إرادة طرفيّ العقد لا يمكن التّنبؤ به يحول بشكل مطلق دون تنفيذ العقد، أو يحول دون تنفيذ أحد الالتزامات الواردة بالعقد>>(1). و في ذات المعنى عرّف الدّكتور **يوسف سعد الله الخوري** القوّة القاهرة بأنّها:

---

(1) – André Delaubadère, Yves Gaudemet,, Traité de droit administratif, droit administratif général, Tome I, 16ème édition, L.G.D.J, Paris, 2001, p 709.

حيث يقول:

<< La force majeure est un événement extérieur, indépendant de la volonté des contractants et empêchant l'exécution du contrat >>. **(ترجمة حرّة في المتن)**

<< حدث خارج عن إرادة المتعاقدين، و غير متوقّع بحيث يمتنع به، و بصورة مطلقة، تنفيذ العقد بكامله أو تنفيذ أحد أو بعض الموجبات التّعاقدية>>(2). و هو ما ذهب إليه كذلك الدّكتور **نصري منصور نابلسي** عند تعريفه للقوّة القاهرة بأنّها:

<< حدث خارجي، غير متوقّع، لا يمكن مقاومته، مستقلّ عن إرادة الأطراف المتعاقدة و هو يحول بصورة مطلقة دون تنفيذ مجموع الالتزامات العقدية (بين المتعاقد و الإدارة) أو أحد هذه الالتزامات>>(3).

البند الثّاني: التّعريف القضائي

لقد كرّس الاجتهاد القضائي تعريف القوّة القاهرة في نظرية العقود الإدارية، حيث بلورها مفوضو الحكومة أمام مجلس الدّولة الفرنسي للعديد من المرّات.و يرجع الفقه(4) إثارة مفهوم القوّة القاهرة لأوّل مرّة لمفوّض الحكومة Tardieu في ملاحظاته حول القرار المبدئي لمجلس الدّولة الفرنسي في قضية: Compagnie des messageries maritimes.

حيث جاء فيه:

<<حدث القوّة القاهرة هو الذي لا يمكن في آنٍ واحدٍ لا توقّعه و لا تلافيه، و هو الذي يخرج في ذات الوقت عن التّوقّعات و عن الإرادة البشرية>>(5).

و قد عرّفت المحكمة الإدارية العليا في مصر نظرية القوّة القاهرة عندما قرّرت أنّه:

---

(1) – د. سعاد الشّرقاوي، المرجع السّابق، ص 410، حيث جاء بالإضافة إلى التّعريف باللّغة العربية ترجمته إلى اللّغة الفرنسية و قد جاء فيه:

<< La force majeure est un événement indépendant de la volonté des contractants et imprévisible, qui empêche de manière absolue l'exécution de l'ensemble ou de l'une des obligations contractuelles>>.

(2) – د. يوسف سعد الله الخوري، المرجع السّابق، ص 501.

(3) – د. نصري منصور نابلسي، المرجع السّابق، ص 654.

(4) – Patrick Janin, op.cit, p 204.

(5) – C.E 29 Janv.1909, req.n°17614, C^ie des messageries maritimes, concl. Tardieu, Rec.120.

حيث عرّف المفوّض القوّة القاهرة بأنّها:

<< L'événement de force majeure est celui qui ne peut à la fois ni se prévaloir ni se conjurer celui qui échappe en même temps aux prévisions et à la volonté humaine>>.

Cf. conclusion Latounerie sous C.E 09 Mars 1928, C^ie des scieries africaines, précité.

<< يجب أن تكون القوّة القاهرة أو الحادث المفاجئ أمرا غير ممكن التّوقّع و مستحيل الدّفع...كما أنّه يجب أن يكون من شأنه جعل التّنفيذ مستحيلا استحالة مطلقة>>(1).

كما عرّف مجلس شورى الدّولة اللّبناني القوّة القاهرة حيث قضى بأنّه:

<<و بما أنّ الحدث الذي يتّصف بالقوّة القاهرة، حسب الاجتهاد، يجب أن يكون خارجا عن إرادة المدعى عليه و غير مرتقب الحدوث و غير ممكن مقاومة مفاعيله...>>(2).

البند الثّالث: التّعريف التّشريعي

لم يتناول المشرّع الجزائري القوّة القاهرة بالتّعريف، و إنّما نصّ في القسم الرّابع (انحلال العقد) من الفصل الثّاني (العقد) من الباب الأوّل (مصادر الالتزام) من الكتاب الثّاني (الالتزامات و العقود) من القانون المدني على أنّه:<<في العقود الملزمة لجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له و ينفسخ العقد بحكم القانون>>(3).

كما تناول الفسخ التّعاقدي للصّفقة العمومية بموجب الأمر 15-247، حيث نصّت المادّة 151 منه على أنّه:<< زيادة على الفسخ من جانب واحد، المذكور في المادّتين 149 و 150 أعلاه،يمكن القيام بالفسخ التّعاقدي للصّفقة العمومية، عندما يكون مبرّرا بظروف خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد، حسب الشّروط المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض>>.

و بناءً على ما سبق، يمكن تعريف القوّة القاهرة بأنّها ذلك الحدث الخارجي، غير المتوقّع، المستقلّ عن إرادة المتعاقدين و الذي لا يمكن تلافيه و يؤدّي إلى استحالة الاستمرار في تنفيذ الالتزامات التعاقدية.

الفرع الثّاني: شروط القوّة القاهرة

---

(1) – ذكره د. نصري منصور نابلسي، المرجع السّابق، ص 656.

(2)– ذكره د. نصري منصور نابلسي، المرجع السّابق، ص 656.

(3) – لأكثر تفصيل راجع المادّة 121من القانون المدني السّالف ذكره:

و الملاحظ على صياغة المادّة أنّ التّرجمة من اللّغة الفرنسية إلى اللّغة العربية لم تكن سليمة، حيث جاء في آخر المادّة باللّغة العربية"...و ينفسخ العقد **بحكم القانون**"و الأصحّ كما جاء باللّغة الفرنسية"...و ينفسخ العقد **بقوّة القانون**".

"…le contrat est résolu **de plein droit**".

من خلال التّعريفات السّابقة يمكن استنتاج العناصر المكوّنة للقوّة القاهرة أو شروط قيامها؛ بحيث يشترط لقيام حالة القوّة القاهرة أن يكون الحدث أجنبي عن إرادة المتعاقدين(البند الأوّل) و ممّا لا يمكن توقّعه(البند الثّاني) و لا تلافيه(البند الثّالث).

البند الأوّل: الحدث الأجنبي

يشترط في الفعل الذي يشكّل القوّة القاهرة أن يكون حدثا خارجيّا يتجاوز إرادة طرفيّ العلاقة العقدية و لم يتسبّب في إحداثه أيّ منهما سواء أكان ذلك بخطأه،أو تأخّره في تنفيذ التزاماته العقدية، أو عدم مراعاته الأوامر المصلحية[1].

و لا يكفي للفعل المكوّن للقوّة القاهرة أن يكون خارجا عن إرادة المتعاقد بل يجب ألاّ يكون له أيّ إمكانية في منع حدوثه و الحؤول دونه[2].

و يرى جانب من الفقه بأنّ هذا الشّرط هو الذي يميّز بين فكرتي القوّة القاهرة و الحادث الفجائي[3].

و من ثمّ فإنّ مماطلة المتعامل المتعاقد في تنفيذ التزاماته التّعاقدية،أو عدم امتثاله للأوامر المصلحية الموجهة إليه من قبل الإدارة المتعاقدة، كما أنّ إهمال المتعاقد لا يمكن اعتباره– في تطبيقات مجلس الدّولة الفرنسي– قوّة قاهرة[4].

و من نافلة القول أن نذكّر بهذا المقام أنّ هناك من الفقه من لا يفرّق بين فكرة القوّة القاهرة و الحادث الفجائي باعتبارهما مصطلحين مترادفين للدّلالة على سبب الإعفاء من المسؤولية العقدية، باستثناء خصّيصة الحادث الخارجي[5].

---

(1) – د. نصري منصور نابلسي، المرجع السّابق، ص 661.

(2) – د. محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السّابق، ص 21./– د. سعاد الشّرقاوي، المرجع السّابق، ص 411.
– د. موري نخلة، المرجع السّابق، ص 144./– د. أمين عاطف صليبا، المرجع السّابق، ص 182.

(3) – حول هذه الفكرة راجع: علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص433 و ما بعدها.

(4) – C.E 14 Nov.1947, req. n°78203, Ministre de l'air, Conl. Lefas, Rec.422.**من بين ما جاء فيه:**
<<Que par suite les intempéries…, auxquelles l'entreprise ne s'est trouvée exposée que par la faute qu'elle avait commise en ne terminant pas les travaux dans les délais contractuels…>>.

(5) – **Voir à ce propos :**
- C.E 10 Mai 1912, n°33336, Ambrosini, S,1912,3,161,note Hauriou.

إلاّ أنّ هناك من الفقه من لا يتّفق مع الاتّجاه الأوّل، حيث يرى بأنّه من الصّعوبة التّسليم بهذا الرّأي فالذي يميّز بدقّة الحادث الفجائي أنّ سبب الحادث فعل مجهول و غير معروف و إذا كان الأمر كذلك فإنّه من المستحيل أن نجزم بأنّه أمر داخلي أو خارجي، حيث الفرض ألاّ يعرف أحدا سببه[1].

البند الثّاني: عدم إمكان التّوقّع

لاعتبار الواقعة قوّة قاهرة معفية من تنفيذ الالتزام يجب أن تكون غير متوقّعة و من غير الممكن توقّعها

و لا يتطلّب الأمر أن يكون الحدث غير متوقع بشكل مطلق ذلك أنّه لا يوجد حدث غير مستبعد الحدوث إطلاقا[2].

و تُبحث فكرة عدم التّوقّع وفقا لكلّ قضيّة، فهذه الفكرة لا يتمّ تحديدها من ذاتها مجرّدة عن أيّة اعتبارات أو ظروف تساهم في حدوثها؛ و إنّما تحدّد اعتبارا بالوقت الذي تمّ فيه التّعاقد[3]، و إن أمكن توقّعها بعد

و قد جاء في تقرير المفوّض: - C.E 20 Juil.1971, Dépt du Var, CJEG,1971.J.235, concl. J.Théry.

<< C'est par l'extériorité et par elle seule, que la force majeure se distingue du cas fortuit. Cas fortuit et force majeure présentent, en effet, mêmes caractères d'imprévisibilité et d'irrésistibilité…la seule différence est que dans un cas, le dommage trouve sa cause première et unique dans la constitution intime de la chose, tandis que dans le second, elle trouve sa cause première dans un phénomène qui lui est extérieur…>>.

و من أنصار هذا الطّرح في الفقه العربي: عبسي عبد القادر الحسن، المرجع السّابق، ص 90.

(1) - C.E 25 Janv.1929, req.n° 80447, Sous-secrétaire d'Etat des Postes, Télégraphes Téléphones, Concl. Latounerie, Rec.94 / S,1929,3,81 note Bonnard.

حيث يرى الفقيه:

<<…L'intériorité ne peut pas être affirmée parce que le cas fortuit est précisément caractérisé par le fait que la cause première de l'accident est inconnue et inconnaissable. Si elle est telle il est donc impossible d'affirmer qu'elle est interne ou externe puisqu'on ne la connait pas>>.

و من أنصار هذا الطّرح في الفقه العربي: علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص436.

(2) – د. سعاد الشّرقاوي، المرجع السّابق، ص 413.

انظر كذلك:– د.أمين عاطف صليبا، المرجع السّابق، ص 182.

– د. محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السّاق، ص 21

– د. نصري منصور نابلسي، المرجع السّابق، ص 661.

(3) – موريس نخلة، المرجع السّابق، ص 144.

ذلك، أمّا إذا كان الحدث متوقّعا لحظة الإبرام، فعندئذ لا توجد حالة قوّة قاهرة و هذا ما يتّفق مع مبدأ حسن النّية في تنفيذ العقد[1].

و يُميّز القضاء الإداري بين نوعين من الوقائع التي يتعرّض لها المتعامل المتعاقد:

أوّلا: الوقائع العادية المألوفة التي لا يُستعصى توقّعها على أيّ شخص حريص متبصّر بالأمور. حيث لا تعتبر هذه الوقائع من قبيل القوّة القاهرة، و يتحمّل المتعامل المتعاقد تبعاتها الضّارة؛ و مثال ذلك ما قضى به مجلس الدّولة الفرنسي حيث اعتبر الإضرابات التي يقوم بها العمّال لفترات قصيرة من الزّمن من قبيل الوقائع العادية أو المألوفة و التي لا تُكوّن قوّة قاهرة[2].

ثانيّا: الوقائع غير العادية أو الاستثنائية التي لا يمكن توقّعها لحظة الإبرام و تتّسم بندرتها و عدم شيوعها في العمل، فهذه الوقائع تُعتبر من قبيل القوّة القاهرة[3].

و قد اعتبر القضاء الإداري أنّ الأمطار التي استمرّت في التّهاطل لأكثر من ستة أشهر أثناء تنفيذ العقد قوّة قاهرة بالنّظر إلى غزارتها و مدّتها الاستثنائية[4].

و من ثمّ فإنّ فقهاء القانون الإداري أجمعوا على رفض فكرة عدم التّوقّع المطلق، و أخذوا بفكرة عدم التّوقّع النّسبي إعمالا لمعيار عدم التّوقّع الموضوعي لا الذّاتي[5].

---

(1) – عبسي عبد القادر الحسن، المرجع السّابق، ص 94.

(2) – C.E 14 Nov.1947, Ministre de l'air, Rec.422, précité.

(3) – عبسي عبد القادر الحسن، المرجع السّابق، ص 95.

(4) – C.E, 2/6 SSR, du 19 Fév.1975, req. n° 80470, S^té^ entreprise Campénon-Bernard, Rec.143, consulté sur site : https://www.legifrance.gouv.fr le 13 Avril 2021 à 10h00mn.
<<… ; Que, dès-lors, les entrepreneurs sont fondés à prétendre à une indemnité en réparation des dépenses supplémentaires qu'ils ont exposées pour faire face aux intempéries exceptionnelles des mois de janvier et février 1961 et qu'ils ont supportées par le fait de l'administration>>

(5) – C.E 13 Juil.1968, req. n° 73161, S^té^ des établissements SERFATI, consulté sur site : https://www.legifrance.gouv.fr le 13 Avril 2021 à 10h15mn. note Waline, R.D.P,1969, p 12.

و في الوطن العربي:

- د. سعاد الشّرقاوي، المرجع السّابق، ص 413.
- علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص442.
- د. محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السّابق، ص 21.

و عليه فإنّ شرط عدم التّوقّع هو شرط موحّد في كلّ نظريات المخاطر في العقود الإدارية (نظرية فعل الأمير، نظرية الظّروف الطّارئة، نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة) كما في نظرية القوّة القاهرة. حيث يجب أن يكون الحدث، حقيقة، غير متوقّع عند إبرام الصّفقة، لأنّ ليس كلّ ما لم يكن متوقّعا غير متوقّع بالضّرورة[1].

البند الثّالث: عدم إمكان التّلافي

يجب لاعتبار الحادث قوّة قاهرة ألاّ يكون في إمكان المتعامل المتعاقد تفاديه أو دفعه وحده، ولكن بالنّسبة لأيّ شخص يكون في موقفه، و يكون من شأنه أن يجعل تنفيذ العقد مستحيلا استحالة مطلقة[2] بحيث يصبح المتعامل المتعاقد في وضعيةِ" خارج حالة التّنفيذ"[3].

و هي الصّياغة العامّة التي اعتمدها القضاء الإداري الفرنسي و التي جرت بها قراراته[4].

إنّ شرط عدم إمكانية التّلافي هو الذي– في تقدير الأستاذ **Delaubadère–** يميّز القوّة القاهرة عن نظرية المخاطر الإدارية و نظرية اقتسام الأعباء كون الأخيرتين كذلك أحداث أجنبية عن المتعاقد، غير متوقّعة و تجعل من تنفيذ العقد أكثر إرهاقا و كلفة، دون أن تجعل هذا التّنفيذ مستحيلا[5].

---

(1) – Patrick Janin, op.cit, p 202.

حيث يقول الأستاذ:

<< Tout ce qui n'a pas été prévu n'est pas forcément imprévisible>>.

- **Cf**. Michel Rousset et Olivier Rousset, op.cit, p 192.

(2) – د. سعاد الشّرقاوي، المرجع السّابق، ص 414.

انظر كذلك:– علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص444.

– د. محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السّابق، ص 23.

– عبسي عبد القادر الحسن، المرجع السّابق، ص 95.

– د. نصري منصور نابلسي، المرجع السّابق، ص 663.

(3) – د. أمين عاطف صليبا، المرجع السّابق، ص 182.

(4) – من بين قرارات مجلس الدّولة الفرنسي التي جاءت فيها صياغة الأحكام على النّحو الآتي:

<< Il faut que l'événement ait pour effet de rendre absolument impossible l'exécution du contrat>>. **Cf**. – C.E 26 Juil.1947, Bongert, Rec.351./- C.E 16 Juil. 1952, E.D.F, Rec.379.

- C.E 09 Nov.1955, S^{té} des transports routiers Aviat & Co, Rec.530.

(5) - André Delaubadère, Frank Moderne, Pierre Delvolvé, TCA, T$_I$, op.cit, p 729.

حيث يذكر الفقيه:

فاستمرار المتعامل المتعاقد في الوفاء بالتزاماته العقدية، رغم العوارض و العقبات التي تطرأ في مرحلة التّنفيذ، يفتح له الحقّ في التّعويض استنادا إلى إحدى النّظريتين متى توافرت شروط أيٍّ منهما[1].

و من المستقرّ في قضاء مجلس الدّولة الفرنسي أنّه يتشدّد في تقرير خصّيصة عدم إمكان الدّفع أو التّلافي لقيام حالة القوّة القاهرة[2]؛ و هذا التّشدّد من مجلس الدّولة الفرنسي يكون تجاه طرفيّ العلاقة العقدية:

***ففيما يتعلّق بالمتعامل المتعاقد:** فإنّ القاضي يبدي تشدّدا واضحا في تقدير الجهود التي بذلها لتنفيذ بنود العقد مهما كلّفه الأمر، آخذا في الحسبان، على وجه الخصوص، الوسائل و الإمكانات التي يحوزها المتعامل المتعاقد واقعيّا[3].

و من بين التّطبيقات القضائية لمجلس الدّولة الفرنسي بهذا الشّأن قراره الصّادر في قضية Société Lancery [4].

ممّا يعني أنّ استحالة الدّفع هي فكرة ذات مدلول شخصي و نسبي، تقدّر تبعا لظروف كلّ حالة على حدا[1].

<< C'est ce trait qui différencie complètement la notion de force majeure des notions d'imprévision et de fait de prince ; le fait d'imprévision, le fait de prince sont eux aussi des faits étrangers au cocontractant, imprévisibles et qui viennent troubler l'exécution du contrat mais ces faits ne sont pas insurmontables ils ne rendent pas impossible l'exécution du contrat ils la rendent seulement plus onéreuse et plus difficile pour le cocontractant ; c'est pourquoi, à la différence de la force majeure ils ne justifient pas l'inexécution des obligations contractuelles >>.

(1) – راجع بهذا الصّدد تقرير مفوّض الحكومة في قرار:

- C.E 09 Mars 1928, req. n° 72470, C^ie des scieries africaines C/ Ministre de la guerre, précité.

(2) – C.E 05 Nov.1982, req. n° 19413, S^té Propétrol, Concl. Labetoulle, précité, dernière consultation sur site : https://www.legifrance.gouv.fr le 13 Avril 2021 à 15h25mn.**:و قد جاء فيه**

<< Cons. Que si la hausse survenue à dater du mois de Mai 1973 sur le marché international du fuel-oil était en nature en l'absence d'une augmentation du tarif officiel servant de base à la détermination du prix contractuel à rendre plus onéreuse l'exécution de ce marché, une telle circonstance ne constituait pas un cas de force majeure mettant la société dans l'impossibilité d'effectuer les fournitures prévues au contrat… >>.

(3) – Christophe Lajoye, op.cit, p 209. **حيث يذكر الفقيه:**

<< Le juge l'apprécie *in concreto* en tenant compte, en particulier, des moyens du cocontractant débiteur de l'obligation contractuelle>>.

(4) – C.E 02 Janv.1957, S^té Lancery, A.J.D.A 1957, p 59, concl. Lasry, cité par Christophe Lajoye, op.cit, p 209.

***أمّا بالنّسبة للإدارة المتعاقدة:** فهي مُلزَمة كذلك أن تبذل كلّ ما في وسعها للوفاء بالتزاماتها العقدية و ليس لها أن تتذرّع بعدم كفاية الاعتمادات المالية اللاّزمة[2].

فنكوث الإدارة بالتزاماتها العقدية لغياب أو عدم كفاية الاعتمادات المالية ليس بعقبة منيعة لا تقهر بالنّسبة للإدارة[3]. و هي الفكرة التي أخذ بها مجلس الدّولة الجزائري في أحد قراراته عند فصله في قضية: مؤسّسة كشرود الاقتصادية ضد والي ولاية خنشلة[4].

المطلب الثّاني: أهمّ التّطبيقات القضائية للقوّة القاهرة

تعدّدت التّطبيقات العملية للقوّة القاهرة في قرارات مجلس الدّولة الفرنسي؛ حيث تشكّل الظّواهر الطّبيعية غير المتوقّعة المجال الخصب للنّظرية (الفرع الأوّل) كما أنّ الصّعوبات التي يواجهها الطّرفان و التي يصعب تجاوزها تعدّ من قبيل القوّة القاهرة (الفرع الثّاني) كذلك قد يعتبر فعل الغير و المتعاقدين من

---

(1) – و هو ما قضى به مجلس الدّولة الفرنسي في أحد قراراته:

- C.E 07 Janv.1948, req. n°77292, Secrétaire d'État à la défense c/ Sté Lucien-Gillet et ses fils, Concl. Delvolvé. Rec.08. **و قد جاء فيه:**

<< …L'entrepreneur a poussé ses travaux jusqu'à l'extrême limite de ses possibilités financières…dans ces conditions exceptionnelles, c'est à bon droit que le conseil de préfecture lui a accordé décharges pour des pénalités de retard…>>.

(2) – **راجع تطبيقات قضاء مجلس الدّولة الفرنسي بهذا الصّدد:**

- C.E 26 Juil.1947, Bongert,Rec.351.

- C.E 08 Nov. 1963, Commune de Castelmoron-sur-Lot, Rec.544.

(3) – علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص448.

(4) – قرار مجلس الدّولة الجزائري غير منشور– رقم 012269 فهرس 950 بتاريخ 2003/12/16 قضية مؤسّسة كشرود الاقتصادية ضد والي ولاية خنشلة.

و تتلخّص وقائع القضية في أنّ مؤسّسة كشرود تعاقدت مع ولاية خنشلة لإنجاز دار الثّقافة بخنشلة، و بعد السّير في تنفيذ الصّفقة تلقّت المستأنفة أمرا بوقف الأشغال إلى إشعار آخر لانعدام الغلاف المالي لإنجاز المشروع فامتثلت المستأنفة لأمر الإدارة.

و قد دامت مدّة التّوقف 313 يوما ممّا كلّف المؤسّسة مصاريف تجميد العتاد بالورشة و أجور الحرّاس. لجأت المستأنفة للقضاء مطالبة بتسديد الدّين المتبقّي في ذمّة الولاية و حقّها في التّعويض عن الأضرار و الخسائر التي تكبّدتها طيلة مدّة توقّف الأشغال. قوبل طلبها بالرّفض من قبل الغرفة الإدارية لمجلس قضاء أم البواقي لعدم التّأسيس.

استأنفت المؤسّسة القرار القضائي أمام مجلس الدّولة الذي قضى بأنّه:

"من المعروف قانونا أنّه عندما تأمر الإدارة بوقف الأشغال لأقلّ من سنة فإنّ المقاول يستحقّ تعويضا عندما يسبّب له ضررا مؤكّدا و ليس فسخ الصّفقة...".

و عليه تمّ إلغاء القرار المستأنف، و إلزام والي ولاية خنشلة بتسديد الدّين و دفع تعويض للمستأنفة.

الباطن قوّة قاهرة في بعض الحالات (الفرع الثّالث) كما أخذ القضاء الإداري بحالتي الحرب و الإضراب لتطبيق نظرية القوّة القاهرة (الفرع الرّابع).

الفرع الأوّل: الظّواهر الطّبيعية

تشكّل الظّواهر الطّبيعية النّموذج الفعلي للحدث الخارجي. من ثمّ فقط، و بحسب إمكانية توقّعها أم لا أو استطاعة دفعها أم لا، يقدّر القاضي الإداري في كلّ حالة هل يمكن اعتبارها أحداثا للقوّة القاهرة أم لا.

ذلك هو مذهب الفقيه **Delaubadère** [1]، و قد سايره في ذلك جانب من الفقه الذي يرى بأنّه في البحث العملي الواقعي لدراسة التّطبيقات القضائية الرّئيسة لمفهوم القوّة القاهرة، تبدو الظّواهر الطّبيعية النّموذج الأمثل للحدث الخارجي[2].

فالظّواهر الطّبيعية لا تخضع للقوانين الوضعية، إنّما تخضع لقانون الطّبيعة الذي لا يمكن التّحقق من ثباته و لا من تقلّباته بشكل دقيق، و الأحداث الطّبيعية كثيرا ما تفاجئ بحركاتها غير الاعتيادية و قد تؤدّي إلى أضرار جسيمة و كوارث كبيرة كالأعاصير و الفيضانات[3].

فهي غالبا ما تشكّل أحداثا غير متوقّعة و خارجة عن إرادة المتعاقدين، مستحيلة الدّفع و لا يمكن تلافيها، ممّا يجعل منها مجالا خصبا لتطبيق نظرية القوّة القاهرة؛ و قد اعتبر مجلس الدّولة الفرنسي في قراره الصّادر في قضيةDescours أنّ هطول الأمطار بقوّة و غزارة و لمدّة استثنائية غير عادية، تتجاوز توقّعات الطّرفين المتعاقدين، من قبيل القوّة القاهرة[4].

---

(1) – André Delaubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, T.C.A, T_I, op.cit, p 727.

حيث يقول الفقيه:

<< Les phénomènes naturels constituent évidemment le type même de l'événement extérieur. Aussi est-ce seulement en fonction de leur imprévisibilité et surtout de leur irrésistibilité que le juge apprécie s'ils peuvent ou non, selon les cas, être regardés comme des événements de force majeure >>.

(2) – علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص453.

أنظر كذلك: – د. محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السّابق، ص 32.

(3) – د. نصري منصور نابلسي، المرجع السّابق، ص 670.

(4) – C.E 27 Nov.1935, req. n° 27989, Établissements Descours, Concl. Michel, Rec.1100.
Cf. – C.E 27 Oct.1937, n°46515,46516 et 46517, Ministre des finances C / Chovin, Rec.867.
- C.E 29 Juil. 1943, req. n° 69668, Sieur Villemaine, Concl. Odent, Rec.219.

أمّا الأمطار التي تخلّف فيها معيار الغزارة و القوّة و الاستدامة فقد اعتبرها مجلس الدّولة الفرنسي من ضمن الظّواهر العادية و بذلك فهي لا تعتبر من قبيل القوّة القاهرة[1].

و هو المعيار نفسه الذي اعتمده قضاة مجلس الدّولة الفرنسي لتقدير مدى تكوين الظّواهر المناخية الأخرى للقوّة القاهرة أم لا؛ مثل العواصف، الأعاصير و الانهيارات الثّلجية[2]، الرّياح و الفيضانات[3] حيث اعتبر "أنّ ارتفاع منسوب المياه في النّهر، لا يمكن اعتبارها بناءً على التّوقّعات المناخية للمنطقة

Ces arrêts ont été consultés sur site : *https://www.gallica.bnf.fr* le 15 Avril 2021 entre 10h00mn et 11h30mn.

أنظر في ذات السّياق:

– د. سعاد الشّرقاوي، المرجع السّابق، ص 415.

– د. محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السّابق، ص 32.

– د. نصري منصور نابلسي، المرجع السّابق، ص 671.

و هو المبدأ الذي دأب عليه قضاء مجلس الدّولة الفرنسي، نذكر من بين قراراته الحديثة نوعا ما:

- C.E,2/6 SSR du 19 Fév.1975,n°80470, Ministre d'État chargé de la défense nationale C/ S^{té} Campénon-Bernard, Rec.143.Consulté sur site : *https://www.legifrance.gouv.fr* le 16 av.2021 à 18h52mn.

أمطار استثنائية تجاوزت مدّة تساقطها أزيد من ستة أشهر

(1) – C.E, 10/09 SSR, du 06 Fév.1981, n°15696, ville de Montpellier, Rec.80, consulté sur site : *https://www.legifrance.gouv.fr* le 17 avril 2021 à 09h35mn.

و من بين القضاء التّقليدي لمجلس الدّولة الفرنسي الذي استبعد فيه تطبيق نظرية القوّة القاهرة، باعتبار أنّ هطول الأمطار كان بصورة معتادة راجع القرارات الآتية:

- C.E 02 Juil.1931, n° 1904, Nicolas, Concl. Detton, Rec.720. Consulté sur site : *https://www.gallica.bnf.fr* le 17 Avril 2021 à 10h45mn.
- C.E 21 Déc.1937, n° 43593, Jeandet, Concl. Detton, Rec.1078. Consulté sur site : *https://www.gallica.bnf.fr* le 17 Avril 2021 à 10h50mn.
- C.E 21 Juil.1939, n° 60253, Gouverneur général de Madagascar C/ Ledant, Concl. Detton, Rec.496. Consulté sur site : *https://www.gallica.bnf.fr* le 17 Avril 2021 à 11h00mn.

(2) – C.E ¼ SSR du 14 Mars 1986, n°96272, C^{ne} de Val-D'isère, Concl. Lasserre
Consulté sur site : *https://www.legifrance.gouv.fr* le 17 avril 2021 à 11h20mn.

Voir également :

- C.E 28 Fév.1973, n°82674, Commune de Lagos, Concl. Vught, Rec.180. Consulté sur site : *https://www.juricaf.org* le 17 Avril 2021 à 11h30mn.

(3) – C.E 06 Nov.1968, n°89009, Commune de Licq-Atherey, Rec.546. Consulté sur site : *https://www.legifrance.gouv.fr* le 17 Avril 2021 à 11h50mn.

و قد جاء فيه:

<<Cons., d'une part, qu'il résulte de l'instruction que la crue survenue le 16 décembre 1962 ne saurait, en tenant compte des conditions météorologiques de la région, être regardée comme ayant excédé les prévisions ordinaires ; qu'ainsi elle n'a pas le caractère d'un événement de force majeure >>.(ترجمة حرّة في المتن)

قد تجاوزت عتبة التّوقّعات العادية؛ و من ثمّ فهي لا تُكوّن طابع حدث القوّة القاهرة"، أو في حالة الجفاف الاستثنائي[1] و الصّقيع غير العادي[2].

و عليه؛ فإنّ الظّواهر الطّبيعية عامّة و المناخية على وجه الخصوص، و إن كانت النّوازل التي ترتّبها تشكّل المثال النّموذجي للحدث الخارجي، إلاّ أنّه لكي تعتبر من قبيل القوّة القاهرة يجب أن تبلغ في قوّتها و شدّتها و استدامتها ما يفوق كلّ التّوقعات.

الفرع الثّاني:الصّعوبات التي يواجهها المتعاقدان

يرى الأستاذ **Delaubadère** بأنّه من حيث المبدأ لا تشكّل الصّعوبات التي تصادف المتعاقدين في تنفيذ التزاماتهم أيّ أفعالٍ للقوّة القاهرة. و بالتّعريف تتميّز الصّعوبة البسيطة عن العقبة التي لا يمكن تجاوزها[3].

و من الثّابت في قرارات مجلس الدّولة الفرنسي أنّه عادة ما يعتبر الصّعوبات المُصادفة عند تنفيذ العقد كان من الواجب أن تدخل في توقّعات المتعاقدين عند إبرام الصّفقة[4].

---

(1) – C.E 19 Juin 1935, n°21224 et 2906, Ministre des T.P, Concl. Michel, Rec.693.

(2) – C.E 31 Mai 1922, n° 49129, Dame Mouchette, Concl. Berget, Rec.486. Les deux arrêts suscités ont été consultés sur site : *https://www.gallica.bnf.fr* le 17 Avril 2021 à 13h15mn.

(3) - André Delaubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, T.C.A, T_I, op.cit, pp 732-733.

<< En principe les difficultés rencontrées par les contractants dans l'exécution de leurs obligations ne constituent pas des faits de force majeure. Par définition, la simple"difficulté" se distingue de l'obstacle"insurmontable">>. **أنظر في ذات السّياق:**

– د. سعاد الشّرقاوي، المرجع السّابق، ص 416./– د. محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السّابق، ص 33.

(4) – C.E 09 Janv.1924, n°68392, Moine C/ Ministre de la guerre, Concl. Mazerat, Rec.40. Consulté sur site : *https://www.gallica.bnf.fr* le 17 Avril 2021 à 14h15mn.

"difficultés de recrutement de la main d'œuvre" صعوبات في إيجاد اليد العاملة

– C.E 17 Déc.1926, n°77023, S^{té} des chantiers industriels et maritimes de L'Adour Concl. Josse, Rec.1124, Consulté sur site : *https://www.gallica.bnf.fr* le 17 Avril 2021 à 13h40mn.

من بين ما جاء فيه:

<< Que les difficultés d'approvisionnement et de transport invoquées par la dite société devaient être envisagées par elle à l'époque où elle a traité, et ne peuvent ; par suite, être regardées comme cas constituant force majeure>>. حيث أثار المتعاقد صعوبات التّموين و النّقل

و في غير هذه؛ يمكن إعمال نظرية القوّة القاهرة إذا ما تعلّق الأمر بصعوبات غير متوقّعة و لا يمكن دفعها، عندما تعلّق الأمر بخفض اليد العاملة في المشروع بسبب حالة التّسريح من التّجنيد démobilisation التي اتّخذتها الإدارة المتعاقدة، ممّا اعتبره قضاة المجلس من باب إلزام الإدارة بمنح المتعاقد مُهلا جديدة للتّنفيذ[1].

عطفا عمّا سبق، فالصّعوبات التي يواجهها المتعاقدان عند تنفيذ الالتزامات التّعاقدية هي من حيث الأصل تدخل ضمن أخطار المهنة؛ فما من عقد أو صفقة إلاّ و يحتملا قيام صعوبات و عوائق تحول دون حسن تنفيذ الاشتراطات العقدية و من ثمّ، فهي لا تُكوّن قوّة قاهرة ما لم تبلغ في جسامتها ما لم يمكن توقّعه لحظة الإبرام.

الفرع الثّالث: فعل الغير و المتعاقدون من الباطن

لا يقبل الاجتهاد القضائي بصفة عامّة أن يزعم المتعامل المتعاقد بأنّ تأخّر أو عجز ممونيه سببه القوّة القاهرة[2].

أمّا فيما يتعلّق بمساعدي المتعامل المتعاقد، فإنّه بصفة عامّة لا يسمح إلاّ للمتعاقد الأصلي بالتّذرع بالقوّة القاهرة للتّأخير أو العجز عن تنفيذ ما التزم به[3].

---

(1) – C.E 03 Fév.1928, n°81023, Société des ateliers et chantiers de Bretagne, Concl. Dayras Rec.170. Consulté sur site : https://www.gallica.bnf.fr le 17 Avril 2021 à 15h06mn.

و قد جاء فيه:

<< Le retrait de la main-d'œuvre militaire au cours de l'exécution du marché…a été la conséquence inéluctable de la cessation des hostilités et de la démobilisation de l'armée n'est pas de nature à lui permettre d'exiger du fournisseur l'accomplissement d'un engagement qu'il n'avait pris que sous une condition qui n'a pas été remplie ; qu'il appartenait à l'administration, en présence de cette situation extracontractuelle, de fixer d'accord avec la société requérante de nouveaux délais pour l'exécution du marché… >> .

(2) – C.E 14 Fév.1930, n° 97204 S^{té} Schneider & C^{ie} C/ Ministre de la marine, Concl. Latournerie, Rec.188. Consulté sur site : https://www.gallica.bnf.fr le 18 Av. 2021 à10h00mn.

Cf :

- C.E 13 Juil.1928 , n° 89134 S^{té} des forges et chantier de la Méditerranée, Concl. Andrieux, Rec.900. Consulté sur site : https://www.gallica.bnf.fr le 18 Avril 2021 à 10h15mn.

(3) – علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص455.

في ذات المعنى أنظر:

– د. سعاد الشّرقاوي، المرجع السّابق، ص 417.

و هو المبدأ الذي اعتمده قضاة مجلس الدّولة الفرنسي عند نظرهم في مثل هذه الحالات[1].

كما أنّه في حالة التّعاقد من الباطن، فالمبدأ هو المسؤولية الشّخصية للمتعاقد الأصلي في مواجهة الإدارة[2]، و مع ذلك فإنّ تأخّر المتعاقدين من الباطن يمكن أن يبرّر تقصير المتعاقد عندما تكون الإدارة قد اعتمدت هؤلاء المتعاقدين من الباطن[3].

و تطبيقا لذلك قضى مجلس الدّولة الفرنسي في قراره الصّادر بتاريخ 22 جويلية 1936 بأنّه:<<إذا ما اعتقدت الشّركة بوجوب اللّجوء إلى المتعاقدين من الباطن، و نتيجةً لاعتماد تلك العقود من الباطن من قبل الإدارة، تُبرّر إعفاء الشّركة الأصلية من العقوبات التي رتّبتها تأخيرات المتعاقدين معها من الباطن في حقّها، و لكن ليس من أثرها أن تُحمّل الدّولة عبء جبر الضّرر الزّائد الذي رتّبته تلك التّأخيرات>>[4].

الفرع الرّابع: حالتي الإضراب و الحرب

بعد زوال النّظام الإقطاعي، و مع انتشار الوعي السّياسي و الاجتماعي و تزايد النّشاط النّقابي لدى الفئات العمّالية كثيرا ما شلّت الإضرابات ورشات العمل (البند الأوّل) كما أنّ بؤر التّوتر و عدم الاستقرار في المجتمع الدّولي كثيرا ما أدّى إلى نشوب حروب طاحنة بين الدّول (البند الثّاني)، ممّا ألقى بظلاله على حسن تنفيذ العقود الإدارية. ومن ثمّ يطرح التّساؤل عن مدى تكوين حالتي الإضراب و الحرب لحدث القوّة القاهرة؟ ذلك ما سنعرضه تباعا.

---

(1) – C.E 17 Fév.1954, Ministre des travaux publics, R.D.P 1954, p 835.cité in El moula dans sa thèse, précité, p 455.

(2) – علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص455.

أنظر كذلك: – د. محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السّابق، ص 34.

و هو ما نصّ عليه المشرّع في المرسوم الرّئاسي 15–247 بموجب المادّة 141 منه:

<< المتعامل المتعاقد هو المسؤول الوحيد تجاه المصلحة المتعاقدة عن تنفيذ جزء الصّفقة المتعامل فيها بالمناولة>>.

(3) - André Delaubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, T.C.A, TI, op.cit, p 733.

(4) – C.E 22 Juil.1936, n°38122, Ste anonyme des établissements Delaunay-Belleville, Concl. Michel, Rec.837 . Consulté sur site : https://www.gallica.bnf.fr le 18 Avril 2021 à 15h40mn.

و الذي جاء فيه:

<< Si la société a cru devoir s'adresser à des sous-traitants, la circonstance que ce sous-traités ont été agrées a pu justifier son exonération des pénalités que les retards dus à ses sous-traitants avaient entrainés à son encontre, mais ne saurait avoir effet de faire mettre à la charge de l'État la réparation du surplus du préjudice que ces retards ont pu lui faire subir >>.

البند الأوّل: الإضراب

يشكّل الإضراب نموذج الحدث الذي تناوله بإسهاب الاجتهاد القضائي عند تحديده و تطبيقه للمبادئ المتعلّقة بالقوّة القاهرة[1].

و من نافلة القول التّذكير أنّه بموضوعه صدر القرار المبدئي في هذا الشّأن واضعا الأسس العامّة للقوّة القاهرة[2]؛ حيث جاء في تقرير مفوّض الحكومة Tardieu في ذات القرار بأنّه :

<< فيما يتعلّق بهذه النّقطة (الإضراب) فهناك إجماع بين الفقه و الاجتهاد القضائي، بل و حتى طرفيّ العلاقة تتّفق بأنّ الأمر يتعلّق بمسألة حدث، و كلّ يرتبط بالظّروف فقد يعتبر الإضراب فعل من أفعال القوّة القاهرة و قد لا يعدّ كذلك تبعا لظروف كلّ حالة>>.

و قد أجمع الفقه الإداري بأنّ عناصر القوّة القاهرة التي أقرّها مجلس الدّولة الفرنسي في قراره الصّادر في قضية Compagnie des messageries maritimes قد تكوّنت في حيثيات هذا القرار، ثمّ كرّسها في العديد من قراراته لا سيما ما جاء به مفوّض الحكومة Latournerie في قضية: Compagnie des scieries africaines [3].

و مع ذلك فإنّ مجلس الدّولة الفرنسي قد استبعد اعتبار الإضراب من قبيل القوّة القاهرة، و ذلك في عدّة حالات، مثل:

أ/- أنّ الإضراب كان متوقّعا[4] حيث قدّر القضاة بأنّه نظرا للظّروف التي كانت سائدة فإنّه لم يكن من الصّعب على المتعامل المتعاقد توقّع الإضراب.

ب/- أو لأنّ الإضراب لم يكن العقبة التي لا يمكن للمتعاقد تجاوزها[1].

---

(1) - André Delaubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, T.C.A, TI, op.cit, p 734.
(2) – C.E 29 Janv.1909, Cie des messageries maritimes, précité.
و من بين ما جاء في تقرير Tardieu :
<<Sur ce point tout le monde est d'accord, la doctrine, la jurisprudence, les parties elles mêmes sont d'accord pour admettre que c'est une question de fait et que cela dépend des circonstances>>. (ترجمة حرّة في المتن)
(3) – لأكثر تفصيل راجع قرار مجلس الدّولة: - C.E 09 Mars 1928, Cie des scieries africaines, précité.
(4) – C.E 22 Juin 1945, Belvisi, Rec.133.

ج/- وجود حلول بديلة(الحصول على السّلع من مناطق أخرى) بين يديّ المتعامل المتعاقد لتنفيذ التزاماته[2].

د/- عدم بذل جهد لوضع حدّ للإضراب[3].

ه/- عدم بذل المساعي لمحاولة الصّلح و التّوفيق[4].

---

(1) – C.E 14 Nov.1947, n° 78203, Ministre de l'air C/ Sté d'études et d'entreprises générales de constructions, Concl. Lefas, Rec.422. Consulté sur site : https://www.gallica.bnf.fr le 19 Avril 2021 à 10h20mn.

و قد جاء فيه:

<<Cons. D'une part, que ladite société n'apporte pas la preuve que les grèves qui avaient retenu, à Bordeaux les mois de juillet et d'août 1936, une partie du matériel qu'elle destinait à l'exécution du marché aient constitué un cas de force majeure ayant fait obstacle à l'achèvement des travaux à la date convenue…>>.

(2) – C.E 03 Fév.1926, n°79022, Sieurs Pascal Valluit et Cie, Concl. Rivet, Rec.118. Consulté sur site : https://www.gallica.bnf.fr le 19 Avril 2021 à 10h45mn.

و من بين ما جاء فيه:

<<Sur le moyen tiré de ce que les requérants n'ont pu s'approvisionner en laines à cause des grèves du Nord :- Cons. que les clauses du marché laissaient les requérants libres de s'approvisionner en laines dans telle région qu'ils jugeraient convenable ; qu'ainsi, la circonstance que les grèves du Nord ne leur ont pas permis de prendre livraison dans les délais prévus des laines qui leur étaient nécessaires n'est pas de nature à les décharger des obligations de leur marché >>.

(3) – C.E 23 Juin 1944, n° 67549, Ville de Toulon, Concl. Odent, Rec.180. Consulté sur site : https://www.gallica.bnf.fr le 19 Avril 2021 à 11h20mn.

و قد جاء فيه:

<< Cons. qu'il résulte de l'instruction que la grève des employés de la société des chemins de fer et tramways du Var et du Gard, qui a commencé le 13 août 1936 et qui se poursuivait encore lorsqu'a été prononcée la mise sous-séquestre de la concession, le 30 septembre 1936 a eu pour cause…Cons. que de tout ce qui précède il résulte qu'à la date où a été prononcée la mise sous-séquestre, la continuation de la grève, loin de présenter au regard de la société des chemins de fer et tramways du Var et du Gard le caractère d'un événement de force majeure...>>.

(4) – C.E 05 Mai 1943, n°66437, Ville de Nîmes C/ Société fermière des Tramways de Nîmes Concl. Odent,Rec.58.Consulté sur site: https://www.gallica.bnf.fr le 19 Av.2021 à 16h20mn.

و جاء فيه:

<< Cons. qu'il résulte de l'instruction qu'une grève ayant éclaté dans le personnel des tramways de Nîmes à la suite du licenciement de quatorze agents, par la société fermière, la dite société, sans engager de négociation avec son personnel, s'est bornée à adresser à chacun de ses agents une lettre de congédiement ; que son directeur a refusé de prendre part à une réunion de conciliation où étaient convoqués des représentants du personnel ; qu'ainsi

و النّتيجة التي يمكن استخلاصها من خلال استقرائنا للاجتهاد القضائي لمجلس الدّولة الفرنسي و لتعاليق الفقه الإداري على قراراته، أنّه لإعمال حالة الإضراب كقوّة قاهرة يجب توافر جملة من الشّروط؛ حيث تطبيقا للمعايير العامّة فالقاضي يبحث عمّا إذا كان:

1/- الإضراب حدثا خارجا كلّيا عن المتعامل المتعاقد، بمعنى أنّ هذا الأخير لم يتسبّب في إحداثه أو سهّل حصوله فحسب، بل أن يكون قد بذل كلّ الجهود للتوّفيق و المصالحة التي يتطلّبها منه المنطق في ظروف الحال.

2/- الإضراب فعلا غير متوقّع.

3/- الإضراب حقّا عقبة لا يمكن تجاوزها.

البند الثّاني: الحرب

مثل الإضراب تعتبر حالة الحرب المثال النّموذجي للقوّة القاهرة نظرا لما تخلّفه من دمار و شلل في فترات طويلة للمرافق العامّة.

و من البديهي أن تنعكس حالة الحرب هذه و الأوضاع الأمنية غير المستقرّة على حسن تنفيذ العقود الإدارية، و تُعرض أمام القضاء الإداري الكثير من المنازعات بهذا الشّأن[1].

و الاجتهاد القضائي بهذا الصّدد غزير، و الحلول التي جاء بها تحكمها دائما الفكرة الرّئيسة: لا اندلاع الحرب، و لا الصّعوبات المترتّبة عن حالة الحرب كافية لوحدها لتكوين أفعال للقوّة القاهرة؛ ما لم تتوفّر فيها الشّروط الثّلاثة مجتمعة، عدم التّوقّع، عدم إمكانية التّلافي و الحدث الخارجي[2]. علما بأنّ الشّرط الأخير يتحقّق دائما و عمليا.

و على ضوء وفرة الاجتهادات القضائية في هذا الصّدد، نادرا ما اعتبرت حالة الحرب و ما يترتّب عنها من قبيل القوّة القاهرة؛ و هو ما يُستخلص من تقرير مفوّض الحكومة Corneille في قضية:

---

l'interruption du service s'est trouvée prolongée du fait de la société sans qu'une issue du conflit parût possible par voie de pourparlers…>>.

(1) – د. نصري منصور نابلسي، المرجع السّابق، ص 672.

(2) - André Delaubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, T.C.A, TI, op.cit, p 735.

Société d'électrométallurgie de Dives حيث جاء فيه[1]:<<حيث كان يجب، على الشّركة المدّعية، لحظة إبرام الصّفقات، أن تأخذ في توقّعاتها كل المخاطر من أيّ طبيعة كانت و التي قد تترتّب على العمليات الحربية، سيما تلك الصّعوبات النّاجمة عن أخطار الملاحة، تنظيم النّقل و توزيع الفحم المستورد، كما ليس للشّركة أن تستند إلى حالة الحرب، كمكوّنٍ في حدّ ذاته لحالة القوّة القاهرة، في استقلالٍ تامّ عن أيّ حدثٍ محدّد...>>.

و لقد صدر بعد الحرب العالمية الأولى العديد من القرارات التي استبعد فيها مجلس الدّولة الفرنسي تطبيق نظرية القوّة القاهرة كعذر، حين فصله في المنازعات التي عرضت عليه، سواء ما تعلّق منها بصعوبات التّموين و النّقل أو عدم وفرة اليد العاملة، المتولّدة عن العمليات الحربية[2].

---

(1) – C.E 10 Nov.1920, n° 62966 à 62971, S^té d'électrométallurgie de Dives, Concl. Corneille Rec.936. Consulté sur site : https://www.gallica.bnf.fr le 21 Avril 2021 à 09h20mn.

و قد جاء فيه:

<< Cons. à l'époque où sont intervenus les marchés conclus avec la société requérante celle-ci devait faire entrer dans ses prévisions les difficultés de toute nature qui pouvaient résulter des hostilités, notamment les sujétions provenant des dangers de navigation, de la réglementation des transports et de la répartition des charbons importés ; que la société requérante est d'autant moins fondée à se prévaloir de l'état de guerre comme constituant en lui-même, et indépendamment de tout fait précis et dûment établi, un événement de force majeure >>

(2) – C.E 11 Déc.1918, n°61879et 62078, José da Cunha Mattos, Concl. L.Blum Rec.1117. Consulté sur site : https://www.gallica.bnf.fr le 21 Avril 2021 à 12h00mn.

صعوبة إيجاد وسيلة نقل بسبب ظروف الحرب، علما بأنّ الصّفقة تقضي بأن يتمّ النّقل بحرا، و نظرا لمخاطر الملاحة البحرية تمّ نقل البضاعة بواسطة السّكة الحديدية ذات الكلفة الباهظة، و من ثمّ لا توجد قوّة قاهرة.

أنظر كذلك:

- C.E 05 Fév.1919, n°61266, Levy, Concl. Ripert, Rec.119. Consulté sur site : https://www.gallica.bnf.fr le 21 Avril 2021 à 12h30mn.

<< Le fournisseur n'est pas fondé à soutenir que les difficultés, rencontrées par lui et se rattachant à l'état de guerre constituent des cas de force majeure, ces difficultés ayant dû, à l'époque où il a traité, entrer dans ses prévisions>>.

- C.E 12 Mars 1919, n°61236, S^té épargne de France, Concl. Ripert, Rec.246. Consulté sur site : https://www.gallica.bnf.fr le 21 Avril 2021 à 13h00mn.

<< Cons qu'à l'époque où elle a traité la société "épargne de France" devait faire entrer dans ses prévisions les difficultés qui pouvaient, tant pour la fabrication que pour le transport de la marchandise, résulter de l'état de guerre ; qu'ainsi ces difficultés ne constituent pas des cas de force majeure, qui puissent être invoqués dans les rapports de la société requérante>>.

- C.E 03 Mars 1920, n°62454, Bessis Isaac, Concl. Corneille, Rec.229. Consulté sur site : https://www.gallica.bnf.fr le 21 Avril 2021 à 13h30mn.

<< Cons. que le sieur Bessis…soutient que l'impossibilité, où il s'est trouvé à raison des événements de guerre…aurait constitué un cas de force majeure. Mais cons. que cet

و لكن هذا لا يعني في تقدير– الأستاذ **Delaubadère**– أنّ هذا الاستبعاد كان مطلقا، فقد اعتبر مجلس الدّولة الفرنسي حالة الحرب في حدّ ذاتها أو النّتائج المترتّبة عنها حالة من حالات القوّة القاهرة مثل حالات التّدمير التي تجتمع فيها كلّ شروط القوّة القاهرة، كما اعتبر قضاة المجلس بأنّ الاحتلال الألماني يعتبر من قبيل القوّة القاهرة بالنّسبة للمتعاقد الذي استحالة عليه الاستمرارية في تنفيذ العقد[1].

كما اعتبر، من قبيل الأعمال الحربية الأوامر الصّادرة من الغزاة و التي حوّلت تنفيذ العقد مستحيلا[2] و كلّ الظّروف المتعلّقة بالعمليات الحربية[3].

---

empêchement pouvait être prévu au moment où le sieur Bessis a contracté ; que par suite il n'est pas fondé à invoquer la force majeure>>.

- C.E 10 Nov.1920, n° 62966 à 62971, S^té d'électrométallurgie de Dives, précité.

- C.E 18 Mai 1925, n° 70912/70913, Sieurs Colcombet frères, Concl. Berget, Rec.493.

Consulté sur site : https://www.gallica.bnf.fr le 21 Avril 2021 à 13h40mn.

رفض المبرّر (صعوبات النّقل بواسطة السّكة الحديدية بسبب ظروف الحرب)، لانعدام حالة القوّة القاهرة.

- C.E 15 Juil. 1925, n° 68576/68577, Michel, Concl. Mazerat, Rec.682. . Consulté sur site : https://www.gallica.bnf.fr le 21 Avril 2021 à 13h45mn.

<< Cons. en ce qui concerne les conclusions de la requête…que d'une part, à l'époque où il a traité, à la fin de déc.1916, le sieur Michel devait faire dans ses prévisions les difficultés de toute nature qui pourraient résulter de l'état de guerre, pour l'approvisionnement en matières premières >>.

- C.E 26 Janv. 1927, n° 70692, S^té " Horme et Buire" C/ Ministre de la guerre, Concl.Mayer. Rec.111. Consulté sur site : https://www.gallica.bnf.fr le 21 Avril 2021 à 14h15mn.

<<Cons. que, eu égard à l'époque à laquelle elle a traité, c'est-à-dire près de trois ans après le début des hostilités, la société "Horme et Buire", devait faire entrer dans ses prévisions les difficultés, inhérentes à l'état de guerre, résultant de l'insuffisance des moyens de transport et de la rareté de la main-d'œuvre ; qu'ainsi elle n'est pas fondée à soutenir que ces difficultés ont constitué pour elle des cas de force majeure>>.

(1) – حول تطبيقات الحرب في قضاء مجلس الدّولة الفرنسي راجع:

- André Delaubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, T.C.A, T_I, op.cit, pp 734-736.

<< Mais cela ne veut pas dire que la guerre ne puisse donner lieu, soit par ses conséquences soit en elle-même, à l'application de la théorie de la force majeure : des faits de guerre tels que des destructions peuvent réunir toutes les conditions de la force majeure…De même l'occupation allemande a pu être jugée constitutive de force majeure à l'égard de concessionnaires placés dans "l'impossibilité matérielle d'assurer le fonctionnement de service" >>.

(2) – C.E 29 Janv. 1958, Bonabeau, Rec.50

(3) – C.E 09 Nov. 1955, S^té des transports routiers Aviat, Rec.530.

Cf. – C.E 21 Fév.1964, C^ie de navigations Denis frères, Rec.126.

- C.E 24 Avril 1968, n° 55451 à 55459, C^ie de navigations Denis frères, Rec.257.

Consulté sur site : https://www.legifrance.gouv.fr le 22 Avril 2021 à 11h10mn.

و عليه فالصّعوبات المتولّدة عن العمليات الحربية لا تعتبر من قبيل حالات القوّة القاهرة المعفية من تنفيذ الالتزامات العقدية ما لم تجتمع فيها شروط نظرية القوّة القاهرة الثّلاث؛ الحدث الخارجي، عدم التّوقع و عدم إمكانية التّلافي.

المطلب الثّالث: النّتائج القانونية للقوّة القاهرة

إذا ما توافرت شروط قيام القوّة القاهرة في الحدث الذي اعترض تنفيذ الصّفقة العمومية، فإنّه يترتّب عليها جملة من النّتائج:

إنّ وجود القوّة القاهرة من شأنه أن يشكّل مبرّرا لإعفاء المتعامل المتعاقد من تنفيذ التزاماته العقدية (الفرع الأوّل) كما قد يفتح له، في بعض الحالات، الحقّ في التّعويض (الفرع الثّاني) أو قد يمكّنه من حقّ طلب فسخ الصّفقة (البند الثّالث).

الفرع الأوّل: إعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته

إذا كانت القوّة القاهرة أو فعل أحد طرفيّ العلاقة العقدية يؤدّيان إلى إحداث بعض الآثار، و خاصّة إعفاء الطّرف المتضرّر من تنفيذ التزاماته، فإنّ هذه الآثار مشروطة في بعض الحالات، تبعا للبنود العقدية، بالقيام ببعض الإجراءات.

فعادة ما تتضمّن دفاتر الشّروط بندا يقضي بإلزام المتعامل المتعاقد بالإخطار الفوري كتابة للإدارة عن الحدث المكوّن للقوّة القاهرة[1].

و لقد طبّق الاجتهاد القضائي هذه القواعد بصرامة، فالتّأخّر بالمطالبة في الآجال المحدّدة، يحرم المتعاقد من الاستفادة من نظرية القوّة القاهرة[2].

---

(1) - André Delaubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, T.C.A, TI, op.cit, p 738.
و انظر كذلك:- د. سعاد الشّرقاوي، المرجع السّابق، ص 428.

(2) – C.E 17 Nov. 1920, n° 46354, Rigaud, Rec.966, Concl. Mazerat, Consulté sur site : *https://www.gallica.bnf.fr* le 22 Avril 2021 à 10h15mn.
و من بين ما جاء فيه:
<<Cons. qu'en vertu de l'art.31 des clauses et conditions générales imposées aux entrepreneurs dans le département du Morbihan, lequel cahier est applicable à l'entreprise, l'entrepreneur n'a droit à la réparation des dommages résultant de cas de force majeure que si le cas de force majeure a été régulièrement constaté dans les dix jours au plus après l'événement ; qu'en

أمّا في حالة ما إذا كانت الإدارة قد علمت يقينا بالأحداث المكوّنة للقوّة القاهرة، فلا يمكنها– في تقدير الأستاذ **Delaubadère** – إثارة عدم إتمام الإجراءات المدرجة في العقد لتبرئة ذمّتها من الآثار المترتّبة عن تلك الأحداث[1].

و من البديهي القول أنّ الإعفاء من التّنفيذ لا يتحقّق إلاّ إذا بلغ الحدث المكوّن للقوّة القاهرة من الشّدة أن جعل التّنفيذ مستحيلا، أمّا إذا كانت الاستحالة في التّنفيذ تمسّ جانبا من الالتزامات العقدية فقط، فلا يتمّ إعفاء المتعاقد إلاّ من الجزء أو الأجزاء التي استحال تنفيذها[2].

و هو ما أقرّه مجلس الدّولة الفرنسي[3]، و أيّده في ذلك الفقه الإداري[4].

---

admettant que la grève survenue en avril 1899 sur les chantiers du sieur Rigaud pût être, dans les conditions où elle s'est produite, considérée comme un événement de force majeure, la réclamation, fondée sur ce fait et qui n'a été formulée que le 14 juin suivant, ne serait recevable comme n'ayant pas été présentée dans le délai de dix jours…>>. **انظر في ذات السّياق:**

- C.E 29 Juil. 1943, n° 66413 et 66414, S^té des ateliers des wagons de Brignond et sieur Coutant, Rec.220, Concl. Léonard, Consulté sur site : https://www.gallica.bnf.fr le 26 Avril 2021 à 11h20mn.

(1) - André Delaubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, T.C.A, TI, op.cit, p 739.

<< Si l'administration a nécessairement connu les faits en cause, l'inaccomplissement des formalités prévues au contrat ne peut être invoqué par elle pour se dispenser d'en tirer les conséquences >>.

و انظر كذلك:– د. سعاد الشّرقاوي، المرجع السّابق، ص 428. / و من التّطبيقات القضائية بهذا الصّدد ما جاء في قرار مجلس الدّولة الفرنسي:

- C.E 29 Avril 1959, Ministre des forces armées C/ S^té Robinet, Rec.1036.

(2) – د. محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السّابق، ص 41.

(3) – C.E 05 Janv.1924, n° 72439, C^ie du gaz à la Ferté-Milon, Rec.18, Concl. Berget. Consulté sur site : https://www.gallica.bnf.fr le 26 Avril 2021 à 12h15mn.

و من بين ما جاء فيه:

<<Considérant qu'il n'est pas contesté que la société requérante s'est trouvée lors de la libération du territoire du Templeuve, en octobre 1918, dans l'impossibilité matérielle d'effectuer la distribution du gaz à raison des détériorations subies par son outillage pendant l'occupation ennemie ; mais été strictement tenue de faire toute diligence, à partir de cette époque, pour assurer, dans le plus bref délai possible, la reprise du fonctionnement du service public dont elle avait la charge ; Cons. qu'il résulte de l'instruction que la société…n'a pas cherché à se procurer les ressources dont elle aurait eu besoin et qu'elle n'a pas fait le moindre effort pour rétablir la distribution du gaz et pour assurer l'éclairage public dans la commune de Templeuve ; qu'elle a commis ainsi une faute présentant un caractère de gravité suffisant…>> .

(4) - André Delaubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, T.C.A, TI, op.cit, p 739.

حيث يذكر الفقيه:

كما أنّ الإعفاء من التّنفيذ بسبب القوّة القاهرة يجب أن يكون مستحيلا أثناء قيام الأحداث المكوّنة للقوّة القاهرة لا بعدها[1].

و خلاصة القول أنّ إعفاء المتعامل المتعاقد من تنفيذ التزاماته العقدية بسبب القوّة القاهرة يأخذ عدّة صور:

أ/- الإعفاء من التّنفيذ قد يكون كلّيا؛ و ذلك إذا بلغت الأحداث المكوّنة للقوّة القاهرة في شدّتها و استدامتها درجة تجعل من الاستحالة السّير في تنفيذ الصّفقة.

ب/- و قد يكون الإعفاء من التّنفيذ مؤقّتا؛ إذا ما تحقّق شرط الشّدة في الحدث المكوّن للقوّة القاهرة دون الاستدامة.

ج/- و قد يكون الإعفاء من التّنفيذ جزئيّا؛ إذا ما مسّ الحدث المكوّن للقوّة القاهرة بعضا من الالتزامات العقدية دون غيرها، فيستفيد المتعامل المتعاقد من إعفاء التزاماته التّعاقدية التي تأثّرت بالقوّة القاهرة دون غيرها.

الفرع الثّاني: الحقّ في التّعويض

طبقا للقواعد العامّة المطبّقة في القانون المدني فإنّ الحدث المكوّن للقوّة القاهرة يؤدّي إلى سقوط واجب التّنفيذ و انقضاء لالتزامات المقابلة في العقود الملزمة لجانبين لاستحالة التّنفيذ[2].

و لمّا كانت العقود الإدارية تتعلّق دوما بالمرافق العامّة، و هو ما يُميّزها عن العقود في مجال القانون الخاصّ، ممّا يقتضي أن يؤدّي المتعامل المتعاقد مع الإدارة دور المعاون لها لتحقيق الهدف الذي تسعى إليه الإدارة من وراء التّعاقد ألا و هو ضمان المصلحة العامّة.

<< Si la grève cesse l'obligation d'exécuter se trouve rétablie>>.

(1) – د. نصري منصور نابلسي، المرجع السّابق، ص 685.

(2) – حيث تنصّ المادة 121 من القانون المدني (قانون رقم 05-10 مؤرّخ في 20 يونيو2005) على أنّه:
" في العقود الملزمة لجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له و ينفسخ العقد بحكم القانون".

لذلك فإنّه ليس من العدل و الإنصاف أن تترك الإدارة المتعاقدة معاونها و مساعدها فريسةً لظروف سيّئة لا دخل له فيها، دون أيّ تعويض، و إلاّ فإنّ إهدار حقوق المتعاقد سيؤدّي إلى نفور الأفراد من التّعاقد مع الإدارة ممّا ينعكس سلبا على حسن سير المرافق العامّة[1].

و يعتبر حقّ التّعويض استنادا إلى نظرية القوّة القاهرة الأمر المميّز و الأصالة الجوهرية لآثار النّظرية في مجال العقود الإدارية[2]؛ إذ تحتفظ بعض البنود العقدية للمتعاقد الحقّ في التّعويض أو قد يدرج هذا الحقّ في دفتر الشّروط العامّة[3].

إلاّ أنّه لا يجب أن يُفهم بأنّ التّعويض استنادا لنظرية القوّة القاهرة مرتبط بالبنود العقدية، إذ يشير جانب من الفقه بأنّ القضاء الإداري قد أكّد صراحة إمكانية منح التّعويض لمواجهة الآثار الضّارة للقوّة القاهرة حتى خارج نطاق الاشتراطات العقدية[4].

و هو ما قضى به مجلس الدّولة الفرنسي في قراره الصّادر بتاريخ 10 ديسمبر 1938 حيث اعتبر التّأخير في التّنفيذ الرّاجع إمّا للقوّة القاهرة أو للإدارة، خارج البنود التّعاقدية، من شأنه أن يبرّر منح تعويض للمتعاقد[5].

---

(1) – د. نصري منصور نابلسي، المرجع السّابق، ص 687.

(2) - André Delaubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, T.C.A, TI, op.cit, p 740.

و انظر كذلك: – د. سعاد الشّرقاوي، المرجع السّابق، ص 430.

(3) – راجع بهذا الصّدد دفتر الشّروط الإدارية العامّة:

- Arrêté du 21 Novembre 1964 portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés de travaux du ministère, journal officiel de la république algérienne démocratique et populaire du 11 décembre 1964, n° 101, année 1964, article 27 alinéa 4 qui stipule :

<< Ne sont pas compris toutefois dans les dispositions qui précèdent, les cas de force majeure qui, dans le délai de dix jours au plus, après l'événement, ont été signalés par écrit par l'entrepreneur : dans ce cas néanmoins, il ne peut rien être alloué qu'avec l'approbation de l'administration. Passé le délai de dix jours, l'entrepreneur n'est plus admis à réclamer>>.

(4) - André Delaubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, T.C.A, TI, op.cit, p 740.

(5) – C.E 10 Déc.1938, n° 54047-54049-54991, Sté "Entreprise coopérative française"C/ ville de Paris, Concl. Josse, Rec.930, Consulté sur site : https://www.gallica.bnf.fr le 27 Avril 2021 à 12h15mn.

و من بين ما جاء فيه:

<< Cons., d'autre part, que les retards imputables soit à la force majeure, soit au fait de l'administration, en dehors des stipulations du contrat, sont de nature à justifier l'allocation d'une indemnité à l'entreprise…Cons. enfin que, pour la détermination de l'indemnité à

غير أنّ هناك جانب آخر من الفقه يرى بأنّه لكي تطبّق النّصوص الواردة بدفاتر الشّروط و المتعلّقة بالتّعويض في حالة القوّة القاهرة يجب أن يُنصّ عليها صراحة في العقد باتّفاق إرادة طرفيّ العلاقة العقدية. و عليه في تقدير أصحاب هذا الرّأي فإنّه في حالة العقد غير المكتوب– و إن كان غير مألوف في المجال الإداري– و في حالة عدم وجود أيّة إحالة لهذه النّصوص الواردة في دفتر الشّروط، فإنّ المتعاقد لا يمكنه الاستناد إلى هذه الشّروط المتعلّقة بالتّعويض، و بالتّالي لا يترتّب على القوّة القاهرة أيّ التزام بالتّعويض من جانب الطّرف الآخر في العقد[1].

من جانبنا نؤيّد ما ذهب إليه الفقيه **Delaubadère** بأنّ التّعويض في نظرية القوّة القاهرة لا يرتبط وجوبًا بالبنود العقدية سواء ما تضمّنته دفاتر الشّروط أو ما نصّت عليه الصّفقة صراحة[2]. لأنّ ما ذهب إليه الرّأي المخالف يمكن ردّه من زاويتين:

أولاّ: فالقول بأنّ شرط التّعويض عن القوّة القاهرة يجب أن يُدرج كتابة إمّا في دفاتر الشّروط أو أن تُحيل إليه إحدى بنود الصّفقة صراحة لأنّ العقود الإدارية من العقود الشّكلية و التي تستوجب الكتابة.

فهذا الشّرط (الكتابة) ليس مطلقا، فالاجتهاد القضائي لمجلس الدّولة الفرنسي لم يعتّد بالكتابة كشرط جوهريّ لقيام العقد الإداري، بحيث أخذ بالعقد الإداري الشفهي[3].

ثانيًا: أمّا القول بوجوب إدراج شرط التّعويض عن القوّة القاهرة ضمن الشّروط العقدية، بمعنى إفراغ اتّفاق إرادتيّ الطّرفين في العقد، هذا يعني بأنّ كلا الطّرفين قد تنبّئا بحدوث الفعل المكوّن للقوّة القاهرة، و هو ما يتنافى مع شرط عدم التّوقّع الذي هو من الشّروط الجوهرية لقيام نظرية القوّة القاهرة[4].

و جدير بالتّذكير في هذا المقام بأنّ التّعويض عن آثار القوّة القاهرة الذي تقرّره دفاتر الشّروط الإدارية العامّة، خاصّة في صفقات الأشغال العمومية، لا يحصل عليه المقاول بمجرّد إثبات قيام الحدث المكوّن

---

laquelle peut prétendre l'entreprise, il y a lieu de tenir compte des frais généraux qu'elle a exposés inutilement pendant l'ensemble des journées représentant le retard imputable à la force majeure et à l'administration…>>.

(1) – حول أنصار هذا الاتّجاه انظر: – علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص461.

(2) - André Delaubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, T.C.A, TI, op.cit, p 740.

(3) – C.E 20 Avril 1956, Époux Bertin, précité.

(4) – حول شرط عدم التّوقّع في نظرية القوّة القاهرة، انظر ص 281 من هذه الرّسالة.

للقوّة القاهرة حيث يتشدّد القضاء الإداري في تطبيق هذه البنود إلى حدّ أنّ الطّلب المقدّم من قبل المتعاقد خارج الآجال المحدّدة أو دون احترامٍ للإجراءات و الأشكال القانونية قد يُقابل بالرّفض[1].

و يجمع الفقه الإداري بأنّه من المتعذّر حصر العناصر المتنوّعة التي يشملها التّعويض، و التي تختلف بحسب ظروف كلّ حالة[2]، إلاّ أنّه يمكن إحصاء العديد من التّطبيقات القضائية لمجلس الدّولة الفرنسي في هذا الصّدد؛ فقد يُعوَّضُ المقاول عن هلاك أو فقدان الآلات، الأجهزة و المعدّات[3].

و ما تحمّله من نفقات لتجديد أو إصلاح موقع الأشغال[4] و عن الأضرار التي أصابت المباني و المنشآت، و لا ينصرف التّعويض إلى الأضرار التي أصابت المنشآت و المباني و التّجهيزات غير المرتبطة بتنفيذ الصّفقة[1].

---

(1) **– من التّطبيقات القضائية لمجلس الدّولة الفرنسي:**

– C.E 03 Nov.1950, n°89955, Ministre de la guerre C/ Balmain, Concl. Delvolvé, Rec.530.

Consulté sur site : https://www.gallica.bnf.fr le 27 Avril 2021 à 15h45mn. **و قد جاء فيه:**

<< Cons. qu'en vertu de l'article 45 du cahier des clauses et conditions générales applicables aux travaux de constructions militaires du 05 avril 1933 les cas de force majeure doivent être "signalés par écrit dans le délai de dix jours au plus après l'événement par l'entrepreneur au chef de service "qu'il est constant que l'entrepreneur n'a pas signalé par écrit au chef de service dans le délai sus indiqué la grève dont s'agit ;que, dès-lors…la demande d'indemnité du sieur Balmain est frappée de déchéance…>>.

و انظر كذلك: − C.E, 3/6 SSR du 12 juil.1969, n° 73290 S^té^ Schwenck frères, Rec.405.

(2) - André Delaubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, T.C.A, T1, op.cit, p 738.

انظر أيضا:– علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص463.

(3) – C.E 27 Juil.1932, n° 79884, Sieur Leonard, Concl. Rivet, Rec.719.

<<Cons. qu'il sera fait une exacte évaluation de l'indemnité à laquelle le sieur Leonard peut prétendre, à raison tant de perte de matériel, bois, sable, ciment et sacherie, que d'avaries au matériel, frais de main-d'œuvre pour sauvetage réorganisation du chantier et trouble apporté dans la marche de l'entreprise, en la fixant à la somme de 10.000 francs>>.

(4) – C.E 28 Nov.1930, n° 96813, Ministre des travaux publics C/ sieurs Brossier et autres Concl. Latounerie, Rec.1011. Consulté sur site : https://www.gallica.bnf.fr le 28 Avril 2021 à 12h30mn.

من بين ما جاء فيه:

<< Cons. qu'il résulte de l'instruction, notamment de l'expertise ordonnée par le conseil de préfecture, qu'en fixant à …l'indemnité que l'État doit payer aux sieurs…, à raison de ces dommages, ledit conseil a fait de ceux-ci une juste évaluation ; que l'administration, qui soutient que les sommes allouées aux entrepreneurs pour frais de remise en état des chantiers font double emploi avec l'indemnité à eux accordée au titre de destruction du matériel par les grévistes et que l'indemnité pour chômage du matériel a été fixée à un chiffre trop élevé,

و من ثمّ فإذا ما توافرت الشّروط و الإجراءات الشّكلية المتطلّبة، فإنّ المتعامل المتعاقد قد يُعوّض عن الأضرار التي أصابته من جرّاء القوّة القاهرة. و يرى جانب من الفقه بأنّ هذا التّعويض يغطّي كافة أنواع الضّرر التي أصابت المتعاقد و لا يقتصر على الضّرر المادّي فقط[2].

عطفا على ما سبق، فإنّ الاستثناء الذي يشمل تعويض المتعامل المتعاقد عن الأضرار النّاتجة عن القوّة القاهرة، إنّما يجد أساسه في الطّبيعة القانونية للعقود الإدارية التي تهدف الإدارة من وراء إبرامها إلى تحقيق المصلحة العامّة من خلال ضمان حسن سير المرافق العامّة، بحيث تسعى الإدارة إلى استقطاب المتعاقدين الذين يُعتبرون مساعدين و معاونين لها لضمان استمرارية المرافق العامّة تلبيةً لاحتياجات جمهور المرتفقين.

الفرع الثّالث: فسخ الصّفقة

إذا ما أصبح تنفيذ العقد مستحيلا استحالة مطلقة بسبب القوّة القاهرة يعدّ عذرا مشروعا لفسخ الصّفقة[3]. و الاستحالة المطلقة للتّنفيذ ليست بالنّسبة للمتعامل المتعاقد وحده بل بالنّسبة إلى أيّ شخص يكون في موقف المتعاقد[4].

---

n'apporte pas de preuve à l'appui de ses allégations ; que, dès lors, le recours du ministère des travaux publics doit être rejeté…>> .

(1) – C.E 18 Fév.1931, n°90848, S^té des ciments de la Porte de France, Concl. Mazerat, Rec.192. Consulté sur site : https://www.gallica.bnf.fr le 28 Av. 2021 à 13h30mn. **و قد جاء فيه:**

<< Cons. que, sans qu'elles puissent être regardées comme ayant bouleversé l'économie du contrat…les grèves, accompagnées d'actes de violence, qui se sont produites…sur les chantiers de l'entreprise et qui ont été causées par l'hostilité d'une partie du personnel à l'égard des ouvriers étrangers à la région, ont revêtu le caractère d'une circonstance de force majeure ; que, dès lors, le préjudice subi par l'entrepreneur en raison du départ de ses ouvriers spécialistes et de la désorganisation de ses chantiers, lequel se rattache aux faits matériels ayant dans l'espèce caractérisé les grèves, ouvrait à la société des ciments de la Porte de France un droit à indemnité… >>.

(2) – علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص463.

(3)– علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص464.

انظر أيضا: – سحر جبّار يعقوب، المرجع السّابق، ص 154.

(4) – د. سعاد الشّرقاوي، المرجع السّابق، ص 431.

فلا غرابة أنّه إذا أصبح العقد غير قابل للتّطبيق أن يقرّر القاضي أنّ الوضع الجديد المتولّد يُكوّن حالة من القوّة القاهرة و التي تُمكّن كلا الطّرفين الطّلب من القضاء بفسخ العقد(1).

و هو ما قضى به مجلس الدّولة الفرنسي في قراره المبدئي الصّادر بتاريخ 09 ديسمبر 1932(2)، ثمّ تلته بعد ذلك العديد من القرارات في هذا الشّأن(3).

و جدير بالتّذكير في هذا الشّأن أنّه إذا كان من أثر الحدث المكوّن للقوّة القاهرة أن يؤدّي إلى انقضاء الالتزام بسبب استحالة تنفيذه، فإنّه يترتّب على ذلك انقضاء الالتزامات المقابلة له، خاصّة في حالة هلاك موضوع العقد.

إلاّ أنّ جمهور الفقه الإداري يُجمع على أنّه يتوجّب على المتعامل المتعاقد أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم بفسخ العقد بسبب القوّة القاهرة، خاصّة في الحالات التي لا يكون فيها أثر القوّة القاهرة بمثل وضوح حالة هلاك العقد.

حيث يقول الأستاذ **Delaubadère** بهذا الصّدد:

<< نعتقد بأنّ الفسخ الذي ينشده المتعامل المتعاقد يجب أن يطلبه من قاضي العقد؛ أمّا إذا كانت الإدارة هي التي تنشده، يمكنها في تصوّرنا أن تفسخ العقد بنفسها استنادا إلى سلطة الفسخ الإداري الانفرادي>>(4)

و هو الرّأي الذي يأخذ به الأستاذ **سليمان الطّماوي**(5) مع إقراره بما في مثل هذا الاتّجاه من مجافاة لفكرة القوّة القاهرة كسبب يؤدّي إلى الاستحالة المطلقة في تنفيذ الالتزامات العقدية؛ غير أنّه يضع في

---

(1) – Manuel Gros, op.cit, p 181. **حيث يقول الفقيه:**
<< À défaut, si le contrat n'est plus "viable", le juge décidera que la situation nouvelle ainsi créée constitue un cas de force majeure et autorise à ce titre aussi bien le concessionnaire que le concédant…à demander au juge la résiliation du contrat >>. **(ترجمة حرّة في المتن)**

(2) – C.E 09 Déc. 1932, req. n° 89655 C^ie des tramways de Cherbourg, précité.

(3) – C.E 16 Juil. 1952, Électricité de France, Rec.379.

(4) - André Delaubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, T.C.A, TI, op.cit, p 727.: **حيث يقول**
<< Nous pensons que lorsque la résiliation est recherchée par le cocontractant elle doit être demandée par celui-ci au juge du contrat ; mais lorsqu'elle est recherchée par l'administration, on peut penser que celle-ci est justifiée a prononcé elle-même la résiliation en usant du pouvoir de résiliation administrative unilatérale>>. **(ترجمة حرّة في المتن)**

(5) – د. سليمان الطّماوي، المرجع السّابق، ص 771.

الاعتبار الظّروف الخاصّة بالعقود الإدارية، و التي تستلزم الاستمرار في أداء الخدمة للمرتفقين حتى لا يتوقّف المرفق العام مهما كان الثّمن، و بالتّالي يجب ألاّ يُترك للأفراد حرّية تقدير ما يُعتبر من قبيل القوّة القاهرة.

لأنّ في ذلك– يُضيف جانب آخر من الفقه– [1] مصلحة للمرفق العام محلّ التّعاقد و مصلحة للأفراد المتعاقدين مع الإدارة أيضا، فما يكون من قبيل القوّة القاهرة في نظر المتعاقد قد لا يكون كذلك في نظر القاضي، الذي يتمتّع بالسّلطة التّقديرية لتحديد توفّر شروط القوّة القاهرة وفقا لظروف كلّ حالة على حدا.

و قد استقرّت التّطبيقات القضائية لمجلس الدّولة الفرنسي بهذا الشّأن، حيث قضى بأنّه في غير حالة هلاك موضوع العقد فإنّ المتعاقد قد يتعرّض للجزاءات العقدية إذا كانت الأفعال التي يدّعي أنّها سبب توقّفه عن تنفيذ التزاماته، ليست من قبيل القوّة القاهرة حسب تقديرات القاضي[2].

و قد قضى مجلس الدوّلة الفرنسي بأنّ حلول فترة العطلة القانونية، و انتظار وضع خط كهربائي للضّغط العالي من قبل شركة الكهرباء، لا يكتسبان طابع الحدث غير المتوقّع و لا هما من حالات القوّة القاهرة التي تُعذرُ من التّأخير[3].

كما قضى مجلس الدّولة الفرنسي بأنّ المتعاقد بتوقّفه عن تنفيذ التزاماته العقدية دون مبرّر، و لم يعاود تنفيذها فعلا، فإنّه لا رفض الإدارة بالموافقة على منحه زيادات استثنائية و لا عدم ضمانها حصوله على القروض التي ينوي التّعاقد بشأنها، و لا أيّ من الأسباب التي أثارها تبرّر قرار توقّفه عن سير المرفق

---

(1) – علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص431.

(2) – C.E, 3/5 SSR, 27 sept.1985, req. n°46359, C[ie] française d'irrigation, Concl. Latournerie, Consulté sur site : https://www.legifrance.gouv.fr le 29 Avril 2021 à 15h50mn. **و قد جاء فيه:**

<<Cons. qu'il est constant qu'ayant pris la décision de cesser l'exploitation du canal…la compagnie n'a pas, par la suite, justifie des moyens de la reprendre et ne l'a pas effectivement reprise ; que ni le refus de l'administration de lui accorder des augmentations exceptionnelles de tarifs et de garantir des emprunts qu'elle envisageait de contracter, ni aucun des autres faits qu'elle invoque pour justifier sa décision d'interrompre le service ne présente le caractère d'un événement de force majeure ; que, si les difficultés financières qu'elle allègue auraient pu, le cas échéant, motiver une demande d'indemnité ou une demande de résiliation de la concession, elles ne pouvaient justifier la cessation unilatérale de l'exploitation…>>.

(3) – C.E 10 Oct. 1984, S[té] Anonyme André, R.D.P 1985, p 235. **من بين ما جاء فيه:**

<< Cons. que la survenance d'une période de congé légal, et l'attente de la pose d'une ligne à haute tension par l'EDF, n'ont pas le caractère d'un fait imprévisible ou d'une circonstance de force majeure permettant d'excuser un retard…>>.

العام تُكوِّنُ حدث من طبيعة القوّة القاهرة. فإذا كانت الصّعوبات المالية التي يثيرها يمكن، عند الاقتضاء تبرير طلب التّعويض أو طلب فسخ العقد، إلاّ أنّها لا تبرّر التّوقّف الانفرادي عن الاستغلال، و من ثمّ يتحمّل تبعات إلغاء العقد[1].

المبحث الثّاني: فكرة القوّة القاهرة الإدارية

بوصفها حدثا مستقّلا عن إرادة المتعاقدين لا يمكن توقّعه أو تلافيه، لا يختلف مفهوم القوّة القاهرة في نطاق القانون الإداري عنه في مجال القانون الخاصّ؛ حيث الأثر المترتّب عن الحدث المكوّن للقوّة القاهرة في كلا القانونين واحد، و هو استحالة تنفيذ العقد، ممّا يؤدّي إلى إعفاء المتعامل المتعاقد مع الإدارة من تنفيذ التزاماته العقدية.

و لم يعترف مجلس الدّولة الفرنسي في بداياته بالقوّة القاهرة كسبب لإعفاء المتعاقد من التزاماته التّعاقدية إلاّ إذا نصّ العقد على ذلك متأثّرا حينها بمبدأ سلطان الإرادة و بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

و قد عمد المتعاقدون مع الإدارة يومئذ– من أجل مواجهة هذا الاتّجاه القضائي لمجلس الدّولة الفرنسي– إمّا إلى تضمين عقودهم بندا يقضي بإعفائهم من المسؤولية في حالة القوّة القاهرة، أو الزّيادة في ثمن عقودهم احتياطا و درءًا عن أنفسهم مغبّة النّتائج الباهظة التي قد يتعرّضون لها عند حدوث قوّة قاهرة ممّا ألقى بظلاله على الخزينة العمومية بتحمّل أعباء زائدة[2]. و قد انبرى الفقه الإداري في تلك المرحلة بالنّقد للموقف المجحف للقضاء الإداري باعتباره منافيا لمبدأ العدالة الذي يقضي بأنّه لا إلزام بمستحيل و عند الاستحالة لا يُسأل أحد[3].

و قد عدل القضاء الإداري عن موقفه السّابق، و اعترف مجلس الدّولة الفرنسي لأوّل مرّة في قراره الصّادر عام 1858 بالقوّة القاهرة كمبرّر لعدم التّنفيذ أو التّأخير فيه دون حاجة إلى النّص على ذلك في العقد[4]. حيث تتعلّق وقائع القضية بصفقة توريد الملح الصّخري مبرمة بين وزارة الحرب و متعاقدين.

---

(1) - C.E, 3/5 SSR, du 27 sept. 1985, req. n° 46359, C^{ie} française d'irrigation, précité.

(2) – عبسي عبد القادر الحسن، المرجع السّابق، ص 91.

(3) – Gaston Jèze, " Théorie générale des contrats de l'administration", op.cit, p 272.

(4) – C.E 18 Mars 1858, req. n° 28708, Sensine et consorts, Concl. Baroche, Rec.224.

Consulté sur site : https://www.gallica.bnf.fr le 01 Mai 2021 à 09h30mn. **و قد جاء فيه:**

نظرا للأحداث السّائدة في الهند(موطن التّوريد)، استحال على أحد المتعاقدين الاستمرار في توريد الكمية المتبقية من السّلعة في حين استحال على المتعاقد الآخر تنفيذ التزامه.

حيث قضى مجلس الدّولة للمتعاقد الأوّل بحق فسخ ما بقي من الصّفقة، و قضى للثّاني بحق فسخ الصّفقة لأنّ الأوضاع الأمنية في موطن التّوريد تعتبر حدث مكوّن للقوّة القاهرة.

و منذ ذلك التّاريخ، ما فتئت القوّة القاهرة أن تأخذ وضعا خاصّا في نطاق العقود الإدارية، حيث توسّع مجلس الدّولة الفرنسي في مفهوم القوّة القاهرة[1]، فأصبح لها معنيان في قضائه:

المعنى الأوّل: و هو المعنى الأصيل للقوّة القاهرة، و هي الحدث الخارجي الذي يستحيل تلافيه أو دفعه و الذي يؤدّي إلى استحالة التّنفيذ استحالة مطلقة، و يُعدّ سببا من أسباب الإعفاء من المسؤولية عن عدم التّنفيذ ممّا يؤدّي إلى انفصام الرّابطة العقدية.

ففي هذه الحالة، ينفسخ العقد بقوّة القانون، و هو ما قضى به مجلس الدّولة الفرنسي في أحد قراراته، إذ قدّر بأنّ: <<هلاك المحطّة، المعوّل على استغلالها عند التّعاقد، قد كوّن حدث حرب و الذي من أثره أن جعل من تنفيذ الصّفقة أمرا مستحيلا مطلقا...>>[2].

<< Cons. que les sieurs Sensine et Charlès s'étaient engagés à fournir à l'administration de la guerre, en 1857, 500.000 Kg de salpêtre exotique, et le sieurs Sempé et compagnie à fournir pendant la même année, une quantité égale ; qu'il résulte de l'instruction que les sieurs Sensine et Charlès n'ont livré aucune partie de la fourniture dont ils s'étaient chargés et que les sieurs Sempé et comp. n'ont livré que…sur 500.000Kg ; qu'à l'appui de leur demande en résiliation, les requérants invoquent la force majeure qui résulterait des événements survenus dans l'Inde, par suite desquels ils se seraient trouvés dans l'impossibilité de remplir leurs engagements ; que notre ministre ne conteste plus que l'inexécution desdits engagements soit la conséquence d'un cas de force majeure ; que, dès-lors il y a lieu de …résilier pour le tout le marché passé par les sieurs Sensine et Charlès, et de résilier celui des sieurs Sempé et comp. Pour la quantité restant à livrer par ces fournisseurs >>.

(1) – حول توسّع قضاء مجلس الدّولة الفرنسي في مفهوم القوّة القاهرة، انظر:

– د. سليمان الطّماوي، المرجع السّابق ص771.

– د. طارق سلطان، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية و ضوابطها (دراسة مقارنة)، دار النّهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 409.

(2) – C.E 16 juil. 1952, Électricité de France, Rec.379. précité. **حيث جاء فيه:**

<< La destruction le 12 Juin 1940 de la station en vue de laquelle avait été conclu le marché a constitué un événement de guerre ayant eu pour effet de rendre définitivement impossible

و لكن يردف الأستاذ **الطّماوي**[1] متسائلا: هل يسري القرار السّابق على جميع صور القوّة القاهرة– بهذا المعنى– و التي لا يكون أثرها بمثل هذا الوضوح؟

الإجابة على هذا التّساؤل نجدها في موقف الفقيه **Delaubadère** من فكرة فسخ العقد بسبب القوّة القاهرة، حيث يميّز الفقيه في هذه الحالة بين الفسخ الذي يطلبه المتعاقد، و ذلك المنشود من قبل الإدارة[2].

ففيما يتعلّق بالمتعاقد يرى الفقيه **Delaubadère** أنّه يتعيّن عليه اللّجوء إلى القضاء للحصول على حكم بانفساخ العقد بسبب القوّة القاهرة[3].

أمّا إذا كانت الإدارة هي التي تنشد الفسخ، فإنّها تستطيع إنهاء العقد بقرار منها استنادا إلى القوّة القاهرة فيصبح الفسخ هنا فسخا إداريّا[4].

و إن كان موقف الفقيه **Delaubadère** قد لقي من يسانده دون تحفّظ[5]؛ غير أنّ الأستاذ **الطّماوي** يرى – و بحقّ–، كما سبقت الإشارة إليه، بأنّ رأي الفقيه **Delaubadère** رغم مجافاته لفكرة القوّة القاهرة كسبب يؤدّي إلى الاستحالة المطلقة في تنفيذ الالتزامات العقدية، إلاّ أنّه لا يجب أن يترك للأفراد حرّية تقدير ما يعتبر من قبيل القوّة القاهرة، لأنّ ذلك يتنافى مع خصوصيات العقد الإداري التي تستلزم

---

l'exécution de ce marché et par voie de conséquence l'application des stipulations qu'il comportait…par suite Électricité de France n'est pas fondée à soutenir que le marché dont il s'agit n'a pas pris fin à la date sus-indiquée >>.

(1) – د. سليمان الطّماوي، المرجع السّابق، ص 770.

(2) - André Delaubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, T.C.A, TI, op.cit, p 727.

(3) – حيث استند الفقيه Delaubadère إلى قرارين لمجلس الدّولة الفرنسي:

- C.E 30 Juin 1937, req. n° 47644 Commune d'Avrieux, Concl. Andrieux, Rec.648. Consulté sur site : *https://www.gallica.bnf.fr* le 01 Mai 2021 à 16h15mn. **حيث جاء فيه:**

<< Cons.que par décision…le ministre des travaux publics a refusé à la société…la concession qu'elle sollicitait; que cette décision a eu pour effet de rendre inexécutable la convention intervenue entre la commune d'Avrieux et son concessionnaire ; Cons. qu'aucune faute ne pouvant être imputée à la société…c'est à bon droit que le conseil de préfecture a prononcer la résiliation pure et simple de la concession>>. Cf. :

- C.E 27 Oct. 1937, req. n° 52659, Troquet, Concl. Latounerie, Rec.871.

(4)– حيث استند Delaubadère تدعيما لقوله إلى قرار مجلس الدّولة : - C.E 07 Mai 1952, Eloy, Rec.120.

(5) – د. طارق سلطان، المرجع السّابق، ص 409.

السّهر على استمرارية سير المرافق العامّة بانتظام و اضطراد. فاللّجوء إلى القضاء لن يثقل على الأفراد شيئا سوى للتّأكد من قيام حالة القوّة القاهرة[1].

المعنى الثّاني: هو التّوسّع لفكرة القوّة القاهرة الذي جاء به مجلس الدّولة الفرنسي بمقتضى قراره الصّادر في قضية C^ie des tramways de Cherbourg[2] ، فالأصل أنّ الظّرف الطّارئ يحول بين المتعاقد و تنفيذه لالتزاماته العقدية دون أن يؤدّي إلى استحالة التّنفيذ بل يجعله مرهقا. و بذلك تختلف نظرية الظّروف الطّارئة عن نظرية القوّة القاهرة التي تجعل تنفيذ العقد مستحيلا.

و كان ذلك هو منهج مجلس الدّولة الفرنسي حتى سنة 1932 حين حوّره في هذا التّاريخ؛ من خلال التّساؤلات التي أثارها مفوّض الحكومة Josse في تقريره المقدّم أمام مجلس الدوّلة الفرنسي في القضية المنوّه عنها أعلاه. من ذلك؛ ما هي حقوق كلّ من الملتزم و مانح الالتزام عندما يصبح العقد غير مثمر؟ هل يُلزم المتعاقد بضمان سير المرفق العام ؟ أو هل بإمكانه طلب الفسخ، و بأيّ شروط؟ إن كانت الإجابة نعم، هل تعفى الإدارة من كلّ مسؤولية عن الزّيادة في الأسعار المتّفق عليها؟ أم هي ملزمة و لأيّ حدّ و بأي شكل ، لمساعدة المتعاقد معها؟، إذ خوّل كُلاًّ من الإدارة و المتعاقد معها الحق في طلب فسخ العقد قضائيّا(المطلب الثّالث)، إذا تبيّن أنّ العقد الإداري لن يعود إليه توازنه(المطلب الأوّل) بالرّغم من سعي الطّرفين للبحث عن اتّفاق جديد(المطلب الثّاني) تلكم هي عناصر القوّة القاهرة الإدارية التي سوف نتناولها تباعا.

المطلب الأوّل: قلب اقتصاديات العقد نهائيّا

سبق و أن تناولنا بالدّراسة نظرية الظّروف الطّارئة في الفصل الثّاني من الباب الأوّل من هذه الرّسالة حيث وقفنا على أنّ ابتكار مجلس الدّولة الفرنسي لهذه النّظرية إنّما كان لمواجهة ظرف مؤقّت.

(1) – د. سليمان الطّماوي، المرجع السّابق، ص 771.

(2) – C.E 09 Déc. 1932, C^ie des tramways de Cherbourg, précité.

و من ثمّ فإنّه يجب ألاّ تجد مجالا للتّطبيق كلّما تبيّن أنّ اختلال التّوازن المالي للعقد أصبح نهائيّا و أنّه من غير الممكن إرجاعه إلى سيرته الأولى[1].

فمن غير المستساغ إلزام الإدارة المتعاقدة على دفع تعويضات عن الظّروف الطّارئة، مساعدةً منها للمتعاقد معها حتى لا يضطرّ إلى التّوقّف عن تنفيذ التزاماته العقدية، إلى ما لا نهاية[2]، فالإدارة طرف في العقد مثلها مثل المتعاقد معها و ليست ضامنة لهذا الأخير.

و لمّا كان المبدأ في التّعويض عن نظرية الظّروف الطّارئة هو التّعويض الجزئي و المؤقّت، إلاّ أنّ الفرضية المطروحة هي استحالة عودة التّوازن المالي للعقد، و من ثمّ نتواجد أمام إشكالية حلّ هذه الفرضية؛ حيث عجز التّعويض الجزئي، استنادا لنظرية الظّروف الطّارئة، عن حلّها؛ كما أنّها تخرج عن حالات القوّة القاهرة التّقليدية، كون إمكانية التّنفيذ تبقى قائمة[3].

الإجابة عن هذه الإشكالية جاء بها مجلس الدّولة الفرنسي في قراره الصّادر سنة 1932 الفاصل في قضية C^ie des tramways de Cherbourg[4].

حيث تتلخّص وقائع القضية في أنّ الشّركة الملتزمة بنقل الرّكاب قد واجهت اختلالا جسيما في المشروع محلّ العقد، ابتداءً من سنة 1916، و ذلك نتيجة انتشار وسائل النّقل الحديثة الأكثر سرعة، و منافستها القويّة للمشروع. ممّا حذا بسكّان المدينة بالانصراف عن استعمال Tram، مفضّلين استخدام وسائل النّقل الأكثر تقدّما.

و قد تبيّن أنّه لا أمل في عودة التّوازن المالي للعقد الذي اختلّ على الرّغم من رفع أسعار الرّكوب و على الرّغم من أنّه ما بين عام 1916 و 1922 كان طرفي العلاقة العقدية قد عقدا ثمانية ملاحق للعقد الأصلي للتّرخيص للمتعاقد برفع الأسعار، بل إنّ المدينة في آخر هذه الملاحق قد رخّصت للشّركة بتحديد السّعر الذي تراه لمواجهة الخسائر التي تكبّدتها.

---

(1) – كان ذلك بموجب القرار المبدئيّ الشّهير المؤرّخ في 30 مارس 1916 في قضية شركة الإنارة لمدينة بوردو، السّالف ذكره.

(2) – علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص466.

(3) - André Delaubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, T.C.A, TI, op.cit, p 731.

(4) – C.E 09 Déc. 1932, C^ie des tramways de Cherbourg, précité.

و لكن دَخْلُ المشروع ظلّ أبعد ما يكون من أن يُغطّي تكاليف الاستغلال، دون إعانة دائمة من الإدارة. فلّما رفُع الأمر أمام مجلس الدّولة الفرنسي أقرّ مجموعة من المبادئ اصطلح على تسميتها بالقوّة القاهرة الإدارية.

من ذلك أنّه إذا تبيّن أنّ اختلال التّوازن المالي للعقد قد أصبح نهائيّا بلا رجعت مهما قدّمت الإدارة من مساعدات للمتعاقد معها؛ فإنّه يحقّ لكلّ من طرفيّ العلاقة العقدية أن يطلب من القاضي تسجيل هذا الموقف(1).

و بذلك نصل إلى أقصى حدٍّ لنظرية الظّروف الطّارئة فيتعطّل تفعيلها؛ كون نظرية عدم التّوقّع إنّما ابتكرت من أجل إيجاد حلٍّ لظرف مؤقّت، أي تنتهي بزوال الحدث المكوّن لها و الذي اعترض المتعامل المتعاقد و حال دونه و دون تنفيذه لالتزاماته التّعاقدية(2).

فنظرية الظّروف الطّارئة، التي ابتكرها مجلس الدّولة الفرنسي، إنّما تأسّست حول فكرة أنّ الفترة غير التّعاقدية هي فترة مؤقّتة، يتعلّق الأمر بالمرور بفترة عصيبة، و لكن يسترجع العقد بعدها توازنه. و أحسن دليل على أنّ نظرية الظّروف الطّارئة لا تعالج وضعية دائمة، فهي لا تصل إلاّ لحلّ ظرفي ، و هي تُحمّل المتعامل المتعاقد جزءًا من الخسارة، و لكن، لا يمكن لمؤسّسة اقتصادية أن تعيش دائما في الخسارة. أمّا إذا اختلّ التّوازن المالي للعقد نهائيّا يجب البحث عن شيء آخر(3). و هو ما أقرّه مجلس الدّولة الفرنسي في قراره الصّادر في قضية C^ie des tramways de Cherbourg حيث جاء فيه:

---

(1) – Laurent Richer, droit des contrats administratifs, op.cit, p 214.

(2) – حسن درويش، نظرية الظّروف الطّارئة كأساس للتّعويض في العقد الإداري، مجلّة العدالة، العدد 27، السّنة الثّامنة وزارة العدل و الشّؤون الإسلامية و الأوقاف، أبو ظبي، دولة الإمارات العربية المتحدة، أفريل 1981. ص ص 39-45.
انظر كذلك: – د. محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السّابق، ص 186.

(3) – ذلك ما جاء في تقرير مفوّض الحكومة Josse في قضية:Compagnie des tramways de Cherbourg

<< Toute la théorie de l'imprévision est bâtie sur cette idée que la période extracontractuelle est temporaire. Il s'agit de passer un moment difficile, mais ensuite le contrat reprendra son empire. La meilleure preuve que l'imprévision n'est pas faite pour une situation permanente c'est qu'elle n'aboutit qu'à un modus vivendi provisoire, c'est qu'elle laisse toujours une partie de déficit au concessionnaire. Or, une entreprise commerciale ne peut pas vivre indéfiniment en déficit…Si l'équilibre de la concession est définitivement compromis, il faut donc trouver autre chose >>.**(ترجمة حرّة في المتن)**

<< في حالة ما إذا كان من أثر الظّروف غير المتوقّعة قلب اقتصاديات العقد، يجب على الإدارة أن تتّخذ التدابير اللاّزمة من أجل تمكين المتعاقد معها من ضمان استمرار المرفق العام الموكل إليه؛ و لا يترتّب في ذمّتها هذا الالتزام إلاّ في حالة ما إذا كان انقلاب اقتصاديات العقد مؤقّتا. ففي حالة ما إذا أحدثت الظّروف الاقتصادية الجديدة حالة نهائيّة لا تسمح للمتعامل المتعاقد بأن يوازي بين مصاريفه و الموارد المتحصّل عليها، فليس على الإدارة المتعاقدة أن تضمن– على حساب المواطنين دافعي الضّرائب و خلافا للتّوقعات الجوهرية للعقد– سير مرفق عام لم يعد قابلا للحياة>>[1].

و إذا كان مجلس الدّولة الفرنسي قد اعتبر استدامة الظّرف الطّارئ على النّحو المتقدّم، من قبيل الأحداث المكوّنة للقوّة القاهرة إلاّ أنّها قوّة قاهرة من نوع خاصّ، اصطلح على تسميتها في الفقه الإداري بالقوّة القاهرة الإدارية[2]؛ و التي تتوسّط نظرية القوّة القاهرة التّقليدية و نظرية الظّروف الطّارئة.

و الذي حثّ مجلس الدّولة الفرنسي على تبنّي هذا المفهوم الجديد للقوّة القاهرة هو تجنّب تطبيق نظرية الظّروف الطّارئة في قضية C^ie des tramways de Cherbourg عند وقوفه على استحالة إعادة التّوازن المالي للعقد، فقلب اقتصاديات هذا الأخير أصبح نهائيّا، فلا يجب، من باب الصّالح العام أن تُكره جهة الإدارة المتعاقدة على دفع للمتعاقد معها تعويضات إلى ما لا نهاية.

---

(1) - C.E 09 Déc. 1932, C^ie des tramways de Cherbourg, précité.

و من بين ما جاء فيه:

<< Cons. que, au cas où des circonstances imprévisibles ont eu pour effet de bouleverser le contrat, comme il a été dit ci-dessus, il appartient au concédant de prendre les mesures nécessaires pour que le concessionnaire puisse assurer la marche du service public dont il a la charge…, mais que cette obligation ne peut lui incomber que si le bouleversement du contrat présente un caractère temporaire ; que, au contraire, dans le cas où les conditions économiques nouvelles ont crée une situation définitive qui ne permet plus au concessionnaire d'équilibrer ses dépenses avec les ressources dont il dispose, le concédant ne saurait être tenu d'assurer aux frais des contribuables et contrairement aux prévisions essentielles du contrat le fonctionnement d'un service qui a cessé d'être viable>> .

(2) **– حول الفكرة راجع:**

– د. محمّد السّناري، المرجع السّابق، ص 107.

– د. محمود عاطف البنا، المرجع السّابق، ص 236.

– د. طارق سلطان، المرجع السّابق، ص 409.

و طالما أنّ الظّروف التي تعترض سبيل المتعاقد في التّنفيذ لم تجعل من هذا الأخير مستحيلا استحالة مطلقة ، فإنّنا نتواجد أمام فرضية جديدة لا تنظّمها نظرية الظّروف الطّارئة، كما أنّها لا تندرج في إطار المفهوم التّقليدي للقوّة القاهرة.

و لتكييف و تنظيم هذا الوضع ابتكر مجلس الدّولة الفرنسي فكرة القوّة القاهرة بمفهومها الجديد الذي أصبح يُعرف في مفردات القانون الإداري بالقوّة القاهرة الإدارية[1].

و كان الحلّ الأوّل لهذا الوضع المستجد دعوة مجلس الدّولة الفرنسي طرفيّ العلاقة العقدية إلى محاولة إيجاد اتّفاق جديد يُنظّم الظّرف الطّارئ.

المطلب الثّاني: البحث عن اتّفاق جديد

كحلّ للموقف المذكور أعلاه، و المتمثّل في قلب اقتصاديات العقد نهائيّا دون أن يؤدّي ذلك إلى استحالة مطلقة للتّنفيذ، اعتمد مجلس الدّولة الفرنسي فكرة دعوة طرفي العلاقة العقدية إلى البحث عن اتّفاق جديد[2]. كإعادة النّظر في شروط العقد لتخطّي الأزمة التي اعترضت سبيل الاستمرار في التّنفيذ– خاصّة في العقود المتراخية التّنفيذ– أو محاولة تنظيم أركان المرفق العام محل التّعاقد بما يتماشى و الاحتياجات الجديدة للمرتفقين[3].

---

(1) – د. محمّد سعيد حسين أمين، المرجع السّابق، ص 643.

(2) - C.E 09 Déc. 1932, C^{ie} des tramways de Cherbourg, précité.

و قد جاء فيه:

<< Que, dans cette hypothèse, la situation nouvelle ainsi créée constitue un cas de force majeure et autorise à ce titre aussi bien le concessionnaire que le concédant, à défaut d'un accord amiable sur une orientation nouvelle à donner à l'exploitation, à demander au juge la résiliation de la concession>>.

(3) - André Delaubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, T.C.A, T$_{II}$, op.cit, p 628.

حيث يذكر الأستاذ:

<< Les parties doivent chercher par un nouvel accord à remédier à une telle situation…en envisageant une réorganisation du service de manière à l'adapter aux besoins nouveaux du public >>.

إنّ إعادة التّفاوض حول عقد اعترضته حالة من القوّة القاهرة يمكن أن يسوق طرفي العلاقة العقدية للاتّفاق حول تعليق، فسخ العقد أو في الحالة غير التّقليدية العمد إلى تكييفه[1].

و دور القاضي في هذه الحالة، لا يقتصر على دعوة الأطراف للاتّفاق الذي يعيد للصّفقة العمومية توازنها المالي، كما هو الحال في نظرية الظّروف الطّارئة، بل بوسعه استعمال وسيلة فعّالة و حاسمة للضّغط على طرفي العلاقة العقدية؛ و هي التّهديد بالحكم بالتّعويض ضد الطّرف المتعنّت الذي تسبّب في الإخفاق للوصول إلى اتّفاق جديد[2].

و قد أشار إلى هذا الاتّفاق الودّي مفوّض الحكومة Josse في تقريره المقدّم إلى مجلس الدّولة الفرنسي حول قضية C^ie des tramways de Cherbourg، حيث جاء فيه:

<< يجب على كلّ طرف؛ خشية الفسخ على حسابه، أن يبذل من الجهد قدره لإبرام اتّفاق ودّي. فتهديد التّعويض يجب أن يدفعهما إلى إبرام ملاحق عادلة...قد يقال بأنّنا منحنا للقاضي مهمّة جدّ صعبة...كما قد يقال كذلك بأنّ القاضي قد أنشأ عقدا جديدا ؟ >> يجيب المفوّض Josse بالنّفيّ؛ << لا، إنّما يدفع الأطراف لعقده، ذلك أنّه عند التّخلّف فإنّ الأطراف تعلم بأنّ هناك تهديد بالتّعويض...>>[3].

---

(1) – Pierre Moisan, Technique contractuelle et gestion des risques dans les contrats internationaux : le cas de force majeure et d'imprévision, les cahiers de droit, faculté de droit de l'université Laval, volume 34, numéro 2, Montréal, Canada, 1994, p 319.

حيث يقول الفقيه:

<< La renégociation d'un contrat touché par un cas de force majeure, pourra amener les parties à s'entendre pour suspendre ou résilier le contrat ou, ce qui est moins traditionnel, à procéder à son adaptation…>>.

انظر في ذات السّياق:– د. محمود عاطف البنا، المرجع السّابق، ص 236.

– علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص469.

– د. السّيد فتوح محمّد هنداوي، المرجع السّابق، ص 459.

(2) **– راجع في ذلك:** – علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص469.

– د. محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السّابق، ص 188.

(3) – Conclusion Josse sur C.E 09 Déc. 1932, C^ie des tramways de Cherbourg, précité.

و قد جاء فيه:

<<…Il faut que chacun ; craignant une résiliation à son désavantage, « y mette du sien » pour conclure un accord amiable. La menace de dommages-intérêts doit les pousser à des avenants équitables…Nous donnons au juge dira-t-on une tache extrêmement délicate…le juge refait un nouveau contrat, dira-t-on encore ? Non, il pousse les parties à en faire un, puisqu'à défaut, elles savent qu'il y aura indemnité, et c'est conforme à votre doctrine traditionnelle…>>.

فإذا كان المفهوم الرّوماني الصّارم للقوّة القاهرة بأنّها ذلك الحدث غير المتوقّع و الذي لا يمكن دفعه الخارج عن إرادة المدين، و الذي يؤدّي إلى الاستحالة المطلقة لتنفيذ الالتزام، فإنّ الممارسة الدّولية تتّسم بالمرونة المتواترة لهذه المعايير [1].

و هذه المرونة التي استحدثها مجلس الدّولة الفرنسي في قراره المبدئي في قضية c^ie des tramways de Cherbourg ليست غريبة في تقديرنا عن خاصّية قابلية العقود الإدارية للتّعديل و التّكيّف بعكس قاعدة الثّبات المميّزة للعقود الخاصّة، كما أنّها تنسجم مع قاعدة خاصّية المرونة للقانون الإداري بصفة عامّة.

و قد أكّد مجل الدّولة الفرنسي تمسّكه باجتهاده هذا حول القوّة القاهرة الإدارية في أحد قراراته الحديثة في قضية S^té SOGEST & Co. C/ commune de Staffelfelden [2].

و تتلخّص وقائع القضية في تعاقد بلدية Staffelfelden مع شركة SOGEST على أن تزوّد هذه الأخيرة البلدية بالمياه الصّالحة للشّرب (عقد بيع المياه بالجملة)، حيث تضمّن العقد بأن يتمّ التّزويد بالمياه – من حيث المبدأ– من منبع قريب يقع بـ Illzach. غير أنّه و بسبب تلوّث كيميائي خطير، أصبحت المياه الجوفية للموقع ملوّثة لمدّة طويلة (قرنين)، ممّا يتوجّب التّزويد بالماء من مكان بعيد جدّا، و هو ما دفع بالشّركة المتعاقدة لضخّ استثمارات ضخمة ممّا أدّى إلى تضاعف تكلفة الماء إلى ثلاثة أضعاف. و هو ما أدّى إلى اختلال كبير في التّوازن المالي للعقد الأصلي.

و في ظلّ رفض البلدية (لمدّة 12 سنة) لكلّ محاولات البحث عن اتّفاق جديد، قُضيَ بفسخ العقد على حساب البلدية مع التّعويض.

---

(1) – Pierre Moisan, op.cit, pp 319-320.

(2) – C.E, 7/5 SSR du 14 Juin 2000, req. n° 184722, S^té SOGEST & Co. C/ Commune de Staffelfelden, Concl. M^me Bergeal. Consulté sur site : https://www.legifrance.gouv.fr le 05 Mai 2021 à 08h50mn.

من بين ما جاء فيه:

<< Considérant qu'il résulte de l'instruction que la pollution qui a frappé le site de captage d'eau des sources d'Illzach avait un caractère irrésistible et a constitué, en raison de son ampleur qui en interdit l'exploitation pendant une période qui pourrait atteindre deux siècles, un événement imprévisible au moment où a été conclu le contrat d'approvisionnement en eau de la commune >>.

المطلب الثّالث: فسخ العقد

يشكّل فسخ الصّفقة آخر عنصر من عناصر القوّة القاهرة الإدارية التي ابتكرها مجلس الدّولة الفرنسي بموجب قراره الصّادر في قضية C^ie des tramways de Cherbourg.

حيث يُجمع الفقه الإداري على أنّه في حالة عدم وصول طرفيّ العلاقة العقدية إلى اتّفاق ودّي بينهم لتوجيه جديد للمشروع محلّ العقد، يمكن للقاضي أن يحكم بفسخ العقد. و يأتي هذا الفسخ إمّا بناءً على طلب الإدارة أو بناءً على طلب المتعاقد معها(1).

علما بأنّ هذا الفسخ قد يكون مصحوبا بالتّعويض لمصلحة أحد الطّرفين المتعاقدين متى كان له مقتضى.

و يجد هذا الفسخ القضائي أساسه، حسب قضاء مجلس الدّولة الفرنسي، في فكرة اختلال التّوازن المالي النّهائي للعقد الذي يشكّل حالة من القوّة القاهرة.

ذلك ما جاء به مفوّض الحكومة Josse في تقريره بخصوص قضية C^ie des tramways de Cherbourg (2).

---

(1) - André Delaubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, T.C.A, TII, op.cit, p 628.

حيث يقول الفقيه:

<< À défaut d'un « accord amiable sur une orientation nouvelle à donner à l'exploitation », le juge peut prononcer la résiliation du contrat. Cette résiliation peut être demandée, soit par l'administration, soit par le contractant >>.

Voir également :

- Yves Gaudemet, T.D.A, TI, Droit administratif général, op.cit, p 716.
- Manuel Gros, op.cit, p 181.
- Jean Rivéro, Jean Waline, op.cit, p 133.
- Patrick Janin, op.cit, p 204.
- André Maurin, op.cit, p 75.
- Georges Vedel, op.cit, p 255.
- Patrick Fraisseix, Jean-Paul Valette, Précis de droit public, 1ère édition, presses universitaires de France, collection Major, Paris, 2000, p 435.

(2) – Conclusion Josse sur C.E 09 Déc. 1932, C^ie des tramways de Cherbourg, précité :

<< Le refus de ces derniers (les usagers) de supporter la taxe minimum nécessaire pour que le service fonctionne fait disparaître le fondement même du service public ; il est prouvé ainsi définitivement que le caractère d'intérêt général de l'entreprise n'existe plus à un degré

و هو ما أقرّه مجلس الدّولة الفرنسي في ذات القرار[1]؛ حيث اعتبر " في هذه الفرضية بأنّ الوضعية الجديدة المستحدثة تُكوّن حالة من القوّة القاهرة، و التي، في غياب اتّفاق ودّي حول توجيه جديد للمشروع تسمح لأيّ من الطرفين أن يطلب من القاضي فسخ العقد مع التّعويض إن كان له مقتضى، مع الأخذ بعين الاعتبار كلّ من بنود العقد و كلّ ظروف القضية ".

و هو الاجتهاد المستقرّ في قضاء مجلس الدّولة الفرنسي حيث أكّد هذا الاتّجاه في قراره الصّادر في قضية بلدية Staffelfelden[2]، حين قضى بفسخ العقد مع التّعويض إذ قدّر بأنّ: " التّلوث في قطاع صناعيّ لم يكن غير متوقّع إلاّ أنّ الذي حدث كان غير متوقّع نظرا لجسامته، و من ثمّ فالشّركة لم تعد مسؤولة عن ضمان، بخلاف التّوقعات الجوهرية للعقد، سير مرفق عامّ لم يعد قابلا للحياة ".

ففي هذه الفرضية للقوّة القاهرة يكون المتعامل المتعاقد مُعفى من أيّة مسؤولية و من أيّ تعويض؛ لكن الحال ليس كذلك إذا لم يَثبت لدى القاضي قيام حالة القوّة القاهرة، عندها يتحمّل المتعاقد مسؤوليته العقدية تجاه الإدارة المتعاقد معها[3].

---

suffisant. C'est là quelque chose de bien plus grave que la hausse imprévisible des prix. On est en présence d'une force majeure qui permet de résilier le contrat>> .

(1) – C.E 09 Déc. 1932, C[ie] des tramways de Cherbourg, précité.

إذ جاء فيه:

<< Dans cette hypothèse, la situation nouvelle ainsi créée constitue un cas de force majeure et autorise à ce titre aussi bien le concessionnaire que le concédant, à défaut d'un accord amiable sur une orientation nouvelle à donner à l'exploitation, à demander au juge la résiliation de la concession, avec indemnité, s'il y a lieu, et en tenant compte tant des stipulations du contrat que de toutes les circonstances de l'affaire >> .

(2) - C.E 7/5 SSR du 14 Juin 2000, req. n° 184722, S[té] SOGEST & Co. C/ Commune de Staffelfelden, précité.

إذ جاء فيه:

<< Considérant que, même si une pollution n'est pas imprévisible dans un secteur industriel, celui qui c'est produit l'était « en raison de son ampleur », et que la société ne saurait être tenue d'assurer, contrairement aux prévisions essentielles du contrat, le fonctionnement d'un service qui a cessé d'être viable >>.

(3) – C.E,7[ème] et 2[ème] SSR du 03 Mars 2010,req. n°323076, commune de Garges-Lès-Gonesse Concl. Boulouis Nicolas, inédit au recueil Lebon. Consulté sur site : *https://www.legifrance.gouv.fr* le 05 Mai 2021 à 13h15mn.

حيث تتعلّق وقائع القضية بتعاقد بلدية Garges-Lès-Gonesse مع الفنّان Raphaël من أجل إحياء حفل فنّي إلاّ أنّ شركة الإنتاج للمغنّي قد فسخت العقد المبرم مع البلدية بدافع الإرهاق الشّديد (grande fatigue) للمغنّي.

و قد أخذ بهذه الفكرة جمهور الفقه الإداري في الوطن العربي[1]؛ على أنّه إذا كانت فكرة القوّة القاهرة في العقود الإدارية، حتى عام 1932، مناظرة لذات الفكرة في القانون المدني؛ من حيث العناصر المكوّنة لحالة القوّة القاهرة، فإنّ مجلس الدّولة الفرنسي في حكمه الشّهير في قضية C^ie des tramways de Cherbourg قد أضاف لهذه الفكرة تطبيقا جديدا ليس من بين عناصره شرط استحالة الدّفع.

و هذه الفكرة الجديدة للقوّة القاهرة توجد عندما نكون بصدد حدث خارجي غير متوقّع و يؤدّي إلى قلب اقتصاديات العقد نهائيّا، و لكن دون أن يؤدّي إلى استحالة مطلقة في تنفيذ العقد؛ و من ثمّ لا يعفى المتعاقد من تنفيذ التزاماته العقدية، و إنّما يُسمح له – أو للإدارة المتعاقدة معه– بأن يطلب من القاضي فسخ العقد[2].

و ما يفسّر تجنّب تطبيق نظرية الظّروف الطّارئة في القرار المبدئي المنوّه عنه أعلاه، تأثّر مجلس الدّولة الفرنسي بمبادئ العدالة و اعتبارات المصلحة العامّة.

فاعتبارات المصلحة العامّة تتجلّى في وجوب المحافظة على المال العام، صيانته و عدم تبديده بإجبار الإدارة على المساهمة المالية في مرفق عام لا جدوى من استمراره في البقاء؛ أمّا مبادئ العدالة تتّضح من خلال الموازنة بين حقوق طرفيّ العلاقة العقدية بالسّماح لكلا الطّرفين من تقديم طلب فسخ العقد في حالة الاختلال النّهائي لتوازنه المالي[3].

فلمّا عُرض النّزاع أمام مجلس الدّولة الفرنسي قدّر هذا الأخير بعدم وجود قوّة قاهرة (la grande fatigue ne constitue pas un cas de force majeure)، و من ثمّ رتّب المسؤولية العقدية للشّركة تجاه البلدية.

(1) – **انظر على سبيل المثال:** – د. محمود عاطف البنا، المرجع السّابق، ص 236.
– د. محمّد السّعيد أمين، المرجع السّابق، ص 643.
– د. عبد العظيم عبد السّلام عبد الحميد ، المرجع السّابق، ص 80.

(2) – **راجع في هذا المعنى:** – علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص469.
– عبسي عبد القادر الحسن، المرجع السّابق، ص 92.
– د. محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السّابق، ص 189.
– د. عبد الغني بسيوني عبد الله ، المرجع السّابق، ص 535.
– علي بن عبد الكريم أحمد السّويلم، المرجع السّابق، ص 107.
– د. السّيد فتّوح محمّد هنداوي، المرجع السّابق، ص 459.

(3) – د. محمّد سعيد حسين أمين، المرجع السّابق، ص 643.

و يرى الفقيه **Delaubadère**[1] بأنّه إذا كان قرار C^ie des tramways de Cherbourg يشكّل القرار المبدئي للقوّة القاهرة الإدارية إلاّ أنّ الفقه قد سبق هذا القرار، حيث أثير التّساؤل قبل صدوره عن الحلّ الذي يمكن إعطاؤه في حالة الاختلال النّهائي؛ و قد كان تدهور القيمة النّقدية هو المؤشّر الذي نبّه آنذاك على أنّ السّؤال سيطرح في يوم أو في آخر؛ و كان فقهاء و مفوضو الحكومة قد اقترحوا الحلّ الذي لم يتبنّاه مجلس الدّولة الفرنسي إلاّ في قرار C^ie des tramways de Cherbourg.

و عليه فإنّ فكرة القوّة القاهرة الإدارية لم تنشأ من عدم، إنّما كانت لها قاعدة خلفية تمثّلت في آراء الفقه الإداري و تقارير مفوّضو الحكومة، لدى مجلس الدّولة الفرنسي، التي سبقت سنة 1932.

قد يُثار التّساؤل حول إمكانية توسيع إعمال فكرة القوّة القاهرة الإدارية على كلّ العقود الإدارية؛ ذلك أنّها نشأت عن منازعة تتعلّق بعقد امتياز مرفق عام؟

انظر أيضا:

– عبسي عبد القادر الحسن، المرجع السّابق، ص 92.

(1) - André Delaubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, T.C.A, TII, op.cit, p 628.

حيث يذكر الفقيه:

<< L'arrêt des tramways de Cherbourg constitue dans la matière un arrêt de plein sens de cette expression. Auparavant, la question avait certes été soulevée de savoir quelle solution devait être donnée au cas de déficit définitif ; la dépréciation de la monnaie avait notamment fait comprendre que la question se poserait un jour ou l'autre ; des auteurs et des commissaires du gouvernement avaient suggéré la solution qui devait être celle de l'arrêt de 1932>>.

L'auteur étai ses dires avec les exemples suivants :

- Jèze, R.D.P 1920, p 79 ; **Cf**. contrats, II, p 535-536./- Alibert, op.cit, p 27.
- Riboulet, Concl. Sur C.E 27 juin 1919, Gaz de Nice, Rec.571. Consulté sur site : *https://www.gallica.bnf.fr* le 06 Mai 2021 à 13h00mn.

و من أهمّ العبارات ذات الدّلالة التي صاغها مفوّض الحكومة Riboulet :

<<Certes, en présence de l'incertitude qui pèse sur les lendemains économiques de la guerre, il est concevable que cette jurisprudence pourra comporter des développements nouveaux.
On peut penser que des aggravations d'exploitation nées de la guerre autres que la hausse du charbon seront susceptibles d'engendrer la situation de force majeure et d'imprévision ; estimer que le retour à des prix du charbon normaux et à l'exécution des contrats…selon leurs clauses primitives restera très aléatoire ; que le bouleversement profond introduit par les hostilités dans la valeur de l'argent et dans les rapports du capital et du travail conduirait à une sorte de révision spontanée des contrats privés ou publics. Il y aura là des éléments nouveaux que le juge, le moment venu, ne devra pas négliger ; on ne saurait engager l'avenir dans des matières aussi délicates>>

اختلف الفقه الإداري حول فكرة توسيع تطبيق فكرة القوّة القاهرة الإدارية على جميع أنواع العقود الإدارية بين من حصر تطبيقها على عقود التزام المرافق العامّة كونها – في تقديرهم– هي العقود الوحيدة المتراخية التي يمتدّ تنفيذها إلى مُددٍ طويلة نسبيّا.

ممّا يمكن معه أن تثار مشكلة الاختلال في اقتصاديات العقد بصفة نهائية[1]. و بين من يرى إمكانية توسيع تطبيقها على جميع العقود الإدارية، كون المبادئ التي جاءت بها النّظرية هي ذات امتداد شامل للتّطبيق؛ و إن كان تطبيقها العملي اقتصر على عقود امتياز المرافق العامّة[2].

و من جانبنا نرى بأنّه يمكن تفعيل نظرية القوّة القاهرة الإدارية في كلّ منازعات العقود الإدارية، متى توافرت شروط تطبيقها، لا سيما صفقات الدّولة (les marchés d'État) نظرا لامتداد تنفيذها إلى عدّة سنوات مثل: إنشاء الموانئ و المطارات و الطّرق السّيارة.

و جدير بالذّكر في هذا المقام، ما أشار إليه الفقه الإداري، بأنّ المبادئ التي جاء بها القضاء الإداري فيما يتعلّق بالقوّة القاهرة الإدارية بموجب القرار المبدئي الشّهير لمجلس الدّولة الفرنسي سنة 1932 في قضية C^{ie} des tramways de Cherbourg قد تبنّاها المشرّع الفرنسي، حيث أصبحت لنظرية القوّة القاهرة الإدارية إجراءات قضائية و إجراءات إدارية نظّمتها بعض النّصوص القانونية الفرنسية استلهمت أحكامها من قرار مجلس الدّولة الفرنسي المبدئي و الذي أفضى إلى إمكانية طلب فسخ العقد من أيّ من الطّرفين في حالة الاختلال النّهائي لتوازنه المالي[3].

---

(1) – حول أنصار هذا الاتّجاه راجع:

– علي محمّد علي عبد المولى، المرجع السّابق، ص474 فما فوق.

(2) - André Delaubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, T.C.A, T$_{II}$, op.cit, p 629.

حيث يذكر الفقيه:

<<Les principes ci-dessus ont une portée d'application générale ; ils valent pour tous les contrats administratifs ; cependant en fait leur application est pratiquement limitée aux contrats de concession de service public>>. **(ترجمة حرّة في المتن)**

Voir également :

- Laurent Richer, droit des contrats administratifs, op.cit, p 214.

(3) - André Delaubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, T.C.A, T$_{II}$, op.cit, pp 629, 630 et 701.

غير أنّه سواء تعلّق الأمر بالإجراءات القضائية المكرّسة بموجب قرار C^ie des tramways de Cherbourg، أو بموجب الإجراءات الإدارية المنظّمة بالنّصوص القانونية، لا يمكن أبدا تعطيل نظرية الظّروف الطّارئة إلاّ بناءً على طلب صريح من الإدارة أو من المتعامل المتعاقد معها– طلب قضائي أو طلب إداري حسب الحالة– لإثبات قيام حالة الاختلال الاقتصادي النّهائي للعقد.

حيث يرى – و بحقّ– الأستاذ **Delaubadère** أنّه لا يجوز للإدارة المتعاقدة أن تتوقّف عن دفع تعويضات الظّروف الطّارئة للمتعاقد معها إلاّ إذا أثبتت الاختلال النّهائي للعقد طبقا للإجراءات المناسبة(1).

ذلك ما أكّد عليه مجلس الدّولة الفرنسي في العديد من قراراته ذات الصّلة. حيث قضى بأنّه إذا كان الاختلال النّهائي للعقد لا يُلزم الإدارة المتعاقدة بالاستمرار في دفع المساعدة المالية للمتعاقد معها، على حساب دافعيّ الضّرائب، ضمانا لمرفق لم يعد قابلا للحياة، و فسخ العقد يمكن، المطالبة به قضائيّا، من أيّ من الطرفين؛ غير أنّ كلّ ما سبق لا يُبرّر توقّف دفع التّعويض عن الظّروف الاستثنائية التي داهمت المتعاقد الذي استمر في تنفيذ التزاماته العقدية على الرّغم من اختلال عقده(2).

---

(1) - André Delaubadère, Franck Moderne, Pierre Delvolvé, T.C.A, T$_{II}$, op.cit, p 630.

حيث يذكر الفقيه:

<< Il en résulte que la collectivité contractante ne peut jamais prétendre mettre fin au versement des indemnités d'imprévision que lorsqu'elle a fait constater le bouleversement définitif du contrat en engageant la procédure adéquate >>. **(ترجمة حرّة في المتن)**

(2) – C.E 18 Janv.1950, req. n° 79649 et 662, Préfet du Rhône, Concl. Letouneur, Rec.38. Consulté sur site : https://www.gallica.bnf.fr le 08 Mai 2021 à 10h30mn.

و قد جاء فيه:

<< Cons., en troisième lieu… ; que si dans le cas où le bouleversement du contrat présente un caractère définitif tel que le concédant ne peut être tenu de continuer de fournir au concessionnaire une aide financière aux frais des contribuables pour continuer à assurer le fonctionnement d'un service qui a cessé d'être viable, la résiliation du contrat peut être demander au juge par l'une ou l'autre des parties, il ne s'ensuit nullement que dans le calcul de l'indemnité d'imprévision qui est due, jusqu'à l'arrêt de son exploitation, au concessionnaire qui a continué à assurer le fonctionnement du service malgré le bouleversement de son contrat, les conséquences des facteurs de déficit permanent doivent être exclues ; que la compagnie…,a , par suite droit à l'indemnisation du préjudice subi dans la situation extracontractuelle où elle s'est trouvée placée…sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les causes de déficit, temporaires ou permanents >>.

Voir également :

- C.E 27 Juil.1951, Commune de Montagnac, Rec.439.précité.

و بالرّجوع للمرسوم الرّئاسي 15-247 نجد بأنّ المشرّع الجزائري قد تناول صور فسخ الصّفقة العمومية في القسم العاشر من الفصل الرّابع، حيث نصّ على الفسخ الجزائي[1]، و الفسخ بسبب المصلحة العامّة[2] ثمّ الفسخ التّعاقدي[3]، و هو الذي يعنينا بالدّراسة في هذه الفرضية.

و الملاحظ على صياغة المادّة 151 المذكورة أدناه، أنّ المبرّر الوحيد لفتح باب الفسخ الاتّفاقي للصّفقة العمومية هو الظّروف الخارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد؛ و بمفهوم المخالفة فإنّ الظّروف التي تكون متولّدة عن إرادة الإدارة المتعاقدة، حتى و لو أدّت إلى قلب اقتصاديات الصّفقة رأسا على عقب، فإنّها لا تفتح للمتعامل المتعاقد مجال الفسخ التّعاقدي مهما ناءت به الأعباء المالية الاستثنائية. و هو ما يتنافى – في تقديرنا– مع مبادئ العدالة و روح العقود الإدارية.

و عليه كان من الصّواب أن تأتي صياغة المادّة 151 من المرسوم الرّئاسي 15-247 على النّحو الآتي:

" زيادة على الفسخ من جانب واحد، المذكور في المادّتين 149 و 150 المذكورتين أعلاه، يمكن القيام بالفسخ التّعاقدي للصّفقة العمومية، عندما يكون مبرّرا بظروف خارجة عن إرادة المتعاقدين، حسب الشّروط المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض، مع التّعويض متى كان له مقتضى".

من أهمّ ما جاء فيهّ:

<<La commune de Montagnac soutient qu'en s'abstenant par son inertie de provoquer l'application des décrets sus-rappelés, le concessionnaire a commis une faute grave qui a accru le déficit de l'entreprise et dont les conséquences doivent être intégralement laissées à sa charge dans le calcul de l'imprévision…quant au décret du 25 août 1937, il était loisible à la commune de demander elle-même la révision du contrat de concession ou la résiliation ; ayant négligé de présenter cette demande…la commune de Montagnac est mal fondée à reprocher au concessionnaire une abstention qui est directement et principalement imputable à la dite commune>>.

(1)– لأكثر تفصيل راجع المادّة 149 من المرسوم الرّئاسي 15-247 المتضمّن قانون الصّفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.

(2) – راجع المادة 150 من ذات المرسوم.

(3)– حيث تنصّ المادّة 151 من المرسوم الرّئاسي 15-247 على ما يلي:

" زيادة على الفسخ من جانب واحد، المذكور في المادّتين 149 و 150 أعلاه، يمكن القيام بالفسخ التّعاقدي للصّفقة العمومية، عندما يكون مبرّرا بظروف خارجة عن إرادة **المتعامل المتعاقد**، حسب الشّروط المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض".

و قد ألزم المشرّع طرفيّ العلاقة العقدية بصبّ الاتّفاق المشترك في حالة فسخ صفقةٍ عموميةٍ في وثيقة تتضمّن وقف حسابات الأثمان المدفوعة تبعا لالتزامات المنجزة و ما لم يُنجز منها[1].

أمّا في حالة عدم الاتّفاق فهذا يفتح مجال نزاعات الصّفقة العمومية، و هو ما تناوله المشّرع الجزائري في القسم الحادي عشر من الفصل الرّابع من المرسوم الرّئاسي 15-247[2].

خلاصة الفصل الثّالث

إنّ الأثر النّهائي الذي ترتّبه المخاطر الإدارية، الظّروف الطّارئة أو الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة يكمن في فسخ الصّفقة متى بلغت تلك المخاطر في حدّتها و شدّتها مستوى يجعل من الاستمرار في التّنفيذ أمرا مستحيلا.

و فسخ الصّفقة العمومية يأتي ترتيبا على نظرية القوّة القاهرة متى توافرت شروطها و المتمثّلة في وجوب أن يكون الحدث المكوّن للقوّة القاهرة أجنبيّا عن طرفيّ العلاقة العقدية، و ألاّ يكون بالإمكان توقّعه و لا دفعه. فليس من باب العدالة إلزام طرفيّ العلاقة العقدية، أحدهما أو كلاهما، بالاستمرار في تنفيذ عقد لا جدوى من بقائه حيّاً.

و في هذه الفرضية لا تختلف فكرة القوّة القاهرة عنها في القانون الخاصّ إلاّ أنّ مجلس الدّولة الفرنسي ابتداءً من سنة 1932، ابتكر مفهوما جديدا للقوّة القاهرة اصطلح على تسميته بالقوّة القاهرة الإدارية.

---

(1) – و هو ما نصّت عليه الفقرة الثّانية من المادّة 152 من المرسوم الرّئاسي 15-247:
" و في حالة فسخ صفقة عمومية جارية التّنفيذ باتّفاق مشترك، يوقّع الطّرفان وثيقة الفسخ التي يجب أن تنصّ على تقديم الحسابات المعدّة تبعا للأشغال المنجزة و الأشغال الباقي تنفيذها و كذلك تطبيق مجموع بنود الصّفقة بصفة عامّة".

(2) – لأكثر تفصيل راجع المواد 153-155 من المرسوم الرّئاسي 15-247:
و الملاحظ أنّ المشرّع الجزائري تناول باقتضاب شديد فكرة إعادة التّوازن المالي للصّفقة؛ هل الاختلال البسيط، أم قلب اقتصاديات الصّفقة أم اختلال التّوازن المالي النّهائي هو الذي يفتح باب التّسوية الودّية للنّزاعات؟(أنظر المادّة 153 من المرسوم الرّئاسي 15-247).
و من ثمّ يبرز دور القاضي الإداري في تفسير النّصوص القانونية و تكريس، في هذه الفرضية، نظرية إعادة التّوازن المالي للعقد مبرزا شروطها، أساسها، مجال تطبيقها و الآثار المترتّبة عليها.

ففي حالة ما إذا كان من أثر الظّروف الطّارئة قلب اقتصاديات الصّفقة نهائيّا، بحيث لا يمكن للمتعامل المتعاقد أن يوازي بين أعباءه و الموارد المالية التي يحصل عليها في تنفيذ العقد إلاّ بمساعدة دائمة من قبل الإدارة المتعاقدة معه؛ هنا تقوم فكرة القوّة القاهرة الإدارية.

و الفرق بينها و بين القوّة القاهرة التّقليدية– التي هي سبب للإعفاء من المسؤولية العقدية– يكمن في أنّه لا يُشترط في القوّة القاهرة الإدارية استحالة التّنفيذ؛ ذلك أنّه طالما كان هناك دعم ماليّ فالمتعاقد باستطاعته الاستمرار في التّنفيذ.

من هذه القوّة القاهرة الإدارية يُستنتج أنّه في غياب اتّفاق ودّي حول إعادة تكييفٍ أو توجيهٍ للمشروع يمكن لأيّ من الطّرفين أن يطلب من القاضي فسخ العقد مع التّعويض متى كان له مقتضى.

خلاصة الباب الثّاني

إنّ المخاطر الاستثنائية و إن كانت فكرة وليدة اجتهاد القضاء الإداري، و بعد أن أصبحت مستقرّة في أفكار الفقه الإداري تبنّتها مختلف التّشريعات المقارنة.

و من خلال استقرائنا لقرارات مجلس الدّولة الفرنسي استنبطنا الحلول الاستثنائية التي استحدثها لمواجهة تلك المخاطر.

حيث قضى مجلس الدّولة الفرنسي بأنّ المتعامل المتعاقد ملزم بأن يستمرّ في تنفيذ التزاماته التّعاقدية بالرّغم من الصّعوبات المالية التي رتّبتها في ذمّته تلك المخاطر؛ فاستمراره في التنفيذ من استمرارية سير المرفق العام بانتظام و اضطراد و عدم توقّفه عن إسداء خدماته لجمهور المرتفقين.

و لا جدل أنّ استمراره في التّنفيذ، في ظلّ الصّعوبات التي رتّبتها عليه تلك المخاطر، لن يكون بوتيرة التّنفيذ نفسها في ظلّ الظّروف العادية؛ و عليه فإنّ تأخّره في التّنفيذ يُعفيه من الغرامة التّأخيرية.

كما أنّ الاستمرار في التّنفيذ يفتح له حقّ المطالبة بالتّعويض عن الأعباء غير التّعاقدية؛ حيث يكون التّعويض كلّيا في كلّ من نظرية فعل الأمير و نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة، إلاّ أنّه يكون جزئيّا في نظرية الظّروف الطّارئة على أن تتحمّل جهة الإدارة القسط الأكبر من الأعباء.

و بذلك يُضاف وجه اختلاف ثانٍ بين النّظريات الثّلاث بالإضافة إلى وجه الاختلاف الأوّل المشار إليه في خلاصة الباب الأوّل من هذه الرّسالة. على أن يبقى منح التّعويض سلطة بريتورية يقدّره القاضي حسب كلّ حالة على حدا.

و لمّا كان التّأقيت صفة الظّرف الطّارئ مهما كان مصدره، يستتبع بالضّرورة أن يكون التّعويض كذلك فالإدارة طرفا في العقد و ليست ضامنا للمتعاقد معها عن كلّ المخاطر التي قد تصادفه أثناء تنفيذه للصّفقة. و عليه؛ إذا استمرّت المخاطر بصفة دائمة، فلا سبيل سوى حلّ الرّابطة العقدية.

و الفسخ الذي جاء به مجلس الدّولة الفرنسي في هذه الحالة يختلف عن كلّ من الفسخ الجزائي، الفسخ الاتّفاقي و الفسخ للصّالح العام. كما يختلف عن الفسخ بسبب القوّة القاهرة التّقليدية، بل هو فسخ مبتكر سببه القوّة القاهرة الإدارية التي استحدثها مجلس الدّولة الفرنسي في قراره الشّهير الصّادر في قضية: Compagnie des tramways de Cherbourg.

خاتمة

انتهينا، و الحمد لله على عونه و توفيقه، من عرض جوانب البحث الذي تمحور حول المخاطر التي تعيق تنفيذ عقد الصّفقة العمومية من خلال دراسة النّظريات الثّلاث الكبرى التي ابتكرها مجلس الدّولة الفرنسي و الآثار المترتّبة عليها لإعادة التّوازن المالي للعقد، كحلّ استثنائي لتلك الصّعوبات الاستثنائية التي تطرأ في الفترة غير التّعاقدية.

و حتى لا نجعل من الخاتمة تكرارا و ترديدا لما سبق ذكره في ثنايا البحث، نحيل القارئ الكريم إلى ملخّص الدّراسة في نهاية هذه الرّسالة، و من ثمّ سوف نخلص إلى بيان أهمّ النّتائج و التّوصيات التي انتهينا إليها، أملنا، كما استفدنا نفيد.

النّتائج:

1- إذا كان تنفيذ عقد الصّفقة العمومية يتطلّب تشدّدًا في تقدير سلوك المتعاقد، و هو بصدد الوفاء بالتزاماته النّاشئة عن العقد، فإنّ هذا لا يعني التّضحية بحقوقه المستمدّة من ذلك العقد؛ و إلاّ لأدّى ذلك إلى تسيّب الأفراد في الإقدام على التّعاقد مع الإدارة، و بذلك تفقد هذه الأخيرة وسيلة من أنجع الوسائل في تسيير المرافق العامّة.

2- إنّ تنفيذ الصّفقة العمومية تحكمه مبادئ جوهرية ثلاثة في قانون العقود:

أ/- يجب أن يتمّ تنفيذ الصّفقة تطبيقا لالتزامات التّعاقدية إعمالا لفكرة" العقد شريعة المتعاقدين".

ب/- هذا الثّبات، لا يمنع المتعاقدين، في حالة الاتّفاق، من حرّية تعديله و تكييفه مع الظّروف الخارجية المستجدّة.

ج/- ليس من صلاحيات القاضي أن يحلّ محلّ المتعاقدين لإجراء تكييف عندما لا ينتج هذا الأخير عن اتّفاق بين المتعاقدين.

3- يتبيّن بأنّ العقد لم يعد يمثّل إطلاقا، من حيث المبدأ و في كلّ الفرضيات، حصناً منيعاً هدفه الحفاظ على الأمن القانوني و الوضعية الاقتصادية المريحة للمتعاقدين في إطار الإبقاء على توازن سليم طيلة مدّة تنفيذه. و من ثمّ إذا كان العقد يبدو في إطار معيّن كنمط لتسيير المستقبل و الخطر، إلاّ أنّه يبدو عاجزا في حالة الظّهور الفجائي و غير المتوقّع لحدث استثنائي، ذلك أنّ تنفيذ الصّفقة – ككلّ عقد- هو

خاضع لمخاطر خارجة عن إرادة الطّرفين غير متوقّعة عند الإبرام، يصعب ثنيها أو تلافيها، و من ثمّ لا بدّ من تدخّل القاضي لإيجاد الحلول الاستثنائية لتلك المشاكل الاستثنائية.

4- إنّ الاستثناءات عن هذه المبادئ و عن القوّة الملزمة للعقد هي نظريات فعل الأمير، الظّروف الطّارئة، الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة و القوّة القاهرة الإدارية، و هو ما اصطلح على تسميته بنظريات المخاطر في العقود الإدارية.

5- إنّ مسؤولية الإدارة المتعاقدة لجبر الضّرر لأجل إعادة التّوازن المالي للصّفقة هي مسؤولية عقدية دون خطأ، أمّا الشّروط التّعاقدية للإعفاء من المسؤولية، سواء كان إعفاءً مطلقًا أو جزئيًّا لا تؤثّر من حيث الأصل على تطبيق نظريات المخاطر في العقود الإدارية. فمن المستقرّ عليه فقها و قضاءً عدم جواز إدراج بند الإعفاء المطلق من المسؤولية في العقود الإدارية، و لا يعتدّ به حال إدراجه؛ أمّا الإعفاء الجزئي إنّما ينصبّ على الإجراء نفسه، فإذا ما تجاوزت الأضرار التي رتّبها- في مدّتها و شدّتها- كلّ التّوقعات و ألحقت بالمتعامل المتعاقد خسائر فادحة كان لهذا الأخير الحقّ في المطالبة بالتّعويض.

6- إنّ المخاطر التي قد تصادف المتعامل المتعاقد أثناء مرحلة التّنفيذ، لا تسمح له بالتّوقّف عن تنفيذ التزاماته العقدية، كما لا تسمح له بالدّفع بعدم التّنفيذ إذا كان سبب تلك المخاطر الإدارة المتعاقد معه و إلاّ عرّض نفسه للعقوبات العقدية؛ ذلك أنّ المتعاقد هو معاون و مساعد للإدارة من أجل حسن سير المرفق العام المتعاقد بشأنه، و أهمّ خصائص المرفق العام هي الاستمرارية في إسداء خدماته للمرتفقين.

7- إنّ الاستمرارية في التّنفيذ يقابلها واجب الإدارة بتقديم تعويض للمتعاقد معها عن التّكاليف الاستثنائية التي رتّبتها المخاطر في الفترة غير التّعاقدية. إلاّ أنّ المساعدة المالية التي تقدّمها الإدارة المتعاقدة للمتعامل المتعاقد معها ليست دائمة، فالإدارة ليست ضامنا للمتعاقد معها، كما أنّ التّأقيت هو من شروط الظّرف الطّارئ، و في حالة استدامته – بحيث يصبح المرفق العام محل التّعاقد غير قابل للحياة- فلا سبيل إلاّ بفسخ الصّفقة.

8- إنّ النّظريات التي ابتكرها مجلس الدّولة الفرنسي هي متداخلة فيما بينها فلا يمكن أن نفصلها بحدود حيث نقول هنا تنتهي نظرية فعل الأمير و تبدأ نظرية الظّروف الطّارئة و هنا تنتهي نظرية المخاطر الاقتصادية و تبدأ نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة. كما أنّ تطبيق هذه النّظريات، و إن كانت كلّ

نظرية قد نشأت بمناسبة النّظر في قضية تتعلّق بعقد إداري ما، فإنّه من حيث المبدأ لا مانع من بسطه على جميع العقود الإدارية.

9- إذا كانت المبادئ التي تضمّنها القرار المذكور C^ie^ d'électricité et du gaz de Bordeaux لا تزال تحتفظ بقيمتها فإنّ مجلس الدّولة الفرنسي قد أدخل عليها ثلاثة تعديلات:

الأوّل: يتعلّق بمصدر الفعل الذي يتحقّق به الظّرف الطّارئ، فقد كان المسّلم به حتى عهد قريب أنّ هذا الفعل يجب أن يكون بعيدا عن الإدارة، أمّا الآن فإنّ مجلس الدّولة الفرنسي قد وسّع من نطاق الظّروف الطّارئة؛ بحيث شملت الأفعال التي تصدرها السّلطات الإدارية، و مرجع ذلك أو السّبب الأساسي في توسيع نطاق تطبيق النّظرية على هذا النّحو سياسة الاقتصاد الموجّه التي انتهجتها العديد من الدّول في أعقاب الحرب العالمية الثّانية و التي أدّت إلى تزايد تدخّل الدّولة بإجراءات إدارية لخدمة هذه السّياسة و بالتّالي أصبح من الصّعب الفصل بين التّغييرات الاقتصادية في الدوّلة و إجراءات السّلطة العامّة المنظّمة لها.

الثّاني: و يتعلّق بنهاية الظّروف الطّارئة و ما جاء به مجلس الدّولة الفرنسي في قضية C^ie^ des tramways de Cherbourg و ابتكاره لفكرة القوّة القاهرة الإدارية.

الثّالث: إقرار مبدأ جديد مفاده أنّ فسخ العقد- لخطأ من المتعاقد- لا يحول في حدّ ذاته دون تطبيق نظرية الظّروف الطّارئة(**Cf**. C.E 10 Fév.2010, S^té^ prest'action)؛ فمن غير العدل تحميل المتعامل المتعاقد لوحده عبء هذا الخطر الاقتصادي في حين أنّه بذل أقصى ما في وسعه من أجل الاستمرار في تنفيذ العقد لأطول مدّة ممكنة.

10- توسّعت نظرية فعل الأمير حيث بسط إعمالها لتشمل فعل الأمير الاتّحادي(الاتّحاد الأوروبي) أو ما يعرف بـ: Fait du prince communautaire، و فعل الأمير الأجنبي Fait du prince étranger.

11- أدخل مجلس الدّولة تعديلا في نظرية المخاطر المادّية، حيث لم تعد تقتصر على الصّعوبات المادية بل وسّع المخاطر لتشمل الصّعوبات التّقنية، و بذلك أصبحت تسمّى في قراراته بنظرية الصّعوبات التّقنية Les sujétions techniques.

12- تعقيد قانون الصّفقات العمومية الجزائري- رغم محاولات التّبسيط- من خلال كثرة الإحالات و الاستثناءات ممّا أدّى إلى عدم فهمه من قبل القاضي و المتقاضي و رجل القانون على حدٍّ سواءٍ.

التّوصيات:

1- نهب بالمشرّع إدخال تعديلات على قانون الصّفقات العمومية و تفويضات المرفق العام من خلال إمّا:

أ/- تعديل كلّي و ذلك بدمج المصطلحين في مصطلح واحد- كما هو الحال في القانون الفرنسي الحالي- هو قانون الطّلبية العمومية لتبسيط و توحيد القواعد و المفاهيم القانونية.

ب/- تعديل جزئي و ذلك بـ:

ب$_1$- إعادة صياغة البند الرّابع من المادّة 06 من المرسوم الرّئاسي 15-247 على النّحو الآتي: المرافق العامّة التّجارية أو الصّناعية عندما تكلّف بالتّعاقد باسم و لحساب الدّولة أو الجماعات الإقليمية.

ب$_2$- حذف البند الأوّل من المادّة 07 من المرسوم الرّئاسي 15-247، ذلك أنّه من الثّابت فقها و قضاءً أنّ العقود المبرمة بين الأشخاص المعنوية العامّة هي من حيث المبدأ عقودًا إداريةً.

ب$_3$- إعادة صياغة المادّة 151 من المرسوم الرّئاسي 15-247 على النّحو الآتي:

" زيادة على الفسخ من جانب واحد، المذكور في المادّتين 149 و 150 المذكورتين أعلاه، يمكن القيام بالفسخ التّعاقدي للصّفقة العمومية، عندما يكون مبرّرا بظروف خارجة عن إرادة المتعاقدين، حسب الشّروط المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض، مع التّعويض متى كان له مقتضى".

2- إخراج منازعات الصّفقات العمومية خاصّة و العقود الإدارية عامّة من دائرة التّحكيم؛ ذلك أنّ منازعات هذه العقود هي من الاختصاص النّوعي و الإقليمي في المادّة الإدارية، و أنّ هذا الاختصاص هو من النّظام العام (م 807 من ق.إ.م.إ) و أنّه لا يجوز اللّجوء إلى التّحكيم في المسائل المتعلّقة بالنّظام العام (م 1006 ف$_2$ من ق.إ.م.إ).

3- لتحرير القاضي الإداري الجزائري من الذّهنية المدنية في تأسيس قراراته يجب إعادة النّظر في تكوين القضاة الإداريين المتخصّصين بالنّظر في المنازعات الإدارية عامّة و منازعات العقود الإدارية على وجه الخصوص، إمّا بإنشاء مدرسة وطنية للقضاء الإداري أو من خلال البعثات العلمية التّكوينية بالخارج- لا سيما في فرنسا و مصر- نظرا للرّصيد القضائي للدّولتين في المجال الإداري من جهة، و لعامل اللّغة من جهة أخرى.

في انتظار ذلك؛ و ما دمنا قد استلهمنا في نظمنا القانونية عموما و في القانون الإداري خصوصا مبادئ و أحكام القانون الفرنسي، فإنّه ينبغي أن تُعدّ أحكام القضاء الإداري الفرنسي مصدرا رئيسيًا من المصادر التّاريخية للقواعد التي تحكم نظام العقود الإدارية.

4- نهب بأساتذتنا الأفاضل، أصحاب الأقلام الثّقيلة، إعارة اهتماما أكبر في مؤلّفاتهم لنظرية العقود الإدارية كونها أهمّ مجالات القـانون الإداري و أكثرها خصوبة و أشدّها إثـارة للمنازعات الإدارية و أكثرها تبديدًا للمال العام.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

القرآن الكريم

أوّلا: النّصوص الرّسمية:

ا- الدّساتير:

دستور 2020 الجريدة الرّسمية العدد 82 المؤرّخة في 15 جمادى الأولى 1442هـ الموافق 30 ديسمبر 2020 م.

ب- القوانين:

- القانون رقم 08- 09 المؤرّخ في 18 صفر 1429هـ الموافق 25 فيفري 2008 م المتعلّق بالإجراءات المدنية و الإدارية الجريدة الرّسمية العدد 21 الصّادرة بتاريخ 23 أفريل 2008.

- القانون رقم 11- 10 المؤرّخ في 02 رجب 1432 هـ الموافق 22 جوان 2011 المتعلّق بالبلدية الجريدة الرّسمية العدد 37 المؤرّخة في أوّل شعبان 1432 هـ الموافق 03 جويلية 2011.

- القانون رقم 12- 07 المؤرّخ في 28 ربيع الأوّل 1433 هـ الموافق 21 فبرير 2012 م المتعلّق بالولاية الجريدة الرّسمية العدد 12 المؤرّخة في 07 ربيع الثّاني 1433 هـ الموافق 29 فبراير 2012.

ج- الأوامر:

- الأمر رقم 67- 90 المؤرّخ في 17 جوان 1967 المتضمّن قانون الصّفقات العمومية. الجريدة الرّسمية العدد 52 المؤرّخة في 27 جوان 1967.

- الأمر رقم 75- 58 المؤرّخ في 20 رمضان 1395 هـ الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمّن القانون المدني المعدّل و المتمّم. الجريدة الرّسمية العدد 78 المؤرّخة في 24 رمضان 1395 هـ الموافق 30 سبتمبر 1975 م.

د- المراسيم:

- المرسوم رقم 82- 145 المؤرّخ في 10 أفريل 1982 المنظّم للصّفقات العمومية التي يبرمها المتعامل العمومي الجريدة الرّسمية العدد 15 المؤرّخة في 13 أفريل 1982.

- المرسوم الرّئاسي 02- 250 المؤرّخ في 24 جويلية 2002 المتضمّن تنظيم الصّفقات العمومية. الجريدة الرّسمية العدد 52 المؤرّخة في 28 جويلية 2002.

- المرسوم الرّئاسي 10- 236 المؤرّخ في 07 أكتوبر 2010 الجريدة الرّسمية العدد 58 المؤرّخ في 07 أكتوبر 2010. المتضمّن تنظيم الصّفقات العمومية.

- المرسوم الرّئاسي 15- 247 المؤرّخ 16 سبتمبر 2015 الجريدة الرّسمية العدد 50 المؤرّخة في 20 سبتمبر 2015 المتضمّن قانون الصّفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.

- المرسوم التّنفيذي 91- 434 المؤرّخ 09 نوفمبر 1991 المتضمّن تنظيم الصّفقات العمومية. الجريدة الرّسمية العدد 57 المؤرّخة في 13 نوفمبر 1991.

هـ – القرارات:

- القرار الوزاري الصّادر بتاريخ 21 نوفمبر 1964 المتضمّن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامّة المطبّقة على الأشغال الخاصّة بالوزارة الجريدة الرّسمية العدد 101 المؤرّخة في 11 ديسمبر 1964.

ثانيا: المؤلّفات باللّغة العربية:

أ/- المؤلّفات العامّة:

- **أحمد بن محمّد الشّمري**، القوّة الملزمة للعقد الإداري، دار النّهضة العربية، القاهرة، 2012.

- **أمين عاطف صليبا**، الوافي في القانون الإداري العام، مبادئ أساسية، ط1، المؤسّسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2017.

- **جورج سعد**، القانون الإداري العام و المنازعات الإدارية، الطّبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، 2006.

- **جورج شفيق ساري**، تطوّر طريقة و معيار تمييز و تحديد العقد الإداري في القانون الفرنسي و المصري، د.ط، دار النّهضة العربية، القاهرة، 1996.

- **جورج فيدل، بيار دالفولفي**، القانون الإداري (ترجمة منصور القاضي) الجزء الأوّل، الطّبعة الأولى المؤسّسة الجامعية للدّراسات و النّشر و التّوزيع، بيروت، لبنان، 2001.

- **حسن محمّد عواضة**، المبادئ الأساسية للقانون الإداري (دراسة مقارنة)، الطّبعة الأولى، المؤسّسة الجامعية للدّراسات و النّشر و التّوزيع، بيروت، لبنان، 1997.

- **خالد خليل الظّاهر**، القانون الإداري (دراسة مقارنة)، الكتاب الثّاني، الطّبعة الأولى، دار المسيرة للنّشر و التّوزيع و الطّباعة، عمان، الأردن، 1997.

- **سامي جمال الدّين**، أصول القانون الإداري، نظرية العمل الإداري، د.ن، د.ط، 1993.

- **سعداوي مفتاح**، قضايا قانونية معاصرة، الطّبعة الأولى، دار النّهضة العربية، القاهرة، 2018.

- **عبد الغني بسيوني عبد الله**، القانون الإداري، الدّار الجامعية، بيروت، لبنان، 1993.

- **عبد العليم عبد المجيد مشرّف**، حدود انصراف أثر العقد الإداري إلى الغير، د.ت، د.ن، د.ب.

- **عدنان عمرو**، مبادئ القانون الإداري، نشاط الإدارة و وسائلها، الطّبعة الثّانية، منشأة المعارف الإسكندرية، 2004.

- **علي خطّار شطناوي**، الوجيز في القانون الإداري، الطّبعة الأولى، دار وائل للنّشر، عمّان، الأردن 2003.

- **عمّار عوابدي**، القانون الإداري، الجزء الثّاني، النّشاط الإداري، الطّبعة الثّالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2005.

- **محمّد بكر حسين،** الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.

- **محي الدّين القيسي،** القانون الإداري، الطّبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 2007.

- **مصطفى أبو زيد فهمي،** الوسيط في القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 1999.

- **مصطفى أبو زيد فهمي،** الإدارة العامّة نشاطها و أموالها، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2002.

- **ناصر لبّاد،** الوجيز في القانون الإداري، التّنظيم الإداري، النّشاط الإداري، الطّبعة الأولى، مطبعة لبّاد، سطيف، 2006.

- **نواف كنعان،** القانون الإداري، الكتاب الثّاني، الطّبعة الأولى، دار الثّقافة للنّشر و التّوزيع، عمّان الأردن، 2007.

- **يوسف سعد الله الخوري،** القانون الإداري العام، الجزء الأوّل، تنظيم إداري، أعمال و عقود إدارية د.ن، 1998.

ب/- المؤلّفات الخاصّة:

- **إبراهيم الشّارف الطّاهر تفوقه،** الصّعوبات التي تواجه تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2011.

- **إبراهيم طه الفيّاض،** العقود الإدارية، الطّبعة الأولى، مكتبة الفلاح، الصّفاة، الكويت 1981.

- **أحمد محمود جمعة،** العقود الإدارية وفقا لقانون المناقصات و المزايدات الجديد، منشأة المعارف الإسكندرية، 2002.

- **السّيد فتّوح محمّد هنداوي،** القاضي الإداري و التّوازن المالي في العقود الإدارية، دراسة مقارنة الطّبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2016.

- **أيمن فتحي محمّد عفيفي**، الوجيز في العقود الإدارية، الطّبعة الأولى، د.ن، 2017.

- **ثروت بدوي**، النّظرية العامّة في العقود الإدارية، مكتبة القاهرة الحديثة، 1963.

- **جابر جاد نصّار**، العقود الإدارية، الطّبعة الثّانية، دار النّهضة العربية، القاهرة، 2004.

- **حازم بيومي المصري**، التّوازن في العقد الإداري الدّولي (الفيديك، اليونسترال)، دراسة مقارنة، دار النّهضة العربية، القاهرة، 2010.

- **حمدي ياسين عكاشة**، العقود الإدارية في التّطبيق العملي (المبادئ و الأسس العامّة)، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.ت.

- **رشا محمّد جعفر الهاشمي**، الرّقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، الطّبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.

- **سامي حسن نجم الحمداني**، أثر العقد الإداري بالنّسبة إلى الغير، الطّبعة الأولى، المؤسّسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2012.

- **سعاد الشّرقاوي**، العقود الإدارية، دار النّهضة العربية، القاهرة، 2007.

- **سليمان الطّماوي**، الأسس العامّ للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطّبعة الخامسة، دار الفكر العربي القاهرة، 1991.

- **عبد الحميد الشّواربي**، العقود الإدارية في ضوء الفقه- القضاء- التّشريع، د.ط، منشأة المعارف الإسكندرية، 2003.

- **عبد العزيز عبد المنعم خليفة**، الأسس العامّة للعقود الإدارية، د.ن، 2004.

- **عبد العزيز عبد المنعم خليفة**، المسؤولية التّعاقدية في تنفيذ العقود الإدارية، الطّبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2011.

- **عبد العزيز عبد المنعم خليفة**، تنفيذ العقد الإداري و تسوية منازعاته قضاءً و تحكيما، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2014.

- **عبد العظيم عبد السّلام عبد الحميد**، أثر الظّروف الطّارئة و الصّعوبات المادّية على تنفيذ العقد الإداري، الولاء للطّبع و التّوزيع، د.ب، 1990.

- **عبد الله نواف العنزي**، النّظام القانوني للجزاءات في العقود الإدارية، دار الجامعة، الإسكندرية 2010.

- **عمّار بوضياف**، الصّفقات العمومية في الجزائر، الطّبعة الأولى، جسور للنّشر و التّوزيع، المحمّدية الجزائر، 2007.

- **فارس علي جانكير**، سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التّنفيذ المعيب للعقد الإداري، الطّبعة الأولى منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2014.

- **فهد مجعد المطيري**، دور التّحكيم في الحفاظ على التّوازن المالي للعقد الإداري، دراسة مقارنة بين الكويت مصر و فرنسا، دار النّهضة العربية، القاهرة، 2015.

- **ماجد راغب الحلو**، العقود الإدارية و التّحكيم، د.ط، دار الجامعة الجديدة للنّشر، الإسكندرية 2004.

- **ماجد راغب الحلو**، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.

- **مازن ليلو راضي**، الوسيط في القانون الإداري، الطّبعة الأولى، المؤسّسة الحديثة للكتاب، طرابلس لبنان، 2013.

- **مازن ليلو راضي**، معايير تمييز العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2016.

- **محمّد الصّغير بعلي**، العقود الإدارية، دار العلوم للنّشر و التّوزيع، الحجّار، عنابة، 2005.

- **محمّد السّناري**، الضّوابط القانونية لتطبيق نظرية الظّروف الطّارئة في مجال العقود، دار النّهضة العربية، القاهرة، د.ت.

- **محمّد أنس قاسم جعفر**، العقود الإدارية (مراجعة د. محمّد عبد الحميد أبو زيد)، مركز جامعة القاهرة للتّعليم المفتوح، القاهرة، 1999.

- **محمّد جمال مطلق الذّنيبات**، العقد الإداري، دراسة مقارنة، الطّبعة الأولى، مطبعة القانون و الاقتصاد، الرّياض، 2012.

- **محمّد سعيد حسين أمين**، الأسس العامّة لالتزامات و حقوق المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري، د.ن، د.ب، 1984.

- **محمّد عبد الرّحمان طارق سلطان**، سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها في العقود الإدارية و ضوابطها (دراسة مقارنة)، دار النّهضة العربية، القاهرة، 2010.

- **محمّد فؤاد عبد الباسط**، الأعمال القانونية الإدارية، الكتاب الثّاني، العقد الإداري، منشأة الشّنهاني للطّباعة و النّشر، الإسكندرية، 2012.

- **محمّد محي الدّين إبراهيم سليم**، نظرية الظّروف الطّارئة بين القانون المدني و الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية جورج عوض، الإسكندرية، 2007.

- **محمود حلمي**، العقد الإداري، الطّبعة الثّانية، دار الفكر العربي، د.ب، 1977.

- **محمود خلف الجبوري**،العقود الإدارية، الطّبعة الثّانية، دار الثّقافة للنّشر و التّوزيع، عمان الأردن،1998.

- **محمود عاطف البنا**، العقود الإدارية، الطّبعة الأولى، الرّياض، المملكة العربية السّعودية، 1984.

- **محمود عبد المجيد المغربي**، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية و آثارها القانونية، دراسة مقارنة في النّظرية و التّطبيق، الطّبعة الأولى، المؤسّسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 1998.

- **محمود علي الرّشدان،** نظرية الظّروف الطّارئة، دراسة مقارنة في القانون المدني و الشّريعة الإسلامية و القانون الإداري، دراسة تحليلية مدعّمة بالأحكام القضائيّة، دار اليازوري العلمية للنّشر و التّوزيع، عمّان، الأردن، 2014.

- **مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمّد حمد الشّلماني،** العقود الإدارية و أحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية جورج عوض، الإسكندرية، 2008.

- **موريس نخلة،** العقود الإدارية، دار المنشورات الحقوقية، مطبعة صادر، د.ب، 1986.

- **نصري منصور نابلسي،** العقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطّبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية د.ب، 2010.

- **هاني عبد الرّحمان إسماعيل،** النّظام القانوني لعقد التّوريد الإداري، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.

- **هيثم حليم غازي،** سلطة الإدارة في العقود الإدارية، الطّبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2014.

- **هيثم حليم غازي،** التّوازن المالي في العقود الإدارية، الطّبعة الأولى، دار الفكر الجامعي الإسكندرية 2015.

ج/- الرّسائل و المذّكرات الأكاديمية:

ج1- الرّسائل:

- **أحمد السّيد محمود عطية،** نظرية عمل الأمير (دراسة مقارنة) في التّشريع الوضعي و الفقه الإسلامي، رسالة لنيل درجة الدّكتوراه في الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2006.

- **رياض إلياس عيسى الجريسات،** نظرية التّوازن المالي للعقد الإداري، دراسة مقارنة لنيل درجة الّكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2007.

- **عبسي عبد القادر الحسن**، التزامات و حقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامّة، رسالة للحصول على درجة الدّكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، 1997.

- **علي بن عبد الكريم أحمد السّويلم**، فكرة التّوازن المالي للعقد الإداري في المملكة العربية السّعودية رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، القاهرة، 2007.

- **علي محمّد علي عبد المولى**، الظّروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة مقدّمة لنيل شهادة الدّكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 1991.

ج2 – المذكّرات:

- **عبابسة نورالدّين**، تنفيذ الصّفقة العمومية بين امتيازات المصلحة المتعاقدة و حقوق المتعامل المتعاقد، مذك:رة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة أم البواقي، 2009.

د/- المقالات العلمية:

- **حسن درويش**، نظرية الظّروف الطّارئة كأساس للتّعويض في العقد الإداري، مجلّة العدالة العدد 27 السّنة الثّامنة، وزارة العدل و الشّؤون الإسلامية و الأوقاف، أبو ظبي، دولة الإمارات العربية المتّحدة 1981.

- **سحر جبّار يعقوب**، فسخ العقد الإداري لاستحالة التّنفيذ بسبب الظّروف الطّارئة، مجلّة مركز دراسات الكوفة، العدد السّابع، سنة 2008.

- **عبابسة نور الدّين**، الشّروط الاستثنائية كمعيار مميّز لعقد الصّفقة العمومية، مجلّة الباحث للدّراسات الأكاديمية، جامعة باتنة 1، المجلّد 06 العدد01- جانفي 2019.

- **محمّد أبو بكر عبد المقصود**، إعادة التّوازن المالي للعقد الإداري في ظلّ الأزمة المالية العالمية " نظرية الظّروف الطّارئة " المؤتمر العلمي السّنوي الثّالث عشر لكلّية الحقوق، جامعة المنصورة، في الفترة الممتدّة من 01-02 أفريل 2009.

ثالثا: المؤلّفات باللّغة الفرنسية:

III$_1$- Ouvrages généraux :

- Jean-Marie **AUBY** et Robert **DUCOS-ADER**, Droit administratif, Dalloz Paris, 1967.

- Jean-Marie **AUBY** et Robert **DRAGO**, Traité de contentieux administratif Tome$_1$, 3ème édition, L.G.D.J, Paris, 1984.

- Francis-Paul **BENOIT**, Le droit administratif français, Dalloz, Paris, 1968.

- Guy **BRAIBANT** et Bernard **STIRN**, « Le droit administratif français », presses de sciences po et Dalloz, 2007.

- Roger **BONNARD**, Précis de droit administratif, 3ème édition, L.G.D.J, Paris 1940.

- Pierre-Henri **CHALVIDAN**, Christine **HOUTEER**, Droit administratif éditions Nathan, Paris, 1995.

- René **CHAPUS**, Droit administratif général, Tome$_1$, 12 ème édition, édition Montchrestien, Paris, 1998.

- André **DELAUBADERE**, Jean-Claude **VÉNÉZIA**, Yves **GAUDEMET** Traité de droit administratif général, Tome$_1$, 15ème édition, L.G.D.J, E.J.A, Paris, 1999.

- André **DELAUBADERE** et Yves **GAUDEMET**, Traité de droit administratif Tome$_1$, 16ème édition, L.G.D.J, Paris, 2001.

- André **DELAUBADERE** et Yves **GAUDEMET**, Droit administratif général Tome$_1$, 16ème édition, Delta, Paris, 2002.

- Patrick **FRAISSEIX**, Jean-Paul **VALETTE**, Précis de droit public, 1ère édition presses universitaires de France, collection Major, Paris, 2000.

- Pierre-Laurent **FRIER**, Jacques **PETIT**, Précis de droit administratif, 4ème édition, Montchrestien, Paris, 2006.

- Patrick **JANIN**, cours de droit administratif, presses universitaires de Lyon 1994.

- Martine **LOMBARD**, Gilles **DUMONT**, droit administratif, 4ème édition Dalloz, Paris, 2001.
- Jean **RIVERO**, Jean **WALINE**, Droit administratif, 17ème édition, Dalloz, Paris 1998.
- Michel **ROUSSET** et Olivier **ROUSSET**, Droit administratif, L'action administrative, 2ème édition, presses universitaires de Grenoble, 2004.
- Georges **VEDEL**, Droit administratif, 6ème édition, presses universitaires de France, Paris, 1976.
- Georges **VEDEL** et Pierre **DELVOLVÉ**, Droit administratif, presses universitaires de France, Thémis, 9ème édition, 1984.
- Marcel **WALINE**, Traité de droit administratif, Sirey, 9ème édition, 1963.

III$_2$- Ouvrages Spéciaux :

- Saroit **BADAOUI**, Le fait du prince dans les contrats administratifs en droit français et en droit égyptien, L.G.D.J, Paris, 1955.

- Francis-Paul **BENOIT**, « De l'inexistence d'un pouvoir de modification unilatérale dan les contrats administratifs », Jurisclasseur public, 1963.

- André **DELAUBADERE**, Frank **MODERNE**, Pierre **DELVOLVÉ**, Traité des contrats administratifs, Tome$_1$, L.G.D.J, Paris, 1983.

- André **DELAUBADERE**, Frank **MODERNE**, Pierre **DELVOLVÉ**, Traité des contrats administratifs, Tome$_2$, L.G.D.J, Paris, 1984.

- André **DELAUBADERE** et Yves **GAUDEMET**, Traité de droit administratif des biens, Tome$_2$, 11ème édition, Delta, Paris, 2002.

- Jean-Louis **DELVOLVÉ**, l'imprévision dans les contrats internationaux, Droit international privé : Travaux du comité français de droit international privé, 9ème année, 1988-1990,1991.

- Jean **DUFAU**, Les concessions du service public, édition du Moniteur, Paris 1979.

- Maurice-André **FLAMME**, Traité théorique et pratique des marchés publics Bruxelles-Bruylant, Tome$_2$, 1969.

- Manuel **GROS**, Droit administratif, « L'angle jurisprudentiel », éditions L'Harmattan, Paris, 1998.

- Christophe **GUETTIER**, Droit des contrats administratifs, Thémis droit presses universitaires de France, 2008.

- Jean **L'HUILIER**, Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'administration ? Dalloz 1953.

- Gaston **JÈZE**, Les principes généraux du droit administratif " Théorie générale des contrats de l'administration" TIV et V, 3ème éd. LGDJ, Paris, 1934-1936.
- Gaston **JÈZE**, Principes généraux du droit administratif, Fonctionnement des services publics, Tome III, éditions Dalloz, Paris, 2011.
- Émilie **LABROT**, L'imprévision étude comparée droit public droit privé des contrats, édition L'Harmattan, Paris, 2016.
- Jean-François **LACHAUME**, « **G**randes **D**écisions de la **J**urisprudence **A**dministrative », presses universitaires de France, 12ème édition, 1999.
- Christophe **LAJOYE**, Droit des marchés publics, Berti éditions, Alger, 2007.
- M.**LONG**/ P.**WEIL**/ G.**BRAIBANT**/ P.**DELVOLVÉ**/ B.**GENEVOIS**. Les **G**rands **A**rrêts de la **J**urisprudence **A**dministrative, 16éme édition, Dalloz, 2007.
- André **MAURIN**, Droit administratif, 3ème édition, Dalloz, Paris, 2001.
- Franck **MODERNE**, Les quasi-contrats administratifs, Dalloz, Paris, 1995.
- Pierre **MOISAN**, Technique contractuelle et gestion des risques dans les contrats internationaux : Le cas de force majeure et d'imprévision, les cahiers de droit, faculté de droit de l'université de Laval, volume 35, numéro 2, Montréal Canada, 1994.
- Georges **PÉQUIGNOT**, Des contrats administratifs, « Contenu et effets spéciaux des contrats administratifs», extrait du jurisclasseur administratif Librairies techniques, Paris, 1954.
- Laurent **RICHER**, Droit des contrats administratifs, 5ème édition, L.G.D.J E.J.A, Paris, 2006.

III3- Thèses :

- Fouad **ELATTAR**, « Le marché de travaux publics étude comparée de droit administratif français et égyptien», Thèse, Paris, 1953.

- Claude **EMERI**, « De la responsabilité de l'administration à l'égard de ses collaborateurs », Thèse, L.G.D.J, Paris, 1966.

- Abdelhamid **HACHICH**, « La théorie de l'imprévision dans les contrats administratifs », étude comparée du droit français et du droit de la R.A.U, Thèse Caen, 1962.

- Patrick **KINSCH**, Le fait du prince étranger, Thèse publiée par L.G.D.J, Paris 1994.

- Georges **PÉQUIGNOT**, «Contribution à la théorie générale des contrats administratifs », Thèse, Montpellier, 1945.

- Bernard **SABLIER**," Les imprévus et les pouvoirs nouveaux de l'administration dans les marchés publics et de travaux ", Thèse, Nice, 1979.

- Ragab **TAGEN**, L'équilibre financier des contrats administratifs, étude comparative des droits français et égyptiens, Thèse, Paris, 2004.

- Philippe **TERNEYRE**, La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif, Thèse, Pau, 1983, publiée par économica en 1989.

III4- Articles, Avis, Commentaires et Notes :

- Didier **CHAVENOZ**, Jean-François **GOHIER**, Jacques **DIEUDONNE**, Anita **ROUL**, Valérie **BAILLAT** et Claude **TURREL**, Fédération nationale des travaux publics « Le forfait dans les marchés publics », Décembre, 2008.

- Pierre **DELVOLVÉ**, responsabilité contractuelle, encyclopédie Dalloz, Paris 1987/ R.F.D.A , N°1, 2013.

- Jean **De SOTO**, imprévision et économie dirigée, J.C.P, 1950, édition G.I.

- Jean **De SOTO**, note sous C.E 10 Mars 1950.Département de la Seine C/ S^{té} des transports en commun de la région parisienne.

- Maurice **HAURIOU**, note sous C.E 08 Mars 1901, Sieurs Prévet et C^{ie}.

- Maurice **HAURIOU**, note sous C.E 10Janvier 1912, Ambrosini.

- Gaston **JÈZE**, note sous C.E 28 Avril 1939, C^{ie} des chemins de fer de l'Ouest.

- Gaston **JÈZE**, note sous C.E 23 Février 1940, Trahand.

- François **LLORENS**, Commentaire de l'arrêt du conseil d'État du 02 Fév. 1983, union de transports publics urbains et régionaux, R.F.D.A n° 0 (0), Mai-juin, 1984.

- Jean-Louis **MESTRE**, note sous C.E 15 Juillet 1949, Ville d'Elbeuf.

- Jacques **MONTMERLE** : « Commentaire pratique du cahier des clauses et conditions générales imposées aux entrepreneurs des travaux des ponts et chaussées », Tome$_2$, 4ème édition, 1951.
- Georges **PÉQUIGNOT**, note sous C.E 23 Avril 1948, Ville d'Ajaccio.

- Benoit **PLESSIX**, JCPG semaine juridique, édition générale, 12 juillet 2010 n° 28 pp.1476-1481.
- Jean-Marie **RAINAUD**, Le contrat administratif, R.D.P 1985.
- Laurent **RICHER**, « La concession dans la commande publique », Bulletin juridique des contrats publics, n°103.
- David **ROUAULT**, La rationalisation de l'imprévu dans le droit des contrats publics internes et des contrats d'État. In : Revue juridique de l'Ouest, 2013-2.
- Marcel **WALINE**, L'évolution récente des rapports de l'État avec ses cocontractants, R.D.P 1951.
- Marcel **WALINE**, note sous C.E 31 Janvier 1967, Département de la Moselle.
- Marcel **WALINE**, note sous C.E 13 Juillet 1968, S^{té} des établ^{ts} SERFATI.

III$_5$- Revues et Périodiques :

- **A**ctualité **J**uridique du **D**roit **A**dministratif (Années : 1954, 1957 1969 et 1990).

- **B**ulletin **J**uridique des **C**ontrats **P**ublics n° 103(Année : 2016).

- **C**ahiers **J**uridique de l'**É**lectricité et du **G**az (Année : 1971).

- **J**uris**c**lasseur **P**ublic (Années : 1950, 1954, 1984 et 1985).

- **R**evue **F**rançaise de **D**roit **A**dministratif (Années : 1984 et 2013).

- **R**evue de **D**roit **P**ublic (Années : 1923, 1935, 1945, 1948, 1953, 1954, 1956 1959, 1962, 1967, 1968, 1969, 1971, 1974, 1975, 1985 et 1986).

رابعا: المعاجم و القواميس:

- معجم مقاييس اللّغة، لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، دار الفكر للطّباعة و النّشر و التّوزيع د.ب، 1979.

- المعجم الوسيط، مجمّع اللّغة العربية، الطّبعة الرّابعة، مكتبة الشروق الدّولية، د.ب 2014.

خامسا المواقع الإلكترونية:

Webographie

1/- https://www.arafer.fr

2/- https://www.doctrine.fr
3/- https://www.droit-des-contrats-publics.efe.fr
4/- https://www.fntp.fr
5/- https://gallica.bnf.fr
6/- https://www.juricaf.org
7/- https://www.legifrance.gouv.fr
8/- https://www.marche-public.fr
9/- *https://www.oecd.org/document/40/0*
10/- https://www.persee.fr/doc/juro
11/- https://www.persee.fr/doc/tcfdi
12/ - *https://www.revuegeneralededroitpublic.eu*

قائمة المختصرات

Liste des abréviations

- أ.د: أستاذ دكتور
- ج: جزء
- د: دكتور
- د.ب: دون بلد نشر
- د.ت: دون تاريخ نشر
- د.ط: دون طبعة
- د.ن: دون ناشر
- ص: صفحة
- ط: طبعة
- ف: فقرة
- ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية و الإدارية
- ق.م: قبل الميلاد
- هـ: هامش

- A.J : Actualité juridique
- A.J.D.A : Actualité juridique du droit administratif
- Ass. : Associé
- B.J.C.P : Bulletin juridique des contrats publics
- B.O.T : Build, transfert, operate
- C / : Contre

- C.A.A : Cour d'appel administrative

- C.E : Conseil d'État

- CF : Confer du Latin *conferre* « se référer à »

- Chr : Chronique

- C^{ie} : Compagnie

- C.J.E.G : Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz

- C^{ne} : Commune

- Concl. : Conclusion

- Cons. : Considérant

- D : Dalloz

- Dépar^{t} : Département

- éd. : édition

- E^{ts} : Établissements

- Fonc^{t} : Fonctionnement

- G.D.J.A : Grandes décisions des juridictions administratives

- gén^{le} : générale

- gouv. : gouvernement

- H.L.M : Habitation à loyer modéré

- Ibidem : « au même endroit » renvoyant à la dernière référence indiquée à la page près

- J.C.P : Jurisclasseur périodique

- J.C.P G : Semaine juridique, édition générale

- L.G.D.J : Librairie générale de droit et de jurisprudence

- MURCEF : « loi » Mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier

- N.B : Nota bene « notons bien »

- O.C.D.E : Organisation de coopération et de développement économique

- op.cit : du Latin *opus citatum* « œuvre citée », indiquant qu'une référence a déjà été mentionnée dans une note précédente

- p : page

- P.G.D.A : Principes généraux du droit administratif

- P.U.F : Presses universitaires françaises

- R.D.P : Revue de droit public

- Rec. : Recueil des arrêts du conseil d'État Félix Lebon

- req. : requête

- R.F.D.A : Revue française du droit administratif

- S : Sirey

- S.A : Société anonyme

- S.A.R.L : Société à responsabilité limitée

- Sec. : Section

- SSR : Sous sections réunies

- S^{té} : Société

- T : Tome

- T.C : Tribunal des conflits

- T.C.A : Traité des contrats administratifs

Chronologie juridictionnelle

التّسلسل القضائي

N.B : Les chiffres en *italique* entre crochets ( ) indiquent les numéros de pages.

- C.E 24 Juin 1846, Duché, cité in TCA, T_{II}, p 500.(*168*)

- C.E 06 Déc. 1855, Rothschild, Rec.707(*208*)

- C.E 18 Mars 1858, Sensine et consorts, Rec.224 (*304*)

- C.E 19 Mai 1865, Mony et Montmort, Rec.554 (*57*)

- C.E 30 Juin 1866, Canal Saint-Martin, Rec.748 (*168*)

- C.E 18 Mars 1869, Veyret, Rec.273 (169)

- T.C 08 fév. 1873, Blanco, 1er suppléant 61 (*209*)

- C.E 19 Fév. 1875, Prince Napoléon, Rec.155 (*78,80*)

- C.E 12 Fév. 1886, Sté des publications périodiques, Rec.137 (*49*)

- C.E 26 Juil. 1889, Lacroix et Many, Rec.898 (*169*)

- C.E 28 Mars 1890, Rosazza C/ commune de Cruseilles, Rec.376 (*169*)

- C.E 28 Mars 1890, Albouy C/ commune de Gincla, Rec.377 (*169*)

- C.E 18 Juil. 1890, Gautier, Rec.688 (*111*)

- C.E 05 Fév.1892, Jacquet C/ commune de Faverges, Rec.122 (*111*)

- C.E 06 Déc. 1892, Ministre des travaux publics/ Couderc, Rec.911 (*148*)

- C.E 07 Déc. 1894, Cie algérienne, Rec.661 (*50,51*)

- C.E 17 Avril 1896, Crillon, Rec.335 (*58*)

- C.E 29 Avril 1898, Gille et Bellet, Rec.341 (*57*)

- C.E 08 Mars 1901, Sieurs Prévet et Cie, Rec.279 (*61*)

- C.E 10Janv. 1902, Cie nouvelle du gaz de Déville-Lès-Rouen, Rec.05 (*45*)

- C.E 04 Aout 1902, Min. des travaux publics/ Bonnamy, Rec.629 (*112*)

- C.E 06 Fév. 1903, Terrier, Rec.94 (*89,91*)

- C.E 27 Mars 1903, Commune de Jeumont, Rec.279 (*171,189*)

- C.E 03 Avril 1903, Sieurs Mistral et Pavie, Rec.306 (*60*)

- C.E 20 Mai 1904, C^{ie} marseillaise de navigation à vapeur, Rec.409 (*102*)

- C.E 03 Fév. 1905, Ville de Paris, Rec.105 (*192*)

- C.E 29 Déc. 1905, Bardy, Rec.1014 (*32,75*)

- C.E 10 Mars 1907, Min. des travaux publics C/ Granges, Rec.437 (*58*)

- C.E 30 Mai 1907, Min. de la guerre, Rec.414 (*241,243*)

- C.E 31 Mai 1907, Deplanque C/ ville de Nouzon, Rec.517 (*220*)

- C.E 29 Janv. 1909, C^{ie} des messageries maritimes, Rec.120 (*277,289*)

- C.E 19 Nov. 1909, C^{ie} générale transatlantique, Rec.891 (*109*)

- C.E 19 Nov. 1909, Zéïlabadine, Rec.896 (*17,65*)

- C.E 24 Déc. 1909, Thouvard, Rec.1040 (*111*)

- C.E 04 Mars 1910, Thérond, Rec.193 (*92,212*)

- C.E 11 Mars 1910, C^{ie} gén.^{le} française des tramways, Rec.224 (*12,35,45,212*)

- C.E 31 Janv. 1912, Seulfort et Fockedey, Rec.119 (*228*)

- C.E 10 Mai 1912, Ambrosini, Rec.549 (*279*)

- C.E 12 Juil. 1912, S^{té} des granits porphyroïdes des Vosges, Rec.909 (*93,95,96,99*)

- C.E 23 Avril 1913, Roche, Rec.445(*232*)

- C.E 03 Mars 1916, C^{ie} générale d'éclairage de Bordeaux, Rec.125 (*126,127,128,129,130,131,144,147,171,212,219,270,307*)

- C.E 29 Déc.1916, Bové et Plumeré, Rec.297 (*198*)

- C.E 20 Juil. 1917, C^{ie} générale des automobiles postales, Rec.586 (*132*)

- C.E 14 Déc. 1917, Dedeyn, Rec.823 (*195*)

- C.E 08 Fév. 1918, S^{té} d'éclairage de Poissy, Rec.122 (*132,213,251*)

- C.E 31 Mai 1918, Degraève, Rec.528 (*75*)

- C.E 23 Oct. 1918, Min. des postes et télégraphes, Rec.924 (*244*)

- C.E 11 Déc. 1918, José Da Cunha Mattos, Rec.1117 (*293*)

- C.E 05 Janv. 1919, Levy C/ l'État, Rec.119(*228,293*)

- C.E 12 Mars 1919, S^{té} épargne de France, Rec.246 (*293*)

- C.E 27 Juin 1919, S^{té} du gaz et de l'électricité de Nice, Rec.571 (*264,316*)

- C.E 11 Juil. 1919, C^{ie} des chemins de fer du Midi, Rec.630 (*72*)

- C.E 31 Déc. 1919, Léonard C/ l'État, Rec.969 (*228*)

- C.E 14 Janv. 1920, Galby et Colomme, Rec.25 (*60*)

- C.E 03 Mars 1920, Bessis Isaac, Rec.229 (*293*)

- C.E 24 Mars 1920, Eugster, Rec.656 (*261*)

- C.E 27 Mars 1920, Chalas, Rec.371(*228*)

- C.E 04 Aout 1920, Gaussin, Rec.810 (*111*)

- C.E 10 Nov. 1920, S^{té} d'électrométallurgie de Dives, Rec.936 (*292,293*)

- C.E 17 Nov. 1920, Rigaud, Rec.966 (*295*)

- C.E 03 Déc. 1920, Fromassol, Rec.1036 (*36,55,111,132,227*)

- T.C 22 Janv.1921, S^{té} Commerciale de l'Ouest africain, Rec.91 (*99*)

- C.E 03 Aout 1921, Giacomo Calo, Rec.810 (*71*)

- C.E 16 Nov.1921, Rouquet, Rec.946 (*148*)

- C.E 08 Fév.1922, Carraresi, Rec.119(*242*)

- C.E 31 Mai 1922, Dame Mouchette, Rec.486 (*286*)

- T.C 07 Nov.1922, Manon, Rec.795 (*210*)

- C.E 15 Nov.1922, Bocandé, Rec.822 (*97*)

- C.E 15 Déc.1922, Ville de Rennes, Rec.945 (*13*)

- C.E 26 janv.1923, de Robert Lafregeyre, Rec.67(*99*)

- C.E 02 Fév.1923, Ville de Chateaudun, Rec.112 (*227*)

- C.E 07 Mars 1923, C^{ie} Hellénic transport streamship company, R.D.P 1923 p432 (*210*)

- C.E 10 Aout 1923, S^{té} d'éclairage d'Oloron-Sainte-Marie, Rec.681(*257*)

- C.E 20 Nov.1923, Sieur Couitéas, Rec.789 (*25,81*)

- C.E 05 Janv.1924, C^{ie} du gaz à la Ferte-Milon, Rec.18 (*296*)

- C.E 09 Janv.1924, Moine C/ Min. de la guerre, Rec.40 (*287*)

- C.E 18 Janv. 1924, Ville de Paris C/ C^{ie} de l'air comprimé, Rec.58 (*264*)

- C.E 13 fév.1924, Grandchamp, Rec.176 (*61*)

- C.E 13 fév.1924,C^{ie} des chemins de fer de Paris à Lyon et à la Méditerranée C/ Sieur Clauss, Rec.177 (*71*)

- C.E 09 Juil.1924, Le secteur électrique de la vallée d'Auge, Rec.656 (*261*)

- C.E 08 Aout 1924, S^{té} d'éclairage de force motrice de Brive, Rec.817 (*162,264*)

- C.E 28 Nov.1924, Tanti, Rec.940 (*71,76,103,143,246*)

- C.E 12 Déc.1924, Ville de Dieppe C/ Dufour, Rec.1006 (*77*)

- C.E 11 Mars 1925, Perrier C/ Min. de la guerre, Rec.259 (*60*)

- C.E 18 Mars 1925, V^{ve} Huguet et autres, Rec.283(*61*)

- C.E 18 Mai 1925, Sieurs Colcombert Frères, Rec.493 (*293*)

- C.E 15 Juil.1925, Michel, Rec.682(*293*)

- C.E 30 Oct.1925, Mas-Gayet, Rec.836(*132*)

- C.E 03 Fév.1926, Sieurs Pascal Valluit et C^{ie}, Rec.118(*290*)

- Cour d'appel mixte 29 Av.1926, B.38.370, gouv. Égyptien C/ N.M Rothschild & Sons et Consorts (*52*)

- C.E 14 Mai 1926, Pouillard, Rec.498 (*109*)

- C.E 28 Juil.1926, Min. des travaux publics, Rec.812 (*241*,*243*)

- C.E 17 Déc.1926, S^{té} des chantiers industriels et maritimes de l'Adour Rec.1124 (*287*)

- C.E 26 Janv.1927, S^{té} Horme et Buire C/ Min. de la guerre, Rec.111 (*293*)

- C.E 30 Mars 1927, Faraut, Rec.410 (*261*)

- C.E 03 Fév.1928, S^{té} des ateliers et chantiers de Bretagne, Rec.170 (*287*)

- C.E 09 Mars 1928,C^{ie} des scieries africaines, Rec.344 (*36*,*63*,*227*,*233*,*277*,*290*)

- C.E 18 Juil. 1928, Sieurs Pourxet et Baille, Rec.914 (*112*)

- C.E 13 Juil.1928, S^{té} des forges et chantiers de la Méditerranée, Rec.900 (*288*)

- C.E 30 Nov. 1928, S^{té} le centre électrique, Rec.1228 (*264*)

- C.E 19 Déc. 1928, Sieur Guillet C/ Min. de la guerre, Rec.1321 (*71*)

- C.E 25 Janv.1929, Sous-secrétaire d'État des postes, télégraphies, téléphone Rec.94 (*280*)

- C.E 17 Mai 1929, Commune d'Aubigny-en-Artois, Rec.533 (*20*)

- C.E 05 Juil.1929, Min. de la guerre C/ Yaher, Rec.676 (*181*)

- C.E 25 Juil.1929, Dame Berthelier et Sieur Dupuis, Rec.871 (*251*)

- C.E 11 Oct.1929, C^{ie} de navigation Sud-atlantique, Rec.892 (*221*)

- C.E 14 Fév.1930, S^{té} Schneider & C^{ie} C/ Min. de la marine, Rec.188 (*288*)

- C.E 06 Juin 1930, S^{té} des chantiers maritimes du Midi C/ Min. de la marine Rec.610 (*241*)

- C.E 28 Nov. 1930, Min. des travaux publics C/ Sieurs Brossier et autres Rec.1011(*300*)

- C.E 11 Juin 1941, Hôpital-Hospice de Chauny, Rec.129 (*47*)

- C.E 20 Mars 1942, Dame Veuve Bastic, Rec.92 (*17*)

- C.E 11 Mai 1942, Saint-Rapt, Rec.199(*195*)

- C.E 10 Fév.1943, Sieur Auran, Rec.36 (*71*)

- C.E 26 Fév.1943, S^{té} des établissements Huard, Rec.380 (*73*)

- C.E 05 Mai 1943, Ville de Nîmes C/ S^{té} fermière des tramways de Nîmes Rec.58 (*291*)

- C.E 19 Mai 1943, Caisse des dépôts et consignations, Rec.126 (*195*)

- C.E 11 Juin 1943, Min. de la marine C/ S^{té} des G.T, Rec.148 (*260, 265*)

- C.E 29 Juil.1943, Sieur Villemaine, Rec.219 (*285*)

- C.E 29 Juil.1943, S^{té} des ateliers des wagons de Brignond et Sieur Coutant, Rec.220 (*295*)

- C.E 10 Déc.1943, S^{té} d'assainissement, Rec.287 (*213,219*)

- C.E 05 Janv.1944, Ville de Montpellier, Rec.433 (*189*)

- C.E 21 Janv.1944, S^{té} d'entreprises et de construction en béton armé, Rec.23 (*256*)

- C.E 22 Mars 1944, S.A « Énergie électrique » de la Basse-Loire, Rec.95 (*56,59*)

- C.E 05 Avril 1944, Jourdan, Rec.402 (*69*)

- C.E 05 Avril 1944, S^{té} « La précision moderne », Rec.402 (*69*)

- C.E 21 Avril 1944, C^{ie} française des câbles télégraphiques, Rec.119 (*144,147,164,177,266*)

- C.E 14 Juin 1944, Sieur Skouloukos, Rec.169 (*226*)

- C.E 23 Juin 1944, Ville de Toulon, Rec.180 (*213,291*)

- C.E 08 Déc.1944, S^té « l'Énergie industrielle », Rec.318 (*37,151,152,153,244*)

- C.E 22 Juin 1945, Belvisi, Rec.133 (*290*)

- C.E 22 Fév.1946, Établissements Bizouard Goubert, Rec.432 (*69*)

- T.C 06 Avril 1946, S^té franco-tunisienne, Rec.327 (*210*)

- C.E 09 Mai 1947, Établissements Paul-Lapra, Rec.183 (*69*)

- C.E 11 Juin 1947, Min. de la guerre C/ Nadaud, Rec.255 (*164*)

- C.E 26 Juil.1947, Bongert, Rec.351 (*282,283*)

- C.E 14 Nov.1947, Ministre de l'air, Rec.422 (*279,281,290*)

- C.E 21 Nov.1947, Petot, Rec.647 (*259*)

- C.E 05 Déc.1947, Caisse de compensation pour la décentralisation de l'industrie aéronautique, Rec.457 (*13*)

- C.E 07 Janv.1948, Secrétaire d'État à la défense C/ S^té Lucien Gillet et ses fils Rec.08 (*283*)

- C.E 10 Mars 1948, Hospices de la ville de Vienne, Rec.124 (*267*)

- C.E 23 Avril 1948, Ville d'Ajaccio, RDP.1948, p 603 (*59,240*)

- C.E 07 Mai 1948, Royer, Rec.199 (*21*)

- C.E 30 Juil.1948, Min. de la guerre C/ S^té Rol-Lister, Rec.359 (*197,251,255*)

- C.E 02 Mars 1949, Min. des travaux publics C/ EDF D.1953, p309 (*151*)

- C.E 04 Mars 1949, Ville de Toulon, Rec.198 (*104,144,147*)

- C.E 29 Avril 1949, Min. de la guerre C/ Debosque, Rec.191 (*157*)

- C.E 18 Mai 1949, S^té des travaux et construction, Rec.228 (*225*)

- C.E 01 Juil.1949, Établissements Vialla, Rec.318 (*165,265*)

- C.E 15 Juil.1949, Ville d'Elbeuf, Rec.358 (*32,104,144,150,154,164,268*)

- C.E 18 Janv.1950, Préfet du Rhône, Rec.38 (*318*)

- C.E 10 Mars 1950, Dépar^{t} de la Seine C/ S^{té} des transports en commun de région parisienne D.1950, JCP 454 (*39*)

- C.E 05 Juil.1950, S^{té} française de constructions et d'aménagements industriels et caisse franco-néerlandaise de cautionnement, Rec.416 (*228*)

- C.E 17 Juil.1950, Sieur Chouard, Rec.444 (*69*)

- C.E sect. 20Oct.1950, Stein, Rec.505 (*96,99*)

- C.E 20 Nov.1950, Min. de la guerre C/ Balmain, Rec.530 (*299*)

- C.E 02 Fév.1951, Secrétaire d'État à la défense, Rec.67 (*164*)

- 1er Juin 1951, S^{té} des étains et wolfram du Tonkin, Rec.312 (*80,78*)

- C.E 29 Juin 1951, Secrétaire d'État à la défense C/ Débernardy, Rec.385 (*192,255*)

- C.E 27 Juil.1951, Commune de Montagnac, Rec.439 (*142,159,318*)

- C.E 30 Oct.1951, S^{té} Citroën, Rec.507 (*245*)

- C.E 26 Déc.1951, Durant et Poitevin, Rec.617 (*60*)

- C.E 23 Janv.1952, Secrétaire d'État aux forces armées C/ Chambouvet, Rec.50 (*244*)

- C.E 23 Janv.1952, C^{ie} des tramways électriques de limoges, Rec.52 (*113*)

- C.E 22 F2v.1952, S^{té} pour l'exploitation des procédés ingrand, Rec.130 (*226*)

- C.E 07 Mai 1952, Eloy, Rec.120 (*306*)

- C.E 09 Mai 1952, Colonie de la Réunion, RDP.1953, p 194 (*13*)

- T.C 19 Juin1952, S^té interprofessionnelle de viandes, Rec.629 (*99*)

- C.E 16 Juil.1952, Électricité de France, Rec.379 (*282,301,305*)

- C.E 28 Nov.1952, S^té coopérative des ouvriers du bâtiment , Rec.542 (*129,141*)

- C.E 02 Avril.1953, Commune de Moissac, Rec.320 (*195,198*)

– حكم محكمة القضاء الإداري المصري بتاريخ 02 جوان 1953 (*64*)

- C.E 13 Nov.1953, S^té Collet, Rec.490 (*233*)

- C.E 17 Fév.1954, Min. des travaux publics, RDP.1954, p 835 (*288*)

- C.E 24 Fév.1954, S^té des ateliers de construction Schwartz-Haumont, AJDA.1954 IV 18 (*84,88*)

- T.C 22 Janv.1955, Naliato C/ l'État, Rec.614 (*215*)

- T.C 28 Mars 1955, Confédération générale des petites et moyennes entreprises, Rec.616 (*215*)

- C.E 15 Juil.1955, Commune de Vic-Fezensac, RDP1956, p 415 / Rec.447(*242*)

- C.E 09 Nov.1955, S^té des transports routiers Aviat & Co. Rec.530 (*282,294*)

- C.E 20 Avril 1956, Époux Bertin, Rec.167 (*93,95,216,299*)

- C.E 20 Avril 1956, Grimouard, Rec.168 (*94,215*)

- C.E 02 Janv.1957, S^té Lancery, AJDA1957, p59 (*283*)

– حكم محكمة القضاء الإداري المصري الصّادر في 20 جانفي 1957 القضية 7892 لسنة 8ق مجموعة أحكام المحكمة لسنة11، ص 152 (*172*)

- C.E 27 Mai 1957, Artaud, Rec.350 (*95*)

- C.E 29 Janv.1958, S^té «L'urbaine-travaux », Rec.49 (*219*)

- C.E 29 Janv.1958, Bonabeau, Rec.50 (*233,294*)

- C.E 26 fév.1958, C^ie des mines de Falimé-Gambie, Rec.128 (*96*)

- C.E 05 Mars 1958, Ville de Nice, Rec.143 (*164*)

- C.E 02 Mai 1958, Distillerie de Magnac-Laval, Rec.246 (*66*)

- C.E 12 Nov.1958, S^{té} des entreprises métropolitaines et coloniales, RDP1959, p357 (*244*)

- C.E 14 Nov.1958, Union meunière de la Gironde, Rec.554 (*95*)

- C.E 10 Mars 1959, Lauthier, Rec.198 (*95,218*)

- C.E 18 Avril 1959, S^{té} I.T.A.U C/ ville de Nice, Rec.216 (*264,266*)

- C.E 24 Avril 1959, Établissement forestier, Rec.267 (*269*)

- C.E 29 Avril 1959, Min. des forces armées C/ S^{té} Robinet, Rec.1036 (*295*)

- T.C 23 Nov.1959, D^{elles} Santelli et Bruneaux, D.1960, p 280 (*95*)

- T.C 14 Nov.1960, S^{té} agricole de stockage de la région d'Ablis, Rec.867 (*99*)

- C.E sect.13 Janv.1961, Établ^{ts} Companon-Rey, Rec.567 (*99*)

- C.E 13 Mai 1961, Min. des travaux publics C/ S^{té} nationale de construction Rec.706 (*233,242*)

- C.E 02 Juin 1961, Leduc, Rec.365 (*84*)

- C.E 13 Juil.1961, S^{té} indochinoise d'électricité, Rec.519 (*78*)

- C.E 03 Nov.1961, Garreau , RDP1962, p377 (*228*)

- C.E 20 Déc.1961, SARL "La pomme de terre », Rec.731 (*157*)

- C.E 22 Déc.1961, S^{té} nationale des chemins de fer français, Rec.738 (*72,78*)

- C.E 07 Fév.1962, Dôme-Sutra, Rec.1020 (*190*)

- C.E 16 Fév.1962, SARL Orsini-Lasartigues, Rec.1019 (*200*)

- C.E 09 Mai 1962, Ville de Bastia, Rec.307 (*265*)

– محكمة القضاء الإداري المصرية قضية رقم 155 سنة 12 ق جلسة 1962/05/27 (*22*)

- T.C 17 Déc.1962, Dame Bertrand, Rec.831 (*99*)

- C.E 25 Janv.1963, Sté des Alcools du Vexin, Rec.50 (*112,240,241*)

- C.E 22 Fév.1963, Ville d'Avignon, Rec.115 (*164,166*)

- C.E 22 Fév.1963, Commune de Gavarnie, Rec.113 (*81*)

- T.C 08 Juil.1963, Entreprise Peyrot C/ Sté de l'autoroute Esterel Côte d'Azur Rec.787 (*88*)

- C.E 08 Nov.1963, Commune de Castelmoron-sur-Lot, Rec.544 (*283*)

- C.E 13 Déc.1963, Syndicat des praticiens de l'art dentaire, D.1964.55 (*87*)

- C.E 21 Fév.1964, Cie de navigation Denis-Frères, Rec.126 (*294*)

- C.E 02 Déc.1964, Port autonome de Bordeaux, Rec.936 (*252,255*)

- C.E 13 Janv.1965, Sté des établ.ts Raoul-Duval, Rec.980 (*21*)

- C.E 17 Nov.1965, Commune de Monthermé, Rec.981 (*266*)

- C.E 30 Mars 1966, Cie générale d'énergie radioélectrique, Rec.257 (*28,79,80,81*)

- C.E 14 Oct.1966, Min. de la construction C/ ville de Bordeaux, RDP.1967 p159 (*19*)

- C.E 19 Oct.1966, Sté « Les viviers de Saint-Malo », Rec.1020 (*158*)

- C.E 02 Déc.1966, Sté « France reconstruction Plan », Rec.635 (*20,22*)

- C.E 31 Janv.1967, Département de la Moselle, Rec.124 (*267*)

- C.E 22 Fév.1967, Ville de Royan C/ Gracieux, Rec.951 (*149*)

- T.C 03 Mars 1967, Sté interlait, AJDA 1969, p 307 (*87*)

- C.E 09 Juin 1967, Sté des eaux de Marseille, Rec.241 (*87*)

- C.E 17 Nov.1967, Roudier de la Brille, Rec.428 (*97*)

- C.E 17 Nov.1967, S^{té} ateliers Nicou & C^{ie}, Rec.429 (*200*)

- C.E 24 Avril 1968, C^{ie} de navigation Denis-Frères, Rec.257 (*294*)

- T.C 24 Juin 1968, S^{té} d'approvisionnements alimentaires et s^{té} des distilleries Bretonnes, Rec.801 (*95*)

- C.E 13 Juil.1968, S^{té} des étab^{ts} SERFATI , n°73161, RDP1969, p12 (*281*)

- C.E 06 Nov.1968, Commune de Licq-Atherey, Rec.546 (*286*)

- C.E 3/5ssr du 12 Juil.1969, S^{té} Schwenck-Frères, Rec.405 (*299*)

- C.E 1er Oct.1969, S^{té} d'établissements privés, Rec.411 (*200*)

- C.E 05 Nov.1969, OPHLM de Seine-et-Oise, Rec.474 (*227*)

- C.E 05 Janv.1970, Ville de Marseille, RDP1971, p263 (*192*)

- C.E 21 Juil.1970, Départ^{t} des Hautes-Alpes C/ S^{té} Savoyarde d'entreprise Rec.533 (*187,197*)

- C.E 07 Oct.1970, Lavigne, Rec.1097 (*76*)

- C.E 23 Déc.1970, EDF C/ Farsat, Rec.790 (*27*)

- C.E 10 Fév.1971, Bonnet, Rec.1104 (*226,227*)

- C.E 24 Fév.1971, Commune de Malesherbes, Rec.162 (*187*)

- C.E 07 Mai 1971, Min. de l'économie et des finances et ville de Bordeaux C/ Sastre, Rec.334 (*25*)

- C.E 20 Juil.1971, Département du Var, C.J.E.G1971.J.235 (*279*)

- C.E 20 Oct ;1971, C^{ie} des chemins de fer de Bayonne à Biarritz, Rec.624 (*83,103*)

- C.E 21 Nov.1971, S^{té} industrielles des fertilisants humiques, Rec.723 (*216,219*)

- C.E 21 Nov.1972, S^té « Ateliers de nettoyage de Fontainebleau », Rec.753 (*97*)

- C.E 28 Fév.1973, Commune de Lagos, Rec.180, (*286*)

- C.E 14 Nov.1973, Société Hersant, RDP1974, p1174 (*191,193*)

- C.E 20 Mars 1974, Min. de l'aménagement du territoire de l'équipement et du logement, Rec.200 (*25*)

- C.E 5/3ssr du 24 Janv.1975, Commune de Morzine, Rec.55 (*240*)

- C.E 02 Fév.1975, C^ne de Saint-Michel-de-Maurienne, RDP1975, p1733 (*190*)

- C.E 2/3ssr du 19 Fév.1975, Campénon-Bernard, Rec.143 (*190,197,200,252,281,285*)

- C.E 17 Oct.1975, Commune de Canari n°93704 (*200*)

- C.E 17 Déc.1975, Min. de la défense C/ s^té entreprise Coutant, Rec.1135 (*232*)

- C.E 12 Mars 1976, Société Sofilia, Rec.155 (*130,142,159,165,265*)

- C.E 29 Oct.1976, Min. des affaires étrangères C/ Consort Burgat, G.A.J.A 588 (*79*)

- C.E 22 Déc.1976, Depussé, Rec.575 (*190,200*)

- C.E 02 Mars 1977, S^té Leflon et C^ie Hoeltegen, Rec.890 (*154*)

- C.E 13 Mai 1977, C^ie financière et industrielle des autoroutes, Rec.219 (*77*)

- C.E 27 Mai 1977, S.A Victor Delforge, Rec.253 (*27*)

- C.E 22 Juil.1977, S^té Nord-Océan Poirsis & C^ie, Rec.347 (*170,178,254*)

- C.E 27 Oct.1978, Ville de Saint-Malo, Rec.401 (*38,241,244,249*)

- C.E 2/6ssr du 13 Oct.1978, Départ^t de la Vendée C/ S^té Dumez et Sacer Rec.871 (*253,256*)

- C.E 05 Janv.1979, Quinault et autres, Rec.03 (*244*)

- C.E 22 Fév.1980, S.A des sabliers modernes d'Aressy, Rec.109 (*129*)

- C.E 10/2ssr du 02 Juil.1980, Charton n°10614 (*240*)

- C.E 31 Oct.1980, Min. de l'équipement et de l'aménagement du territoire C/ sté du port de pêche de Lorient, Rec.397 (*157*)

- C.E 10/09ssr du 06 Fév.1981, Ville de Montpellier, Rec.80 (*286*)

- C.E 6/2ssr du 17 Juin 1981, Commune de Papeete, Rec.814 (*156*)

- C.E 12 Mai 1982, Sté de travaux publics et bâtiments THEG n°23340 (*199*)

- C.E 12 Mai 1982, Sté des autoroutes Paris-Rhin-Rhône, Rec.175 (*187,194,253*)

- C.E 26 Mai 1982, Ville de Chamonix-Mont-Blanc et autre, n° 16488,16520 et 16578 (*232*)

- C.E 02 Juil.1982, Sté routière Colas, Rec.261 (*131,161*)

- C.E 10/09ssr du 03 Nov.1982, Sté d'exploitation Louis-Gros, n°34772 (*198*)

- C.E 05 Nov.1982, Sté propétrol, Rec.381 (*13,104,141,214,219,283*)

- C.E 02 Fév.1983, Unions des transports publics urbains et régionaux, R.F.D.A n° 0 (0), Mai-juin, 1984, pp 50-51(*37,39,45,47,247,249*)

- C.E 3/5ssr du 11 Fév.1983, Sté entreprise Caroni, n°29123 (*249,250*)

- C.E 1/4ssr du 18 Fév.1983, Sté française du Tunnel routier du Fréjus et autres Rec.781 (*241*)

- T.C 21 Mars 1983, Union des assurances de Paris et autres C/ Secrétaire d'État aux postes et télécommunications, Rec.597 (*89*)

- C.E 30 Sept.1983, Maillard, Rec.858 (*27*)

- C.E 22 Juin 1984, Secét. D'État auprès du min. des transports chargé de la mer C/ Sté Sealink UK Limited et C/ Sté Jokelson et Handstaen, Rec.246 et 247 et C/ Sté Townsend Car-ferries, JCP1985$_{II}$.20444 (*24*)

- C.E 10 Oct.1984, Entreprise Cottin Jonneaux, RDP1985, p223 (*199*)

- C.E 10 Oct.1984, S.A André, RDP1985,p235 (*303*)

- C.E 18 Janv.1985, Association relais culturel d'Aix-en-Provence n°51534(*105*)

- C.E 06 Mai 1985, Association Eurolat et crédit foncier de France, Rec.141(*22*)

- C.E 17 Juin 1985, S^{té} Cogeci, RDP1986, p 1729 (*198*)

- C.E 3/5ssr du 27 Sept.1985, C^{ie} française d'irrigation, n°46359(*302,303*)

- C.E 06 Nov. 1985, Ministre d'État, ministre des transports C/. C^{ie} touraine air transport et S^{té} Condor Flugdienst, Rec.312/313 (*24*)

- C.E 18 Janv.1986, Ville de Paris C/ Duvinge, Rec.10 (*23*)

- C.E 1/4ssr du 14 Mars 1986, Commune de Val-D'isère, n°96272 (*286*)

- C.E 1/4ssr du 13 Mai 1987, S^{té} Citra France, n°35374,50006,50065 (*190,226*)

- C.E 6/2ssr du 1er Juil.1988, S^{té} des entreprises Gray, n°55947 (*201*)

- C.E 07 Oct.1988, Vincent C/ Commune de Vouvray, RDP1989 n°9, p1797(*21*)

- C.E 04 Nov.1988, Administration générale de l'assistance publique à Paris C/ Entreprise Bertrand D.A1988, n°637 (*200*)

- C.E 11 Mai 1990, Bureau d'aide sociale de Blénod-Lès-Pont-À-Mousson AJDA1990, p 614 (*89*)

- C.E 5/3ssr du 30 Nov.1990, S^{té} Coignet entreprise, Rec.875 (*161*)

- C.E 5/3ssr du 05 Déc.1990, S^{té} Rapetto, n°63063 (*192*)

- C.E 13 Mars 1991, Entreprise Labaudinière, n°80846 (*226*)

- T.C 18 Mars 1991, Kermann (*218*)

- C.E 25 Avril 1991, École supérieure de commerce d'Amiens, Rec.256 (*218*)

- C.E 29 Mai 1991, Établissement public d'aménagement de la ville de Saint-Quentin-en-Yvelines, Rec.1048 (*164,259,269*)

- C.E 10/3ssr du 17 Fév.1992, S^{té} générale d'entreprises Saint-Rapt-et-Brice (SGETPI) n°50359 (*251*)

- C.E 5/3ssr du 19 Fév.1992, S^{té} Dragages et travaux publics, Rec.1108(198,269)

– المحكمة الإدارية العليا، الطّعن رقم 108.546 لسنة 35 جلسة 04 أفريل 1993 المجموعة ص(*126*)

- C.E 7/10ssr du 08 Juin 1994, S^{té} CODIAM, Rec.295 (*216*)

- T.C 16 Janv.1995, C.N.R C/ EDF, C.J.E.G 1995, p 259 (*89*)

– مجلس شورى الدّولة اللّبناني قرار رقم 486 تاريخ 30 مارس 1995 م.ق.إ 1996 عدد9 ص 614(*173*)

- C.E Avis d'assemblée générale (Section Des travaux publics) du 08 Mars 1997, n°360333 (*109*)

- C.E 29 Déc.1997, S^{té} civile Néopolders n°146753 (*112*)

- C.E 7/10ssr du 12 Mars 1999, S.A Meribel, n°176694 (*243*)

- T.C 05 Juil.1999, Unions des groupements d'achats publics, Rec.465 (*97*)

- T.C 05 Juil.1999, Commune de Sauve, Rec.465 (*98*)

- C.E 22 Juil.1999, n°189412, C^{ie} financière des autoroutes (*109*)

– قرار مجلس الدّولة الجزائري (غير منشور) ملف رقم 010605 فهرس 34 بتاريخ 20 جانفي 2000 قضية ب. محمّد ضدّ بلدية كرزاز (*201*)

- C.E 7/5ssr du 14 Juin 2000, S^{té} SOGEST & Co C/ C^{ne} de Staffelfelden n°184722 (*312,314*)

- T.C 17 Déc.2001, S^{té} rue impériale de Lyon, Rec.761 (*98*)

- C.E 7/5ssr du 29 Juil.2002, S^{té} MAJ blanchisseries de Pantin, Rec.297 (*98*)

- C.E 7/5ssr du 30 Juil.2003, Commune de Lens, n°223445 (*173*)

– قرار مجلس الدّولة الجزائري (غير منشور) رقم 012269 فهرس 950 بتاريخ 2003/12/16 قضية مؤسّسة كشرود الاقتصادية ضدّ والي ولاية خنشلة (*88،284*)

– قرار مجلس الدّولة الجزائري رقم 012585 الفهرس 344 المؤرّخ في 2004/06/15 قضية بغدادي العيد ضد مديرية التّربية لبشّار و من معه (*88*)

- C.A.A de Bordeaux 14 Sept.2004, Couderc, G.A.J.A, p 158 (*98*)

- C.E 1ère et 2èmessr du 29 Déc.2004, n°262190, M.Almayrac et autres (*79*)

- C.E 7/2ssr du 28 Juin 2006, Syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la moyenne vallée du Gier, n°288459 (*217*)

- C.E 7/2ssr du 27 Sept.2006, Sté GTM construction, n°269925 (*200,255*)

- C.E 24 Nov.2006, Sté Group 4 Falck Sécurité, n°275412 (*226*)

- C.E 7/2ssr du 26 Nov.2007, Sté Campénon-Bernard & Co. C/ Département du Val-de-Marne, n°256817 (*226*)

- C.E 10 Avril 2008, Sté Jean-Claude-Décaux, n°244950,284439et 284607(*21*)

- C.E 7/2ssr du 07 Nov.2008, n°290699, Groupet Guintoli-Siorat-Micro (*255*)

- C.E 7/2ssr du 29 Déc.2008, n°296930, OPHLM de Puteaux C/ SARL Serbois(*226*)

- C.E 7/2ssr du 23 Déc.2009, n°328827, Établit public du musée et du domaine national de Versailles (*217*)

- C.E 7/2ssr du 10 Fév.2010, n°301116, Sté Prest'action (*261*)

- C.E 7/2ssr du 03 Mars 2010, Cne de Garges-Lès-Gonesse, n°323076(*314*)

- C.E 7/2ssr du 19 Janv.2011, n°341669, C.C.I de Pointe-à-Pitre (*217*)

- C.E 7/2ssr du 05 Juin 2013, n°352917, Région Haute Normandie (*254*)

- C.E 16 Déc.2013, n°369304, Sté ESCOTA (*45,112,246*)

- C.E 7/2ssr du 07 Mars 2014, n°372897, CHU de Rouen (*217*)

- C.E 1er Juil.2015, n°383613, Sté Sud-Terrassement (*199*)

- C.E 7/2ssr 19 Juil.2017, n°392707, Sté G.B.R Île-de France C/ CHIPEA (*227*)

- C.E 7ème et 2ème chambres réunies du 21 Oct.2019, n°419155, Sté Alliance (*155*)

Table alphabétique

جدول أبجدي لأهمّ المصطلحات

الأرقام تدلّ على الصّفحات التي ذُكر فيها المصطلح

– أ –

- إبرام: [(3–14)، (32–91)، 99، (103–194)، (204–326)].

- اتّفاق:[(5، 40، 50، 51، 58، 66، 79، 81، 137، 166، (203–322)].

- آثار: (7، 8، 9، 31، 41، 48، 58، 62، 66، 79، 83، 118 فما فوق).

- إثراء: (17، 18، 19، 20، 21، 22، 23، 24، 30، 124، 201).

- اجتهاد قضائي: (28، 38، 44، 48، 58، 73، 86–115، 136–188، 205، 240 فما فوق).

- إجراء/ إجراءات: [(5، 7، 12–34، 44–325)].

- إجراء خاصّ/ إجراءات خاصّة: (13، 45، 46، 54، 55، 57، 61 ،64، 114، 239).

- إجراء عامّ/ إجراءات عامّة: [(34، 57،(63–69)،(72–79)،102، 103، 114، 239، 241)].

- احترام: [(7، 17، 24،(53–56)، 67، 202، 233، 300)].

- اختلال التّوازن المالي للصّفقة/للعقد: (36، 111 ،122 ،164، 168، 242، 271، 308، 309 314).

- إداري: (2–320).

- إدارة /إدارة متعاقدة: (2–320).

- إرادة الطّرفين: (41، 79، 121، 126، 129، 138، 150، 154–156، 165، 168 فما فوق)

- ارتباط: (47، 108، 130، 133، 160، 188، 213، 216، 219، 226، 233، 237).

- إرهاق: (16، 17، 36، 44، 45، 72، 77، 105، 111–117، 122، 141، 150، 160 212، 233، 245، 267، 275 ،276 ،283).

- أساس: (12–314).

- أساسي/أساسية: (7، 8، 17، 24، 27، 30، 40، 61، 75، 86، 108، 125، 127، 130 134، 141-149، 166، 178، 185، 200، 209-217، 224، 271، 272).

- أسباب: (81، 118، 119، 123، 124، 173، 231، 233، 235، 236، 304، 306).

- استبعد:(38 ،56 ،62 ،65 ،68 ،81 ،108 ،135 ،139 ،154 ،162 ،247 ،291 ،294).

- استثناء/ استثناءات: (11، 12، 68، 102، 157، 198، 200، 228، 240، 245، 269 274، 280).

- استحالة: (28، 117، 126، 209، 271، 278، 279، 283، 284، 302-316).

- استحالة التّنفيذ: (105، 117، 175، 208، 219، 231، 275-279، 295-307، 321).

- استمرار:(20، 53، 109، 128، 135، 142، 184، 210، 220، 237، 271، 273، 283 303، 305، 310، 316، 319).

- استمرار الرّابطة العقدية: (209، 216، 237، 273).

- الاستمرار في التّنفيذ:(16، 17، 114، 115، 125، 129، 160، 164، 169، 176، 190 196، 205، 238، 263، 266، 269، 275، 276، 279، 311، 321، 322).

- استمرارية:(24، 32، 36، 129، 130، 136-143، 154، 160، 167، 184- 187، 212-220، 231، 233، 237، 239، 263، 264، 273، 276، 295، 302، 307، 322).

- أشخاص خاصّة: (82، 84، 89، 99، 114).

- أشخاص عامّة: (11، 27، 82، 85-83، 90، 93، 101، 104، 328).

- أشغال إضافية ضرورية: (20، 106، 196، 202-199).

- أشغال عامّة/عمومية:(20، 55، 58، 59، 76، 87، 89، 95، 133، 135، 166، 172 173، 177، 178، 180، 181، 184، 189، 204، 205، 217، 243، 255، 264، 300).

- إضراب:(24، 281، 284 ، 292-289).

- إطار :(19، 47، 48، 73، 85، 95، 108، 120، 181، 186، 247، 250، 251، 252 311).

- إعادة: (28، 79، 90، 94، 95، 118، 121، 128، 214، 216، 258، 311، 312، 321).

- إعادة التّوازن المالي للعقد: (17، 20، 29، 35، 38، 39، 43، 48، 108، 114، 122، 177 231، 232، 240، 255، 270، 271، 311).

- أعباء: (322-13).

- اعتبارات العدالة: (181، 186، 188).

- أعمال: (14، 15، 19-22، 51، 54، 55، 59-62، 79، 80، 89، 140، 152، 163 170، 172، 196، 234، 294).

- إعمال: (317-12).

- إعفاء: (59، 209، 220، 225، 230-237، 251، 254، 268، 275، 280، 290، 295-297، 304، 306، 321).

- إعفاء جزئي: (249، 273، 297).

- إعفاء مطلق: (248، 254، 273).

- افتقار: (21-18).

- التزام/ التزامات: (322-13).

- امتياز :(11، 12، 16، 35، 36، 44-48، 55، 68، 78، 108، 127، 140، 220، 224 229، 231، 237، 239، 244، 248، 317، 318).

- انتّظام و اضطراد: (45، 57، 116، 127، 130، 138، 139، 143، 187، 209، 210 221، 223، 231، 244، 269، 307، 322).

- انعدام: (21، 22، 69، 162، 201، 230، 261، 262).

- ب-

- بند/ بنود العقد، بنود تعاقدية، بنود عقدية: (315-11).

- بريتوري/ بريتورية:(114، 132، 137، 149، 186، 187، 258، 322).

- ت-

- تأخير: (95، 157، 158، 223-236، 288، 298، 303، 304).

- تحديد: (27، 39، 77، 80-91، 98، 101، 105، 110، 123، 127، 138، 155، 164 169، 171، 177، 189، 194، 197، 204، 214، 240، 247، 253، 257، 259، 260 264، 267، 269، 281، 290، 303، 309).

- تدابير: (44، 54-59، 63-66، 73، 74، 78، 88، 104، 310).

- تشريع/تشريعات/تشريعية: (15، 17، 24، 29، 34، 46، 49، 50، 52، 66-68، 71-75 83، 88، 90، 101، 102، 121، 124، 168، 224، 269، 277، 279، 322).

- تطبيق: (318-12).

- تطبيقات قضائية: (55، 70، 75، 78، 79، 84، 112، 117، 168، 190، 191، 194 201، 202، 246، 277، 280، 284، 285، 286، 300، 303).

- تعاقد من الباطن: (21، 289).

- تعديل: (29، 31، 32، 34، 37، 38، 44-49، 54، 63، 65، 66، 107، 109، 112 123، 131، 140، 153، 168، 169، 170، 204، 227، 228، 231، 232، 239-243 247، 258، 259، 313).

- تعديل انفرادي:(34، 35، 38، 41، 45-49).

- تعريف: (13، 15، 17، 62، 123، 125، 129، 169، 172-174، 216، 223، 277 279، 288).

- تعريف فقهي: (15، 125، 174، 277).

- تعريف قضائي: (127، 172، 173، 278).

- تعويض: (322-13).

- تعويض جزئي:(238، 245، 246، 257، 259، 274، 275، 308).

- تعويض كلّي: (17، 18، 30، 31، 48، 66، 70، 72، 75، 104، 114، 152، 158، 173 175، 176، 238- 262، 274، 275).

- تغيير: (13، 54، 56، 66، 74، 75، 118، 120، 153، 221، 231، 240، 257، 261).

- تلبية احتياجات المرتفقين: (210، 216-214، 238، 239، 273).

- تنازل: (79، 118، 137، 221، 230، 250-248، 274).

- تنفيذ: (322-11).

- توازن شريف: (36، 40، 42).

- توازن مالي للعقد: (314-15).

- توجيه: (35، 44، 57-55، 77، 248، 314، 315، 322).

- تؤثّر: (17، 21، 54، 56، 61، 65، 68، 71، 72، 75، 79، 83، 275، 276).

- توزيع: (127، 166، 167، 218، 242، 264، 266، 275، 293).

- توقّع: (32، 43، 54، 60، 61، 64، 86، 315-107).

- ج -

- جبر الضّرر: (12، 21، 32، 39، 95، 132، 152، 257، 290).

- جزاء: (35، 96، 209، 229-220، 233، 235، 248، 303).

- ح -

- حاجيات: (95، 116، 217-219، 231، 233، 237).

- حدّ أقصى للأسعار:(161-164، 265).

- حالات: (42، 54، 57، 59، 61-75، 79، 83، 87، 88، 100، 107، 112، 137، 142 153، 183، 212، 219، 224، 231، 285، 289، 291، 295، 296، 302، 304، 308).

- حالات استثنائية: (72، 74، 79).

- حالة اتّفاقية: (240، 248، 274).

- حدث: (118، 126، 143-152، 159-162، 168، 263، 278-282 ، 285-287، 290-292، 296-305، 309، 315، 321).

- حدث أجنبي: (279، 280).

- حدث استثنائي: (145، 146).

- حدث خارجي:(156، 277-279، 293، 295، 306، 316).

- حدث طارئ: (150، 151، 156، 161، 260).

- حدث غير متوقّع: (147، 148، 281، 304، 313).

- حدود: (68، 106، 109، 108، 118، 119، 131، 147، 161، 225، 230، 260).

- حدود سلطة الإدارة: (223، 230).

- حرب: (53، 56، 58، 66، 71، 80، 81، 104، 128، 131، 132، 145، 245، 274 285، 290، 293-295، 304).

- حرّية: (23، 51، 97، 123، 124، 303، 307).

- حساب: (18-21، 36، 37، 41-43، 83، 85، 90، 109، 146، 147، 173، 222، 244، 257، 258، 260، 264، 265، 272، 310، 312، 313، 319، 320).

- حفاظ على التّوازن المالي للعقد: (32، 42، 115، 132، 167، 231، 239).

- حقّ/ حقوق: (321-11).

- خ -

- خاصّ/ خاصّة: (321-11).

- خسارة: (23، 29، 36، 105، 111، 123، 125، 126، 128، 129، 132، 134، 153 161، 162، 164، 166، 169، 238، 241، 245، 257، 265، 266، 274، 275، 309).

- خسارة الاستغلال: (105، 161، 162).

- خصائص: (46، 65، 117، 129، 130، 135، 140، 145، 148، 149، 157، 223 226، 227).

- خصوصية: (19، 25، 31، 116، 156، 212).

- خطأ: (296-12).

- خطر: (13، 41، 116، 182، 221، 240، 259، 263، 325).

- د -

- دعوى: (23-21، 105، 167، 201).

- دفتر/دفاتر الشّروط:(38، 58، 73، 74، 98، 100، 108، 127، 128، 153، 163، 169 172، 174، 192، 204، 224، 225، 229، 248، 251-255، 267، 269، 296-300).

- دون خطأ: (12، 15، 16، 27، 29-34، 42، 43، 62، 86، 106، 107، 159، 183 184، 189، 199، 205، 212، 239).

- ذ -

- ذمّة مالية: (19، 20، 51).

- ر -

- رابطة عقدية:(30، 31، 117، 208، 209، 211، 212، 216، 237، 261، 262، 306 322).

- ز-

- زوال: (123، 131، 264، 271، 290، 309).

- س-

- سبب: (321-11).

- السّعر الحدّ: (161، 260).

- سلطان الإرادة: (121، 123، 124، 304).

- سلطة تشريعية: (46، 49، 50، 83، 102).

- سلطة عامّة: (11-16، 31، 35، 58، 59، 62، 65، 66، 71، 82، 83، 104، 106، 114، 165، 231، 244).

- سلطة متعاقدة: (14، 42، 43، 101).

- ش-

- شخص معنوي خاصّ: (58).

- شخص معنوي عامّ: (11، 23، 84، 221).

- شروط: (321-12) .

- شروط استثنائية: (55، 92، 94، 96، 98، 100، 101، 211).

- ص-

- صادرة:(34، 43، 45، 46، 57، 60، 64، 65، 67، 69، 77، 83، 102-105، 151 295).

- صعوبات: (60، 79، 80، 131، 132، 142، 163، 168، 172، 175، 176، 184، 212 215، 220، 233، 238، 255، 266، 275، 276، 288، 289، 293-295، 305، 322).

- صعوبات ذات طابع استثنائي:(175، 176، 189، 195، 196، 285).

- صعوبات غير متوقّعة:(43، 107، 176، 183، 192، 193، 195، 202، 275).

- صعوبات مادّية:(15، 107، 116، 169- 176، 205-182، 254-252، 321).

- صعوبة: (13، 44، 64، 68، 73، 74، 82، 83، 116، 125، 147، 161، 234، 240 261، 275، 281، 288).

- صفقات جزافية/ذات سعر جزافي: (170، 171، 199-197، 204، 206، 254، 274).

- صفقة/ صفقات عمومية: (321-11).

- صلة العقد الإداري بالمرفق العامّ:(210، 213، 219).

- ض-

- ضبط إداري: (58-56).

- ضرر: (301-12).

- ضرورة: (11، 36، 93، 113، 114، 117، 122، 130، 135، 141، 145، 147، 166 167، 176، 183، 187، 202، 210، 229، 250، 273، 282، 322).

- ط-

- طابع خاص: (81، 210، 214).

- طلب التّعويض: (45، 52، 62، 70، 72، 108، 131، 140، 153، 155 ،157، 173 202، 231، 232، 259-261، 304).

- ظ-

- ظرف استثنائي: (40، 105، 156، 206).

- ظرف طارئ: (322-104).

- ظروف: (320-14).

- ظروف استثنائية: (36، 104، 119، 126، 129، 167).

- ظواهر طبيعية: (11، 145، 149، 189، 190، 206، 287-285).

- ع -

- عتبة عدم التّوقع: (163، 260).

- عدالة:(12، 17، 35، 117، 136، 139، 143، 173، 181، 186-188، 204، 245 305، 316، 320، 321).

- عدم التّوقع: (108-110، 134، 140، 141، 145، 146-151، 158-160، 166، 193 194، 205، 251، 260، 269، 270، 281، 282، 293، 295، 300، 309).

- عدم المشروعية: (23، 249، 250).

- عدم إمكان التّلافي: (283، 284، 293، 295).

- عقد إداري: (16، 24، 49، 84-88، 100، 115، 135، 139، 189).

- عقد التزام: (37، 38، 79، 87، 133، 153، 179، 180).

- عقود جزافية: (170، 171، 197).

- عقوبات مالية: (224، 225، 230، 235).

- علاقة عقدية: (11، 45، 82، 85، 86، 88، 90، 101، 107، 145، 151، 154، 167 184، 191، 199، 206، 250، 258، 264-268، 273، 280، 284، 296، 299، 309 311-316، 320، 321).

- عمليات: (56، 59، 95، 104، 135، 245، 246، 274، 295-293).

- عمومية:(321-11).

- غ-

- غرامة تأخيرية: (209، 220، 223-237، 322).

- غير تعاقدي/تعاقدية: (14، 17، 30، 31، 34، 49، 80، 129-132، 155، 161-167، 176، 252، 259، 260، 264-266، 275، 309، 322).

- غير عادي/عادية: (25، 29، 115، 118، 144، 168، 190، 195، 206، 274، 282، 286، 287).

- غير مألوف/مألوفة: (45، 55، 92، 94، 97، 98، 100، 101، 176، 195، 199، 215، 216، 238، 299).

- غير متوقّع: (61، 64، 86، 108، 115، 128، 144، 147-149، 168، 193، 238، 240، 263، 273، 278، 279، 281، 282، 292، 304، 313، 315، 316).

- ف-

- فترة غير تعاقدية: (131، 161-163، 167، 259، 260، 264، 265، 275، 309).

- فترة سريان الظّرف الطّارئ: 259.

- فسخ الصّفقة: (18، 140، 245، 261-263، 271-274، 279، 295، 302-307، 312-319).

- فرضية: (14، 27، 49، 83، 84، 90، 253، 261، 262، 268، 276، 277، 308، 311، 315، 320).

- فعل الإدارة: (40، 63، 104، 105، 153، 198، 199، 231، 239، 247-244).

- فعل أجنبي: (231، 233).

- فعل الأمير:(313-12).

- فعل الغير: (190، 285، 289).

- فعل ضارّ: (33، 86-82، 101، 104، 206، 240).

- فقه/فقهي/فقهية:(322-12).

- فقه إداري:(322-21).

- فكرة:(322-12).

- ق -

- قاعدة عامّة: (49، 84، 240).

- قانون: (12، 18، 19، 24-30، 45، 46، 49-55، 61، 63، 67، 69، 73-75، 80-101 115، 117-123، 133، 136، 138، 139، 168، 180، 203، 210، 211، 216، 221 224، 226، 227، 231، 249، 261، 263، 279، 282، 286، 298، 306، 316، 321).

- قانون إداري:(12، 17، 24، 63، 86، 93، 95، 99، 100، 107، 133، 138، 139، 210 221، 231، 255، 263، 282، 304، 311).

- قانون مقارن: (19، 49، 86، 91، 203).

- قانوني/قانونية:(318-12).

- قضائي/قضائية:(319-12).

- قضية:(323-12).

- قلب اقتصاديات الصّفقة: (35، 69، 70، 105، 111، 116، 125، 126، 129، 132، 140 146، 150، 153، 156، 160، 161، 164-168، 171، 189، 198، 199، 204، 206 254، 255، 263، 264، 271، 274، 275، 308، 310، 311، 316، 320، 321).

- قواعد قانونية: (12، 91، 258، 259).

- قوّة قاهرة: (105، 115، 117، 119، 129، 142، 169، 170، 172، 173، 196، 204 215، 264، 272، 276-323).

- قوّة قاهرة إدارية: (304، 307، 318-309، 323-321).

- قوّة ملزمة: (47، 128، 133).

- ك-

- كيفية: (67، 125، 130، 131، 167، 253، 258، 263، 274).

- م-

- مال عامّ: (208، 272، 316).

- ماهية: (11، 205، 206، 223).

- مبدأ:(313-17).

- مبرمة: (85-79، 90-88، 93، 96، 99، 114، 133، 219، 273، 305).

- متعامل متعاقد:(322-11).

- مجال تطبيق النّظرية:(71، 133، 134، 169، 181-177).

- مجلس الدّولة الجزائري: (89، 138، 202، 203، 285).

- مجلس الدّولة الفرنسي:(323-12).

- مخاطر إدارية: (11، 16، 24، 47، 108، 114، 115، 141، 144، 159، 168، 177 206، 231، 237، 241، 257، 276، 283، 321).

- مخاطر اقتصادية: (11، 108، 115-117، 127، 137، 141، 144، 159، 168، 177 206، 276، 321).

- مخاطر مادّية: (11، 108، 141، 168، 276، 321).

- مرتفقين: (116، 128، 210، 214-219، 231، 233، 237-239، 269، 273، 302 311، 322).

- مرفق عام: (36، 85، 88، 92-94، 101، 213، 217، 218، 272، 310، 317-315).

- مساواة: (24-30، 47، 81، 82، 230).

- مسؤولية: (12، 15، 16، 24-34، 58، 59، 62، 70، 79-81، 86، 95، 106-108 119، 159، 183، 184، 187، 212، 235، 238، 239، 249-251، 254، 255، 268 273-275، 289، 304، 306، 307، 315).

- مسؤولية تقصيرية: (106، 152، 181، 183).

- مسؤولية تعاقدية/عقدية: (12، 17، 29-34، 64، 106، 107، 111، 158، 159، 184 189، 200، 205، 212، 238، 239، 273، 280، 321).

- مشرّع: (43، 49-54، 65، 74، 87-91، 138، 214، 230، 232، 261، 279، 318 320).

- مشروعية: (22، 23، 26، 51، 66، 248-250).

- مصلحة متعاقدة:(11، 19، 32، 35، 45، 46، 56، 101، 106، 108، 116، 140، 141 158، 203، 206، 221، 225، 235، 239، 243، 248، 257-261، 266، 267، 275 276).

- مصلحة عامّة: (11، 17، 18، 22، 24، 27-30، 34، 36، 43-46، 106، 129 124 139، 187، 211-214، 221، 230، 235، 236، 238، 239، 242، 248، 259، 272 273، 298، 301، 316، 320).

- مطالبة: (14، 31، 45، 56-61، 64، 68، 70، 73، 77، 81، 85، 105، 106، 116 118، 159، 167، 176، 179، 193، 199، 205، 209، 220، 231، 233، 245، 248- 251، 254، 255، 260، 261، 267-270، 275، 296، 319، 322).

- معادلة مالية: (32، 35، 37، 265).

- معالجة: (130، 167، 217).

- معيار: (60، 75، 89، 94-91، 110، 147، 148، 185، 209، 287).

- معيار عضوي: (91-89، 101).

- معيار العقد الإداري: (87، 88، 92).

- معيار المرفق العامّ: (92، 94).

- معيار تبادلي:(92، 101).

- معيار مميّز: (94، 96، 100).

- مكوّن: (44، 46، 82، 86، 96، 106، 107، 115، 166، 168، 204، 205، 225، 231 232، 242، 279، 280، 293، 296-300، 302-305، 309، 310، 316، 321).

- منح التّعويض: (17، 34، 57، 74، 112، 131، 150، 160، 171، 198، 204، 275 299، 322).

- ن -

- نشاط: (22-25، 35، 36، 56-59، 88، 90، 93، 124، 134، 135، 166، 217، 218 241، 248، 265، 290).

- نشأة: (81، 117، 144، 169).

- نصوص:(16، 30، 45، 54، 65، 67، 69، 73، 74، 90، 91، 108، 138، 157، 168 253، 299، 318).

- نظرية:(318-12).

- نظرية القوّة القاهرة: (117، 169، 172، 175، 196، 204، 278، 282، 285-288، 294 300، 307، 310، 318، 321).

- نظرية الصّعوبات المادية غير المتوقّعة: (43، 132، 144، 169-189، 194-209، 234 251-257، 274، 276، 282، 322).

- نظرية الظّروف الطّارئة: (14، 43، 63، 64، 69، 102، 105، 322-116).

- نظرية فعل الأمير:(322-12).

- نظام عام: (26، 28، 34، 39، 57، 124، 137، 242، 268).

- نظام قانوني:(52، 81، 82، 139، 170، 182، 185، 222، 224).

- نفقات:(18، 21، 38، 42، 56، 61، 66، 70، 88، 134، 152، 155، 156، 178، 190 191، 200، 241، 242، 251، 255، 265، 266، 275).

- نهاية: (49، 131، 160-158، 187، 241، 264، 268، 270، 308، 311).

- نيّة مشتركة للمتعاقدين: (100، 138-136، 183-181، 187، 229).

- و -

- وضعية غير تعاقدية: (132-129، 161 ،162 ، 167 ،259).

الفهرس

الصّفحة

مقدّمة.....1-9

الباب الأوّل: ماهية المخاطر التي تعيق تنفيذ الصّفقة العمومية.....11

الفصل الأوّل: المخاطر الإدارية:.....11

المبحث الأوّل: أساس المخاطر الإدارية.....17

المطلب الأوّل: فكرة الإثراء بلا سبب.....18

الفرع الأوّل: الشّروط المادّية:.....19

البند الأوّل: الإثراء.....19

البند الثّاني: الافتقار:.....21

البند الثّالث: وجود العلاقة السّببية بين الإثراء و الافتقار.....21

الفرع الثّاني: الشّروط القانونية.....21

البند الأوّل: انعدام الدّعوى الموازية.....21

البند الثّاني: انعدام سبب الإثراء.....22

الفرع الثّالث: رضاء الإدارة بالأعمال المسبّبة لإثرائها.....22

المطلب الثّاني: احترام المبادئ الأساسية في القانون الإداري.....24

الفرع الأوّل: خصوصية الضّرر:.....25

الفرع الثّاني: الضّرر غير العادي.....25

المطلب الثّالث: المسؤولية العقدية دون خطأ.....30

المطلب الرّابع: فكرة إعادة التّوازن المالي للعقد.....35

المبحث الثّاني: صور فعل الأمير.....44

المطلب الأوّل: فعل الأمير في صورة إجراء خاصّ.....45

الفرع الأوّل: الإجراء الخاصّ الذي يمسّ البنود العقدية نفسها.....45

البند الأوّل: الإجراءات الصّادرة عن الإدارة المتعاقدة.....46

البند الثّاني: الإجراءات التي تصدر عن المشرّع.....49

الفرع الثّاني: الإجراءات الخاصّة التي تؤثّر في ظروف تنفيذ العقد.....54

البند الأوّل: تدابير و إجراءات الرّقابة و التّوجيه.....55

البند الثّاني: إجراءات الضّبط الإداري.....56

البند الثّالث: عمليات الأشغال العمومية.....59

البند الرّابع: الأعمال المادّية الصّادرة عن الإدارة المتعاقدة.....60

المطلب الثّاني: فعل الأمير في صور إجراء عام.....63

الفرع الأوّل: الإجراءات العامّة التي تمسّ نصوص العقد ذاتها.....65

الفرع الثّاني: الإجراءات العامّة التي تؤثّر في ظروف تنفيذ العقد.....68

البند الأوّل: الحالات التي استبعد فيها مجلس الدّولة الفرنسي التّعويض.....68

البند الثّاني: الحالات الاستثنائية التي منح فيها التّعويض.....72

المطلب الثّالث: فكرة السّلطة العامّة.....82

الفرع الأوّل: الصّفقات المبرمة باسم الدّولة بواسطة أحد الوزراء.....82

الفرع الثّاني: الإجراءات الصّادرة عن السّلطة التّشريعية.....83

الفرع الثّالث: في فرضية الازدواج الوظيفي.....83

الفرع الرّابع: في حالة العقود الإدارية المبرمة بين الأشخاص الخاصّة.....84

الفرع الخامس: في حالة العقود الإدارية المبرمة بين الأشخاص العامّة.....85

المبحث الثّالث: شروط تطبيق نظرية فعل الأمير.....86

المطلب الأوّل: أن يتّصل فعل الأمير بعقد إداري.....86

الفرع الأوّل: العقد الإداري بتحديد القانون.....87

الفرع الثّاني: معيار العقد الإداري في الاجتهاد القضائي.....92

البند الأوّل: معيار المرفق العام.....92

البند الثّاني: الشّروط الاستثنائية كمعيار مميّز للعقد الإداري.....95

المطلب الثّاني: أن يصدر فعل الأمير عن السّلطة المتعاقدة.....101

المطلب الثّالث: أن يكون الإجراء المكوّن لفعل الأمير مشروعا.....106

المطلب الرّابع: أن يكون الإجراء غير متوقّع عند إبرام الصّفقة.....108

المطلب الخامس: أن يلحق الإجراء بالمتعاقد ضررا.....111

خلاصة الفصل الأوّل.....114

الفصل الثّاني: المخاطر الاقتصادية.....115

المبحث الأوّل: مفهوم المخاطر الاقتصادية.....116

المطلب الأوّل: نشأة نظرية الظّروف الطّارئة.....117

الفرع الأوّل: في الشّرائع القديمة للشّرق الأوسط.....117

الفرع الثّاني: في القانون الإغريقي و الرّوماني.....119

الفرع الثّالث: في شرائع القرون الوسطى.....121

المطلب الثّاني: تعريف نظرية الظّروف الطّارئة و أسباب ظهورها.....123

الفرع الأوّل: أسباب ظهور نظرية الظّروف الطّارئة.....124

الفرع الثّاني: تعريف نظرية الظّروف الطّارئة.....125

البند الأوّل: التّعريف اللّغوي.....125

البند الثّاني: التّعريف الفقهي.....125

البند الثّالث: التعريف القضائي.....127

المطلب الثّالث: خصائص نظرية الظّروف الطّارئة.....130

الفرع الأوّل: ضرورة استمرارية المرفق العام.....130

الفرع الثّاني: كيفية معالجة وضعية غير تعاقدية.....131

الفرع الثّالث: الحفاظ على التّوازن المالي للعقد.....132

الفرع الرّابع: ارتباط النّظرية بالقانون الإداري.....133

المبحث الثّاني: أساس نظرية الظّروف الطّارئة.....136

المطلب الأوّل: النّية المشتركة للمتعاقدين.....136

المطلب الثّاني: القانون و التّنظيم.....138

المطلب الثّالث: فكرة العدالة.....139

المطلب الرّابع: فكرة التّوازن المالي للعقد.....139

المطلب الخامس: فكرة استمرارية المرفق العام.....141

المبحث الثّالث: شروط إعمال نظرية الظّروف الطّارئة.....144

المطلب الأوّل: أن يكون الحدث غير عادي و غير متوقّع.....144

الفرع الأوّل: الحدث الاستثنائي.....146

الفرع الثّاني: مفهوم شرط عدم التّوقع.....146

الفرع الثّالث: معيار عدم التّوقع.....147

الفرع الرّابع: خصائص عدم التّوقع.....148

المطلب الثّاني: أن يكون الحدث خارج عن إرادة الطّرفين.....150

الفرع الأوّل: بالنّسبة للمتعامل المتعاقد.....150

الفرع الثّاني: بالنّسبة للإدارة المتعاقدة.....151

البند الأوّل: الاتّجاه المؤيّد.....152

البند الثّاني: الاتّجاه المعارض.....152

المطلب الثّالث: أن يحصل الطّارئ بعد إبرام الصّفقة و أثناء تنفيذها.....156

الفرع الأوّل: الظّروف التي تطرأ قبل إبرام الصّفقة.....157

الفرع الثّاني: الظّروف التي تطرأ بعد المدّة المحدّدة للتّنفيذ.....158

المطلب الرّابع: أن يؤدّي الظّرف الطّارئ إلى قلب اقتصاديات الصّفقة.....160

الفرع الأوّل: خسارة الاستغلال.....162

الفرع الثّاني: تجاوز الحدّ الأقصى للأسعار.....162

الفرع الثّالث: الإخلال بالتّوازن المالي للعقد.....164

خلاصة الفصل الثّاني.....167

الفصل الثّالث: المخاطر المادّية.....168

المبحث الأوّل: مضمون النّظرية و مجال إعمالها.....169

المطلب الأوّل: نشأة النّظرية.....169

المطلب الثّاني: تطوّر النّظرية.....170

المطلب الثّالث: تعريف النّظرية.....172

الفرع الأوّل: التّعريفات القضائية.....173

الفرع الثّاني: التّعريفات الفقهية.....174

المطلب الرّابع: مجال تطبيق النّظرية.....177

الفرع الأوّل: الاتّجاه المضيّق لمجال إعمال النّظرية.....177

الفرع الثّاني: الاتّجاه الموسّع لمجال إعمال النّظرية.....178

المبحث الثّاني: أساس نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة.....181

المطلب الأوّل: النّية المشتركة للمتعاقدين.....181

المطلب الثّاني: المسؤولية التّقصيرية للإدارة.....183

المطلب الثّالث: مبدأ التّعاون المتبادل بين الطّرفين.....184

المطلب الرّابع: اعتبارات العدالة و الطّبيعة الذّاتية للعقود الإدارية.....186

المبحث الثّالث: شروط إعمال النّظرية.....189

المطلب الأوّل: صعوبات ذات طبيعة مادّية.....189

المطلب الثّاني: صعوبات غير متوقّعة عند إبرام الصّفقة.....192

المطلب الثّالث: صعوبات ذات طابع استثنائي بحت.....195

المطلب الرّابع: الإخلال باقتصاديات الصّفقة.....196

الفرع الأوّل: الصّفقات ذات السّعر الجزافي.....197

الفرع الثّاني: الأشغال الإضافية الضّرورية.....200

خلاصة الفصل الثّالث.....204

الباب الثّاني: آثار المخاطر (النّظريات الثّلاث)على تنفيذ الصّفقة العمومية.....207

الفصل الأوّل: استمرار الرّابطة العقدية.....209

المبحث الأوّل: الاستمرار في التّنفيذ دافعه فكرة المرفق العام.....209

المطلب الأوّل: صلة العقد الإداري بالمرفق العام.....210

المطلب الثّاني: الطّابع الخاص لعقد الصّفقة العمومية مناطه تلبية احتياجات المرتفقين...214

المبحث الثّاني: الإعفاء من الغرامة التّأخيرية.....220

المطلب الأوّل: ماهية الغرامة التّأخيرية.....223

الفرع الأوّل: التّعريف.....223

الفرع الثّاني: الأساس.....224

الفرع الثّالث: خصائص و مميّزات الغرامة التّأخيرية.....226

المطلب الثّاني: حدود سلطة الإدارة في توقيع الغرامة التّأخيرية.....230

الفرع الأوّل: التّأخير بفعل الإدارة.....231

الفرع الثّاني: التّأخير بفعل أجنبي.....233

الفرع الثّالث: التّأخير بموافقة الإدارة.....234

خلاصة الفصل الأوّل.....237

الفصل الثّاني: التّعويض.....238

المبحث الأوّل: التّعويض الكلّي.....238

المطلب الأوّل: التّعويض الكلّي في نطاق نظرية فعل الأمير.....239

الفرع الأوّل: القاعدة العامّة.....240

الفرع الثّاني: الاستثناءات الواردة على مبدأ التّعويض الكلّي.....245

الفرع الثّالث: الحالة الاتّفاقية.....248

البند الأوّل: الإعفاء المطلق للإدارة من المسؤولية.....249

البند الثّاني: الإعفاء الجزئي للإدارة من المسؤولية.....250

المطلب الأوّل: التّعويض الكلّي في إطار نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة.....251

الفرع الأوّل: حالة النّص على شروط تطبيق النّظرية.....253

الفرع الثّاني: حالة سكوت الصّفقة عن تنظيم النّظرية.....255

المبحث الثّاني: التّعويض الجزئي.....257

المطلب الأوّل: القواعد القانونية التي تحكم التّعويض و كيفية حسابه.....258

الفرع الأوّل: سلطات القاضي الإداري.....258

الفرع الثّاني: القواعد القانونية للتّعويض.....259

البند الأوّل: تحديد فترة سريان الظّرف الطّارئ.....259

البند الثّاني: من يستطيع طلب التّعويض.....260

الفرع الثّالث: كيفية حساب التّعويض.....264

البند الأوّل: حساب الأعباء الخارجة عن التّعاقد.....264

البند الثّاني: توزيع الخسارة بين طرفي العلاقة العقدية.....266

المطلب الثّاني: التّنظيم الاتّفاقي للظرف الطّارئ و نهايته.....267

الفرع الأوّل: الإعفاء من المسؤولية.....268

الفرع الثّاني: توقّع الظّرف الطّارئ.....269

الفرع الثّالث: نهاية الظّرف الطّارئ.....270

البند الأوّل: زوال الظّرف الطّارئ و إعادة التّوازن المالي للعقد.....271

البند الثّاني: استدامة الظّرف الطّارئ و اختلال التوازن المالي نهائيّا.....271

خلاصة الفصل الثّاني.....273

الفصل الثّالث: استحالة التّنفيذ.....275

المبحث الأوّل: المفهوم التّقليدي للقوّة القاهرة.....276

المطلب الأوّل: تعريف القوّة القاهرة و شروطها.....277

الفرع الأوّل: التّعريف.....277

البند الأوّل: التّعريف الفقهي.....278

البند الثّاني: التّعريف القضائي.....278

البند الثّالث: التّعريف التّشريعي.....279

الفرع الثّاني: شروط القوّة القاهرة.....279

البند الأوّل: الحدث الأجنبي.....280

البند الثّاني: عدم إمكان التّوقع.....281

البند الثّالث: عدم إمكان التّلافي.....283

المطلب الثّاني: أهمّ التّطبيقات القضائية للقوّة القاهرة.....285

الفرع الأوّل: الظّواهر الطّبيعية.....285

الفرع الثّاني: الصّعوبات التي يواجهها المتعاقدان.....288

الفرع الثّالث: فعل الغير و المتعادون من الباطن.....289

الفرع الرّابع: حالتي الإضراب و الحرب.....290

البند الأوّل: الإضراب.....290

البند الثّاني: الحرب.....293

المطلب الثّالث: النّتائج القانونية للقوّة القاهرة.....295

الفرع الأوّل: إعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته.....296

الفرع الثّاني: الحقّ في التّعويض.....298

الفرع الثّالث: فسخ الصّفقة.....302

المبحث الثّاني: فكرة القوّة القاهرة الإدارية.....304

المطلب الأوّل: قلب اقتصاديات العقد نهائيّا.....308

المطلب الثّاني: البحث عن اتّفاق جديد.....311

المطلب الثّالث: فسخ العقد.....314

خلاصة الفصل الثّالث.....321

خلاصة الباب الثّاني.....322

خاتمة.....324

قائمة المراجع.....330

قائمة المختصرات.....346

التّسلسل القضائي (Chronologie juridictionnelle).....350

جدول أبجدي لأهمّ المصطلحات (Table alphabétique terminologique).....368

الفهرس.....385

الملخّص.....397

الملخّص

باللّغة العربية:

أثناء تنفيذ عقد الصّفقة العمومية قد تطرأ عدّة أحداث، استثنائية و غير متوقّعة عند الإبرام، من شأنها أن تُخلّ بحسن تنفيذ الاشتراطات العقدية.

لأجلك ذلك ابتكر الاجتهاد القضائي (مجلس الدّولة الفرنسي) عدّة نظريات التي تُمكّن من تكييف العلاقة العقدية الأولى مع الظروف غير التّعاقدية المستجدّة. من بين تلك النّظريات تناول الباحث بالتّحليل تلك المتعلّقة بحلّ مشكلات تنفيذ عقد الصّفقة العمومية المترتّبة عن المخاطر الإدارية المخاطر الاقتصادية و المخاطر المادّية؛ منذ نشأتها إلى آخر التّعديلات التي أدخلها عليها اجتهاد قضاء مجلس الدّولة الفرنسي.

حيث تبرز ضرورة هذه الدّراسة في ظلّ عدم كفاية الحلول القانونية و القضائية الوطنية؛ و عليه قسّمنا هذه الدّراسة إلى بابين:

تناولنا في الباب الأوّل ماهية المخاطر التي تعيق تنفيذ الصّفقة العمومية من خلال ثلاثة فصول خصّصنا الفصل الأوّل للمخاطر الإدارية (نظرية فعل الأمير) و الفصل الثّاني للمخاطر الاقتصادية (نظرية الظّروف الطّارئة) أمّا الفصل الثّالث فكان محوره المخاطر المادّية (نظرية الصّعوبات المادّية غير المتوقّعة)، حيث تركّزت الدّراسة حول نشأة النّظريات الثّلاث، أساسها القانوني، شروط و نطاق تطبيقها.

أمّا الباب الثّاني الموسوم بـ آثار المخاطر على تنفيذ الصّفقة العمومية فقد تمّ تقسيمه كما سابقه إلى ثلاثة فصول تناولنا فيها على التّوالي: استمرارية المرفق العام – في الفصل الأوّل– نظرا للعلاقة الوطيدة بين عقد الصّفقة العمومية و فكرة سير المرفق العام بانتظام و اضطراد، و واجب تلبية احتياجات المرتفقين و حقّ المتعامل المتعاقد المستمرّ في تنفيذ التزاماته العقدية بالمطالبة بالإعفاء من الغرامة التّأخيرية. أمّا الفصل الثّاني فقد خصّصناه لحق المتعامل المتعاقد في الحصول على التّعويض؛ حيث ميّزنا بين التّعويض الكلّي في إطار نظريتيّ فعل الأمير و الصّعوبات المادية غير المتوقّعة و التّعويض الجزئي في إطار نظرية الظّروف الطّارئة، مع الاستثناءات الواردة على كلّ من حقّ التّعويض الكلّي أو الجزئي.

أمّا الفصل الثّالث فقد تناولنا فيه حالة استحالة التّنفيذ من خلال التّمييز بين نظريتيّ القوّة القاهرة التّقليدية و القوّة القاهرة الإدارية التي استحدثها مجلس الدّولة الفرنسي في قرار C^ie des tramways de Cherbourg.

Résumé (en français):

Lors de l'exécution d'un contrat de marché public une multitude d'événements exceptionnels et imprévisibles au moment de la passation, peut perturber la bonne exécution des stipulations contractuelles.

C'est pourquoi la jurisprudence administrative (Conseil d'État français) a inventé plusieurs théories qui ont permis l'adaptation de la relation contractuelle initiale avec les nouvelles circonstances extracontractuelles.

Parmi ces théories le chercheur a analysé celles qui s'attachent à résoudre les problèmes d'exécution du marché public engendrés par les aléas administratifs les aléas économiques et les aléas matériels ou techniques ; depuis leurs débuts jusqu'à leurs modifications récentes introduites par la jurisprudence du conseil d'État français.

Devant l'inadéquation des solutions juridiques et juridictionnelles nationales pour faire face à ces événements exceptionnels, s'impose la nécessité de cette recherche ; c'est pourquoi nous avons divisé cette étude en deux parties :

Dans la première partie, consacrée aux aléas qui entravent l'exécution du contrat de marché public, ont été discuté trois titres ; le premier a trait aux aléas administratifs (théorie du fait du prince), le second est axé sur les aléas économiques (théorie de l'imprévision) alors que le troisième s'attache aux aléas matériels et techniques (théorie des sujétions imprévues/techniques), où ont été développés les genèses, les fondements, les conditions et les domaines d'application des dites théories.

Alors que la deuxième partie porte sur les effets des aléas (administratifs, économiques, matériels ou autres) sur l'exécution du contrat de marché public, a été, également, scindée en trois titres ; le premier a pour objet, le principale effet à savoir, la continuité du service public, vue l'étroite relation du contrat de marché public avec la notion du bon fonctionnement du service public et le devoir de subvenir aux besoins des administrés, ainsi que l'exonération du

cocontractant, qui a, en dépit des différents aléas, continue d'exécuter ses obligations contractuelles. Le second titre a été consacré au droit du cocontractant à l'indemnité ; où nous avons fait la distinction entre l'indemnité intégrale dans les cas des théories du fait du prince et des sujétions imprévues et l'indemnité partielle dans le cas de la théorie de l'imprévision ; ainsi que les exceptions d'indemnisation qui s'y rattachent à l'une ou l'autre des théories. Dans le troisième titre a été discuté le cas de l'impossibilité d'exécution par le biais de la distinction entre la théorie de la force majeure traditionnelle et celle de la force majeure administrative inventée par le conseil d'État français dans l'arrêt de la compagnie des tramways de Cherbourg.