

جامعة قاصدي مرباح ورقلة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق



مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر أكاديمي

الميدان: الحقوق و العلوم السياسية

الشعبة: الحقوق

التخصص: قانون إداري

من إعداد الطالبة: بوشارب الزهرة

بعنوان:

نظرية فعل الأمير و أثرها في المادة الإدارية

نوقشت بتاريخ: 01/06/2014

أمام لجنة المناقشة:

د/ زرقون نور الدين	أستاذ محاضر (أ) جامعة قاصدي مرباح.....رئيسا
د/ الأخضري نصر الدين	أستاذ محاضر (أ) جامعة قاصدي مرباح.....مشرفا و مقررا
د/ بوليفة محمد عمران	أستاذ مساعد (ب) جامعة قاصدي مرباح.....مناقشا

2014 – 2013

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قَالُوا سُبْحَانَ أَنْتَ لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَا أَنْتَ أَنْتَ

الْعَلِيمُ الرَّحِيمُ

الآية 32 سورة البقرة

الإهداء

بدأنا بأكثر من يد وقاسينا أكثر من هم وعانينا الكثير من الصعوبات وهانحن اليوم والحمد لله نطوي
سهر الليالي وتعب الأيام وخلاصة مشوارنا بين دفتي هذا العمل المتواضع.
إلى منارة العلم و الإمام المصطفي إلى الأمي الذي علم التعلّمين إلى سيد الخلق إلى رسولنا
الكريم سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم.

إلى الينبوع الذي لا يمل العطاء إلى من حاكت سعادتي بخيوط منسوجة من قلبها إلى
والدتي العزيزة.

إلى من سعى و شقى لأنعم بالراحة والهناء الذي لم يبخل بشئ من أجل دفعي في طريق
النجاح الذي علمني أن أرتقي سلم الحياة بحكمة وصبر إلى روح والدي العزيز الطاهرة.
إلى من حبهم يجري في عروقي و يلهم بذكراهم فؤادي إلى أخواتي وأخواني.
إلى من سرنا سوياً ونحن نشق الطريق معاً نحو النجاح والإبداع إلى من تكاتفنا يداً بيد
ونحن نقطف زهرة وتعلمنا إلى صديقاتي وزميلاتي.

إلى من علمونا حروفاً من ذهب وكلمات من درر وعبارات من أسمى وأجلى عبارات في
العلم إلى من صاغوا لنا علمهم حروفاً ومن فكرهم منارة تنير لنا سيرة العلم والنجاح إلى
أساتذتنا الكرام.

البحر أعزّاه أهلي عمل المتواضع

الذرة

شكر و عرفان

عملاً بقوله صلى الله عليه وسلم "من لم يشكر الناس لم يشكر الله"

شكرا و ألف شكر نعمه و صبورا على كل مصيبة هو كمال الإيمان الذي يقودنا للفوز في الدنيا و الفلاح في الآخرة و مصداقا لهذا أتقدم بالشكر الجزيل للذي خلق السموات والأرض و إلى كل من أمن به ربا و رضي بالإسلام دينا و بمحمد صلى الله عليه و سلم نبيا و رسولا. كما أتقدم بجزيل الشكر إلى والوالدين العزيزين وما يسعني في هذا إلا أن اشكر الأستاذ المشرف " الاخضري نصر الدين " لمساعدتي في انجاز هذا العمل و البحث فيه . فجزاه الله كل جزاء و وفقه لصالح الأعمال إن شاء الله كما أتقدم بخالص الشكر و التقدير إلى عميد كلية الحقوق و العلوم السياسية. و من ربوع جزائرننا الغالية نرسل أشعة من النور ، لنخرق جدار التميّز و الإبداع أشعة لامعة نرسلها لأصحاب التميز و العطاء الأفاضل أساتذة كلية الحقوق و العلوم الإنسانية لكم من كل معاني الحب و التقدير و الذي يساوي حجم عطاؤكم اللامحدود كما أتقدم بجزيل الشكر و التقدير إلى السادة الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة على تفضلهم بقبول الاشتراك في مناقشة هذا البحث المتواضع و تقييمه . كما لا يفوتني أن أتقدم بالشكر الجزيل لكل عمال مكتبة الكلية على مساعدتهم و إثرائهم هذا البحث بالمراجع المفيدة . و كل من ساهم من قريب أو بعيد سواء بالدعم المادي أو الدعم المعنوي . كما أتقدم بجزيل الشكر إلى زميلاتي و زملائي دفعة قانون إداري و إدارة أعمال الذي ساندوني بالتفاؤل و كدّ العمل ، شكرا من نوع خاص كخصوصية و تميّز هذه الدفعة

مقدمة

لقد وجد القانون الإداري كفرع من فروع القانون العام يهتم بالقواعد التي تحكم الإدارة العامة من عدة جوانب، فهي من حيث تنظيمها: إما سلطة مركزية أو سلطة موزعة.

أما من حيث نشاطها فتتجلى في صورتين، ضبط إداري ومرفق عام، ومن حيث وسائلها فتتخصص في وسيلة بشرية مصاغة في نظرية المال العام، ومن حيث منازعتها، فهي تشمل الجهة القضائية صاحبة الاختصاص والقواعد القانونية الواجبة التطبيق، وهي من حيث أساليبها فهي إما جهة إصدار للقرارات الإدارية، أو جهة إبرام للعقود الإدارية.

إن دراستنا تنطوي على العقود الإدارية بوجه خاص دون غيرها من القرارات الإدارية، وهدف نظرية العقود الإدارية هدفها مزدوج يضمن تحقيق الصالح العام وخضوع الإدارة للقانون، والتطور لهذه النظرية جعلها تأخذ شكلها الحالي في بدايات القرن العشرين، فأصبحت نظرية قضائية من النظام العام، واستمدت جذورها وسبب وجودها من الأحكام القضائية الأولى التي أرساها مجلس الدولة الفرنسي، بعد الحكم الصادر سنة 1903م من مجلس الدولة الفرنسي، الذي أرسى مبادئها خلال القرنين التاسع عشر والعشرين وذلك بحكم اختصاصه في المنازعات الإدارية المتعلقة بالعقود الإدارية وعدم تقيده بالنصوص المدنية.

وهو الأساس الذي بنيت عليه فكرة العقود الإدارية بطبيعتها حيث تقرر بموجبه أن اختصاص القضاء الإداري يتناول كل ما يتعلق بتنظيم وسير المرافق العامة، سواء أكانت وسيلة الإدارة في ذلك عملاً من أعمال السلطة العامة أو تصرفاً عادياً.

إن أساس قيام العقود بصفة عامة على فكرة توازن التزامات الأطراف وأهلية الدولة للتعاقد باعتبارها شخص معنوي وحاجتها إليه في إطار نشاطها للحصول على موارد تلي عن طريقها حاجات المواطنين، وفي إطار الحديث عن خصوصية العقود التي تكون الدولة طرفاً فيها (العقود الإدارية) وإشكالية إمكانية التعدي على حقوق المصلحة المتعاقدة.

وبالتالي تقديم نظرية فعل الأمير على أنها أحد الحلول التي أوجدها الفقه والقضاء الإداري للحفاظ على كيان العقد وسيورته، والذي يعدّ موضوع الدراسة هذه المذكرة.

1- الدراسات السابقة:

كما نشير إلى الدراسات التي ركزت في مجملها على دراسة جوانب أعمال نظرية فعل الأمير في مجال العقود الإدارية خاصة عقد الصفقات العمومية في حماية المتعاقد مع الإدارة ، وخاصة في كتابات كل من فؤاد عزوزي " دور القضاء الإداري في حماية حقوق أطراف العقد الإداري"، ورسالة نيل شهادة الماجستير لـ " بن احمد حورية " في " دور القضاء الإداري في حل منازعات الصفقات العمومية " إن توصلوا إلى إبراز اثر أعمال نظرية فعل الأمير على العقد الإداري في حماية المتعاقد مع الإدارة في مسالة إرجاع التوازن المالي للعقد كأساس للتعويض عن سلبات النظرية، إضافة لأهمية هذا الموضوع من ناحيتين العلمية والعملية.

2- أهمية الدراسة :

✓ أهمية العلمية

- إن من امتيازات وسلطات الإدارة ما تملكه من سلطة تعديل العقد الإداري أثناء التنفيذ نتيجة لإجراءات عامة تصدرها ولكنها تؤثر في بعض الأحيان في تنفيذ العقد وعلى التزام المتعاقد في زيادة الأعباء المالية التي يتعرض لها. وليس من العدل أن يتحمل المتعاقد تلك الأعباء ويكون فريسة للظروف السيئة التي لا دخل له فيها دون أي تعويض. وفي مقابل ذلك يتمتع الأفراد عن التعاقد مع الإدارة.

- إن البحث في آثار نظرية فعل الأمير في مساحة العقود الإدارية يلفت نظرا الكثير من الباحثين نظرا لأهمية الموضوع في حماية مصالح متعاقد من الأضرار المحدقة وبوصفها نتيجة لطبيعة العقود الإدارية.

✓ الأهمية العملية :

- تكمن أهمية الموضوع بوصفه نتيجة طبيعية لأهمية العقود الإدارية، في تزايد لجوء الدول إلى إبرامها مع الهيئات والمؤسسات العامة والخاصة، للنهوض بمهامها في تسيير المرافق العامة، تلبية لمتطلبات المواطنين، وسد حاجتهم لها، وغاية ما تطمح إليه الإدارة في ذلك، هو خدمة المرفق العام، وضمان سيره عن طريق المشاريع في أسرع وقت بأفضل المواد وأجود المواصفات والطرق الفنية وبأقل تكلفة على الموازنة العامة خدمة للمصلحة العامة.

- دراسة تأثير نظرية فعل الأمير على العقد الإداري تبرز أهميتها ذلك في حماية المصالح الاجتماعية للجمهور نظراً لأهمية التوازن المالي في العقد الإداري، ولكونه ينطلق من أهداف نبيلة وهو تحقيق العدل وحسن سير المرافق العامة بانتظام تحقيقاً للمصلحة العامة وضمان الرفاه العام للبلاد والمواطنين .

3- أسباب اختيار الموضوع:

تتنوع هذه الأسباب بين أسباب موضوعية وأخرى ذاتية

✓ الأسباب الموضوعية:

- طرح موضوع فعل الأمير ما يطرحه عدة إشكالات قانونية، أحاول الإجابة عليها من منظور قانوني.
- البحث في أهمية نظرية فعل الأمير ودورها في الحفاظ على حقوق المتعاقد أمام سلطة الإدارة.

✓ الأسباب الذاتية :

- رغبتني في هذه الدراسة والدافع الأساسي في اختيار هذا الموضوع والغوص فيه هو الإلمام بجميع جوانبه لاسيما الجانب القانوني منه.
- ولعل الدافع الأكبر لاختيارنا هذا الموضوع أهميته البالغة من خلال معرفة نظرية فعل الأمير عن قرب وآثارها على العلاقة التعاقدية، وبالتالي حاولنا أن نكون مساهمين ولو بصفة مختصرة في إعطاء حافز لمن يلينا من الباحثين خاصة، للتوغل أكثر في هذا الموضوع.

4- صعوبات الدراسة :

من الصعوبات التي تلقيتها في إنجاز هذه الدراسة أولاً قلة المراجع المتخصصة في موضوع (نظرية فعل الأمير وأثرها على المواد الإدارية). ثانياً أن موضوع نظرية فعل الأمير بحث قصير ما يصعب تحليله من الناحية القانونية، خاصة كون دراستنا ستنصب على هذا المجال.

5- أهداف الدراسة : تتمحور الأهداف الرئيسية لموضوع نظرية فعل الأمير وأثرها على المواد الإدارية

حول:

- إبراز حقوق المتعاقد مع الإدارة للحصول على المقابل للالتزاماته وتوفير الأمان والطمأنينة بمد يد العون المساعدة من طرف الجهة المتعاقدة عند مواجهته لصعوبات غير متوقعة.

— توفير مردود ايجابي للمتعاقد من خلال إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، وهو ما يؤثر على الاقتصاد الوطني للبلاد ويدفعه للنمو.

6_ إشكالية البحث: رغم نجاعة نظرية فعل الأمير في العقود إلا أنها أثرت سلبا على حقوق المتعاقد مع الإدارة ، وانطلاقا من موضوع الدراسة، سنبحث في مدى تأثير هذه النظرية على تنفيذ العقد الإداري، ومنه خرجنا بالإشكال التالي:

ما مدى تأثير نظرية فعل الأمير في تنفيذ العقد الإداري و التحكم في حقوق المتعاقد مع الإدارة في تسير المرفق العام؟

6- المناهج المتبعة:

لمعالجة إشكالات مماثلة لا يمكن الاعتماد على منهج واحد بل نحتاج إلى مناهج مجتمعة:

اعتمدت في بحثي على المنهج التحليلي: من خلال تحليل النصوص القانونية والأحكام والقرارات القضائية وتبيين المبادئ القانونية واستنباطها منها. وكذلك اعتمدت على المنهج المقارن: ببيان أوجه الشبه والاختلاف في الدول محل الدراسة.

7- تقسيمات الدراسة : للإجابة عن الإشكالية الرئيسية تم الاعتماد على خطة ثنائية تتكون من فصلين:

الفصل الأول : والمعنون " ماهية نظرية فعل الأمير" وحاولت جاهدة فيه تجميع كم معرفي نظري قاعدة صلبة لإعمال نظرية فعل الأمير وسعيت في ضبط تعريفات.

المبحث الأول: " تعريفات فقهية مختلفة وذلك لتحديد تعريفات على الصعيد الفقهي والقضائي، على حسب زاوية رجال القانون.

المبحث الثاني : المسمى بـ" شروط تطبيق نظرية فعل الأمير" اتبعت في ذلك تعداد أو تحديد آراء الباحثين بتفعيلها في العلاقة التعاقدية متمثلة في قيود قانونية صلبة.

الفصل الثاني : المعنون بـ" آثار نظرية فعل الأمير على تنفيذ العقد الإداري" ما يعبر عنه حقوق المتعاقد في مواجهة الإدارة في هذا الإجراء المشروع، والذي تناولته في شقين مستقلين.

المبحث الأول: المعنون بـ " أطراف تنفيذ العقد الإداري " باعتبار أن التعاقد له حقوق اتجاه الإدارة تتمثل في معرفة ما هو هذا الطرف وما هي طرق إبرامه بهذا العقد؟.

المبحث الثاني: المعنون بـ " أساس المقابل المالي أو التعويض " ويتبين فيه دراسة القضاء دراسة نظرية أولا في المقصود بفكرة التوازن المالي للعقد وكيفية تقديره عن طريق إسناد الدراسة بقرارات قضائية وذلك بالاستعانة بالمنهج التحليلي.

الفصل الأول

ماهية نظرية فعل الأمير

مقدمة الفصل الأول :

نظرية فعل الأمير هي إجراء قانوني بين متعاقدين و قبل شروع في دراسة عميقة في فاعليتها على العقد الإداري، لا بد من دراسة الحيز المفاهيمي المحيطة بها (المبحث الأول)، ثم التدرج في دراسة شروط قيامها في (المبحث الثاني) .

المبحث الأول

مفهوم نظرية فعل الأمير

تعدّ نظرية فعل الأمير أسلوباً إدارياً باعتبارها أعمال إدارية، وقد تعددت التعاريف كما تباعدت نقطة انطلاق كل مفهوم للمصطلح، حيث اختلفت اتجاهات حول هذا المفهوم من اختصاص إلى آخر، فقد تناولنا في المبحث الأول المفاهيم الخاصة بها (المطلب الأول)، والتعرف على أشكالها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تعريف نظرية فعل الأمير

لقد عرفها الفقهاء من عدة اختصاصات ومنهم بقول الفقيه أن عرفها الفقيه الفرنسي -Christine Marie "نظرية فعل الأمير ناتجة باعتبارها مخاطر تنشأ عن ممارسة صلاحيات السلطة العامة ضد المقولة الإدارية للسلطة العامة، الذي يزداد سوءاً بسبب شروط العقد، وتلعب النظرية أخذ الجهة المتعاقدة في تدابير نفقات عامة تفاقم على المفاوض¹.

وكذا الفقيه " Morand-Jacqueline " هذه النظرية تتوافق مع الحالة التي يكون فيها وهو إعاقة تنفيذ العقد عن طريق مقياس من الهيئة العامة للتعاقد، والحقيقة أن الأمير لا تتدخل في ممارسة التعديل من جانب واحد. وفي هذه الحالة يتم تطبيق النظرية في المعادلة المالية أي الحق في الحصول على التعويض النقدي غير متكاملة، وحقيقة الأمير يغيّر بشكل غير مباشر على العقد بالتدابير الخارجية التي تؤثر عليه².

كذلك يعرفها " محمد رفعت عبد الوهاب " بأنها "نظرية فعل الأمير بصفة عامة هي أعمال وإجراءات السلطات العامة في الدولة التي يكون من شأنها زيادة الأعباء المتعاقد عليها في تنفيذه لالتزاماته العقدية وبالتالي اقتصر القضاء الإداري في رأي الفقيه على الإجراءات والأعمال الصادرة عن جهة أو سلطة أخرى غير الجهة الإدارية فقط وليس الإجراءات والأعمال الصادرة عن جهة أو سلطة أخرى غير الجهة المتعاقدة³.

¹ - Marie-Christine Rouault, droit administratif, 4^e édition, Gualino éditeur, E.J.A paris 2007 page 172 .

² - Jacqueline Morand-deviller, cours de droit administratif, 8^e édition, Montchrestien, E.J.A paris 2003 page 423.

³ - محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، دون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان 2005 ص 543 - 544

لم يختلف الفقهاء في مقصود هذه النظرية إنما اختلفوا في المقصود هذه النظرية إنما اختلفوا في تحديد الإطار المفاهيمي وكيفية صياغته ، وهذا ما أدرجناه سابقا لتعريف الفقهاء لكن في وجهة نظري وخاصة في قول هذا "محمد فؤاد عبد الباسط" : " يقصد بعمل الأمير الإجراءات والأعمال الصادرة عن الجهة الإدارية المتعاقدة والتي تؤدي إلى زيادة أعباء المتعاقد عما هو محدد في العقد، فقد تلتزم هذه الجهة بتعويض المتعاقد معها عن الأضرار التي تلحق به جراء ذلك بتعبير الأمير "هنا يرمز إلى سلطة العامة".¹

ولقد توسع "محمد رفعت عبد الوهاب" في تعريف نظرية فعل الأمير في موضع آخر حيث عرفها بأنها عبارة عن تحديد الإجراء وأثره وحدود هذه النظرية كإجراء صادر عن سلطة العامة أو أي جهة أو هيئة إدارية أخرى كما ذكرها فيقول في تعريفه لنظرية فعل الأمير: (ويقصد بفعل الأمير كل إجراء تتخذه السلطة العامة ويكون من شأنه أن يزيد من أعباء العامة للمتعاقد مع الإدارة أو في الإلتزامات التي عليه العقد).

وقد تصدر هذه الإجراءات من الهيئة الإدارية المتعاقدة أو من الهيئة إدارية أخرى، وقد تتخذ شكل قرار فردي أو شكل قاعدة قانونية عامة تؤثر على العقد تأثيرا مباشرا أو غير مباشر كأن تعدل الإدارة المتعاقدة أحد شروط العقد القابلة للتعديل أي المتصلة بالمرفق العام أو تصدر عن تشريعات جديدة تزيد من أعباء رسوم الجمر وكية على مهمات أو مواد أولية يحتاج إليها المتعاقد مع الإدارة، أو ترفع الحد الأدنى لأجور العمال أو تحدد إعانات غلاء معيشة لهم أو تنقص عدد ساعات تشغيلهم إلى غير ذلك.²

ولقد أيد هذا الاتجاه "بوعمران عادل" في تعريف الأخير لنظرية فعل الأمير في إعطاء أمثلة وأدلة على استخدام هذه النظرية مثل حظر استيراد إحدى المواد اللازمة لتنفيذ العقد أو فرض الضرائب أو الرسوم جمر وكية.

قد اقر المشرع الجزائري هذه النظرية وتبني العمل بها حيث جاء في نص المادة 115 (معدلة) من قانون الصفقات العمومية الذي تحدث عن أساس القانوني لتطبيق نظرية فعل الأمير.³

الذي جاء مستدل بها في مجال الصفقات العمومية وهو القسم الكبير الذي شهد به الفقهاء خاصة المشرع الجزائري .

¹ - محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة (القرار الإداري، العقد الإداري)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ص 466.

² - طعيمة الجرف، القانون الإداري، دراسة مقارنة في تنظيم نشاط الإدارة العامة، ملتزم الطبع والنشر، القاهرة 1980 ص 452.

³ - بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود، (دراسة تشريعية فقهية وقضائية)، دار الهدى عين مليلة الجزائر 2010 ص 119.

" تسوي النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية و التنظيمية الجاري بها العمل. غير انه يجب على المصلحة المتعاقدة، دون المساس بتطبيق هذه الأحكام، أن تبحث عن حلّ ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما يسمح هذا الحل بما يأتي: إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل الطرفين".¹

كما أيده هذا الرأي الفقيه " محمد صغير بعلي" على هذا الأساس القانوني لهذه النظرية في تعريفه لهذه النظرية بقوله " يقصد بفعل الأمير التصرف أو العمل الصادر عن الإدارة المتعاقدة لدى ممارستها لأعمال السلطة التي تتمتع لها من خلال ممارستها لمهامه والتي تؤدي- عرضا- إلى إرهاق التعامل المتعاقد معها بصورة جدية " مخاطر إدارية " الأمر الذي يقتضي دعمه ماليا وتعويزه حتى يتمكن من الاستمرار في تنفيذ الصفقة تحقيقا للمصلحة العامة من خلال مواصلة تقديم الخدمات العامة للجمهور في شتى المجالات (الصحة، النقل، التعليم... الخ)، تبعا لموضوع ومحل العقد الإداري".²

ولقد تعددت التعريفات الفقهية فيما يخص المقصود بنظرية فعل الأمير، فلقد عرفها أيضا الفقيه " مفتاح خليفة عبد الحميد " في قوله:

(فيقال أن المقصود به هو كل إجراء تتخذه السلطات العامة من شأنه أن يزيد من الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة في الالتزامات التي ينص عليها العقد مما يطلق عليه بصفة عامة المخاطر الإدارية). في تعريف آخر يقول (يقصد بأفعال الأمير الأعمال الإدارية المشروعة التي تصدر عن سلطة العامة التي أبرمت العقد. ويكون لها على تنفيذ العقد اثر يضر بمصالح المتعاقد). وحسب فتوى الجمعية لقسمي فتوى التشريع فان عمل الأمير هو (إجراء خاص أو عام يصدر عن جانب الجهة الإدارية المتعاقدة لم يكن³ متوقعا وقت التعاقد يترتب عليه إلحاق ضرر خاص بالمتعاقد لا يشاركه فيه سائر من يساهم في الإجراء).

ويحدد في تعريفه للنظرية فيقول المقصود بعمل الأمير هو عمل يصدر عن سلطة عامة بدون خطأ من جانبها، وينجم عنه إضرار مركز المتعاقد في عقد إداري، ويؤدي إلى التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضروب عن جميع الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك بما يعيد التوازن المالي للعقد).

¹ - المادة 115 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المورخ في 2010 .

² - محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة ص 89

³ -مفتاح خليفة عبد الحميد، الدكتور محمد حمد الشلحان، العقود الإدارية و أحكام إبرامها، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية 2008 ص 236.

الملاحظ أن هذا الأخير ينتقد قد ذهب إليه البعض من إطلاق تسمية (عمل الحاكم) بدلا من (عمل الأمير) ويرى أن تسميته مستقرة في الفقه وتقابل حرفيا المصطلح الفرنسي المأخوذة عنه أحكام النظرية ومصطلح (الأمير) اقرب دلالة على المعنى المراد من اصطلاح (الحاكم) فضلا عن انه جرى منذ القدم في الاصطلاحات القانونية و الشرعية.

نظرية عمل الأمير لها معنيان احدهما واسع والأخر ضيق أما المعنى الواسع فيقصد به تدخل السلطة العامة الذي يؤثر بشكل أو بآخر في تنفيذ الالتزامات العقدية، وهذا المعنى يشمل موافق متنوعة وحلولا قانونية متباينة. ولكن الذي يهمنا في هذه الدراسة هو المعنى الضيق، حيث يقوم على النظر في عمل الأمير على انه إجراء تتخذه السلطة المتعاقدة كما يؤثر على شروط تنفيذ العقد¹.

لقد ذهب البعض في تعريف نظرية فعل الأمير إلى معنيين احدهم سماه بالتعريف الضيق وآخر التعريف الواسع ولكن المقصود واحد ما اتفق فيه كل الفقهاء بان نظرية فعل الأمير هي إجراء تتخذه السلطة العامة أي من طرف الجهة الإدارة المتعاقدة والذي يؤثر في تنفيذ العقد مما يزيد في أعباء المتعاقد معها مما يلزمها أي الجهة المتعاقدة للتعويض للمتعاقد اثر هذا الاختلال بما يصطلح عليه بمصطلح " إعادة التوازن المالي للعقد " واستمرار تنفيذ التزاماته العقدية. كما أيده الفقيه " الدكتور فؤاد عزوزي" في تعريفه لنظرية فعل الأمير (يقصد بعمل الأمير جميع الأعمال والإجراءات الإدارية المشروعة الصادرة عن الإدارة المتعاقدة والتي تؤدي إلى إثارة أضرار بالمتعاقد تتجلى في زيادة أعبائه عما هو محدد في العقد، فيؤدي ذلك إلى التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد عن كافة الأضرار التي تلحق به من جراء ذلك بما يعيد التوازن المالي للعقد².

كما يتفق الفقيه " مازن ليو راضي " في نفس التعريف لنظرية فعل الأمير مع تعريف الفقهاء في تأطير تعريف بأنها (يراد بعمل الأمير جميع الأعمال الإدارية المشروعة التي تصدر عن السلطة الإدارية المتعاقدة، والتي تؤدي إلى ضرر بالمركز المالي للمتعاقد معها. وهذه النظرية من خلق مجلس الدولة الفرنسي وقد كان يطبقها لجميع الأعمال الإدارية التي تصدر من السلطات العامة في الدولة وينتج عنها إخلال بالتوازن المالي للعقد³.

¹ - مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماي، نفس المرجع ص 237

² - فؤاد عزوزي، دور القضاء الإداري في حماية حقوق الأطراف العقد الإداري (2014/02/09)

070909 . blogs pct.com. /2013/ 04l blog . post . 16 .html.

³ - مازن ليو راضي، القانون الإداري، ط 3، ص 280، (2014/01/04). www.optionphp.index/home/com.agouniversity.

إلا انه ضيق من نطاق هذه الأعمال وحصرها بالأعمال الصادرة عن الجهة الإدارية التي أبرمت العقد وقد اتبع القضاء الإداري في مصر هذا الاتجاه.

قد وردت فتوى صادرة عن الجمعية لقسمي الفتوى والتشريع في مصر أي عمل الأمير هذا الإجراء خاص وعام يصدر عن جانب الجهة الإدارية المتعاقدة لم يكن متوقعا وقت التعاقد، يترتب عليه إلحاق ضرر خاص بالمتعاقدين لا يشاركه فيه سائر من يمسه الإجراء¹.

وبالتالي قد خصص هذا الاتجاه " مازن ليو راضي " كغيره من التعريفات الفقهاء السابقين الذكر في تعريفاتهم لنظرية فعل الأمير فقد وصفها الفقيه " بأنها إجراء ذو طبيعة قانونية ولها ميزة انه يصدر من الجهة الإدارية المتعاقدة بصورة غير متوقعة بشرط أن يكون وقت التعاقد وبشرط أن يلحق ضرر بالمتعاقدين ويعرقل تنفيذ التزاماته التعاقدية والذي جسد في صورة بلفظ يمس بالمركز المالي للمتعاقدين مع الجهة الإدارية أي السلطة الإدارية المتعاقدة.

إلا أن " علاء الدين العشي " في تعريفه لنظرية فعل الأمير بأنه ادخل في تعريفه لنظرية مشابهة لها في أثرها على الصفة التعاقدية وهي التي تسمى بـ " نظرية الظروف الطارئة " واشترط أن تكون هناك سبب في نشوء أو ظهور هذا النوع من هذا الإجراء كظرف خارجي وهذا الأخير يؤثر على الإجراءات (تنفيذ العقد المبرم).

تقوم هذه النظرية على أساس الصعوبات أو الظروف التي تقوم بها الإدارة المتعاقدة في رأيه ويكون هذا الإجراء على حسب طبيعة التعاقد والذي حددها في أمثلة وذلك: موضوع الصفقة أو المعطيات التي تحيط هذا العقد.

ذلك في قوله " وهي الحالة التي تشبه في مظهرها النظرية السابقة في وجود ظرف خارجي يعيق تنفيذ التعاقد، إلا أن هذه النظرية تقوم على أساس الصعوبات التي تطرأ جزء ما استحدثت الإدارة من إجراءات سواء على موضوع الصفقة أو على الظروف والمعطيات المحيطة بها، ويقصد بها: " الإجراءات والأعمال الصادرة عن الجهة الإدارية المتعاقدة والتي تؤدي إلى زيادة أعباء التعاقد عما هو محدد في العقد، ومن أمثلة منع استيراد سلعة معينة تستعمل في تنفيذ الأشغال المتعاقدة عليها، أو فرض رسوم جمركية عالية تزيد من سعر سلعة متعاقد عليها.

¹ - مازن ليو راضي، المرجع السابق، ص 281.

وفي هذه الحالة يكون التعويض كاملا ومغطيا لكافة الأضرار الناجمة على عكس التعويض الناتج عن الظروف الطارئة.¹

المطلب الثاني

صور نظرية فعل الأمير

تتجسد خصائص وصور نظرية فعل الأمير وتمثل فيما يلي:

يقول " محمد رفعت عبد الوهاب "

1- الإجراءات الصادرة عن الإدارة المتعاقدة التي تعدل شروط العقد :

وهذا هو أهم مجال لنظرية عمل الأمير، ويستحق المتعاقد من الإدارة تعويضا يعيد التوازن المالي للعقد في مقابل التعديل الذي زاد من أعبائه وبأي قدر.

2- كل إجراء فردي تتخذه الإدارة المتعاقدة ويؤثر مباشرة في العقد كأن تقوم الإدارة بفرض قيود خاصة فردية على المتعاقد في عقد أشغال عامة بفرض حماية المواطنين .

3- كل إجراء عام يطبق على المتعاقد وغيره ولكن يصيب المتعاقد بالذات بضرر خاص متميز عن غيره من عموم الأفراد، كان ترفع الإدارة الرسم المقرر على المادة الأولية (موضوع عقد التوريد فور إبرام العقد) .

4- الأعمال المادية التي تقوم بها الإدارة المتعاقدة ويكون من شأنها جعل تنفيذ العقد مرهقا أو أكثر تكلفة.²

¹ -علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، دار الهدى، الجزائر ص 307.

² -محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان 2005 ص 544.

هنا ركز هذا الأخير في جوهر واهم صورة أو خاصية لعمل الأمير في الإجراء بشرط أن يصدر من طرف الإدارة المتعاقدة وفي هذا الإجراء وبصورة مختلفة، وحددها على شكل موازي أولاً أن يكون هذا الإجراء له أثراً في تعديل بشروط العقد (يمس أو يؤثر في جوهر العقد المبرم).

ويجب أن يكون فردي صادر من الجهة المتعاقدة وهذا ما يستنتج منه حق المتعاقد في المطالبة في التعويض بشرط وقوع ضرر لهذا المتعاقد مختلف أو متميز عن الغير ويتجسد هذا الضرر في إعاقة أو تعطيل التنفيذ.

إضافة إلى هذا تتمثل صورها من جهة أخرى¹ في الصورة الأولى أن لخصائص نظرية عمل الأمير و الإجراءات التي تكون عمل الأمير تتخذ صور متعددة:

- تعديل شروط العقد على نحو يؤثر في ظروف تنفيذه¹ إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد، ولقد أعطى وصف للإدارة كسلطة ضبط في إصدار هذا الإجراء، واشترط أن يكون قرار فردي بفرض القيود الخاصة على المتعاقد معها.

إضافة إلى هذا أن يأخذ هذا الإجراء صبغة عمل مادي وهذا ما اجمع عليه الفقهاء العرب في تحديد صور هذا الإجراء.

4- أن يكون عام، قانون أو لائحة تطبق على المتعاقد وغيره ويقصد بهذه العبارة أن يأخذ هذا الإجراء صفة المشروعية في تطبيقه على المتعاقد إلى جانب هذا أن يلحق بهذا المتعاقد مع الإدارة بالذات بضرر خاص متميز عن ذلك الذي يلحق بقية عقد التوريد فور إبرام العقد.

فان كان الضرر عام لا تخصيص فيه، لا يعرض عنه (ما لم يقرر المشرع صراحة غير ذلك، ومع الملاحظة انه حتى ولو توافر شروط الضرر الخاص بالمتعاقد، فان المشرع يمكنه أن يجرمه من كل التعويض).

وبالتالي من هنا أعطى للمتعاقد ضمانات في حقه وذلك في مطالبة التعويض، إلا انه أحازها بقيود وذلك في وضع قالب لهذا الضرر الواجب التعويض عنه والذي يلحق بالمتعاقد مع الإدارة.

¹ - محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية (القرار الإداري، العقد الإداري)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ص، 468

وقد ميزه عن الضرر الملحق بالعقد (عقد التوريد ولكن فور إبرام العقد) كما أنه أعطى السلطة التقديرية للمشرع في تقدير تعويض هذا الضرر في حالة ما إذا كان الضرر عام لا تخصيص فيه حتى وإن توفرت شروط الضرر الخاص.

ولقد وافق " فؤاد عزوزي " في تحديده لصور الإجراءات _ أي نفس ما جاء به الفقيه السالف الذكر وذلك فيما يخص بـ (بتعديل شروط العقد على نحو يؤثر في ظروف تنفيذه وهذا يؤدي إلى إخلال التوازن المالي للعقد مع إصدار قرارات إدارية).¹

إضافة لما سلف ذكره أجمع آراء الفقهاء فيما يتعلق بأن "كل أن إجراء عمل الأمير هو كل الإجراءات الصادرة عن الإدارة المتعاقدة والتي تعدل شروط العقد وهنا أعطى لهذه الإجراءات تعديلات العقد من سلطات الإدارة".

ولكن رأي " خديجة فاضل " في أثر تعديل العقد أثناء التنفيذ أنه يمكن تدخل المشرع لتعديل العقد وذلك رغبة المشرع في استقرار المعاملات العقدية من جهة أخرى. إلا انه نتيجة لتغيرات اقتصادية واجتماعية لم يتوقعها الأطراف قد تؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي، يلجأ المشرع تلقائيا مستبعدا العقد شريعة المتعاقدين، فتحل محل إرادته محل إرادة الأطراف وذلك لتكريس العدالة العقدية، وحماية الفئة الضعيفة كلما اقتضت المصلحة العامة وذلك² ويتدخل المشرع الجزائري على أساس المادة 106 من التقنين المدني.³

إلا أن بالنسبة لمسألة تعديل العقد في قوله (تختلف نطاق تطبيق النظرية باختلاف ما إذا كانت الإجراءات المتخذة تؤثر على العقد فتعدله تعديلا مباشرا وغير مباشر وتوضح من خلال:

- التعديلات المباشرة للعقد :

التعديلات المباشرة تكون نتيجة الإجراءات التي تمس نص من نصوص العقد أو مجموع نصوص مساسا مباشرا، فتكون هذه التعديلات وغالبا ما تكون نتيجة إجراء فردي خاص صادر من الإدارة المتعاقدة وهي تمارس سلطاتها في التعديل.

¹ - فؤاد عزوزي، المرجع السابق.

² - خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، (مذكرة ليل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، الجزائر، 2001/2002)، ص 5.

³ - المادة 106 من القانون رقم 05 /07، المتضمن القانون المدني. المؤرخ في 2007: تنص على أن "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون".

ومن قبلها زيادة نطاق الأعمال التي يعهد بها إلى المتعاقد مع الإدارة أو على العكس تضيق نطاق أعمال عن الحد المتفق عليه الذي كان المتعاقد مع الإدارة يعتمد عليه لتحقيق أرباحه، أو لعدم تنفيذ العقد طبقاً للشروط الموضوعية. إدخال تعديل على تنظيم المرفق العام التي تجعله مختلف عما كان عليه وقت إبرام العقد... الخ

قد تكون هذه التعديلات المباشرة نتيجة لإجراء تنظيمي عام (صدور قانون أو لائحة). فإذا نص العقد أو القانون على التعديلات ووضع حلولاً لها طبقت هذه الحلول وإلا قد طبق بشأن تعديل الشروط العامة للنظرية.

- أما التعديلات غير المباشرة للعقد:

فتكون نتيجة لإجراءات تنظيمية عامة (قوانين، لوائح) لا يقصد بها تعديل العقد نفسه، ولكنها تؤثر على العقد فتجعل تنفيذه أشد عسراً، أو أكثر نفقات أو أقل أرباحاً.¹

أما فيما يخص الإجراءات التي تؤثر في العقد فتعدله تعديلاً مباشراً أم تعديل غير مباشر تنصب في فرضين: الفرض الأول: عمل الأمير في صورة إجراء يعدل مباشرة في شروط العقد (قد يتمثل عمل الأمير في صورة إجراء خاص يؤدي إلى المساس بنصوص العقد ذاته أو إجراء عام يحدث هذا الأثر).

✓ الإجراء الخاص: والذي يعدل مباشرة في شرط العقد ومن أمثلتها أن تعدل الجهة الإدارية المتعاقدة من نصوص العقد أو أن تؤديه قبل الأجل المحدد له. ويطبق البعض على هذا التدخل الإداري مصطلح (الاحتمال الإداري) الأصل العام. ويرى في هذا الصياغة الفقيه "مفتاح خليفة عبد الحميد" و "حمد محمد حمد الشلماني" أن أي إجراء وخاصة الإجراء الخاص يصدر من الجهة المتعاقدة وبالتالي يصيب المتعاقد معها بالتعويض الكامل وأن التوازن المالي أمر مفترض في كل عقد إداري. وهذا ما رأت في هذا السياق المحكمة الإدارية العليا (إن حق المتعاقد في العقد الإداري في التعويض العادل عن الأضرار التي تلحق بمركزه التعاقدية أو تقلب ظروف العقد المالية بسبب ممارسة جهة الإدارة في تعديل العقد وتحريره بما يتلاءم والصالح العام إنما ينصرف أثره وتقوم مقتضياته حيث تمارس جهة الإدارة من جانبها وحدها وإرادتها المنفردة تعديل العقد أثناء تنفيذه تبعاً لمقتضيات سير المرفق العام.²

¹ - خميس السيد إسماعيل، الأصول العامة والتطبيقات العلمية للعقود الإدارية و التعويضات مع القواعد القانونية وأحكام المحكمة الإدارية العليا، فتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة والأحكام الحديثة لحكمة النقص ط1، حقوق الطبع والنشر، 1994 ص 216.

² - مفتاح خليفة عبد الحميد، الدكتور حمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية (أحكام إبرامها)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2008 ص 248.

وبالتالي يرى هذا الأخير " فيما يخص التعديلات غير المباشرة في العقد تكون نتيجة إجراء تنظيمي أي قانوني عام على العقد. بخلاف التعديل المباشر على العقد والذي يكون نتيجة قرار فردي، فلقد اختلف بعض الفقهاء مثال " خميس السيد إسماعيل " و " مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد حمد الشلماي " استبدل كل من المصطلحات فيما يخص الإجراء تعديل في العقد وقد عرفه الفقيه " خميس السيد إسماعيل " (انه الإجراء الذي يمس نص من نصوص العقد مباشرة) ما عبرا عليه الفقيه " مفتاح خليفة عبد الحميد وحمد محمد الشلماي " الإجراء عمل الأمير في صورة إجراء يعدل مباشرة في شروط العقد والإجراء الخاص الذي يؤثر في ظروف تنفيذ العقد تدخل كفرضية مدرجة تحت التعديلات غير المباشرة في العقد فقد قام بالكشف عن فاعلية هذا الإجراء في إعطائه فرضيتين في مدى تأثير عمل هذا الإجراء (التعديل غير المباشر على العقد)، إضافة إلى الإجراء الخاص.

✓ الإجراء العام الذي يعدل مباشرة في شروط العقد: وهذا الفرض يحصل في أن المشرع قد يصدر قانونا يؤثر على شروط عقد إداري معين إما بتعديل بعض نصوص العقد أو إنهائه.¹

الفرض الثاني: الإجراء الخاص الذي يؤثر في ظروف تنفيذ العقد وهذه الإجراءات قد تكون إجراءات خاصة أو إجراءات عامة:

أ- الإجراء الذي يؤثر في تنفيذ العقد: وهذا النوع في رأيه يكون في تأثير ظروف تنفيذ بما يؤدي إلى تحميل المتعاقد أعباء جديدة لم يتوقعها عند إبرام العقد.

ب- الإجراء العام الذي يؤثر في ظروف تنفيذ العقد: ومعنى ذلك انه قد تصدر قوانين أو لوائح يكون من شأنها زيادة أعباء المتعاقد نتيجة التأثير على ظروف التنفيذ الخارجية، ففي هذا الفرض يبدو الأمر عسيرا بالنسبة للمتعاقد الذي يصاب بضرر من الإجراء العام باعتبار أن تحقق المسؤولية العقدية يبدو أضيق نطاقا عنها في حالة الإجراءات الخاصة، حيث أن الأصل الذي قرره مجلس الدولة الفرنسي أن هذه الإجراءات لا تعطي حق في التعويض الكامل على أساس نظرية عمل الأمير إلا في أضيق الحدود باعتبار أن شرط المسؤولية العقدية يكمن في درجة العلاقة بين الإجراء الذي سبب الضرر و العقد الذي تأثر بهذا الإجراء.²

¹ - مفتاح خليفة عبد الحميد، الدكتور حمد محمد حمد الشلماي، المرجع السابق، ص 249- 250 .

² - خميس السيد إسماعيل ، المرجع السابق، ص 217

كما يرى أيضا أن معيار تأثير هذا الإجراء على العقد وخاصة في المتعاقد مع الإدارة وهو الإجراء الذي يؤثر في تنفيذ العقد ولا يعتد بالظروف التي تؤثر في تنفيذ العقد أي الخارجية وبالتالي لا حق للمتعاقد للمطالبة بالتعويض إلا بشرط عند القيام بالعلاقة السببية بين الإجراء والعقد المبرم. ولكن لم يحدد الفقيه ما معناه بالظرف الخارجي للعقد و ما هي الحالة التي يلجأ إليها المتعاقد إلى المطالبة بالتعويض بالرغم من إلحاقه بالضرر.

ولقد أجاب الفقيه عن ذلك وقد حدد القضاء في هاته الحالة الأخيرة التعويض على أساس نظرية عمل الأمير حالات الرفض وحالات القبول (الاستثنائية):

أولا : حالات الرفض المعوضة: (وتجري الصيغة التقليدية لمجلس الدولة الفرنسي في هذا الخصوص على النحو التالي : " حيث أن نصوص القانون (أو اللائحة) ذات الطابع العام، وان الضرر الذي نال المتعاقد من جرائها إنما تحمله في ذات الظروف الخاصة بسائر المواطنين، ومن ثم فإنه لا يستحق عنها تعويضا إلا إذا أدت إلى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب " ¹ .

لقد اختلف الفقهاء في تحديد مدلول هذه العبارة. فهل هذا الاختلاف يؤدي إلى إستبعاد تطبيق نظرية عمل الأمير؟ ولقد انتهى الدكتور " ثروت بدوي" و الأستاذ " دي لوبادير" فكل واحد منهم يؤيد رأي مجلس الدولة الفرنسي في رفض التعويض في حالتين إذا ثبت المتعاقد انه أصاب بضرر خاص وكذا إحالة نظرية الظروف الطارئة (..... أدت إلى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب)، إلا أن هذا الأخير قد أحدث تعارضا آخر من قبل الفقهاء يكون بتطبيق النظرية مهما كانت جسامة هذا الضرر ولا تطبق هذه النظرية إلا إذا قلب اقتصاديات العقد رأسا عمل الأمير ولقد حدد مجلس الدولة الفرنسي حالات التي لا تطبق في عمل الأمير) مجال الضرائب والرسوم، ومجال الإجراءات الاجتماعية، مجال التنظيمات الاقتصادية و المالية).

ثانيا : الحالات الاستثنائية التي قبل فيها المجلس التعويض:

وهناك حالتان لا تثيران صعوبة التعويض: وهما حالة النص على التعويض في القانون (أو الإجراء العام) أو العقد، وحينئذ يطبق المجلس هذه النصوص باعتبارها تعبيراً عن إرادة المشرع أو المتعاقدين.²

¹ — سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط5، دار الفكر العربي، 1991ص642

² — سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 648

كما أن حق المتعاقد في العقد الإداري في التعويض العادل عن الأضرار التي تلحق بمركزه التعاقدية أو تقلب ظروف العقد المالية بسبب ممارسة جهة الإدارة سلطاتها في تعديل العقد وتحريره بما يتلاءم والصالح العام ينصرف أثره وتقوم مقتضياته حيث تمارس جهة الإدارة من جانبها وحدها وإرادتها المنفردة تعديل العقد أثناء تنفيذه.

- تعديل العقد بعد إبرامه بإرادة مشتركة سويه لطرفيه معا لا يترتب لأي منهما الحق في التعويض إلا بقدر ما يثمره اتفاقهما المشترك- كما أن إعفاء المتعاقد مع الإدارة من تنفيذ بعض التزاماته ومباشرة جهة الإدارة تنفيذها بنفسها في إطار (من حقها المقرر في التنفيذ المباشر بعد أن ثبت تعثره في هذا التنفيذ وتقاعسه عن النهوض بمقتضياته) لا يستوي مسوغا لتعويضه عن هذا الإعفاء وقد يستقيم وجهه لمساءلته عن إحلاله بالتزامه وترتيب مسؤوليته من قبل جهة الإدارة عن هذا الخطأ التعاقدية - أساس ذلك - تطبيق¹.

المبحث الثاني

شروط تطبيق نظرية فعل الأمير

إن تتبع المقاربات والتعريفات والمفاهيم يمكننا من الكشف عن شروط تطبيق نظرية فعل الأمير وبالتالي يعيد لنا الأعمال الصحيح لتطبيق هذه النظرية فلا يمكننا تطبيقها إلا بمعرفة شروطها.

المطلب الأول

وجود عقد إداري وضرر للمتعاقد

إن إدراج هذه الشروط تبدو من الملامح الظاهرية لها، وذلك من زاوية الدراسات الفقهيّة ما هي إلا نتاج تطبيقات أحكام قضائية نتيجة إعمالها في حيز العقود الإدارية (أولاً)، ما يلحق بالمتعاقد في مجال هذا العقد ضرراً وهذا ما سنتناوله في (ثانياً).

¹ - حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية (العقود الإدارية)، منشأة المعارف، الإسكندرية ص216.

أولا : وجود عقد إداري

يقصد به ثمة عقد من العقود الإدارية وهذا الأمر طبيعي ما دنا في مجال النظريات تتعلق بعقود القانون العام التي تتميز بطابع خاص يميزها عن عقود القانون الخاص كما لسنا بصدد تطبيق لنظرية المسؤولية على أساس تبعية المخاطر¹ ولقد أضاف إلى هذا، يعتبر هذا الشرط " أن يتعلق الأمر بعقد إداري، فالنظرية لا تنطبق على عقود القانون الخاص ولو كانت الإدارة طرفا فيها"².

وبالتالي فما المقصود من هذا الشرط إن شرط العقد الإداري أن يكون لها ميزة من تصنيف القانون العام فلا يعتد به حتى وان كانت الإدارة الطرف المتعاقد في العقد، فحصر مجال تطبيق النظرية في مجال القانون العام فقط فإذا كان العقد في مجال القانون الخاص فلا تطبق عليه هذه النظرية.

وقد استبعد الفقيه " خميس السيد إسماعيل " في تعريفه أو تفسيره لهذا الشرط أن يرتبط العقد الإداري بالعقود التي ترميها نوع من العقود الإدارية المدنية أي نوع من المؤسسات والأحزاب في تداولهم سلطتهم على حكم الشعب في عرضها لبرنامجها وليس في نوع العقود الإدارية التي تهتم بها دراستنا في تطبيق تسير المرفق العام، ويستبعد في نوع هذه العقود الإدارية المدنية في إعمال نظرية فعل الأمير " أن يتصل الإجراء بعقد إداري " فينبغي في بادئ الأمر أن يكون التعديل منصب على عقد إداري، ومن يستبعد تطبيق النظرية على العقود الإدارية المدنية.

وبعض الفقهاء ومثال عن ذلك الفقيه " مفتاح عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماي " في تفسيره لهذا الشرط بأن قام في بتحليل هذا الإجراء في الجانب الشكلي والجانب الموضوعي وفي تحديده للجانب الشكلي وهو وجود عقد إداري أي علاقة تعاقدية مع الدولة في رأيه.

أما الجانب الموضوعي في إعمال هذا الإجراء (نظرية فعل الأمير) من شأنها التأثير على شروط تنفيذ العقد، بغض النظر عن تأثير هذا الإجراء على المتعاقد.

¹ - فواد محمد فواد عبد الباسط ، إعمال السلطة الإدارية (القرار الإداري، العقد الإداري)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ص 466.

² - ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية 2009 ص 181.

" ... ولكن بعض الفقهاء في فرنسا يرون عكس هذا النظر، حيث يقتصر عمل الأمير على محاربة الإدارة المتعاقدة لاختصاصاتها الخارجة عن نطاق التزاماتها التعاقدية بحيث لا يشمل عمل الأمير على سلطة الإدارة في التعديل العقد بإرادتها المنفردة.¹

إلا أن هذا التعليق على آراء فقهاء انصب بأن يكون هذا الإجراء يتعلق بالعقد ولكن لم يلتمسوا في تعريفهم عن ما إذ كانت صفته المشروعية ولكن التمسست هذه الميزة في إجماع شروط أعمال هذه النظرية أو الإجراء " أن يكون عمل الإدارة المتعاقدة مشروعاً ذلك لأن الأعمال غير المشروعة تخرج عن نطاق العمل بهذه النظرية ويكون التعويض عليها طبقاً لقواعد المسؤولية الإدارية العقدية والتقصرية"².

وبالتالي لا تترتب مسؤولية نظرية عمل الأمير التعويض أي لا تقوم إلا في حالة ما إذا كانت هناك علاقة تعاقدية. إضافة إلى هذه الصفة المشروعية للإجراء يرى الفقيه " محمد صغير بعلي " إضافة أن صدور تصرف أو عمل قانوني مشروعاً أو صادراً عن الإدارة المتعاقدة أن يكون مطابقاً للنظام القانوني السائد بالدولة بما فيها حسب نظام هذه الدولة (سواء كانت المصادر مشروعاً أو مكتوبة منها أو غير مكتوبة).

(إذا كان فعل الأمير غير مشروع فإن قراراته غير مشروعاً، من حيث مخالفتها للتشريع أو إخلاله بالالتزامات التعاقدية، فإن الأمر يقتضي أعمال نظريات وقواعد أخرى لترتيب المسؤولية على أساس الخطأ).³

ثانياً : وجود ضرر للمتعاقد

يتجسد هذا الشرط أن هذا الضرر في زيادة أعباء تنفيذ شروط التعاقد إلى حد يخل بالتوازن المالي للعقد، ويشترط في هذا الضرر درجة معينة من الجسامة، فقد يكون جسيماً أو يسيراً لهذا تختلف نظرية فعل الأمير عن نظرية الظروف الطارئة، التي تتطلب إصابة المتعاقد بضرر جسيم لتطبيقها.⁴

فلقد عارض هذا الرأي الفقيه " فؤاد عزوزي " في درجة الضرر الملحق بهذا الإجراء ليس من قبيل أن هذا الضرر يصنف إلى درجات الضرر الجسيم فقد ذهب في تعليقه الفقيه إلى أن المتعاقد ليس له الحق في عدم

¹ - مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلحاني، العقود الإدارية (أحكام إبرامها)، دار المطبوعات، الإسكندرية 2008 ص 239.

² - بو عمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية (دراسة تشريعية وفقهية وقضائية)، ط 2010، دار الهدى، الجزائر ص 120.

³ - محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة ص 90.

⁴ - مازن ليو راضي، المرجع السابق، ص 281.

الوفاء في تنفيذ التزامات هذا العقد. وبهدف المصلحة العامة وهذا على أساس العقود المصنفة في القانون العام. وبالرغم من إلحاق المتعاقد مع الإدارة بالضرر.

" إن الدفع بعدم التنفيذ لا مجال له كأصل عام في عقود القانون العام بالرغم من الضرر الحاصل للمتعاقد إذ يجب أن يستمر في التنفيذ ثم يطالب الإدارة بالتعويض متى كان ذلك بمقتضى وطبيعة الحال، ولم يصل هذا الضرر إلى درجة القوة القاهرة التي يرتفع معها التكليف وتنقضي الالتزامات".¹

ويرى بعض الفقهاء في تحديدهم أساس مطالبة التعويض في تجسيد الضرر وعلاقته بهذا الإجراء بان المسؤولية في هذه العلاقة التعاقدية علاقة (مسؤولية على أساس المخاطر) فعلى المتعاقد مع الإدارة أن يتجنب هذا الضرر وبالتالي في مقابل يرى الفقيه لو أن المسؤولية كانت تعاقدية لكفى أن يثبت المتعاقد مع الإدارة أنها أخلت بأحد التزاماتها حتى تقدر حقه في التعويض، ولكن مادامت مسؤولية الإدارة هنا لا تؤسس على الخطأ، إنما الإجراءات التي تتخذها بهذا الصدد نتيجة لممارسة سلطتها في التعديل، وفي إصدار قرارات تنظيمية عامة قد تؤثر في العقد وهي في كلا الحالتين سلطة مشروعة، فينبغي حتى يتقرر حق المتعاقد مع الإدارة في التعويض أن يثبت انه لحق به ضرر.²

ويرى بعض الفقهاء أن يكون هذا الإجراء أيضا ضررا فعليا وليس احتماليا أو افتراضيا، وهذا تأييدا لما سبق ذكره للفقيه ليقول الفقيه " طعيمة الجرف " أن هناك ضرر ما على المتعاقد إلا إثباته للإدارة.³

وعلى أساس هذه الأراء السابقة للفقهاء حول هذا الشرط أن هناك ضرر ملحق المتعاقد وبالتالي تحمل المسؤولية العقدية للإدارة (مطالبة التعويض نتيجة الضرر)، فما هي الشروط الواجبة المطالبة بالتعويض؟ أجاب الفقيه " مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني " عن هذا في وضع الشروط الواجبة للتعويض :

1- أن يكون الضرر من الفعل الضار

2- أن يكون الضرر خسارة أن يؤدي إلى إنزال خسارة واضحة

3- أن يكون الضرر محددًا و مباشرًا.¹

¹ - فؤاد عزوزي، المرجع السابق.

² - خميس السيد إسماعيل، الأصول العامة والتطبيقات العلمية للعقود الإدارية و التعويضات مع القواعد القانونية وأحكام المحكمة الإدارية العليا، فتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى و التشريع بمجلس الدولة والأحكام الحديثة لحكمة النقض، ط1، حقوق الطبع والنشر، 1994، ص215 .

³ - طعيمة الجرف، القانون الإداري، (دراسة مقارنة في تنظيم نشاط الإدارة في تنظيم نشاط الإدارة العامة)، ملتم الطبع والنشر، القاهرة: 1980، ص453.

لقد تجادل الفقهاء في وصف هذا الضرر الخاص حيث " اشترطت محكمة القضاء الإداري لقيام التعويض تأسيسا على نظرية عمل الأمير بأن تصدر الحكومة تشريعا عاما جديدا يمس مراكز المتعاقد معها بضرر خاص. والضرر الخاص يتحقق إذا ما أصاب التشريع الجديد، على الرغم من عمومية نصوصه للمتعاقد وحده دون مجموع الشعب.

وقد حكم مجلس الدولة الفرنسي بأنه إذا طلبت الإدارة من التعاقد معها أن يرفع أجور عماله حتى تتساوى مع الازدياد المطرد في أجور اليد العاملة. فلا يكون للمتعاقد الحق في مطالبة التعويض، ذلك أن ما فعلته الإدارة هو مجرد لفت النظر للمستوى الجاري للمرتبات والأجور.

أما إذا فرضت الإدارة على المتعاقد معها أن يدفع مرتبات أجور أعلى من المعدل العادي للأجور السائد، فيكون هناك موجب للتعويض، ومما يلاحظ أنه لا يشترط في الضرر المترتب على عمل الأمير درجة معينة من الجسامة، فيجوز أن يكون يسيرا كما قد يكون جسيما، ولكن هل يلزم أن يكون الضرر خاصا والضرر الخاص هو الضرر الذي يصيب فردا أو مجموعة من الأفراد بصفة ذاتية وكافية لان يكون الإخلال بمبدأ المساواة واضحا وجليا.²

كل هذا توضيح من أجل أن يكون هذا الضرر الملحق بالتعاقد في دائرة الزيادة في أعبائه أو تكاليفه طبقا لشروط ليست خارجة عن دائرة الشروط التعاقدية المتفق عليها وان كان كذلك فستكون خارج تطبيق أو إعمال نظرية فعل الأمير وهذا ما رأى به الفقيه " ماجد راغب الحلو " " يجب أن تكون إجراءات السلطة العامة المتعاقدة الضارة بالتعاقد تزيد عن أعبائه أو تكاليفه العادية طبقا لشروط العقد، ولكن يكفي أن يتحقق من الإجراء أي الضرر بالتعاقد إلى حد انقطاع خطير في التوازن المالي فالعقد يهدده بالانهيار المالي أو بالتوقف عن التنفيذ كما هو الحال في تطبيق نظرية الظروف الطارئة.³

¹ - مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلحان، المرجع سابق ص 242.

² - مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلحان، المرجع السابق، ص 243.

³ - ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية 2009 ص 545.

فتطبيق للإجراء يدفع بالمتعاقد أي المتضرر بالمطالبة بالتعويض بغض النظر، هل هذا الإجراء فرديا أو عاما غير متوقع، هل ينجم عن أثره تنفيذ ضرر خاص يمس بهذا المتعاقد بعبارة الفقيه " ينجم عن هذا الإجراء ضررا خاصا يلحق بالمتعاقد حيث أن هذا الضرر هو الذي يعطيه الحق في طلب التعويض لجبره".¹

وهذا ما عبر عنه " محمد الصغير بعلي " في شرط قلب اقتصاديات العقد رأس على عقب، فهو يشترط لتطبيق نظرية فعل الأمير أن يترتب على التصرف المشروع للإدارة أو المصلحة المتعاقدة، زيادة أو ارتفاع تكاليف الصفقة بصورة كبيرة يجعل تنفيذها أمرا مرهقا، رغم انه لم يعد مستحيلا، كما هو في حالة القوة القاهرة.²

وبالتالي وارد في أفكاره أن التعويض عن الضرر الملحق للمتعاقد الذي يؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد، وهذا ما عبر عنه في عبارة (قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب) وهذا ما يستدعى مد السلطة العامة للإدارة المتعاقدة في تقدير التعويض وذلك بمعيار المقابل المالي وكذلك في استمرارية المرفق العام (تحقيق المصلحة العامة). وهذا ما ينتج عنه الشرط السابق أن يكون العقد الإداري من القانون العام أي صفة استمرارية و تنفيذ الالتزامات وهذا ما ينقض فكرة القوة القاهرة، التي توقف تنفيذ الالتزامات وزيادة التكاليف.

المطلب الثاني

عدم توقع الفعل للمتعاقد

ولقد اتفق الفقهاء في تحديد هذا الشرط والذي و الذي يعدّ من بين أهم المميزات التي تميز تطبيق أو إعمال " نظرية فعل الأمير " في مجال العقود الإدارية كما رأينا سابقا في تحديد مفهومها. وهذا الشرط يكون ذلك عند إبرام العقد، أن لا يكون المتعاقد عالما بهذا الإجراء أي غير متفق عليه مع الإدارة ولقد عرفه الفقيه " أن يكون الإجراء غير متوقع عند إبرام العقد، وان يكون المتعاقد قد اتفق وهو مقدر له؟ ولما كان العقد لا يمنع السلطات الإدارية و التشريعية من اتخاذ ما تقدره الضروريات من إجراءات، فكانت هذه الإجراءات دائما متوقعة عند العقد.

¹ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، الاسكندرية 2004 ، ص 197.

² - محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة ص 91.

ولذلك وجب أن تكون من نوع الإجراءات غير العادية أي التي تتجاوز القدر المعقول المتوقع عند إبرام العقد¹، ولقد حدد الفقيه في تحديد معيار هذا الإجراء وقت تأثيره ولكن يكون وقت إبرام العقد وغير متوقع من طرف المتعاقد.

وبالتالي هل هذا الإجراء تأثيره من طرف الإدارة أو من غير سلطة الإدارة (ظرف خارجي)؟ ومدى تأثيره على العلاقة التعاقدية أو على تنفيذ العقد ذاته؟ ومدى حق المتعاقد مع الإدارة وقت المطالبة بالتعويض إذا كان هناك حالة ينعقد بها المتضرر (المتعاقد) بالتعويض.

وفي هاته الحالة يرى أن كل من " مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد شلماني " قاما بتحديد وقت إعمال هذه النظرية والحالة التي يطالب فيها المتعاقد بالتعويض. " فإذا توقعت نصوص العقد هذا الإجراء لم يكن للمتعاقد الحق في طلب التعويض بحجة انه متضرر."

وهنا يحدد حالة المطالبة بالتعويض للمتعاقد إذا وقعت تعديلات تفوق العادة أو غيرت سيرورة هذا المشروع مثلاً هنا يصبح للمتعاقد الحق في المطالبة بالتعويض وهذا ما ورد في البنود (10 / 19) وما بعدها في تنظيم علاقة المتعاقدين إذ رأت الإدارة إجراء تعديلات في المشرع، وكذلك حجمها ومقدار نسبتها لقيمة العقد وما يستحق المفاوض المتعاقد معها، ومتى لا يستحق شيئاً من التعديلات.

كما يرى أن الإجراء يكون غير متوقع وقت إبرام العقد سيتخذ كأساس لإعمال نظرية فعل الأمير وبالتالي كمعيار لمطالبة المتعاقد بالتعويض.² إنَّ العقد إذا ما نظمَّ حدود ومدى التعديل فلا يتصور تطبيق نظرية عمل الأمير. وكما قضت محكمة الإدارية العليا بأنه لا مجال للفوضى في نظرية عمل الأمير، لأن هذه النظرية يلجأ إليها في حالة طلب التعويض عن أمر غير متوقع وقت إبرام العقد.

استناداً لهذا أيد رأيه وذلك بردع الفكرة من الناحية القانونية أكثر من ناحية تحليل الأفكار وذلك لما يراه: أن شرط الإجراء أن يكون غير متوقع عند إبرام العقد، وهذا لا يمنع من أن سلطة الإدارة تتوقف عن التعاقد واستمرارية العقد، وإنما لديها الحق في تعديل العقد من حيث إذا رأت أن هناك حاجة في ذلك ولكن لا تخرج عن نطاق ما هو مقيد في الشروط التعاقد وذلك ما يسري به في القانون العام، ولكن نغض الطرف عن المركز التعاقدية للمتعاقد مع الإدارة دائرة التساؤل المتمثل في: ما مدى تأثير هذا الإجراء غير المتوقع في العلاقة

¹ - طعيمة الجرف، المرجع السابق، ص 253.

² - مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية (الأحكام إبرامها)، دار المطبوعات الإسكندرية 2008، ص 246.

التعاقدية؟ كما يرى " وبدون هذا القيد تفقد النظرية جانبا كبيرا من أهميتها، حيث أن الإدارة سيكون بإمكانها، تحت ستار استعمال حق التعديل أن تحمّل للمتعاقد مالا طاقة له به، الأمر الذي قد يعجزه عن تنفيذ التزامه مما يعيق سير المرفق العام بانتظام وهو الهدف الذي لأجله وجدت نظرية عمل الأمير.¹

وإذا كان عدم التوقع شرطا لازما لتطبيق نظرية عمل الأمير شأنها في ذلك شأن نظرية الظروف الطارئة والصعوبات المادية على نحو ما، إلا أن هذه النظرية تطبق إذا صدر هذا الإجراء الذي لم يتوقع حدوثه ولم يكن بوسع توقع مدى الأثر الذي يمكن أن يحدثه.

فمسألة عدم توقع الإجراء بالنسبة للمتعاقد أمر حيّد فكر الفقهاء وهو مسألة نفسية تختلف من شخص إلى آخر، ومن هنا من يرى أن عدم التوقع في هذا الإجراء يتوقعه المتعاقد ولكن لا يتوقع مدى تأثيره أي الأثر المنتج عن هذا الإجراء.

وكذا في رأي " فؤاد عزوزي" في ذلك بأن " لو كانت هذه الإجراءات متوقعة ومعروفة عند التعاقد فلا يطبق عليها صفة عمل الأمير ولا يستحق المتعاقد أية تعويضات"² أي "أن إجراء عدم التوقع لا ينصرف إلى الأصل الحق في التعديل من طرف الإدارة و إنما إلى حدود التعديل كأصل عام لان حل التعديل متوقع من طرف الإدارة.

المطلب الثالث

إصدار الإجراء من الإدارة المتعاقدة وعدم خطئها

أولا — بالنسبة لصدور الإجراء من طرف الإدارة المتعاقدة :

ويقول في ذلك " عبد العزيز عبد المنعم"³ يتعين أن يصدر إجراء الذي تطبق على أساسه نظرية عمل الأمير عن الشخص المعنوي العام الذي أبرم التعاقد.³

¹ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 197.

² - فؤاد عزوزي، دور القضاء الإداري في حماية حقوق الأطراف العقد الإداري (2014 /02/09)

070909 . blogs pct.com. /2013/ 04l blog . post . 16 .html.

³ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص 193.

وكذا رأي الفقيه " طعيمة الجرف " أن يكون الإجراء من أعمال السلطة العامة سواء أكان الإجراء تشريعياً أو إدارياً، وليس راجعاً إلى ظروف خارجية اقتصادية أو غيرها كوقوع الحرب مثلاً، ذلك أن هذه الأمور تدخل في نظرية المخاطر الاقتصادية (نظرية الظروف الطارئة).¹

وهذا ما اتفق عليه كل الفقهاء والذي يستند إلى صفة العقد الإداري أي تكون فيه الجهة الإدارية المتعاقدة طرفاً في العقد. وبالتالي هنا تقوم سلطة الإدارة المتعاقدة في العقد بهذا الإجراء وبالتالي ما يسلم بالمسؤولية الإدارية العقدية وتحملها عن الأضرار الناتجة عن هذا الإجراء وهذا ما يستند إليه إلزام الإدارة بهذا العقد (افتراض عدم خطأ الإدارة المتعاقدة حين اتخذت عملها الضار).²

ثانياً — افتراض أن الإدارة لم تخطئ حين اتخذت عملها الضار:

انصرف فقهاء القانون بمصطلح افتراض الإدارة بأنها أصدرت هذا الإجراء لكن هذا الإجراء الضار بدون إحداثها خطأً أي بدون قصد نية الخطأ و بالتالي يلقي بأنها مسؤولية عقدية بلا خطأ وهذا ما يثبت بتسمية هذه النظرية (المخاطر الإدارية)، أي غياب عنصر الخطأ وهذا ما يكمل الشروط السابقة الذكر أن يكون العمل مشروعاً أي عمل الإدارة المتعاقدة بغض النظر عن أثر هذا الإجراء. وهذا ما أيده " حسين عثمان محمد عثمان " حيث افتراض أن الإدارة لم تخطئ حين اتخذت عملها الضار فمسئوليتها عقدية بلا خطأ".³

إذا أسسنا على فكرة هذا الفقيه و افتراضنا أن الإدارة هي التي أخطأت، فما هي الآثار المترتبة في هاته الحالة؟ وما تقدير التعويض هنا، وهل تتحمل الإدارة تبعات خطأها مع العلم توافر الشروط العامة لنظرية فعل الأمير؟ لقد قام " مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد شلماني " بتفسير لهذا الشرط ووضع في قيود " ذلك أن قيام الإدارة بإجراء بمقتضى العقد لا يمكن أن يقيد تصرفاتها كسلطة عامة تستهدف تحقيق الصالح العام. فإذا إنصرفت الجهة المتعاقدة في حدود سلطاتها، قد ترتب على هذه التصرفات ضرر للمتعاقد فان الإدارة تسال نطاق نظرية عمل الأمير بصرف النظر عن قيام خطأ من جانبها.

¹ - طعيمة الجرف، القانون الإداري، (دراسة مقارنة في تنظيم و نشأة الإدارة العامة)، ملتزم الطبع والنشر مكتبة، القاهرة الحديفة 1980 ص 453.

² - بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية (دراسة تشريعية وفقهية وقضائية)، ط 2010، دار الهدى، الجزائر، ص 120.

³ - حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، بدون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2008 ص 649.

وذلك لان المسؤولية في نطاق تلك النظرية وان كانت مسؤولية عقدية إلا أنها مسؤولية عقدية بدون خطأ، أما إذا انطوى تصرف الإدارة على خطأ فإنها تسأل على أساس هذا الخطأ.¹

وبالتالي كإجابة عن التساؤلات فإنه إذا ما توافر شرط عدم صدور هذه الإجراءات عن الإدارة المتعاقدة فما اثر هذا على إعمال نظرية فعل الأمير؟ يقول في ذلك الفقيه " محمد فؤاد عبد الباسط " " فان صدر الفعل من شخص معنوي عام غير الذي ابرم العقد تختلف احد شروط نظرية فعل الأمير، امتنع بذلك تطبيق أحكامها، إنما يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا توافرت شروطها".²

¹ - مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد شلماني، العقود الإدارية (أحكام إبراهيم)، دار المطبوعات، الإسكندرية 2008 ص 246.

² - محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية (القرار الإداري، العقد الإداري)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ص. 467.

خاتمة الفصل الأول :

إن نظرية فعل الأمير مصطلح قانوني متشعب المفاهيم لدى العديد من فقهاء رجال قانون. ويقصد بها إجراء صادر من السلطة العامة والذي يأخذ في قالب إجراء خاص كقرار فردي أو إجراء عام كقانون أو لائحة، والذي يؤدي إلى المساس بشروط العقد أثناء تنفيذه، إلا أنها مقيدة وفقا لشروط إعمالها متعلقة بالمتعاقد مع الإدارة من ناحية ومن ناحية أخرى بالإجراء في حد ذاته.

الفصل الثاني

أثار نظرية فعل الأمير على

تنفيذ العقد الإداري

مقدمة الفصل الثاني:

إن تحديد العقد الإداري لا يعني عدم وجود علاقة تعاقدية، مما سبق ذكره أن الإدارة هي إحدى عناصر العقد الإداري لإعطاء جوهر إجراء أعمال نظرية فعل الأمير وهذا لا ينفي في وجود طرف آخر في تنفيذ العقد ألا وهو المرفق العام (المبحث الأول)، والآثار التي تنتجها عن أعمال أطراف العقد عن تطبيق نظرية فعل الأمير وسيرورة العقد (المبحث الثاني).

المبحث الأول

أطراف تنفيذ العقد الإداري

فيما يخص العقد الإداري وهو كل عقد إداري تبرمه الإدارة العامة وهذا العنصر لا يكفي لوحده، فعلاقة المرفق بالعقد يعدّ عنصراً أساسياً لتكييف العقد بأنه إداري من عدمه (المطلب الأول)، وبالتالي اجمع الفقهاء المفكرون قيد العقد الإداري بشرط ارتباط العقد بنشاط هذا المرفق العام كطرف في المادة الإدارية وان هذا المرفق بدوره لأداء نشاطه محوز بأساليب وطرق (المطلب الثاني).

المطلب الأول

المرفق العام كطرف في المادة الإدارية

حول تعريف واحد، إلا لاختلاف وجهات النظر واختلاف الزاوية ونقابل اتجاهين في هذا المجال، ويهتم الاتجاه الأول بالناحية العضوية أو الشكلية، ويهتم الاتجاه الثاني بالناحية الموضوعية أو الوظيفية.

أ/ التعريف بالمعيار العضوي أو الشكلي :

يعرف أصحاب هذا الاتجاه المرفق العام بالناحية الشكلية، أو من ناحية الزاوية العضو، ولهذا يقولون أن المرفق العام هو المنظمة التي تقوم الدولة أو الأشخاص الإدارية بإنشائها.¹

ويعد الاتجاه ناحية الشكل فجاء تعريف المرفق العام في شكل منظمة إنشائها تقوم بها الدولة أو الأشخاص الإدارية لتحقيق غرض معين.

ب / أما التعريف الموضوعي أو الوظيفي :

يعرف المرفق العام " بأنه النشاط التي تقوم به الدولة أو أشخاصها الإدارية بغية تحقيق المصلحة العامة¹ ولقد عرفه الفقه " إن المرفق العام في حالة السكون هو المنظمة التي تقوم بنشاط معين، أما في حالة الحركة فهو النشاط الذي يهدف إلى إشباع حاجات عامة بغض النظر عن الجهة التي تؤديه.

¹ - محمد الشافعي أبو راس، القانون الإداري ص، 201، (09/04/2014)

وفي ذلك عرفه " رفيرو " المرفق العام بمعناه الوظيفي هو نشاط يهدف إلى تحقيق الصالح العام، ويعرفه " طعيمة الجرف بأنه " نشاط تتكفل به الإدارة بنفسها أو يتولاه فرد عادي تحت توجيهها ورقابتها وإشرافها بقصد إشباع حاجة عامة للجمهور.²

ولقد عرفه نظيره "عبد العزيز عبد المنعم خليفة" المرفق العام هو كل مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على إدارته ويعمل بانتظام واستمرار وتستعين في إنشائه وتسييره سلطات الإدارة لتزويد الجمهور بحاجات العامة ولا يهدف هذا المشروع إلى تحقيق الربح من وراء تزويده للمتعاملين معه بالحاجات العامة، بل به يقصد مساهمة في حماية النظام العام وخدمة المصالح العامة في الدولة.³

وبهذا الصدد فقد أجمع الفقهاء بأن التعريف الجامع الذي يميل إلى تعريف المرفق العام " بأنه ذلك النشاط الذي لا تقوم به الإدارة أو احد أشخاص الإداريين لتحقيق المصلحة العامة.

فخاصية العقود الإدارية تلزم اتصال موضوع العقد بالأطراف الإدارية أو تسيير المرفق العام وهذه الميزة التي تتميز بها العقود الإدارية في القانون العام خلافا للعقود في القانون الخاص.

فالمقصود بالمرفق طرف في المادة الإدارية ويقول في ذلك تعريفات الفقهاء في هذا الشأن " فإذا انقطعت صلة العقد بالمرفق العام انتفى عنه الوصف القانوني للعقد الإداري.⁴

وأیضا نظيره " مازن ليو راضي " أن اتصال العقد بنشاط المرفق العام " لا يكفي إعتبار العقد إداريا أن تكون الإدارة احد أطرافه إنما يجب فيما إذا كان العقد متعلقا بمرفق عام على وجه من الوجوه".⁵

قد اتفق الفقهاء والمفكرون في تحديد شرط أن صفة العقود الإدارية ميزتها أن يرتبط العقد بنشاط المرفق العام. وكذا قال الفقيه " محمد فؤاد عبد الباسط " من زاوية وجهة نظره. تقول المحكمة الإدارية العليا في أحكامها " ... ومناطق العقد الإداري هوان يتصل بنشاط المرفق العام من حيث تنظيمه وتسييره بغية خدمة أغراضه وتحقيق احتياجاته لمراعاة المصلحة العامة وما تقتضيه من تغليبها على مصلحة الأفراد الخاصة...".

¹ محمد الشافعي ابو راس، نفس المرجع، ص 203

² مازن ليو راضي، القانون الإداري، ط3، ص، 84، (4 - 1 - 2014)

option.php.index/home/com.agouniversity.www

³ عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، منشأة المعارف، الاسكندرية 2004 ، ص، 26

⁴ محمد فؤاد عبد الباسط ، أعمال السلطة الإدارية (القرار الإداري، العقد الإداري)، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ص، 294

⁵ مازن ليو راضي، المرجع السابق، ص 221

أن القضاء الفرنسي يستثنى من قاعدة تعلق العقد بالمرفق العام بالمعنى السالف بيانه، العقود التي تبرمها المرافق الصناعية والتجارية مع المنتفعين بها. فهذه العقود تعتبر من القانون الخاص أيا كانت درجة تعلقها بالمرفق الصناعي والتجاري وأيا كانت طبيعة الشروط التي تضمنتها.¹

إضافة إلى لهذا فإن تعريف المقصود باتصال العقد بالمرفق العام هو الاتصال بمعناه الواسع كذلك بمعنى أنه يشمل كل صور علاقات المرفق وتعليله في اشتراط أن يكون العقد مرتبط بالمرفق العام ليكون إداريا " إن اتصال العقد بالمرفق العام هو العنصر الذي يبرر انفراد العقد الإداري بأحكام خاصة، بيان ذلك أن الإدارة العامة من خلال المرافق العامة، من هنا كانت المرافق العامة تسعى دائما لتحقيق الصالح العام، ومن هنا تقررت المبادئ العامة الحاكمة لهذه المرافق، لضرورة استمرار هذه المرافق في عملها وبانتظام، وقابليتها للتطوير ثم تحقيق مبدأ المساواة بين المنتفعين بخدماهما.²

إضافة إلى هذا أضاف يقول " عبد العزيز عبد المنعم خليفة " في تحديده الصور التي يتمثل فيها ارتباط العقد بنشاط المرفق العام فقد يكون الهدف من إبرام العقد الإداري هو إنشاء مرفق على النحو المتمثل في العقود الأشغال العامة، وقد يأخذ اتصال العقد الإداري بالمرفق العام صورة أخرى تتمثل في المساهمة في إدارته كما في حالة عقود الإمتياز والأشغال العامة والتي يشارك فيها المتعاقد مع الإدارة في إدارة المرفق مع احتفاظ الإدارة بحقها في السيطرة على المرافق العامة، وأخيرا قد يتعلق العقد الذي تبرمه الإدارة مع احد الأفراد أو الشركات الخاصة بتسيير المرفق العام كما في حالة عقود التوريد، والتي يتعهد فيها المتعاقد مع الإدارة بتوريد أصناف معينة تحتاجها الإدارة في تسيير نشاط المرفق.³

أما يرى " محمد الشافعي ابو راس " فقد حصر العقد لكي يتسم بطابعه الإداري أن يكون هذا العقد الإداري متصل بنشاط المرفق العام، لان المرفق العام حقيقته تحقيق الصالح العام بخلاف أشخاص القانون الخاص الذين يعملون لصالح الخاصة. وبالتالي لا يعتبر العقد إداريا حتى ولو كان احد أطرافه شخص إداري.

¹ - محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص 229

² - محمد الشافعي أبو راس، العقود الإدارية، ص 29 (2014/01/29)

³ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، الاسكندرية 2004، ص 38

المطلب الثاني

طرق إدارة المرفق العام

رأينا سابقا أن المرفق العام له علاقة وثيقة كطرف في تكوين العقد الإداري، ومن هنا تعددت أساليب إدارة المرفق العام كعنصر محرك للعقد الإداري، وتختلف أساليب أو طرق إدارة المرفق باختلاف أهمية النشاط الذي يباشره وتمثل في ما يلي: (أسلوب إدارة المباشرة - أسلوب المؤسسة العامة - أسلوب التزام المرافق العامة - أسلوب الاقتصاد المشترك).

أولا : أسلوب الإدارة المباشرة

يتوافر عندما تقوم الدولة بذاتها بإدارة المرفق، بحيث تضع يديها عليه وتحمل على عاتقها مهمة تسيير المرفق بأموالها وبوساطة موظفيها، والأصل أن تدار بهذه الطريقة المرافق الإدارية كافة.¹

كما أضاف " مازن ليو راضي " في هذه المسألة " أن تقوم الإدارة المباشرة بإدارة المرفق بنفسها سواء أكانت سلطة مركزية أم محلية مستخدمة في ذلك أموالها وموظفيها ووسائل القانون العام ولا يتمتع المرفق الذي يدار بهذه الطريقة بشخصية معنوية مستقلة.²

نتيجة إدارة المرفق العام بأسلوب إدارة المباشرة هو أن تتقيد بالقوانين واللوائح الحكومية. وعيب هذه القوانين أنها متهممة بالتعقيد والقيود.

أسلوب إدارة المرافق العامة إدارة مباشرة، هو الأسلوب التقليدي في إدارة المرافق العامة. وفحوى هذا الأسلوب أن تقدم الدولة أو أحد أشخاص القانون العام بإدارة المرفق العام مباشرة، مستخدمة في ذلك عمالها وأموالها وكل إمكاناتها وكل امتيازات السلطة العامة في تسييرها للمرفق.³

¹ - مهند نوح، الموسوعة العربية ENCYCLOPEDIA (10 - 04 - 2014) .

المجلد الثامن عشر، العلوم القانونية والاقتصادية www.arab.ency.com

² - مازن ليو راضي، القانون الإداري، ط3، ص111، (2014/01/04).

www.agouniversity.com/home/index.php?option

³ - محمد الشافعي أبو راس، القانون الإداري، ص229، (2014/04/09)

[pdf.213 / images/olc/edu.eg.Bu](http://pdf.213/images/olc/edu.eg.Bu)

ثانيا : أسلوب الإدارة العامة

أو ما يطلق عليها بالمؤسسة العامة ويقول أ، يعرفه الفقيه " محمد الشافعي أبو راس " مضمونها أن تنشئ الدولة هيئة عامة، تمنحها الشخصية القانونية المستقلة، وتعهد إليها إدارة المرفق العام.

تلجأ الدولة إلى هذا الأسلوب لما تستشعره من أهمية النشاط الذي يتولاه المرفق، ومدى خطورة الأهداف التي يسعى لتحقيقها، بحيث يصبح متعذراً ترك المرفق لإدارة الأفراد أو الهيئات الخاصة، مظنة عدم القدرة على تحقيق الهدف، أو عدم استشعار مدى الخطورة والأهمية.

وقد لا يكون نشاط المرفق على درجة كبيرة من الأهمية أو الخطورة، ولكنه يحتاج إلى نفقات ضخمة، ليس في مقدور الأفراد تدبيرها أو توفيرها، هنا تلجأ الدولة ¹. ما يقابلها في لفظ آخر فانه بدل أن تقوم الدولة بإدارة المرفق العام بذاتها ومباشرة وبالتالي يكون نشاط المرفق إدارياً، إذا كانت الهيئة إدارية وهي محكومة بأحكام القانون العام ومبادئ القانون الإداري وموظفوها عموميون وأموالها عامة وقراراتها إدارية.

كما أن هذا الأسلوب يكون عن طريق منظمة عامة تمنح الشخصية الاعتبارية والاستقلال المالي، وتخضع في الوقت نفسه للرقابة الدوليّة ².

ثالثا : أسلوب التزام المرفق العامة

يعرفه " مازن ليو راضي " بمقتضى هذه الطريقة تتعاقد الإدارة مع فرد أو شركة لإدارة واستغلال مرفق من المرافق الاقتصادية لمدة محددة بأمواله وعماله وأدواته وعلى مسئولية مقابل التصريح له بالحصول على الرسوم من المنتفعين بخدمات المرفق وفق ما يسمى بعقد التزام المرافق العامة أو عقد الامتياز.

غير أن من يعمل في المرفق التي يدار بهذا الأسلوب لا يعدّ موظفا عاما بل يخضع في علاقته بالملتزم لأحكام القانون الخاص، وتمارس الإدارة في مواجهة الملتزم سلطة الرقابة و الإشراف على ممارسة عمله وفقا لشروط العقد والقواعد الأساسية التي تسيّر المرافق العامة ³.

¹ — محمد أبو راس الشافعي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 229

² — مهند نوح، الموسوعة العربية -ENCYCLOPEDI - (2014/04/10)، المرجع السابق.

³ — مازن ليو راضي، المرجع السابق، ص 113.

قد ترغب السلطة المركزية في أن تخفف عن كاهلها عبء إدارة بعض المرافق وأن تخفف عن الخزنة العامة عبء تمويل هذه المرافق، هنا تعهد إلى أحد الأفراد أو الشركات الخاصة بمهمة إدارة المرفق العام والإنفاق على تسييره، وأن يتحمل مسئوليات التسيير كاملة. يطلق على هذا للفرد أو الشركة الخاصة، اسم الملتزم، ويطلق على العقد الذي يبرم بين الإدارة وبين الملتزم اسم عقد التزام المرفق.¹ العام ومن هنا كانت تسمية هذا الأسلوب "أسلوب التزام المرفق العام".

يقول أيضا " أن هذا الأسلوب هو قيام السلطات المركزية بإسناد إدارة مرفق عام لأحد الأفراد أو الشركات الخاصة، سمي الملتزم بحيث يتحصل الملتزم بكل نفقات تسيير المرفق وجميع مسئولياته، مقابل حقه في تحصيل رسوم المنتفعين بالخدمات التي يقدمها المرفق ويتم ذلك بعقد ولمدة محدودة، بحيث يكون للإدارة دائما الحق في مراقبة و الإشراف.²

مضمون هذا الأسلوب أن تقوم السلطة المركزية بإسناد إدارة المرفق العام لأحد الأفراد أو احد الشركات والخاصة وسمي ملتزم بحيث يتحمل بكل نفقات وتسيير نفقات وجميع مسئولياته مقابل حقه في تحصيل رسوم من المنتفعين بالخدمات التي يقدمها المرفق ويتم ذلك بعقد ولمدة محدودة، و بحيث يكون للإدارة دائما حق المراقبة والإشراف.³

رابعا : أسلوب الاقتصاد المشترك

أو ما يطلق عليه بمصطلح " الاستغلال المختلط" ويعرف مضمونه الفقيه " مازن ليو راضي" يقوم هذا الأسلوب على أساس اشتراك الدولة أو احد الأشخاص العامة مع الأفراد على إدارة المرفق العام .

ويتخذ هذا الاشتراك صورة شركة مساهمة تكتتب الدولة في جانب أسهمها على أن يساهم الأفراد في اكتتاب الجزء الآخر وتخضع هذه الشركة لأحكام القانون التجاري مع احتفاظ السلطة العامة بوصفها للمصلحة العامة.

وتخضع هذه الشركة إلى أحكام القانون التجاري مع احتفاظ السلطة العامة بوصفها ممثلة للمصلحة العامة بالحق في تعيين بعض أعضاء مجلس الإدارة وأن يكون الرأي الأعلى لها في هذا المجلس ويأتي هذا من خلال الرقابة الفعالة التي تمارسها الدولة أو الشخص العام المشارك في هذه الشركة على أعمالها وحساباتها.

¹ - محمد الشافعي أبو راس، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 235 .

² - مازن ليو راضي، المرجع السابق، ص 113 - 114 .

³ - محمد الشافعي أبو راس، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 235 .

وتتم إدارة المرفق إدارة مختلطة من ممثلي الإدارة والأفراد، توفر هذه الطريقة نوع من التعاون بين الأفراد والسلطة العامة في سبيل الوصول إلى إدارة ناضجة وربح.

وقد انتشرت شركة اقتصاد المشترك في الكثير من الدول الأوروبية كوسيلة لإدارة مرافق النقل والطاقة لما يحققه هذا الأسلوب من فائدة تتمثل في تخليص المرافق العامة من التعقيدات و الإجراءات الإدارية التي تظهر في أسلوب الإدارة.¹

ويعرفه هذا الأسلوب من وجهة نظر أخرى أن هذا الأسلوب انه لا تنفرد الإدارة بإدارة المرفق العام مثلما هو الحال في أسلوب الإدارة المباشرة.

ولا أن ينفرد فرد أو شركة بالإدارة، مثلما هو الحال في أسلوب التزام المرافق، وإنما يتشارك الأفراد أو الشركات مع الدولة للقيام على المرفق، من حيث يكون رأسمال مشاركة في أغلب العموم، وتكون الإدارة مشتركة بين الدولة والشركة.

وكان هذا الأسلوب هو أسلوب الاقتصاد المشترك، وفيه تشارك الإدارة الشركات الخاصة، ثم تعهد لها بإدارة المرافق العامة.

ويمكن أن يقع هذا الأسلوب ذلك في واحدة من الصورتين الآتيتين:

أ - في هذا الأسلوب يقوم على إدارة وتسيير المرفق العام. شركة أحد أطرافها فرد أو أفراد أو شركة أو شركات من القطاع الخاص، ورأينا أن هذه الشركة إحدى شركات القطاع الخاص وخاضعة لأحكامه، وأنها تتعامل على أساس قوانين من هنا يتحقق للمرفق العام التخلص من نظام العمل الحكومي، الذي يتسم بالبطء والتعقيد، وعدم القدرة على مسايرة متطلبات السوق الخاص.

ب - وإذ يحقق هذا الأسلوب، إدارة المرفق العام، من خلال شركة تعمل في ميدان النشاط الاقتصادي الخاص وبأساليبه فإنه يحقق التخلص من آثار التقلبات السياسية، وكذلك البعد عن التيارات الحزبية.

ج - ويقوم هذا الأسلوب على أساس المشاركة بين الإدارة العامة وفرد أو شركة قطاع خاص، مثل هذه المشاركة تجعل من دور الجهة الإدارية، مانعاً يمنع الشركة المشاركة من السعي وراء الربح فقط. ذلك أنه إن كان من طبيعة القطاع الخاص السعي وراء الربح، فإن مهمة الجهة الإدارية مراعاة الصالح العام، والعمل على تحقيقه.

¹ - مازن ليو راضي، المرجع السابق، ص 114

وبهذا يقوم التوازن بين الهدفين، فيتحقق الربح دون استغلال، ويتحقق الصالح العام بغير أجور على الربح.¹ وكذا يهتم هذا الأسلوب بالاستغلال المشترك عند تأسيس مشروع مشترك يساهم فيه رأس المال الخاص، وذلك في سبيل إنشاء المرفق العام المعين وإدارته، وتقوم طريقة الاستغلال مشترك على الفكرة الأساسية، وتمثل في التوفيق بين اعتبارات المصلحة العامة التي يستهدفها الإدارة من جهة، والمصلحة الخاصة المتمثلة في تحقيق الربح الذي يستهدفه المساهمون من الأفراد من جهة أخرى.²

المبحث الثاني

أساس المقابل المالي أو التعويض

إن البحث عن أساس تطبيق نظرية فعل الأمير في إطار التعاقد بعد دراسة شروطها في إحداث أثرها في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري وهذا ما تناولناه في (المطلب الأول)، وذلك عن طريق حصول التعاقد عن الأضرار التي لحقت به نتيجة لتطبيق هذا الإجراء الإداري وبالتالي ما على الإدارة إلا أن تمد له يد العون لتقيه من عثرته والوقوف إلى جانبه لتخطى كبوته (المطلب الثاني).

المطلب الأول

فكرة التوازن المالي للعقد وتأثيرها في جبر الضرر الناتج عن تطبيق نظرية فعل الأمير

إن الاعتراف للإدارة بسلطة تعديل شروط العقد وزيادة أو إنقاص التزامات التعاقد معها بإرادتها المنفردة لا بد أن يقابلها من جانب آخر حق التعاقد بمنحه مجموعة من الإمتيازات المالية ما يساوي الزيادة على التزاماته فالعدالة تقتضي ان يكون طبيعة العقود الإدارية تحقق قدر الإمكان توازنا بين الأعباء التي يتحملها التعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي ينتفع بها.

¹ - محمد الشافعي أبو راس، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 240

² - مهند نوح الموسوعة العربية (ENCYCLOPEDIA) (10 / 04 / 2014)

ولقد انقسم الفقه في تحديد معنى التوازن المالي للعقد إلى جانبين ذهب الجانب الأول ويتزعمهم " pequignot إلى القول أن التوازن المقصود هنا هو وضع نسبة حسابية دقيقة بين التزامات المتعاقد وحقوقه.¹

أي أن للمتعاقد من بين حقوقه التعاقدية في الحق إعادة التوازن المالي وهو الحالة العادلة التي ارتضاها طرفا العقد تتمثل في العقد الذي يؤدي إلى التزام الإدارة بتعويض المتعاقد، أي انه حق من حقوقه بناء على نصوص العقد أو بناء على القانون أو النظريات المعتمدة في تسيير المرفق العام. فالتوازن المالي للعقد يحتل بسبب تعديل الإدارة له، بسبب إجراء من إجراءاتها يسىء إلى المركز المتعاقد.

كما يرى " عبد العزيز بن محمد المنيهي " أن فكرة التوازن المالي للعقد " بنيت على اختلاف الآراء حول أساس هذه النظرية وبين فكرة المسؤولية التعاقدية للإدارة، والإثراء بلا سبب ومساواة الأفراد أمام الأعباء العامة وفكرة الخطأ). كما بنيت على أن تطبيقات نظرية عمل الأمير في المملكة السعودية تظهر تحلياً في الفقرة (ب) من المادة التاسعة من نظام تامين مشتريات الحكومة، وفي القرارات القضائية الصادرة في دعاوى العقود الإدارية.²

فلقد اتفق الفقهاء عموماً في تحديد معنى فكرة التوازن المالي وذلك اثر وقوع حدوث ظرف أو عمل من أعمال السلطة العامة ويؤدي هذا إلى إلحاق ضرر بالمتعاقد مما يؤدي إلى ظهور فكرة إعادة التوازن المالي وبالتالي إستمرارية تنفيذ العقد.

وهذا ما أورده الدكتور "عبد الله بن حمد السعدان " أن التوازن المالي للعقد في حالة حدوث ظرف طارئ أو عمل من أعمال السلطة أو ظهور الصعوبات غير المتوقعة.... الخ يؤدي ذلك إلى إلحاق الضرر للمتعاقد مع الإدارة، بحيث تحتل حساباته التي قام بها في تحديد المقابل المالي.

¹ - الوجيز في القانون الإداري، droititalgerien – mountada-biz30 (29 / 01 / 12)

topic. t60 /biz.mountada –Droitlgerien

² - عبد العزيز بن محمد المنيهي، دعوى التعويض الناشئة عن المسؤوليتين التقصيرية والعقدية وتطبيقاً في الفقه والقضاء الإداري، (ملخص رسالة لنيل درجة الدكتوراه في السياسة الشرعية، المملكة العربية السعودية (1424-1425)، ص 27

فلقد صنف الدكتور التوازن المالي للعقد بأنه حق من حقوق المتعاقد مع الإدارة بما تنصّ عليها مقتضيات العقد المبرم.¹ فكرة التوازن المالي للعقد الإداري أساس تطبيق لنظرية فعل الأمير.

كما يرى " مفتاح خليفة عبد الحميد و حمد محمد الشلماني " فيما يخص زاوية التعريف بفكرة التوازن المالي للعقد في رأيه أن فكرة التوازن المالي للعقود الإدارية لا تنطبق في حالة استحقاق المتعاقد مع الإدارة للتعويض في حالة وجود خطأ منسوب إلى جهة الإدارة، وإنما مجال أعمالها هي حالات التعويض التي يستحقها المتعاقد دون خطأ منسوب إلى جهة الإدارة.²

و أيضا " طعيمة الجرف " يرى أن فكرة إعادة التوازن المالي للعقد هي ميزة من طبيعة العقد الإداري في التوازن بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة والمزايا التي ينتفع بها.³ كما يرى اتجاه آخر من الفقهاء أن فكرة التوازن المالي للعقد من ضمانات المتعاقد مع الإدارة إثر تعاقد مع المصلحة المتعاقدة دون المساس بالعقد ذاته من طرف الإدارة المتعاقدة واعترافها بهذه الفكرة (إعادة التوازن المالي للعقد)، وبالتالي تحقيق المصلحة العامة واستمرار سير المرفق العام بانتظام في أداء خدماتها للمتفاعلين بها، ولكن فكرة التوازن المالي للعقد تقابلها فكرة التعويض عن الضرر بدون الخطأ المنسوب إلى المصلحة المتعاقدة.

ومن بين الفقهاء الفقيه " عبد العزيز عبد المنعم خليفة " " والحفاظ على التوازن المالي للعقد مرجعه اعتبارات العدالة وما يتعين أن يكتنف تنفيذ العقود الإدارية من حسن نية لما يؤدي إليه هذا الحفاظ من تحقيق المصلحة في استمرار سير المرافق بانتظام، في أداء خدماتها للمتفاعلين بها. وتستوجب الحفاظ على التوازن المالي للعقد إلزام الإدارة بالتعويض المتعاقد معها دون خطأ منسوب إليها.⁴ "فكرة التوازن المالي يرى الفقيه" سليمان محمد طماوي " " أن نشوء فكرة التوازن لأول مرة بمناسبة تدخل الإدارة في عقود الامتياز وتولي المفوض ليون بلوم صياغتها في تقريره الذي قدمه في قضية cie française de tramways والتي صدر فيها حكم المجلس 11 مارس 1910 وما يزال الفقه يردد عباراته.⁵ إضافة إلى هذا يرى بعض الفقهاء إن فكرة التوازن المالي للعقد هي التكافؤ بين الأعباء، ولا يجوز تحميل المتعاقد أثناء التعاقد ما لم يكن يتوقعها.

¹ - عبد الله بن حمد السعدان، أثار العقد الإداري في الفقه والنظام وتطبيقاته القضائية، (ملخص رسالة لنيل درجة الدكتوراه في السياسة الشرعية، المملكة العربية السعودية 1424-1425)، ص 11

² - مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد شلماني، العقود الإدارية (الأحكام إبراهيم)، دار المطبوعات، الإسكندرية 2008 ص 236.

³ - طعيمة الجرف، القانون الإداري، دراسة مقارنة في تنظيم ونشأة الإدارة العامة، ملتم الطبع والنشر مكتبة، القاهرة الحديثة 1980 ص 451 .

⁴ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، الاسكندرية 2004، ص 192.

⁵ - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة، ط5، دار الفكر العربي، 1991 ص 610 .

فأدل " علاء الدين عشي " في رأيه " فلا يجوز تحميل المتعاقد مع الإدارة أعباء لم يكن يدركها وقت التعاقد بل يحق له طلب زيادة المقابل المالي لتنفيذ العقد، دون إرهاق " ¹

فان نظرية فعل الأمير يكمن تأثيرها في إعادة التوازن المالي للعقد وأدلّ على ذلك الفقيه " خميس إسماعيل " في أحكام الفتاوى المتعلقة بالتوازن المالي للعقد " ... حدير بالإحاطة أن محكمة القضاء الإداري المصرية قد أتيح لها أن تبسط فكرة التوازن المالي للعقد الإداري، وان تضعها في مكانها الصحيح في حكمها الصادر 20 يونيو 1958، كما أن المحكمة الإدارية العليا اعتمدت في الكثير من أحكامها على فكرة التوازن المالي أو الاقتصادي للعقد، كما أفادت الجمعية العمومية للقسم الاستشاري بمجلس الدولة بذلك: ولأهمية هذه الأحكام والفتاوى نشير إليها فيما يلي:

(أولا): الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري في يونيو سنة 1958 يقول " أن الفقه والقضاء الإداري، قد خلق فكرة التوازن المالي للعقد، وغيرها من النظريات والقواعد الذي تحقق بقدر الإمكان توازنا بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة، وبين المزايا التي ينتفع بها على اعتبار أن العقد الإداري يكون في مجموعة كلا من مقتضاه وجوب التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين، وتعادل كفة الميزان بينهما، وذلك بتعويض المتعاقد في الأحوال وبشروط معينة حتى ولو يصدر الخطأ من جانب الإدارة، مع اختلاف مقدار التعويض، فتارة يكون التعويض كاملا، وتارة يكون جزئيا، وأيا كانت السندات التي قامت عليها هذه النظريات والقواعد واختلاف الرأي في مبرراتها، فانه مما لا شبهة فيه أنها تردّ في الحقيقة إلى أصل واحد وهو العدالة المجردة والتي هي قوام القانون الإداري. ²

- موجز أحكام المحكمة الإدارية العليا:

أ- حكمها الصادر في 11 مايو 1968 (س 13، 874) وقد جاء فيه:

" خفضت المحكمة الأتاوة المتعاقد عليها تحقيقا للتوازن المالي للعقد " ومن شأن ما طرأ من ظروف أن تقلب اقتصاديات العقد رأس على عقب.

¹ - علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، دار الهدى، الجزائر ص 306.

² - خميس السيد إسماعيل، الأصول العامة والتطبيقات العلمية للعقود الإدارية و التعويضات مع القواعد القانونية وأحكام المحكمة الإدارية العليا، فتاوى الجمعية العمومية لقرسي الفتوى و التشريع بمجلس الدولة والأحكام الحديثة خكمة النقض، ط، حقوق الطبع والنشر، 1994، ص 227.

ب- حكمها الصادر 17 يونيو 1972 (س 17، ص 57) وقد تضمن قولها: " طرأت أثناء تنفيذ العقد الإداري ظروف أو أحداث قلبت اقتصادياته " ¹

ثالثا : رأي الجمعية للقسم الاستشاري

و أخذت الجمعية العمومية للقسم الاستشاري بذات المبدأ في فتواه في 4 فبراير 1956، فبعد أن سلمت بحق الإدارة الأصيل في تعديل الشروط اللائحية لعقد الالتزام في أي وقت وفقا لمقتضيات المصلحة العامة، دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم، واستطردت تقول " على أنه وإن كان استعمال مانع الالتزام لحقه في تعديل التعريفية بتخفيضها أو تعديل شروطها لصالح المنتفعين أمر لمشروع في ذاته، إلا أن يثار الصالح العام على الصالح الخاص للملتزم ليس معناه التضحية بهذه المصالح بحيث يتحمل الملتزم وحده جميع الأضرار، فإذا ترتب على إنقاص تعريضه لخسارة، فعلى ما تم الالتزام به أن يعرضه عن هذه الخسارة إذ من المسلم به إن للملتزم حقا في التوازن. ²

ففكرة التوازن المالي للعقد أثارت جدالا فقهيا ونقاشا بين الفقهاء حول مدلولها فالفقيه " فؤاد عبد الباسط " عرفها ب" أنما هي طريقة أو أخرى إلى إقامة التوازن بين مستحقات المتعاقد وبين أعباء التي تتخذها بما يعيد التوازن المالي للعقد.

كما يعرف " محمد رفعت عبد الوهاب " يعتبرها فكرة التوازن المالي للعقد الإداري هي حق من حقوق المتعاقد مع الإدارة وهي المبادئ التي استند إليها القضاء الإداري وضمان التوازن المالي للعقد سواء أكان أثناء أو بعد تنفيذ العقد بشرط أن يؤثر في أعبائه و نفقاته وواجب لإدارة للتعويض عن ذلك حتى يعود التوازن المالي للعقد على ما كان في طبيعته في الاتفاق. ففكرة حماية التوازن المالي للعقد لمصلحة المتعاقد لا ترتبط بخطأ الإدارة أو من باب أولى بخطأ المتعاقد، وإنما مبعثها ومنشؤها هي ضرورة حماية المصلحة المالية الخاصة للمتعاقد إذا ما طرأت أحداث تخرج عن إرادته وتزيد من أعبائه إلى حد بعيد. وحماية مصلحة المتعاقد الخاصة وحقه في التوازن المالي للعقد يتضمن أيضا حماية المصلحة العامة ومصلحة المرافق العامة. ³

¹ - خميس السيد إسماعيل، نفس المرجع، ص 231 .

² - خميس السيد إسماعيل، نفس المرجع، ص 232

³ - محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ واحكام (قانون الاداري) ، منشورات الحلبي، الحقوقية بيروت لبنان 2005 ص 539.

إضافة إلى هذا رأى " محمد الصغير بعلي " أن فكرة التوازن المالي مسألة الحفاظ عليها يتطلب عاملين:

قوله " وعليه استقر الفقه والقضاء الإداريان (فرنسا و مصر) على أن هذا الوضع يتطلب إيجاد توافق وتوازن معادلة بين عاملين هما:

- التزام المتعامل المتعاقد بمواصلة تنفيذ الصفقة لما لها من اثر على المصلحة العامة واحتياجات الجمهور، ذلك أن توقعه عن تنفيذ الصفقة من شأنه إخلال بمبدأ استمرارية المرافق من جهة.

= ضرورة تدخل الإدارة أو المصلحة المتعاقدة لسد وضع أي اختلال في التوازن المالي للعقد، من خلال تحمل الأعباء المالية المترتبة عن الأحداث المستجدة، نظير ما تتمتع من حقوق وسلطات، من جهة أخرى.¹

وقد حدد " ماجد راغب الحلو " أسباب اختلال التوازن المالي للعقد وحصر ذلك في الأسباب التالية:

1- فقد يرجع إلى زيادة الأعباء إلى فعل المتعاقد نفسه لقيامه بأداء خدمات غير متفق عليها في العقد. ولكنها ضرورية أو مفيدة في تنفيذه .

2- وقد تعزى هذه الزيادة إلى خطأ الإدارة خطأ تعاقدياً من شأنه الانتقاص من الحقوق المالية للمتعاقد معها، مما يترتب له الحق في التعويض طبقاً للقواعد العامة.²

3- وقد يعود الإخلال بالتوازن المالي إلى أفعال مشروعة من جانب الإدارة، أو ظروف أخرى خارجة عن إرادة المتعاقدين.³

ويقول " حمدي ياسين عكاشة " في مسألة التعويض في جبر الضرر الناتج عن المساس بالتوازن الطبيعي للعقد "... والإخلال بالتوازن المالي يرجع إلى استخدام الإدارة سلطاتها المقررة لتعديل العقد، أو إلى ما يطرأ على تنفيذ العقد من عوارض تتمثل في فعل الأمير والظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة التي تصادف التنفيذ.⁴

¹ - محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة ص88

² - ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية 2009 ص 176

³ - ماجد راغب الحلو، نفس المرجع، ص 177

⁴ - حمدي ياسين عكاشة، العقود الإدارية في التطبيق العملي (المبادئ و الأسس العامة)، منشأة المعارف الإسكندرية ص314

ويقول كذلك هذا الأخير أن فكرة سبب في الإخلال بالتوازن المالي للعقد الإداري يرجع إلى سبب الافتقار الذي لحق بالمتعاقد والإثراء الذي أصاب الإدارة من جراء تنفيذ المتعاقد أعمالا إضافية مفيدة للمشروع المتعاقد بشأنه بالشروط التي سترد فيما بعد، وان لتصحيح أو معالجة الخلل الذي سبب في التوازن المالي للعقد الإداري، ويكون التعويض عن إعادة التوازن المالي للعقد إما تعويض عن تعديل العقد أو التعويض عن فعل الأمير.

أولا : بالنسبة للتعويض عن تعديل العقد

تختلف العقود الإدارية عن العقود المدنية في أنها تستهدف مصلحة عامة، وهي تسيّر المرافق العامة عن طريق الاستعانة بالنشاط الفردي. فلقد حدد الفقيه في زاوية نظره أن للإدارة سلطة تعديل العقد ولكن في حدود العقد أي ما إذا نصت نصوص العقد الإداري ولكن لا تتجاوز الحدود الطبيعية والمعقولة ولا يكون له أثر في إرهاب المتعاقد وإذا ما ترتب عن تعديل العقد من إخلال بالتوازن المالي للعقد يجب على الإدارة أن تعوض تعويضا عادلا الأضرار التي لحقت بصاحبها وتقلب الظروف المالية للعقد.¹

ومن هنا أن يستدل من هذا (أعطى للمتعاقد الحق في التعويض المناسب عن تعديل العقد، فالتعديل الإداري للعقد هو من امتيازات وسلطات الإدارة التي تكتسي بها الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية حيث تشمل حق تعديل العقد أثناء تنفيذه كما أن ليس للحق للمتعاقد الاحتجاج عن أمور الصادرة إليه بإجراء أعمال إضافية أو بإحداث تغييرات في الأعمال أو الكميات أو بتعديل احد شروط العقد بحجة قاعدة المكتسب أو قاعدة العقد شريعة المتعاقدين).

ثانيا : التعويض عن فعل الأمير

حق المتعاقد مع الإدارة في الحصول على التعويض لجبر الضرر نتيجة المساس بالتوازن المالي للعقد فقط، وإنما يتم أيضا عندما يستخدم الإدارة بوصفها سلطة عامة وليس بصفتها التعاقدية سلطتها في اتخاذ إجراءات من شأنها أن تسيء مركز المتعاقد معها.²

¹ - حمدي ياسين عكاشة، نفس المرجع، ص 314

² - حمدي ياسين عكاشة، نفس المرجع، ص 322

ويقول نظيره " بوعمران عادل " " أن مسألة التعويض تحت إطار إعادة التوازن المالي للعقد أي جبر الضرر لمعالجة الخلل الناتج عن مساس بالتوازن المالي للعقد. " فمسألة التعويض في إطار الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري :

أن إثارة ضرورة المرفق العام على المصالح الخاصة للمتعاقد ليس معناه التضحية بهذه المصالح فمتى قامت المصلحة المتعاقدة بإجراءات مشروعة تنصب على العقد أو خارجه وانجر عنها زيادة في أعباء المتعاقد وإعادة التوازن المالي للعقد، لأنه لوجود الأمر خلاف ذلك وكان للإدارة أمر اتخاذ ما تراه مناسبا من الإجراءات دون أن تكون ملزمة مقابل ذلك بالتعويض لا تنتهي الأمر من الناحية العملية إلى أن احد من الناس يقبل المجازفة بالدخول في عقود مع الإدارة تخضع لمحض سلطاتها و يتعوض فيها إلى خسارة محققة لا سبيل إلى تعويضها.

وهنا قام بتحديد مسألة أو فكرة إعادة التوازن المالي للعقد تطغى تحت عنوان تعويض الناتج عن المسؤولية العقدية للإدارة دون خطأ وأن مسألة التعويض هي ضمانات ومحفزات للناس على التعاقد دون خوف، بالرغم من خضوع إلى سلطة الإدارة في إصدارها قرارات قد تكون في بعض الحالات فردية¹.

إضافة إلى هذا يقول في هذا الشأن " حسين عثمان محمد عثمان " أن مسألة التوازن المالي للعقد أمر مفترض في كل عقد إداري ومن حق المتعاقد مع الإدارة أن يعرض على مقتضاه دون الحاجة إلى نص على ذلك في العقد، معنى ذلك أن العقود الإدارية قائمة على وجود تناسب بين الالتزامات التي تفرضها والفوائد التي يجنيها المتعاقد منها، فإذا قامت السلطة العامة بإجراء تعديل أو تغيير في هذه الالتزامات، فإن القاعدة تغير هي الأخرى وبطريقة آلية تبعا لذلك، حتى يظل التوازن المالي للعقد قائما.²

وأیضا نظيره " عمار عوابدي " أن فكرة التوازن المالي للعقود الإدارية كحق من حقوق المتعاقد مع الإدارة في تحقيق هذا التوازن على أساس مبدأ التوازن على أساس مبدأ التعويض بلا خطأ أو امتيازات سلطات الإدارة في نطاق العقود الإدارية متعلقة بتعديل الالتزامات وشروط العقود الإدارية لا يمكن أن تشكل وتكون أخطاء تقييم وترتب المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ بل أن هذه السلطات والأعمال والامتيازات مشروعة لارتباطها وتعلقها بالمرفق العام والصالح العام.³

¹ - بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية (دراسة تشريعية وفقهية وقضائية) ط 2010، دار الهدى، الجزائر ص 118

² - حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، منشورات الخليلي الحقوقية، منشورات حلي، بيروت 2008 ص 648

³ - عمار عوابدي، القانون الإداري، ط 2002، جرد ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر ص 229

المطلب الثاني

تقدير التعويض المتعلق بتنفيذ نظرية فعل الأمير

إذا كان القضاء الإداري قد أقر هذا الحق للإدارة للتعديل، من ناحية أخرى لم يترك المتعاقد الآخر يتحمل نتائج الإجراءات التي اتخذتها السلطة الإدارية من دون أخذ النظر للاعتبار ما قد يلحقه من ضرر بزيادة أعبائه المالية لذلك فإن القضاء الإداري قد أعطى للمتعاقد الآخر في حالة إذا ما لحقه ضرر الحق في التعويض من الإدارة - بما يحفظ التوازن المالي للعقد ويرفع عنه المخاطر لهذه السلطة وبمكته الوفاء بتنفيذ العقد.

ولقد اتفق الفقهاء فيما يخص تطبيق نظرية فعل الأمير وهي التعويض عن الأضرار الناتجة عن تطبيقها خاصة عند تنفيذ العقد.

كما استندت الباحثون في دراسة تحليلية أن من أهم آثار تطبيق نظرية فعل الأمير:

- حالة ما إذا كان فعل الأمير أدى إلى استحالة تنفيذ الصفقة حيث يعتبر مبررا لعدم تنفيذ الصفقة من قبل المتعاقد أي يتحرر هذا الأخير من الالتزام التنفيذي.
- حالة ما إذا كان فعل الأمير لم يؤدي إلى استحالة التنفيذ من قبل المتعاقد بل جعله صعبا، مما يشكل عذرا للمتعاقد بأن يطلب إعفاؤه من تنفيذ أو تخفيض العقوبات المفروضة عليه لاسيما غرامة التأخير.
- حالة ما إذا كان فعل الأمير يؤدي إلى زيادة الأعباء المالية على المتعاقد بصورة تتجاوز حدود إمكانياته مما يفسح المجال يحق طلب فسخ الصفقة من القاضي الإداري.¹ وهذا ما يؤكد من خلال ذلك أن أعمال نظرية فعل الأمير يكون أثناء تنفيذ العقد الإداري (الصفقة) ما يستلزم من أثارها التعويض ولكن هذا لا يمنع من استحالة استمرارية تنفيذ العقد المتفق عليه. كما يقول الدارس " محمد الصديق بن يحيى " " يجوز للمتعاقد مع الإدارة في حالات عديدة المطالبة بالتعويض سواء بارتكاب خطأ من قبل الإدارة أدى إلى إحداث ضرر له أو سبب قيامه بأعمال غير مطلوبة منه ولكنها ضرورية للمرفق محل العقد ولازمة بالنسبة للإدارة.²

وبالتالي من هنا يعتبر التعويض كضمان تعاقدية للمتعاقد المتضرر جراء الإجراء (نظرية فعل الأمير)

وبالتالي تطرح عدة تساؤلات ما هو أساس تقدير التعويض؟ وما سلطة تقديرية للإدارة في ذلك؟

¹ - بن أحمد حورية، دور القاضي الإداري في حل المنازعات الصفقات العمومية، (مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق تلمسان 2010-2011)، ص 120

² - سليمان سعيد، العقود الإدارية، محاضرة أقيمت لطلبة السنة الثانية LMD بكلية الحقوق والعلوم السياسية بتاريخ (2012-2013)، ص 29

يقول " حسين عثمان محمد عثمان " «..... يشترط لقيام حق التعويض، تأسيسا على نظرية عمل الأمير : - أن يترتب على الإجراء ضرر خاص بالمتعاقد مع الإدارة، والضرر الخاص يتحقق هنا إذا ما أصاب التشريع الجديد على الرغم من عمومية نصوصه، المتعاقد وحده دون مجموع الشعب، أو إما أصابه بضرر من الجسامة ، بحيث يتجاوز ما أصاب مجموع الشعب.¹

و أضاف الفقيه الفرنسي " Charles debbasch " في إقراره لشروط المطالبة بالتعويض انه أ لزم الإدارة بالتعويض بشكل كامل وفهم كل من التعويض عن الأضرار الناجمة باسم العجز إذا توافرت الشروط فيما يلي: " — أولا: أن الجهة العامة اتخاذا الإجراء الذي هو أصل زيادة نفقات الطرف المقابل هو نفس الشخص الذي وقع العقد (ذلك أنها تعمل بصفة أخرى (قبل الشرطة السلطة).ثانيا: هذا الإجراء يجب ضرب بشكل خاص . فإذا تم استيفاء هذه الشروط، فان الإدارة ملزمة بتعويض الطرف الأخر.²

إضافة إلى هذا يقول "ماجد راغب الحلو" " يترتب عن فعل الأمير بتوافر شروطها سابقة الذكر، وذلك حق المتعاقد مع الإدارة في التعويض الكامل الذي يشمل الخسائر التي تحملها والمكاسب التي فاتته، تماما كما في حالة إنهاء قبل ميعاده، وبحق للمتعاقد كذلك أن يطلب فسخ العقد إذا قدر صعوبة الاستمرار في تنفيذه.³

وبالتالي اتفق آراء الفقهاء في إجماع شروط الواجبة للمتعاقد في التعويض عن الأضرار التي لحقت به جراء الأعمال الإدارية (نظرية فعل الأمير) إلا أن سؤال يطرح هل التعويض يشمل كافة الأعمال وهل هنا استثناءات، فلقد أجاب الفقيه " سليمان محمد طماوي" في حصره لهاته الأعمال ولكن بناء على شروطها السابقة الذكر. وتمثل على النحو التالي:

أ- الإجراءات الصادرة من الإدارة المتعاقدة والتي تتناول شروط العقد الإداري بالتعديل. وهذه هي المجال الأصيل لنظرية عمل الأمير.

ت- الإجراءات الصادرة من الإدارة المتعاقدة والتي تنصب مباشرة على العقد، ولكنها تؤدي بطريق غير مباشرة على العقد إلى الإخلال بالتوازن المالي⁴

¹ - حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، منشورات الحلبي، بيروت 2008، ص650

² - Charles debbasch ، droit administratif, 6^e édition ، Ed.économica ، paris2002,page 544

³ - ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية 2009، ص، 182

⁴ - سليمان محمد طماوي، مبادئ القانون الإداري، دون طبعة، دار الفكر العربي، 1428- 2007، ص، 983

ث- الإجراءات الصادرة من جهة إدارية أخرى غير الجهة المتعاقدة مثال: ذلك صدور تشريعات عامة ذات صبغة اقتصادية أو مالية أو عمالية يكون من شأنها تسيئ المركز المتعاقد في هذا الموضوع أكثر من مرة¹.

أن قصد الفقيه من هذا في حصر الأعمال التي تأثر وتخل بالتوازن الطبيعي للعقد أو صدر الإجراء من طرف جهة غير المتعاقدة ومن هنا يأسس عليها المتعاقد كأسباب لرفع الضرر وبالتالي المطالبة بالتعويض.

ومن هنا نقوم بتحليل عن أساس التعويض الذي يطالب به المتعاقد والذي ناقشها عدة آراء لرجال القانون فيما يلي :

يقول " بحري إسماعيل " " وعليه فان الأساس القانوني لضمان التعويض الذي يدفع بسبب تطبيق النظرية قائم على تحمل نتائج نشاط السلطة العامة المشروع فهي مسؤولة دون الخطأ.

فان الأساس القانوني لضمان التعويض المتعامل المتعاقد يكمن في المبدأ الدستوري القاضي بوجوب مساواة الجميع أمام التكاليف والأعباء العامة، لان الضرر الخاص الذي يتحمله المتعاقد والذي يصيب موضوعا جوهريا يشكل عبء استثنائي، ويجب على الإدارة إعادة التوازن المختل بدفع مبالغ التعويض الكامل².

وهنا يجيل لنا في زاوية نظر الأخير أن تناظر كل من شروط إعمال النظرية ما يقابلها كف ميزان التعويض عن الأضرار ما يحقق المساواة للجميع أمام الأعباء العامة شرط أن يكون هذا الضرر خاص الذي يصيب المتعاقد، وبالتالي تتحمل تبعه هلاكها جراء هذا الإجراء وبالتالي ينجر عليها مسؤولية بدون خطأها. وبالتالي رأى الفقهاء أن هنا أساسين لطلب التعويض هناك إما إسناد النظرية الإثراء بلا سبب وإما في إطار ضمان التوازن المالي للعقد³.

كل هذه الجوانب والحدود القانونية لضمان حق المتعاقد وبالتالي حفاظ على التوازن المالي والتعاقد ل كلا طرفي العقد وبالتالي عدم استمرارية في تنفيذ العقد الإداري.

وفي مقابل ذلك قال " محمد سليمان طماوي " قسم أساس التعويض في أساسين: الأساس الأول: التوازن المالي والأساس الثاني: المتمثل في المسؤولية التعاقدية للإدارة.

¹ - سليمان محمد طماوي، نفس المرجع، ص، 984

² - بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر (مذكرة لنيل شهادة ماجستير كلية الحقوق، الجزائر)، 2008-2009، ص 87

³ - بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية (دراسة تشريعية وفقهية وقضائية)، ط2010 دار الهدى، الجزائر ص 117

كما رأينا سابقا في أساس التوازن المالي للعقد، فإن الإدارة مجبرة في إعادة التوازن المالي للعقد متى رأت انه حدث إخلال بالتوازن المالي الطبيعي للعقد، الذي اتفق عليه طرفا العقد قبل التنفيذ.

أما فيما يخص الأساس الثاني: المسؤولية التعاقدية للإدارة وهذا في رأي الفقيه " محمد سليمان طماوي" اعتبر أن الأساس مسؤولية العقدية دون خطأ الإدارة كأساس استثنائي أو احتياطي غير معمول به ويعد أهم أساس لتبرير الضرر وبالتالي التعويض عن أساس التوازن المالي للعقد بما يأتي:

"...مسؤولية الإدارة في هذه الحالة هي مسؤولية تعاقدية بلا خطأ لان عمل الأمير يفترض أن الإدارة لم تخطئ في أعمال سلطتها تصرفت، و إلا قامت المسؤولية على أساس آخر، وتصبح المسؤولية في هذه الحالة شبيهة على أساس المخاطر، فأساس مسؤولية المخاطر مساواة الأفراد أمام التكاليف العامة وأساس المسؤولية عن الأمير وهو التوازن المالي للعقد.¹ كما بين الفقيه أن أساس تعويض عن نظرية فعل الأمير يكمن في أساس التوازن المالي للعقد، بدليل أن الإدارة هي طرف في العقد وسلطتها تكمن في تعديل العقد بهدف أساسه المصلحة العامة ولا يؤدي إلى إخلال التوازن المالي للعقد، وأن التوازن المالي للعقد أمر مفترض على أساس نية الطرفين.

كما قال " طعيمة الجرف " أن الحق التعويض يعتمد على نصوص العقد، على اعتبار أن المتعاقد مع الإدارة لم يتعهد بالعقد بالقياس إلى محل ثابت وعلى أساس سبب محدد، وأنه لم يلتزم إلا مقابل عوض معين، وليس ذلك صحيحا لان المتعاقد مع الإدارة لا بد أن يكون قد قبل التطورات التي لا بد وأن تحدث على موضوع العقد وسببه بحكم اتصاله بالمرفق العام.²

كما أيده " محمد فؤاد عبد الباسط " فيما يخص أساس التعويض عن نظرية فعل الأمير وتحديد في مسألة على أساس الخطأ في حالة ما إذا كان الخطأ مشترك بين الإدارة والمتعاقد تحملا تبعاته³

ولقد استقر الفقهاء والقضاء في أن إعادة التوازن المالي للعقد عن طريق التعويض الأضرار التي لحقت به نتيجة جراء ما تصدره المصلحة المتعاقدة في وصفه تعويضا كاملا. فلقد حول الفقهاء القانون في تحليل فكرة التعويض الكامل ومبدأه في ما يلي:

¹ - سليمان محمد طماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط 5، دار الفكر العربي 1991، ص، 655

² - طعيمة الجرف، القانون الإداري، دراسة مقارنة في تنظيم نشاط الإدارة العامة، ملتزم الطبع والنشر، القاهرة 1980، ص، 453 .

³ - محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة (القرار الإداري، العقد الإداري)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ص 461

ويقول " مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد شلماني " ".... أن مبدأ التعويض الكامل من الثابت أنه من الحالات التي يستحق فيها المتعاقد تعويضاً عن إنهاء الإدارة العقد لدواعي المصلحة العامة أن المبدأ العام والمطبق والذي يحكم تقديره هو مبدأ التعويض ويجب لكي يكون التعويض كاملاً أن يشتمل عنصرين هما : - تعويض المتعاقد عما لحقه من خسارة، وتعويضه عما فاته من كسب.¹

كما يقابله رأي " خميس إسماعيل " التعويض الكامل يجب على الإدارة أن التعويض المتعاقد تعويضاً كاملاً إذا ثبت أن العمل الضار من قبيل " عمل الأمير " والتعويض الكامل يشمل عنصرين أساسيين لكل تعويض هما : - ما يلحق المتعاقد من خسارة بسبب عمل الأمير كالتنفقات الإضافية نتيجة فرق السعر أو الرسوم الجديدة الخ....

والعنصر الثاني : وهو ما فاته من كسب ويشمل المبالغ المعقولة التي كان من حق المتعاقد أن يعول عليها لو لم يحتل التوازن العقد نتيجة عمل الأمير.²

فلقد استقل الفقه والقضاء أن فكرة التعويض في تنفيذ نظرية فعل الأمير تشمل عنصرين:

● ما يلحق المتعاقد من خسارة وما فاته من كسب.

● فما المقصود بهذا العنصرين ومدى تقدير التعويض ؟

ويقول " مازن ليو راضي " في مسألة تقدير التعويض يتم تقدير التعويض باتفاق الطرفين فان لم يتم ذلك فالسلطة التقديرية للقضاء فيقول " وقد بينت محكمة القضاء الإداري الأسس التي يتم من خلالها تحديد مقدار التعويض في حكمها " بتاريخ 30 / 06 / 1957 الذي ورد فيه " انه إذا لم يكن مقداره متفقاً عليه في العقد، فان جهة الإدارة تملك أن تستقل بتقديره قاضي العقد باعتبار أنه ينشأ عن تكاليف غير متوقعة، وان كل ما هو غير متوقع يعتبر خارجاً عن نطاق العقد، فلا تطبق شروطه والتعبير " عدم التوقع " في هذه الخصوصية معني خاص بها هو التكاليف الزائدة التي تلقى على عاتق المتعاقد تعتبر غير متوقعة، مادام أنها ليست جزء من الاتفاق.

¹ - مفتاح خليفة عبد الحميد، الدكتور حمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية (أحكام إبرامها)، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2008، ص، 229

² - خميس السيد إسماعيل، الأصول العامة والتطبيقات العلمية للعقود الإدارية و التعويضات مع القواعد القانونية وأحكام المحكمة الإدارية العليا، فتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة والأحكام الحديثة لحكمة النقص، ط1، حقوق الطبع والنشر 1994، ص223

أي بمعنى أنه لا يقابلها في شروط العقد أي تقدير، والمحكمة إنما تقدر هذا التعويض طبقاً للقواعد المقررة في القانون الإداري في هذا الشأن وهو يشمل عنصرين.¹

فلقديين هذا الأخير بأن أساس تحديد التعويض أنه إذا لم يتفق مقدار التعويض غير متفق فالسلطة التقديرية في تقديره للقضاء بحجة عدم التوقع يكون خارج العقد وثانياً غير متفق عليه وبهذا يكون التعويض يشمل عنصرين.

العنصر الأول: ما لحق المتعاقد مع الإدارة من خسارة

ولقد قال " فؤاد عزوزي" ويتضمن هذا العنصر المصروفات الفعلية التي أنفقها المتعاقد وهذه المصروفات تختلف باختلاف الأحوال وطبيعة التعديل ونتائجه مثال ذلك ما طلبت الإدارة سرعة إنجاز الأعمال فان ذلك يؤدي إلى زيادة التكاليف على المتعاقد بدفع أثمان مرتفعة أو زيادة في أجور الأيدي العاملة كما أنه من الجائز أن يترتب على تعديل العقد أثناء تنفيذه خسائر متنوعة وفي هذه الحالة يجب تقدير هذه الخسائر ما دامت علاقة سببية قائمة بينها وبين الإجراء التي طلبت جهة الإدارة من المتعاقد اتخاذه.²

فلقد أضفى " مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماي " في هذا العنصر " أن التعويض المتعاقد عما لحقه من خسارة نتيجة إنهاء عقده، وهذا العنصر الأول من عناصر التعويض لا محل للمنازعة فيه، ولا ترد عليه أية استثناءات أو قيود، بشرط أن تكون رابطة السببية المباشرة ثابتة بطبيعة الحال بين إنهاء العقد والخسارة التي لحقت بالمتعاقد. ومن المعروف أن القاضي يرفض تعويض المتعاقد عن الأضرار الغير المنسوبة مباشرة إلى فترة تنفيذ العقد.³

فلقد اتفق الفقهاء في تحديد مفهوم هذا العنصر لتقدير التعويض وهذا العنصر يشمل ما أنفق المتعاقد من نفقات نتيجة تعاقد مع المصلحة المتعاقدة وهذه النفقات تختلف بالأحوال وبطبيعة هذا التعديل.

أما العنصر الثاني : ما فات المتعاقد من كسب

ويقول " محمد فؤاد عبد الباسط" أن هذا العنصر " اعتباراً بأن من حقه أن يعرض عن ربحه الحلال عن عمله و رأس ماله.⁴

¹ - مازن ليو راضي، القانون الإداري، ط3، ص، 282(2014/01/04). [www option.php.index/home/com.agouniversity](http://www.option.php.index/home/com.agouniversity)

² - فؤاد عزوزي، دور القضاء الإداري في حماية حقوق الأطراف العقد الإداري(2014/02/09) post.blog/2013/04com.pct_blogs.070909.html . 16 .

³ - مفتاح خليفة عبد الحميد، الدكتور حمد محمد حمد الشلماي، العقود الإدارية (أحكام إبرامها)، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2008، ص، 230

⁴ - محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة (القرار الإداري، العقد الإداري)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص، 471

كما عرفه " مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد شلماني " النصر الثاني للتعويض الكامل هو تعويض المتعاقد عما فاته من كسب ولقد أقر مجلس الدولة الفرنسي العنصر الفائت على المتعاقد إلى جانب عنصر الخسارة المحققة له كعنصرين للتعويض الكامل الذي يستحقه المتعاقد نتيجة إنهاء العقد.¹

ولقد أيده " فؤاد عزوزي " " تقول المحكمة الإدارية بالدار البيضاء وحيث انه مما لا جدال فيه أن المدعي المتعاقد مع المجلس الجماعي قد لحقه ضرر من جراء قرار الإدارة برفع أسعار المكوس والرسوم، ومن ثم فإن واجبات الجهة المتعاقدة معها تعويضه عن ذلك تعويضا كاملا يشمل ما لحق هذا الأخير من خسارة بسبب عمل الأمير، ما فاته من كسب باعتبار أن حقه أن يعرض عن ربحه الحلال عن عمله و رأس ماله.²

ولقد أكد الباحث " بن أحمد حورية " في دراسته في تقييم الضرر الواجب التعويض " ... إن القواعد العامة لتقديم التعويض لا تختلف في شيء عن مثيلاتها المطبقة في حالة مسؤولية الإدارية لإخلها بالتزاماتها التعاقدية، وهنا نشير أن طريقة حساب التعويض قد ينص عليها القانون عندما يكون فعل الأمير بموجب قانون أو عندما يكون منصوص عليه في الصفحة.³

لقد اختلف الفقهاء في أساس التعويض الضرر الذي يلحق المتعاقد ولكن اتفقوا في تحديد معيار مبدأ التعويض الكامل والذي يتمثل في:

أ — ما يلحق المتعاقد من خسارة.

ب — وما هو ما فاته من كسب.

و كيفية التعويض والسؤال المطروح كيف يتم تحديد التعويض؟ ويتم في حالتين :

الحالة الأولى : تحديد التعويض في العقد .

فيقول " طعيمة الجرف " " مبدأ التعويض الكلي ليس من النظام العام فكثيرا ما يتفق الطرفان على غيره، وحينئذ يجب تطبيق العقد، إذا كان ينص على عدم التعويض ثم زادت الأعباء الجديدة عن تقديرات الطرفين وقت العقد، فانه يكون للمتعاقد مع الإدارة حق طلب تعويض عن الأضرار غير المتوقعة.⁴ ولقد أضاف " إسماعيل خميس " "...على أنه إذا نص العقد على عدم التعويض جاز مع ذلك للمتعاقد مع الإدارة ذلك

¹ - مفتاح خليفة عبد الحميد، الدكتور حمد محمد حمد الشلمان، المرجع السابق، ص، 231

² - فؤاد عزوزي، المرجع السابق .

³ - بن أحمد حورية، دور القاضي الإداري في حل المنازعات الصفقات العمومية، (مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق تلمسان 2010-2011)، ص، 121

⁴ - طعيمة الجرف، القانون الإداري، دراسة مقارنة في تنظيم نشاط الإدارة العامة ملتزم الطبع والنشر، القاهرة 1980 ص454

للمتعاقدين مع الإدارة أن يطالب بالتعويض إذا أثبت أن الإجراء الجديدة التي أقيمت على عاتقه لم تدخل في تقديرات الطرفين وأنها استتبت إحلالاً خطيراً للتوازن المالي للعقد.¹

حالة الثانية: عدم النص في العقد على التعويض:

فلقد فسّر هذا العنصر " طعيمة الجرف " بقوله " إذا لم يكن العقد بنص صراحة على التعويض، ولم يتفق الطرفان عليه عند حدوث ما يوجه تولى القضاء هذه المهمة ويدخل في تقديره هذا التعويض جملة الخسائر الفعلية التي تكون قد أصابت المتعاقد وكذلك كل النفقات التي يكون قد صرفها دون أن يعرض عنها، كما يراعي ما فاتته من كسب متوقع وفقاً لنصوص العقد، كأن يترتب على الإجراء الجديد إنهاء العقد قبل ميعاده المحدد.²

كما أيده " خميس إسماعيل " في هذا الشأن " ... وهذا التعويض هو المترتب على تطبيق نظرية فعل الأمير، إذ تراعى فيه الخسائر الفعلية للمتعاقد مع الإدارة من ناحية، وما فاتته من كسب من ناحية أخرى، وهو يتميز بهذا الطابع الشامل عن التعويض الناشئ عن تطبيق نظرية الظروف الطارئة حيث لا يشمل كلا العنصرين.³

وبالتالي فإن الفقهاء القانونيون في مسألة تحديد التعويض في العقد هنا يقولون في إذا نص العقد على عدم التعويض وبالتالي يجوز للمتعاقد أن يطلب بالتعويض بشرط أن زادت الأعباء الطبيعية المتفق عليها طرفاً العقد وقت إبرامها العقد وأن ميزتها غير متوقعة. أما في حالة عدم نص العقد على التعويض فهنا سلطة التقديرية للقضاء هذا التعويض وكذا تشمل الخسائر وكذلك النفقات التي صرفها المتعاقد دون أن يعرض عنها وكذا ما فاتته من كسب ووفق ما نص عليه في العقد وهذا ما يؤكد ميزة التعويض نظرية فعل الأمير بشموليته للأضرار التي لحقت للمتعاقد.

¹ - خميس السيد إسماعيل، الأصول العامة والتطبيقات العلمية للعقود الإدارية و التعويضات مع القواعد القانونية وأحكام المحكمة الإدارية العليا، فتاوى الجمعية العمومية

لقسمي الفتوى و التشريع بمجلس الدولة والأحكام الحديثة لحكمة النقض، ط1، حقوق الطبع والنشر 1994، ص226

² - طعيمة الجرف، نفس مرجع ص، 454

³ - خميس السيد إسماعيل، المرجع السابق، ص، 226

خاتمة الفصل الثاني :

إنّ من آثار أعمال إجراء (نظرية فعل الأمير) من طرف السلطة الإدارية وذلك في تأثيره على العقد الإداري من جهة ويتمثل في إعادة التوازن الطبيعي للعقد، ومن جهة أخرى على الطرف المتعاقد (المرفق العام) ويتمثل في التعويض الكامل عن جميع الأضرار الملحقة بالمتعاقد بإعتباره طرف في هذا العقد.

الختامة

بعد دراستنا للجوانب المختلفة المتعلقة بنظرية فعل الأمير باعتبارها إجراء قانوني في العقد الإداري، وهذا الأصل لحماية حقوق المتعاقد مع الإدارة وتحقيق المصلحة العامة للطرفين من خلال إيجاد التعويض وإعادة التوازن المالي للعقد الإداري.

تعرضنا في هذه الدراسة إلى ماهية نظرية فعل الأمير من خلال مفهومها وتعريف صورها، والذي جاء في مضمونها الكثير من المتاعب من حيث الذين كتبوا في هذه النظرية قلائل. أما بالنسبة للتشريعات العربية نجد أسباب الخلاف يعود إلى رجال القانون وهذا بسبب التمسك " بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين " مع وجوب الوفاء بالالتزام من أجل استقرار الروابط العقدية، ومن الرأي الآخر يرى من أجل إيجاد التوازن بين مصلحة الأطراف المتعاقدة من شأنه يحقق هذا الاستقرار.

إلا أن لإعمال النظرية في مجال تنفيذ العقد الإداري تلتزم جملة من شروط وهي وجود عقد إداري وضرر للمتعاقد، فإننا تناولنا بأن الإدارة باعتباره أحد أطراف العقد بمثابة هي التي تسعى من وراء ديمومة هذا العقد ما يناسب مقتضيات الاتفاق دون خطئها لأجل تحقيق المصلحة العامة وسير المرفق العام .

إلا أن القضاء الإداري حاول أن يحدّ من سلطات والامتيازات في مواجهة الطرف الآخر ذلك لتحقيق أهداف المنشودة ويعطيها صفة صاحبة السيادة والأولوية في عقودها مع الأفراد في إطار حدود القانون في المقابل احترام حقوق المتعاقد معها بما يفرضه عليها العقد خاصة في حال إلحاق الضرر وبالتالي التعويض على حسب نص العقد المتفق عليه.

إن نظرية فعل الأمير ظهرت انطلاقتها مبتكر أحكامها وراعى نموها القضاء الفرنسي والتي مازال الفقه والقضاء الإداري مازال يردد صداها وتمثل النتائج المتوصللة في هذه الدراسة:

أولا :

إن معالجة نظرية فعل الأمير أمر مستحدث في التشريعات العربية، وأول ما أخذ بها المشرع المصري عن القضاء الفرنسي ثم امتد ذلك لتشريعات بعض الدول العربية فيها. إذا كانت قيمة الأبحاث القانونية تكمن في مدى الاستشهاد بالأحكام القضائية وكذا الفقه والذي بلور مضمونها وشروط تطبيقها وأثرها على العقد الإداري وأطرافه مواكبا في ذلك نشاط الدولة الإداري الذي يتطور يوما بعد يوم.

ثانيا:

إن إرساء القضاء الإداري نظرية فعل الأمير وإدراك مقاصدها فكانت بحق كثر لا ينضب بما تحمله من حلول عادلة للمتعاقدين مع الدولة ومنافع جليلة للصالح العام على حد سواء مستهدفة ضمان سير المرافق العامة.

ثالثا:

إن لإعمال نظرية فعل الأمير تعمل للحفاظ على كيان العقد، وبالتالي ألزم تقييدها جملة من شروط ما هي إلا نتاج تطبيقات أحكام قضائية نتيجة إعمالها في حيز العقود الإدارية.

رابعا:

أن ارتباط العقد بالمرفق العام عنصرا أساسيا لتكييف العقد بأنه صفة إدارية، وقد يأخذ هذا الاتصال صورة أخرى تتمثل في مدى المساهمة في إدارته، كما في حالة عقود الامتياز.

خامسا :

استقر الأمر على أنه يجب على الإدارة تحقيق التوازن المالي لعقودها حتى يستمر التعاقد في تنفيذ العقد وتحقيق أهدافه (المرفق العام والصالح العام)، بحيث تلتزم الإدارة بحمل زيادة الأعباء (أعباء إضافية)، تطبيقا وتحقيقا للتوازن المالي للعقد. لهذا اعتمد القضاء الإداري على تطبيق نظرية فعل الأمير.

سادسا:

إن فكرة التوازن المالي للعقد الإداري ارتبط ارتباطا وثيقا بحق الإدارة في تعديل عقدها، حيث لا نجد له وجود عقود في القانون الخاص، والتوازن العادل للالتزامات والحقوق في العقد الإداري.

سابعا:

إن حق التعاقد مع الإدارة يضمنه القانون، والإدارة ملزمة بالارتقاء به، وذلك في حالة الاتفاق عليه، وفي حالة استحالة الإدارة الارتقاء بالتزاماتها التعاقدية، وإلا على التعاقد معها ركوب جسر القضاء الإداري، عكس

الإدارة التي تصل إلى حقها بنفسها، ويعني هذا أن المتعاقد مجرد فرد أبيض إلى أن يشارك بالمتعاقد معها في سير المرفق العام .

ثامنا:

فلقد أحاز القانون للإدارة في حق تعديل العقد، من ناحية أخرى لم يترك المتعاقد أن يتحمل نتائج الإجراءات التي اتخذتها الإدارة بأخذ بعين الاعتبار ما قد يلحقه من ضرر الحق في التعويض من الإدارة بما يحفظ التوازن المالي للعقد وبالتالي يمكنه الوفاء بتنفيذ العقد.

تاسعا :

أن أساس من أجل تكريس دور المنوط لنظرية فعل الأمير وبالتالي استمرارية تنفيذ العقد وأداء المرفق العام المنوط به، و ضمانات المصلحة العامة فيجب الاهتمام والتركيز على ضمانات الطرف المتعاقد في تنفيذ العقد وبالتالي الحفاظ على كيان العقد وسيورته دون انقطاع.

عاشرا:

إن مسألة التعويض حق من حقوق المتعاقد مع الإدارة، نتيجة لإعمال نظرية فعل الأمير وما لحقه من أضرار طبيعة الحال تحمل الإدارة تبعه هلاك إجراءاتها على مسؤولية التعاقدية دون خطئها، والذي يشمل على أساس مبدأ التعويض الكامل الذي يشمل كل الأضرار الملحقه به.

وبالتالي من أجل تكريس اثر نظرية فعل الأمير على العقد الإداري أو على ساحة التعاملات التعاقدية في الحفاظ على التوازن التعاقدية يمكن أن نقدم بعض الاقتراحات:

أولاً:

نقترح على المشرع مستقبلا وضع ضمانات في خاصة في مجال الصفقات العمومية تتوافق مع الوضعيات التعاقدية، في صدور الكثير من الأحكام التي تصب في صالح المتعاقدين المتضررين من إجراءات غير متوقعة لا يد لهم فيها أدت إلى تحملهم خسائر، وأضرار أثناء تنفيذ عقودهم الإدارية وتعينهم على مواجهة أعبائهم المالية كما تحفزهم على الاستمرارية في الوفاء بالالتزامات. بعد أن ضمنوا وقوف الجهة الإدارية المتعاقدة معهم.

ثانياً:

استندت أساس نظرية فعل الأمير على أساس مسؤولية تعاقدية دون خطأ الإدارة، يستوجب من الأحسن تفعيل دور القضاء، وذلك في تقدير التعويض عن الأضرار الملحقة بالمتعاقد، وذلك بحكم ما يوفره القضاء من كفاءات قانونية سوف يساهم في حل النزاعات التعاقدية عن كذب على غرار أن الإدارة هي المسئولة عن هذا الضرر للوصول على حل قضائي لعدم انقطاع تنفيذ الالتزامات التعاقدية.

ثالثاً:

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

قائمة المصادر

والمراجع

النصوص القانونية :

- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجديدة الرسمية، العدد 31 المعدل والمتمم للقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 مايو 2007.
- المرسوم الرئاسي رقم 10 / 236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الجديدة الرسمية، العدد 58 المؤرخة في 7 أكتوبر 2010.

قائمة الكتب :

- 1- بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية (دراسة تشريعية وفقهية وقضائية) ط 2010، دار الهدى عين مليلة، الجزائر.
- 2- حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، بدون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2008
- 3- حمدي ياسين عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية (العقود الإدارية)، بدون طبعة، منشأة المعارف.
- 4- خميس السيد إسماعيل، الأصول العامة والتطبيقات العلمية للعقود الإدارية والتعويضات مع القواعد القانونية و أحكام المحكمة الإدارية العليا، وفتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة و الأحكام الحديثة لمحكمة النقض ط1، حقوق الطبع والنشر 1994.
- 5- طعيمة الجرف، القانون الإداري (دراسة مقارنة في تنظيم ونشأة الإدارة العامة)، ملتزم الطبع والنشر، القاهرة الحديثة 1980.
- 6- علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، دار الهدى، الجزائر
- 7- عبد العزيز المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية 2007.
- 8- عمار عوابدي، القانون الإداري، ط 2002، ج 2 ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر.
- 9- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة كلية الحقوق، بدون طبعة، جامعة الإسكندرية، 2009
- 10- محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة.
- 11- محمد رفعت عبد الوهاب، مبادئ و أحكام القانون الإداري، دون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان 2005.

12- محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية (القرار الإداري، العقد الإداري)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.

13- مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية (الأحكام إبرامها)، دار المطبوعات، الإسكندرية 2008.

14- الدكتور سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط5، دار الفكر العربي 1991.

15- سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دون طبعة، دار الفكر العربي، 1428-2007.

الرسائل :

1- بن أحمد حورية، دور القاضي في حل المنازعات الصفقات العمومية، (مذكرة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق تلمسان، 2010 -2011).

2- بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، (مذكرة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق، الجزائر 2008 - 2009).

3- خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، (رسالة نيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة الجزائر كلية الحقوق، 2001-2002).

4- عبد العزيز بن محمد المنهي، دعوى التعويض الناشئة عن المسؤوليتين التقصيرية والعقدية وتطبيقاتها في الفقه والقضاء الإداري، (ملخص رسالة لنيل درجة دكتوراه في السياسة الشرعية، المملكة العربية السعودية، 1424 - 1425).

5- عبد الله بن حمدان، آثار العقد في الفقه والنظام وتطبيقاته القضائية، (ملخص رسالة لنيل درجة دكتوراه في السياسة الشرعية، المملكة العربية السعودية، 1424 - 1425).

محاضرات :

- سليمان سعيد، العقود الإدارية، محاضرة أقيمت لطلبة السنة الثانية LMD بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جيجل، (بتاريخ 2012-2013).

المواقع الالكترونية :

1- فؤاد عزوزي، دور القضاء الإداري في حماية حقوق الأطراف العقد الإداري (2014/02/09)

070909 . blogs pct.com. /2013/ 04l blog .post . 16 .html

- 2 الدكتور محمد الشافعي أبو راس، القانون الإداري، (2014/04 /09) Bu.edu-eg/olc . /images/ 213 . pdf
- 3 الدكتور مازن ليو راضي، القانون الإداري، ط3، (2014 /01 / 04) option?php.index/home/com.agouniversity.www
- 4 الدكتور محمد الشافعي أبو راس، العقود الإدارية، (2014 /01 /29) pdf 413/ imges/ ..olc/eg.edu.Bu
- 5 مهند نوح، الموسوعة العربية، ENCYCLOPEDIA، (2014 /04 / 10) com .ency.arab.www المجلد الثامن عشر، العلوم القانونية والاقتصادية
- 6 الوجيز في القانون الإداري30droitaitalgerien – mountada–biz (29 / 01 / 12) Droitaitalgerien – mountada–biz / t60–topic

الكتب باللغة الفرنسية :

- 1- Charles–debbasch, **droit administrative**,6^e édition,Ed.èconomica paris2002.
- 2- Jacqueline–Morand–deviller,**cours de droit administrative** ,8^eédition,Montchrestien,E.J. – A paris 2003.
- 3- Marie–Christine Rouault, **droit administrative**,4^eéditio, gualino éditeur,E.J.A paris 2007.

الفهرس

الصفحة الفهرس

إهداء

شكر والعرفان

01 مقدمة

الفصل الأول

ماهية نظرية فعل الأمير

08 المبحث الأول : مفهوم نظرية فعل الأمير

08 المطلب الأول : تعريف نظرية فعل الأمير

13 المطلب الثاني : صور نظرية فعل الأمير

19 المبحث الثاني : شروط تطبيق نظرية فعل الأمير

19 المطلب الأول : وجود عقد إداري وضرر للمتعاقد

19 أولا : وجود عقد إداري

21 ثانيا : ضرر للمتعاقد

24 المطلب الثاني : عدم توقع الفعل

26 المطلب الثالث : إصدار إجراء من الإدارة المتعاقدة وعدم خطئها

26 أولا : صدور الإجراء من طرف الإدارة المتعاقدة

27 ثانيا : افتراض أن الإدارة لم تخطئ حين اتخذت عملها الضار

الفصل الثاني

أثار نظرية فعل الأمير على تنفيذ العقد الإداري

31 المبحث الأول : أطراف تنفيذ العقد الإداري

31 المطلب الأول : المرفق العام كطرف في المادة الإدارية

34 المطلب الثاني : طرق إدارة المرفق

34 أولا : أسلوب الإدارة المباشرة

35 ثانيا : أسلوب الإدارة العامة

35 ثالثا : أسلوب التزام المرفق العامة

36 رابعا : أسلوب الاقتصاد المشترك

38 المبحث الثاني : أساس المقابل المالي أو التعويض

38 المطلب الأول : فكرة التوازن المالي للعقد وتأثيرها في جبر الضرر الناجم عن تطبيق نظرية فعل الأمير

44 أولاً: بالنسبة للتعويض عن تعديل العقد
44 ثانياً: التعويض عن فعل الأمير
46 المطلوب الثاني : تقدير التعويض المتعلق بتنفيذ نظرية فعل الأمير
52 الحالة الأولى : تحديد التعويض في العقد
53 الحالة الثانية: عدم النص في العقد على التعويض
56 الخاتمة
61 قائمة المصادر والمراجع
65 الفهرس

المخلص :

قد تصدر أعمال مشروعة عن جهة الإدارة المتعاقدة وتؤدي بشكل مباشر إلى تعديل شروط العقد أو ظروف تنفيذه ، كصدور تشريع أو لائحة أو قيام بأشغال عامة تسبب للمتعاقد بعض الأضرار أثناء تنفيذ العقد ، وفي هذه الحالة يستحق للمتعاقد كامل التعويض عن تلك الأضرار بتطبيق نظرية فعل الأمير .

ونظرية فعل الأمير هي إجراء قانوني صادر من الجهة الإدارية المتعاقدة ، وهي تشمل جميع العقود الإدارية ، وتجد أساسها القانوني في فكرة التوازن المالي للعقد باعتبارها إحدى الخصائص الذاتية للعقود الإدارية التي تستهدف تسيير المرافق العامة وتحقيق الصالح العام يعني أن أي اختلال في هذا العدل يؤدي إلى التزام الإدارة بتعويض المتعاقد، أي أنه حق من حقوقه، إما بناء على نصوص العقد أو بناء على القانون أو النظريات المعتمدة في تسيير المرفق العام.

ولكن يستحق التعويض نتيجة للأضرار على أساس نظرية فعل الأمير من طرف الإدارة المتعاقدة لا بد من توافر شروط محددة ، الذي يتميز بتعويض شامل ما لحق هذا المتعاقد من خسارة وما فاته من كسب .

الكلمات المفتاحية : نظرية فعل الأمير — إجراء قانوني إداري — فكرة التوازن المالي للعقد — تسيير المرفق العام — التعويض .

Résumé :

L'administration contractuelle ferait des actions légitimes menant directement à modifier les conditions du contrat ou les circonstances de sa mise en œuvre par exemple : une promulgation d'une législation ou d'effectuer des travaux publics qui causent des dégâts pour l'entrepreneur au cours de l'exécution du contrat , en ce cas il a le droit d'une compensation totale de ces dégâts-là , tout en appliquant la Théorie de l'acte d'prince .

La Théorie de l'acte d' prince est une procédure juridique provenant de la part administrative contractuelle , qui regroupe tous les contrats administratifs dont la base juridique se trouve dans l'idée de l'équilibre financier du contrat car elle est une des caractéristiques particulières des contrats administratifs visant à gérer les services publics et à réaliser l'intérêt public , ce qui signifie que tout décalage au sein de ce contrat menant à l'engagement de l'administration en compensant l'entrepreneur c'est-à-dire c'est un de ses droits, soit selon les dispositions du contrat ou la loi ou bien les théories adoptées pour gérer le service public .

Pour que l'entrepreneur mérite la compensation en raison des dégâts en fonction de la Théorie de l'acte d'El- Amir par l'administration contractuelle , il faut des conditions bien déterminées en consistant à une compensation compréhensive : en cas d'avoir perdu ou d'avoir raté un gain.

Les mots clés: la Théorie d'un prince – une procédure juridique administrative contractuelle – l'idée de l'équilibre financier de la gestion contrats – gestion utilité public – la compensation .