جامعة الشهيد الشيخ العربي التبسي ـ تبسة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون عام

مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر

تخصص: قانون إداري

بعنـــوان:

إعادة التوازن المالي لصفقة الأشغال العامة

من إعداد الطالبة: عبد المالك أماني
إشراف الأستاذة – الدكتورة: نوال نويوة.

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ	الرتبة العلمية	الصفة
د.قادري طارق	أستـاذ محاضر ـ أ ـ	رئيســـــا
د. نوال نويوة	أستـاذ محاضـر ـ أ ـ	مشرفـــــا
د. بوديار نوال	أستـاذ محاضر ـ أ ـ	مناقشـــــا

السنة الجامعية: 2024-2025

الكلية لا تتحمل أي مسؤولية على ما يرد في هذه

المذكرة من آراء

ج.ر	جريدة رسمية
د.س.ن:	دون سنة نشر
د. ط:	دون طبعة
د.ب.ن	دون بلد نشر





الإهداء

الحمدلله الذي بنعمته تتم الصالحات. أخيراً تحقق حلم التخرج.

لطالما انتظرت هذا اليوم كي ارى الفخر والسعادة في عين أمي وأبي. وها أنا اليوم اهدي تخرجي الى نبع الحنان والقلب الناصع بالبياض من تستقبلني بابتسامة وتودعني بدعوها ...

امي الغاليه المؤلفة" نورة بوزيدة "

والى سندي وضياء دربي من علتمني الاصرار والمثابرة مصدر الأمل والطموح والقوة

اختي الغالية عبير .

كم يسعدني رؤيتكم وانتم فخورين وسعداء بنجاحي. حفظكم الله وادامكم تاج على رأسي. وأيضاً الى احباب قلبي ابي و زوج اختي محسن و خالي الغالي . لكم كل الاحترام والشكر والتقدير الى أساتذتي الأعزاء الدكتوراه الفاضلة نويوة نوال ،الدكتور الفاضل ملاك عراسة و الدكتور أسامة جفالي ، استاذة كيران لامية ، أستاذ طارق قادري وكل من علمني حرف

الى صديقاتي الغاليات و اصدقائي اسما اسما ..



مقدمة



تظهر الأعمال التعاقدية التي تقوم بها الإدارة العامة في شكل عقود إدارية، فالعقد الإداري لا يتم إلا بتوافق إرادتين أو أكثر بقصد إحداث التزامات متقابلة بين الطرفين، إلا أن ما تملكه الإدارة من امتيازات يفوق ما يتمتع به المتعاقد الأخر، مما يستوجب إخضاع المصلحة الخاصة للمتعاقد لمقتضيات المصلحة العامة تماشيا مع مرونة العقد وقابليته للتغيير، وهذا من خلال نظرية العقد الإداري التي تدخل في مجالها الصفقات العمومية بأنواعها و التي تعتبر من أبرز المواضيع التي تشغل اهتماما واسعا من رجال القانون والإدارة والاقتصاد، لما يكتسي هذا الموضوع من أهمية بالغة خاصة في الوقت الراهن بحيث تصنفها الإدارة العامة ضمن الأعمال التعاقدية التي بها يتم تنفيذ البرامج التنموية كما تعتبر من أهم أوجه ارتباط بإنفاق المال العام وتجسيد الاقتصاد في الدولة وترشيد النفقات العامة.

ولعل من أهم أنواع الصفقات هي صفقة الأشغال العامة باعتبارها أداة إستراتيجية هامة ومن أهم العقود الإدارية التي تلجأ لها الدولة وترصد فيها مبالغ مالية ضخمة من أجل تجسيد برامجها التنموية تظهر هذه الأهمية على الصعيدين الاقتصادي والاجتماعي، فهي تساهم في تحقيق الأهداف الموكلة للقطاع العام وفقا للسياسة الوطنية وتجسدها.

وتغيير أسلوب الحياة عن طريق إدخال عناصر التمدن والتحضر في المناطق التي تعاني العزلة كشق الطرق، وبناء السدود، ومد السكك الحديدية ، وبناء المطارات ولن يتجسد ذلك إلا لما طرفي العقد الإدارة والمتعاقد معها، يقومان بتنفيذ الالتزامات العقدية تنفيذا سليما وفقا للشروط الواردة في العقد وفي المدة المحددة للتنفيذ دون إخلال بهذه الالتزامات ولأي سبب كان وتفادي كل ما يجعل التنفيذ معطلا من خلال وسائل واليات .

لما كان تنفيذ الصفقة يتطلب من المتعامل المتعاقد الوفاء بالتزاماته، هذا لا يعني بالمقابل التضحية بحقوقه المستمدة من الصفقة وإلا أدى ذلك إلى إرهاقه، ومنها اختلال التوازن المالي وذلك لان المتعامل

المتعاقد يسعى إلى تحقيق الربح والمقابل المالي من جهة، والمصلحة المتعاقدة تسعى لتنفيذ الصفقة وفق الشروط المنصوص عليها وأيضا للمحافظة على المال العام.

في حين الامتيازات الواسعة والممنوحة للمصلحة المتعاقدة لا يملكها المتعامل المتعاقد من شانها أن تقف عائق أمامه للحصول على حقوقه، مما أدى بالمشرع إلى أن يضع مجموعة من الضمانات والتي تهدف إلى حسن سير الصفقة ومن شأنها أن تكفل حقوق المتعامل المتعاقد في مواجهة الإدارة إلى غاية الإنهاء والتسليم.

ولقد كان في هذا المجال المشرع الجزائري سباق في مواكبة حماية هذا الحق من خلال الوسائل التشريعية والقضائية بوضع إطار عام يحكم هذا الحق وخاصة من خلال التعديلات المتوالية لقانون الصفقات العمومية إلى غاية القانون الحالي 23-12 الذي يحدد قواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية.

❖ أهمية الدراسة:

تكمن أهمية دراسة موضوعنا فيما يلي:

- التعرف على مفهوم صفقة الأشغال وتمييزها عن باقي العقود الإدارية الأخرى.

- وتكمن أهميتها في التعرف على مضمون التوازن المالي لصفقة الأشغال العامة والفائدة على المتعاقدين (المصلحة المتعاقدة ، والمتعامل المتعاقد) في ضمان حقوقهم.

- وتكمن أيضا في معرفة الأثر الإيجابي الذي يعود على هذه الصفقة، هذا وفق قانون الصفقات العمومية والتنظيمات المعمول بها، والاجتهادات القضائية والفقهية في هذا المجال .

❖ أهداف الدراسة:

وبالاعتماد على ما تقدم تكمن أهداف دراسة موضوع (إعادة التوازن المالي لصفقة الأشغال العامة) من ناحيتين الأولى علمية والثانية عملية. فبالنسبة للناحية العلمية فقد تم التركيز على واحد من أهم ملامح حقوق المتعاقد مع الإدارة هو حق التوازن المالي وتطبيقاته.

أما من الناحية العملية فتكمن في أن المشرع الجزائري واكب وساير كل الأنظمة المقارنة في المحافظة على حقوق المتعاقد مع الإدارة في ظل السلطات الواسعة والاستثنائية على عكس العقود الخاصة والتي تمس بالعقد شريعة المتعاقدين.

❖ صعوبات الدراسة:

قد واجهنا العديد من الصعوبات من ناحيتين من الناحية العلمية والقانونية أما من الناحية العلمية إن هذا الموضوع واسع النطاق من حيث تشعب موضوعاته بالرغم من تقيدنا بحجم المذكرة المطلوب فقد حاولنا الإحاطة بجميع عناصر الموضوع، أيضا ندرة المراجع المتخصصة خاصة الحديثة المتعلقة بالتوازن المالي لصفقة الأشغال بالإضافة للغموض الذي يعتري بعض النصوص وعدم وضوحها، ومع عدم وجود دراسات متخصصة فقهية في الجزائر حول تحديد دقيق لمفهوم التوازن المالي وأيضا قلة المراجع على مستوى مكتبة الكلية ، وأما من الناحية القانونية نقص الدارسات التي تناولت موضوع التوازن المالي لصفقة الأشغال في ظل القانون 23-12 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية، بالإضافة لقلة الاجتهادات القضائية في هذا المجال رغم النزاعات المطروحة واقعا وفي ظل الظروف الصعبة التي يشهدها العالم اليوم من الناحية الاقتصادية، لكن بالرغم من هذه الصعوبات قمنا بتدعيم هذه الدراسة بما يهمنا من اجتهادات تخص دراستنا .

❖ أسباب اختيار الموضوع:

ويرجع اختيار موضوع الدراسة إلى أسباب ذاتية وأخرى موضوعية فبالنسبة للأسباب الذاتية .وهو الميول لمجال الصفقات العمومية ومساعدتي في ميدان العمل مستقبلا بالإضافة إلى دراسة الموضوعات التي تنصب على الجانب المالي ، واكتشاف الدور الجوهري الذي يلعبه المتعامل المتعاقد في فرض التوازن في صفقة الأشغال العامة، كونه معاون للمصلحة المتعاقدة في تسيير المرافق العامة، لذلك لابد من البحث والتأصيل في حفظ التوازن المالي بين الطرفين، أما عن الأسباب الموضوعية فتعود إلى أهمية موضوع إعادة التوازن المالي في صفقة الأشغال العامة واكتشاف تطبيقاتها القضائية وكل جوانب هذا الموضوع .

❖ الدراسات السابقة:

بالنسبة لدارسات السابقة هي كتالي :

– مذكرة لنيل شهادة دكتوراه بعنوان" **أثار عقد الأشغال العامة على طرفيه** " للطالب: بن شعبان علي ،جامعة الاخواة منتوري قسنطينة ، الجزائر ، سنة 2021 .

– مذكرة لنيل شهادة ماجستير بعنوان" **التوازن المالي للصفقات العمومية**" للطالب: عثمان بوشكيوة ،جامعة سوق أهراس الجزائر ، سنة 2005 .

– مذكرة لنيل شهادة ماجستير بعنوان" **حقوق المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية**" للطالبة: بن دعاس سيهام ، جامعة عنابة ، الجزائر ، سنة 2005.

الإشكالية:

ومن هنا تتضح لنا الإشكالية التالية:

- كيف ساهم الحق المقرر لإعادة التوازن المالي لصفقة الأشغال في حماية المتعامل المتعاقد؟

❖ المنهج المتبع في الدراسة :

اعتمدنا في دراستنا هذه على المنهج الوصفي التحليلي حيث قمنا بالاعتماد على المنهج الوصفي من خلال التعريف بصفقة الأشغال وبيان تمييزها عن غيرها من أنواع الصفقات والعقود وتعريف إعادة التوازن المالي ونظرياته .

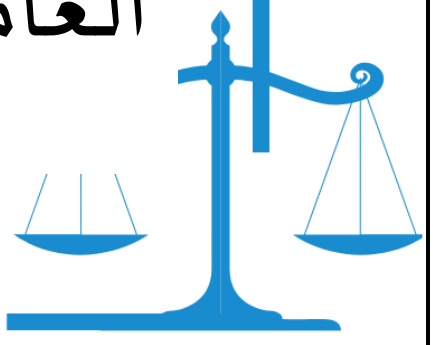
و المنهج التحليلي في تحليل مضمون النصوص القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية، على ضوء ما جاء في **القانون 23-12** وأيضا بالرجوع لبعض النصوص والتنظيمات السابقة.

خطة تقسيم الدراسة:

وللإجابة عن هذه الإشكالية قمنا بتقسيم هذه الدراسة لفصلين حيث تناولنا في الفصل الأول الإطار ألمفاهيمي لصفقة الأشغال العامة و إعادة التوازن المالي و الذي قمنا بتقسيمه إلى مبحثين تطرقنا في المبحث الأول مفهوم صفقة الأشغال العمومية حيث قمنا بتقسيمه إلى مطلبين المطلب الأول تعريف صفقة الأشغال العمومية والمطلب الثاني تمييز صفقة الأشغال العمومية عن غيرها من الصفقات و العقود الإدارية الأخرى ، أما المبحث الثاني تعرضنا لمفهوم إعادة التوازن المالي حيث قمنا في المطلب الأول ببيان تعريف إعادة التوازن المالي في المطلب الثاني الأساس القانوني لإعادة التوازن المالي ، وأما الفصل الثاني تناولنا فيه أسباب اختلال حق إعادة التوازن المالي لصفقة الأشغال العامة وتطبيقاته حيث قسمناه إلى مبحثين تطرقنا في المبحث الأول أسباب اختلال إعادة التوازن المالي وهو بدوره قسمناه إلى مطلبين المطلب الأول أسباب اختلال التوازن المالي بفعل الإدارة أما المطلب الثاني أسباب اختلال التوازن المالي بسبب خارج عن فعل الإدارة أما المبحث الثاني فيدرس تطبيقات إعادة التوازن المالي لصفقة الأشغال العامة ، حيث قسم إلى

مطلبين بينا من خلال المطلب الأول التعويض على أساس أسباب اختلال التوازن بفعل الإدارة والمطلب الثاني التعويض على أساس أسباب خارج فعل الإدارة .

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لصفقة الأشغال العامة وإعادة التوازن المالي



الفصل الأول:

تكتسي صفقة الأشغال العامة أهمية بالغة في مجال القانون العام، ومع الاتساع المتزايد في القطاع العام وحاجة الدولة لمرافق جديدة اتخذ هذا النوع من العقود طابعا جديدا يتجاوب مع التطور الاقتصادي و الاجتماعي والاستجابة للتحولات الحاصلة وللتزايد السريع في عقود الأشغال المبرمة، كان لابد من وضع قواعد قانونية وتنظيمية أخرى تنظم هذه الصفقة سواء في إطارها ألمفاهيمي وأيضا قد تتداخل مع بعض العقود الأخرى، وتضمن حقوق المتعاقد مع الإدارة لنشير بعد ذلك إلى مجال حق إعادة التوازن المالي لصفقة الأشغال العامة.

ولذا نتعرض في **هذا الفصل** من خلال المبحثان الآتيان إلى:

المبحث الأول: مفهوم صفقة الأشغال وقسمناه إلى مطلبين: المطلب الأول حول تعريف صفقة الأشغال العامة والمطلب الثاني تمييز صفقة الأشغال العامة عن غيرها من العقود الأخرى.

المبحث الثاني: سلطنا الضوء فيه على مفهوم إعادة التوازن المالي وقسمناه إلى مطلبين المطلب الأول حول تعريف إعادة التوازن المالي والمطلب الثاني حول الأساس القانوني لإعادة التوازن المالي

الفصل الأول: الإطار ألمفاهيمي لصفقة الأشغال العامة وإعادة التوازن المالي:

المبحث الأول: مفهوم صفقة الأشغال العامة:

أثبتت العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة لأجل تسير المرافق العامة واستحداثها مدى فعاليتها وأهميتها على مستوى كل الأصعدة سواء محلية آو وطنية ، فمتى كانت الدولة بحاجة ماسة لمرافق جديدة وتماشيا مع تحقيق المصلحة العامة و تطوير الاقتصاد ومحاربة البطالة ، فإنها بطبيعة الحال تتجه مباشرة لصفقات الأشغال خاصة والتي هي محل دراستنا ، فما المقصود بهذا النوع من الصفقات وما الفرق بينها وبين أنواع الصفقات و العقود الإدارية الأخرى وهذا ما سنحاول الإجابة عنه في المطلبين المواليين :

المطلب الأول: تعريف صفقة الأشغال العامة:

إن صفقة الأشغال العامة من بين أنواع الصفقات التي حظيت باهتمام بالغا سواء من جانب الفقه أو القانون بوضع قوانين وتنظيمات مختلفة طرأت بشأنها العديد من التغييرات والتعديلات وقد وردت بشأنها عدة تعريفات ، وتم تناولها من عدة جوانب مختلفة لغوية واصطلاحية ومن طرف عدة جهات كالقواميس والمعاجم والفقهاء ومختلف التشريعات سواء العالم الغربي أو العربي ولذا سنحاول الإحاطة بهذه التعريفات متعددة الجوانب من خلال الفروع الموالية[1] :

الفرع الأول: التعريف اللغوي والاصطلاحي:

سنتطرق في هذه الدراسة إلى تعريف صفقة الأشغال العامة من الناحية اللغوية في المعاجم العربية وما تعنيه هذه الصفقة وأيضا التعرف عليها من الناحية الاصطلاحية وأبرز المفاهيم بشأنها:

أولا / التعريف اللغوي:

المتمعن في عبارة " صفقة الأشغال العامة " هناك من يصطلح عليها عقد الأشغال العامة وهي عبارة عن مركب لفظي يتكون من ثلاث ألفاظ آلا وهي" صفقة الأشغال ، العامة " و بما أن المعاجم اللغوية يستحيل أن تجد فيها تعريفات لغوية مركبة للألفاظ والعبارات ولذا سنتعرف على كل لفظة على حدي من خلال :

1/ تعريف الصفقة لغة:

[1]– عصام صياف، **(معايير تحديد مفهوم الصفقة العمومية في التشريع الجزائري)**، مجلة القانون والفقه، العدد 06، 2016 ص 352.

وردت لفظة صفقة في معجم لسان العرب لابن منظور في عدة مواضع، إلا أننا اقتصرنا الأمر فقط على المعنى الذي يدخل ضمن مجال دارستنا، فكان تعريفه للفظة صفقة كالتالي:

كلمة" صفقة " تعني لغة هي العقد أو البيعة ويقال صفقة رابحة أو خاسرة، وكلمة صفقة بفتح فسكون مأخوذة من (صفق) بمعنى ضرب اليد على يد أخرى أو على يد شخص أخر عند البيع، وقد كانت عادة العرب إذا وجب البيع ضرب احد المتابعين يده على يد صاحبه، ثم استعملت الصفقة بمعنى عقد البيع في العرف".

2/ تعريف العقد لغة:

العقد لفظة مشتقة من الفعل الثلاثي عقد فنقول: عقد يعقد عقدا فعقده ويعقده عقدا وتعاقدا وعقدة ، والعقد نقيض الحل، كما يقال عقدت الحبل، فهو معقود وكذلك العهد، ومنه عقدة النكاح وتقول الأعراب أيضا قوم إذا عقدوا عقدا لجارهم، وعقدت الحبل والبيع والعهد فانعقد، والجمع عقود بمعنى عهود.

أما **المعجم الوسيط** كالتالي:

إن العقد لغة هو:" لفظ مشتق من الفعل الثلاثي عقد، فيعقد طرفي الحبل ونحوه أي وصل أحدهما بالأخر بعقدة تسكنهما، ويقال أيضا عقد يعقد عقدا وعقدة وعقد، وعقد الرجل أي عاهده، وتعاقد القوم أي تعاهدوا ونحو ذلك العقد هو العهد وهو اتفاق بين طرفين يلتزم بمقتضاه كل منهما بتنفيذ ما اتفقا عليه كعقد البيع والزواج وعقد العمل".[1]

3/ تعريف الأشغال العامة لغة:

[1]– عصام صياف، **المقال السابق**، ص 353.

ورد تعريف لفظة الأشغال في معجم لسان العرب على النحو التالي:

" إن الأشغال لفظة مصرها هو الفعل الثلاثي شغل، فنقول شغل يشتغل شغلا وجمعه أشغال، واشتغل بمعنى عمل، وعليه فان الأشغال هي الأعمال"[1].

4/ تعريف العامة:

ورد لفظة العامة في معجم اللغة العربية المعاصرة على النحو الأتي:

" هي لفظة مشتقة من الفعل عم فنقول عممت، يعم، أعمم، وعم عموما، فهو عام والمفعول معموم، أما لفظة عامة فهي صيغة المؤنث لفاعلكم كقولنا الأمانة العامة، الجمعية العامة ونحوها."[2]

ثانيا / التعريف الاصطلاحي:

يمكن تعريف صفقة الأشغال العامة اصطلاحا كتالي:

– إن صفقة الأشغال العامة في تعريف لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية في دورتها السادسة سنة 1996 موضوع صفقة الأشغال العامة كآلية لتمويل المشاريع بأنها:" صفقة يلتزم بموجبها شخص يسمى المتعهد

في مواجهة شخص معنوي من القانون العام (الدولة والولاية والبلدية، المؤسسات العمومية)، و أن ينفذ أشغالا وفقا لشروط المحددة من قبل الشخص المعنوي مقابل بدل متفق عليه. [3]

---

[1]– احمد مختار عمر، "**معجم اللغة العربية المعاصرة**"، الطبعة الأولى، عالم الكتب، مصر، 2008، ص 1557.

[2]– جمال الدين محمد بن مكرم، **ابن منضور لسان العرب**"، د.ط، دار الصادر، ، لبنان، 2010، ص 296.

[3]– محي الدين القيسي ، **(التحكيم في عقود البوت)**، المجلة التونسية للتحكيم ،العدد 3، 2009، ص 47.

– ويمكن أيضا تعريف صفقة الأشغال العامة بأنها "صفقة تبرم بين شخص عام أو احد الأفراد والشركات، يتعهد فيه ببناء أو إصلاح وصيانة عقار (أشغال عامة وليست ممتلكات قابلة للنقل) مقابل ثمن محدد ومذكور في العقد ويهدف لتحقيق مصلحة عامة، دون استفادة المتعهد من هذا العقار" ، فهي فكرة متصلة بالعقارات اتصال وثيق وهو كل اتفاق يكون موضوعه منقول ، ولو كان هذا المنقول مملوكا للإدارة .

–وأيضا تعرف بأنها : " اتفاق مكتوب يتم إبرامه بين الإدارة آو إحدى الهيئات العمومية المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية مع شخص من أشخاص القانون الخاص طبيعيا كان أو معنويا وذلك بغية بناء، أو ترميم ، أو صيانة عقار لحساب وتحت مسؤولية الإدارة المتعاقدة ، وكل هذا بمقابل مادي يتمثل في مبلغ نقدي يحدد ويدفع وفقا لشروط التي تنظم هاته الصفقة ، والمتمعن في هذا التعريف نجد انه وصف صفقة الأشغال العامة بالاتفاق المكتوب فلا يكفي الاتفاق الشفهي بين الإدارة المتعاقدة والطرف الآخر حيث تتضمن الصفقة كتابيا ما نص عليه القانون المنظم لهذا النوع من الصفقات. [1]

الفرع الثاني: التعريف الفقهي:

اهتم العديد من الفقهاء حول تحديد تعريف صفقة الأشغال العامة ، وسنعرض أهم تعريفات الفقهاء الجزائريين وحتى الفقهاء العرب و الغربيين وكان الفقه الفرنسي هو السباق في هذا الموضوع وفى مايلي سنتطرق لنماذج فقهية هامة كتالي:

[1]–إبراهيم أنيس، عبد الحليم منتصر، **المعجم الوسيط**، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية، مصر، 2004، ص 613، 614.

أولا- اجتهاد الفقه الفرنسي:

إذا كان عقد الأشغال العامة عقدا إداريا أو صفقة عمومية بوصف النص في فرنسا، فقد ساهم الفقه في عديد التعريفات لهذا العقد لما له من أهمية خاصة على صعيد المنازعات، وممارسة الإدارة من خلاله لبعض سلطاتها الاستثنائية والتي لا تلقى على الغالب قبولا من جانب المتعاقد معها بسبب الوقوع في اخلالات مالية. [1]

حيث يعرف الفقيه الفرنسي أندري دولبير"صفقة الأشغال العمومية بأنّها : "عقد تبرمه الإدارة وتخضع للنظام القانوني العام، للقيام بأداء أشغال عامة في عقار ولحساب شخص من أشخاص القانون العام بهدف تحقيق النفع العام، وقد ساهم القضاء الإداري في إحداث تغيير في مفهوم صفقة الأشغال فلم تعد تقتصر على أعمال البناء فقط بل كل الأعمال المتعلقة بالعقار، حيث اعتبر القضاء الفرنسي إخراج الموتى من القبور بهدف إعادة تهيئة المقبرة يعد من قبيل عقد الأشغال"

وأيضا الفقيه جان ريفور عرف : "صفقة الأشغال العامة هي تلك الصفقة المبرمة بين الإدارة والمقاولين ، والغرض منها بناء عقار والملاحظ على هذا التعريف على انه ساير ما جاء به الفقه تماما إذا يتوفر فيه أن مضمون العقد هو بناء عقار يتم لحساب شخص عام في عبارة عقود مبرمة بين الإدارة والمقاولين تحقيقا للمنفعة العامة في عبارة "خدمة للمصلحة العامة".[2].

---

[1]-أحسن بوسقيعة، **"الوجيز في القانون الخاص الجزائي"**، د.ط، دار هومة لنشر والتوزيع ،÷ د.س.ن ، الجزائر ، ص 175.

[2]-عمار بوضياف، **شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 247/15**، طبعة 6 دار الجسور لنشر والتوزيع الجزائر 2017 ، ص 209.

وأهم ما جاء به الأستاذ "شارل ديباش هي" أن صفقات الأشغال العامة تتم بين طرفين أحدهما شخص عام والآخر شخص خاص (مقاول) والغرض من تلك الصفقة هو تحقيق النفع العام عن طريق بناء أو ترميم عقار ".والتعريف الذي جاء به الأستاذ"شارل ديباش"يطابق تعريف"جان ريفور فقط أضاف عليه فقط أنها عقود إدارية.

ثانيا – اجتهاد الفقه المصري :من أبرازها ما جاء به الأستاذ سليمان الطماوي حيث يعرف صفقة الأشغال على أنّها "عبارة عن اتفاق بين جهة الإدارة وأحد الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام بقصد تحقيق منفعة عامة بمقابل متفق عليه في العقد. [1]

ووفقا لشروط الواردة في التعريف السابق يمكن القول أن ما أضافه الأستاذ سليمان الطماوي هو أن هذا الاتفاق يتم لحساب شخص معنوي دون أن يتناسى بطبيعة الحال ما يتلقاه المقاول مقابل أتعابه[2] هذا التعريف الذي جاء به يساير الفقه في أن صفقة الأشغال مضمونها عقار .

وذهب أيضا الأستاذ فؤاد عبد الباسط في تعريفه لصفقة الإشغال على أنها :"عقد مقاولة بين شخصين من أشخاص القانون العام أو فرد أو شركة بمقتضاها يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام تحقيقا لمصلحة عامة مقابل يحدد في العقد ". وعرفه الدكتور عبد العزيز المنعم بأنه:"اتفاق بين الإدارة واحد الأفراد أو الشركات للقيام ببناء أو ترميم أو صيانة

---

[1]–محمود عاطف البنا، العقود الإدارية: **دارسة تأصيلية وتحليلية**، د.ط ، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، ،مصر 2008، ص 151.

[2]–بن شعبان علي، "**أثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري** "، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، جامعة قسنطينة، الجزائر 2013، ص 19.

عقار لحساب شخص معنوي في نظير المقابل المتفق عليه وفقا للشروط الواردة في العقد ويقصد تحقيق منفعة عامة كما ورد في تعريفات باقي الفقهاء و المشرعين وهي نقطة مشتركة."[1]

ثالثا – اجتهاد الفقه الجزائري:

إن الدكتور محمد بعلي الصغير وصف صفقة الأشغال العامة على انه: " اتفاق الإدارة مع متعاقد أخر المقاول قصد القيام ببناء مساكن، سد طريق، أو ترميم جسر قديم، ومنشات أثرية أو صيانة أو دهن مباني إدارية ومنشئات عقارية تابعة لها ، و يذكر أن الهدف من وراء هذا الاتفاق هو تحقيق النفع العام ، إلا أننا يمكننا أن نستشف من وراء جملة الأمثلة ومنها السدود ومهمتها خدمة الناس وذلك بتوفير المصدر المائي الذين يستخدمونه في حياتهم اليومية أي وجود مصلحة عامة ، و أيضا الطرقات التي تستخدم من طرف الجميع متى كانت مهيأة جيدا تكون بذلك قد خدمت الغاية من وراء انجازها وهي ضمان السير الحسن ومن فوقها استحداث المباني الإدارية .

وأيضا الدكتور ناصر لباد عرفها بأنه: " اتفاق بين الإدارة العمومية واحد الأفراد أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عمومي وتكون هذه الأشغال ذات مصلحة عامة وبالمقابل تلزم الإدارة بدفع الثمن المتفق عليه." [2]

مما تقدم يمكننا القول أن هذه التعريفات الفقهية تقاطعت واشتركت في نقاط عديدة:

---

[1]– سليمان الطماوي ، **الأسس العامة للعقود الإدارية (دارسة مقارنة)**، الطبعة الخامسة , مطبعة عين شمس القاهرة ، مصر ، 2005، ص 58 .

[2]– عمار بوضياف، **شرح تنظيم الصفاقات العلمية تبقا للمرسوم الرئاسي 247–15** ،الطبعة السادسة ،دار جسور النشر لتوزيع،الجزائر،2017ص 211.

1- إن موضوع عقد الأشغال العامة يتعلق بعقار، وتتمثل العملية الواردة عليه في البناء، أو التأهيل، أو الترميم، أو الهدم، وهي أعمال تكلف الخزينة العامة أموالا ضخمة ترصد لتنفيذ موضوع الصفقات الأشغال.

2- أن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام، بحسب المعيار المبين في تنظيم الصفقات العمومية وقانونها في المواد من 09 إلى 11 من قانون 23-12.[1]

3- إن الهدف من العملية العقدية هو تحقيق المصلحة العامة من خلال بناء طريق عام، أو جسر، أو ميناء، أو نفق، أو مطار، وغيرها من منافع لخدمة الناس وهو ما يبرر استعمال الإدارة في هذا الحق لسلطاتها الاستثنائية أي أساليب القانون العام ولان الإدارة تكون أوسع صلاحية من المتعامل المتعاقد ولكن في المقابل يحميه القانون فلا يتصور ضياع حقوقه.[2]

و **في ختام هذه الجزئية** وبعد استعراضنا لكل هذه التعريفات قد وصلنا لتعريف صفقة الأشغال العمومية على أنها "صفقة يتم إبرامها بين شخصين أحدهما يمثل القانون العام كالإدارة وغيرها من الأشخاص المنصوص عليها بموجب القانون المنظم لهذا النوع من الصفقات العمومية قانون 23-12 أو المرسوم الرئاسي الساري المفعول 15-247 ، والطرف الأخر هو من يمثل لنا القانون الخاص كأن يكون مقاول أو شركة مقاولات،

---

[1]-انظر المواد من 09 إلى 11 من **القانون 23-12 المتضمن قانون الصفقات العمومية الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية**، مؤرخ في 5 غشت 2023، ج ر، العدد 51، الصادرة بتاريخ 6غشت 2023، ص 06.

[2]-عمار بوضياف، **المرجع السابق**، ص 212.

وذلك لبناء عقار أو إتمام إنجازه أو تقديم خدمات الترميم أو الإصلاح والتطوير فيه وهذا خدمة وتحقيقا للنفع العام.

الفرع الثالث: التعريف القانوني:

تناولت التشريعات المقارنة موضوع صفقة الأشغال العامة بطرق مختلفة، وقبل التطرق لتعريف المشرع الجزائري ارتأينا تسليط الضوء على اجتهادات مشرعين آخرين حول عقد الأشغال العامة و بهذا سنتطرق إلى

أولا / تعريف المشرع الفرنسي:

لقد عرف المشرع الفرنسي صفقة الأشغال العامة بالقول: " أنها عقد يتم إبرامه بين (أشخاص من القانون العام) المنصوص عليهم في **المادة 02من قانون** الصفقات العمومية الفرنسي من ضمنها الدولة ومؤسساتها العامة(وأشخاص من القانون الخاص)، وذلك بهدف تنفيذ أعمال البناء أو الهندسة المدنية تحت إشراف الشخص العام."[1]

ثانيا / تعريف التشريعات العربية :

[1]– فؤاد العطار، "**مبادئ في القانون الإداري محاضرات في تنظيم الإدارة العامة**"، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، مصر، 2005، ص580.

نذكر من ضمن تعريفات التشريعات العربية التشريع المصري الذي اصطلحا على هذا العقد مصطلح " عقد المقاولة فعرفها **المشرع المصري** في نص المادة646 من القانون المدني المصري بأنه " عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عمال لقاء أجر تعهد به المتعاقد الأخر." [1]

والملاحظ أن هذا النص القانوني لم يتضمن أهم الشروط الواجب توفرها لاعتبار الأشغال عامة مثل كون تلك الخدمات المتعهد بإنجازها تكون موجهة لتحقيق المنفعة العامة ولم تتضمن الموضوع الأساسي للعقد وهو العقار، إلى جانب عدم تحديدها لأطراف العقد أي الشخص العام والشخص الخاص، وما يمكننا قوله أن المشرع الجزائري وإن لم يقم بتعرف صفقة الأشغال العامة بشكل حرفي إلا أنه نجح في ذكر تلك الشروط الثلاثة.[2]

ثالثا – تعريف المشرع الجزائري:

لم يخص المشرع الجزائري صفقة الأشغال العامة بتنظيم خاص ومستقل يدعى صفقة الأشغال العامة، بل أدرجها مع باقي أنواع الصفقات العمومية الأخرى مثل اللوازم– الخدمات– والدراسات– ضمن قوانين وتنظيمات الصفقات منذ أول تشريع للصفقات العمومية سنة 1967كأول تشريع للصفقات العمومية غاية أخر قانون صدر سنة2023و هو القانون 12/23 المتعلق بالقواعد العامة للصفقة العمومية.

في القانون الجديد 12/23 والذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية بالرجوع لنص المادة25 في تحديد مفهوم صفقة الأشغال العامة كنوع من أنواع الصفقات العمومية :(تهدف صفقة الأشغال إلى انجاز

---

[1]– المادة646 **من القانون رقم 131 لسنة 1948 المتضمن القانون المدني المصري**، الموقع الإلكتروني: https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ar/eg/eg026ar.، الطالع بتاريخ 07/04/ 2025، على الساعة : 12:30.

[2]–فؤاد العطار، **المرجع نفسه**، ص 581.

منشاة أو أشغال بناء أو هندسة مدنية ، وكذا أشغال الشبكات المختلفة من طرف متعامل اقتصادي في ظل احترام الحاجات التي تحددها المصلحة المتعاقدة بصفتها صاحبة المشروع) والفقرة الثانية من المادة25 السالفة الذكر نصت: " تعتبر المنشاة مجموعة من أشغال البناء أو الهندسة المدنية التي تستوفي في نتيجتها وظيفة اقتصادية أو تقنية " . [1]

و أيضا توسعت الفقرة الثالثة من نفس المادة في تحديد نوع الأشغال:" تشمل الصفقة العمومية للأشغال بناء، أو تجديد ، أو صيانة، أو إعادة تأهيل، أو تهيئة أو ترميم، أو إصلاح ،أو تدعيم ،أو هدم منشاة أو جزء منها بما في ذلك التجهيزات المرتبطة بها والضرورية لاستغلالها ".

ما يمكننا أن نستشفه من نص المادة الجديدة هو احترام المتعامل الاقتصادي لشرط تحديد الحاجات المسبقة للمشروع من طرف المصلحة المتعاقدة حيث لم يشترط المشرع أي قيود مالية واستوجب تحديد الحاجات قبل الشروع في اي صفقة مهما كانت مبالغها إلا في حالات استثنائية. [2]

و هو ما ذكره المرسوم الرئاسي 15/ 247 والذي عرف الصفقة العمومية للأشغال من حيث موضوعها، حيث حاء في المادة29فقرة 3 (تهدف الصفقة العمومية للأشغال إلى إنجاز منشأة أو أشغال بناء أو هندسة مدنية، من طرف مقاول) ولم يرد فيه مصطلح لاحترام تحديد الحاجات، وكما توسع هو أيضا كقانون 23-12 في نوع الأشغال التي وردت حيث المادة4/29جاءتبتفصيل أكثر فورد فيها :(تشمل الصفقة العمومية لأشغال

---

[1]-عيادة الحسين، (**الحماية القانونية للمقاول في عقد الأشغال العامة**)، مجلة المقاولاتية والتنمية المستدامة، العدد01،الجزائر ، 2020، ص02.

[2]- انظر المادة 25، **من قانون الصفقات العمومية 23-12الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية** ، السابق ذكره ، ص08.

البناء ، أو تجديد ، أو صيانة ، أو تأهيل، أو تهيئة ، أو ترميم، أو إصلاح، أو تدعيم، أو هدم منشاة أو جزء منها).

وطبقا لهذه التعريفات وحتى نكون أمام صفقة الأشغال العامة وحب توافر الشروط الآتية:

1-عقد الأشغال العامة عبارة عن اتفاق مكتوب:

صفقات الأشغال العامة شأنها شأن بقية العقود الأخرى إذ تتشابه من ناحية أن القانون هو من ينظم أحكامها، ولم يترك فيه الغلبة لطرف على آخر، خاصة وأن بعض العقود تتساوى فيها الذمم المالية ولا مراكز القوة أبدا، وهذا يترك الباب مفتوحا أمام سوء استغلال الطرف القوي لمكانته ويحتمل أيضا عدم قيامه بالالتزامات المتفق عليها، وبالتالي تضيع حقوق الطرف الثاني. [1]

لذا أوجد القانون الأحكام التي تقيد تلك الاحتمالات وتوضح حقوق وواجبات كل طرف وعليه فإن عقد الأشغال العامة من العقود التي ينتقل فيها أطرافها من الاتفاق على جميع بنود مثل الأشغال المرجو تنفيذها والمدة والسقف المالي المحدد لإتمام تلك الأشغال، والمقابل المالي المنتظر من وراء إنهاء تلك الأشغال أو أي ما لكل طرف من حقوق وكذا التزامات وإفراغها في صيغة عقد مكتوب هذا العقد وفقا لما نص عليه القانون المنظم بحسب كل بلد.

ومتى حصل وخالفها فالقانون سيكون له بالمرصاد عن طريق عقوبات مقررة بحسب ما ارتكبه من إخلال بما عليه من التزامات ويكون هذا العقد أيضا موقع من كلا الطرفين دلالة على تجاه إرادة كل طرف نحو تحقيق أثار و إن النقطة التي تميز هذا النوع من العقود هي الوثائق المرفقة والبيانات التي يشتملها، وقد نصت

[1]--المادة29، **من المرسوم الرئاسي 247/15 'المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام،** المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، ج. ر، العدد50، الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015، ص 07.

المادة06 من المرسوم 21-219الذي يتضمن دفتر البنود الإدارية العامة المطبق على الصفقات العمومية للأشغال والتي تنص على: " تتكون الصفقة العمومية للأشغال من الالتزامات بالتعهد وملحقاتها المحتملة، دفتر التعليمات الخاصة وملحقاته" .

و الالتزامات بالتعهد والتي عرفت بالرجوع الفقرة الأولى من نص المادة 07من نفس المرسوم 21-219 أنها "مجموعة وثائق تثبت نية المتعهد بترشحه وتعهده بإنجاز الأشغال المتفق عليه. [1]

إن دفتر التعليمات الخاصة والذي عرفته المادة 08 من المرسوم 21-219 المتضمن دفتر البنود الإدارية العامة للأشغال العامة على النحو التالي "يقصد بدفتر التعليمات الخاصة: تلك الوثيقة التعاقدية و التي تحدد الاتفاقات الإدارية والتقنية والمالية الخاصة بكل صفقة عمومية أشغال وكذا الملاحق المرتبطة بها والتي تشكل جزءا لا يتجزأ منها ، وهذا الدفتر يتضمن على العديد من البيانات كموضوع الصفقة (المشروع المراد انجازه) كيفية إبرامها، ومعلومات الأطراف المتعاقدة (لطرف الممثل للمصلحة المتعاقدة بطبيعة الحال احد أشخاص القانون العام وبالتالي في صفقة الأشغال العامة يذكر اسم ممثل تلك المصلحة ولنقل مثلا السيد (اسم ولقب الشخص) كرئيس المجلس الشعبي البلدي مثلا ، أيضا نذكر الطرف المتعاقد الأخر هو احد أشخاص القانون الخاص طبيعي كان أو معنوي ويصطلح عليه بالمتعامل المتعاقد، وعليه إن كان شخصا طبيعيا نذكر إسمه ولقبه و إن كان معنويا نذكر اسم ولقب ممثله مع ذكر اسم المؤسسة التي يمثلها مع عنوان مقرها. [2]

2- أن ينصب العقد على العقار:

---

[1]-سماحي إبراهيم، **(تحديد الحاجات في محال الصفقات العمومية كآلية الحفاظ على المال العام)**، مجلة البحوث القانونية والسياسية، العدد04، 2015، ص 24.

[2]- دريسي مالك، **صفقة إنجاز الأشغال العمومية والمنازعات المثارة بشأنها في التشريع الجزائري**، مذكرة تخرج من المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2010 ،ص 22.

ما يؤدي بنا إلى نتيجة مؤكدة هي أنه إن كان محل هذا العقد منقول وحتى لو كان هذا المنقول ملكا لشخص عام ويهدف لتحقيق منفعة عامة فإنه لا يمكننا اعتباره صفقة للأشغال العامة ، لذا تعتبر الصفقة صفقة أشغال عامة إذا كان يتعلق الأمر بمشروع انجاز طريق عام، أو جسر، أو سد، أو نفق، أو ميناء، مجموعة سكنات أو انجاز مباني خاصة بمرفق عمومي أي عقار و هذا من حيث الموقع أو المحل أو المكان، أما من حيث طبيعة ونوع العملية الواردة على العقار فلا يهم أن كانت عبارة عن بناء، أو ترميم أو تجديد، أو صيانة أو تأهيل أو إصلاح أو تدعيم بل تمتد الأشغال العمومية لتشمل عمليات الهدم الكلي و الجزئي ، و مثل هذه العقود تحتاجها كل الإدارات من ولايات، وبلديات وهو ما تدل عليه الإعلانات المنشورة يوميا في الجرائد اليومية سواء بلغة العربية أو الأجنبية كما هو منصوص عليه في قواعد و طرق الإبرام. [1]

3- أن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام:

حتى نكون أمام صفقة الأشغال العامة وجب أن يتم العمل الوارد على العقار بالصور المشار إليها في الشرط الأول لحساب شخص معنوي عام ملزم بالخضوع لتنظيم الصفقات العمومية، وان صفقة الأشغال العامة ذات طبيعة إدارية ذلك يعني أن احد طرفيها على الأقل يكون شخصا عام معنوي لكي يطلق عليه وصف الصفقة العمومية. [2]

لان ما يميز العقد الإداري والصفقة العمومية أن يكون أحد أطرافها شخص من أشخاص القانون العام بالرجوع إلى تنظيمات الصفقة العمومية وقوانينها المنظمة نجد أن المشرع حدد لنا الجهات الواجب الاتفاق

---

[1]-انظر المادة07- **08من المرسوم التنفيذي رقم 21-219يتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة والمطبقة على الصفقات العمومية للأشغال**، ،مؤرخ في 20 ماي_2021، ج.ر ، العدد 50، الصادرة بتاريخ 24 جوان 2021، ص 08.

[2]-عصام صياف، **المقال السابق**، ص 358.

معها و منحها هذه السلطة. كما اخرج العديد من العقود التي تقوم بها بعض الجهات و استبعدها هذا ما نصت عليه11 قانون 23-12. الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية. [1]

4- يجب أن يهدف العقد إلى تحقيق منفعة عامة:

أكدت العديد من الدراسات أن المصلحة العامة تعد شرطا لازم لممارسة كل عمل إداري سواء كان انفراديا أو تعاقديا، حتى انه كثيرا ما يتردد على الصعيد الفقهي عبارة معروفة ومتداولة : دون مصلحة لا عمل أو لا نشاط فلتلازم بين المصلحة والعمل الإداري قائم لا يمكن إنكاره بل التلازم قائم بين القانون الإداري كأحد أهم فروع القانون العام والمصلحة العامة.[2]

5-أن يتوافر في العقد الحد المالي المطلوب: خص المشرع الجزائري صفقة الأشغال العامة واقتناء اللوازم بعتبة مالية خاصة حملتها المادة13من المرسوم الرئاسي 15-247 ، والتي فرضتها أملتها الظروف المالية للدولة فورد فيها: "كل صفقة عمومية يساوي فيها المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة اثني عشر مليون دينار جزائري أو ما يقل عنها للأشغال أو اللوازم لا يقتضي وجوبا إبرام صفقة عمومية وفقا للإجراءات الشكلية المنصوص عليها في هذا الباب ، ولم يحدد القانون 23-12 العتبة المالية تركها للتنظيم بسبب أنها تخضع لتقديرات متغيرة.[3]كما نص المشرع في مجال الأشغال العامة، على وجوب تقديم شهادة التأهيل والترتيب المهني فى صفقات البناء والأشغال العمومية.[4]

---

[1]-انظر المادة 11 **من القانون 23-12 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية**، السابق ذكره، ص 06.

[2]-خضري حمزة، **آليات حماية المال العام في الصفقة العمومية**، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، الجزائر، 2015، ص 26.

[3]- انظر المادة13، **من المرسوم الرئاسي 247/15 المتضمن قانون الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام**، السابق ذكره، ص 06.

[4]- عمار بوضياف، **المرجع السابق**، ص 220.

أما المرسوم التنفيذي 21-219 المؤرخ في 20 ماي 2021 يتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقة العمومية للأشغال فيعرف صفقة الأشغال العامة بالرجوع لنص المادة5 منه: "تهدف صفقة الأشغال إلى انجاز منشاة أو أشغال بناء أو هندسة مدنية وكذا أشغال الشبكات المختلفة وهي موضوع صفقة الأشغال في جل القوانين".[1]

المطلب الثاني: تمييز صفقة الأشغال العمومية عن غيرها من الصفقات والعقود الإدارية الأخرى:

تبرم الإدارة العديد من الاتفاقات المختلفة سواء في مجال الصفقات باختلاف أنواعها و العقود الإدارية الأخرى ، مما يجعل التمييز بينها وبين صفقة الأشغال العامة وهذا ما سنتطرق له من خلال فروع هذا المطلب :

الفرع الأول: تمييزها عن غيرها من الصفقات العمومية الأخرى:

في هذا الإطار سنحاول تحديد تمييز صفقة الأشغال عن غيرها من الصفقات العمومية الأخرى المسماة على ضوء القانون23-12 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية والمنصوص عليها بموجب المادة 24 و التي جاءت كالتالي: "يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تبرم صفقة عمومية واحدة أو أكثر بهدف تلبية حاجة معينة.وتشمل الصفقات العمومية إحدى العمليات الآتية أو أكثر:

- **انحاز الأشغال ، اقتناء اللوازم ، انجاز الدارسات ، تقديم الخدمات ".**[2]

---

[1]--المادة 05، من **المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة والمطبقة على الصفقات العمومية للأشغال**، السابق ذكره، ص 08.

[2]- انظر المادة 24، **من قانون الصفقات العمومية 23-12الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية**، السابق ذكره، ص 08.

و على أساس التقسيم المذكور في نص المادة السابقة الذكر، سنقوم بتمييز صفقات الأشغال عن باقي الصفقات في إطار القانون 23-12:

أولا –تمييزها عن صفقة اقتناء اللوازم:

سنحاول في هذا تحديد مفهوم هذه الصفقة بالرجوع إلى تعريفات الفقه الجزائري:

إن الدكتور عمار عوابدي يصفها بأنها :" اتفاق بين شخص من الأشخاص المعنوية العامة وبين فرد أو شركة يتعهدون بمقتضاه تزويد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة للمرافق العامة وتسييرها وذلك بمقابل ثمن معين ، من هذا نستخلص أن هذه الصفقة موضوعها منقولات مواجهة لتلبية حاجات المرافق العامة ، أي لها خصوصية كونها موجهة للنفع العام ، و تلبية حاجات متصلة بنشاط الإدارة خصوصا .[1]

– **أما تشريعيا** : فبالرجوع إلى المادة 26 من قانون 23-12 السالف الذكر فإنها تنص على أن تهدف صفقة اللوازم إلى اقتناء آو إيجار أو بيع بالإيجار، بخيار أو بدون خيار شراء من طرف المصلحة المتعاقدة لعتاد أو مواد مهما كان شكلها موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى متعامل اقتصادي .

ويعتمد المشرع الجزائري هنا في تمييز صفقة الأشغال عن اللوازم من حيث أولا قيمة الأشغال واللوازم التي تقوم عليها الصفقة في المادة 26 /3 من القانون 23-12 المؤرخ في 5 غشت 2023 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية كالأتي: إذا كانت أشغال وضع وتنصيب اللوازم مدرجة ضمن الصفقة

[1]–عمار عوابدي، **القانون الإداري، النشاط الإداري**، الجزء الثاني، د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص 95 .

العمومية وكانت مبالغها اقل من قيمة هذه اللوازم فان الصفقة العمومية تكون صفقة لوازم، ويستخدم المشرع هنا معيار تقليدي، وهو معيار اقتصادي.[1]ما يمكن استنتاجه في التمييز بين الصفقتين:

-أن صفقة الأشغال العامة يكون محله دائما عقار يظهر ذلك من خلال أن يتعلق الأمر بمشروع إنجاز طريق عام أو جسر أو مجموعة سكنات أو يتعلق بترميم أسقفها أو جدرانها.[2]

ولا شك أن لهذا العقد بالذات من العقود الإدارية وثيق الصلة بفكرة التنمية المحلية والوطنية أيضا فإذا أعلنت السلطات العمومية مثلا أنها ستفك العزلة عن بعض المناطق وتمد شبكة المواصلات أو أنها تعد لانجاز مجموعة سكنات في مدة معينة ، أو أنها تعلن عن إنشاء مدن جديدة فإن تنفيذ سائر هذه البرامج الاستثمارية يجسد ميدانيا عن طريق عقد الأشغال العامة.

وفي المقابل إن عقد اقتناء اللوازم يرد على منقولات إذ لا يمكن تصور أن يرد هذا العقد بأي حال من الأحوال على عقارات فيرد مثلا على البضائع أو مواد البنزين المنتجات الغذائية و المنقولات ، و لا تكون محددة حصرا فهي تشمل كل شيء منقول يدخل في دائرة التعامل ابتداء من الأدوات المكتبية كالأقلام إلى الأدوات الطبية في المستشفيات و الكهربائية ، و صفة المنقول هي ما يميزها عن صفقة الأشغال .[3]

ويلتزم في هذه الصفقة المورد بتلبية الحاجات المتصلة بنشاط المرفق لدى مورد ، يعطينا نتيجة أن هناك أهداف مختلفة لصفقة الأشغال واللوازم فهي تمتاز بخاصية ألا وهي أنها تساهم غالبا في زيادة الذمة المالية للمصلحة المتعاقدة صاحبة المشروع على عكس صفقة وان تعلق موضوعها بترميم أو صيانة عقار فهي لا

---

[1]-انظر المادة 26 ، **من قانون الصفقات العمومية23-12 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية**، السابق ذكره، ص 09.

[2]-عمار عوابدي، **المرجع نفسه**، ص 96.

[3]-عمار بوضياف، **المرجع السابق**، ص 178-179.

تزيد في الذمة المالية للمصلحة صاحبة المشروع كما تعرف صفقة اقتناء اللوازم أنها من عقود البيع التي تبرمها الإدارة بهدف الحصول على منقولات .[1]

ثانيا – تمييزها عن صفقة تقديم الخدمات:

أولا يجب تحديد مفهوم صفقة تقديم خدمات بالرجوع للتعريف الفقهي التالي:

إن الدكتور عمار بوضياف عرف صفقة تقديم الخدمات على أنها "اتفاق بين الإدارة المتعاقدة وشخص خاص أخر معنوي أو طبيعي بقصد توفير خدمة معينة لإدارة المتعاقدة تتعلق بتسيير المرافق نظير مقابل مالي مقابل أتعابه "وتختلف الخدمات حسب حاجات الإدارة المتعاقدة التي تحدد مسبقا وفق طرق إبرام وقواعد تنظمها.[2]

أما بموجب قانون 23-12 " في المادة28 بأنها:" تعتبر صفقة عمومية للخدمات عندما لا ينصب موضوعها على الأشغال واللوازم أو الدارسات".

وأيضا المادة2/26 نصت على انه "و إذا اقترن الإيجار بتقديم خدمة، فان الصفقة العمومية تكون صفقة خدمات ".وهنا يمكننا أن نستنتج الفرق بين صفقة الأشغال والخدمات فلأشغال تنصب على عقار دائما ومحل العقد الذي ينصب على إنجاز مرافق خاصة بالهيئات العمومية ومرافق مخصصة للمواطنين وتستعمل من طرفهم كبناء مدارس، مستشفيات عامة،إنشاء وتعبيد الطرقات العمومية بينما الخدمات هي انجاز خدمات معينة للإدارة كعقود النقل أو الفندقة، أو الإطعام أيضا من خلال العتبة المالية خص المشرع الجزائري عقد

---

[1]– محمد بعلي الصغير، **المرجع السابق**، ص 23 .

[2]– عمار بوضياف، ، **المرجع السابق** ، ص83.

الأشغال بالرجوع لمادة 13من المرسوم 15-247 الذي حدد عتبة الأشغال العامة بما يفوق 12 مليون دينار جزائري بينما صفقة الخدمات6 ملايين دينار جزائري. [1]

ثالثا – تمييزها عن صفقة انجاز دراسات:

يعتبر عقد الدراسات في منطلق القانون الجديد 23-12 السالف الذكر، في المادة27 على أنها:" تعتبر صفقة عمومية للدراسات إلى انجاز خدمات فكرية وهو محاولة من المشرع لتوحيد التصور والمصطلحات، وما يتبعه من توحيد على المستوى العلمي أو التطبيقي. وهذه خطوة نباركها لمقاصدها الموضوعية والنبيلة."[2]

والمرسوم الرئاسي 236/10الملغى دل على نفس التوجه فتم التطرق لعقد الدارسات وجوده في المادة4 والمادة13 [3]، منه كذلك ذكره المرسوم الرئاسي15-247في محاولة تعريف صفقة الدراسات وتحديد موضوعها لتبين الهدف من عقد الدراسات له في نص المادة10/29: " تهدف الصفقات العمومية للدراسات إلى إنجاز خدمات فكرية".[4]

---

[1]-- انظر 26 ، **من قانون الصفقات العمومية 23-12 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية**،السابق ذكره، ص 9، 8.

[2]- انظر المادة27،**من قانون الصفقات العمومية الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية** ،السابق ذكره ، ص 9.

[3]-انظر المادة04 و 13، من **المرسوم الرئاسي، 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية**، المؤرخ في 7 أكتوبر 2010، ج.ر عدد 58، الصادرة بتاريخ8اكتوبر 2010، ص 5، 9.

[4]-انظر المادة29 فقرة 10، **من المرسوم الرئاسي 24715 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام**، السابق ذكره، ص 09.

ومن خلال عرض تعريفات الإطار القانوني وتعريف الفقه، يمكن استنتاج أن صفقات الدراسات ترتكز على التصميم الكلي أو الجزئي لمشروع بحسب طبيعة الهدف، ومراقبة إنجاز ما تم تصميمه ومساعدة صاحب المشروع بينما صفقة الأشغال تهدف إلى قيام مقاول ببناء تجديد وصيانة أو تهيئة أو ترميم أو إصلاح أو هدم منشاة أو جزء منها أو التجهيزات المرتبطة بها والمنشاة هي مجموعة من أشغال البناء أو الهندسة المدنية نتيجتها القيام بوظيفة اقتصادية أو تقنية بمعنى أن المشرع ميز بين صفقة الدارسات وصفقات الأشغال العامة في التعريف من حيث الأهداف.[1]

الفرع الثاني: تمييزها عن غيرها من العقود الإدارية الأخرى:

سنتناول هنا تمييز صفقة الأشغال العمومية عن باقي العقود الإدارية الأخرى ولا سيما عقد العمل واتفاقية تفويض المرفق العمومي وعقد الشراكة العمومية الخاصة:

أولا – صفقات الأشغال و اتفاقية تفويض المرفق العمومي:

وعرفتها لمادة207 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر بأنه: " يمكن للشخص المعنوي الخاضع للقانون العام المسئول عن مرفق عام أن يقوم بتفويض تسيره إلى المفوض له وذلك ما لم يوجد حكم تشريعي مخالف ويتم التكفل بأجر المفوض له بصفة أساسية من استغلال المرفق العام. تقوم السلطة المفوضة التي تتصرف لحساب شخص المعنوي الخاضع للقانون العام بتفويض تسيير المرفق العام بموجب اتفاقية.[2]

---

[1]– محمد الصغير بعلي، **المرجع السابق**، ص42.

[2]–انظر المادة207، **من المرسوم الرئاسي 247/15 'المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام**، السابق ذكره، ص 46.

كما عرفته المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المرفق العام بأنه "يقصد بتفويض المرفق العام، في مفهوم هذا المرسوم، تحويل بعض المهام غير السيادية التابعة للسلطات العمومية، لمدة محددة إلى المفوض له المذكور في المادة4 من نفس المرسوم بأنه "يمكن للجماعات الإقليمية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها، والمسؤولة عن مرفق عام، التي تدعي في صلب النص "السلطة المفوضة".[1]

.يتبين مما تقدم بأن تفويض المرفق العام هو عقد إداري، يسمح بتفويض تسير مرفق عام لشخص معنوي عام أو خاص، والانتقال من طريقة الإدارة المباشرة إلى طريقة غير مباشرة في الإدارة لتسير المرفق العام.[2]

أما صور عقد تفويض المرفق العمومي فهي:

تتعدد صور عقد تفويض المرفق العام فهناك الإيجار، التسيير، الوكالة المحفزة و عقد الامتياز.

ونصت على الامتياز في المادة 1 من المرسوم 18-199 " انه الشكل الذي يتعهد من خلاله السلطة المفوضة للمفوض له انجاز منشئات، أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة مرفق عام واستغلاله، وإما تعهد له فقط استغلال المرفق العام يستغل المفوض له في هذه الحالة المرفق العام على حسابه وعلى مسؤوليته، تحت رقابة جزئية من طرف المصلحة المفوضة ويمول المفوض له بنفسه الانجاز واقتناء الممتلكات ضرورية واستغلال المرفق العام. ولا تتجاوز مدة الامتياز 30 سنة كحد أقصى.

---

[1]-عبد الصديق شيخ ،**(أشكال تفويض المرفق العام فيظل المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام)**، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، ،جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، الجزائر، العدد02، 2020، ص 199.

[2]انظر المادة 1 **من المرسوم التنفيذي 18-199 لمؤرخ في. 2 أوت 2018 يتعلق بتفويض المرفق العام**، ج ر العدد 48، الصادرة بتاريخ2018، ص05.

-الإيجار م 54 من المرسوم التنفيذي 18-199: والشكل الذي تعهد من خلاله السلطة المفوضة للمفوض له لحسابه مقابل إتاوات سنوية يدفعها له، مع تحمل المخاطر وتحت رقابة جزئية من السلطة المفوضة. [1]

-الوكالة المحفزة مادة 55 من مرسوم 18-199 /: من الطرق الحديثة في تسيير المرفق العمومي لا يتحمل فيه المفوض المخاطر تمول السلطة المفوضة بنفسها المرفق العام وتحتفظ بإدارته، ورقابته الكلية مع دفع اجر المفوض له في شكل منحة، تحدد بنسبة مئوية من رقم الأعمال تضاف إليه منحة الإنتاجية وعند الاقتضاء حصة من الأرباح كما تحدد السلطة المفوضة بالاشتراك مع المفوض له، التعريفات التي يدفعها مستعملي المرفق العام يحصلها لصالح السلطة المعنية.

- أما التسيير المادة56 من المرسوم 18-199: تعهد من خلاله السلطة المفوضة تسيير المرفق العام أو صيانته بدون أي خطر يتحمله المفوض، ويستغل المرفق العام لحساب السلطة المفوضة.

من هذا نستنتج أن أول معيار للتمييز الرئيسي بينه وبين الصفقة العمومية للأشغال يكمن في موضوع العقد ففي الصفقات العمومية هي الوسيلة لضمان تنفيذ الخدمات العمومية، أما بالنسبة لتفويض المرفق العمومي فان مسؤولية الخدمة تقع على عاتق المتعاقد الذي يتعامل مباشرة مع المنتفعين من المرفق العمومي

وأما المعيار الثاني يتمثل في المقابل المالي، ولا تعتبر عقود تفويض المرفق العمومي العقود التي يكون فيها المقابل المالي للمتعاقد مع الإدارة غير مضمون من نتائج الاستغلال التفويض المرفق العمومي، وبالتالي فان في اتفاقية تفويض المرفق العام يتلقى المفوض له عائده المالي من الحواصل المرتبطة مباشرة بالاستغلال المرفق، ويختلف الأمر بالنسبة للصفقة التي تساهم الجماعة العمومية بنسبة معينة في عملية الاستغلال ،

[1]-حسام الدين بزكيبة، **(تفويض المرفق العام مفهوم جديد ومستقل في إدارة المرافق العامة)**، مجلة المفكر_، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، المجلد 14 ، العدد 02، ص16.

فسعر الصفقة العمومية يعرف بأنه "المقابل المادي لخدمة معينة العمومية هو المقابل المالي الذي تدفعه المصلحة المتعاقدة للمتعامل المتعاقد معها في مقابل الخدمات، مما لابد تميزه على الإتاوة التي يتقاضاه صاحب الامتياز من المنتفعين من خدمات المرفق العام. [1]

و النظام القانوني المطبق يختلف في صفقات العمومية للأشغال يطبق عليه قانون الصفقات العمومية المعمول به أما اتفاقيات الأخرى تطبق عليها أحكام الخاصة لكل ميدان، وحسب طبيعة النشاط الشخص العمومي إذا كان مرفق إداري أو صناعي، فمثلا بالنسبة لتوزيع الغاز فيخضع إلى أحكام خاصة تختلف عن التطهير مثلا. وتختلف أيضا من حيث إجراءات الإبرام والوثائق المكونة لها ففي اتفاقية تفويض المرفق العمومي فالمفوض له يخضع لدفتر الشروط نموذجي يصدر عن طريق التنظيم مما يجعلها ذو طبيعة تنظيمية، أما صفقات العمومية للأشغال فهي تخضع لدفتر الشروط له طبيعة خاصة. [2]

ثالثا – صفقات الأشغال والشراكة العمومية الخاصة:

قد لجأت الجزائر إلى اتفاقيات أخرى تعرف باتفاقيات الشراكة العمومية الخاصة وميول السلطات العمومية إلى هذا النوع يرجع أساسا إلى تحسين نجاعة نفقات الحكومية وهذا بتكليف القطاع الخاص الأخذ على عاتقه التزامات التي هي في الأصل تضمن من طرف القطاع العام، إن الرقابة التكاليف الاستغلال والاستثمار وتعتمد على التزامات تتمحور حول (لا خدمة لا دفع) وحسب تحديد الإجراءات المناقصة الشفافة من اجل تحسين مردودية وضبط شرعية المشاريع. [3]

---

[1]––عبد الصديق شيخ، **المقال السابق**، ص200.

[2]– انظر المواد 54، 55، 56 **من المرسوم التنفيذي 19–199 الذي يتعلق بتفويض المرفق العام**، السابق ذكره، ص 10.

[3]–كمال سي محمد، **(إمكانية تطبيق عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص)**، مجلة الاقتصاد الصناعي، العدد 01، 2020، ص 141.

و من أشكال الشراكة العمومية الخاصة التي لجأت أليها الجزائر نجد البوت T.O.B هو وسيلة اتفاقية لتحقيق المشاركة بين الدولة أو السلطة الإدارية منها والقطاع الخاص، في تمويل وإنشاء البناء التحتية والمرافق، وإفساح المجال للقطاع الخاص للمساهمة في تطوير الاقتصاد الوطني وتخفيض العبء المالي والإداري عن الميزانية العمومية، مما يمكن الدولة أو الحكومة من القيام بالاستثمارات الإستراتيجية المطلوبة في الخدمات الأساسية التي لا يستطيع القطاع الخاص القيام بها.[1]

.ويساهم السعر في الحدود الفاصلة لتصنيف العقود الإدارية فهو المعيار الأساسي لتمييز الصفقات العمومية عن باقي العقود الإدارية الأخرى، خاصة امتياز تسيير المرافق العامة الذي يؤجر فيه المتعاقد بناء على الإتاوات التي يتلقاها من الجمهور، فعلى الرغم من أن معيار العقد الإداري قد بلغ درجة كبيرة من الوضوح والتطور، إلا انه ما زال من المواضيع الأكثر مرونة والتي يثور حولها الكثير من الجدل والاختلاف، لان هذا التمييز يرتب نتائج جوهرية وكذلك يظهر من خلال دفتر الشروط كونها تخص العقود الإدارية هو دفتر الشروط النموذجي ذاو طبيعة تنظيمية محض، أما في الصفقات العمومية فتمثل دفاتر الشروط تعبيرا عن إرادة الأطراف.

[2]

و وجود شرط أساسي وهو اقتسام المخاطر بّين الطرفين، القطاع العام والقطاع الخاص على حد سواء، ومنها الصعوبات التقنّية المتعلقة بالبناء، الآثار الناجمة عن تعدّيل القانونً، الاضطرابات، تذبذبات أسعار السوق، عدم قدرة المقاول على إنجاز المشروع بينما كما نعرف أن صفقة الأشغال إعادة التوازن المالي فيها يعود إلى اقتسامه بين الطرفين على أساس نظريات فعل الأمير أو القوة القاهرة تذبذب الأسعار، وحتى الظروف الاستثنائية

---

[1]– الدكتورة سعاد الشرقاوي، **العقود الإدارية**، د.ط، دار النهضة العربية ،القاهرة ،مصر ، 2010، ص66.

[2]–صافة خيرة، **(الإطار القانوني للشراكة بين القطاع الخاص والعام في التشريع الجزائري)**، مجلة الباحث للدارسات الأكاديمية، العدد 02، الجزائر 2020، ص 740.

وحتى الصعوبات المادية غير المتوقعة (ما سندرسه في الفصل الثاني) وهي نقطة جوهرية فاصلة بين الصفقة وعقود الشراكة العمومية الخاصة "ppp " ،من ناحية المقابل المالي أيضا في تلقى المتعاقد مع القطاع العام مقابل مالي حسب الأهداف والنتائج المتحصل علّها، بينما صفقة الأشغال العامة المقابل المادي متفق عليه في العقد مسبقا والإدارة ملزمة بدفعه.[1]

المبحث الثاني: مفهوم إعادة التوازن المالي:

قد ينجم عن تنفيذ الصفقة العمومية وقائع وأحداث ، من شانها إرهاق المتعامل المتعاقد تؤثر على مركزها المالي، وهو ما يعطيه حق المطالبة بإعادة التوازن المالي حتى لا يتحمل العبء الذي لم يكن موجود وقت إبرام الصفقة، والاعتراف له بهذا الحق يجعله في مركز من خلاله يستطيع تنفيذ التزاماته و كي يضمن حقه من جانب ويحافظ على التوازن المالي للعقد المبرم للصفقة وعليه تم تقسيم هذا المبحث إلى مطالبين نتناول فيهما تعريف إعادة التوازن المالي كمطلب أول ومن جهة أخرى الأساس القانوني لإعادة التوازن المالي كمطلب ثاني.

المطلب الأول:تعريف إعادة التوازن المالي :

قد تقع أحداث غير متوقعة عند تنفيذ الصفقة بصورة تكون معها مواصلة انجاز الصفقة وإتمامها مرهقة جذا بالنسبة للمتعامل المتعاقد مما يجعله في صفقة الأشغال العامة في صعوبات مالية تهدد التوازن المالي و

[1]– جوادي نبيل، **دفاتر الشروط في القانون الإداري الجزائري (دراسة متعلقة بعقود الإدارة)**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الإدارة والمالية،الجزائر، 2013، ص 206.

سنتطرق هنا لتعريف إعادة التوازن المالي في الفقه كفرع أول وتعريف إعادة التوازن المالي في القضاء كفرع ثاني:

الفرع الأول: تعريف إعادة التوازن المالي في الفقه:

يعد إعادة التوازن المالي للعقد من الخصائص المميزة للصفقة العمومية، فهو حق أساسي للمتعاقد ويمثل امتداد طبيعي لحقه الثابت والأصلي المتفق عليه في الصفقة، ولذا سنتناول دور الفقه في توضيح هذا المصطلح الهام في صفقة الأشغال العامة:

أولا – الفقه الفرنسي:

يعرف التوازن المالي للعقد بأنه المساواة ما بين النفقات والإيرادات، مع احتساب هامش ربحي ملائم يكون هو السبب من وراء إرضاء المتعاقد ففي كثير من الأحيان يتم إبرام صفقة أشغال وتبدأ عملية التنفيذ وتنتهي دون أن يصاحب ذلك أي خلل لا من جهة الإدارة و لا من جهة الملتزم أو من كليهما، وهذه الحالة ليست المعتادة أو الطبيعية في جميع الحالات قد يمر العقد أثناء مرحلة التنفيذ بالعديد من الظروف أو المخاطر التي تمنع السريان العادي لها و تعتبر مشكلة التنفيذ خاصة إذا لا يمكن لأي من الطرفين أن يضمن ظروف تنفيذ الصفقة.

إن التزامات المتعاقد و حقوقه مهمة كي يستمر في تنفيذ الصفقة و تؤثر الظروف في نظام الصفقات ، والجدير بالذكر أن اتصال الصفقة بنشاط مرفق عام يفسر ضرورة وجود توازن مالي يعد مظهرا من مظاهر تمييز العقود في القانون الإداري بصفة عامة، وهو الأمر الذي يحرك العقد الإداري حركة ديناميكية عكس العقد المدني الذي يمتاز بثباته واستقراره.

و لان صفقة الأشغال تهدف إلى إشباع الحاجات العامة بينما المتعامل الاقتصادي يهدف إلى تحقيق الربح ، فإذا حال بينه وبين تحقيق المصلحة الخاصة إجراءات اتخذتها الإدارة المتعاقدة أو فرضتها ظروف أو صعوبات جعلت تنفيذ التزاماته التعاقدية عسيرا و مكلفا بصورة فاقت إمكانياته، كان على المصلحة ضمان التوازن المالي تحقيقا لفكرة التناسب بين التزاماته المتعاقد وحقوقه، حتى يمكنه تنفيذ الصفقة على النحو المتفق عليه،[1] فتتدخل المصلحة المتعاقدة على الرغم من أنها لم ترتكب أي خطأ، فأساس مسؤوليتها اعتبارات العدالة، فضالا عن مقتضيات المصلحة العامة التي تستلزم معاونة المتعاقد مع الإدارة لضمان استمراره في الوفاء بالتزاماته التعاقدية، الذي سيؤدي إلى ضمان حسن سير المرفق العام بانتظام في أداء خدماته للجمهور.

أما الفقيه بيكينوا فذهب إلى أن التوازن المالي هو وضع نسبة حسابية دقيقة بين التزامات المتعاقد فإذا فرضنا أن حقوق المتعاقد عند الإبرام تساوي(ا)،زان التزاماته تساوي (ب)، فان نسبة حقوقه بعد الزيادة أو النقصان تتحول إلى (ا) و(ب)، بحيث تتعادل الحقوق والالتزامات الجديدة مع الحقوق والالتزامات المنصوص عليها في العقد تصبح المعادلة كالتالي[2]: ا/ب عند الإبرام، ا/ب أثناء التنفيذ قصد ما قاله الفقيه "بيكينوا" على نظرية التوازن المالي للعقد كما يراها، بأنها ذلك التوازن الحسابي الجامد بين حقوق والتزامات المتعاقدين.

في حين أن فكرة التوازن المالي للعقد تعني التعادل أو التوازن النسبي بين حقوق والتزامات الطرفين المتعاقدين هذا من جهة، ومن جهة أخرى هي فكرة مفترضة في كل عقد إداري لصلة الوثيقة بينهما هذه الصفقات وبين المرافق العامة.

[1] –محمود خلف الجبوري، **العقود الإدارية**، د.ط ،دار الثقافة،عمان، 2010، ص 552.

[2] –سليمان الطماوي، **المرجع السابق**، ص 555.

لذلك أن ما يؤخذ على هذا الرأي انه يفسر فكرة التوازن المالي للصفقة نفسها إذا كانت التزامات المتعاقد قد تزيد أو تنقص ، وهي سلطة ممنوحة للإدارة لذا وجب على الإدارة المساواة بين الحقوق والالتزامات للمتعاقد معها خاصة التوازن المالي في ظل الظروف الخارجة عن إرادتيهما .[1]

وأيضا قضى فقهاء آخرون بان فكرة التوازن المالي تفسر تفسيرا حرفيا بان فكرة هو التعويض الذي يقضي به القاضي للمتعاقد [2]، مع الإدارة وهذا الرأي، يقوم على العدالة وصالح المرفق العام الذي تجسده نظرية التوازن المالي للعقد، حيث إن هذا الأساس الذي يتمثل في مظاهر وقائية وتنظيمية، إذ أن الإدارة في سعيه إلى تحقيق سياسة واقعية في علاقتها مع المتعاقدين معها يجب أن تضمن لهم المساعدة .

ذلك لان المتعاقد الذي يرى نفسه مهدد بالانهيار حالة تنفيذه للعقد تنفيذا سلميا، سيسعى جاهد بكل الوسائل الممكنة إلى تخفيض ذلك العجز مما ينعكس سلبا على السلعة أو الخدمة العقد لان عدم تامين المتعاقدين مع الإدارة لا يدفعه للتعاقد، هذا يعني عدم ضمان التوازن المالي للصفقة ضد المخاطر السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

يجعل المتعاقدون الأكفاء ماليا وفنيا يحجمون عن التعاقد مع الإدارة ملزمة على تحقيقها على خير وجه فهدف الإدارة المتعاقدة معها مشترك أو واحد هو تسيير المرفق العام على وجه مرض، فالإدارة لا تضارب لأنها شريك معاون للمتعاقدين معها وليست خصما لهم، لذلك يجب ألا تتمسك حرفيا بدفتر الشروط وتترك المتعاقد وحده

---

[1]– محمود خلف الجبوري، **المرجع السابق**، ص 554.

[2]– مال الله جعفر عبد الملك الحمادي ، **(حقوق وضمانات المتعاقد مع الإدارة (دراسة مقارنة)**، الطبعة الأولى ، منشورات حلبي الحقوقية ،لبنان، 2014، ص625.

يتحمل المخاطر غير المتوقعة التي قد تنتهي بدماره وقلب التوازن المالي لعقده رأسا على عقب، وبالتالي توقف المرفق، ومصلحتها ليست في ذلك

وفي هذا إذ حال بينه وبين تحقيق المصلحة اتخذت المصلحة المتعاقدة إجراءاتها التي فرضتها ظروف أو صعوبات جعلت تنفيذ التزاماته التعاقدية عسيرة وكلفته بصورة فاقت إمكانيات المتعاقد، هنا تتدخل المصلحة المتعاقدة على الرغم من أنها قد ترتكب أي خطأ، وهذا يعود إلى أن أساس مسؤوليتها هي اعتبارات العدالة ، و ذلك فضلا عن مقتضيات المصلحة العامة تستلزم مساعدة المتعاقد مع الإدارة لضمتن استمراره في الوفاء بالتزاماته التعاقدية. .[1]

أيضا يرى جان ريفور أن نظرية التوازن المالي خطرة وغير صحيحة ويتعين حذفها نهائيا من الصفقات الإدارية وذلك لأنها تفسر بطريقة غير صحيحة حق المتعاقد في التعويض نتيجة تعديل الصفقة المبرمة حيث أن التعويض ما هو إلا نتيجة لازمة سلطة التعديل التي تملكها الإدارة.[2]

أما بالنسبة للفقيه كورنيل انه لا يستطيع احد المتعاقدين بسلطته الخاصة أن يعدل توازن الصفقة وهو حالة العدل التي ارتضاها طرفي الصفقة وهو حق معترف به وفقا القانون.

وفقا للنظريات المعتمدة في تسيير المرافق العامة، وهو اختلال بسبب الإدارة أحيانا بفعل تعديلاته، أو بسبب عقبات مالية آو بسبب عمل الإثراء من طرف المتعامل المتعاقد.

فحق الإدارة بالتعديل هو حق مفترض قيامه في ذهن المتعاقد وبالمقابل تصور تصورا أخر هو أن تعوضه الإدارة عما لحقه من ضرر نتيجة ممارسة هذه السلطة لا ن فكرة التوازن المالي للصفقة من المبادئ الأساسية

---

[1]–ملاني معمر، **الإطار القانوني لطلب العمومي الصفقات العمومية النموذجا**،د.ط، دار الفكر الحديث،الجزائر،2023،ص 150.

[2]–عمار عوابدي، **المرجع السابق**، ص 544.

والتي تستند لاعتبارات العدالة وكفالة حسن سير المرافق العامة باستمرار بدلا من إرهاق المتعامل مع الإدارة وخسارته لأنها تؤثر سلبا على إنشاء المرافق وكذا تسييرها.

وأيضا يقول في هذا المفوض ليون أن التوازن الاقتصادي للصفقة : " هو إعمال السلطة مانحة الالتزام لسلطتها في التدخل و يؤدي إلى إحداث اضطراب في التوازن بين الحقوق والأعباء فليس ثمة ما يمنع الملتزم بان يرفع المتعاقد دعوى أمام القضاء مثبتا أن تدخل الإدارة رغم كونه مشروعا بذاته وملزما له قد ألحق به ضرر يجب التعويض عنه ".[1]

اماالفقيهde Soto يرى تواجد القاعدة الإدارية المسماة بالمحافظة على التوازن المالي للصفقة والتي بموجبها إذا اختل التوازن بفعل الإدارة أو لظرفٍ استثنائي قاعدة جوهرية تقضي بدفع تعويض للمتضرر لان المحافظة على هذا التوازن يشكل قاعدة جوهرية لنظرية العقود الإدارية.

أما أندري دولبيادير فهو ينكر فكرة المعادلة الحسابية التي نادى بها الفقيه بيكينوا و في رأيه أن التوازن المالي هو التوازن الشريف بين الحقوق والالتزامات و في حال تغير تلك الالتزامات والأعباء بالزيادة أو النقصان يجب التعويض

في حين ينظر الأستاذ Lorensبان التوازن المالي لا يمكن إعماله إلا في حالة غياب الاتفاق بين الطرفين أو لجبر الظروف الطارئة من جهة أخرى ، و يلاحظ أن التوازن المالي من سلطات المتعاقد مع الإدارة

[1]– إسماعيل البحري، **الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر**، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق الجزائر 01 ،الجزائر، 2015، ص 85.

وحقه أن يعوض على مقتضاه ويوزن بين الحقوق و بين الالتزامات التي تفرضها الإدارة و معنى دلك أن صفقة الأشغال قائمة على الفوائد التي يجنيها المتعاقدين .[1]

كما يعتبر المحرك الذي يدفع للتعاقد مع الإدارة وحفاظا على حقوق المتعاقد المالية، فقد يمر الصفقة خلال مراحل تنفيذها بالعديد من الظروف والمخاطر التي تعوق السريان الاعتيادي له وحب مراعاتها كحق التوازن المالي وان يهتدي بها القاضي الإداري في تقدير التعويض.

كما هناك من يرى أن فكرة التوازن المالي هي حق يقوم عليه التعويض ، ومن الحقوق المعترف بها تشريعيا وفقهيا فوجب مراعاتها ويؤسس لفكرة النظريات التي تقوم عليها حالة الاستعجال أيضا هي من بين الحقوق والضمانات المالية المكفولة بموجب عدة وانين وحتى في مجال الأنظمة المقارنة . [2]

في حين يرى البعض الأخر فكرة التوازن حق أساسي يفسر فكرة التعويض (ما سندرسه لاحقا) إذن فكرة التوازن المالي هي مجرد توجيه عام للإدارة كي لا تزيد للمتعاقد التزامات أخرى. [3]

وفكرة التوازن المالي لصفقة الأشغال، تعد سببا لتعويض المتعاقد نظرا للارتباط الوثيق بين حقوقه والتزاماته كمتعاقد، في جميع مراحل الصفقة ففي مرحلة التنفيذ قد يتصادف المتعاقد مع اختلال اقتصادي للصفقة فيتفق الطرفان المتعاقدان.[4]

ثانيا- الفقه الجزائري:

---

[1]- إسماعيل البحري،**المذكرة السابقة**، ص 86.

[2]- عمار عوابدي، **المرجع السابق**، ص 88.

[3]- سليمان الطماوي، ،**المرجع السابق** ، ص 654.

[4]-وليد شريط، **(التسوية المالية للصفقة العمومية)**، مجلة الواحات للدارسات والبحوث، العدد 02، 2020، ص 05.

يعرف الأستاذ محمد الصغير بعلي التوازن المالي بأنه: " هو أن تطرأ أحداث ووقائع أثناء تنفيذ الصفقة بصورة تكون فيها استحالة مواصلة المتعاقد انجاز الصفقة وإتمامها يكون مرهق للمتعامل المتعاقد، كأن ترفع أسعار البناء بصورة كبيرة وغير متوقعة مما يجعل المقاول في صفقة الأشغال العامة في صعوبات مادية تهدد التوازن المالي للصفقة، فان الآمر يستلزم تدخل الإدارة المتعاقدة لتدعم ماليا المتعاقد معها تنفيذ الصفقة تترتب عليه مجموعة من الالتزامات و الحقوق التي تشمل أطراف العقد فرغم كون الإدارة تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة إلا أن هذا لا يجب أن يكون على حساب حقوق المتعاقد معها وإلا فله الحق في اللجوء إلى القضاء الإداري حيث تكون الإدارة ملزمة بإعادة "التوازن للصفقة" [1]

أما الدكتور سليمان الطماوي يرى أن إعادة التوازن المالي في الصفقة لا يعني وضع نسبة حسابية صارمة بين الحقوق والالتزامات وإنما يقصد بها مرونة التزامات المتعاقد تقتضي مرونة حقوقه في المواجهة نحو الإدارة، فما دامت الالتزامات قابلة للزيادة والنقصان فيجب أن يكون هذا هو شان الحقوق المقابلة لها وهذا ما يعبر عن التوازن المالي العادل بين الالتزامات والحقوق .

وذلك لأنه كما نعلم أن هدف المتعاقد من التعاقد مع الإدارة إلى الحصول على المقابل المادي فإن حقه على ذلك لا يتضمن ما ورد في الصفقة المبرمة فقط، وإنما قد يشمل مدفوعات أخرى تكون مبنية على أسباب وشروط معينة منها ما يتعلق بتصرف جهة الإدارة كتعديل في طريقة التنفيذ أو زيادة في الأعباء.

وباعتبار أن المتعامل المتعاقد قد تعترضه ظروف خارجة عن إرادته لم تكن متوقعة أثناء إبرام الصفقة، فتؤدي إلى جعل الوفاء بالتزاماته التعاقدية من الأمور المرهقة له، بالنظر إلى تسببها في زيادة الأعباء المالية المتعلقة بتنفيذ الصفقة بشكل جسيم، لذا من الأهمية إفادته من حيث التوازن المالي للصفقة، و خلال تمكينه من

[1] –محمد بعلي الصغير ، **المرجع السابق** ، ص 8.

تعويضات كاملة أو جزئية لقاء استمراره في تنفيذ موضوع الصفقة، والشك في أن إقرار هذا الضمان لم يكن لأجل المتعامل المتعاقد في حد ذاته وإنما من أجل ضمان استمرار حسن سير المرافق العامة.

وغالبا ما يكون المتعامل المتعاقد أمام هذه الوضعية نتيجة إجراءات اتخذتها المصلحة المتعاقدة وأثرت مباشرة على التوازن المالي للصفقة، أو نتيجة إجراءات عامة اتخذتها السلطات العامة دون أن تكون الصفقة هي المقصودة بالذات بتلك الإجراءات، كما قد يكون نتيجة ظروف اقتصادية أخرى بحسب الأحوال **(سنتطرق له في الفصل 2)**، و قد انتهج الفقهاء الجزائريين ما أقره القضاء الإداري في هذا الشأن، وأكد على حق المتعامل المتعاقد في ضمان التوازن المالي للصفقات العمومية تصريحا وتلميحا **(وسنعترضه في الفصل الثاني)**.[1]

وان ما يصبو له إعادة لتوازن المالي بين الأعباء التي تثقل كاهل المتعامل و المزايا التي يستأثر بها إلا أن ذلك لا يكون بصورة تلقائية من خلال العديد من الشروط والإجراءات، حيث يثير منح المتعاقد التعويض بحالة تدخل الإدارة إلحاق ضرر بالمتعاقد يجب حل المسالة من خلال التعويض المناسب الذي يساعد المتعامل .[2]

ففكرة التوازن المالي هي المساواة ما بين النفقات و الالتزامات و احتساب هامش ربحي ملائم يكون هو السبب وراء إرضاء المتعاقد ، ففي كثير من الأحيان يبرم صفقة وتبدأ عملية التنفيذ دون أن يصاحب ذلك أي خلل لا من جهة الإدارة و لا من جهة الملتزم أي من كليهما، وهذه الحالة ليست هي الطبيعية لان عادة ما تمر الصفقة بظروف أثناء التنفيذ .

---

[1]– محمد بعلي الصغير، **المرجع السابق**، ص 88.

[2]–رياض إلياس عيسى الجريسات، **نظرية التوازن المالي للعقد الإداري دارسة مقارنة**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق جامعة عين شمس، مصر ، 2007، ص 12.

ضمان حقوق المتعاقد هذا كي يستمر في تنفيذ الصفقة ، و الظروف المفاجئة تعد مظهرا من مظاهر الصفقة في القانون الإداري بوجه الخصوص. [1]

وهو الأمر الذي يحرك الصفقة العمومية حركة ديناميكية عكس العقد المدني ، كما يعتبر هذا الحق من أهم حقوق المتعاقد و ذلك لكون المتعاقد إنما يهدف قبل كل شيء إلى تحقيق منفعة مادية تتمثل في الربح والذي يتجسد في شكل المقابل النقدي له صورا متعددة وفقا لطبيعة الصفقة فقد يكون عبارة عن ثمن بالنسبة لصفقة اللوازم أو الأشغال العامة . [2]

الفرع الثاني: تعريف إعادة التوازن المالي في القضاء:

بالرغم من قلة الأحكام والقرارات القضائية في مجال الصفقات العمومية والتي كرست لنا مبدأ التوازن المالي للصفقة العامة و كان القضاء الفرنسي السباق لتجسيد المبدأ و قد واكبها القضاء الجزائري وسايره في الإقرار بهذا الحق و سندرسه من خلال الآتي :

أولا – في القضاء الفرنسي:

كان للقضاء الإداري الفرنسي ممثلا في مجلس الفرنسي سباق في تكريس حق التوازن المالي:

وهذا من خلال القضية المشهورة والتي تعرف بقضية الشركة الفرنسية للعربات للكهرباء بتاريخ 11 مارس 1910، حيث تتلخص وقائع القضية أن الشركة الفرنسية أبرمت عقد امتياز استغلال لخطوط نقل العربات الكهربائية مع الدولة وتحديد ساعات الخدمة وكذا عدد العربات الواجب توفيرها ، وقد حدث وان تزايد عدد

---

[1]– محمد بعلي الصغير، **المرجع السابق**، ص 88.

[2]– سليمان الطماوي ،**المرجع السابق** ، ص 587.

السكان داخل المدينة مما أدى إلى عجز مرفق النقل فتدخل حاكم المقاطعة واصدر أمرا بتحديد ساعات العمل حفاظا على النظام والأمن العام ، مما أدى بالشركة لزيادة العربات لإشباع حاجات الجمهور ورفع دعوى إعادة التوازن المالي باعتبار أن القرار غير مشروع والحق بها ضرر .[1]

ولذا اقر القضاء الفرنسي أن التوازن المالي هو حماية المصلحة العامة عن طريق ضمان استمرار المرافق العامة وحماية المصلحة العامة على حساب المصلحة الخاصة للمتعاقد من الأحداث و الظروف الخارجية التي تؤدي إلى إرهاق المتعاقدين ، وأيضا عدم الاطمئنان في نفوس الأشخاص على مصالحهم المالية إذا ما طرأت ظروف استثنائية على تنفيذ الشروط العقدية .[2]

ومنه نستنتج أن فكرة التوازن المالي هي فكرة منطقية ، ذلك لان اتصال الصفقة بنشاط المرفق العام هو المبرر وراء ضرورة وجود فكرة التوازن المالي والتوازن بين التزامات وحقوق المتعاقد وكي يستطيع تنفيذ الصفقة العمومية .." من هنا يمكن القول بان التوازن المالي للعقد هو التوازن الشريف بين الحقوق والالتزامات وليس التوازن الحسابي بينهما تجسده معادلة حسابية صارمة، وهذه الفكرة تعد سببا لاستحقاق التعويض للمتعاقد في جميع مراحل العقد.[3]

ثانيا – في القضاء الجزائري:

قد ينجم عن تنفيذ الصفقة وقائع وأحداث خارجية تكون غير متوقعة خاصة عند إبرام صفقة الأشغال العامة والتي منها زيادة الأعباء المالية ، لذا يلجا المتعامل المتعاقد لإيجاد الحفاظ عليها وضمان التوازن المالي

---

[1]–كريكو فريال، **(مبدأ التوازن المالي للعقد الإداري في ظل التشريع الجزائري)**، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 01، الجزائر 2023، ص 125.

[2]– سليمان محمد الطماوي، **المرجع السابق**، ص 604.

[3]– كريكو فريال، **المقال السابق**، ص 126.

والاعتراف بحق المتعاقد لتشجيعه على تنفيذ التزاماته فلقضاء الجزائري لم يضع تعريف دقيق لكن اخذ بفكرة التوازن المالي في قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا في 11 ديسمبر 1964 ، حيث تتلخص الوقائع حين أبرمت في بلدية فوكة عقد امتياز الغاز و الكهرباء ، وتوصيل أعمدة كهرباء في حين بلدية فوكة أصدرت قرار ببناء مدرسة في المسار المحدد للخطوط الكهربائية ،[1] هذا ما أدى بالمتعامل إلى تغيير مساره ووجهة الأعمدة ترتب عنه تحمل أعباء مالية إضافية ، مما تسبب في تأجيل تنفيذ الصفقة الأمر الذي أدى به لاستيفاء حقه من خلال اللجوء للقضاء أمام الغرفة الإدارية بالجزائر.

ولقد ذهبت الغرفة الإدارية للأخذ بمبدأ التوازن المالي حيث ذكر في حيثيات الحكم ونظرا لان بناء المدرسة لم يكن متوقع حينها ، فهي تعتبر عملا جديدا يرتب إعادة التوازن المالي للصفقة حتى لو كانت لا تؤثر جذريا على اقتصاديات، فان الإدارة تلتزم بتعويض الشركة، ومن خلال هذا الحكم نخلص إلى أن مبدأ ضمان التوازن المالي في الصفقات العمومية مكفول قضائيا ويمكن القول من خلال مما سبق أن إعادة التوازن المالي هو مبدأ قضائي، ومؤداه إذا ما طرأت أثناء التنفيذ ظروف من شأنها زيادة أعباء على المتعامل و قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب، يجب المساهمة في الحد و التخفيف من الخسائر التي لحقت به وهو من واجب الإدارة المتعاقدة أن تتحمل جزءا مع المتعاقد حتى يرجع العقد توازنه المالي مرة أخرى إذن مبدأ التوازن المالي مبدأ مكفول قضائيا .[2]

---

[1]– عمار عوابدي، **المرجع السابق**، ص 389.

[2]–النوى خرشي، **الصفقات العمومية دارسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية**، د.ط، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر، 2019، ص 338.

المطلب الثاني: الأساس القانوني لإعادة التوازن المالي:

سنتطرق إلى حق إعادة التوازن المالي في الصفقة العامة للأشغال وهذا على ضوء القوانين والتنظيمات المعمول بهما من خلال عرض الأساس القانوني قبل القانون 23-12(كفرع أول) ، والأساس القانوني لإعادة التوازن المالي في ظل القانون 23-12 (الفرع الثاني):

الفرع الأول :الأساس القانوني قبل القانون 23-12:

اقر التشريع الجزائري ولأول في مجال الصفقات العمومية إعادة التوازن المالي بموجب المرسوم رقم 82-145 المتعلق بتنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي في المادة 104 منه ، التي نصت على أنها تسوى الخلافات التي تطرأ أثناء تنفيذ الصفقة ، في إطار الأحكام التشريعية و التنظيمية الجاري العمل بها فمبدأ التوازن المالي بصفة عامة طبقه المشرع الجزائري في العديد من العقود كعقد الامتياز بموجب التعليمة الوزارية الصادرة عن الوزير الأول 842-394 الصادرة بتاريخ 07-12-1994 حيث نصت على مقابل الالتزامات مزايا المنتفعين من الإدارة والتوازن في الحقوق وتعديل الأسعار وقواعد تسيير المرفق العام محل الامتياز، وأيضا التوازن في حالة حدوث أضرار مالية يصعب على المانح له الامتياز أن يتحملها.

وعليه فان المسلم به امن كل إخلال من طرف الإدارة مانحة الامتياز مساسا بتوازن العقد المالي يجعلها تتحمل هذا الإخلال ، لكن حق الملتزم في هاته الحالة مرتبط بضمان سير المرافق العامة بانتظام و استمرارية.

فمن واجبه الاستمرار بتنفيذ الخدمة وإشباع الحاجات العامة للمنتفعين دون توقف و لا يعفى منها الالتزام إلا في حالة القوة القاهرة ، . أو الحادث المفاجئ وهذا أيضا يجعل المشتري العمومي على أية حال ودون المساس بتطبيق هذه الأحكام ، أن يبحث عن حلول ودية خلافا للظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ الصفقة العامة للأشغال

، وبالرجوع إلى أحكام المرسوم الرئاسي 15-247 وبالتحديد نص المادة 153 منه والتي نصت على : " تسوى النزاعات بين الطرفين وديا ".[1] منها أيجاد توازن مالي للتكاليف المترتبة على كل واحد من الأطراف ".

وهذا أيضا كما ورد في نص المادة 99 من المرسوم التنفيذي 91-434 ، وكذا في المرسوم الرئاسي 02-250 في مادته 102 ، والمرسومرقم10-236منخلال المادة 115منه.

إن الظروف التي تطرأ يجب حلها وفقا لأحكام تشريعية وتنظيمية معمول بها للمصلحة المتعاقدة دون المساس بأحكام الفقرات والمواد أعلاه ،إذن المشرع سعى إلى كفالة حق إعادة التوازن المالي للصفقة لصالح المتعامل المتعاقد وجعله من التزامات الإدارة المتعاقدة وهذا بإيجاد سبل الحل الودي للنزاعات المحتملة الوقوع، سعيا منه للتنفيذ الحسن وعلى أكمل وجه للصفقة المتعاقد عليه.

وأيضا بالرجوع لأحكام المادة 9/136 من المرسوم الرئاسي 15-247 نجد أن المشرع قصد الاخلالات المالية والتوازن من الناحية الاقتصادية و عدم الخروج عن ما يعرف بالتوازن المالي للصفقة في مرحلة التنفيذ كما يعد المبلغ النقدي بين الطرفين من الشروط الأساسية للمتنافسين الذي يمنح خلال منح الصفقة .[2]

و غير انه عند وقوع أحداث خارجية عن طرفي العقد قد تؤدي إلى إرهاق المتعاقد يعفى المتعامل من العقوبات المالية إذا لم يكن هو المتسبب فيها ، هذا ما نجد المادة 147 من المرسوم الرئاسي 15-247 نصت عليه

---

[1]-النوي خرشي،**المرجع السابق**، ص 339 -400.

[2]- راضية بن مبارك، **التعليق على التعليمة364/842المتعلقة بامتيازات المرافق العمومية المحلية وتأخيرها**، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر، كلية الجزائر، 2008، ص 07.

يعود القرار بالإعفاء عن العقوبات المالية بسبب التأخير للمصلحة المتعاقدة ويطبق هنا عندما لا يكون التأخير قد تسبب فيه المتعاقد ، و يتسلم في هذه الحالة امرأ بتوقيف الأشغال أو استئنافها.[1]

في حالة القوة القاهرة تعلق الآجال ولا يرتب التأخير فرض عقوبات مالية بسبب التأخير ضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف واستئناف الخدمة التي تتخذها نتيجة ذلك المصلحة المتعاقدة ، وفي كلتا الحالتين يرتب الإعفاء من العقوبات المالية بسبب التأخير هنا تحرر شهادة إدارية

وفي الأخير ومن خلال التنظيمات و القوانين السالفة الذكر نستنتج أن مبدأ التوازن المالي للصفقة في التشريع الجزائري خاصة في مجال الصفقات العمومية يجد أساسها من خلال جملة النصوص التي تم عرضها ، حيث اقر لنا اللجوء إلى الحل الودي لكلا الطرفين لإيجاد التوازن المالي للتكاليف المترتبة لكلا الطرفين هذا يدل على نيته في المحافظة على هذا المبدأ ، و يمكن القول انه يعد بمثابة ضمانة و دافعة للمتعاقدين من اجل التعاقد مع الإدارة خاصة الأكفاء منهم. .[2]

الفرع الثاني: الأساس القانوني لإعادة التوازن المالي في قانون 23-12:

إن الأساس القانوني لإعادة التوازن المالي لصفقة الأشغال العامة في القانون الجديد يمكننا التعرف عليه بالرجوع لنص المادة87 من قانون الصفقات العمومية12/ 23 والتي تنص على ما يلي:

---

[1] بن دعاس سهام ،**حقوق المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية** ، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر ، جامعة عنابة ،الجزائر،2005 ، ص 84.

[2] – انظر المادة، 136، 147، **من المرسوم الرئاسي 247/15 'المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام،** السابق ذكره، ص 11.

" تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة العمومية في إطار أحكام القانون الجزائري ويجب على المصلحة المتعاقدة أن تبحث عن حل ودي لهذه النزاعات كلما كان من شان هذا الحل يسمح بما يلي:

1-إيجاد التوازن المالي للتكاليف المترتبة على الطرفين.

2-التوصل لأسرع حل لإنجاز الصفقة.

3-الحصول على التسوية النهائية وبأقل تكلفة.

4-إدراج المصلحة المتعاقدة في دفتر الشروط اللجوء للتسوية الودية في النزاعات. بذلك قنن المشرع الجزائري إعادة التوازن المالي للصفقة.

وعليه فان المتعامل المتعاقد فإن المشرع حاول كفالة حقه في إعادة التوازن المالي باتخاذ طريق الحل الودي والتزام يقع على عاتق الإدارة وتوخيا منه للتنفيذ الحسن والأكمل للصفقة المتعاقدة عليها من خلال قراءة نص المادة القانوني، نجد أن إقرار بحق المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة في إعادة التوازن المالي للصفقة، كلما حدث نزاع أثناء التنفيذ صفقة الأشغال.

هذا وان كان مصطلح النزاع واسع المعنى، إلا انه يمكن أن يكون أي نزاع محلا لطلب التوازن المالي في الصفقة من طرف المتعامل المتعاقد.

والأكيد أن النزاع المقصود، لا يمكن أن يكون قد نشا نتيجة من خطا من أحد الطرفين، فالوضع تحكمه قواعد وأحكام أخرى، قد تكون من نص المادة أعلاه لان هناك احتمالين لصورة هذا النزاع، يتعلق الأول بان لا دخل لإرادة الطرفين في حدوث هذا النزاع، أو الاحتمال الثاني أن يكون نتيجة عمل مشروع قامت به المصلحة المتعاقدة، سواء باعتبارها طرفا في الصفقة أو باعتبارها سلطة عامة.

فهاتين الصورتين هما اللتين يمكن أن تكون حلا لهذا النزاع الذي يحل وديا حيث يجب أن يراعى فيه التكاليف المترتبة على طرفي الصفقة طبعا بالإضافة إلى أن هذا النزاع لا يكون معه التنفيذ مستحيلا بل مرهق.وهي أخطار وصعوبات تواجه المتعاقد أثناء تنفيذ الصفقة، وتقلب اقتصاديات الصفقة، فإذا اختلت نتيجة خارجة عن إرادته وإرادة المصلحة المتعاقدة، فان هذا الاختلال لا ريب سينعكس بالسلب على المرافق العامة، ولا بد من ضرورة المحافظة على استمرار المرفق العام، فكلما احتاج المتعاقد كلما قدمت الإدارة يد العون للمتعاقد الذي اختل له توازن صفقته ، تكون هذه المساعدة على شكل تعويض يجبر ضرره لان الإخلال يعد ويشكل خطا يقع على عاتق المصلحة المتعاقدة إصلاحه. [1]

من خلال ما تقدم يمكن القول بان إعادة التوازن المالي في الصفقة أمر مفروض في كل صفقة ومن حق المتعامل الاقتصادي.

أن يعوض بمقتضاه دون الحاجة إلى النص على ذلك في الصفقة أثناء الإبرام ومعنى ذلك قيامها على مبدأ التناسب بين الالتزامات التي تفرضها المصلحة المتعاقدة والحقوق التي يجنيها المتعاقد معها، فمن غير المنطقي أن يتحمل العبء لوحده هو ضمان استمرار التنفيذ.

وإن اختال التوازن المالي للصفقة قد يكون إما بفعل الإدارة مباشرة حين تمارس سلطتها في التعديل لكنها تؤثر على التزامات المتعامل التعاقدية ، أو بفعل ظروف ا، في هذه الحالة الإدارة لم ترتكب خطأ ما ولكن لاعتبارات العدالة وصالح المرفق العام معا يقتضيان تدخل الإدارة والمشاركة للتغلب على ما يعترض عملية تنفيذ العقد من صعوبات، وذلك عن طريق الحلول الودية. [2]

---

[1] انظر للمادة87من قانون الصفاقات العمومية،23-12،الذي يحدد القواعد العامة،المتعلقة بالصفقات العمومية،المؤرخ في5غشت2023،ج.ر،العدد51،اصادرة بتاريخ06غشت2023،ص15.

[2] -ملاني معمر،المرجع **السابق**، ص 120.

ونجد أن المشرع بالرجوع إلى المادة87 لا يقصد فقط عدم اختلال التوازن بين الواجبات والحقوق من الناحية الاقتصادية ولكن عدم الخروج عن التوازن المالي الأصلي للصفقة العمومية الذي كان عند الإبرام. [1]

ويعد المبلغ المالي المتفق عليه بين طرفي الصفقة من الشروط الأساسية في تقييم المنافسين غير أن وقوع أحداث خارجة [2]، عن نطاق الطرفين قد تؤدي إلى إرهاق وحتى إفلاس المتعاقد مع المصلحة وإذا لم يكن هو المتسبب فيها يعود القرار بالإعفاء من دفع العقوبات المالية بسبب التأخير إلى مسؤولية المصلحة المتعاقدة ويطبق هذا الإعفاء عندما لا يكون التأخير قد تسبب فيه المتعامل المتعاقد الذي تسلم له في هذه الحالة أوامر بتوقيف الأشغال أو باستئنافها..[3]

تعلق الآجال ولا يترتب على التأخير فرض العقوبات المالية بسبب، وفي حال تضمن الحدود المسطرة في أوامر توقيف واستئناف الخدمة التي تتخذها نتيجة ذلك المصلحة المتعاقدة في كلتا الحالتين يترتب على الإعفاء من العقوبات المالية بسبب التأخير

وفي الأخير نرى أن مبدأ التوازن المالي للصفقة في التشريع الجزائري وخاصة في مجال الصفقة حيث يجد أساسه من خلال جملة النصوص التي تم عرضها في قانون الصفقات العمومية ، الذي اقر اللجوء إلى الحل الودي كلما سمح ذلك لإيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل الطرفين، هذا يدل على نيته في المحافظة على هذا المبدأ، وهذا يعد بمثابة ضمان ودافع قوي لطرفي الصفقة من أجل التعاقد. .[4]

---

[1]–إسماعيل بحري، **المذكرة السابقة**، ص 85.

[2]–بلال أمين زين الدين، **المسؤولية الإدارية التعاقدية والغير تعاقدية**، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015، ص581.

[3]– سليمان محمد الطماوي، **المرجع السابق**، ص.613.

[4]–انظر المادة87، **من القانون 23–12 المتعلق بتحديد القواعد العامة للصفقة العمومية**، السابق ذكره، ص 15.

فاذا كان اختلال التوازن المالي للصفقة متوقعا إذن على المقاول المتعاقد أن يضمن في العقد أحكام التي تمكنه من عدم الوقوع في هذا الاختلال ، وإلا تحمل مسؤوليته في هذا الاختلال ،و المشرع حرص هنا على استقرار الصفقة العامة للأشغال ووضع آليات للمتعاقدين من اجل هذا سواء في فترة تكوين العقد وإعدادها إلى غاية القيام بتنفيذها من المتعاقد ، ومن اجل ضمان السير الحسن ، و لان بالمقابل تمتلك الإدارة سلطات واسعة جدا منها سلطة تعديل العقد في شروط تنفيذ الصفقة بما يؤثر على التزامات المتعامل المتعاقد ، فانه لغرض ضمان استمراره في التنفيذ رافق أن تراعى حقوقه .

ومن بينها توازن الصفقة ماليا خلال مرحلة تنفيذ الصفقة في حالة ظهور ظروف وعوارض ، من هنا يمكن تعويضه وتحمل جزء من الخسائر معه وإعادة الصفقة لحالتها الطبيعية من هذه الصعوبات المفاجئة ، و أساسه نظرية التوازن المالي للصفقة التي كنت من ابتداع القضاء و استنبطت داخل التشريعات الوطنية إلى غاية قانون 23-12 .[1]

أي انه يمكن للإدارة أن تمنح للمتعاقد معها بعض الامتيازات السلطة العامة من أجل تسهيل تنفيذ ولا تمنح هذه الامتيازات مباشرة للمتعاقد وإنما يتم النزع بواسطة الإدارة، ولكن في مجال الأشغال العمومية ولبقاء واستمرارية الاتفاق والحفاظ على التوازن المالي للاتفاقية يلجأ إلى وسائل قانونية و الاعتراف للمصلحة المتعاقدة بسلطة تعديل شروط العقد بالزيادة أو النقصان في التزامات المتعامل المتعاقد معها بإرادتها المنفردة لابد أن يقابلها في الجانب الأخر ضمان للمتعامل المتعاقد معها يمنحه بعض الامتيازات المالية فالعدالة تقتضي في طبيعة العقود الإدارية ن تحقق بقدر الإمكان توازنا بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي ينتفع بها.[2]

---

[1]– مال الله جعفر، **المرجع السابق**، ص.631.

[2]–بلال أمين زين الدين، **المرجع السابق**، ص 582.

فإذا حال بينه وبين تحقيق تلك المصلحة إجراءات تتخذنها الإدارة أو تفرضها ظروف أو صعوبات خارجة عن إرادة أحد الطرفين وعسرت من تنفيذ الصفقة بصورة فاقت إمكانياته وجب علي المصلحة المتعاقدة التدخل علي أساس مقتضيات المصلحة العامة التي تستلزم مساعدة المتعاقد معها لضمان استمراره في الوفاء بالتزاماته التعاقدية.

فإذا لم تقم الإدارة بالتدخل ومد يد المساعدة للمتعاقد على تحمل تلك الأعباء، فان النتيجة تكون في غير خدمة النفع العام، لان المقاول في مثل هذه الحالة إما أن يتوقف عن التنفيذ وإما أن يستمر في التنفيذ ولكن بشكل غير مرض هذا على المدى القريب إما على المدى البعيد فان تخلي الإدارة عن المقاول المتعاقد معها وعدم تقديمها يد المساعدة له ، و ما لحقه من ظروف صعبة مما سيجعل المقاولين أصحاب الكفاءات يبتعدون مستقبلا عن التعاقد والتعاون مع الإدارة في تسيير مرافقها العامة، وهذا سينعكس سلبا على الإدارة وعلى تسيير مرافقها العامة، إذ سيفتح الباب للتعاقد معها إلا المتعاقدين الذين تنقصهم الكفاءة الفنية والمالي.

ذلك فان فكرة التوازن المالي للعقد أملتها اعتبارات متعلقة بالمصلحة العامة، وليس النية المشتركة للمتعاقدين كما يقول بعض الفقهاء والقضاء، لان فكرة النية المشتركة وإن كانت تستخدم كأساس في تفسير الصفقات العامة [1]، ففكرة التوازن المالي للصفقة يعود أصل وجودها إلى أنها تقابل ما تتمتع به الإدارة من سلطات واسعة تؤثر في التزامات المتعاقد معها، وهذا الأمر غير موجود في عقود القانون الخاص. [2]

[1]–بن دعاس سهام، **المذكرة السابقة**، ص 86.

[2]– محمد علي الخلايلة، **القانون الإداري**، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ، 2012، ،ص.316

فحق التوازن المالي للعقد يجد أساسه أيضا في النية المشتركة حيث يفرض وجود نص في الصفقة يشير إلى هذا المعنى، وإن وجد مثل هذا النص فيكون العقد هو الأساس، أما إذا لم يوجد هذا النص في الصفقة، ففكرة التوازن المالي تطبق حتى في حالة عدم وجود نص يقر تطبيقها في حال حدوث اختلال مالي بالصفقة.

وتنفيذ الصفقة تترتب عليها مجموعة من الالتزامات والحقوق التي تشمل أطراف الصفقة فرغم كون الإدارة تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة إلا أن هذا لا يجب أن يكون على حساب حقوق المتعاقد معها وإلا فله الحق في اللجوء إلى القضاء الإداري حيث تكون الإدارة ملزمة بإعادة "التوازن للصفقة".[1]

من هنا جاءت فكرة التوازن المالي للصفقة العمومية للأشغال، فهذه الفكرة علاوة على أنها مبنية على فكرة العدالة والمساواة، فهي أيضا مبنية على تحقيق المصلحة العامة المتمثلة في كفالة حسن سير المرافق العامة بحسن تنفيذ الأشغال العامة وسرعة انجازها و حسن تنفيذها.

ويعد التوازن المالي للصفقة من الخصائص المميزة لها والذي يهدف إلى الإبقاء على طبيعة الصفقة على الشكل الذي اتفقا عليه المتعاقدان وقت التعاقد لا سلطة للتعديل إلا في مقابل التعويض المناسب للمتعاقد وحماية لحقوقه في الصفقة[2]، ولهذا السبب يعتبر حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد حقا أساسيا ومعترف به في التشريع الجزائري، وهذا يمثل امتداد طبيعي لحقه الثابت والأصلي في المقابل المالي المتفق عليه مسبقا في مرحلة الإبرام.[3]

---

[1]– محمود عاطف البنا، **المرجع السابق**، ص.291.

[2]– عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما**، د.ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص.177.

[3]–كريكو فريال، **المقال السابق**، ص 128.

ملخص الفصل الأول:

إن المشرع الجزائري اهتم بتنظيم صفقة الأشغال العمومية و عرفها في العديد من القوانين والتنظيمات عبر مختلف التعديلات المتوالية، كما اهتم الفقه سواء الجزائري أو الأجنبي أو حتى التشريعات العربية، وهي صفقة تتميز عن باقي أنواع الصفقة العمومية كصفقة اللوازم والخدمات والدارسات لان كل واجد منها يهدف لهدف معين، وحتى العقود الإدارية الأخرى التي تبرمها الإدارة من ناحية المالية.

كما أن العلاقة بين الطرفين قابلة للنقصان والزيادة من حيث الالتزامات والحقوق، والمتعاقد يسعى إلى تحقيق الربح والعائد المالي إليه أيضا فكرة أخرى مقتضاها أنه يجب مساعدة المتعامل المتعاقد من الناحية المالية إذا ما حدثت صعوبات تجعل تنفيذ الصفقة غير ممكنا، والهدف من ذلك هو ضمان استمرار تنفيذ الصفقة، وبالتالي من حق المتعامل المتعاقد المطالبة بالتوازن المالي للصفقة والذي كرسه التشريع الجزائري في جل القوانين كما عرفه الفقه والقضاء.

الفصل الثاني: حق إعادة التوازن المالي لصفقة الأشغال العامة وتطبيقاته:



الفصل الثاني:

إن حقوق المتعامل المتعاقد مع الإدارة لا يجب أن تتجاوز التزاماته لان عدم تحقق التناسب يؤدي لتحميل المتعاقد مع الإدارة أعباء من شانها أن تؤدي لاختلال التوازن المالي ، و لان اختلال الأسباب التوازن المالي للصفقة يؤدي إلى التعويض سواء كان سبب بفعل الإدارة أو هناك ظروف خارجة عن إرادة الطرفين كانت السبب في ذلك ويتعين على القضاء الإداري التعويض على أساس هذه الأسباب ما سندرسه في الجانب التطبيقي للقضاء الإداري داخل أو خارج الجزائر.

وللإحاطة هذا الفصل قد قسمناه إلى مبحثين المبحث الأول يتناول أسباب اختلال التوازن المالي والمطلب الأول يتناول أسباب اختلال التوازن المالي بفعل الإدارة أما المطلب الثاني فيدرس أسباب اختلال التوازن بسبب خارج عن فعل الإدارة وبالنسبة للمبحث الثاني تطبيقات إعادة التوازن المالي في القضاء الإداري، حيث قسم إلى مطلب التعويض على أساس أسباب اختلال التوازن المالي بفعل الإدارة والمطلب الثاني نطاق التعويض على أساس أسباب اختلال التوازن المالي خارج فعل الإدارة.

الفصل الثاني: حق إعادة التوازن المالي لصفقة الأشغال العامة وتطبيقاته:

المبحث الأول: أسباب اختلال إعادة التوازن المالي:

إن أسباب اختلال التوازن المالي لصفقة الأشغال مختلفة فقد تكون ناتجة عن الظروف الخارجة عن نطاق الطرفين المتعاقدين حيث لم يكن بإمكان المتعاقدين أن يتوقعها ولا أن يدفعها، وتتلخص في نظريات ابتدعها الفقه و القضاء فهناك أسباب بفعل الإدارة والتي سنتناولها كمطلب أول وهناك أسباب خارجة عن إرادة الإدارة سنتطرق لها كمطلب ثان :

المطلب الأول: أسباب اختلال التوازن المالي بفعل الإدارة:

إن للمصلحة المتعاقدة السلطة الكاملة في اتخاذ إجراءات عديدة البعض منها قد يدخل في تعديل بنود الصفقة هي سلطة معترف لها بها ويكون من بين هذه الإجراءات التي تتخذها المصلحة المتعاقدة وتتمثل في نظرية فعل الأمير كإجراء إدارى صادر عن المصلحة المتعاقدة بوصفها سلطة عامة تستخدم أساليب القانون العام هو إجراء تعديل [1]، يمس باختلال التوازن المالي للصفقة المبرمة على إثرها وهي نظرية لها أثار وشروط تطبيق وهذا ما سنبرزه في الفروع الموالية لتبيان أهم نظرية تكون من فعل إجراءات الإدارة من خلال سلطة التعديل الممنوحة لها فهي سلطة واسعة جدا:

[1]– سمية باية، **التأسيس القانوني للملحق في الصفقات العمومية بموجب نظرية فعل الأمير: دراسة على ضوء القانون الإداري**، المجلة الإفريقية للدارسات القانونية و السياسية، العدد 02، 2021، ص 110.

الفرع الأول: تعريف نظرية فعل الأمير:

أولا – تحديد تعريف نظرية الأمير(المخاطر الإدارية):

و يقصد بنظرية فعل الأمير تلك التصرفات الإدارية المشروعة التي تقوم بها السلطة العامة المتعاقدة وتؤثر سلبا على مصالح المتعاقد معها كما يطلق عليها ب "عمل الأمير"وهي كل إجراء تتخذه الإدارة المتعاقدة من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد أو زيادة في الالتزامات التي ينص عليها العقد كما يطلق عليه بصفة عامة المخاطر الإدارية هذا الإجراء يتمثل في قرار فردي خاص أو يتخذ شكل قواعد تنظيمية كصدور تشريع أو لائحة أو القيام بالأشغال العامة تسبب للمتعاقد صعوبات أثناء تنفيذ العقد نظرية فعل الأمير وعرفها الفقه كالاتي:

– الدكتور زكرياء المصري بأنها:" كل عمل صدر عن سلطة عامة، دون خطا من جانبها ينجم عنه الإساءة لمركز المتعاقد في الصفقة ويؤدي إلى التزام الجهة الإدارية بتعويض المتعاقد عن كافة الأضرار التي تلحقه، بما يعيد التوازن المالي لصفقة الأشغال العامة.

وتعرف أيضا بأنها عبارة عن إجراء قانوني صادر من السلطات العامة، يؤدي بالنتيجة إلى جعل تنفيذ صفقة الأشغال أكثر كلفة وأشد إرهاقا بالنسبة للمتعامل المتعاقد الذي يحق له في هذه الحالة المطالبة بالتعويض الكامل عن الأضرار التي لحقت به هنا تعويض كامل ليس جزئي.[1]

أما د.محمد بعلي الصغير فيعرفها:" يقصد بنظرية فعل الأمير التصرف أو العمل الصادر عن الإدارة المتعاقدة لدى ممارستها لأعمال السلطة التي تتمتع بها من خلال ممارستها لمهامها والتي تؤدي إلى إرهاق المتعاقد معها بصورة جدية ما يدعى " مخاطر إدارية ".[2]

---

[1]–سمية باية، **المقال السابق** ، ص 111.

[2]– محمد بعلي الصغير، **المرجع السابق**، ص 88.

أما الدكتور عمار عوابدي يعرفها:" أنها كل الأعمال والإجراءات الإدارية المشروعة التي تتخذها وتصدرها السلطة الإدارية المتعاقدة، ويكون من شأنها زيادة الأعباء المالية بالنسبة للطرف المتعاقد مع الإدارة أو زيادة الامتيازات المنصوص عليها في الصفقة و الذي يشكل مخاطر إدارية استثنائية وغير مألوفة وغير مرغوبة ".[1]

ويعرفها الدكتور عمار بوضياف على أنها:" جميع الأعمال الإدارية المشروعة الصادرة عن المصلحة المتعاقدة وهذه النظرية تؤدي إلى الإضرار بالمركز المالي للمتعامل المتعاقد، وهي أيضا نظرية من ابتكار القضاء، تهدف إلى تعويض المتعاقد عن الأضرار التي لحقته والناتجة عن ممارسة الإدارة لسلطتها المشروعة في التعديل دون أن يكون هناك خطأ من جانبها، إذ تصدر أعمال ذات طبيعة تنظيمية أو تشريعية دون أن يكون الهدف منها إحداث تعديلات على الصفقة، ولكنها تحمل تغيرات على شروط تنفيذها، فتصبح أكثر صعوبة على المتعامل الاقتصادي الذي يتحمل بسببها أعباء إضافية ومرهقة تعرقل استمراره في التنفيذ".و أيضا عرفها الدكتور سليمان محمد الطماوي ويصفها:"بأنه عمل يصدر عن سلطة عامة دون خطأ ويؤدي لذلك

لالتزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض، مما لحق ضررا بالمتعاقد معها عن كافة الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك." [2]

ومن خلال هذه التعريفات يمكن القول أنها تعددت التعاريف الفقهية لكن استقر على أن المقصود بعبارة " فعل الأمير " هو كل إجراء تتخذ السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد أو في الالتزامات التي

---

[1]– عمار عوابدي، ،**المرجع السابق**، ،ص 223.

[2] – عمار بوضياف ، **المرجع السابق** ، ص 350.

ينص عليها العقد مما يطلق عليه بصفة عامة " المخاطر الإدارية "وهذه الإجراءات قد تكون من الجهة الإدارية التي أبرمت الصفقة [1]

وتندرج هذه النظرية ضمن إطار تدخل الإدارة من اجل اتخاذ إجراءات من شانها تقليص الأعباء المالية التي تثقل كاهل المتعامل المتعاقد، بهدف تمكينه من تنفيذ التزاماته التعاقدية بشكل يكون أكثر مرونة واستقرار، رغم الظروف أو التغيرات غير المتوقعة لتي قد تعترضه أثناء تنفيذ الصفقة،[2]وقد كرست هذه النظرية في التشريع الجزائري ضمن المادة87 من القانون 23-12 التي نصت على" إيجاد التوازن المالي للتكاليف المترتبة على الطرفين".[3]

ثانيا – صور نظرية فعل الأمير: و هي إجراء خاص أو عام يصدر عن الإدارة صاحبة المشروع دون أن يكون متوقعا وقت إبرام العقد مما يترتب له ضرار خاصا به دون سائر من يشملهم الإجراء وعليه فإن نظرية فعل الأمير قد تتخذ صورتين:[4]

الصورة الأولى: ونكون أمام صدوره في صورة إجراء فردي خاص بالمتعامل المتعاقد مع الإدارة هذه الصورة تستعملها الإدارة صاحبة المشروع لإمتيازتها وسلطاتها في تعديل العقد بإرادتها المنفردة وذلك وفقا للطريقة التالية، إما بالتعديل في شروط تنفيذ العقد كزيادة أو إنقاص كمية الأشغال أو مدة التنفيذ، الشيء الذي يزيد من أعباء التكاليف التي لم تكن وإما أن يكون تدخل الإدارة ليس في شروط تنفيذ الصفقة، ولا تكون محسوبة وقت إبرام

---

[3]–عمار بوضياف، **المرجع السابق**، ص 244.

[2]––سليمان الطماوي، **المرجع لسابق**، ص 598

[3]– انظر المادة87، **من القانون 23-12 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية**، السابق ذكره، ص15.

[4]–عيادة حسين، **(الحماية القانونية للمقاول في عقد الأشغال العامة)**، مجلة المقاولاتية والتنمية المستدامة، العدد 01، 2020، ص 13.

الصفقة مباشرة، وإنما بالقيام بعمل يؤثر في هذه الشروط، كما لو قامت الإدارة المتعاقدة بأعمال مادية معينة تؤثر في تنفيذ أشغال المشروع.

الصورة الثانية: تتمثل الصورة الثانية في أن تقوم الإدارة المتعاقدة باتخاذ إجراء عام ليشمل موضوع الصفقة كما لو أصدرت نصوص لائحية أو قوانين ينتجعن تطبيقها زيادة في الأعباء المالية والجبائية، وإن كان هنالك من يفرض تطبيق النظرية في مثل هذه الحالة هنا اختلاف وجدل حول تطبيقها في هذه الحالة.[1]

الفرع الثاني:شروط تطبيق نظرية فعل الأمير:

لإعمال نظرية فعل الأمير في مجال صفقة الأشغال العمومية، وحتى يطالب المتعامل المتعاقد بحقه في التوازن المالي وجب توفر مجموعة شروط نبينها كالتالي:

أولا: صدور الإجراء من جهة الإدارة المتعاقدة:

يتعين أن يصدر الإجراء الذي يخل بالتوازن المالي والذي على أساسه تطبق نظرية فعل الأمير من الإدارة العامة وأجهزتها الإدارية المتعاقدة كجزء من ممارستها لاختصاصاتها القانونية، أو بعبارة أخرى يجب أن يكون التصرف صادر عن الشخص المعنوي العام المذكورة في المادة09 من قانون 23-12 السالف الذكر من الذي أبرم الصفقة وأما إذا كان العمل صادرا من جهة إدارية أخرى غير الجهة المتعاقدة، فإن المتعاقد إلا يحصل على التعويض استنادا إلى هذه النظرية لان هذا شرط ضروري لتقعيلها[2]، لكن المجلس الدولة الفرنسي تراجع عن هاته الفكرة واشترط أن يكون العمل الذي رتب ضررا للمتعاقد والذي يستوجب التعويض عنه صادرا من الإدارة المتعاقدة، أي

---

[1]– نصري منصور نابلسي، **العقود الإدارية**، الطبعة الثانية ، منشورات زين الحقوقية، ،الإسكندرية ، الطبعة الرابعة ،مصر ، 2012، ص120.

[2]– مجدوب عبد الحليم،**(نظرية فعل الأمير ودورها في الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري)**، مجلة المشكاة في الاقتصاد التنمية و القانون، العدد 10، 2019، ص 09.

انه يجب أن يصدر العمل الذي تسبب في الخلل المالي للمتعامل المتعاقد عن الإدارة المتعاقدة نفسها، فإن صدر العمل والقرار عن جهة إدارية أخرى فلا يمكن في هذه الحالة إعمال وتطبيق نظرية فعل الأمير، فإذا مارست الإدارة حقها في تعديل العقد ونجم عن ذلك أثار مالية كان لازما للمتعامل المتعاقد المطالبة بإعادة التوازن المالي لصفقة الأشغال العامة.[1]

وأن يصدر هذا الإجراء الذي يطبق على أساسه نظرية فعل الأمير عن الشخص المعنوي العام الذي أبرم العقد، بحيث يستحق المتعاقد معها تعويض عن آثارها الناتجة عن الإجراءات، فلا يمكن تصور تطبيق نظرية فعل الأمير على صفقة أبرمتها البلدية إذا كان العمل الذي اخل بالتوازن المالي للصفقة صادر عن جهة أخرى غير البلدية: مرسوم تنفيذي صادر عن رئيس الحكومة، أو الوزير الأول حسب الحالة، أو قرار ولائي صادر عن الوالي ويظهر لنا من خلال مجلس الدولة الفرنسي أن التصرف الصادر عن الإدارة المتعاقدة قد يتجسد ويتمثل في:

-قراراتها التي تتعلق مباشرة عن تعديل أحكام الصفقة بإرادتها المنفردة.

-أو يظهر في صورة القرارات التي تصدرها الإدارة المتعاقدة ويكون لها تأثير غير مباشر على التوازن المالي للصفقة (قرار تنظيمي في مجال الضبط الإداري مثلا).

ومعنى ذلك أن الإجراءات الصادرة عن السلطات الأخرى لم تعد معنية بهذه النظرية بعد أن كانت تشتملها في بدايات ظهورها ذلك أن القضاء قد قام بإدراجها ضمن نظرية أخر عوضا عن نظرية فعل الأمير و الملاحظ انه قد تم استبعادها. [2]

---

[1]- مجدوب عبد الحليم، **المقال السابق**، ص10.

[2]- عمار بوضياف، **المرجع السابق**، ص168.

ثانيا – صدور التصرف أو العمل قانوني من الإدارة العامة مشروعا غير مخالف للنظام القائم والسائد للدولة:

أي أن يكون عمل السلطة مشروعا مطابقا للنظام القانوني السائد في الدولة، المتكون من مختلف المصادر المشروعة مكتوبة كالقانون آو غير مكتوبة، لان الإجراء الذي يتيح المطالبة بالتعويض هو إجراء مشروع في حد ذاته أما إذا كانت أفعال الإدارة غير مشروعة من حيث إخلالها بالالتزامات التعاقدية، فإن خطأ الإدارة يرتب مسؤوليتها عن التعويض على أساس المسؤولية العقدية على أساس الخطأ والخروج عن نطاق نظرية فعل الأمير وتطبيقها على هذه الحالة. [1]

وعلى هذا فإن الأعمال الغير مشروعة لا تعتبر من قبيل أفعال الأمير والتعويض عنها إذا له مجال أخر إنما يتقرر طريقا للجوء إلى القضاء للفصل في مدى مشروعيته فلا تطبق بشأنه نظرية فعل الأمير و لأن التزام الإدارة بالصفقة العمومية وصفقة الأشغال العامة خاصة لا يمنعها من مباشرة سلطاتها الإدارية في تنظيم وتسيير المرافق العامة، تلك السلطة التي تستمدها من نصوص الدستور والقوانين المنظمة لنشاطها و إختصاصتها في مجال هذه الصفقات.

ثالثا–قلب اقتصاديات الصفقة رأسا على عقب:la bouleversement du contrat

يشترط لتطبيق نظرية فعل الأمير أن يترتب على التصرف المشروع للإدارة أو المصلحة المتعاقدة زيادة وارتفاع تكاليف الصفقة بصورة كبيرة يجعل تنفيذها بلامر المرهق للمتعاقد،[2] رغم انه لم يعد مستحيلا تنفيذ الصفقة، بحيث تؤثر على المركز المالي للمتعامل الاقتصادي ويسبب له ضررا ماليا مثالا: إن يؤدي القرار الصادر عن المصلحة المتعاقدة إلى زيادة كبيرة في الأسعار مواد البناء (حديد، اسمنت وكل مواد البناء)، مما يجعل تنفيذ عقد الأشغال

---

[1]– محمد بعلي الصغير، **المرجع السابق**، ص 90.

[2]– محمودي مولود، **(الرقابة القضائية على مدى التزام الإدارة بإعادة التوازن المالي للعقد الإداري)**، مجلة الدارسات الحقوقية ، العدد 01، الجزائر 2024، ص 06.

العامة مرهقا وفي غاية الصعوبة بالنسبة للمتعاقد، بحيث يكون من شانه الإخلال بالتوازن المالي للصفقة، مما يقتضي تدخل الإدارة المتعاقدة وتعويضه ومده ماليا من اجل مواصلة تنفيذ الصفقة واستمرارية المرفق العام ، ومن ثم فان الزيادة العادية في الأسعار والتي لا تؤثر على التوازن المالي للعقد، لا تستدعي الدعم المالي والتعويض طبقا لنظرية فعل الأمير.[1]

رابعا – أن يكون هذا الإجراء غير متوقع: ويقصد بذلك أن يكون الإجراء الصادر من الإدارة المتعاقدة غير متوقع الحدوث لحظة إبرام الصفقة، أي لم يتوقع من احد الطرفين المتعاقدين أثناء عملية الإبرام صدور أي إجراء أو تصرف لاحق أثناء التنفيذ يؤثر في اقتصاديات الصفقة، فإذا توقعه الطرفان ووضعا له البنود المناسبة فلا مجال عندها لتطبيق النظرية، أي أن لا تكون تلك الإجراءات متوقعة من المتعاقد.[2]

خامسا – أن يكون هناك عقد إداري مبرم بين طرفين متعاقدين : ويعد هذا الشرط أمرا بديهيا مادمنا بصدد نظرية تتعلق بعقود القانون العام، التي تختلف اختلافا كبيرا عن عقود القانون الخاص، فينبغي أن يكون التعديل المسبب للخلل في التوازن المالي منصبا على صفقة موضوعها صفقة أشغال عامة، ومن تم يستبعد تطبيق نظرية فعل الأمير على عقود الإدارة المدنية أي العقود الخاصة حتى لو كانت طرفا فيها.[3]

---

[1]– عمار عوابدي، **المرجع السابق**، ص 244.

[2]–إيمان بومعزة، **رقابة الإدارة وسلطتها الاستثنائية في مجال الصفقات العمومية دارسة مقارنة**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية تخصص قانون عام اقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2020، ص 196.

[3]– محمد الصغير بعلي، **المرجع السابق**، ص 93.

الفرع الثالث: أثار تطبيق نظرية فعل الأمير:

ما يمكن أن نستشفه عن نظرية فعل الأمير عدة آثار التعويض الكامل ومن هذه النتائج:

أولا –تحرر وتحلل المتعاقد مع الإدارة من الالتزام بالتنفيذ، إذا ما ترتب على فعل الأمير استحالة التنفيذ، مثل حالة صدور قانون يمنع استيراد سلعة متعلقة بالمرفق العام، ولا يمكن الحصول عليها من الخارج.

ثانيا–حق الطرف المتعاقد المطالبة بعدم دفع غرامات مالية عليه في حالة التأخير وذلك عندما يثبت أن إجراءات فعل الأمير هي التي جعلت عملية تنفيذ العقد عسيرة ومتأخرة [1].

ثالثا –حق المتعامل المتعاقد المطالبة بفسخ العقد إذا ما زادت إجراءات فعل الأمير في أعبائه وتكاليفه المالية بدرجة كبيرة لا تحتملها إمكانياته وقدرته المالية.

رابعا–استحقاق المتعامل المتعاقد التعويض الكامل من جميع أعباء والتكاليف الإضافية التي تكبدها وإلافإن له الحق في اللجوء إلى القضاء بذات الطلب.والتعويض الكامل يشمل عنصرين، ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب، ويدخل ضمن العنصر الأول النفقات الإضافية نتيجة فرق السعر أو الرسوم الجديدة والأجور وغيرها.

وأما العنصر الثاني أي ما فاته من كسب فيشمل المبالغ المالية التي كان من حق المقاول الحصول عليها لو لم تتدخل الإدارة بتصرفها المشروع.[2]

---

[1]– بديع مستو، **(سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري)**، مجلة البعث سوريا، العدد19، 2016، ص90.

[2]– سليمان الطماوي، **المرجع السابق**.653.

المطلب الثاني:أسباب اختلال التوازن المالي بسبب خارج عن الإدارة:

لا يختل التوازن المالي بسبب فعل الإدارة فقط، بل يختل أيضا لظروف وأسباب خارجة عن إرادة الطرفين، بسبب ظروف اقتصادية أو اجتماعية، أو طبيعية وحتى تقنية والتي من شانها الإخلال بالتوازن المالي للعقد، وإلحاق الضرر بالمتعامل المتعاقد مع الإدارة وهذا ما سندرسه في فروع هذا المطلب كالاتي:

الفرع الأول: نظرية القوة القاهرة:

إن القوة القاهرة من المصطلحات المهمة في مجال تنفيذ العقود، ولذا يجب تحديد مفهومها بشكل دقيق من الناحية الفقهية، والتشريعية:

أولا-التعريف الفقهي للقوة القاهرة:

القوة القاهرة صورة من صور السبب الأجنبي الذي ينفي العلاقة السببية بين الخطأ والضرر:

-ويعرفها الفقيه "ديفور مانطيل"بأنها "كل حدث يقع بشكل مستقل عن إرادة المتعاقد لا يمكنه توقعها أو منع حدوثها، ويترتب عليها استحالة الوفاء بالتزاماته".

كما وصفها أيضا الفقيه ستارك بأنها: "كل واقعة غير متوقعة ومستحيلة الدفع وتمتاز بكونها خارجية عن إرادة المتعاقد".[1]

وعليه يمكن أن نعرف القوة القاهرة، بأنها كل حادث لا يد للمتعاقد فيه ولا يمكن توقعه، ويستحيل دفعه؛ ويترتب عليه أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيل. والقوة القاهرة إما أن تكون كوارث طبيعية كالفيضانات والحرائق والحروب،

[1] بديع مستو، **المقال السابق**، ص 91.

أو فعل الإنسان كالثورات الشعبية والسرقات المسلحة، أو أعمال صادرة عن السلطات العمومية، كأن تقوم الدولة بنزع ملكية عقار من مالكه، أو صدور قانون جديد يغير المراكز القانونية أو المالية.[1]

ثانيا– التعريف التشريعي للقوة القاهرة:

لم يعرف المشرع الجزائري القوة القاهرة في القانون المدني، ولكن نص عليها باعتبارها احد الأسباب التي تعفي من المسؤولية، وذلك في المواد 127، 138، 851، وغيرها من مواد القانون المدني[2]، كما نص عليها أيضا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية22–13 المعدل والمتمم للقانون 09–08 في المادة 322 : باعتبارها سببا استثنائيا يمنع سقوط الحق، أو سقوط ممارسة حق الطعن في الأحكام القضائية، إذا لم تحترم الآجال المقررة في القانون.

غير انه نظرا لطبيعة العقود البترولية ذات الصبغة الدولية، والمبالغ المالية الكبرى، ذات التأثير الكبير على الاقتصاد الوطني، وتجنبا لكل المنازعات التي قد تثار في حالة ما إذا حدثت قوة قاهرة يكون لها تأثير على تنفيذ العقد، قام المشرع الجزائري بتعريف مصطلح القوة القاهرة في الفقرة 19 من المادة5 من القانون 07 – 01 المتعلق بالمحروقات، فقال: "القوة القاهرة كل حدث مثبت غير متوقع لا يمكن دفعه وخارج عن إرادة الطرف الذي يثيره والذي يجعل تنفيذ هذا الأخير لأحد التزاماته التعاقدية أو العديد منها أنيا أو نهائيا أو غير ممكن ".وطبقا لهذا القانون فان القوة القاهرة هي حادث خارج عن إرادة المتعاقد وغير متوقع ولا يمكن دفعه.[3]

---

[1]–كيفاجي ضيف ،**(تنفيذ العقد بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة في ظل تأثير فيروس كورونا كوفيد 19)**، مجلة المعيار، عدد 03، 2022، ص 09.

[2]–انظر المواد51، 127، 138، **من القانون المتضمن القانون المدني**، المؤرخ في 26 سبتمبر 1957، ر ج ج عدد 78 الصادرة في 30 سبتمبر سنة 1975، معدّل ومتمّم، ص10، 23، 25.

[3]– انظر المادة322، من القانون 22–13 **المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتم للقانون 09–08، المؤرخ قي 12 جويلية 2022**، ج.ر العدد 48 الصادرة بتاريخ 17 جويلية 2022، ص 33.

ثالثا–شروط القوة القاهرة من خلال تعريف القوة القاهرة يمكن تحديد شروط القوة القاهرة كما يلي

القوة القاهرة حادث غير متوقع:إذا كان الحادث متوقعا فلا يشكل قوة قاهرة، ومعيار التوقع هنا معيار موضوعي، وليس معيارا لشخص حذرا نسبيا يعتد فيه بمعيار الشخص العادي، بل يجب أن يكون غير ممكن التوقع من جانب أكثر الناس حيطة وحذر، وهذا يعني أن عدم إمكان التوقع مطلق لا نسبي.

2– القوة القاهرة يستحيل دفعها: يكفي لقيام القوة القاهرة أن يكون الحادث مستحيل التوقع، بل يجب أن يكون الحادث مستحيل الدفع يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام استحالة مطلقة، لا بالنسبة للمتعاقد وحده، بل مستحيل الدفع أيضا من طرف المصلحة المتعاقدة و الاستحالة هنا تكون مادية كالفيضان أو زلازل، البراكين وان تكون استحالة التنفيذ معنوية أيضا بالمقابل.[1]

3–**القوة القاهرة حادث خارج عن إرادة المتعاقد:** ويقصد بذلك أن يكون الحادث مستقل عن إرادة المتعاقد، فلا يتسبب في وقوعه و يساعد عليه، ولا توجد أي علاقة سببية بين الحادث وفعل المتعاقد، فلا يسند إليه بصفة مباشرة أو غير مباشرة، وقد نصت على هذا الشرط المادة179 من القانون المدني: "ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب له يد فيه".[2]

رابعا – أثر القوة القاهرة:

إذا ما تحققت في واقعة معينة شروط القوة القاهرة، ترتب عليها الآثار الآتية وهي:

القوة القاهرة تؤدي إلى انقضاء الالتزام وانفساخ العقد وانقضاء توابعه، وإعفاء المتعاقد من المسؤولية، وانتقال حقوقه، وتعد استحالة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيل وقت تنفيذه، استحالة دائمة وليس مؤقتة، واستحالة كلية وليس

---

[1]–كيفاجي ضيف، **المقال السابق**، ص 12.

[2]– انظر المادة179، من **القانون المدني**، سابق ذكره، ص 30.

جزئية؛ حيث يتعذر تنفيذ الالتزام بكامله، وليس جزءا منه فقط، لان الاستحالة الجزئية فان التنفيذ يعلق حتى زوال هذه الاستحالة أما الاستحالة الكلية يصبح عندئذ فسخ العقد مشروعا، وله الحق في التعويض عن الخسائر والأضرار التي لحقت به ويحتسب عن اضرر اللاحقة بالإشغال المنفذة بأسعار الالتزام، والأضرار اللاحقة عن المواد والعتاد بأسعارها الحقيقة.[1]

وللمتعهد أيضا في حالة ارتكابه خطا كان من نتيجته زيادة الأضرار الناجمة عن القوة القاهرة فانه يتحمل هو هذه الزيادة الذي تسبب بها في حقوق والالتزامات للطرفين ليس لطرف على حساب الأخر.[2]

الفرع الثاني: نظرية الظروف الطارئة:

إن نظرية الظروف الطارئة هي من نظريات التي تقلب اقتصاديات صفقة الأشغال العامة لذا وحب التطرق إلى تحليلها وفهمها من خلال مايلي :

أولا – تعريف نظرية الظروف الطارئة:

1–التعريف بالنظرية: يقصد بهذه النظرية قيام أو ظهور أحداث مفاجئة أثناء تنفيذ الصفقة كحدوث زلازل أو حروب، لم تكن متوقعة عند إبرامها ونظرية الظروف الطارئة هي تختلف عن نظرية فعل الأمير فهي تتعلق بالمخاطر الاقتصادية أما الثانية فهي مخاطر إدارية وهو ما يؤسس المطالبة بالتعويض، إذا كان للمصلحة المتعاقدة أي دخل فيها أي في الحدث الذي وقع عن اختلال التوازن المالي للصفقة العمومية يفهم من هذه النظرية أن المبرر الأساسي لها هي ضمان حسن سير المرفق العام بانتظام، وعدم تحمل المصلحة المتعاقدة لجزء من

---

[1]–كيفاجي ضيف، **المقال السابق**، ص 13.

[2]–عبد اللطيف قطيش،(**الصفقات العمومية تشريعا وفقها واجتهادا (دارسة مقارنة)**،د.ط،منشورات الحلبي الحقوقية، ، د.س.ن، ص 111.

الخسائر قد يؤدي بالمتعامل المتعاقد إلى إرهاقه وبالتالي انقطاعه عن تنفيذ الصفقة أي وجب إفادة المتعامل المتعاقد بالتعويض بسبب حدوث الظرف الطارئ الذي أدى باختلال الصفقة اختلال جسيما.[1]

وهناك أيضا من يعرف نظرية الظروف الطارئة: "حالة عامة غير مألوفة أو غير طبيعية، أو واقعة مادية عامة أيضا، لم تكن في حسبان المتعاقدين وقت التعاقد، ولم يكن في وسعهما ترتيب حدوثها بعدً التعاقد، ويترتب عليها أن يكون تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهق للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة وأن لم يصبح مستحيل ويستنتج من هذا التعريف ما يلي:

-إذا صار الالتزام التعاقدي مستحيلً يخضع لنظرية أخرى هي نظرية القوة القاهرة وجزاؤها فسخ العقد، وانقضاء الالتزام، أما الظرف الطارئ فجزاؤه رد الالتزام إلى الحد المعقول .

-لو كان الحادث غير الطبيعي أو الواقعة المادية من شأنهما أن يلحقا بالمتعاقد خسارة لا تتجاوز، الحد المألوف في طبيعة الصفقة ومحتواه لما كان لهما أثر التزام المتعاقد بالتنفيذ.[2]

-يمكن القول إذن بأن الظرف الطارئ، حد وسط بين القوة القاهرة والخسارة المألوفة ويرجع أصل نظرية الظروف الطارئة إلى القانون الكنسي، حيث كان الفقهاء الكنسيون يحرمون الغبن في العقود سواء تحقق الغبن وقت إبرام الصفقة أو طرأ عند تنفيذه، فهو في الحالتين نوع من الربا المحرم إلا أن سيادة مبدأ سلطان الإرادة قد أدى إلى اندثار نظرية الظروف الطارئة وذلك أنها تجيز على غير مقتضى هذا المبدأ للقاضي أن يعدل الصفقة بناءا على طلب احد الطرف دون رضا الطرف الأخر مما يشكل إهدار للقوة الملزمة للعقد، فقد أضطر المشرع الفرنسي أن يتدخل في حالات متعددة للأخذ بهذه النظرية وبنصوص خاصة، وعلى العكس ازدهرت نظرية الظروف الطارئة

---

[1]- . محمد خلف الجبوري، **المرجع السابق**، ص 200.

[2]-عبد اللطيف قطيش، **المرجع السابق**، ص 112.

في مجال القانون الإداري وأخذ بها مجلس الدولة الفرنسي منذ الحرب العالمية الأولى، مراعيا في ذلك ضرورة ضمان سير المرافق العامة.

و لخص مضمون هذه النظرية أنه بعد إبرام الصفقة وأثناء تنفيذها تطرأ ظروف أو أحداث طبيعية أو اقتصادية أو سياسية لم تكن متوقعة عند إبرام الصفقة، ومستقلة عن إرادة كلا المتعاقدين ولم تكن في حسبان المتعاقد ولا في وسعه توقعها أثناء إبرام الصفقة، ولا يملك لها دفعا ولا علاجا، وتكون هذه الظروف أو الحوادث استثنائية وعامة، تؤدي إلى قلب اقتصاديات الصفقة، مما يجعل تنفيذها أثقل عبئا وأكثر تكلفة مما قدره المتعاقدان، مما يجعل تنفيذه يلحق بالمقاول خسارة فادحة أكثر من الحد المعقول والمألوف في مثل تلك الحالة، فإن وقع مثل هذا الظرف كنا أمام الظرف الطارئ وأصبح من حق المقاول المتعاقد أن يطلب من الإدارة مشاركته في تحمل هذه الخسارة وذلك بتعويضه تعويضا جزئيا طوال قيام هذا الظرف.

وإن كان أصل هذه النظرية هو القانون الإداري أو القاضي الإداري الذي أوجدها لمعالجة حالة وسطى تقع بين إمكانية تنفيذ الالتزام واستحالة تنفيذه والمتمثلة في إمكانية التنفيذ ولكن بصعوبة ومشقة كبيرة لا تصل إلى حد الاستحالة التي كان القانون المدني يطبق فيها نظرية القوة القاهرة والتي تعفى من التنفيذ الذي يصبح مستحيلا. [1]

وأما الوضعية المتوسطة أين يكون التنفيذ ممكنا لو كان شاقا، فهو يطبق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين فجاءت نظرية الظروف الطارئة التي فرضتها العدالة وضرورة استمرار حسن سير المرفق العام والتي انتقلت إلى القانون المدني لما تمثله من عدالة وقد تبناها المشرع الجزائري في القانون المدني الذي ينص في المادة107 على أنه:" يجب تنفيذ العقد طبقا لما إشتمل عليه وبحسن نية غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع

[1]–محمد خاف الجبوري، **المرجع السابق**، ص 201.

توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعده مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

ويقع باطلا كل اتفاق خلاف ذلك ضوابط تطبيق النظرية يتعلق تطبيق نظرية الظروف الطارئة بضوابط خاصة بالظرف الطارئ، تشمل طبيعته، ووقت وقوعه، ومدى إمكانية توقعه وإمكانية دفعه. [1]

ثانيا – شروط نظرية الظروف الطارئة:

إن المطالبة من طرف المتعامل المتعاقد بتطبيق نظرية الظروف الطارئة، وجب عليه توفر مجموعة من الشروط المتمثلة أساسا في حوادث إنسانية غير متوقعة أثناء التنفيذ، وان الحادث خارج عن إرادة المتعامل المتعاقد والمصلحة المتعاقدة، كما يجب أن ينجم عن الحادث خسائر غير مألوفة: [2]

1-**أن يكون من الحوادث الاستثنائية العامة وقوع حوادث غير متوقعة:**وقد كان الفقه في السابق يضيف إليها شرط أن يكون الظرف اقتصاديا، وذلك تميزا لهذه النظرية عن نظريتي الصعوبات المادية غير المتوقعة ونظرية فعل الأمير.[3]

و لأنه فعلا هذه النظريات متقاربة جدا لدرجة التداخل أحيانا بينها غير أن المستقر عليه هو أن نطاق الظرف الطارئ متسع جدا فقد يكون طبيعيا كالزلزال وقد يكون اقتصاديا كارتفاع الأسعار، وقد يكون من فعل الجهة الإدارية غير المتعاقدة .

---

[1]– عمار عوابدي، **المرجع السابق**، ص 226.

[2]– محي الدين إبراهيم سليم، **نظرية الظروف الطارئة"" دراسة مقارنة**، د.ط، دار المطبوعات الجامعية ،د.ب.ن، 2007 ، ص72.

[3]– عثمان بوشكيوة،**التوازن المالي للصفقات العمومية**، مذكرة لنيل شهادة ماجيستر، المركز الجامعي لسوق أهراس، الجزائر، 2005، ص 27.

وباختصار فحتى تطبق النظرية يجب أن يكون الحادث الطارئ استثنائيا مما يندر وقوعه ولا يمكن توقعه من الشخص العادي، وأن يتصف بالعمومية أي شاملا لطائفة من لأشخاص وليس خاصا بالمتعاقد، ولا تعني العمومية الشمول بل يكفي أن يصيب عددا كبيرا من الناس، كصدور قوانين مثلا تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد، كما لو كانت تتعلق بالجانب الاجتماعي كرفع الأجور مثلا[1] .

2-**وقت وقوع الظرف الطارئ:** وهو عنصر مهم للقول بتطبيق النظرية التي لا تشمل إلا الظرف الطارئ الذي يقع بعد إبرام الصفقة وأثناء تنفيذها وقبل تمام التنفيذ لأن الحكمة تقر بتطبيق نظرية الظروف الطارئة تنعدم خارج هذا التوقيت فهي من أجل استمرار التنفيذ وسير المرفق العام بانتظام فإذا وقع الحادث قبل الشروع في التنفيذ فإنه تم العلم به ولم يعد مفاجئا وإذا وقع تماما أثناء التنفيذ فإننا لا نحتاج إلى الاستمرار في التنفيذ الذي هو منتهي أصلا.[2]

وإذا وقع الحادث الطارئ بعد مدة التنفيذ ولكن دون الأشغال فعلا ووقع تأخير في ذلك بخطأ من المقاول فهنا على المقاول تحمل مسؤولية تأخره في التنفيذ ولا يمكن المطالبة بالتعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة.

2 -مدى إمكانية توقع الظرف الطارئ: يعتبر شرط عدم توقع الظرف الطارئ من أهم شروط تطبيق النظرية، ومنه استمدت اسمها، نظرية الحوادث الطارئة أو الظروف غير المتوقعة، ولذلك فإنه لإعمال النظرية.[3]

ويجب أن يكون ما حدث طارئا وغير متوقع لأن كل عقد يحتوى على بعض المخاطر الذي يمكن توقعها وأخذها في الحسبان من قبل المتعاقدين فإذا أغفل المقاول عنها ولم يراعيها أثناء تقديم عرضه وجب عليه تحمل

---

[1]-عبد الحفيظ مانع، **(اثر نظرية الظروف الطارئة على تنفيذ العقد الإداري)**، مجلة الدارسات والبحوث القانونية، عدد 01، 2022، ص 18.

[2]- عثمان بوشكيوة ، **المذكرة السابقة** ، ص 28.

[3]-سليمان الطماوي ، **المرجع السابق**، ص612.

مسؤوليته بعد ذلك تحمل ما يترتب عنها من أعباء إضافية وعدم التوقع هو شيء نسبي فلا شيء يمكن استبعاد وقوعه كليا من حيث المبدأ، ولذلك فإن عدم التوقع يقدر في إطار الظروف المحيطة وقت إبرام الصفقة.

لذلك فقد عرف أيضا الحادث الغير المتوقع بأنه: " الحادث الذي يتضاد مع كل الحسابات التي أجراها أطراف العقد أثناء إبرامه والذي يتجاوز الحدود القصوى التي كان يتوقعها الأطراف.

"أما معيار عدم التوقع فهو موضوعيا وليس شخصيا أي أنه لا يكون في إمكان الشخص العادي لو كان محل المتعاقد وقت إبرام العقد توقع وقوع الحادث ، وعموما فإن مسألة التوقع مسألة موضوعية تخضع لتقدير القاضي الذي يضع في عين الاعتبار الشخص العادي وليس شخص المقاول المتعاقد بالذات، ويبقى السؤال هل شرط عدم التوقع المقصود به وقوع الحادث أو الظرف في حد ذاته، أم أن الشرط ينصب على آثار هذا الحادث والظرف؟ بمعنى آخر هل مالا يمكن توقعه هو وقوع الحادث أم حجم الصعوبات التي نجمت عنه. [1]

استقر الرأي الجواب عن هذا السؤال بعد أخذ ورد داخل القضاء الإداري المنطقي في النهاية ارسي على تطبيق نظرية الظروف الطارئة بالنظر إلى حجم النتائج الغير المتوقعة التي ترتبت عن الحادث الفجائي وقلنا بأن هذا الرأي هو المنطقي على أساس أن الهدف منها هو تمكين المقاول من الاستمرار في التنفيذ لمصلحة المرفق العام.[2]

---

[1]–قصاصي عبد القادر، **(نظرية الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ الالتزام التعاقدي)**، مجلة مخبر القانون والمجتمع، العدد02، 2018، ص 137.

[2]–بن شعبان علي، **أثار عقد الأشغال العامة على طرفيه**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الاخواة منتوري قسنطينة، الجزائر، 2021/2011، ص 209.

3 –**أن يكون الظرف الطارئ خارجا عن إرادة المتعاقد:**

في البداية كان مجال تطبيق النظرية هو تلك الظروف الطارئة التي لا علاقة لها بإرادة الطرفين (الإدارة والمتعاقد معها) أي أنه يشترط استقلال وقوع الحادث عن إرادة المتعاقدين، والإدارة بالخصوص فكان مجلس الدولة يرفض منح التعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة، متى كان الحادث الطارئ بسبب المتعاقد أي نتيجة خطأ منه، لأنه من يتحمل المسؤولية .[1]

أما إذا كانت الإدارة المتعاقدة هي من تسببت في وقوع الحادث الطارئ فهي ملزمة بالتعويض على أساس الفعل الضار متى كان ذلك بخطأ منها، وإلا فعلى أساس نظرية فعل الأمير متى توفرت شروطها، ولكن إذا تسببت الإدارة المتعاقدة في وقوع الحادث الطارئ وبدون خطأ منها وفي نفس الوقت لم تتوفر شروط تطبيق "نظرية فعل الأمير" فما هو الحل؟

هنا تخلى مجلس الدولة الفرنسي عن التشدد في شرط استقلال الحادث عن إرادة الطرفين المتعاقدين وأقر بالتعويض في حال كانت الإدارة المتعاقدة هي من تسببت في وقوع الحادث الفجائي ولم يكن تصرفها يشكل خطأ عقديا وذلك بالاستناد إلى نظرية الظروف الطارئة وهكذا بقى الشرط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة هو أن لا يكون للمتعاقد يد في حدوث الحادث الطارئ [2]

4–أن يؤثر الظرف الطارئ على الصفقة: حتى يكون الظرف الطارئ سببا للتعويض، يجب أن يكون من شأنه أن يلحق بالمتعاقد خسائر فادحة تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد .فشرط الإرهاق المالي من أهم الشروط الواجب

---

[1]– جابري فاطيمة، **(حق المتعاقد مع الإدارة في ضمان الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري)**، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، الجزائر، العدد 11، الجزائر 2011، ص 06.

[2]–قصاصي عبد القادر، **المقال السابق**، ص 209.

توافرها لتطبيق نظرية الظروف الطارئة فلا يكفي للمطالبة بالتعويض على أساس هذه النظرية فقدان المتعاقد لأرباحه أو فوات الكسب عليه.

لأن شرط الإرهاق "هو الذي يضع النظرية موضع التنفيذ وينقلها من الميدان النظري إلى الميدان العملي التطبيقي .مهما كانت درجة خطورة الحوادث الطارئة ودرجة عدم توقع حدوثها أو تكون عديمة الأثر على العقد ما لم ينتج عن حدوثها إرهاق في تنفيذ الالتزامات الناشئة عن هذا العقد والإرهاق الذي يبرز تطبيق نظرية الظروف الطارئة هو ذلك الذي يجعل من الالتزام صعب التنفيذ وفيه مشقة كبرى للمتعاقد تمثل خسارة فادحة إلى درجة أن اقتصاديات العقد تنقلب رأسا على عقب.[1]

ثالثا-الآثار المترتبة على نظرية الظروف الطارئة:

إن معالجة آثار نظرية الظروف الطارئة يستلزم معاونة الإدارة للمقاول المتعاقد معها، على أن يستمر هو في تنفيذ التزاماته تحتل فكرة نظرية الظروف الطارئة موقعا وسطا بين الحالة العادية، أين يمكن للمقاول تنفيذ التزاماته العقدية، وبين حالة القوة القاهرة التي تستحيل معها مواصلة التنفيذ، وبالتالي الالتزام، وهذه الفكرة هي التي تحكم الآثار المترتبة عن نظرية الظروف الطارئة كما صاغها القضاء الإداري فإذا توفرت شروط تطبيق هذه النظرية ترتبت آثارها المتمثلة في: [2]

1-الاستمرار في تنفيذ الالتزامات في صفقة الأشغال:

ومقتضى ذلك أن توفر في الوفاء بالتزاماته ومواصلة تنفيذ الأشغال المتعاقد عليها، لأن التنفيذ مع الظرف الطارئ يبقى ممكنا وبالتالي فالمتعاقد مع الإدارة يتحلل من التنفيذ لأن معها ينقضي الإلتزام في حالة الظرف

---

[1]- بن شعبان علي، **الأطروحة السابقة**، ص 210.

[2]-سليمان الطماوي، **المرجع السابق**، ص571.

الطارئ فالالتزام يصبح مرهقا وشاقا ولكن يبقى ممكنا ولا يصل إلى درجة الاستحالة، ويرجع أساس هذا الأثر لنظرية الظروف الطارئة المتمثل في واجب استمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته العقدية.[1]

ترجع إلى فكرة المرفق العام الذي هو محل العقد والمبادئ التي تحكمه والتي من أهمها ضرورة استمرار سير المرفق العام، لذلك فإنه في حالة توقف(المتعاقد) على الاستمرار في تنفيذ التزاماته فإنه بذلك يفقد حقه في المطالبة بالتعويض كما أنه يكون عرضه لتسليط العقوبات عليه، بتوقيع الجزاء المناسب كفرض غرامات تأخيرية مثلا.[2]

2-الحق في الحصول على تعويض من الإدارة صاحبة الصفقة:

وهذا هو الأثر الثاني للنظرية إلى جانب وجوب الاستمرار في التنفيذ من قبل المتعاقد مع توافر شروط تطبيق النظرية واستمرار المتعاقد في التنفيذ يحق لهذا الأخير المطالبة بمساعدة الإدارة له لتجاوز نتائج ذلك الظرف الطارئ وما ترتب عنه من زيادة أعباء المالية واختلال اقتصاديات الصفقة، مما جعله يواجه صعوبات جمة في تنفيذ التزامات هو الإدارة في هذه الحالة ملزمة على مشاركته في تحمل هذه الأعباء ومساعدته على تحظي هذه الظروف شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة لا يعفى المتعامل المتعاقد من الإلتزام بالاستمرار.[3]

.ولكن إذا تبين أن استعادة التوازن المالي للعقد لا يكن تحقيقه بسبب استمرار الظروف الطارئة فالحل هو في معالجة طرفي العقد للأمر (المتعامل المتعاقد والمصلحة صاحبة المشروع) بإنفاق ما بينهما، وإن كان الأمر يبدو

---

[1]-بن شعبان علي، **الأطروحة السابقة**، ص211.

[2]-جهاد ضيف الله جازي، **المقال السابق**، ص 13.

[3]- شريفي الشريف، **النظام المالي للعقد الإداري- دراسة مقارنة**، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان، الجزائر، 2014، ص 48.

صعبا لأنه لا المقاول يرضى بالاستمرار في تنفيذ عقد لا ينال منه ربحا، ولا الإدارة تستطيع أن تستمر في الإنفاق على عقد ثبت عدم إمكانية تقويمه.[1]

الفرع الثالث: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

سنتطرق هنا في تحديد تعريف نظرية الصعوبات المادية كسبب للإخلال بالتوازن المالي:

أولا – تعريف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

يقصد بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة مصادفة المتعاقد عند تنفيذ الأشغال موضوع الصفقة، لصعوبات مادية، لم يتوقعها ولم يكن من الممكن توقعها عند إبرام الصفقة، ويكون من شأنها زيادة التكاليف عن الحد المقرر، مما يجعل تنفيذ الصفقة مرهقا.

فإطار تطبيق هذه النظرية إذن هو مواجهة المتعاقد أثناء تنفيذ الأشغال محل العقد لصعوبات مادية ذات طابع استثنائي مما لا يمكن توقعه ويكون من شأنها أن تجعل تنفيذه للعقد مرهقا لزيادة تكلفته بشكل كبير الشيء الذي يستدعى تدخل الإدارة المتعاقدة صاحبة المشروع لمساعدة المتعامل على مواجهتها لأنها طارئة ليست بفعل أحدهما.[2]

لجبر تلك الأضرار وذلك بتعويضه تعويضا كاملا حتى يستمر في تنفيذ التزاماته، ويستمر بالتالي المرفق العام في السير بانتظام وعلى وجه حسن .ويعود أصل هذه النظرية .كأغلب نظريات القانون الإداري .[3]

---

[1]–محفوظ عبد القادر، **أثر تغير الظروف على تنفيذ العقد الإداري**، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2019، ص 55.

[2]–بن شعبان علي، **الأطروحة السابقة**، ص 212.

[3]–احمد موسى إبراهيم، **المخاطر التي تواجه تنفيذ العقد الإداري– دراسة مقارنة**، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الدراسات القانونية العليا، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، عمان، 2005، ص 102.

أما عن المشرع الجزائري، فقد أشار بشكل غير مباشر إلى نظرية الصعوبات الماديةبالرجوع لنص المادة87 من القانون 23-12 والمادة181 منه وأيضا بالنظر في المرسوم الرئاسي 15-247 عندما تطرق إلى شروط إبرام ملحق للصفقة، حيث نصت المادة136على " ومهما يكن من أمر، فإنه لا يمكن أن يؤثر الملحق بصورة أساسية على توازن الصفقة، ما عدا في حالة ما إذا طرأت تبعات تقنية لم تكن متوقعة وخارجة عن إرادة الأطراف..."، ونصت الفقرة 9 من نفس المادة على "عندما يتجاوز مبلغ ملح يتعلق بزيادة في الخدمات أو القيمة الإجمالية للعديد من الملحق، باستثناء التبعات التقنية غير المتوقعة التي سبق ذكرها، نسبة 15 % من المبلغ الأصلي للصفقة في حالة صفقات اللوازم والدراسات والخدمات، و20 % في حالة صفقات الأشغال، فإنه يجب على المصلحة المتعاقدة أن تبرر لدى لجنة الصفقات المختص بالرقابة أنه لم يتم المساس بالشروط الأصلية للمنافسة. [1]

كما تضمنت المادة138 الإشارة ضمنيا إلى إعمال نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة عند تطرقها إلى عدم إمكانية إبرام ملحق الصفقة خارج آجال التنفيذ التعاقدية، واستثنت من ذلك بعض الحالات منها إذا ترتب على أسباب استثنائية وغير متوقعة وخارجة عن إرادة الطرفين، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد اختالا معتبرا أو أدى إلى تأخير الأجل التعاقدي الأصلي.[2]

---

[1]-انظر المادة81، 87، من **القانون 23-12 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية**، السابق ذكره، ص 14، 15.

[2]-انظر المواد 136، 138، من المرسوم الرئاسي15-247 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، السابق ذكره، ص 34.

ثانيا – شروط نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

بتوافر جملة من الشروط وضعها القضاء الإداري. وتضمنها دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال لسنة 2021:

1–أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية: ترجع هذه الصعوبات المادية في أغلب الحالات إلى ظواهر طبيعية. وحسب المادة108من دفتر البنود الإدارية العامة فإن هذه الصعوبات تنجم عن:

– كصخور يصعب استخراجها، وجود مياه جوفية أو منابع، الطبيعة الصعبة لطبقات الأرض، وجود أرضيات غير متجانسة وغير مستقرة تستدعي زيادة العمق وتعديل الخصائص المتعلقة بالأساسات – أو كأمطار مستمرة في المنطقة التي تشهد في العادة هطول نسبة ضعيفة من الأمطار بالنسبة لأشغال الحفر، فيضانات وسرعة الرياح ودرجة الحرارة التي تتجاوز النسب المرتقبة في دفتر التعليمات الخاص.

– أو نقص أساسات العمارات المجاورة أو المحيطة لمكان إقامة الأشغال.

2–**أن تكون الصعوبات المادية غير متوقعة عند إبرام العقد:** يجب ألا تكون الصعوبات من عمل الإدارة، فلو كانت الإدارة هي السبب في حدوثها يعوض المتعاقد على أساس نظريات أخرى، إذا كان عملها مشروعا، أو نتيجة المسؤولية التعاقدية أو التقصيرية إذا كان عملها نتيجة خطأ منها، كما يجب ألا يكون للمتعاقد يد فيها وهو ما نصت عليه المادة108: ألا يرجع سببها للأطراف.

3–أن تكون الصعوبات ذات طابع استثنائي: أي ليست من طبيعة عادية يواجهها المتعامل، ويكون أمام أمر لم يكن يتصوره أو لم يتعرض له من قبل ولا يمكن توقعها في وقت الإبرام.[1]

[1]–انظر مادة 108، **من المرسوم التنفيذي 21–219المتضمن دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على صفقة الأشغال**، السابق ذكره، ص54.

ثالثا: الآثار المترتبة عن تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة:

إذا توفرت الشروط تحققت النظرية الأمر الذي يرتب آثار على الطرفين حيث:

لا يعفى المتعامل المتعاقد من التزاماته بل يستمر في تنفيذ الصفقة وفق الشروط المنصوص عليها في دفتر الشروط.[1]

ويترتب أيضا التعويض الكامل عن الأضرار التي لحقت به جراء هذه الصعوبات من طرف المصلحة المتعاقدة من اجل إعادة التوازن المالي للصفقة، وأيضا تغطية المصلحة المتعاقدة النفقات الإضافية في سبيل مواجهة الإشكالات التي اعترضت تنفيذ صفقة الأشغال العامة بسبب الظروف.[2]

[1]–عباد صوفيا، **المركز القانوني للمتعامل المتعاقد في تنظيم الصفقات العمومية الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون إداري، قسم القانون العام، كلية الحقوق،.جامعة باجي مختار عنابة، 2001، ص 38.

[2]–النوي خرشي، **المرجع السابق**، ص 70.

المبحث الثاني: تطبيقات إعادة التوازن المالي لصفقة الأشغال العامة:

لكي تطبق النصوص الواردة في إطار إعادة التوازن المالي لصفقات الأشغال العامة في الواقع العملي وكي تفعل الآليات التشريعية والقضائية للمحافظة على حقوق المتعاقد وضمان تنفيذ الصفقة واستمرارية المشاريع والامتثال للآليات القانونية التي وضعها المشرع كضمانة لحقوق المتعاقد في مجال تنفيذ الصفقات طبقا للتنظيم والتشريع المعمول بهما، ويبرز هذا في دورا لقضاء من خلال الاجتهادات القضائية التي يصدرها القاضي الإداري لإرساء وترسيخ مبدأ التوازن المالي في الصفقة وكمسلك لكسب المتعاقد التعويض عن ما لحقه من إضرار في حالة ما إذا لم تمتثل المصلحة المتعاقدة لإجراءات التسوية الودية وهذا ما سنعرضه في المطالبين المواليين:

المطلب الأول: التعويض على أساس أسباب اختلال التوازن المالي بفعل الإدارة:

كنا قد تطرقنا سابقا إلى الأسباب التي تسبب اختلال في التوازن المالي وهي نظرية فعل الأمير (المخاطر الإدارية) ولعل من أبرز الآثار الناتجة عن هذه النظرية هي حق التعويض إذا ما توفرات شروطها في الواقع العملي ولذا سنتناول في هذا المطلب الاجتهادات القضائية التي صدرت عن القضاء الإداري الجزائري في هذا الشأن في الفرعيين المواليين لهذا المطلب:

الفرع الأول: التعويض عن فعل الأمير:

أولا – كيفيات التعويض في نظرية فعل الأمير: [1]

يكون التعويض هنا على أساس مبدأ التعويض الكامل لكي يكون التعويض كاملا أن يشتمل عنصرين يلحق المتعاقد من خسارة بسبب عمل الأمير كالنفقات الإضافية نتيجة فرق السعر أو الرسوم الجديدة، أي يكون ضمن

[1]– مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد شلماني، **العقود الإدارية(أحكام إبرامها)**، دار المطبوعات، د..ط، مصر، 2008، ص246.

هذا العنصر الخسائر الفعلية التي أنفقها المتعاقد وهذه الخسائر تختلف باختلاف الأحوال وطبيعة التعديل ونتائجه مثال ذلك ما طلبت الإدارة سرعة انجاز 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 هذا العنصر الأول من عناصر التعويض لا محل للمنازعة فيه، ولا ترد عليه أية استثناءات أو قيود، بشرط ومن المعروف أن القاضي يرفض تعويض المتعاقد عن الأضرار الغير المنسوبة مباشرة إلى فترة تنفيذ الصفقة، وأما العنصر الثاني تعويضه عما فاته من كسب ويشمل المبالغ المعقولة التي كان من حق المتعاقد أن يعول عليها لو لم يختل التوازن العقد نتيجة عمل الأمير.[1]

وهذا التعويض هو المترتب على تطبيق نظرية فعل الأمير، إذ تراعي فيه الخسائر الفعلية للمتعاقد مع الإدارة من ناحية، وما فاته من كسب من ناحية أخرى، وهو يتميز بالطابع الشامل عن التعويض الناشئ عن تطبيق نظرية الظروف الطارئة حيث لا تشمل كلا العنصرين.[2]

ثانيا – حالات استبعاد فكرة التعويض في نظرية فعل الأمير:

الحالات الاستثنائية التي يستبعد فيها التعويض الكامل:

فان قاعدة إقرار التعويض الكامل لصالح المتعامل المتعاقد لإعادة التوازن المالي للعقود قاعدة أجمع عليها الاجتهاد القضائي الإداري، غير أن هذه القاعدة لا تؤخذ على إطلاقها بل ترد عليها استثناءات لأحكام التعويض

[1]– مفتاح خليفة عبد الحميد، المرجع السابق، ص246.

[2]– مجدوب عبد الحليم، **المقال السابق**، ص 12.

الكامل استنادا لفعل الأمير لذا يجبا لتعرض لدارسة الخلية المتعلقة بهذه الاستثناءات والتي سنوردها تبعا فيما يأتي:

1- في حالة مساهمة المتعامل المتعاقد بخطئه في إحداث الأضرار المترتبة عن فعل الأمير والتسبب في زيادتها، هنا فقط أنه لا يمكن صرف التعويض الكامل للمتعامل المتعاقد، ونتيجة أن خطأ هذا الأخير هو الذي تسبب في إحداث هذه الأضرار وفعل الأمير قد صدر إلا أن خطأ وإهمال المتعاقد تسبب في تفاقم ذلك، وقد سبب أضرار معينة، فإن القاعدة هنا تقتضي أن يحرم المتعاقد من صرف التعويض الكامل تطبيقا للقواعد العامة في التعويض.

2 _ حالة فسخ الصفقة العمومية بسبب العمليات الحربية وقد استقر القضاء الإداري المقارن في هذه الحالة، على تحديد التعويض الذي يصرف للمتعامل المتعاقد على الأضرار الفعلية المترتبة عن الفسخ، دون الأخذ في الاعتبار ما فات المتعاقد من كسب لو أن الصفقة العمومية لم تفسخ، إذ أن الظروف المحيطة بحالة الفسخ والمتعلقة أساسا بحالة الحرب هي الأساس حالة الاتفاق التعاقدي على إعفاء المصلحة المتعاقدة من المسؤولية بسبب فعل الأمير.

3-حالة الإعفاء من الغرامات التاخيرية .

4-حالة فسخ الصفقة.[1]

الفرع الثاني: تطبيقات نظرية فعل الأمير في القضاء الإداري:

أولا -في القضاء الفرنسي:

[1]-هيثم حليم غازي، **التوازن المالي في العقود الإدارية**، دار الفكر الجامعي، د.ط، الإسكندرية، مصر، 2015، ص 56.

من أبرز التطبيقات قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 4 مارس 1949 في **قضية مدينة طولون** والتي تلخصت وقائعها حول صفقة أشغال أبرمت بين الإدارة ومتعهد، وخلال الصفقة واجه المتعهد ظروفا خارجة عن إرادته أثرت على التوازن المالي للصفقة، مما دفعه للمطالبة لإعادة التوازن المالي للصفقة، وفي الحكم قرر مجلس الدولة الفرنسي أن المقاول يمكنه طلب التعويض المالي إذا اثبت أن الضرر الذي لحقه ناتج مباشرة عن تدخلات الإدارة أو ظروف استثنائية أدت إلى اختلال التوازن المالي للعقد شريطة أن يكون:

1- يكون الضرر جسيما وغير متوقع.

2- ألا يكون ناشئا عن خطا من المتعهد نفسه.[1]

يكرس هذا الاجتهاد القضائي بان المقاول لا يتحمل وحده الظروف والنتائج وحماية المتعاقد، بالرغم من سلطة الإدارة لا يمكنها تحميل كامل أعباء التغيرات أو تدخلاتها ويعزز لفكرة استمرارية المرفق العامة، وحماية للمصلحة العامة، وحماية حقوق المتعاقد وهذا الحكم يعد عدولا لمجلس الدولة عن اتجاهه الذي يقضي فيه بتعويض المتعاقد عندما أصابه من أضرار استنادا لنظرية فعل الأمير عن أعمال صادرة عن جهة أخرى أجنبية، غير انه بجدر بنا التنويه من جهة أخرى، إلى انه بحكم تزايد تدخل الإدارة في المجالات الاقتصادية والاجتماعية فان ذلك التدخل قد يلتقي ويتداخل مع مجالها الإداري التقليدي مما صار يصعب من عملية التفرقة بين ما يعرف بالمخاطر الإداري والتدخل بغرض أخر.[2]

وأيضا اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي 4 يوليو 1990 بشان قضية بوردو حيث ابرم الميناء المستقل عقد مع شركة لتنفيذ الأشغال بعد توقيع العقد تدخلت الدولة بقرارات تنظيمية أثرت بشكل مباشر على التزامات الشركة،

---

[1]- مجدوب عبد الحليم، **المقال السابق**، ص 15.

[2]- بوعمران عادل، **النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية (دارسة تشريعية وفقهية وقضائية)**، دار الهدى، ط.1، الجزائر، 2010، ص 48.

مما تسبب لها بخسائر مالية كبيرة، وكان موقف مجلس الدولة الفرنسي مؤكدا على انه عندما تصدر قرارات تنظيمية مؤثرة سلبا على الصفقة وكان المتضرر هو المتعهد، فان ذلك يعدمن قبيل نظرية فعل الأمير وان الشركة لها الحق في التعويض لكامل عن الأضرار التي لحقت بها، طالما أنها لم تكن مسؤولة عن هذه التغيرات واستمرت في التنفيذ.

كما آن مجلس الدولة الفرنسي رفض في بعض الحالات التعويض على أساس نظرية فعل الأمير في مجال الإجراءات الضريبية: فاعترف مجلس الدولة الفرنسي الإجراءات الضريبية في تكاليف عامة مفروضة على الجميع وإلا تقتصر على المتعاقد، إلا أنه إذا أدى فرض الضرائب إلى قلب اقتصاديات العقد، فإنه يمكن تعويض المتعاقد على أساس نظرية الظروف الطارئة وليس نظرية فعل الأمير في مجال الإجراءات الاقتصادية والنقدية: مثل التشريع المتعلق بالاستيراد والتصدير أو التشريع للسعر وكذا الإجراءات المتعلقة بالنظم النقدية أو الاقتصادية.[1]

قضاء مجلس الدولة الفرنسي استقر على هذا المبدأ ابتداء من حكمه الصادر في بشأن قضية وزارة البريد والمواصلات، أي أن يشمل التعويض على عنصرين الضرر، من حق المتعاقد من خسارة وما فاته من كسب أي انه اعتراف من مجلس الدولة الفرنسي بتعويض في إطار نظرية فعل الأمير. من خلال قرارات مجلس الدولة الفرنسي نستنتج ان إن الإدارة لا تستطيع أن تجعل المتعاقد معها يعمل بدون مقابل، فهو لم يقدم للمتعاقد معها إلا بهدف تحقيق بعض الربح، ومن ثم يجب أن تضمن له بعض المكاسب الكسب يجب ألا يخالف قاعدة.[2]

[1]–محمودي مولود، المقال السابق، ص 28.

[2]–بوعمران عادل، المرجع السابق، ص 49.

والتعويض لا يمكن أن يتجاوز حجم الضرر الحقيقي، فلا يستطيع آيا كان أن ينكر واقعة أن المتعاقد لم يؤد العمل الذي كان سيحقق له الكسب المفقود وعلى ذلك تقضي العدالة والقانون أن يخصم من الكسب تلك الاستغلاليات المختلفة للآلات والمعدات.

وما تكون قد عادت عليه بربح من مشروعات أخرى وتلك نتيجة منطقية حتى لا تكون المصلحة النهائية للمبالغ التي عادت على المتعاقد، تزيد من مقدار الضرر الذي لحق به جراء عمل الأمير مما أيأن من حق المتعاقد ضمان التوازن المالي للعقد على أساس عمل الأمير وذلك بتعويضه تعويضا كاملا عن الخسائر الفعلية التي تكبدها، ليتمكن من مواجهة الصعوبات غير المتوقعة والاستمرار في الوفاء بالتزاماته، وعما فاته من كسب اعتبار أن من حقه أن يعوض على ربحه الخلال عن عمله ورأسماله، إحقاقا للعدالة ومبدأ مساواة المواطنين أمام تحمل الأعباء العامة.

كما يجب أن تكون قيمة التعويض يجب أن نغطي الضرر الحقيقي الذي لحق بالمتعاقد، والتاريخ الذي يعتمد به لتقدير الضرر هو تاريخ تحققه، وليس من الوقت الذي أجريت فيه الخبرة من أجل تقديره، وأما قيمة التعويض فيحددها القاضي، وليس جهة الإدارة التي تقوم بتحديده، وللقاضي الاستعانة بأهل الخبرة لأن مهمته صعبة ودقيقة.

وقد يعتبر كافيا ذلك التعويض الذي إتفق عليه الأطراف حتى ولو كان جزافيا. وهذا ما جسدته محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في حيث حرصت على أن جهة الإدارة لا تملك أن تستقل بتقديره، بل هو بما يقرره القاضي. [1]

[1]–لباد ناصر، الوجيز في القانون الإداري، دار المجد لمنشر والتوزيع، د.ط، 2010، الجزائر، ص 52.

اعتبارا بأنه ينشأ تكاليف غير متوقعة، وتظهر هذه الحالة عندما تضمن الإدارة العقد شرطا يقضي بعدم مسؤوليتها قصد المتعاقد، في الواقع أنه لا يتصور عملا أن يقبل أي متعاقد مثل الشرط، يتنازل عن حقه في المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تصيبه أثناء التنفيذ نتيجة عمل الأمير.[1]

ثانيا – في القضاء الجزائري:

من تطبيقات نظرية فعل الأمير في الجزائر، القرار الصادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا بتاريخ1964/12/11 الذي تتلخص وقائعه في الصفقة المبرمة بين بلدية فوكة والمتعامل " غاز كهرباء الجزائر " من اجل توصيل الأعمدة والخطوط الكهربائية، إلا أن بلدية فوكة أصدرت قرار يتعلق ببناء مدرسة في المسار المحدد لمد الأعمدة والخطوط الكهربائية، مما ترتب عنه قيام المتعامل المتعاقد بتغير مسار وجه الأعمدة وحملته أعباء مالية إضافية من أجل تنفيذ موضوع الصفقة، وعند مطالبته البلدية بالتعويض رفضت، فلجأ إلى الغرفة الإدارية بمجلس قضاء العاصمة الذي كيف عمل البلدية بأنه داخل في فعل الأمير لاعتبارات الآتية:

تعلق موضوع النزاع بعقد صفقة عمومية، عدم توقع المتعامل المتعاقد لقرار بناء المدرسة، صدور قرار بناء المدرسة عن المصلحة المتعاقدة، الذي أدى بالمتعامل المتعاقد ورشاحة مما تقدم أن فعل الأمير يعتبر أحد الأسباب المهمة التي تؤدي إلى اختلال التوازن المالي للصفقات العمومية تتطلب الاستفادة من آثاره توافر عدة شروط وإذا كان على المصلحة المتعاقدة أن تصرف تعويضا كاملا للمتعاقد معها بدلا عن الضرر الناجم عن فعله فإنه تستثني حالات معينة من إلزام المصلحة المتعاقدة، وإعادة للتوازن المالي الذي اختل بسببه بصرف ذلك التعويض الكامل استقر عليها الفقه والقضاء الإداريين. [2]

---

[1]– لباد ناصر، المرجع السابق، ص 52.

[2]–مجدوب عبد الحليم، مقال السابق، ص 16.

وقد لخصنا في هذا المجال أيضا إلى موقف القضاء الإداري الجزائري من فعل الأمير حيث اعتبره سببا من أسباب اختلال التوازن المالي للصفقات العمومية للإشغال، ورغم ندرة الأحكام إلا أن مجلس الدولة الجزائري قد كانت له الفرصة لبيان حقيقة التعويض والعناصر التي يعتمد عليها مؤسسا تعويض هو ذلك لا سيما ما تعلق منها بالخسارة اللاحقة والكسب الضائع، في تحديده مبدأ التوازن المالي.[1]

وكذا القرار الصادر عن مجلس الدولة الجزائري بتاريخ2005/07/12 ق.ع.بضد مدير الشباب والرياضة لوالية البويرة تطرق فيه القاضي إلى التوازن المالي للعقد بشكل غير مباشر بقوله وأن الأشغال الإضافية وبما أنها كانت ضرورية ،هنا للإنجاز حسب قواعد الأشغال المطالب بإنجازها فإن صاحب المشروع ملزم بتسديدها حيت وإن لم يتلقى أي أمر بإنجاز هذه الأشغال من طرف صاحب المشروع و، فعبارة أن صاحب المشروع ملزم بتسديد ثمن الأشغال الإضافية وهي تدل على التوازن المالي للصفقة هنا. [2]

أيضا طبق مجلس الدولة الجزائري آثار نظرية فعل الأمير فيا لقرار الصادر عنه بتاريخ 09 أفريل 2001 في قضية (متر ر، ب)ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي بلدية المغير ومن معه في الصفقة العمومية المبرمة بينهما، وتم تقدير التعويض الكامل على أساس عنصر الخسارة اللاحقة والكسب وما فاته من كسب، نلاحظ أن المشرع الجزائر يساير الأنظمة القضائية المقارنة القضاء الفرنسي والمصري التي وطبق في هذا المبدأ محكمة القضاء الإداري المصرية حيث أشارت إلى أنه تأسيسا على نظرية التوازن المالي للعقد يكون للمتعاقد تعويض كامل [3]عن

---

[1]–محمودي مولود، **المقال السابق**، ص 17.

[2]– سايس مجال، رشيد خلوفي، **الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري**، الجزء 5 و6، طبعة 01، منشورات كليك، الجزائر، 2018، ص 1005.

[3]– سايس مجال، **المرجع السابق** ، ص 1005.

جميع الأضرار التي لحقته، وقد رددت هذه المحكمة ذات المبدأ في حكم لاحق طبقا لنظرية الأمير تلتزم الإدارة بتعويض المتعاقد معها عن جميع الأضرار التي تلحق من جرائه، بما يعيده التوازن المالي للعقد.

ثم القاعدة بالنسبة للتعويض على أساس التوازن المالي للعقد، انه إذا لم يكن مقداره متفق عليه في العقد فان جهة الإدارة لا تستطيع أن تستقر بتقديره، بل يقدره قاضي العقد اعتبار بأنه ينشأ من تكاليف غير متوقعة، وان كل ما هو غير متوقع في يعتبر خارجا عن نطاق العقد، فلا تطبق عليه شروطه ولتعبير عدم التوقع في هذه الخصوصية معنى خاص بها.

هو أن التكاليف الزائدة التي تلقى على عاتق المتعاقد تعتبر غير متوقعة مادام أنها ليشت جأز من الاتفاق، معنى انه لا يقابلها في شروط العقد أي تقدير والمحكمة إنما تقدر هذا التعويض طبقا للقواعد المقررة في القانون الإداري في هذا الشأن.[1]

المطلب الثاني: التعويض على أساس أسباب خارج إرادة الإدارة:

قد ينجم عن أسباب خارجة عن إرادة الطرف ينتج عليه التوازن المالي يختل وفي المقابل قد يلجا المتعامل المتعاقد الى القاضي الإداري ليعوضه عن هذه الأسباب كالقوة القاهرة أو نظرية الظروف الطارئة رغم قلة الاجتهادات إلا أننا سنأخذ أبرز تطبيقات في الفروع الموالية:

الفرع الاول: التعويض على أساس نظرية القوة القاهرة:

من تطبيقات القوة القاهرة في الجزائر قرار 067 بتاريخ 2-04-1995 عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء سكيكدة حيث أن المستأنف قام بإبرام صفقة مع رئيس المجلس الشعبي البلدي لبناء مكتبة ولكن لم تتم في الآجال

[1]-عمار عوابدي، **المرجع السابق**، ص 400.

المنصوص عليها في العقد وتمسك ان هذا التأخير كان نتيجة عدم تقديم المخطط والبطاقات التقنية ومن اجل زيادة أسعار البناء وعدم توفرها وان هناك قوة قاهرة نظرا لوضعية البلاد الاقتصادية وان الدولة أمرت بمراجعة الأسعار ولكل هذه الأسباب لم يستطيع إنهاء الأشغال في الآجال المطلوبة، فحكم القاضي بدفع مبلغ تعويض من طرف مجلس الشعبي لبلدية سكيكدة.

الملاحظ هنا هو اعتراف القضاء الإداري في الجزائر بالتعويض على أساس القوة القاهرة التي ترهق المتعاقد، تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا مما يعرقل أجال الاستلام وتؤدي القوة القاهرة كقاعدة عامة إلى إنهاء الالتزام التعاقدي بدون تنفيذه، هي دفع المسؤولية العقدية عن المتعاقد الذي استحال تنفيذ التزامه والتعويض.

أيضا من تطبيقات القوة القاهرة في القضاء الجزائر بالقرار رقم 56392 الصادر بتاريخ 25-02-1989 قضية (ش.ع) ضد (و.و.م ومن معه) حيث كانت الوقائع سنة 1978 ابرم متعاقد مع ولاية المسيلة مديرية المنشات القاعدية صفقة لانجاز جسر على واد مقطر، وانه وأثناء التنفيذ الأشغال حدثت فيضانات كبيرة من الواد المذكور سببت أضرار لمواد البناء وعتاد الطاعن الذي كان موضوعا بالمكان وفي اجتماع عهدت المديرية بتحمل الخسائر ولكن لم تلتزم وتهربت من المسؤولية مما دفع المتعاقد للجوء الى القضاء، ومديرية المنشات لم تتخذ الاحتياطات اللازمة مما اوجب بصدور قرار يحملها المسؤولية، وان القوة القاهرة لا تعفي المستأنف عليهم من تحمل المسؤولية، وحكم بتعويض مقابل تلك الخسائر ورفض القضاء لوجه الدفاع من طرف المصلحة المتعاقدة.

الملاحظ من خلال هذا الاجتهاد القضائي اعتبر: [1]

- أنا لقوة القاهرة لا ترتب عدم مسؤولية الإدارة وتحمل المتعاقد لهذه المسؤولية.

[1]-سايس حمال، رشيد خلوقي، اجتهادات اساسية في القضاء الاداري، منشورات كليك، د.ط، 2015، الجزائر، ص 250، 251.

-أحداث الفيضان لم تكن متوقعة.

-مقاومة الإدارة لتقديم التعويض هو خطا.

- تحديد مقدار التعويض يكون من القاضي فقط ليس من الطرفين.

- الحادث المفاجئ كشرط.

- ان مسؤولية المتعاقد في الحراسة على الأشغال ليست مطلقة بل مشتركة نسبية.

-بينما اعتبر الاجتهاد القضائي الأحداث التالية قوة قاهرة:

- اخذ الحيطة والحذر من طرف الإدارة مسبقا.

-اخذ الاحتياطات من طرف المتعامل المتعاقد لا تعتبر قوة قاهرة بل يمكن مواجهتها[1].

الفرع الثاني: التعويض بسبب نظرية الظروف الطارئة:

أولا – تطبيقات نظرية الظروف الطارئة في القضاء الفرنسي: [2]

من تطبيق مجلس الدولة الفرنسي للظروف الطارئة في 1916/03/24 في قضية "غاز بوردو "الأحكام الرئيسية والتفصيلية لهذه النظرية من حيث شروط تطبيقها ونتائجها القانونية، ولذا يرى البعض أن هذا الحكم يعد دستور نظرية الظروف الطارئة كغير ها من نظريات التوازن المالي للعقد الإداري، فإن نظرية الظروف الطارئة أنشاها مجلس الدولة الفرنسي، واتبعه في ذلك مجلس الدولة المصري في تطبيقها خلال نظره في منازعات العقود الإدارية،

[1]-سايس جمال، رشيد خلوفي، اجتهادات أساسية في القضاء الإداري، مرجع سابق، ص86، 87.

[2]- سعيد السيد، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية دراسة مقارنة، دار ابو اد للطباعة، مصر،.103

حيث جعلها من المبادئ الأساسية التي تحكم تنفيذ العقود الإدارية .فمحتو ى هذه النظرية، يكمن في أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة، لم يكن في الوسع توقعها، وترتب عن حدوثها تنفيذ الالتزام التعاقدي مرهقا للمدين فانه يجوز للمتعاقد المتضرر ومطالبة الإدارة المتعاقدة المشاركة في خسارته بمنحه تعويضا جزئيا، الصفة الاستثنائية للظرف الطارئ، معناه أن لا يندرج الحادث في عداد الحوادث وتقع وفقا لنظام معلوم، وليس معنى اشتراط كون الحادث الطارئ عاما، إن يشمل كل إقليم الدولة أو عامة الشعب، بل يكفي أن يصيب منطقة معين بأنه يشمل أثره عددا كبيرا من الناس.

أي أنه كلما جدت بعد إبرام العقد ظروف استثنائية خارجية لم تكن في الحسبان ومن غير الممكن توقعها، أي ليستعن الإخلال الالتزامات تعاقدية، وترتب عنها اختلال التوازن المالي للعقد لدرجة يصبح معها تنفيذ الصفقة يشكل إرهاقا، وتكاليفه أكبر بكثير يجوز للمتعاقد أن يطلب من المصلحة المتعاقدة من تلك التي تم توقعها عند إبرام العقد، فإن المساهمة بتحمل جزء من التكاليف والأعباء الإضافية، بما يضمن له تعويضه جزء من الخسارة التي لحقت بـه.[1]

فالمصلحة المتعاقدة تدفع تعويضا يمنع تجاوز عتبة اختلال التوازن الذي لا يحتمل وهو ما يسمى "لتوازن الحدي"، وليس تعويضا عن كل الأضرار، ومن أجل ذلك يجب أن يستمر المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية على الرغم من وقوع الاختلال المالي الذي أصابه وبحسن نية .من أمثلة الظروف الطارئة الحروب أو الأزمات الاقتصادية أو زلزال أو صدور أوامر أو مناشير أو قرارات من الإدارة، أي من غير المصلحة المتعاقدة كقرار بتخفيض قيمة العملة مثال آخر :قد تؤدي زيادة الضرائب وارتفاع الرسوم الجمركية أو رفع أجور العمال بصورة

[1] سعيد السيد، المرجع السابق، ص103.

مفاجئة إلى جعل مواصلة تنفيذ الصفقة مكلفا ومرهقا لنسبة للمتعامل المتعاقد، مما يقتضي تحمل الإدارة المتعاقدة لبعض الأعباء المالية من أجل استمرارية تقديم الخدمات.[1]

و هي وليدة القضاء، حيث اقرها مجلس الدولة الفرنسي سنة1916، قد بينا أن نظرية الظروف، حيث فصل في قضية الإنارة لمدينة "بوردو"، إذ نتج عن نشوب الحرب العالمية الأولى ارتفاع أسعار الفحم مما سبب ضررا للملتزم فلم يعد باستطاعته تحمل أعباء مالية جديدة حيث ارتفع سعر الفحم من 23فرنك فرنسي سنة 1904إلى 73 فرنك فرنسي سنة1916، سبب خلل مالي كبير وهو ما أدى بالمتعامل المتعاقد بطلب من المصلحة المتعاقدة من دفع الرسوم من المنتفعين، الأمر الذي قبل بالرفض من المصلحة المتعاقدة مما دفعه إلى رفع دعوى أمام القضاء الإداري، والذي فصل بحقه إلى الاستفادة من تعويض جزئي ومؤقت إلى غاية زوال الظرف الطارئ من أجل سير المرفق باستمرار وإطراء قد اعترف مجلس الدولة الفرنسي بحق المتعامل المتعاقد في التوازن المالي

حيث إن الملاحظ من هذه القضية هو الاعتراف ب:

-إن ارتفاع الأسعار فجأة يعتبر من قبيل الظروف الطارئة

-ان الحادث غير متوقع أدى إلى إفلاس وإرهاق المتعاقد.

ني تطبيقات نظرية الظروف الطارئة ما جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية، القرار 01صدر بتاريخ 11 أفريل 1821 قضت من المحكمة أن نظرية الظروف الطارئة تطبق فيا لحالات التي يكون فيها الالتزام التعاقدي مشتمل على آداءات متتالية. [2]

---

[1]-سنقرة عيشة، **(فيصل التفرقة بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة، وتطبيقاتهم)**، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 16، العدد 01، 2023، ص 512.

[2]-ياسر إبراهيم دانون، رؤى خليل إبراهيم، **(نظرية الظروف الطارئة وأثرها على الأحكام القضائية – دراسة تحليلية مقارنة-)**، مجلة الشريعة والقانون، العدد 58، 2014، ص188.

أما القرار 02فصدر بتاريخ 20 أغشت 1837م رفضت محكمة النقض طلب الطعن بالنقض بهدف استبعاد حكم صادر عن محكمة استئناف باريس، وقد قضت هذه الاخرى فيحكمها المطعون فيه بفسخ العقد المتضمن التزاما تعاقداي مستمرا يتعلق بتسليم كمية من البضائع على فترات متتالية بسبب تغير الأوضاع تغيرا جوهراي أنجر عن وفاة أحد المتعاقدين.

والملاحظ من هاذين القرارين آن الظروف الطارئة لميتم حصرها في حالات معينة ينجر عنها التعويض كوفاة المتعاقد أو تغير الأسعار في الخدمات المتتالية.

ايضا التغير الجوهري للصفقة لا ينجر عنها التعويض.[1]

ثانيا –تطبيقات نظرية الظروف الطارئة في القضاء الجزائري:

يتم تعويض المتعاقد في نظرية الظروف الطارئة جزئيا، فمن حقوق المتعاقد الأساسية حق ضمان التوازن المالي للعقد يضمن له استغلال متوازنا أو ربحا والإبقاء أو الحفاظ على التعادل أو التوازن النسبي بين حقوقه والتزاماته، كما توقعها وقت إبرام العقد.

وإذا كانت الطريقة للظروف الطارئة من بين الأسباب التي يختل بها التوازن المالي للعقد فإنها تعتبر وسيلة لإعادة هذا التوازن المختل، متى توافرت شروطها عن طريق تعويض حتى يستطيع الاستمرار المتعاقد في التنفيذ وتعويضا عنها يكون جزئيا لمواجهة الظروف غير العادية والمؤقتة بالإضافة لتنفيذ التزاماته التعاقدية، ويتسنى للمرفق العام السير بانتظام واستمرار، وبالتالي إشباع حاجات. [2]

---

[1]–سنقرة عيشة، **المقال السابق**، ص 514.

[2]–ياسر ابراهيم دانون، **المقال السابق**، ص 189.

وهي أيضا اعتبرت حالة مؤقتة لمواجهة مخاطر غير عادية أو أزمات مؤقتة، لتمكين أطراف العقد من العودة إلى الحالة التعاقدية الطبيعية، واجتياز المرحلة الصعبة التي سببتها الظروف الطارئة ومن ثم فلا يمكن تطبيق النظرية متى كان الظرف الطارئ أثار دائما على العقد وليس من لمنتظر أن يزول مستقبلا، فعندئذ يحق لطرفي العقد طلب فسخه من قبل قاضي العقد تعديله بما يساير الظروف الجديدة.[1]

و ايضا طبقت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا سابقا في جلستها المنعقدة بتاريخ 10/10/1993في قضية (د.ح) ضد المجلس الشعبي البلدي لبلدية عين الباردة المتعلقة في العقد المبرم بينهما نظرية الظروف الطارئة بتعويض المتعاقد عن غلق السوق بسبب مرض الحمى الذي أصاب المواشي الذي اعتبرته حدث استثنائي يغير متوقع ون الخاص، أما هنا فنكون بصدد مصلحة الجماعة الوطنية التي يجب أن تعلو على كل اعتبار بما في ذلك شروط العقد، حتى يستطيع المرفق أن يؤدي خدماته المعتادة دون توقف وعلى أحسن وجه، فالتعويض يستند إلى ضرورة سير المرافق العامة التي كان لها دوار لا ينكر في خلق نظرية الظروف الطارئة.

ومن هذا الرأي، الذي يقوم على العدالة وصالح المرفق العام الذي تجسده نظرية التوازن حيث إن هذا الأساس الذي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة يتمثل في مظاهر أن الإدارة في سعيها إلى تحقيق سياسة واقعية في علاقتها مع المتعاقد ينهي علاقة وقائية وتنظيمية ذلك لان المتعاقد الذي يرى نفسه مهدد بالانهيار لا يتعاقد معها مما يجب أن تضمن لهم المساعدة سيسعى جاهد بكل الوسائل الممكنة إلى تخفيض ذلك العجز مما يسهل تنفيذه للعقد تنفيذا سلميا ينعكس ايجابيا على الأشغال المتفق عليها.[2]

---

[1]–خميس صالح عبد الله المنصوري، **نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن الاقتصادي للعقد**، مذكرة لنيل شهادة ماجيستر، جامعة الإمارات العربية المتحدة كلية القانون، 2017، ص 47.

[2]–بوعمران عادل، **المرجع السابق**، ص 50.

إن عدم تامين المتعاقدين مع الإدارة، أي عدم ضمان التوازن المالي للعقد ضد المخاطر السياسية والاقتصادية والاجتماعية يجعل المتعاقدون الأكفاء ماليا وفنيا يحجمون عن التعاقد مع الإدارة لذا فهي ملزمة على تحقيقها على خير وجه.

فهدف الإدارة المتعاقدة معها مشترك أو واحد هو تسيير المرفق العام على وجه مرض، فالإدارة لا تضارب لأنها شريك معاون للمتعاقدين معها وليست خصما لهم، لذلك يجب ألا تتمسك حرفيا بدفتر الشروط وتترك المتعاقد وحده يتحمل المخاطر غير المتوقعة التي قد تنتهي بدماره وقلب التوازن المالي لعقده أرسا على عقب، وبالتالي توقف المرفق، لان مصلحتها ليست في ذلك.

كما ان مبدأ قاعدة القوة الإلزامية للعقد في القانون الخاص (العقد شريعة المتعاقدين) المادة مدني جزائري، قد ولى مع مذهب سلطان الإدارة الدولة الحارسة، مكن من إعادة المرونة لعقود القانون العام في عهد الدولة المتدخلة لان البحث عن التوازن المالي المعقول أصبح هو المحرك لاقتصاديات العقد ويشكل نوعا من الميكانزيما التكاملية موجهة لتنظيم العلاقات بين المرفق العام والمتعاقد وهذا أعمالا لنظرية التوازن المالي للعقد التي تقوم على العدالة في تحمل الأعباء.[1]

إن النصوص التعاقدية لا تنظم سوى نتائج المخاطر المتوقعة أما المخاطر غير المتوقعة لا تحسبها

فلقضاء الإداري من خلال اجتهاداته كرس لفصل كامل من التعويض على أساس توفر شروط إعادة التوازن المالي، يتدخل القاضي هنا ليحدد مقدار التعويض ويتأكد من الوجود الفعلي لشروط قائمة محل اخطر كوجود كوارث طبيعية أو أزمات او حروب الحق بضرر فادح بالمتعامل الاقتصادي اختلت بالتزاماته وعليه فان القضاء الإداري في الجزائر كرس نظرية الظروف الطارئة معطيا كافة النتائج لإعادة التوازن وجبر كل ما من شانه ان

[1]–محمد بعلي الصغير، **مرجع سابق**، ص 93.

يلحق ضرر بالأطراف بموجب نص قانوني واضح من اول تعديل الى غاية الوصول للمادة 7 من قانون 23-12 السالف الذكر يستفيد منه المتعامل.[1]

ومن ثمة، يجب ان تعلو المصلحة العامة على كل الأطراف وتندمج ففي إطار تنظيمي يمنح الصفقة طبيعة مشتركة تظهر أثارها القانونية عندما ينقلب التوازن المالي للعقد بسب ظروف غير متوقعة وقت مرحلة تنفيذ الصفقة، وبالتالي الخروج على شروط الإبرام.

وهنا تتدخل فكرة إعادة التوازن المالي للعقد عن طريق التعويض الجزئي في نظرية التوازن المالي، وبالتالي توزيع الأعباء بالتساوي لتحقيق المصلحة العامة.

أيضا تقدير الأعباء العامة عن الظروف الطارئة بعد انأ وضحت الأسس التي يقوم عليها التعويض الجزئي على أساس نظرية الظروف الطارئة من طرف القاضي الإداري، بين لنا كيفية تحديد واستحقاق التعويض في هذه النظرية خاصة في صفقة الأشغال العامة لأنها أكثر عرضة.

فلتعويض الجزئي الذي يستحقه المتعاقد على أساس الظروف الطارئة، يشمل فقط الجزء الأعظم من الخسائر الفعلية التي لحقت بالمتعاقد كما أن النقص في أرباحه لا يسمح بتطبيق النظرية لان ذلك يعتبر من المخاطر العادية التي لا يخلو منها أي مشروع ، ليس لتحقيق أرباح إنما الهدف حسب تحليل الاجتهاد السابق هو تطبيق الأحكام النظرية لتمكينه من الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية حتى يستطيع المرفق هذا ما يفسر حرمانه من الاستناد إلى النظرية، إن يؤدي خدماته المعتادة بانتظام واطراد وللمطالبة بالتعويض إذا ما توقف عن التنفيذ. [2]

---

[1]-عمار عوابدي، **مرجع سابق**، ص 401.

[2]-الهاشمي فوزوية، **أثار تنفيذ الصفقة العمومية على طرفيها**، أطروحة دكتوراه، سيدي بلعباس، الجزائر، 2017، ص 32.

على القاضي إذا أن يتفحص هذه الظروف ليتبين له مدى أثر الظروف على التزام المتعاقدين وما إذا كان الظرف الطارئ ذا تأثير مستمر أم مؤقت وحدود الاستمرارية والتوقيت وكل ذلك من أجل الوصول إلى حل مناسب باستخدام طريق مناسب من بين البدائل المتاحة أمامه وتحقيق التوازن بين حقوق مقابل التزام وبالنظر للسلطة الواسعة الممنوحة للمصلحة المتعاقدة.

لكنما يعترض له القاضي الإداري في حساب التعويض الذي يستحقه المتعاقد عن الأعباء التي لحقت به هو تحديد بتاريخ هذه بداية الظروف الطارئة ويبدأ هذا التاريخ الذي كان يمكن توقعه عند لتنفيذ الصفقة

وتحديد التعويض الذي يستحقه المتعاقد هي المهمة الأولى للقاضي وأيضا التأكد من وجود الظروف التي أرهقت المتعاقد نتيجة الاستمرار في تنفيذ الصفقة، والتي أدت إلى الاختلال بالتوازن المالي للعقد إخلالا خطيرا، ومنها ينتقل إلى تحديد التعويض الذي يستحقه المتعاقد، وذلك عن طريق تحديد الخسارة التي لحقت بالمتعاقد من الظروف الطارئة أولا، وتوزيع عبئ الخسارة بين المتعاقد والإدارة ثانيا. [1]

فبالنسبة لتحد يد الخسارة التي لحقت بالمتعاقد أن المقصود بالخسارة الفعلية تلك الأعباء التي تحملها المتعاقد الذي أرهقه التنفيذ نتيجة الظروف الطارئة التي أدت إلى الاختلال بالتوازن المالي للعقد إخلالا خطيرا، وتحديد الخسائر الفعلية بمقتضى النتائج الفعلية لاستغلال المشروع، ومن ثم يستبعد عند التقدير تلك الأرباح التي حققها المتعاقد قبل الظروف الطارئة والأرباح المتحمل تحقيقها في المستقبل، والخسائر التي تكون قد تكبدها المتعاقد قبل تحقيق الظروف الطارئة لأنها من قبيل المخاطر العادية، ويسم من قيمة الخسائر الفعلية التي تحملها المتعاقد

[1]–بختي سهام، **المقاول في الصفقات العمومية لاشغال البناء**، مذكرة لنسيل شهادة ماجيستر، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2014، ص 55.

نتيجة الظروف الطارئة، ما يرجع إلى أخطائه في التنفيذ كأعماله أو عدم إتباعه الوسائل الفنية المسلم بها في التنفيذ.

وأما بالنسبة لتوزيع عبئ الخسارة بين المتعاقد والإدارة ان الغرض من التعويض على أساس الظروف الطارئة هو لتمكين المتعاقد من الاستمرار في تقديم معاونة للمرفق العام، رغم الوضعية الناشئة من اختلال التوازن المالي للعقد اختلالا خطيرا.

فالتعويض إذن يغطي جزئا فقط من الخسائر التي تحملها المتعاقد نتيجة لتلك الظروف الخارجة عن صفقة الأشغال العامة يعكس ما هو الحال عليه في نظرتي عمل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة حيث يكون التعويض كاملا.

ويلاحظ أن هناك ثلاثة مبادئ تحكم تحديد التعويض وهي أن الإدارة غير ملزمة بضمان نسبة من الربح للمتعاقد معها وألا يستحق المتعاقد التعويض إلا إذا استمر في تنفيذ التزاماته التعاقدية لتامين سير المرفق العام باستمرار وانتظام.

وأيضا ألا تتحمل الإدارة وحدها الأعباء الفادحة المترتبة عن الظروف الطارئة، بل توزع بين الإدارة الأطراف المتعاقدة للحفاظ على حقوقهم وتأدية الالتزامات، أيضا الإدارة تعمل على الإسراع والإتقان في الانجاز من خلال ضمان إعادة التوازن المالي.[1]

ويعتبر القضاء الإداري في الجزائر خاصة عمل على ايلاء اهتمام لنظريات التوازن المالي والعمل بهما وتحديد ما لهما وما عليهما وهي فصلة نوعية وفريدة من نوعها في مقابل مجلس الدولة الفرنسي الذي يعتبر منشأ ومهد كل نظريات القانون الإداري خاصة في مجال الصفقات العمومية خاصة صفقة الأشغال العامة هنا نستنتج ان

[1]–الهاشمي فوزية، المذكرة السابقة، ص 33.

السوابق القضائية بمثابة بر الأمان للمتعامل وأيضا المصلحة المتعاقدة في مقابل تعويض القاضي حفاظا على هذه الحقوق.[1]

[1]–بختي سهام، المذكرة السابقة، ص 56.

ملخص الفصل الثاني:

تتعدد أسباب الإخلال بالتوازن المالي هو ما يتلخص في فكرتين بفعل الإدارة وبسبب خارج إرادتها مما يتشكل كل منظرية فعل الأمير، القوة القاهرة، نظرية الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة كلها أسباب نتيجتها واحدة هي اختلال التوازن المالي لصفقة الأشغال، ترهق المتعاقد وتعود عليه بالضرر إذا لم بهمل جانب القضاء الإداري في الجزائر حمايته إذا ما لجا إليه في ظل هذه الظروف المعقدة من خلال قضايا واجتهادات، وحتى القضاء الفرنسي له فضل في إظهار فكرة التوازن المالي من خلال القضايا فجعل من هذه الفكرة مبدأ يعتبر من أهم المبادئ التي تحكم صفقة الأشغال العامة، بحيث يكفل للمتعامل المتعاقد الحق في إعادة التوازن المالي وبالتالي تعويضه عن الضرر لمساعدته على تنفيذ الصفقة وسير المرفق العام، إذن هو مبدأ من صنع الفقه والقضاء، مما أدى بالمشرع الجزائري بالأخذ بهذا المبدأ وإسقاطه في التشريع المعمول به.

الخاتمة



الخاتمة:

مما تم عرضه نستنتج أن ضمان التوازن المالي لصفقة الأشغال العامة هو حق مكفول تشريعيا وقضائيا خاصة من خلال نصوص وتشريعات وتنظيمات الصفقات، والتوازن المالي من الضمانات التي تحفز المتعامل المتعاقد وتكفل حقوقه أثناء التنفيذ وبعد الإنتهاء.

ثم أنها تبينت لنا أهمية ضمان التوازن المالي لصفقة الأشغال العامة والعلاقة التي تربط طرفي الصفقة، بحيث يسعى المتعامل المتعاقد للحصول على المقابل المالي، في حين المصلحة المتعاقدة تسعى إلى تنفيذ الصفقة، وان عدم ضمان هده الصفقة تؤثر على السير الجيد لموضوع الصفقة وتنفيذ وتنشا منازعات الإدارة في غنى عنها.

وتم بفضل الله عز وجل دارسة الموضوع من خلال فصلين تطرقنا فيهما إلى الإطار المفاهيمي لصفقة الأشغال وإعادة التوازن المالي وفصل حول أسباب اختلال حق التوازن المالي لصفقة الأشغال العامة وتطبيقاته وفق ما يقتضيه موضوع الدارسة، فوقفنا من خلال هذا في الحصول على جملة من النتائج نوردها كما يلي :

- إن صفقة الأشغال من خلال تعريفها نوع هام من أنواع الصفقات تنصب على عقارات تابعة للدومين العام.
- صفقة الأشغال العامة هي صفقة تختلف عن باقي الأنواع من الصفقات والعقود الإدارية الأخرى .
- إعادة التوازن المالي حق يستمد على ضوء قانون قوانين الصفقات العمومية وهذا ما تمت درسته في الأساس القانوني لإعادة التوازن المالي على ضوء القانون 23-12.
- وأن إعادة التوازن المالي هو توازن بين الحقوق والالتزامات الممنوحة للمتعاقد.

–حق إعادة التوازن المالي قد تتسبب فيه الإدارة أو يكون بفعل خارج عن فعل الطرفين من خلال نظرية فعل الأمير و الظروف الطارئة والصعوبات المادية والقوة القاهرة.

–أن القضاء الاجتهادي سواء في الجزائر أو خارجها اهتم بالتوازن المالي وتعويض المتعاقد ضمانا لحقوقه وبناءا على معايير تعويض محددة أي انه حق محفوظ ومكفول.

التوصيات:

– يجب على المشرع الإحاطة بنظريات التوازن المالي وتكريسها بصفة صريحة في نصوص الصفقات العمومية، لأننا نلاحظ غموض بعض النصوص التي تعتري هذا الحق كي يكون حق مضبوط ومكفول بموجب القانون والتنظيم المعمول به مما يدفع إلى بث الثقة بين المتعاقدين وتوضيح حالات اللجوء إلى إعادة التوازن المالي بشكل مفهوم مما يسهل على القاضي الرجوع له والمتعاقد التمسك بالنص أيضا الإدارة من جانبها تكون على يقين بما له من سلطات والتزامات.

– أيضا بما أننا لم نجد قرارات في مجال طرق التسوية الودية كان على المشرع الجزائري أن يضع تقنين يتعلق بالأحكام المتعلقة بالوساطة و التحكيم في مجال المنازعات الخاصة بالصفقات العمومية من خلال قواعد قانونية تنظم وتسهل على القاضي الإداري تطبيق الوساطة والتحكيم أثناء سير الدعوى خاصة إذا كان هناك تراضي بين الطرفين وضبط إجراءاتها في الواقع العملي مثل باقي المنازعات الأخرى كل منازعة العقارية التي وضع لها المشرع إطار يضبط الوساطة واختيار الوسيط وجدول اختياره و إجراءاتها على المشرع محاكاة هذا في مجال الصفقات العمومية

– على المشرع الجزائر بتوسيع مجال الاجتهادات القضائية في مجال إعادة التوازن المالي بما يتلائم مع النزاعات التي يشهدها الواقع العملي للمتعاقد فهي واسعة جدا وكي يكون هنا كسابقة قضائية وتبيان ان

هناك قضاء إداري صارم في حماية هذا الحق هو حق إعادة التوازن المالي مما يشجع المتعاقدين الكفء في التعاقد مع الإدارة لان هناك ضمانات.

- تدريب مسؤلي الصفقات على كيفية التصرف قانونيا عند وقوع إختلال توازن مالي.
- إقتراح تعديل القانون 12/23 وتحديد الصريح لأسباب إختلال التوازن المالي وشروط التعويض

قائمة المصادر والمراجع



قائمة المصادر والمراجع:

أولا: المصادر:

ا-القوانين:

1- القانون 23-12 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية. مؤرخ في 5 غشت 202، ج ر، العدد 51، الصادرة بتاريخ 6 غشت 2023.

2- القانون المدني، المؤرخ في 26 سبتمبر 1957، ج.ر، عدد 78 الصادرة في 30 سبتمبر سنة 1975، معدّل ومتمّم.

3- القانون 22-13 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المعدل والمتم للقانون 09-08، المؤرخ قي 12 جويلية 2022، ج.ر العدد 48 الصادرة بتاريخ 17 جويلية 2022.

ب- المراسيم:

1-المرسوم الرئاسي 247/15المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، ج ر العدد 50، الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

2-المرسوم الرئاسي، 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المؤرخ في 7 اكتوبر 2010، ج.ر عدد 58، الصادرة بتاريخ8اكتوبر 2010.

3-المرسوم التنفيذي 18-199 المؤرخ في 2 أوت 2018 يتعلق بتفويض المرفق العام، ج ر العدد 48، الصادرة بتاريخ 2018.

4-المرسوم التنفيذي رقم 21-219 يتضمن الموافقة على دفتر البنود الادارية العامة والمطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، مؤرخ في 20 ماي2021 ،ج ر العدد 50، الصادرة بتاريخ 24 جوان 2021 .

ثانيا / المراجع:

1- أحسن بوسقيعة، «الوجيز في القانون الخاص الجزائي «، دار هومة للنشر والتوزيع د.ط. بوزريعة، الجزائر، د.س.ن.

2- النوى خرشي، الصفقات العمومية، دارسة تحليلية ونقدية وتكميلية لمنظومة الصفقات العمومية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع د.ط، ، الجزائر،2019.

3- الدكتورة سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، د.ط، القاهرة، مصر، 2017

4- بلال أمين زين الدين، المسؤولية الإدارية التعاقدية والغير تعاقدية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2015.

5- بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية " دارسة تشريعية وفقهية وقضائية" ، ط1، دار الهدى، الجزائر ،2010.

6- نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، الطبعة الثانية، منشورات حلبي الحقوقية، مصر، 2012

7- سعيد علي الراشدي، الإدارة بالشفافية، الطبعة الأولى، دار كنوز للمعرفة، عمان، 2008.

8- سايس مجال، رشيد خلوفي، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء 5 و6، منشورات كليك، طبعة 1 ، الجزائر 2018.

9- سايس حمال، رشيد خلوفي، اجتهادات أساسية في القضاء الإداري، د.ط، منشورات كليك، الجزائر، 2015.

10- سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (دارسة مقارنة)، الطبعة الخامسة، مطبعة عين شمس القاهرة، مصر،2005.

11- سعيد السيد، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية و الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة، د.ط،دار أبو إياد للطباعة، مصر د.س .ن .

12- عبد اللطيف قطيش ، الصفقات العمومية تشريعا وفقها واجتهادا "دارسة مقارنة "،د.ط،منشورات الحلبي الحقوقية ،الجزائر ،د.س.ن .د.س.ن .

13- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري و تسوية منازعاته قضاء و تحكيما،د.ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010.

14- عمار عوابدي ، القانون الإداري ، النشاط الإداري ، الجزء الثاني ، ديوان د.ط، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ،2000.

15- عمار بوضياف ،شرح تنظيم الصفقات العمومية طبقا للمرسوم الرئاسي 247/15 ، الطبعة السادسة ، دار جسور للنشر و التوزيع ، الجزائر 2017.

16- لباد ناصر، الوجيز في القانون الإداري،د.ط، دار المجد لمنشر والتوزيع، الجزائر 2010

17- ملاني معمر ، الإطار القانوني للطلب العمومي " الصفقات العمومية نموذجا "، د.ط، دار الفكر الحديث، الجزائر 2023 .

18- مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد سلماني، العقود الإدارية (أحكام إبرامها)،**د.ط**، دار المطبوعات، مصر،200.

19- مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، حقوق وضمانات المتعاقد مع الإدارة "دراسة مقارنة"، د.ط،منشورات حلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان 2014.

20- محمد بعلي الصغير، العقود الإدارية، د.ط، دار العلوم للنشر والتوزيع،عنابة، الجزائر ، 2005

21- محمود عاطف البنا، العقود الإدارية: **دارسة تأصيلية وتحليلية** ،د.ط، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، مصر 2008 .

22- محي الدين إبراهيم سليم، نظرية **الظروف الطارئة " دراسة مقارنة «، د.ط**،دار المطبوعات الجامعية ،، د.ب.ن2007.

23- نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، الطبعة الرابعة، منشورات زين الحقوقية، الإسكندرية، مصر 2012.

24- هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، د.ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر 2015.

•ثالثا / المذكرات والرسائل الجامعية :

1-إسماعيل البحري، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير، الجزائر 2015.

2-إيمان بومعزة، رقابة الإدارة و سلطتها الاستثنائية في مجال الصفقات العمومية دارسة مقارنة ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ،الجزائر 2020 .

3-احمد موسى إبراهيم ،**المخاطر التي تواجه تنفيذ العقد الإداري- دراسة مقارنة** ،أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الدراسات القانونية العليا ، جامعة عمان العربية للدراسات العليا ، عمان 2005 .

4-الهاشمي فوزوية ،أثار تنفيذ الصفقة العمومية على طرفيها ، اطروحة لنيل شهادة دكتوراه ، سيدي بلعباس ،الجزائر 2017 .

5-بن دعاس سهام ، حقوق المتعامل المتعاقد في ظل النظام القانوني للصفقات العمومية،مذكرة لنيل شهادة الماجيستر، جامعة عنابة ،الجزائر 2005 .

6-بن شعبان علي،أثار عقد الأشغال العامة على طرفيه ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة، الجزائر ، 2021.

7-بختي سهام، المقاول في الصفقات العمومية لأشغال البناء، مذكرة لنيل شهادة ماجيستر، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر ،2014.

8-جوادي نبيل، دفاتر **الشروط في القانون الإداري الجزائري (دراسة متعلقة بعقود الإدارة)**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الإدارة والمالية، الجزائر، 2013.

9-خميس صالح عبد الله المنصوري ، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن الاقتصادي للعقد، مذكرة لنيل شهادة ماجيستر ، جامعة الإمارات العربية المتحدة كلية القانون ،2017 .

10-خضري حمزة ،**آليات حماية المال العام في الصفقة العمومية** ،أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق و العلوم السياسية قسم الحقوق، الجزائر 2015 .

11-دريسي مالك، **صفقة إنجاز الأشغال العمومية والمنازعات المثارة بشأنها في التشريع الجزائري**، مذكرة تخرج من المدرسة العليا للقضاء، الجزائر 2010 .

12-راضية بن مبارك ، **التعليق على التعليمة364/842 المتعلقة بامتيازات المرافق العمومية المحلية وتأخيرها**، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر، كلية الجزائر ، 2008.

13-رياض إلياس عيسى الجريسات ،**نظرية التوازن المالي للعقد الإداري دارسة مقارنة**، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق جامعة عين شمس، مصر 2007.

14-شريفي الشريف، النظام المالي للعقد الإداري- دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان، الجزائر 2014 .

15-عباد صوفيا، المركز القانوني للمتعامل المتعاقد في تنظيم الصفقات العمومية الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون إداري، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار عنابة، الجزائر،2001.

16-عثمان بوشكيوة، التوازن المالي لصفقات العمومية، مذكرة لنيل شهادة ماجيستر، المركز الجامعي لسوق أهراس، الجزائر ،2005.

17-محفوظ عبد القادر، أثر تغير الظروف على تنفيذ العقد الإداري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر 2019.

•رابعا / المقالات:

1-بديع مستو، **(سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري)** ، مجلة البعث سوريا ، العدد19، 2016.

2-حسام الدين بركيبة، **(تفويض المرفق العام مفهوم جديد ومستقل في إدارة المرافق العامة)، مجلة المفكر** ، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، العدد 02، 2017.

3-جابري فاطيمة، **(حق المتعاقد مع الإدارة في ضمان الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري)**، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف المسيلة، الجزائر، العدد 11، 2011.

4-جهاد ضيف الله الجازي، **(إعادة التوازن المالي للعقد الإداري إزاء تدخلات أجنبية، دراسة تحليلية مقارنة)**، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي أفلو، الاغواط، الجزائر، العدد 01، 2020.

5-رايس أمينة، **(قراءة أكاديمية في القانون رقم 23-12يحدد القواعد العامة المتعلقة بالصفقات العمومية)**، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، العدد01، الجزائر 2024.

6-سمية باية، التأسيس القانوني للملحق في الصفقات العمومية بموجب نظرية فعل الامير: دراسة على ضوء القانون الإداري، المجلة الإفريقية للدارسات القانونية والسياسية، العدد 02، 2021.

7-سماحي إبراهيم، **(تحديد الحاجات في محال الصفقات العمومية كآلية الحفاظ على المال العام)**، مجلة البحوث القانونية والسياسية، العدد الرابع، الجزائر 2015.

8-سنقرة عيشة، **(فيصل التفرقة بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة، وتطبيقاتهم)**، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد 01، 2023.

9-صافة خيرة، **(الإطار القانوني للشراكة بين القطاع الخاص والعام في التشريع الجزائري)**، مجلة الباحث للدارسات الأكاديمية، العدد 02، الجزائر 2020.

10-عبد الحفيظ مانع، **(أثر نظرية الظروف الطارئة على تنفيذ العقد الإداري)**، مجلة الدارسات والبحوث القانونية، العدد 01 ،2022.

11-عيادة حسين، **(الحماية القانونية للمقاول في عقد الأشغال العامة)**، مجلة المقاولاتية والتنمية المستدامة، العدد 01، الجزائر 2020.

12-عبد الصديق شيخ، **(أشكال تفويض المرفق العام في ظل المرسوم التنفيذي رقم 18-199 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام)**، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، الجزائر، العدد02، 2020.

13-عصام صياف، **(معايير تحديد مفهوم الصفقة العمومية في التشريع الجزائري)**، مجلة القانون والفقه، العدد 06، 2016.

14-قصاصي عبد القادر، **(نظرية الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ الالتزام التعاقدي)**، مجلة مخبر القانون والمجتمع، العدد02، 2018.

15-كيفاجي **ضيف، (تنفيذ العقد بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة في ظل تأثير فيروس كورونا كوفيد)19**، مجلة المعيار، العدد 03، 2022.

16-كريكو فريال، **(مبدأ التوازن المالي للعقد الإداري في ظل التشريع الجزائري)**، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 01، الجزائر، 2023.

17-كمال سي محمد، **(إمكانية تطبيق عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص)**، مجلة الاقتصاد الصناعي، العدد 01، 2020.

18-ناصر مجاج، **(مفهوم الشراكة العمومية الخاصة)**، دفتر السياسة والقانون، العدد 02، الجزائر، 2023.

19-مجدوب عبد الحليم)، نظرية **فعل الأمير ودورها في الحفاظ على التوازن المالي للعقد الاداري)**، مجلة المشكاة في الاقتصاد التنمية والقانون، العدد 10 ،2019.

20-محمودي مولود، **(الرقابة القضائية على مدى التزام الإدارة بإعادة التوازن المالي للعقد الاداري)**، مجلة الدارسات الحقوقية، العدد 01، .2024.

21-محي الدين القيسي، (التحكيم في عقود البوت)، المجلة التونسية للتحكيم، العدد 3، 2009.

22-وليد شريط، (التسوية المالية للصفقة العمومية)، مجلة الواحات للدارسات والبحوث، العدد 02، الجزائر 2020.

23-ياسر إبراهيم دانون، رؤى خليل إبراهيم، (نظرية الظروف الطارئة وأثرها على الأحكام القضائية – دراسة تحليلية مقارنة-)، مجلة الشريعة والقانون، العدد 58، 2014.

- **خامسا / المعاجم:**

1-جمال الدين محمد بن مكرم، إبن **منضور لسان العرب** "، باب عقد، دار الصادر، د.ط، لبنان 2010.

- **سادسا / المحاضرات:**

1- فؤاد العطار، "مبادئ في القانون الإداري ": **محاضرات في تنظيم الإدارة العامة**، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، مصر، 2005.

سابعا / المواقع الالكترونية :

1- **القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951** ،الموقع إلكتروني :

http://jafbase.fr/docAsie/Irak/code%20civil%20irakien%201951.pdf، االطالع

تاريخ2025: 04/07/ ، على الساعة: 18:51.

2- **القانون رقم 131 لسنة 1948 المتضمن القانون المدني المصري**، الموقع الإلكتروني :

https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/ar/eg/eg026ar.، الطالع بتاريخ 07/04/ 2025،

الساعة 12:30.

الفهرس



فهرس المحتويات

الإهداء

الإشكالية

خطة تقسيم الدراسة

الفصل الأول: الإطار ألمفاهيمي لصفقة الأشغال العامة وإعادة التوازن المالي

المبحث الأول: مفهوم صفقة الأشغال العامة:..... 8

المطلب الأول: تعريف صفقة الأشغال العامة:..... 9

الفرع الأول: التعريف اللغوي والاصطلاحي:.....9

الفرع الثاني: التعريف الفقهي:..... 12

الفرع الثالث: التعريف القانوني: 17

المطلب الثاني: تمييز صـــفقة الأشـــغال العمومية عن غيرها من الصـــفقات والعقود الإدارية الأخرى:..... 24

الفرع الأول: تمييزها عن غيرها من الصفقات العمومية الأخرى:..... 24

الفرع الثاني: تمييزها عن غيرها من العقود الإدارية الأخرى:..... 29

الفرع الأول: تعريف إعادة التوازن المالي في الفقه:..... 35

الفرع الثاني: تعريف إعادة التوازن المالي في القضاء:..... 43

المطلب الثاني: الأساس القانوني لإعادة التوازن المالي:..... 46

الفرع الأول :الأساس القانوني قبل القانون 23-12: 46

الفرع الثاني: الأساس القانوني لإعادة التوازن المالي في قانون 23-12: 48

ملخص الفصل الأول:..... 55

الفصل الثاني: أسباب اختلال حق إعادة التوازن المالي لصفقة الأشغال العامة و تطبيقاته:

المبحث الأول: أسباب اختلال إعادة التوازن المالي: **58**

المطلب الأول: أسباب اختلال التوازن المالي بفعل الإدارة: 58

الفرع الأول: تعريف نظرية فعل الأمير : 59

الفرع الثاني:شروط تطبيق نظرية فعل الأمير : 62

المطلب الثاني:أسباب اختلال التوازن المالي بسبب خارج عن الإدارة: 67

الفرع الأول: نظرية القوة القاهرة: 67

الفرع الثاني: نظرية الظروف الطارئة: 70

المبحث الثاني: تطبيقات إعادة التوازن المالي لصفقة الأشغال العامة: **83**

المطلب الأول: التعويض على أساس أسباب اختلال التوازن المالي بفعل الإدارة: 83

الفرع الأول: التعويض عن فعل الأمير : 83

الفرع الثاني: تطبيقات نظرية فعل الأمير في القضاء الإداري:..... 85

الفرع الاول: التعويض على أساس نظرية القوة القاهرة:..... 91

الفرع الثاني: التعويض بسبب نظرية الظروف الطارئة:..... 93

ملخص الفصل الثاني: **103**

الخاتمة:.....**104**

قائمة المصادر والمراجع:.....**110**

الملخص:

تأسيسا على ما تقدم إن صفقة الأشغال العامة هي صفقة تنصب على عقار تختلف عن باقي أنواع الصفقات الأخرى و العقود الإدارية الأخرى ، بالإضافة إلى حق التوازن المالي من منظور فقهي وقانون طبقا لقوانين الصفقة العمومية و التنظيمات المعمول بها في هذا المجال ،وأيضا من جانب قضائي في القضاء الجزائري و حتى الفرنسي يعترف بهذا الحق وكانت فرنسا أول من وضع هذا الحق من خلال مجلس الدولة الفرنسي .

فان إن ضمان التوازن المالي نشأ في مواجهة السلطات الواسعة التي تتمتع بها المصلحة المتعاقدة في تعديل شروط تنفيذ الصفقة العمومية فلا يمنع المتعامل المتعاقد للاستناد على القوانين والنظريات التي أسسها الفقه والقضاء، والذي أخذ بها المشرع الجزائري كأساس يكفل به حقوق الطرفين ومن خلال تطبيقاته في القضاء الاداري .

Résumé :

Based on the foregoing, the public works contract is a contract that pertains to immovable property, distinguishing it from other types of public procurement contracts and administrative agreements. In addition to this characteristic, the right to financial equilibrium—recognized from both legal and doctrinal perspectives—is established under the laws governing public procurement and the applicable regulatory frameworks in this field. This right has also been affirmed judicially, both in Algerian and French administrative jurisprudence, with France being the first to formally recognize it through the French Council of State.

The guarantee of financial equilibrium emerged as a response to the extensive powers granted to the contracting public authority, particularly its authority to unilaterally modify the terms of performance of the public contract. Therefore, the contracting party is not precluded from invoking the legal principles and theories developed by legal doctrine and jurisprudence, which have been adopted by the Algerian legislator as a foundation to safeguard the rights of both parties, as evidenced by their application in administrative case law."