الأستاذ الدكتور دايم بلقاسم .

محاضرات مقياس قانون العقود الادارية المعمق

ماستر 1 قانون عام إقتصادي.

إتماما للمحاضرات التي ألقيت حضوريا .

التزامات وحقوق المتعاقد مع الادارة

<u>التزام المتعاقد بتنفيذ العقد بنفسه :</u>

أولا : الأداء الشخصي للخدمة موضوع العقد

يمر إختيار الادارة للمتعاقد معها بإجراءات دقيقة ، الغرض منها التوصل لأفضل العناصر المتفدمة للمتعاقد ، لإبرام العقد مع من يتفوق بقدراته المالية و كفاءته الفنية و الإدارية اللازمة للاضطلاع بأعباء التعاقد .

ومن ثم كان للاعتبار الشخصي أهمية بالغة لدى الإدارة ، حيث إختارت المتعاقد معها على أساسه ، الأمر الذي يفرض عليه إلتزاما جوهريا حال تنفيذه لإلتزاماته التعاقدية بأنه يقوم بهذا التنغيذ بنفسه.

ولأن هذا الالتزام تفرضه القواعد العامة في العقود الادارية حتى و إن لم ينطوي العقد الإداري على نص صريح يؤكده ، لا يعفي المتعاقد مع الادارة من واجب إحترامه . و إذا كان هذا هو المبدأ العام فإنه ليس بالمبدإ المطلق إذ يقبل بعض الاستثناءات المتعلقة بعقد المناولة .

و أهم إلتزامات المتعامل المتعاقد كما سبقت الاشارة تلك المتعلقة بالأداء الشخصي للخدمة موضوع العقد ، و أيضا أداء الخدمة

موضوع العقد حسب الكيفيات المتفق عليها و الالتزاما بأداء الخدمة موضوع العقد في المدة المتفق عليها فضلا عن الالتزام بدفع الضمان .

وبالرجوع الى الاستثناء الوارد على الاداء الشخصي فقد سمح المشرع للمتعامل المتعاقد بإحالة بطريقة عقدية جزء من المهام المنوطة به الى الغير . بقصد القيام بها تحت مسؤوليته القانونية و طبقا للاجراءات و الشروط المنصوص عليها في المرسوم الرئاسي 15-247 (المواد 140-144) وهو ما يعرف بعقد المناولة إذ أصبح هذا الأخير من الضرورات التي لا غنى عنها في الكثير من العقود و خاصة عقود الأشغال العامة لحسن التنفيذ و سرعته باعتبار أن حجم المشروعات التي تنفذ وحجم الأعمال المطلوبة و طبيعتها و التخصصات المتعددة اللازمة لإنجاز الأعمال صارت أمورا أساسية تستوجب تعاون المتعاقد الأصلي مع المتعاقد بن بالمناولة .

و القاعدة المسلم بها كما أسلفنا في هذا الخصوص أنه يحل غيره محله في تنفيذ بعض هذه الإلتزامات التعاقدية إلا بموافقة الادارة مقدما .

وقد ورد بالمادة 140 من المرسوم 15-247 أنه " يمكن المتعامل المتعاقد للمصلحة المتعاقدة منح تنفيذ جزء من الصفقة لمناول بواسطة عقد مناولة ، حسب الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم "

شروط اللجوء لعقد المناولة :

أولا : التحديد الصريح للمجال المخصص لعقد المناولة في دفتر الشروط إذا أمكن ذلك و في الصفقة الأصلية فقد ورد بالفقرة الاولى من المادة 143 من المرسوم أنه " يجب أن يحدد صراحة المجال الرئيسي لتدخل المناولة ، بالرجوع الى بعض المهام الاساسية التي

يجب أن تنفذ من طرف المتعامل المتعاقد في دفتر الشروط إذا أمكن ذلك وفي الصفقة .."

و الحكمة من إجراء هذا الشرط أن المشرع أراد من خلاله تحديد مجال المناولة في مرحلة مبكرة وليس في مرحلة التنفيذ فيصبح كل أطراف العقد أو الصفقة على علم تام بالمجال موضوع عقد المناولة .

مع العلم أن المادة 140 ورد بها ما مفاده " أن مجال المناولة لا يمكن أن تكون من ضمنها ثفقات اللوازم العادية إذ لا يمكن أن تكون هذه الأخيرة محل مناولة . والتي يقصد بها اللوازم الموجودة في السوق والغي مصنعة إستنادا الى مواصفقات تقنية خصوصية أعدتها المصلحة المتعاقدة

ثانيا : عدم جواز تجاوز النسبة المحددة قانونا

يجد هذا الشرط أساسه القانوني في المادة 140 فقرة 2 من المرسوم ورد بها " ومهما يكن من أمر ، لا يمكن أن تتجاوز المناولة أربعين في المائة 40 من المبلغ الاجمالي للصفقة " وهذا شرط معقول إذ لا يمكن أن تحجب خدمات المناول وهو الفرع خدمات الأصيل أو المتعاقد الرئيسي . و للإشارة فقد انفرد هذا المرسوم عن سابقه بالاشارة لهذا الشرط .

ثالثا : وجوب موافقة المصلحة المتعاقدة مقدما وكتابيا :

قضت المادة 143 في فقرتها 2 ما مفاده أنه ينبغي أن يحظى إختيار المناول و شروطه المتعلقة بالدفع من طرف المتعامل المتعاقد وجوبا بموافقة المصلحة المتعاقدة مقدما وكتابيا .

مع مراعاة أحكام المادة 75 المتعلقة بحالات الاقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية وبعد التأكد من قدراته المهنية و التقنية و المالية"

رابعا : أن يصرح المناول للمصلحة المتعاقدة بتواجده في مكان التنفيذ

ورد بالمادة 142 ما مفاده " يقع على عاتق المناول التصريح للمصلحة المتعاقدة بأنه متواجد في مكان التنفيذ

وإذا علمت المصلحة المتعاقدة بتواجد مناول غير مصرح به في مكان تنفيذ الصفقة تلزم باعذار المتعامل المتعاقد بتدارك هذا الوضع في أجل 8 أيام .و إلا اتخذت ضده تدابير قسرية .ما مفاد المادة 142 من المرسوم وهذا شرط تنظيمي يحدد المسؤوليات ويضبطه كل تدخل في مرحلة تنفيذ الصفقة .

حقوق المتعامل المتعاقد مع الادارة :

يمكن تصنيف حقوق المتعامل امتعاقد إلى : الحق في المقابل المالي ، و الحق في التوازن المالي و الحق في التعويض .

أولا : الحق في المقابل المالي :

تعتبر الصفقة العمومية عقد معاوضة يلزم فيه المتعامل المتعاقد بتنفيذ العمل أو الخدمة موضوع الصفقة تبعا للمواصفات و الشروط المتفق عليها ، و تلزم الإدارة المعنية بدفع المقابل المالي بالأشكال و الكيفيات التي حددها القانون .

لقد بينت المواد من 108 الى 123 من المرسوم الرئاسي 15-247 كيفيات الدفع نوضح ذلك فيما يلي :

أشارت المادة 108 الى أن التسوية الماليةللصفقة تتم بدفع التسبيقات و / أو الدفع على الحساب و بالتسويات على رصيد الحساب .

1-التسبيق : هو كل مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد ، وبدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة

أشكال التسبيق :

وفقا للمادة 111 فإن التسبيقات اما جزافية او على التموين

أ-التسبيق الجزافي :

هو عبارة عن مبلغ من المال يوضع تحت تصرف المتعامل المتعاقد قبل بدء تنفيذ الصفقة .يحدد بنسبة أقصاها 15%من السعر الأولي للصفقة : عير انه يرد على ذلك استثناءات

1إذا رأت المصلحة المتعاقدة أثناء مرحلة التفاوض أن رفضها لقواعد الدفع و / أو التمويل المقررة على الصعيد الدولي سينجم عنه تحقيق ضرر أكيد ، وهو ما يعني أن الضرر ثابت ومؤكد و ليس إحتماليا .فهنا يجوز الخروج عن القاعدة ومنح تسبيق أكبر من النسبة المذكورة

2ضرورة استشارة لجنة الصفقات المختصة.

3ضرورة الحصول على الموافقة الصريحة من الوزير الوصي أو مسؤول الهيئة .

ويمكن دفع التسبيق الجزافي مرة واحدة ، كما يمكن أن يدفع في عدة أقساط. المادة 112 .

ب-التسبيق على التموين :

عبارة عن مبلغ من المال يوضع تحت تصرف المتعامل المتعاقد قبل التنفيذ إذا أثبت لجهة الادارة بموجب وثائق و عقود تؤكد ارتباطه القانوني مع الغير بهدف توفير المادة أو المواد موضوع الصفقة وهو ما قضى به قانون الصفقات العمومية "يمكن أصحاب صفقات الاشغال و التزويد باللوازم أن يقبضوا بالإضافة الى التسبيق الجزافي تسبيقا على التموين إذا أثبتوا حيازتهم عقودا أو طلبات مؤكدة للمواد او المنتوجات الضرورية لتنفيذ الصفقة "

كما يمكن المصلحة المتعاقدة أن تطلب من المتعامل المتعاقد معها إلتزاما صريحا بإيداع المواد و المنتوجات المعنية في الورشة أو في مكان التسليم خلال أجل يلائم الرزنامة التعاقدية تحت طائلة إرجاع التسبيق (المادة 113) .

2-الدفع على الحساب

عرفته المادة 109 " هو كل دفع تقوم به المصلحة المتعاقدة مقابل تنفيذ جزئي لموضوع الصفقة "

الدفع على الحساب نوعان : دفع على الحساب عند التموين بالمنتوجات و الدفع على الحساب الشهري .

أ-الدفع على الحساب عند التموين بالمنتوجات

إن مضمون المادة 2/117 خص صفقة الأشغال بهذا النوع من الدفع إذ أورد بها مايلي " ... غير أنه يجوز لحائزي صفقة اشغال أن يستفيدوا من دفعات على الحساب عند التموين بالمنتوجات المسلمة في الورشة .." . وإشترطت الفقرة عدم حصول المتعاقد على تسبيق بالتموين المشار اليه أعلاه إضافة عبارة " و التي لم تكن محل دفع عن طريق التسبيقات على التموين حتى نسبة 80 %من مبلغها المحسوب بتطبيق أسعار وحدات التموين المحددة خصيصا للصفقة المقصودة على أساس الكميات المعاينة .."

فضلا على أن تكون التموينات المقتناة في الجزائر يستفيد المتعامل المتعاقد من الدفع على الحساب .

ب-الدفع على الحساب الشهري

نصت المادة 118 من المرسوم الرئاسي 15-247 على أن الدفع على الحساب يتم شهريا ما لم ينص أحد بنود الصفقة على مدة أطول حسب طبيعة الخدمات ونظرا لتعلق الدفع على الحساب بنسبة تقدم الأشغال أو الخدمة فقد علق المشرع منحه على تقديم الوثائق المنصوص عليها في دفتر الشروط ، حسب الحالة .

وقد ورد تبيانا لبعض الوثائق المطلوبة في بعض الحالات من خلال المادة 85 من المرسوم الرئاسي لسنة 2010 التالية :

-محاضر أو كشوف حضورية أو وجاهية خاصة بالأشغال المنجزة ومصاريفها .

-جدول تفصيلي للوازم موافق عليه من المصلحة المتعاقدة .

-جدول الأجور المطابق للتنظيم المعمول به أو جدول التكاليف الاجتماعية .مؤشرا عليه من صندوق الضمان الاجتماعي المختص.

ج-التسوية على رصيد الحساب

تتمثل في الدفع المؤقت أو النهائي للسعر المنصوص عليه في الصفقة بعد التنفيذ الكامل لموضوعها.

-التسوية على رصيد الحساب المؤقت :

بينت أحكام المادة 119 كيفية التسوية المؤقتة للرصيد كونها تتم بعد تسليم المشروع أو أداء الخدمة .على أن تبادر الادارة الى إقتطاع الضمان المحتمل و الغرامات المالية عند الاقتضاء و الدفوعات بعنوان التسبيقات و الدفع على الحساب على اختلاف أنواعها .

التسوية النهائية :

أما التسوية النهائية للرصيد فتكون برد الاقتطاعات بعنوان الضمان للمتعامل المتعاقد ورفد اليد على الكفالات التي قدمها ، ولا يتم ذلك الا بعد التأكد من حسن تنفيذ المشروع وبعد التأكد من حسن تنفيذ المشروع و بعد تقديم الوثائق القانونية المثبتة لذلك (المادة 120).

كما أنه يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تقوم بصرف الدفعات على الحساب أو التسوية النهائية في أجل يتجاوز 30يوما إبتداء من إستلام الكشف أو الفاتورة .غير أنه يمكن من أجل تسوية بعض أنواع الصفقات العمومية بقرار من الوزير المكلف بالمالية ولا يمكن أن يتجاوز ذلك أجل شهرين (المادة 122) .

وخولت للمتعامل المتعاقد حق الحصول على غرامات تأخيرية في حال تجاوز الآجال المذكورة ، وتحسب على أساس نسبة الفائدة البنكية المطبقة على القروض القصيرة المدى (الم 4/122).

ثانيا :إلتزام الادارة بضمان التوازن المالي للعقد الاداري

من المبادئ المستقرة في القضاء الاداري أن المتعاقد مع الادارة له حق ضمان التوازن المالي للعقد الاداري .أي حقه في احترام حقوقه المالية بحيث تكون مستحقات المتعاقد متوازنة و متعادلة مع أعبائه و نفقاته ، من ثم إذا طرأت بعد إبرام العقد و أثناء التنفيذ ظروف أو أحداث تؤدي الى زيادة اعباء المتعاقد مع الادارة أو انقلاب في اقتصاديات العقد فمن الواجب على الادارة تعويضه و المساهمة في خسائره حتى يعود التوازن المالي للعقد من جديد .

من أهم تطبيقات فكرة حماية التوازن المالي للعقد لمصلحة المتعاقد نظرية الظروف الطارئة و نظرية عمل الامير .

1 – نظرية الظروف الطارئة

إن نظرية الظروف الطارئة نظرية قضائية ، كان للقضاء الفرنسي الفضل في ظهورها بمناسبة فصل مجلس الدولة الفرنسي في قضية الانارة لمدينة بوردو إذ نتج عن نشوب الحرب العالمية الاولى ارتفاع في اسعار الفحم بما سبب ضررا للملتزم فلم يعد باستطاعته تحمل الاعباء المالية الجديدة .حيث ارتفع سعر الفحم من 23 فرنك فرنسي

1906 الى 73 فرنك فرنسي مما سبب له خللا ماليا كبيرا . و قد لجأ الملتزم للادارة المتعاقدة أولا لتعيد النظر في الاحكام المالية الواردة بالعقد ، غير أنها رفضت مما دفعه للجوء الى مجلس الدولة الذي اعترف له بحقه في التوازن المالي بسبب الظروف الطارئة .

شروط تطبيق النظرية :

يحب توافر شروط لتطبيق النظرية وهي :

أ-وقوع حوادث استثنائية غير متوقعة أثناء التنفيذ :

إن من قبيل الاحداث الاستثنائية غير المتوقعة أثناء التنفيذ ارتفاع اسعار بعض المواد المستعملة في تنفيذ المشروع ارتفاعا فير عادي كما هو الشأن بالنسبة للقضية المشار اليها أعلاه –في قضية انارة المدينة بودرو - ، فإن ذلك يعد ظرفا استثنائيا وطارئا موجبا لاعادة الاعتبار المالي شريطة حدوثه أثناء تنفيذ العقد .

ولكن ما حكم سريان النظرية على المتعاقد المتأخر في تنفيذ تعاقده مع الادارة ؟

الفرضية الاولى : إذا تأخر المتعاقد مع الادارة في الوفاء بالتزاماته التعاقدية حيالها دون مصوغ مقبول يبرر له ذلك عد مقصرا ، ومن ثم لا تلتزم الادارة بمشاركته فس تحمل جزء من الضرر الذي أصيب به بسبب الظرف الطارئ حيث لا مكافأة لمخطئ ، ومن ثم يتحمل بمفرده تبعة هذا الظرف الذي كان بوسعه توقي آثارهذا الضرر لو كان حريصا في الوفاء بالتزامه في الموعد المحدد بالعقد .

الفرضية الثانية : إذا منحت الادارة المتعاقد معها و المتأخر في الوفاء بالتزامه التعاقدي مهلة مدة إضافية ينفذ التزامه خلالها ، فإن تلك المدة تأخذ حكم مدة التنفيذ الاصلية ، بحيث يؤدي الظرف الطارئ خلالها الى تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، متى توافرت باقي شروط هذا التطبيق .

الفرضية الثالثة : إذا كان تأخير المتعاقد في الوفاء بالتزامه التعاقدي مرجعه الادارة ، فإن ذلك لا يشكل خطأ في جانبها تتحمل بمفردها آثاره الضارة لا على أساس نظرية الظروف الطارئة و لكن على أساس إعمال نظرية فعل الامير ، وفيها تلتزم الادارة بتعويض المتعاقد معها تعويضا كاملا جبرا لكامل الضرر الذي أصابه .

ب-أن يكون الحادث الطارئ خارجا عن إرادة الطرفين :

ألا يكون هذا الظرف أو الحادث راجعا لفعل المتعاقد مع الادارة بإن تسبب فيه أو لم يعمل على تلافيه قبل وقوعه مع إمكانية ذلك ، فإن المتعاقد مع الادارة يكون مهملا أو مخطئا ولا يستفيد باهماله واذا كان الظرف الطارئ راجعا لفعل الادارة المتعاقدة خرجنا عن نظرية الظروف الطارئة الى نظرية عمل الامير التي سيتم التطرق اليها.

ج-عدم توقع المتعاقد مع الادارة للظرف الطارئ ولا يمكنه دفعه

لإعمال نظرية الظروف الطارئة فإنه يتعين أن يكون حدوث الظرف الطارئ خارجا عن نطاق التوقعات المتعلقة بتنفيذ العقد الاداري ، كما ينبغي الا يكون بوسع المتعاقد دفع هذاالظرف أو الحيلولة دون حدوثه .

أي لا يكون بوسع أطراف العقد توقعه ، كحدوث أزمة إقتصادية أو صدور نصوص قانونية أو تنظيمية جديدة وغيرها بما يشفع للمتعاقد

المطالبة بحقه في التوازن المالي لذلك ذهبت المحكمة الادارية العليا في مصر الى القول " إن نظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجردة التي هي قوام القانون الاداري ".

د- إصابة الظرف الطارئ للمتعاقد بخسائر فادحة

لا يكفي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، أن يعترض تنفيذ العقد الاداري ظرف طارئ غير متوقع الحدوث لا ارادة للمتعاقدين فيه ، ولا يملك المتعاقد مع الادارة له دفعا حيث يجب ان يلحق هذا الظرف بالمتعاقد ضررا استثنائيا تنشا عنه خسارة فادحة بحيث يكون تنفيذ المتعاقد لالتزامه في ظل قيام هذا الظرف مرهقاا له من الناحية المالية.

ومن ثم فيخرج عن نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة ما يؤدي اليه الظرف الطارئ من مجرد نقص في الارباح أو ارتفاع طفيف في كلفة تنفيذ العقد حيث أن ذلك من قبيل المخاطر العادية في تنفيذ العقود الادارية التي لا يستحق المتعاقد عنها تعويضا .

الاساس التنظيمي لنظرية الظروف الطارئة في الجزائر

تجد نظرية الظروف الطارئة أساسها القانوني في الجزائر في نص المادة 107 من القانون المدني و التي جاء فيها " يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية . ولا يقتصر العقد على إلتزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ماهو من مستلزماته وفقا للقانون و العرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام ، غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فب الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي ، وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة

الطرفين أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول و يقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك "

إن النص ورد واضحا في هذا الشان ولا مانع أن يهتدي به القاضي الاداري وهو بصدد تطبيق ما ورد بالمادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247 من أنه يجب على المصلحة المتعاقدة .....

إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل من الطرفين .

باعتبار أن الغرض من النصين واحد و أن روح النصين ضمن ذات الاتجاه

-الالتزام بالتعويض في اطار النظرية :

إن التعويض الذي يكلفه قيام الظرف الطارئ ليس تعويضا كاملا على نحو الوارد بنظرية عمل الامير –كما سنرى لاحقا – و إنما هو تعويض جزئي ينطوي على معنى مشاركة الادارة ومساهمتها مع المتعاقد معها في التخفيف من الأثر الضار للظرف الطارئ غير المتوقع الذي إعترض تنفيذه للمتعاقد مع الادارة تمكينا له من الاستمرارية في الوفاء باتزامات هذا المتعاقد على نحو يتحقق معه ضمان استمرار المرفق العام بانتظام و اضطراد .

حيث يكفي في التعويض أن يؤدي لرد الخسارة التي حاقت به ، الى الحد المعقول و الذي يمكنه من الاستمرار في الوفاء بالتزامه التعاقدي والذي قد يتوقف عنه في لو لم تتدخل الادارة لاقالة عثرته في تحمل جزء من تلك الخسارة .

فمتى توافرت شروط تطبيق النظرية فللمتعاقد مع الادارة دعوتها للمشاركة في تحمل نصيب من الخسارة التي حاقت به . فإذا رفضت الاستجابة لطلبه طواعية كان له حق اللجوء الى قاضي العقد ليلزمها بالتعويض المناسب .

إن عملية تقدير التعويض المستحق للمتعاقد مع الادارة عند تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، هي عملية لا تخلو من الصعوبة ، ومن ثم يلجأ القاضي بصددها الى الاستعانة بخبراء متخصصين في هذا الشأن.

2-نظرية عمل الأمير

إن عمل الامير هو كل إجراء تتخذه الإدارة المتعاقدة غير متوقع من المتعاقد معها ، يؤدي الى إلحاق ضرر خاص لا يشاركه فيه سائر من يمسهم هذا الاجراء .يستوي في ذلك أن يكون إجراء عاما أو خاصا .وبعبارة أخرى أدق ، عمل الامير إجراء خاص أو عام يصدر من جانب الجهة الادارية المتعاقدة لم يكن متوقعا وقت التعاقد يترتب عليه ضررا خاصا باالمتعاقد لا يشاركه فيه سائر من يمسهم الاجراء .

وعليه ، فإن عمل الأمير يقتصر على الاجراءات الصادرة عن السلطة العامة المتعاقدة فقط دون غيرها من السلطات .

إن عمل الامير قد يأخذ صورة إجراء فردي خاص حينما تقدم الإدارة على تعديل العقد بإرادتها المنفردة – بالزيادة أو بالنقصان – أو في شروط أو مدة التنغيذ ، مما يحمل المتعاقد مع الادارة تكاليف إضافية لم تكن في حسبانه وقت وضع أسعار التعاقد .

وقد يأخذ عمل الأمير صورة إجراء عام في صورة قوانين تزيد من أعباء المتعاقد . ويكون ذلك بتعديل شروط تنفيذ العقد بإلغاء أحد تلك الشروط ، أوبتعديل في فحواها .أو أن يعدل الاجراء العام ظروف تنفيذ العقد مما يجعل هذا التنفيذ أكثر كلفة على المتعاقد مع الادارة.

شروطها :

شروط إعمال نظرية عمل الامير المتعلقة بالاجراء الصادر عن الادارة :

ينبغي لانطباق نظرية عمل الامير أن يكون الاجراء محدث الضرربالمتعافد صادرا عن الشخص المعنوي العام الذي أبرم العقد الاداري كما سبقت الاشارة اليه مع مشروعية الاجراء الصادر عنها أذ يحدد هذا الاشتراط نطاق تطبيق نظرية عمل الامير من حيث الاجراء الصادر عن الادارة المتعاقدة حيث تفرض تلك النظرية عدم خطإ الادارة حال إتيانها للاجراء المترتب لتطبيقها ذلك لأن ثبوت خطإ الادارة يرتب قيام مسؤوليتها عن التعويض على أساس المسؤولية العقدية .

وتجدر الاشارة الى أنه لا مجال لإعمال نظرية عمل الامير على تعاقدات الادارة المدنية .حيث تكون فيها طلرفا عاديا لا يتمتع بأي بأي من مظاهر السلطة العامة .حيث ينظمها القانون الخاص ويفصل في منازعاتها القضاء العادي الذي لا يعرف تطبيقا لنظرية عمل الامير .

إضافة الى أن الهدف من تقرير نظرية عمل الأمير بما تنطوي عليه من تعويض المتعاقد مع الادارة كأثر لما تصدره من قرارات تؤدي الى الاضرار به ، هو ضمان سير المرفق العام بانتظام و اضطراد

حيث أن تحقيق ذلك تضطلع به عقود الادارة الادارية دون عقودها المدنية .

شروط تطبيق نظرية عمل الأمير التي ترجع الى المتعاقد :

لإعمال نظرية عمل الأمير فإنه يتعين ألا يكون الاجراء الضار الصادر عن الإدارة المتعاقدة متوقعا من المتعاقد معها إضافة الى ضرورة إصابة المتعاقد بضر خاص .

أ-عدم توقع الاجراء :

لحصول المتعاقد مع الادارة على التعويض كأثر للإجراء الذي أضر به ، و الصادر عن الادارة المتعاقدة فإنه يتعين عدم توقع صدوره .

فإذا كان المتعاقد مع الادارة توقع صدورالاجراء الضار عنها ، فالمفترض أنه علم أثر صدور هذا الاجراء ووضعه في حساباته عند تقدير المقابل الماديلبنود العقد الاداري . ومن ثم فلا يستحق التعويض .

إن معيار عدم التوقع هو معيار موضوعي لا يعتد فيه بما وقع في ذهن المتعاقد من توقع للفعل وإنما العبرة ألا يكون في مقدور الشخص العادي أن يتوقع الظرف الجديد لو وجد في ذات ظروف المتعاقد .

وعلى القاضي عند تقديره لتوافر شرط عدم التوقع ، البحث في إمكانية توقع المتعاقد لتصرف الادارة ، وفقا لمعيار الرجل العادي (المعتاد) في ظل الظروف و الملابسات وقت التعاقد .

ب-إلحاق الاجراء ضررا خاصا بالمتعاقد

مناط تطبيق نظرية عمل الأمير الذي يلخحق بالمتعاقد مع الادارة نتيجة الاجراء الصادر عنها .

وإذا كان الضرر شرطا لازما ومنطقيا لتطبيق نظرية عمل الأمير فإنه لا يشترط أن يكون على درجة معينة من الجسامة ، المهم أن يؤدي هذا الضرر الى إحداث إختلال في التوازن المالي للعقد الإداري أن التوازن بين إلتزامات المتعاقد وحقوقه المنبثقة عن تنفيذه للعقد الاداري

وإذا كان الضرر المجرد كافيا لترتيب مسؤولية التعاقدية للادارة و التي يكون الخطأ أساسا لها على إعتبار أن هذا الضرر أحدعناصرها .فإن الضرر الوجب لتطبيق نظرية عمل الأمير يشترط فيه أن يكون ضررا خاصا و هو الضرر الذي يصيب المتعاقد دون سائر الأفراد أو تكون إصابة المتعاقد بهذا الضرر أكثر جسامة ممن أصيبوا به .

التعويض :

بإعتبار أن الضرر محل المطالبة بتطبيق نظرية عمل الامير أحدثته الادارة بمفردها و إرادتها المنفردة لأسباب محل إعتبار لديها فإن العدالة تقتضي تحملها بتعويض المتعاقد مخها عن هذا الضرر تعويضا كاملا ، بحيث يعود بهذا التعويض التوازن المالي للعقد الى ماكان عليه قبل صدور الاجراء من جهة الادارة المتعاقدة و الذي أضر بالمتعاقد معها .

إن الغاية من جعل التعويض كاملا في صورتيه ما فاته من كسب وما لحق بالمتعاقد من خسارة في نطاق إستعمال نظرية عمل الأمير هو الحيلولة أيضا دون إثراء الادارة بلا سبب على حسلب المتعاقد معها بإجراءات أحادية الجانب تتخذها لتحقيق مكاسب لها في حين أنها تؤدي الى إفقار المتعاقد معها الأمر الذي يجعله يحجم عن التعاقد لاحقا مع الادارة لافتقادها لثقته ومخالفتها لمبدإ حسن حسن النية الذي يتعين تنفيذ الغقود الادارية في كنفه .

3-نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة :

نكون في إطار تطبيق نظريات الصعوبات المادية غير المتوقعة ، إذا ما صادف تنفيذ العقد الاداري صعوبة مادية بحتة ذات طابع استثنائي لم يتوقعها المتعاقد مع الادارة ولم يكن بوسعه ذلك مما يجعل تنفيذ المتعاقد لالتزامه في ظلها أكثر ارهاقا و كلفة ، الامر الذي يتطلب تدخل الادارة بتعويضه تعويضاكاملا لجبر الاضرار التي احدثتها تلك الصعوبة تمكيما له من الاستمرار في الوفاء بالتزامه التعاقدي .

ويجد تطبيق النظرية مجاله الخصب في عقود الأشغال العامة نظرا لكثرة ما يواجه تنفيذ تلك العقود من صعوبات ذات طبيعة مادية .

ومع ذلك يرى الفقه أنه ليس هناك ما يمنع من تطبيق تلك النظرية في كافة العقود الادارية متى توافرت شروطها .

شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية :

أ-مواجهة تنفيذ العقد الاداري صعوبات مادية استثنائية :

يتعين لاعمال نظرية الصعوبات المادية وفق هذا الشرط أن يواجه المتعاقد مع الادارة أثناء تنفيذ العقد الاداري صعوبة ذات طابع مزدوج حيث ينبغي أن تكون تلك الصعوباة مادية بحتةكزيادة الطبقات الصخرية في أرض الموقغ محل تنفيذ عقد الاشغال العامة ، مما يزيد في نفقات أعمال الحفر أو إرتفاع منسةب المياه الجوفية للأرض محل تنفيذ العقد الأمر الذي يحمل المتعاقد عبئإضافيا يتمثل في زيادة نفقات سحب المياه من أعمال الحفر .

أما إذا اعترضت تنفيذ العقد صعوبات ذات طبيعة إقتصادية أو طبيعية حيث تنطبق نظرية الظروف الطارئة متى توفرت شروط تطبيقها .

كما يتعين أن تتصف تلك الصعوباة بالطابع الاستثنائي وهو ما يخرجها من إطار الصعوبات البيطة أو العادية و التي تدخل في إطار المخاطر العادية للمتعاقد .

وتقدير استنائية اصعوبة المادية أو اعتبارها من قبيل المخاطر العادية التي لا ترقي الى تطبيق نظرية الصعوبات المادية متروك لتقدير القاضي بالنسبة لطكل حالة على حدة .

ب-عدم توقع المتعاقد للصعوبة المادية الاستنائية :

ينبغي ألا يكون بوع المتعاقد مع الإدارة توقع حدوث الصعوبة المادية وقت إبرامه لتعاقده مع الادارة .

حيث لا تنطبق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة إذا كان المتعاقد قد توقع حدوث الصعوبة التي إعترضت تنفيذ العقد دون أن يبدي أية تحفظات للإدارة بشأها حيث يفترض أنه وضع تكلفة التنفيذ الزائدة التي أودجدتها لبصعوبة المادية فس حسبانه عند التقدم بأسعار تعاقده ومن ثم فلا يستحق لبتعويض لبذي تكلفه تلك النظية .كما لا يكون ذلك التعويض مستحقا له إذا كان بوسعه توقع لبصعوبة المادية إلا أنه لم يبذل بذلك جهدا فيكون مقصرا لا يستحق تعويض الادارة له .

ولقاضي الغقد سلطة تقدير ما إذا كانت الصعوبة المادية التي واجهت تنفيذه غير متوقعة أو كان من الممكن توقعها ليطبق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من عدمه وذلك وفقا لمعيار موضوعي ينظر فيه

الى سلوك الرجل المعتاد الذي يوجد في نفس ظروف التعاقد وقت إبرام العقد .

ج-إصابة الصعوبة المادية للمتعاقد بالضرر :

إن إعتراض تنفيذ العقد الاداي صعوبة مادية استثنائية لا يؤدي تلقائيا اى تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، حي يتعين أن يتولد عن تلك الصعوبة ضرر بالمتعاقد مع الادارة . ذلك لاعتبار جبر هذا الضرر هو سند تطبيق هذه النظرية .

وييكون الضرر الذي اصيب به المتعاقد مع الادارة هو اساس استحقاقه للتعويض بعض النظر إذا كان الضرر بسيطا أو جسيما وذلك كأصل عام .

التعويض كأثر لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير متوقعة :

إن التعويض الناجم عن نظرية الصعوبات المادية هو تعويض كامل عن جميع الاضرار التي حاقت بالمتعاقد مع الادارة كأثر لتنفيذ التزامه التعاقدي في ظل قيام الصعوبة المادية ويقع على عاتق المتعاقد مع الادارة عبء إثبات الضرر الذي أصابه من جراء إعتراض صعوبة مادية لطريق تنفيذ العقد و يترك للقاضي تقدير مدى توافر شروط نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ومدى استحقاق المتعاقد مع الادارة للتعويض الذي تقرره له تلك النظريةوذلك في ضوء ظروف تنفيذ كل عقد على حدة .