بحث بعنوان

شروط تطبيق نظرية عمل الأمير

مقدم إلى

كلية الحقوق - جامعة المنيا

قسم القانون العام (القانون والقضاء الإداري)

إشراف

أ.د/ عبد المجيد عبد الحفيظ سليمان

أستاذ القانون العام - كلية الحقوق - جامعة بني سويف

الباحث/ إبراهيم عايض حمود شداد المطيرى

باحث ماجستير - كلية الحقوق - جامعة المنيا

المستخلص:

تناولت هذه الدراسة نظرية عمل الأمير لما لهذا الموضوع من أهمية في مجال إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، حيث تهدف هذه النظرية إلى المحافظة على اقتصاديات العقد من خلال ضمان التعويض الكامل للمتعاقد جراء الضرر المتحقق من فعل الإدارة، حيث تتم الإشارة إلى مفهوم النظرية وبيان الإجراء الإداري المرتب لتطبيقها، حيث تم بيان صور الإجراءات الإدارية وبيان أن نظرية عمل الأمير لا تطبق إلا في صورة الإجراء الخاص مع الإشارة إلى أن مجلس الدولة الفرنسي طبقها على الإجراءات العامة بصورة استثنائية إذا توافرت شروطها إذ يتطلب لتطبيق نظرية عمل الأمير توافر عدد من الشروط المجتمعة بحيث إذا تخلف أحد منها فلا يجوز حينها تطبيق النظرية، وعندها يمكن تطبيق نظريات التوازن المالي الأخرى في حال توافرت شروطها، حيث قد تتشابه نظرية عمل الأمير و نظريات التوازن المالي وخاصة نظرية الظروف الطارئة، لذا تمت المقارنة بين نظرية الأمير و نظريات التوازن المالي الأخرى.

وبما أن نظرية عمل الأمير لا تجد مجالا لتطبيقها إلا في العقود الإدارية فقد تناولنا تطبيقات نظرية عمل الأمير في عدد من العقود الإدارية (عقد امتياز المرفق العام، و عقد الأشغال العامة) و قد تم اختيار هذين العقدين كنموذج عن العقد الإداري نظرا لأهميتها، كما تم التطرق إلى الآثار المتحققة من تطبيق نظرية عمل الأمير حيث ترتب النظرية التعويض الكامل للمتعاقد بالإضافة إلى فرعية، إلا أن الفقهاء اختلفوا في أساس التعويض القائم حيث رأى البعض أن التعويض قائم على أساس الإثراء بلا سبب على خلاف الآخر الذي رأى أنه قائم على أساس المسؤولية العقدية، وأخيرا وهو الاتجاه الغالب على أساس المحافظة على التوازن المالي للعقد.

وفي النهاية تحدثنا عن التعويض في نظرية عمل الأمير واوجه الشبه والاختلاف بينها وبين باقي النظريات التي تتشابه معها، وبعد ذلك تحدثنا عن تطبيقات لنظرية عمل الأمير. وبعدها تحدثنا عن النزاعات الخاصة بنظرية عمل الأمير وبين رأي الفقه والقضاء في هذا الأمر.

الكلمات المفتاحية:

نظرية عمل الأمير، التوازن المالي، التعويض، العقد الإداري، المسئولية العقدية.

أهمية الدراسة:

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

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

وتبرز أهمية دراسة هذه النظرية ذلك في حماية المصالح الاجتماعية للجمهور نظراً لأهمية التوازن المالي في العقد الإداري، ولكونه ينطلق من أهداف نبيلة وهو تحقيق العدل وحسن سير المرافق العامة بانتظام تحقيقاً للمصلحة العامة وضمان الرفاه العام للبلاد والمواطنين.

أسباب اختيار الموضوع:

تنوع هذه الأسباب بين أسباب موضوعية وأخرى ذاتية

الأسباب الموضوعية:

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

الأسباب الذاتية:

إن الدافع الأساسي في اختيار هذا الموضوع والغوص فيه هو الإلمام بجميع جوانبه لا سيما الجانب القانوني منه.

- ولعل الدافع الأكبر لاختيارنا هذا الموضوع أهميته البالغة من خلال معرفة نظرية فعل الأمير عن قرب وآثارها على العلاقة التعاقدية، وبالتالي حاولنا أن نكون مساهمين ولو بصفة مختصرة في إعطاء حافز لمن يلينا من الباحثين خاصة، للتوغل أكثر في هذا الموضوع.

صعوبات الدراسة:

من الصعوبات التي تلقيتها في انجاز هذه الدراسة

- أولاً: قلة المراجع المتخصصة في موضوع نظرية فعل الأمير وأثرها على العقود الإدارية
- ثانيا: أن موضوع نظرية فعل الأمير بحث قصير ما يصعب تحليله من الناحية القانونية، خاصة كون دراستنا ستنصب على هذا المجال.

أهداف الدراسة:

تتمحور الأهداف الرئيسية الموضوع نظرية فعل الأمير وأثرها على المواد الإدارية حول:

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

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

إشكالية البحث:

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

ما مدى تأثير نظرية فعل الأمير في تنفيذ العقد الإداري والتحكم في حقوق المتعاقد مع الإدارة في تسيير المرفق العام.

المناهج المتبعة:

تم الاعتماد على المنهج التحليلي في هذا البحث من خلال تحليل النصوص القانونية والأحكام والقرارات القضائية وإظهار المبادئ القانونية واستنباطها منها. وكذلك اعتمدت على المنهج المقارن ببيان أوجه الشبه والاختلاف في الدول محل الدراسة.

تقسيمات الدراسة:

- **مقدمة**
- **المبحث الأول: شروط وأساس نظرية عمل الأمير**
  - **المطلب الأول: وجود تصرف صادر من إحدى السلطات العامة**
  - **المطلب الثاني: وجود ضرر مترتب على تصرف الإدارة تجاه المتعاقد**
  - **المطلب الثالث: عدم وجود خطأ من جانب جهة الإدارة**
  - **المطلب الرابع: ألا يكون الإجراء متوقع أثناء التعاقد**
- **الخاتمة**
- **المراجع**
- **الفهرس**

المبحث الأول

شروط وأساس نظرية عمل الأمير

حتي نكون أمام إجراء يستوجب تطبيق نظرية عمل الأمير يجب أن تكون الصفة التي تربط الإدارة بالمتعاقد هي صفة تعاقدية، والربط بين تطبيق نظرية عمل الأمير ووجود الصفة التعاقدية بين المتضرر والجهة الإدارية استخدمها القضاء منذ بداية أحكامه فقد أوضحت محكمة القضاء الإداري المصري هذا الشرط بقولها "متى كان الأمر بين الشركة و بين الحكومة خارجة عن نطاق الرابطة العقدية فإن طلب التعويض عن الأضرار التي تترتب على التشريع الجديد استنادا إلى نظرية عمل الأمير يكون على غير أساس سليم من القانون إذ من المقرر إن المسؤولية التي ترتب التعويض في نطاق نظرية عمل الأمير لا تقوم إلا في حالة ما إذا كان المضرور بسبب التشريع الجديد تربطه بالدولة رابطة تعاقدية أثر فيها التشريع الجديد، بأن زاد في الأعباء التي يتحملها في تنفيذ التزاماته بمقتضى العقد و أن تؤدي هذه الزيادة في الأعباء المالية إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد

وإذا كان القضاء الإداري قد أقر الحق للإدارة لتعديل العقد الإداري، إلا انه لم يترك المتعاقد الآخر يتحمل نتائج الإجراءات التي اتخذتها السلطة الإدارية من دون أخذ النظر للاعتبار ما قد يلحقه من ضرر بزيادة أعبائه المالية، لذلك فإن القضاء الإداري قد أعطى للمتعاقد الآخر في حالة إذا ما لحقه ضرر الحق في التعويض من الإدارة – بما يحفظ التوازن المالي للعقد ويرفع عنه المخاطر لهذه السلطة ويمكنه الوفاء بتنفيذ العقد. ولقد اتفق الفقهاء فيما يخص تطبيق نظرية فعل الأمير ضرورة توافر العديد من الشروط.

وفي البداية يجب التوضيح انه يشترط التطبيق نظرية عمل الأمير أن تكون بموجب عقد إداري بالمعنى المتفق عليه فقها وقضاء حيث لا تطبق هذه النظرية إلا بموجب المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية.

كما لا تطبق هذه النظرية في العقود المدنية التي تبرمها الإدارة أو الإجراءات الإدارية التي تصدرها بعض السلطات الإدارية والتي قد تؤثر على دخل الأفراد دون وجود رابطة عقدية بين هذا الشخص والجهة الإدارية وحددت هذه الإجراءات. وهذا يعني أن الإدارة باستطاعتها أن تعدل شروط العقد دون الرجوع إلى الطرف الآخر لتوفير حاجات المرفق العام المتزايدة بعكس قواعد القانون المدني الذي فيه يبقى المتعاقدين

مجبرين لتنفيذ العقد حسب الشروط المنصوص عليها فيه ولا يحق للطرفين المتعاقدين تعديل الشروط إلا بموجب اتفاق جديد. أي لا مجال لتطبيق نظرية فعل الأمير في العقود المدنية.

كما أكدت المحكمة ذاتها هذا المبدأ في حكم سابق لها فقالت " ومن حيث إنه لا محل لبحث ما أثاره المدعي بشأن تطبيق أحكام نظريتي الظروف الطارئة وعمل الأمير، إذ إن ذلك يفترض استناد التعويض الى عقد إداري تأسيسا على المخاطر الإدارية ...".

وهذه الشروط لا يمكن التغاضي عنها حتى يتم تطبيق تلك النظرية على العقد في حالة ما إذا كان فعل الأمير أدى إلى استحالة تنفيذ الصفقة حيث يعتبر مبررا لعدم تنفيذ الصفقة من قبل المتعاقد أي يتحرر هذا الأخير من الالتزام التنفيذي.

– حالة ما إذا كان فعل الأمير لم يؤد إلى استحالة التنفيذ من قبل المتعاقد، بل جعله صعبا، مما يشكل عذرا للمتعاقد بأن يطلب إعفاؤه من تنفيذ أو تخفيض العقوبات المفروضة عليه لاسيما غرامة التأخير.

– حالة ما إذا كان فعل الأمير يؤدي إلى زيادة الأعباء المالية على المتعاقد بصورة تتجاوز حدود إمكانياته مما يفسح المجال يحق طلب فسخ الصفقة من القاضي الإداري.[1] وهذا ما يؤكد من خلال ذلك أن أعمال نظرية فعل الأمير يكون أثناء تنفيذ العقد الإداري.

١) بن أحمد حورية دور القاضي الإداري في حل المنازعات الصفقات العمومية) مذكرة تخرج كنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق تلمسان ٢٠١٠ – ٢٠١١ ص ١٢٠

المطلب الأول

وجود تصرف صادر من إحدى السلطات العامة

فإذا كان التصرف صادراً عن جهة إدارية أخرى، فعندئذ لا تطبق نظرية عمل الأمير، وإنما تطبق نظرية الظروف الطارئة. وقد اشترطت المحكمة الإدارية العليا أن يكون الإجراء صادراً عن الجهة الإدارية المتعاقدة، لكن هذا الاتجاه تغير وأصبحت تحكم للمتعاقد بفروق الأسعار عن عقود مبرمة مع إدارة لم يصدر عنها فعل الأمير.

كان مجلس الدولة الفرنسي – قديمة – يطبق نظرية عمل الأمير سواء كان الإجراء صادر من الجهة الإدارية المتعاقدة او من جهة إدارية او سلطة عامة أخرى، إلا إنه عدل عن ذلك فيما بعد وقضى بأن الإجراءات التشريعية او اللائحة المتصلة بالاقتصاد الموجه ليس من شأنها أن تستتبع تطبيق نظرية عمل الأمير، بل تطبق نظرية الظروف الطارئة عند توافر شروطها ومن ثم أصبح القضاء الفرنسي يقصر تطبيق نظرية عمل الأمير على الأعمال التي تصدر من جهة الإدارة المتعاقدة وحدها. ولذلك يستطيع المتعاقد تطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا توافرت شروطها بالنسبة للإدارة التي تعاقدت معه. أما بالنسبة للسلطة التي أصدرت الإجراء فيمكنه مقاضاتها وفقا القواعد المسؤولية الإدارية.

وبالنسبة إلى القضاء الإداري المصري طبق في بعض أحكامه موضوع نظرية عمل الأمير على الإجراء الصادر من السلطة العامة وفي أحكام له أخري طبقها على الإجراء الصادر من جهة الإدارة المتعاقدة نفسها. ويتضح من خلال ذلك أحكامها بهذا الصدد ففي حكم محكمة القضاء الإداري في ١٥ تشرين الأول سنة ١٩٦١ الذي تقول فيه " ...وحق المتعاقد مع الإدارة في اقتضاء التعويض المتحقق وفقا لنظرية فعل الأمير مقيدة بوجود ضرر يلحق بالمتعاقد مع الإدارة ... ويجب أن يكون الأجراء عن السلطة العامة.

وفي حكم آخر لها سايرت محكمة القضاء الإداري المصري اتجاه مجلس الدولة الفرنسي، حيث تقول في أحد أحكامها ومن حيث إنه يشترط لتعويض المدعيين إعمالا لنظرية عمل الأمير أن يترتب الضرر الذي يكون قد أضر بهما، إن كان ثمة ضرر قد لحقهما نتيجة تنفيذ عقد التوريد محل هذه المنازعة على إجراء تكون جهة الإدارة المتعاقدة قد اتخذته من جانبها ، سواء كان ذلك في نطاق العقد وعلى سبيل

استعمالها حقها في التعديل بهدف حسن سير المرفق وتنظيمه أو كان خارج نطاق العقد، إذ إن ذلك لا ينطبق على حالة المدعيين، إذ إن رفع سعر الأرز الذي يدخل ضمن المواد الموردة لم يكن بقرار صدر من جهة الإدارة المتعاقدة، ومن ثم لا تطبق نظرية عمل الأمير المذكورة على المنازعة المعروضة، وبذلك لا يحق للمدعيين المطالبة بتعويضهما عن هذا الارتفاع على أساس تلك النظرية. وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية بقولها ' ... إذا ما صدر هذا الفعل عن شخص معنوي عام غير الذي ابرم العقد تخلف أحد شروط نظرية عمل الأمير وامتنع بذلك تطبيق أحكامها، ولكن ذلك الامتناع لا يحول دون تطبيق نظرية الحوادث الطارئة إذا ما توافرت شروطها".

ويلاحظ على قرار محكمة التميز الأردنية من خلال قولها " يشترط التطبيق نظرية (فعل الأمير) على العقود الإدارية أن يصدر عن السلطة العامة المتعاقدة تصرف أو فعل من شأنه أن يجعل تنفيذ العقد من المتعاقد أكثر صعوبة ويحمله أعباء وتكاليف تزيد من الأعباء التي التزم بها في مواجهتها، وأن ينشأ عن الفعل ضرره خاصة بالمتعاقد وأن لا يكون هذا الفعل متوقعة، وعليه لما كانت زيادة الرسوم الجمركية ليس من شأنها أن تلحق ضررا خاصا بالمدعية لوحدها بل انه إجراء عام شامل لجميع السكان ولا ينحصر مفعوله بطائفة معينة أو أفراد معينين ...."

ومن خلال ما تقدم يجد الباحث إنه في فرنسا ومصر والأردن لتطبيق نظرية عمل الأمير وما يترتب عليه من تعويض المتعاقد المضرور وإعادة التوازن المالي للعقد يجب أن يكون الإجراء صادر عن الجهة الإدارية التي قامت بالتعاقد.

صدور تصرف ضار من جهة الادارة المتعاقدة وبعكسه اي في حالة ان التصرف لم يصدر من جهة الادارة المتعاقدة وانما من جهة ادارية اخرى فعندئذ لا مجال للحديث عن نظرية عمل الامير وانما تتم الاحالة الى نظرية الظروف الطارئة مع ان اتجاه المحاكم الادارية يقضي بالحكم بفروق الاسعار عن عقود مبرمة مع ادارة لم يصدر عنها تصرف يندرج تحت عمل الامير. ومن ناحية اخرى فانه لا يمكن تطبيق نظرية عمل الامير الا إذا كان التصرف الصادر من قبل الادارة في حدود سلطتها وليس نتيجة خطأ فمسؤولية الادارة هنا هي تعاقدية وليست تقصيرية.

وكذلك لابد من ان يكون التصرف الصادر من قبل الادارة غير متوقع عند ابرام العقد وهذا يتعلق بإجراءات تعديل العقد ومداه فاذا كان العقد الاداري يشتمل على اجراءات ممارسة حق التعديل من قبل

الادارة وحدودها فلا مجال للحديث عن نظرية عمل الامير لان تصرف الادارة الناتج عن تطبيق فقرات التعديل الموجود في العقد كان متوقعا بالنسبة للمتعاقد معها.

ويطلق على نظرية عمل الأمير نظرية المخاطر الادارية ، ومقتضى ذلك انه قد يصدر من الادارة بشكل مباشر او غير مباشر قرار من شأنه ان يؤدي الى تعديل شروط العقد او ظروف تنفيذه كإصدار قانون او لائحة او قيام الادارة بإشغال عامة من شانها ان تعرقل تنفيذ العقد او ان تلحق اضراراً مادية بالمتعاقد مع الادارة اثناء فترة التنفيذ واستنادا الى نظرية عمل الامير فان المتعاقد المتضرر في هذه الحالة يستحق تعويضا عن تلك الاضرار، فالأساس القانوني الذي تستند عليه نظرية عمل الامير هو فكرة التوازن المالي للعقد الاداري فهو احد الخصائص الذاتية للعقود الادارية التي تستهدف تسيير المرافق العامة وتحقيق الصالح العام.

المطلب الثاني

وجود ضرر مترتب على تصرف الإدارة تجاه المتعاقد

لابد من ان يترتب على تصرف الادارة ضرر يلحق بالمتعاقد معها يؤدي الى زيادة اعبائه المالية ولكن لا يشترط ان يكون الضرر على درجة معينة من الجسامة ولكن المهم ان الضرر الناشئ عن تصرف الادارة يؤدي الى اختلال التوازن المالي للعقد اما اذا ترتب على عمل الامير ما يؤدي الى زيادة الاعباء لدرجة لا تتحملها امكانات المتعاقد الاخر الفنية او المالية ففي هذه الحالة للمتعاقد مع الادارة المطالبة بفسخ العقد وتجدر الاشارة هنا الى ان التعويض الذي يترتب على عمل الادارة يشمل التعويض عما لحق المتعاقد من خسارة جراء هذا التصرف مثل النفقات الاضافية نتيجة فرق السعر او الرسوم الجديدة وكذلك ما فاته من كسب ويشمل ذلك المبالغ المعقولة التي كان من حق المتعاقد ان يعول عليها لو لم يختل توازن العقد نتيجة لعمل الامير

عند تطبيق نظرية فعل الأمير يجب تحقق الضرر الذي يصيب المتعاقد مع الإدارة نتيجة للتصرفات الصادرة عنها وإذا كان الضرر شيئا بديهية النظرية فعل الأمير فإنه لا يشترط فيه درجة معينة من الجسامة فقد يكون الضرر جسيمة أو يسيرة، فالمهم أن يؤدي هذا الضرر إلى إحداث إخلال في التوازن المالي للعقد الإداري. وقد يكون الضرر فعلي يصيب المتعاقد، وقد يكون مجرد إنقاص الأرباح التي يتأمل بها المتعاقد وان كل ما يتطلبه مجلس الدولة الفرنسي هو حدوث أي إخلال في التوازن المالي وبهذا الشرط يميز فعل الأمير عن نظرية الظروف الطارئة.

كما ويجب أن يكون الإجراء الذي أصدرته السلطة الإدارية المتعاقدة قد سبب ضرره فعلية للمتعاقد معها وقد يكون هذا الضرر يمثل نقص في الأرباح أدى إلى إخلال التوازن المالي للعقد الإداري ويشترط في هذا الضرر شروط معينة من أجل التعويض عنه ومن هذه الشروط هو أن يكون الضرر خاصة حيث أن القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر يقرر بفكرة الضرر الخاص في أحكام عديدة ومن أحكام القضاء المصري هو حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٢٠ مايو ١٩٦١ والذي جاء فيه من شروط فعل الأمير أن يلحق المتعاقد ضرر خاص " ويتحقق الضرر الخاص في حالة ما إذا أصابه المتعاقد وحده دون عموم الشعب، ولقد تعرضت فكرة الضرر الخاص للعديد من الانتقادات كونها لا تضيف جديدة للشروط اللازمة لتطبيق نظرية عمل الأمير وذلك لأنها فكرة واسعة وغير محددة بدرجة كافية.

والشرط الآخر الذي يجب توفره من اجل التعويض عن الضرر هو أن يكون الضرر محددا ومباشرا وتطبيقا لهذا الشرط فقد قضت محكمة القضاء الإداري المصرية بتاريخ ١٣ يناير ١٩٩٣ بأنه مما لا شك فيه أن نظرية فعل الأمير ليس المقصود منها الا معالجة الحالات التي يصل فيها الضرر بالمتعاقد الى حرمانه من القدر المعقول من الربح الذي كان متوقعا وقت التعاقد أما اذا اقتصر على حرمانه من ارباحه الزائدة عن هذا الضرر فإنه لا يكون له أي حق قبل السلطة العامة".

يتجسد هذا الشرط أن هذا الضرر في زيادة أعباء تنفيذ شروط التعاقد إلى حد يخل بالتوازن المالي للعقد، ويشترط في هذا الضرر درجة معينة من الجسامة، فقد يكون جسيما أو يسيرا لهذا تختلف نظرية فعل الأمير عن نظريات التوازن المالي للعقد الأخرى.

وبالرغم من إلحاق المتعاقد مع الإدارة بالضرر فإن الدفع بعدم التنفيذ لا مجال له كأصل عام في عقود القانون العام بالرغم من الضرر الحاصل.

ويرى بعض الفقهاء أن يكون هذا الإجراء أيضا ضررا فعليا وليس احتماليا أو افتراضيا، وهذا تأييدا لما سبق ذكره بأن هناك ضرر ما على المتعاقد إلا إثباته للإدارة.

المطلب الثالث

عدم وجود خطأ من جانب جهة الإدارة

يشترط لتطبيق نظرية عمل الأمير علم وقوع خطأ من الإدارة أثناء أصادرها الإجراءات الإدارية التي ترتب عليها إحداث أضرار بالمتعاقد معها، وإلا كان المجال خصبة لتطبيق المسؤولية العقدية او التقصيرية وفقا لتوافر شروط كل منها، على أساس الخطأ الذي صدر من الإدارة فمسؤولية الإدارة في نطاق نظرية عمل الأمير وإن كانت مسؤولية عقدية إلا إنها بلا خطأ، بل وتفترض اتخاذ الإدارة المتعاقدة لإجراءات سليمة يفرضها الصالح العام في حدود سلطتها المعترف بها.

وقد أشارت المحكمة الإدارية العليا بقولها "... من شروط نظرية عمل الأمير افتراض إن الإدارة المتعاقدة لم تخطأ حين اتخذت عملها الضار، فمسؤوليتها بلا خطأ".

إن عمل الأمير لا يقتصر على ما تم ذكره، بل إن مجلس الدولة الفرنسي يعتبر الموقف السلبي من جانب الإدارة بمثابة عمل الأمير وذلك عندما تمتنع عن تطبيق القوانين والأنظمة التي يكون من الواجب عليها تطبيقها ويترتب على ذلك الامتناع فرض أعباء جديدة على المتعاقد ويطلقون عليها عمل الأمير السلبي.

وللحديث عن نطاق تطبيق هذه النظرية إذ لا بد من معرفة صور عمل الأمير التي تقمصها هذا العمل ومدى تدخل الدولة الذي يساعد على تطبيق هذه النظرية، فقد يتخذ عمل الأمير التدابير الإدارية احدى الصورتين فأما أن يكون عمل الأمير إجراء عامة ويقصد بالإجراء العام صدور قوانين وأنظمة من جهة الإدارة المتعاقدة يكون من شأن هذه القوانين وهذه الأنظمة زيادة أعباء المتعاقد مما يترتب عليه تعديل مباشر في شروط العقد أو بتعطيل بعضها وبتعديل مضمونها أو إنهاء العقد قبل المدة المتفق عليها مما يؤدي إلى جعل تنفيذ العقد أشد عسرة أو أكثر نفقات وأقل ربحا.

أما بالنسبة لصورة الإجراء الخاص فهي كافة الإجراءات الفردية الخاصة التي تصدرها السلطة الإدارية المتعاقدة وهي تمارس سلطتها في تعديل العقد وتؤدي إلى الاتصال بصورة مباشرة في زيادة واجبات المتعاقد والتأثير على واقعه وجعله أكثر جهدا.

ومن أمثلة هذه الإجراءات الخاصة تعديل الرسم المطلوب تحصيله من المنتفعين بخدمات المرفق العام محل العقد أو زيادة نطاق الأعمال التي عهد بها للمتعاقد مع الإدارة أو إدخال تعديلات على تنظيم المرفق العام محل الامتياز تجعله مختلفة تماما عما كان عليه وقت إبرام عقد الامتياز. أو قد تكون غير مباشرة مثل القرارات التي تصدر من جهة الإدارة المتعاقدة إلى المتعاقد معها بمقتضى سلطتها في الرقابة والتوجيه، ولكنها تحمل المتعاقد واجبات إضافية تؤدي إلى إخلال التوازن المالي للعقد.

المطلب الرابع

ألا يكون الإجراء متوقع أثناء التعاقد

كي يتم تطبيق نظرية عمل الأمير يجب أن يكون أصاب المتعاقد بضرر يرجع الى سبب غير متوقع عند التعاقد فإذا توقع المتعاقد مع الإدارة هذا الإجراء الضار أو كان من المفروض منطقية أن يتوقع هذا الإجراء فلا يعد له الحق في طلب إعادة التوازن المالي وفقا لنظرية عمل الأمير ولا يترتب على استخدام الإدارة لحق التعديل توافر شرط عدم التوقع، لأن التعديل أمر يتوقع منذ إبرام العقد ويفترض معرفة المتعاقد به منذ التعاقد، ولكن عدم التوقع يمكن أن يثور بالنسبة لحدود التعديل ومداه، فإذا نظم العقد كيفية إجراء التعديل استبعدت النظرية، أما إذا لم ينظم العقد كيفية ممارسة هذا الحق فإن النظرية تطبق.

وتوضح محكمة القضاء الإداري المصرية ذلك بقولها إن القاعدة بالنسبة للتعويض على أساس التوازن المالي للعقد بسبب تعديل طريقة التنفيذ، إنه إذا لم يكن مقداره متفق عليه في العقد فإن جهة الإدارة لا تملك أن تستقل بتقديره بل يقره قاضي العقد، اعتبارا بأنه ينشأ عنه تكاليف غير متوقعة و إن كل ما هو غير متوقع يحكي خارج عن نطاق العقد فلا تطبق عليه شروطه، ولتعبير "عدم التوقع في هذه الخصوصية معنى خاص بها هو إن التكاليف الزائدة التي تلقى على عاتق المتعاقد تعتبر غير متوقعة، ما دام إنها ليست جزءا من الإنفاق، بمعنى أنه لا يقابلها في شروط العقد أي تقدير ... فإذا توقعته (أي الإجراء المترتب عليه زيادة التكاليف) نصوص العقد فإن المتعاقد مع الإدارة يكون قد أبرم العقد وهو مقدر لهذه الظروف، الأمر الذي يترتب عليه تعذر الاستناد إلى تلك النظرية". وأيضا يعني هذا الشرط أن التعديلات في العقد المفروضة على المتعاقد لا يمكن أن تكون متوقعة وقت إبرام العقد الإداري.

إن معيار عدم التوقع هو معيار موضوعي لا يعتمد على ما توفر في ذهن المتعاقد من توقع للفعل، وإنما العبرة ألا يكون في مقدور الشخص العادي أن يتوقع الظرف الجديد لو وجد في ذات ظرف المتعاقد، إلا أن القاضي يجب عليه أن يبحث عما إذا كان المتعاقد وقت إبرام العقد، قد بذل الجهد المعقول الضروري لتبين ما هو مقدم عليه، ولذا فإن ظروف الحال ذات علاقة وثيقة بتقدير خصيصة التوقع او عدم إمكان التوقع التي واجهها المتعاقد.

وينصرف عدم التوقع فيما يتعلق بالإجراءات الخاصة إلى حدود التعديل ومداه، فإذا نظم العقد كيفية ممارسة حق التعديل وحدوده استبعدت النظرية، أما إذا لم ينظم العقد كيفية إجراء التعديل فإنه يتم تطبيق النظرية.

وفي النهاية تجدر الإشارة الي ان إدراج هذه الشروط تبدو من الملامح الظاهرية لها، وخلاصة القول وما استنتجناه من الأحكام القضائية الصادرة في هذا الشأن ان لنظرية عمل الأمير شروطا – قد سبق ذكرها – ويمكن تلخيصها في الاتي:

أولا: وجود عقد إداري

يقصد به ثمة عقد من العقود الإدارية وهذا الأمر طبيعي ما دمنا في مجال النظريات تتعلق بعقود القانون العام التي تتميز بطابع خاص يميزها عن عقود القانون الخاص كما لسنا بصدد تطبيق لنظرية المسؤولية على أساس تبعية المخاطر [٢] ولقد أضاف إلى هذا، يعتبر هذا الشرط" أن يتعلق الأمر بعقد إداري، فالنظرية لا تنطبق على عقود القانون الخاص ولو كانت الإدارة طرفا فيها. [٣]

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

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

---

٢ فؤاد محمد فؤاد عبد الباسط، إعمال السلطة الإدارية القرار الإداري، العقد الإداري، دار تفكر الجامعي، الإسكندرية ص ٤٦٦.

٣ ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دون طبعة دار الجامعة الجديدة كلية الحقوق جامعة الإسكندرية ٢٠٠٩ ص ١٨١

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

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

" ... ولكن بعض الفقهاء في فرنسا يرون عكس هذا النظر، حيث يقتصر عمل الأمير على محاربة الإدارة المتعاقدة لاختصاصاتها الخارجة عن نطاق التزاماتها التعاقدية بحيث لا يشمل عمل الأمير على سلطة الإدارة في التعديل العقد بإرادتها المنفردة. [٤]

إلا أن هذا التعليق على أراء فقهاء انصب بأن يكون هذا الإجراء يتعلق بالعقد، ولكن لم يلتمسوا في تعريفهم عن ما إذ كانت صفته المشروعية ولكن التمست هذه الميزة في إجماع شروط إعمال هذه النظرية أو الإجراء" أن يكون عمل الإدارة المتعاقدة مشروعا ذلك لان الأعمال غير المشروعة تخرج عن نطاق العمل بهذه النظرية ويكون التعويض عليها طبقا لقواعد المسؤولية الإدارية العقدية والتقصيرية [٥].

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

(إذا كان فعل الأمير غير مشروع فإن قراراته غير مشروعة، من حيث مخالفتها للتشريع أو إخلاله بالالتزامات التعاقدية، فان الأمر يقتضي إعمال نظريات وقواعد أخرى لترتيب المسؤولية على أساس الخطأ) [٦].

---

٤ مفتاح خليفة عبد الحميد، محمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية أحكام إبرامها، دار المطبوعات، الإسكندرية ٢٠٠٨ ص ٢٣٩

٥ بو عمران عادل النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية دراسة تشريعية وفقهية (قضائية) ط ٢٠١٠، دار الهدى الجزائر ص ١٢٠

٦ محمد الصغير بعلى العقود الإدارية، دار العلوم والنشر والتوزيع، عنابة ص٩٠

ثانيا: وجود ضرر للمتعاقد

يتجسد هذا الشرط أن هذا الضرر في زيادة أعباء تنفيذ شروط التعاقد إلى حد يخل بالتوازن المالي للعقد، ويشترط في هذا الضرر درجة معينة من الجسامة، فقد يكون جسيما أو يسيرا لهذا تختلف نظرية فعل الأمير نظرية الظروف الطارئة، التي تتطلب إصابة المتعاقد بضرر جسيم لتطبيقها [٧].

فلقد عارض هذا الرأي الفقيه "فؤاد" عزوزي في درجة الضرر الملحق بهذا الإجراء ليس من قبيل ان هذا الضرر يصنف إلى درجات الضرر الجسيم فقد ذهب في تعليله الفقيه إلى أن المتعاقد ليس له الحق في عدم الوفاء في تنفيذ التزامات هذا العقد. وبهدف المصلحة العامة وهذا على أساس العقود المصنفة في القانون العام. وبالرغم من إلحاق المتعاقد مع الإدارة بالضرر.

إن الدفع بعدم التنفيذ لا مجال له كأصل عام في عقود القانون العام بالرغم من الضرر الحاصل المتعاقد إذ يجب أن يستمر في التنفيذ ثم يطالب الإدارة بالتعويض متى كان ذلك بمقتضى وطبيعة الحال، ولم يصل هذا الضرر إلى درجة القوة القاهرة التي يرتفع معها التكليف وتنقضي الالتزامات [٨].

ويرى بعض الفقهاء في تحديدهم أساس مطالبة التعويض في تجسيد الضرر وعلاقته هذا الإجراء بان المسؤولية في هذه العلاقة التعاقدية علاقة مسؤولية على أساس المخاطر فعلى المتعاقد مع الإدارة أن يتجنب هذا الضرر وبالتالي في مقابل يرى الفقيه لو أن المسؤولية كانت تعاقدية لكفى أن يثبت المتعاقد مع الإدارة أنها أخلت بأحد التزاماتها حتى تقدر حقه في التعويض، ولكن مادامت مسؤولية الإدارة هنا لا تؤسس على الخطأ، إنما الإجراءات التي تتخذها هذا الصدد نتيجة لممارسة سلطتها في التعديل، وفي إصدار قرارات تنظيمية عامة قد تؤثر في العقد وهي في كلا الحالتين سلطة مشروعة، فينبغي حتى يتقرر حق المتعاقد مع الإدارة في التعريض أن يثبت انه لحق به ضرر [٩].

---

٧ مازن كيو راضي، المرجع السابق ص ٢٨١

٨ فؤاد مروزي، المرجع السابق.

٩ خميس السيد إسماعيل، الأصول العامة والتطبيقات العلمية للعقود الإدارية والتعويضات مع القواعد القانونية واحكام المحكمة الإدارية العليا، فتاوى الجمعية العمومية الفحوى والتشريع مجلس الدولة والأحكام الحديثة محكمة النقض، ط١، حقوق قطع وقشر، ١٩٩٤، ص ٢١٥

ويرى بعض الفقهاء أن يكون هذا الإجراء أيضا ضررا فعليا وليس احتماليا أو افتراضيا، وهذا تأييدا لما سبق ذكره للفقيه ليقول الفقيه " طعيمة الحرف " أن هناك ضرر ما على المتعاقد إلا إثباته للإدارة [١٠].

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

١. أن يكون الضرر من الفعل الضار
٢. أن يكون الضرر خسارة أن يؤدي إلى إنزال خسارة واضحة
٣. أن يكون الضرر محددا ومباشرا [١١].

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

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

أما إذا فرضت الإدارة على المتعاقد معها أن يدفع مرتبات أجور أعلى من المعدل العادي للأجور السائد فيكون هناك موجب للتعريض، ومما يلاحظ أنه لا يشترط في الضرر المترتب على عمل الأمير درجة الجسامة، فيجوز أن يكون يسيرا كما قد يكون جسيما، ولكن هل يلزم أن يكون الضرر خاصا الضرر

---

١٠ طعيمة الجرف القانون الإداري، دراسة مقارنة في تنظيم نشاط الإدارة في تنظيم نشاط الإدارة العامة)، محترم لطبع والنشر، القاهر ١٩٨٠ ص٤٥٣

١١ مفتاح خليفة عبد الحميد محمد محمد الشلماني، المرجع سابق ص ٢٤٢

الذي يصيب فردا أو مجموعة من الأفراد بصفة ذاتية وكافية لان يكون الإخلال بمبدأ والضرر الخاص هو معينة من المساواة واضحا وجليا [١٢].

كل هذا توضيح من أجل أن يكون هذا الضرر الملحق بالمتعاقد في دائرة الزيادة في أعبائه أو تكاليفه طبقا لشروط ليست خارجة عن دائرة الشروط التعاقدية المتفق عليها وان كان كذلك فستكون خارج تطبيق أو إعمال نظرية فعل الأمير وهذا ما رأى به "الفقيه ماجد راغب الحلو " " يجب أن تكون إجراءات السلطة العامة المتعاقدة الضارة بالمتعاقد تزيد عن أعبائه أو تكاليفه العادية طبقا لشروط العقد، ولكن يكفي أن يتحقق من الإجراء أي الضرر بالمتعاقد إلى حد انقطاع خطير في التوازن المالي فالعقد يهدده بالانهيار المالي أو بالتوقف عن التنفيذ كما هو الحال في تطبيق نظرية الظروف الطارئة[١٣].

فتطبيق للإجراء يدفع بالمتعاقد أي المتضرر بالمطالبة بالتعريض بغض النظر، هل هذا الإجراء فرديا أو عاما غير متوقع، هل ينجم عن أثره تنفيذ ضرر خاص يمس هذا المتعاقد بعبارة الفقيه "ينجم عن هذا الإجراء ضررا خاصا يلحق بالمتعاقد حيث إن هذا الضرر هو الذي يعطيه الحق في طلب التعويض الجبرة"[١٤].

وهذا ما عبر عنه "محمد الصغير بعلي" في شرط قلب اقتصاديات العقد رأس على عقب، فهو يشترط لتطبيق نظرية فعل الأمير أن يترتب على التصرف المشروع للإدارة أو المصلحة المتعاقدة، زيادة أو ارتفاع تكاليف الصفقة بصورة كبيرة يجعل تنفيذها أمرا مرهقا، رغم انه لم يعد مستحيلا، كما هو في حالة القوة القاهرة [١٥].

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

---

١٢ مفتاح خليفة عبد الحميد احمد محمد محمد الشلماني، المرجع السابق ص ٢٤٣

١٣ ماجد راغب أنجلو "العقود الإدارية" أو "الخاصة الجديدة" كلية الحقوق جامعة الإسكندرية ٢٠٠٩ ص ٥٤٥

١٤ عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشاة المعارف، الاسكندرية ٢٠٠٤، ص ١٩٧

١٥ محمد الصغير بعلي العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة ص٩١

صفة استمرارية وتنفيذ الالتزامات وهذا ما ينقض فكرة القوة القاهرة، التي توقف تنفيذ الالتزامات وزيادة التكاليف.

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

ولذلك وجب أن تكون من نوع الإجراءات غير العادية أي التي تتجاوز القدر المعقول المتوقع عند إبرام العقد [١٦]، ولقد حدد الفقيه في تحديد معيار هذا الإجراء وقت تأثيره ولكن يكون وقت إبرام العقد وغير متوقع من طرف المتعاقد.

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

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

وهنا يحدد حالة المطالبة بالتعويض للمتعاقد إذا وقعت تعديلات تفوق العادة أو غيرت سيرورة هذا المشروع مثلا هنا يصبح للمتعاقد الحق في المطالبة بالتعريض وهذا ما ورد في البنود (١٠/ ١٩) وما بعدها في تنظيم علاقة المتعاقدين إذ رأت الإدارة إجراء تعديلات في المشرع، وكذلك حجمها ومقدار نسبتها لقيمة العقد وما يستحق المقاول المتعاقد معها، ومتى لا يستحق شيئا من التعديلات.

---

١٦ طعيمة الجرف، المرجع السابق، ص٢٥٣.

كما يرى أن الإجراء يكون غير متوقع وقت إبرام العقد سيتخذ كأساس لإعمال نظرية فعل الأمير وبالتالي كمعيار لمطالبة المتعاقد بالتعويض [١٧]. إن العقد إذا ما نظم حدود ومدى التعديل فلا يتصور تطبيق نظرية عمل الأمير. وكما قضت محكمة الإدارية العليا بأنه لا مجال للعوض في نظرية عمل الأمير، لأن هذه النظرية يلجأ إليها في حالة طلب التعريض عن أمر غير متوقع وقت إبرام العقد.

استنادا لهذا أبد رأيه وذلك بردع الفكرة من الناحية القانونية أكثر من ناحية تحليل الأفكار وذلك لما يراه التعاقد أن شرط الإجراء أن يكون غير متوقع عند إبرام العقد، وهذا لا يمنع من أن سلطة الإدارة تتوقف عن واستمرارية العقد، وإنما لديها الحق في تعديل العقد من حيث إذا رأت أن هناك حاجة في ذلك ولكن لا تخرج عن نطاق ما هو مقيد في الشروط التعاقد وذلك ما يسري به في القانون العام، ولكن تغض الطرف عن المركز التعاقدي للمتعاقد مع الإدارة دائرة التساؤل المتمثل في: ما مدى تأثير هذا الإجراء غير المتوقع في العلاقة التعاقدية؟ كما يرى " ..... وبدون هذا القيد تفقد النظرية جانبا كبيرا من وبدون هذا القيد تفقد النظرية جانبا كبيرا من أهميتها، حيث أن الإدارة سيكون بإمكانها، تحت ستار استعمال حق التعديل أن تحمل للمتعاقد مالا طاقة له به الأمر الذي قد يعجزه عن تنفيذ التزامه مما يعيق سير المرفق العام بانتظام وهو الهدف الذي لأجله وجدت نظرية عمل الأمير [١٨].

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

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

---

١٧ مفتاح خليفة عبد الحميد، محمد محمد الشلماني، العقود الإدارية (الأحكام) إبرامها)، دار المطبوعات الإسكندرية ٢٠٠٨ ص ٢٤٦

١٨ عبد العزيز عبد المنعم خليفة المرجع السابق، ص١٩٧.

وكذا في رأي" فؤاد "عزوزي" في ذلك بأن " لو كانت هذه الإجراءات متوقعة ومعروفة عند التعاقد فلا يطبق عليها صفة عمل الأمير ولا يستحق المتعاقد أية تعويضات [١٩] "أي أن إجراء عدم التوقع لا ينصرف إلى الأصل الحق في التعديل من طرف الإدارة وإنما إلى حدود التعديل كأصل عام لان حل التعديل متوقع من طرف الإدارة.

١٩ فؤاد عزوزي دور القضاء الإداري في حماية حقوق الأطراف العقد الإداري (٠٩/٠٢/٢٠١٤)
C70909, blogs pct.com. 2013/ 041 blog post. 16 html.

الخاتمة

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

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

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

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

أولا:

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

ثانيا:

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

العامة.

ثالثا:

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

رابعا:

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

خامسا:

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

سادسا:

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

سابعا:

إن حق المتعاقد مع الإدارة يضمنه، القانون والإدارة ملزمة بالارتقاء به، وذلك في حالة الاتفاق عليه، وفي حالة استحالة الإدارة الارتقاء بالتزاماتها التعاقدية، وإلا على المتعاقد معها ركوب جسر القضاء الإداري، عكس الإدارة التي تصل إلى حقها بنفسها، ويعني هذا أن المتعاقد مجرد فرد أبى إلى أن يشارك بالمتعاقد معها في سير المرفق العام.

ثامنا:

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

تاسعا:

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

عاشرا:

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

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

أولا:

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

ثانيا:

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

ثالثا:

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

المصادر والمراجع

النصوص القانونية:

- الأمر رقم ٥٨/٧٥ المؤرخ في ٢٦ سبتمبر ١٩٧٥، المتضمن القانون المدني الجريدة الرسمية، العدد ٣١ المعدل والمتمم للقانون رقم ٠٧ / ٠٥ المؤرخ في ١٣ مايو ٢٠٠٧.
- المرسوم الرئاسي رقم ١٠ / ٢٣٦ المؤرخ في ٧ أكتوبر ٢٠١٠، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية الجريدة الرسمية، العدد ٥٨ المؤرخة في ٧ أكتوبر ٢٠١٠

قائمة الكتب:

- أمين أبو العنين محمد ماهر القاضي الإداري وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الإدارية وفقا الأحكام مجلس الدولة حتى عام ٢٠١١، الكتاب الثالث دار أبو المجد للطباعة، ٢٠١١.
- محمد سعيد المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية دار الثقافة الجامعية، ١٩٩١.
- البشير نصر الدين غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسير المرفق العام (دراسة مقارنة دار الفكر الجامعي الاسكندرية ٢٠٠٧.
- البنا محمود عاطف العقود الإدارية دار الفكر العربي ٢٠٠٧.
- جمعة أحمد محمود العقود الإدارية طبقا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد رقم ٨٩ لسنة
- الحبشي، مصطفى عبد المحسن الوجيز في عقود البوت B.O.T, دار شتات للنشر والبرمجيات ٢٠٠٨.
- الحبشي، مصطفى، التوازن المائي في عقود الانشاءات الدولية، دراسة مقارنة، بدون دار نشر، القاهرة ٢٠٠٢.

- الحريري، محمد فؤاد وعبد الله محمد سعد أهم الجوانب العملية بشأن أوامر التغيير في عقود الانشاءات دار النهضة العربية القاهرة ٢٠١٣.
- الحريري محمد فؤاد تعديل عقود الأشغال العامة وفقا لنظام أوامر التغير (دراسة مقارنة بين القانون المصري وعقود النيك النموذجية) دار النهضة العربية ٢٠١١.
- خليفة عبد العزيز عبد المنعم الأسس العامة في العقود الإدارية، المركز القومي للإصدارات القانونية ٢٠٠٨.
- سلامة وهيب عباد، دروس في العقود الإدارية (التوازن المالي وفكرة التعويض القائم على غير خطأ) دار النهضة العربية، ٢٠١١.
- الشريف عزيزة، دراسات في نظرية العقد الإداري دار النهضة العربية ١٩٨١.
- الشلماني حمد محمد امتيازات السلطة العامة في العقود الإدارية دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية ٢٠٠٧.
- شطاوي علي خطار الوجيز في القانون الإداري دار والى ٢٠٠٣.
- الطماوي، سليمان محمد الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة) دار الفكر العربي ٢٠٠٨.
- عبد البديع محمد صلاح دور فكرة التوازن المالي في التوفيق بين سلطة تعديل العقد والحقوق المالية للمتعاقد دار النهضة العربية ٢٠٠٩.
- عبد الحميد عبد العظيم عبد السلام أثر نظرية عمل الأمير على تنفيذ العقد الإداري دار الولاء للطبع والنشر ١٩٨٩.
- عبد العال حسين درويش، النظرية العامة في العقود الإدارية، ج٢، مكتبة الأنجلو المصرية ١٩٨٥.
- عبد الوهاب محمد رفعت مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ٢٠٠٢.
- فودة رأفت، دروس في القانون الإداري والعقود الإدارية والأموال العامة دار النهضة العربية ١٩٩٤.

- فياض ابراهيم طه العقود الإدارية (النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي المقارن) مكتبة الفلاح، ١٩٨١.
- النيسي محمود، الوجيز في القانون الإداري دار وائل للنشر، عمان ١٩٩٨.
- المصري حازم بيومي التوازن في العقد الإداري الدولي (الفيدك – اليونسترال)، دار النهضة العربية, ٢٠١٠.
- نصار جابر جاد عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام دار النهضة العربية ٢٠٠٢.
- الهنداوي فتوح دور القاضي الإداري في إعادة التوازن المالي في العقود الإدارية دار النهضة العربية, ٢٠١٥.

الرسائل الجامعية:

١- بوعمران، عادل النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية (دارسة تشريعية وفقهية وقضائية) ط٢٠١٠، دار الهدى عين مليلة، الجزائر.

٢- حسين عثمان محمد عثمان أصول القانون الإداري، بدون طبعة منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ٢٠٠٨

٣- حمدي ياسين عكاشة موسوعة العقود الإدارية والدولية (العقود الإدارية)، بدون طبعة، منشأة المعارف.

٤- خميس السيد إسماعيل، الأصول العامة والتطبيقات العلمية للعقود الإدارية والتعويضات مع القواعد القانونية وأحكام المحكمة الإدارية العليا، وفتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة والأحكام الحديثة لمحكمة النقض طر، حقوق الطبع والنشر ١٩٩٤.

٥- طعيمة الحرف القانون الإداري (دراسة مقارنة في تنظيم ونشأة الإدارة العامة)، ملتزم الطبع والنشر، القاهرة الحديثة ١٩٨٠.

٦- علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، دار الهدى الجزائر

٧- عبد العزيز المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية ٢٠٠٧.

٨- عمار عوابدي، القانون الإداري، ط ٢٠٠٢، ج ٢ ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر.

٩- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة كلية الحقوق بدون طبعة جامعة الإسكندرية ٢٠٠٩

١٠- محمد الصغير بعلي العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة.

١١- محمد رفعت عبد الوهاب مبادئ وأحكام القانون الإداري، دون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان ٢٠٠٥.

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

١٣- مفتاح خليفة عبد الحميد، حمد محمد حمد الشلماني، العقود الإدارية (الأحكام إبرامها)، دار للمطبوعات الإسكندرية .٢٠٠٨

١٤ - الدكتور سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، طى، دار الفكر العربي ١٩٩١.

١٥ سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، دون طبعة دار الفكر العربي ١٤٢٨-٢٠٠٧

الرسائل:

١- بن أحمد حورية دور القاضي في حل المنازعات الصفقات العمومية (مذكرة لنيل شهادة ماجستير كلية الحقوق تلمسان، ٢٠١٠ - ٢٠١١).

٢- بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر (مذكرة لنيل شهادة ماجستير كلية الحقوق الجزائر ٢٠٠٨ - ٢٠٠٩).

٣- خديجة فاضل، تعديل العقد أثناء التنفيذ، رسالة) نيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة الجزائر كلية الحقوق، ٢٠٠١ - ٢٠٠٢).

٤- عبد العزيز بن محمد المنيهي، دعوى التعويض الناشئة عن المسؤوليتين التقصيرية والعقدية وتطبيقاتها في الفقه والقضاء الإداري) ملخص رسالة لنيل درجة دكتوراه في السياسة الشرعية، المملكة العربية السعودية، (١٤٢٤ - ١٤٢٥).

٥- عبد الله بن حمدان، آثار العقد في الفقه والنظام وتطبيقاته القضائية (ملخص رسالة لنيل درجة دكتوراه في السياسة الشرعية، المملكة العربية السعودية، (١٤٢٤ - ١٤٢٥).

محاضرات:

- سليماني سعيد العقود الإدارية محاضرة ألقيت لطلبة السنة ثانية LMD بكلية الحقوق والعلوم السياسية، جيجل، بتاريخ (٢٠١٢ - ٢٠١٣).

المواقع الالكترونية:

١- فؤاد عزوزي دور القضاء الإداري في حماية حقوق الأطراف العقد الإداري (٢٠١٤/٢/٩)

070909. blogs pct.com. /2013/ 041 blog post. 16.html

٢- الدكتور محمد الشافعي أبو راس القانون الإداري (٢٠١٤/٤/٩)

Bu.edu-eg/olc./ images/ 213.pdf

٣- الدكتور مازن ليو راضي، القانون الإداري، ط٣، (٢٠١٤/١/٤)

optionsphp.index/home/com.agouniversity.www

٤- الدكتور محمد الشافعي أبو راس، العقود الإدارية، (٢٠١٤/١/٢٩)

pdf 413/ imges/..olc/eg.edu.Bu

٥- مهند نوح، الموسوعة العربية ENCYCLOPEDIAll. (2014/04/10)

٦- الوجيز في القانون الإداري droitaitalgerien - mountada-biz30 (29/01/12)

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

Droitalgerien - mountada-biz/t60-topic

الكتب باللغة الفرنسية:

1- Charles-debbasch, droit administrative,6 *èdition, Ed.èconomica paris2002.

2- Jacqueline-Morand-deviller,cours de droit administrative, 8 èdition, Montchrestien,E.J. - A paris 2003.

3- Marie-Christine Rouault, droit administrative,4°èditio, gualino éditeur,E.J.A paris 2007.

الفهرس

المستخلص: ..... - ٣٥ -
الكلمات المفتاحية: ..... - ٣ -
أهمية الدراسة: ..... - ٤ -
أسباب اختيار الموضوع: ..... - ٤ -
الأسباب الموضوعية: ..... - ٤ -
الأسباب الذاتية: ..... - ٤ -
صعوبات الدراسة: ..... - ٥ -
أهداف الدراسة: ..... - ٥ -
إشكالية البحث: ..... - ٥ -
المناهج المتبعة: ..... - ٦ -
تقسيمات الدراسة: ..... - ٦ -
المبحث الأول شروط وأساس نظرية عمل الأمير ..... - ٧ -
المطلب الأول وجود تصرف صادر من إحدى السلطات العامة ..... - ٩ -
المطلب الثاني وجود ضرر مترتب على تصرف الإدارة تجاه المتعاقد ..... - ١٢ -
المطلب الثالث عدم وجود خطأ من جانب جهة الإدارة ..... - ١٤ -
المطلب الرابع ألا يكون الإجراء متوقع أثناء التعاقد ..... - ١٦ -
أولا: وجود عقد إداري ..... - ١٧ -
الخاتمة ..... - ٢٥ -
المصادر والمراجع ..... - ٢٩ -
النصوص القانونية: ..... - ٢٩ -
قائمة الكتب: ..... - ٢٩ -
الرسائل الجامعية: ..... - ٣١ -
الرسائل: ..... - ٣٢ -
محاضرات: ..... - ٣٣ -
المواقع الالكترونية: ..... - ٣٣ -

الكتب باللغة الفرنسية: ..... - ٣٤ -
الفهرس:..... -٣٥-